

## Etkili Bir Anayasa Yargısı İçin Şartlar: Türkiye Tecrubesinden ıkarılan Dersler \*

Zühtü Arslan\*\*

Kazakistan Anayasa Mahkemesinin Değerli Başkanı,

Saygıdeğer Başkanlar ve Üyeler,

Hanımevendiler ve Beyefendiler,

Burada sizlerle birlikte olmaktan ve siz değerli katılımcılara bu konuşmayı yapmaktan büyük memnuniyet duyduğumu belirtmek isterim.

Sayın Başkan Elvira Azimova'ya iyi organize edilmiş olan bu uluslararası konferansa nazik daveti için teşekkür ederim. Konferansın her açıdan ilgi çekici ve başarılı olacağından eminim.

Konuşmamda etkili bir anayasal denetim sisteminin gereklerine değinmek istiyorum.

Malumunuz olduğu üzere, anayasa yargısı fikri, iktidarın mutlak güce sahip olduğu durumda hak ve özgürlüklerimizin güvence altında olmadığı varsayımına dayanır. Bunun iktidar sahiplerinin ahlaki erdemleriyle hiçbir ilgisi yoktur. 2500 yıl önce yazılmış olan "Herodot Tarihi"nde de açıkça ortaya konulduğu üzere, mutlak güç "en iyi insanı bile" yozlaştırma potansiyeline sahiptir.<sup>1</sup>

İnsan toplumlarının ortaya çıkışından bu yana çözülmesi gereken temel sorun, iktidarın mutlak gücünün nasıl etkin bir şekilde sınırlandırılacağı olmuştur. Anayasacılık ve anayasa yargısı fikri, bireylerin hak ve özgürlüklerini korumak amacıyla iktidarın sınırlandırılması meselesine verilen bir tepki olarak ortaya çıkmıştır.

Günümüz anayasal demokrasilerinde yasama ve yürütme işlemlerinin anayasallık denetimine tabi tutulması gerekliliği neredeyse doğal hale gelmiştir. Esasen kanunların ve idari işlemlerin Anayasa'ya uygunluğunu denetleme yetkisine sahip yargı organları olmaksızın anayasal bir devletin inşa edilmesi mümkün görülmemektedir.

Güçlü olanı adil kılabilen hiçbir şüphesiz hukuktur. Nitekim hukukun temel işlevi, siyasi iktidarı sınırlandırarak güçle adaleti birleştirmektir. Merhum Aliya İzzetbegoviç'in ifadesiyle "siyasi iktidarın sınırlandırıldığı noktada hukuk başlar".<sup>2</sup>

Ancak, tek başına bir anayasanın varlığı, hukukun üstünlüğünü sürdürmek ve insan haklarını korumak için yeterli değildir. Zira hukuk, gücü ürettiği gibi, aynı zamanda sınırlamaktadır. Kamu

hukuku alanında önde gelen bir akademisyenin belirttiği gibi, “*Droit politique olarak anlaşıldığında, hukukun kendisi güç üreten bir fenomendir*”.<sup>3</sup>

Hiçbir kurumun varlığının tek başına kendisinden beklenen işlevlerin yerine getirileceğini garanti edemeyeceği bilinen bir husustur. Bu bağlamda, anayasa mahkemelerinin veya yüksek mahkemelerin varlığı tek başına temel hak ve özgürlüklerin korunması için yeterli değildir. Etkili ve işlevsel bir anayasa yargısı, harici ve dâhili şartların gerçekleşmesine bağlıdır. Bu şartların ikisi de anayasal düzenin kurumsal niteliğine ilişkindir.

Harici şart, anayasal sisteme *kuvvetler ayrılığı* ilkesinin hâkim olmasıdır. Bu ilke; yasama, yürütme ve yargı erklerinin farklı ellerde toplanmaması durumunda hak ve özgürlükleri korumanın imkânsız olacağı fikrine dayanmaktadır. Montesquieu, söz konu erklerin tek elde toplanması ve aynı kişi veya organ tarafından kullanılması hâlinde “*her şeyin kaybedileceği*” konusunda bizi uyarmıştır.<sup>4</sup> Bu sebeple uzun ve acı tecrübelerden sonra kuvvetler ayrılığı ilkesi modern anayasaların olmazsa olmaz unsuru hâline gelmiştir.

