

PARLAMENTOLAR VE ANAYASA MAHKEMELERİ, TEORİ VE PRATİKTE ANAYASA YARGISININ SINIRLARI PROBLEMİ

Sentetik Bir Deneme İçin Notlar

Doç. Dr. Bakır ÇAĞLAR

«All supreme power comes from the
people, but where does it go to?».

B. BRECHT

I. BAŞLANGIÇ İÇİN NOT VE YÖNLENDİRİCİ SORUNLAR

A) Dr. Bonham Vak'ası'ndan Yeni - anayasacılığa.

«Dr. Bonham's Case», Dr. Bonham Vak'ası olarak bilinen 1612 tarihli davada yargıç **Edward Coke**, «Common Law»u parlamenter yasaların uyması gereken «Üstün Hukuk» (Higher Law Lex Superior) olarak görmüş (1) ve «Coke Doktrini» doğal hukuk düşüncesi ile bütünleşerek, Birleşik Devletlerde anayasa yargısını kuran **Chief Justice Marshall**'in 1803 tarihli «**Marbury v. Madison**» kararının kaynakları arasında yerini almıştır (2).

(1) Yargıç **Coke** bu kararda şunları yazmıştır : «it appeareth in our books that in many cases the common law control acts of Parliament and adjudge them to be utterly void; for where an act of Parliament is against right and reason or repugnant or impossible to be performed, the common law will control it and adjudge it to be void».

(2) Cf. **M. Cappelletti**, Judicial Review in the Contemporary World. Bobs-Merill, N.Y., 1971, s. 25 vd; **R.D. Rotunda**, Modern Constitutional Law. Cases and Notes. West Pub. St. Paul, Minn., 1981, s. 12 vd.

Anayasa yargısının bu erken örneğinden önce de «Coke doktrini»nin tatbikatına, 1786 tarihli «**Trevett v. Weeden**» ve 187 tarihli «**Bavard v. Singleton**» davalarında da rastlanır.

Bk. **J. Roussy**, Le Contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois fédérales aux Etats-Unis et en Suisse : Etude de droit américain-question de droit Suisse. Lausanne, 1969, s. 65.

Kuzey Karolina Yüksek Mahkemesi «**Bavard v. Singleton**» vak'asında basit bir mantık kullanmıştır : Eğer yasa koyucu Anayasaya aykırı davranabilirse bu onun hukuki meşruiyetinin de sonu olur.

XIX. Yüzyılda Yüksek Mahkemenin rolü için bk. **Arthur N. Holcombe**, our More Perfect Union, Harvard U.P., 1950, s. 284 vd.

Marshall'ın kararı şüphesiz önemli bir yeniliktir ama gerisinde Ortaçağ hukuk düşüncesinin geliştirdiği «**Üstün Hukuk**» teorisi vardır.

Ortaçağ hukuk düşüncesi iki norm tipini birbirinden açıkça ayırmıştır : Dokunulmaz ve üstün sayılan «**Jus Naturale**» ve bu üstün norma uyması gereken «**Jus Positivum**». Kıt'a Avrupası Anayasa Mahkemeleri bu tarihi mirasa bugün sahip çıkmaktadır (3).

Önce Birleşik Devletlerde «**Common Law**» sistemi, İkinci Dünya Savaşı ertesi Kıt'a Avrupasında, «**Romano-germanik**» hukuk sistemi içinde, Anayasa kavramı, özellikle de Anayasalarda düzenlenen ya da Anayasaların gönderme yaptığı «**Haklar Bildirileri**» (4) Anayasa Yargısının müdahalesi ile olağanüstü bir değer kazanmıştır.

Anayasayı «**gölgelerin barındığı bir tapınak**» (5) olmaktan çıkaran ve «**yeni-anayasacılık**» (néo-constitutionnalisme) (6) olarak adlandırılan bu gelişmeler (7), Demokratik Devlet - Hukuk Devleti diyalektiği

(3) Bu oluş, kanunların Anayasaya uygunluk denetimi mantığının, anayasa teorisine bir «**Amerikan katkısı**» olarak değerlendirilemeyeceğini de gösterir.

Kıt'a Avrupası tipi anayasa yargısının soy kütüğü için bk. **Cappelletti, Adams**, «**Judicial Review of Legislation : European Antecedents and Adaptations**», *Harvard Law Review*, 1966, s. 1208 vd.;

H. Wada, «**Continental Systems of Judicial Review**», in *JÖR*, 1982, s. 33 vd. Karşı görüş için bk. **C.J. Friedrich**, *The Impact of American Constitutionalism Abroad*, Boston University Press, 1967, s. 92 : «**The basic idea of judicial review is of American origin**».

(4) Birleşik Devletlerde, «**Bill of Rights**»ın, özellikle son otuz yılda, anayasal jürispüdans üzerinde etkisi için bk. **M. Shapiro**, «**The Supreme Court : From Warren to Burger**», in **A. King**, ed., *The New American Political System*, AEI., Washington D.C., 1980, s. 197 vd.

(5) Bk. **G. Burdeau**, «**Une survivance : La notion de Constitution**», in *Evolution du droit public. Etudes en l'honneur d'A. Mestre*, Sirey, Paris 1956, s. 53 vd.

(6) Yeni-anayasacılık konusunda bk. **L. Favoreu**, «**Propos d'un néo-constitutionnaliste**», in **J.-L. Seurin et al.**, *Le Constitutionnalisme aujourd'hui*, Economica, Paris 1984, s. 22 vd.; B. Çağlar, «**Yeni-anayasacılık üzerine notlar. Anayasaların okunmasında siyasi tezden hukuki teze geçiş ya da 'duvergerismo'nun krizi**», *İHİD*, İstanbul 1985 (baskıda).

(7) **Sosyalist sistemlerde**, 1936 Sovyet Anayasası modeline göre yapılan anayasalar, temel yasa olmaktan çok, siyasi programlardır ve kuralları da yasama işlemleri karşısında hukuki üstünlükten yararlanmaz. Ancak bu sistemlerde, 1968'li yıllarda hukuki nasyonalizmlerin doğuşu anayasalarda da farklılaşmaları beraberinde getirmiştir.

Polonya da, «**Gierek dönemi**» anayasa değişiklikleri, Devlet Şurası'na «**Hukukun Anayasaya uygunluğunu gözetme**» yetkisini tanımış ve bu gelişme, yasaların anayasaya uygunluk denetiminin başlangıcı olarak görülmüştür.

1982 yılında ise, «**Demokrat Parti**»nin anayasa değişikliği taleplerine bir cevap

çerçevesinde anayasa yargısının sınırları problemini gündeme getirmiştir.

Bugün, Yasama İktidarı karşısında Anayasa Yargıcı'nın yetkilerinde sınır çizgisi, anayasa yargısının **nevaljik noktası** olarak görülmektedir.

B) «Noktalı virgül» pozitivizminden «Lochner'in Hayaleti»ne

Anayasa yargısının sınırları problemine doktrinde farklı çözümler getirilmiştir.

Anayasa Mahkemeleri kararlarında görülen **«self-restraint»** ve **«political questions»** politika ya da doktrinleri de aynı çözüm arayışının sonuçlarıdır.

«Self-restraint» teknikleri, usuli (Procedural-Self-restraint) ve maddi (Substantive) self-restraint teknikleri olarak iki başlık altında toplanmıştır (8).

Usuli teknikler Mahkemeyi davanın esasına girmekten korurken, maddi self-restraint tekniği farklı biçimler almaktadır. Bu biçimler içinde en yaygın olanı **«Siyasi sorun doktrini»**dir (Political questions doctrine), (POD).

«Siyasi sorun doktrini»nin hukuki tanımını vermede ki zorluk karşısında «Kemanlar küçük cellolardır ve Cellolar büyük kemanlardır» tanımına benzer bir tanımla, «Siyasi sorunlar» kazai usulle çözülemeyen konular, kazai usulle çözülemeyen konular da siyasi sorunlardır denmiştir.

olarak, Anayasaya eklenen 33 a ve 33 b maddeleri ile, normatif metinlerin Anayasaya uygunluk denetimini yapmakla görevli bir **Anayasa Mahkemesi** kurulmuştur.

Yasaları Anayasaya aykırı bulan kararları «Diyet»de incelenen bu Mahkemenin varlığı, sosyalist anayasacılık anlayışında değişimleri göstermesi bakımından anlamlı olduğu kadar, nihai yorum yetkisini Meclise bırakan çözüm de, bir çeşit **«référé législatif»** tekniği benimsemesi bakımından anlamlıdır.

Cf. **H. İzdebski**, «Les amendements à la Constitution de la République populaire de Pologne» *R.I.D.C.*, 1984, s. 79 vd.; **Y.-L. Hufteu**, *Le référé législatif et les pouvoirs du juge dans le silence de la loi*, PUF., Paris 1965, s. 29 vd.

- (8) Bk. **John P. Roche**, «Judicial Self-Restraint», in **Peter Woll**, *American Government, Readings and Cases*, Little, Brown and Co., Boston 1984, s. 530 vd.

PQD'i tanımlamadaki zorluğa rağmen, bu doktrini sadece çözümü siyasi açıdan zor anayasal sorunlardan sakınma formülü olarak değerlendirmek de gerçekçi olmaz (9).

Birleşik Devletlerde Federal Yüksek Mahkeme, «**White Primary Cases**» (Beyaz ön-seçim (10), «**Baker v. Carr**» (seçim çevrelerinin eşitleştirilmesi), «**Youngstown Sheet-Tube Co. v. Sawyer**» (Çeliğe el koyma) (11), «**United States v. Nixon**» (12) olaylarında açıkça görülebileceği gibi, Amerikan toplumunu bölen kritik konularda önemli siyasi ve sosyal yansımaları olan kararlar verebilmiştir.

Yargıç Jackson'un da belirttiği gibi her anayasa yorumunun, şu ya da bu şekilde bir siyasi sonucu vardır ve bu sebeple de her «**siyasi olay**» bir «**siyasi sorun**» sayılamaz (13).

Son bir tahlilde «**siyasi sorun**» problemi, yargı denetimini, demokrasilerin «**Çoğunluk kuralı**» (majority rule) ile bağdaştırma problemidir (14).

Anayasa Hukuku doktrininde Wechsle, bugün klasikleşen, «**Anayasa Hukukunun nötr prensiplerine doğru**» başlıklı denemesinde, yargı kararları ile siyasi kararlar arasındaki farkı, yargı kararlarının etnik ekonomik... görüşler yerine «**nötr prensipler**» üzerine kurulu olmasında görmüştür.

[9] Bu görüşün gerekçeleri için bk. **Scharpf**, «Judicial Review and the Political Question: A Functional Analysis», Yale L.J., 1966, s. 517. **Henkin** ise, Birleşik Devletlerde ayrı bir «**siyasi sorun**» doktrini olmadığını, Mahkemenin, Başkan ya da Kongre'nin anayasal otoritesine giren işlem ve eylemleri denetlemediğini, bunun ise Mahkemelerin «**siyasi alan**» karşısındaki doğal tutumlarından farklı sayılamayacağını ileri sürmüştür.

Bk. **Henkin**, «Is there a 'Political Question' Doctrine», Yale, L.J., 1979, s. 597 vd.

[10] Bu kararlarla Mahkeme, «Parti önseçimleri»ni (Primaries) zencilerin katılımına açmıştır. Bk. «**Terry v. Adams**», 345 U.S. 461 (1953).

[11] Çeliğe el koyma kararı için bk. «**Youngstown Sheet Tube Co. v. Sawyer**», 343 U.S. 579 (1952).

[12] «**United States v. Nixon**», 418 U.S. 683 (1974).

[13] **Eisenmann**'ın 1928 lerde yazdığı gibi, «Eşyanın mantığı icabı anayasa yargısı, son bir analizde, hukuki uzlaşmazlıklara dönüştürdüğü siyasi mücadelenin her halde kısmi ancak yine de aslına sadık bir yansıtıcısıdır.»

Bk. **Ch. Eisenmann**, La Justice Constitutionnelle et la Haute Cour Constitutionnelle d'Autriche, Paris 1928, s. 137.

[14] Bu konuda tipik bir karar için bk. Kent Devlet Üniversitesindeki olaylar ertesinde görülen «**Gilligan v. Morgan**» davası, 413 U.S. 1 (1973). Siyasi sorunlar konusunda fonksiyonel bir test önerisi için bk. **John E. Nowak et al.**, Handbook on Constitutional Law, West Publishing Co. 1978, s. 110 vd.

John H. Ely ise «Uygun usul» (procedural fairness) denetimini anayasa yargısının sınır çizgisi olarak görmüş ve kalkış noktasını yüksek mahkemenin gebeliğin iradı kesintiye uğratılması ile ilgili **Roe v. Wade** kararında (15) bulan bir dizi çalışmada (16) geliştirdiği tezle, anayasa yargısında «değer koruyucu yaklaşım»a (Value protecting approach) getirilen eleştirilerin tipik bir örneğini vermiştir.

Ely anayasa yargısını, değerleri belirleyecek siyasi sürecin usule uygunluğunu denetleme fonksiyonu ile sınırlarken, **Thomas Gray**'de Anayasanın kurucuların iradesine göre yorumlanması gerektiği görüşünü ileri sürmüştür (17).

Anayasa normlarının yorumlanmasında «değerler sistemi»nin kullanılması bir «Yargıçlar Yönetimi» ya da «Yargıçlar Devleti»ne geçiş olarak görülürken, Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesinin **dogmatik liberalizmin** en yüksek noktası sayılan **Lochner kararı**, ya da «**Lochner'ın Hayaleti**» (The Ghost of Lochner), anayasa hukuku doktrini etkilemeye devam etmiştir.

«**Lochner kararı**» anayasaya uygunluk denetiminde bir uç-örnek teşkil ederse, karşı yönde bir uç-örnek de Birleşik Devletler Anayasası'nda «**Welfare clause**»un yorumlanma biçimidir.

Birleşik Devletler Anayasasında «**Welfare clause**» olarak adlandırılan, birinci maddenin sekizinci bölümü ile getirilen düzenleme, metinde yer alan bir noktalı virgül nedeni ile mahkemelerce dar yorumlanmış ve vergilendirme yetkisinin «genel refah» için kullanılması kurucuların iradesine aykırı görülmüştür.

(15) «**Roe v. Wade**», 428 U.S. 52 (1973) Yargıç White, karara ekli «**dissenting opinion**»da Mahkemenin bu kararı ile «yeni bir anayasal hak yarattığı»nı oysa bu problemin çözümünün siyasi karar mekanizmalarının yetkisinde olması gerektiğini ileri sürmüştür.

Alman Federal Anayasa Mahkemesinin aynı konuda verdiği 25 Şubat 1975 tarihli karara muhalif kalan Yargıç **Pupp von Brüneck**'de White'in görüşünü benimsemiştir.

Bk. **A. Grosser**, «Cours constitutionnelles et valeurs de référence. A propos de décisions sur l'avortement», Pouvoirs-13, 1980, s. 117 vd.

(16) Cf. **John H. Ely**, «The Wages of Crying Wolf: A Comment on Roe v. Wade», Yale L.J., 1973, s. 920 vd.; —İD., «Toward a Representation - Reinforcing mode of Judicial Review», MD. L. Rev., 1978, s. 451 vs. vd.

(17) **Gray**'in «Saf yorumcu» (Purely interpretive) yargı denetimi modeli için bk. **Thomas Gray**, «origins of the Unwritten Constitution», Stan. L. Rev. 1978, s. 844 vd.

Oysa yeni tarihi araştırmalar **Washington**'un imzaladığı metinde noktalı virgöl yerine sadece bir virgölün bulunduğu, noktalı virgölün Anayasaya daha sonra bir yazıcı tarafından eklendiği gerçeğini ortaya koymuştur (18).

Bugün noktalı virgöl pozitivizminden **Lochner**'in Hayaleti'ne, Anayasa doktrini ve jürisprüdansı Anayasa yargısında sınır çizgisinin arayışı içindedir.

C) Anayasa Mahkemelerinin Denetim Yetkilerinde Genişleme ve Siyasi Sonuçları Tartışması.

Anayasa Mahkemelerinin denetim yetkileri genişliği tartışması Birleşik Devletlerde bir «**Temel Haklar tartışması**» (Fundamental Rights Controversy) biçiminde sürerken, Federal Almanya da, **Weimar Cumhuriyeti**'nin son yıllarında değişik siyasi renklerdeki grupların başlat-tıkları polemikten (19) farklı da olsa, yeniden gündeme gelmiş ve anayasa yargısı dinamizmini belli sınırlar içinde tutma problemi olarak görölmüştür (20).

Birleşik Devletlerde Başkan Nixon 1968 seçim kampanyasında, iktidara geldiğinde Yüksek Mahkemeye kanunların sözüne bağlı yargıç-lar «**Strict Constructionists**» atamayı vaad etmiş (21) Amerikan anayasa hukuku doktrininde de yargı dinamizmini ve özellikle de Yüksek Mahkemenin «değer koruyucu yaklaşımı»nı (22) ve yargı kararları ile hukuk yaratmayı (judicial legislation) sınırlayıcı formüller üretilmiş-

(18) **C. Friedrich**, La démocratie constitutionnelle, PUF, Paris 1958, s. 133.

(19) **Weimar Cumhuriyeti**'nde demokratik meşruiyetten yararlanan Parlamentonun kazai denetiminin siyasi yerindeliği konusunda duyulan kuşkular, literatürde, turnak içinde «ilerici hukuk düşüncesi»nin alâmeti olarak görölmüş, pratikte ise, demokratik değerlerin erozyonunu kolaylaştırmıştır.

(20) Bk. **Joachim Burmeister**, «La position du Tribunal Constitutionnel Fédéral dans l'organisation des pouvoirs publics», Rapport présenté au Colloque Franco-Allemand : Le Contrôle de constitutionnalité en France et en République Fédérale d'Allemagne. 21-22 Mai 1982. s. 2 vd.

(21) Böylece «**New Deal**» sonrasında siyasi sarkaç bir kere daha hareketlenmiş ve bu defa «muhafazakar»lar Yüksek Mahkemeyi eleştirirken, «liberaller» savunmuştur.

(22) Cf. **Mauro Cappelletti**, The Mighty Problem of Judicial Review and the Contribution of Comparative Analysis», South. California L. Rev., 1980, s. 409 vd.

tir. Bu gelişmeler «Burger Mahkemesi»nin tutumu üzerinde de etkili olmuştur (23).

Alman Federal Anayasa Mahkemesinin yetkilerini aşarak kanun koyucunun siyasi alanına nüfuz etmesi ile ilgili eleştiriler özellikle, «**Temel Andlaşma**»nın ve Alman Ceza Kanunu (StGB) 218. madde değişikliği çerçevesinde yapılan ve gebeliğin iradi kesintiye uğratılması ile ilgili kanunun Anayasaya uygunluk denetimleri (24) sırasında yoğunluk kazanmış ve doktrinde iki savaş arasının pozitivizmine geri dönüş eğilimi görülürken, politika bilimcileri de Amerikan «siyasi sorun doktrini»ni Mahkemenin dinamizmini sınırlayıcı bir teknik olarak önermişlerdir.

