T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
HUKUK ANABİLİM DALI
KAMU HUKUKU BİLİM DALI

ANAYASAL UYUŞMAZLIKLARDA YORUM

Doktora Tezi

Oya BOYAR

İstanbul-2008

Marmara Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü

Tez Onay Belgesi

HUKUK Anabilim Dalı KAMU HUKUKU Bilim Dalı Doktora öğrencisi OYA BOYAR nın ANAYASAL UYUŞMAZLIKLARDA YORUM adlı tez çalışması ,Enstitümüz Yönetim Kurulunun 22.05.2008 tarih ve 2008-8/25 sayılı kararıyla oluşturulan jüri tarafından oybirliği/oyçokluğu ile Doktora Tezi olarak kabul edilmiştir.

	Öğretim Üyesi Adı Soyadı	İmzası
Tez Savunma Tarihi :	23/06/2008	
1) Tez Danışmanı :	**PROF. DR. İBRAHİM KABOĞLU**	.....
2) Jüri Üyesi :	**PROF. DR. NECMİ YÜZBAŞIOĞLU**	.....
3) Jüri Üyesi :	**PROF. DR. OSMAN DOĞRU**	.....
4) Jüri Üyesi :	**DOÇ.DR.SİBEL İNCEOĞLU**	.....
5) Jüri Üyesi :	**PROF.DR.BİLLUR YALTI**	.....

T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
HUKUK ANABİLİM DALI
KAMU HUKUKU BİLİM DALI

ANAYASAL UYUŞMAZLIKLARDA YORUM

Doktora Tezi

Oya BOYAR

Tez Danışmanı : Prof. Dr. İbrahim Ö. KABOĞLU

İstanbul-2008

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER ..... İ

KISALTMALAR ..... Vİ

GİRİŞ 1

BİRİNCİ BÖLÜM: YORUM TEORİSİ 4

I. HERMENEUTİK DOKTRİN 4

A. Gadamer ve Felsefi Hermeneutik *6*

1. Gadamer'in Öncülleri 6

a. Schleiermacher'de Hermeneutik: "Anlama Sanatı" 6

b. Dilthey : Hermeneutik ve Tin Bilimleri 8

2. Gadamer'de Temel Yorum İlkeleri : Metodolojiden Ontolojiye 12

a. Heidegger 13

b. Gadamer 14

aa. Anlamın Ontolojisi 15

bb. Anlamlı Edimin Çeviri Süreci Olarak Yorum 16

cc. Yorumcu / Yorumlanan İlişkisi ve Hermeneutik Döngü 16

dd. Hukuksal Hermeneutik 17

B. Anayasal Hermeneutik *20*

1. Anayasal Hermeneutiğin Doğduğu Ortam 20

a. Formalizm : Kelsen modeli 21

b. Form ve İçerik: Hukuk Devleti 25

aa. Hukuki Yetkilendirme 28

bb. Temel Hak ve Özgürlükler 29

2. Anayasal Hermeneutiğin Unsurları 33

a. Anayasanın Normatif Gücü 34

aa. Anayasal Normların İçeriği Açısından 35

bb. Anayasal Pratik Açısından 36

b. Anayasal yorum 37

aa. Topik yaklaşım 38
bb. Somutlaştırma 42
aaa. Temel Kavramlar 43
bbb. Somutlaştırma Süreci 46
II. DWORKIN'İN YORUMLAYICI HUKUK TEORİSİ 48
A. Dworkin'in Yorum Anlayışı 50
1. Yorumlayıcı Bir Disiplin Olarak Hukuk 51
2. Hukuki Bütünlük 64
a. Uygunluk Boyutu 67
b. Değer Boyutu 68
B. Dworkin ve Anayasanın Yorumu 70
1. Siyaset Felsefesi ve Anayasal Yorum 71
2. Kurucu İktidarın Orijinal Niyeti 74
a. Kanunkoyucu, Niyet ve İnanç 75
b. Tarih ve hakkaniyet 86
III. TROPER'İN REALİST YORUM TEORİSİ 90
A. Realist Yorum Tezleri 93
1. İrade İşlemi Olarak Yorum 93
a. Yasaya Aykırı Yorum Sorunu 93
b. Kanunkoyucunun Niyeti 95
c. Bağımsız ve Objektif Anlamın Yokluğu 96
2. Yorumun Konusu 96
a. Metin 97
b. Olaylar 100
3. Yorumcunun Yetkisi 102
a. Yetkinin Temeli 102
b. Yorumcu 103
c. Yorumun Ürünleri 104
d. Yorumun Sınırları 105
B. Realist Yorum Teorisi ve Anayasa 106
1. Anayasanın Yorumcusu 107
a. Otantik Yorum Makamları 108

b. Anayasal Yorumun Kolektif Niteliği 112
2. Anayasal Yorum Metotları 113
3. Anayasal Yorum ile Yaratılan Normlar 114
IV. SENTEZ DENEMESİ 119
A. Anayasal Yorumda Meşruluk Sorunu 120
1. Anayasanın Meşruluğu 121
a. Anayasa Kavramı 121
b. Anayasanın Meşruluğu 124
aa. Yasal Meşruluk Açısından 124
bb. Sosyolojik Meşruluk Açısından 125
cc. Ahlaki Meşruluk Açısından 126
2. Anayasa Yargısının Meşruluğu 132
a. Anayasal ve Siyasal Koşulların Rolü 132
aa. Tarihsel Olaylardan Kaynaklanan Meşruluk 132
bb. Siyasal Rejimden Kaynaklanan Meşruluk 133
cc. Yargıcın Rolünden Kaynaklanan Meşruluk 134
dd. Denetim Zamanına Göre Meşruluk 135
ee. Devlet Biçiminden Kaynaklanan Meşruluk 136
ff. Anayasa Metninden ya da Kaynak Normlardan Doğan Meşruluk 137
b. İşlevsel Meşruluk 138
c. Demokrasi ve Anayasa Mahkemesi 139
aa. Demokrasinin Koruyucusu Olarak Anayasa Mahkemesi 139
bb. Demokrasiyi Gerçekleştirmenin Aracı Olarak Anayasa Mahkemesi . 141
B. Geleneksel Yorum Kanonuna Bakış 141
1. Metinsel (Gramatik) Yorum Metodu 142
2. Tarihsel Yorum Metotları 144
a. Genetik Yorum 144
b. Tarihsel Yorum 145
3. Sistematik Yorum Metodu 145
4. Amaçsal (Teleolojik) Yorum Metodu 147
C. Değerlendirme 148

İKİNCİ BÖLÜM: YORUM PRATİKLERİ 150

I. ALMANYA : HAK VE ÖDEV DENGESİ 150

A. Anayasanın Kabulü ve Temel Özellikleri *151*

1. Anayasanın Yapılması 152

a. Kurucu Meclis 152

b. Almanya'nın Birleşmesi (Deutsche Wiedervereinigung) 155

2. Anayasal Yapı 158

a. Anayasanın Temel Özellikleri 159

b. Haklar ve Ödevler 162

c. Yasama ve Yürütme İlişkileri 163

d. Federal Anayasa Mahkemesi 165

aa. Federal Anayasa Mahkemesinin Oluşumu 165

bb. Federal Anayasa Mahkemesinin İşleyişi 167

cc. Federal Anayasa Mahkemesinin Karar Çeşitleri 169

aaa. Red ve İptal Kararları 169

bbb. Uyuşmazlık Kararları 171

dd. Federal Anayasa Mahkemesi Kararlarının Etkisi 173

B. Yorum Konuları ve Yorum Metotları *174*

1. Anayasa Anlayışı 175

a. Objektif Değerler Bütünü Olarak Anayasa 177

b. Negatif ve Pozitif Haklar 183

c. Hakların Yatay Etkileri 186

d. Koruma Yükümlülüğü Teorisi 194

2. Özel Yorum İlkeleri 195

a. Temel Hakların Dengelenmesi 196

b. Pratik Uyuşum 203

c. İşlevsel Doğruluk 204

II. TÜRKİYE : KURUMLAR DENGESİ 204

A. Anayasanın Yapısı ve Özellikleri *205*

1. Anayasanın Kabulü ve Anayasa Değişiklikleri 206

a. Anayasanın Kabul Aşaması: Tepki Anayasası ve Geçiş Dönemi 206

b. Ara Dönemde Çıkarılan Kanunlar ve Geçici 15. Madde 208
c. Anayasa Değişiklikleri: Ulusal ve Uluslararası Etkiler 222
2. Kurumsal Yapı 231
a. Yasama Yürütme İlişkilerine ve Yargı Organına Genel Bakış 232
b. Anayasa Mahkemesi 258
aa. Anayasa Mahkemesinin Oluşumu 259
bb. Anayasa Mahkemesinin Görev ve Yetkileri 260
cc. Anayasa Mahkemesinin Denetim Türleri 265
aaa. Soyut Norm Denetimi 265
bbb. Somut Norm Denetimi 266
B. Yorum Sorunları ve Yorum Metotları 271
1. Yorum Faaliyetine Genel Bakış 272
a. Norm Metinlerinin Seçimi Bakımından 272
b. Yorumda Somut Olayların Yeri Bakımından 278
c. Yorumda Güvence Ölçütlerine Verilen Önem Bakımından 282
aa. 2001 Değişiklikleri Öncesi Dönem 282
bb. 2001 Değişiklikleri Sonrası Dönem 285
2. Yorum İlkeleri ve Metotları 295
a. Metinsel Yorum 295
b. Amaçsal Yorum 297
c. Tarihsel Yorum 298
d. Sistematik Yorum 299
e. Anayasa Mahkemesinin Yorumunun Bağımsızlığı 300
f. Anayasa Mahkemesi Kararlarının Gerekçelerinin Bağlayıcılığı 302
SONUÇ 307
KAYNAKÇA 311

KISALTMALAR

a.g.e.	adı geçen eser
a.g.m.	adı geçen makale
ATAD	Avrupa Topluluğu Adalet Divanı
AÜHFD	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜSBFD	Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
AYM	Anayasa Mahkemesi
AYMK	Anayasa Mahkemesi kararı
AYMKD	Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi
bkz.	bakınız
c	cilt
CC.	Conseil Constitutionnel / Anayasa Konseyi
CE	Conseil d'Etat
çev.	çeviren
dir.	sous la direction de
ed.	editör
FAYM/BverfGE	Almanya Federal Anayasa Mahkemesi / Das Bundesverfassungsgericht
İBÜY	İstanbul Bilgi Üniversitesi yayınları
I·CON	International Journal of Constitutional Law
İHAM	İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi
İHAS	İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi
İÜHFM	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
Karş.	karşılaştırınız
L.G.D.J.	Librairie générale de droit et de jurisprudence
P.U.F.	Presse universitaire de France
s.	sayfa
sy.	sayı
vd.	ve devamı
Vol.	Volume
YHGK	Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

Önemli Not: 2709 sayılı 1982 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası maddelerinde, fıkra numarasını gösteren sayılar, izleme kolaylığı sağlaması için, tarafımızca konulmuştur.

GİRİŞ

Yargının temel işlevi, öteden beri, uyuşmazlıkları çözmek olmuştur. Retorik dönemde bu işlev, ikna gücü yüksek hatiplerin, somut olayları yorumlamaları ile belirginleşmiştir. Bu anlamda, anılan dönemde kendini iyi ifade etmek ve ikna konusunda yetenekli olmak, kararın verilmesinde de belirleyici olmak demekti. Sonraki dönemde, kutsal metinlerin yorumlanması, patristik ve skolastik yorumun gelişimi ise daha çok, günlük olayların belli bir ilahi güç ekseninden yorumlanmasına tanıklık edecektir. Daha sonra modernizm ile birlikte, yorum da rasyonelleşmeye başlayacaktır. Bütün bu dönemlerde hukukun ne olduğu, yorum mekanizması yolu ile kendisini gösterecektir. Ancak bizim açımızdan konunun önemi, Anayasa yargısı özelinde kendisini göstermektedir. Yorum tarihine göz atmak için, Antik döneme kadar uzanabilsek de, Anayasanın yorumlanması sözkonusu olduğunda başlangıç noktasını çok sonraki bir dönemden -Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesinin ünlü birkaç kararı dışında- 20. yüzyıldan başlatmamız gerekecektir.

Hukuk tarihinde ve felsefesinde yorum konusu öteden beri tartışılıyor olmasına rağmen, anayasal yorum alanında Kıta Avrupasındaki çalışmalar, genellikle 2. Dünya Savaşı sonrasına tekabül eder. Bu dönemden sonra, anayasa metinlerinin yorumunun, diğer hukuk dallarına göre bazı özellikler gösterdiği ve göstermesi gerektiği anlaşılmıştır. Anayasal uyuşmazlıklarda yorumu, diğer hukuk dallarından farklı kılan nedir? Anayasal demokrasilerde yargıçlar kararlarında hangi teknikleri kullanırlar? Bütün Anayasa hükümleri, aynı şekilde mi yorumlanır?

Bu sorulara verilecek yanıtlar, anayasal demokrasilerdeki belli başlı yorum teorilerini incelememizi gerektirmektedir. İncelememizde özellikle üç teori ele alınacaktır.

Bunlardan ilki, Almanya kökenli “hermeneutik doktrin”dir. Hermeneutik doktrine yönelik inceleme, bir yandan yorumun anayasaya özgü niteliklerini kavramak; diğer yandan, anayasaya normatif gücünün nasıl verildiğini görmek anlamında işlevseldir.

Ele alacağımız ikinci teori, belki de yorum denilince ilk akla gelen isimlerin başında gelen Ronald Dworkin'in, "yorumlayıcı hukuk teorisi"dir. Farklı bir hukuk sisteminde ortaya çıkmış bu teori, hermeneutik doktrin ile büyük benzerlikler taşır. Ancak, yine de aralarında farklar bulunmaktadır. Dworkin'in yorumlayıcı hukuk teorisi, yorum konusunda esas olarak, hukuki istikrar ve kararın rasyonelliği arasındaki dengeyi bulma çabasını yansıtır.

Michel Troper'in realist yorum teorisi ise, realist yorumun aşırı bir örneğini oluşturduğu için, özellikle anılmalı; kendisinin yorumcuya, yoruma ve metne verdiği anlam değerlendirilmelidir. Troper'in teorisi, siyasal ve sosyal konjonktürün yorum üzerindeki etkilerini en açık biçimde göstermesi anlamında incelenmeyi gerektirmiştir.

Yorum teorilerinin karşılaştırılması ve uygun olan teorinin seçilmesi, belli bir anayasa teorisinden hareketle mümkündür. Ayrıca yorum teorilerinin klasik yorum metotlarına verdikleri önem derecesi birbirinden farklıdır. Bu nedenle, birinci bölümde sentez başlığı altında yapılan çalışma, anayasal bir demokraside sahip olunması gereken anayasa nosyonunu ve yorum metotlarına verilen yeri inceleme üzerine kurgulanmıştır.

Anayasa Hukukunun yapısından kaynaklanan özelliklerle, bu dala özgü yorum, yeniden tanımlandıktan sonra, karşımıza çıkan ikinci sorun şudur: Bu ilkeler ne ölçüde pratiğe uygulanmaya elverişlidir? Mevcut yorum modelleri, Anayasanın hem mahkemelerce, hem de bu metinle bağlı olan herkesçe etkili ve günümüz gereklerine uygun bir biçimde yorumlanmasına hizmet ediyor mu? Bazı yorum modelleri, kurucu iktidarın iradesini, bazıları ise metinleri ön plana alırlar. Ülkelerin anayasal yoruma ilişkin hem bazı ortak paydalara, hem de ciddi farklılıklara sahip oldukları görülür. Ortak paydalar, insan hakları alanına ilişkindir. Tarihi ve kültürel farklılıklar ise, Devlet organlarının düzenlenmesine ilişkin alanda kendisini gösterir. Yorum yöntemleri, tarihin belli aşamalarına göre farklılık göstermiştir. Bu modeller kısmen birbirinden etkilenerek gelişmiş olsalar bile, hepsinin ortak özelliği yaşanılan toplumun tarihini, özelliklerini ve kültürlerini yansıtmalarıdır. Bu kapsamda Türkiye'nin konumunu belirlemek, incelememiz açısından hayati öneme sahiptir. Ancak bu "konumlandırma" işlemi, zorunlu olarak bir karşılaştırmayı gerektirir. Ülkemizin yorum pratiklerini karşılaştırmak için Almanya örneğini seçtik. İncelememizde, anayasal pratikler

açısından, Almanya örneğinin seçilmesinin üç ayrı sebebi vardır: *Bu sebeplerden ilki*, Almanya ile ülkemizin aynı hukuk sistemi içerisinde yer almasıdır. Zira yorum faaliyeti, farklı hukuk sistemlerine göre ciddi ayrışmalar gösterir. Buna göre, karşılaştırmada benzer hukuk sisteminden olan bir ülkenin seçilmesini uygun bulduk. *İkinci sebep*, Almanya'da, Federal Anayasa Mahkemesi ve doktrinin yorum yöntemleri konusunda oldukça önemli örnekler vermiş olmaları ve yeni yorum ilkelerini hukuki literatüre kazandırmış bulunmalarıdır. *Son olarak*, Almanya, bizim anayasal sistemimizde olduğu gibi, esas itibarıyla "sonradan denetimi" benimsemiş bir ülkedir.

Belki de anayasal yorumu "zor" kılan husus, ilintili olduğu alandır: Bir yandan hak ve özgürlüklerin, diğer yandan da devlet organlarının düzenlendiği bir alana ilişkin uyuşmazlıklar zorunlu olarak siyasal sonuçlar doğurur. Ve yine doğal biçimde, bütün yorumcuların siyasal alana ilişkin bazı fikirleri vardır. Buradaki temel problem ise şudur: Bütün bu siyasi ve psikolojik referanslara rağmen, yorumcunun, bir yandan kararını nesnel biçimde vermesini, diğer yandan da varılan sonucun anayasal demokrasi ilkelerine uygun olmasını sağlayan bir mekanizma oluşturmak mümkün müdür? İncelememizin bütününde, yorum alanında mevcut teori ve pratiklerden yola çıkılarak bu soruya yanıt aranmaktadır.

Kuşkusuz bu soruya verilecek yanıt, sadece anayasa yargıcını değil; bütün yargıçları ilgilendirir. Zira anayasa aykırılık çoğu zaman somut olaylar vesilesiyle ortaya çıkar. Bu anlamda dava yargıcı, somut olayın çözümünde esas aldığı hükümleri mümkün olduğunca anayasaya uygun yorumlamak durumundadır. Bu nedenle incelememizde anayasa yargısında yorum yerine, anayasal uyuşmazlıklarda yorum ifadesi tercih edilmiştir. Anayasal uyuşmazlık, alt düzeyde yer alan normların anayasaya aykırılığına dair uyuşmazlıkların ve bunları çözmeye yönelik usullerin bütünü olarak tanımlanır[1]. Bu anlamda anayasal uyuşmazlıklarda yorum, sadece anayasallık denetimiyle yetkili kılınmış mahkemelerin değil; diğer mahkemelerin de uygulaması gereken yorum ilkelerini içerir.

[1] **Guillaume Drago**, *Contentieux constitutionnel français*, 2 éd., PUF, Paris 2007, s. 17.

BİRİNCİ BÖLÜM: YORUM TEORİSİ

Yorum teorileri hukuk metodolojisinin en tartışmalı alanlarından biridir. Yorum konusunun bu kadar tartışmalı olmasının sebebi, hareket edilen yorum teorisine göre yargı kararlarının sonucunun değişebilmesidir. Yorum konusundaki bu tartışmaların en çarpıcı yaşandığı alanların başında ise Anayasa Hukuku gelmektedir. Gerçekten de Anayasa Hukukunun ve özel olarak da anayasa yargısının konusunu toplumun bütününü ilgilendiren siyasal ve sosyal düzenlemeler oluşturduğundan ve bu alanda verilen kararlar, siyasal alanda doğrudan sonuç doğurduğundan, yorum konusu özellikle önemli hale gelir. İşte bu nedenle yorum teorilerinin, anayasa hukukunda diğer hukuk dallarından farklı, özel bir biçim aldığını görüyoruz. Bu bölümde, anayasal demokrasilerde yaygın olarak kabul gören yorum teorilerini incelemeye çalışacağız.

I. HERMENEUTİK DOKTRİN

"Hermeneutik", yorum felsefesinin, eski Yunanca'da "dile getirme" "açıklama" "yorumlama" "çevirme" gibi anlamlar taşıyan *hermeneuein* sanatından türemiş olan adıdır. Tanrıların elçisi Hermes, tanrıların mesajlarını ölümlülere iletir. Ancak Hermes'in ilettikleri hiç de tanrıların mesajlarının düpedüz anlatımından ibaret değildir; O, aynı zamanda Tanrıların neleri emrettiklerini de açıklar ve bu şekilde ölümlülere yol gösterir. Hermeneutik etkinliği, daima, başka bir dünyaya ait anlam bağlamını o an içinde yaşanan dünyaya aktarma etkinliği olmuştur[2]. Her zaman iki dünya mevcuttur, metnin dünyası ve okuyanın dünyası; buna bağlı olarak, birisini diğerine tercüme etmesi için de Hermes'e ihtiyaç vardır[3]. Yine geç Yunanca'da "hermeneuia" sözcüğü, "bilgece

[2] **Hans-Georg Gadamer**, "Hermeneutik" in *Hermeneutik Üzerine Yazılar* (çev:Doğan Özlem), İnkılap Yay., İstanbul 2003, s. 13.

[3] **Richard E. Palmer**, *Hermenötik*, Anka Yay., 2. bası, İstanbul, 2003, s. 62.

açıklama" anlamında kullanılır. "Hermeneios ise "açıklayan", "çeviren" olarak geçer[4]. Hermeneutik kavramının bu ilk kullanım şekillerine karşılık, günümüzde daha genel bir anlam kazandığı söylenebilir. Yerleşik felsefe dilinde hermeneutik, kutsal kitaplar, şiirler, felsefe metinleri [ve tabiidir ki hukuk metinleri] gibi ilk bakışta kavranması güç olan, çok okumalı metinlerin en iyi şekilde yorumlanmaları amacıyla geliştirilmiş kuramlar, yöntemler ve yaklaşımlar bütünü olarak tanımlanır[5]. Hermeneutik, zamanla büyük bir evrim geçirerek, genel olarak "anlamanın" özel olarak da "yorumlamanın" iyileştirilmesine yönelik çabaları kapsamına almıştır.

Hermeneutik teori, yorum açısından, teoloji, sanat, filoloji gibi pek çok alana ilişkin felsefi temel sağlamaktadır. Bizim buradaki amacımız ise, hermeneutiğin problematiğimizi oluşturan anayasal sorunlar için sağlayabileceği açılımlarını görmektir. Bu nedenle incelememizde teorinin bu yönü üzerine yoğunlaşılacaktır. Hermeneutiğin hukuk alanındaki uygulamaları konusunda, ciddi bir kavram bolluğu bulunmaktadır. Gerçekten de "*hermeneutik hukuk teorisi*", "*hukuki hermeneutik*", "*hermeneutik metodoloji*" ya da "*içtihadi hermeneutik*" gibi kavramlar kullanılagelmektedir[6]. Bizim ise daha çok "anayasal hermeneutik"ten bahsetmemiz gerekmektedir.

Hermeneutik teorisinin incelenmesinde, kural olarak, klasik hermeneutik ile çağdaş hermeneutik birbirinden ayırdedilir. Çağdaş hermeneutik Gadamer'le ifadesini bulmuştur (A). Ancak, Gadamer'in temel esaslarını sistematik olarak ortaya koyduğu çağdaş hermeneutik, anayasa hukukuna, 2. Dünya Savaşından sonra gelişen hukuk devleti anlayışı doğrultusunda yansımıştır. Bu anlamda hukukçular, bir yandan, somut olaylardan yola çıkarak yorum faaliyetine yön vermişler; bir yandan da uygulamada karışıklığa sebep olmamak için, hukuki güvenlik ilkesinin sağlanması adına belli bir anayasa teorisi temelinde kavramları anlamlandırmaya çalışmışlardır (B).

---

[4] **Gadamer**, a.g.m., s. 14.

[5] **Abdülbaki Güçlü/ Erkan Uzun/Serkan Uzun/ Ümit Hüsrev Yolsal**, *Felsefe Sözlüğü*, Bilim ve Sanat Yay., 2 bası, Ankara 2003 , "yorumbilgisi başlığı", s. 1613.

[6] **Gustavo Just**, *L'interpréter les théories de l'interprétation*, Harmattan, Paris 2005, s. 61.

A. Gadamer ve Felsefi Hermeneutik

Gadamer'in hermeneutik teorideki yerini kavramak, büyük oranda onun öncüllerinden farkını belirlemek ile mümkündür (1). Filozofun üzerinde durduğu temel kavramlar ise (2), bir yandan diğer düşünürlerce çok ilerilere taşınmış; diğer yandan da çok eleştirilmiştir.

1. Gadamer'in Öncülleri

Gadamer öncesi hermeneutik, metodoloji prensiplerinin genel bütünlüğü içerisinde değerlendiriliyordu. Bu noktada hermeneutiği bağımsız bir araştırma alanı kimliğine kavuşturan Friedrich Schleiermacher (1768-1834) ile, sözkonusu teorinin toplumbilimleri ile ilişkisini kuran Wilhelm Dilthey (1833-1911) özellikle anılmalıdır. Ancak, gerek Schleiermacher, gerekse Dilthey somut olaylardan bağımsız olan bir anlamın mevcudiyeti fikrini korumaktadırlar. Ancak, Gadamer, yorum faaliyetini Heidegger'in de etkisiyle ontolojik olarak ele alacaktır.

a. Schleiermacher'de Hermeneutik: "Anlama Sanatı"

Schleiermacher, anlama sanatı olarak genel bir hermeneutiğin sınırlarını belirlemeye çalışmıştır. Filozofa göre, bu sanat, incelenen metin hangi alana ilişkin olursa olsun, özde aynı kalmaktadır[7]. Bu genel hermeneutiğin hazırlanması, bilimsel değeri olmayan özel hermeneutiklerin Kantçı anlamda eleştirisine de izin verdiğinden ayrıca bir önem taşımaktadır[8]. Disiplinler arası tek bir yorum metodu geliştirme arayışındaki Schleiermacher'e göre, ayrı disiplinlere ait metinler arasında farklılıklar bulunur; ancak tüm bu farklılıkların altında daha köklü bir birliktelik vardır: *Dil*. Metinler bir dil içerisindedirler, bundan dolayı bir cümlenin anlamını bulmak için gramer kullanılır. Eğer dili anlamaya ilişkin tüm kurallar formüle edilmiş olsaydı, bu genel hermeneutiği de içerisine alırdı. Böyle bir hermeneutik, diğer özel hermeneutikler

[7] **Palmer**, *Hermenötik*, a.g.e., s. 121.

[8] **Benoît Frydman**, *Le sens des lois*, Bruylant/L.G.D.J., Bruxelles 2005, s. 358.

için temel nüve olarak hizmet edebilirdi[9]. Ancak bu tür bir genel hermeneutik henüz kurulamamıştır; onun yerine özel hermeneutikler vardır.

Schleiermacher hermeneutiğin açıklama değil; anlama sanatı olduğu fikrinden hareket eder. Bu noktada temel sorun şu olarak karşımıza çıkmaktadır: Yazılı ya da sözlü tüm ifadeler nasıl anlaşılıyor[10]? Anlama, bir diyaloğun parçasıdır. Bir diyalogda, kendisindeki manayı ifade edebilecek bir cümle kuran konuşmacı ile dinleyici bulunur. Dinleyen kişi, konuşmacının sözlerinden hareketle, bunların anlamını kavrar. Bu tarihi anlama süreci, hermeneutiksel süreçtir. Bir sanat olarak anlama, metin yazarının zihinsel sürecini yeniden tecrübe etmektir[11]. Yorumlama faaliyeti yazmanın yeniden ele alınışıdır; zira burada tamamlanmış bir ifadeden başlanıyor ve metnin açığa çıktığı zihni yaşantıya geri dönülüyor. Bu anlamda yorum, gramatik ve psikolojik iki aşamadan oluşuyor. Psikolojik aşama, fikirlerin doğuşuna ilişkindir. Gramatik aşama ise belli bir düşünce ya da açıklama iradesi ile metin arasındaki ilişkiyi konu edinir[12]. Dolayısıyla, psikolojik yorumda, yaşam unsurlarının bütününden yola çıkılarak bir düşüncenin doğuşunun incelenmesi; gramatik ya da teknik yorumda ise düşünce ile metin arasında arabuluculuk yapma işi sözkonusudur. Psikolojik yorum, ani fikirlerin ve metinle eşzamanlı düşüncelerin anlaşılmasından ibarettir. İşte metnin ötesindeki anlama ağırlık verilmesi gerektiğinde, hukukçuyu ilgilendiren de tam olarak bu ikinci yöndür : Schleiermacher'in yorumcusu, "*yazarın metni yaratırken bilincinde olmadığı şeyleri de bilince çıkarır*"[13].

Yöntem konusunda ise, filozof düşüncesini *hermeneutik döngü* üzerinde temellendirmiştir. Buna göre, metnin herhangibir yerinde geçen belli bir sözcüğün anlamı, içinde geçtiği tümceden ya da bağlamdan ayrı olarak bilinemez; metnin

---

[9] **Palmer**, *Hermenötik*, a.g.e., s. 121.

[10] **Palmer**, *Hermenötik*, a.g.e., s. 123.

[11] **Palmer**, *Hermenötik*, a.g.e., s. 124.

[12] **Frydman**, *Le sens des lois*, a.g.e., s. 379, note 352.

[13] **Mithat Sancar**, *Temel Hakların Yorumu*, yayınlanmamış doktora tezi, A.Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 1995.

bütününün anlamı ise ancak o metnin içinde yer alan her bir sözcüğün anlamının bilinmesi ile mümkündür. Kısacası, Schleiermacher'in hermeneutik anlayışı uyarınca,

- yorum, gramatik ve psikolojik olmak üzere iki aşamadan oluşur. Psikolojik yorum, fikirlerin doğuşuna; gramatik yorum ise bunların metinle olan ilişkilerine ya da metin üzerine ne şekilde yansıdıklarına ilişkindir,
- metnin anlaşılması için metnin yazıldığı kültürün de anlaşılması gerekir,
- anlama konusunda hermeneutik bir döngü vardır,
- düşünce ve bunun dile getirilişi eşzamanlıdır.

b. Dilthey : Hermeneutik ve Tin Bilimleri

Dilthey[14] ise, Schleiermacher'in yarattığı bu temel üzerinde, doğa bilimleri ve tin bilimleri ayrımına gitmiş ve hermeneutik içerisinde tüm tarihsel ve toplumsal gerçekliği kendisine konu edinen bilimlere ait ifadelerin yorumunu kapsayan bir yapı oluşturma gayretine girmiştir[15]:

> "Tarihsel / toplumsal gerçekliği konu alan bilimlerin tümü, bu yapıtta "tin bilimleri" adı altında toplanmışlardır. 'Tin bilimi' kavramı, bu bilimleri bir bütün olarak kurma olanağı sağlar; bu bütünün doğa bilimi karşısındaki sınırları,

[14] Gadamer, Dilthey'i şu şekilde anlatır: "Dilthey, kendi pozisyonuna, tarihsel dünyayı kavrama tarzını, idealizmin aynı dünyayı kavrama tarzına karşıtlık içinde, bir epistemolojik problem olarak görmekle sahip olur. Dilthey, Schleiermacher'in biyografıdır, romantik anlama kuramı zemininde hermeneutiğin ortaya çıkışına ve neliğine yönelik tarihsel soruşturmayı yapan kişidir ve Batı metafiziğinin tarihini yazmış olan tarihçidir", Gadamer'in Dilthey değerlendirme ve eleştirisi için, bkz. **Gadamer**, "Dilthey'in Tarihselliğin Güçlüklerinde Dolanışı" in *Hermeneutik Üzerine Yazılar* (çev:Doğan Özlem), İnkılap yay., İstanbul 2003, s. 171.

[15] "O dönemde Almanya'da tarih biliminin ilerlemesi doğa biliminden aşağı kalmıyordu. Ancak bu yeni bilimde eksik olan (...) bilgi kuramıydı. Örneğin Kant'ın doğa bilimi temeli üzerinde yazdığı 'bilgi kuramı' düzeyinde bir bilgi kuramı idi eksik olan. İşte Dilthey'in istediği bu kültür bilimleri için özel bir 'tarihsel aklın eleştirisi'ni yazmaktı. Böylece kültür bilimlerinin –tinsel bilimlerin– bilgi kuramının yaratıcısı oldu (...). Bu bilimlerin doğa bilimlerinden bağımsız bir konusu olduğunu kanıtladı böylece". Bkz. B. Akarsu, Çağdaş Felsefe, İstanbul 1979, ss. 50-51'den aktaran **Aydın Uğur**, "Hermeneutik: Eski Bir Yorum Yönteminin Yeniden Gündeme Gelişi ve Hukuk Alanına Uygulanması", in *AÜSBFD.*, c. 38, 1983, s. 184.

en sonunda ancak yine bu bilimlerin ortaya koydukları yapıtlar içerisinde aydınlatılıp temellendirilebilir. (...) Sözcük anlamıyla 'bilimden', kendilerinden hareketle kavramların oluşturulduğu bir ilkeler topluluğu anlaşılır ki, bu kavramlar gerçekten de bu ilkelere göre tamamen belirlenmiş haldedirler. Bu ilkeler, tüm düşünsel ilişkiler bağlamı için sabit ve genel-geçerlidirler ve parçaları bir bütüne bağlamaya aracılık ederler. Çünkü gerçekliğe ilişkin bir şey ya bu parçaların birbirine bağlanması yoluyla bir bütünlük halinde düşünülür ya da insani etkinliklerin bir alanı bu etkinliklerce düzenlenir. Bu yüzden biz 'bilim' teriminden bir tinsel olgular topluluğunu anlıyoruz. Çünkü bilgide de, eylemde de, bu ilkeler topluluğu hep önde bulunur ve bilim denince bu ilkeler topluluğu ve bunlar sayesinde kurulmuş bir şey anlaşılır. (...) Bilimin de imkanını sağlayan bu tinsel olgular, insanlık içerisinde tarihsel olarak gelişmiş şeylerdir ve insan, tarih ve toplumbilimlerinin konusu olan tinsel dünya, herşeyden önce, üzerinde hakimiyet kurmak istediğimiz bir gerçeklik (doğa) değil; tam tersine kavramayı (anlamayı) dilediğimiz bir gerçeklik halindedir"[16]. "Anlama tin bilimleri için temel bir yöntem olduğu kadar, bu bilimlerin başvurduğu diğer tüm işlemler için de temel yöntemdir. Nasıl ki doğa bilimlerinde tüm yasa bilgisi ancak deneylerde ve içkin kurallarda verili olduğu haliyle ölçme ve sayma yoluyla doğrulanabiliyorsa; tin bilimlerinde de her soyut ilke, ancak, en nihayet bu ilkenin yaşantıda ve anlamada verili olduğu haliyle ruhsal yaşamla ilişkisi aracılığıyla doğrulanabilir"[17].

Dilthey, buradan da doğa bilimlerinin *açıklama yapma*; toplum bilimlerinin ise *anlama* amacına yönelik olduğu sonucuna varır[18]. Bu anlamda tin bilimleri, "insana dair bir sözü olmayan fenomen veya olaylarla değil; insanın içsel sürecine, onun dahili

[16] **Wilhelm Dilthey**, "Tin Bilimlerine Giriş" in *Hermeneutik ve Tin Bilimleri*, (çev: Doğan Özlem, Paradigma yay., İstanbul, 1999, ss. 25-26.

[17] **Dilthey**, "Hermeneutiğin Doğuşu" in *Hermeneutik ve Tin Bilimleri*, a.g.e., s. 111.

[18] "*Die natur erklären wir, das seelenbehen verstehen wir* (Bilim tabiatı açıklar, beşeri çalışmalar ise hayata dair ifadeleri anlar)**"** in **Palmer**, *Hermenötik*, a.g.e., ss. 154.

tecrübesine ışık tuttuğu zaman anlam kazanan olay veya fenomenlerle ilgilenir"[19].

Anılan ayrım yararlı olmasına rağmen, doğa bilimleri ve tin bilimleri arasında hermeneutik açısından hiçbir etkileşimin olmadığını söylemek uygun değildir. Umberto Eco bu durumu şöyle ifade etmektedir:

> "Günümüz tarih yazıcılığı bize, hermetik çizgiyi bilimsel çizgiden ya da Paracelsus'u Galileo'dan ayırmanın olanaksız olduğunu göstermektedir. Hermetik bilgi, Francis Bacon'u, Kopernik'i, Kepler'i ve Newton'u etkilemiştir ve modern nicelik bilimi başka şeylerin yanı sıra hermenizmin niteliksel bilgisiyle diyalog içinde doğmuştur. Son çözümlemede, hermetik model, Yunan rasyonalizminin betimlediği evren düzeninin yıkılabileceğini; evrende insanın doğayı etkilemesini, onun akışını değiştirmesini sağlayacak yeni bağlantılarla yeni ilişkiler keşfetmenin mümkün olduğunu öne sürüyordu. Ancak bu etki, dünyanın nitel bir mantıkla değil, nicel bir mantıkla betimlenmesi gerektiği kanısıyla kaynaşmıştır. Böylece hermetik model, paradoksal olarak yeni hasmının, modern bilim rasyonalizminin doğuşuna katkıda bulunur. (...) Paul Valéry'nin dile getirdiği şu fikir, hermetik bir fikirdir: *Il n'y pas de vrai sens d'un texte (Bir metnin doğru tek bir anlamı yoktur)*"[20].

Dilthey, anlamanın iki türü olduğunu söyler: Bir yanda herhangi bir söz, eylem ya da korkunun dışavurumu gibi en yalın anlatımların anlaşılması sözkonusudur. Bu ilk halde anlama, hiçbir çıkarıma gerek duyulmaksızın dolaysız bir biçimde gerçekleşir. Diğer yanda ise, yaşamın bir bölümünün ya da büyük sanat eserlerinin kavranmasına yönelik "daha üst anlama biçimleri" bulunmaktadır[21].

Dilthey, temel anlama ve üst düzey anlamaya yönelik belirlemelerin insanın

---

[19] **Palmer**, *Hermenötik*, a.g.e., ss. 143-144.

[20] **Umberto Eco**, *Yorum ve Aşırı Yorum*, Can Yay., (çev. Kemal Atakay), 3. bası, İstanbul 2003, ss. 44-45.

[21] **Güçlü/ E. Uzun/S. Uzun/ Yolsal**, *Felsefe Sözlüğü*, a.g.e., s. 1616. Dilthey'de temel anlama ile yüksek anlama arasındaki farka dair bkz. **Otto Friedrich Bollnow**, "İfade ve Anlama" in *Hermeneutik Üzerine Yazılar*, (çev:Doğan Özlem), İnkılap Yay., İstanbul 2003, ss. 95-136.

kendisini anlaması için de geçerli olduğunu belirtir. O'na göre kişinin kendisini anlamaya yönelik üst düzey sorular sormaya başlaması, aslında kendi bireyselliğini ötekilerden ayırdetmenin yollarını aramasına ilişkindir. Bu ayırdetme işlemi ise kişinin tarihselliğinden yola çıkılarak gerçekleşir. İnsan tarihsel bir varlıktır. Tarihsellik ise iki anlama gelir:

> "İlk olarak, insan kendisini içe bakış yoluyla değil, hayatı nesnelleştirmek suretiyle anlar. İnsanın ne olduğunu tarih ona söyleyebilir. (..) İnsan ne olduğunu ve ne istediğini tüm ayrıntısıyla olmasa da kendi varlığının yüzyıllar boyunca gelişimi içerisinde tecrübe edebilir. Bu [anlama] hiçbir zaman nesnel düşünceler içerisinde değil; kendi varlığının derinliklerinden çıkıp gelen yaşayan deneyim kapsamında gerçekleşir. (...) kişinin kendisini anlaması doğrudan değil; dolaylı bir biçimde gerçekleşir. Bu anlayış, geçmiş dönemlerde oluşturulmuş ifadeler arasından hermeneutiksel bir dönüş yapmalıdır. Bu itibarla da zorunlu olarak tarihseldir (...). İkinci olarak, insanın ne olacağı konusu onun vereceği tarihsel kararları beklemektedir. Yeni bitmiş bir geminin dümencisi olmaktan ziyade o geminin mühendisi durumundadır. İnsanoğlu kendi özünü değiştirme gücüne sahip olduğuna göre, onun kendi yaşantısını değiştirme hürriyetine de sahip olduğu söylenebilir; o gerçek ve asli yaratma gücüne sahiptir"[22].

Dilthey'e göre de anlama hermeneutiksel döngü kuralları çerçevesinde gerçekleşir. Bir bütünün belli bir parçasının taşıdığı anlam, temel anlama yoluyla kavranırken, parçaların düzenli birlikteliğinden kaynaklanan bütünün anlamı daha yüksek bir anlama etkinliği ile kavranır. Bütünün anlamı, ayrı ayrı parçaların anlamlarından derlenmiştir. Bir olay ya da deneyim hayatımızı öylesine etkiler ki, önceden anlamlı gelen şeyler, anlamsız hale dönüşür ve geriye bakınca önemsiz gibi görünen şeyler önem kazanır. Bütünün anlamı, parçaların anlamını belirler.

Anlam tarihseldir ve belirli bir noktada, belirli bir zamanda birleşen parçaların

[22] **Palmer**, *Hermenötik*, a.g.e., ss. 158-159.

bütünle olan ilişkisine verilen addır[23].

Kişi, hermeneutiksel döngünün bir parçası olarak kendi ufku içerisinde anladığına göre, herhangibir şeyin bağlamsız anlaşılması mümkün değildir. İnsan, kendi deneyimleri doğrultusunda anlar.

Yine Dilthey'in kendi tanımına göre, hermeneutik bilmi, "*yazılı yapıtların yorum sanatı bilgisidir*"[24].

Özetle Dilthey, Schleiermacher'in açmış olduğu yoldan ilerleyerek hermeneutik düşüncesini şu şekilde oluşturmuştur:

- Doğa bilimleri, tin bilimleri ayrımından hareket ederek, hermeneutiğin alanını tüm tin bilimlerine yaymıştır.
- Anlama tin bilimleri için temel yöntemdir.
- Schleiermacher'deki psikolojik yaklaşımı, tarihsel yaklaşım yönüne çevirmiştir.
- Anlam tarihseldir ve anlama eylemi belirli bir tarihsel bağlamdan yola çıkılarak gerçekleşir.

2. Gadamer'de Temel Yorum İlkeleri : Metodolojiden Ontolojiye

Hans-Georg Gadamer (1900-2002) *Doğruluk ve Yöntem* (Wahrheit und Methode/1960) isimli başyapıtı ile günümüzde hakim olan felsefi hermeneutik kuramını oluşturmuştur. Gadamer bu şekilde, hermeneutik kavramını sosyal bilimler için yardımcı bir disiplin olmaktan çıkarmış ve onu insandaki ontolojik bir süreç olarak değerlendirmiştir. Gadamer'in hermeneutiğe kazandırdığı bu boyutun metodoloji açısından öncülleri Schleiermacher ve Dilthey ise, ontolojik temelini de Heidegger oluşturmaktadır.

---

[23] **Palmer**, *Hermenötik*, a.g.e., ss. 161. (*italikler bize ait*)

[24] Akarsu, Çağdaş Felsefe'den aktaran **Uğur**, "Hermeneutik: Eski Bir Yorum Yönteminin Yeniden Gündeme Gelişi ve Hukuk Alanına Uygulanması", a.g.m., s. 185.

a. Heidegger

Martin Heidegger (1889-1976) hermeneutiği anlama teorisi olarak kabul etmekle birlikte, bu kavramı, başyapıtı olan *Varlık ve Zaman*'da (Sein und Zeit) ontolojik olarak tanımlamıştır. Filozof, anılan kitapta ileri sürdüğü felsefeyi, insan varlığını (Dasein) sistematik bir biçimde bütün yönleriyle kavramayı amaçlayan "temel ontoloji" olarak adlandırmaktadır. Heidegger varolan herhangibir şey ile, Varlık arasında ayrım yapar. Zira, Varlık'la, bir varlığı varlık yapan, onun nasıl öyle olduğunu tanımlayan, hep olduğu gibi olmasını sağlayan anlaşılır. Bu anlamda, insanın varlık olmaktalığını öteki varlıklardan ayıran, varlık olmaktalığına değin varoluşsal farkındalığıdır. Heidegger, Dasein'in en belirgin niteliğinin "zamansallık"(temporalité) olduğunu belirtir. Burada "zamansallıkla" anlatılmak istenen kronolojik bir nitelik değil; varoluşun kendine özgü zamansallığıdır. İnsan varlığı tamamlanmış değil, oluş içindedir. Dasein geleceğe doğru yönelir: zamansallıkla anlaşılması gereken de budur: Dasein, kendi ölümüne yönelmiştir. İnsan varlığının en son olanağı, yaşamındaki bütün olanakların hepsini birden sona erdiren ölümdür. Heidegger'in düşüncesinde ölümlü olduğunu bilmek, kişinin kendisini bilmesine karşılık gelmektedir[25].

Felsefesini bu temel üzerine oturtan Heidegger, anlamayı, kişinin içerisinde yaşadığı dünya bağlamında, oluş için sahip olduğu imkanları kavrama gücü[26] olarak tanımlar. Buna göre, anlama, elde edilen bir şey değil; dünyada oluş olgusunun ayrılmaz bir parçasıdır. Anlama, tüm yorumlar için temeldir; bir kişinin varlığı kadar orijinaldir ve her yorumlama fiilinde mevcuttur. Dolayısıyla, anlama ontolojik açıdan aslidir ve her türlü oluş eyleminden öncedir. Anlama, halihazırda yorumlanmış ilişkiler, yani ilişkisel bir bütünün içerisinde kendisini gösterir[27]. Dünya ve anlama Dasein'in varlığının

---

[25] **Güçlü/ E. Uzun/S. Uzun/ Yolsal**, *Felsefe Sözlüğü*, a.g.e., s. 659.

[26] **Palmer**, *Hermenötik*, a.g.e., ss. 177. Ayrıca bkz. **Uğur**, "Hermeneutik: Eski Bir Yorum Yönteminin Yeniden Gündeme Gelişi ve Hukuk Alanına Uygulanması", a.g.m., s. 187: "(...) *anlama Heidegger felsefesinde anlama anlamına gelmez de önde bulunan (Vorstehen) yöneten anlamına gelir; anlamak, tanımak bilmek (Kennen) anlamına gelmez de yapabilmek (Können) anlamına gelir. Bir kimse yapabildiği işi anlar. Varoluş (Existenz) da bir yapabilmedir (Können). Varlığın kendi olanaklarını tasarlayabilen, yaratabilen ve gerçekleştirebilen kimse bununla 'anladığını' gösterir*".

[27] **Palmer**, *Hermenötik*, a.g.e., s. 177.

ontolojik yapısında mevcut olan ayrılmaz parçalardır. Kişinin hergün varlığını ilişkilendirdiği nesneler çoğunlukla farkedilmezler. Günlük kullanımda olan aletler ya da refleksif hareketler çoğunlukla görmediğimiz şeylerdir. Bu nedenle, ancak o hergün kullandığımız alet bozulduğunda onun farkına varırız. Buradan şu sonuç çıkmaktadır: Bu nesnelerin anlamı, kendilerini kapsayan yapısal bütünlükle bağlantı içindedir. Bozulma esnasında, kısa bir an içinde nesnelerin manası doğrudan dünyadan açığa çıkar. Bu bozulma fenomeni, içinde bulunduğumuz dünyayı göstermektedir[28]. Heidegger'in fenomenolojisi uyarınca, bu dünya içerisinde tarihsel nitelik olan varlık, kendisini insanoğluna anlamlı bir biçimde sunmaktadır. Nesnelerin bulunduğu dünya, hermeneutiksel sürecin gerçekleştiği alandır ve varlık burada dil yoluyla karşımıza çıkar. Anlama ve yorum da bu hermeneutiksel süreç kapsamında değerlendirilmelidir. Dolayısıyla yorum, tek başına bir nesneye değer biçme değildir. Anlama sırasında, dünyadaki şeyler şu ya da bu *olarak* görünmektedirler. Yorum ise işte bu "olarak" kavramını açıklar. "*Görünmez dünyaya basitçe ön-tahminle bakış, aslında bir 'anlama-yorumlama' bakışıdır*"[29]. Anlamak ve anlamlı varlık, dil ve yorum için asıldır. Varlığın kendisi de dilbilimseldir. Eşya önce kelimeler ve dil içerisinde varlığa gelir. Başka bir deyişle, "*dil, varlığın evidir*"[30].

b. Gadamer

Felsefi hermeneutiğin kurucusu olan Hans-Georg Gadamer (1900-2002), tanımlayıcı bir yorum kavramı geliştirmemiştir[31]. Bunun bir nedeni felsefi hermeneutiğin kavramsallaştırmaya olan temkinli tutumu ise, diğer nedeni, yorumu teorik çerçevesi içerisinde sınırlandırmanın mümkün olmamasıdır[32]. Ancak Gadamer,

---

[28] **Palmer**, *Hermenötik*, a.g.e., s. 180.

[29] **Palmer**, *Hermenötik*, a.g.e., s. 181.

[30] **Güçlü/ E. Uzun/S. Uzun/ Yolsal**, *Felsefe Sözlüğü*, a.g.e., s. 660.

[31] Ancak Gadamer, Dilthey'de olduğu gibi, yorum faaliyetinin hangi alanda yapılırsa yapılsın özünde aynı olduğunu ileri sürmektedir. Dworkin ise, yorum faaliyetinin, içinde bulunulan alana göre değiştiğini söyleyecektir, bkz. Aşağıda "Kurucu İktidarın Orijinal Niyeti" alt başlığı.

[32] **Just**, *L'interpréter les théories de l'interprétation*, a.g.e., s. 19.

her ne kadar kavramsal olarak yorumu tanımlamasa da, anlama olayının nasıl gerçekleştiğinden yola çıkarak yorum faaliyetine açıklık getirmeye çalışmıştır.

aa. Anlamın Ontolojisi [33]

Gadamer, yorum kuramında metnin anlamının bir kere yazıldıktan sonra yazarını aştığı, bu nedenle de psikolojik yorumun ya da yazar iradesinin araştırıldığı yorum tipinin geçerli olmadığı sonucuna varır. Dolayısıyla emretme gücü olarak tanımlanan metnin otoritesi, Gadamer'e göre, artık "itaat etme" kavramıyla değil; ancak "tanıma" kavramı ile açıklanır. Yorumcu, anlamını ifşa eden metni, kendi varoluş şartları açısından yorumlamaktadır. Bu anlayışa göre, anlam metin içinde bulunan bir husus değildir ve yorumcuya göre değişir. Yorum faaliyetinin iki temel unsuru vardır: yorumlanan ve yorumcu. Anlam da bu iki unsurun karşılıklı etkileşiminden doğar. İşte bu nedenledir ki anlam sadece yorumlandığı zaman ortaya çıkar ve her yeni yorumla birlikte yeniden doğar[34].

Buradan şu sonuçları çıkarmak mümkündür: Anlama eylemi, yorumlanan metin ile yorumcu arasındaki ilişkiden meydana gelir. Bu nedenle de anlam, yorumcuya göre değişir ve yorumla eşzamanlıdır. Dolayısıyla, bir metnin anlamını, yazarının anlayışı ile kavramak mümkün değildir. Zira yorum fiili ile metnin kaleme alındığı tarih arasındaki zaman aralığı, bu şekilde bir anlayışa engel olur[35]. Metnin anlamı yaratıcının niyetinden bağımsızdır. Bu nedenle, bir kere yazıldıktan sonra, metnin anlamı artık kendine ait bir yaşam sürer. Bu düşüncenin kaçınılmaz sonucu ise şudur: Yorum uygulamadan ayrılamaz. Hukuki bir metnin anlamının idrak edilmesi ve bunun somut olaya uygulanması birbirinden ayrı iki fiil değil; bütünlüklü bir süreçtir[36].

---

[33] "Gadamer'in ontolojik hermeneutik anlayışı, epistemolojinin terki anlamına gelmez; aksine anlama faaliyeti üzerindeki düşünce alanını genişletmesi nedeniyle onun devamıdır" bkz. **Just**, *L'interpréter les théories de l'interprétation*, a.g.e., s. 107.

[34] **Brian Fay**, *Çağdaş Sosyal Bilimler Felsefesi: Çokkültürlü Bir Yaklaşım*, (çev: İsmail Türkmen), Ayrıntı Yay., 2. bası, İstanbul 2005, ss. 197-199.

[35] **Sancar**,*Temel Hakların Yorumu*, a.g.e., s. 62.

[36] **Just**, *L'interpréter les théories de l'interprétation*, a.g.e., s. 81.

bb. Anlamlı Edimin Çeviri Süreci Olarak Yorum

Gadamer'e göre, başarılı bir yorum, bir birleşmeyi (fusion) sağlar: bu birleşme, metnin kendi tarihi ile, yorumcunun beklenti ufku arasındadır. Bütün yorum faaliyetleri, kendisini mümkün kılan bir geleneğin varlığını gerektirir. Bu anlamda Gadamer, yorumu bir çeviri süreci olarak görmektedir.

Yorumun çeviri süreci olarak görülmesi, yorum sürecinde, belli bir kavramsal bağlama ait edim ya da nesnelerin, başka bir kavramsal dünyanın diline dönüştürülmesinin sözkonusu olmasından kaynaklanır. Böylece yorumlanan ile yorumcunun taraflarını teşkil ettiği iki farklı dünya arasında bir birleşme meydana gelir. Bu birleşme, ufukların birleşmesidir[37].

cc. Yorumcu / Yorumlanan İlişkisi ve Hermeneutik Döngü

Hermeneutik döngüyü Heidegger'in başladığı şekilde kavrayan Gadamer, bu kavramı daha da açıklığa kavuşturmuştur. Buna göre, bir hermeneutik döngü vardır. Bu döngüye girmek kadar, bundan çıkmak da zordur. Başka bir deyişle, bir yorum metodu ne kadar "nesnel" olduğunu iddia ederse etsin, metne ne kadar uzaklıkla (ya da dışsallıkla) yaklaşırsa yaklaşsın, metni otantik olarak (o metnin yaratıcısı gibi) kavrayamaz[38]. Zira, yorumcunun içinden geldiği "kültür" buna başlıca engeldir. Ancak buradan yola çıkarak, Gadamer'in, yorumun sadece yorumcunun tarihi doğrultusunda gerçekleşen bir süreç olduğunu düşündüğünü söyleyemeyiz. Zira bu noktada yorum sürecinde yorumlananın rolü devreye girer.

Daha önce Schleiermacher ve Dilthey'de hermeneutik döngünün aldığı anlamlardan bahsetmiş idik. Buna göre, hermeneutik döngü ile yorum faaliyetinde ortaya çıkan hareketin türü tanımlanmaya çalışılmakta idi. Bu döngüyü parça ile bütün arasındaki ilişkiden yola çıkarak görmek mümkündü: Biz bütünü parçalardan yola çıkarak kavrıyor idik; ancak bütünü anlamanın yolu da onu oluşturan parçaların tek tek anlamının bilinmesine bağlı idi. İşte bu noktada Gadamer, hermeneutik döngüye başka

---

[37] **Fay**, *Çağdaş Sosyal Bilimler Felsefesi*, a.g.e., ss. 199-200.

[38] **Frydman**, *Le sens des lois*, a.g.e., s. 636.

bir boyut getirmiştir. Kişilerin yorum yaparken içinden geldikleri şartlardan doğan farklı *ön-anlayışları* vardır. İşte hermeneutik döngü, yorumcunun ön-anlayışı ve metin arasındaki bu diyalogdan ibarettir. Ve karşılıklı diyalogdan oluşan yorum, kültür olarak anılan devam eden bir *süreçtir*.

> "Anlamlı bir nesne ile yorumlayıcı topluluk arasındaki etkileşim, bir defaya mahsus bir olay değildir. Yorumlayıcı topluluğun doğası yeni yorumlarla birlikte yeniden oluşacak ve bu şekilde yeniden biçimlenen bu topluluk ise, hiç kuşkusuz, eski nesnenin anlamını yeniden yorumlayacaktır. Sonuç, sürekli evrilen bir etkileşim sürecidir ve bu süreçte hem nesnenin anlamı hem de yorumcu topluluğunun doğası değişir. Bu anlamda yorumbilgisel döngü bir karşılıklılık spiralidir: Geçmişteki anlamlı nesnelere ilişkin yeni yorumlar, yorumlayıcı topluluğun doğasını değiştiriyor; bu ise, anlamlı nesnelerin yeniden yorumlanmasına sebep oluyor ve bu sonsuza dek böyle sürüp gidiyor"[39].

dd. Hukuksal Hermeneutik

Gadamer, hukuksal hermeneutiğin normatif bir disiplin olduğunu kabul eder ve bunun hukukun bütünlenmesinde oynadığı önemli rolü teslim eder. O'na göre, hukuki yorum, hukukun genelliği ile tekil durumların gerektirdiği somutlaştırma arasında köprü işlevi görmektedir[40]. Gadamer, somut bir olay olmaksızın metinlerin kendiliğinden yorumlanmasını "boş bir ideal"[41] olarak nitelendirmektedir. Buna göre, yargıç metne bir *soru* yöneltir. Bu soru bir ufuk açar; anlaşılan ve uygulanan da, bu soruya verilen yanıttır.

Hukuksal hermeneutiğin tarihine bakıldığında da, hukukta yorumun uygulama problemleri doğrultusunda ortaya çıktığı görülür. Gerçekten de modern dönem öncesi yapılan hukuki yorumlarda genel olarak belli bir teori yerine olaylardan yola çıkıldığı

---

[39] **Fay**, *Çağdaş Sosyal Bilimler Felsefesi*, a.g.e., s. 203.

[40] **Gadamer**, "Hermeneutik", a.g.m., s. 25.

[41] **Frydman**, *Le sens des lois*, a.g.e., s. 635.

görülmektedir[42]: Retorik yorumda, görülmekte olan dava vesilesiyle kullanılabilecek argümanların hatibin iradesiyle sınıflandırılması sözkonusudur. Zebur modelinde kazuistik metot, somut olayda gerçeğin belirlenmesi için metodolojik bir tercihtir. Skolastik dönemde, somut olay, temel metinlerin (kutsal kitaplar) karşılaştırılmasına izin vermektedir. Her halükarda, yorum sürecini başlatan somut bir olaydır ve bu olay yorumcuyu yönlendirir[43]. Bu durumu Gadamer şöyle açıklamaktadır:

> "Hukuksal hermeneutik, çok önemli ve kaçınılmaz bir görev üstlenir; çünkü o, vazedilmiş hukukun genelliği ile tekil durumların somutluğu arasında köprü kurmak ister. Bu nedenle hukuksal hermeneutik, köken bakımından özcüdür. Onun tarihine bakıldığında görülür ki, anlamacı açımlama problemi, kopmaz bir biçimde uygulama problemiyle ilişkilidir. (...) Hukuksal hermeneutiğin temel problemi hukukta somutlaştırmadır"[44].

