

Anayasa Yargısının Ortaya Çıkışı

The Emergence of The Constitutional Judiciary

Ayşe Miray ALTAY

Yüksek Lisans Öğrencisi, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi
aysemiray.cengiz@student.asbu.edu.tr
<https://orcid.org/0000-0001-5583-0085>

Makale Başvuru Tarihi / Received: 15.04.2024
Makale Kabul Tarihi / Accepted: 10.06.2024
Makale Türü / Article Type: Araştırma Makalesi

Anahtar Kelimeler:

Anayasa Yargısı,
Marbury v.
Madison Davası,
Temel hak ve
Özgürlükler

ÖZET

Anayasa yargısının ortaya çıkışına ilişkin kesin bir tarihten bahsetmek mümkün olmamakla birlikte nispeten yakın zamanda ortaya çıkmıştır. İkinci dünya savaşının sonlarına kadar Amerika Birleşik Devletleri hariç anayasa yargısının mevcut olduğu bir ülke bulunmamaktaydı. Anayasa yargısı, ABD’de gündeme geldikten hemen sonra hakkında kanuni düzenleme yapılmadı. Geçen sürede anayasa yargısına tekrar tekrar ihtiyaç duyuldu, tartışmalar giderek arttı ve konu yasal düzende yer almaya başladı. Sonrasında ise başta Avusturya ve Çekoslovakya olmak üzere diğer ülkelerin hukuk düzeninde anayasa yargısı kendine yer bulmaya başladı. Tarihsel süreçte ortaya çıkan her kurum gibi anayasa yargısının doğuşuna da kaynaklık eden ve ülkeden ülkeye farklılık arz eden tarihsel olgular bulunmaktadır. Anayasa yargısının doğuşuyla ilgili farklılıklarsa temel olarak; devlet gücünün hukuk normlarıyla kontrol altına alınarak temel hak ve özgürlüklerin korunmaya çalışılması, yasaların anayasaya uygunluğunun sağlanması, federal- federe devlet ilişkisi gereği olarak sıralanabilir. Anayasa yargısının ortaya çıkmasının tek bir pratik sebebi olmadığı gibi konuyla ilgili kuvvetler ayrılığı tezi, hukuki pozitivizm kaynaklı tez, hegemonik koruma tezi, merkez- çevre tezi, Ginsburg’un sigorta tezi gibi teoriler ortaya atılmıştır. Teorilerden bazıları ülke bazlı olarak ortaya atılmakla birlikte daha geniş çerçevede sunanlar bulunmaktadır. Anayasa yargısının ABD ve ikinci dünya savaşı sonrasında diğer ülkelerde küresel anlamda ortaya çıkışının sebeplerine ve ortaya çıkışı açıklamak adına ileri sürülen teorilere değinmek önem arz etmektedir.

Keywords:

Constitutional
jurisdiction,
Marbury v. Madison
Case, Fundamental
rights and freedoms

ABSTRACT

Constitutional jurisdiction has only lately come into existence, yet it is impossible to pinpoint the exact date. Except for the United States, no other country had constitutional jurisdiction prior to the end of second World War. In the United States, the constitutional jurisdiction was not immediately regulated. During the last period, the constitutional jurisdiction was required several times, discussions intensified, and the issue began to take place in the legal order. After then, the constitutional jurisdiction system was introduced into other countries legal systems, particularly Austria and Czechoslovakia. There are historical facts, like any institution that emerges in the historical process, that are at the origin of the birth of the constitutional jurisdiction and that vary from country to country. The protection of fundamental rights and freedoms by limiting the state's power through legal standards, ensuring that laws adhere to the constitution, and the relationship between the federal and federal state are the three main differences related the creation of the constitutional jurisdiction. Since the establishment of the constitutional jurisdiction cannot be attributed to a single practical cause, various theories have been developed, including the Ginsburg insurance thesis, the separation of powers thesis, the legal positivism thesis, the hegemonic protection thesis, and the center-environmental thesis. Some ideas are local, while others provide a wider framework. It is crucial to discuss the factors that led to the global formation of the constitutional jurisdiction in nations following the United States and the Second World War, as well as the theories put up to explain it.

1. GİRİŞ

İkinci dünya savaşının sonlarına kadar Amerika Birleşik Devletleri hariç anayasa yargısının mevcut olduğu bir ülke bulunmamaktaydı. Anayasa yargısının ABD ve ikinci dünya savaşı sonrasında öncelikle Avusturya ve Çekoslovakya olmak üzere diğer ülkelerde küresel anlamda ortaya çıkışının birden fazla sebebi bulunmaktadır. Yazımızda anayasa yargısının doğuşuna kaynaklık eden gerek devlet gücünün hukuk normlarıyla kontrol altına alınıp temel hak ve özgürlüklerin korunması, yasaların anayasaya uygunluğu, federal- federe devlet ilişkisi gereği gibi pratik nedenlerden gerekse de anayasa yargısının kurulmasına ilişkin ileri sürülen tezlerden bahsedeceğiz. Bu tezlere örnek olarak kuvvetler ayrılığı tezi, hukuki pozitivizm kaynaklı tez, hegemonik koruma tezi, merkez- çevre tezi, Ginsburg’un sigorta tezini verebiliriz.