Fransa'da ise 1981 seçimleri ertesinde gerçekleşen siyasi çoğunluk değişikliği (Alternance), Anayasa Konseyi'nin yasama politikasına müdahalesi problemini tartışma alanına sokmuş ve farklı değerlendirmelere konu olmuştur.

Fransız Anayasa Konseyi eski üyesi, sol radikaller hareketi yöneticilerinden Paris Üniversitesi anayasa hukuku profesörü «**François Luchaire**, Anayasa Konseyi'nin temel haklar alanındaki ilk kararlarından sonra bu problemin altını çizmiş, «Başlangıç noktasında 'Parlamentoya karşı yöneltilen bir namlu' olan (canon braqué contre le Parlement) Anayasa Konseyi, sol partiler 'Ortak Programı'na karşı **mülkiyeti** ve **ferdi** koruyan bir mayın tarlası mı olmuştur?» sorusunu sormuştur (25).

John T.S. Keeler de Luchaire'in bu sorusunu 1980'li yıllarda Anayasa Konseyi'nin Fransız siyasi sistemi içinde yerini incelerken bir

(23) «Burger Mahkemesi» için özellikle bk. **Martin Shapiro**, «The Supreme Court : From Warren to Burger», in **Anthony King**, ed., *The New American Political System*, American Enterprise Institute for Public Policy Research, Washington, D.C., 1980, s. 179 vd.

(24) Mahkemenin Federal Cumhuriyet ve Alman Demokratik Cumhuriyeti arasındaki münasebetlerin temellerini hazırlayan 21 Aralık 1972 tarihli Andlaşma ile ilgili 31 Temmuz 1973 tarihli kararı için bk. **J.-C. Béguin**, *Le contrôle de la constitutionnalité des lois en République Fédérale d'Allemagne*, Economica, Paris 1982, s. 203.

Mahkemenin gebeliğin iradi kesintiye uğratılması ile ilgili 25 Kubat 1975 tarihli kararı için bk. **A. Grosser**, «Cours constitutionnelles et valeurs de référence. A. propos de décisions sur l'avortement», op. cit., s. 117 vd.

(25) Bk. **François Luchaire**, «Le Conseil Constitutionnel et la protection des droits et libertés des citoyens» in **Mélanges Waline**, LDGJ, Paris 1974, vol 2, s. 573.

çalışma hipotezi olarak kullanmış ve Konsey kararlarını Sosyalist iktidar karşısında bir «hukuk gerillası» olarak değerlendirmiştir (26).

Türk Anayasa Mahkemesinin özellikle «dolaylı yasama» olarak görülen kararları eleştiri konusu olmuş ve siyasi - anayasal sistemin yeniden yapılandırılmasında bu görüşün önemli sonuçları görülmüştür.

Türk siyasi - anayasal sisteminde, 1961 Anayasası ile bir Anayasa Mahkemesi kurulmuş olması, üzerinde yeterince durulmamış olan bir «Hukuk ihtilali»dir.

«Devletin bütün nüfuz ve kudreti»nin tanındığı ve «Kadir-i Mutlak» Meclis anlayışından (27), Anayasanın üstünlüğü ve kanunların bu «Üstün Hukuk»a uygunluğunun denetimi anlayışına geçilmiş ve Anayasa Mahkemesi yeni siyasi - anayasal sistem içinde aktif bir rol oynamıştır. Özellikle parti bölünme endekslerinde yükselme ve siyasi kutuplaşmanın yol açtığı parlamenter inersi Anayasa Mahkemesi kararlarının etkisini daha da arttırmıştır (28).

Anayasa Mahkemesi kararlarının meydana getirdiği siyasi titreşimleri ölçmede kullanılabilecek sismografik bir araştırma cihazı var mıdır?

2485 sayılı Kurucu Meclis hakkında Kanunun 26 ve Danışma Meclisi İçtüzüğü'nün 19 ve 47. maddelerine göre Anayasa Tasarısını hazırlamakla görevlendirilen «Anayasa Komisyonu» çalışmaları bu titreşimlerin ölçülmesinde belki sınırlı ama yine de operasyonel bir cihaz olarak görülebilir.

Anayasa Komisyonunun Danışma Meclisi Başkanlığına sunduğu raporda «...yargı denetimi ile yükümlü organların zaman zaman **politik eğilimlere** kendilerini kaptırdıkları gözlemlenmiştir» denilmekte ve «bu değerlendirmeden hareketle... (Komisyonun) yargı denetiminin

(26) Bir «Le Monde» yazarı bu siyasi - hukuki çatışmayı şu şekilde özetlemiştir: «Bir yanda önceki çoğunluğun temsilcileri tarafından seçilen dokuz bilge, öte yanda François Mitterand lehine oy kullanan 15.714.598 Fransız. Bu iki 'meşruiyet'den hangisi daha meşrudur?».

(27) Cf. T. Feyzioğlu, Kanunların Anayasaya uygunluğunun kazai murakabesi, op. cit., s. 322 vd.

(28) Basit bir sayısal karşılaştırma, akla gelebilecek bütün itirazi kayıtlara rağmen, yine de anlamlı bir sonuç verebilir: Türk Anayasa Mahkemesi 1962 - 1977 yılları arasında, 15 yıl içinde, 223 kanunu ya da belli hükümlerini Anayasaya aykırı bularak iptal etmiştir. Oysa Birleşik Devletlerde **Warren Mahkemesi** «Judicial Activism» dönemi olarak bilinen 1953 - 1969 arasında, 16 yıl içinde, sadece 16 kanunu Anayasaya aykırı bulmuştur.

hukuki sınırlar içerisinde yapılmasını sağlama felsefesine dayana rak...» gerekli düzenlemelerin getirildiği belirtilmektedir.

Bu düzenlemeler içinde özellikle madde 153/2 kuralı anlamlı görülmektedir: «Anayasa Mahkemesi... kanun koyucu gibi hareketle, yeni bir uygulamaya yol açacak biçimde hüküm tesis edemez».

İhsan Göksel'in önergesi ile metne eklenen bu düzenlemenin Komisyonunda görüşülmesi sırasında özellikle «Anayasa Mahkemesi aleyhine ortaya çıkan akımın menşesinde yer aldığı» düşünülen iki karar üzerinde durulmuştur; Anayasa Mahkemesinin 1974 de Af Kanununun istisnai hükmünü ve 1968 de Seçim Kanununun «engel» hükmünü iptal eden kararları.

Komisyon Anayasa Mahkemesinin bu kararlarını «**Dolaylı Yasama**» (29) olarak görmüş ve yaptırımını Komisyon çalışmalarında da bir soru olarak kalan (30) 153/2 hükmünü getirmiştir.

Başlangıç'ta ifade edildiği gibi «...sözüne ve ruhuna ... mutlak sadakatle yorumlanıp uygulanmak üzere getirilen Anayasa'nın bu formülle yargı yerlerini bir «**Yorum ahlakı**»na bağlamak istediği açıktır.

Anayasa Mahkemesinin «**Onda birlik baraj uygulamalı nisbi temsil sistemi**»ni getiren 2972 sayılı «Mahalli İdareler ile Mahalle Muhtarlıkları ve İhtiyar Heyetleri Seçimi Hakkında Kanun»un kimi hükümlerinin Anayasaya aykırılığı iddiası ile açılan iptal davasında verdiği karar «**Judicial self-restraint**»in tipik örneklerinden biridir.

Karar, Anayasa ile getirilmek istenen yorum ahlakına bağlı kalırken, Mahkemenin «**dolaylı yasama**» karşısında hassasiyetini de göstermektedir.

(29) Dolaylı yasama için bk. **A. Ünsal**, Siyaset ve Anayasa Mahkemesi, op. cit., s. 272 vd.

Ekleme gerekir ki, Af Kanununun istisnai hükmünün iptali ile ilgili karar, Anayasa Mahkemesinin 1963-1977 yılları arasında verdiği toplam 462 kararın % 3.2'sini meydana getiren, 7'ye karşı 8 oyla alınmış «bıçak-sırtı» 15 karardan biridir.

Komisyon 153. madde gerekçesinde, Mahkemenin 1974 tarihli kararında örtülü bir referansla, şu açıklamayı getirmiştir: «...Kanunla getirilen istisnalara ilişkin kanun hükümlerinin iptali ana kuralın uygulanması sonucunu doğurabilir. Haibuki Kanun koyucu böyle bir sonuç çıkmasını arzu etmediği için istisnayı kabul etmiş durumdadır. Bu istisna hükmünün iptali **milli iradeye ters düşeceğinden...**»

(30) Madde metninin Komisyonunda aldığı son şekilde Anayasa Mahkemesinin «iptale ilişkin kararları» kararların «kesin olması kuralı dışında bırakılarak» bu kararların yeniden incelenmesini isteme yetkisi Cumhurbaşkanına tanınmıştır.

Anayasa Mahkemesi «seçim sistemi tayini»ni siyasi süreçte çözüme bağlanması gereken bir problem olarak görmüş, Kanun koyucunun «takdirine bağlı bir konudaki tercihinin isabet derecesinin tartışılması»nı ise anayasaya uygunluk denetimi alanı dışında görmüştür.

Mahkeme bu kararda, uygunluk denetimini «**teknik bir denetim**» olarak görmüş ve «**kanun koyucunun siyasi tercihleri**»ne müdahale-den çekinmiştir (31).

D) Chief Justice Marshall'dan Badinter'e Anayasa Mahkemelerinin Kuruluşunda «Siyasi Problem».

Anayasa Mahkemesi yargıçlarının seçiminde ortak bir formül var mıdır?

Anayasa Mahkemelerine üye seçiminde farklı formüller kullanılmıştır ama bu farklılığın bir de ortak özelliği vardır. Gerçekten **İtalya** da Mahkemenin üçte biri, **İspanya** da altıda biri dışında bütün üyeler siyasi organlar tarafından seçilmektedir.

Almanya'da Anayasa Mahkemesi üyeleri Parlamentonun iki meclisi tarafından oldukça karmaşık bir sistemle seçilirken, **İtalya** da Mahkeme üyeleri, Parlamento (5), Cumhurbaşkanı (5) ve Yüksek Mahkemeler (5) tarafından, **Fransa** da ise Anayasa Konseyinin dokuz üyesinden üçü Cumhurbaşkanı, diğer altı üyesi ise, eşit sayıda, Meclis ve Senato Başkanlarınca seçilmektedir.

Louis Favereu, Mahkeme üyelerinin siyasi organlarca seçiminin, bu mahkemelerin siyasi sistemde sahip oldukları rol düşünülecek olursa yadırganmaması gerektiğini ileri sürerken (32), konunun bir başka uzmanı, **Mauro Cappelletti** de bu seçim biçiminin mantıklı ve hukuki bir temele sahip olduğu görüşündedir (33).

Bu genel tesbitler çerçevesi içinde 1982 Anayasası ile kurulan Anayasa Mahkemesinin **seri-dışı bir yapıya** sahip olduğu söylenebilir.

Anayasa Mahkemesinin, Komisyon başkanının ifadesi ile «İhtisas sahibi kişilerden oluşması ve bunların seçiminin tarafsız bir kişi olan Cumhurbaşkanıya verilmesi» formüllü, **nötr bir formül** olarak görülmüştür.

(31) Bk. Anayasa Mahkemesi 1984/2 karar sayılı kararı.

(32) **L. Favereu**, «Rapport introductif général» in, **L. Favereu**, éd., Cours Constitutionnelles Européennes et droits fondamentaux, Economica, Paris 1982, s. 31 vd.

(33) **M. Cappelletti**, «Nécessité et légitimité de la Justice constitutionnelle» in Favereu, éd., Cours Constitutionnelles, op. cit., s. 461 vd.

Birleşik Devletlerde Başkan Nixon, Yüksek Mahkemeye az sayıda başkana nasip olan şansı kullanarak 1969 - 1971 yılları arasında içlerinde Başyargıç **Burger**'in de bulunduğu dört atama yapmış ve bu atamalar ertesinde polemik bir amaçla, Mahkemeye «**Nixon Mahkemesi**» adı verilmiştir.

Siyasi kimlikli Başkanlarla atadıkları üyeler arasında partizan bağların varlığını (34) gösteren ilk örneğe, **Adams**'in «**Federalist Parti**»sinin iktidarı kaybettiği 1800'lü yılların Amerikasında rastlanır. Adams görevde kaldığı son aylarda **Jefferson**'cuların siyasi üstünlüğüne karşı yargı yerlerinde federalistlerin üstünlüğünü sağlamak için yargıç atama yetkisini geniş çapta kullanmış. 20 Ocak 1801'de de Devlet Bakanı **John Marshall**'i Chief Justice olarak Yüksek Mahkemeye atamıştır.

Adams dan 185 yıl sonra tarih tekrarlanmış ve Fransa Devlet Başkanı Mitterand partisinin iktidarı kaybettiği 16 Mart 1986 seçimlerinden birkaç gün önce eski Adalet Bakanı **Bedinter**'i Fransız Anayasa Konseyi Başkanlığına atamıştır (35).

Atayanla atananlar arasındaki bu siyasi bağ mahkemeleri partizanlaştırmış mıdır?

«**Watergate Skandalı**» ertesinde görülen ve Nixon'un siyasi kariyerini sona erdiren «**United States v. Nixon**» davasında (36) karar, yargılamaya katılan «**Nixon Mahkemesi**» yargıçlarının oybirliği ile alınmış ve kararı da Chief Justice **Burger** yazmıştır.

Atamaları ile Mahkemeyi etkilemeye çalışan Başkanların düş kırıklığını belki de en açık biçimde **Harry S. Truman** dile getirmiştir : «denedim ve işlemedi...», «... I've tried and it won't work... Whene-

(34) Yargı cihazlarının politizasyonu konusunda bk. **Marie-France Toiner**, «La Corruption du système judiciaire aux Etats-Unis», Consortium Européen de Recherche Politique, Lancaster, 1983 (Tebliğ), s. 12 vd.; **C. Franck**, Droit Constitutionnel et Institutions politiques comparés, Les Cours de droit, 1979-1980, s. 188 vd.; **S. Corvelli**, «Reaganisme et Pouvoir judiciaire. La bataille pour la Cour Suprême» *Le Monde Diplomatique*, Août 1985, s. 28.

(35) Bk. *Le Monde*, 21 Février 1986, s. 10.

(36) «**United States v. Nixon**» kararı için bk. **P. Juillard**, «Le privilège de l'exécutif aux Etats-Unis. A Propos de l'arrêt de la Cour Suprême dans l'affaire United States contre Nixon, 24 Juillet 1974», in *Pouvoirs* 4, 1978, s. 168 vd. Ancak bu tesbit, Birleşik Devletlerde Yüksek Mahkemenin siyasi bir rol oynamadığı anlamına gelmek gelmez. Bu konuda özellikle bk. **André Mathiot**, «Le contrôle de la constitutionnalité des lois pénales et de procédure pénale par la Cour suprême des Etats-Unis au XX. siècle», *Science Criminelle et Droit Pénal comparé*, 1985, s. 740 vd.

ver you put a man on the Supreme Court the ceases to be your friend. I'm sure of that» (37).

Yüksek Mahkemede sadece hukukçuların yer almamasının sosyal olayları anayasa yargısına sokarak **Judicial self-restraint**»e hizmet edeceği tezi ileri sürülmüştür (38). Bu tezin ilk ayak izlerine, farklı bir ortamda, Roosevelt Amerikasında rastlanır.

Yargıç William Douglas otobiyografisinde Başkan Franklin Roosevelt'le aralarında geçen bir konuşmayı şöyle aktarmaktadır :

«FDR bir kurum olarak Yüksek Mahkemeye tepki duyardı... Bu defa hukukçuların neden bu kadar muhafazakar olduğunu sordu... Anayasada Yüksek Mahkemeye sadece hukukçuların atanmasını gerektiren hiçbir şey olmadığını söyledim.» «Ne?» dedi «Ciddimisiniz»

«Ciddiyim», diye cevap verdim. Bir sigara yaktı ve bir süre sessiz kaldıktan sonra «öyleyse», dedi «sıradan iyi bir adam bulalım» **Let's find a good layman**» (39).

II. ANAYASA YARGISINDA «HUKUK» ve «POLİTİKA». ANAYASA MAHKEMELERİ YASAMA POLİTİKALARI KARŞISINDA BİR «MAYIN TARLASI» MIDIR?

A) Akademik ve Siyasi Planda Problemin Verileri : «Lyon Ekolü»nden Parti Politikalarına.

Burada **Luchaire**'in sorusunun yeni bir soru olmadığını akademik ve siyasi planda küllerinden sürekli olarak yeniden doğan bir soru olduğunu belirtmek gerekir.

Akademik planda **Edouard Lambert** ve **Jacques Lambert**'in «Yargıçlar Yönetimi» (Le Gouvernement des juges) konusunda ki öncü çalışmaları (40) Ch. **Cadoux**'nun Birleşik Devletlerde Yüksek Mahke-

(37) Bk. **Henry J. Abraham**, *Justices and Presidents*, Oxford University Press, N.Y., 1974, s. 63.

(38) Bk. **A. Miller**, *Toward Increased Judicial Activism. The Political role of the Supreme Court*. Greenwood Press, London, 1982, s. 286 vd.

(39) Cf. **W. Douglas**, *The Court Years, 1939-1975*, Random House, N.Y. 1980, s. 281.

(40) Bk. **E. Lambert**, *Le Gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis*, Paris 1921; **J. Lambert**, *Histoire constitutionnelle de l'Union Americaine*, Sirey, Paris 1930-1937 (4 vol.) ve özellikle cilt 2, «A la recherche d'un gouvernement national : gouvernement des juges».

menin siyahlar problemi karşısındaki rolü (41) ve **J.-P. Lassale**'in «Yüksek Mahkeme ve komünist problemi» ile ilgili araştırmaları (42) takip etmiş, **Pierre Vialle**'in «Birleşik Devletlerde Yüksek Mahkeme ve Siyasi temsil, Yargıçlar yönetimi üzerine yeni bir deneme» başlıklı tezi (43) de aynı çizgide yerini almıştır.

Bu çalışmalar bütünü Fransa'da, Birleşik Devletler Anayasa Hukukunda «**Lyon Ekolü**» olarak adlandırılan akımı meydana getirmiş ve Kıt'a Avrupası Anayasa Hukuku kültüründe anayasallık denetiminin gerekleri ve sınırları üzerindeki genel düşünceyi, **akademik planda**, şekillendirmiştir (44).

Klasik analizde «Yargıçlar Yönetimi» Birleşik Devletlerde Yüksek Mahkemenin kendi anayasa yorumunu, yasama ve yürütme iktidamlarının yorumuna ikame etmesi biçiminde anlaşılmıştır.

XIX. yüzyılın sonlarında Birleşik Devletlerde genel kabul gören bu teori, Kıt'a Avrupasında da, özellikle Fransız doktrininde, **Edouard Lambert** etkisi ile benimsenmiştir (45).

Edouard Lambert'in analizinde, yargıçların kanunların sadece **teknik denetimini** yapmakla yetinmedikleri, seçilmiş meclislerin yasama politikalarını kendi ekonomik ve sosyal anlayışları doğrultusunda yönlendirmek isteyen bir **yerindelik denetimi** de yaptıkları gösterilmek istenmiştir.