Gadamer'in hukuksal hermeneutiğe en önemli katkılarından biri otorite kavramını yeniden tanımlamasıdır. Modern anlamda emretme gücü olarak tanımlanan "otorite", Gadamer'de artık eski dönemlerdeki anlamıyla, metne, yorumcu tarafından dinlenmesi ve korunması gereken bir doğruluk değeri[45] vermektedir.

"*Otoritenin itaatle doğrudan bir ilişkisi yoktur, o tanımaya dayanır*"[46]. Bir "metnin otoritesi" ile "metnin yaratıcısının iradesi" karıştırılmamalıdır. Yorum, yorumcunun metnin yaratıcısının görüşlerini bulabilmek için onun düşünce haline

---

[42] Bkz. **Frydman**, *Le sens des lois*, a.g.e., ss. 216-217.

[43] Ancak patristik yorum, bu anlamda diğer modellerden ayrılık gösterir: Burada yorum, dini savunusunu öne çıkaran bir yaklaşım şekliyle, ilahi doktrin temel alınarak gerçekleştirilmektedir.

[44] **Gadamer**, "Hermeneutik", a.g.m., ss. 25-26.

[45] "Bir önermenin *doğruluk-değeri*, o önermenin anlamına bağlıdır; öyle ki bir önermenin *anlamı*, *doğruluk-değerinin* belirlenmesinin gerekli (onsuz-olunamaz) şartıdır. Genel olarak bu şart yalnız *gerekli* olup, *yeterli* değildir. Nitekim bir önermenin *doğruluk-değeri*, genel olarak yalnız o önermenin *anlamına* değil, bir de (dil-dışı) olgulara bağlı olup, böylece iki ayrı faktör tarafından belirlenir", bkz. **Teo Grünberg**, *Anlam Kavramı Üzerine Bir Deneme*, YKY, Cogito, İstanbul 2006, s. 22.

[46] **Frydman**, *Le sens des lois*, a.g.e., s. 633.

geçmesini gerektiren bir "empati"[47] çalışmasını içermez.

"*Bir metnin anlamı bazen değil, her zaman için o metnin yaratıcısını aşar*"[48].

Gadamer'e göre de yasaların olduğu gibi metinsel olarak uygulanması çoğu zaman mümkün olmamaktadır. Bu nedenle yasaları uygulayanlar, somut olaylarda yasaları tamamlayabilecekleri gibi, bunlardan belli ölçüde ayrılabilirler. Ancak, bir eylemin meşru sayılması için, bunun daha iyi bir hukuka, yani adalete ulaşma kaygısı ve amacıyla yapılması gerekir. Aslında yasadan ayrılma ya da bunu tamamlama, anlamanın her türünde sözkonusu olan bir durumun hukuk alanında tekrarlanmasıdır[49].

Gadamer aslında bu şekilde, yasaların eksiksiz metinler olmadığını ifade etmektedir[50].

Görüldüğü gibi Gadamer, felsefi hermeneutiği ortaya koyarken, yorum sırasında uygulanacak yöntem ve ilkeleri belirtmemektedir. Onun, ontolojik olarak "anlam"ı araştırırken asıl katkısı, yorumun ne olmadığını gözler önüne sermesidir.

Filozofa göre, en iyi yorum da yine bu görüşlerinin sentezinden doğmaktadır. Yorumcu her zaman bir gelenekten gelir; dolayısıyla nesnel ve nötr olmasını beklemek yersizdir. Yorumcu kendisi ile aynı yaşam şekillerinden gelen kişiler ile ortak bir

---

[47] **Frydman**, *Le sens des lois*, a.g.e., s. 633. Burada "empati" sözcüğü, Fransızca'da da sonradan yaratılmış bir sözcük olan "intropathie" sözcüğünün karşılığı olarak kullanılmıştır. Fransızca'da "intropathie" sözcüğünü, 1950 yılında Husserl'den yaptığı bir çevirisi sırasında, Almanca "*Einfühlung*" sözcüğünün karşılığı olarak ilk defa Paul Ricoeur kullanmıştır.

[48] Gadamer, *Verité et méthode*, Seuil, Paris 1976, s. 136'dan aktaran **Frydman**, *Le sens des lois*, a.g.e., s. 634.

[49] Gadamer*, Wahrheit'den* aktaran **Sancar**, *Temel Hakların Yorumu*, a.g.e., s. 71.

[50] Bu belirlemeye daha sonra Kaufmann açıklık getirecektir: "Soyut biçimsel-pozitif yasa normu, somut maddi-pozitif hukuk için zorunlu, fakat hiçbir zaman yeterli olmayan bir temeldir. Başka bir deyişle, yasa hukukun gerçekliği değil, sadece imkanıdır. Şayet hukukun yalnızca yasadan ibaret olmadığı doğru ise, o zaman hukukun meydana gelebilmesi için, yasanın kendi dışında yer alan başka şeylerle tamamlanması gerekir. (...) Yasa, gerçeklik için geçerlidir; fakat gerçeklik sonsuz derecede çeşitli ve sonsuz bir dönüşüm içindedir. Olguların bu çeşitlilik ve değişkenliğinden dolayı, yasanın hiçbir şekilde nihai kesinlikte ve apaçık formüle edilmemesi gerekir, bu mümkün olsa bile; kaldı ki bu mümkün de değildir. Yasanın, sürekli ilgili tarihsel durum içerisinde somutlaştırılması gerekir. Yasanın 'kasdettiği' şey, olay üzerinde ve olay dolayısıyla anlaşılır hale gelir" bkz. **Sancar**, *Temel Hakların Yorumu*, a.g.e., ss. 74-75.

geleneği paylaşır. Bu yaşam şekli, anılan topluluğun kültürel mirasını oluşturan metin yorumlamalarını da içerir. Gadamer, bütün anlamaların içerik üzerinde bir "uyum"a yönelik olduğu fikrindedir. Bu tür bir uyum da ancak, metin hakkında aynı ön-anlayışı paylaşan, aynı yorumla bağlı olacak kültürel bir topluluk içerisinde gerçekleştirilebilir. Kısacası, Gadamer'in teorisinde yorum, homojen bir topluluğun iç uygulaması olarak kendisini göstermektedir.

Ancak anayasal hermeneutik anlamında Gadamer'in yaklaşımının önemi özellikle iki noktada kendisini göstermektedir: bu noktalardan ilki, yorumcu ve yorumlanan metin arasında karşılıklı bir etkileşim olduğu yönündeki tespitidir. İşte bu doğrultuda gelişen anayasal hermeneutik, norm metinlerini tek veri olarak değil; yorumda sadece bir aşama olarak ele alır. İkinci olarak Gadamer, yorum gereksiniminin somut olaylar vasıtasıyla ortaya çıktığını belirterek "somutlaştırma" metodunun teorik temellerini oluşturmuştur.

B. Anayasal Hermeneutik

Anayasa ve hermeneutik kavramlarının bir araya gelmesi (en azından Kıta Avrupa'sında) için İkinci Dünya Savaşının bitimine dek beklemek gerekecektir. Bu sürecin anlaşılması, öncelikle formel kusursuzluk arayışından, temel hakların korunması gibi üstün bazı değerlerin gözetildiği bir anlayışa, hukuk devletine geçişin izlenmesine bağlıdır. Anayasal hermeneutik, anayasanın üstünlüğü ilkesinin hayata geçirilmesi ile doğmuş bir akımdır.

1. Anayasal Hermeneutiğin Doğduğu Ortam

Anayasal hermeneutik için başlangıç noktasını hukuk devleti kavramı oluşturmaktadır. Bu nedenle anayasal hermeneutiği anlamlandırmak için, 19. yüzyılda kullanılan hukuk devleti kavramının 20. yüzyılda kullanılandan farklı olduğunu görmek gereklidir. Zira bu dönemde yeniden keşfedilen "hukuk devleti", hem Anayasanın normatifliği, hem de temel hak ve özgürlükler kuramına bakış açısından köklü

değişiklikler yaratmıştır[51].

a. Formalizm : Kelsen modeli

19. yüzyıl boyunca, anayasal yönetim, orta sınıfın siyasal reform taleplerinin temelini oluşturuyordu ve bu talep, I. Dünya Savaşının başlamasından önceki dönemde hız kazandı, Avrupa'daki imparatorluklara yayıldı, St. Petersbourg'a, İstanbul'a ve Balkan monarşilerine sızdı[52]. Bu dönem, Avrupa'nın pekçok ülkesi için, anayasaların baştan yapıldığı, yahut da yenilendiği bir ortama tanıklık etmektedir. İşte Hans Kelsen de (1881-1973) ünlü normativist teorisini bu dönemde pratiğe aktarma fırsatı bulacaktır[53].

Kelsen'in teorisine göre, hukuk bilimi tıpkı diğer bilim dallarında olduğu gibi saf bilgiye (*pure connaissance*) dayanır. Hukukçunun bilimsel rolü, diğer bütün bilim insanlarında olduğu gibi, kendisinin dışında olan verili bir gerçekliğin analizi ve buna ilişkin hedeflerin sistemleştirilmesi ile sınırlıdır[54]. Hukuk biliminin konusu pozitif

---

[51] Bu konuda bkz. **İbrahim Ö. Kaboğlu**, « Les critères fondamentaux de l'Etat de droit », *Justice et Droit de l'homme,* XXVIII[ème] Congrès de l'IDEF, palais du Luxembourg (Sénat) du 6 au 8 mars 2003, Pulim 2004.

[52] **Mark Mazower**, *Karanlık Kıta - Avrupa'nın 20. Yüzyılı*, İBÜY., 1. bası, İstanbul 2003, s. 4.

[53] Mazover bu durumu şöyle anlatmaktadır: "*Savaş sonrasının (...) ilk on yılında hukukçu kraldı. Üniversite profesörleri olağanüstü etkiye sahipti, Almanya'da Hugo Preuss ve Avusturya'da Hans Kelsen, kuramlarını kendi ülkelerinin anayasalarında uygulamaya dönüştürdüler. Esin kaynağı olarak Fransa, ABD, İngiltere ve İsviçre gibi yerleşik liberal siyasi sistemleri incelediler. Ama, gerçekten temsili ve kapsamlı demokrasiler oluşturma hevesleriyle, bunların da ötesine geçtiler. Çalışmaları, kamu hukuku ve onun siyaset ve toplumla olan ilişkilerindeki en modern öğretileri yansıtıyordu. Temel amaçları, siyaseti yasanın emrine vermek, gücü rasyonelleştirmek ve toplumsal ve siyasal yaşamın her yönünü belirgin anayasal önlemlerle ele alarak, eski feodal düzenin tutarsızlıklarını ve irrasyonel kalıntılarını temizlemekti. Kuşkusuz, sonrasında, siyasal kurumların çöküşünde hukukçular suçlandı. Saf, gerçeklikten uzak ve siyasal uygunluktan çok, 'yasal kusursuzluk' aramaya eğilimliydiler*", bkz. a.g.e., ss. 5-6. Ayrıca bu dönem anayasaları, hükümdarların kişisel idarelerine tepki sonucu doğdukları için, yürütmeye duyulan güvensizliği yansıtırlar. Bizim anayasal tarihimizdeki 1921 ve 1924 Anayasaları da bu şekilde yasama organının ön plana çıktığı anayasalardır. 1921 Anayasası bütünüyle, 1924 Anayasası ilkesel biçimde, siyasal rejim olarak meclis hükümeti sistemini benimsemişti, bkz. **Bülent Tanör**, *Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri*, YKY, 9. baskı, İstanbul 2002, ss. 225 vd.

[54] **Charles Eisenmann**, *La Justice constitutionelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, édition de 1928, Economica et Presse Universitaires D'Aix-Marseille, 1986, s. 86.

hukuktur; doktrinin temeli de budur. Bir tek doğa anlayışı bulunmadığı gibi, tek bir hukuk anlayışı da yoktur. Bir kimyacı, bir sanatçı ya da bir fizikçinin doğayı anlamaları nasıl birbirinden farklı ise; hukukçunun hukuku anlayışı ile bir siyasetçinin, ahlakçının ya da sosyoloğun hukuku anlayışı arasında da fark olacaktır. Her konunun farklı bakış açılarına göre değişen bir anlaşılış biçimi vardır. Hukuki pozitivizm, sosyal, ahlaki ya da metafizik hukuk teorilerine karşı çıkmaz; buna karşılık, anılan teori, içinde hukuk kurallarının kendi kendine yeten bir sistem oluşturdukları bir hukuk teorisinin de bunlarla aynı meşruiyete sahip olduğunu ya da daha açık bir söylemle "hukuk biliminin" özerkliğini savunur[55]. Ancak bu teori, hukukçunun, hukukun daha iyi anlaşılması için gerekli olduğu takdirde, farklı açıları değerlendirmesini yasaklamaz. Buna karşılık, hukuki olmayan bir bakış açısının yargıları, salt hukuki yargıları engellememelidir. Ahlaki ya da adil olmayan hukuk kuralının, hukuk olmadığını söyleyen hukukçu, kendi görevinin konusunu oluşturan gerçeklikle çelişkiye düşmektedir. Başka bir deyişle, bu hukukçu, ahlak alanı için, hukuk biliminin kendine özgü alanını terk etmiştir. Hukuk nosyonu, uygulanma gücünün (*force obligatoire*), uygunluğun ve meşruluğun belirli bir norm sistemine göre tayin edildiği bir düzeni gerektirir[56].

Görüldüğü gibi Kelsen, "hukuk bilimine ilişkin metodun saflığını temin endişesi ile hareket eder"[57].

---

[55] **Eisenmann**, La Justice constitutionelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche, a.g.e., s. 88.

[56] **Eisenmann**, La Justice constitutionelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche, a.g.e., s. 89.

[57] **Vecdi Aral**, *İnsan Özgür mü?*, İstanbul Barosu Yay., İstanbul 2004, s. 336. Yazar bu eserinde, Kelsen'in Kant felsefesinden (transandantal analitik doğrultusunda) etkilendiğini şu şekilde ifade etmektedir: "*Kant felsefesinin tesirlerini, Kelsen metodunun rasyonel ve transandantal bir karakter taşımasında görmekteyiz. Bu karakteri icabı, Saf Hukuk Teorisinde bilginin tecrübî unsurlarına önem verilmez, bilakis fiili bir hukuk nizamının mefhumlarının içine sokulmasının zaruri bulunduğu transandantal, yani tecrübeden bağımsız, her türlü tecrübeye zaman itibarıyla değil de, mantıki bakımdan takaddüm eden, akılda mevcut saf şekillerin, kategorilerin bulunmasına çalışılır. (...) Kelsen'e göre hukuk, bütün hukuki kaziyelerin hukukilik karakterini tesis edecek olan, tekmil Hukuk İlminin temel mefhumu mahiyetindeki norm düşüncesi veya saf olması gerekendir (Sollen). Ahlaki normdan farklı olarak bir emri değil de, ipotetik bir hükmü ifade eden bu hukuki normda iki vakıa arasındaki bağlantı normatif bir karakter arz eder; bu suretle de tabiat kanununda [bulunan], mevcut iki vasıta arasındaki sebep netice bağlantısından açıkça ayrılır. Tabiat kanunu bir 'A' vakıası meydana gelirse, 'B' neticesi*

Kısacası Kelsen modelinde, hukuk norm bilimidir ve ahlaktan tamamıyla farklıdır. Kelsen, saf bir hukuk teorisi oluşturarak, hukuku, sosyolojik, ahlaki, ideolojik ve siyasi unsurlardan ayırmak istemiştir. Özellikle sosyolojik öğeler hukuk bilimine yabancıdır[58]. Ayrıca hukuk, bütünlük içinde kavranmalıdır. Hukuk normları bir bütündür, ancak bunlar arasında bir hiyerarşi bulunmaktadır[59].

Normlar hiyerarşisinin temeli ise, şöyle bir akıl yürütmeye dayanır: Yargıç yasayı uygulamalıdır. Ancak her pozitif hukuk sisteminde yasayı belirleyen anayasadır. Bir hukuki düzenleme, yasanın yapımı için anayasanın gerektirdiği istisnasız tüm şartlara riayet edildiği takdirde yasadır. Anayasaya aykırı bir yasa, kural olarak, yasa değildir; bu düzenleme yoklukla maluldür. Yasa yapmak anayasayı uygulamaktır ve tanımı gereği bir işlem kendisini düzenleyen bütün kurallara uygun olduğu takdirde uygulanabilir bir işlem sayılır. Bu durum yasalar için olduğu kadar, idari işlemler ve sözleşmeler için de geçerlidir[60].

---

zaruri olarak vuku bulur, der; buna mukabil hukuk kanunu olan norm bir 'A' vakıası meydana gelirse, 'B' neticesi de vuku bulmalıdır, demektedir". Buna karşılık, Kelsen'in kullandığı transandantal argümanın, Kant'ın kullandığından farklı bir işlev gördüğü de söylenmektedir, bkz. **Stanley L. Paulson**, "La normativité dans la Théorie Pure du Droit peut-elle se prévaloir d'arguments transcendantaux?" in *Droit et Société*, n° 7-1987, ss. 341-362.

[58] **Hans Kelsen**, "Qu'est-ce que la théorie pure du droit?" in *Droit et Société*, n° 22-1992, s. 556.

[59] "Buna göre kademeli yapının en üstünde temel norm (Grundnorm) bulunur. Fakat, hukuk nizamının birliğini sağlamak için kabul edilmiş bulunan bu norm, pozitif bir hukuk kaidesi değil, ona tabi normların hukuk ötesi nihai, mantıki bir mer'iyet sebebi olduğu için sadece bir hipotezden ibarettir ve aynı zamanda formal bir şey olarak, irade beyanları hukuken bağlayıcı, yani mer'i olması zorunlu bulunan bir otoriteyi, bir hukuk kaynağı belirtmekle hukukun yaratılmasını sağlayan bir kaide olma özelliğine sahiptir. Bu itibarladır ki, bazen Kelsen tarafından, kendisine dayanılarak devletin en eski anayasasının vaz'ının hukuk yaratan bir olay olarak kabul edildiği hukuk mantığı anlamında bir anayasa diye isimlendirilir. Bu temel normdan sonra, sadece devletle ilgili bir hukuk nizamı gözönüne alınınca, pozitif hukuk bakımından en yüksek kademeyi teşkil eden anayasa gelir. Meşruiyetini temel normdan alan anayasa, genel karakterdeki hukuk normlarını, kanunları vaz edecek olan organları gösterir", bkz. **Aral**, *İnsan Özgür mü?*, a.g.e., ss. 413-414. Bu konuda ayrıca bkz. **İbrahim Ö. Kaboğlu**, *Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)*, Legal Yay., 3. bası, İstanbul 2006, ss. 39-40; **Adnan Güriz**, *Hukuk Başlangıcı*, Siyasal Kitabevi, 10. bası, Ankara 2005, ss. 241-244; **Yasemin Işıktaç – Sevtap Metin**, *Hukuk Metodolojisi*, Filiz Kitabevi, İstanbul 2003, ss. 252 vd.; **Yaşar Karayalçın**, *Hukukda Öğretim-Kaynaklar-Metod-Problem Çözme*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Sözkesen Matbaacılık, 6. tıpkı bası, Ankara, ss. 137 vd.

[60] **Eisenmann**, La Justice constitutionelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche, a.g.e., s. 100.

Kelsen'in hukuku normlar bütünü olarak gören bu anlayışına bağlı olarak, hukukun yorumlanması da, yasama organının iradesinin göstergesi olan yasa metninde kullanılan sözcüklerin anlamının gramatikal olarak ortaya çıkarılması ile kendini göstermektedir[61].

Ancak I. Dünya savaşı sonrasında oluşan anayasaların düşünsel mimarı olarak addedebileceğimiz Kelsen'in normativist teorisi, II. Dünya savaşının sonunda ciddi bir sorgulamayı gerektirmiştir[62]. Zira, iki savaş arasında, normativizmin, daha genel olarak da pozitivizmin siyaseti hukukun boyunduruğuna sokma projesi, pratikte hukukun siyasetin emrine girmesi ile sonuçlanmıştır[63].

Bu dönemden sonra ise, artık belirleyici kavram hukuk devleti olacaktır. Ancak burada bir nokta unutulmamalıdır. Kelsen de yapıtlarında "hukuk devleti" kavramını kullanır. Ancak O'na göre, hukuk devleti kavramı bir totolojiden ibarettir. Zira, O'na göre merkezileşmiş bir yaptırım gücünün, başka bir deyişle bir hukuk düzeninin mevcudiyeti, bir devletin varlığına işarettir; dolayısıyla her devlet aynı zamanda hukuk devletidir[64]. Devlet hukuku yaratır ve kendisini bu hukuka tabi kılar. Bu yaklaşım,

---

[61] **Öner Eyrenci**, "Anayasanın Yorumlanması Yöntemlerine Genel Bir Bakış" in *Amme İdaresi Dergisi*, cilt: 14, sy. 1, 1981, s. 47. Almanya ve Fransa'da faşist dönemde uygulanan formel hukuk hakkında bkz. **Vivian Grosswald Curran**, "Fear of Formalism: Indications From The Fascist Period in France and Germany of Judicial Methodology's Impact on Substantive Law" in *Cornell International Law Journal*, Vol. 35, 2002, ss. 101-187.

[62] Bkz. **Mazower**, *Karanlık Kıta - Avrupa'nın 20. Yüzyılı*, a.g.e., s. 24: "*Kelsen, 'tüm siyasal ideolojilerden arındırılmış bir yasal kuram' görüşünü övgüyle tanıtıyordu; ama böylesi bir kuram, özellikle de siyasetten ayrılma özelliğiyle, destekçiden yoksun kalmıştı. Kelsen, Avusturya'nın Hristiyan sosyal ve sosyal demokratlarını, Katoliklik ve Marksizm'le kirletilmiş birbirinden farklı yasal geleneklerin takipçisi olmakla suçluyordu. (...) Konumu entelektüel açıdan kusursuz olabilirdi; siyasal açıdan, on dokuzuncu yüzyıl burjuva kültürünün rahatlatıcı yanılsamasını yaşıyordu. Avrupa'da demokrasi 1918'den sonra kısa bir süre için iç ve uluslararası güçlerin istikrarsız koalisyonlarınca desteklenmişti, ama artık bu birliktelik tüm kıtada dağılmaya başlamıştı. Kısacası gittikçe daha az adanmış demokrat kalıyordu*".

[63] Almanya'da bu dönemdeki hukuk ve uygulaması hakkında detaylı bir inceleme için bkz. "La crise du droit sous la République de Weimar et sous le national-socialisme" in *Revue Astérion*, n° 4, avril 2006, Lyon, ss. 9-188.

[64] **Kelsen**, "L'expression 'Etat de Droit': un pléonasme" in *l'Etat de Droit*, (dossier realisé par Jacques Chevallier), La documentation française, n° 898, mars 2004, s. 81-83.

hukuk devletinin varlığı için, hukuk normlarının içeriğine, demokrasiye, hukuki güvenlik ilkesine bakmaksızın, sadece etkili bir yaptırım düzeninin mevcudiyetini yeterli kabul eder[65].

Ancak kuşkusuz 2. Dünya Savaşı sonrası hukuk devleti, sadece hukuk normlarının formu olan normlar hiyerarşisinden ibaret değildir. Buna bir de içerik eklenmiştir.

b. Form ve İçerik: Hukuk Devleti

2. Dünya Savaşından sonra pozitivizm tamamıyla reddedilmemiş, ancak Gustav Radbruch (1878-1949) tarafından savunulduğu şekliyle, yasalarda yazılı olmayan bazı temel prensiplerin bulunduğu esası da kabul edilmiştir[66]. Bu prensipler "hukukun temel ilkeleri" olarak adlandırılmış ve bunlara pozitif hukuk normlarının hepsinin üstünde bir yer verilmiştir. Böylece pozitivizmin iki temel öğesi yıkılmıştır: "pozitif hukukun hiçbir şarta bağlı olmayan geçerliliği" ve "hukukun (normların) özerkliği ilkesi uyarınca, değerlerin, norm kavramı ile bağdaşmazlığı"[67].

Radbruch, Kelsen'in saf pozitivizmine, adaletle pozitif hukukun her zaman

---

[65] Kelsen'in hukukla devleti özdeş sayan bu görüşünün sosyolojik açıdan eleştirisi için bkz. **Alexander Somek**, "Stateless Law: Kelsen's Conception and Its Limites", in *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 26, Winter 2006, ss. 753-774.

[66] "Radbruch her türlü hukukun ortaya çıkmasından daha güçlü olan ve yasaları önceleyen hukuk ilkelerinden bahsetmektedir. Bu ilkeleri, doğal hukuk ya da aklın hukuku olarak isimlendirmiştir. Aslında tüm bu tartışma, 'olan' ile 'olması gereken' arasındaki farklılaştırılmış ilişkinin bir sonucudur. Oysa çok boyutlu yaklaşımlar 'olan' ile 'olması gereken' arasındaki mesafeyi daraltarak bu sorunu aşmak istemektedirler. Bunun için bir yandan varolan pozitif hukukun yapısının önemini gözönünde tutup, diğer yandan ise 'iyi' ve 'adil' bir hukuk düzeninin hangi unsurlara sahip olması gerektiğini yine pozitif metin üstünden somutlaştırmaya çalışmaktadırlar. Çok boyutlu hukuk yaklaşımları materyal anlamdaki pozitif hukuku tüm olanakları içinde tutarlı bir bütün haline getirmeyi ve bunun başarılı bir uygulamaya dönüşmesini, değer içeriği olarak adalete bağlayarak yeniden üretmeyi denemektedirler. Bununla güdülen amaç hukukun düzen, toplumsal yarar ve etik boyut açısından canlı tutulabilmesidir. Aynı zamanda hukuka genel ve soyutlukla zorunlu olarak çizilmiş belirsizliğin bir olanak olarak değerlendirilebileceğini gösterme amaçları da vardır" bkz. **Yasemin Işıktaç**, "Bir Adalet Sorunu Olarak Hukukun Yorumlanması: 'Düzen ve Barışın Kızkardeşi Olarak Adalet Konuşuyor', in *Ankara Barosu Hukuk Kurultayı/2006*, (3-7 Ocak 2006, Ankara), Ankara Barosu Yay., C. 2, s. 597.

[67] **Just**, *L'interpréter les théories de l'interprétation*, a.g.e., s. 111.

bağdaşmadığı gerekçesiyle karşı çıkmaktadır[68]. Buradan yola çıkan Radbruch çatışma hali için şu formülü önerir:

> "Yasama gücü ile güvence altına alınmış pozitif hukuk, içeriğinin haksız ya da insanların menfaatlerine aykırı olmasına rağmen uygulamada önce gelmektedir; ancak yasa ile adalet arasındaki çatışmanın tolere edilemez bir seviyeye varması halinde, kusurlu yasanın adalete boyun eğmesi gerekir"[69].

Hukukçu, bu önermede hukukun ne olduğuna dair bir belirlemede bulunmamakta; mahkemelere yol gösterici nitelikte bir formül ileri sürmektedir. Bu önerme gereğince, adalet ilkelerine aykırı norm, ya baştan itibaren yok hükmünde sayılmakta ya da bir mahkeme önündeki hukuki uyuşmazlıkta uygulama yeri bulamamaktadır. Radbruch'un formülü, Almanya mahkemeleri tarafından, Nazi ve Doğu Almanya yasalarının uygulanmasının önüne geçmek adına, Savaş sonrasında kullanılmıştır[70].

Sözkonusu dönemin Anayasa Hukuku açısından en önemli gelişmelerinin başında, kuşkusuz, "hukuk devleti" kavramının pozitif hukuka girmesi, anayasal metinlerde düzenlenmesi ve demokrasi kavramı ile birlikte anılır olması gelmektedir. Gerçekte hukuk devleti kavramı, çok daha önceleri ortaya çıkmıştır. Bu kavramı, ilk defa, Almanya'da 1798 yılında Johann Wilhelm Placidus (1758-1815) kullanmıştır[71]. Almanca'daki "Rechtsstaat" kavramı sonraları, Türkçe'de "hukuk devleti", Fransızca'da "Etat de droit", İtalyanca'da "Stato di diritto", İspanyolca'da "Estado del

---

[68] Anayasallık blokunun pozitivist ve normativist bakış açılarıyla tanımlanması konusu hakkında bkz. **Bakır Çağlar**, "Anayasa Yargısında Yorum Problemi Karşılaştırmalı Analizin Katkıları", *Anayasa Yargısı*, n° 2, 1985, ss. 163-195.

[69] **Gustav Radbruch**, "Statutory Lawlessness and Supra-Statutory Law" (1946), (Translated by Bonnie Litschewski Paulson, Stanley L. Paulson), *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 26, Spring 2006, s. 7. Radbruch'un yaklaşımına ilişkin ayrıntılı bir inceleme için bkz. **Stanley L. Paulson**, "On the Background and Significance of Gustav Radbruch's Post-War Papers" in *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 26, Spring 2006, ss. 17-40.

[70] **Brian Bix**, "Robert Alexy's Radbruch", in http://www.ssrn.com, (7.06.2006) s. 4.

[71] **Luc Heuschling**, "Le développement de la théorie en Europe" in *l'Etat de Droit*, (dossier realisé par Jacques Chevallier), La documentation française, n° 898, mars 2004, s. 17.

derecho", Felemenkçe'de "Rechtsstaat", Rusça'da "Pravovoje gosudarstwo" olarak hemen tüm dillerde kullanılmıştır[72]. Daha sonra, Carl Schmitt, hukuk devletinin olağanüstü durumlar için korumasız olduğunu ve bu nedenle nasyonal-sosyalizme uygun olarak yeniden tanımlanması gerektiğini ileri sürmüştür[73]. Demokratik Almanya Cumhuriyeti Anayasasında ise "sosyalist hukuk devleti" ifadesi görülmektedir[74]. Ancak bizim anladığımız anlamda hukuk devleti kavramı, yasa devleti uygulamalarına tepki biçiminde liberalizmin gereği olarak ortaya çıkmıştır.

Hukuk devleti kavramı "demokratik hukuk devleti" ve "sosyal hukuk devleti" gibi formülasyonlarla önceleri *Land* anayasalarına girmiş, daha sonra 1949 tarihli Federal Bonn Anayasasının 28. maddesinde düzenlenmiştir. Almanya örneğini, İspanya ve Portekiz, 1970'lerde demokrasiye geçiş sürecinde izlemiş; Türkiye ise 1961 Anayasası ile, demokratik hukuk devleti ilkesine, anayasal düzeninde yer vermiştir. Doğu blokunda komünist rejimin çöküşünün ardından, bu bloka mensup ülkelerde yapılan anayasalarda da "hukuk devleti" belirgin unsur olarak göze çarpmaktadır.

İlk ortaya çıktığında biçimsel bir takım özellikleri ile tanımlanan hukuk devleti[75], zamanla hukuk rejimine tabi olan özel bir devlet biçimine dönüşmüştür. Böyle bir devlette, devlet organları sadece hukuk devletinin izin verdiği araçları kullanabilir; buna karşılık, bireyler, organların yetkilerini kötüye kullanmaları halinde yargı yoluna başvurma hakkına sahiptirler.

> "'Hukuk Devleti', devlet ve hukuk deyimlerini birleştiren, sıkı, yapısal ve kurucu bağı ortaya koyar. Bir yandan hukuk, devlete gerek duyar. Amaçlarından

---

[72] **Heuschling**, "Le développement de la théorie en Europe", a.g.m., s. 17. Anglo – sakson hukukunda ise "hukuk devleti" kavramı yerine, "hukukun hakimiyeti" olarak çevrilebilecek "Rule of law" anlayışı hakimdir. Burada Kıta Avrupa'sındaki sistemden farklı olarak "Devlet" kavramı dışlanmıştır. Bu iki farklı kavramsallaştırmanın pratikteki sonuçlarını, aşağıda "Sentez Denemesi / Hukuk Sisteminin Etkisi Açısından" başlığı altında işledik.

[73] **Carl Schmitt**, "L'Etat de droit désarmé face aux situations d'exception" in *l'Etat de Droit*, (dossier realisé par Jacques Chevallier), La documentation française, n° 898, mars 2004, ss. 85-87.

[74] **Mithat Sancar**, *Devlet Aklı Kıskacında Hukuk Devleti*, İletişim yay., 3. bası, İstanbul 2004, ss. 31-32.

[75] Yorumda hukuk devleti kavramının rolü hakkında bkz. **Hayrettin Ökçesiz**, "Hukukta Yoruma Güncel Bakış", *Güncel Hukuk*, Mart 2008, n° 3-51 ss. 12-17.

olan (adaleti) gerçekleştirmede, dava yoluyla toplumsal ilişkileri düzenlemede veya normatif gücünü zor kullanma ile uygulamaya geçirmede hukuk, devlete başvurur. Öte yandan devlet de hukuka muhtaçtır: Devlet iktidarı, hukuk normunda, uyulması gerekli kuralların yapılmasında ifadesini bulur. Devlet hukuk kalıbında yoğrulmuştur. Bu 'hukukileştirme', siyasal örgütlenme biçimi olarak Devletin ayırdedici çizgilerinden biridir. Daha önemlisi hukuk devleti, hukuka saygıyı sağlar; ancak buna karşılık iktidarın otoritesini, yani kullanmakta olduğu maddi gücü meşrulaştırır. Aksi takdirde, bu güç, kaba güç olmaktan öteye geçemez, devletin çeteden farkı kalmaz. Devlet – hukuk ilişkisi, belirli bir hukuk düzeninde anlam kazanır. Normlar hiyerarşisi ilkesi, bu düzenin temelini oluşturur. Hukuk Devleti sorunu, daha genel olarak Devletin hukuka bağlanması temelinde konabilir. Hukuk Devleti nihayet yürürlükteki hukukun belli bir içeriği ile nitelenir"[76].

aa. Hukuki Yetkilendirme

Hukuk devletinin ilk koşulu, devlet organlarının sadece belirli bir hukuki yetkilendirme gereğince hareket edebilmeleridir. Maddi gücün her türlü kullanımı hukuki bir norma dayanmalıdır. Güç kullanımı, hukukça *oluşturulmuş* ve *çerçevelenmiş* "yetki" uyarınca gerçekleştirilmektedir. Devlet organlarının üst hukuk normlarına riayet etme zorunluluğu, hukuk devletinin şekli normlar hiyerarşisi boyutunu oluşturur. Hukuk devleti öncelikle idarenin hukuka bağlı olmasını gerektirir. İdare, kendi faaliyetinin temelini, çerçevesini ve sınırını oluşturan normlara boyun eğmek durumundadır. Bu bağlılık ise, bağımsız yargıçlarca yürütülen bir yargı denetiminin varlığı ile sağlanır. Yasama organı da yetkilerini anayasanın gösterdiği sınırlar dahilinde kullanır. Burada anayasanın üstünlüğünü sağlayacak olan kurum ise, anayasa yargısıdır. İşte hukuk devletini yasa devletinden ayıran husus da budur: İki Dünya Savaşı arasında yaşananlar, seçimle işbaşına gelen organlara karşı bir güvensizlik doğurmuştur. Zira bu dönemde çoğunluğun oyuyla iktidara gelen devlet organlarının denetlenememesi "çoğunluk

[76] **İbrahim Ö. Kaboğlu**, "Türkiye'de Hukuk Devletinin Gelişimi" in *Hukuk Devleti*, ed. Hayrettin Ökçesiz, Afa Yay., İstanbul 1998, ss. 90-91.

diktatörlükleri"nin ortaya çıkmasına sebebiyet vermiştir[77]. Bu nedenle de anılan devlet organlarını da anayasal ilkeler doğrultusunda sınırlandıracak bir mekanizmanın varlığı hukuk devletinin unsurlarından biri haline gelmiştir.

Bu anlamda bir hukuk devletinde devlet alanı dendiğinde, karşımıza, hukuki yetkilendirme ilkesi gereğince "yetki", "görev" ve "sorumluluk" esasları çıkmaktadır. Buna karşılık hukuk devletinde "birey" alanı ise, "özgürlük", "hak" ve "ödev" kavramlarının hakim olduğu bir alandır.

bb. Temel Hak ve Özgürlükler

Hukuk devleti kavramı, İkinci Dünya Savaşından sonra iki önemli değişikliğe uğramıştır:

İlki, o döneme kadar sadece doktrin tarafından kullanılan bu kavramın, bu dönemle birlikte pozitif hukukta yer almasıdır. 23 Mayıs 1949 tarihli Almanya Federal Cumhuriyeti Anayasasının 28. maddesi şu hükmü içeriyordu:

> "*Lander'lerin anayasal düzeni, cumhuriyetçi, demokratik ve bu Temel Yasa anlamında sosyal, hukuk devleti ilkelerine uygun olmalıdır*".

Bu noktada, konumuzu ilgilendiren bir diğer hüküm de 1949 tarihli Temel Yasanın 20/III. maddesinde düzenlenen ilkedir:

"*Yasama organı anayasal düzen ile bağlıdır; yürütme erki ve yargı makamları yasa ve hukukla bağlıdır*".

İkinci değişiklik ise, Temel Yasanın yukarıdaki 28. maddesi hükmünde belirtildiği gibi, hukuk devletinin tanımı ve unsurlarına ilişkindir. Artık hukuk devleti sadece kademelenmiş bir hukuk düzeni biçiminde şekli bir unsurla değil[78]; hak ve

---

[77] **Jacques Chevallier**, *l'Etat de Droit*, (dossier realisé par Jacques Chevallier), La documentation française, n° 898, mars 2004, s. 6.

[78] Bkz. **Lütfi Duran**, "Türkiye'de Anayasa Yargısının İşlevi ve Konumu", *Anayasa Yargısı*, n° 1, ss. 57-58: "Normlar hiyerarşisi mekanizmasında, yönetenlerle kamu görevlileri, üstlerinde yer alan organ ve makamların koyduğu kurallara uygun işlem ve eylem yapmak zorunda ise de; yasama organının üstün normlara aykırı düşen kanunlar çıkarmasını engelleyecek veya yürürlüğe konduktan sonra etkisiz kılacak bir yöntem mevcut değildir. Bu

özgürlükleri ihtiva eden içeriksel yönüyle tanımlanmaktadır. İşte hukuk devleti bu anlamda, Britanya Hukukundaki "*rule of law* (hukukun egemenliği)" kavramına yaklaşır[79]. Hukuk devleti bu anlamıyla, "*hukuki olarak tanınan ve güvence mekanizmaları ile donatılan ilkeler ve değerler bütünü*" olarak anlaşılır. Bu şekilde yapılan maddi tanım, hem hukuk devletinin şekli boyutunu (normlar hiyerarşisi) kapsar; hem de onu aşar[80]. Artık normlar hiyerarşisi de maddi hukuk devletinin unsurlarından birisi haline gelmiştir. Maddi anlamda hukuk devleti iki yönüyle kendisini gösterir:

- Hukuk kuralı, *hukuki güvenlik* ilkesine cevap verecek bazı temel özellikleri taşımalıdır. Hukuk kuralları, muhataplarına, unsurlarından kesin olarak emin olabilecekleri ve fiillerinin sonuçlarını kestirmelerini sağlayacak, keyfiyeti önleyen, açık, belirli, istikrarlı bir hukuki çerçeve sunmalıdır[81].

- Hukuk devleti, *temel hakların bütününün tanındığı ve uygun güvence mekanizmalarıyla donatıldığı* devlettir. Bu haklar, hukuk devletini benimseyen ülkelerin çoğunda doğrudan anayasalarda düzenlenmişlerdir. Ancak bunun yanında, temel hakları, anayasa mahkemelerinin referans normları geniş yorumlaması sonucunda kabul eden Fransa gibi ülkeler de bulunmaktadır. Hukuk devletinin bu şekilde

---

çerçevede, ancak 'kanun devleti' söz konusu olmuş; insan hakları ve temel özgürlükler ve azınlıkta kalan muhalefetler genel oydan güç alan parlamentodaki çoğunluk iktidarına karşı tam ve etkin biçimde korunamamıştır. Hukuk devletinin tam anlamıyla geçerlilik ve işlerlik kazanabilmesi için, yasama işlemlerinin de bağımsız bir organın inceleme ve denetiminden geçirilebileceği bir yolun açık olması gerekir. / Ne var ki, bir ülkenin 'hukuk devleti' niteliği, kanunlarının herhangi anayasal ve üst kurallara uygun bulunmasıyla değil; ancak çağdaş demokrasi esaslarına aykırı olmaması ile sağlanabilir. Bu nedenledir ki, günümüzde salt hukuk devleti belirlemesi yeterli sayılmayıp, demokratik hukuk devleti niteliğinden söz edilmektedir. Çünkü hukuk devleti, insan hakları ve özgürlüklerine dayalı, çoğulcu ve iktidar seçeneklerine açık demokratik sistemin gerçekleşmesine hizmet ettiği için, -ve o ölçüde- yararlı ve gerekli bir ilkedir".

[79] Ancak yine de *rule of law* ile hukuk devleti arasında ciddi farklar da vardır: Bu konuda detaylı açıklama için bkz. **Michel Rosenfeld**, "Constitutional adjudication in Europe and the United States", *I·CON*, Vol. 2, nº 4, 2004, ss. 633-668.

[80] **Chevallier**, *l'Etat de Droit*, a.g.e., s. 8.

[81] **Chevallier**, *l'Etat de Droit*, a.g.e., s. 8.

bir içerik kazanmasının ardından Anayasa Hukuku da artık sadece "siyasal kurumlar hukuku" ya da "normatif anayasa hukuku"ndan ibaret bir hukuk dalı olmaktan çıkacak, aynı zamanda "Özgürlükler Hukuku" haline dönüşecektir. Artık, yasama organının müdahalesine karşı, anayasa yargısının koruması altındaki kurallardan oluşmuş bir "Anayasallık Bloku"[82] vardır.

Ulusal düzeyde yaşanan bu gelişmelere paralel olarak, temel haklar uluslararası düzeyde de tanınmaya başlanmıştır. Birleşmiş Milletler bünyesindeki İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi (1948), İkiz Sözleşmeler[83](1966) ile, bölgesel düzeyde İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (1950), bu "uluslararasılaşma" sürecinin göstergeleridir.

Hukuk devleti, içeriksel olarak kazandığı bu boyutla beraber, hukuk teorisinin pozitif hukuk içerisinde yer alma adına açtığı yolu terk etmiştir[84].

Buraya kadar hukuki bir kavram olarak hukuk devletinden bahsedildi; ancak özellikle 1980'li yıllarla birlikte hukuk devletinin siyasal hatta sosyal bir boyut da kazandığını görmekteyiz[85].

Her düzeydeki devlet organlarının karar alma özgürlüğü, kendilerine riayet edilip edilmediği yargı organlarınca denetlenen hukuk normlarıyla çerçevelenmiştir. Seçilenlerin artık sınırsız yetkisi yoktur; bu organlara verilen yetkiler zaten "özünde sınırlı"dır[86]: kendi koydukları kurallara uymak zorundadırlar. Hukukun üstünlüğünü

---

[82] Türk Anayasa Hukukunda, anayasallık bloku konusunda bkz. **Necmi Yüzbaşıoğlu**, *Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku*, İstanbul Üniversitesi Basımevi, İstanbul 1993.

[83] Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme ile Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme, 4878 ve 4877 sayılı Uygun Bulma Kanunları, RG. 18.06.2003 – 25142.

[84] **Chevallier**, *l'Etat de Droit*, a.g.e., ss. 8-9.

[85] **Chevallier**, *l'Etat de Droit*, a.g.e., s. 9.

[86] **Chevallier**, *l'Etat de Droit*, a.g.e., s. 9.

sağlama yetkisi de yargıca düşmektedir. **Zira, normlar hiyerarşisi, hukuki olarak yaptırım altına alındığı takdirde etkilidir; temel haklar, ancak onları koruyacak bir yargıç bulunduğu zaman güvence altına alınmış olur.**

Hukuk devleti anlayışına göre, seçilmişlere çok fazla yetki vermek eğilimi artık geçerli değildir: zira demokrasi, sadece seçim sürecine indirgenemez, bunun yanında demokrasi, *çoğulculuğa saygıyı*, *kolektif kararların alınmasına yurttaşların doğrudan katılımını* ve *hak ve özgürlüklerin güvencelenmesini* gerektirir[87]. Habermas'a göre de düşüncenin oluşumuna öncelik veren bu "*prosedüral şartlar*", demokratik toplumlarda "*meşruluğun yegane kaynakları*"dır[88]. Demokrasi, ancak oluşan müzakere ortamı sonucu hukuk kuralları oluşturulup, kolektif kararlar alındığı takdirde "hukuki bir demokrasi" haline gelir[89].

Hukuk devleti kavramının zaman içerisinde kazandığı anlamla, toplum içerisinde hukuka ayrılan yer daha genişlemiştir: ulusal ve uluslararası düzeyde yeni haklar ortaya çıkmış; bağımsız idari otoriteler nitelik ve nicelik olarak gelişmiş; sosyal aktörler gittikçe daha da artan biçimde hukuki koruma talep etmeye başlamışlar; kazanılmak istenen haklar kapsamında sosyal talepler dile getirilmiş; çevre ve biyo-etik gibi yeni sorunlara dair hak talepleri ortaya çıkmış; oluşan zararların sorumlularının bulunmasına yönelik güvenlik ve korunma talepleri artmış; bütün bunlar da hukukun sosyal hayattaki önemini artırmıştır[90]. Yargıç ise, mevcut menfaatler arasında hakemlik yapmak ve çatışmaları çözmek durumunda kalmıştır.

Hukuk devletinin bu şekilde gelişimi zamanla, anayasayı yorumlarken gözönünde bulunduracakları norm ve ilkeleri çeşitlendirecek, yargıç artık karar verirken

---

[87] **Chevallier**, *l'Etat de Droit*, a.g.e., s. 9.

[88] **Jürgen Habermas**, *Between Facts and Norms: Contribution to a Discourse Theory of Law and Democracy*, (trans. William Rehg), Polity Press, UK 1996, ss. 134-135. Yazara göre, "yurttaşların muhatabı oldukları hukukun yaratıcısının kendileri olduğunu düşünebilmeleri gerekir. Bu da ancak hukukun da temel alacağı bir tartışma ve müzakere ortamından geçer".

[89] **Hugh Baxter**, "System and Lifeworld In Habermas's Theory Of Law", *Cardozo Law Review*, Vol. 23, n^{o} 2, 2002, ss. 473-615.

[90] **Chevallier**, *l'Etat de Droit*, a.g.e., s. 10.

sadece Anayasayı ve yasaları değil; aynı zamanda uluslararası normları ve hukukun genel ilkelerini[91] de içeren bir anayasallık blokunu gözönünde bulunduracaktır.

İkinci Dünya Savaşının Almanya Anayasa Hukuku açısından en önemli getirisi hukuk devleti ise, bir diğer önemli getirisi, demokrasinin öznesine, yani halka bakış biçimidir. Halk artık, anayasal yurttaşlık esasına göre tanımlanır. Bu tanımlamanın pratik sonucu ise son derece önemlidir: Hukuk devleti ile temsili demokrasi arasında devamlı bir gerilim vardır; zira Anayasa Mahkemeleri, temsili organın işlemlerini iptal edebilmektedir; ancak "anayasal ilke ve kurumlara bağlılık" esasına göre yurttaşlığı tanımlayan "anayasal yurttaşlık" ilkesi, temsili demokrasinin yerini "*anayasal demokrasi*"ye bırakmasını sağlamıştır. Bu anlamda anayasal demokrasi, demokrasinin özüne hukuk devletini yerleştirir.

İşte anayasal hermeneutik akımı, hukuk devletinin ve anayasal demokrasinin bu şekilde doğduğu bir ortamda gelişecektir. Bu akımın en önemli temsilcileri, Hesse, Müller, Häberle, Kriele ve Zipelius'tur. Biz burada, anayasal hermeneutiğe hakim ilkelerden genel olarak bahsedeceğimiz için, bu alanda başlı başına bir metodoloji geliştirmiş olan Friedrich Müller'i incelememizde esas alacağız.

2. Anayasal Hermeneutiğin Unsurları

Anayasal hermeneutikte temel amaç, anayasanın normatif özelliğini öne çıkarmaktır (a). Anayasanın böylesine düzenleyici bir rol oynayabilmesi, esasen

---

[91] Bkz. **Kaboğlu**, "Hukukun Genel İlkeleri ve Anayasa Yargısı", *Anayasa Yargısı*, n° 8, ss. 291-292: "Hukukun genel ilkeleri bir görüşe göre, 'felsefi, ahlaki, sosyolojik ve ekonomik alanda ortaklaşa biçimde benimsenen kavramların hukuk dilindeki anlatımını temsil eder. (...) Deyimin en geniş anlamında, doğaları, konuları ve ereklilikleri nedeniyle, aralarında yakın ilişkiler bulunan bir özel kurallar topluluğunu açıklayan, sistemleştiren ve düzene koyan ilkeleri ifade eder. Başka bir anlatımla, çok sayıda somut durumu içine alan ve her somut durumu daha bütüncü bir biçimde düzenleyen birçok özel norma temel oluşturan hukuk normları, hukukun genel ilkeleri olarak nitelenir. Hukukun genel ilkeleri, toplumsal bir gereksinime, ortak adalet duygusuna dayanır. Gücünü ise kolektif hukuk vicdanına uygunluğundan alır. (...) Kısacası, sürekli ve evrensel hukuki düşüncenin yansıması olarak ifade edilebilecek hukukun genel ilkeleri, genellik, süreklilik ve aşkınlık öğelerinde somutlaşır". Türk Anayasa Mahkemesi ve Danıştay da hukukun genel ilkelerini ölçü norm olarak kararlarında kullanmaktadırlar: Anayasa Mahkemesinin bu konudaki kararlarına ilişkin olarak bkz., **Yüzbaşıoğlu**, *Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku*, a.g.e., ss. 21-24. Danıştay'ın bu konudaki kararları için bkz. **Celal Erkut**, *Hukuka Uygunluk Bloku*, Kavram Yay., İstanbul 1996.

gündelik hayatta uygulanabilmesine bağlıdır. Bu işlevsellik ise, ancak, belli bir yorum modeliyle, başka bir deyişle "somutlaştırma yöntemi" ile sağlanır (b).

a. Anayasanın Normatif Gücü

Almanya'nın anayasal tarihinde, Bonn Anayasasının, daha doğru bir deyimle Temel Yasanın hukuk devletini kuran anayasa olduğunu belirtmiştik. Bu Temel Yasa ile ilk defa, anayasal kesintilerin ve insan hakları ihlallerinin yasaklanması, sınırsız yargı denetiminin güvencelenmesi ve yasamanın anayasal düzene tabi kılınması ile, anayasanın üstünlüğü ilkesi[92] hayata geçirilmiştir[93].

Ancak, hukuka bağlılık, korumacı bir hukuk devleti anlayışının ötesinde, Anayasanın bazı işlevleri yerine getirmesi ile sağlanabilirdi. Anayasa kavramı özü itibarıyla bu işlevleri bünyesinde bulunduruyordu[94]: Anayasa, siyasi birliğin kuruluş sürecini ve devlet faaliyetlerini düzenlenmesi itibarıyla toplumun yaşamını hem *kuran* hem de bunun *sürekliliğini sağlayan* bir belge durumunda idi. Ayrıca, anayasa, devlet faaliyetlerine bilinçli bir katılım sağlamak suretiyle, bu faaliyetlerin kabul görmesini ve anlaşılmasını sağlamakta; bu surette siyasal yaşamı koruyan bir *aklileştirme* işlevi görmekte idi. Nihayet, anayasa, iktidarın kullanılmasını sınırlayan ve bireysel özgürlükleri koruma altına alan koruyucu bir işlev görüyordu. İşte anayasanın normatif gücü teorisi de bu özelliklerden yola çıkılarak anayasanın hukuki niteliğini ortaya koymaktadır[95]:

- Anayasa sembolik değil, normatif niteliktedir.
- Anayasa, sadece biçimsel değil, özsel olarak anlamlı bir bütündür.

---

[92] Bu konuda bkz. **Jutta Limbach**, "The concept of the supremacy of the Constitution", *The Modern Law Review*, Vol. 64, n° 1, January 2001, ss. 1-10.

[93] Temel Yasanın düzenlemeleri ve uygulaması hakkında bkz. aşağıda "Yorum Pratikleri" bölümünde yer alan "Almanya" başlığı.

[94] **Just**, *L'interpréter les théories de l'interprétation*, a.g.e., s. 116.

[95] **Just**, *L'interpréter les théories de l'interprétation*, a.g.e., s. 116.

- Anayasa, sadece tanımak ve düzenlemekle kalmaz; aynı zamanda bu düzenlenenlerin gerçekleştirilmesini de kendisine amaç edinir.

"Anayasanın üstünlüğü" fikri, aslında Okyanusun diğer yakasında doğmuştur. 18. yüzyılın ikinci yarısında Amerika Birleşik Devletleri Anayasasının kurucu babalarından Alexander Hamilton şunları söylüyordu:

> "Bundan böyle, anayasaya aykırı olan hiçbir yasama işlemi geçerli olamaz. Bunun tersini savunmak, (...) halkın temsilcilerinin halkın kendisinden üstün olduğunu savunmak anlamına gelir; yetkileri gereğince hareket eden kişi, yetkilerinin kendisine izin vermediği şeyleri yapamayacağı gibi, kendisine yasaklanmış olanları da yapamaz"[96].

Anayasal normlar, insan davranışlarının neler olduğunu düzenlemez; ancak, bunların gerçekleşebilmesi için neler gerektiğini düzenler. Bu normların olaylar dünyasında karşılığını bulması, kurucu iktidarın tarihi iradesine bağlı olarak gerçekleşmez; burada belirleyici olan "anayasanın normatif gücü" kavramında bir araya gelen faktörler bütünüdür[97].

Bu normatif gücün gelişmesinin, biri anayasal normların içeriğine (aa), diğeri ise anayasal uygulamaya (bb) bağlı olan iki temel önşartı vardır.

aa. Anayasal Normların İçeriği Açısından

Anayasal normların "gerçekleşme olasılığının" bulunması gerekir. Bu gerçekleşme olasılığı, zamanın eğilimlerine ve güç merkezlerinin durumuna göre belirlenir. Anayasal normun gerçekleşme şansı, toplumda karşılığını bulmuş eğilimlerden uzaklaştığı oranda azalır[98]. Ancak, anayasadan, mevcut toplumsal gerçekliği resmi olarak onaylaması da beklenmez. Aynı şekilde, anayasa, boş projeler

---

[96] **Alexander Hamilton**, "The Federalist No. 78", *The Federalist Papers by Alexander Hamilton, James Madison and John Gray*, (ed. Gary Wills), Bantam Books, New York 1982, s. 395.

[97] **Just**, *L'interpréter les théories de l'interprétation*, a.g.e., s. 117.

[98] **Just**, *L'interpréter les théories de l'interprétation*, a.g.e., s. 117.

için de uygun bir platform değildir.

Anayasal norm, ancak, şimdiki zamanın tekil özelliğinden yola çıkılarak geleceği kurmaya çalışmakla etkili hale gelir[99]. Anayasal norm ile gerçeklik arasındaki her çatışmada, anayasanın normatif gücünün zorunlu olarak ortadan kalktığı söylenemez. Anayasanın normatif gücü, en azından belirsiz ya da potansiyel de olsa, bazı unsurları şimdiden mevcut olan normatif bir içeriğin mevcudiyetini gerektirir. Diğer yandan, içeriği sosyal değişimlere açık olduğunda ve temel ilkelerin konulmasıyla yetinildiğinde, Anayasanın gerçekleşme olasılığı da artmaktadır. Anlık ve özel menfaatlerin anayasalaştırılması, anayasanın normatif gücünde değer kaybına sebep olmakta ve böylelikle sürekli anayasa değişikliklerini beraberinde getirmektedir[100].

bb. Anayasal Pratik Açısından

Anayasanın normatif gücü, anayasa pratiğine de sıkı sıkıya bağlıdır. Anayasanın yorumlanması ve anayasal kararların alınması sürecine katılanların iradesi, anayasanın normatif gücünün sağlanmasında doğrudan belirleyicidir. Normatif güç, bir yandan uygulayıcıların, anayasanın içeriğinin bağlayıcılığını kabul ederek anayasayı uygulamalarına; diğer yandan da üzerlerindeki her türlü baskıyı aşarak ya da kendi bireysel menfaatlerini feda ederek anayasayı gerçekleştirme yolunda gösterdikleri kararlılığa bağlıdır[101]. İşte "anayasanın iradesi (*volonté de la constitution* / *Wille zur Verfassung*)", uygulamaya ilişkin bu şartların birleşmesini ifade eder[102].

Kuşkusuz yargıçların kararlılığı anayasanın normatif gücünün sağlanmasında tek

---

[99] Hesse, 1991, s. 18'den aktaran **Just**, *L'interpréter les théories de l'interprétation*, a.g.e., s. 117.

[100] Hesse, 1991, s. 21'den aktaran **Just**, *L'interpréter les théories de l'interprétation*, a.g.e., s. 117.

[101] **Just**, *L'interpréter les théories de l'interprétation*, a.g.e., s. 117.

[102] Hesse, 1991, ss. 21-22'den aktaran **Just**, *L'interpréter les théories de l'interprétation*, a.g.e., s. 117. Just'e göre, "anayasal yurtseverlik" ile "anayasanın iradesi" arasındaki yakınlık kolaylıkla gözlemlenebilir Zira anayasal yurtseverlik kavramında da anayasanın kurumlarına ve ilkelerine olan bağlılık yanında, vatandaşların yasalara iradi olarak boyun eğmesi ve temel toplumsal değerlerin korunması konusunda aktif olarak bağlanmaları söz konusudur, bkz. a.g.e, s. 118.

başına belirleyicidir. Ancak, yargıçların anayasaya, iktidarın sınırlandırılması amacıyla gelişen "anayasacılık" anlayışıyla bağdaşır nitelikte bir anlam vermelerinin ön şartı da görevlerindeki bağımsızlıklarıdır[103].

b. Anayasal yorum

Hesse tarafından oluşturulan anayasal yorum teorisi, topik bakış açısıyla, daha önce felsefi hermeneutik bölümünde işlediğimiz ön-anlayış ve yorumun somutlaştırma olarak ele alınması düşüncesi üzerine kuruludur.