Anayasa yargısının tarihsel gelişiminden bahsetmeden önce bu kavramın ne anlama geldiğine değinmek gerekirse geniş anlamda “anayasa uyulması amacını güden her türlü yargı işlemi” ifade etmekteyken dar anlamda “kanunların anayasaya uygunluk denetimi”ni ifade etmektedir (Özbudun, 2016:403). Kanunların anayasaya uygunluğunun denetimi ülkeden ülkeye farklılık arz etmekle birlikte yargısal denetim yoluyla veya siyasal denetim yoluyla da gerçekleştirilebilmektedir (Kaya, 2018:29). Biz yargısal denetime değinecek olmakla birlikte anayasa yargısının siyasal denetiminin ne anlama geldiğinden de kısaca bahsetmek gerekir. Siyasal denetim kanunların yürürlüğe girmesinden önce çoğunlukla yasama tarafından yapılmaktadır. Anayasa komisyonları yasaların kabul edilme sürecinde kanun tasarılarını ve tekliflerini anayasaya uygunluk bağlamında denetlemekte ve rapor hazırlamaktadır. Yine kanunların kabul edilme sürecinde devlet başkanına tanınan veto yetkisinin de anayasa yargısının siyasal denetimine dahil olduğunu söyleyebiliriz (Gözler, 2018:438). Anayasanın yargısal denetimi yakın zamanda ortaya çıkmıştır. Makalemizin konusunu oluşturan nokta ise anayasa yargısının ortaya çıkışına neden olan pratik sebeplerin ne olduğu ve bu ortaya çıkışı açıklamaya çalışan teorik nedenlerin ne olduğudur.

2. Kelsen MODELİ ve NÖRMLAR HİYERARŞİSİ

Kıta Avrupası Modeli de denen Kelsen modelinde normlar ancak bir üsttekinin uygun ise geçerli olmaktadır. Bu teoriye göre ortaya çıkartılan normların, normlar hiyerarşisine uygun olup olmadığının denetlenmesinde Kelsen iki yöntem öngörmüştür (Turhan, 2018:210). Bunlardan ilkinde yargısal bir otoritenin varlığına ihtiyaç duyulmaktadır. Altta normun üsttekinin uygunluğunu yargısal otorite kontrol edecektir ve eğer uygun olmadığı kanaatine varırsa o norm otorite tarafından yürürlükten kaldırılacaktır. İkinci yöntem ise çıkarılan altta normun üsttekinin aykırı olması halinde normu çıkaranlara kişisel olarak bir ceza uygulanmasıdır. Tabi bu son yöntemin uygulamasına ilişkin bir örnekle karşılaşmamaktayız. Ayrıca Kelsen önerdiği ilk yöntemde normlar hiyerarşisinde söz konusu normların en üst norma uygun olmasının denetlenmesinde yargısal denetimi de siyasal denetimi de öngörmektedir (Barın, 2017:166). Zaten baktığımızda böyle bir teoride herhangi bir yargısal mekanizmanın yer almaması mümkün değildir. Aksi halde sistem çökecektir.

Kelsen “Anayasa Fonksiyonu” başlıklı makalesinde üstteki ve altta normlar arasında bir ilişkinin illaki var olduğunu ve altta olan normun geçerliliğinin üstteki normla temellendirilmesi halinde üstteki normun anayasa niteliğinde olduğunu ifade etmiş ve anayasa kavramının zaten norm yaratma sisteminde kendiliğinden var olduğunu, sürecin getirisi olduğunu ifade etmiştir (Turhan, 2018:204). Dolayısıyla anayasa yargısının ortaya çıkış sebeplerinden birinin kanunların en üst norm olan anayasaya uygunluğunu denetlemek olduğunu söyleyebiliriz. Nitekim birleşik krallıkta 1610 yılındaki Dr. Bonham kararından sonra anayasa yargısının ortaya çıktığı ilk dava olarak kabul edilen Amerika Birleşik Devletleri’nde verilen 1803 yılındaki Marbury v. Madison kararında da normlar hiyerarşisinin izlerini görmekteyiz. Kararı özetlemek gerekirse dönemde yüksek mahkemenin hakimi olan Marbury, başkanlık seçimini kaybeden J. Adams tarafından atanmıştır. Ancak atama işlemine ilişkin evraklar yetişmemiştir. Marbury o dönemin adalet bakanı olan Madison’dan atama emrinin tebliğ edilmesini istemiştir ancak yeni bakan Madison’ın kararını mahkemenin takdirine bıraktığını bildirmiştir. Sonrasında mahkeme John Marshall başkanlığında toplanmıştır (Akçay, 2015:71).

1789 ABD Anayasa’sında böyle bir kuruma yer verilmemekle birlikte yargıç John Marshall’ın yazdığı kararla kanunların anayasaya uygun olmasını gerektiğini ifade etmiştir. Söz konusu kararın gerekçesinde anayasanın hukuk sistemindeki yeri adına iki şıkkın söz konusu olabileceğinden bahseder. Bunlardan biri anayasa ya kendine aykırı olan yasamanın işlemlerinden üstündür ve diğer kanunlar gibi öylece değiştirilmesi mümkün olmaz ya da yasama organı istediği keyfiyette anayasayı değiştirme lüksüne sahiptir (Gözler, 2018:451 & Özbudun, 2016:405). Dolayısıyla anayasayı ya diğer kanunlar seviyesinde tutulup alelade şekilde değiştirilebilecektir ya da sıradan kanun çıkarma ve değiştirme yoluyla değiştirilemeyip yüce bir yasa olarak ifade edilecektir. Buna ilişkin çıkarılan sonuç ise şudur: anayasa normlar hiyerarşisindeki üstün bir norm ise anayasaya uygun olmayan normların geçerliliği söz konusu olamaz. Yasama ve yürütmeyi sınırlandırma amacıyla var olan anayasanın diğer