(41) **Ch.Cadoux**, La Cour Suprême et le problème noir aux Etats-Unis, LDGJ., 1957 (tome 49 de la Bibliothèque de l'Institut de Droit Comparé de Lyon).

(42) **J.-P. Lassale**, La Cour Suprême et le problème Communiste aux Etats-Unis, A. Colin, Paris 1960.

(43) **P. Vialle**, La Cour Suprême et la représentation politique aux Etats-Unis, Nouvel essai sur le gouvernement des juges, LDGJ., Paris 1972.

(44) **Turan Feyzioğlu** Türk anayasa hukuku literatüründe bugün de önemini koruyan «Kanunların Anayasaya uygunluğunun kazai murakabesi», (Ankara 1951) başlıklı çalışmasında aynı gerçeğe temas etmekte ve Amerika'da kanunların murakabesi meselesini inceleyen yazarların, **Edouard Lambert**'in ifadesi ile Yüksek Mahkeme'nin «sosyal mevzuata karşı mücadelesi» üzerinde durduklarını ve «kazai murakabenin içtimai islahata engel olduğu tezini müdafaa edenlerin **Lambert**'in otoritesine sığındıklarını» yazmaktadır. Bk. s. 242 vd., s. 345 vd. Ayrıca bk. **S. S. Onar**, «amme hukukunda hukuki tasarruflar ve kazai murakabe»in Cemil Bilsele armağan, İstanbul 1939, s. 297 vd.

(45) Bu teorinin doktrinde kabul görmesinde Holmes, Brandeis ve Cordozo gibi... Yüksek Mahkeme Yargıçlarının «karşı-oylar»ı da etkili olmuştur. Ayrıntılı bilgi için bk. **R. Pinto**, Des juges qui ne gouvernent pas, opinions dissidentes à la Cour Suprême des Etats-Unis, 1900 - 1933, Paris 1934.

Lambert'in tezi, kazai denetimin, 1803 tarihli «**Marbury v. Madison**» dan başlayarak anayasal değişimin itici gücünü meydana getirmiş olmasıdır.

Lambert'i takiben H. Pinto (46), Yüksek Mahkeme tarihinde iki dönemi birbirinden ayırmış, «**Marbury v. Madison**»dan «**New Deal**» deki yön değişikliğine kadar, Kongre ve Başkanın işlemlerinin Anayasaya uygunluk denetimini yapma yetkisini kendisine tanıyan Yüksek Mahkemenin bir «**Yargıçlar Yönetimi**» kurduğunu (47), ikinci dönemde ise «**self-restraint**» politikasını benimsediğini ileri sürmüştür.

P. Juillard, Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesinin otolimitasyon politikasını incelediği tezinde, Mahkemenin ırk ayrımı ve seçim çevrelerinin eşitleştirilmesi konusunda verdiği kararları da (48) kullanarak, «**self-restraint**» politikasının siyasi rolden vazgeçme anlamını ta-

(46) Bk. **R. Pinto**, La Cour Suprême et le New Deal. La Jurisprudence constitutionnelle de la Cour Suprême des Etats-Unis, Paris 1938. —İD., La Crise de l'Etat aux Etats-Unis, Paris 1951, s. 127 vd.

(47) «Le gouvernement des juges était l'arme discrète et efficace de la minorité conservatrice, des intérêts économiques privés, des Economic Royalists», **Pinto**, La Crise de l'Etat, op. cit., p. 128.

(48) Yüksek Mahkemenin ırk ayrımı konusunda tutumu için bsk. **Pierre Mutignon**, Les aspects juridiques du problème racial aux Etats-Unis, LDGJ., Paris 1968, —İD., «Le problème noir aux Etats-Unis depuis le Civil Rights Act du 2 Juillet 1964», RIDC, 1966, s. 669 vd.

Yüksek Mahkemenin «seçim çevrelerinin eşitleştirilmesi» konusunda verdiği kararlar için özellikle bk. **Pierre Vialle**, La Cour Suprême et la Représentation politique aux Etats-Unis, op. cit. s. 62 vd.

Yüksek Mahkeme 1946 tarihli «**Colegrove v. Green**» vak'asında (328 U.S. 549), seçim çevrelerinin düzenlenmesini «siyasi sorun» olarak görmüş, **Yargıç Frankfurter** bu problemin niteliği icabı adli mahkemelerin yetki alanına girmediğini ileri sürmüştür. 1962 tarihli «**Baker v. Carr**» kararı ise (369 U.S. 186) bu konuda «**Jurisprüdansiyel bir ihtilal**» gerçekleştirmiştir. Kararda **Yargıç Douglas**, «siyasi sorun» kavramının varlık temeli olmadığını ve Yüksek Mahkemenin yetkisini kullanmasını engellememesi gerektiğini savunmuş, Mahkemelerin oportünite nedenleri ile yetkilerini kullanmayı reddetmelerinin anayasaya uygunluk denetimi mantrı ile bağdaşmadığını iddia etmiştir.

Bk. **Baker v. Carr**, 369 U.S. 186, s. 241 vd. Mr. Justice Douglas Concurring.

Bu yeni jürisprüdans Birleşik Devletlerde, Mahkeme kararlarını etkisizleştirmek için Anayasa değişikliği tekniğinin kullanılması projesini yeniden gündeme getirmiş, ancak Başkan **Roosevelt**'in Yüksek Mahkemenin yapısını değiştirme teşebbüsü gibi başarısız kalmıştır.

şımadığını, sadece ekonomik ve sosyal rolden el çekme (49) anlamına geldiğini ileri sürmüştür. **Juillard**'a göre, kazai rezerv ya da sakınma ile «Yargıçlar yönetimi» arasındaki ayrım gerçek olmak yerine görünürde bir ayrımdır (50).

Siyasi planda, savaş sonrası anayasacılığında Hristiyan - Demokratlar, Fransa, İtalya ve Almanya da kazai yetkilerin genişletilmesinden yana olmuşlardır. Fransa'da Kurucu Meclisler döneminde M.R.P.'nin mücadelesi de gerçek bir Anayasa Mahkemesi olabilecek bir organizmanın kurulması yönündedir. Ancak sosyalistler, **C. Friedrich**'in belirttiği gibi, «Roosevelt'in gözler önünden gitmeyen anısı içinde, ileride gerçekleştirilecek sosyal ve ekonomik reformlara karşı çıkabilecek her türlü mekanizmayı bertaraf etmek istemişlerdir» (51).

«Yasa»yı yorumlayan bağımsız bir kazai iktidar düşüncesinin kaynağı Ortaçağ İngilteresidir. **Coke** döneminde yargıçlar, Kral ve onun toprak aristokrasisine karşı mücadele veren ihtilalci orta sınıfların yanında olmuşlardır. Başka bir ifade ile **Tory** ve **Whig**'lerden bu yana parti politikaları ile mahkemeler arasında yakınlıklar ya da uzlaşmazlıklar olagelmıştır.

Bilinir ki, **Jefferson ve Marshall** döneminde de Yürütme ve yargılama arasındaki mücadele parti problemi gündeme geldiği zaman başlamıştır ve benzer bir durum «**New Deal**» Amerikasında da görülmüştür.

Birleşik Devletlerde kanunların Anayasaya uygunluk denetimini başlatan ünlü «**Marbury v. Madison**» davası (1803) (52) Federalistlerin yargı yerlerini ele geçirme siyasi operasyonunun hukuki bir sonucu olarak değerlendirilmiştir.

(49) Yüksek Mahkemenin sosyal ve ekonomik alandan el çekmesini **Justice Black**, «**Ferguson v. Skrupa**» (372 U.S. 726) kararında şu şekilde açıklamıştır: We have returned to the original constitutional proposition that courts do not substitute their social and economic beliefs for the judgement of legislative bodies who are elected to pass laws».

(50) **P. Juillard**, La politique d'auto-limitation de la Cour suprême des Etats-Unis ou une technique méconnue du gouvernement des juges: Le refus de juger, (thèse) Paris 1966, s. 505.

(51) Bk. **C. Friedrich**, La démocratie constitutionnelle, op. cit., s. 139. **Friedrich** bu tesbiti yaptıktan sonra, XVIII. yüzyıl **ferdiyetçi Anayasası** çerçevesinde doğan problemlerin, XX. yüzyılın **müdahalesi** (dirigiste) **Anayasaları** çerçevesinde doğabilecek sorunları düşünenleri tedirgin etmesini anlamanın zorluğuna temas etmiştir.

(52) «**Marbury v. Madison**» için bk. **Ronald R. Rotunda**, Modern Constitutional Law: Cases and notes West Publishing Co. St. Paul, Minn, 1981, s. 1 vd.

Bu tecrübe ve diğer liberal sistemlerde görülen benzerleri (53), Anayasa Mahkemelerinin siyasi operasyonların hukuki sonuçları olduğu hipotezinin getirilmesine sebep olmuştur. Bu konuda verilebilecek yakın bir örnek Fransız Anayasa Konseyidir.

Başkan **Pompidou**, 1974 yılında bir «gaulliste»¹ **Roger Frey**'i, Anayasa Konseyi Başkanlığına seçmiştir. Atama ertesinde «Gaulliste» parti, «Cumhuriyet İçin Demokratlar Birliği» (UDR) Başkanlık seçimlerini kaybetmiş ve Yasama Meclisi seçimlerine hazırlanmaya başlamıştır.

Bu siyasi konjonktürde, **Frey**, Konsey'e, Anayasanın teminat altına aldığı hürriyetlere aykırı gördüğü kanunları Anayasaya uygunluk denetimine sokma yetkisi tanıyan Hükümet projesinin hazırlanmasında etkili olmuştur. Böylece Birleşik Devletlerde görülen Yüksek Mahkemenin «ele geçirilmesi» ve güçlendirilmesi ikilisi Fransa'da, 1974'lerde yeniden denenmiştir (54).

29 Ekim 1974 tarihli Anayasa değişikliği bir ara formül benimsemiş ve kanunları isdarlarından önce Konseye götürme yetkisi Cumhurbaşkanı, Başbakan, Millet Meclisi ve Senato Başkanlarının yanında altmış Senatör (yaklaşık olarak senatörlerin beşte biri) ve altmış milletvekiline (yaklaşık olarak milletvekillerinin sekizde biri) de tanınmış. muhalefete uygunluk denetimini harekete geçirmede geniş bir imkân getirilmiştir (55).

Benzer bir değerlendirme 1961 Anayasası ile kurulan Türk Anayasa Mahkemesi için de yapılmıştır (56).

B) «Madison'cu Demokrasiden» «Çoğunluk Kuralı»nın Sınırlanmasına; «Barok Anayasalar».

Kanunların anayasaya uygunluğunun kazai denetimi, anayasal araç ve gereçlerin klasik bir parçası sayılagelmıştır. Bu, büyük ölçüde,

(53) Bk. **A. Auer**, «Le Tribunal Fédéral applique les lois votées par l'Assemblée Fédérale». Reflexions sur l'article 113. Genève 1980, s. 11 vd.

(54) Cf. **P. Juillard**, «Difficultés du changement en matière constitutionnelle: L'Aménagement de l'art. 61 de la Constitution», RDP., 1974, s. 1766.

(55) Cf. **Loïc Philip**, Bilan et effets de la saisine du Conseil Constitutionnel», in Olivier Duhamel, Jean-Luc Parodi, La Constitution de La Cinquième République, Presses de la Fondation Nationale des Sciences Politiques, Paris 1985, s. 408 vd.

(56) **A. Ünsal**, Siyasal sistem teorisi açısından Türk Anayasa Mahkemesi, op. cit., s. 94 vd.

Amerika Birleşik Devletlerinde XIX. yüzyıldan beri uygulanan «**Kanunların kazai denetimi Amerikan sistemi**»nin (57) Kıt'a Avrupası hukukçuları tarafından geniş ölçüde incelenmiş ve yorumlanmış olmasına bağlıdır (58).

Bununla birlikte, tesbit etmek gerekir ki, kanunların kazai denetimi sistemi «anayasal paleontoloji müzesi»nin bir parçası olmak yerine, Avusturya istisnai örneği dışında, özel bir yargı yerinde toplanan çok farklı bir denetim şeklinde, İkinci Dünya Savaşı sonrası anayasaları ile gelişen bir kurumdur (59).

Anayasa Mahkemeleri **ideolojik - siyasi krizlerin** ertesinde, insan haklarının korunması ve demokratik rejimlerin teminata bağlanması için getirilmiştir (60).

Savaş sonrası anayasa mimarisinin özelliği ve bir önceki dönemin liberal-demokratik anayasalarından farkı, «**çoğunluk kuralı**»nı (majority rule) sınırlayıcı kurumsal ve usulî düzenlemelerden meydana gelen bir bütün, bir «Patchwork» olmasıdır.

Donald P. Kommers, Avrupa modeli anayasa yargısının tarihi «background»unu incelerken, II. Dünya savaşı sonrası anayasal yapıların bu özelliğini şu şekilde ifade etmektedir : «...Reacting to the violence and despotism of previous decades European constitution-makers this time tried to engineer limited government... The patchwork

(57) Cf. **Henry J. Abraham**, *The Judicial Process*, Oxford University Press, Oxford 1980 (4. ed). s. 179 vd.

(58) Ekleme gerekir ki Amerikan sistemi sadece inceleme konusu olmakla kalmamış, Fransız kamu hukuku doktrinde, **Jèse, Duguit, Hauriou, Duez** gibi klasik hukukçular, hukukun formasyonuna katılan «anglo-sakson yargıç»la, Parlamento'nun koyduğu hukuku yorumlayan «Fransız yargıç» arasındaki farkı görmezlikten gelerek, Amerikan modeli anayasa yargısının müdafaasını yapmışlardır. Bk. **Favoreu**, «Le Conseil Constitutionnel, régulateur de l'activité normative des pouvoirs publics», RDP, 1967, s. 5 vd.

Amerikan modelinin Türk anayasa hukuku doktrinine etkisi için bk. **T. Feyzioğlu**, *Kanunların Anayasaya uygunluğunun kazai murakabesi*, op.cit. passim.

(59) Bu yenilik, **Karl Loewenstein** gibi, bazı gözlemcileri Anayasa Mahkemelerinin Avrupa hukuk çevresi'ne intibak edebilirliği konusunda kuşkuya düşürmüştür.

(60) Cf. **T. Cole**, «Three Constitutional Courts. A. Comparison», *Am. Pol. Sc. Rev.*, 1959, s. 967 vd.; **L. Favoreu**, «Actualité et légitimité du contrôle juridictionnel des lois en Europe Occidentale», RDP., 1984, s. 1147 vd.

included all kinds of procedural and institutional devices to circumscribe majority rule» (61).

Bu anlamda eğer XIX. yüzyıl «Parlamentolar Yüzyılı» olmuşsa, XX. yüzyıl da «Anayasa Mahkemeleri» yüzyılıdır.

Kodifikasyon çağının arkasından anayasallık denetimi çağı gelmiştir (62).

Klasik liberal anayasacılık felsefesini yeniden yorumlayarak değiştiren bu «Barok Anayasalar»la bir «Partiler Devleti» (63) (Parteienstaat, Etat de partis) düzenlenmiş olsa bile, Alman Federal Cumhuriyeti'nde görüldüğü gibi Anayasa Mahkemeleri bu iktidar modelinin bir «düzeltici»si olarak getirilmiş (64) ve «Hukuk Devleti»nin (Rechtsstaat, Rule of Law) ana mekanizması olarak düzenlenmiştir (65).

Bu tesbitlere, özellikle 1961 Anayasası'nın da bu anayasal trendler içinde yer aldığını altını çizerek eklemek gerekir (66).

(61) Bk. Donald P. Kommers, «Judicial Review in Italy and West Germany», in JOR., 20, s. 112; —İD., «The Federal Constitutional Court in West German Political System», in Joel B. Crossman, Joseph Tanenhaus, eds., The Frontiers of Judicial Research, John Wiley, N.Y. 1969 s. 73 vd.

İkinci Dünya Savaşı sonrası anayasacılığının bu özelliği için bk. Arnold J. Zurcher, ed., Constitutions and Constitutional Trends since World War II., New York University Press, N.Y., 1951, s. 4 vd.

(62) Michel Fromont, «Le Juge constitutionnel et le droit pénal en République fédérale d'Allemagne», Science Criminelle et Droit pénal comparé, 1986, s. 754.

(63) «Partiler Devleti» formülü için bk. Jean-Louis Quermonne, «La Haute fonction publique comme force politique? Contribution à la distinction entre l'Etat de partis et le Pouvoir d'Etat», Siyasi Bilim Uluslararası Derneği XIII. Dünya Kongresi, Paris 1985'e sunulan tebliğ, s. 4 vd.

«Parteienstaat» için ayrıca bk. Klaus von Beyme, The Political System of the Federal Republic of Germany, Gower 1983, s. 47 vd.

(64) Alman demokrasisinin partiler üzerine kurulu olduğu düşüncesine Anayasa Mahkemesinin getirdiği itirazi kayıtlar için özellikle bk. M. Fromont, «Le Juge Constitutionnel», in Pouvoirs-22, 1982, s. 50; Alman Federal Anayasa Mahkemesi kararları için bk. Les institutions de la République Fédérale d'Allemagne, D.E., 1983, s. 27.

(65) Uygulamada «Rechtsstaat» - «Parteienstaat» münasebetleri için bk. N. Johnson, «State finance for political parties in Western Germany», Parliamentary Affairs, 1965, s. 279 vd.

(66) Altını çizerek eklemek gerekir, çünkü Türk Anayasa hukuku doktrininde «Populist majoritarians» olarak adlandırılacak bir akım temsilcilerinin Türk anayasacılık hareketlerini, özellikle de 1961 Anayasasını değerlendirmede kullandıkları «tarihi bürokrasi tezi» şematizmi bugün de etkili olmaktadır.

1982 Anayasası ise, «Partiler iktidarı» anlayışının yanında bir «Devlet iktidarı» formülünü getirerek, farklı bir problematik içinde yer almış, «Güçlü Devlet» ve «yönetilebilir demokrasi» arayışlarının ifadesi olmuştur.

«Çoğunluk kuralı» ve «Partiler Devleti» ile «Hukuk Devleti» ve Anayasa yargısı münasebetleri bugün, bir «Büyük Problem» (Problème formidable, Mighty Problem) olarak Kıt'a Avrupası ve Common Law hukuk sistemlerinde gündemdedir [67].

«Common Law» hukuk sistemi içinde, Birleşik Devletlerde bu problem, bir «Temel haklar tartışması» [68] biçimini almış ve «Fundamental Rights Controversy»nin taraftarları «Çoğunluk kuralı» ve «Kazai denetim» (Judicial Review) arasındaki gerilimleri çözmek için farklı formüller önermişlerdir.

Ancak eklemek gerekir ki, bu tartışmanın «background»unda Yüksek Mahkemenin siyasi karar alma sürecinde oynadığı rolle ilgili farklı değerlendirmeler vardır.

Alman Federal Cumhuriyeti'nde anayasa yargısı dinamizmini sınırlama konusu teori ve pratikte önem kazanırken, Fransa'da V. Cumhuriyetin ilk siyasi iktidar değişikliği, Anayasa Konseyi'nin sistem içindeki yerini tartışma konusu yapmıştır.