Hesse, anayasal yorumun şartlarını, olasılıklarını ve sınırlarını şu ön kabullerden yola çıkarak düşünmeyi önermiştir[104]:

- İradi yorum metotlarının aşılması[105],
- normun bir düzenleme modeli olarak görülmesi,
- yorumcuyu basit bir uygulayıcı olarak görme düşüncesinin reddi,
- yorum metotlarının tek başına yetersizliği.

Hesse, aynı zamanda, anayasal yorumu somutlaştırma süreci olarak tanımlayan Müller'in yapısal teorisini de benimsemiştir. Buna göre yorumun asli unsurları, ön-anlayış ve tüm yorumların somut probleme bağlılığıdır. Bu iki unsur birbirinden ayrılmaz niteliktedir.

Normun doğru anlamının belirlenmesi ve bu anlamın somut olaya uygulanması aynı süreç içerisinde gerçekleşir. Somut olaylardan bağımsız olarak anayasal yorum yapılamaz.

---

[103] Türkiye'de yargı bağımsızlığı konusundaki durum ve değerlendirmeler için bkz. **Sibel İnceoğlu**, "Demokrasinin Önkoşulu: Hukuk Devleti ve Hukukun Üstünlüğü" in *Eksiksiz Demokrasi Sempozyumu* (Ankara 18-19 Ekim 2007), TBB Yay., Ankara 2008, ss. 16-35.

[104] Bkz. **Just**, *L'interpréter les théories de l'interprétation*, a.g.e., s. 118.

[105] Burada kurucu iktidarın iradesini arayan görüşler anlatılmaktadır.

aa. Topik yaklaşım

Norm, yazılı metinlerde yer alan sözlerle eş anlamlı olmadığı için[106], normun yorumlanması da doğrudan doğruya metnin açıklanmasına yönelik klasik yorum metotları ile kavranamaz. Anayasa Hukukunda yorum yoluna başvurulması için, metinde belirsizlik olması ya da metnin boşluklar içermesi gerekmez[107]; çünkü en açık metin bile somut olay karşısında anlamsız hale gelebilir[108]. Dolayısıyla anayasal yorumda sorun, anayasa metninin anlaşılması değil; metnin varolan somut olaya uygulanabilmesidir.

Normatif olan ile olgusal olan arasındaki geleneksel hiyerarşi doğrultusunda hukukun uygulanması anlayışı, hermeneutik teoride yer almaz. Zira, normatif olanın içeriği soyut olarak belirlenemez; ancak karar verilecek olan somut olay doğrultusunda belirlenebilir. Başka bir deyişle, anayasa normu, sosyal gerçeklikten soyutlanamaz[109].

Topikte de somut olaydan sonuca gitme, dolayısıyla bir tür tümevarım işlemi sözkonusudur. Topik yaklaşımda somut olay hem hareket noktası, hem de çözümün dayanağı olarak görülür[110]. Topik, hukuksal ilkeler, hukuk problemlerinin çözümü için kabul edilmiş esaslardır[111].

Mantıksal açıdan topik, problemleri doğru çözümleyebilmek için, doğru çözüme

---

[106] **Işıktaç – Metin**, *Hukuk Metodolojisi*, a.g.e., s. 75.

[107] Krş. **Uğur**, "Hermeneutik: Eski Bir Yorum Yönteminin...", a.g.m., s. 181.

[108] "*Hesse*'ye göre yorum ise, ancak Anayasanın bizzat karar vermediği kesin bir ölçüt koymadığı durumlarda olur. Böylece Anayasanın yorumu, *Hesse*'de, hukuk yaratıcı biçimde Anayasayı tamamlama, onu doldurma niteliğini almaktadır", bkz. **Eyrenci**, "Anayasanın Yorumlanması Yöntemlerine Genel Bir Bakış", a.g.m., s. 53.

[109] Frederich Müller, Juristische Methodik'ten aktaran **Uğur**, "Hermeneutik: Eski Bir Yorum Yönteminin Yeniden Gündeme Gelişi ve Hukuk Alanına Uygulanması", a.g.m., s. 193.

[110] **Sancar**, *Temel Hakların Yorumu*, a.g.e., s. 101.

[111] **Karayalçın**, *Hukukda Öğretim-Kaynaklar-Metod-Problem Çözme*, a.g.e., s. 116. Ayrıca bkz a.g.e., s. 118: "Hakim, öncülleri (topikleri) doğru seçmesini , öncülleri olaya uygulamasını, doğru sonuç çıkarmasını iyi ilen kişidir".

yarayacak öncüllerin bulunması süreci olarak da adlandırılır[112]. Topik yaklaşımda problem çözüm süreci şu şekilde işlemektedir: Öncelikle somut soruna ilişkin olabilecek tüm çözüm yollarına ilişkin bakış açıları ortaya konur. Daha sonraki aşamada bu çözüm yolları arasından genel geçerliliği olan çözüm yolu bulunmaya çalışılır. Bu aşamada somut olayın gerçekliğine en uygun olan çözüm yolu seçilmeye çalışılır ve çözüme diğerlerinden daha az elverişli olan görüşler elenir. Çözüme elverişli argümanlar bir araya toplanır. Bu argümanların sayısı somut olayın niteliğine göre az ya da çok olabilir. Olayın çözümünü doğrudan etkileyebilecek nitelikteki bakış açıları belirginleştikçe teorik olarak düşünülebilecek karar olasılıkları azalır; böylece karar süreci sonuca doğru ilerler[113].

Topik yaklaşım, normu, bakış açılarından sadece biri olarak ele alabilir. Klasik yorum yöntemleri, bu anlamda kullanımı zorunlu olmayan; buna karşılık, birer bakış açısı (topoi) olarak başvurulabilecek bağlayıcı olmayan unsurlardır[114].

Somut olayın tüm belirleyiciliğe sahip olduğu topik yaklaşımda, yorum gerekçelendirme faaliyeti ile adeta özdeşleşmektedir. Bu anlamda, somut olaydaki çözüm, en iyi gerekçelendirilmiş çözümdür.

Topik yaklaşımın anayasa hukukuna uygulanması yolundaki düşüncelerin en önemli dayanağı, anayasa hukukunun konusu ile ilgilidir. Bu alan, toplumun siyasal yaşamını düzenlediğinden, önemli bir yapısal açıklık içerir; diğer hukuk dallarına göre çok daha fazla dinamik yapıdadır. Topik, böyle bir yapıyı kavramak için özellikle tercih edilmesi gereken bir yöntemdir[115]. Salt formel hukuk anlayışı, İkinci Dünya Savaşı öncesinde kalmıştır ve hukukun kaynağı artık sadece yazılı normlardan ibaret

---

[112] **Işıktaç – Metin**, *Hukuk Metodolojisi*, a.g.e., s. 76.

[113] **Sancar**, *Temel Hakların Yorumu*, a.g.e., ss. 101-102.

[114] **Sancar**, *Temel Hakların Yorumu*, a.g.e., s. 103. Ayrıca bkz. **Eyrenci**, "Anayasanın Yorumlanması Yöntemlerine Genel Bir Bakış", a.g.m., s. 49: "Topik metoda göre, klasik yorum kuralları, sorunun çözümü için kısmi, içlerinden bir tanesinin seçiminin serbestçe yapılabildiği ve sonuçları bakımından yorumlayanı bağlayıcı nitelikte olmayan ilkelerdir".

[115] **Sancar**, *Temel Hakların Yorumu*, a.g.e., s. 104.

değildir[116]. İşte kaynakların bu denli serbest seçilebilmesi, hukuk güvenilirliği açısından sakıncalı bulunmuş ve keyfiliği önleme adına Gadamer'in felsefesinden hatırladığımız ön-anlayış[117] kavramının ehlileştirilmesine çalışılmıştır[118]. Zira, kişinin içinden geldiği koşulları anlatan ve adeta bir kültürü ifade eden ön-anlayış, kişilerin yorum konusuna farklı anlam bağlamlarından yaklaşmalarına neden olmaktadır. İşte bu nedenle, hukuk güvenliği adına konsensüsün sağlanması için, öncelikle ön-anlayışlarımızın neler olduğunun bilincine varmamız gerekmektedir:

> "Önanlayışın bilincine varıldığı, bir temellendirme zorlaması altına girildiği ve önanlayış üzerine rasyonel bir tartışma yapılabildiği anda, yorum sürecinde genel geçerlik niteliği taşıyan sonuçlar elde etme ihtimali yükselir. Ehmke'ye göre, önanlayışın temellendirilmesi, genel olarak doktrinin; anayasa hukuku sözkonusu olduğunda, maddi anayasa teorisinin işidir. Gerçek anlamda anayasa hukuku hermenötiği, ancak maddi yönelimli olan, problem ufuklarını kapsayan ve 'önyargıları' temellendiren bir anayasa teorisi olabilir; başka bir deyişle, pratik çalışmayı yönlendirmek isteyen bir anayasa hukuku hermenötiği, bir maddi anayasa teorisi haline gelmek zorundadır. Bu tür bir maddi anayasa teorisinde, anayasanın siyasal toplumun özgürlükçü demokratik temel düzeni olarak algılanması zorunluluğu vardır. Anayasa hükümlerinin birbirinden soyutlanmış biçimde yorumlanması ve bunun sonucu olarak yorumcunun sübjektif değer inancının anayasada verili olan değer düzeninin yerine geçirilmesi, ancak bu yolla önlenebilir"[119].

Böylelikle, topik yaklaşımın olay temelli özelliği ile, hukuk güvenliği ilkesinin bağdaştırılmasına çalışılmıştır. Yorumun üzerine inşa edileceği temel ise bellidir: maddi anayasa teorisi.

---

[116] Bkz. yukarıda "Form ve İçerik: Hukuk Devleti" başlığı.

[117] Bkz. yukarıda "Yorumcu / Yorumlanan İlişkisi ve Hermeneutik Döngü" başlığı.

[118] **Sancar**, *Temel Hakların Yorumu*, a.g.e., s. 105.

[119] **Sancar**, *Temel Hakların Yorumu*, a.g.e., ss. 105-106.

Yorumda adalet ise, konsensüsün sağlanmasından geçer. Anayasa teorisi akla yakın olduğu ölçüde konsensüs sağlamaya elverişlidir[120]. Topik anlayışa göre, bir teorinin makul olup olmadığı; genel kabul görüp görmediğine bağlıdır. Topik anlayışta bu şekilde benimsenen fikirler, zamanla formül ve örnek haline dönüşerek aynı konuda ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklar için standart bir içerik sunarlar[121]. Bir anayasa teorisinin gücünü, bütün adil ve makul düşünenlerin[122] konsensüse varıp varmaması ile belirlenir. Ehmke'ye göre, makul düşünenler, hukukçu bilim adamları ve yargıçlardır; adil düşünenler ise, bütün toplumdur[123]. Konsensüs bakımından asıl belirleyici olan makul düşünenler çerçevesidir; toplumun bu uzlaşmadaki konumu talidir ve daha çok denetleyici bir işlevle sınırlıdır[124]. Dolayısıyla, Ehmke'ye göre, anayasa hukukçusunun görevi, anayasal sorunlarda makul zeminde uzlaşmaktır:

> "*Biz (hukukçular, özellikle de kamu hukukçuları), toplumun anayasa ile ilgili olarak hangi noktalarda görüş birliği içinde olması gerektiği konusunda uzlaşmak zorundayız*"[125].

Bu şekilde makul düşünenlerin verdiği karar, toplumsal uzlaşmayı yaratabilecek niteliktedir[126].

Ancak topik metod, özellikle üç yönden ciddi eleştirilerle karşılaşmıştır:

---

[120] **Sancar**, *Temel Hakların Yorumu*, a.g.e., s. 106.

[121] **Frydman**, *Le sens des lois*, a.g.e., s. 56. Bu anlamda Common Law hukuk geleneği, topik anlayış üzerine kuruludur.

[122] Ancak realist yorum teorisinde, yorumun geçerliliği, sözkonusu yorum sonucunun benimsenip benimsenmemesine değil; yorumun yetkili organ tarafından yapılıp yapılmamasına bağlıdır. Bkz. aşağıda "Realist Yorum Teorisi" başlığı.

[123] **Sancar**, *Temel Hakların Yorumu*, a.g.e., s. 107.

[124] **Sancar**, *Temel Hakların Yorumu*, a.g.e., s. 107.

[125] **Sancar**, *Temel Hakların Yorumu*, a.g.e., s. 107.

[126] **Sancar**, *Temel Hakların Yorumu*, a.g.e., s. 107. Ancak buradaki konsensüsün sadece homojen toplumlarda sağlanabileceği ve topikin önemli gerilim ve kutuplaşmaların yaşanmadığı "apolitik yorum öğretisi" olarak kabul edilmesi gerektiği konusunda eleştiriler de ileri sürülmüştür, bkz. a.g.e., ss. 116-117.

bunlardan ilki, bakış açılarının çerçevelenmesi sorunu; ikincisi, normların işlevsiz hale getirilmesi, üçüncüsü ise, her türlü sistem düşüncesinin reddidir[127].

İşte somutlaştırma yöntemi, adeta topiğe getirilen bu eleştiriler doğrultusunda oluşturulmuştur.

bb. Somutlaştırma

Somutlaştırma kavramı, Almanya ve İsviçre hukuk sistemlerinde pekçok yazar tarafından işlenmiş olsa da, konuya anayasa hukuku metodolojisi açısından açıklık getiren yazar, kuşkusuz Friedrich Müller'dir.

Somutlaştırma, anayasa hukukunun kendine özgü yapısının yorum alanındaki bir yansıması olarak nitelenebilir. Anayasalar, bir yandan devlet organlarının işleyişini düzenleyip kayıt altına alırken, diğer yandan da kişilerin sahip oldukları hak ve özgürlükleri düzenlerler. Ancak anayasa normlarının hepsi aynı şekilde yorumlanmaz. Cumhurbaşkanının görev süresini yedi yılla sınırlayan anayasa normu ile, herkese ifade özgürlüğü tanıyan normu aynı şekilde yorumlamak mümkün değildir. Zira, birincisi, klasik yorum kurallarına tabidir. Ancak ikincisi için, norm, metinle özdeş olmadığı için, ifade özgürlüğünün koruduğu norm alanının belirlenmesi gerekir. Bir özgürlük için geçerli olan norm alanı, ilk örneğin aksine salt hukuki değildir. O nedenle de ilk önce bu normun somutlaştırılması gerekir. Dolayısıyla anayasa hukukunda –özellikle de temel haklara ilişkin olarak- yorum yapılmasını gerektiren husus, anayasa metinlerinin muğlak, belirsiz ve soyut ifadeler içermesi değil; normun konusu itibarıyla yapısal analizinin yapılması gerekliliğidir. Somutlaştırmada, anayasa normunun düzenlediği sosyal gerçeklik, klasik yorum kurallarına göre çok daha fazla işin içine girer[128].

Müller'de somutlaştırmanın aldığı görünüme geçmeden önce, yazarın metodolojisindeki bazı temel kavramlara açıklama getirmek gereklidir (aaa). Bu aşamadan sonra somutlaştırma faaliyetinin unsurlarına geçmek daha uygun olacaktır

[127] Ehmke, Schlusswort'dan aktaran **Sancar**, *Temel Hakların Yorumu*, a.g.e., s. 110-115.

[128] **Sancar**, *Temel Hakların Yorumu*, a.g.e., s. 120.

(bbb).

aaa. Temel Kavramlar

Müller, hukuk metodolojisini şu şekilde tanımlar[129]:

Metodoloji, hukukçuların faaliyetlerine ilişkindir. Peki hukukçular hangi faaliyetlerde bulunurlar?

Öncelikle, norm metinlerini yaratırlar (Hukuk siyaseti açısından norm metinlerini hazırlar ve yasama organının iradesine göre formüle ederler).

İkinci olarak, hukuk normlarını somutlaştırıp hayata geçirirler (uygulanmasını sağlarlar).

Son olarak, norm metnine göre işlemleri ve / veya diğer normları denetlerler.

Bu anlamda hukuk metodolojisi, norm ya da norm metni doğrultusunda karar alma süreci üzerine, bilimsel pratik üzerine kurulu bir tekniktir.

Müller, hukuk metodolojisini belli bir norm teorisi üzerine inşa etmiştir.

Hukukçu, öncelikle yorumun farklı yönleri üzerinde durur. O'na göre, yorumda kullanılmak üzere bir *dilsel veriler* (Sprachdaten), bir de *reel veriler* (Realdaten) vardır[130]. Dilsel veriler, yorumun özellikle dil üzerine kurulu yönlerini gramatik ve sistematik yöntemi içerecek şekilde kapsar ve *norm metnini* anlatır. Reel veriler ise, esas olarak doğal ya da sosyal nitelikleri itibarıyla dilsel sayılmayan, ancak hukuk biliminin ve uygulamanın bunları kullanabilmesi için dil vasıtasıyla açıklanan ampirik unsurlar olarak tanımlanır. Bu anlamda reel veriler, *norm alanını* oluştururlar.

Norm metni, paragraflar ve maddeler şeklinde kodifikasyonları oluşturan işaretler zinciridir. Müller'e göre, norm metni, somut olayın yanında, somutlaştırma sürecinin başlangıç verisini oluşturur. İkinci başlangıç verisi ise, hukukçunun maddi

[129] **Friedrich Müller**, *Discours de la méthode juridique*, (traduit par Olivier Jouanjan), PUF, Léviathan, Paris 1996, s. 345.

[130] **Müller**, *Discours de la méthode juridique*, a.g.e., s. 346.

vakıalar olarak kaydettiği üzere, somut olaylardır. Belirli bir olayı çözmekle yükümlü olan hukukçu, somut olayı gözönünde bulundurarak, bilgi durumuna göre kendisine uygun (einschlägig) görünen norm metnini seçer[131].

Dilsel verilerin bütününün yorumlanması, başka bir deyişle bilinen tüm metotların yardımıyla metinlerin açıklanması *norm programını* ortaya çıkarır. Karar verecek olan makam bu olgusal alandan yola çıkarak, somut olaydaki sorunun çözümü için, *norm alanını* oluşturan eş-normatif olguların sayısını belirler. Norm alanı, bu şekilde kararı oluşturmaya katkıda bulunacak reel verileri içermektedir[132]. Norm programı, normla ilgili dilsel verileri içerir. Buna karşılık, norm alanı ise, normun sosyal gerçeklikten seçip ayırdığı veya bizzat yarattığı düzenleme alanını ifade eder[133].

Norm programı ve norm alanı birlikte soyut ve genel hukuk normunu oluştururlar[134]. Hukukçunun çalışmasının son aşaması ise, bu hukuki normu, karar-norm (norme-décision / entscheidungsnorm) şeklinde bireyselleştirmekten ibarettir. Bu son adım, ancak ve ancak yöntem açısından bu şekilde önceden aşamalı olarak üretilen hukuki normun mantıki içermesine (altlama / subsomption / subsumtion) başvurmak suretiyle tamamlanmış olur[135].

Norm metni somutlaştırmada meşru olanın sınırını göstermesi itibarıyla önem taşır; ancak norm, norm metninden ibaret değildir. Hukuki faaliyetin başlangıç verilerinden hiçbiri normatif değildir. Sadece bunların sonuçları normatiftir: hukuki norm genel çözümlerle formüle edilmiş ara çözüm olarak; karar-norm (norme-décision)

---

[131] **Müller**, *Discours de la méthode juridique*, a.g.e., s. 346.

[132] **Müller**, *Discours de la méthode juridique*, a.g.e., s. 347.

[133] **Sancar**, *Temel Hakların Yorumu*, a.g.e., s. 127. Norm alanı, hukuk tarafından yaratılmış olabileceği gibi (yaş, süre sınırlarında olduğu gibi), hukuk tarafından sosyal gerçekliğin verisi olarak da bulunabilir (temel hak ve özgürlüklerde olduğu gibi), bkz. a.g.e.

[134] **Müller**, *Discours de la méthode juridique*, a.g.e., s. 347.

[135] **Müller**, *Discours de la méthode juridique*, a.g.e., s. 347.

ise olayın bireysel biçimde belirlenmesi şeklinde kendisini gösterir[136].

Norm metninin en önemli niteliği ise, geçerliliğidir (Geltung). Geçerlilik unsuru, bir yandan, muhataplarına davranışlarını buna göre ayarlama; diğer yandan ise, somut olaya uygulanacak norm metnini seçme yetkisine sahip olan yargıç ya da hukukçuya, yöntemsel açıdan bunları doğru uygulama yükümlülüğü yükler[137]. "Yürürlükteki hukuk" ya da "geçerli hukuk", norm metinleri bütününden oluşur.

Somutlaştırmanın ne ölçüde gerçekleştirileceği, normun yapısına bağlı bir husustur. Müller normları, yapılarına göre, biçimsel/numerik normlar ve ilke normlar olmak üzere ikiye ayırır.

Buna göre, biçimsel normlarda norm alanları çoğunlukla hukuk tarafından yaratılmıştır ve bunlar da norm alanı, norm programının gerisinde kalır[138]. Burada geçerli olan yorum yöntemi geleneksel yorum kanonudur. Başka bir deyişle, bu tür normlarda, gramatik/sistematik/amaçsal/tarihi yöntemler, hukuki problemi çözmek için yeterli olmaktadır. Örneğin, süre, yaş ve nicelik belirten diğer normları bu kapsamda anmak mümkündür.

İlke normlar ise, norm alanı nesnel olarak tasvir edilemeyen normlardır. Bu tür normların nesnel içeriği yoğundur[139]. Temel hak normları bu tür normlara örnek olarak gösterilebilir. İlke normların yorumlanmasında geleneksel yorum yöntemleri sınırlı bir işlev görür. Zira geleneksel yorum yöntemleri norm metninin açıklanmasına yöneliktir. Oysa, temel haklarda norm metni ve içinde yer aldığı program soyut ve belirsizdir.

Bütün bunlar gözönünde bulundurulduğunda "somutlaştırma" kavramını, basit bir kıyas, altlama ya da uygulama işlemine indirgemek yanılgı olur. Ancak somutlaştırma, yasa metninde daha önce yapılmış değerlendirmelerin, somut olaydaki

---

[136] **Müller**, *Discours de la méthode juridique*, a.g.e., s. 347.

[137] **Müller**, *Discours de la méthode juridique*, a.g.e., s. 347.

[138] **Sancar**, *Temel Hakların Yorumu*, a.g.e., ss. 128-129.

[139] **Sancar**, *Temel Hakların Yorumu*, a.g.e., s. 129.

menfaatler gözönünde bulundurularak yeniden ele alınması da değildir. Burada sözkonusu olan, somut olaydaki hukuki sorunun çözümü için normun inşa edilmesidir. Hukuki normun her seferinde ve her somut olaya ilişkin olarak yeniden üretilmesi gerekir. İşte her seferinde yeniden üretilen norm, norm metnine göre, zorunlu olarak daha somut olur.

bbb. Somutlaştırma Süreci

Yukarıda somutlaştırmanın normun açıklanması değil; normun üretim süreci olduğundan bahsetmiş idik.

Müller somut olayla ilişkisi açısından normun somutlaştırılmasının anlamını şu şekilde açıklar[140]:

- norm metni, norm ile özdeş değildir.
- yürürlükteki hukuk olması açısından norm metni, çözülecek somut olayın neden olduğu somutlaştırma sürecinin başlangıç verisini oluşturur.
- sorunun çözülmesi sırasında yaratılan ve somut olaya sıkı sıkıya bağlı olan hukuki norm, norm metninden daha somuttur.
- hukuki normun metni, ulaşılan karar-norma göre daha geneldir.

Somutlaştırma ise şu şekilde gerçekleşir[141]: Yargıç önce somut olayın özelliklerine göre, yürürlükteki hukuk normlarının metinleri arasından, uygun bulduğu metinsel hipotezleri seçer. Ardından, metin seçiminden sonra bulunan hukuki norm metinlerinden ve somut olaydan yola çıkarak, normun olgusal alanını tespit eder ve son olarak, bu olgusal alanı somut olaya indirger.

---

[140] **Müller**, *Discours de la méthode juridique*, a.g.e., ss. 223-224.

[141] **Müller**, *Discours de la méthode juridique*, a.g.e., ss. 224-225.

Somutlaştırma süreci, norm metnini aşan bir norm alanının tespitini öngörmesine rağmen, yargıcı tamamen özgür, onun kararlarını da keyfi kılmaz[142]; zira aslında somutlaştırma süreci normatif verilerin üretim sürecidir: dilsel verilerle ilgili olan norm metni, norm programının hazırlanmasını sağlar. Yine somut verilerle ilişkilendirien norm metni, olgusal alanın sınırlanmasına ve bu surette normatif programın koyduğu ilkelere uygun olarak normatif alanın oluşturulmasına yardımcı olur. Normatif program ve normatif alan hukuk normunu oluşturur. Hukuki normun bireysel olaya uygulanması (başka bir deyişle hukuki normun bireyselleştirilmesi), karar-normun ortaya çıkmasını sağlar.

Şayet bir yargıç, somut bir olayda uygun norm metinleri yerine, kendisine uygun olan başka normlar belirliyorsa ya da kendini kişisel olarak memnun edecek bir karar alıyorsa, sübjektif olarak kendi mesleki görevini yerine getirmemiş, objektif olarak da hukuka aykırı hareket etmiş olur.

Bütün bunlardan yola çıkarak somutlaştırma sürecini beş aşamada özetleyebiliriz[143]:

- Olay gözönünde bulundurularak norm metinlerinin seçilmesi.
- Norm metninin klasik yorum kanonu, hukuk dogmatiği, anayasa teorisi ve hukuk politikası dahilinde yorumlanması suretiyle norm programının tespit edilmesi.
- Norm alanının incelenmesi.
- Norm programı ile norm alanını birleştirerek hukuk normuna ulaşılması (sentez aşaması).
- Hukuk normunun bireyselleştirilmesi (karar-norma ulaşılması).

[142] **Müller**, *Discours de la méthode juridique*, a.g.e., s. 225.

[143] **Müller**, *Discours de la méthode juridique*, a.g.e., ss. 228

Hermeneutik doktrinin en temel savı, somutlaştırmadan önce hukuki normun mevcut olmadığı fikridir. Aslında aşağıda incelediğimiz Dworkin'in yorum anlayışına göre de yorumdan önce herhangibir metnin varlığından söz edilemez. Ama ikisi arasında çok temel bir fark vardır: Müller, anlamın yorum aşamasında ortaya çıkması hususunu norm kavramından yola çıkarak, Dworkin ise siyaset felsefesine dayanarak açıklar.

II. DWORKIN'İN YORUMLAYICI HUKUK TEORİSİ

Ronald Dworkin (1931), ilk çalışmalarını H.L.A. Hart'ın hukuki pozitivizm teorisinin eleştirisi üzerine kurgulayarak kendi hukuk teorisini oluşturmuş; daha sonraki

çalışmalarında ise, bu teoriyi, yorumlayıcı hukuk teorisi olarak yeniden biçimlendirmiştir[144]. Dworkin, Common Law'da yorum konusunda en temel çalışmaların sahibidir. Bir önceki başlık altında, özellikle Almanya Hukuku kökenli hermeneutik teoriden bahsetmiştik. Burada ise, Dworkin'in yorum anlayışı ve buna getirilen eleştirilerden yola çıkarak, Common Law sisteminde yorum alanındaki temel tartışmaları ele alacağız.

Dworkin'in Gadamer'de belirginleşen hermeneutik yaklaşıma yakın düşünceleri vardır: Dilthey'den beri süregelen hermeneutik anlayışında, doğa bilimleri sosyal bilimler ayrımı belirgindir. Buna göre, sosyal bilimler artık sadece "anlatım" ya da "betimleme"den ibaret değildir. Sosyal bilimlere konu kavramlar "yorum" yoluyla aydınlatılır. Sosyal bilimlerde kavramlar, üzerinde çalışılan gerçekliği oluşturmaktadırlar. Buna karşılık, doğa bilimleri, kavramları, gerçekliği tarif etmek için kullanır. Örneğin, bir "düzen"in varlığından söz edebilmek için, bunu oluşturan toplumsal aktörlerin düzen kavramına sahip olmaları gerekir. Oysa ki "şimşek", nasıl kavramsallaştırılırsa kavramsallaştırılsın, aynı doğa olayını ifade eder[145]. Bununla birlikte, modern anlamda doğa bilimlerinin doğuşunda, hermeneutiğin katkısı bulunduğundan yukarıda bahsetmiş idik[146]. Dworkin de yorum sürecini mekanik ve tasıma dayalı bir süreç olarak görmez; yorumu hermeneutik ve edebi yoruma yakın bir biçimde anlar.

Dworkin, tüm alanlar için geçerli genel bir yorum kavramından bahsetmenin yararlı olmayacağı düşüncesindedir. Yazar Dilthey ve Gadamer de dahil olmak üzere pek çok felsefecinin, farklı alanlarda gerçekleştirilen yorumun özünde aynı faaliyet olduğu şeklindeki anlayışlarını kabul etmez[147]. Bu felsefeciler, bütün alanlarda yoruma

---

[144] **Brian Bix**, "Natural Law Theory: The Modern Tradition", *Handbook of Jurisprudence and Legal Philosophy*, (ed. Jules J. Coleman&Scott Shapiro), Oxford University Press, Oxford 2002, ss. 62-103.

[145] **Fay**, Çağdaş Sosyal Bilimler Felsefesi, a.g.e., s. 161.

[146] Bkz. yukarıda "**Dilthey** : Hermeneutik ve Tin Bilimleri" alt başlığı.

[147] **Dworkin**, "Interpretation, Morality and Truth", s. 4, http://www.law.nyu.edu/clppt/program2002/readings/dworkin/dworkin.pdf (3.01.2007)

özgü ortak bir özellik olduğundan bahsederler: Kendi yorumlayıcı fikirlerimizi birşeyin anlamıymışçasına söyleriz. Oysa, basit bir gözlemin ya da bilimsel bir teorinin sonucunu bu şekilde söylemek garip sonuçlar doğurabilecektir. Pencereden dışarı bakarken gördüğümüz şeyin anlamının kar yağması olduğunu söyleyemeyiz. Her türlü yorumlayıcı sonucu, "yorum" terminolojisi altında dile getirme alışkanlığımız vardır. Örneğin bir tiyatro oyununun ya da bir yasanın anlamından bahsederken de, anlamın, amaçları gösteren yorumlar olduğunu düşünürüz. Bu nedenle, tüm alanlar için ortak bir yorum tanımı yapmak işlevsel değildir.

Dworkin'in yorum anlayışını incelemek (A), yorumlayıcı hukuktan bahsedildiği zaman ilk akla gelen bu ismi, diğer teorisyenlerden ayıran yönleri görmemizi sağlayacaktır. İkinci olarak, Dworkin'in anayasal yoruma da özel bir katkısı bulunduğundan bahsedilir (B).

A. Dworkin'in Yorum Anlayışı

Dworkin, hukuki problemlerin, özünde yorum sorunu olduğu fikrindedir. Dolayısıyla hermeneutik doktrinde olduğu gibi o da, "*yorumdan önce ve öteye herhangibir metnin varlığından söz edilemeyeceği*"[148] düşüncesini savunur.

Ancak, Dworkin'in en temel özelliği, hukuk teorisini "yorum"dan yola çıkarak tanımlamasıdır (1). Hukukçunun yorum anlayışındaki ikinci temel unsur, yorumun hukukun *bütünlük* içinde uygulanmasındaki rolüne ilişkindir (2).

[148] **Sevtap Metin**, "Ronald Dworkin'in Hukuk Teorisinde Yorum Yaklaşımı" in *İÜHFM*, cilt: LXI, sy. 1-2, 2003, s. 39.

1. Yorumlayıcı Bir Disiplin Olarak Hukuk[149]

Hukukçular ya da yurttaşlar kendi devletlerindeki "hukukun ne dediği" konusundaki önermeleri kabul ya da reddederler. Bu önermeler bazen çok genel (örneğin "hukuk, bir katilin, öldürdüğü kişinin mirasçısı olmasına izin vermez" önermesi), bazen de çok somuttur (örneğin "hukuk, Bay O'Brian'a Bayan McLoughlin'e 19 Ekim 1973 tarihinde verdiği manevi zararın tazmine hükmetmiştir")[150]. Bu önermelerin kabulü ya da olumsuzlanması hukuk uygulamasının kurucu unsurlarındandır ve hukuk felsefesine iki temel problemini verir: birincisi, hukuk önermelerinin ifade etmesi gereken "*anlam sorunu*"; ikincisi ise, bu önermelerin hangi durumlarda doğru ya da yanlış kabul edileceğini araştıran "*doğruluk şartları*"dır[151]. Dolayısıyla, öncelikle bu önermelerin anlatmak istediği sorunların üzerinde durulması gerekir. Bu nedenle, hukuk teorisi sadece "dilsel" olarak görülebilecek bir yönü de içerir. Bu "dilsel" sorunlar, bazılarınca kısır tartışmalar olarak nitelendirilir. Onlara göre, hukuk felsefesi "hukuk" sözcüğünün ne anlama geldiği ile uğraşmaz; sosyal bir fenomen olarak onun ayırıcı özelliklerini ortaya çıkarır[152]. Ancak bu önerme, kendi içinde karşı anlamını da taşımaktadır. Sosyal bir fenomen olarak hukukun en özgün yönü şudur: hukuki sürece katılanlar, hukuksal önermelerde bulunurlarken bunların kabul ya da reddinin belirleyici bir öneme sahip olduğunu düşünürler. Hukuk felsefecileri, anlam sorununu ve doğruluk şartlarını sosyal yapının diğer özelliklerini göstermeye yarayan bir metod olarak değil; kendilerinin açıklamaları gereken şeyin önemli bir bölümü olarak görmelidirler[153]. Dworkin bu şekilde anlam

---

[149] Esasen Dworkin, *Law's Empire*'da ifade ettiği üzere, hukuku "interpretive concept" olarak görür. Bu ifadenin Türkçe karşılığı "yorumlayıcı kavram" gibi anlamsız bir ifadedir. Ancak, yazar bu kavrama *A Matter of Principle* (Une question de principe olarak Fransızca'ya çevrilmiştir) kitabının önsözünde açıklık getirir. Buna göre hukuk, "yorumlayıcı bir disiplin (dicipline interprétative)"dir, bkz. **Dworkin**, *Une question de principe*, S. U.F., Paris 1996, s. 4.

[150] **Ronald Dworkin**, "la théorie du droit comme interprétation" in *Droit et Société*, n° 1-1985, s. 99.

[151] **Dworkin**, "la théorie du droit comme interprétation", a.g.m., s. 100.

[152] **Dworkin**, "la théorie du droit comme interprétation", a.g.m., s. 100.

[153] **Dworkin**, "la théorie du droit comme interprétation", a.g.m., s. 100.

sorununun önemini ortaya koymaktadır.

Hukukun ne olduğunun anlaşılabilmesi, başka bir deyişle anlamın açıklanması ise, ancak yorum faaliyetine katılım ile mümkündür. Daha da önemlisi Dworkin'e göre,

> "*hukuki önermeler, mevcut olan hukuki bir uygulamayı meşrulaştırmaya yarayan yorumlardır*"[154].

Başka bir deyişle, Dworkin, tüm hukuksal faaliyetleri, bir grup ya da cemiyetin veya davanın taraflarının, diğerlerinin inanç ve kanaatlerini değiştirmek sonuçta da kendi görüşlerini kanıtlamak amacıyla sundukları delil ve kanıt getirme teşebbüsü olarak görmektedir[155]. O'na göre, *hukuk birbiri ardından gelen yorumlarla inşa edilen bir objedir*:

> "*Yargıçlar, hukukun ne olduğuna karar vermiş diğer yargıçların uygulamalarını yorumlayarak, hukukun ne olduğuna karar verirler. Bize göre, hukukun genel teorileri, yargısal pratiklerimizin genel yorumlarıdır*" [156].

Dworkin, normativizmi reddeder; zira bu teori yargıçların en iyi yorumu, özel kanunlardan bulacakları ve uygulayacakları esasını öngörmektedir. Oysa ki kurallar eksiksiz değildir. Ayrıca hukuki düzen sadece kurallardan değil; prensiplerden de oluşmaktadır. Bu prensipler, zor davalarda kuralların uygulanmasını ve yorumlanmasını, hukukta adaletin sağlanmasına dönük olarak yönlendirirler.

Prensip kavramı, Dworkin'in yorum yaklaşımında önemli bir yer tutar. Buna göre, hukuki standartlar kurallardan (*rules*) ve prensiplerden (*principles*) oluşur. Prensipler ahlaki değerlere ilişkindir; yargıçların sübjektif görüşleri değil, hukuk sisteminin bir parçasıdır. Dolayısıyla prensiplere başvurulduğunda yeni kural yaratılmış

---

[154] **Dworkin**, "la théorie du droit comme interprétation", a.g.m., s. 110.

[155] **Metin**, "Ronald Dworkin'in Hukuk Teorisinde Yorum Yaklaşımı", a.g.m., s. 37.

[156] **Dworkin**, *Law's Empire*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge Massachusetts 1986, s. 410.

olmaz[157]. Prensipler bağlayıcıdır, zira bir toplumun hukuk pratiğini ahlaki açıdan haklılaştırmaktadır[158]. Bu haklılaştırma iki şekilde gerçekleştirilir: Bir yandan, prensipler, "uygunluk ilkesine"[159] cevap verecek şekilde, varolan hukuki materyallerle ve uyumlu ve tutarlıdır. Diğer yandan da ahlaken en iyi standartlardır[160]. Doğru bir hukuk prensibi, hukuku ahlaken olabildiğinin en iyisi yapar. Ancak, prensipler her halükarda olaylara uygulanış biçimi ve zamanı açısından kurallardan ayrılır[161].

Prensipler, esasen kuralların somut olaya çözüm bulamaması halinde devreye girerler. Bu tür davalar, Dworkin tarafından zor davalar (*hard cases*) olarak adlandırılır. Dworkin bu tür davalara örnek olarak Elmer'in davasını[162] verir. Anılan davada, Elmer, 1882 yılında büyükbabasını zehirleyerek öldürmüştür. Bunun nedeni ise büyükbabasının yeni yaptığı evliliğin ardından vasiyetnamesini değiştirerek kendisini miras paylaşımının dışında bırakmasından duyduğu korkudur. Büyükbabasının son vasiyetnamesine göre malvarlığının tümü Elmer'e bırakılmıştır. Somut olayda mahkemenin önündeki sorun, vasiyetnamesinden yararlanmak için, büyükbabasını öldüren torunun bundan yararlanıp yararlanamayacağıdır. Dönemin New York Miras Kanunları, vasiyetname sahibini öldüren kimsenin aynı zamanda vasiyetnamenin

---

[157] Pozitivistler, iki açıdan yargıcın yeni kural yaratmasına karşıdırlar ve yargıcın başka kurumların yarattığı yasayı uygulamakla yetinmesi gerektiğini savunurlar: İlk olarak, toplum, seçilmiş ve çoğunluğa karşı sorumlu olan kişilerce yönetilmelidir. Yargıç çoğu zaman seçilmediği ve dolayısıyla yasama organının olduğu gibi seçmenlere karşı sorumlu olmadığı için, kendisi hukuk yarattığı zaman bu ilkeye aykırı davranmış olmaktadır. İkinci olarak, yargıç hukuk yaratıp, bunu kendisinin önündeki davada geriye dönük olarak uygularsa, kaybeden taraf, yükümlü olduğu bir ödevi ihlal etmesi nedeniyle değil; fakat sorumluluk doğuran olaydan sonra ortaya çıkan yeni yükümlülük nedeniyle cezalandırılmış olacaktır. İşte bu nedenle, mahkeme kararları pozitivistlere göre mümkün olduğunca az orijinal olmalıdır. Ayrıntılar için bkz. **Dworkin**, "Hard Cases", in *Harvard Law Review*, Vol. 88, 1975, s. 1061.

[158] **Metin**, "Ronald Dworkin'in Hukuk Teorisinde Yorum Yaklaşımı", a.g.m., s. 67.

[159] Bkz. aşağıda "Uygunluk Boyutu" başlığı.

[160] Bkz. aşağıda "Değer Boyutu" başlığı.

[161] Bütün bu görüşlere karşılık olarak, "hukuki ilkelerin" mevcut olmadığı, ancak bir normun farklı uygulama biçimleri olduğunu savunan yazarlar da vardır. Bkz. **Robert Alexy**, "On the Structure of Legal Principles", in *Ratio Juris*, Vol. 13, No. 3, September 2000, ss. 294-304.

[162] Bkz. **Dworkin**, *Law's Empire*, a.g.e., ss. 15-20. *Riggs v. Palmer*, 115 N.Y. 506; 22 N.E. 188, 191-2.

lehdarı olması halinde ne olacağına dair açık bir hüküm içermemektedir. Elmer'in avukatı ise, vasiyetnamenin kanuna uygun hazırlanmış olmasından dolayı geçerli olduğunu ve bu geçerli vasiyetname uyarınca mirasçının Elmer olduğunu ve şayet mahkeme, mirasın Elmer'in halalarına[163] verilmesine hükmederse, kendi ahlaki yargılarını yasanın yerine koymuş olacaklarını iddia etmiştir. New York Yüksek Mahkemesi yargıçları, kararlarının hukuka uygun olması gerektiği konusunda hemfikirdirler. Hiçbiri, doğru olarak yorumlanan Miras Kanunun mirasın Elmer'e verilmesini gerektirmesi halinde, vasiyeti idare memurunun bunu yerine getirmesini reddetmeyecektir. Yine bu dava kapsamında hiç kimse, adaletin menfaati uğruna anılan Yasanın değiştirilmesi gerektiğini de söylememektedir. Burada yargıçların anlaşamadıkları husus, -kaleme aldıkları mütalaalardan anlaşıldığı kadarıyla– davanın *doğru sonucuna* ilişkindir. Yargıçlar, *doğru olarak okunan yasanın neyi gerektirdiği*, o dönemki *hukukun ne olduğu* konusunda anlaşmazlık içindedirler. Çoğunluk kararına karşı direnen Yargıç Gray, "metinsel (*lafzi*) yorum" olarak adlandırılan yönteme başvurmuştur. Buna göre, yasa metninde bulunan sözcüklerin anlamı, içinde bulunulan bağlamdan soyutlanmış biçimde ve kanunkoyucunun niyetinden bağımsız olarak düşünülür. Bu yorum yöntemi uyarınca, kontekste bağlı olan ve ifade edilmeyen hiçbir nitelendirme yorumda dikkate alınmaz. Bu nedenle Yargıç Gray'e göre, Miras Kanunu doğru biçimde değerlendirildiğinde, katiller için herhangi bir istisna bulunmadığı görülür. Buna karşılık, çoğunluk adına yazan Yargıç Earl, Miras Kanunun yorumunda kanunkoyucunun niyetine önemli yer veren bir gerekçe kaleme almıştır:

> "*Bir yasanın kanunkoyucusunun niyeti kapsamında olan şey, yasa metninin içindeymişçesine sonuç doğurur ve bir yasanın metninde olan şey, kanunkoyucunun niyeti dahilinde değilse, yasanın da içinde sayılmaz*"[164].

---

[163] Somut olayda, şayet Elmer büyükbabasından önce ölseydi, büyükbabasının mirasçıları bu iki hala olacak idi. Bu nedenle miras davasını Dworkin'in Goneril ve Regan olarak isimlendirdiği bu kişiler açmışlardır.

[164] Burada "yasa" ifadesi, "statute" kelimesinin karşılığı olarak kullanılmıştır. Dworkin bu sözcüğün iki anlamı olduğunu; ilk anlamının, Kongre tarafından oylama yolu ile kabul edilen bir belgeyi; ikincisinin ise bu belge kabul edilerek oluşturulan hukuk olduğunu ifade etmektedir, bkz. **Dworkin**, *Law's Empire*, a.g.e., s. 16. Dolayısıyla alıntılanan ifadede kullanılan birinci ve sonuncu "yasa" tabiri ikinci anlamda (*maddi anlamda yasa*), kullanılan ikinci "yasa" tabiri de birinci anlamdadır (*şekli anlamda yasa*).

Bu durumda, New York kanunkoyucusunun, katillerin öldürdükleri kişinin mirasçısı olabileceğini düşünmesi absürd olurdu. Ancak burada Yargıç Earl, bir yasanın kanunkoyucunun öngörmediği hiçbir sonucu doğurmayacağını söylememektedir. Hiçbir parlamenter, lehine oy kullandığı yasanın bütün sonuçlarını önceden tahmin edemez. Kanunkoyucu oylamalar sırasında Elmer'in davasını düşünmemişti. Başka bir deyişle, kanunkoyucunun bu konuda herhangi bir niyeti yoktu. Yargıç Earl, bu noktada dayandığı ilk prensibi şöyle belirlemiştir:

> "*Bir yasa, onu kabul edenlerin (kanunkoyucuların) karşı karşıya gelseydi reddedecekleri hiçbir sonuç doğuramaz*"[165].

Ancak Yargıcın dayandığı tek gerekçe bu değildir: Yasalar, metinlerinin tarihsel olarak izole edilmesi yoluyla değil, *hukukun genel prensiplerinin* eşliğinde okunmalıdır. Prensiplerin bu şekilde kullanılmasını da iki gerekçe ile açıklamıştır: ilk olarak, kanunkoyucular, açıkça tersini söylemedikleri sürece, genel ve yaygın olarak adaletin geleneksel prensiplerine saygı gösterme niyetindedirler. İkinci olarak, bir yasa kendisinden daha büyük düşünsel bir sistemin bir parçasıdır, hukuk bir bütün olarak ele alınmalıdır, yasa da bu bütünlükle tutarlı olmalıdır. Hukukun genel prensibi, kimsenin kendi hatasından yararlanamayacağı yönündedir. O zaman, vasiyetname sahibini öldüren vasiyetname lehdarının mirasçılık sıfatı yoktur[166].

Hukukun yazılı kurallar dışında, bu şekilde prensiplerden de oluştuğu görüşüne rağmen, Dworkin'i klasik doğal hukuk teorisi içerisinde değerlendirmek tam anlamıyla mümkün değildir. Gerçekten de Hukukçu, evrensel ve zamanı aşan bir hukuk kavramı yerine, belli bir hukuk sisteminin tarihsel açıdan doğru ve yanlışları ile daha çok ilgilidir[167]. O, "*aşkın*" ve objektif ahlaki değerlerden çok, belirli bir sisteme "*içkin*"

---

[165] **Dworkin**, *Law's Empire*, a.g.e., s. 19.

[166] Bu karar ve Dworkin'in bu karara ilişkin yorumu, eleştiri konusu da olmuştur: bkz. **Kenneth Einar Himma**, "Trouble in Law's Empire: Rethinking Dworkin's Third Theory of Law", *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 23, No. 3 (2003), ss. 355-356.

[167] **Metin**, "Ronald Dworkin'in Hukuk Teorisinde Yorum Yaklaşımı", a.g.m., s. 36.

değerleri dikkate alır[168].

Dworkin, normativizmin etik / hukuk ayrılığına dair yaklaşımını kabul etmez. O'na göre, hukuk ve ahlak birbirinden ayrılamayacak şekilde adaletin gerçekleştirilmesi ereğine yönelmiştir.

Dworkin, yine normativizme (özellikle de Hart'ın dilsel versiyonuna) karşıt olarak, zor davalar için *tek bir doğru cevabın* (*one right answer*) bulunabileceği fikrindedir[169]. Pekçok hukukçu, bir yargıcın karar gerekçesinde "bir hükmün tek bir doğru yorumu vardır, geri kalan yorumlar yanlıştır" şeklinde bir belirlemede bulunmasını yadırgar[170]. Genellikle hukukçuların çoğu, bu kesin iddiadan kaçınmayı tercih ederler: örneğin bir hukukçu, eşit koruma ilkesini kendisine en iyi görünen, ancak diğer hukukçuların katılmadığı bir şekilde yorumlaması durumunda, tek bir doğru yorumun bulunduğu ve buna katılmayanların hata yaptığını söyleyememektedir. Ancak bu söz oyunu bir anlam ifade etmez. Bu tür ifadelerin yaygınlığı ise, yorumun doğruyu arama özelliğine dair belirsizliklerden kaynaklanmaktadır[171]. İlk bakışta bazı bildik örneklerden yola çıkarak "tek doğru cevap" tezini reddetmek son derece olasıdır. Özgürlük, eşitlik ve özerklik haklarını düzenleyen yazılı bir anayasaya sahip çoğulcu demokrasilerde, kürtaja ilişkin açık hüküm bulunmadığı takdirde, anayasa yargıçlarının kürtajı suç sayan yasa hakkında, kadınların anayasal haklarının ihlal edilip edilmediği konusunda karar vermek durumunda kaldıklarını varsayalım[172]. Bu konudaki görüş ayrılıkları son derece fazladır. Bazıları bunu cinayet olarak görürken, bazıları kadının anayasal özgürlük ve özerkliğinin temel bir unsuru olarak görür. Bu nedenle en azından

---

[168] **Metin**, "Ronald Dworkin'in Hukuk Teorisinde Yorum Yaklaşımı", a.g.m., s. 36.

[169] Bu çok tartışılan tez, çatışan değerler ve bunların dengelenmesine ilişkin tartışmalar çerçevesinde tekrar gündeme gelmiş ve birçok eleştiriye maruz kalmıştır. Bu tartışmalar için bkz. **Simon Honeyball - James Walter**, *Integrity, Community and Interpretation* (A critical analysis of Ronald Dworkin's Theory of Law), Ashgate/Dartmouth, Aldershot, Vermont 2000, ss. 39-42.

[170] **Dworkin**, "Interpretation, Morality and Truth", a.g.m., s. 5.

[171] **Dworkin**, "Interpretation, Morality and Truth", a.g.m., s. 5.

[172] **Michel Rosenfeld**, "Dworkin and The One Law Principle: Pluralist Critique" in http://ssrn.com/abstract=528562 (25.11.2006), s. 1-2.

bazı zor davalarda, Dworkin'in tek doğru cevap tezinin işlemediği söylenebilir.

Ancak, uygun bağlamı içerisinde düşünüldüğünde, Dworkin'in bu tezinin çoğu zaman işlevsel olduğu görülür. Bu tezi, Düşünürün modern hukuk sistemlerinin temel unsurlarını yeniden inşa etme konusunda gösterdiği çabalar ışığında okumak gerekir. Hukukçudaki bu yeniden inşa çabasının, özellikle bazı hukuk teorilerine karşı olarak ve bunların eleştirisi şeklinde gerçekleştiği gözlemlenebilir: bu teoriler özellikle, pozitivizm, hukuki realizm ve bunun halefi eleştirel hukuk okulu ve Posner tarafından savunulan ekonomi ve hukuk yaklaşımlarıdır[173].

Dworkin'in bütün düşünceleri, belli bir siyaset felsefesini yansıtır; bu felsefe de John Rawls'un[174] liberal eşitlikçi tavrına güçlü bir yakınlık gösterir[175]. Hatta ilerleyen aşamalarda ortaya konacak iki farklılık dışında, Dworkin'in adalet anlayışını Rawls'a atfen kavramak da mümkündür.

Rawls'un yaklaşımının merkezinde "başlangıç durumu" (*original position*) ve "bilgisizlik peçesi"[176] (*veil of ignorence*) adlarını verdiği iki yeni kuramsal öğe bulunur[177]. Filozofun önerdiği düşünsel modelde, kişiler, başlangıç durumu olarak

---

[173] **Rosenfeld**, "Dworkin and The One Law Principle: Pluralist Critique", a.g.m., s. 2.

[174] Rawls hakkında bkz. **Will Kymlicka**, *Çağdaş Siyaset Felsefesine Giriş*, İBÜY, İstanbul, 2004, ss. 73-139; **Zeynep Özlem Üskül**, *Bireyselciliğe Tarihsel Bir Bakış*, Büke Yay., İstanbul 2003; **Zeynep Üskül**, John Rawls'un Adalet Kuramı, *yayınlanmamış yüksek lisans tezi*, İstanbul 1996. Yazarın Türkçeye çevrilen kitapları için bkz. *Siyasal Liberalizm*, (çev: Mehmet Fevzi Bilgin) İBÜY., İstanbul 2007 ve *Halkların Yasası ve Kamusal Akıl Düşüncesinin Yeniden Ele Alınması*, (çev. Gül Evrin) İBÜY., İstanbul 2003.

[175] **Dworkin**, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge Massachusetts 1978, ss. 150-183. Bu eserin hukuk teorisi açısından değerlendirilmesi için bkz. **Jules L. Coleman**, "Book Review: Taking Rights Seriously" in *California Law Review*, Vol. 66, 1978, ss. 885-919.

[176] "*Bilgisizlik peçesi, kişilerin toplumdaki yerlerini, doğal yetiler açısından donanımlarını, yaşamlarındaki 'iyi' anlayışlarını ve yaşam planlarının detaylarını bilmelerini engeller. Dolayısıyla, başlangıç durumundakiler, örneğin ekonomik ve sosyal durumlarını, etnik kökenlerini, dinlerini, cinsiyetlerini, zeki ve sağlıklı olup olmadıklarını, yaşamda hangi ahlaki idealler ya da 'iyi' anlayışını benimsediklerini bilmemektedirler*", bkz. **Murat Borovalı**, "John Rawls ve Siyaset Felsefesi" in *Halkların Yasası ve Kamusal Akıl Düşüncesinin Yeniden Ele Alınması*, in a.g.e., s. xii.

[177] **Borovalı**, "John Rawls ve Siyaset Felsefesi" in a.g.e., ss. xi-xii.

nitelendirdiği bir konumda bilgisizlik peçesi arkasında bulunmaktadırlar. Rawls, adil bir toplumun temel ilkelerinin, ancak başlangıç durumundaki kişiler vasıtasıyla bulunabileceği fikrindedir. Başlangıç durumundaki kişilerden yola çıkılarak adalet ilkeleri bulunacağı için bu kişilerden hiçbirinin diğerine göre avantajlı olmaması gerekmektedir. Düşünüre göre, kişiler, 'ne isterlerse istesinler' ya da iyi yaşam anlayışları ve idealleri ne olursa olsun, bazı değerleri mutlaka isterler[178]. Bu 'her amaca hizmet eden' değerler, yazar tarafından birincil toplumsal değerler (*social primary goods*) olarak adlandırılır. Birincil toplumsal değerler şunlardır: Temel hak ve özgürlükler, fırsatlar, gelir ve servet, kendine saygının toplumsal dayanakları. Bilgisizlik peçesi ardındaki her kişi, birincil toplumsal değerlerin kendisi için en yararlı biçimde dağıtılmasını ister. Bu konumdaki kişinin kendisi için en iyi olanı seçmesi aslında başkaları için de en iyi olanı seçmesi anlamına geldiğinden, bu değerlerin dağılımında benimsenecek ilkeler, aynı zamanda adalet ilkeleri olmaktadır. Bu düşünsel model sonucunda Rawls, iki temel adalet ilkesine ulaşır:

> "1) Her bireyin, diğerlerinin benzer özgürlükleri ile uyuşan en geniş temel özgürlükler ağında eşit hakkı bulunmalı; 2) sosyal ve ekonomik eşitsizlikler öyle düzenlenmeli ki (a) bu eşitsizlikler en kötü konumdakilerin yararına olmalı, (b) fırsat eşitliği bozulmayarak toplumdaki mevkiler, herkese eşit şekilde açık kalmalı"[179].

Birinci ilke (eşit özgürlükler ilkesi), herkes için aynı şekilde geçerli olacak temel özgürlükleri garanti eder. Bunlar, seçme-seçilme, kamusal görevler üstlenme hakkı (politik özgürlük), ifade ve toplanma özgürlüğü, vicdan ve inanç özgürlüğü, bedensel bütünlük hakkı (psikolojik ve fiziki işkence yasağı), kişisel mülk hakkı vb. haklardır[180].

Ancak bu iki adalet ilkesi, bazen çatışabileceklerdir. Bu çatışma halinde çözüm

---

[178] **Borovalı**, "John Rawls ve Siyaset Felsefesi" in a.g.e., ss. xii-xiii.

[179] **Borovalı**, "John Rawls ve Siyaset Felsefesi" in a.g.e., s. xiii.

[180] **Rawls**, "Sivil İtaatsizliğin Tanımı ve Haklılığı", in *Kamu Vicdanına Çağrı: Sivil İtaatsizlik*, (çev: Yakup Coşar), Ayrıntı yay., 2. bası, İstanbul, 2001, s. 58.

olarak Rawls bazı "öncelik kurallarını"[181] benimsemiştir:

> "Birinci öncelik kuralına göre, birinci adalet ilkesi (ya da diğer adıyla 'özgürlük ilkesi') ikinci ilkeye her zaman üstündür. Dolayısıyla örneğin temel özgürlükler hiçbir zaman daha fazla ekonomik getiri elde etmek amacıyla sınırlanamaz. İkinci öncelik kuralı ışığında da ikinci adalet ilkesinin ikinci maddesi (yukarıdaki 2b), ikinci adalet ilkesinin birinci maddesine (2a'ya) göre önceliğe sahiptir: Ekonomik eşitsizlikler, toplumdaki (siyasal, toplumsal vs.) mevkileri elde etmedeki fırsat eşitliğini bozmamalıdır".

Bu öncelik kuralları arasında en çok tartışılanı, bazı durumlarda birincil değerlerin eşitsiz dağılımının meşru olabileceği sonucuna varan 2a'da yer alan ve Rawls tarafından "fark ilkesi" (*difference principle*) olarak adlandırılan kuraldır. Bu ilke uyarınca, ekonomik eşitsizlikler herkesin (özellikle de en kötü durumdakilerin) yararına oldukları takdirde meşru kabul edilmelidirler[182]. Buradaki temel düşünce, herkesin kendisi için en iyi olanı düşüneceğinden yola çıkarak, eşitsizliklerin herkesin çıkarına olduğu bir sonucun, mutlak eşitliğin elde edildiği ancak elde edilen yararın düştüğü diğer bir sonuca tercih edilmesidir[183].

Rawls, çağdaş demokratik toplumlarda egemen kılınacak adalet anlayışını "kapsamlı doktrinlerden"[184] bağımsız olarak belirlemeye çalışır. Makul çoğulculuğun

---

[181] Bu kuralların anayasa hukukundaki uygulamalarına ilişkin olarak bkz. **Adrian Vermeule**, "Veil of Ignorence Rules in Constitutional Law", in *Yale Law Journal*, Vol. 111, 2001, ss. 399-433.

[182] **Borovalı**, "John Rawls ve Siyaset Felsefesi" in a.g.e., s. xiv.