yasalarla eş tutulması halinde ise anlamsız yere çıkarılmış olacağıdır. Nitekim hukuku somut olaylara uygulama görevine haiz olan yargıçlar zaten ve mecburen önlerine gelen olayda çatışan hükümlerin söz konusu olması halinde uygulanacak olana karar vereceklerdir. Dolayısıyla kanunla çatışan bir anayasa hükmü söz konusu olduğunda yargıç ya kanunu görmezden gelip anayasa hükmüne göre karar verecektir ya da anayasayı görmezden gelip kanuna göre karar verecektir. Kanuna göre karar vermesi demek anayasanın yok sayılması demektir. Ki bunun anlamı hem sınır çizmek hem de sınırı istediği zaman geçmek olup yasama organına sınırsız güç vermek demektir (Gözler, 2018:453). Yargıç Marshall bu düşüncenin savunulamayacak kadar mantığa aykırı olduğunu ifade ederek anayasaya aykırı kanunların hükümsüz olduğunu mahkemelerin ve diğer tüm devlet organlarının anayasayla bağlı olduğunu da ifade etmiştir.

Anayasa yargısının kanunların anayasaya uygunluğun denetimi açısından ortaya çıktığı göz önüne alındığında böyle bir yargısal denetimin yapılabilmesi için söz konusu anayasada katı ve yazılı olma özellikler aranmaktadır (Tunç, 2019:29). İlk şart sert bir anayasa olmasıdır. Bunun tersi bir durum söz konusu olsa yani anayasanın değiştirilmesi bazı zorlaştırılmış özel usullere tabi olmasa örneğin yasama organının anayasaya aykırı olarak çıkardığı bir hüküm söz konusu olduğunda aslında kanunla anayasanın değiştirildiği sonucuna varılabilecektir (Gözler, 2018:441). Dolayısıyla bu durum bizi yargıç Marshall'ın bahsettiği şıklardan ikincisine götürecektir yani böyle bir durumda anayasanın üstünlüğünden bahsedilmeyeceğini söyleyebiliriz. Gözler, İsrail'i yumuşak anayasaya sahip ülke olarak örnek göstermiştir. İsrail'de 'temel kanunlar' sıradan kanunlarla aynı şekilde değiştirilebilecektir. Dolayısıyla Gözler'in de belirttiği gibi örneğin sonraki kanun öncekinden farklı bir düzenleme getirirse, 'sonraki kanun öncekini ilga eder' gereği temel kanun hükmü uygulanmayacaktır.

Söz konusu ikinci şart ise anayasanın yazılı olması gerektiğine ilişkindir. Yazılı bir anayasa bulunmuyorsa normlar hiyerarşisinde bir yeri olsa dahi kanunların bu anayasaya uygunluğunun denetlenmesi mümkün olmayacaktır. Örnek olarak İngiltere'de kanunların anayasaya uygunluğunun denetlenmesinin mümkün olmayacağını söyleyebiliriz. Nitekim 1610 tarihli Dr. Bonham kararından sonra İngiltere'de anayasa yargısına ilişkin pek bir örnek bulunmamaktadır. Yeri gelmişken söz konusu karardan bahsetmek uygun olacaktır. Bonham ruhsatı bulunmadığı halde doktorluk yapmaktadır. İngiltere Kraliyet Tabipler Odası (Collage of Physicians) tarafından hapis cezası verilmiştir. Bonham kararı hukuk mahkemesine (Cort of Common Pleas) götürmüştür. Mahkeme yargıcı Edward Coke öncelikle Tabip odasının hem taraf hem de hakim olarak hareket ettiğini "kimse kendi davasında hakim olamaz" şeklindeki Common Law'a aykırı bulmuş ve kararı iptal etmiştir. Oysaki söz konusu olayda Tabip Odasının yetkili olduğuna dair Parlamentonun kabul ettiği kanun bulunmaktadır. Dolayısıyla burada da Marbury v. Madison davasındaki örnekte olduğu gibi Common Law üstün norm kabul edilmiş ve onun dışındaki kanunların buna aykırı olması halinde geçersiz olacağına hükmedilmiştir. Yazılı bir anayasa sahip olmayan İngiltere'de anayasa yargısına ilişkin bilinen neredeyse tek örneğin bu karar olması söz konusu olsa da Bonham kararının bu kararın verilmesinden iki sene öncesinde verilen Calvin Kararına dayanması söz konusudur (Ünver, 2018:232).