Etkili bir anayasa yargısının dâhili şartı ise anayasa mahkemelerinin *hak eksenli* yaklaşımı benimsemeleridir. Hak eksenli paradigmda geçen, Arapça kökenli “*hak*” kelimesinin tıpkı İngilizcedeki “*right*” kelimesi gibi çift anlamlı olduğunu belirtmek gerekir. Bilindiği gibi “*hak*” bir yandan “*adalet*”, diğer yandan da “*sahip olunan şey*” anlamında kullanılmaktadır. Bu bağlamda “*hak eksenli*” paradigma, kelimenin hem adalet hem de hak şeklindeki iki anlamıyla da *hakkın* tespiti ve teslimini gerektirmektedir.

Hak eksenli yaklaşım, özgürlüğün esas sınırlamanın istisna olduğu kabulünden hareket eder. Bu yaklaşım, temel hak ve özgürlüklerin korunmasına toplumsal ve siyasi çıkarlar karşısında belirli bir öncelik tanıyarak anayasanın özgürlükler lehine yorumlanmasını gerektirmektedir.

Nitekim, Türk Anayasa Mahkemesi de hak eksenli yaklaşımın anayasa yargısına hâkim olması gerektiğini vurgulamaktadır. Mahkemeye göre, anayasal hükümler “*çoğulcu demokrasinin korunması bağlamında ve hak eksenli şekilde yorumlandığı takdirde işlevlerini tam olarak yerine getirebilecektir*”.<sup>5</sup>

Değerli Katılımcılar,

Anayasa mahkemeleri veya yüksek mahkemelerin, davalarda hak eksenli paradigmayı benimsemeleri halinde, temel hak ve özgürlüklerin koruyucusu olarak üstlendikleri görev ve işlevleri yerine getirebilecekleri kanaatindeyim. Bu durumu, mahkememiz içtihatlarından bir örnekle açıklamak isterim.

Toplumun çoğunluğunun Müslüman olduğu Türkiye'de, üniversitelerde ve kamu dairelerinde başörtüsünün yasaklanmasının anayasaya uygunluğu konusunda yoğun bir tartışma yaşanmaktaydı. Meclis, 1988 yılında yasağı kaldırmak için bir kanun çıkarmış, ancak Anayasa Mahkemesi, Anayasa'da yer alan laiklik ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle kanun hükmünü iptal etmiştir. Mahkeme, gerekçesinde *laiklik ilkesinin özgürlüklere kısırdırılamayacağını* vurgulamıştır.<sup>6</sup>

Bu karardan neredeyse yirmi yıl sonra Mahkeme daha da ileri giderek üniversitelerde başörtüsü yasağını kaldırmak için yapılan anayasa değişikliklerini iptal etmiştir. Mahkeme, söz konusu değişikliklerin Anayasa'nın 2. maddesinde değiştirilemez bir hüküm olarak yer alan laiklik ilkesini ihlal ettiğine hükmetmiştir.<sup>7</sup>

2012 yılında bireysel başvuru mekanizmasının kabul edilmesiyle birlikte Anayasa Mahkemesi, anayasal ilkeleri, birey ve insan haklarının lehine uygulamaya başlamıştır. Bu bağlamda Mahkeme, hak eksenli yaklaşımı benimsemiş ve laikliği demokratik bir toplumdaki temel hak ve özgürlüklerle uyumlu şekilde anayasal bir ilke olarak yorumlamaya başlamıştır.

2014 yılında Mahkeme, bir avukatın başörtüsü taktığı gerekçesiyle duruşma salonundan çıkarılmasını konu alan bir başvuruyu incelemiştir. Söz konusu davada, duruşma hâkimi, avukatın başörtüsüyle duruşmaya katılmasının, Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları uyarınca laiklik ilkesine aykırı olduğunu değerlendirmiştir.

Anayasa Mahkemesi, başvuruçunun din özgürlüğüne yapılan müdahalenin Anayasa'da öngörülen "*kanunilik*" şartını karşılamadığı sonucuna varmıştır. Mahkeme, avukatların duruşma salonlarında başörtüsü takmasını yasaklayan herhangi bir yasal hüküm bulunmadığını belirtmiştir.<sup>8</sup>

Mahkeme ayrıca başvuruçunun dini inançları gereği mahkeme salonunda başörtüsü takmasının engellenmesinin makul ve objektif bir dayanağının bulunmadığını değerlendirmiştir. Dolayısıyla, başvuruçunun başörtülü olmayan avukatlara kıyasla dezavantajlı bir duruma düşürülmesi ayrımcılık yasağının ihlaline yol açmıştır.<sup>9</sup>