[183] "Toplumun A ve B kişilerinden oluştuğunu varsayalım. Böyle bir toplumun adalet ilkelerini belirlemek üzere kurgulanmış bir başlangıç durumunda ise katılımcıların iki alternatif gelir ve servet dağılımı arasında seçim yapacaklarını düşünelim. Birinci dağılımda hem A hem B 100 alacaklardır. İkinci dağılımda A 105, B ise 110 alacaktır. Rawls'a göre, başlangıç durumundaki katılımcılar ikinci alternatifi seçeceklerdir: Çünkü her iki katılımcı da bilgisizlik peçesi kalktıktan sonra ikinci dağılımda daha az pay alan kişi oldukları ortaya çıksa bile, birinci dağılımdaki herhangibir kişinin aldığından daha çok alacaklarını bileceklerdir. İkinci dağılımda A kişisi olmak, birinci dağılımda A ya da B kişisi olmaktan iyidir", bkz. **Borovalı**, "John Rawls ve Siyaset Felsefesi" in a.g.e., s. xiv.

[184] Rawls kapsamlı doktrinler (*comprehensive doctrines*) ifadesiyle, demokratik toplumlarda varolan derin, kültürel, dini, felsefi ve ahlaki farklılıkları anlatmaktadır. Rawls'un kapsamlı doktrin adını verdiği öğreti ya da anlayışlar vatandaşların yaşamlarını şekillendirmede

(*reasonable pluralism*) varolduğu demokratik toplumlarda kalıcı toplumsal uzlaşının ve siyasal istikrarın sağlanabilmesi, bu adalet anlayışının herhangibir kapsamlı doktrinden türetilmemesine bağlıdır[185]. İşte bu nedenledir ki, hakkaniyet olarak adalet anlayışı, ahlaki öğeler içermekle beraber, siyasal bir kavram olarak anlaşılmalıdır. Siyasal sıfatının ahlaki, dini ve felsefi değerlerden bu şekilde ayrılmasıyla farklı kapsamlı doktrinler arasındaki çatışmalar "siyasal" olanın dışında bırakılmaya çalışılır. Siyasal alanın bu şekilde tanımlanması yanında, siyasal adalet anlayışı da "*çağdaş demokratik bir toplumun kamusal siyasal kültüründe bulunan değerler*" aracılığıyla belirlenir. Kamusal siyasal kültür (*public political culture*) ise, bir toplumun siyasal gelenekleri, kurumları, ortak siyasal geçmişi ve temel önemde saydığı metinler ve uzlaşılar bütünüdür[186]. Kamusal siyasal kültür, vatandaşların çoğunluğu tarafından benimsenmiş ve içselleştirilmiş temel ortak siyasal fikirlerden oluşur. Rawls'a göre, **çağdaş demokratik toplumların kamusal siyasal kültüründe özgürlük, eşitlik, karşılıklılık, hakkaniyet, karşılıklı saygı, hoşgörü gibi değerler vardır, siyasal adalet anlayışı da bu değerler doğrultusunda tanımlanır**[187]. Çağdaş toplumlarda farklı kapsamlı doktrinler arasında temel uzlaşmayı arayan bu adalet anlayışı, "örtüşen görüşbirliği" (*overlapping concensus*) sayesinde gerçekleştirilebilir. Örtüşen görüşbirliği, farklı ve makul kapsamlı doktrinlerin herbirinin ayrı gerekçelerle de olsa destekledikleri ortak noktaya verilen isimdir[188]. İşte "**siyasal ve liberal nitelikteki (ahlaki değil) hakkaniyet olarak adalet anlayışı, önemli ahlaki, dini, felsefi öğeler içeren ve birbiriyle çatışan farklı makul kapsamlı doktrinlerden herhangi birisini yansıtmayan, ancak her birinin destekledikleri bir anlayış şeklinde tanımlanır**"[189].

---

temel konuma sahiptir. Ancak özgür ve demokratik ülkelerde kapsamlı doktrinler varolmaktadır, bkz. **Borovalı**, "John Rawls ve Siyaset Felsefesi" in a.g.e., s. xv.

[185] **Borovalı**, "John Rawls ve Siyaset Felsefesi" in a.g.e., s. xv.

[186] **Borovalı**, "John Rawls ve Siyaset Felsefesi" in a.g.e., s. xvi.

[187] **Borovalı**, "John Rawls ve Siyaset Felsefesi" in a.g.e., s. xvi. (italikler bize ait)

[188] **Borovalı**, "John Rawls ve Siyaset Felsefesi" in a.g.e., s. xvii.

[189] **Borovalı**, "John Rawls ve Siyaset Felsefesi" in a.g.e., s. xvii. (italikler bize ait)

Rawls'a göre, bir liberal anlayışın, adalet ilkeleri yanında, siyasal sorunlara ilişkin bilgileri sorgulama ve bunlara ilişkin akıl yürütme yolları ve ölçüleri olmalıdır[190]. Bu tür klavuz ölçütler, asli ilkelerin uygulanmasını sağlar ve siyasal anlayışın eksiklik ve dağınıklıklarını önler. Dolayısıyla Rawls'a göre liberal anlayışın iki parçası vardır[191]:

- Birincisi, *temel yapıya ilişkin asli adalet ilkeleri*,
- İkincisi, *sorgulama kuralları*: Vatandaşların asli ilkelerin doğru olarak bir konuya uygulanıp, uygulanmayacağını ve bu ilkelerin en uygun yasa ve politikaları tespit ederken kullanacakları akıl yürütme ve ilkeleri ve kanıtlama kuralları.

Aynı şekilde liberal siyasal değerler de iki türlüdür[192]:

- Birinci tür siyasal adalet değerleri, temel yapıya dair adalet ilkelerine ilişkindir: Bunlar, eşit siyasal ve medeni özgürlük, fırsat eşitliği, toplumsal eşitlik ve ekonomik karşılıklılık değerleridir. Bunlara bir de ortak yarar değerleri ve bütün değerler için gerekli koşullar eklenir.
- Siyasal değerlerin ikinci türü –kamusal akıl değerleri[193]– kamusal sorgulama kurallarıdır, bunlar bu sorgulamayı özgür ve kamusal kılarlar. Vatandaşların sahip oldukları erdemlerden siyasal meselelere ilişkin olarak makul kamusal tartışmaları mümkün kılan makuliyet ve medeniyet (ahlaki) görevini tanıma gibi siyasal erdemler de bu gruba

[190] **Rawls**, *Siyasal Liberalizm*, a.g.e., s. 258.

[191] **Rawls**, *Siyasal Liberalizm*, a.g.e., s. 258 (italikler bize ait).

[192] **Rawls**, *Siyasal Liberalizm*, a.g.e., s. 258

[193] Kamusal akıl (public reason) ifadesi, Rawls tarafından şöyle tanımlanmaktadır: "Demokratik bir toplumda kamusal akıl, kolektif bir kişilik olarak birbirleri üzerinde kanun koyarken ve anayasayı değiştirirken nihai siyasal ve zor kullanma gücünü kullanan eşit vatandaşların aklıdır. Kamusal akıl tarafından ortaya konulan sınırlamalar tüm siyasal sorunlara değil, sadece bizim 'anayasal esaslar' olarak adlandırdığımız konularla adaletin temel meselelerine uygulanır. Bunun anlamı, şu temel sorunların çözümünde sadece siyasal değerlerin kullanılması gerektiğidir: kimin oy hakkına sahip olduğu, hangi dinlerin hoşgörülebileceği, kimin adil fırsat eşitliğinden yararlanacağı veya kimin mülk edinebileceği. Bu ve bunun gibi konular kamusal aklın konusunu oluşturur" bkz. **Rawls**, *Siyasal Liberalizm*, a.g.e., s. 249.

dahildir.

Rawls'a göre, kamusal aklı, en iyi biçimde Anayasa Mahkemesi ya da anayasallık denetimi yapan mahkemeler temsil etmektedir. Örneğin Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi, Anayasanın en büyük hukuki yorumcusu olarak, kamusal aklı kullanmaktadır[194]. Anayasal demokrasiler, yapıları gereği düalist niteliktedirler: Burada kurucu güç, olağan güçten (kurucu iktidar, olağan iktidardan); halkın yüce yasası da olağan meclislerin yasalarından (Anayasa, yasadan) ayrılır. Parlamentonun üstünlüğü ise, -parlamentonun da üzerinde, bunun da işlemlerinin uygun olması gereken kurucu iktidarın iradesi uyarınca oluşturulmuş Anayasa bulunduğundan- sözkonusu değildir. Yüksek Mahkeme de Anayasanın korunmasını sağlayan organlardan biri olarak düşünülür. Mahkeme, kamusal aklı kullanarak, Anayasanın geçici parlamento çoğunlukları tarafından zayıflatılmasını engeller. Ancak buna rağmen, Yüksek Mahkemenin antidemokratik bir işlev gördüğü söylenemez; zira, Anayasa Mahkemesinin bir yasayı anayasaya aykırı bulması her ne kadar çoğunluk iradesinin aleyhinde ise de, halkın kurucu iktidarı kararı desteklemektedir. Anayasa Mahkemesinin kararları, anayasanın kendisine, değişikliklerine ve siyasal yorumuna uygunsa, bu kararları antidemokratik olarak nitelendirmek yanlış olur[195].

"*Burada vurgulanması gereken, Mahkemenin yorumunun temelinde kamusal*

[194] **Rawls**, *Siyasal Liberalizm*, a.g.e., s. 264. Filozof burada anayasacılığın şu beş özelliği (ilkesi) üzerinde durur: *Birinci ilke*, halkın yeni bir rejim kurma konusundaki kurucu gücüyle, devlet görevlilerinin ve seçmenlerin günlük siyasette sahip olduğu olağan güç arasında yapılan ayrımdır (Kurucu iktidar ve kurulu iktidar ayrımına tekabül eder). Buna göre, halkın kurucu gücü, olağan gücü düzenleyen bir çerçeve ortaya koyar. *İkinci ilke*, yüce yasa ve olağan yasa arasında yapılan ayrımdır (üstün norm olarak Anayasa ve yasa ayrımına tekabül eder). Yüce yasa (Anayasa), halkın kurucu gücünün ifadesidir; buna karşılık olağan yasa Meclisin ve seçmenin iradesini yansıtır. Yüce yasa (Anayasa), olağan yasayı bağlar ve ona rehberlik eder. *Üçüncü ilke* uyarınca, demokratik bir anayasa, halkın kendisini belli bir şekilde yönetme iradesinin genel (ilkesel) bir biçimde yansımasıdır. Siyasal toplumun amaçları, eşit hukuki koruma gibi ifadeler, siyasal değerlerin ve kamusal aklın içinde yer alır. Bu nedenle Anayasadaki ifadeler, ilkesel nitelikte olmalı ve detaylar burada yer almamalıdır. *Dördüncü ilke*, demokratik olarak onaylanan ve bir haklar bildirgesine sahip olan anayasada, vatandaşların temel hak ve özgürlükleri güvence altına alınmış ve bu prosedüral güvencelerle halkın iradesinin yasalara yansıması sağlanmıştır. *Beşinci ilke* uyarınca, anayasal devlette nihai güç ne yasama organında, ne de Yüksek Mahkemededir. Bu güç, birbirleriyle özel bir ilişki içerisinde olup, topluma karşı sorumlu olan üç devlet erkine aittir. Bkz. a.g.e., ss. 265-266.

[195] **Rawls**, *Siyasal Liberalizm*, a.g.e., ss. 266-267.

aklın siyasal değerlerinin yattığıdır. Bir siyasal adalet anlayışı, yüce yasa [Anayasa] tarafından ortaya atılan meseleleri kapsar ve bunların karara bağlanmasında kullanılacak siyasal değerleri tespit eder"[196].

Ayrıca yine Rawls'a göre, Anayasa Mahkemesinin bir diğer görevi de kamusal aklın etkisini devam ettirmektir. Ayrıca Anayasa Mahkemesi, sadece ve sadece kamusal aklın ürünü olan tek devlet kurumudur. Yargıçlar, kararlarında, kamusal akla yönelik olarak dayandıkları anayasal esasları ve temel adalet meselelerini, anayasal bütünlük içinde gerekçelendirmek zorundadırlar. Bunu yaparken de kamusal akla ve siyasi değerlere dayanmak zorundadırlar. Dworkin'e göre, özellikle anayasal konularda karar veren her yargıç, belli bir siyaset teorisinden hareket eder. Anayasal yorum yapan yargıç, kararlarında mutlaka bir demokraside yurttaşların sahip olmaları gereken hakları gözönünde bulundurur[197].

Normativizmin ardından Dworkin, sosyal ekonomik modellerdeki pragmatizmi, yargıcı "*en iyi geleceğin bağımsız mimarı*"[198] konumuna getirdiği için reddeder[199]. Zira, kendisi, hukukun bazı menfaatler ile bunların dengelenmesine indirgenmesini kabul etmemektedir. Düşünür, buna karşı olarak, sübjektif hakların deontolojik anlayışını savunur. Ona göre, adalet tarafından korunması gereken sübjektif haklar mevcuttur. Bu sübjektif haklar, sadece hukuk metinlerinde bulunanlar değil; bunun yanında, hiçbir metinde bulunmayıp da, yürürlükteki hukuk düzeninin en doğru bir biçimde yorumlanması sonucunda tanınması gereken haklardır[200]. Başka bir deyişle Dworkin'e göre,

---

[196] **Rawls**, *Siyasal Liberalizm*, a.g.e., ss. 267. (italikler bize ait)

[197] Bu konu ayrıntılı olarak aşağıda "Siyaset Felsefesi ve Anayasal Yorum" başlığı altında incelenmiştir.

[198] **Dworkin**, *Law's Empire*, a.g.e., s. 410.

[199] Karş. **Richard A. Posner**, *Overcoming Law*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, and London, England 1995.

[200] **Dworkin**, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge Massachusetts 1978, s. 81.

"*ilkeler [prensipler] ve politikalar hukuku dışarıdan değerlendirmeye yönelik standartlar olmayıp, bizatihi hukuk düşüncesinin içerisinde yer almaktadırlar*"[201].

Ancak bu görüşlere karşılık, Dworkin'i tümüyle klasik doğal hukuk kuramı içinde sınıflandırmak da mümkün görünmemektedir. Zira, Hukukçu, evrensel ve zamanı aşan bir hukuk kavramı yerine, belirli bir hukuk sisteminin tarihsel açıdan doğru ve yanlışlarıyla daha çok ilgilidir. Dolayısıyla O'nun kuramında, "aşkın" ve "objektif" ahlaki değerlerden çok, belli bir hukuk sistemine "içkin" değerlerin dikkate alındığını görürüz[202].

Dworkin, *politika* kavramı ile bir toplumun, politik, ekonomik ve sosyal gelişimi ile ilgili ulaşılmak istenen amacı; *prensip* kavramı ile de adalet ve hakkaniyetin gerekliliklerini anlatmaktadır[203].

Hukuk düzeni konusunda ise, Dworkin onu geometrik dönemden beri süregelen klasik anlayıştaki mantık sistemi formunda değil; tutarlılığı yorumcuya emanet edilmiş, halen yazılmakta olan büyük bir metin olarak ele almaktadır. Dworkin'in bu noktada, mantıki tutarlılıktan farklı bir "*hermeneutik tutarlılık*" kavramı geliştirdiği söylenir[204]. Bu anlamda hukuki düşünce de, matematik hesaplamalara ve sınıflandırmaya değil, yoruma dayanır.

2. Hukuki Bütünlük

Dworkin hukuki yorumun en uygun ve en meşru tanımının kendisi tarafından "hukuki bütünlük" şeklinde adlandırılan modelde bulunduğunu söylemektedir. Esasen Dworkin'in kuramında "hukuki bütünlük" kavramı, yorumu meşrulaştırma amacına

---

[201] **Gülriz Özkök**, "Hukuki Belirsizlik Problemi Üzerine", *AÜHFD*, cilt: 51, sy:2, 2002, s. 9.

[202] **Metin**, "Ronald Dworkin'in Hukuk Teorisinde Yorum Yaklaşımı", a.g.m., s. 36.

[203] **Özkök**, "Hukuki Belirsizlik Problemi Üzerine", a.g.m., s. 9.

[204] **Frydman**, *Le sens des lois*, a.g.e., s. 649.

yöneliktir[205].

Bütünlük prensibi, yargıçlara, bütün hak ve ödevleri, tek bir yazar tarafından yaratılmışçasına tutarlı bir adalet ve hukuk anlayışı ile ortaya çıkarma görevini yükler[206]. Hukuki bütünlük anlayışına göre, hukuki önermeler, en iyi kurucu yorumu sağlayan adalet, hakkaniyet ve usuli adil yargılanma ilkelerini izliyorsa doğrudur[207]. Hukuki bütünlük teorisi, normativizm ya da pragmatizmden daha çok yorumlayıcıdır. Tabiidir ki bu son anılan iki teoride de yoruma yer vardır; ancak bu teorilerde yorumun karar sürecindeki yeri, hukuki bütünlük teorisindekine göre farklılık göstermektedir:

> "Bu teoriler yargıçtan, zor davalarda, hukuk doktrininin esas itibarıyla yorumlayıcı bir çalışma yürütmesini talep etmezler. Normativizm, yargıçların, yasama yetkisine normatif olarak sahip olan kurumların ne yaptığını bulmak için yasa gerekçelerini ve parlamento tutanaklarını incelemelerini gerektirir. Bu süreçte yoruma dair bazı problemlerin ortaya çıkacağına şüphe yoktur. Örneğin, yasal normların ortaya çıkardığı statülerin neler olduğuna karar vermek için, bir metni yorumlamak gerekli olabilir. Ancak bir yargıç kendisine klavuz olarak normativizmi benimsediğinde, somut bir olayda karar verirken o ana kadar mevcut olan -kurallar, ilkeler ve politikalardan oluşan- tüm hukuki birikimi bir bütün olarak yorumlama fırsatından mahrum kalacaktır. Pragmatizm, yargıçların gelecek için en iyi kuralı bulma yolunda araçsal olarak düşünmelerini gerektirir. Bu çalışma, hukuki materyallerin dışında bazı şeylerin yorumlanmasını gerektirebilir: örneğin bir pragmatist, toplum refahı fikrini anlamanın en iyi yolu üzerine kafa yorabilir. Ancak bu halde pragmatizmi kabul eden bir yargıç, hukuk uygulamasını bir bütün olarak yorumlamaktan vazgeçer.
>
> Hukuki bütünlük bunlardan farklıdır. Zira o hukuk uygulamasının kapsayıcı yorumunun hem ürünü, hem de esin kaynağıdır. Bu teori, karar sürecinde hiç de rastlantısal olmayan biçimde, yorumlayıcı bir program öngörür. Hukuki

[205] **Rosenfeld**, "Dworkin and The One Law Principle: Pluralist Critique" a.g.m., s. 5.

[206] **Dworkin**, *Law's Empire*, a.g.e., s. 225.

[207] **Dworkin**, *Law's Empire*, a.g.e., s. 225.

bütünlük, yargıçlardan, kendisinin o ana kadar başarılı bir biçimde yorumlamış olduğunu iddia ettiği hukuki materyalleri, yorumlamaya devam etmelerini ister"[208].

Dworkin, burada, "tarih"in hukuki bütünlük kuramındaki önemi üzerinde durmaktadır. Burada anlatılmak istenen, bir toplumun hukukunun tarihin her aşamasında aynı olması değildir. Yine bu kuram yüzyıl öncesindeki, yahut da önceki nesle ait terkedilmiş hukukun uygulanmasını da gerektirmez. Dworkin'in süreklilik ile ifade ettiği, topluluğun şu anda uygulamakta olduğu hukuki standartlar silsilesi karşısındaki prensiplerin, dikey değil, yatay sürekliliğidir[209]. Bütünlük kuramı uyarınca, hukuk, başka bir deyişle, geçmiş kolektif kararlardan doğan hak ve ödevler, sadece bu kararların dar ve açık içeriğini değil, daha geniş olarak bunları kanıtlamak için gerekli olan prensipler şemasını da içerir. Tarih de, bu prensipler şemasının geçmiş kararlardan doğan hak ve ödevlerin sürekliliğini ve içeriğini kanıtlamak zorunda olması nedeniyle önemlidir[210].

Dworkin bütünlük tezini "zincirleme roman" (Chain Novel)[211] örneğinden yola çıkarak açıklar. Buna göre, hukuki yorum süreci bir romanın yazılması sürecine benzetilir. Burada yargıçlar da hem yazar, hem de eleştirmen farzedilir. Her yazar, kendisine verilmiş olan malzeme ile romanın bir bölümünü yazacak, ama sonuçta ortaya tek bir roman çıkacaktır. Burada amaç, roman farklı ellerden çıkmış olsa bile, her bölümün bir öncekini, en iyi romanı oluşturacak biçimde takip etmesidir.

Dworkin, bütünlük teorisini uygulamaya geçirmek için yazarın, dolayısıyla yargıcın görevinin iki boyutlu olduğunun altını çizer: Uygunluk ve değer boyutları.

---

[208] **Dworkin**, *Law's Empire*, a.g.e., s. 226.

[209] **Dworkin**, *Law's Empire*, a.g.e., s. 227.

[210] **Dworkin**, *Law's Empire*, a.g.e., s. 227.

[211] **Dworkin**, *Law's Empire*, a.g.e., ss. 228-232; "La chaine du droit" in *Droit et Société*, (traduit par Françoise Michaut) 1-1985, ss. 61-98. Bu çeviri Law's Empire hazırlık aşamasında iken yapılmıştır.

a. Uygunluk Boyutu

Romancının, romana devam etmek ve baştan başlamamak için ne gerektiğine karar vermek amacıyla, gelişme içinde olan romana ilişkin bir bakış açısı ve karakterlere, tarza, temaya ilişkin bir çalışma teorisinin olması gerekmektedir. Şayet romancının kendisi iyi bir eleştirmen ise, bu konular hakkındaki bakış açısı daha komplike ve çok yönlü olacaktır, zira iyi bir romanın değeri, tek bir perspektiften kavranamaz. Ancak burada yazar uygulayacağı teoriyi seçerken, kendisine verilen metnin tek bir kişinin elinden çıkmışçasına yazılması gerektiğini bilmelidir. Uygunluk boyutu, yazarın yorumunun metnin her parçası ile uygunluk göstermesi anlamına gelmez. Bir Hamlet yorumu, her dizenin ya da sahneye konulan her unsurun açıklanmasını gerektirmez[212]. Zincirleme bir romanın hazırlanmasına katılan yazar, Homeros'un da bazen hata yaptığını bilebilir. Ancak önerilen yorum, metnin bütününü kapsayabilecek olandır: bu yorumun, bütün metin için *açıklayıcı genel bir gücü* olması gereklidir; ama yazar yorumunda bir metnin büyük bir bölümünü bir hata olarak görürse ya da tarihte önemli bir rol oynayan bir düğüm noktası veya metnin yapısının temel bir bölümünü oluşturan unsurları açıklamasız bırakırsa, bu yorum artık uygunluk kriterine cevap vermiyor demektir. Bu yorum, anılan unsurları gözönünde bulunduran başka bir yorum tarzının mümkün olduğu zamanlarda da geçerliliğini kaybeder. Aksi takdirde, zincire dahil olan her yazar, kendisi açısından amaca en yakın olan yorumu tercih ederdi[213].

> "Bütünlük; toplumun adalet, hakkaniyet kavramlarının uygulanmasında tıpkı ahlaki bir kişilikmiş gibi tutarlılık içinde davranması beklentisine ve tutarlı bir adalet kavramı ihtiyacına cevap verir. Demokratik bir toplumda devletin eylemleri prensiplere göre meşrulaştırılabilmelidir"[214].

---

[212] **Dworkin**, "La chaine du droit" in a.g.m., s. 64.

[213] **Dworkin**, "La chaine du droit" in a.g.m., s. 65.

[214] Christodoulis ve Calsamiglia'dan aktaran **Metin**, "Ronald Dworkin'in Hukuk Teorisinde Yorum Yaklaşımı", a.g.m., s. 58.

b. Değer Boyutu

Zincirleme bir eserin yazılmasına katılan yazarın riayet etmesi gereken ikinci boyut, estetik değer boyutudur[215]. Bütün unsurlar gözönüne alındıktan sonra, farklı okumalar arasından, metni içerik olarak "en iyi" yapan yorumun dikkate alınması esastır. Bu noktada, yazarın, romanın ifade edebileceği farklı fikirlerin önemi, anlayışı, gerçekliği veya güzelliği hakkında en temel estetik yargıları devreye girer. Konuya hukuk açısından bakıldığında yargıcın görevi, yoruma en iyi hizmet edecek prensiplerin bulunması ve bunların hukuki değerlerinin ortaya konulmasıdır. Buna rağmen, "bir yargıcın görevi, hukuk tarihini yorumlamaktır, yoksa daha iyi bir tarih icat etmek değildir"[216].

Ancak, birinci boyutta egemen olan formel ve yapısal unsurlar bu aşamada da mevcuttur. Hatta, yarışan iki yorum arasından hiçbirinin daha az açıklayıcı olmaması nedeniyle reddedilememesi halinde, bunlardan bir tanesi ya metne daha uygun olması, ya da daha ilginç bir stil ve içerik bütünleşmesi sağlaması açısından metni daha iyi aydınlatabilir. Dolayısıyla, iki boyut arasındaki farklılık göründüğü kadar derin değildir. Ancak bu farklılık, yorumcuya, çalışma yöntemi açısından yararlı olan yapısal analitik bir araç vermektedir. Gerçekten de, bir yorum eğer uygunluk kriterine cevap vermiyorsa, artık içeriksel değer kriterine riayet edip etmediğini araştırmaya gerek yoktur.

Dworkin'in yorum teorisindeki bu "değer boyutu", kendisini John Rawls'un anlayışında da gösterir. Bu anlamda Dworkin ve Rawls arasındaki düşünsel yakınlığı ve etkileşimi de ortaya koyar:

> "Mahkemenin (Yüksek Mahkeme) kamusal aklın timsali olduğunu söylemek, aynı zamanda anayasanın ve anayasal emsallerin ne gerektirdiği konusundaki bilgilerini kullanarak, *görüşlerinde anayasanın en iyi yorumunu geliştirmeye ve ifade etmeye çalışmanın yargıçların bir görevi olduğu anlamına gelir*. Burada en

[215] **Dworkin**, *Law's Empire*, a.g.e., ss. 231-232.

[216] **Metin**, "Ronald Dworkin'in Hukuk Teorisinde Yorum Yaklaşımı", a.g.m., s. 59.

iyi yorum, bu anayasal materyal bütününe en iyi şekilde uyan ve kamusal adalet anlayışı veya bunun makul bir formu çerçevesinde gerekçelendirilebilen yorum demektir. Bunu yaparken, yargıçların, anayasanın, mesela din özgürlüğünü ve eşit hukuki korumayı garanti eden haklar bildirgesinde olduğu gibi, bu tür değerlere açık ya da örtülü olarak işaret ettiği durumlarda kamusal anlayışın siyasal değerlerine başvurabilecekleri ve başvurmaları beklenir. Burada Mahkemenin rolü, aklın kamusallığının bir parçasıdır ve kamusal aklın geniş ya da eğitici rolünün bir boyutudur"[217].

Ancak Rawls, kendisinin fikirleriyle Dworkin'in bir noktada ayrıldığını şu şekilde ortaya koymaktadır:

"Burada yargıçların nasıl davranması gerektiği konusunda söylenenler Ronald Dworkin'in "Hard Cases" (Taking Rights Seriously-4) makalesinde ve Law's Empire kitabının 7. bölümünde söylediği şeylerle bir koşul haricinde benzerlik taşımaktadır. Anayasayı yorumlayan yargıçların kamusal siyasal adalet anlayışı veya bunun benzeri bir anlayış tarafından kapsanan siyasal değerlere başvurmaları gerektiğini söyledim. Yargıçların kullanabilecekleri değerler, bir ahlak anlayışı ve hatta siyasal ahlak anlayışı değil de, siyasal anlayış veya bunun bir türü tarafından makul olarak kapsandığı bilinen değerlerle sınırlıdır. Birinci türdeki değerler bence çok geniş kapsamlıdır. Dolayısıyla temel ihtiyaçlarca ortaya konan bir toplumsal asgari duruma başvurmak uygunsa da (...) yasaya dökülmediği müddetçe farklılık ilkesine başvurulamaz. Dworkin'in uygunluk gereğinin kabaca aynı sonucu verdiğini düşündüğüne inanıyorum, çünkü kendisi uygunluk gereğini yorumu yenilikten ayırmak için kullanmaktadır ve makul bir yorum siyasal anlayış veya bunun bir türü tarafından yasada halihazırda örtük olarak ifade edilen amaç için yeterlidir. Dworkin bu konuda haklı olabilir ama emin değilim. Uygunluk yanında, mahkemenin kararlarının uygun yargısal kararlar olması için, yorumun kamusal siyasal adalet anlayışı veya bunun bir türü çerçevesinde olması gereğini eklemek istiyorum. Bu görüşün esasen

[217] **Rawls**, *Siyasal Liberalizm*, a.g.e., s. 269 (italikler bize ait).

Dworkin'inkinden farklı olmadığına inanıyorum"[218].

Burada şu iki noktanın eklenmesi gerekmektedir. Öncelikle, Rawls'un "Siyasal Liberalizm" ve daha sonraki çalışmalarında "Adalet Kuramı"ndan farklı olarak, siyaseti ahlakilikten ve O'nun deyimiyle kapsamlı doktrinlerden ayırma çabası görülür. Dworkin ise, ahlak ve siyaset terimlerini çoklukla birbirlerinin yerine kullanmayı tercih etmektedir. İkinci olarak, Rawls'da bütün demokratik sistemler için geçerli bir yorum anlayışından bahsetmek mümkünken, Dworkin'de özellikle common law geleneğine özgü özellikler görülür.

B. Dworkin ve Anayasanın Yorumu

Dworkin, anayasayı da yasaları yorumladığı biçimde yorumlar. Bununla birlikte, bir hukuk sisteminin kurucu belgesi olarak anayasanın özel niteliğini de gözönünde bulundurur[219]:

> "Anayasa, diğer hukukun kurucusudur, dolayısıyla Hercules'ün (ideal yargıç) bir bütün olarak anayasayı ve onun soyut hükümlerini yorumlaması da aynı şekilde kurucu nitelik taşıyacaktır. Buradaki yorum bir topluluğun politik gücünün en temel düzenlemelerine uygun olmak ve bunları haklı kılmak zorundadır"[220].

Dworkin'in yorum teorisini temellendirdiği bütünlük ilkesinin uygunluk boyutu, esasen anayasal uyuşmazlıklarda söz konusu olur. Gerçekten de bir hukuk düzeninde yürürlükte olan kurallar ve bu düzenin meşruluğunu sağlayan üstün prensiplerin arasındaki uygunluk ilişkisi adli ya da idari uyuşmazlıklardan ziyade anayasal

---

[218] **Rawls**, *Siyasal Liberalizm*, a.g.e., ss. 269-270.

[219] **Aharon Barak**, *Purposive Interpretation in Law*, Princeton University Press, Princeton and Oxford, 2005, s. 295.

[220] **Dworkin**, "Law as Interpretation", 60 Texas Law Review 527, 1982'den aktaran Barak, *Purposive Interpretation in Law*, a.g.e., s. 295.

uyuşmazlıkları ilgilendirir[221]. Dworkin'in eserlerinde en çok Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesinin anayasal uyuşmazlıklara ilişkin içtihatları işlenmiştir.

Dworkin'in anayasayı yorumlayışında iki unsur özellikle ön plana çıkmaktadır. Bunlardan ilki, hukukçunun siyaset felsefesini, yorumun kaçınılmaz unsuru addetmesidir (1). İkincisi ise, yorumda kullanılan yöntemlerden olan kurucu iktidarın orijinal niyeti konusuna özel bir anlam vermesidir (2).

1. Siyaset Felsefesi ve Anayasal Yorum

Dworkin'in anayasal yorum konusundaki en önemli varsayımı, siyaset felsefesi olmaksızın anayasal yorumun yapılamayacağıdır[222].

Yargıçların aldıkları kararlar, *zorunlu olarak* siyasi niteliktedir. Amerika Birleşik Devletlerinde Yüksek Mahkeme, siyasal sorunları içeren anayasal uyuşmazlıkları çözmek durumundadır: örneğin, sanıklar hakkında ceza yasasının uygulanması, sahip oldukları usuli haklar nedeniyle engellenebilmektedir. Birleşik Krallık'ta yargıçlar, örneğin dayanışma grevlerinin yasallığına ilişkin olarak işçi sendikalarıyla işveren sendikalarının farklı yorumlara karşılık, iş mevzuatını yorumlamak durumunda kalmaktadırlar.

Dworkin, yargıcın siyasi gerekçelerle karar vermek zorunda olup olmadığı konusunda şu belirlemede bulunmaktadır:

> "Bu durumda, karar, sadece bazı siyasal grupların dilediği çizgide olmakla kalmaz, aynı zamanda yargıçların onayladığı siyasi ahlak ilkeleri gereğince alınmış olur"[223].

Bir yargıcın karar alırken siyasi düşünceleri gözönünde bulundurması, partizanca hareket ettiği sonucunu doğurmaz. Grev örneğinde, yargıcın işçi

---

[221] **Frydman**, *Le sens des lois*, a.g.e., s. 654.

[222] **Dworkin**, *Une Question de Principe*, S. U.F., Paris 1996, ss. 11 et s.

[223] **Dworkin**, *Une Question de Principe*, a.g.e., s. 11.

sendikalarınca savunulan yorumu benimsemesi, işçi partisinin üyesi olduğu anlamına gelmez. Ancak yargıcın benimsediği eşitlik fikri gibi siyasal ilkeler, bazı partileri diğerlerinden daha çok karakterize edebilir[224].

Demokratik bir devlette yurttaşların sahip olması gereken anayasal hakların neler olduğu konusunda, siyaset felsefesinin yardımı olmaksızın anayasal yorum yapılamaz. Gerçekten de yargıçların karar verirken siyaset felsefesine dair her türlü aidiyetten uzak durmaları gerektiğini söyleyenler de, sonunda her yargıcın anayasal yorum yaparken değer yargıları taşıdığını kabul ederler[225].

Dworkin, yargıçların, bu gibi davalarda verdikleri kararlara göre liberal ya da muhafazakar olarak sınıflandırılması eğilimine karşı çıkar[226]. Zira hukukçuya göre, burada muhafazakar / liberal ayrımının temelinde yatan anlayış, anayasaya sadakat derecesidir. Bu inanışa göre, muhafazakar yargıçlar anayasaya uyarlar; liberal yargıçlar ise kendi inançları doğrultusunda onu değiştirmeye çalışırlar. Dworkin'e göre bu anlayış, hukukun yorumlayıcı karakterini yadsıdığı için yanlıştır. Liberal ya da muhafazakar olarak nitelenen yargıçlar, yorum aşamasından önce (*pre-interpretive*) anayasanın hangi kelimelerden oluştuğu konusunda hemfikirdirler. Onların anlaşmazlık içinde olduğu husus, yorum sonrası hukuk (*post-interpretive law*) itibarıyla anayasanın ne olduğudur. Her yargıç, anayasanın ne olduğu konusundaki yorumlayıcı yargısı doğrultusunda onu uygulamaya çalışır. Yine her yargıç, diğerinin doğru anayasayı bozduğunu düşünür. Ayrıca muhafazakar/liberal ayrımı, faydalı bir ayrım da değildir. Zira atandıklarında liberal olarak nitelenen yargıçlar zamanla muhafazakar, muhafazakar olarak nitelenenler ise liberal olabilir. Bunun yanında, verdiği kararlar muhafazakar siyasal görüştekilerin hoşuna giden ve bu nedenle bu açıdan muhafazakar olarak görünen bir yargıç, daha önceki anayasal uyuşmazlıklar kapsamında Yüksek Mahkeme tarafından verilmiş olan kararları dikkate almadığı için liberal olarak da nitelenebilir.

---

[224] **Dworkin**, *Une Question de Principe*, a.g.e., s. 12.

[225] **Edward B. Foley**, "Interpretation and Philosophy: Dworkin's Constitution" in *Constitutional Commentary*, Spring 1997, Vol. 14, Issue 1, s. 151.

[226] **Dworkin**, *Law's Empire*, a.g.e., ss. 357-359.

Hukuki bütünlük kapsamındaki iki yorum aşaması da bu ayrıma eklendiğinde ortaya dörtlü bir ayrım çıkmaktadır. Şöyle ki; muhafazakar / liberal ayrımında ısrar edildiği varsayımında, bir yargıç, yorumun ilk boyutu açısından dar bir uygunluk anlayışına sahipse, örneğin anayasal yorumun anayasanın kurucularının somut iradelerine ya da Yüksek Mahkemenin önceki kararlarına uygun olmasını arıyorsa muhafazakar olarak nitelenebilir; buna karşılık uygunluk anlayışı daha genişse liberal olarak görülebilir. Aynı ayrım içeriksel boyut açısından da yapılabilir. Örneğin, bir yargıcın uygun yorumun seçiminde ifade ettiği siyasi inançlar, siyasi muhafazakarlıkla örtüşüyorsa bu yargıç muhafazakar addedilebilir. Şayet, bu aşamada siyasi görüşleri normal olarak liberallerin savunduğu görüşler ise, yargıç liberal olarak görülebilecektir. Bu dörtlü ayrımın liberal / muhafazakar ayrımına göre daha az katı olduğu görülür. Ancak bir yargıç, bazı durumlarda muhafazakar uygunluk kriterleri benimsediği halde, bazı durumlarda daha geniş kriterler benimseyebilir. Örneğin bir yargıç, kurucuların ölüm cezasını Amerikan hukukunun dışında bırakacak şekilde okumadıklarından yola çıkarak, anayasanın ölüm cezasını yasaklayacak şekilde yorumlanamayacağını düşünebilir ve bu doğrultuda ölüm cezasını anayasaya aykırı bulan eski Yüksek Mahkeme kararları ile ters düşebilir. Başka bir yargıç ise, bu yorum biçimini reddedebilir, kurucuların görüşlerini önemsemeyebilir ve Yüksek Mahkemenin eski kararlarını uygulama konusunda daha hassas olabilir. Bunun da ötesinde bir yargıç hem muhafazakar içerikte, hem de liberal içerikte kararlar verebilir[227].

Dworkin bu nedenlerle muhafazakar / liberal yargıç ayrımını doğru bulmamakta ve bu tür bir ayrımın anayasal karar sürecine hiçbir katkısı olmadığını düşünmektedir.

Yorumlayıcılık (*interpretivism*), anayasal konularda, açıkça ifade edilen ya da zımnen belirtilen normları uygulamak suretiyle karar vermektir. Yorumlayıcı olmayan yaklaşım ise, anayasal belgenin dört köşesinin içinde (*four corners of the document*) bulunmayan normları uygulamamak şeklinde kendini gösterir[228]. Yorumlayıcı yaklaşım

[227] Dworkin bu iddiasına, sosyal adalet konusunda eşitlikçi, fakat pornografi konusunda muhafazakar fikirleri olan Yargıç Earl Warren'ı örnek göstermektedir, bkz. **Dworkin**, *Law's Empire*, a.g.e., s. 359.

[228] **Samuel Freeman**, "Original Meaning, Democratic Interpretation, and the Constitution", in *Philosophy and Public Affairs*, Winter 1992, 21, s. 3.

uyarınca, yargıçlar Anayasayı, burada kullanılan terimlerin düz anlamıyla yorumlamalı ve metinden çıkarılan anlamlar çelişkili olduğunda, orijinal anlamla bunları uzlaştırma yoluna gitmelidirler. Orijinal anlam, bazılarına göre, kurucuların niyetinden, diğer bazılarına göre ise, hükümlerin konulduğu tarihteki terimlerin yaygın olarak anlaşılış biçimini inceleyerek bulunur[229]. Bazıları, Mahkemenin Anayasanın orijinal olarak öngördüğü soyut siyasal ilkeleri uygulaması gerektiğini söylerken; diğerlerine göre hesaba katılan özel niyet ya da anlamlar, siyasal uygulamalara aykırı olabilir. Ancak aralarındaki fark ne olursa olsun, bütün gerçek orijinalistler tartışmalı anayasal hükmü çözmek için olgulardan başka birşeye başvurmanın, hazırlanmasının üzerinden uzun zaman geçen metnin anlamını bozduğunu teslim ederler[230].

Yorumlayıcı olan / olmayan ayrımı yanlış bir ikili ayrımdır[231]. Her bilinçli yargıç, kendisinin Anayasayı yorumlamaktan başka bir işi olmadığını bilir[232]. Bu ayrım Anayasanın anlamı konusundaki tartışmayı yanlış bir zemine oturtmaktadır. Bu ayrım, konunun, metinsel, semantik, hermeneutik ya da dil felsefesi ile çözümlenecek şekilde yorum üzerine bir teorik tartışma olduğu izlenimini verir. Oysa konunun temelinde, demokrasinin niteliğine, yazılı anayasanın bunun içindeki yerine ve demokratik bir anayasada yargı denetiminin rolüne ilişkin tartışma bulunmaktadır. Bu sorunların çözüm tarzına bağlı olarak Anayasayı yorumlamanın da iyi ya da kötü yolları vardır.

2. Kurucu İktidarın Orijinal Niyeti

Dworkin anayasal yorum için başlangıç noktası olarak, anayasa metnini almaktadır. Anayasa, insan haklarını ve eşitlik gibi değerleri ifade eden bir dil kullanır. Yargıçlar da bu metni yorumlarken, metni hazırlayanların yorumlayıcı iradelerine değil,

---

[229] **Freeman**, "Original Meaning, Democratic Interpretation, and the Constitution", a.g.m., ss. 3-4.

[230] **Freeman**, "Original Meaning, Democratic Interpretation, and the Constitution", a.g.m., s. 4.

[231] **Freeman**, "Original Meaning, Democratic Interpretation, and the Constitution", a.g.m., s. 4.

[232] Dworkin'in bu konudaki görüşleri için bkz. aşağıda "Kanunkoyucu, Niyet ve İnanç" başlığı.

soyut amaçlarına uygun olan anlamı verir[233].

> "Biz tarihe, metni hazırlayanların *ne söylemeyi amaçladıkları* sorusuna cevap vermek için bakarız, yoksa sahip oldukları *diğer amaçları* öğrenmek için değil. Kanunkoyucuların söyledikleri ile, koydukları ilkeler doğrultusunda yönetiliriz, kendilerinin bu ilkeleri nasıl yorumladıkları ya da somut olaylara nasıl uyguladıkları ile değil"[234].

Yargıçlar, soyut amacı metnin dilinden ve tarihinden olduğu kadar, metin ilk kabul edildiğinden bu yana mahkemelerin buna verdikleri anlamdan yola çıkarak öğrenirler. Yargıçlar anayasa metnine anlam verirken, bütünlük fikri ile hareket ederler (*anayasal bütünlük*). Yargıçlar yorumda, metne siyasal tarihini en iyi biçimde ortaya koyan bir anlam vermek durumundadır[235].

Dworkin'in kurucu iktidarın iradesini temel alan yönteme bakışını kavramak, esasen bu yorum yönteminin yasalara uygulanış biçimine dair görüşlerini kavramakla mümkün olabilir. İşte bu nedenle öncelikle yasakoyucunun niyetini araştıran yönteme bakıştan yola çıkmamız gerekmektedir.

a. Kanunkoyucu, Niyet ve İnanç

Dworkin, kanunkoyucunun zihinsel durumuna dönmeyi hedefleyen yorum yöntemini, "psikolojik indirgeme (*psychological reductionism*)" olarak isimlendirir[236]. Bu teoriye göre, kavramsal bir süreç olarak doğru yorum, ancak ve ancak yorumlanacak olan şeyin yazarının ya da yaratıcısının zihinsel durumuna (ruh haline) avdet etmek yoluyla mümkün olabilir. "Shylock'un kızı Jessica, babasının musevi olmasından ötürü mü ondan nefret etmektedir" yorumlayıcı sorusuna verilecek doğru cevap, Shakespeare'in niyeti ya da kararı ile saptanmıştır; şayet Shaekspeare'in böyle bir niyeti

---

[233] **Barak**, *Purposive Interpretation in Law*, a.g.e., s. 295.

[234] **Dworkin**, *Freedom's Law: The Moral Reading of The American Constitution*, 1996, s. 10.

[235] **Barak**, Purposive Interpretation in Law, a.g.e., s. 295.

[236] **Dworkin**, "Interpretation, Morality and Truth", a.g.m., s. 6.

yok idiyse, ortada doğru cevap da yoktur[237]. Bu nedenle, psikolojik indirgeme teorisi uyarınca, yazarın niyetinin ne olduğuna karar vermek için spekülasyon yapmamız gerekir.

Bazı alanlarda yorumda psikolojik indirgeme, diğer alanlara göre daha ikna edici olabilir[238]. Bazı alanlarda ise, kesinlikle yeterli değildir: bir tarihsel dönemin herhangi bir niyeti olamaz; Fransız ihtilalinin anlamı, bu dramaya katılan aktörlerinin niyetine bağlı bir husus değildir. Edebiyatta ya da hukukta, psikolojik indirgemenin pek çok taraftarı bulunmaktadır. Ancak, Dworkin'in bu teoriye yönelik eleştirileri de çok kuvvetlidir[239]:

İlk olarak niyeti tespit edilecek yazar kimdir? Geçmişte yaşamış yabancıların niyetlerini anlamak nasıl mümkün olabilir? Yasaları kabul edenler yasaların uygulandığı somut durumlardaki sorunlarla karşılaşmamışlardı. Niyetin ne olduğunu kesin olarak tespit etmek mümkün müdür? Bu mümkün olmadığına göre spekülasyonlardan hareketle olasılık hesabına başvurmak gerekecek[240]. İlk önce kanunkoyucunun niyetinin ne olduğu bulunmalıdır. Kanunkoyucunun belli bir yasayı kabul ederken içinde bulunduğu zihni durumu nedir? Kongrenin her üyesi bunu kabul etmiş midir? Yasa önerisine red oyu kullananlar var mıdır? Yasayı hazırlayan komisyon üyeleri, hazırlama aşamasında neler düşünmüşlerdir? Yasayı imzalayan Başkanın niyeti nedir? Onun niyeti de dikkate alınacak mıdır? Kongre üyelerine yasayı kabul ya da reddetmeleri yönünde oy baskısı yapan seçmenlerin rolü nedir? Yasa önerilerinin lehine

---

[237] **Dworkin**, "Interpretation, Morality and Truth", a.g.m., s. 6.

[238] **Dworkin**, "Interpretation, Morality and Truth", a.g.m., s. 6.

[239] Bkz. **Dworkin**, *Law's Empire*, a.g.e., özellikle ss. 318-337.

[240] Dworkin, soru-cevap şeklinde devam eden bu akıl yürütmeyi hayali bir yargıca, Hermes'e yaptırmaktadır. Dworkin'in tanımıyla Hermes, en az Hercules kadar zeki ve azimli, hukuk bütünlüğü anlayışını kabul etmiş bir yargıçtır. Ancak, Hercules'den farklı olarak, kanunkoyucunun sübjektif niyetini arayan yorum yöntemini tercih etmektedir. Hercules ise yasayı yapanların sübjektif iradesinden ziyade, yasama sürecini bir bütün olarak düşünür. Hercules'ün amacı yasama sürecini bütünüyle ve en iyi biçimde okuyan yorumu uygulamaktır. Ancak Hermes'in akıl yürütme sürecinin ardından, red yoluyla, Hercules'ün ikizine dönüştüğünü görürüz. Hermes'in işlevselliği de (başta kabul ettiği teoriyi, başka bir deyişle, kanunkoyucunun zihni durumuna avdet etmeyi savunan teoriyi reddettiğinden dolayı) bu noktada biter, bkz. *Law's Empire*, a.g.e., s. 337 vd.

veya aleyhine kampanyalar yapan sivil toplum örgütleri ve lobilerin niyeti dikkate alınacak mıdır? Bunlar akademik olmayan ancak yargıç Hermes'in cevap vermesi gereken sorulardır. Hermes'in bu sorulara cevap olarak sadece yasa lehine oy kullanan Kongre üyelerinin niyetlerinin, eşit biçimde dikkate alacağını söylediğini farz edelim[241].

Ancak sadece kabul oyu veren Kongre üyelerinin niyetlerinin dikkate alınacağı varsayımında da, bu üyelerin niyetlerinin de birbirinden farklılaştığı görülür. Yargıç bu durumda, farklı niyetleri birleştirerek ortaya bir "grup niyeti" çıkarmak durumundadır. Hermes'in üzerinde düşünmesi gereken ikinci aşama sorular bu noktada karşısına çıkmaktadır: Bu grup niyeti "çoğunlukçu" anlayışa göre mi, yoksa "çoğulcu" anlayışa göre mi belirlenecektir? Başka bir deyişle, niyeti farklı olan gruplardan hangisinin oyu daha fazla ise, o grubun iradesi mi dikkate alınacak? Yoksa, yasayı kabul eden gruplar arasında aynı niyette olan grupların sayıca üstünlüğüne göre mi niyet belirlenecek? Örneğin, aynı düşünce ile hareket eden üç grubun, başka niyetlerle yasaya evet oyu vermiş iki gruptan daha az geniş olması halinde ne olacak? Yoksa, çoğunlukçu ya da çoğulcu niyet arayışı yerine "temsili niyet" arayışına mı girmek gerekir? Burada kastedilen ise, tek tek parlamenterlerin fikrine değil de, çoğu parlamenterin niyetine yakın olan yasama organının temsili iradesidir. Bu noktada Hermes, kendi siyasi yargıları çerçevesinde karar vermek durumundadır. Örneğin Hermes, demokratik teori uyarınca, kişilerin yasal haklarının statüsünde, parlamento üyelerinin çoğunluğunun değişiklik yapma niyetinde olmadıkları sürece değişiklik yapılamayacağını düşünüyorsa, çoğunlukçu anlayıştan yana demektir[242].

Niyetleri birleştirme işleminin bir şekilde tamamlandığını varsayalım. Hermes, bir şekilde yasa lehine oy kullanan çoğunluğun her üyesinin aynı şekilde düşündüğünü biliyor olsun. Dolayısıyla bu üyelerden birisinin -örneğin Senatör Smith'in- niyetini keşfederse, diğerlerini de keşfedecek olsun. Yine Senatör Smith, niyetini, komisyon raporlarında ya da parlamento görüşmelerinde formel bir biçimde dile getirmemiş olsun. Bu durumda, Hermes bu Senatörün fikirlerini anlamada başka olanaklara

[241] **Dworkin**, *Law's Empire*, a.g.e., s. 320.

[242] **Dworkin**, *Law's Empire*, a.g.e., s. 321.

sahiptir. İşte şimdi tüm bu aşamalardan sonra en zor sorunla karşı karşıya gelmiş bulunmaktadır. Smith'in zihni yaşamı karmaşıktır: hangi inançları, davranışları ya da diğer zihni durumları onun "niyetini" oluşturur? Bazı durumlarda, niyet bilinçli zihinsel durumlarla sınırlanamaz. Kanunkoyucunun sübjektif niyetine bakılmasını öngören yöntem uyarınca, kanunkoyucunun bu oyu beyan ederken zihninde oluşan düşünce anlaşılmak istenir[243].

İnsanlar anlaşılmak istedikleri gibi kendilerini ifade ederler. Ancak bazı durumlarda ifade edilenle gerçekten niyet edilen arasında fark da olabilir. Bir imza kampanyasında grup mektubunu imzalayan kişi, bunu yeniden kaleme alamaz. Ya da bu mektubu hazırlayan kişi, metni en çok imza toplamaya müsait şekilde kaleme alır. Kanunkoyucular da çoğu kez aynı durumdadırlar. Bir parlamenter, bir yasaya farklı hükümlerin eklenmesini istemiş olabilir. Ancak bunu sağlamak için yeterli gücü ve zamanı bulunmayabilir. Bu itibarla, parlamenter, artık belli bir düşüncesini, fikrini ya da dileğini dile getirmeyi seçen bir kimse durumunda değildir. Artık kendisi, yasama organı ile diğer makamlar arasında aracı durumundadır. Burada parlamenterin karar vermesi gereken husus, önündeki kağıtta yazılı olan kelimelerin içerdiği mesajı, kamuya ya da kamu görevlilerine göndermek ya da göndermemek konusundadır. Bu rol değişimi önemlidir. Çünkü kanunkoyucu, önündeki belgeye, kendisi ya da başka biri olarak değil; göndermeyi kabul ettiği mesajın yazarı olarak muamele etmektedir[244].

Hermes, kanunkoyucunun niyetini, onun isteklerine ve beklentilerine göre ayrı ayrı değerlendirmek gerektiğini düşünür. Örneğin Senatör Smith, daha tasarı halindeyken, Arındırılmış Alanlar Yasasının, ilgili Bakanlığa, tamamlanmak üzere olan projeleri ortadan kaldırma yetkisi verdiğinin farkına varır. Belki bu sonucun gerçekleşmesini istemez, ancak bunun olabileceğini öngörebilir[245]. Buna rağmen ya kendi düşüncesini paylaşan kaç kişi olduğunu bilmediği için, ya da zaten daha önce yasa metni üzerinde değişiklik yaptırmış olduğu için, yahut da yasanın gecikmesi

[243] **Dworkin**, *Law's Empire*, a.g.e., ss. 321-322.

[244] **Dworkin**, *Law's Empire*, a.g.e., s. 322.

[245] **Dworkin**, *Law's Empire*, a.g.e., ss. 322-323.

halinde sorunlar doğacağını düşündüğünden, bu beklenen, ama gerçekleşmesi de istenmeyen sonucu ortadan kaldırma imkanı olmaz.

Hermes bu durumda, bir an için, Senatör Smith'in niyetini, onun beklentilerine göre değil; isteklerine göre belirleme hevesine kapılabilir. Sonuç olarak, Hermes, yasanın parlamenterlerin çoğunluğunun dileğini ifade ettiğini ve dileğin ise, öngörüden çok isteğe ilişkin bir durum olduğunu düşünerek hareket edebilir. Ancak yine de Hermes, kanunkoyucunun dileklerinin, onları bazen oydan mahrum kıldığını bilmektedir. Smith, Arındırılmış Bölgeler Yasası lehine oy kullanabilir; zira örneğin yeni seçimlerde muhafazakar lobinin muhalefetinden korkmaktadır ya da ona oy verenlerin bu şekilde oy kullanmasını istediklerini bilmektedir[246].

Eğer Smith'in lehe oy kullanma nedenleri bunlar ise, yasayı anlamsız bulduğu için ya da arkadaşlarının kontrolünde olan şirketleri kötü etkileyeceği için, anılan yasanın mümkün olduğunca dar düzenlenmesini isteyebilir. Hermes, bu halde, istek görüşünü terk edip, beklenti görüşünü benimseyebilir. Başka bir deyişle, Smith'in niyetini, o (Smith) yasanın nasıl anlaşılacağını bekliyor ise, ona göre belirlemeye karar verebilir. Ancak Hermes'in bu "beklenti niyetine" yönelik coşkusu uzun sürmez. Zira kanunkoyucunun niyeti bencilce hırsları yansıtıyor diye, hiçbir yorum teorisinde yeri olmayan öngörülerden hareket etmek uygun olmaz[247]. Şayet, yargıçların, belirsiz yasayı, parlamenterlerin çoğunun uygulayacaklarını öngördükleri şekilde uygulayacakları kabul edilirse, bir yargıç karar verirken, Smith'in yargıcın ne yapacağını öngördüğüne göre hareket etmek durumundadır. Hermes bu dilemmadan yeni bir fikirle çıkar: Kanunkoyucunun niyeti, Smith'in dilek ve beklentilerinden farklı olarak, adaletin ve siyasetin gerekleri konusundaki inançları doğrultusunda tespit edilecektir. Senatör Smith'in, adalet, hakkaniyet ve toplumun iyiliği konusunda çeşitli inançları vardır. Onun bu inançlarının tutarlı bir teori oluşturması beklenemez; yanlış, eksik ve sezgisel inançlarla da hareket ediyor olabilir. Kuşkusuz Smith'in yukarıda sayılan konulara ilişkin pekçok inancı olacaktır. Peki bu inançlar çatışırsa ne olacak?

[246] **Dworkin**, *Law's Empire*, a.g.e., s. 323.

[247] **Dworkin**, *Law's Empire*, a.g.e., s. 323.

Hermes, yasa toplumun iyiliğine yönelmiş olduğu için, yasanın kendisini meydana getiren yasama organında hakim olan inançlar şemasını yansıtması gerektiğini düşünür. Zira Smith'in görüşleri meslektaşlarını da temsil etmektedir. Eğer Hermes, onun bazı somut fikirlerinin, daha genel ve temel politik inançları ile çatıştığından şüphelenirse, inançlarının bütününü yapısal bir fikir sistemi olarak ele alıp, onu mümkün olduğunca tutarlı bir biçimde okumaya çalışır. İşte bu noktada Hermes, Hercules'ün yasayı okuma metoduna doğru ilerler. Ancak, Hermes bu metoda, başta savunduğu metodu reddederek ulaşmıştır. Örneğimize geri dönecek olursak, Hermes, Smith'in genel siyasi anlayışı ile yasadaki bir düzenlemeye ilişkin somut fikri arasında çatışma olduğunu düşünürse, çatışan fikirlerden hangisini uygulayacak? Şayet Smith, kendi genel ve somut fikirlerinin birbiri ile tutarlı olduğu düşüncesinde ise ne olacak? İşte bu durumda şöyle bir itiraz gelebilir: Hermes'in kanunkoyucunun yerine geçerek karar vermesi ve Smith'in somut spesifik düşüncesine rağmen, kanunkoyucunun bu düşüncesi ile genel fikirleri arasında uyumsuzluk olduğunu söylemesi tam olarak bir yargıcın yapmaması gereken şeydir. Ancak bu itiraz büyük bir yanlışı beraberinde getirmektedir:

> "*Bir yargıç, bir yasayı nasıl okuyacağı konusunda geliştireceği ve uygulayacağı teoriyi kendi fikrine göre belirler*"[248].

Yargıç bunu belirleme işinin hiçbir bölümünü yasama organına bırakamaz. Hermes buradan yola çıkarak şunu görür: Kanunkoyucunun fikirlerinin çatışıp çatışmadığına kendisi karar vermek durumundadır.