Common Law prensiplerinin normlar hiyerarşisinde en üstte yer alması Calvin kararıyla olmuştur. Calvin kararından bahsetmek gerekirse, yargıç Coke bu davanın raporunda halkın doğal hukuk sebebiyle egemene zaten itaat etmesi gerektiğini ve doğal hukukun İngiliz hukukunun bir parçası olduğunu bu sebeple eskiden beri var olup kesin ve değişmez olduğunu raporunda belirtmiştir. Burada önem arz eden nokta bir yazılı hukuk bulunmasa dahi Common Law prensiplerinin üstün kabul edilmesi ve aslında normlar hiyerarşisinin bir mahkeme kararında görünür hale gelmesidir. Hatta yargıç Coke, Bonham davasında eskiden vermiş olduğu Calvin Davası raporuna dayanarak doğal hukukun verdiği hakka dayanan korumanın parlamentonun ortan kaldırmasının mümkün olmayacağını ve bu denetimin de mahkemeler tarafından yapılacağını ifade etmiştir. Bu tarz anayasa yargısı örnekleri İngiltere'de fazla değildir. Zaten eski İngiliz hukukçularının Common Law taraftarı olanlarının benimsediği görüş 'doğal hukukun beşeri hukuktan yüce olması' şeklindeydi (Ünver, 2018:233). kabul ettiğimiz görüşe göre anayasa yargısının katı ve yazılı anayasa var olduğu taktirde söz konusu olacağıdır ancak Kelsen'in normlar hiyerarşisi teorisine göre 'temel norm' denen üstün normun pozitif bir hukuk kuralı olması gerekmekte, temel normlar Common Law gibi hipotez veya varsayımdan ibaret olabilmektedir (Turhan, 2018:204). Dolayısıyla anayasa yargısının ortaya çıkış sebebinin Kelsen'in normlar hiyerarşisine dayandırıyor isek üstün norm olan anayasanın ya da diğer bir deyimle temel normun yazılı olması gerekmektedir sonucunu çıkarabiliriz. Konumuza dönersek, Coke'un kararlarıyla birlikte astlık üstlük ilişkisinin mahkeme tarafından değerlendirilmesi gerektiği anlayışının ortaya çıkmaya başladığını söyleyebiliriz. Bahsedilen ve anayasa yargısı tarihi için önem arz eden bu kararların var olduğu tarihlerde herhangi bir anayasa yargısının doğmuş olmasından söz edemeyiz. Ancak sonraki yıllarda Amerika'da anayasa yargısının ortaya çıkmasına kaynaklık ettiği bir gerçektir.

İfade edilmesi gereken diğer bir nokta ise az önce anayasa yargısının söz konusu olabilmesi için var olması gereken yazılılık ve katılık şeklindeki iki şarta ilişkindir. Bu iki şartı sağlayan bir anayasa için öngörölmüş olan bir denetim sistemi varsa bunun illaki mahkemelere bırakılmış olmayacağına ilişkindir. Giriş kısmında belirttiğimiz gibi ölkelerin bazıları norm hiyerarşisini göz önüne almakta ve kanunların anayasaya uygunluğunu siyasi organlarla denetlemektedir. Bu sistemin ortaya çıkışındaki ana görüş şu yöndedir: yasama organı milli iradeyi temsil eder, eğer normları denetleme yetkisi bir mahkemeye bırakılırsa bu milli iradeye zincir vurulması demek olacaktır (Özbudun, 2016:404). Konuya ilişkin görüşümüzü ifade etmek gerekirse yargısal bir denetimin siyasi organlara bırakılması kişi temel hak ve hürriyetlerinin korunması için yeterli bir güvence sağlamayacağı yönündedir.

3. HAK ve HÜRRİYETLERİN KORUNMASI

Kanaatimce de anayasa yargısının en önemli ortaya çıkış nedeni temel hak ve hürriyetlere güçlü bir koruma sağlamasıdır. Hatta bu neden anayasa yargısının savunulması açısından da başrolü oynamaya başlamıştır. Nitekim bu neden anayasa yargısının diğer ortaya çıkış nedeni olarak işaret edilen/ettiğimiz Kelsen'in normlar hiyerarşisinde anayasayı en üste yerleştirmesi veya Montesque'nin kuvvetler ayrılığı modelini ileri sürmesi şeklindeki anayasa yargısını haklılaştırması nedenlerini geride bırakmıştır (Barın, 2017:168).

Doğuşuna ilişkin teoriler çokça olmakla birlikte toplumda devlet insan içindir ve vazgeçilmez bir kurumdur (Selçuk, 1991:267). Devlet düzeni sağlamakla yükümlü olduğundan elinde bulundurduğu güç diğer tüm kurumlardan fazladır. Zaman içinde devletin düzen sağlamak için farklı organlara ihtiyacı olup bu gücü onlara dağıtsa da gücü elinde toplayan organlar bazı dönemlerde varlık sebebinin insan olduğunu es geçmiş ve temel hak ve özgürlükleri gerek sınırlayarak gerek yok ederek görevini yerine getirmemiş, sınırlarını aşmıştır. Özellikle ikinci dünya savaşı öncesi ve sonrası zamanlarında ağır insan hakları ihlallerinin gerçekleştiğini biliyoruz. Nitekim o zamanların devlet sistemleri (nasyonal sosyalizm, dini totalitarizm ve faşizm vb.) devletin insan için olduğunu görmezden gelip insanı devletin aracı yapmaya çalışmış, temel hak ve özgürlükleri ya hiç tanımamış ya da kağıt üstünde bırakmış, devleti kutsallaştırıp idarecileri yüceltmış ve onları yeryüzü tanrıları gibi lanse etmiştir (Uslu, 2014:57). Bahsedilen keyfi polis devleti düzenleri hukukun güvenliği adına büyük sorunlar yaratmıştır (Hekimoğlu, 2004:29). Temel hak ve özgürlükleri ihlal edilen, baskılanan insanlar mutlak hükümdarlıkların sonsuz yetkisini sınırlandırmak ve haklarını korumak adına harekete geçmiştir. Tarihsel süreçte bu duruma ilişkin örnekler fazlaca olmakla birlikte yakın tarihteki en bilinen örnek 1789 tarihli Fransız İhtilalidir. Aslında bu hareketler bizi modern hukuk sisteminin ana unsuru olan hukuk devletine yaklaştırmıştır.