Bu noktada, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin, başörtüsü yasağı konusunda Sözleşmeciler Devletlere geniş bir takdir yetkisi tanıdığını belirtmeliyim. Strazburg Mahkemesi, birçok davada, Fransa ve Türkiye'deki yasakları, "*laiklik*", "*cinsiyet eşitliği*", "*bir arada yaşama*" ve "*başkalarının hak ve özgürlüklerinin*" korunması gibi çeşitli gerekçelerle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne uygun bulmuştur.<sup>10</sup>

## **Sonuç**

Sonuç olarak, ilgili mahkemelerimizin deneyimlerinden çıkarılacak pek çok önemli ders bulunmaktadır. En önemli dersin, anayasa mahkemelerinin/yüksek mahkemelerin önlerine gelen davaları karara bağlarken hak eksenli bir yaklaşım benimsemeleri gerektiği olduğunu söyleyebilirim. Bu, anayasa yargısının ana hedeflerine ulaşması için temel gerekliliktir.

Belirtmek gerekir ki, hak eksenli bir yaklaşım, özellikle mahkemelerin, bireysel hak ve özgürlükler üzerindeki yasakları tahkim etmek yerine söz konusu yasakları kaldırmasını gerektirmektedir.

Dinlediğiniz için teşekkür ederim.

**Zühtü ARSLAN**  
**Anayasa Mahkemesi Başkanı**

\* “*Anayasal Adalet: Herkes İçin Onur, Özgürlük ve Adalet*” konulu Uluslararası Konferans'ta yapılan konuşma, Astana, 7-8 Eylül 2023.

\*\* Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Başkanı.

<sup>1</sup> *The History of Herodotus (Herodot Tarihi)*, çev. G.C. Macaulay, (Lector House, 2019), Cilt 1, Kitap III, § 80.

<sup>2</sup> Alija Izetbegović, *Islam Between East and West (Doğu ve Batı Arasında İslam)*, Üçüncü Baskı, (Oak Brook: American Trust Publications, 1993), s. 239.

<sup>3</sup> Martin Loughlin, *Politik Hukukbilim: Bodin'den Modern Sonrasına*, çev. K. Turanlı, (Ankara: Fol Kitap, 2022), s. 48.

<sup>4</sup> *Charles-Louis de Secondat, Montesquieu, The Spirit of the Laws (Kanunların Ruhü Üzerine)* [1748], çev. A.M. Cohler, B.C. Miller, H.S. Stone, (Cambridge: Cambridge University Press, 1989), Kitap XI, Bölüm VI, s. 157.

<sup>5</sup> Bkz. *Ömer Faruk Gergerlioğlu* [GK], no. 2019/10634, 1/7/2021, § 133; ve ayrıca, *Ali Kuş* [GK], no. 2017/27822, 10/2/2022, § 50.

<sup>6</sup> Bkz. AYM, E.1989/1, K.1989/12, 7/3/1989.

<sup>7</sup> Bkz. AYM, E. 2008/16, K. 2008/116, 5/6/2008.

<sup>8</sup> Bkz. *Tuğba Arslan*, [GK], no. 2014/256, 25/6/2014 = TUR-2014-3-004 [CODICES], §§ 98, 99. Kadın memurun başörtüsü nedeniyle kamu görevinden çıkarılması konusunda ayrıca bkz. *B.S.*, no. 2015/8491, 18/7/2018.

<sup>9</sup> Bkz. *Tuğba Arslan*, § 153.

<sup>10</sup> Örneğin bkz. *Leyla Şahin / Türkiye* [BD], no. 44774/98, 10/10/2005, §§ 116, 122; *S.A.S. / Fransa* [BD], no. 43835/11, 1/7/2014, §§ 142, 157. Öte yandan Strazburg Mahkemesi, başörtüsü takan Müslüman bir kadının duruşma salonundan çıkarılmasının demokratik bir toplumda haklı bir gerekçesi olmadığına karar vermiştir. Mahkeme, başvuruçunun sıradan bir vatandaş olduğuna ve mahkeme salonuna başörtüsüyle girmesi şeklindeki davranışının saygısızlık teşkil etmediğine ve duruşmanın düzgün bir şekilde yürütülmesine yönelik bir tehdit oluşturmadığına veya oluşturamayacağına karar vermiştir. Bkz. *Lachiri / Belçika*, no. 3413/09, 18/9/2018, § 46.