Türk siyasi - anayasal sisteminde Anayasa Mahkemesi, «rodaj dönemi» kararları ile, III. Cumhuriyetin getirdiği «Yeni düzen»i yorumlama ve bu düzen içinde rolünü bulma arayışı içindedir.

a. Birleşik Devletlerde «Temel haklar tartışması» ve «National - policy maker» olarak Yüksek Mahkeme

Birleşik Devletlerde «Temel haklar tartışması»nda «Lochner'in hayaleti» (The Ghost of Lochner) önemli bir yer tutar.

1880'lerden 1937'li yılların «West Coast Hotel v. Parrish» dönemeç kararına kadar 1929 krizi ve Franklin Roosevelt'in «New Deal» programını da içine alan dönemde Yüksek Mahkeme, klasik ekonomik liberalizm ve kamu güçlerinin yeni biçimlenen müdahalecilik anlayı-

[67] Cf. Mauro Cappelletti, «The 'Mighty Problem' of Judicial Review and the Contribution of Comparative Analysis», Southern California Law Review, 1980 (2), s. 409 vd.

[68] Birleşik Devletlerde «Temel Haklar tartışması» için özellikle bk. Paul Brest, «The Fundamental Rights Controversy: The Essential Contradictions of Normative Constitutional Scholarship», The Yale Journal, 1981 (90), s. 1063 vd.

şı arasında kalmış ve tercihini de ilk anlayıştan yana yapmıştır. Bu dönemde Yüksek Mahkemenin Anayasada okuduğu «Sosyal Dervinizm» ve «Laissez-faire»ciliktir.

Yüksek Mahkeme kararlarında dogmatik liberalizm en yüksek noktası 1905 tarihli «**Lochner v. New York**» kararıdır (69). Yüksek Mahkeme bu kararda, ekmek fırınlarında çalışma saatlerini günde 10, haftada 60 saatle sınırlayan bir «New York» statüsünü Anayasa'nın liberal felsefesine aykırı bulmuştur.

Anayasanın plüralist mantığı üzerinde duran ve bu mantığın belli bir «**ekonomik teori**»nin resmileştirilmesine imkân tanımadığını ileri süren Yargıç Holmes'in «**Lochner v. New York**» kararına ekli dissen'i, ilgi çekicidir :

«This case is decided upon an economic theory which a large part of the country does not entertain... A Constitution is not intended to embody a particular economic theory, whether of paternalism and the organic relation of the citizen to the State or of laissez-faire. It is made for people of fundamentally differing views and the accident of our finding certain opinions natural and familiar or novel and even shocking ought not to conclude our judgment upon the question whether statutes embodying them conflict with the Constitution.»

Justice Black, «**Ferguson v. Skrupa**» kararında «**Due Process Clause**»un belli bir ekonomik ve sosyal felsefe ile bağdaşmayan kanunları Anayasaya aykırı bulmada nasıl teknik bir araç olarak kullanıldığını tesbit ettikten sonra Yüksek Mahkemenin 1963'lü görüşünü açıklarken şunları yazmıştır :

«Kanun koyucunun başucu kitabı olarak **Adam Smith, Herbert Spencer, Lord Keynes** ya da başkalarını alması bizi ilgilendirmez» (70).

Son bir tahlilde Yüksek Mahkeme Lochner felsefesinden uzaklaşarak bir yargıcının ifadesi ile sosyal ve ekonomik alanda «Bugün'ün kendini yönetme hakkına sahip olduğunu» kabul etmiştir.

Amerika Birleşik Devletlerinde Yüksek Mahkemenin siyasi karar alma sürecinde oynadığı rol üzerindeki tartışmada Robert A. Dahl'in tezi önemli bir yer tutar (71).

(69) Cf. «**Lochner v. New York**», 198 U.S. 45 (1905).

(70) Cf. «**Ferguson v. Skrupa**», 372 U.S. 726, (1963).

(71) **Dahl**, 1957 de yayınlanan bir makalesinde ileri sürdüğü görüşleri daha sonra kitaplarına da aktarmıştır. Bk. **Robert A. Dahl**, «Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker», *Journal of Public Law*, 1957, s. 279 vd; —İD., *Pluralist Democracy in the United States*, Rand McNally, 1972 (16. Bölüm).

Dahl Yüksek Mahkeme'nin, sınırlı geçiş dönemleri dışınra, Amerikan politikasında hakim ulusal koalisyonun «The dominant national alliance» aktif bir ortağı olarak diğer siyasi kurumların kararlarına destek teşkil ettiği görüşündedir.

Dahl'in tezi, klasik tezlerden farklı olarak, «**Kural koyucu çoğunluk**» (lawmaking majority) ve Mahkeme arasında «bütünleşme» hipotezi üzerine kuruludur (72).

Dahl'e göre, Yüksek Mahkemenin **Dred Scott kararı** (73) ve **New Dahl örnekleri**, siyasi «establishment» içinde bir temel uzlaşmanın sağlanamadığı dönemlerin ürünleridir.

Dahl tezi farklı açılardan eleştirilmiştir. Bu çalışmanın ilgi alanı içinde kalan bir ilk dikkate alma, Dahl çözümlemesinin tarihi ile ilgilidir. «Internal Security Act» 1950, «communist Control Act» 1954 tarihli-dir.

Pinto'nun ifadesi ile «temel hak ve hürriyetler bunalımı» olarak adlandırılan siyasi ortamın hukuki koordinatlarını veren bu iki kanun «Dahl'in kullandığı yargı kararlarına konu olmuştur. Bu dönemde, Kongre «Soruşturma Komisyonları» da, siyasi iktidarın «yıkıcı faaliyetler»le mücadele programı ve ulusal güvenlik politikasının önemli parçalarınıdır. Kongre ve Yürütmenin politikalarını başarısızlığa uğratan 1957 tarihli «**Yates v. United States**» kararına (74) kadar, Federal Yüksek

(72) «Except for short-lived transitional Period when the old alliance is disintegrating and the new one is struggling to take control of political institutions, the Supreme Court is inevitably a part of the **dominant national alliance**. As an element in the political leadership of the dominant alliance, the Court, of course, supports the major policies of the alliance.

By itself, the Court is almos powerless to affect the course of national policy. In the absence of substantial agreement within the alliance, an attempt by the Court to make national policy is likely to lead to disaster, as the Dred Scott decision and the early **New Deal cases demonstrate**» «Decision-Making...», op. cit., s. 293.

(73) **Dred Scott** kararı için bk. **E. Fehrenbacher**, The Dred Scott Case : Its Significance in American law and Politics. Oxford University Press, London, 1979.

(74) «**Yates kararı**» aynı günlerde verilen ve Kongre soruşturma komisyonlarının yetkilerini sınırlayan ve kamu görevlilerinin açığa alınma ya da görevlerine son verme işlemlerinde yargı denetimini güçlendiren bir dizi karar içinde yer alır ve gerçek değeri de bu bütün içinde görülür

«**Yates kararı**»na tepkiler konusunda bk. **Walter F. Murphy**, Congres and the Court. University of Chicago Press, Chicago, 1962; **J.-P. Lassaie**, La Cour Supreme et le problème communiste aux Etats-Unis, A. Colin, Paris 1960, s. 75 vd.

Mahkemenin «pasif dönem» kararları (75) Dahl hipotezinde malzeme olarak kullanılmıştır. Bu dönem kararları içinde «**Smith Act**» ve «düşünce açıklama hürriyeti» ile ilgili ünlü «**Denis v. United States**» kararı da (76) vardır.

Yüksek Mahkemenin kamu hürriyetleri konusunda tavır değişikliği belirleyen kararlar arasında «**Membership Clause**»la ilgili «**Jenckes**» kararı Kongre'nin «Yargıçlar Hükümeti»ne ilk tepkisine yol açan karar sayılır (77).

Son bir analizde Dahl tezi, Yüksek Mahkemenin belli bir siyasi - hukuki ortam ve sınırlı bir zaman dilimi içinde tutumu bakımından operasyonel gözükmetedir.

Bu açıklama şemasını tarihini silerek genelleştirmek Yüksek Mahkemenin Amerikan siyasi - anayasal sistemi içindeki yeri konusunda yanıltıcı sonuçlara götürür.

J.D. Casper'de Dahl tezi'ni eleştirirken, özellikle Warren ve daha sınırlı bir ölçüde de kalsa **Burger** Mahkemelerin «**aktivizm**»ine, siyasi karar alma sürecinde ve özellikle de temel hak ve hürriyetlerin korunmasında değişen rollerine dayanmaktadır (78).

«**Warren Mahkemesi**»nin özellikle dört alanda verdiği kararlar; ırklar arası münasebetler alanı, temel hak ve hürriyetler alanı, kamu iktidarlarının kurulması ve yapısı ile ilgili —özellikle «**Baker v. Carr**» ve «**Reynolds v. Sims**»— kararları ve ceza muhakemesi hukuku ile ilgili kararları, Yüksek Mahkemenin «**National-policy-maker**» rolünü çok daha belirgin hale getirmiştir (79).

[75] Bu konuda özellikle bk. **A. M. Bickel**, «The Passive virtues», Harvard Law Review, 1960, s. 40 vd.

[76] Bk. «**Denis v. United States**» 341 U.S., 494, (1951).
Yüksek Mahkemenin 1950 lerdeki rolü için bk. **Jonathan D. Casper**, The Politics of Civil Liberties, Harper-Row, N.Y. 1972, bölüm II.; **S. Hoffmann**, «L'anti-communisme dans le droit public des Etats-Unis», RDP 1956, s. 16 vd.

[77] Bk. **J. P. Lassale**, op.cit., s. 103 vd.

[78] Cf. **J. D. Casper**, «The Supreme Court and National Policy Making», American Political Science Review, 1976, s. 50 vd.

[79] Cf. **Walter Gellhorn**, «Courts and the Quest for Equality», in JOR, 1973, s. 571 vd.; **P. Mutignon**, «Les arrêts de la Cour Supreme sur le redécoupage des circonscriptions électroales», RDP., 1967, s. 694 vd.; **P. Vialle**, La Cour Supreme et la Représentation politique aux Etats-Unis, op. cit., s. 111 vd.

Warren ve Burger «Mahkemeleri»nin pratiğini karşılaştıran bir dosya için bk. «La Cour Supreme des Etats-Unis : Un Gouvernement des Juges», Problèmes

b. Alman Anayasa yargısı dinamizmini sınırlama tartışması ve «Siyasi sorun» doktrini

Federal Almanya da son yıllarda teori ve pratikte görülen bir eğilim, Alman anayasa yargısı dinamizmini (80) belli sınırlar içinde tutma eğilimidir.

1949'dan başlayarak, hakim Alman doktrini, «pozitivizmi», **Nasyonal-sosyalizmin** iktidara gelmesinde oynadığı rol sebebi ile, mahkum etmiştir.

Kamu hukuku yaylığı, «**Jahrbuch des öffentlichen Rechts**»in 33. cildinde yer alan makaleler, Alman doktrinin bir bölümünde farklı değerlendirmeler yönünde bir değişimin varlığını göstermektedir (81).

Tarihi nitelikte bir makalede, iki savaş arasının ünlü Alman kamu hukukçusu **Richard Thomas**'ın «pozitivizm»i Yasa-koyucunun demokratik meşruiyeti adına savunulurken, ikinci bir yazıda profesör **Gusy**, yargıcın hukuk yaratmada sınırları problemini tartışmakta ve hakim doktrin ve anayasal jüriprüdanstan farklı bir tez savunmaktadır. Temel Kanun, Yargıcın, metnin bütününden eksik kuralları çıkartabileceği, kendi kendine yeterli bir normlar bütünü müdür, yoksa yasa-koyucunun karar alma iktidarına imkân tanıyan ve yargıcın hukuk yaratmasını çok sınırlı durumlara inhisar ettiren açık ve boşluklu bir metin midir?

Politiques et Sociaux, 1978 (No. 335).; Ch. **Cadoux**, «Le Pouvoir judiciaire aux Etats-Unis depuis l'élection de R. Nixon», RDP, 1978, s. 45 vd; A. Mathiot, «La Cour Supreme des Etats-Unis à la fin de l'Administration Johnson», RFSP., 1969, s. 261 vd;

R. P. Claude, «Interventions judiciaires aux Etats-Unis», RDP, 1973, s. 1011 vd; **J. Mason**, «The Burger Court, in Historical Perspective», Political Science Quarterly, 1974, s. 40 vd.

- (80) Siyasal kararlar üzerinde etkisi Supreme Court anlamında «reform» ve anti-reform» dönemlerine ayrılmasa da, Alman Federal Anayasa Mahkemesinin sosyal-liberal yönetimler döneminde sosyal reformları geciktirici bir unsur olduğu ileri sürülmüştür.

Yüksek Mahkeme kararlarında reformizm ve anti-reformizm için bk. **Archibald**)Cox, The Warren Court. Constitutional decision as instrument of reform. Harvard University Press, Cambridge, 1974 (5. ed.); **Vincent Blasi**, ed., The Burger Court. The Counter-revolution That Wasn't., Yale University Press, New Haven, 1983. Alman Federal Anayasa Mahkemesi için bk. **Ch. Landfried**, The German Federal Constitutional Court, op. cit., s. 10 vd.

- (81) Cf. **Jahrbuch des öffentlichen Rechts** (P. Mäberle, ed.) Tübingen 1984, C. 33. Bk. **M. Fromont**'un RDP 1985, s. 1428 vd. bibliografik notu.

Gusy açıkça ikinci tezi benimsemektedir.

Anayasa teorisinde görülen bu değişme paralelinde politika teorisinde de, Temel Kanunun kurucu unsurunun sadece «**Rule of law**» (Hukuk Devleti) değil ama aynı zamanda «Demokrasi prensibi» de olduğu ve bu prensibin yargı yolu ile çözülen bir çok problemin siyasi süreçte çözülmesini gerektirdiği ileri sürülmüştür (82).

Heidelberg Üniversitesi'nden **Christine Landfried**, Alman anayasa yargısı dinamiklerini sınırlama adına soyut norm denetimi mekanizması ve pratik siyasi sonuçlarını eleştirirken, Karlsruhe Mahkemesi'nin bir «yorum ahlakı» olarak «siyasi sorun doktrini»ni (political question doctrine) benimsemesini, «demokrasi prensibi» adına, gerekli görmektedir (83).

Karlsruhe Mahkemesi Başkanlarından **E. Benda**'ya göre Alman Federal Cumhuriyeti'nde anayasaya uygunluk denetimi yetkisi, sınırsız olarak, bu amaçla kurulan bir yargı yerine verilmiştir ve bu nedenle siyasi sorunlar Amerikan teorisinin (84) Alman sisteminde uygulanma alanı olmamıştır. Bu teori yerine Mahkeme bir «**judicial self-restraint**» prensibi olarak «Anayasaya uygun yorum» tekniğini kullanmıştır.

Ancak çok yakınlarda Alman Federal Anayasa Mahkemesinin anayasa yargısı dinamiklerini «Siyasi sorun doktrini» ile sınırladığını gösteren kararlar da vardır.

Alman Federal Anayasa Mahkemesinin Devlet Başkanının «**Bundestag**»ı fesih kararını Temel Yasa'ya uygun bulan 16 Şubat 1983 ta-

(82) Bu konuda özellikle bk. **Christine Landfried**, «The German Federal Constitutional Court and its Impact on politics and policy outout», Paper presented at the IPSA XIII. Dünya Kongresine sunulan tebliğ, (Temmuz 1985), s. 14 vd.

(83) **Karlsruhe** yargıçlarının «siyasi sorun doktrini» karşısında tavrını belirleyen 1983 tarihli bir araştırmada, ikinci «senato»nun 8 yargıcından ikisi bu doktrinin benimsenmesini yerinde bulurken, üçü mahkemenin başka bir biçimde aynı doktrini uyguladığını ileri sürmüş, birinci senatonun altı yargısı ise bu doktrinin Alman Federal Anayasa Hukukunda yeri olmadığını iddia etmiştir. İki senatonun 16 yargıcından sadece biri Alman Federal Anayasa Mahkemesinin «siyasi sorunlar»da karar vermediğini açıkça söylemiştir.

(84) Siyasi sorunlar Amerikan teorisi, Kıt'a Avrupası «Hükümet tasarrufları» teorisine yakın bir anlam taşır.

Amerikan siyasi sorun doktrini ve İsviçre Federal Mahkemesi jürisprüdansında «Hükümet tasarrufları» kategorisinin yorumu arasında yakınlık konusunda özellikle bk. **Mahkemenin** 16 Şubat 1973 tarihli «**Les Pas S.A.**» kararı.

rihli kararı (85), Mahkemenin kendi rolü konusundaki anlayışında önemli bir değişikliği göstermektedir.

Mahkeme 1957 yılında verdiği bir kararda, «Anayasa hukukunun gelişmesine katkıda bulunmanın ilk safta Anayasa Mahkemesine ait olduğu» görüşünü benimsemiştir.

16 Şubat 1983 tarihli kararında ise Mahkeme, rolünü üç anayasal organın —Federasyon Başkanı, **Bungestag** ve **Federal Hükümet**— yorumunun, anayasaya uygunluğunu denetleme olarak görmüştür.

Anayasa Mahkemesi, kamu iktidarlarının takdir yetkilerinin kullanılmasında «açık değerlendirme hatası» (erreur manifeste d'appréciation) nın ötesine geçmeyen sınırlı bir denetim uygulamış ve siyasi organların Anayasanın yorumunda rolünü tanımıştır (86).

Anayasa Mahkemesinin gerçekleştirdiği bu «**minimum denetim**», «siyasi sorun doktrini»nin bir ilk uygulaması olarak da değerlendirilmiştir (87).

c. Fransız Anayasa Konseyi ve «**alternance**» tartışması

1958 Anayasası ile kurulan V. Cumhuriyetin ilk siyasi çoğunluk değişikliğinden, «**alternance**», sonra Fransız Anayasa Konseyi'nin siyasi-anayasal sistem içindeki rolü konusunda iki farklı tez geliştirilmiştir.

Bu tezlerden ilki Louis Favoreu'nun Anayasa Konseyi'ni «**alternance**»ın teminatı olarak gören tezi (88) ikincisi ise Konsey'in parlamenter muhalefet için kullanılabilir bir karşı-iktidar aracı olarak gören ve problemi çatışma problematiği içine koyan Keeler'in tezidir.

(85) «Organik ihtilaflar» konusunda (litiges organiques, Organstreitigkeiten) konusunda bk. **Jean-Claude Béguin**, Le contrôle de la constitutionnalité des lois en République Fédérale d'Allemagne, op. cit., s. 38 vd.

(86) Anayasa Mahkemesinin bu kararı ve kararla ilgili değerlendirmeler için bk. Philippe Lauvaux, Jacques Ziller, «Trente-cinq ans de parlementarisme rationalisé en République Fédérale d'Allemagne : un bilan» RDP, 1985, s. 1065; **M. Fromont**, «Le parlementarisme allemand de 1981 à 1983 : Crise et mutation», RDP, 1983, s. 955 vd.

(87) Bk. **Ch Landfried**, «The Federal Constitutional Court and its impact on Politics and Policy Output», op. cit., s. 21.

(88) Bk. **Louis Favoreu**, «Le Conseil Constitutionnel et l'alternance», in Olivier Duhamel, Jean-Luc Parodi, La Constitution de la Cinquième République. Presses de la Fondation Nationale des Sciences Politiques, Paris 1985, s. 422 vd.