Bir hukuk devleti, devletin gücünü kullanan başta yasama organı olmak üzere, organların yaptığı iş ve işlemlerde vatandaşın haklarını korumak adına hukuka uygun şekilde hareket etmek zorundadır. Ancak bu şekilde kişilerin hukuki güvenliği sağlanmış olur ve hukukun üstünlüğünden söz edebiliriz. Nitekim kendi anayasa mahkememiz konuya ilişkin olarak bir kararında "hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir...." şeklinde ifadelerini kullanmıştır (AYM, E.2015/7, K.2016/47, 26/05/2016). Bunun gerçekleşebilmesi için ise devletin hukuka uygun şekilde hareket etme sahasının daha önceden hukuk kurallarıyla belirlenmiş olması gerekmektedir. Sonrasında zaman içinde göröldü ki belirlenen bu hukuki sınırlara devletin uyup uymadığını kontrol edecek bağımsız yargısal bir mekanizma gerekmektedir. Nitekim idarenin işlemlerinin denetimini sağlamak adına idari yargı, yasa koyucunun sınırsız yasa çıkarma yetkisini önleyen yargısal mekanizma karşımıza anayasa yargısı olarak çıkmaktadır.

Sonuç olarak anayasa yargısının ortaya çıkış sebeplerinden birinin temel hakları korumak adına hukuk devleti ilkesinin küresel anlamda kabul edilmeye başlanması, bu sebeple de devletin tüm faaliyetlerinin hukuk kuralına bağlanması ilkesine geçilmesidir (Tikveş, 270). Ancak bunun anlamı anayasa yargısının var olmadığı İngiltere, Hollanda ve İsveç gibi ölkelerde hak ve özgürlüklerin korunmadığı demek değildir. Yine de her devletin sosyal durumunun, siyasal kültürünün, siyasal sistemlerinin birbirinden çok farklı olabileceği göz önüne alınarak söz konusu ölkelerden yola çıkarak temel hakların korunmasında anayasa yargısına ihtiyaç olmadığı şeklindeki tezi güçlendirdiği anlamına gelmemektedir (Barın, 2017:168).

4. KUVVETLER AYRILIĞI TEZİ

4.1. Yatay Kuvvetler Ayrılığı

Bu başlıkta bahsedilen Montesque'nun klasik kuvvetler ayrılığı olan devletin organları arasındaki görev, yetki ayrımıdır. Bahsedilen organlar yasama, devletler hukuka bağlı olan şeyleri yürütme kuvveti ve medeni hukuka bağlı şeyleri yürütme kuvvetidir ve son bahsettiği kuvvet aslında puissance de juger dediği yargılama kuvvetidir

(Gözler, 2018:220). Düşünürce göre yasama organı sınırlı yetkiye sahiptir çünkü meclis iki kanattan oluşur ve ikisinin de birbirini önleme yetkisi vardır. Ayrıca yasamanın yürütme üzerinde yürütmenin yasama üzerinde sınırlandırıcı etkisi vardır. Ve zaten yargıçlar “kanun koyucunun ağzı” olduğundan sınırlı olmamaları mümkün değildir. Dolayısıyla düşünürün öngördüğü bu üç organın sınırlandırılmış halde olmasıdır. Nitekim ABD’de kuvvetler ayırımına dayanan ‘frenler ve dengeler’ hükümet sisteminden bahsedilmektedir (Özbudun, 2016:40). Montesque’nun kuvvetler ayrılığı teorisinden yola çıkılarak devletteki güç kullanma yetisine sahip organların bu güç kullanımının sınırlandırılması ve böylece kuvvet suistimallerinin önüne geçilmesi fikri anayasa yargısının doğuşunu gerekli kılmıştır (Tunç, 2019:222). Yine devlet organları arasındaki düzenin aksamaması, sorunsuz bir işleyişte kalınması ancak organların sınırlarının belirlendiği bir anayasanın ve uyuşmazlık söz konusu olduğunda kesin karar verecek bir merci olan anayasa mahkemesinin varlığına bağlıdır.

4.2. Dikey Kuvvetler Ayrılığı/ Federe ve Federal Devlet Uyuşmazlıkları

Federalizmin kendine yer bulduğu yargı sistemleri eyalet ve federal yargı sistemi olarak ikili bir yapıya sahip olmaktadır. Bunun anlamı ise federal hükümetlerin de eyaletlerin de yargı yetkisi bulunmaktadır. Bu ayrımın yetkiler münhasır yetki ve ortak yetki diye ayrılabilirse de yetkinin hangi devlete ait olduğu konusunda anlaşmazlıklar yaşanmaktadır. Bu uyuşmazlığı ortadan kaldırmak adına federal devlet anayasasında düzenlemeler mevcut olmakla birlikte ortaya çıkan ve çıkması muhtemel yetki uyuşmazlıkları söz konusu olabilmektedir. Örneğin Amerika Birleşik Devletinde Federal anayasadaki düzenleme (md.3) ile federal yargının yetkileri sınırlı olarak sayılmış kalan hallerde yetkili olanın eyalet mahkemeleri olduğu ifade edilmiştir (Balo, 2012:976). Buna rağmen federe devletler ve federal devlet arasında yetki uyuşmazlıkları çıkabilmektedir. Federe devlet ile federal devletlerin arasında uyuşmazlık söz konusu olduğunda federal devlet kendi iradesini federe devletlere empoze edebiliyorsa bu noktada federalizmden söz edilmesi mümkün olmayacaktır. (Gözler, 2018:210). Bu durumun sonucu olarak ülkede birden fazla anayasanın uygulanması durumunda yaşanabilecek çelişkilerin ortadan kaldırılması adına bu görevi üstlenecek bir yüksek mahkeme kurulması söz konusu olabilecektir. ABD federe ve federal yargı teşkilatının en tepesinde 1798’da kurulan ABD Yüce Mahkemesi bulunmaktadır. Bu örneğe uygun ülkeler olarak Avusturalya, Almanya, Avusturya, Kanada verilebilir. Farklı cihette bir örnek olarak ise SSCB’de çıkabilecek bu çelişkilerin çözülmesi görevinin yargı yerine değil, bir başka kurum olan “Anayasa Destek Komitesi”ne verilmiş olması şeklindedir (Barın, 2017:161).