Artık Hermes, kanunkoyucunun zihni durumunu araştırmayı bırakmıştır. Kanunkoyucunun istekleri, beklentileri ya da ifade etmediği somut fikirleri de önemli değildir. Hermes, kanunkoyucunun niyetini, kurucu yorum teorisi uyarınca biçimlendirilen kapsayıcı inanç çerçevesinde bulacaktır. Bunu yaparken de, yasama organının kayıtlarından yola çıkarak, kapsayıcı kurumsal inancı bulmaya çalışacaktır. Bu da ancak hukuki bütünlük fikrinden hareketle mümkündür. Hermes, ideal yargıç Hercules'ün ikizi olmuştur. Hermes, başta kabul ettiği teoriyi, akıl yürütme süreci sonunda reddettiği için, işlevselliğini kaybetmiştir. Dworkin, bu nedenle, metodunu

[248] **Dworkin**, *Law's Empire*, a.g.e., s. 334.

Hercules üzerinden açıklamaya devam eder[249].

Hercules'e göre, bir yasayı yorumlarken göz önünde bulundurulması gereken, kendisinin en iyi olduğuna inandığı sonucu değil; yasama faaliyeti sonucu oluşturulan bu düzenleyici işleme getirilebilecek en iyi gerekçeyi bulmaktır. Burada yargıcın amacı, sosyal tarihin –demokratik olarak seçilmiş yasama organının, özel koşullar altında kabul ettiği belli bir metnin hikayesi– bir parçasını en iyi ışık altında aydınlatmaktır ve kendisi tarafından getirilen gerekçenin hikayeyi sadece sonuç itibarıyla değil, bütünüyle açıklaması beklenir[250].

Yargıcın yaptığı yorum, sadece kendisinin adalet ve yasanın ilgili olduğu siyasal alana ilişkin inançlarına değil; aynı zamanda kendisinin siyasal bütünlük idealine, hakkaniyete ve özellikle de bir demokraside yasama organına uygulanacak usuli yargılama güvencelerine ilişkin inançlarına uygun olmalıdır[251].

Hercules'e göre, bütünlük ve hakkaniyet gereklilikleri, adalet ve bilgeliği çeşitli açılardan kontrol altına alır. Bütünlük fikri, yargıcın uygulaması istenen her yasa için, bu yasaya ve şayet mümkün ise yürürlükte olan diğer yasalara uygun ve bu doğrultuda olan bir gerekçeye dayanmasını gerektirir[252].

Yargıç kendisine hangi ilke veya politikaların (bunların yarışması halinde ortaya çıkan ödevlerin) birleşmesinin, uygulamayı, *yasanın tüm kelimelerinin bütünüyle gerektirdiği şekilde* en iyi kılacağı sorusunu sormalıdır. Yargıç burada eski mahkeme kararlarının yorumlanmasında izlenen yoldan farklı olarak, ilkeler yanında siyaseti de gözönünde bulunduracaktır.

Dworkin akademik çevrelerce savunulan "yorumlayıcı olan / yorumlayıcı

[249] **Dworkin**, *Law's Empire*, a.g.e., s. 337.

[250] **Dworkin**, *Law's Empire*, a.g.e., s. 338.

[251] **Dworkin**, *Law's Empire*, a.g.e., s. 338.

[252] **Dworkin**, *Law's Empire*, a.g.e., s. 338.

olmayan karar" ayrımını isabetli bulmamaktadır[253]. Buradaki ayrım, anayasal kararların sadece anayasanın kendisinin yorumlanması suretiyle alınabileceği görüşünü savunanlar ile, bunun anayasa dışı temelleri olabileceğini savunanlar arasında yapılmaktadır[254]. Buradaki hata, Dworkin'e göre, ayrımın, bazı yargıçların anayasaya uyduğu, diğerlerinin bunu görmezlikten geldiği anlayışını yansıtmasındandır. Bu yaklaşım, hukukun yorumlayıcı felsefi özelliğini dışlamaktadır[255]. Hangi görüşü savunursa savunsun, her bilinçli yargıç geniş anlamda yorumlayıcı kararlar verir. Her yargıç, anayasal yapı ve uygulama üzerinde en iyi yorumu hakim kılmaya; bunun için de bütün unsurları gözönünde bulundurarak metni en iyi ışıkla aydınlatmaya çalışır. Ancak, yargıçların burada esasen anlaşamadıkları nokta, aldıkları anayasal kararlarda yorum yapıp yapmama (ya da yorumlayıcı bir anayasal karar verip vermeme) konusunda değil; en iyi yorumun hangisi olduğu konusundaki semantik bir anlaşmazlıktır[256].

> "Anayasal metot tartışmalarında sorunlar yorum süreci dahilinde ortaya çıkar, yorum yapılıp yapılmadığı konusunda değil. Bir yargıcın, kurucuların iradesine diğer bir yargıçtan daha fazla önem vermesi, temel yorumsal bir anlaşmazlığın sonucudur. İlk yargıca göre adalet ve bütünlük, yorumun, kurucuların düşünce biçimine uygun olmasını gerektirir, ikincisi ise bunu gerekli görmemektedir"[257].

Dworkin'e göre, işte yorumlayıcı / yorumlayıcı olmayan karar ayrımını tam da bu noktadan hareketle eleştirmek mümkündür. Yazar bu ayrımda "yorumlayıcı karar" tarafını "tarihselci (*historicist*)" olarak adlandırmayı önerir[258]. Tarihselciler, anayasal kararın, anayasanın farklı yorumları arasından, kurucuların tarihsel iradelerini açıklayan

---

[253] Dworkin, aynı şekilde anayasaya "aktif" yaklaşım ile "pasif" yaklaşım ayrımını da yerinde bulmamaktadır. Bu ayrıma göre, pasif yargıçlar, diğer hükümet organlarının kararlarına bağlılık gösterenlerdir. Aktif yargıçlar ise, bu organlar tarafından verilen kararları onaylamadıklarında anayasaya aykırı bulanlardır, bkz. **Dworkin**, *Law's Empire*, a.g.e., s. 369.

[254] **Dworkin**, *Law's Empire*, a.g.e., s. 359.

[255] **Dworkin**, *Law's Empire*, a.g.e., s. 360.

[256] **Dworkin**, *Law's Empire*, a.g.e., s. 360.

[257] **Dworkin**, *Law's Empire*, a.g.e., s. 360.

[258] **Dworkin**, *Law's Empire*, a.g.e., s. 360.

yöntemler doğrultusunda alınmasından yana olanlardır.

> "Bir tarihselci, kurucuların bu şekilde düşündüğüne ikna olmadıkça, anayasadaki 'eşit koruma' ilkesinin, okullarda devlet tarafından uygulanan ayrımı hukuk dışı kıldığını kabul etmeyecektir. Aslında eşit koruma ilkesini düzenleyen 14. Değişikliği[259] önerenler, ırk ayrımına dayalı eğitimi yasakladıklarını düşünmüyorlardı"[260].

Dönemin Medeni Haklar Komisyonu Başkanı şöyle demişti: "*Medeni hakların tanınmış olması, tüm çocukların aynı okullara gideceği anlamına gelmez*". Aynı Kongre, Anayasaya 14. Değişikliğin yürürlüğe girmesinden sonra da Columbia Bölgesindeki okullarda söz konusu ayrımı sürdürdü. Bir tarihselciye göre, bu olgular, eşit koruma ilkesinin, okul ayrımını, Anayasaya aykırı kılmadığını kabul etmek için yeterlidir.

Dworkin'e göre, tarihselcilik, yasaların kanunkoyucunun niyetine uygun olarak okunması esasının, anayasal düzeydeki uzantısı gibi görünmektedir. Şayet bu teoriyi kabaca anayasal boyuta uyarlarsak, Anayasayı tartışan ve kabul eden kişilerin zihni durumuna dönmek gerekir. Ancak bu teori, Dworkin tarafından yukarıda anılan gerekçelerle reddedilmişti. Filozof, bu teorinin farklı ve daha ilgi uyandıran bir türünü benimsemektedir.

> "Yasalar, onları kabul edenlerin benimsediklerinin dışındaki inançlar

---

[259] **Amerika Birleşik Devletleri Anayasasında 14. Değişiklik:** "*Bölüm 1. Amerika Birleşik Devletlerinde ya da onun kaza yetkisi altında doğan ya da vatandaşlık kazanan herkes, Amerika Birleşik Devletlerinin ve ikamet ettiği Devletin vatandaşıdır. Hiçbir Devlet, Birleşik Devletler vatandaşlarının sahip oldukları ayrıcalıkları ve dokunulmazlıkları kısıtlayan yasaları kabul edemez ya da bunları uygulayamaz; hiç kimseyi, yaşamından, özgürlüğünden ya da mülkünden, adil yargılanma hakkına riayet edilmedikçe mahrum bırakamaz; kendi kaza yetkisi içindeki hiç kimseye eşit yasal koruma sağlamayı reddedemez. (14th Amendment to the U.S. Constitution: Section 1. All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws)*".

[260] **Dworkin**, *Law's Empire*, a.g.e., s. 360.

doğrultusunda okunmalıdır. Hermes, her bir kanunkoyucunun inancını tek tek belirleyerek, bunlar arasındaki çatışmaları çözmek ve kurumsal bir inanç altında bunları birleştirmek için bir formül bulmaya çalışmıştı. Ancak bu noktada fark etti ki; hangi inançların onu daha iyi gerekçelendirdiği sorusunu sorarak bir yasayı doğrudan yorumlamak daha iyi olacaktı. Zira, kanunkoyucuların hepsinin bireysel inançlarını birleştirmeye yönelik hiçbir formül, 'en iyi yorumu' sağlamaya elverişli değildi"[261].

Benzer bir şekilde anayasal yorumun, anayasayı yapanların niyetlerine uygun olmasında ısrar eden bir tarihselci de, Hermes'in karşılaştığı bu güçlükle karşılaşacaktır. Örneğimizde, bir tarihselci, ilk olarak, bu Değişikliğin, değişikliği gerçekleştiren Kongre üyelerinin inançlarına uygun olarak okunması gerektiğini söyleyecektir. Ancak daha sonra, bu Değişiklik lehine oy verenlerin ırk ayrımı konusunda farklı fikirlere sahip olduklarını görecektir. Tüm bunların sahip olduğu baskın inanç ise soyuttur: Anayasa, bütün yurttaşlara eşit muamele hukukunu gerektirmektedir. Bu baskın inanç, "eşit yasal koruma" şeklindeki lafzi ifadeyle tasvir edilen inançtır[262]. Oy kullananlardan bir çoğunun ırk ayrımının eşit koruma yükümlülüğünü ihlal etmediğine dair somut inançları vardır. Ancak, kurucuların inançlarına bir bütün olarak sadık kalacağına söz veren bir tarihselci, bu somut inancın baskın inançla bağdaşıp bağdaşmadığı ya da bunun baskın inancın gerekliliklerinin yanlış anlaşılmasının sonucu olup olmadığı sorularını sormak zorundadır. Şayet tarihselci, bizzat, ırka dayalı ayrımın kurucuların kabul ettiği eşitlik kavramı ile bağdaşmadığına inanıyorsa; kurucuların inançlarına bütünlüklü bir şekilde sadakatin, sözkonusu ayrımın anayasaya aykırı bulunmasını gerektirdiği sonucuna varacaktır[263].

Burada da tıpkı yasaların yorumunda olduğu gibi, kurucuların inançlarının birbiriyle çatışabileceğini reddetmek felsefi bir çelişki olurdu. Zira örneğimizde

[261] **Dworkin**, *Law's Empire*, a.g.e., s. 361.

[262] **Dworkin**, *Law's Empire*, a.g.e., s. 362.

[263] Ya da farklı bir fikri savunarak şöyle diyebilir: "bu ayrım, 19. yüzyılda eşit yasal koruma ile bağdaşabilirdi, ancak günümüzde bağdaşmamaktadır, bu nedenle anayasaya aykırıdır", bkz. **Dworkin**, *Law's Empire*, a.g.e., s. 362.

kurucular, "yasanın halka eşit muamele yapmasını gerektirdiği" ilkesi ile bağlanmışlardır. Burada kullandıkları dil de kapalı (belirsiz) değil; açık bir dildir[264]. Kurucu iktidar, Anayasaya bu Değişikliği eklerken, öngördükleri hükmün kapalı (belirsiz) bulunabileceğini ya da kendilerinin düşündükleri dışında hiçbir uygulamanın 14. Değişikliği ihlal etmeyeceğini düşünmemişlerdir.

Ancak kurucular, Anayasanın kapalı bir biçimde okunabileceğini düşünmüş olsalar bile, bir tarihselcinin karar vermesi gereken, bu inancın onların daha soyut ve zorunlu olarak daha açık olan inancıyla, yani "Amerika'nın yasa önünde herkese eşit davranması gerektiği" inancıyla uyumlu olup olmadığıdır. Dolayısıyla, bir tarihselcinin yorum problemi, sadece "kurucuların kendi kabul ettikleri hükmün ırka dayalı okul ayrımını hukuk-dışı kıldığını düşünmemiş olduklarını" beyan ederek çözülmez. Tarihselci, kurucuların daha soyut inançlarına, başka bir deyişle, bu hükmü koyarken hangi eşit muamele anlayışına sahip oldukları sorusuna cevap vermek zorundadır. Bunun için Değişikliği kabul eden her parlamenterin, -varsa- bu hükümle ilgili dilekçe ve beyanlarını ve konu hakkındaki oylarını bulmaya çalışabilir. Ancak, bunun yerine, doğrudan, kurucuların bütününün Savaş sonrasında gerçekleştirdikleri değişikliklerin yapısına bakarak, bu değişiklikleri, onların geriye bıraktıkları anayasal sistemin bir bölümü olarak düşünerek ve bütünsel olarak düşünüldüğünde bu yapıyı doğrulamak için hangi eşitlik ilkelerinin gerekli olduğunu sorarak, asıl inancı tespit etmesi daha uygun olacaktır.

Tarihselci, ancak bu sorulara cevap vererek, kurucuların okul ayrımı konusundaki somut fikirlerinin, daha soyut nitelikteki eşitlik inançlarına uygun olup olmadığına karar verebilir. Şayet uygun olmadığına karar verirse, sadakat

[264] Genel olarak hukukta metinsel yorum (bağlam-dışı yorum) modelini benimseyen hukukçuların ifade ettiği bir görüş vardır: Metinde kullanılan kelimelerin anlamı açıksa, burada yoruma gerek duyulmaz; ancak metin belirsiz ise (ki buna daha çok kelimelerin muğlak olması sebep olabilir) yorum yoluna başvurmak gerekir. Ancak Dworkin'in yorum teorisinde yorum yapmak için metnin anlamının belirsiz olması gerekmez. Örneğin yukarıda ayrıntılarıyla açıkladığımız Elmer / Palmer davasında aslında Miras Kanunu hükmü açıktır; ancak biz katillere mirasçı sıfatının verilmesini uygun bulmadığımız için, yasa bu anlamıyla ve somut olayda belirsiz hale gelmiştir. Dolayısıyla Dworkin'in yorum metodunda "belirsiz" sıfatı, yorum yapma sebebi değil, adeta yapılan yorumun bir sonucudur. Başka bir deyişle, bu yorum anlayışına göre, "belirsiz" sıfatı, ancak bu metinle ilgili yarışan iki yorumdan her ikisinin de makul gerekçeler içermesi halinde verilir, bkz. **Dworkin**, *Law's Empire*, a.g.e., ss. 350-354.

yükümlülüğü, bu somut inancı ihmal etmesini gerektirir. Yorumcunun tarihselci olanı başarısız olmuştur, zira sadece bu özel konu hakkında kurucuların ne düşündüğüne dayanma anlayışından vazgeçmiştir.

b. Tarih ve hakkaniyet

Tarihselci, kurucu iktidarın niyeti konusunda Hercules'ün metodunu izleyerek, anayasayı kabul edenlerin tek tek niyetleri yerine, kurucuların inançlarını, tüm anayasal sistemin içerisinde bir bölüm olarak ele almaya başlamıştır. Ancak bunun için de kendisinin, anayasal tarihi en iyi anlatan bir siyaset teorisi anlayışına sahip olması gerekir. Peki bu siyaset teorisini nasıl belirleyecektir? Tarihselci, bu soruya, kurucuların bu konuda yapmış oldukları beyanların dikkate alınması gerektiğini, zira anayasanın da bir yasa olduğunu ve yasaların içeriğinin de, bunları yapanların kamunun önünde ifşa ettikleri niyetleri uyarınca belirleneceğini söyleyebilir. Ancak, bu yaklaşım esasında temel sorunu hafife almaktır: Tarihselcinin görevi, yasa olarak Anayasanın neden kurucu iktidarın somut düşüncesi olarak anlaşılması gerektiğini açıklamaktır. Bu durumda tarihselci, kurucuların beyanlarının, onlar böyle olmasını istedikleri için belirleyici olduğunu söyleyebilir. Ancak bu yaklaşım da iki açıdan yanlıştır: İlk olarak, bu "meta-niyet" konusunda hiçbir kanıtımız yoktur. İkinci olarak, kanıtımız olsa bile, bunu uygulamak sorunu daha da ağırlaştırır[265].

Tarihselci, "demokrasi"nin kavramsal olarak anlaşılış şekliyle, anayasa yapmak üzere halk tarafından seçilen devlet adamlarının, anayasanın ne anlama geldiğine dair karar verme konusunda yetki sahibi olduğunun kabul edilmesini gerektirdiğini söyleyebilir. Ancak, soyut demokrasi tanımı (halkın kendi yöneticilerini seçmesi) yöneticilerin yasanın dışındaki beyanlarının hangi ölçüde yaptıkları yasaya dahil olduğunu açıklamamaktadır. Dolayısıyla tarihselcinin demokrasi kavramına

[265] Dworkin bu yaklaşımın niçin sorunu daha da ağırlaştırdığını, biraz da nüktedan biçimde şu örnekle açıklıyor: Bir parlamentere, yasaların Fransızca yazıldığı takdirde geçerli olup olmayacağı sorulduğunda, kendisinin "oui" dediğini varsayın. Gerçekten de bu cevap, sorulan soruya hiçbir açıklık getirmediği gibi, durumu daha da karmaşıklaştırmaktadır, bkz. **Dworkin**, *Law's Empire*, a.g.e., s. 364.

başvururken, somut bir hakkaniyet argümanı eklemesi gerekmektedir[266].

Tarihselci, halkın yasama organı üzerinde eşit etkiye sahip olması gerektiği şeklindeki demokrasi fikrinin, kendisinin anayasanın ne olduğuna karar verme metodunu niçin belirlediğini açıklamak zorundadır[267]. Ancak şunu unutmamak gerekir ki; Amerikan Anayasasını yapanlar, halkın büyük bir bölümünü temsil etmiyorlardı. Ayrıca, daha önceki ulusal mevzuatla bağlı olmayı reddettiler. Anayasanın yapılması ve onayı sürecinde, kadınlar, köleler ve fakirler dışlandılar. Değişikliklerin yapıldığı Savaş sonrası dönemde bile demokrasi tam olarak ilerlememiş olduğu, halk iradesi bu değişiklikleri yapan organın bünyesine tam olarak yansımadığı için, kurucuların somut inançlarından yola çıkmak demokratik bir hakkaniyet argümanı sağlamak için yeterli değildir. Ayrıca, bütün bu eksikliklerin yanında, halkın neden günümüzde bütün koşullar değiştiği halde, uzun zaman önce işbaşına gelmiş organların siyasi inançları uyarınca yönetilmesi gerektiğini hakkaniyet ilkesi açıklayamaz.

Dworkin, tasvir ettiği "tarihselci" hukuk anlayışına karşı argümanlarını bu şekilde ortaya koyduktan sonra, bu sefer de tarihselci yorum lehine görüşlerini sunmaya başlar[268]. Bu noktada ortaya koyduğu en önemli argüman şudur: "*Hukuk, mümkün olduğunca açık ve istikrarlı olduğu ölçüde, topluma en iyi hizmet eder*". Sözkonusu ilke, anayasa hukuku bakımından özel bir önem taşır. Bu anlayış, anayasanın ya da yasanın yorumunun tarihsel olgulara bağlanmasının temel gerekçesini oluşturur.

Tarihselciliğin katı versiyonunda, tarihsel kurucu iktidarın somut niyetinden okunmayan yoruma izin verilmez. Bu şekilde tarihselcilik, anayasa hukukuna önemli bir istikrar ve öngörülebilirlik sağlar. Bu anlayışa göre, bir sonuca somut bir biçimde niyet edildiği hukukçu tarafından kanıtlanmaksızın, anayasaya dayanarak bir yasama kararı ya da idari karar hükümsüz kılınamaz. Şayet bu katı anlayışın fazla kısıtlayıcı olduğu düşünülürse, tarihselciliğin esnek biçimi devreye girer. Bu "esnek tarihselcilik",

---

[266] **Dworkin**, *Law's Empire*, a.g.e., s. 364.

[267] **Dworkin**, *Law's Empire*, a.g.e., s. 364.

[268] **Dworkin**, *Law's Empire*, a.g.e., ss. 365 vd.

kurucu iktidarın somut tarihi niyetini tamamen gözardı eden teorilere göre, istikrar sağlamaya daha çok elverişlidir. Esnek tarihselcilikte, bir yasanın ya da kararın hükümsüz kılınabilmesi, kurucu iktidarın bunları niyet etmediğinin tarihsel temellerle gösterilebilmesine bağlıdır[269].

Dworkin, istikrar argümanını gözönünde bulundurarak şu soruyu sorar: Tarihselcilik, Amerikan Anayasa Yargısı uygulamasına (içtihadına) makul bir açıklama getirebilmekte midir?

Öncelikle, tarihselciliğin katı biçimi, Amerikan pratiği ile hiçbir şekilde uyuşmamaktadır. Yüksek Mahkeme, anayasallık denetimine bu şekilde yaklaşmamış; kurucuların düşünmediği ya da niyet etmediği anayasal hakları tanımıştır. Esnek yorum ise uygulamaya daha çok uymaktadır. Ancak bunun nedeni, sadece, ilk sayılan versiyona göre daha esnek olmasıdır. Yüksek Mahkeme, Anayasayı, XVIII. ya da XIX. Yüzyıllarda yaşamış kurucuları dehşete düşürecek biçimde yorumlayabilmektedir[270]. *Brown* davası buna en iyi örneklerden biridir. Ölüm cezası ya da kürtaj davaları da bu duruma örnek olarak gösterilebilir.

Dworkin'e göre, istikrar argümanı, bir siyasi ahlak argümanı olarak ele alınmalıdır. Buna göre, istikrar argümanının temel iddiası şudur[271]: Yazılı bir anayasa ile donatılmış siyasal bir topluluk, anayasayı doğru yorumlayarak istikrarı güvence altına alırsa, uzun vadede daha adil, daha dürüst ve daha başarılı bir topluluk olur. Bu anlayışa göre doğru yorum ise, ne kadar eski ya da çağdaş yorum kurallarına ne kadar aykırı olursa olsun, kurucuların somut fikirlerine dayanır. Bazen hukukun kesinliği, hukukun ne olduğundan daha önemlidir. Ancak bu saptama, bir ticari sözleşmedeki tarafların hakları ve borçları için geçerlidir. Onun dışında her zaman bu durum geçerli değildir.

---

[269] **Dworkin**, *Law's Empire*, a.g.e., s. 366.

[270] **Dworkin**, *Law's Empire*, a.g.e., s. 366.

[271] **Dworkin**, *Law's Empire*, a.g.e., s. 367.

Dworkin'in hukuki bütünlük fikri de, farklı koşullara göre, kesinlik ve öngörülebilirlik değerlerini dikkate alır[272]. Kesinlik ilkesinin özel bir önem taşıdığı durumlarda (örneğin ticari belgelerde), geçmiş davalarda uygulanmış belirli bir kural, hukukun bu alanına ilişkin en iyi yorumu sağlamak için daha elverişli bir araç olabilir. Bu tür durumlara ilişkin olarak başka bir örnek de başkanın görev süresine ilişkin olarak verilebilir. Başkanın görev süresinin sabit olması ve Yüksek Mahkemenin bunu zaman zaman yeniden değerlendirmeye açmaması gerekir. Bu noktada istikrar temeldir ve konunun kişisel menfaatlerden ve kısa vadeli siyasi oportünizmden arındırılması gerekir. Ancak, her anayasal sorun için bu durum geçerli değildir. Bazı durumlarda kararın verilmiş olması önemli iken; bazen de kararın verilmesi, kararın detaylarından daha önemli değildir. Örneğin, ulusal ve yerel makamlar arasındaki yetki paylaşımının açık ve istikrarlı olması, federal hükümet sistemi için hayati önemdedir. Ancak, bunun yanında, hangi siyasi organın (federe düzey mi, federal düzey mi?), hangi yetki ya da sorumluluklarla donatıldığı da önemlidir: belli bir ticari sektöre ilişkin düzenleme yapma yetkisi, kamusal eğitimin finansmanından sorumluluk vb. Hukuki bütünlük anlayışı ise, anayasanın bu tür özel sorumlulukları yargı makamları arasında ne şekilde dağıttığı konusundaki anayasal pratiği yorumlarken, istikrar ilkesini de dikkate alır. Ancak bunun yanı sıra, bir kararın bir başkasına göre, uygulamadan doğan federal sistem bütününe daha uygun olabileceğini de gözönünde bulundurur[273].

Bunlar dışında, üçüncü bir grup anayasal sorun daha vardır. Bunlar ise, devlete ve ulusa karşı bireysel hakları tanıyan hükümlerdir: ifade özgürlüğü, adil yargılanma hakkı, kamusal kaynaklardan yararlanma konusunda eşit muamele ve eğitim gibi. Bu haklardan herbiri teker teker ele alındığında hepsinin yorumunda da istikrarın belirli bir öneme sahip olduğu söylenebilir. Ancak ortada bir prensip sorunu bulunduğunda, öz, bu tür bir istikrar arayışından daha önemlidir. Ayrıca, bütünlük teorisi kapsamında her durumda istikrarı sağlamaya elverişli olan bir unsur vardır: haklar sistemi, mümkün

[272] **Dworkin**, *Law's Empire*, a.g.e., s. 367.

[273] **Dworkin**, *Law's Empire*, a.g.e., s. 368.

olduğunca *tutarlı bir adalet vizyonu*[274] verecek şekilde yorumlanmalıdır. Bu da, yargıcın tarihi devlet adamlarının somut fikirleri ile bağlı olmalarını gerektiren tarihselciliğin esnek biçimi ile de sağlanamaz.

Aslında Dworkin'in son verilen örnekte, Devlet organlarının yetkilerine ilişkin uyuşmazlıklar ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin uyuşmazlıklarda istikrar ilkesinin rolünü farklı değerlendirmesi, hermeneutik doktrindeki, biçimsel norm / ilkesel norm ayrımına benzer görünmektedir. İkisi arasındaki farklılık ise, Dworkin'in bu ayrımı yorumda istikrar ilkesinin rolü ile; hermeneutik doktrinin ise normun yapısal özellikleriyle açıklamasıdır. Ancak Troper'in realist yorum teorisinde, durum, bu iki teoriden de geniş ölçüde farklılaşır. Zira şimdi incelemeye başlayacağımız teoride, uyuşmazlığın niteliğinden çok, yorumcunun kim olduğu önemlidir.

III. TROPER'İN REALİST YORUM TEORİSİ

[274] **Dworkin**, *Law's Empire*, a.g.e., s. 368.

Klasik olarak yorum kavramını tanımlamak için iki farklı yol kullanılır[275]: (i) Yorum bir şeyin anlamını ***göstermektir***. (ii) Yorum bir şeyin anlamını ***belirlemektir***.

Birinci tanım, anlamın keşfedilmesinin mümkün olduğu ön kabulüne dayanır ve yorum da bu anlamda (varolan anlamı) "tanıma" işlemidir (*acte de connaissance*). İkinci tanım kapsamında anlamın "belirlenmesi"nde ise, yorumcunun iradesi rol oynadığı için, bir irade işlemi sözkonusudur (*acte de volonté*). Bu ikili ayrıma şu şekilde açıklık getirilebilir: Şayet, yorumu bir tanıma işlemi sayıyorsak, başka bir deyişle, bilimsel bir veri gibi önceden mevcut olan bir anlamın olduğu düşüncesinde isek, yapılan yorum doğru ya da yanlış olacaktır. Buna karşılık, yorumu bir irade işlemi sayıyor isek, yapılan yorum yetkili makam tarafından yapılmış olup olmamasına göre, geçerli ya da geçersiz sıfatını alacaktır[276].

Bu iki farklı tanım, iki farklı teoriye tekabül eder. Dolayısıyla burada yorum kavramını tanımlayış şekli benimsenen teoriyi de ortaya koymaktadır.

Bu iki teori de biri ontolojik, diğeri epistemolojik olan iki ön-kabule dayanmaktadır[277]. Ontolojik olanı şudur: Ben yorumlamayı bir anlamı göstermek olarak ele alırsam; betimlenmesi mümkün olan objektif bir anlamın mevcudiyeti ön-kabulüyle hareket etmiş olurum. Ancak bunun tersine, anlamın mevcut olmadığını, bu nedenle de betimlenemeyeceğini sadece belirlenebileceğini de varsayabilirim. Epistemolojik ön-kabul ise şudur: Bütün teoriler, belli işlevler yüklenebilecek düşünsel bir sistem içerisinde yer alırlar. Bu düşünsel sistemi, yargıçlarınki gibi pratik bir diskur olarak ele almak ve yargı işlevinin icrasında en iyi hizmeti verecek yorum tanımını kabul etmek mümkündür[278].

---

[275] **Michel Troper**, *La théorie du droit, le droit, l'Etat*, PUF, Léviathan, Paris 2001, s. 69.

[276] **Troper**, "Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité constitutionnelle", in *Hommage à Charles Eisenmann*, Editions Cujas, Paris 1975, ss. 134-135.

[277] **Troper**, La théorie du droit, le droit, l'Etat, a.g.e., s. 69.

[278] Vedel'e göre de, yargıç ancak mesleğinin, bir anlamı keşfetmekten ibaret olduğu ön-kabulüyle hareket ederse, ona bir meşruluk kazandırarak ve onu gerekçelendirerek iyi bir

Troper'e göre bu epistemolojik ve ontolojik iki ön-kabul de birbirine bağlıdır: Gerçekten de bizler, yerine getirilecek görevin kavramsallaştırmasına uygun olan ontolojiyi seçeriz. Şayet bizim amacımız yorum teorisiyle bilimsel sisteme katkıda bulunmaksa, bilimsel tipte bir doğrulamaya izin veren bir ontoloji seçmek zorundayız. Ancak bu iki teoriyle de daha baştan bağlanmamak için, Troper şöyle bir tanımı önermektedir:

> "*Yorum, bir şeyin anlamını göstermekten ya da belirlemekten ibaret olan faaliyettir*"[279].

Ancak burada şu hususun vurgulanması gerekmektedir: Yukarıda kullanılan tanım ve bundan sonra verilecek açıklamalar, tamamen hukuk sistemi içerisinde sonuç doğuracak olan "hukuki yorum" için geçerlidir ve ayrı bir muameleye tabi tutulması gereken müzikal ve sanatsal yorumdan tamamen farklıdır[280].

Realist teori, hukuki pozitivizmin bir çeşididir ve bu itibarla ampirik bilimlerin türevi olan bir hukuk bilimi kurmayı amaçlar. Hukuki pozitivizm iki şekilde ortaya çıkabilir: Normativist akım kapsamındaki bazı teoriler, olması gereken (*Sollen*) olarak normları konu edinir ve bunları, spesifik ve doğa bilimlerinden ayrı metotlarla betimleme işini üstlenir. Diğer bazı teoriler ise, kendilerine tam anlamıyla ampirik bir konu edinmekte ve normları insan davranışları ve dilsel ifadeler olarak düşünmektedirler[281].

Realist teori de kendi içerisinde pek çok değişkeni barındırır. Bir tanesi, yargıçların davranışlarını (dolayısıyla psiko-sosyal bir fenomeni) konu alır. Bu anlamda hukuk da fiili davranıştır. Bir diğeri ise, davranışları değil de, yargıçların yürüttüğü fiili

---

biçimde icra edebilir, bkz. **Troper**, *La théorie du droit, le droit, l'Etat*, a.g.e., s. 70.

[279] **Troper**, *La théorie du droit, le droit, l'Etat*, a.g.e., s. 70.

[280] Yukarıda "Hermenutik Teoriler" başlığı altında, bütün alanlara uygulanabilecek genel yorum metotlarının saptanması arayışından bahsetmiş idik; buna karşılık, Dworkin, yorum metotlarının disiplinlere göre farklılaştığı kanaatinde idi, bkz. yukarıda "Dworkin ve Anayasal Hermeneutik" başlığı.

[281] **Troper**, *La théorie du droit, le droit, l'Etat*, a.g.e., s. 70.

akıl yürütme şeklini konu edinir[282].

Troper belli düzeylerde Kelsen'in[283] yorum anlayışına başvurmasına rağmen, teorisinde çoğunlukla ondan farklı unsurlara dayanmıştır.

A. Realist Yorum Tezleri

Troper'e göre, realist yorum teorisinin üç temel özelliği vardır: Öncelikle yorum, bir irade işlemidir, tanıma işlemi değildir (1). İkinci olarak, yorum, normları değil, önermeleri ve olayları konu alır (2). Son olarak, yorum, onu yapan kimseye spesifik bir yetki / güç verir (3).

1. İrade İşlemi Olarak Yorum

Troper yorumun bir irade işlevi olduğunu belirtirken, üç ayrı tez ileri sürer[284]. Buna göre, yasaya aykırı yorum yoktur (a). Kanunkoyucunun niyetine indirgenebilecek bir anlam yoktur (b). Niyetlerden bağımsız objektif bir anlam yoktur (c).

a. Yasaya Aykırı Yorum Sorunu[285]

Troper, bu tezini gerekçelendirmek için Kelsen'in bilimsel yorum / otantik yorum ayrımından hareket eder. "Bilimsel yorum" ya da "doktrin yorumu", sadece hukuk bilimi ya da hukuk doktrini tarafından yapılan yorumları değil; yaptıkları yorumlar, hukuk düzeni tarafından geçerlilik tekeline sahip kılınan kişiler dışında kalan

---

[282] **Troper**, *La théorie du droit, le droit, l'Etat*, a.g.e., s. 70.

[283] Troper'e göre Kelsen, "Saf Hukuk Teorisi"nin ilk basımında "realist yorum" metodunu ağır biçimde eleştirir. Ancak, anılan eserin ikinci basımında bu teoriyi benimseyen bir tavır ortaya koyar. Bununla birlikte, teoriyle ilgili gelişmelere çok kısıtlı bir biçimde değinmiş ve anılan teorinin, kendisinin hukuk düzeninin yapılanması ile ilgili görüşleri ile uyuşmayan mantıki sonuçlarını kabul etmemiştir, bkz. **Troper**, *La théorie du droit, le droit, l'Etat*, a.g.e., ss. 70-71.

[284] **Troper**, *La théorie du droit, le droit, l'Etat*, a.g.e., s. 71.

[285] **Troper**, *La théorie du droit, le droit, l'Etat*, a.g.e., ss. 71-72.

herkesçe yapılan yorumları kapsar.

Kelsen, otantik yorum kavramını, genel anlaşılış biçiminden biraz daha farklı bir biçimde kullanmaktadır. Klasik hukuk dilinde otantik yorum, yorumlanacak metnin yazarı tarafından yapılan yorumdur. Kelsen ise, otantik yorumu, hukuk düzeninde sonuç doğuran bütün yorumları kapsayacak biçimde ele alır. Otantik yorum, *yorumlamaya yetkili kılınmış* her makam -örneğin sınırlayıcı olmamak üzere yüksek mahkemeler- tarafından yapılabilir[286]. Otantik yorum, içeriği ne olursa olsun bağlayıcıdır. Yorumlanan metnin, yetkili makamın ona verdiği dışında bir anlamı yoktur, olamaz. Bu anlama, başkalarınca yapılmış yorumlara aykırı, makul olmayan, metnin yazarının niyetine ilişkin bilinen bütün verilere aykırı olan bir şekilde ulaşılmış olsa bile, bu ilke geçerlidir. Bu tür yorumların pek çok örneğine uygulamada rastlamak mümkündür. Troper, buna örnek olarak Danıştay'ın Dame Lamotte[287] kararını verir: Yüksek Mahkeme bu kararında, "*bütün yargı yollarının kapalı olması*" ifadesini, yetki aşımından doğan davaları hariç tutacak şekilde okumuştur.

Bu yorum, yasaya aykırı bir yorum sayılamaz. Yasaya aykırı yorum, yasanın gerçek anlamının tersine olan yorumdur. Oysa, otantik yorumla elde edilenle kıyaslayabileceğimiz bu gerçek anlamı tespit etmeye yarayan herhangi bir yoruma sahip değiliz. Hukuki olarak tartışılmaz olan tek standart, otantik yorum sonucunda belirlenmiş olandır.

Ancak Troper'e göre, bütün bu açıklamalardan, hukuk düzeninin, karar verme yetkisine sahip olan bir makam tarafından empoze edilen anlamın keyfi olarak mevcut anlama üstün gelmesini sağladığı sonucu çıkarılmamalıdır. Zira, gerçekte metinde keşfedilecek bir anlam yoktur.

---

[286] **Troper**, "L'interprétation constitutionnelle", (*Actes du Colloque*) *L'interprétation constitutionnelle* (sous la dir. Ferdinand Mélin-Soucramanien), Dalloz, Paris 2005, s. 15.

[287] CE., *Ministre de l'agriculture c/ Dame Lamotte*, 17.02.1950, Rec. Lebon s. 110. Bu karar hakkında ayrıntılı açıklama için bkz. **Erkut**, *Hukuka Uygunluk Bloku*, a.g.e., s. 37.

b. Kanunkoyucunun Niyeti[288]

Şayet bir metnin anlamı, onu kabul edenin niyetine, yani belli bir ruh haline tabi kılındığı takdirde, şu görülecektir: Bazı metinler için böyle bir niyet mevcut değildir. Bu iddiayı kanıtlamak için gösterilebilecek en iyi örnek, kurul halinde kabul edilen metinlerdir. Metnin sahibi sadece bu metin lehine oy kullanan *kişiler* değil, bütünüyle bunu kabul eden *makamdır*. Oysa ki, kurul halinde hareket eden organın bir niyeti olamaz, zira kurul psişik bir varlığa sahip değildir. Ayrıca, biraz önce bahsedilen üyelerin niyetlerini bireysel olarak saptamak da mümkün değildir. Parlamento örneğini ele alırsak, metnin kabul edilmesi için oy kullanan kişiler, görüşme aşamasında fikirlerini beyan etmemiş; beyan edenler de yalan söylemiş olabilirler. Milletvekilleri samimi olarak niyetlerini dile getirmiş olsalar bile, bu niyetler, çok çeşitli ve birbiri ile çatışan nitelikte olabilir. Görüşlerini beyan etmeden metnin lehine oy kullananlar, oylarını bazen söz alan milletvekilleriyle aynı niyetlerle, bazen de taban tabana zıt fikirlerle kullanmış olabilirler. Burada birçok neden devreye girmiş olabilir: tembellik, bilgisizlik, meslektaşlarını taklit, parti disiplinine riayet[289] gibi.

Ayrıca, varsayalım ki kurulun tüm üyeleri kendilerini görüşmeler sırasında ifade etme olanağı bulsun, hepsi tam anlamıyla samimi olsunlar, hepsi aynı psişik durumda bulunsun; yine de metnin yorumlanmasını gerektiren somut durumla ilgili bir niyete sahip olamazlar. Zira, metnin kabul edilişi sırasında bu somut durumu göz önünde bulunduramazlar, sadece bir durumlar kategorisini değerlendirebilirler.

Belirtilmesi gereken bir diğer husus, hukuki anlamda metni kabul edenin, metnin düşünsel sahibi olmayabileceğidir. Yasa tasarısının herhangi bir idare tarafından hazırlanıp parlamento tarafından kabul edildiği hallerde ya da referandum sonucunda kabul edilen anayasada durum budur. Bu son varsayımda, tüm seçmen kitlesi, metni kabul eden sayılır. Dolayısıyla milyonlarca seçmenin ortak niyetinden bahsetmek mümkün değildir.

---

[288] **Troper**, *La théorie du droit, le droit*, l'Etat, a.g.e., ss. 72-73.

[289] Parti içi demokrasinin pek olmadığı ve lidere bağlı ve sıkı bir parti disiplininin uygulandığı ülkemizde bu durum daha belirgindir.

Metnin sahibi belirlenip tek bir niyet bulunsa bile, bu ruh durumunu anlamla özdeşleştirmek çok da mümkün olmayabilir; zira böylesine bir özdeşleştirme, yasanın uygulanmasını son derece zorlaştırabilir. Bu durumda yasanın uygulanması, sadece kanunkoyucunun iradesinin uygulanması haline gelebilir. Bu anlayışa göre, yasanın anlamını, lafzi ya da amaçsal yorumdan doğacak anlamdan ayırdetmek normal karşılanır, zira kanunkoyucu bu yorumlar sonucu ortaya çıkan anlamı istememiş olabilir.

Niyete uygun yorum, her zaman için bir yorumun inşa edilmesidir. Bununla birlikte, şayet anlam, niyete indirgenemez ise, bu niyetlerden bağımsız objektif bir anlam yoktur.

c. Bağımsız ve Objektif Anlamın Yokluğu[290]

Hazırlık çalışmalarından çıkarılan niyetten farklı bir anlamın bulunması düşünülebilir. Bu anlam, metindeki kelimelerden, metnin içinde bulunduğu sistematik bağlamdan ya da normun yerine getirdiği ekonomik / sosyal fonksiyondan çıkarılabilir. Bunun nedeni ise, sözü edilen farklı anlamların kendilerine özgü metodların kullanılmasıyla elde edilmesidir: metinsel anlam, metinsel yorumdan; işlevsel anlam işlevsel yorumdan çıkarılabilir. Oysa bu farklı metodların her biri, bizi farklı sonuçlara götürür. Bu anlamlardan hangisinin tercih edileceği, yorumcunun kararına bağlıdır. Dolayısıyla burada "anlam", hangi metodun diğerine üstün geleceği konusunda *yorumcunun kararı* sonucu belirlenmektedir.

Dolayısıyla ne kanunkoyucunun niyetinde, ne de bu niyetten bağımsız olarak objektif bir anlam yoktur. Tek anlam, yorumdan çıkan anlamdır. Yorumdan önce metinlerin bir anlamı yoktur.

2. Yorumun Konusu

Şayet anlam, yorumdan önce mevcut değilse ve sadece onun ürünüyse, bir çok hukukçunun ve Kelsen'in kendisinin iddia ettiğine karşıt olarak, yorumun konusu

[290] **Troper**, *La théorie du droit, le droit, l'Etat*, a.g.e., s. 74.

hukuki bir norm olamaz. Bir yasa, "p yapmak yasaktır" ifadesini içeriyorsa, "p" ibaresi kendisine verilen anlama göre p1, p2, p3,....pn şeklinde birçok farklı fiili gösterebilir. Bundan dolayıdır ki, yasa hükmü, tek bir norm içermemekte, hükmün yorumlanış biçimine göre birbirinden farklı potansiyel yorumları işaret edebilmektedir: p1 yasaktır, p2 yasaktır, ..., pn yasaktır gibi. Bu farklı normlar arasından seçim yapan yorumcudur. Böylece, normun anlamla donatılmamış olduğu görülür. Normun kendisi anlamdır ve yorumlanamaz. Zira, bir anlamın anlamını belirlemeye çalışmak absürd sonuçlar doğurur.

Dolayısıyla, yorumun konusunu ancak, anlam taşıyan bir şey oluşturabilir: metin ya da olay gibi.

a. Metin[291]

Metin, sadece belirsiz olduğu durumlarda değil, her zaman için yorumun konusunu oluşturabilir. Yaygın olarak "açık olanın yoruma ihtiyacı yoktur (*in claris non est interpretandum*)" şeklinde bir anlayış vardır.

Ancak bu fikir bir çok eleştiriye maruz kalmıştır: İlk olarak, yorum öncelikle bir karar olduğu için metnin belirli ya da belirsiz olması da yorumun alanına girmektedir. Otantik yorum yapma yetkisine sahip olan bir makam, metni yorumlamasını haklı kılmak için metnin belirsiz olduğunu ya da tam tersine -onu yorumladığını kabul etmeksizin- belli bir anlam içerdiğinin açık olduğunu söyleyebilir. İkinci olarak, bu klasik yaklaşım, yorumun geleneksel vizyonuna da aykırıdır. Yorumlamanın mevcut olan bir anlamı "tanıma işlemi" olduğu esası kabul edilse bile; bir metnin açık olduğuna, onun anlamı tanınmadan ya da başka bir deyişle, yorum yapılmadan karar verilemez.

Yorum metne dayanıyorsa ve bütün metinlerin yorumlanması gerekiyorsa, yorum sadece metnin içeriğinin belirlenmesine indirgenemez. Dolayısıyla, metnin sadece hükümlerini değil; statüsünü de yorumlamak gerekir. Metnin statüsünün yorumlanması fikri, geniş yorum anlayışından çıkmaktadır. Hukukta bir metnin anlamını belirlemeden önce, bunun hukuki bir hüküm olduğunun sabit olması ve bir

[291] Bkz. **Troper**, *La théorie du droit, le droit, l'Etat*, a.g.e., ss. 75-77.

normun anlamını bünyesinde barındırması gerekir. Şayet bu hukuki bir hükümse, ikinci olarak hangi düzeye ait olduğu belirlenmelidir. Örneğin, Anayasa Konseyi, Bildirgedeki "*eşitlik*" kelimesinin ne anlama geldiğini ya da 1946 Anayasasının Başlangıcında yer alan "*Cumhuriyet yasalarıyla tanınmış temel ilkeler*" ifadesinin neyi anlattığını belirlemeden önce, bu hükümlerin bağlayıcı nitelikte olup olmadıklarını ya da anayasal düzeyde bulunup bulunmadıklarını tespit etmek zorundadır.

Böylelikle yorumcu, kendi yetkisini de belirleyebilecek düzeyde olmaktadır. Metnin sahip olduğu statü, onu uygulayacak olan makamın yetkisini de belirler. Örneğin, anayasa yargıcının yetkisi, genellikle, hukuki değere sahip olan bazı metinlerin sadece siyasi bir ideolojinin göstergesi olmayıp, yasalardan daha üstün bir değere sahip olduğu ve yasaların, bu metinlerin içerdiği üstün normlara uygunluğunun denetiminin yargıca ait olduğu esası ile açıklanır.

Yorumcu metnin statüsünü belirliyorsa, kanunkoyucunun yetkisinin sınırları ile aynı zamanda kendi yetkisini de belirliyor demektir. Bu fikir, Kelsen tarafından reddedilmişti. Kelsen, bir önermeyle bunun içeriğini titizlikle birbirinden ayırmıştı[292]. Kelsen'in bu ayrıma olan bağlılığı anlaşılabilir niteliktedir; zira kendisinin, bir önermenin hukuk düzeni açısından normun objektif anlamı olduğu yönündeki tezini başka türlü savunabilmesi mümkün değildir.

Ancak Troper, bu ayrımı kesinlikle kabul edilemez bulur. Hukuk uygulamasında, ilgili işlemin niteliği ve statüsüne ilişkin pek çok yorum örneği vardır: Anayasa Konseyi, Başlangıç bölümünün Anayasa metnine dahil olduğuna; Conseil d'Etat ise bir sirkülerin düzenleyici işlem niteliğinde olduğuna karar vermişlerdir.

Gerçekte, statünün yorumu, zaten içeriğin yorumunda zımni olarak

---

[292] Bir önermenin norm olma niteliğini taşıdığını söylemekle (bir norm, dinamik bakış açısıyla, üst normda gösterilen usule uygun olarak yetkili bir makam tarafından formüle edilmiştir); bunun bir anlamı olduğunu, başka bir deyişle, şu ya da bu davranışı düzenlediğini söylemek arasında önemli bir fark bulunmaktadır. Bundan dolayıdır ki, yorum önermenin sadece içeriğine –şu davranışa izin verilmiştir, şuna izin verilmemiştir şeklinde- dayanır; değerine ya da statüsüne değil –bu önerme anayasal düzeydeki hukuki normun anlamına sahiptir gibi- bkz. **Troper**, *La théorie du droit, le droit, l'Etat*, a.g.e., s. 76.

bulunmaktadır. Zira yasanın "p yapmaya" izin vermesi, bu fiili öngören metnin sıradan bir kimsenin irade beyanı değil de, bir yasa olması halinde geçerlidir.

Yorumun, önermenin statüsü kadar, içeriğine de ilişkin olduğu fikrinin, geçerlilik temeli konusunda önemli teorik bir sonucu vardır: Mevcut birkaç teori tarafından kabul edilen bir tanımlamaya geçerlilik tanınabilir. Bir normun geçerli olması bir hukuk düzenine ait olduğu anlamına gelir. Kelsen'in normlar hiyerarşisi teorisine göre, bir norm ancak üst norma uygun olarak konulduğu takdirde geçerlidir[293]. Ancak yorum teorisinin yukarıda şematize edilen unsurları kabul edildiğinde, bir önermenin, üstün norma uygun olması nedeniyle değil; yetkili bir makam tarafından yorumlanması nedeniyle normun anlamını taşıdığı varsayılır. Dolayısıyla, üst norma uygunluk değil, uygulanma süreci bir önermenin hukuk normunun objektif ifadesi olarak addolunmasını sağlar. Bu fikir, Saf Hukuk Teorisinin karşılaştığı iki güçlüğün de aşılmasını sağlar:

- İlk güçlük temel norma ilişkindir. Kelsen'e göre her norm geçerlilik temelini üst normda bulduğu için, Anayasa bir hukuk düzenine ait normların nihai geçerlilik temelini oluşturur. Ancak, Anayasanın üstünde pozitif bir norm bulunmadığı için bu metin geçerli olamaz, dolayısıyla diğer normların sayıldığı şekilde hukuk normu sayılamaz. Şayet hukuk normu sayılamaz ise alt normların geçerlilik temelini oluşturmaya elverişli değildir. Bu nedenle, şayet hukuki normlar geçerli kabul edilmek isteniyorsa, anayasanın geçerli olduğu ön-kabulüyle hareket edilmelidir. Bu ön-kabul temel normdur. Kelsen, bu itiraza, gerçekte temel normun bulunmadığı, bunun sadece bütün hukukçuların spontane olarak kabul ettikleri aşkın bir hipotez olduğu yönünde savunma getirir. Troper'e göre, bu gerekçe kabul edilebilir niteliktedir, ancak Saf Hukuk Teorisinin ona yüklediği görevi kapsamamaktadır: Zira, bu gerekçelendirme, hukukçuların normları niçin geçerli *saydıklarını* açıklamakta; ancak bunların *gerçekten ve objektif olarak geçerli olup olmamalarına* dair açıklama getirmemektedir.

[293] Bu konudaki teorik açıklamalar için bkz. yukarıda "Formalizm : Kelsen Modeli" başlığı.

Realist yorum teorisi, bu zorluktan kaçınmayı sağlar. Şayet bir önermede görülen normu belirleyen yorumcu ise, sorulması gereken soru şudur:

"*Norm neden geçerlidir? Norm neden bir hukuk düzenine aittir*?" Buna verilecek cevap ise son derece kısadır: "*Çünkü norm, yorum sürecinde üretilmiştir*".

- İkinci zorluk ise epistemolojik niteliktedir. Şayet geçerlilik normlar arası uygunluk ilişkisine göre kavranırsa, hukuksal önermeler ampirik olayları betimleyemez. Pozitivistler burada şu zorlukla karşılaşırlar: ampirik fenomenleri konu edinmemesine rağmen, ampirik bilimler modelinde bir hukuk bilimi inşa etmek.

Ancak Troper'e göre realist teori, hukuka ampirik olaylar bütünü olarak muamele etmeye izin verir.

b. Olaylar

Şayet anlam, yorumdan önce önermede (metinde) bulunmuyorsa, önerme "doğal olarak anlamla donatılmış değildir. Anlam ona sadece yorum yoluyla atfedilebilir. Ancak doğal olarak anlam yüklü olmayan olaylara da yorum yoluyla anlam yüklenmesi mümkündür. Troper'e göre, en az iki halde, olaylara bu şekilde anlam yüklenmesi söz konusudur[294]:

Birinci durum örf ve adetlere ilişkindir. Alışıldık tanıma göre, örf adet kavramında, belli bir uygulamanın, bağlayıcı nitelikte olduğuna dair bir inanca uygun olarak tekrar edilmesi esası bulunur. Dolayısıyla, örf ve adet, tekrar edilen uygulama olarak bir olaydır (vakıa). Ancak, bir olay hukuk üretemeyeceğinden, öncelikle bir normun buna (örf adete) uyulmasını öngörmesi gerekmektedir; çünkü yetkili bir makam hangi uygulamanın örf adet teşkil ettiğini beyan etmiş ve böylelikle uyulması gerekli olan normun anlamını belirlemiş olur. Burada yorum, bir tasımın küçük önermesi üzerine gerçekleştirilecektir (Bu bir örf adet kuralıdır, dolayısıyla ...). Bu operasyonun

[294] **Troper**, *La théorie du droit, le droit, l'Etat*, a.g.e., s. 78.

özelliği, bir olayı norma dönüştürmesidir.

İkinci olarak, gerçekte, yorumun tasımın küçük önermesi üzerine gerçekleştirildiği her zaman, bir olay hukuk haline dönüşmez; ancak olay, bir metnin yorumunun yerine geçebilir. Böyle olup olmadığı hukuki nitelendirme sonucu belli olur. Troper, burada Gomel kararını örnek gösterir. Karara konu olan yasal düzenlemede, İdareye, yapımı tasarlanan binanın tarihi perspektife zarar verecek düzeyde olması halinde yapı iznini reddetme yetkisi verilmektedir. Bir reddin yasal olup olmadığını takdir etmek için, yargıcın "tarihi perspektif" ifadesinin anlamını belirlemesi ya da bu mekanın tarihi bir perspektif niteliğine sahip olmadığına karar vermesi gerekmektedir. İkinci yolu izlerse, görünüşte metni yorumlamayacak, ancak olayı nitelendirecektir. Burada yargıcın yürüttüğü faaliyet mantıki içerme (subsomption) faaliyeti olacaktır. İçerme faaliyetinde ilk önce bir sınıf ya da kategori bulunur; daha sonra bir nesnenin bu sınıfa aidiyet için gerekli ölçütlere sahip olup olmadığı araştırılır. Ancak, gerçekte somut olaydaki dava, bu sınıfa aidiyet ölçütlerinin, başka bir deyişle, sınıflandırma tanımlarının mevcut olmaması konusundadır. Bir mekanın tarihi bir perspektif niteliğine sahip olup olmadığına karar vermek için, sadece mekanın değerlendirilmesi değil, aynı zamanda tarihi perspektifin tanımı da gereklidir.

Dolayısıyla yargıç, kavramın içeriğini belirlemek durumundadır. Yargıcın burada yapacağı tanım iradidir, ancak metnin yorumlanmasına göre iki avantajı da bünyesinde barındırır: ilk olarak, burada yargıcın eylemi yorum faaliyeti gibi görülmemektedir. Tıpkı Fransız hukukunda olduğu gibi yargıca yorum yapma konusunda açık bir yetki vermeyen sistemlerde, bazen yorum yaptığını kabul etmek, bir yargıç için zor olabilir[295]. Örneğimizde olduğu gibi bir tanım, kanonik yorum metotlarına referansla gerekçelendirilemez; zira bu metotlar sadece metinler içindir. Nihayet, olayların bu şekilde hukuki olarak nitelendirilmesi, kural olarak sadece somut olay için geçerlidir.

[295] Troper, bu noktada, ihtilal dönemi Fransa'sında yorum yapmanın yasak olduğunu hatırlatır.

3. Yorumcunun Yetkisi

Yorum, bir irade işlemi olması ve sadece metinleri değil, olayları da kapsaması nedeniyle hatırı sayılır bir yetkinin kullanılması şeklinde anlaşılmalıdır. Troper bu üstün yetkiyi üç açıdan inceler[296]: Öncelikle bu yetkinin temeli bulunmalıdır (a). İkinci aşamada, yorumcu tespit edilmeli (b) ve yorum sonucunda üretilen normlar bulunmalıdır (c). Son olarak da yorumcunun yetkisinin sınırları tartışılmalıdır (d).

a. Yetkinin Temeli

Yorum yetkisinin temeli, üretilen yorumun geçerliliğinde bulunmaktadır. Yorum, doğru ya da yanlış olmaya elverişli değildir. Bu durum, çoğu zaman ifade edildiği gibi, otantik yorumcunun yaptığı yorumla kıyaslanabilecek standart bir yorumun olmamasından ileri gelmez. Standart bir yorumun olmaması, sadece otantik yorumun doğruluğunun ya da yanlışlığının kanıtlanamayacağı tezi için bir argüman oluşturabilir; ancak otantik yorumun mantıki statüsü hakkında herhangi bir açıklama getirmez. Gerçekte, bilimsel yorumun da doğruluğunu ya da yanlışlığını kanıtlamak mümkün değildir. Bu tür yorum, doğru ya da yanlış olmaya mantıksal olarak elverişli değildir.

Bununla birlikte, otantik yorum söz konusu olduğunda doğru ya da yanlış nitelemesi yapamıyorsak, bunun nedeni sadece içeriği ne olursa olsun, hukuk düzeninin buna sonuç bağlamasıdır. Burada yorum, bir önermeye ya da bir olaya anlam verme kararıdır. Bu karar ne doğru ne de yanlış olarak nitelenir; sadece belli bir hukuk düzeninde geçerli ya da geçersizdir.

Yorumlayıcı kararın geçerliliği son derece formeldir. Sadece onu alan makamın hukuki yetkisinden doğar, kararın içeriğinden ya da onu gerekçelendirmek için kullanılan metotlardan değil. Bir makamın, şu ya da bu yorum metoduna başvurması olgusunun, geçerlilik üzerinde hiçbir etkisi yoktur. Bir karar, onu gerekçelendirmek için sayılanlardan çok daha farklı sebeplerden dolayı alınmış olabilir. Hukuki düzen, metoda değil, yetkili bir makam tarafından gerçekleştirilen uygulamaya sonuç bağlar.

---

[296] **Troper**, *La théorie du droit, le droit, l'Etat*, a.g.e., ss. 79-84.

b. Yorumcu

Şayet otantik yorum sadece, hukuk düzeninin sonuç bağladığı ve itiraz edilmeyen (doğru ya da yanlışlığı sorgulanmayan) yorum ise, yorumcu, metnin ya da olayın yorumlanması konusunda tam yetkilidir.