Fransa'da 1881'de ki durum, 1930'lar Birleşik Devletlerinde, **Franklin D. Roosevelt**'in New Deal reformlarının, siyasi bakımdan muhalif bir Yüksek Mahkeme tarafından engellendiği durumla (89) karşılaştırılmıştır.

Bu analogiyi yerinde bulan **John T. S. Keeler** (90) Fransız Konseyi'nin Amerikan Mahkemesinden çok daha güçlü bir biçimde partizan olduğunu ileri sürmüştür.

Keeler, Yüksek Mahkemenin dört muhafazakar «tenacious conservatives», üç liberal «safely in the liberal camp» ve iki ılımlı üyesine karşı, Fransız Anayasa Konseyi'nin dokuz üyesinden yedisinin önceki siyasi çoğunluk partilerine bağlı ve sadece birinin, **Monerville**'in, «progressive» olarak bilindiğine, Başkan'ın ise (Roger Frey) 1959'dan 1974'e kadar «Gaullist» milletvekili ya da bakanların en etkililerinden biri olduğuna işaret etmektedir.

Keeler, Anayasa Konseyi'nin iktidarın yasama politikası üzerindeki etkisini araştırırken istatistik analiz verilerini, anayasaya aykırı bulunan düzenlemelerin önemini ve muhalefetin Anayasa Konseyine başvurma tehdidi ve bu başvurunun anayasaya aykırılık tesbiti ile sonuçlanma tehlikesinin yol açtığı «legislative self-restraint» ya da yönetimin kendi - kendini sınırlama eğilimini, çalışma malzemesi olarak kullanmaktadır.

İstatistik analiz, Sosyalist dönemin ilk üç buçuk yılı içinde Konsey'in muhalefetin başvurusu ile 48 işlemin anayasaya uygunluk denetimini yaptığı ve bu düzenlemelerin yarısına yakını (% 43.8) hiç olmazsa kısmen, anayasaya aykırı bulunduğunu göstermektedir. Buna karşılık **Giscard** döneminde Konsey, incelediği düzenlemelerin sadece % 23.4'ünü Anayasaya aykırı bulmuştur.

Anayasa Konseyi'nin bu pratiği **Roosevelt** yönetiminde Yüksek Mahkeme pratiği ile karşılaştırıldığında, Yüksek Mahkemenin 1934 - 1936 arasında sadece 13 kanunu anayasaya aykırı bulmasına karşılık, Anayasa Konseyi'nin Haziran 1981'den 1984 sonuna kadar 21 kanunu kısmen ya da bütünü ile Anayasaya aykırı bulduğu görülmektedir.

(89) Bk. **John T.S. Keeler**, «Toward a Government of Judges? The Constitutional Council as an Obstacle to Reform in Mitterrand's France», Paper presented at the IPSA XIII th World Congress, Paris July 1985, s. 6 - 7.

(90) Bu konuda özellikle bk. **William Leuchtenburg**, *Franklin D. Roosevelt and the New Deal : 1932 - 1940*, Harper, Row, N.Y. 1963; **Leonard Baker**, *Back to Back : The Duel Between fdr and the Supreme Court*, MacMillan, N.Y. 1967. (bölüm 10).

Anayasa Konseyi kararlarının Yüksek Mahkeme standartlarına göre değerlendirilebileceği ikinci kritik dönem, **Warren Mahkemesi**'nin 1953 - 1969 arası «judicial activism» dönemidir. **Warren Mahkemesi** 16 yıl içinde 25 kanunu Anayasaya aykırı bulmuştur (91).

Konsey'in siyasi çoğunluğun yasama politikası karşısındaki durumunun değerlendirilmesinde istatistik analizin yanında Anayasaya aykırı bulduğu yasaların politik öneminin de dikkate alınması gerekir.

Anayasa Konseyi'nin Anayasaya aykırı bulduğu yasalar arasında Hükümet politikasında kritik önemi olan millileştirme yasası, Yerel seçimler Yasası, Adem-i merkeziyetçiliğin (decentralisation) Deniz aşırı bölgelerde uygulanması ile ilgili yasa, Üniversite ve Basın reformu yasaları yer almaktadır (92).

Anayasa Konseyi kararları arasında en büyük tepkiyi, 16 Mart 1986 seçimlerinin hemen öncesinde **Mitterand**'ın Konsey Başkanlığına atadığı **Robert Badinter**'in «**Palais Royal**»ın bir kanadı için anayasal doğru, diğer kanadı için anayasal hata diyerek istihza ile karşıladığı (93) Millileştirme Kanunu ile ilgili (94) kararı almıştır. Ancak Konsey Yönetime karşı «hukuk gerillası»nı Basın reformu kararı ile sürdürmüştür (95).

[91] Bk. **C. Herman Pritchett**, Constitutional Law and the Federal System. Englewood Cliffs, Prentice-Hall, N.J., 1984, s. 155 vd.

[92] Bk. **Anayasa Konseyi**'nin 16 Ocak 1982; 18 Kasım 1982; 2 Aralık 1982; 20 Ocak 1984 ve 11 Ekim 1984 tarihli kararları.

[93] Hükümet, Millileştirme projesini, Anayasa Konseyi ile aynı binada «**Palais Royal**» de çalışan Conseil d'Etat'ya danışarak hazırlamıştır.

[94] **Konseyin** 16 Ocak 1982 tarihli kararı, anayasal çerçeve içinde bir millileştirme genel teorisi kurmuş ve bu teorinin kurulmasında 1789 Beyannamesini kullanmıştır. Bu konuda bk., **Jean Rivero**, «Ni lu, ni compris», AJDA, 20 Avril 1982, s. 209 vd.

[95] **Olivier Duhamel**, v. Cumhuriyet Anayasasının gizli mantıkları adlı yazısında Konseyi Parlamento-ı muhalefetin kullanabileceği bir karşı - iktidar aracı olarak görmüştür. Duhamel'e göre, Anayasa yargıcının 1970'lerden sonra rüste erişmesinin Anayasa mantığında yazılı olduğu kolayca ileri sürülemese de, Anayasa Biliminin ilk kuralı bu gelişmeyi açıklamada yeterlidir; Thucydies'in «Her insan sahip olduğu yetkiyi souna kadar götürme eğilimindedir» değerlendirmesi kurumlar için de geçerlidir ve kanun metinlerinin Anayasa uygunluğunu denetlemekle görevli, üyeleri hâkim teminatından faydalanan bir kurul, var olabilmek, için, ister istemez çoğunluk iktidarı ile karşı karşıya gelir.

Bk. **Duhamel**, «Les logiques cachées de la Constitution de la V. République», in **O. Duhamel, J.-L. Parodi**, La Constitution de la V. République, op. cit., s. 18 vd.

d. III. Cumhuriyet Anayasa Mahkemesi kararlarında, «kurucular»ın felsefesine uygun yorum ve «judicial self-restraint» eğilimi

1982 Anayasası, «güçlü Devlet» ve «etkili Yürütme» arayışı içinde, rasyonelleştirilmiş «Başkanlı bir parlamenter sistem» ve yeni bir «yönetilebilir demokrasi» formülü (96) getirmiştir.

«Devlet Fikrinin restorasyonu» Anayasanın tipik özelliklerinden biridir. Anayasa bu anlamda iktidarı iki planda düzenlemiştir : Devlet Başkanının kişiliğinde bir «Devlet iktidarı» (97) ve Parlamento aracılığı ile bir «partiler iktidarı».

Temel hak ve özgürlüklere genel sınırlama getiren Anayasa, hak ve ödev bağlantısını kurarak «yönlendirilen özgürlük» formülünü düzenlemiş, «siyasi alan»ı Anayasa ideolojisine aykırı düşüncelere kapamıştır.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 14 Eylül 1983 tarihli kararında 1982 Anayasasının bu özellikleri üzerinde durmuştur. Yargıtay'a göre, «1982 Anayasa felsefesinde, 1961 ve 1924 Anayasalarına karşı, güçlü Devlet ve otoriter idare kavramlarına daha fazla önem verildiği ve özellikle Yürütmenin, Yasama ve Yargı karşısında daha da güçlendirildiği tartışmasızdır. Anayasanın bir çok maddesi bu temel düşünceye uygun olarak düzenlenmiştir» (98).

Anayasa Mahkemesi de 1985/7 karar sayılı kararında benzer bir değerlendirme yapmıştır.

Anayasa Mahkemesine göre, «1982 Anayasası'nın 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» (99).

(96) «Yönetilemezliğin» (L'ingouvernabilité analizleri için bk. M. Crozier, J. Watanuki, S.P. Huntington, The Crisis of Democracy, N.Y. 1971.

(97) 1982 Anayasasında Cumhurbaşkanının görev ve yetkilerini düzenleyen 104. madde kuralı, 1958 Fransız Anayasası 5. madde hükmünün kısmi bir resepsiyonudur : «Le Président de la République veille au respect de la Constitution. Il assure... le fonctionnement régulier des pouvoirs publics...» «Devlet iktidarı» konusunda bk. G. Burdeau, «La conception du pouvoir selon la Constitution Française du 4 Octobre 1958», RFSP., 1959, s. 88 vd.

(98) Bk. **Yargıtay Hukuk Genel Kurulu**, 14.9.1983, K. 983/803, Yargıtay Kararlar Dergisi, 1983, s. 11, s. 1591 vd.

(99) Bk. **24 Ağustos** 1985 tarih ve 18852 tarihli R.G., s. 37.

Ancak Anayasa Mahkemesi, anayasa yargısında «ters simetri yasası»nın yeni bir doğrulaması sayılabilecek 1985/4 ve 1985/16 karar sayılı kararları ile (100) ekonomik alanda «Özelleştirme» ya da «Devletsizleştirme»yi Anayasaya uygun bulmuştur.

Anayasa Mahkemesi «Tasarrufların Teşviki ve Kamu Yatırımlarının Hızlandırılması Hakkında Kanun»la ilgili 1985/4 karar sayılı kararında yerleşik içtihadından ayrılarak kamu hizmetlerinin «iktisadi şartlara» göre fiyatlandırılmasını Anayasaya aykırı bulmamış, «gelir ortaklığı»nı da bu hizmetlerle bağdaşır kabul etmiştir (101).

Atatürk'ün iktisadi görüşlerini katı ve doktriner bulmayan Anayasa Mahkemesi «Anayasa liberal bir iktisadi politika takibine elverişli olduğu kadar karma bir iktisadi politika takibine de müsaittir» (102) derken Kanun koyucunun başucu kitabı olarak F. von Hayek ya da Keynes'i (103) seçmesinin Anayasa yargıcını ilgilendirmediyi söylemektedir.

Bu anlamda, Anayasa Mahkemesinin bir başka kararında kullandığı formüllerle, «**milli iradeyi oluşturmada**» başarı sağlayan «güçlü siyasi parti»nin (104) ekonomik politikasını uygulama hakkı vardır.

«**Siyasi alan**»ın Anayasa ideolojisine aykırı akımlara kapatılması, Devleti ve anayasal düzeni «**koruma teorisi**»nin Anayasa ile kurulması, Max Weber düşüncesinden etkilenen Carl Schmitt'in «**Politik Anayasa**» (105) adını verdiği Anayasaların tipik özelliğidir.

(100) Anayasa Mahkemesinin 1985/4 Karar sayılı kararı, 26/6 : 1985 tarih ve 18793 sayılı Resmî Gazete : Anayasa Mahkemesinin 1985/16 Karar sayılı kararı 5.12.1985 tarih ve 18949 sayılı Resmî Gazete.

(101) Yıldızhan Yayla Anayasa Mahkemesinin bu kararını incelediği yazısında «Sosyal Devlet ilkesinin bir gereği olan kamu hizmetlerinin, iktisadi Devlet uygulaması içinde, daraltılabilmesi ve rakipsiz «Devlet özel işletmeleri» haline getirilebilme olgusu ile karşı karşıya olduğu sonucuna varmıştır. Bk. Y. Yayla, «Sosyal Devlettten İktisadi Devlete veya kamu hizmetinin sonu», Hukuk Araştırmaları C. I., S. I., 1986, s. 37.

(102) Bk. 5.12.1985 tarih, 18949 sayılı Resmî Gazete, s. 32.

(103) Neo-liberal akım içinde Keynes'e rakip ekolün düşünce hocası, F. von Hayek ve temsil ettiği ekol için bk. Louis Beeck, «idéologies, économie démocratie», in Jean Leca, Roberto Papini, Les démocraties sont-elles gouvernables? Economica, Paris 1985, s. 44 vd.

(104) Anayasa Mahkemesi 1984/2 Karar sayılı kararı. 1.5.1984 tarih ve 18388 sayılı Resmî Gazete, s. 28.

(105) Politğin Schmitt'çi tanımı için bk. Gianfranco Poggi, The Development of the Modern State. A Sociological Introduction, Hutchinson, London, 1978, s. 9 vd; S.N. Eisenstadt, ed., Political Sociology, N.Y. 1971, s. 459 vd.

Schmitt, «Weimar Anayasası»nın zaafını «politik bir anayasa» olmamasında görmüştür.

Schmitt'çi tezin (106) etkileri, anayasal değerleri koruma adına bir parti yasaklaması getiren ve «koruyucu» ya da «**militant**» demokrasi anlayışının tipik bir örneğini veren Bonn Temel Yasası'nda ve Alman Federal Anayasa Mahkemesi jürisprüdansında görülebilir.

Kavramın **Schmitt**'çi anlamında «**politik**» bir anayasa olan 1982 Anayasası, «Başlangıç»da «koruma görmeyecek» düşüncelere «siyasi alan»ı kapamıştır.

Anayasa Mahkemesi, «Huzur Partisi vak'ası»nda «Atatürk ilke ve inkılâpları... 1982 Anayasasının temel dayanağını ve felsefesini oluşturmuştur» derken, resmi bir anayasa ideolojisinin varlığını kabul etmekte ve bu ideolojiyi, belirlenen siyasi alan dışında kalan partiler için, bir kapatma gerekçesi olarak görmektedir (107).

III. **Cumhuriyet'de Formel Anayasada** bir seçim sistemi problemi yer almamaktadır ama, plüralizmleri ve çokmerkezilikleri sınırlayan anayasal düzenlemelerin mantığı «**yönetilebilir demokrasi**»nin parti ufalanmasını engelleyici, siyasi bakımdan etkili formüllerini de ön-görmektedir.

Anayasa Mahkemesi «Mahalli seçimler Kanunu»nun Anayasaya uygunluğunu denetlediği davada «(İndirimli baraj sisteminin)... partiler arası eşitsizliğe yol açacağı düşünülebilir. Ancak bu eşitsizlik haklı bir nedene dayanmakta ise eşitlik ilkesinin çiğnenmiş olduğundan söz edilemez... Şu halde siyasi tercih konusu olan seçim sistemlerini, Anayasa'nın diğer hükümlerine uygun olmak koşulu ile eşitlik ilkesi açısından yargılayıp bir sonuca varmak doğru değildir.

Bir seçim sisteminin eşitliğe... ağırlık vermesi istikrarsızlığa neden olduğu, istikrara ağırlık vermesi de eşitliği zedelediği gerekçesi ile eleştirilmektedir.

Böylece seçim sistemleri üzerindeki tartışmalar hangisinin daha faydalı ya da sakıncalı olduğu noktasına dayanmaktadır. Bunun takdirinin yasa koyucuya ait olduğu açıktır...» demekte ve Anayasanın 68. maddesinin 2. fıkrası ile getirilen «Siyasi partiler demokratik siyasi hayatın vazgeçilmez unsurlarıdır» kuralında «birden çok, başka bir anla-

(106. Bk. **Carl Schmitt**, La notion de politique, Préface de Julien Freund, Calmann-Levy, Paris 1972, s. 59 vd., s. 86 vd., 161 vd.

(107) **Anayasa Mahkemesinin** 1983/2 karar sayılı Kararı, AYMKD., s. 20, 1985, s. 357 vd.

tımla en az iki siyasi partinin kastedildiği»ni, «bazı batılı demokrasilerin seçim sistemleri çok sayıda partinin parlamentoya girmesine imkân vermediği halde, buralarda demokrasinin olmadığıнын söylenemeyeceği»ni ileri sürmektedir.

Anayasa Mahkemesine göre «halkın serbest irade ihzarı yollarını tıkayacak veya siyasi hayatın cereyanını tek partinin tekeline bırakacak ve çok partili rejimi yok edecek düzenlemelerde bulunmadıkça, yasama organının belli seçim usullerinden herhangi birisi üzerinde karar vermesi mümkündür» (108).

Anayasa Mahkemesi, «milli bakiye usulü»nü kaldırarak orantılı sistemin bir başka tipini, engelle düzeltilmiş d'Hondt yöntemini getiren 1036 sayılı Kanunun engeli ve bunun uygulanma şeklini düzenleyen 32. maddesinin 4. ve 5. fıkralarını Anayasaya aykırı bularak iptal ettiği ve «**judicial activism**»in tipik örneklerinden biri sayılan 1968/13 karar sayılı kararından sonra (109), 1984 tarihli kararında, geniş anlamı ile bir siyasi konversvatizmden kaynaklandığını söylenmese bile, yeni bir «yönetilebilir demokrasi» biçimi getiren tezi benimsemiştir (110).

Anayasa Mahkemesi 1982 Anayasası ile getirilen yeni normatif sistemi (111) yorumlarken, 1958 Fransız Anayasası modeli, Yürütmeye özerk bir düzenleme yetkisi tanıyan, ikili normatif iktidar teorisini prensip olarak kabul etmemiş ve Yürütmeye bir yetki olma gücünü veren esasları Anayasa da sayılan ayırık hallerle sınırlarken Yürütmeyi, klasik düzenleme yetkisini idarenin kanuniliği ilkesi çerçevesinde sınırlı ve tamamlayıcı bir yetki olarak görmüş, yasalarla düzenlenmemiş bir alanda sübjektif hakları etkileyen bir kural koyma yetkisinin bulunmadığı sonucuna varmıştır (112).

Bu anlamda Anayasa Mahkemesi 1982 Anayasasında «**Malberg'çi tez**»in korunduğu görüşündedir. Ancak, «Dış Ticaretin Düzenlenmesi»

(108) Bk. **Anayasa Mahkemesinin** 1984/2 karar sayılı kararı, 1.3.1984 tarih ve 18388 sayılı Resmî Gazete, s. 23 vd.

(109) Bk. AYMKD., s. 6, s. 125 vd.

(110) «Yönetilebilir demokrasi» (démocratie gouvernable) tezi ve Alman Federal Anayasa Mahkemesinin seçim engeli ile ilgili kararı için bk. **Walter Leisner**, «La Conception du 'politique' selon la jurisprudence de la Cour Constitutionnelle allemande», RDP., 1961, s. 754 vd.

(111) Bu konuda bk. **L. Luran**, «Düzenleme yetkisi özerk sayılabilir mi?», İHİD, 1983, s. 1-3, s. 33 vd.

(112) **Anayasa Mahkemesinin** 1985/7 karar sayılı Kararı, 24.8.1985 tarih ve 18852 sayılı Resmî Gazete, s. 39.

ve Kanun Hükümünde Kararname uygulamasını Mahkemenin aynı tez çerçevesinde gördüğünü söylemek de zordur.