5. HUKUKİ POZİTİVİZM KAYNAKLI ANAYASA YARGISI

Anayasa yargısı ile bağlantı kurmadan önce modern düşüncenin temeli olan hukuki pozitivistizmin özelliklerinden bahsetmek doğru olacaktır. Hukuka bilimsel düşünce Kant ile dahil olmuştur. Hukuki pozitivistizm akımına göre hukuk öncelikle gözlemlenebilir konulara ihtiyaç duyar bu sebeple hukuk olanla ilgilenir, olması gerekenle değil. Hukukun bilimselliği sebebiyle hukukun konusu adalet, eşitlik gibi değerler olamayacaktır. Çünkü hukuk biliminin bağımsız olması bilimsel olmayan değer ifade eden kavramlardan uzaklaştırılmasına bağlıdır. Hukuk var olandan ibaret olduğu için yaratılacak olan normlar kendinden önce var olan normlarla daha önceden gösterilen şekilde yaratılacaktır. Çünkü hukuk gözleme elverişlidir, objektiftir dolayısıyla kendinden önce var olan normlara (anayasa) dayanarak oluşturabilecektir. Hukuki pozitivistizmin olması gerekenle ilgilenen tabii hukukla zıt olduğunu da görüyoruz. Tabii hukukta olması gerekene ilişkin normlar konulduğundan uyulması gereken üstün bir norm bulunmamaktadır. Sonuç olarak hukuki pozitivistizme göre hukuk biliminin konusu yürürlükteki müspet hukuktan ibarettir (Keyman, 1977:427). Örneğin anayasada yazmayan hukukun genel ilkelerinden olan haklar ve özgürlüklerin hukuki değeri olup olmadığına ilişkin tartışmalar mevcuttur. Gözler’in bu konudaki görüşü müspet hukukta bir karşılığı olmadığı, maddi varlığının bulunmadığı bu sebeple de tabii hukukçuların hukuki değeri olduğunu iddia ettiği bu hakların pozitivistizm anlamında hukuki bir değerinin olmadığı şeklindedir (Öğütçü, 2005:495).

Nitekim kendi anayasa mahkememiz hem tabii hukuk hem de pozitif hukuk akımını duruma göre benimseyebilmektedir, örneğin 1986 yılındaki verdiği bir kararın gerekçesinde “Hukuk Devletin, Anayasanın açık hükümlerinden önce hukukun bilinen ve tüm uygar ülkelerin benimseyip uyduğu ilkelere uygun olması gerekir. Hukuk Devleti her eylem ve işlemi hukuka uygun, insan haklarına saygı gösteren, bu hak ve hürriyetleri koruyup güçlendiren, adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu güçlendirerek sürdüren, ... Anayasa ve hukukun üstün kuralları ile kendisini bağlı sayıp, yargı denetimine açık olan... Anayasa bulunduğu bilincinden uzaklaştığında geçersiz kalacağını bilen devlettir” ifadelerini kullanmıştır (AYM, 27.3.1986, E.1985/31, K.1986/11 bkz. Öğütçü, 2005:493.).

6. HEGEMONİK KORUMA TEZİ VE MERKEZ- ÇEVRE MANTIĞI

Anayasa yargısının doğuşuna ilişkin önem arz eden tezlerden biri Hirsch'in hegemonyacı koruma tezidir. Nitekim 2000 yılında yazdığı makalesinde Kanada (1982), Yeni Zelanda (1990), İsrail (1992) ve Güney Afrika (1993)'da anayasa yargısının neden ortaya çıktığını inceleyerek kaleme aldığı bu makalesinde vardığı sonuç şu oldu: anayasa yargısı anayasalcık hareketi olarak, temel hakları korumak için veya kuvvetler ayrımı sebebiyle ortaya çıkmamıştı, siyasi amaçlarla ortaya çıkmıştı. Hirsch'e göre siyasi güç sahipleri, kurumsal yapıyı kendi çıkarlarına göre şekillendirirler ve bunun bir örneği de anayasa mahkemesinin kurulmasıdır (Barın, 2017:169). Örneğin bu dört ülkede gücü elinde bulunduran siyasal elitler, taraftar olan seçmenlerinin desteğinin azalmasını ön görmüş ve konumlarını kaybetme riski altında olduğunu fark etmiştir ve konumlarını anayasal güvence ile koruma altına almak istemişlerdir (Özbudun, 2014:17). Ve görülmektedir ki anayasa yargısı kendisinden beklenen şekilde kararlar almaktadır. Yani siyasi elitler bazı güçlerini anayasallık denetimi yapan yüce mahkemeye devretmiş ve bununla birlikte özellikle gelecekteki menfaatlerine anayasal güvence sağlamışlardır (Uslu, 2014:56).