Bu yetki öncelikle yüksek yargı makamları için geçerlidir. Ancak, otantik yorum yapmaya yetkili başka bazı makamlar da vardır. Yargı makamı olmamasına rağmen tartışılmaz yorum yapma yetkisine sahip olan makamlardan biri de, 1958 anayasasına göre, cumhurbaşkanıdır[297]. Cumhurbaşkanı, Anayasanın 16. maddesindeki iki ifadenin ne anlama geldiğini açıklamıştır: "ağır ve yakın tehlike" ile, "kamu gücünün düzenli işleyişinin durması". Ayrıca, yorumun, hem metinlere hem de durumlara ilişkin yapılabileceğini tekrar hatırlatmak gerekir. Cumhurbaşkanı, bu şekilde, 1958 Anayasasının 13. maddesinde yer alan "*Cumhurbaşkanı Bakanlar Konseyi tarafından kabul edilen emirnameleri ve kararnameleri imzalar*" hükmünü de "kendisinin imzalamama hakkını" da içerecek şekilde yorumlamıştır. Bunun gibi, Cumhurbaşkanının suçlanabileceği "vatana hıyanet"in ne olduğuna da Parlamento karar verecektir.

Troper, "yorumcu"ya ilişkin olarak, "güç dengeleri" üzerinde önemle durmaktadır: Yargısal olmayan bir makam tarafından yapılan otantik yorum kararı başka bir otorite tarafından, "cezai" sonuçlar doğuracak şekilde yorumlanabilir. Örneğin 1958 Anayasasının[298] 16. maddesi kapsamında, cumhurbaşkanı, bir durumu kriz yetkilerinin kullanılmasını gerektirecek şekilde yorumlayabilir. Bunun ardından da parlamento, cumhurbaşkanının yaptığı bu yorumu, vatana hıyanet suçunun unsuru olarak yorumlayabilir. Bu durumda ilk yorum yapan, kararını, ikinci yorumcunun

---

[297] 1958 Anayasasına göre, Devletin temel organları, dolayısıyla Troper'in deyimiyle otantik yorum yetkisile donatılan makamlar ve bunların yetkilerini kullanımına ilişkin bir bilanço için bkz. **Didier Maus**, "La Constitution jugée par sa pratique", in *Revue française de science politique*, 1984, Vol. 34, n^{os} 4-5, ss. 875-909.

[298] 4 Ekim 1958 tarihli Fransız Anayasası, V. Cumhuriyeti kuran metindir. 28 Eylül 1958 tarihinde referandumla kabul edilen Anayasa, Fransa'nın 1789 İhtilalinden itiban kabul ettiği onbeşinci temel belgedir. Onaltı bölüm, yüzdört madde ve başlangıç bölümünden oluşan Anayasa, bugüne dek yirmi üç değişikliğe uğramıştır. Anayasanın Başlangıç bölümü, doğrudan üç temel metne gönderme yapar: 26 Ağustos 1789 tarihli İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi, 27 Ekim 1946 tarihli IV. Cumhuriyet Anayasasının Başlangıç bölümü ve 2004 Çevre Şartı.

muhtemel kararını göz önünde bulundurarak veriyorsa, otantik yorumun toplu halde gerçekleştirilen bir faaliyet olduğu ve yorumun ardından elde edilen ürünün de yetkili makamlar arasıdaki güç çatışmasının sonucu olduğu görülür[299].

c. Yorumun Ürünleri[300]

Troper'e göre, şayet yorum bir kararsa, bu kararın konusu, yorumlanan önermenin ait olduğu düzeydeki norm üretimidir. Bu açıdan, yasaların uygulanmasını denetlemekle, dolayısıyla onları yorumlamakla görevli bir mahkemenin, bir yasama yetkisine sahip olduğu farz edilebilir. Ancak burada, herhalükarda kısmi bir yasama yetkisi söz konusudur. Bunun nedeni, sanıldığının aksine, metnin, her türlü yorumdan önce "resmi" yasama organı tarafından kabul edilmesinin gerekmesi değildir. Şayet bir mahkeme eş-yasayıcı ise, bunun nedeni, mahkemenin kararının yeni bir metinle aşılma imkanının her zaman bulunmasıdır. Kuşkusuz bu yeni metin de yeri geldiğinde yorumlanır. Ancak burada karşılaşılan güç testi sonucunda, mahkeme son sözü söyleyen olmayabilir.

Aynı şekilde, Anayasa Mahkemesi de eş-kurucudur. O da Anayasayı serbestçe yorumlayabilir; bu yaptığı yorum anayasal hükümlere eklenebilir; hatta hüküm yokluğunda bazen yaptığı gibi yazılı olmayan prensiplere de başvurabilir. Ancak, realist yorum teorisi gereğince Anayasa Mahkemesinin yaptığı yorumun da kurucu iktidar tarafından aşılması mümkündür. Troper'e göre, anayasa mahkemesinin eş-kurucu değil de, kurucu iktidar olduğu tek bir durum vardır. O da anayasa değişikliğine ilişkin kanunların geçerliliğini denetim yetkisinin tam anlamıyla kendisine tanınmış olması halidir.

Ancak, otantik yorum çok önemli bir yetki kaynağıdır. Bu özelliği, kendisini

---

[299] Troper'in bu görüşü doktrinde haklı olarak eleştirilmiştir. Troper'in erkler ayrılığı kuramı açısından kapsamlı bir eleştirisi için bkz. **Olivier Beaud**, "Michel Troper et la séparation des pouvoirs", *Droits*, n° 37, 2003, ss. 149-171.

[300] Bu başlığı genel olarak karş. **Pierre Moor**, "Droit subjectif et sujet du droit dans une théorie du droit comme processus", *Etudes en l'honneur de Gérard Timsit*, Bruylant, Bruxelles 2004, ss. 141-167.

bilhassa, bir makama yetkisini genişletme imkanı tanıması halinde gösterir. Bu durum genel olarak yetkisinin kendi yorumladığı metinlerden doğması halinde belirgindir. Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi, 1803 yılında Anayasayı öyle yorumlamıştır ki; kendisine kanunların anayasaya uygunluğunu denetleme yetkisini bahşetmiştir. Fransa'da Anayasa Konseyi de 1971'de kendisini benzer biçimde yetkili kılmıştır.

Bu noktada, realist yorum teorisinin, normlar hiyerarşisini yerle bir ettiği itirazı haklı olarak ileri sürülebilecektir. Bu itiraza Troper şöyle cevap verir: Hukuk düzeninin hiyerarşisi, hiçbir şekilde hükümlerin ya da metinlerin hiyerarşisi olarak düşünülmemelidir. İki metin arasına hiyerarşik bir ilişki olamaz; bu metinlerin içeriği ve anlamları arasında böyle bir hiyerarşi olabilir. Ama bir kimse, anayasa metninin anlamı ile yasa metninin anlamını (başka bir deyişle iki normu) eş-zamanlı olarak belirlerse, ikisi arasındaki hiyerarşi birden kendini gösterir. Yorum sürecinden sonra belirlenmiş olan yasal norm, anayasal norma uygunluğu sayesinde kendi geçerlilik temelini bulur.

Burada bir itiraz olarak mahkemenin kararını yorumlayacak kişinin de polis olduğu söylenmiştir. Troper buna ise şöyle yanıt vermektedir: Evet, polis mahkemenin kararını yorumlayabilir; ancak buradaki yorum hiçbir şekilde "otantik" değildir. Başka bir deyişle, bu yorum aleyhine itiraz edilebilir, başka bir mahkemenin kararı ile ortadan kaldırılabilir. Troper, normlar hiyerarşisinin, aslında "güçler hiyerarşisi" olduğu düşüncesindedir.

d. Yorumun Sınırları[301]

Realist teoriye getirilen bir diğer itiraz ise, yorumcunun –özellikle de yargıç ise- çeşitli sınırlamalara tabi olduğu; bu nedenle kendisinin özgür addedilemeyeceği ve kendi iradesini ifade ettiğinin söylenemeyeceğidir. Bu itiraz, Troper'e göre aslında hukuki anlamda "özgürlük" ile "irade serbestisi"nin birbirine karıştırılmasından doğmaktadır.

Hukuki anlamda özgürlük, takdir yetkisinden başka bir şey değildir. Diğer bir deyişle, bir kişinin ya da organın istediği davranışta bulunabilme ve normlara kendi

[301] **Troper**, *La théorie du droit, le droit, l'Etat*, a.g.e., ss. 83-84.

tercih ettiği anlamı verebilme hakkıdır[302].

Organların davranışlarını belirleyen çeşitli sınırlamalar elbette ki vardır. Realist teori bunu yadsımaz, ancak bu sınırlamaların nedenini, Troper'e göre yorumun tanıma işlemi olduğunu söyleyen karşı tezden daha iyi açıklar. Yorumla bulunması gereken gizli bir anlam olduğunun kabul edilmesi halinde, determinist tezin (tanıma işlemi tezi) getireceği açıklamanın hukuki gerekçesi oldukça sınırlıdır. Bu durumda anılan tez sadece, yorumcunun anlamı bulmasını engelleyen ya da böylesine bir anlamın varlığını inkar etmesine sebep olan psikolojik ve politik engelleri açıklayabilir. Ancak, yorumun içeriğinin anlaşılması söz konusu olduğunda, tanıma olarak yorum teorisi, sadece, yorumcunun yorum ilkelerinin gerektirdiği yükümlülüklere uygun davranıp davranmadığını araştırabilir. Yorumcunun büyük bir hukuki özgürlüğü olduğunu kabul eden realist teori ise, bu özgürlüğün kullanımını (başka bir anlamın değil de neden bu anlamın verildiği konusunda) belirleyen faktörleri araştırabilir. Ayrıca, realist teori, bu faktörlerden hangilerinin sosyolojik ya da politik, yahut da tamamıyla hukuki olduğunu ayırt etmeye de yardımcı olur. Buradaki hukuki faktörler doğrudan hukuk sisteminin kendisinden doğanlardır. Hukuk sistemi ile bir yandan normatif karar alma yetkileriyle donatılmış organlar; diğer yandan da hukuki gerekçelerde kullanılan kavramlar anlaşılır. Realist yorum teorisinde, yorumlayıcı bir kararın verilmesi sırasında, sistemin diğer organlarının verdikleri kararın otoritesi de gözönünde bulundurulur[303].

B. Realist Yorum Teorisi ve Anayasa

Troper, anayasanın yorumunun, diğer hukuki yorum türlerinden farklı olup olmadığı konusu üzerinde de durmuş; yorumu tanıma işleminden ibaret sayan görüşlerle, irade işlemi sayan realist yorum teorisinin bu konuya farklı yaklaşımlar

---

[302] Troper'in tarif ettiği bu özgürlük, irade serbestisinden doğal olarak farklıdır. Hukukçu burada, kralın herşeyi yapabileceği için her türlü determinizmden uzak olduğu anlayışını da benimsemediğini özellikle hatırlatır, bkz. **Troper**, *La théorie du droit, le droit, l'Etat*, a.g.e., s. 83.

[303] **Troper**, *La théorie du droit, le droit, l'Etat*, a.g.e., s. 84.

getirdiğini belirtmiştir[304].

Troper, irade işlemi, başka bir deyişle realist yorum teorisine göre anayasal yorumun kendine özgü niteliğini ortaya koyabilmek için, anayasanın yorumcusuna, anayasal yorum metotlarına ve anayasal yorum ile yaratılan normlara bakılması gerektiği fikrindedir[305].

1. Anayasanın Yorumcusu

Troper, "anayasanın yorumcusu" kavramı ile yine anayasayı yorumlayan herkesi değil, Kelsen'in deyimiyle "otantik yorum" yetkisine sahip olanları anlatır[306].

Yasalar sözkonusu olduğunda, otantik yorumcular, doğal olarak herkesten önce yüksek mahkemelerdir. Ayrıca, anayasaya uygunluk denetiminde yaygın sistemi benimsemiş ülkelerde, bu mahkemeler aynı zamanda anayasanın da otantik yorumcusudurlar. Merkezi denetim sisteminin olduğu ülkelerde ise anayasa mahkemeleri, diğer mahkemelerden gelen anayasaya aykırılık iddialarının inceleyebiliyorlarsa (İtalya ve Türkiye örneklerinde olduğu gibi) bu anlamda anayasanın yorumcusudurlar[307]. Kuşkusuz, diğer mahkemeler de anayasa mahkemesine

---

[304] **Troper**, "L'interprétation constitutionnelle", in (*Actes du Colloque*) *L'interprétation constitutionnelle* (dir. Ferdinand Mélin-Soucramanien), Dalloz, Paris 2005, ss. 13-25.

[305] **Troper**, "L'interprétation constitutionnelle", a.g.m., s. 15.

[306] Bkz. yukarıda "Yasaya aykırı yorum yoktur" başlığı.

[307] Anayasa mahkemesine bireysel başvuru yolunun kabul edildiği ülkelerde de Troper'in anlayışına uygun olarak ve evleviyet kuralı gereği, mahkemenin otantik yorum yetkisine sahip olduğu kabul edilmelidir.

Doğrudan başvuru mekanizması ilk olarak Avusturya Anayasa Mahkemesi tarafından kullanılmış; ancak günümüzdeki anlamını Almanya Federal Anayasa Mahkemesinin içtihatları ile kazanmıştır; hatta İspanya'daki "amparo" başvurusu da kökenleri 1592 yılına dayanmasına rağmen, bugünkü şekline geniş ölçüde Almanyadaki "Anayasa şikayeti" yolundan etkilenmek suretiyle 1978 Anayasası ile kavuşmuştur. Bunun dışında artık post-komünist ülkelerin hemen hepsinde bireysel başvuru yolu vardır. Avrupa'da bu başvuruyu kabul etmeyen az sayıda ülke vardır; Avrupa Konseyinin 47 üyeden oluştuğu göz önüne alındığında, Fransa, Belçika, İtalya, Moldovya, Romanya, Litvanya, Bulgaristan ve Türkiye'nin oluşturduğu, henüz bireysel başvuruyu kabul etmeyen ülkeler grubunun oldukça azınlıkta olduğu görülür.

Doğrudan başvuru, anayasal hak ve özgürlüklerinin, Devlet makamlarınca, kural olarak bireysel, idari, yargısal ya da yasal bazı işlemlerle ihlal edildiğini iddia eden kimseye tanınan olağanüstü bir hukuk yoludur.

başvurmadan önce anayasanın yorumunu yapmak durumundadırlar; ancak bu yorumu değerlendirecek olan anayasa mahkemesidir. Bu anlamda anayasal yorumun hiçbir özgül niteliği yoktur. Tıpkı başka bir yüksek mahkemenin yasa yorumunun kanunkoyucu tarafından aşılabilmesi gibi; anayasa mahkemesinin yaptığı yorumun da kurucu iktidar tarafından aşılması mümkündür. Ancak ne kurucu iktidarın, ne de yasama organının kararı, yargısal yorumun yerini alan üstün nitelikteki yorumlar değildir. Bu kurumlar, yargısal yorumun ardından yorumlanan eski metnin gerçek anlamını yeniden bulmazlar: Onların yaptıkları, yargı tarafından yorumlanan metinden farklı yeni bir metin kabul etmektir.

Ancak Troper'e göre, anayasal yorum yapanları, diğer hukuk dallarındaki yorumculardan ayıran iki temel özellik vardır[308]: Birincisi otantik yorum yapmaya yetkili tek organ mahkemeler değildir. İkincisi, anayasal yorum kolektif nitelik taşır.

a. Otantik Yorum Makamları[309]

Troper, anayasayı yorumlayanların sadece yargı makamları olmadığı görüşündedir: anayasallık denetimi mevcut olmadığında ya da olup da yoruma ilişkin bazı uyuşmazlıkları yargı önüne taşımak hukuken mümkün olmadığında; devlet başkanları, başbakanlar, yasama organları ya da yasama organının başkanları yer yer anayasal yorum yetkisi kullanırlar. Hatta Troper'e göre denilebilir ki, anayasanın çoğunlukla (ya metnin anlamının daha önce sorgulanmamış olması ya da sorgulanmış olsa bile bu konunun yargı makamının önüne gitmiş olmaması nedeniyle) uyuşmazlığın bulunmadığı durumlarda yorumlanması gerekir[310].

Yargısal olmayan makamların, *yasalar konusunda* yaptığı yorumlar çoğu zaman

---

Anayasa şikâyeti kurumunun iki işlev gördüğü; işlevlerden ilkinin kişilerin sübjektif haklarının korunması, ikincisinin de kararlar aracılığı ile anayasal sorunlara açıklık getirilmesi ve anayasal düzenin korunması olduğu haklı olarak belirtilmektedir.

[308] **Troper**, "L'interprétation constitutionnelle", a.g.m., ss. 15-20.

[309] **Troper**, "L'interprétation constitutionnelle", a.g.m., ss. 16-19.

[310] **Troper**, "Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité constitutionnelle", a.g.m., s. 134.

otantik nitelik taşımamaktadır; bunun nedeni ise, bu makamların kararlarının çoğu zaman yargı denetimine tabi olmalarıdır.

Ancak, yargısal olmayan makamlar, bazı kararlarını, anayasanın otantik yorumcusu sıfatıyla gerekçelendirirler. Troper, bu duruma birkaç örnek verir:

> *Örnek 1*: Fransız İhtilalinin başlangıcında Amerika Birleşik Devletleri, Fransa ile iki uluslararası anlaşma imzaladı. Ancak 1798'de bu iki ülke arasındaki ilişkiler bozulduğunda, Kongre bu sözleşmelerin geçersizliğini ilan etmek istedi. Anayasa, bu cayma beyanında bulunabilecek makam hakkında herhangi bir hüküm içermemekte idi.
>
> Bazılarına göre anlaşmaları imzalama yetkisi, ondan cayma yetkisini de kapsıyordu. Bu nedenle de cayma yetkisini de Başkan ve Senato birlikte kullanmalı idiler. Bazıları ise, bu yetkinin sadece Başkana ait olduğu fikrindeydiler. Bu görüşte olanların temel dayanakları ise şuydu: uluslararası anlaşmaları imzalama kararını denetlemek gerekli ise de, anlaşmadan cayma kararını denetlemek, yeni yükümlülükler yaratmadığı için çok da gerekli değildir. Üçüncü bir görüşe göre, olağan bir yasa, anlaşmaya üstün olduğundan, bu konuda Kongre tarafından bir yasa kabul edilmesi yeterlidir. Ancak, bu son halde yasanın, yabancı uluslarla ticaretin düzenlenmesi durumunda olduğu gibi, "federal yetki" alanına giren bir konuya ilişkin olması gerekiyordu. Ancak, söz konusu anlaşmalardan sadece biri ticarete ilişkindi. Bu son halde kullanılan gerekçe tatminkar olmasa da hiçbir yargı makamına başvurulmadı ve Kongreyi oluşturan iki Meclis, anlaşmaların iptali kararını aldı ve bu yorum daha sonra da hakim oldu.
>
> *Örnek 2*: Birkaç yıl sonra, yasama organı Bakanların sorumluluğu konusunda anayasayı yorumladı. 1791 Anayasasına göre, "Bakanlar, ulusal güvenlik ve Anayasaya karşı kendileri tarafından işlenmiş tüm suçlardan sorumludur". Peki "Anayasaya karşı suç" ifadesi ne anlama geliyordu? Bu soruya, Delassart olayı çerçevesinde, Dışişleri Bakanı Brissot'nun yaptığı konuşmanın ardından, Meclis tarafından yanıt verildi. Brissot, Girondin'ler tarafından, Avusturya'ya karşı

uzlaşmacı bir politika yürütmekle suçlanıyordu. Bu davranış anayasaya karşı suç oluşturmakta mıydı? Brissot, bu soruya şöyle yanıt vermiştir: Bu suçun oluşması için bir bakanın kendi yetki alanını aşmış olması gerekir; bu da anlaşılabilir bir gerekçedir, zira anayasa, erkler ayrılığından başka bir şey değildir. Dolayısıyla burada öncelikle bir bakanın yetkilerini belirlemek gerekir. Normal bir bakan için bu yetki, yasaların sıkı biçimde uygulanmasıdır. Ancak, Brissot'nun belirttiği gibi, "*uluslararası ilişkiler alanında takip edilecek bir yasa yoktur; dışarıda ulusal menfaati korumak gerekir, bir bakanı denetlemek ya da onu suçlamak için temel alınacak kural budur: bu menfaati ihlal ya da ona ihanet etmiş midir? Bu alandaki sorumluluğa ilişkin sorunlarda bu nokta dikkate alınmalıdır*". Meclis, Brissot'nun bu menfaati ihanet ettiğine karar vermiş ve hakkındaki suçlama tezkeresini onaylamıştır.

Örnek 3: Troper, Fransa'dan, yürütme organınca gerçekleştirilen anayasal yorum için örnekler verir. Bu örnekler arasında, özellikle V. Cumhuriyet döneminde, Cumhurbaşkanları tarafından gerçekleştirilen anayasal yorumların özel yeri vardır. Bunlar arasında en önemlisi, De Gaulle'ün 1962 yılında 11. maddeye[311] ilişkin yorumudur. 1958 Anayasasının 89. maddesi, münhasıran anayasa değişikliklerini düzenleyen bir hükümdür. Bu hüküm uyarınca, anayasa değişikliğinin halkoyuna sunulması, iki meclisin bir araya gelmesinden oluşan Kongre'de kabul edilmesine bağlıdır. Ancak De Gaulle, 1962 tarihinde 11. maddenin içerdiği "*kamu gücünün düzenlenmesine (...) ilişkin yasa tasarısı"* ifadesinin kendisine, yasa tasarılarını Kongre'de kabul edilmeksizin referanduma sunma yetkisi verdiği; ayrıca "*kamu gücünün düzenlenmesinin*" anayasa ile eş anlamlı olduğu gerekçesiyle, cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesine ilişkin anayasa değişikliği tasarısını, Kongre tarafından kabul edilmeden halkoylamasına sunmuştur.

[311] 1958 Fransa Anayasası, md.11/1: "Cumhurbaşkanı, toplantı döneminde hükümetin talebi ya da her iki meclisin ortak önerisi üzerine, kamu gücünün düzenlenmesine, (ulusal ekonomik ve sosyal siyasete dair reformlara, buna katkıda bulunan kamu hizmetlerine) topluluk anlaşmasının uygun bulunmasına ya da Anayasaya aykırı olmaksızın kurumların işleyişi üzerinde etki doğuran uluslararası bir sözleşmenin uygun bulunmasına ilişkin yasa tasarılarını referanduma sunabilir". 1995 değişikliği ile parantez içerisinde yer alan bölüm eklenmiş; altı çizili bölüm ise çıkarılmıştır.

Bu halkoylaması, otantik yorumun bütün özelliklerini taşımaktadır: Bir karar yoluyla anlamın belirlenmesi söz konusudur; itiraz etmeye elverişli değildir; hukuk düzeni ona sonuç bağlamıştır. İki sonuç, özellikle kaydedilmelidir. İlki, karar ve onu gerekçelendiren yorum temelinde hukuki normlar üretilmiştir: Anayasa değişikliğine ilişkin yasa kabul edilmiş[312], birçok cumhurbaşkanı bu değişiklikle öngörülen şekilde seçilmiştir. İkinci sonuç ise, yorumun metne dahil olması ve sonra gerçekleştirilen yorumlar için bir temel oluşturmasıdır. 1962'de cumhurbaşkanının genel oylar seçilmesi usulünün kabulünün ardından birkaç sene sonra, François Mitterand, 1958 Anayasasının iki tür değişiklik usulü öngördüğünü, bu usullerin 11. ve 89. maddelerde yer aldığını söyleyecektir[313].

Örnek 4: Yine 1958 Anayasasının 13. maddesi uyarınca, "*Cumhurbaşkanı Bakanlar Konseyi tarafından kabul edilen emirnameleri ve kararnameleri imzalar*". Hukukçular arasında, bu maddede yer alan "imzalar" fiilinin emredici mi, yoksa cumhurbaşkanının kullanıp kullanmamakta serbest olduğu yetki veren (olanak tanıyan) bir düzenleme mi olduğu konusunda görüş farklılıkları çıkmıştır. François Mitterand, 1986 yılında ikinci kohabitasyon döneminde, hükümet tarafından hazırlanan emirnameyi imzalamayı reddederek ikinci seçeneği (yetki veren norm) benimsemiştir.

---

[312] Anayasa değişikliğinin bu şekilde kabul edilmesinin ardından Senato başkanı, sözkonusu referandum yasasını Anayasa Konseyinin incelemesine sunmuş; Anayasa Konseyi ise kendisine Anayasanın 61. maddesinde verilen kanunları inceleme yetkisini (*md. 61/2: Yasalar, yayımlanmalarından önce Anayasa Konseyine gönderilebilir.*) dar yorumlayarak, inceleme yetkisinin olağan yasaları kapsadığına ve referandum yasasının kendi denetim alanında olmadığına karar vermiştir. Gerçekten de Anayasa Konseyinin esasa ilişkin bir karar vermemesinin temelinde anlaşılabilir gerekçeler vardır: şayet değişikliği anayasaya uygun bulsa, 89. maddeye açık aykırılık olduğu için güvenilirliği zedelenecektir. Şayet değişiklik usulünün anayasaya aykırı olduğu sonucuna varsa, bu sefer de De Gaulle'ü ve formel halk iradesini (referandum) karşısına alacaktır, bu konuda bkz. **Frédéric Rouvillois**, *Droit constitutionnel* (Fondements et pratiques), Champs Université Flammarion, 2002, s. 130.

[313] Ancak uygulama pek de Mitterand'ın öngördüğü şekilde olmamıştır. 11. madde dayanak alınarak gerçekleştirilen tek değişiklik 1962 değişikliğidir. 1969'da da bu maddeye dayanarak yapılmak istenen değişiklik kabul görmemiştir. V. Cumhuriyet Anayasasının diğer tüm değişiklikleri 89. maddede gösterilen usul doğrultusunda gerçekleşmiştir. 11. maddeye ilişkin detaylı açıklama için bkz. **Pierre Pactet**, *Institution politique, Droit constitutionnel*, Masson/Armand Colin, 14ème éd., Paris 1995, ss. 504-507.

b. Anayasal Yorumun Kolektif Niteliği [314]

Bir hüküm, birçok farklı makam tarafından yorumlanabilir. Bu durum pek çok metin için böyledir, anayasa bu anlamda diğer metinlere göre bir özellik taşımaz.

Anayasal yorumun özelliği şudur: yasayı yorumlayan makamlar, birbirleri üzerinde baskı kurmalarını sağlayacak hareket araçlarından yoksundurlar. Ancak, anayasayı yorumlayanlar bu tür hareket araçlarına sahiptirler; bundan dolayıdır ki, başkalarının yorumları kadar, reaksiyonlarını da göz önünde bulundurmak zorundadırlar. Cumhurbaşkanı 16. maddenin (cumhurbaşkanına olağanüstü dönemlerde Millet Meclisini feshetme yetkisini veren hüküm) terimlerini serbestçe yorumlayabilir. Ancak bu halde, cumhurbaşkanı, 68. maddeyi (cumhurbaşkanının sadece vatana hıyanetten sorumlu tutulabileceğini öngören hüküm) serbestçe yorumlayabilecek olan parlamentonun da tepkisini öngörmelidir. Zira bu takdirde parlamento, cumhurbaşkanının kriz yetkilerini kullanmasını, vatana hıyanet suçunun unsuru olarak değerlendirebilecektir. Başka bir deyişle, yetki dağılımı sistemine göre, kısmen de olsa, makamların karşılıklı davranışları belirlenmiştir. Ancak buna benzer şekilde yasaların da kanunkoyucu tarafından değiştirilebileceği, bu nedenle de anayasanın özgül bir durumu olmadığı itirazına ise Troper şöyle cevap vermektedir: Anayasanın yorumcuları ile yasanın yorumcuları üç noktada birbirinden ayrılır:

- İlk olarak, diğer mahkemeler (anayasa mahkemesi dışındakiler) yasama organı ile karşılıklı ilişki içerisinde değildir. Yasama organı normal mahkemeler üzerinde (tıpkı kurucu iktidarın anayasa mahkemesi üzerinde olduğu gibi) hareket araçlarına sahiptir. Makamlar, karşılıklı etki araçlarına ancak anayasal yorum söz konusu olduğunda sahiptir.

- Makamların birbirleri üzerinde gerçekleştirebildikleri eylemler çeşitlilik gösterirler. Bazı durumlarda birisi tarafından alınan kararın, diğeri tarafından değiştirilmesi ya da yerine karar alınması söz konusudur. Bazı durumlarda ise, bir makamın önerisinin diğerinin

[314] **Troper**, "L'interprétation constitutionnelle", a.g.m., ss. 19-20.

onayına sunulması sözkonusudur. Nihayet, bir makam, başka bir organı oluşturan bireylere dava açabilir: kapatma, ceza sorumluluğuna gitme, görevden alma gibi. İlk varsayımda hiyerarşik bir ilişki söz konusudur ve hem yasal hem de anayasal düzeyde görülebilir. Ancak ikinci ve üçüncü varsayımdaki ilişkiler sadece anayasal makamlar arasında görülür.

- Son olarak, hiyerarşik bir ilişkide, bir makamın diğeri üzerinde kullandığı aracı gerekçelendirmek için, kendi iradesinin yanlış yorumlandığını iddia etmesi mümkündür. Danıştay'ın ya da Yargıtay'ın yorumunun kanunkoyucu tarafından yasa değişikliği ya da yeni yasa yapılması suretiyle aşılması halinde böyle bir durum vardır. Ancak anayasal yorum sözkonusu olduğunda, iradesinin yanlış yorumlanması söz konusu olanlar, makamlar değil, anayasa ile ifadesini bulan egemen halktır.

2. Anayasal Yorum Metotları[315]

Yorumcuların kendi vardıkları kararları gerekçelendirmek için kullandıkları argümanlar, hukuk dallarının hepsinde benzerlik taşır. Realist yorum teorisi, gerçek bir anlam ya da doğru yorum mevcut olmadığı için, herhangi bir metodun kullanılmasını da önermez[316]. Başka bir deyişle, benimsenen metoda göre farklı sonuçlara ulaşılabileceği bilinmektedir. Ancak bu metotlardan birinin diğerine tercih edilmesine sebep olacak objektif bir kriter yoktur.

Bununla birlikte Troper, anayasal yorum yapanların diğerlerine göre daha sıklıkla kullandığı argümanlar olup olmadığını incelemiş ve şu sonuçlara varmıştır[317]: Yargısal olmayan anayasal yorum makamları, "anayasanın ruhu" argümanını sıklıkla kullanmaktadırlar. Troper, yargısal olsun olmasın, anayasal yorum makamlarının,

[315] Burada sadece realist yorum teorisinin önerdiği ya da reddettiği bir yorum metodunun varolup varolmadığı konusuna değinilecektir. Yorum metotları hakkında bkz. aşağıda "Sentez Denemesi" başlığı.

[316] **Troper**, "L'interprétation constitutionnelle", a.g.m., s. 20.

[317] **Troper**, "L'interprétation constitutionnelle", a.g.m., s. 21.

metinlerin anlamı konusundaki tartışmaların adeta metodolojik bir savaş[318] görünümü aldığını tespit eder.

Argüman seçiminde en önemli unsurlardan biri de anayasanın değişiklik usulünün katı ya da esnek olup olmamasıdır. Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi, anayasayı yorumlarken, kendisini eski kararlara yasaların yorumuna nazaran daha az bağlı hissetmektedir. Ancak anayasa değişikliklerinin daha kolay olduğu Devletlerin Yüksek Mahkemeleri, önceki mahkeme kararlarına uymakta daha ısrarcıdırlar; zira aldıkları kararlar, kurucu iktidar tarafından daha kolay aşılabilecektir[319].

3. Anayasal Yorum ile Yaratılan Normlar

Daha önce Troper'in, yasanın anlamını, yasanın yorumcusunun, anayasanın anlamını anayasa yorumcusunun belirlediği görüşünde olduğunu söylemiştik. Bu düşüncenin doğal sonucu ise, yasa yorumcusunun kanunkoyucu; anayasanın yorumcusunun ise, kurucu iktidar olması gerektiği idi[320]. Yukarıdaki 13. madde örneğinde, cumhurbaşkanı, aynı maddeye dayanarak, ya emirnameleri imzalamayı reddetme hakkı tanıyan bir norm ya da bütün emirnameleri imzalamasını gerektiren bir norm üretebiliyordu[321].

Böylece, yorum, anayasanın hükümlerine anlam vererek, bulunulması gereken belli davranışlar konusunda anayasal normları üretmektedir. Ancak, anayasal yorum, metne içerik olarak anlam vermesinin ötesinde, metnin öngördüğü şeyden bağımsız

---

[318] Hukukçu burada özellikle Amerika Birleşik Devletlerinde, orijinalistler / yorumlayıcılar arasındaki metot tartışmalarına atıf yapmakta ve tartışmaların bu kadar yoğun olmasının temelinde Anayasanın çok eski olmasının ve değiştirilmesinin çok güç olmasının önemini vurgulamaktadır.

[319] **Troper**, "L'interprétation constitutionnelle", a.g.m., s. 21.

[320] Bkz. yukarıda "Yorumun ürünleri" başlığı.

[321] **Troper**, "L'interprétation constitutionnelle", a.g.m., s. 22.

olarak ona bir de "anayasal norm" olma özelliğini de kazandırır[322].

Bu nedenle aslında "anayasanın yorumcusu" ifadesi yanlış bir ifadedir; zira bu ifade de yorumdan önce anayasanın mevcut olduğu ön kabulü vardır. Anayasal yorumda, salt hukuki yorumdan ibaret olmayan bir yorum anlayışından doğar. Genel olarak, ister tanıma işlemi teorisi ister irade işlemi teorisi benimsensin, varolan bir objenin yorumlanabileceği anlayışı vardır. Edebi bir metni, bir tabloyu ya da anayasayı yorumlamadan önce, anlamın bulunacağı ya da bir anlam atfedilecek bir romanın, bir tablonun ya da bir anayasanın bulunması gerekir. Ancak bu anlayış, Troper'e göre, Marcel Duchamp ile değişmiştir. Herhangi bir şey, bir bisiklet tekerleği olarak[323] ya da bir sanat eseri olarak yorumlanabilmektedir. Yorum, sanat eseri olarak objeyi oluşturmaktadır. Bu doğrultuda, **anayasayı oluşturan da yorumdur[324].**

Yorum ilk önce, Anayasanın kapsamını belirler. Fransa'da Anayasa Konseyi, 1971 yılında verdiği ünlü "Liberté d'association"[325] kararında, Başlangıç bölümünün ve

---

[322] **Troper**, "L'interprétation constitutionnelle", a.g.m., s. 22.

[323] Troper'in atıf yaptığı "bisiklet tekerleği", Marcel Duchamp'ın "ready-made" olarak adlandırdığı dışavurumcu çalışmalarının öncüsüdür, bkz. **Marcel Duchamp**, "Marcel Duchamp ve Ready-made" in *Modernizmin Serüveni*, (ed. Enis Batur), YKY, 3. bası, İstanbul 1999, s. 322.

[324] **Troper**, "L'interprétation constitutionnelle", a.g.m., s. 22.

[325] CC.,"Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association", 16.07.1971, Recueil, s. 29; RJC, s. I-24 - Journal officiel du 18 juillet 1971, s. 7114. Bkz. **Erkut**, *Hukuka Uygunluk Bloku*, a.g.e., ss. 31-32: "(...) karara konu olaylar şu şekilde gelişmiştir. Fransa'nın Güvenlik Mahkemeleri önünde proloter solu yeniden örgütleme suçundan dolayı sanık durumunda olan solculara yardımı kendilerine amaç seçen "Amis de la Cause du Peuple" isimli Dernek, kuruluşunu bildirmek üzere Paris Emniyet Amirliğine başvuruda bulunmuş; ancak Emniyet Amiri –İçişleri Bakanlığının talimatı üzerine– Dernek adına kuruluş başvurusu yapan Mme Simone de Beauvoir ve M. Leyris'e, Derneğin kuruluşuna ilişkin belgeyi vermeyeceğini resmi olarak bildirmiştir. Bu olay üzerine Simone de Bauvoir ve Leyris, sözlü işlemin iptali için Paris İdare Mahkemesine başvurarak ayrıca yürütmenin durdurulması talebinde bulunmuşlardır. Mahkeme bu 'sözlü' işlemin yarısal denetimini kabul ettikten sonra, yürütmenin durdurulması konusundaki talebi 'olumsuz işlemler hakkında yürütmenin durdurulması talebinde bulunulamaz' gerekçesiyle reddetmiş ve işin esasına girerek şu hükmü tesis etmiştir: 'Dernek kuruluş prosedürünün düzenlendiği 1 Temmuz 1991 tarihli kanunda bir derneğin kurulabilmesi için herhangibir önbaşvuru usulü öngörülmemiş olmakla birlikte; Emniyet Amirliğinin sanki böyle bir başvuru zorunu imişçesine kanunu yorumlayarak işlem tesisi, denek kurma özgürlüğüne aykırıdır. Bu nedenle...işlemin iptaline...'. Paris İdare Mahkemesi, kanun hükmünü 'dernek kurma özgürlüğü' ışığında yorumlayıp bu sonuca ulaştıktan sonra, İçişleri Bakanlığı Conseil d'Etat önünde bir temyiz başvurusu yapmak yerine, 'bir derneğin hukuksal kişilik kazanabilmesi için zorunlu bir önbaşvuru sürecinin

onun atıf yaptığı tüm belgelerin "anayasallık blokuna"[326] dahil olduğu, anayasanın parçası olduğu, hatta anayasa olduğu sonucuna varmıştır:

> "Cumhuriyet yasaları tarafından tanınmış ve Anayasanın Başlangıç bölümünde vurgulanmış temel prensipler arasında dernek özgürlüğü ilkesini de saymak gerekir. Bu prensip, dernek tüzüklerine ilişkin 1 Temmuz 1901 tarihli yasanın genel hükümlerinin temelinde yer alır. Bu prensip gereğince, dernekler serbestçe kurulur ve ön beyanın depo edilmesi şartı ile açılmış sayılırlar. Böylece, bazı özel kategorilerdeki dernekler hakkında alınabilecek istisnai önlemler dışında, Dernek tüzüğü, yok hükmünde olsa ya da hukuka aykırı unsurlar da içerse dahi, geçerlilik açısından, idari makamların hatta yargı makamlarının ön müdahalesine tabi tutulamaz".

İnsan ve Yurttaş Hakları Beyannamesinin belli bir hükmünün ne anlama geldiğini belirlemeden, başka bir deyişle, hangi davranışı emrettiğine karar vermeden önce, bu Beyannamenin hukuki normlar yaratıp yaratmadığı ya da yaratıyor ise, bunların anayasal düzeyde olup olmadığına karar verilmesi gerekmektedir. Ancak bu aşamadan sonra hükmün anlamının belirlenmesi mümkün olabilir.

Ancak, "yazılı olmayan kuralların (hukukun genel prensipleri örneğin) yasa gibi uygulandığı durumlarda da yasanın yorumcusu bu şekilde hareket etmektedir" şeklindeki itiraza, Troper şöyle cevap veriyor: "Anayasal yorumun özelliği kendisini şu noktada gösterir: Bu yorum, diğer yasalardan üstün olduğu bilinen anayasadaki kavramın kapsamının belirlenmesi ile sınırlı olmayıp; anayasanın geçerli bir norm olduğuna, bu normun diğer bütün normlara üstün olduğuna ve bu üstünlüğün nelerden ibaret olduğunun belirlenmesine de karar verir. Başka bir deyişle, **anayasal yorum,**

---

düzenlendiği' bir kanun tasarısı hazırlayarak, bunu Meslis önüne götürme yolunu tercih etmiştir. Sözkonusu tasarının Meclis'de 30 Haziran 1970 tarihinde kanunlaşması üzerine, bu kanunun iptali için Anayasa Konseyine başvurulmuştur (...)".

[326] Bu konuda özellikle bkz. **Véronique Champeil-Desplats**, *Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République (Principes constitutionnels et justification dans les discours juridique)*, Economica, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2001.

anayasa ile diğer yasalar arasındaki hiyerarşik ilişkiyi kurar"[327].

Troper bu kapsamda, Anayasa Hukuku tarihi açısından iki önemli kararı örnek olarak verir[328]. Bu kararlardan ilki, anayasallık denetiminin başlangıcı sayılan, Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesinin "*Marbury v. Madison*" kararı, ikincisi ise Aaron Barak başkanlığındaki İsrail Yüksek Mahkemesinin vermiş olduğu "*United Mizrahi Bank Ltd v. Migdal Village*"[329] kararıdır.

Ünlü Marbury davasında Yargıç Marshall, anayasanın yasadan üstün olduğunu söyler. Bu üstünlüğün kanıtı da, anayasanın normal bir yasa ile değiştirilememesi, sadece özel bir usul uyarınca değiştirilebilmesidir. Buradan, anayasaya aykırı olan bir yasanın "yok" olduğu sonucu çıkar. Ancak Troper'e göre buradaki akıl yürütme hatalıdır. Bu hata üstünlüğün tanımında ortaya çıkmaktadır, zira üstünlük pekçok farklı biçimde tanımlanabilir. Troper, bu düşüncesini açıklamak için şu örneği verir: A normu B normundan aşağıdaki hallerde üstündür:

a) A, B'nin üretim usulünü belirlediği zaman,

b) B, A'ya aykırı olduğu takdirde yok hükmünde (ya da iptal edilebilir) olduğu zaman.

Şayet, Anayasa (a) seçeneğinde gösterildiği şekilde yasadan üstünse, onun aynı zamanda (b) anlamında da yasadan üstün olduğu sonucu çıkarılamaz[330]. Bunun gibi birçok anayasada anayasallık denetimi öngörülmemiş olmasına rağmen, anayasanın yasalardan üstün olduğunu, ancak bu üstünlüğün yasaların üretim usulünü göstermesinden kaynaklandığını biliyoruz. Şayet anayasanın üstünlüğünden sadece (b)

---

[327] **Troper**, "L'interprétation constitutionnelle", a.g.m., s. 23.

[328] **Troper**, "L'interprétation constitutionnelle", a.g.m., ss. 23-25.

[329] C.A.6821/93, 49(4) S. D.221 (1995).

[330] Troper, bu kararda kullanılan gerekçeleri daha pekçok açıdan eleştirmiştir, bkz. **Troper**, "Marshall, Kelsen, Barak and the Constitutionalist fallacy" in *I·CON*, Vol. 3, n° 1, 2005, ss. 24-38.

seçeneğindeki üstünlüğü anlıyorsak, yaptığımız akıl yürütme bir *totolojiden* ibaret olur; zira şu sonuç çıkar: Anayasaya aykırı olan yasa, yok hükmündedir; öyleyse, anayasaya aykırı olan yasa yok hükmündedir.

Marbury kararı her iki anlamı özdeşleştirmiştir: (a) seçeneği anlamında yasaya üstün olan anayasa, (b) seçeneği anlamında da üstündür. Mahkeme bu şekilde karar vererek anayasallık denetimini yaratmıştır ve anayasa gerçekten (b) seçeneği anlamında da üstün hale gelmiştir. Başka bir deyişle, ***Yüksek Mahkeme kararını gerekçelendirirken mevcut olan bir üstünlüğe dayanmamış; ancak kararıyla üstünlüğü yaratmıştır***[331].

İsrail Yüksek Mahkemesinin 1995 yılında verdiği *United Mizrahi Bank Ltd v. Migdal Village* kararında ise, şekli anlamda bir anayasa olmamasına rağmen, Parlamento tarafından kabul edilen bazı yasaların anayasal değerde olduğuna ve anayasallık denetimi için bir temel oluşturduğuna karar verilmiştir[332]. Dolayısıyla bütün

---

[331] **Troper**, "L'interprétation constitutionnelle", a.g.m., s. 23 (*italikler bize ait*).

[332] Bkz. **Erdal Onar**, *Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Siyasal ve Yargısal Denetimi ve Yargısal Denetim Anlamında Ülkemizde Öncüler*, Ankara 2003, ss. 117-119: "Yüksek Mahkeme Başkanı Yargıç Barak, (...) görüşlerinde (...) Temel Kanunlar arasında yer alan 1992 tarihli İnsanlık Onuru ve Özgürlüğü Temel Kanunu ve yine aynı yıl çıkartılan Çalışma Özgürlüğü Temel Kanunu ile birlikte, İsrail'de bir anayasal devrim yaşandığını, artık bir olağan kanunla, bu Temel Kanunlarda ifadesini bulan özgürlüklere aykırı düzenleme getirilemeyeceğini; eğer getirilecek olursa, Yüksek Mahkemenin bu tür düzenlemeleri geçersiz sayması gerektiğini savunmaktaydı. Çünkü Çalışma Özgürlüğü Temel Kanununun 5. maddesinde bu Temel Kanunun, ancak *Knesset*'in [yasama organı] üye tamsayısının salt çoğunluğunun kabul edebileceği bir Temel Kanunla değiştirilebileceği, olağan bir kanunla değiştirilemeyeceği öngörülmekteydi. Ayrıca yine aynı Kanunun 2. maddesinde, çalışma özgürlüğünün sadece devletin güvenliği, kamu politikası, kamunun esenliği ve sağlığı, çevre ve genel ahlak gibi nedenlerle sınırlandırılabileceği belirtilmekteydi ki; bu soyut kavramlar yasama organınca olduğu kadar, görülmekte olan bir dava sırasında yargı organınca da tartışılabilecek ve yargı organı tarafından somutlaştırılacak, anlamlandırılacak nitelikte kavramlardı. Bu nedenlerle, Barak'a göre, Bu Temel Kanun'da öngörülen hususlara yönelik düzenleme getiren bir olağan kanunu davada uygulayan yargı organının, o kanunun anılan Temel Kanun'a aykırı olup olmadığını inceleyebilme yetkisi de olacaktı. 1992 tarihli İnsanlık Onuru ve Özgürlüğü Temel Kanununa gelince, her ne kadar bu Kanunun değiştirilmesi için Çalışma Özgürlüğü Temel Kanunundaki gibi daha nitelikli bir çoğunluk aranmıyor ve 10. maddesinde açık bir şekilde bu Kanunun eski Kanunları değiştirmeyeceği öngörülüyordu ise de; Yargıç Barak yine de bu Temel Kanun ile Yüksek Mahkeme'ye çıkarılacak olağan kanunların anılan Temel Kanuna uygun olup olmadıklarını denetleme imkanının verildiğini savunmaktaydı. Çünkü, 1992 tarihli İnsanlık Onuru ve Özgürlüğü Temel Kanunu'nun 8. maddesinde, bu Kanun'da belirtilen hakların, İsrail Devletinin değerlerine uygun, belirli bir amaca yönelik ve ölçülü bir sınırlandırma getiren kanun dışında, ihlal edilemeyeceği öngörülmekteydi. Temel Kanunun bu hükmünde kullanılan terimler, özgürlüklerin sınırlandırılmasında dengeleyici bir standart öngörmekteydi ve bu standardın ne olacağı yargı organı tarafından belirlenmeliydi. Bir başka

makamları bağlayan bir norm olan anayasa burada da yorumcu tarafından yaratılmıştır. Troper'e göre, normlar hiyerarşisi yasaların anayasaya uygunluğunun denetiminin temelinde yer almamaktadır, onun ürünüdür.

Görüldüğü gibi, Troper'in teorisi çok tartışmalı bazı ön kabulleri bünyesinde barındırmakta ve yorum yetkisine sahip olan makamı herşeyi yapmaya muktedir kılarak "realizmin aşırı bir boyutunu"[333] oluşturmaktadır. Dolayısıyla doktrinde haklı olarak çok eleştirilmiştir[334].

IV. SENTEZ DENEMESİ

İncelememizde buraya kadar, Avrupa ve Amerika kıtalarında gelişen üç yorum teorisinin temel özellikleri üzerinde durduk. Her üç teori de, birbirine benzeyen özellikler yanında, ciddi farklılaşmalar içermektedir. Bu farklar özellikle iki açıdan yeniden ortaya konabilir.

İlk olarak, bu üç teorinin "norm" kavramına bakışı birbirinden farklıdır. Hermeneutik doktrin, norm teorisine büyük önem vermiş ve hukuk normunu norm programı ve norm alanından oluşan bir bütün olarak tanımlamıştır. Bu teori uyarınca,

---

deyişle, anılan bu nitelikler, özellikle de, yasal düzenlemenin getireceği sınırlamanın ölçülü olmasının gerekmesi, Yüksek Mahkeme'ye kanunların yargısal denetiminin yolunu açmaktaydı. Yargıç Barak'ın bu düşünceleri 1995 yılında Yüksek Mahkeme tarafından benimsenmiş bulunmaktadır. (...) Görülmektedir ki, İsrail'de tek bir metin içinde toplanmış bir anayasa bulunmamakla birlikte, *Knesset*'in bu konularda çıkardığı 11 adet Temel Kanun, bir anayasa olarak kabul görmektedir ve Yüksek Mahkeme, bakmakta olduğu bir davada uygulanan sıradan kanun hükümlerinin, bu Temel Kanunlara uygun olup olmadıklarını denetlemekte ve Temel Kanunlara aykırı gördüklerini ihmal etmektedir" (*italikler bize ait*). Bu konuda ayrıca bkz. **Tania Groppi**, "Constitutional State as a Source of Constitutional Patriotism: The Case for Israel", paper presented at Marmara University, April 11th 2007.

[333] **Riccardo Guastini**, "Réalisme et anti-réalisme dans la théorie de l'interprétation", *Mélanges Paul Amselek*, Bruylant, Bruxelles 2005, ss. 436-437.

[334] **Otto Pfersmann**, "Contre le néo-réalisme juridique. Pour un dèbat sur l'interprétation", *Revue française du droit constitutionnel*, n° 50, 2002, ss. 279-333; **Pfersmann**, "De l'impossibilité du changement de sens de la Constitution", Mélanges Pierre Pactet, l'esprit des institutions et équilibre des pouvoirs, Dalloz 2003, ss. 353-374; **Olivier Jouanjan**, "Une interprétation de la théorie réaliste de Michel Troper", *Droits*, n° 37, 2003, ss. 31-48; **Stéphane Rials**, "la démolition inachevée", *Droits*, n° 37, 2003, ss. 49-85.

norm metni, normun sadece bir bölümünü oluşturur. Gerçek norm ise, somut olay vasıtasıyla ve bu olay kapsamında norm alanının ortaya konmasıyla belirlenir.

Dworkin de yorum aşamasından önce herhangi bir norm olmadığı fikrindedir. Ancak Dworkin'in teorisini özgün kılan, kendisinin hukuk teorisini yorum yoluyla açıklaması, normu hem yazılı olan kuralları (*rules*), hem de yazılı olmayan prensipleri (*principles*) içerecek şekilde kavraması ve hukuki bütünlük kavramına verdiği anlamdır. Dworkin, yorum sonucunun hem somut olayı en iyi aydınlatan çözümü sunmasını, hem de bulunan bu çözümün varolan hukuk düzeniyle bütünlük içinde olmasını ister.

Troper ise, realist yorum teorisini norm kavramı üzerinden değil, yorumu yapan makam üzerinden açıklamayı tercih eder. Buna göre, yorum aşamasından önce objektif anlamı olan bir norm yoktur. Yorum, şayet bunu yapmaya yetkili makam tarafından gerçekleştirildiyse geçerlidir. Troper'in anlayışına göre, doğru yorum değil, geçerli yorum vardır. Geçerli yorum ise, bu işi yapmaya hukuken yetkili kılınan kişi tarafından gerçekleştirilen yorumdur.

Burada şu soru ile karşılaşıyoruz: Bu yorum teorilerinden hangisi, anayasal uyuşmazlıklar için en iyi çözüm yolunu sunmaktadır? Kanımızca, bu soruya soyut bir biçimde cevap vermek mümkün değildir. Bir kere bu teorilerin herbiri, "anayasa" ve "anayasa yargısı" kavramlarına belli bir meşruiyet perspektifinden bakışı gerektirmektedir (A). İkinci olarak bu teoriler, geleneksel yorum kanonlarını dışlamamakla birlikte, farklı şekilde okurlar (B).

A. Anayasal Yorumda Meşruluk Sorunu

Hukuk metinlerinin, özel olarak da anayasanın yorumlanması, iki unsur arasında denge arayışı ile biçimlenmektedir: Yorum sonucunda verilecek kararın rasyonelliği ve buna karşılık kararların hukuki istikrar ve öngörülebilirlik esaslarına uygun olması.

Bu ilkeleri gerçekleştirmek için, daha önce görmüş olduğumuz teoriler farklı metodlar kullanmışlardır. Hermeneutik doktrinde, norm her ne kadar norm metninden

ibaret olmasa da, norm metni, yapılacak olan yorumun meşruluk sınırını göstermektedir. Dworkin ise, yine aynı doğrultuda, kendi deyişiyle "istikrar"ı korumak için, hukukun bütünlüğü ilkesini, felsefesinin önemli bir bölümü haline getirmiştir. Troper ise, istikrar ilkesine, yine yorumlayan cephesinden yaklaşır. O'na göre, anayasal yorum, anayasa mahkemesinin anayasa tarafından geniş bir takdir yetkisi ile donatılması ve seçilmiş makamlar ile birlikte yasama yetkisinin kullanılmasına katılması ile açıklanır[335]. Başka bir deyişle, yorumu yapan yetkili organ olduğu müddetçe, gerekli meşruiyet güvenceleri sağlanmış olur.

Ancak kanımızca, anayasal yoruma ilişkin meşruluk sorununu irdelemek için, Anayasa yargısının meşruluğundan önce (2), anayasanın meşruluğu (1) sorunu üzerinde durmak gereklidir. Zira anayasanın meşruluğuna duyulan inanç ne kadar fazla ise, bu metnin korunmasına duyulan ihtiyaç da aynı oranda artar.

1. Anayasanın Meşruluğu

Anayasanın meşruluğu problemine açıklama getirmek, ancak, anayasayı belli bir biçimde tanımlamakla mümkün olabilir. Anayasa olarak adlandırdığımız yazılı belgeye verdiğimiz rol, bize onu nasıl yorumlamamız gerektiği konusunda da ipuçları verecektir. Ancak anayasanın meşruluğu (b) konusuna gelmeden önce, hangi anayasadan (a) bahsettiğimizi belirlememiz gereklidir.

a. Anayasa Kavramı

Anayasa kavramı[336] geniş anlamıyla ele alındığı takdirde, bütün hukuk sistemlerinin bir anayasaya sahip olduğu söylenebilir. Zira anayasa burada sadece,

---

[335] Özellikle bkz. **Troper**, "The Logic of justification of judicial review", in *I·CON*, Vol. 1, No. 1, 2003, ss. 99-121. Bu makalenin Fransızcası için bkz. "La Logique de la justification du contrôle de la constitutionnalité des lois", in *Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet* (L'esprit des institutions et l'equilibre des pouvoirs), Dalloz, 2003, ss. 911-935.

[336] "Anayasa" kavramının tarihi kökenlerine ilişkin olarak bkz. **Bertil Emrah Oder**, *Avrupa Birliği'nde Anayasa ve Anayasacılık*, Anahtar Kitaplar, İstanbul 2004, ss. 27 vd: "Günümüz Türkçesinde 'anayasa' olarak kullanılan sözcüğün batı dillerindeki karşılığı, kökenini Latince 'kurmak' (constituo) ya da 'kuruluş' (constitutio) anlamına gelen sözcüklerde bulur. (...) Çok daha eski bir dönemde bambaşka bir sözcük Aristo'nun politeia'sı, polise özgü siyasal örgütlenmenin "ana kuruluşu" anlamında, Antik Çağın siyasal felsefesinde çoktan yer edinmişti. 'Politeia'nın Türkçe, İngilizce ya da Almanca'ya kimi zaman 'anayasa' olarak

temel devlet organlarının kuruluşlarını ve yetkilerini düzenleyen ve bu surette ülkelerin yönetileceği temel ilkeleri belirleyen bir belgedir[337].

Modern anlamda anayasa ise, kesin çizgilere sahip olmamakla birlikte en azından aşağıdaki unsurları içerir[338]:

- *Devletin temel organlarının kuruluşu ve yetkilerinin düzenlenmesi* : Bu unsur, anayasanın hukuki ve siyasi yapıyı *kurucu* özelliği olarak da adlandırılabilir.

- *Süreklilik iddiası*: Anayasalar, uzun süre yürürlükte olmak üzere kaleme alınır. Ülkelerin siyasi ve hukuki kurumları için istikrarlı bir çerçeve oluşturmak üzere hazırlanır. Anayasa, herkes için, her zaman ve her yerde geçerli olma iddiasındadır. Bu iddia sayesinde anayasalar, tüm toplumun kurucu belgesi olacak şekilde düzenlenir. Devamlılıkları da, yurttaşlar nezdinde o anayasa ile bağlı olma iradesinin varlığıyla orantılıdır.

çevrilmesinin kökeninde, Aristo'nun bu sözcüğe karmaşık bir biçimde de olsa, "ana kuruluş" kavramı ile ilintili anlamlar yüklemesi yatar. Kuşkusuz buradan Aristo'nun politeia'sı ile 18. yüzyıl sonrası anayasacılık hareketlerinin sınırlı iktidar düşüncesine dayalı 'anayasanın' özdeş olduğu sonucuna varılamaz. Aristo, 'politeia' kavramını yönetim biçimleri ile özdeş görmekte ve "doğru anayasaları", monarşi, aristokrasi ve politeia olarak üç gruba ayırmaktaydı. Bu moktada politeia'nın biri geniş, diğeri dar, iki anlama sahip bir kavram olduğu saptanabilir. (1) 'Politeia' geniş anlamıyşa yönetim biçimlerine karşılık gelen bir üst kavramdır ve bu anlamıyşa çoğunlukla anayasa olarak anılır (geniş anlamıyla politeia). (2) polisin yönetim biçimlerinden biri olarak 'politeia' ise alt kavramdır ve 'anayasal yönetim' olarak olumlu bir nitelik taşır (dar anlamda politeia). Dar anlamıyla 'politeia' ya da 'anayasal yönetim', bütün topluluğun iyiliği için yurttaşların hepsinin uyguladığı yönetimdir. Bu tür, aristokrasinin yozlaşmış hali olan 'oligarşi' ile Aristo'nun mutlak eşitlik düşüncesine dayalı olduğundan kötü bir yönetim biçimi olarak gördüğü 'demokrasi'nin karışımıdır. Aristo, oligarşinin sınırlı mülkiyet ilkesini ve demokrasinin siyasal katılım ilkesini birleştirerek, servet bakımından orta düzeyde bulunanların çoğunlukta bulunduğu, ılımlı ve ideal bir yönetim biçimini yaratır. 'Ilımlı bir karma anayasa' olarak adlandırılan bu tür, daha sonraları Polybios ve Çiçero tarafından da dile getirilen ve monarşik, aristokratik ve demokratik unsurları içeren 'karma anayasa kuramına' öncülük eder".