Anayasa Mahkemesinin 1985/1 karar sayılı kararına göre «...Ba-kanlar Kurulu, Anayasa'ya uygun olmak koşuluyla (Dış Ticaret Konu-sunun) çerçevesini, genel esaslarını, temel yönlerini ve ayrıntılarını tümüyle düzenleme yetkisine sahiptir» (113). Başka bir ifade ile Dış Ticaret konusunda Yürütmeye «özerk» bir düzenleme yetkisi tanın-mıştır (114).

Anayasa Mahkemesi, 2972 sayılı «Mahalli İdareler ve Mahalle Muhtarlıkları ve İhtiyar Heyetleri Seçimi Hakkında Kanun»la ilgili ola-rak yetki yasasının anayasal niteliği konusunda getirdiği yorumla (115) **III. Cumhuriyet'te**, siyasi denetimi sınırlı kalan kanun hükümünde ka-rarnamelerin, genel düzenleme tekniği olarak kullanılmasını kolay-laştırmıştır.

Bu genel tespitler çerçevesinde denilebilir ki, **III. Cumhuriyet'in** ilk yıllarında Anayasa Mahkemesi, Anayasayı «Kurucuların iradesi»ne uygun yorumlarken, «Parti politikası» karşısında da «judicial self-res-traint»in tipik örneklerini vermiştir.

Anayasa Mahkemesinin, bu anlamda, «Yasama politikası karşısın-da bir mayın tarlası» olduğunu söylemek, kararlarında da «Lochner'in Hayaleti»ni görmek zordur.

III. ANAYASAYA UYGUNLUK DENETİMİNDE «ÖLÇÜ - NORMLAR» BLOKU VE ANAYASA MAHKEMESİNE YETKİ TANIYAN NORMLA-RIN YORUMU PROBLEMİ.

Uygunluk denetiminde referans - norm olan Anayasada, siyasi ik-tidarın müdahalesinin serbestçe gerçekleşebileceği alanlar (116) han-gileridir?

(113) Bk. **Anayasa Mahkemesinin** 1985/1 karar sayılı Kararı, 17.6.1985 tarih ve 18787 sayılı Resmî Gazete.

(114) **Anayasa Mahkemesinin** «Dış Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun»la il-gil bu kararı iki önemli probleme gebe gözükmektedir: Dış Ticaret konu-sunda özerk düzenlemelerin, özellikle Kanun Hükümünde Kararnameler karşısın-da, normlar hiyerarşisindeki yeri problemi ve bu düzenlemelerin yargısal de-netimi problemi.

(115) Bk. **T. Tan**, «Kanun hükümünde kararname uygulanması», AİD, 1984/4, s. 33 vd.

(116) Kanun muhtevasının Anayasada önceden programlanmamış olması halinde, kanun koyucunun takdiri olarak siyasi yerindelik sebeplerine başvurulabil-mesi gibi...

Kanun koyucunun takdirine bırakılan alanlarda gerçekleştirilen denetimin ortaya çıkardığı problem, «Hukukilik denetimi» (**Contrôle de la légalité**) «Yerindelik denetimi» (**Contrôle de l'opportunité**) ayrımı klasik problemdir (117) ve «**Siyasi sorun doktrini**» ya da mahkemelerin «**judicial self-restraint**» politikaları da bu çerçevede değerlendirilir.

Bugün, «**Ölçü-normlar bloku**»nun muhtevası, Anayasa Mahkemelerine yetki tanıyan normların yorumu ve yaptırım tekniklerinin Anayasaya yargıcına bağlı olarak farklılaşması, Anayasaya uygunluk denetiminin sınırları ile ilgili kilit problemler olarak görülmektedir.

Ölçü-norm olan «Anayasa kavramı»nın ya da «Anayasallık bloku»nun (**Bloc de constitutionnalité**) muhteva belirsizliği, «**Anayasa Muhakemesi Hukuku**»nun (Droit processuel constitutionnel) kısmen jüri-sprüdensiyel nitelikte olması ve Anayasaya aykırılığın maliyeti düşük yaptırımları olarak görülen yeni teknikler, bu kilit problemlerin koordinatlarıdır.

Anayasa Mahkemelerine yetki tanıyan anayasal ya da yasal normların yorumunda Türk Anayasa Mahkemesi, «**Saf yorumcu**» (Purely interpretive) metodu benimseyerek, «kanun dili» ile sınırlı kalırken, Fransız Anayasa Konseyi ve Alman Federal Anayasa Mahkemesinden ayrılmaktadır.

Anayasa Mahkemesinin 1985/4 karar sayılı müteferrik kararına konu olan, geçici tedbir ya da koruma problemine getirdiği çözüm «saf yorumcu model»in tipik bir örneğidir.

Fransız Anayasa Konseyi'nin 25 Ocak 1985 tarihli kararı ile gerçekleştirdiği jüri-sprüdens değişiklik ve Alman Federal Anayasa Mahkemesinin andlaşmaları uygun bulma kanunlarının denetimine getirdiği çözüm ise, «saf yorumcu» modelin anti-tezleri olarak gözükmektedir.

Anayasa Mahkemesinin 1985/7 karar sayılı kararına ekli bir «karşı-oy yazısı»nda, Anayasanın yabancıların taşınmaz mal edinmeleri konusunda özel bir hüküm getirmemiş olmasının bu konunun düzenlenmesini «tamamiyle kanun koyucunun takdir yetkisi içine» soktuğu ve «Kanun koyucunun Anayasa ile verilen takdir yetkisini kullanarak çıkardığı kanunların yerinde ve gerekli olup olmadığını denetleme ve bu konuda hüküm tesis etme»nin de Anayasa Mahkemesinin görevi içinde olmadığı ileri sürülmüştür.

- [117] Bu ayrımın belirsizliği konusunda özellikle bk. **Chantal Pasbacq**, «De la frontière entre la légalité et l'opportunité dans la jurisprudence du juge de l'excès de pouvoir», RDP, 1980, s. 803 vd.

Fransız Anayasa Konseyi, yetki sınırlarını belirleyen Anayasanın 61. maddesine 25 Ocak 1985 tarihli kararı ile getirdiği yorumla, isdar edilen kanunları —kısmen de olsa— denetim alanına sokmuştur.

Alman Federal Anayasa Mahkemesi¹¹⁸, ilk prensip kararından başlayarak süreklilik kazanan içtihadında, normların mücerret ve müşahhas denetiminde olduğu gibi, «Anayasa şikayeti»nde de (**Verfassungsbeschwerde**) yetkisinin nihai kanunlarla sınırlı olduğunu, başka bir ifade ile kanunların ancak Federal Cumhuriyet Başkanınca **promülgasyonundan** sonra denetlenebileceğini kabul etmiş «önleyici-denetim» imkânını tanımamıştır. Buna karşılık Mahkeme, andlaşmaları uygun bulma kanunlarını yürürlüğe girmeden önce denetleme yetkisini, uygun bulma kanununun sonradan iptalinin andlaşmanın uygulanmasını engellemeyeceği gerekçesi ile, kendisine tanımıştır (118).

«**Anayasal yargılama hukuku**»nda yaptırım tekniklerinin Anayasa yargıcına bağlı olarak farklılaşması, siyasi sonuçları yeni görülmeye başlanan önemli bir gelişmedir.

Alman Federal Cumhuriyetinde Kanun koyucu 1951 tarihli kanunda «**iptal**»i, Anayasaya aykırılığın tek yaptırımı olarak düzenlemiştir.

Alman Federal Anayasa Mahkemesi ise, kısmen jürisprüdansiyel nitelikteki «**anayasal yargılama hukuku**»nda (droit processuel constitutionnel, Verfassungsprozessrecht) farklı yaptırım teknikleri getirmiştir (119).

Mauro Cappelletti nin «**Weapons of limited warfare against unconstitutionality**» olarak nitelendirdiği (120) bu yaptırım teknikleri farklılaşması içinde, yasaların yorumunda sadece özel bir teknik sayılamayacak olan ve yasaya yeni bir muhteva veren, «Anayasaya uygun yorum» da önemli bir yer tutmaktadır (121).

(118) Bk. **J. Burmeister**, «Position du Tribunal Constitutionnel Fédéral dans l'organisation des pouvoirs publics», op. cit., s. 18 vd.

(119) Bu konuda bk. **J.-C. Béguin**, Le Contrôle de la constitutionnalité des lois... op. cit., s. 157 vd.

(120) **M. Cappelletti**, W. Choen, Comparative, Constitutional Law, Bobs-Merill, N.Y. 1979, s. 94.

(121) Bk. **B. Çağlar**, Anayasa yargısı I. Sempozyumu, Ankara 1984, s. 296. Anayasaya uygun yorum konusunda ayrıca bk. **M. Kıratlı**, Anayasa yargısında somut norm denetimi, Ankara 1966, s. 170 vd; **T. Akilloğlu**, «Anayasa Mahkemesine göre Anayasa 114 yorumu», in **S.L. Meray**'a Armağan, Ankara 1981, C. I., s. 14 vd.

Anayasaya uygun yorum tekniği bugün Kıt'a Avrupası Anayasa Mahkemeleri tarafından kullanılan ortak bir teknik olmuştur. Türk Anayasa Mahkemesi de, Anayasaya uygunluk denetiminde, «uygun yorum» tekniğini kullanmaktadır. Bu teknik özellikle, Anayasaya uygunluk denetiminin kısıtlanması durumunda daha da kritik bir önem kazanmıştır (122).

Önceleri bir «**Judicial self-restraint**» tekniği olarak değerlendirilen «Anayasaya uygun yorum»un uygulamada çok farklı bir anlam taşıdığı görülmüş ve kanunun sadece belli bir yorumunu anayasaya uygun bulma, Anayasa mahkemesinin bir çeşit kural koyucu işlemi (a law-giving act) sayılmıştır.

A) Anayasaya Uygunluk Denetiminde «Ölçü-normlar Bloku» : İki Örnek - Olay.

Carré de Malberg'in klasikleşen formülü ile «şekli anlamda Anayasa» (Constitution au sens formel), «Kurucu organ tarafından konan ve kurucu güçte bir işlemle özel bir değişiklik prosedürü ile değiştirilebilen» düzenlemeler bütünüdür (123).

Bugün bu formülün operasyonelliği nedir?

— İlk önce belirtmek gerekir ki, yargı pratikleri «şekli anlamda anayasa» sınırlarını zorlamaktadır (124). Fransız Anayasa Konseyi, bir metne bağlı olmadan «Anayasal değerlerde genel prensipler» (Principes généraux a valeur constitutionnelle) «keşfederken» (125), İsviçre Fe-

(122) Anayasa Mahkemesine göre, «... geçici 15. maddenin kapsamına giren ve böylece anayasal koruma altında bulunan yasa hükümlerinin Anayasaya aykırı oldukları ileri sürülemeyeceği gibi, bunların Anayasa Mahkemesince ihmal edilebilmesinden söz edilemez. Bu durumdaki hükümlerin ancak Anayasanın temel ilkelerine ve bu ilkelere egemen olan Hukukun ana kurallarına olabildiğince uygun düşecek biçimde yorumlanmaları düşünülebilir.» (K. 1984/1).

Anayasa Mahkemesi 1984/10 karar sayılı kararında da İcra İflas Kanununun madde 178/1 kuralı anlamını belirlemiş ve bu anlam ile Anayasaya aykırı olmadığı sonucuna varmıştır.

(123) **Carré de Malberg**, Contribution à la théorie générale de l'Etat, Sirey, Paris 1922, t. 2, s. 571 vd.

(124) **Cf. S. Rials**, «Les incertitudes de la notion de Constitution sous la V. République», RDP, 1984, s. 587 vd.

(125) Bk. **L. Favoreu**, «L'application directe et l'effet indirect des normes constitutionnelles» Rev. fr. Droit adm., mai-juin 1984, s. 178 vd.

deral Anayasa Mahkemesi, yazılı olmayan anayasal haklar tanımakta, İspanyol Anayasa Mahkemesi benzeri bir tanımayı, insan hakları Avrupa Mahkemesinin jürisprüdansını benimseyerek yapmaktadır (126).

Birleşik Devletler Mahkemesi de supra-pozitif anayasal hakların varlığını kabul etmektedir. Türk Anayasa Mahkemesinin yeni kararlarında «Anayasal değerde genel prensip» ya da «cumhuriyet yasalarınca tanınan temel prensipler»in tanındığı görülmektedir.

Fransız Anayasa Konseyi, Anayasa başlangıcının yollama yaptığı «Cumhuriyet yasalarınca tanınan temel ilkeler» (Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République) listesini yeniden keşfedilen ilkelerle genişletirken, Yeni - Kaledonya ile ilgili 23 Mayıs 1979 ve Radyo - televizyonda grev hakkı ile ilgili 25 Temmuz 1979 tarihli kararlarında görüldüğü gibi, metne bağlı olmayan «Anayasal değerde genel prensipler»in varlığını da tanımaktadır.

İsviçre Federal Mahkemesi, herhangi bir Anayasa maddesi ya da Anayasa Başlangıcına yollama yapmadan bazı prensipleri Anayasa-ya nakletmektedir.

Bu usulün ilk anlamı, «**Hürriyetler Listesi**»ni, yazılı olmayan anayasal kurallarla tamamlamaktır. Federal mahkeme bir kuralı Federal Anayasa Hukuku seviyesine çıkarmakta, ona ,formal bir anayasa kuralı değeri vermektedir. Bu durumda kural, teorik olarak, ancak anayasa değişikliği prosedürü ile değişebilir (127).

Düşünceleri açıklama hürriyeti (liberté d'expression), **İsviçre Federal Anayasası**'nın açık bir hükmü ile tanınmış değildir. Ancak jüris-

(126) Bu konuda tipik bir örnek, İspanyol Anayasa Mahkemesinin, «adil yargılanma hakkı»nın bir cephesini teşkil eden «makul süre içinde yargılanma hakkı»nın tanınmasında, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin König jürisprüdansını benimseyerek verdiği 14 Temmuz 1981 tarihli karardır.

Bk. **P. Bon et al.**, La justice constitutionnelle en Espagne, Economica, Paris 1984, s. 222 vd. 30 Mart 1980 tarihli König kararı için bk. **B. Verger**, Jurisprudence de la Cour Européenne des droits de l'homme, Sirey, Paris 1984, s. 87 vd.

(127) Bu konuda bk. **Jean-François Aubert**, Traité de Droit Constitutionnel Suisse, Dalloz, 1967, s. 125 vd.

prüdans, ifade hürriyetini «Yazılı olmayan bir anayasa! hak» (droit constitutionnel non-érit) olarak tanımlamıştır (128).

24 Haziran 1970 tarihli «**Aleinick c/Cour de Justice et Procureur du Canton de Genève**» kararında ise Mahkeme, ifade hürriyetinin, diğer «açık» ya da «zımnî» hürriyetler (libertés expresses ou implicites) gibi «kişinin varlığını geliştirme»de vazgeçilmez bir unsur olmanın ötesinde, Demokratik Devlet'in temeli olarak, ferdi hürriyetler kataloğunda imtiyazlı bir yere sahip olduğunu da açıklamıştır (129).

Anglo-Amerikan hukukunda «**Right of privacy**» olarak bilinen, «mahremiyet hakkı» ya da «özel hayatın gizliliği» konusunda Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesinin geliştirdiği jürisprüdansiyel yapı, bu alanda verilebilecek bir başka tipik örnektir (130).

Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi 1965 tarihli «**Griswold v. Connecticut**» kararında «Özel hayatın korunması»nın «Bill of Rights»dan daha eski bir hak olduğunu kabul etmiştir: «We deal with a right of privacy older than the Bill of Rights...» (131).

İkinci olarak, formel Anayasa içinde düzenlemelerin türdeşliği (homogénéité) de çok açık değildir. Anayasa cihazı içinde yer alan normlar aynı değerde midir?

Bu problemin varlığı, Haklar bildirileri ve Anayasa Başlangıçları'nın değeri klasik tartışmasının tarihi bir ilgi merkezi olmanın ötesinde taşıdığı anlamı da göstermektedir.

Doktrinde, klasik tartışmanın tarafları olan Duguit ve Hauriou'nun «Anayasa-üstü» kuralların (Supra-constitutionnalité) varlığını tanımada birleşen tezleri bugün formalist pozitivizmden etkilenen hukukçuları yadırgatacak mahiyettedir. Hauriou, Anayasa-üstü prensip-

(128) Cf. **Federal Mahkemenin** 8 Mart 1978 tarihli «Union Suisse des Journalistes et co. c/CE du Canton des Grisons» kararı, RO 104, I a 88. Federal Anayasa hukukunun «yazılı olmayan kuralları» (Les Règles non écrites du droit constitutionnel fédéral) kavramı için ayrıca bk. 20 Mart 1963 tarihli «**Enfant X**» kararı, ATF. 89 I., 98.

(129) RO 96 1.586 (592) fr.; JT 1971 I 319 (320).

(130) Bu konuda ayrıntılı bilgi için bk. **F. Rigaux**, «L'Elaboration d'un 'Right of Privacy' par la jurisprudence Americaine», Rev. Intern. de **Droit Comparé**, 1980, s. 701 vd.; Law and Contemporary Problems, 31, 1966, «Privacy» özel sayısı.

(131) Cf. «**Griswold v. Connecticut**», 381 U.S. 479, 485.

lerin varlığını kabul etmekte ve yargıcın Anayasa değişikliklerini bu prensiplere göre denetleyebileceğini ileri sürmektedir (132).

Duguit'de, «Üstün prensipler»in adı yasaları olduğu kadar anayasal yasaları da bağladığı görüşündedir (133).

Hauriou ve Duguit'nin tezlerine karşı, muhtevası açıkça belirlenmeyen prensipler'in (principes faiblement déterminés) hukuk sayılamayacağı düşüncesini **Carré de Malberg** ve **Esmelin** savunmuştur (134).

Pratikte, Alman Federal Anayasa Mahkemesi, Anayasanın belli düzenlemeleri üzerinde denetim imkânını reddetmiş değildir.

Anayasa Mahkemesi, Bavyera Eyaleti Yüksek Mahkemesinin 1949 yılında geliştirdiği tezi benimsemiştir :

«Öylesine temel anayasal prensipler vardır ki, bu prensipler Anayasa koyucuyu bağlar ve bu prensiplere aykırı, aynı sırada yer almayan, anayasal düzenlemeleri de hükümsüz kılabilir» (135).

Alman Federal Anayasa Mahkemesi 1951 yılında verdiği bir kararda da «Anayasa'nın bir iç bütünlüğe sahip» olduğunu ve anayasal düzenlemelerin de Anayasanın temel prensipleri çerçevesinde yorumlanması gerektiğini ileri sürmüş, bir çeşit, anayasal normun Anayasa'ya uygun yorumunu yapmıştır (136).

(132) **M. Hauriou**, *Pécis de Droit Constitutionnel*, Sirey, Paris 1929 (2. éd.), s. 626. «La loi constitutionnelle elle-même, ne doit pas échapper au contrôle du juge, il ya des occasions où le contrôle pourrait s'exercer sur elle.