Hegemonik koruma tezinden bahsedildiğinde bir bakıma üzerine inşa edildiği Edward Shils'in 1961'de "merkez ve çevre" adını verdiği makalesinden bahsetmek gereklidir. Shils devletteki siyasal ya da sosyal değişim, dönüşümlere neden olan şeyin merkez ile çevrenin ilişkisindeki yakınlaşma veya çatışmalar, gerilimlerden kaynaklandığını ileri sürmüştür (Barın, 2017:170). İlk olarak bu kavramların neyi ifade ettiğine değinmek gerekir. Merkez, ülkedeki siyasal ve ekonomik gücü elinde bulunduran yönetilenleri hükümleraltı altında tutan kişiler iken çevre, merkezin tasarruflarına maruz kalan, iktidarın kullanımına ya katılıyormuş izlenimi verilen ya da hiç katılmayan, merkeze sürekli kaynak sağlayan kesimlerdir (Uslu, 2014:58). Merkez dediğimiz alana veya kişilere tarih boyu bir kutsallık atfedildiğinden, aslında değerler ve inançlarla çevrilidir. Bu değer ve inançlar merkezi güçlendirmektedir konuya ilgili önemli çalışmalar yapan Şerif Mardin "her toplumun bir merkezi vardır bu merkez, toplumun siyasal ve yönetsel tüm araçlarını kendi elinde bulunduran azınlık/seçkin bir kitleden oluşmaktadır. Bir de çevre vardır ki bu da toplumun çoğunluğunu oluşturan fakat yönetsel alanın ve iktidar alanının dışında kalan bir kesimdir." (Dursunoğlu, 2016:49).

Hirsch'in tezi ve Shils'in merkez- çevresi ülkemizdeki anayasa yargısının neden ortaya çıktığına ilişkin yapılan akademik çalışmalarda da kullanılmıştır. Hatta hegemonik koruma tezinin doktrinde anayasa yargısının ortaya çıkışını açıklayan inandırıcı teori olduğuna işaret edilmektedir (Uslu, 2014:56). Ülkemizde 1924 anayasası döneminde 1946'ya kadar tek partili otoriter bir rejim vardı. Bu süreçte Shils'in tabiriyle "merkez" yani CHP anayasa yargısı olmadığından herhangi bir sınırlamaya tabi olmaksızın kanunlar çıkartabilmekteydi. 1950 seçimlerinde DP'nin merkez konuma gelmesiyle eski siyasal elitler kendi haklarının tehlikede olduğunu fark etmiş ve anayasa yargısının varlığını talep eder hale gelmiştir. bu sefer de DP kendi haklarını ve yetkilerini sınırlandırmaktan imtina etmiş ve anayasa yargısı mekanizmasını reddetmiştir. Bu süreçte DP'nin çıkarttığı kanunların anayasaya uygunluğu gittikçe şüpheli bir hal almakla birlikte, 1961 askeri müdahalesinin ortaya çıkışını hızlandırmıştır. (Özbudun, 2014:121).1961 anayasası yapım sürecinde temsilciler meclisinde CHP çoğunlukta olduğundan anayasa yargısı daha kolay şekilde anayasallaşmıştır. Özbudun, 1961 anayasasında Anayasa Mahkemesi'ne yer verilirken Temsilciler Meclisinin yaptığı toplantılarda anayasa yargısının ilk defa ortaya çıkarılması söz konusu olmasına rağmen önemli itirazlar ileri sürülmediğini ve gerçekten ,hegemonik koruma tezine uyar şekilde, mahkeme var olduğu günden beri temel hak ve özgürlüklerden çok resmi ideoloji neyse onu koruduğunu, siyasal elitlerin beklentisine uygun kararlar aldığını ifade etmiştir (Özbudun, 2012:18).

7. SİGORTA OLARAK ANAYASA YARGISI

Anayasayı yapanların neden anayasa yargısına yer verdiğine ilişkin fikirlerden biri de Tom Ginsburg'a aittir. Ginsburg'a göre öncelikle yapılan anayasanın kimin çıkarlarını yansıttığını belirlemek gerekir. Modern demokrasilerde vatandaşlar üzerindeki kanun yapma yetkisini vekillere vermiş olmakla birlikte vatandaşla vekili arasındaki ilişki her zaman uyumlu olmamakta ve ne yazık ki vekiller kendi çıkarlarına göre yasalar çıkarabilmektedir (Barın, 2017:175). Bu sırada iktidar sahibi siyasiler geleceklerine ilişkin belirsizliği illaki hissedeceklerdir. Nitekim sonsuza kadar süren bir iktidar düşünülemez. Örneğin demokratikleşme arttıkça seçim sonuçları iyice belirsiz hale gelmiştir ve bir sonraki seçimde oy oranlarının düşeceği şüphelerinin doğması iktidar sahiplerini geleceklerine ilişkin önlemler almaya itmiştir (Turhan, 2007:384). Ginsburg'un deyimi ile hükümete sınırlı yetkiler öngörerek gelecek hükümete karşı geleceklerini sigortalama istekleri doğmuştur. Bu sebeple de anayasada anayasa yargısına yer verilmiştir.

Anayasa yapım sürecine siyasilerin kısa dönem çıkarlarının vatandaşın uzun dönem çıkarlarından daha etkili olduğunu ifade eden bu teze uygun örnek ülkeler bulunmaktadır. (Barın, 2017:175). Nitekim Ginsburg kitabında Moğolistan için anayasayı yapanların kendi özgür alanından vazgeçtiğini, anayasa yargısı sistemiyle sınırlamayı

tercih ettiklerini ifade etmiştir (Barın, 2017:176). Ancak günümüzde anayasa yargısının doğuşunu açıklamak için fazlaca eksik bir tezdır.