[337] **Joseph Raz**, "On The Authority and Interpretation of Constitutions : Some Preliminaries" in *Constitutionalism*, (ed. Larry Alexander), Cambridge University Press, 2001, s. 153.

[338] **Raz**, "On The Authority and Interpretation of Constitutions : Some Preliminaries", a.g.e., s. 153.

- *Yazılı Anayasa*: Anayasa, bir ya da birkaç belgenin birleşimiyle oluşan yazılı bir metindir.

- *Anayasanın üstünlüğü*: Anayasa, üstün hukuku oluşturur. Dolayısıyla, anayasa ile çatışan yasa geçersizdir. Burada, *üstün hukuk normu olarak anayasa* karşımıza çıkmaktadır.

- *Anayasallık denetimi*: Anayasanın üstünlüğünü sağlayabilmek için yargısal usuller öngörülmüştür. Bu usuller yoluyla, bazı hukuk kurallarının ve yasaların, anayasaya uygunluğu denetlenir ve anayasal düzenin korunmasına çalışılır. Dolayısıyla, anayasanın üstünlüğü, *anayasallık denetimi* ile sağlanır.

- *Katı Anayasa*: Anayasa değişiklikleri için hukuki usuller öngörülmüştür. Ancak, anayasa değişikliği yapmak, hukuksal olarak diğer yasama işlemlerinden çok daha zor koşullara bağlanmıştır. Bu unsur, anayasanın *katı* özelliğini ifade eder.

- *Ortak ideoloji ürünü olarak Anayasa*: Anayasa hükümlerinin içerdiği yönetim ilkeleri, halkın, nasıl yönetilmek istediği konusundaki ortak inançlarını ifade eder. Bu anlamda anayasa, hukukçuların hukukunu değil; halkın hukukunu temsil eder. Bu unsur, anayasanın, *ortak ideolojinin ürünü* olduğunu göstermektedir.

- *Özgürlüklerin güvencesi olarak Anayasa*: Anayasalar, devlet iktidarının kişiler yararına sınırlandırılmasını düzenleyen belgelerdir. Bu nedenle anayasalar, *temel hak ve özgürlük* belgeleridir.

Burada sayılan özellikler, esasen bütün anayasal sistemlerde aynı ölçüde bulunmayabilir. **Ancak bir Anayasa asgari olarak, siyasal iktidarı, kişi hak ve özgürlükleri lehine sınırlandırma iradesini yansıtmalıdır.** Gerçekten de Birleşik Krallık, yazılı bir anayasaya sahip olmamakla birlikte, anayasa geleneğine sahiptir. Yine bazı anayasalar için anayasallık denetimi öngörülmemiştir. Ya da tıpkı 1982 Anayasasında olduğu gibi, anayasalar halkın seçtiği kurucu meclis tarafından

hazırlanmış olmayabilirler; bu takdirde bu tür anayasaların bir toplum içerisinde ortak ideolojiyi yansıttıklarını söylemek mümkün müdür?

Burada kullandığımız ve bundan sonra da kullanacağımız "anayasa" kavramı, "yazılı demokratik hukuk devleti anayasası"dır. Meşruluk problemi de bu doğrultuda ele alınacaktır.

b. Anayasanın Meşruluğu

Anayasanın meşruluğu konusunda en önemli sorun şu şekilde ortaya konabilir: bir dönemin kurucu iktidarı belli bir anayasa ile bağlanma iradesini göstermiş olabilir. Peki daha sonraki nesil için durum ne olacaktır? Bu soruya cevap olarak, bazı anayasaların oldukça yeni tarihli olduğu; dolayısıyla bu tür bir meşruiyet problemi bulunmadığı söylenebilir. Ancak şu unutulmamalıdır: anayasalar yeni olsalar bile, yukarıda açıklandığı gibi, uzun süre varlığını sürdürme iddiası ile yürürlüğe konulurlar.

Anayasalar meşruluklarını nereden alırlar? Bu soruya konuyu yasal, sosyolojik ve ahlaki meşruluk kapsamında ele alarak cevap vermek mümkündür.

aa. Yasal Meşruluk Açısından

Yasal meşruluk, yasal normlardan kaynaklanır[339]. Bu açıdan, yasal olan aynı zamanda meşru olandır. Ayrıca, bazı durumlarda, yasal kararlar, hem meşru, hem de hatalı olabilirler. Burada karşımıza şu sorun çıkıyor: Bir yargı kararının hatalı olması, ona uyulmamasını haklı kılar mı? Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesinin ünlü *Marbury v. Madison* kararında, anayasal geçerliliği ya da meşruluğu olmayan bir yasanın bağlayıcılığının da bulunmadığı üzerinde durulmaktadır[340]. Yargı kararları içinse durum daha farklıdır. Bir kararın eleştirilebilir olması, ona uyulmamasını gerektirmez. Gerçekten de çoğu zaman, yargı kararlarına uyma zorunluluğuna ilişkin

[339] **Richard H. Fallon, Jr.**, "Legitimacy and The Constitution" in *Harvard Law Review*, Vol. 118, 2005, s. 1794.

[340] Bu karar hakkında detaylı bilgi için bkz. yukarıda "Realist Yorum Teorisi / Anayasal Yorum İle Yaratılan Normlar" başlığı.

normatif düzenlemeler bulunur[341]. Bu nedenle bazı yazarlar, yargı kararlarının özsel yasal meşruluğu (*substantive legal legitimacy*) ile bağlayıcılık yönünden meşruluğu (*authoritative legitimacy*) arasında ayrım yaparlar[342]. Kuşkusuz, ikinci grup meşruluk, yargı makamlarının hataları için çok daha geniş bir takdir alanı tanır[343].

Anayasanın meşruluğunu yasal meşruluk tezi ile açıklayan yazarların temel varsayımı şudur: Anayasanın meşruluğu, onu yapan organın meşruluğuna bağlıdır. Yazılı anayasalar meşruluklarını, bunları yapmaya yetkili olan organın, bu kuralları meydana getirme iradesi ile hareket eden yasal meşru organ olmasından alır. Geleneksel anayasalar, bu anlayışa göre istisna oluştururlar. Aslında bu şekilde meşruluk kazanan belgelere en önemli örnek yasalardır. Yasa, yasa yapmakla yetkili olan makam tarafından kabul edildiğinde geçerliliğini kazanmış olur[344]. Ancak şu unutulmamalıdır: Bu anlayışa göre, anayasanın meşru olması için, hazırlık aşamasında, onu yapan iktidarın kendisinden önce mevcut olan hukuk kurallarının verdiği yetki ile hareket etmiş olması gerekir.

bb. Sosyolojik Meşruluk Açısından

Sosyolojik anlamda meşruluk, anayasal rejimin, hükümet kurumlarının hitap ettikleri toplum nazarında haklı olmaları, bu rejimin ya da toplumun herhangibir

---

[341] Bkz. 1982 Any., md. 138/son: "Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez".

[342] **Fallon,** "Legitimacy and The Constitution", a.g.m., ss. 1794-1795.

[343] Örneğin, Amerika Birleşik Devletlerinde meşruluk konusunun çok tartışılmasının nedenlerinden biri, Yüksek Mahkemenin *Bush v. Gore* kararıdır (531 U.S. 98, 121 S.Ct. 525, 148 L.Ed.2d 388, 2000). Bilindiği gibi, 2000 yılında yapılan başkanlık seçimlerinde, Demokrat Partinin adayı Gore, Florida Mahkemelerinden oylama makinaları tarafından kabul edilmeyen oyların elle yeninden sayımına karar vermelerini istemişti. Gore'un talebi ilk derece mahkemesi tarafından reddedilmiş, ancak Florida Yüksek Mahkemesi tarafından uygun bulunmuştu. Bunun üzerine Cumhuriyetçi aday George W. Bush, ABD Yüksek Mahkemesine başvurmuş ve Florida Yüksek Mahkemesinin kararının bozulmasını istemişti. Bu başvuruyu yaparken de Anayasadaki "eşit koruma ilkesi"ne (ABD Any., md. II, ABD Any., md. II, § 1) ve ilgili yasal mevzuata dayanmıştı. Yüksek Mahkeme ise, oylama makinalarının adaletsiz sonuçlar doğurabileceğini kabul etmiş; ancak buna rağmen, Florida Yüksek Mahkemesinin kararını bozmuştur.

[344] Bu, aynı zamanda, "şekli anlamda kanun" tanımıdır.

yaptırıma uğrama korkusu ya da ödül beklentisi içerisinde olmaksızın, kurumların desteklenmeleri gerektiğine duyduğu inanç olarak tanımlanır[345].

Sosyolojik meşruluk, kökenlerini Max Weber'de bulur[346]. Weber'e göre meşruluk, *yurttaşların –kişisel menfaatlerinden bağımsız olarak– belli bir otorite talebinin saygı ya da itaat görmeyi hak edip etmediğine yönelik inançlarını* ifade eder[347]. Ancak, bazı yazarlara göre, halkın yargı makamının kararlarına rıza göstermesi, onun meşruluğuna işarettir. Ancak bu anlayış, Weber'in güçlü meşruluk anlayışı ile bağdaşmamaktadır. Zira, rıza göstermek, siyasal iktidarın almış olduğu kararlara direnmemek anlamına da gelebilir. Oysa ki Weber'e göre meşrulukta, "inancın", kişisel menfaatten bağımsız biçimde bulunması gerekir. İnanç, sadece "rıza" şeklinde negatif gönderme yapan bir terimden ibaret değildir; yurttaşın pozitif bir yönelimini de ifade eder.

Sosyolojik meşruluk ile ilgili bir diğer özellik, bu tür meşruluğun değişkenlik göstermesidir. Sosyolojik meşruluk farklı gruplara göre değişkenlik gösterir. Bir grup nazarında meşru olan bir işlem, başka bir grup tarafından meşru görülmeyebilir.

Meşruluk kavramı, her zaman için siyasal rejimlerin doğuşu ve çöküşü ya da hukuk düzeninin özellikleri, yahut da kurumlar üzerine gerçekleştirilen sosyal analizlerin de temelinde bulunmuştur[348].

cc. Ahlaki Meşruluk Açısından

Meşruluk kavramının ahlakilikle birlikte ele alınması, bu kavrama ahlaki bir geçerlilik temeli[349] arandığını gösterir. Bir rejim ya da resmi makamlar tarafından

---

[345] **Fallon,** "Legitimacy and The Constitution", a.g.m., s. 1795.

[346] Weber'in üçlü tipolojisi için bkz. **Erdoğan Teziç**, *Anayasa Hukuku*, Beta yay., 9. bası, İstanbul 2004, ss. 103-105.

[347] **Fallon,** "Legitimacy and The Constitution", a.g.m., s. 1795. (italikler bize ait)

[348] **Craig A. McEwen – Richard J. Maiman**, "In Search of Legitimacy : Toward an Empirical Analysis", in *Law & Policy*, Vol. 8, 1986, s. 257.

[349] Bu ahlaki geçerlilik temeli farklı ahlak teorilerine göre değişiklik gösterir, bkz. **David B. Resnik**, *Bilim Etiği*, Ayrıntı yay., (çev. Vicdan Mutlu), İstanbul 2004, ss. 35 vd. : "Toplumdaki her birey bir sağduyu ahlakına maruz kalır. Ahlak, ebeveynler, öğretmenler, meslektaşlar, edebiyat, müzik, medya gibi birbirinden çok farklı kaynaklarla gelen çeşitli

davranış standartlarını, ilkeleri, değerleri, yükümlülükleri ve görevleri kapsar. Ahlak felsefecileri bu standartları sağduyu ahlakı olarak adlandırırlar, çünkü bunlar çoğu kişinin derin analizlere girmeden öğrenebileceği ve uygulayabileceği normlardır. Bu sağduyu ahlakı, "sana davranılmasını istediğin gibi davran", "sözlerini tut", "adil ol", "elinden gelenin en iyisini yap" gibi ilkeleri içerir. Bu sağduyu değerleri, mutluluğu, dürüstlüğü, adaleti, yardımseverliği, cesareti, doğruluğu, beraberliği, sevgiyi, bilgiyi ve özgürlüğü de içerir.

Ahlak teorisi, sağduyu ahlakını doğrulamaya ya da ona bir temel sağlamaya çalışır. Ahlak teorileri, toplumca belirlenen ahlak kurallarını betimler, birleştirir, açıklar ve eleştirir. Ahlak teorileri sağduyuya dayalı ahlaki inançlarla başlar, fakat, psikoloji, sosyoloji, biyoloji, ekonomi ve diğer bilimlerin bulgularına dayanarak sağduyuyu aşabilir.

Sağduyu ahlakı eleştirel fikirler sonucu değişebildiği gibi görünürdeki değeri de bir kriter olmayabilir. Örneğin, sağduyuya dayalı "çocuğunu dövmezsen şımarır" kuralının yorumu psikoloji araştırmaları ve çocuk yetiştirme etiğine dayalı daha derin fikirler sonucu değişmiştir. 1800'lerde bu kural, öğretmen ve ebeveynlerin isyankar bir tutumla karşılaşırlarsa çocuklarına vurmalarını haklı görüyordu. Günümüzde çocuk gelişimi ile ilgili araştırmalar dayağa farklı bir bakış açısı getirmiştir. 1800'lerde kabul gören davranışlar, bugün çocuğa kötü muamele sayılmıştır. Ahlak teorilerini sağduyu ahlakını değiştirmek için kullandıktan sonra, bu teorileri bu yeni verilere uygun olacak şekilde yenileyebiliriz. Sağduyu ahlakı bir teoriye bağlı olarak değişebileceği gibi, teori de sağduyu ahlakına bağlı olarak değişebilir ve bu süreç bir süre devam edebilir. Bunun adı geniş düşünmeli denge metodudur.

Bu noktada en etkili ahlak teorileri üzerinde durulması gerekmektedir:

İlahi emir teorisine göre, bir davranışın doğruluğu veya yanlışlığı Tanrının emirlerine bağlıdır. Bir tavır, Tanrının isteğine uygunsa doğru, değilse yanlıştır. *İlahi emir teorisi*, herhangibir din ya da teolojiye dayanmayan etik standartların geliştirilebileceği esasını reddeder.

Faydacılık felsefesine göre, davranışlarımızı biçimleyen kriter, davranışlarımızın uzun dönemde tüm insanlık için iyi ya da kötü sonuçlarının dengesini ayarlama olmalıdır. İki çeşit faydacılıkta söz edilebilir: Bireysel davranışların yararı en üst düzeye ulaştıracağını savunan davranış faydacılığı, menfaatleri besleyici bir kurallar sistemine dayandıran kural faydacılığı. Bu anlayışta amaçların araçları doğruladığı ve çoğunluk menfaatinin azınlık menfaatinden daha önemli olduğu kabul edilir.

Alman Aydınlanmacılarından *Immanuel Kant*'a göre, insan rasyonel varlıkları yaradılışı itibarıyla bir değerli bir özne olarak görmelidir. Kantçılık ahlaki standartların evrenselleştirilebileceğini de söyler. Ahlak kuralları, bütün rasyonel varlıkların iradeleriyle yerine getirecekleri kurallardır. Kant'a göre, davranışların ahlaki bir övgüyü hak etmeleri için, doğru nedenlerle yapılmış olmaları gerekir. Kantçılık, bireyin ya da toplumun genel yararı için bireyin kurban edilmemesi gerektiğini, davranışlarımızın sonuçlarından bağımsız ahlaki görevlerimiz olduğunu, insan davranışlarındaki ahlakın değerlendirilmesinde onları motive eden şeylerin önemli olduğunu söyler.

Doğal haklar teorisi, tıpkı Kant'da olduğu gibi bireysel haklar ve özgürlükleri vurgular. Bu görüşe göre, bütün insanların yaşam, özgürlük, mülkiyet gibi doğal hakları vardır. Herkes başka insanların haklarını ihlal etmedikçe dilediğini yapmakta özgürdür. Haklar, genellikle negatif yönden anlaşılmaktadır: İnsanların kendilerine karşı bir şey yapılmaması hakları vardır, fakat kendileri için bir şey yapılması hakları yoktur. Yaşama hakkı öldürülmeme hakkını beraberinde getirir, fakat öldürülmekten kurtarılma hakkını içermez. Bu görüş, başka insanlara yardım etmek gibi bir ahlaki görevimiz olmadığını savunduğundan "asgari ahlak" olarak adlandırılır. Başkalarına yardım etme yükümlülüğümüzü özel anlaşmalara girmekle ediniriz.

Doğal yasa teorileri, ahlakın insan doğasında bulunduğundan yolaçıkar: eğer bir davranış doğal içgüdülerimize, duygularımıza ve toplumsal ilişkilerimize dayanıyorsa doğrudur; eğer doğal içgüdülerimiz, duygularımız ve toplumsal ilişkilerimizle uyuşmuyorsa yanlıştır. Doğal yasa teorilerine göre, doğal iyiliği üretmeye ya da elde etmeye çalışmalı, doğal kötülüğü ortadan kaldırmalı ya da ondan kaçınmaya çalışmalıyız. Doğal olarak iyi olan şeyler arasında yaşam, sağlık ve mutluluk vardır.

Toplum sözleşmesi teorisyenleri, ahlakın, toplumun düzene sokulmasının öneminde hemfikir olduğumuz bir dizi kuralı içerdiğini söyler; yani ahlak, toplumda diğer insanlarla

alınmış bir karar, bazı durumlarda, yasal meşruluğa sahip olsa, hatta halk nezdinde geniş kabul görse de ahlaki olarak haklı değilse, ahlaki meşruluğa sahip olmayabilir[350].

Bir görüşe göre, anayasanın meşruluğu onun *ahlaki doğruluğundan* kaynaklanır. Anayasalar geçerlidir, zira bunların içerikleri ahlaken iyidir. Bazı yazarlarca bu tür ahlaki meşruluk anlayışı, "ideal meşruluk" (*ideal theory of legitimacy*) olarak nitelenir[351]. Rawls, ideal meşruluk anlayışının en önemli temsilcilerinden biridir. Rawls'a göre:

> "Liberal adalet ilkelerinin siyasal değerleri, kendilerine bağlılığı nasıl kazanırlar? Kurumlara ve bunları düzenleyen ilkelere bağlılık, elbette, uzun vadeli birey ya da

---

birlikte yaşayabilmek için imzaladığımız sosyal bir anlaşmadır. Toplum sözleşmesi teorisyenleri, ahlak kurallarının doğruluğunu kanıtlarken insanları, toplum hayatının oluşmasından önceki bir doğa devletinde yaşıyorlarmış gibi düşünürler. İyi yaşamak için, insanlar işbirliği yapmak zorundadır, işbirliği yapmak için de davranışlarını biçimleyecek kurallara ihtiyaçları vardır. Bu kurallar, ahlak, siyaset ve hukuk kurallarıdır.

Tarihe baktığımızda, etiğe getirilen *erdem yaklaşımlarının* Aristoteles'e kadar uzanan uzun bir geçmişi olduğunu görürüz. Bu yaklaşımlar, felsefe sahnesinde uzun bir aradan sonra son yıllarda tekrar yer almaya başladı. Erdem yaklaşımlarına göre, ahlaktaki temel soru 'ne yapmalıyım?' değil, 'nasıl bir insan olmalıyım?' sorusudur. Yaşamdaki temel görevimiz, ahlaki erdemler olarak bilinen belirli karakter özellikleri geliştirmektir. Bunlardan bazıları, dürüstlük, doğruluk, cesaret, alçakgönüllülük, samimiyet, nezaket, bilgelik, ölçülü olma gibi erdemlerdir. Birey bu erdemleri, diğer karakter özelliklerini geliştirdiği yöntemlerle geliştirir, mesela tekrarlama ve uygulama yoluyla. Erdemli bir insan haline gelmek, iyi bir basketbol oyuncusu ya da müzisyen olmak gibidir. Çoğu erdem teorisine göre, erdemli insan kendi karakterini geliştirdiği için ahlak kural ve ilkelerine uyar, fakat etiğe uygun tavrı biçimlendiren görev veya yükümlülük değil, karakterdir.

Ahlaka feminist yaklaşımlar getiren *ilgi etiği teorisi* (Gilligan) görev, hak ve adaleti çok fazla vurguladıkları için geleneksel etik teorilerini reddeder. Bu görüşe göre, böyle teoriler, son derece soyuttur, yasalara çok fazla önem verir ve duygusuzdur. Geleneksel etik teorilerinin alternatifi olarak ilgi etiği, yaşamdaki temel görevimizin kendimizi ve diğer insanları sevmek, kendimizle ve başkalarıyla yakından ilgilenmek olduğunu söyler. Soyut kavram ve ilkelere yaslanmaktansa davranışlarımızla sevgi ve ilgiye dayanan ilişkiler kurmalıyız.

Ahlaka getirilen *derin ekoloji yaklaşımı*, insan merkezli olmaması bakımından diğer etik yaklaşımlardan farklıdır. İnsan merkezli ahlak teorileri, doğa hakkındaki önemli soruları, insanın karı, insan hakları, yükümlülükleri vs. bakımından ele alır. Bu yüzden çok sayıda yazar, çevre kirliliğinin insanlara zarar verebilmesi ve yararlı şeyleri görmelerini engelleyebilmesi nedeniyle kirliliğin istenmeyen bir şey olduğunu belirtir. Çevrebilimcilere göre, doğada insanın çıkarlarından ve haklarından bağımsız değerler bulunduğu için, insan merkezli etik, başka türlere, yeryüzüne, ekosistemlere, atmosfere ve okyanuslara gereken önemi veremeyecektir. Buna göre bir ekosistemin korunmaya değer olmasının nedeni doğasından kaynaklanan ve ahlaki bir değere sahip olmasıdır, ekonomik veya sosyal çıkarlarımız açısından önemli olması değil".

[350] **Fallon,** "Legitimacy and The Constitution", a.g.m., s. 1796.

[351] **Fallon,** "Legitimacy and The Constitution", a.g.m., s. 1798.

grup çıkarlarına, töresel ve geleneksel davranışlara ve basitçe beklentilere ve normalde yapılması gereken şeylere cevap verme arzusuna dayanabilir. Geniş çaplı bağlılıklar, vatandaşların tümüne yönelik olarak, Hart'ın '*doğal hukukun asgari içeriği*' diye adlandırdığı nosyonun içerisinde yer alan siyasal değerleri güvence altına alan kurumlar tarafından da sağlanabilir. Ancak burada, bizi ilgilendiren, liberal adalet ilkeleri tarafından oluşturulan diğer bağlılık temelleridir.

Liberal ilkeler, temel siyasal kurumları etkin olarak düzenlediğinde, istikrarlı bir anayasal görüşbirliği için gerekli üç şartı gerçekleştirmiş olur.

Birinci olarak, ilk etapta *modus vivendi* olarak anayasal devleti ortaya çıkaran makul çoğulculuk olgusu dikkate alındığında, liberal ilkeler, belli temel siyasal hak ve özgürlüklerin içeriğini acilen ve bir daha değişmemek üzere belirleme ve bunlara özel bir öncelik tanıma gereğini yerine getirmiş olur. Bu yapılınca, bu güvenceler siyasal gündemin ve toplumsal çıkarların mücadele alanının dışına çıkar, böylelikle, siyasal rekabetin kuralları açıkça ve sağlamca ortaya konmuş olur. Bu konularda çıkar mücadelesini uygun görmek, bu hak ve özgürlüklerin konum ve içeriğinin yerleşememesine yol açar; bunları zaman ve mekanın değişen şartlarına maruz bırakır ve siyasal çatışma ihtimalini artırarak, kamusal hayatta tehlikeli bir güvensizlik ve düşmanlığın ortaya çıkmasına sebep olur. Bu konuların gündemin dışına itilmesini reddetmek, toplumda varolan derin ayrılıkları harekete geçirir, bu da daha sonraki uygun şartlarda daha iyi bir konuma ulaşma amacıyla bu düşmanlıkların su yüzüne çıkartılması anlamına gelir.

İstikrarlı bir anayasal görüşbirliği için ikinci şart, liberal adalet ilkelerinin uygulanmasına ilişkin kamusal akıl türü ile ilgilidir. Bu ilkelerin içeriği gözönüne alındığında, -bunların sadece siyasal prosedürlere ve temel hak ve özgürlüklere, fırsatların elverişliliği ve her amaca uygun araçların varlığına ilişkin olmasından ötürü- liberal ilkeler, kamusal soruşturma ve kanıtları değerlendirme ile ilgili olağan ilke ve kurallara göre uygulanır. Ayrıca, yine makul çoğulculuk olgusu etrafında, bu ilke ve kurallar, vatandaşların geneline açık akıl yürütme ve tartışma yollarına, yani sağduyu şartlarına ve bilimin tartışmalı olmayan yöntem ve sonuçlarına göre ortaya konmalıdır. Bu, kamusal akıl yürütmenin, kamu tarafından

doğru –ki böyle olmalıdır- ve kendi amaçları açısından makul olarak görülmesine imkan sağlar.

İstikrarlı anayasal görüşbirliğinin üçüncü şartının liberal ilkeler tarafından karşılanıp karşılanmadığı, ilk iki şartın başarısına bağlıdır. Bu ilkeleri ve bunların uygulanmasında kullanılacak kamusal aklı içeren temel siyasi kurumlar –belli bir zaman süresince etkin olarak başarı ile işlendiğinde- siyasal hayatın işbirliğine yönelik erdemlerini yüceltmiş olur. Makul olma erdemi, hakkaniyet hissi, uzlaşma ruhu ve diğerleri için yolun yarısına gitmeye hazır olma. Bütün bunlar, diğerleri ile herkesin kamusal olarak kabul ettiği siyasal şartlar altında işbirliğine gitme arzusu ile ilgili erdemlerdir. (...)

Sonuç olarak: Anayasal görüşbirliğinin birinci aşamasında, başta isteksizce *modus vivendi* olarak kabul edilip, anayasaya yerleştirilen liberal adalet ilkeleri, vatandaşların kapsamlı doktrinlerini etkilemekte ve bunların en azından liberal bir anayasanın ilkelerini kabul etmelerini sağlamaktadır. Bu ilkeler, belli temel siyasal hak ve özgürlükleri güvence altına alır ve siyasal rekabeti düzenleyecek ve sosyal politikanın konularını belirleyecek demokratik prosedürleri gösterir. Bu noktaya kadar, vatandaşların kapsamlı doktrinleri (...) makul sayılır: Basit çoğulculuk, makul çoğulculuğa dönüşmekte ve anayasal görüşbirliğine ulaşılmaktadır"[352].

Ayrıca yine Rawls'a göre, siyasal yargıları destekleyen argüman ve kanıtların, mümkünse sadece sağlıklı olması değil, kamu tarafından da sağlıklı görünmesi gerekmektedir. O'na göre, "*Adalet sadece dağıtılmakla kalmamalı, dağıtıldığı da görülmelidir*" maksimi, sadece hukuk için değil; kamusal akıl için de geçerlidir[353].

İdeal meşruluk olarak adlandırılan bu görüşten sonra, *ikinci bir görüş*, anayasanın meşruluğunu *kurucu iktidarın ahlaki otoritesi* ile ilişkilendirir. Anayasa, siyasi ahlak alanında uzman olan kişiler tarafından yapıldığı için meşrudur[354]. Ancak bu argüman iki

[352] **Rawls**, *Siyasal Liberalizm*, a.g.e., ss. 197-200.

[353] **Rawls**, *Siyasal Liberalizm*, a.g.e., ss. 197

[354] **Andrei Marmor**, *Interpretation and Legal Theory*, Hart Publishing, 2nd ed., Portland Oregon, 2005, s. 145.

açıdan çökmeye mahkumdur: İlk olarak, bu görüş, anayasanın meşruluğunu, kurucularının ahlaki gelişmişlik düzeyine bırakmaktadır. İkinci olarak ise, bu anlayış, deneyimin ahlakta önemli bir yeri olduğunu söylemektedir ki, bu görüş tamamen yanlıştır[355].

Raz tarafından savunulan üçüncü görüşe göre, anayasalar, ahlaki ilkelerin belirlediği sınırlar içerisinde kaldıkları sürece, *kendi kendilerinin geçerliliğini sağlarlar*. Temelini uygulamada bulan hukuk, kendi kendini haklı kılar. Bir ülkenin anayasası, o ülkeye ait anayasa olduğu için meşrudur. Anayasalar, toplumsal anlaşma belgeleri oldukları için kendi kendilerini ahlaken haklı kılarlar. Sosyal sözleşmelerin hepsinde durum bu şekildedir. Başka bir deyişle, Raz'a göre, anayasalar ahlak-dışı olmadıkları sürece, anayasaya sahip olmuş olmak, ona itaat etmek için iyi bir sebeptir[356] (zira bu metin bir sosyal anlaşmanın kağıda dökülmüş halidir). Aslında Raz'ın bu meşruluk anlayışı, Rawls'un "ideal meşruiyet" anlayışına karşı "asgari meşruluk"[357] olarak da nitelenmiştir. Daha iyisinin yokluğunda, anayasanın öngördüğü rejim, anayasanın muhataplarınca desteklenir. Bu anlayış aslında, akılcı insan topluluğunun hükümetsiz olamayacağı fikrinden hareket eder. Buradan yola çıkarak "asgari meşruiyet" görüşü, etkili bir hükümete sahip olma ihtiyacının, düzgün işleyen bir hukuk sistemini destekleme ahlaki borcunu meydana getirdiğini savunur[358].

Barnett tarafından savunulan görüş ise, Rawls'un ve Raz'ın fikirleri arasındaki bir orta yolu işaret etmektedir. Bir ülkenin anayasası, o anayasanın gösterdiği yasa yapım sürecinin işlemesiyle, insanlarda "özgürlüğü sınırlandıran yasa, hakkı sınırlandırılan kişilerin haklarını ihlal etmeksizin diğerlerinin haklarını korumaktadır" düşüncesi uyandırıyorsa meşrudur[359]. Başka bir deyişle, anayasanın meşru olabilmesi için, bu

---

[355] **Marmor**, *Interpretation and Legal Theory*, a.g.e., s. 146.

[356] **Marmor**, *Interpretation and Legal Theory*, a.g.e., s. 147.

[357] **Fallon,** "Legitimacy and The Constitution", a.g.m., s. 1798.

[358] **Fallon,** "Legitimacy and The Constitution", a.g.m., s. 1798.

[359] **Randy Barnett**, "Constitutional Legitimacy", in *Columbia Law Review*, vol. 103, no. 1, 2003, s. 143.

anayasaya dayanılarak çıkarılan yasaların hak ve özgürlükleri kısıtlarken, belli sınırlara tabi olması gereklidir. Anılan yasaların ise şu özelliklere sahip olması gerekir: i) bir kişinin haklarının sınırlandırılmasının, diğer kişilerin haklarını korumak için gerçekleştirilmesi, ii) sınırlamanın, haklarına sınırlama getirilen kişilerin bu haklarını ihlal etmeyecek ölçüde uygun olması.

Son görüşe göre, anayasanın ahlaki geçerliliği, statik olarak ortaya konabilecek bir konu değildir. Ahlaki meşruluk, anayasa metnine sonradan da atfedilebilir. Meşruluk konusu, *dinamik* bir konu olup, anayasanın güncel yorumuna ve bunun somut olaylara uygulanışına bağlı olarak değişir. Anayasanın içeriği, yorum zamanındaki toplumun ihtiyaçları ve gereksinimleri uyarınca biçimlendirildiği için, bu metin sonradan da ahlaken meşru hale gelebilir. Bu anlayışa göre, somut olaylar üzerine gerçekleştirilen yorum anayasayı meşru kılmaktadır.

2. Anayasa Yargısının Meşruluğu

Anayasa yargısının meşruluğu, pekçok açıdan ele alınabilir.

Anayasa yargısının meşruluğu, ilk olarak denetimin benimsendiği bağlama ait anayasal ve siyasal yapı dolayısıyla ele alınabilir (a). Anayasa yargısının, yapısından kaynaklanan işlevleri de onu meşru kılan hususlardandır (b). Son olarak, Anayasa mahkemelerinin, temsili bir organın işlemlerini iptal etme yetkisine sahip olmalarından dolayı demokrasi ile olan ilişkileri de tartışılmıştır (c).

a. Anayasal ve Siyasal Koşulların Rolü

Anayasa yargısının meşruluğu, ülkelerin tarihi koşullarına (aa), siyasal rejimlerine (bb) göre değişkenlik gösterdiği gibi, benimsenen denetim tipine (cc) ve denetimin yapıldığı zamana (dd) göre de farklılaşır. Anayasa yargısı, meşruluğunu, devlet biçiminden de alabilir (ee).

aa. Tarihsel Olaylardan Kaynaklanan Meşruluk

Anayasa yargısının kabulünde, özellikle de Anayasa Mahkemesi şeklinde bir oluşumun bulunduğu merkezi tipte denetimin bulunduğu ülkelerde, önceki dönemde

yaşanan otoriter tecrübelerin izleri görülebilir. Gerçekten de çoğunlukla, otoriter rejimlerin çöküşünün ardından, anayasal düzenin bekçiliğini sağlaması için Anayasa Mahkemeleri oluşturulmuştur. Hukuki düzenlemelerin tamamen bozularak yorumlandığı Nazi tecrübesinin yaşandığı Almanya[360], bu durumun en güzel örneği olmakla birlikte, yalnız da değildir. Piero Calamandrei tarafından hazırlanan 1948 İtalyan Anayasası da aynı koşulların ürünüdür.

1978 İspanya Anayasası, 1976 Portekiz, 1975 Yunanistan Anayasaları yine diktatörlük dönemlerinden sonra kabul edilen ve anayasallık denetimini tüm mekanizmalarıyla kabul eden ülkelerdir.

Ayrıca Doğu blokunun çöküşünden sonra anayasacılıkta üçüncü dalga olarak adlandırılan post-komünist anayasalar da bu tür bir meşruluk temeline dayanmaktadırlar. Arnavutluk'ta 1992'de, Azerbaycan'da 1995'te, Belarus'ta 1996'da, Bosna-Hersek'te 1995'te, Bulgaristan'da 1991'de, Çek Cumhuriyetinde 1992'de, Ermenistan'da 1995'te, Estonya'da 1992'de, Gürcistan'da 1995'te, Hırvatistan'da 1990'da, Macaristan'da 1989'da, Letonya'da 1996'da, Litvanya'da 1992'de, Makedonya'da 1991'de, Moldovya'da 1994'te, Polonya'da 1997'de, Romanya'da 1991'de, Rusya'da 1993'te, Slovakya'da 1992'de, Slovenya'da 1991'de, Ukrayna'da 1996'da Anayasa Mahkemeleri kurulmuştur[361].

bb. Siyasal Rejimden Kaynaklanan Meşruluk

Ancak Fransa'da, anayasa yargısının gelişimine baktığımız zaman yukarıda andığımız türde bir otoriter geçmişe rastlamıyoruz. Bu ülkede Anayasa Konseyi, 1958 yılında kurulmuştur. Favoreu, bu durumu açıklamak için Fransa'nın siyasal rejimini örnek verir[362]. Bu anlayışa göre, özetle, Anayasa Mahkemeleri parlamenter rejimlerde

---

[360] Almanya'da Federal Anayasa Mahkemesini kuran Bonn Anayasasını (Temel Yasa) hazırlayan sürece, aşağıda Yorum Pratiklerinde "Almanya" başlığı altında değindik.

[361] Eski Doğu Bloku ülkelerinin yakın dönemde yaşadıkları anayasa yargısı deneyimine ilişkin karşılaştırmalı bir inceleme için bkz. **Xavier Boissy**, La séparation des pouvoirs: oeuvre jurisprudentielle (sur la construction de l'Etat de droit post-communiste), Bruylant, Bruxelles 2003.

[362] **Louis Favoreu**, "La légitimité du juge constitutionnel" in *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 46., n° 2, 1994, s. 559.

ve Duverger'nin ayrımına göre yarı-başkanlık rejimlerinde, istikrarlı parlamento çoğunluklarına karşı bir ağırlık noktası oluşturma gayesiyle kurulmuştur[363]. Fransa'da V. Cumhuriyet Anayasasından önce, III. ve IV. Cumhuriyet dönemlerinde, tek bir büyük parti yerine birçok küçük partinin koalisyonlarıyla hükümetlerin oluşturulması; istikrarlı parlamento çoğunluklarının görülmemesi, ayrıca bir karşı ağırlık noktasının yaratılması ihtiyacını da ortadan kaldırmıştır.

Ancak Anayasa Mahkemeleri bütün parlamenter rejimlerde karşı ağırlık noktası işlevi görmez. Bu duruma da İtalya örnek verilebilir. İtalya'daki rejim çok partili ve istikrarsız bir rejimdir. Ancak burada Anayasa Mahkemesi tamamlayıcı bir işlev görür. Kanunkoyucunun güçlü bir parlamento çoğunluğuna dayanmaması nedeniyle, önemli kararları alamamasından doğan boşluklar, Anayasa Mahkemesi tarafından doldurulabilmektedir[364].

cc. Yargıcın Rolünden Kaynaklanan Meşruluk

Yaygın denetimin benimsendiği ve anayasallık incelemesi için özel yetkili bir mahkemenin bulunmadığı sistemlerle, Kıta Avrupasında hakim olan Anayasa Mahkemesi tipi merkezi denetim arasında dayandıkları meşruluk anlayışı bakımından farklar bulunmaktadır.

Öncelikle Kıta Avrupasının common law sistemine sahip olmaması burada yaygın denetimin yerleşmesini büyük oranda zorlaştırmıştır[365]. Common law sisteminde her yargıç hukukun yaratıcısı olarak görüldüğü için yasaların anayasallığını denetlemede kendini yeterli saymıştır. Oysa Kıta Avrupasında hakim olan Roma-Germen hukuk anlayışında, yargıç çoğu zaman kendisini yürürlükteki kanunların basit

---

[363] Karşı ağırlık tezine dair ayrıntılı açıklama için bkz. **Mauro Cappelletti**, "Nécessité et légitimité de la justice constitutionnelle" in *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 33., n° 2, 1981, s. 627.

[364] Zagrebelsky'den aktaran **Favoreu**, "La légitimité du juge constitutionnel", a.g.m., s. 560.

[365] **Cappelletti**, "Nécessité et légitimité de la justice constitutionnelle", a.g.m., Vol. 33., n° 2, 1981, s. 627.

bir yorumcusu olarak görür ve yasanın denetimi yoluna gitmez[366]. O nedenle bu iş için özel yetkili bir mahkemenin kurulması daha uygun bulunmuştur.

Aslında şu söz Fransız yargıcı için söylenmiş olsa da, belki de tüm Kıta Avrupasına teşmil edilebilir: "*Amerikan yargıcından bir şekilde muhakeme yapması beklenir; ancak Fransa'da yasaların halihazırda muhakeme edilmiş olduğu varsayılır*"[367].

dd. Denetim Zamanına Göre Meşruluk

A priori denetim (önceden denetim), Fransa'da uygulanan tek denetim biçimi olması itibarıyla bu ülkenin ismiyle anılırken, anayasacılıkta üçüncü dalga ile post-komünist anayasalarda da kabul görmüştür.

Bir görüşe göre, *a priori* denetim, herhangibir yargılama olmaksızın anayasaya uygunluk incelemesi yapılması üzerine kurulu olduğundan, anayasallık denetimi için uygun bir yöntem değildir. Bu görüşe göre, *a priori* denetim teknik açıdan tatminkar bir yöntem değildir; zira yargıçların karar vermek için çok az zamanı vardır ve bir yasanın kusurları somut bir olay vesilesiyle uygulanmadan kolay bir biçimde anlaşılamaz. İkinci olarak, bu denetim tipinin, yasanın oylanması ile yayımlanması arasında gerçekleştiği için, parlamentonun üstünlüğü ilkesine aykırı olduğu da ileri sürülmüştür. Ancak bu görüşler, aşağıda anacağımız sebeplerle aşılmış durumdadır:

Öncelikle bu tür denetimde yargıçların karar vermeleri için az zamanlarının olması eleştirisine ilişkin olarak, bu tür denetimin sağladığı yararları düşünmek işlevsel olabilir. Gerçekten de önceden denetim, norm yürürlüğe girmeden yapılmakta ve bu

[366] Ancak bu durumun istisnaları da yok değildir. Bizim anayasal tarihimizde de, 1924 Anayasasının yürürlükte olduğu dönemde, İstanbul 4. Hukuk Mahkemesinin 1927 yılında, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 1931'de ve son olarak Akşehir Yargıcı Refik Gür'ün 1949'da vermiş olduğu kararlar, anayasaya aykırı yasaların uygulanamayacağı yönündedir. Bu kararlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Erdal Onar**, *Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Siyasal ve Yargısal Denetimi ve Yargısal Denetim Alanında Ülkemizde Öncüler*, Ankara 2003, ss. 166 vd.

[367] Jean-François Lyotard'dan aktaran **Mitchel S.-O.-l'E. Lasser**, "Judicial (Self-) Portraits: Judicial Discourse in the French Legal System" in *Yale Law Journal*, Vol. 104, April 1995, s. 1326.

surette, anayasaya aykırı olan bir normun, hukuk düzeninde bağlayıcılık kazanması önlenmektedir. Bu surette Anayasa Konseyinin kararlarının yürürlük problemi de ortadan kalkmakta; anayasaya aykırı normun uygulanmasından kaynaklanabilecek uyuşmazlıkların da önüne geçilmektedir. Ayrıca, kanımızca, önceden denetimin en önemli avantajlarından biri uluslararası andlaşmalar konusunda karşımıza çıkmaktadır. Gerçekten de, bir uluslararası andlaşmanın anayasa ile çelişmesi halinde, bu uyumsuzluk giderilmeden andlaşmanın imzalanması mümkün olmamakta ve sonradan çıkabilecek uyuşmazlıkların önüne bu şekilde geçilmektedir.

İkinci olarak, bu tür denetimde Anayasa Konseyinin, yasanın oylanması ile yayımlanması arasında faaliyet gösterdiğinden, parlamentonun üstünlüğü ilkesinine aykırı olduğu ileri sürülmektedir. Bu soruna ise şu şekilde cevap verilmektedir: Yasanın yapımı ile yürürlüğe girmesi arasına giren tek organ Anayasa Konseyi değildir. Zira Cumhurbaşkanı da sözkonusu sürece çoğu zaman bir veto yetkisiyle dahil olmaktadır[368].

Son olarak, önceden denetimde normun kusurlarının ancak uygulanmakla ortaya çıkabileceği eleştirisine ilişkin olarak, şu görüşler ileri sürülmüştür: Bir kere sadece önceden denetimde değil; soyut norm denetiminin kabul edildiği tüm usullerde, norm somut olaylardan bağımsız bir şekilde, siyasi makamların başvurusu üzerine ele alınır. Ayrıca önceden denetim sonucunda, var olan düzenleme iptal edilmez; bu denetim sonunda verilen aykırılık kararı, yetkili makamın bunu yürürlüğe koymaması gereğine işaret eder. İşte bu nedenle, önceden denetim, yasanın kabulüne ilişkin usuller zincirinde bir aşama olarak da sınıflandırılmaktadır[369].

ee. Devlet Biçiminden Kaynaklanan Meşruluk

Düşey erkler ayrılığını[370] kabul etmiş ülkeler, anayasallık denetimine, kabul ettikleri devlet biçimi açısından da gereksinim duyarlar. Zira, federal devletlerde federe

---

[368] **Favoreu**, "La légitimité du juge constitutionnel", a.g.m., s. 563.

[369] **Kaboğlu**, *Anayasa Yargısı (Avrupa Modeli ve Türkiye)*, İmge Kitabevi, 4. bası, Ankara 2007, s. 65.

[370] Düşey erkler ayrılığında merkez yanında çevrenin de ayrı bir normatif iktidarı elinde bulundurmasına göre devlet biçimleri sınıflandırılır. Buna göre bir ülkede tek bir norm üretim merkezi varsa üniter devletten, birden fazla normatif iktidar varsa düşe erkler ayrılığından ve

devletler ile federal devlet arasındaki, bölgeli devlette ise bölgeler ile merkez arasındaki yetki paylaşımları çoğu zaman uyuşmazlık konusu olabilmektedir. Bu uyuşmazlıklar özellikle münhasır yetki kurallarının öngörülmediği alanlarda ortaya çıkar. Aslında benzer bir durum Avrupa Birliği için de geçerlidir. Avrupa Topluluğu Adalet Divanının en temel özelliği Avrupa kamu düzenini korumak yanında, üye devletlerle birlik arasındaki yetki uyuşmazlıklarını da çözümlemektir. Özellikle de münhasır yetki kurallarının bulunmadığı ikincillik (*subsidiarité*)[371] ilkesinin kabul edildiği durumlarda.

ff. Anayasa Metninden ya da Kaynak Normlardan Doğan Meşruluk

Anayasa metinlerinin karışık, muğlak ya da belirsiz ifadeler içermesi, bazen de çok eski olması, anayasa yargısının da bu metinleri yorumlamak durumunda bulunması, anayasa yargısına bazı eleştirilerin yöneltilmesine sebep olmaktadır. Bu eleştirilerden en önemlisi, anayasa yargıcının, anayasa metnini yorum yoluyla baştan yaratmak suretiyle, hukuka aykırı olarak kurucu iktidar rolünü üstlendiğidir.

Oysa yorum teorilerine ilişkin olarak buraya kadar yaptığımız inceleme, bu görüşün, yorum kavramının yanlış anlaşılmasından kaynaklandığını göstermektedir. Bu görüş, doğru yorum yönteminin klasik yorum kanonundan ibaret olduğu anlayışına dayanmaktadır. Ancak incelememizin şu anki aşamasına kadar üzerinde durageldiğimiz husus, yorum kanonunun yorum sürecinin sadece bir aşaması olduğudur. Bu durum anayasal yorum sözkonusu olduğunda daha da belirgin özellik taşır. Zira artık burada

---

dolayısıyla bölgeli ya da federal devletten bahsedilir. Şayet çevrede yer alan iktidarlar aynı zamanda kurucu iktidar yetkisini elinde bulunduruyorsa federal devletten, kurulu iktidarların yetkilerine sahiplerse bölgeli devletten bahsedilir.

[371] Maastricht Andlaşması ile Birlik Hukukuna giren ve Türkçe'de "ikincillik" ya da "yerindenlik" olarak kullanılan subsidiarité ilkesi, Birlikçe amaçlanan faaliyetlerin üye devletler tarafından yeterli ölçüde ve etkili bir biçimde yerine getirilememesi halinde, Birliğin bu faaliyeti gerçekleştirmesine izin vermektedir. Bu ilkenin kullanılması şarta bağlı olduğu için, aslında devlet yetkilerini gözettiği de ifade edilmelidir. Bununla birlikte, sözkonusu alandaki yetki aşımının, demokrasi ile olan ilişkisi de ayrıca incelenmiştir, bkz. **Oder**, "Avrupa Birliği'nde Çokmerkezli Anayasacılığın Yapısal Sorunları : Yetki Çatışmaları ve İkincillik İlkesi Işığında Türkiye İçin Karşılaştırmalı Gözlemler", *Anayasa Yargısı*, sy. 22, 2005, ss. 168-215. Genel olarak ikincillik ilkesi hakkında bkz. **Philippe Brault - Guillaume Renaudineau - François Sicard,** "Le principe de subsidiarité", *Les études de la documentation française n° 5214*, Paris 2005.

karşımızda ortak ideolojinin ürünü olan bir metin vardır; bu metin temel hak ve özgürlükleri düzenlemektedir; bu metnin yorumlanmasında belli bir anayasa teorisi dikkate alınacaktır ve norm somutlaştırılarak her olayda ayrı ayrı üretilecektir. Başka bir deyişle, yorumcunun işi, demokratik, insan haklarını temel alan hukuk devleti anlayışı üzerine kurulu bir anayasa teorisine dayanmak ve hukuku bütünlük içinde uygulamaktır.

Aynı norm üzerine farklı yorumlar yapılabilir. Ancak kanımızca bunlar arasında en doğru yorum, yukarıda saydığımız ilkelere en uygun yorumdur.

b. İşlevsel Meşruluk

Anayasa yargısı büyük bir ihtiyaçtan ortaya çıkmıştır. Bu ihtiyaç her ülkede farklı şekilde kendisini göstermiş olabilir. Ancak anayasallık denetimini kabul eden tüm ülkelerde ortak olan, "sınırlı iktidar" anlayışıdır. Aslında anayasa yargısının, bu anlamda, sadece yurttaş lehine temel hak ve özgürlükleri koruyan bir organ olarak görülmesi mümkündür. Ancak anayasallık denetiminin işlevi bununla sınırlı değildir. Anayasa yargısı, aynı zamanda, devlet organının yetkilerini de gözetir; birbirlerinin yetki alanlarına girmelerini engeller, başka bir deyişle devlet organlarının hukuki yetkilendirme esaslarına uygun hareket edip etmediklerini denetler. Bu anlamda hukuk devletinin hem içeriksel hem de biçimsel anlamda en büyük güvencesidir[372].

Anayasa yargısı, bir yönüyle siyasal sisteme ait sorunların hukuki düzeyde çözümlenmesine de olanak tanır. Gerçekten de iktidar ile muhalefet arasında ciddi tartışmalara konu olan uyuşmazlıklar, Anayasa yargısında çözümlenmekte; bu surette siyasal hayatta barış sağlanabilmektedir[373]. Parlamenter çoğunluğun Anayasalarda gösterilen sınırlara bağlılığı sağlanmakta ve bu surette, bir ülkede belli bir zamanda üzerinde konsensüse varılmış olan temel ilkelerin, Anayasa yargısının oluru olmadan değiştirilmesinin de önüne geçilmektedir.

---

[372] Profesör Kaboğlu, Anayasa Mahkemesinin hukuk devletinin bu iki boyutuna ilişkin işlevlerini kurumsal alanda "hakemlik" ve insan hakları alanında "bekçilik" olarak adlandırmaktadır, bkz. **Kaboğlu**, *Anayasa Yargısı*, a.g.e., ss. 170 vd.

[373] **Favoreu**, "La légitimité du juge constitutionnel", a.g.m., s. 567.

Anayasa yargısı, aynı zamanda, siyasal münavebelerin ardından ideolojik olarak zıt partilerin, birbirlerinin yaptıkları düzenlemeleri ortadan kaldırmalarına da bir sınır getirmekte ve bu şekilde anayasal dengeleri ve hukuki güvenliği korumaktadır.

Ancak anayasa yargısının en önemli işlevi, insan haklarını siyasal toplumun ve hukukun merkezine yerleştirmesidir. Anayasallık denetimi sayesinde tüm yasalar, insan hakları ekseninden okunur; böylece bir yandan tüm devlet organlarının hukukla bağlanması sağlanır, diğer yandan da anayasanın toplumsallaşması sözkonusu olur.

c. Demokrasi ve Anayasa Mahkemesi

Anayasa yargısının özel olarak da anayasa mahkemelerinin demokrasi ile ilişkisi[374] meşruluk sorunu açısından özellikle tartışılmıştır. Anayasa Mahkemeleri, seçimle işbaşına gelen yasama organının işlemlerini iptal etme yetkisine sahip olduğu için, bu yargı organının "çoğunluk karşıtı" olduğuna dair görüşler ileri sürülmüştür. Ancak çoğunluk görüşüne göre, Anayasa Mahkemeleri demokrasinin koruyucusudurlar. Aslında burada sorun, demokrasinin tanımında bulunan egemenliğe verilen anlamda gizlidir. Eğer egemenlik halkın oylarıyla seçilen yasama organının iktidarının sınırsızlığı esasına dayanıyorsa, kuşkusuz bu tür bir anlayışta anayasa yargısına yer yoktur. Ancak şüphesiz 20. yüzyılın egemenlik anlayışı, bu tür çoğunluğun mutlak iktidarı üzerine kurulu yaklaşımlardan uzaktır. Hatta günümüzde anayasa yargısının hem demokrasiyi koruduğu; hem de demokrasiyi gerçekleştirmenin bir aracı olduğu söylenebilir.

aa. Demokrasinin Koruyucusu Olarak Anayasa Mahkemesi

Anayasa yargısı çoğulcu demokrasinin koruyucusudur. Bu durum, ilk olarak, parlamenter azınlığın kendisini ifade etmesine imkan vermesiyle kendini gösterir. Denetimin gördüğü bu işlev, günümüzde istikrarlı hükümetleri öngören aklileştirilmiş parlamentoculuk akımı kapsamında daha da büyük bir zorunluluk haline gelmiştir. Gerçekten de, artık, yasama organı yürütme organı karşısında ciddi bir güç kaybına

[374] Bu konuda yakın dönemde yapılmış bir inceleme olarak bkz. **Ozan Ergül**, *Yeni Kuramsalcı Yaklaşımla Türk Anayasa Mahkemesi ve Demokrasi*, Adalet Yay., Ankara 2007.

uğramıştır. İstikrarlı hükümetler kurmak adına anayasaların kendi bünyesinde[375], içtüzüklerde[376] ve seçim kanunlarında[377] çok önemli değişiklikler yapılmıştır. Bütün bunlar parlamenter azınlığın kendisini ifade etmesini ileri ölçüde zorlaştırmıştır. Bu anlamda, anayasallık denetimi, parlamenter azınlıklara da söz hakkı vererek, çoğulcu demokrasinin korunmasını sağlar.

Anayasa yargısının demokrasiyi koruduğunun ikinci göstergesi, aslında anayasallık denetimi yoluyla parlamentonun yetkilerini de gözetmesindedir. Gerçekten de bazı yasalarla yürütme organına, anayasaya aykırı olarak, yasama organının alanına giren konularda düzenleme yapma yetkisi verilmektedir. Anayasallık denetimi yoluyla bu yetki devirleri engellenmekte ve temsili organın yetkilerinin korunması sağlanmaktadır[378]. Başka bir deyişle, sözkonusu denetimle, yasama yetkileri, çoğunluğu elinde bulunduran hükümetlerin istediği gibi yönlendirebildikleri yasama organına karşı korunmaktadır.

---

[375] Aklileştirilmiş parlamentoculuk ya da rasyonelleştirilmiş parlamentoculuk, parlamenter sistemin işleyişini kolaylaştırmak ve yürütme organının rahat karar almasını sağlamak için Anayasada bu amaçla öngörülen düzenlemelerin bütünü olarak anlaşılır. Anayasamızda aklileştirilmiş parlamentoculuğu yansıtan pekçok hüküm vardır: Örneğin, güvenoyu almanın güvensizlik oyu ile düşürülmekten kolay olması (bkz. 1982 Any., md. 99, 110, 111); -normal olarak tarafları uzlaşmaya teşvik edeceği için- cumhurbaşkanının meclis seçimlerini yenileme yetkisinin kolaylaştırılması (bkz. 1982 Any. md. 116); karar alınması için düşük toplantı ve karar nisapları öngörülmesi (Any., md. 96) gibi.

[376] Yine hukuk sistemimizden örnek vermek gerekirse, İçtüzüğün 90. maddesi mutlaka anılmalıdır. İlgili hüküm Anayasa Mahkemesi tarafından üç defa iptal edilmiş ve her seferinde yasama organı tarafından tekrar düzenlenmiştir. Bkz. E. 2001/129, K. 2002/24, K.T.:31.01.2002; E. 2003/30, K. 2003/38, K.T.: 29.04.2003; E. 2005/74, K. 2005/73, K.T.: 26.10.2005.

[377] Bu anlamda aslında yasama organının temsili özelliği daha tartışılabilir hale gelmiştir. Özellikle % 10 barajı anılabilir. 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanunu, md. 33.

[378] Anayasa Mahkememizin de yasamanın düzenleme alanını koruduğu pekçok kararı vardır. Yasayla düzenlenmesi gereken konuları düzenleme yetkilerinin kanun hükmünde kararnamelere ve yönetmeliklere bırakılması durumu Anayasa Mahkemesinin sıkı denetime tabi tuttuğu konulardan biridir. Yasayla düzenlenmesi gereken konuların KHK ile düzenlenmesinin sakıncaları hakkında bkz. **Kaboğlu**, *Anayasa Yargısı*, a.g.e., s. 219 vd. ve özellikle s. 223.

Ancak, anayasa yargısının demokrasi ile olan ilişkisi, bu sayılanlarla sınırlı değildir. Anayasa ve anayasallık denetimi günümüzde artık demokrasinin tanımına yerleşmiştir.

bb. Demokrasiyi Gerçekleştirmenin Aracı Olarak Anayasa Mahkemesi

Günümüzde demokrasi tanımı klasik temsili demokrasi anlayışından ileri ölçüde ayrılmıştır. Hatta demokrasinin bugün artık anayasa ile tartıldığını söylemek mümkündür. İşte "anayasal demokrasi" kavramı da bu değişimi ifade eder. Artık Anayasa Konseyinin deyimiyle, "genel iradenin ifadesi olan yasa yanılmaz" ifadesi geçerli değildir; "sadece anayasaya uygun olan yasa, genel iradeyi ifade eder"[379]. Başka bir deyişle, "yasa yoluyla demokrasi" formülü, yerini, "anayasa yoluyla demokrasi" formülüne bırakmıştır[380].

Dolayısıyla demokrasiyi gerçekleştirmenin yolu, aynı zamanda anayasaya uygunluktan ve anayasada yer alan hak ve özgürlüklere saygıdan geçtiğinden, anayasa yargısı da demokrasilerin vazgeçilmez bir unsuru haline gelmiştir.

B. Geleneksel Yorum Kanonuna Bakış

Bu bölümde işlediğimiz yorum teorilerinin herbiri klasik yorum kanonuna farklı bir rol biçmiştir. Hermeneutik doktrinde bu kanon, yorum sürecinin yalnız bir aşamasını oluştururken, realist yorumda yorum sürecinin bütünü bu metotlardan geçmektedir. Dworkin'in yorumlayıcı hukuk teorisinde ise, hukuki ve anayasal bütünlük ilkesi gereğince, sistematik yorumun ayrı bir önemi vardır.

---

[379] CC., n° 1985-197, *Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie*, 23.08.1985, § 27.

[380] **Dominique Rousseau**, *Droit du contentieux constitutionnel*, Montchrestien, 2ème éd., Paris 1992, s. 371.