Par exemple, au fond, un amendement à la constitution serait en contradiction avec cette légitimité constitutionnelle... qui est audessus de la super-légalité elle-même parce qu'elle se compose de principes et que les principes sont toujours au-dessus des textes».

(133) **Bk. Duguit**, *Traité de Droit Constitutionnel*, de Bocard, Paris, t. 2, 1928, s. 183, t. 3, s. 603 vd.

(134) **Carré de Malberg**, *Contribution...* op.cit., t. 2, s. 580 vd., **A. Esmelin**, *Éléments de droit constitutionnel* Sirey Paris 1914 (6. éd.), s. 539 vd.

(135) Bu konuda özellikle bk. **Jean-Claude Béguin**, *Le Contrôle de la constitutionnalité des lois en République Fédérale d'Allemagne*, s. 63 vd., **P. Bon et al.**, *La Justice constitutionnelle en Espagne*, Economica, Paris 1984, s. 151 vd. op.cit.

(136) Alman Federal Mahkemesinin bu kararı için bk. **W. Murphy, J. Tanenhaus**, *Comparative Constitutional Law, Cases and Commentaries*, MacMillan, N.Y. 1977, s. 201 vd., **Gerhard Leibholz**, «The Federal Constitutional Court in Germany and the South-west Case», *Am. Pol. Sc. Rev.*, 1952, s. 723 vd.

Türk Anayasa Mahkemesinin de bu teze çok yabancı olmadığını söylemek yanlış olmaz (137).

Alman Federal Anayasa Mahkemesi, Anayasa koyucuyu da bağlayan Supra-pozitif bir hukukun varlığını tanıırken, Anayasanın yazılı prensipleri yanında, Anayasanın açık düzenlenmelerinde somutlaştırılmasına ihtiyaç duyulmamakla birlikte Anayasa koyucuyu yönlendiren bazı temel prensip ve yönlendirici düşüncelerden meydana gelen «**yazılı olmayan bir anayasa hukuku**»nın varlığını da kabul etmiştir (138).

a. Fransız Anayasa Konseyi'nin 16 Temmuz 1971 tarihli kararı

1950'li yılların sonlarından başlayarak **Fransız Devlet Şurası** (Conseil d'Etat) Anayasa Başlangıcına başvurarak 1789 Haklar Beyannamesine hukuki değer tanıırken (139) 1946 Anayasa Başlangıcının hedef aldığı «**Cumhuriyet yasalarınınca tanınan temel ilkelere**» de aynı değeri tanımaya başlamış (140) ve bu jürisprüdansı **V. Cumhuriyet**'de de muhafaza etmiştir (141). Fransız Anayasa Konseyi'nin 16 Temmuz 1971 tarihli kararı da bu iklimde verilmiştir.

(137) Bu konuda özellikle bk. **Y. Yayla**, «Anayasa Mahkemesine göre Cumhuriyetin özü», in Hıfzı Timur'un anısına Armağan, İst. 1979: —İD., «1982 Anayasasına göre Devletin özü», İHİD, 1985, s. 1-3, s. 133 vd.

(138) Bk. **P. Chenut**, La justice constitutionnelle en Allemagne et le Tribunal Constitutionnel de Karlsruhe, Paris 1956 (thèse), s. 140, 560 vd; ve tezin jürisprüdansı bölümü.

(139) C.E., 7 Haziran 1957, Condamine, in RDP, 1958, s. 98 note **Waline**; Cf. **Conseil**'in 12 Şubat 1960 tarihli «Société Eky» kararı.

(140) C.E., 11 Temmuz 1956, Amecale des Annamites de Paris. (Rec. 317) : «...qu'il résulte de cette disposition (art. 81 de la constitution) que les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République et réaffirmés par le préambule de ladite Constitution sont applicables sur le territoire français aux ressortissants de l'Union française; qu'au nombre de ces principes figure la liberté d'association...»

Conseil d'Etat'nin bu yorumu Fransız Anayasa Konseyi'nin 16 Temmuz 1971 tarihli kararında aynen benimsenmiştir. Ancak burada, altının çizilmesi gereken önemli bir fark vardır : Conseil d'Etat Başlangıcın «programatik nitelikte» düzenlemelerine uygulanma imkânı tanımazken, Anayasa Konseyi metin içinde bu tür bir ayrıma gitmemektedir. Bk. **Claude Franck**, Droit Constitutionnel., Les grandes décisions de la Jurisprudence, PUF., Paris, 1978, s. 19 vd.

(141) Cf. **Stéphane Rials**, «Les incertitudes de la notion de constitution sous la V. République, RDP., 1984, s. 593 vd.

Bu kararda kullanılan «**Vu la Constitution et notamment son Préambule...**», «Anayasa ve özellikle de Anayasa Başlangıcına göre» formülü **Conseil Constitutionnel**'in sonraki kararlarında bir layt-motif olmuştur.

14 Temmuz'dan iki gün sonra verilen ve **Jean Rivero**'ya Bastille'in alınmasından bu yana «Fransızlar, ihtilallerini Temmuz ayında yapmak-tan hoşlanırlar» dedirten bu kararla (142) başlatılan «**Hukuk İhtilali**» ile, 1958 Anayasasının yöllama yaptığı 1789 Haklar Bildirisi ve 1946 Anayasa Başlangıcında yer alan «Cumhuriyet yasalarınca tanınan temel ilkeler» ve «Çağımız için özellikle gerekli siyasi, sosyal ve ekonomik ilkeler» de anayasal değer kazanmıştır.

Şekli anlamda anayasal normların kademelendirilmesi, **Louis Favoreu**'nün ifadesi ile «anayasallık blokuna çeki düzen verilmesi» (re-mise en ordre au sein du bloc de constitutionnalité) (143) Fransız Anayasa Konseyi'nin millileştirmeler olayında verdiği kararlarla özel bir önem kazanmış ve anayasallık blokunun temel unsuru olarak Haklar Beyannamesi «Çağımız için özellikle gerekli prensipler» aleyhine öne çıkmıştır (144). Stéphane Rials'in altını çizdiği gibi, bu merkezî yeni-den belirlemede siyasi iklimin etkisi açıktır (145).

(142) Rec. 29, AJ, 1971, 537, note Rivero; RDP, 1971, 1171 note J. Robert; D. 1974, 83, chr. Hamon.

Duhamel'in ifadesiyle Fransa da, «dame de Veauvoir» la Başkan Poher, altmışsekizli yılların mcaizmi ile senatorial gelenekçilik arasında eşî benzeri olmayan kavuşma, «gaulliste» olarak bilinen bir Anayasa Konseyi'nde, Bakanlar Kurulunda Başkan Pompidou'nun uygun bulduğu, İçişleri Bakanı Marcellin'in vazgeçilmez olarak nitelediği ve «Gaulliste» Millet Meclisinde büyük çoğunlukla onaylanan, derneklerle ilgili yasanın, Anayasaya aykırı bulunmasını sağlayabilmiştir.

Cf. **Olivier Duhamel**, «Les logiques cachées de la Constitution de la Cinquième République», in Olivier Duhamel, Jean-Luc Parodi, eds., La Constitution de la Cinquième République, Presses de la Fondation Nationale des Sciences Politiques, Paris 1985, s. 20.

Ayrıca bk. **F. Luchaire**, «Procédures et techniques de protection des droits fondamentaux. Conseil Constitutionnel français», Rev. Intern. de Droit Comp 1981, s. 287 vd.

(143) Cf. **L. Favoreu**, «Les décisions du Conseil Constitutionnel dans l'affaire des nationalisations», RDP, 1982, s. 377 vd.

(144) Bu konuda özellikle bk. **L. Favoreu**, «Le droit constitutionnel Jurisprudentiel en 1981-1982», RDP, 1983, s. 333 vd.

(145) **S. Rials**, «Les incertitudes...», op.cit., s. 602.

b. Anayasa Mahkemesinin «yabancıların taşınmaz mal edinmeleri ile ilgili» 1985/7 karar sayılı kararı

Tapu Kanununun 35. maddesi ile Köy Kanununun 87. maddesine birer fıkra eklenmesi hakkında 21.6.1984 tarih ve 3029 sayılı Kanunun 1. ve 2. maddelerinin Anayasaya aykırılığı iddiası ile anamuhalefet partisi tarafından açılan iptal davasında, «Ölçü normlar bloku» ve bu blok içinde kademelenme problemi **III. Cumhuriyet**'de yeniden gündeme gelmiştir.

Yabancıların mülk edinmeleri konusunda Tapu ve Köy Kanunlarının getirdiği sisteme göre, köyler dışında kalan taşınmazlar mütekabiliyet (karşılıklılık) şartı ile mülk ve tevarüs edinilebilir.

3029 sayılı Kanunla bu sistem değiştirilmiş ve Kanunun 1. ve 2. maddeleri ile, Bakanlar Kurulunun uygun göreceği bölgelerde, yine Bakanlar Kurulunun uygun göreceği yabancı ülke halkına mütekabiliyet şartı aranmaksızın mülk edinme hakkı getirilmiştir.

Anayasa Mahkemesi kararında Tapu ve Köy Kanunlarının getirdiği ilk düzenleme, özellikle de «mütekabiliyet şartı», Lozan Andlaşması ile başlayan «hukuk siyaseti»nin uygulanması olarak değerlendirilmiş ve bu «hukuk siyaseti»nin, en yalın biçimi ile, milletlerin hak eşitliği prensibine dayandığı ileri sürülmüştür.

Anayasa Mahkemesine göre, «Anayasa'nın 2. maddesi karşısında, Anayasa Başlangıcı'nda yer alan temel ilkeler, Anayasanın yorumu ve uygulanmasında siyasi kadroların öznel değerlendirilmelerini etkisiz bırakmak amacı ile getirilmişlerdir».

Anayasa Mahkemesi kararında, Başlangıç'ın 4. ve 7. paragrafında yer alan «Milletlerin hak eşitliği» ve «Milli menfaatlerin korunması» ilkeleri bu temel ilkeler çerçevesinde değerlendirilmiş, mütekabiliyet esası da milletlerarası münasebetlerde eşitliği sağlayan bir denge aracı ve Türk Yabancılar Hukukunun genel ilkesi olarak görülmüştür.

Anayasa Mahkemesine göre 3029 sayılı kanunun 1. ve 2. maddeleri Anayasa Başlangıcının 4. ve 7. paragraflarında yer alan temel ilkelere aykırıdır (146).

Anayasa Mahkemesinin «Yabancıların taşınmaz mal edinmeleri» ile ilgili kararı, İstanbul Hukuk Fakültesi'nde düzenlenen bilimsel bir

(146) Bk. 24 Ağustos 1985 tarih ve 18852 sayılı Resmî Gazete.

toplantıda tartışma konusu olmuş (147) ve Erdoğan Teziç Anayasa Mahkemesi içtihadına göre «Ölçü - normlar» ya da «Anayasallık Bloku»nun Başlangıç, Anayasa metni ve Hukukun genel ilkelerinden meydana geldiğini açıkladıktan sonra «mütekabiliyet» prensibinin kanuni düzenleme konusu olduğunu, Anayasa Mahkemesinin bu prensibi kullanarak «kanununun kanuna uygunluğunu denetler duruma girdiği»ni, «milli menfaat» değerlendirmesinin ise siyasi bir sorun olduğunu, menfaat sorununun ön plana çıkartılmasının, denetimi bir «yerinde-lik denetimi»ne kaydırıldığını iddia etmiştir (148). Yerindelik denetimi iddiası, Mahkemenin 1985/7 karar sayılı kararına ekli «karşı-oy» yazılarında da ileri sürülmüştür.

Anayasa Mahkemesi «Yabancıların taşınmaz mal edinmeleri» ile ilgili kararında, ilk önce, «Başlangıç»da yer alan ilkeleri, pozitif hukuk değeri tanıyarak, Anayasallık bloku içine sokmuş ve bu ilkelerin muhtevasını belirleme yetkisini de, 1985/4 ve 1985/16 karar sayılı kararlarında görüldüğü gibi, kendisine tanımıştır.

Anayasa Mahkemesi Başkan, Başkanvekili ve bir üyesinin ortak «karşı-oy» yazısında ise, Anayasa Başlangıcında yer alan ilkelerin «uygulanabilir hükümler» olmadığı, bu düzenlemelerin sadece anayasal normların yorumunda kullanılabileceği görüşü ileri sürülmüştür : «Anayasa'nın 176. maddesindeki açıklık karşısında, Anayasanın dayandığı temel görüş ve ilkeleri belirleyen Başlangıç kısmının, Anayasa metnine dahil bulunduğunu kabul etmek gerekirse de, burada amaçlanan sözü edilen görüş ve ilkelerin bağımsız birer hüküm gibi uygulamaları değil, Anayasa maddelerinde yer alan hükümlerin yorumlanmasında bu görüş ve ilkelerin gözönünde tutulmasıdır...»

Böylece Fransa'dan sonra, Türk Anayasa Hukukunda da, Başlangıcın hukuki değeri tartışması gündeme gelmiş olmaktadır.

(147) Bk. İstanbul Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Münasebetler Araştırma ve Uygulama Merkezinin 3029 s. Kanunla ilgili olarak düzenlediği tartışmalı konferans kayıtları.

(148) Aynı konferansda E. Çelik, «Anayasa Mahkemesinin yetkilerini titizlikle çizmemesi durumunda, Anayasaya aykırı bulunarak iptal edilen bir kanun konusunun Andlaşma biçimine sokularak yürürlüğe konabileceğini» ve bu yolla Anayasaya uygunluk denetimi dışında tutulabileceğini iddia etmiştir. Ancak belirtmek gerekir ki, Anayasa madde 90 uyarınca, «Kanunlarda değişiklik getiren andlaşmaların yapılması Meclisin uygun bulma kanununa bağlı» olduğuna göre, iptal edilen bir kanun konusunun Andlaşma biçimine sokularak uygunluk denetimi alanı dışına çıkartılması, Anayasa madde 153/1'e göre, her zaman mümkün olmayabilir.

Anayasa Mahkemesinin «Başlangıç» da yer alan ilkeleri, hukuki değer tanıyarak, ölçü-normlar bloku içine sokması, hukuki belirleyiciliği zayıf ilkelerin uygunluk denetiminde kullanılmasının sonuçlarını da ister istemez düşündürmektedir (149).

Ayrıca altını çizerek belirtmek gerekir ki, Anayasa Mahkemesi kararında «kanunun kanuna uygunluğunu denetler duruma girmiş» değildir. **Anayasa Mahkemesi** 27 Eylül 1985 tarihli karara konu olan davada «Cumhuriyet yasalarınca tanınan bir temel ilke»yi ölçü-norm olarak kullanmış, Cumhuriyet dönemi «hukuk siyaseti»nin temel prensiplerinin de «yeniden keşfedilerek» Anayasallık bloku içine sokulabileceğini kabul etmiştir.

Türk Anayasa Mahkemesinin kararı, bu yönü ile, Fransız Anayasa Konseyi'nin «uzun yürüyüş»ünü başlatan kararlarını hatırlatmaktadır.

B) Anayasa Mahkemesine Yetki Tanıyan Normların Yorumu Problemi : Üç Örnek - Olay.

a. Fransız Anayasa Konseyi ve isdar edilmiş kanunları denetleme yetkisi : Konseyin 25 Ocak 1985 tarihli kararı

Fransız Anayasa Konseyi'nin Yeni - Kaledonya'da (Nouvelle-Calédonie) «état d'urgence» la ilgili kanun (150) konusunda verdiği 25 Ocak 1985 tarihli karar (151)'in getirdikleri, yasa-koyucunun yetkisi, kamu hürriyetleri, idari kolluk ya da olağanüstü haller teorisi ile ilgisi bakımından olduğu kadar konseyin kullandığı yetkinin genişliği konusu ile ilgisi bakımından da önemlidir.

Konsey bu tarihi kararı ile kamu düzeninin korunmasını «anayasal değerde bir amaç» (objectif de valeur constitutionnelle) olarak ta-

(149) Anayasaya uygunluk denetiminde ölçü norm olarak kullanılan ilkelerin muhteva belirsizliğinin bir «Hâkimler Hükümeti»ne yol açma rehlikesi konusunda bk. L. Philip «L'Elargissement de la saisine du Conseil Constitutionnel», AJ, 1975, s. 18 vd; R. Chiroux, «Le spectre du gouvernement des juges», RPP, 1977, s. 15 vd.

(150) Cf. Roland Drago, «L'état d'urgence et les libertés publiques», RDP, 1955, s. 693 vd.

(151) Bk. **Décision** no. 85-187 DC du 25 Janvier 1985.

nırken (152) bazı durumlarda daha önce isdar edilmiş kanunların Anayasaya uygunluğunu denetleme yetkisini Anayasa yargıcına tanımıştır.

Anayasa Konseyinin bu kararı, uygulamada adli ve idari yargı yerlerinin çözmek zorunda kalacakları önemli bir problemi de böylece gündeme getirmiştir (153).

Anayasa madde 37/2'nin çok özel hipotezi dışında Anayasa Konseyi sadece Parlamentonun kabul ettiği ancak henüz isdar edilmemiş kanun tasarı ya da tekliflerinin Anayasaya uygunluğunu denetlemede yetkilidir.

Anayasa yargılamasında 1958 Fransız Anayasası ile getirilen Fransız formülünün orijinaliği de buradadır (154).

Anayasa Konseyi, Anayasallık denetiminin «a priori karakteri prensibi»ni, 1972 ve 1974 tarihli iki kanundan kaynaklanan radyodifüzyon monopolünün anayasallığı problemini incelemeyi reddeden 27 Temmuz 1978 tarihli kararında, açıkça ifade etmiştir (155).

Konsey, 27 Temmuz 1978 tarihli kararında sadece isdar edilen bir kanunun Anayasaya aykırılığının iddia edilemeyeceğini söylemekle yetinmemiş, önceki bir yasada yer alan bir prensibi uygulamakla yetinen bir kanunun da Anayasaya aykırılığının iddia edilemeyeceğini açıklamıştır :

«Considérant que la conformité à la Constitution des ces lois ne peut être mise en cause, même par voie d'exception, devant le Conseil Constitutionnel dont la compétence est limitée par l'article 61 de la Constitution à l'examen des lois avant leur promulgation; que, dès lors, les requérants ne sont pas fondés à soutenir que la loi soumise

(152) «...Considérant qu'en vertu de l'article 34 de la Constitution la loi fixe les règles concernant les garanties fondamentales accordées au citoyens pour l'exercice des libertés publiques; que, dans le cadre de cette mission il appartient au législateur d'opérer la conciliation nécessaire entre le respect des libertés et la sauvegarde de l'ordre public sans lequel l'exercice des libertés ne saurait être assuré...».

(153) Adli ve idari yargı yerleri Konseyin Anayasaya aykırı bulduğu yürürlükteki yasayı uygulamama yolunamı gideceklerdir? Yoksa Konsey kararından gerekli sonuçların çıkartılmasını; Parlemantoya mı bırakacaklardır?

(154) Bk. F. Luchaire, Le Conseil Constitutionnel, Economica, Paris 1980, s. 145 vd; L. Favoreu, L. Philip, Le Conseil Constitutionnel, PUF., Paris 1978, s. 75.