SONUÇ

Anayasa yargısının ikinci dünya savaşı sonrası birçok ülkede hızla doğmasından dolayı hukuk dünyasında, özellikle anayasa hukukçuları “anayasa yargısının doğuş sebebi nedir?” sorusuna cevap arayışına girdi. Ancak ülkelerin birbirinden farklı anayasal sistemleri, siyasal düzenleri olduğundan hepsinde anayasa yargısının doğuşu başka başka sorunlara çözüm bulmak adına gerçekleşti. Dolayısıyla anayasa yargısının neden doğduğuna ilişkin tek bir cevap olması mümkün değildir. Ancak yukarıda bahsettiğimiz özellikle üç sebebin küresel çapta anayasa yargısının doğuşuna sebebiyet verdiği kanaatindeyiz. Bunlardan birincisi vatandaşların temel hak ve hürriyetlerini iktidar sahipleri karşısında korunması arzusudur. İkincisi ise kuvvetler ayrımını kabul eden ülkelerde, iktidarın gücünü bölüştürdüğü organların yetki alanını belirleyip hareket sahasını sınırlandırarak kuvvet suistimallerinin önlenmesidir. Kuvvetler ayrımının yatay ya da dikey şekilde olması bu konuda farklılık arz etmeyecektir. Son olarak ise yasamanın çıkardığı kanunların üstün norm olan sert ve yazılı olan anayasaya uygun olmasını sağlamak adına, bunun denetiminin bir makama bırakılması gerekliliği doğmuş olmasıdır. Bu makamı siyasi bir makam olarak seçen ülkeler bulunmakla birlikte yargısal makam seçilmesi de mümkündür. Kanaatimizce de yargı makamının bu konuda, kendi çıkardığı yasaı denetleme yetkisi verilen siyasi makamdaki daha tarafsız hareket edecek olması söz konusu olacaktır. Bahsedilen bu yargı makamı da anayasa mahkemesine işaret etmektedir.

Ancak makalemizde yer verdiğimiz diğer teoriler de yukarıdaki üç sebep de anayasa yargısının doğuşunu kendi başına açıklayacak nitelikte değildir. Hatta söz konusu teoriler bazı ülkelerde anayasa yargısının doğuşunu açıklıyor olsa bile birçoğunda açıklayamamaktadır. Örneğin Ginsburg’un sigorta tezi Moğolistan uygulanırken Türkiye için değildir. Daha da ileri gidersek bu tezler her ülkeye uygun olmamakla birlikte, bazı ülkelerin sadece belli dönemlerine uyum sağlamaktadır. Örneğin Shils’in merkez-çevre teorisi genelde Osmanlı Devleti ve ilk dönem Türkiye’sine uyum sağlamaktadır.

KAYNAKÇA

- Akçay, M. C., (2015). Anayasa Mahkemesi İçtihatları, Mevlana Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 3(2), 67-94.
- Balo, Y. S., (2012). Amerika Birleşik Devletleri Mahkeme Teşkilatı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 61(3), 973-1025.
- Barın, T., (2017) Farklı Coğrafya ve Sistemlerde Anayasa Yargısının Doğuşu, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, 5(10), 157-187.
- Dursunoğlu, İ., (2016). Türk Siyasi Hayatında Merkez-Çevre İkilemi, International Journal of Academic Value Studies, 2(2), 48-55.
- Gözler, K., (2015). Anayasa Hukukunun Genel Esasları, Ekin Yay., (7. bası), Bursa.
- Hekimoğlu, M. M., (2004). Alman Hukuku Işığında Anayasa Yargısının Hukuki Boyutları, Detay Yay., Ankara.
- Kaya, S., (2018). Anayasa Yargısı ve Bireysel Başvuru, Adalet Yay., (1. Bası) Ankara.
- Keyman, S. (1977). Hukukun Bilimselliği Üzerine, Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 421-433.
- Keyman S. (1978). Hukuki Pozitivizm, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 35(1), 17-55.
- Öğütçü M., (2005). Doğal Hukuk ve Pozitif hukuk Işığında İnsan Hakları Alanındaki Bazı Kavramlar, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 7(Özel Sayı), 555-616.
- Özbudun, E., (2012). Türkiye’de Anayasa Yargısının Doğuşu: 1961 Anayasası Üzerindeki Kurucu Meclis Görüşmeleri, Liberal Düşünce Dergisi, 68(1), 5-18.
- Özbudun, E., (2014). Anayasa Yargısı ve Demokratik Meşruluk Sorunu, TBB Yay., (1. Bası), Ankara.
- Özbudun, E. (2016). Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yay., (16. Bası), Ankara.
- Selçuk, S. (1991). Anayasa Yargısı Üzerine, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 266-277.
- Tikveş, Ö. Anayasa Yargısı, Adalet Dergisi, 69(3-4), 267-279.
- Tunç, H., (2019). Anayasa Hukuku Genel Esaslar, Seçkin Yay., (2. Bası), Ankara.

Turhan, M. (2007). Anayasanın Hak Temelli Yorumu ve Anayasa Yargısı, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, 62(3), 379-404.

Turhan, M. (2018). Hans Kelsen'e Göre Anayasa Kavramı, Anayasanın Fonksiyonu ve Anayasa Yargısı, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 3(1), 203-226.

Uslu, F. (2014). Türkiye'de Anayasa Yargısının Kabul Edilişine İlişkin İki Teori, Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2(1), 49-92.

Ünver, S. (2018). Anayasası Yazılı Olmayan Ülkelerde Yasaların Üstün Normlara Uygunluğunun Yargısal Denetimi, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 6(2), 229-242.

Anayasa Mahkemesi Kararları. <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi/>