(155) Bk. L. Favoreu, L. Philip, Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel, Sirey, Paris 1984 (3. éd.), s. 402 vd; L. Hamon, D. 1980, J. 1969; L. Philip, Chron. RDP, 1979, 199.

à l'examen du Conseil Constitutionnel, en créant des sanctions pénales pour violation d'un monopole, monopole confirmé par une loi dont la conformité à la Constitution ne peut être contestée par voie d'exception, est contraire aux dispositions de la Constitution ou à des principes de valeur constitutionnelle...»

25 Ocak 1985 tarihli karar Konsey jürisprüdansında önemli bir yön değişikliği gerçekleştirmiş ve yeni bir kriteri de uygulamaya koymuştur.

Konsey promülgasyon öncesinde Anayasaya uygunluğunu denetlediği bir kanunun yürürlüğe girmiş bir kanunda değişiklik yapması, kanunu tamamlaması ya da düzenleme alanını etkilemesi hallerinde, itiraz yolu ile bu kanunun da Anayasaya uygunluğunu denetleme yetkisini kendine tanıtmıştır :

«...**Considérant** que, si la régularité au regard de la Constitution des termes d'une loi promulguée peut être utilement contestée à l'examen de dispositions législatives qui la modifient, la complètent ou affecte son domaine...»

Anayasa Konseyinin 25 Ocak 1985 tarihli bu dönemeç kararı, Kanun-koyucunun Anayasal normlara bağlanmasında yeni ve ileri bir adım olarak değerlendirilmiştir (156).

b. Karlsruhe Anayasa Mahkemesi ve «Geçici tedbir kararı» uygulamaları : 1974 ve 1977 yıllarında kabul edilen «geçici ordonanslar» (157).

Alman Federal Anayasa Mahkemesi, «Uyuşmazlık durumunda (158) kamu yararı gerektirirse, ağır zarardan (graves préjudices) sakınmak, yakın bir tehlikeyi önlemek ya da önemli bir başka sebeple, geçici tedbirlerle bir durumu düzenleme» yetkisine sahiptir (m. 32, B. Verf. GG) (159).

(156) Cf. **Patrick Wachsmann**, AJDA, 20 Juin 1985, J. 68.

(157) Bu konuda bk. **Jean-Claude Béguin**, Le Contrôle de la constitutionnalité des lois en République Fédérale d'Allemagne, op. cit., s. 158 vd; Y. Sabuncu, «Alman Anayasa yargısında geçici tedbir kararı», AİD, TODAİE, C. 17 (2), 1984, s. 76 vd.

(158) «Uyuşmazlık» (litige) kavramı geniş anlaşılmakta ve normlar denetimini de içine almaktadır.

(159) Bk. 12 Mart 1951 tarihli Federal Anayasa Mahkemesi Kanunu (Bundesverfassungsgerichtsgesetz), (B. Verf. GG). Kanun için bk. **P. Chenut**, La Justice constitutionnelle en Allemagne et le Tribunal Constitutionnel de Karlsruhe, op. cit., s. 192 vd.

Anayasal prosedür bu durumda, muhakeme genel teorisinin —özel-likle de idare muhakemesi hukukunun— bir imkânını, yetkili kazai merciin nihai kararına kadar bir durumu geçici olarak düzenlemek için kullanmaktadır.

Alman hukukunda tedbirler geçici bir ordonansla (Ordonnance provisoire) alınmaktadır.

Ancak, not etmek gerekir ki, Alman Federal Anayasa Mahkemesi kendisine yasayla tanınmış olan bu imkânı büyük bir ihtiyatla kullanmaktadır.

Gerçekten Mahkemeye göre, hukuki sorun nihai bir çözüme kavuşturulmadığı sürece, geçici ordonans «Kuvvetler ayrılığı»na zarar verme tehlikesi yaratır. Bu sebeple, Anayasaya aykırılığı iddia edilen işlemin bir kanun olması durumunda geçici ordonans ancak istisnai olarak kabul görebilir.

Bu durumda da, ekonomik ya da özellikle ferdi zarar gerekçesi, bir kanunun uygulanmasının durdurulması için yeterli sayılamaz. Bunun için kamu yararı gerekir.

Uygulamada geçici ordonansların Alman siyasi - anayasal sistemi üzerinde etkisi ne olmuştur?

Alman Federal Anayasa Mahkemesi 1951 ve 1958 yıllarında iki vak'a da, prensibini Bonn Demokrasisinin salt temsili niteliğine aykırı gördüğü referandum düzenleyici kanunların uygulanmasını durdurmuştur.

İki önemli «geçici ordonans» ise 1974 ve 1977 yıllarında kabul edilmiştir.

1974 yılında Mahkeme geçici ordonansla, gebeliğin ilk oniki hafta içinde kesintiye uğratılmasına imkân veren kanunun yürürlüğe girmesini engellemiştir (160). Sosyal-demokrat çoğunluk tarafından 18

(160) 1973-1977 yılları arasında beş Anayasa Mahkemesi gebeliğin iradi kesintiye uğratılması konusunda karar verme durumunda kalmıştır. Amerika, İtalya, Avusturya ve Fransada Yargı yerleri gebeliğin kesintiye uğratılmasına imkân veren düzenlemeleri Anayasaya uygun bulurken, Alman Federal Anayasa Mahkemesi bu ortak çözümden çok uzak kalmış ve Anayasa ile getirilen «değerler sistemi»nin kanun koyucu bağladığını hükmetmiştir. Bu durumda Mahkemenin aldığı geçici ordonans çoğunluğun anlayışından farklı bir etik anlayışın korunmasına hizmet etmiştir. Mahkemenin bu tutumu doktrinde, anayasa yargısının dinamizmini savunma arayışlarının önemli bir sıçrama noktası olmuştur.

Cf. L. Favoreu, L. Philip, Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel, Sirey, Paris 1984, s. 295 vd; A. Grosser, «cours constitutionnelles et valeurs de référence. A. propos de décisions sur l'avortement», Pouvoir - 13, 1980, s. 117 vd.

Haziran 1974'de kabul edilen yasa 21 Haziran'da isdar edilmiş ancak aynı gün esas hakkındaki karar kesinleşinceye kadar yürürlüğe girmesi ertelenmiştir. Yasa 25 Şubat 1975'de iptal edilmiştir.

1977 yılında Mahkeme, 7 Kasım tarihinde geçici bir ordonansla, 13 Temmuz 1977'de kabul edilen ve 1 Ağustos'da yürürlüğe giren Askeri hizmet ve sivil hizmet Kanununda değişiklik yapan düzenlemenin uygulanmasını durdurmuştur.

Mahkeme, norm denetimi prosedürü sırasında re'sen (**von Amts wigen**) geçici ordonans alma yetkisini kendinde görmektedir. Mahkeme 7 Kasım'da bu yetkiyi kullanarak, dava konusu yapılan kanunun, «doğuracağı ağır zarardan sakınmak» için, uygulanmasını durdurmuş ve 1 Ağustos 1977 tarihinden önce geçerli olan prosedürü yeniden yürürlüğe koymuştur.

7 Kasım 1977 tarihli geçici ordonans doktrinde, Federal Hükümetin hareketsizliğinin sonucu bir fonksiyon sapması olarak görülmüştür.

Gerçekte ise Federal Hükümet, böyle bir kararın sorumluluğunu, siyasi partilerin güçler dengesinden çok daha az etkilenen ve bir seçmen kitlesini kollamak durumunda olmayan Anayasa Mahkemesine bırakmış gözükmektedir. Geçici ordonans bu yönü ile, **Alman anayasal sisteminin değişmesi ile ilgili önemli sorunları da gündeme getirmiştir** (161).

Geçici ordonans Alman tecrübesi, bir muhakeme hukuku genel tekniğinin Anayasa Mahkemesi dinamizmine hizmet ederken kritik önemde etik ve siyasi sonuçlarının da olabileceğini göstermektedir.

c. Türk Anayasa Mahkemesi ve geçici tedbir kararı : Anayasa Mahkemesinin 1985/4 karar sayılı kararı

Anayasa Mahkemesi çoğunluk ve azınlık görüşleri ile doktrinde sergilenen görüşler şematik olarak iki kategoride toplanabilir: Görüşlerden ilkinde göre, geçici tedbir kararı verme yetkisi Anayasa ya da kanunla tanınması gereken bir yetkidir.

İkinci görüş de ise, bu yetki Anayasa yargısına bağlı, özünde var olan (inherent) bir yetkidir.

İlk görüşü Anayasa Mahkemesi 1972/18 karar sayılı kararı ile benimsemiş ve 1985/4 karar sayılı müteferrik kararı ile de bu görüşü

(161) Bk. Jean-Claude Béguin, op. cit., s. 162-163.

tekrarlamıştır. Doktrinde ise bu görüş, S. Güran tarafından «Anayasa yargısında yürütmenin durdurulması» konusunda Anayasa Mahkemesi 1985 Sempozyumuna sunulan tebliğde —sonradan— benimsenmiştir.

E. Teziç ise, Mahkemenin 1972/18 karar sayılı kararına ekli azınlık görüşünü benimseyerek, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Münasebetler Araştırma ve Uygulama Merkezi'nin 3029 sayılı kanunla ilgili olarak düzenlediği tartışmalı konferansda, kanunun yürürlüğünün durdurulmasını bir yargılama usulü konusu olarak görmüş ve Anayasa Mahkemesinin içtihat yolu ile bu yetkiyi sahiplenebileceğini ileri sürmüştür.

Geçici tedbir kararı problemi Anayasa Mahkemesinin gündemine ikinci kere 1985 yılında, Ana Muhalefet Partisi'nin 3029 sayılı Kanununun, iptal kararı Resmî Gazete'de yayımlanıncaya kadar, uygulanmasının durdurulmasına karar verilmesini istemesi ile gelmiştir.

Anayasa Mahkemesinin geçici tedbir kararı konusundaki görüşü 1972/18 ve 1985/4 karar sayılı kararları birlikte değerlendirilerek şu şekilde özetlenebilir :

Anayasaya uygunluk denetimi yapılan bir kanunun denetim sonuçlanıncaya kadar yürürlüğünün Yüksek Mahkemece durdurulmasına karar verilebilmesi, bu yetkinin Anayasa ile açıkça tanınmış olmasına bağlıdır.

Probleme bir yargılama usulü problemi gibi bakılacak olursa, bu durumda da böyle bir yetkinin kanunla tanınmış olması gerekir. Oysa 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Kanununda bu kurum düzenlenmiş değildir.

Gerek Anayasa'da, gerekse Kuruluş ve Yargılama Usulü Kanununda getirilen düzenlemeler, yorum yoluyla, Anayasa Mahkemesinin yürütmenin durdurulmasına karar verme yetkisinin bulunduğunu kabule engeldir (162).

(162) Eklemek gerekir ki 3029 sayılı Kanunun uygulanmasının durdurulması isteminin, Anayasa'da ve 2949 sayılı Kanunda **Anayasa Mahkemesi'**ne kanunların yürürlüğünün durdurulması konusunda yetki tanınmamış olması nedeniyle, reddine oybirliği ile karar verilmiştir.

IV. SONUÇ İÇİN NOT

«Yeni şarabı eski şişelere koymak».

Kilit konularda anlamı çok da açık olmayan Anayasal düzenlemeleri uygulayarak Yüksek Mahkemeler, «Yeni şarabı eski şişelere koymuşlardır» ama bu işlem Anayasaya uygunluk denetimini demokrasi-lerin «çoğunluk kuralı» ile bağdaştırmada önemli problemler de çıkarmış, anayasa yargısı dinamizmini sınırlama konusunu her zaman sıcak tutarken anayasa hukukçusunun olduğu kadar, politika bilimcisinin de çalışma tezgâhında sürekli kalan liste başı araştırma konularından biri olmuştur.

Bununla birlikte, Anayasa Mahkemelerinin «politika» üzerinde etkilerinin araştırılmasında mahkeme kararlarına ön-tepkiler, problemin genellikle ihmal edilen bir cephesidir (163).

Oysa, Anayasa Mahkemeleri siyasi süreci sadece kanunların Anayasaya aykırılığına karar vererek etkilemezler.

Anayasa Mahkemesi jürisprüdansı, kanun tasarı ya da tekliflerinin hazırlanması ve görüşülmesi safhasında da etkili olur.

Alman Federal Cumhuriyeti'nde, Martin Hirsch'in bir Bundestag komisyonunda söylediği gibi, politikacılar kanunların hazırlanmasında, bir çeşit «Karlsruhe-Astrolojisi» yapan uzmanların hizmetinden yararlanırlar (164).

Olivier Duhamel ve **Louis Favoreu'nün** işaret ettiği gibi, Fransa'da Anayasa Konseyi'nin varlığı ve muhalefetin Anayasa Konseyi'ne gitme tehdidi, Hükümet ve Parlamento çoğunluğunu kendi kendini sınırlama durumunda bırakmıştır (165).

(163) **Malcolm Feeley**, Amerika Birleşik Devletleri'nde Yüksek Mahkeme kararlarının etkisini inceleyen çalışmasında ön-tepkilerin, Amerikan siyasi hayatında Mahkemelerin gücünün önemli bir parçası olmasına rağmen, bu alanda yapılan sistematik araştırmaların pek azında incelendiğini yazmaktadır. Bk. M. Feeley, «Power, Impact and the Supreme Court», in Th. **Becker**, M. **Feeley**, ed., The Impact of Supreme Court Decisions, Empirical Studies. Oxford University Press, N.Y., 1978, s. 226.

(164) Bk. **Ch. Landfried**, «The German Federal Constitutional Court and its impact on politics and policy output. Paper presented at the IPSA XIII th. World Congress, Paris, July 1986 for the Research Committee on Comparative Judicial Studies.

(165) Bk. **Louis Favoreu**, «Le Conseil Constitutionnel et l'alternance», in Olivier Duhamel, Jean-Luc Parodi, ed., La Constitution de la Cinquième République, Presses de la Fondation Nationale des Sciences Politiques, Paris 1985, s. 434 «Otolimitasyon tezi» Anayasa Konseyi üzerinde çalışanlar arasında genel kabul görmektedir.

Başka bir ifade ile, «Palais-Royal astrolojisi» sosyalist hükümet politikasında önemli bir rol oynamıştır.

Amerika Birleşik Devletleri'nde de, Kongre'nin karar alma sürecinde Yüksek Mahkemenin olabilir tepkilerinin de düşünülmesi (anticipated reactions), Mahkeme rolünün değerlendirilmesinde hesaba katılması gereken bir olay olarak görülmüştür (166).

Artun Ünsal'da bu tür bir «önceden sınırlama» ile Anayasa Mahkemesinin yasama organı üzerinde de facto bir ön-denetim gerçekleştirdiğinin söylenebileceği görüşündedir (167).

Anayasaya uygunluk ya da anayasaya aykırılık konusunda verilen Mahkeme kararları sadece ilgili kanunları etkilemekle kalmaz, genel olarak yasama işlemlerini değerlendirme ölçütleri ihtiva etmeleri nedeni ile yasama politikasını yönlendirme ve Mahkemelerin Anayasaya aykırılık itirazlarını belirleme bakımından da önemli sonuçlar taşır (168).

Hans Kelsen Devlet fonksiyonlarının hukuk kurallarına uygunluğunu sağlayan farklı teknikler arasında Anayasaya aykırı işlemin iptalini Anayasanın en etkili ve temel teminatı olarak görmüş, «Üstün Hukuk» anlayışının anayasa yargısı yolu ile teoriden pratiğe geçişini hazırlamıştır (169).

Bu anlamda **Avrupa modeli** anayasa yargısının kaynağında «Önce Kelsen vardır».

1929'lu yıllarda **Kelsen tezi**'nin antitezi, iki savaş arası Alman kamu hukukunun ünlü teorisyeni C. Schmitt'in çalışmalarında ifadesini bulmuştur.

C. Schmitt, yasaların anayasallığı yargısal denetiminin politiki hukukileştirmek yerine, yargıyı politikleştireceğini ileri sürmüştür. Anayasa Mahkemelerine hukuki uzlaşmazlıkların değil ama siyasi uzlaş-

(166) Bu konuda özellikle bk. **P. Brest**, «The Conscientious Legislator's Guide to Constitutional Interpretation», Stanford Law Review, 1975, s. 585 vd.

(167) Bk. **A. Ünsal**, Siyaset ve Anayasa Mahkemesi, op. cit., s. 271-272.

(168) Anayasa kararlarına tanınan bağlayıcı gücün, bu kararların sadece hüküm fıkralarına değil ama kararların «taşıyıcı gerekçeleri»ne de tanınması durumunda konunun kritik önemi daha da artmaktadır. Bu konuda bk. **B. Çağlar**, Anayasa Yargısında Yorum Problemi. Karşılaştırmalı analizin katkıları» Anayasa Mahkemesi II. Sempozyumuna sunulan tebliğ, s. 39 vd.

(169) Bk. **H. Kelsen**, «La garantie Juridictionnelle de la Constitution - La Justice constitutionnelle» RDP, 1928, s. 197 vd.

mazlıkların getirildiğini ve bu mahkemelerin gerçekte siyasi meclisler olduğunu iddia etmiştir (170).

Anayasa Mahkemelerinin siyasi organları mı (**Schmitt tezi**) yoksa gerçek yargılama yerleri mi? (**Kelsen tezi**) oldukları sorusu sürekli olarak gündemde kalmış, Avrupa'da anayasa teminatı sistemlerinin en gelişmişlerinden biri olan İspanyol Anayasa Mahkemesinin kuruluşu sırasında da tartışılmıştır (171).

Soruna getirilen çözümler içinde en başarılılarından biri **M. Garcia de Enterría**'nın formülüdür :

«Anayasa Mahkemeleri siyasi uzlaşmazlıkları hukuki metotla çözen organlardır».

Ancak eklemek gerekir ki bu organlar siyasi - kurumsal bütünün bir parçasıdır ve «sosyal bir boşluk»da da çalışmazlar.

[170] **C. Schmitt** bu anlayış çerçevesinde Anayasanın koruyucusu olarak Anayasa Mahkemesinin yerine Cumhurbaşkanı koymuştur.

Schmitt tezi'nin etki ve izlerine yarı-prezidansiyel sistemlerde, özellikle Fransız Anayasası, 1982 Anayasa değişikliğinden önce Portekiz Cumhuriyeti Anayasasında ve «Başkanlı Parlamenter sistemler» de, 1975 tarihli Yunanistan Anayasası'nın ilk şekli ve 1982 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında, bugün de raslamak mümkündür.

[171] 1982 Anayasasının hazırlık çalışmaları sırasında, Danışma Meclisi'nde de aynı soruya cevap aranmış ve Anayasa Mahkemesi, Meclis Üyelerince, «Siyasi nitelikte karar verebilen bir uzuv» (T. Güven), «Yasama organının kararları üzerinde bir nevi yasama fonksiyonu ifa eden bir organ», (**F. Devrimsef**), «Siyasi bir mahkeme», (**M. Hazer**) şekillerinde nitelendirilmiştir.

Anayasa Komisyonu Başkanı ise Anayasa Mahkemesini, «Uygunluk ihtilafını çözen bir yargı kuvveti» olarak tanımlamış, ancak Anayasa Mahkemesine gelecek davaların «birer doktrin davası, bir felsefe, bir dünya görüşü davası» olacağını ileri sürmüştür.