1. Metinsel (Gramatik) Yorum Metodu

Anayasal yorumun ilk kuralı, Anayasa metninde yer alan kelimelerin ne anlama geldiğinin araştırılmasıdır. Anayasada normlar farklı genişlikte ifade edilmiş olabilirler. Bazı normlar diğerlerine göre daha açık, bazıları ise daha muğlak kelimeleri içerecek şekilde oluşturulmuştur. İşte burada anayasal yorumun, kanunlarla düzenlenen diğer hukuk dallarındaki yorumdan farklı olan bir yönü ortaya çıkar: Anayasalar süreklilik iddiasıyla kaleme alınan metinler oldukları için, kural olarak daha genel ifadelerle yazılırlar. Buna karşılık, kanunlar, anayasanın uygulanışını gösterdikleri için, zorunlu olarak daha somut olmak durumundadırlar. Bu durum, kural olarak, daha alt düzeydeki düzenleyici işlemler için de geçerlidir. Başka bir deyişle, normlar hiyerarşisinde aşağıya doğru inildikçe normların somutluk derecesi artar. Ancak anayasa içindeki bütün normlar da aynı somutluk derecesine sahip değildir. Örneğin devlet organlarının yetkilerini ya da oluşumlarını gösteren normlar, çoğunlukla, temel hak ve özgürlüklere ilişkin düzenlemelerden daha somut hükümler içerirler.

Metinsel yorum metodunun işlevi, bir sözcüğün mevcut dildeki verili anlamlarının kaydedilmesi ve muhtemel anlam formlarının sınırlanması suretiyle o sözcük ya da sözcüğün yer aldığı cümlenin anlamının belirlenmesini sağlamaktır[381].

Yargıç, herhangibir davada önüne gelen uyuşmazlığa bağlı olarak, öncelikle bu sorunu çözecek hükmü bulmak zorundadır. Sorunun çözümü için birden fazla hüküm olabileceği gibi; bir hükümde yer alan bir kelimenin anlamını tespit etmek için, başka bir hükme bakmak da gerekebilir. Bazen, uygulanabilir hükümlerin birden çok olması halinde, bazılarının anayasaya aykırılık iddiasını destekler nitelikte olduğu; bazılarının ise karşı yönde olduğu görülür. Metinsel yorumun konusunu oluşturan "tam olarak uygun olan norm", anayasaya aykırılık iddiasının geçerli olabilmesi için gerekli olanları açıkça belirten birçok hükmü içerebilir. Kısaca metinsel yorum, çözülmesi gereken hukuki probleme uygun ve buna özel hüküm üzerinden yapılır.

[381] Grimmer'den aktaran **Sancar**, *Temel Hakların Yorumu*, a.g.e., s. 299.

Metinsel yorumda dil kullanımı özel bir önem taşımaktadır. Yorumcunun tespit etmesi gereken anlam hangi dildeki anlamdır? Bazı kelimelere verilen anlamlar hukuk dilinde, teknik uzmanlık alanlarının dilinde ya da günlük kullanım dilinde birbirinden farklı olabilir. Bu tür farklılıkların ortaya çıkması halinde hukuki anlama öncelik verilmelidir. Zira yorum sürecinin, metinsel, tarihsel, sistematik ya da amaçsal yönlerinin hepsinin kavranmasına ve açıklanmasına en elverişli olan, bir kelimenin hukuk dilindeki anlamıdır[382].

Ancak anayasa metinleri açısından ideal olan, kullanılan kelimelerin hukuki anlamları ile günlük dildeki kullanımlarının örtüşmesidir. Bunun da temel sebebi, anayasaların en primitif anlamıyla konsansüs metinleri olmasıdır. Anayasalar üzerindeki uzlaşma, ancak herkesin buradaki terimleri anlayabilmesi ile sağlanır. Bu anlamda anayasa metinleri oldukça açık bir şekilde ve kelimelerin günlük kullanım dilindeki anlamlarıyla yazılmalıdır.

Kelimelerin anlamı, içinde yer aldığı bağlama ve anayasanın sistematiğine göre değişir. Hermeneutik doktrinde temel hakların okunuş ve dolayısıyla yorumlanış biçimiyle, devlet iktidarına ait yetkileri gösteren hükümlerin yorumlanışı birbirinden farklıdır[383]. Realist yorum teorisinde normlar arasında bir konu ayrımı yapılmaz. Dworkin'in yorumlayıcı hukuk teorisinde ise, olay temelli yorum anlayışı savunulmakla beraber, normların belli bir siyaset felsefesi gereğince okunması gerektiği öngörülerek bu anlamda hermeneutik doktrine daha yakın bir yaklaşım benimsenmiştir.

Hermeneutik doktrin, realist yorum teorisi ve yorumlayıcı hukuk teorisine göre yorum aşamasından önce aranacak herhangibir anlam yoktur; en açık metinler bile mutlaka belli bir yorum sürecini gerektirir. Ancak, bunun nedeni teorilere göre farklılık gösterir:

---

[382] **Winfried Brugger**, "Concretization of law and statutory interpretation", *Tulane European and Civil Law Forum*, vol. 11, Winter 1996, s. 235.

[383] Sancar, bu nedenle, hermeneutik doktrinde metinsel yorumun, somutlaştırma yönteminin uygulandığı temel hak ve özgürlüklere alanında işlevsel bir yorum tekniği olmadığı görüşündedir, bkz. **Sancar**, *Temel Hakların Yorumu*, a.g.e., s. 300.

Realist yorum teorisinde, metnin anlamı açısından yorumcunun pozisyonunun önemine vurgu yapılır. (Otantik) yorumcu ne tür bir yorum metoduna itibar etmişse, bu yorum geçerli sayılır.

Hermeneutik doktrine göre, metnin yorumdan önce mevcut olduğu kabul edilmekle birlikte, normun bu aşamada henüz bulunmadığı ve her somut olay özelinde tekrar yaratıldığı ifade edilmektedir.

Yorumlayıcı hukuk teorisinde ise yasalarda yer alan terimlerin tek başına açıklanması mümkün değildir. Bunlar, hukukun genel prensipleri ışığında okunurlar ve ait oldukları daha büyük bir bütünlük içerisinde ve somut olaya uygun biçimde değerlendirilirler.

2. Tarihsel Yorum Metotları

"Tarihsel yorum metotları" kapsamında, bir yandan kurucu iktidarın iradesini ve metnin doğduğu andaki koşulları dikkate alan "genetik yorum metodu"nu; diğer yandan ise, ilgili anayasa hükmünün zaman içerisinde kazandığı anlamı araştıran "tarihsel yorum metodu"nu anlıyoruz[384].

a. Genetik Yorum

Genetik yorum, anayasa metninin hazırlanmasında kurucu iktidarın iradesini ve metnin hazırlandığı dönemdeki koşulları gözönünde bulunduran yorum metodudur. Dolayısıyla, Mahkemelerin anayasa hükümlerini yorumlamaları sırasında hazırlık çalışmalarına başvuru yapmaları durumunda aslında genetik yorum metodu kullanılmaktadır.

Genetik yorumda, yorumcu, temel malzeme olarak anayasa metninin dışındaki unsurları kullanır: yasama meclisinde yapılan konuşmalar, kurucu meclisteki görüşmelerin tutanakları, komisyon raporları, gerekçeler vb.

[384] Bkz. **Müller**, *Discours de la méthode juridique*, a.g.e., s. 259 et s.

Bu yorum metoduna, genellikle, anayasal metnin yorumlanması sırasında, benimsenen başka bir yorum metodunu desteklemek amacıyla ya da diğer yorum metotları ile soruna çözüm bulunamadığı hallerde başvurulur.

b. Tarihsel Yorum

Tarihsel yorum ise normun zaman içerisinde nasıl düzenlendiğini araştırır ve şu soruya cevap arar: "Bu norm daha önce nasıl düzenleniyordu?"[385]

Dolayısıyla tarihsel yorum yapan kişinin elindeki temel malzeme, aslında anayasa metinleridir. Ancak bu metinler halihazırda yürürlükte olmayan metinlerdir ve bu doğrultuda tarihsel yorumda yapılan faaliyet aslında bir hukuk (anayasa) tarihi araştırmasıdır.

3. Sistematik Yorum Metodu

Sistematik yorum metodu, bağlamsal yorum metodu olarak da adlandırılır. Bu metot kapsamında hükümler, kendileri ile ilgili olan diğer hükümlerle birlikte ait olduğu sistematiğe uygun olarak yorumlanır. Sistematik yorumun temel hedefi, hukuki normların bir bütünlük içerisinde ve tutarlı olarak anlamlandırılmasıdır. Bu anlamda sistematik yorum, hukuki kesinlik ilkesinin hayata geçirilmesine hizmet eder. Dolayısıyla aslında hukuki terim ve kavramların kullanıldıkları her yerde aynı anlama gelecek şekilde yorumlanmaları uygundur. Ancak kurucu iktidarın ya da kanunkoyucunun çoğu zaman buna imkan vermeyecek şekilde düzenlemeler yaptıkları; hatta bunun da ötesinde, aynı kelimeleri birbiriyle çatışacak şekilde kullandıkları da görülmektedir.

Sistematik yorum kapsamında normların ait olduğu bağlam açısından dar ya da geniş bir yaklaşım tarzı geliştirilmesi mümkündür. Bir yorumcu, belli bir anayasa hükmünü, yalnızca anayasanın sistematiği (hükmün anayasada yeraldığı bölüm, alt bölüm vs.) dikkate alarak yorumlayabileceği gibi, karşılaştırmalı hukukun verilerinden yararlanarak da anlamlandırabilir. Birinci halde, dar anlamda sistematik yorum; ikinci

[385] **Müller**, *Discours de la méthode juridique*, a.g.e., s. 259 et s. 265.

varsayımda ise, geniş anlamda sistematik yorum vardır. Gerçekten de özellikle temel hak ve özgürlüklere ilişkin hükümler, genel olarak bu alanda geçerli olan uluslararası standartlara uygun olarak yorumlanırlar. Demokrasi kavramı açısından da benzer bir durum sözkonusudur. Zira 1982 Anayasası kurucularının iddia ettiğinin aksine, demokrasi de belli bir anayasada gösterilen tanımdan ibaret değildir[386]. Bu anlamda karşılaştırmalı hukukun, sistematik yorum kapsamında bir alt kategori olarak geleneksel yorum kanonuna girdiği de belirtilmelidir[387].

Sistematik yorum ya da bağlamsal yorum denildiği zaman, anayasa hukuku özelinde akla gelen bir diğer husus yorum konusunu oluşturan hükmün içinde yer aldığı

[386] Anayasanın "Başlangıç" bölümünde şu ifadeler de bulunmaktadır: "*Millet iradesinin mutlak üstünlüğü, egemenliğin kayıtsız şartsız Türk Milletine ait olduğu ve bunu millet adına kullanmaya yetkili kılınan hiçbir kişi ve kuruluşun,* ***bu Anayasada gösterilen hürriyetçi demokrasi ve bunun icaplarıyla belirlenmiş hukuk düzeni*** *dışına çıkamayacağı (...) FİKİR, İNANÇ VE KARARIYLA anlaşılmak, sözüne ve ruhuna bu yönde saygı ve mutlak sadakatle yorumlanıp uygulanmak üzere*". Bu doğrultuda, Türkiye, İnsan Hakları Avrupa Komisyonunun yargı yetkisinin tanınması sürecinde bir çekincede de bulunmuş ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde geçen "demokratik toplum" kavramının 1982 Anayasasındaki ilkelere özellikle de Başlangıç ve 13. madde gereklerine uygun yorumlanmasını talep etmiştir. Ancak bu çekince, amacı demokrasi ve insan hakları alanlarında ortak bir hukuk düzeni kurmak olan Avrupa Konseyi tarafından reddedilmiştir. Bu konuda Türkiye'nin koymuş olduğu çekincenin hukuki değeri için bkz. **Necmi Yüzbaşıoğlu**, *Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku*, İÜHF Yay, no: 703, İ.Ü. Basımevi ve Film Merkezi, İstanbul 1993, ss. 298-301.

[387] Karşılaştrmalı hukukun anayasal yorumda kullanılması konusunda bkz. **Marie-Claire Ponthoreau**, "Le recours à l'argument du droit comparé par le juge constitutionnel. Quelques problèmes théoriques et techniques", in (*Actes du Colloque*) *L'interprétation constitutionnelle* (dir. Ferdinand Mélin-Soucramanien), Dalloz, Paris 2005, ss. 167-184; **Jack Tsen-Ta Lee**, "Interpreting bills of rights: The value of a comparative approach", *I·CON*, Vol. 5, n° 1, 2007, ss. 122-152; **Vicki C. Jackson**, "Constitutional comparisons: convergence, resistance, engagement", *Harvard Law Review*, Vol. 119, 2005, ss. 109-128; **Diane Marie Amann**, "Raise the flag and let it talk: On the use of external norms in constitutional decision making", *I·CON*, Vol. 2, n° 4, 2004, ss. 597-610; **Saby Ghoshray**, "To understand foreign court citation: dissecting originalism, dynamism, romanticism, and consequentialism", *Albany Law Review*, Vol. 69, 2006, ss. 709-743; **Gary Jeffrey Jacobsohn**, "The permeability of constitutional borders", *Texas Law Review*, Vol. 82, n° 7, 2004, ss. 1763-1818; **Otto Pfersmann**, "Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit", *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 53, n° 2, 2001, ss. 275-288; **Jens C. Dammann**, "The role of comparative law in statutory and constitutional interpretation", *St. Thomas Law Review*, Vol. 14, 2002, ss. 513-559; **Cherly Saunders**, "The use ans misuse of comparative constitutional law", *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Vol. 13, n° 1, 2006, ss. 37-76; **Lisa Sofio**, "Recent developments in the debate concerning the use of foreign law in constitutional interpretation", *Hastings International and Comparative Law Review*, Vol. 30, 2006, ss. 131-150.

kurumsal ve işlevsel bağlamdır[388]. Bu işlevsel bağlamın belirlenmesi de büyük oranda amaçsal yoruma bağlıdır.

4. Amaçsal (Teleolojik) Yorum Metodu

Amaçsal yorum metodunda, genel bir normun, somut bir olay bağlamındaki anlam ve işlevini belirleyebilmek için o normun amaç ve hedefinin araştırılması sözkonusudur[389]. Amacın belirlenmesi işlemi, iki aşamada gerçekleştirilir: bunlardan ilki, somut olayda uygulanabilir olan normun amacının araştırılması; ikincisi ise, normun içinde bulunduğu daha büyük bağlamın, başka bir deyişle tüm metnin amacının belirlenmesidir.

Ayrıca, ikinci aşamada tüm anayasa metninin amacının anlaşılmasından bahsedildiğinde, belli bir anayasacılık anlayışından hareket etmek gereklidir. Ancak bu soyut amaç, norm üzerinden okunabilir ve somut olaya ilişkin çözüm getirebilir nitelikte olmalıdır. Aksi düşünce hukuki güvenlik ilkesi ile bağdaşmaz. Amaçsal yorum metodu, yorum sürecinde bağımsız bir unsur değildir. Başka bir deyişle, bir normun anlamı, tek başına amaçsal yorumdan yola çıkılarak değil; diğer yorum metotlarıyla desteklenerek bulunur[390].

Bütün hukuk kurallarının mutlaka bir amacı vardır. Bu amaç, sosyal bir kurum olan hukukun yerine getirmesi gereken, ahlaki, sosyal ve ekonomik gereklilikler ile ortaya çıkar. Genel olarak hukukun, özel olarak da hukuki düzenlemelerin bir amacı olduğu düşünüldüğünde, yorumun da hukukun amacını gerçekleştirmeye yönelik bir araç olduğu ortaya çıkar[391]. Hukukun amacı, hukuk devleti, erkler ayrılığı gibi demokratik kavramlar yanında, en önemli sosyal fonksiyonu olan hak ve özgürlüklerin gerçekleştirilmesidir. Burada tespit edilmesi gereken amaç, kurucu iktidarın sübjektif

---

[388] **Brugger**, "Concretization of law and statutory interpretation", a.g.m., s. 238.

[389] **Sancar**, *Temel Hakların Yorumu*, a.g.e., s. 306.

[390] **Müller**, *Discours de la méthode juridique*, a.g.e., s. 269.

[391] **Aharon Barak**, "Hermeneutics and constitutional interpretation", *Cardozo Law Review*, Vol. 14, 1993, s. 769.

niyeti değil; objektif amacıdır. Normun amacı psikolojik bir kavram değil; normatif bir kavramdır. Dolayısıyla amaçsal yorum ile norm metni bünyesinde "keşfedilen" ya da "bulunan" bir unsur değil; metnin dışında yapılan hukuki bir soyutlama anlaşılır[392].

C. Değerlendirme

Buraya kadar görmüş olduğumuz yorum teorilerinden herbiri aslında, daha çok hukuki güvenlik, daha çok demokrasi ve daha çok hak ve özgürlüklere saygı anlayışını yansıtmaktadır. Ancak bu amaçlara yönelirken izledikleri yol birbirinden farklıdır.

Hukuki güvenlik ilkesini sağlamaya en elverişli teori, Dworkin'in yorumlayıcı hukuk teorisidir. Bu teoride, "hukuki bütünlük" kavramı ile anlatılan, daha önce verilmiş kararlara tam bir uygunluk değildir. Burada izlenmesi gereken, *tutarlı bir hak ve adalet anlayışıdır*. Aslında Dworkin'in teorisini açıklarken kullandığı "tek doğru cevap" tezi, ilk bakışta haklı olarak birçok pozitivistin tepkisini çekebilecek niteliktedir. Zira farklı okumalara göre, kararların sonuçları da değişebilmektedir. Ancak Düşünür'ün bu teoriyi "hukuki istikrar" ilkesini en iyi biçimde hayata geçirebilmek için kullandığını görüyoruz. Bu anlamda en doğru cevap, hem anayasal demokrasi ilkeleriyle en çok bağdaşan, hem de adalet alanında mevcut kazanımlarla en çok bütünlük arz eden yorumdur ve nesnel temelden yoksun sayılamaz.

[392] **Barak**, "Hermeneutics and constitutional interpretation", a.g.m., s. 769 vd.

Temel hak ve özgürlükleri güvencelemeye en elverişli teori, hermeneutik doktrin olarak görülmektedir. Zira, bu teori kapsamında oluşturulan "somutlaştırma" metodu, bir hak ve özgürlüğün sınırlandırılması halinde dahi sözkonusu hak ya da özgürlük için optimum bir yaşam alanı tanır. Somutlaştırma metodunun hak ve özgürlükler için bir güvence oluşturmasının birkaç sebebi vardır:

Bunların başında sözkonusu metodun yorumu, aşamalı, şekli bir süreç olarak ele alması gelmektedir. Önce olayla ilgili norm metinleri seçilecek, ardından norm metinleri klasik yorum metotları gözönünde bulundurularak değerlendirilecek, daha sonra anayasal normun koruma alanı belirlenecek ve somut olay için bu üç aşama sonunda elde edilen verilerle tikel norm oluşturulacak.

İkinci olarak, somutlaştırma metodu, *somut olaylarda* hak ve özgürlüklerin korunması anlamında güvenceli bir alan sağlar. Örneğin ifade özgürlüğüne ilişkin bir anayasal uyuşmazlıkta, düşünce açıklaması, kural olarak ifade özgürlüğünün koruduğu norm alanının içerisindedir. Zor olan husus, sözkonusu ifadelerin ifade özgürlüğünün norm alanı dışında kaldığını kanıtlayabilmektir. Bunun için ise demokratik bir toplumda çok güçlü gerekçeler bulmak gerekir. Dolayısıyla, "özgürlük kural, sınırlama istisnadır" sözünü hayata geçirmeye en elverişli metot, kanımızca somutlaştırma metodudur.

Realist yorum teorisi ise, yorum sürecinde yorumcunun belirleyici rolünü çarpıcı bir biçimde ortaya koyarak, anayasal yorum yapacak makamların seçiminde gösterilmesi gereken özeni hatırlatır. Bu anlamda bağımsız bir yargının mevcudiyeti ilk iki teorinin hayata geçirilebilmesinin de ön şartını oluşturur.

Gerçekten de Troper, yorum konusuna, yorum sürecinin en büyük aktörünün cephesinden yaklaşmıştır. Anayasal yorum yapan ve yaptıkları yorumlar bağlayıcı olan makamlar, anayasal sistemin içeriğini de belirlemektedirler. Yaptığı anayasal yorum bağlayıcı olan tek makam Anayasa Mahkemesi değildir. Cumhurbaşkanı da Anayasanın kendisine verdiği bazı yetkileri kullanırken Anayasanın nihai yorumcusu olabilmektedir. Burada ise sorun, bütün yorumcuların anayasacılık kavramına uygun biçimde yorum yapmalarını sağlamanın güçlüğüdür. Zira burada yorumcunun hukuk metinlerini uygulamak yanında, "iktidarın halk yararına sınırlandırılmış olduğu" bir

anayasa kültürüne de aşina olması gerekir. Kanımızca ülkemizde yoruma ilişkin uygulama problemleri, daha çok bu noktada yoğunlaşmaktadır.

İKİNCİ BÖLÜM: YORUM PRATİKLERİ

Önceki bölümde yorum teorisini ve özel olarak da anayasal yorum yaklaşımlarını, üç farklı ülkede gelişmiş olan şekliyle ele almaya çalıştık. Bu bölümde ise, teorinin ne ölçüde uygulamaya geçtiğini Almanya ve Türkiye örneklerinden yola çıkarak incelemeye çalışacağız. Almanya'nın anayasal kültürüne ve özel olarak da anayasal yorum biçimlerine "hak ve ödevlerin dengelenmesi", "uluslararasılaşma" ve "anayasal yurttaşlık" fikri damgasını vurmuştur. Türkiye'de anayasal yorum ise, Cumhuriyetin niteliklerinin korunması anlayışı üzerinde biçimlenmiştir. Bu anlamda Türk Anayasa Mahkemesinin, anayasa yargısının birincil işlevine daha yakın durduğunu söylemek mümkündür, o da devlet erkleri arasında "hakemlik" işlevidir.

I. ALMANYA : HAK VE ÖDEV DENGESİ

Almanya'nın 1949'da kabul edilen anayasal belgesi, Temel Yasa olarak adlandırılır[393]. Anayasanın resmi kabulü aşamasında "Temel Yasa" kullanımın tercih edilmesinin, Anayasanın felsefesi ve bu doğrultuda içeriğinde bütünsel olarak kendisini gösteren tarihi ve sosyolojik nedenleri vardır. Bunun en önemli nedeni, Almanya'nın 1990'da yeniden birleşmeye kadar sürecek olan bölünmüş statüsüdür. Bu nedenle, tam bir kuruluşu gösteren "anayasa"(verfassung) kavramı yerine "temel yasa" deyimi tercih edilmiştir[394]. Almanya'daki geleneksel anlaşılış şekline göre, anayasa kavramı, bir "ulus-devletin sürekli organizasyon şeması"nı göstermek için kullanılır[395]. Oysa ki, "temel yasa", geçici bir süre için, devletin tamamının değil, "önemli bir bölümünün yönetimini" göstermek amacıyla kabul edilmiştir[396]. Birleşmeden sonra kabul edilen anayasa metni, 1949 metninin tekrarı niteliğindedir. Bu durum, hem 1949 Temel Yasasının, getirdiği barış ve refah ortamıyla toplumda meşruluk kazanmış bir metin olduğunu, hem de Alman medeni kültürü ve Alman hukuk topluluğu bünyesinde kök saldığını göstermektedir[397]. 1990'daki birleşme "Temel Yasa" altında gerçekleştirilir.

A. Anayasanın Kabulü ve Temel Özellikleri

---

[393] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* (The Basic Law of the Federal Republic of Germany).

[394] Bu doğrultuda bkz. **Oder**, *Avrupa Birliği'nde Anayasa ve Anayasacılık*, a.g.e., ss. 106-107: "*Bonn'da toplanan 'Kurucu Meclis', 'temel yasa' sözcüğünü kapalı, belirsiz, geçici ve önemi daha az olan bir kavrama karşılık gelecek biçimde kullanmıştı. Sözcüğün seçiminde savaş sonrası anayasa yapıcılığına bağlı etkenlerin rol oynadığı söylenebilir. Sözkonusu etkilerden ilki, anayasa yapım sürecinde müttefik güçlerin varlığına ilişkindir. Kurucu Meclis'in toplandığı tarihte, müttefik güçlerin Alman ülkesi üzerindeki yetkileri, bir Alman Devletinin varlığına engel sayılıyordu. 'Ana kuruluş' anlamındaki anayasayı, içte ve dışta egemen bir devletin belgesi sayan yerleşik anlayış, Kurucu Meclis'in hazırladığı belgeye, yukarıda sayılan nedenlerle, 'temel yasa' denmesine yol açmıştır. Öte yandan, Kurucu Meclis hem Batı, hem de Doğu Almanya'yı kapsayan bir anayasal düzen yaratamamış, ancak gelecekte bir gün bu düzenin yaratılacağı idealinden de vazgeçmemişti*".

[395] **Donald S. Kommers**, "Germany : Balancing Rights and Duties" in *Interpreting Constitutions*, ed. Jeffrey Goldsworthy, Oxford University Press, 2006, s. 161.

[396] **Kommers**, "Germany : Balancing Rights and Duties", a.g.m., s. 161.

[397] **Kommers**, "Germany : Balancing Rights and Duties", a.g.m., s. 161.

Federal Almanya Temel Yasası, Soğuk Savaş döneminin ürünüdür. 1948 yılının ortalarında, Sovyetler Birliğinin Postdam Anlaşmasının Almanya'nın ekonomik ve siyasi birleşmesine ilişkin hükümlerini yerine getirmeyi reddetmesine karşılık olarak, Müttefik Güçler (Fransa, Büyük Britanya ve Amerika Birleşik Devletleri) kendi işgal ettikleri bölgelerden ayrı bir devlet kurma konusunda anlaştılar. Böylece Batı Almanyalılara, yeni bir anayasal metin altında, siyasal açıdan örgütlenme imkanı tanımış oldular. 1946 yılının başlarında, bölgesel yönetimler (*Länder*) üç bölge üzerinde kuruldu.

1. Anayasanın Yapılması

Länder'lerin hepsinin serbest seçimlerle gelen parlamenter hükümetleri vardı; hepsi demokrasiye bağlıydı ve hepsine askeri valilerin onayını almış olan başbakanlar başkanlık ediyordu. Bu başbakanlar, *Land*'lerin yasama organıyla işbirliği yaparak, yeni anayasanın oluşturulması için esas çalışmayı ortaya koydular. 1 Eylül 1948'de Valiler, bir kurucu meclis toplamak için izin verdiler.

a. Kurucu Meclis

Müttefik Güçler, Almanlara, federal bir hükümet şekli kurulması, federe devletlerin haklarının korunması, merkezi otoritenin bireysel hak ve özgürlükleri koruma imkanına sahip kılınması doğrultusunda talimat verdiler. Almanlar bu geniş standartlar kapsamında, anayasayı kendi tercihleri doğrultusunda düzenleme serbestisine sahiptiler. Ancak bu düzenlemeler, Müttefik Güçlerin onayına tabiydi. Başbakanlar, kurucu meclisin incelemesine sunulmak üzere bir anayasa taslağı[398] oluşturacak olan 25 kişilik bir komite[399] oluşturdular. Bu komite, 11 *Länder*'den herbiri için bir delegeden ve anayasa uzmanları ile hükümetlerinin yüksek bakanlık

[398] Anayasa yapımı için Land'lerin anayasa taslağı hazırlaması şeklindeki uygulama, Almanya için yeni değildi. Land hükümetleri geleneksel olarak kurucu meclise sunulacak anayasa taslaklarını hazırlama konusunda yetkili kılınmıştı. 1871 İmparatorluk Anayasası ve 1919 Anayasası bu şekilde hazırlanmış anayasalardır, bkz. K. Pinson, Modern Germany'den aktaran **Kommers**, "Germany : Balancing Rights and Duties", a.g.m., s. 163, note 6.

[399] Bu komite, Bavyera Başbakanı Hans Ehard'ın daveti üzerine, Herrenchiemsee Gölündeki bir adada toplandığı için "Herrenchiemsee Konvansiyonu" ismiyle de bilinir.

memurlarından oluşan 14 danışmandan meydana geliyordu. Bu komite iki hafta içinde, gün boyu süren çalışmalarını tamamlayarak; içinde haklar kataloğunun, iki meclisli ulusal yasama organının, güçlü bir şansöliyenin, temsili bir cumhurbaşkanının, bir Anayasa Mahkemesini de içeren bağımsız bir yargı organının ve bağımsız *Land* hükümetlerinden[400] oluşan bir federasyonun yer aldığı bir anayasa taslağı oluşturdu[401].

Komitenin taslağı hazırlamasından sonra, Parlamento Konseyi (*Parlamentarischer Rat*), kurucu meclis olarak, 1 Eylül 1948'de Bonn'da toplandı. Her devletin (federe) delegasyonu, kendi yasama meclisinden seçilmişti[402]. Konsey, 65 delegeden oluşuyordu. Delegeler, kolektif olarak, Batı Almanya'nın siyasal elitini temsil ediyorlardı[403]. Hemen hemen hepsi daha önce politika ile uğraşmıştı. Kırk delege daha önce Weimar Cumhuriyetinde aktif siyaset yapmış, on sekizi bölgesel danışma konseylerinde bulunmuş, on üçü de *Land* anayasal meclislerinde bulunmuştu. Elli iki tanesi kendi parlamentolarının üyesi olup, aralarından birçoğu *Land* kabinelerinde yüksek bakanlık görevlerinde bulunuyordu. Bütün delegeler, İşgal Güçlerince onay verilmiş siyasal partilere[404] üyeydiler. Sosyal Demokrat ve Hıristiyan Demokrat Partiler Konseyde yirmi yedişer üye ile temsil ediliyorladı. Bunun dışında, beş delege Özgür Demokrat Partiden, ikişer delege de Merkez, Alman ve Komünist Partilerden bulunuyordu.

---

[400] Land hükümetleri, federal yasaları uygulamaya geçirmek, merkezi hükümetle beraber vergi gelirlerini toplamak yanında eğitim, emniyet ve yerel hükümet alanlarında geniş yetkilerle donatılmışlardır.

[401] **Kommers**, "Germany : Balancing Rights and Duties", a.g.m., s. 163.

[402] Amerika Birleşik Devletleri uygulamasında göreceğimiz gibi, 1787 Philadelphia Konvansiyonu da aynı şekilde oluşuyordu. Ancak, ABD Anayasasından farklı olarak Temel Yasa (federe) devletlerin yasama meclislerince de onaylandı.

[403] **Kommers**, "Germany : Balancing Rights and Duties", a.g.m., s. 163.

[404] Bu "onay verilmiş partiler", Sosyal Demokrat Parti (SPD), Hırisitiyan Demokrat Birlik Partisi (CDU) ve bunların Bavyera'lı üyeleri, Hıristiyan Sosyal Birlik Partisi (CSU), Özgür Demokrat Parti (FDP), Merkez Partisi (Z), Alman Partisi (DP) ve Almanya Komünist Partisidir (KPD). Weimar Cumhuriyeti sırasında önemli bir siyasi aktör olan Merkez Partisi ya da Katolik Parti, Federal Cumhuriyetin ilk yıllarında dağılmış; üyelerinin büyük bölümü de CDU ya da CSU'ya katılmıştır.

Konsey üyeleri, çoğunlukla orta yaş ve üzerinde, Nazi döneminde görevlerinden alınan, hapishanelere kapatılan ya da sürgün edilen kimselerden (61 erkek, 4 kadın), oluşuyordu. Konseyin büyük çoğunluğunu, hukukçu ve yüksek sivil memurlar ile öğretmenler, gazeteciler ve sendika liderleri oluşturuyordu. Konseyin çalışmaları, yaklaşık on ay sürdü. Bunun nedeni, bir yandan, Almanlar'la Müttefik Güçler arasındaki anlaşmazlıklar, diğer yandan da siyasal partilerin birbirleriyle olan anlaşmazlıkları idi. Anlaşmazlık konularından en önemlisi, merkezi hükümet ile *Land* hükümetleri arasındaki yetki paylaşımı meselesi idi. Anayasa taslağının Konsey'de kabulü, Konsey üyelerinin nitelikli çoğunluğunun bunu onaylamasına bağlı idi. Konsey, bu taslağı ancak 8 Mayıs 1949'da onaylayabilecektir. 22 Mayıs'ta ise, Bavyera dışındaki tüm *Lander*'ler anayasayı onaylayacaktır. Kısa bir süre sonra Bavyera'da anayasayı onaylar. Temel Yasayı (TY) halkoyuna sunmama yönündeki karar kasıtlıdır. Kurucular, Weimar deneyimini de gözönünde bulundurarak her türlü halkoylamasına büyük bir kuşkuyla yaklaşıyorlardı. İşte TY'da bu güvensizliğin yansımaları görülür[405]. Kurucular ayrıca, Anayasanın meşruluğunun, halkoyuna sunulmasından çok, metnin objektif içeriğine ve Alman halkının ruhuna uygun olup olmamasına bağlı olduğunu düşünüyorlardı[406].

Başlangıç ve 146 maddeden oluşan TY, 23 Mayıs 1949'da yürürlüğe girdi. TY ayrıca, Weimar Anayasasının kilise-devlet ilişkilerini düzenleyen hükmünü de içermekte idi. 60'dan fazla madde doğrudan ya da dolaylı olarak *Bund* ve *Länder* ilişkilerini çok uzun ve ayrıntılı bir biçimde düzenliyordu[407]. Anayasa 1949'dan sonra pekçok değişikliğe uğradı ve herbiri orijinal anayasa metnini değiştiren 39 yeni madde getirildi.

---

[405] Bu doğrultuda bkz. TY., md. 20/2: "*Bütün Devlet erkleri halktan kaynaklanır. Halk bu erkleri, seçimler, oylamalar ve yasama yürütme ve yargı erklerine sahip özel organlar vasıtasıyla kullanır*".

[406] **Kommers**, "Germany : Balancing Rights and Duties", a.g.m., s. 164.

[407] Aslında, federe devlet ve federal devlet arasındaki ilişkilerin bu kadar uzun olarak düzenlenmesinin sebebi, Müttefik Güçlerin, *Länder*'lere vergi politikası ve kamu idaresi konusunda anayasal yetki tanınması yolundaki ısrarlarıydı, bkz. **Kommers**, "Germany : Balancing Rights and Duties", a.g.m., s. 165.

Bonn Anayasası olarak da bilinen TY'nin, her ne kadar İşgal Güçlerinin etkisini taşısa da aslında Almanya'nın ürünü olduğu belirtilir[408]. Bu iddianın haklı nedenleri vardır: Öncelikle, TY, büyük oranda 1849, 1871 ve 1919 ulusal anayasalarının ve savaş sonrası *Land* Anayasalarının[409] benimsemiş olduğu yapı ve geleneklere büyük oranda bağlı kalmıştır. En temel esin kaynağı ise 1919 Weimar Anayasasıdır[410]. Gerçekten de bu Anayasanın kurum ve uygulamaları, Bonn Anayasası için model oluşturmuş ve Hitler'in iktidara gelmesini kolaylaştıran eksiklikler giderilerek TY yürürlüğe konulmuştur. Bu nedenle TY, büyük bir "siyasal restorasyon"[411] faaliyeti olarak da adlandırılır. Ama TY yeni bir çığır da açmıştır: siyasal iktidarın kullanımına özsel sınırlandırmalar getirerek ve çoğunlukçu siyasal kurumları denetleyerek *popüler demokrasisinin* yerine *anayasal demokrasiyi*[412] koymak suretiyle[413].

b. Almanya'nın Birleşmesi (Deutsche Wiedervereinigung)

Almanya'nın bölünmüş ve işgal altında olması olgusu karşısında, kurucu iktidarın kaynağı konusunun incelenmesi önem kazanmaktadır. Konseyin ilk toplantılarında en çok tartışılan konu "Başlangıç" meselesi idi. Müzakereler sonunda Başlangıç metni şu şekilde oluşturulmuştur:

"*Tanrı*[414] *ve insan önünde sorumluluğunun bilincinde olan,*

---

[408] **Kommers**, "Germany : Balancing Rights and Duties", a.g.m., s. 165.

[409] Yukarıda "Hermeneutik Doktrin" başlığı altında, anayasacılıkta "hukuk devleti" kavramının ilk defa olarak *Land* Anayasalarında kullanıldığını belirtmiş idik.

[410] *Die Verfassung des Deutschen Reiches* (Alman Devleti Anayasası) ya da *Weimarer Verfassung* (Weimar Anayasası)

[411] **Kommers**, "Germany : Balancing Rights and Duties", a.g.m., s. 165.

[412] Anayasal demokrasi kavramını ve bu kavramın ortaya çıktığı koşulları ve hukuk devleti ile olan ilişkisini yukarıda açıklamıştık, bkz. "Hermeneutik Doktrin" başlığı.

[413] **Kommers**, "Germany : Balancing Rights and Duties", a.g.m., s. 165.

[414] TY'de "Tanrı"ya yapılan bu referans birleşmeden sonra da değişmemiştir. İlk kabul edildiği zaman TY'de böyle bu atfın bulunmasının sebebi, Nazi geçmişi olan bir halkın, bu dönemden sonra dini değerlere dönüşü ile açıklanmıştır. Ancak 1990'daki birleşmeden sonra, hala TY'de bu referansın korunması, özellikle Hıristiyan Demokratlar arasında, halkın istediğinden de, hatta Anayasanın öngördüğü pozitif hukuktan da üstün bir yasanın

(...) Birleşmiş Avrupa içinde eşit haklara sahip üye olarak, dünya barışına hizmet etme iradesiyle hareket eden (...) Lander'deki Alman halkı,

Siyasal yaşama yeni bir düzen verme arzusuyla, bir geçiş dönemi için kendi kurucu iktidarını gereğince Almanya Federal Cumhuriyetinin bu Temel Yasasını kabul etmiştir.

(Kurucu) Alman halkı, katılımı engellenen Almanlar adına da hareket etmiştir"[415].

Kurucular, on bir orijinal *Länder*'i, "Alman halkı" adı altında toplayarak, Bavyera'nın kurucu iktidarı ayrı federal devletlerin birleşmiş antiteleri olarak konumlandırma önerisini reddetmişlerdir[416].

TY'nin Başlangıcında ortaya konulan Almanya'nın yeniden birleşmesine kadar sürecek olan geçici siyasal düzen, 146. maddede somutlaştırılır ve "*bütün Almanların özgürce yeni bir anayasa kabul ettikleri gün, TY'nin yürürlükten kalkacağı*"[417] belirtilir. Bir başka geçiş hükmü de TY'nin 23. maddesinde öngörülmüştür: "*TY, Almanya'nın*

---

mevcudiyetine duyulan inançla açıklanır, Sosyal Demokrat Parti ve Özgür Demokrat Parti ise, insan onuru ve özgürlüğün Tanrısal referans olmadan da gerçekleştirilebileceğini savunurlar ve bu noktada Herrenchiemsee Taslağının bu atfı içermediğini belirtirler, bkz. **Kommers**, "Germany : Balancing Rights and Duties", a.g.m., s. 167.

[415] Authorized Anglo-American Text of Basic Law, Preamble: "*Conscious of its responsibility before God and mankind, filled with the resolve to preserve its national and political unity and to serve world peace as an equal partner in a united Europe, the Germen people*

in the Laender Baden, Bavaria, Bremen, Hooburg, Hesse, Lower Saxony, North Rhine-Westphalia, Rhineland-Palatinate, Schleswig- Holstein. WuertteMbeog-Baden and Wuerttemberg-Hohenzollern has, by virtue of its constituent power, enacted this Basic Law of the Federal Republic of Germanv to give a new order to political life for a transitional period.

It acted also on behalf of those Germans to whom participation was denied.

The entire German people is called upon to accomplish, by free self-determination the unity and freedom of Germany", bkz. *Information Bulletin*, no: 163, June 1949, s. 29.

[416] **Kommers**, "Germany : Balancing Rights and Duties", a.g.m., s. 166.

[417] Authorized Anglo-American Text of Basic Law, art. 146 : "*This Basic Law shall become invalid on the day when a constitution adopted in a free decision by the German people comes into force*", bkz. Information Bulletin, no: 163, June 1949, s. 33.

diğer topraklarının (bölümlerinin) katılımı halinde, onlar için de geçerli olacaktır"[418]. Bu doğrultuda, 1959'da Saarland, Federal Cumhuriyete katıldığında, toprakları derhal TY'nın düzenine tabi oldu.

Demokratik Alman Cumhuriyetinin 1974 tarihli Anayasasında bölünmüş Almanya'nın birleşmesine dair en ufak bir hüküm yoktu[419]. TY'de ise, Başlangıç, 146. madde ve 23. madde birlikte düşünüldüğünde şu sorun ortaya çıkmıştır: Demokratik Alman Cumhuriyetinin, Federal Alman Cumhuriyetine katılımı, 23. maddede öngörülen usule göre sağlanabilir mi? Yoksa Başlangıç ve 146. madde birleşmiş Almanya'nın yeni bir anayasa kabul etmesini mi gerektiriyor[420]? Birleşme dönemindeki Alman liderler, 146. madde yerine, 23. maddenin nispeten daha zahmetsiz olan usulünü tercih etmişlerdir. İşte bu tercih, çok önemli bir anayasal yorum faaliyetidir[421]. 3 Ekim

---

[418] Authorized Anglo-American Text of Basic Law, art. 23 : "*It shall be put into force for other parts of Germany on their accession*", bkz. *Information Bulletin*, no: 163, June 1949, s. 29.

[419] Sovyetler Birliği ve Demokratik Alman Cumhuriyeti 1970'lerden itibaren, bağımsız iki Alman devletinin mevcut olması politikasını güdüyorlardı.

[420] O dönemde bu iki prosedür dışında, bir de iki Alman devletinden oluşan bir konfederasyon oluşturulması görüşü ileri sürüldü. Bu görüşe göre, birleşme belli konularda ve bir anlaşma (*Unification Treaty*) yoluyla yapılacaktı. Farklı görüşlerle her iki taraf da ilk başlarda bu görüşü desteklese de; Şansöliye Kohl, daha kalıcı bir biçimde birleşmenin mümkün olduğunu anladığı an, konfederasyon fikrini terketti ve derhal, birleşmenin gerçekleştirilmesi için gerekli olan prosedürü başlattı, bkz. **Peter E. Quint**, *Imperfect Union: Constitutional Structures of German Unification*, Princeton University Press, Ewing, NJ, USA, 1997, s. 48. Kohl'ün bu süreci başlatmasına neden olan Şubat ve Mart 1990'da meydana gelen iki belirleyici olaydır. Bunlardan ilki, Demokratik Alman Cumhuriyeti ile ilgilidir. 18 Mart'ta yapılan DAC'ın ilk ve tek serbest parlamento (*Volkskammer*) seçiminde, FAC'da 1982'den beri hükümette olan Kohl yönetimindeki CDU, DAC'da da kazanan parti oldu. DAC'da Başbakan Lothar de Mazière hükümetinin kurduğu rejim, tuhaf bir rejimdi: bir yandan, ilk defa serbest seçimler sonucu gelen bir idare sözkonusuydu; diğer yandan ise, DAC hükümeti kendisinin Batı Almanya'daki kardeş partisi olan Kohl'un CDU'suna son derece bağlıydı. Başka bir deyişle, Almanya'nın her iki parçası da esas itibarıyla aynı parti tarafından yönetiliyordu.

İkinci önemli gelişme, uluslararası alanda meydana geldi: 1990 yılının bir bahar ayında, anormal bir ekonomik ve siyasal baskı altında olan Sovyet liderliği, Almanya'nın yeniden birleşmesini hoşgörebileceğini beyan etti, bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Mathias Reimann**, "Takeover: German Reunification Under a Magnifying Glass", in *Michigan Law Review*, Vol. 96, n^{o} 6, May 1998, s. 1989.

[421] **Kommers**, "Germany : Balancing Rights and Duties", a.g.m., s. 166. Aslında 23. maddenin tercih edilmesinin son derece pratik bir nedeni de vardı: Batı Almanya'lılar, 1990 yılı sona ermeden, birleşme işlemlerinin tamamlanmasını istiyorlardı. Bu nedenle Şansöliye Kohl ve hükümeti, çalışmaların en kısa zamanda bitirilmesi için çok çaba gösterdiler. Bu acelenin en büyük nedeni ise, Gorbaçov'un Sovyet rejiminin her an devrilebileceği yönündeki korkuydu, bkz. **Quint**, *Imperfect Union: Constitutional Structures of German Unification*, a.g.e., s. 103.

1990'da birleşme gerçekleşince, Demokratik Alman Cumhuriyetinin varlığı da sona ermiştir.

Buna karşılık, birleşmede 23. maddedeki usulün izlenmiş olması, TY'de birleşmeden sonra değişiklik yapılmadığı anlamına da gelmemektedir. Alman birleşmesinin temel belgesi olan Birleşme Andlaşmasının[422] kendisi TY'nin bazı hükümlerini değiştirmiştir. Bu değişikliklerden bir bölümü geçici önlemler içermekteydi: örneğin federe devletlerle federal devlet ilişkilerine ilişkin hükümlerden bazılarından sapmalar yapılması ile temel özgürlüklere ilişkin bazı önlemler alınması öngörüldü[423]. Almanya'nın mevcut sınırlarını Polonya ve Oder-Neisse hattı ile sınırlayan TY'nin 23. maddesi kaldırıldı. TY'nın Başlangıç bölümü birleşmeye verilen referanslardan arındırılarak, beş yeni *Länder*'i de kapsayacak şekilde düzenlendi. Başlangıcın bu yeni halinde, "*Alman halkı, kendi kurucu iktidarı gereğince bu Temel Yasa'yı kabul etmiştir*" ifadesi bulunmaktadır. Artık 16 *Länder*'de temsil edilen Almanlar, "*kendi kaderlerini özgürce tayin ederek birleşmeye ve özgürlüğe erişmiştir*". Son olarak, "(...)*Temel Yasa, bundan böyle tüm Alman halkı için geçerlidir*".

2. Anayasal Yapı

Almanya Temel Yasasının incelenemesi sonucunda, niteliği itibarıyla "anayasa" olan bu metnin, federasyon ile Lander arasında harcamaların ve vergi gelirlerinin dağıtılması ya da Federal Cumhuriyetin silahlı kuvvetlerine hak ve özgürlükleri koruma

---

[422] *Vertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik über die Herstellung der Einheit Deutschlands* (Federal Alman Cumhuriyeti ile Demokratik Alman Cumhuriyeti Arasında Alman Birliğinin Sağlanması Hakkında Anlaşma, 31.08.1990).

Birleşme Anlaşması, DAC'ın Volkskammer'i ve FAC'ın Bundestag ve Bundesrat'ı tarafından onaylandı. Birleşme Anlaşmasının onaylanmış sayılması için, her bir Meclisin üçte ikisinin birleşmeye olur vermiş olması gerekiyordu. Bu nitelikli çoğunluğun aranmasının nedeni, sözkonusu Anlaşmanın bir yandan mevcut DAC Anayasasını (1974) yürürlükten kaldırılması; diğer yandan da TY'de değişikliğe neden olmasıdır, bkz. **Quint**, *Imperfect Union: Constitutional Structures of German Unification*, a.g.e., s. 104.

[423] TY'den sapmaların bazıları en geç 31 Aralık 1992'ye, bazıları da 31 Aralık 1995'e kadar geçerli olacaktı. Bununla birlikte, Birleşme Anlaşmasının "mülkiyet sorunlarına ilişkin" 41. maddesi ve bunun uygulanmasına ilişkin hükümler, mülkiyet güvencesinin sağlanmasına kadar yürürlükte kalacaktı, bkz. Birleşme Anlaşmasının 4. maddesi ile TY'ye eklenen 143. madde.

amacıyla yasama organı tarafından denetim için delege atanması[424] gibi, kural olarak yasalarla düzenlenebilecek ve uygulamaya ilişkin bazı düzenlemeler de içerdiği görülür. Bu durumun, büyük oranda Müttefik Güçler'in Lander'lerin yetkilerinin genişletilmesi yönündeki talepleriyle açıklandığını daha önce belirtmiş idik[425]. TY'nın temel haklar bölümünde, kamusal eğitim, sığınma hakkı, zorunlu askerlik ya da zorunlu kamu hizmeti detaylı bir biçimde düzenlenmiştir. Biz ise, TY'nın temel ilke, değer ve kurumları üzerinde duracağız. Ancak bu surette yorum sorununun ne şekilde ortaya çıktığını ve bunlara getirilen çözümleri görebiliriz.

a. Anayasanın Temel Özellikleri

TY'nın ilk hazırlanış aşamalarını incelediğimizde, bu metnin, Müttefik Güçlerin etkisini taşımakla beraber ve hatta bundan daha fazla Almanya'nın anayasal geleneklerinin de bir ürünü olduğunu söylemiş idik. Gerçekten de bu anlamda TY ile Weimar Anayasası arasında ciddi bir benzeşme vardır. Ancak, TY'nın belki de en özgün noktası, Weimar Anayasasının düzenlemediği[426] bir konuya ilişkindir: TY, insan onuru ve özgürlüğü ilkesiyle taçlandırılmış, bütün devlet kurumlarını ve hükümet mensuplarını bağlayıcı nitelikte, *normatif bir hukuk düzeni* kurmuştur[427].

TY'nın 1. ve 20. maddeleri bu normatif hukuk düzeninin merkezinde yer alır. Birinci maddeye[428] göre,

> "*(1) İnsan onuru dokunulmazdır. Tüm kamu makamları, ona saygı göstermek ve onu korumak zorundadır.*

---

[424] Bkz. TY, md. 45 b.

[425] Bkz. yukarıda "*Kurucu Meclis*" başlığı.

[426] Hatırlanacağı gibi, Weimar Anayasasının kabul edildiği dönemde (1919), Avrupa'da yasama organlarının işlemlerini denetleme yetkisi yoktu. Bu denetimin olmamasının doğurduğu sonuçlar yukarıda "*Anayasal Hermeneutiğin Doğduğu Ortam*" başlığı altında incelendi.

[427] **Kommers**, "Germany : Balancing Rights and Duties", a.g.m., s. 167.

[428] FAYM'ne göre, 1. madde TY'nın temel prensiplerinden biridir, bkz. **Hans G. Rupp**, "Objet et portée de la protection des droits fondametaux: Tribunal constitutionnel fédéral allemand", *Revue internationale du droit comparé*, Vol. 33, n° 2, 1981, s. 455.

(2) Bundan dolayı, Alman halkı, dünyadaki bütün toplulukların, barışın ve adaletin temeli olarak, tüm insanlığa dokunulmaz ve vazgeçilmez hakları tanır.

(3) Bundan sonra sayılan temel haklar, doğrudan uygulanabilir hukuk kuralı olarak yasama, yürütme ve yargı organlarını bağlar".

20. madde ise, şu hükmü içermektedir:

"*(1) Alman Federal Cumhuriyeti, demokratik ve sosyal bir federal devlettir.*

(2) Bütün Devlet erkleri halktan kaynaklanır. Halk bu erkleri, seçimler, oylamalar ve yasama yürütme ve yargı erklerine sahip özel organlar vasıtasıyla kullanır.

(3)Yasama erki anayasal düzen ile bağlıdır, yürütme ve yargı erkleri yasa (Gesetz) ve hukukla (Recht) bağlıdır.

(4) Tüm Almanlar, bu düzeni yıkmaya teşebbüs eden herkese karşı başka bir çarenin mümkün olmaması halinde direnme hakkına sahiptir".

TY'nin 93. maddesinde ise, bu doğrudan uygulanan hukuk kurallarını yorumlayıp, onlara riayet edilip edilmediğini saptayan Federal Anayasa Mahkemesi (FAYM) bulunmaktadır. Weimar Anayasasına göre bir diğer farklılık, temel hakların sınırlandırılmasındaki sınırları ortaya koyan 19. madde hükmüdür:

"*(1) Bu Temel Yasa uyarınca, bir temel hak, yasayla ya da yasa gereğince sınırlandırıldığı takdirde, bu yasa sadece özel bir durum için değil, genel olarak geçerli olmalıdır. Yasa, ayrıca bu temel hakkı, ilgili maddeyi göstermek suretiyle açıklamalıdır.*

(2) Sınırlandırma hiçbir halde bir temel hakkın özüne dokunamaz.

(3) Temel haklar, doğalarının elverdiği ölçüde ulusal tüzel kişilere de uygulanır.
(4) Kamu gücü tarafından hakları ihlal edilen (hak mağduru olan) herkesin yargıya başvuru hakkı vardır. Başka hiçbir yargı makamının yetkili olmadığı durumlarda, başvuru, olağan mahkemelere yapılır. (...)"

Anayasaların benimsediği temel değerleri göstermesi itibarıyla, değiştirilemez hükümlerle ilgili düzenlemelere, başka bir deyişle türev kurucu iktidarın sınırlarına bakmak gereklidir. TY'nin değiştirilme usulü 79. maddede öngörülmüş olup, değiştirilemeyecek hükümler, maddenin son paragrafında sayılmıştır:

> "(...) *(3) Federasyonun Lander şeklinde örgütlenmesine, federasyonun yasama işlemleri konusunda Lander'lerin işbirliği ilkesine ya da Anayasanın 1. ve 20. maddesinde sayılan ilkelere zarar verecek Anayasa değişiklikleri yasaklanmıştır*".

Başka bir deyişle, kurucu iktidar, federasyonun yapısına, insan onuruna ve siyasal sistemin temel ilkelerine dokunmayı yasaklamıştır.

Anayasa değişiklik usulüne ilişkin olarak bir de şu saptama yapılabilir: Almanya'da anayasanın yeniden şekillendirilmesi, Amerika Birleşik Devletlerinde olduğu gibi yargı kararları ile getirilen yorum doğrultusunda değil; formel değişiklik yoluyla olmaktadır. Zira, TY'nın açıkça öngördüğü *Rechtsstaat* geleneği, kuralların açık ve öngörülebilir olmasını gerektirmekte ve Alman hukuk sistemine göre bu gereklilik de ancak ve ancak kuralın formel biçimde değiştirilmesine bağlı olmaktadır. Kural olarak hukuk kurallarının açıklığı ve öngörülebilirliği "hukuk devleti" kavramının içerisinde zaten varolmakla birlikte, TY bunları ayrıca anayasal hüküm haline getirmiştir (md. 79):

"*(1) TY, ancak onun metnini açıkça değiştiren ya da tamamlayan bir yasanın kabulüyle değiştirilebilir. (...)*

(2) Anayasayı değiştiren yasanın kabulü Bundestag üyelerinin üçte ikisi ve Bundesrat üyelerinin üçte ikisinin oyuyla olur (...)".

TY'nın bir diğer önemli ve önceki anayasalara göre farklı özelliği, anayasacılıkta ciddi bir "uluslararasılaşma" açılımı getirmesindedir. Gerçekten de TY'nin daha Başlangıç bölümünde "*Birleşmiş Avrupa içinde eşit haklara sahip üye olarak, dünya barışına hizmet etme iradesiyle hareket eden"* Almanya'dan bahsedilmektedir. 1992'de kabul edilen yeni 23. madde, ülkenin Avrupa Birliği'ne katılımının detaylarını düzenlemektedir. Ayrıca TY'nin birçok maddesinde uluslararası hukukun temel

ilkelerini görmek mümkündür. "Uluslararası barışçıl ilişkilerin korunması" ve genel olarak "barış" temel metnin sıkça andığı ifadelerdir[429].

b. Haklar ve Ödevler

TY'nin ilk 19 maddesi, doğrudan temel hak ve özgürlükleri düzenlemektedir. Tanınan haklar açısından duruma bakıldığında, genel olarak eşitlik, yaşam hakkı, ifade özgürlüğü, dernek ve toplantı özgürlükleri, din ve vicdan özgürlüğü, mülkiyet hakkı, özel yaşama saygı hakkı, eğitim hakkı, seyahat ve yerleşme özgürlükleri, sığınma hakkı, dilekçe hakkı gibi bireysel özgürlükler mevcuttur. Ancak, bu hak ve özgürlüklerin yanında, kural olarak Anayasacılıkta o güne kadar pek rastlanmayan ve anayasal yorum için bir çalışma alanı oluşturan "insan onuru" kavramı da bulunmaktadır.

TY'nin 2. maddesinde "kişi özgürlüğü"nün dokunulmazlığı yanında, "yaşam hakkı, fiziki bütünlük" ve "kişiliğini serbestçe geliştirme hakkı" korunmaktadır. Birbirine yakın olan bu kavramlar, geniş ölçüde FAYM içtihatlarına konu olmuştur.

Bireysel özgürlükler yanında, kurumsal güvencelerden bahsetmek de mümkündür: basın özgürlüğü, yayın hakları, özel okullar ve aileler, anılan metnin koruması altındadır. Bunun yanında özellikle de FAYM kararları ile dini topluluklara da hakların tanındığı görülmektedir[430].

Ödevler açısından, TY, bir yandan Devlete düşen ödevleri[431], diğer yandan da bireylere düşen ödevleri[432] düzenler. Kamulaştırma, devletleştirme gibi sosyal devlet araçları da TY'de yer almaktadır (md. 14, 15).

18. maddede temel hakların kötüye kullanılması halinde düşmesi, 19. maddesinde ise, temel hak ve özgürlüklerin sınırlanma rejimi düzenlenmiştir. Temel

---

[429] **Kommers**, "Germany : Balancing Rights and Duties", a.g.m., s. 169.

[430] **Kommers**, "Germany : Balancing Rights and Duties", a.g.m., s. 170: "Bu haklar, FAYM'ne göre, kişisel gelişimin beşiğini oluşturdukları için bireysel haklara dahildirler".

[431] Devlet insan onuruna saygı duymak ve onu ilerletmek durumundadır (md. 1).

[432] Mülkiyet hakkı ödevleri de içerir ve kamu yararına hizmet etmek için kullanılmalıdır (md. 14).

hakların kötüye kullanılması durumunda düşmesine ve bu mahrumiyetin kapsamına FAYM tarafından karar verilir. Temel haklara getirilen sınırlandırmalar, genel etki doğuran bir yasaya dayanmalı ve öze dokunmamalıdır[433].

Temel hakların tanınma ve düzenlenme şekillerine bakılarak, Almanya'nın kurucu belgesi için şu saptama yapılabilir: Bu metin, kurucu mecliste bulunan ve toplumsal olarak karşılığı olan üç siyasal partinin, yani Hıristiyan Demokrat, Sosyal Demokrat ve Özgür Demokrat Partilerin öne çıkardığı değerlerin de yansıtıldığı bir uzlaşma metnidir. TY, bireysel özgürlüklerin tanınıp geniş ölçüde korunduğu, buna karşılık sosyal refah devletinin ve dini özgürlüklerin ihmal edilmediği normatif bir hukuk düzenini kurmayı başarmıştır[434].

c. Yasama ve Yürütme İlişkileri

TY, yasama yürütme ilişkileri bakımından güçlerin ılımlı ayrılığı üzerine kurulu parlamenter sistemi tercih etmiştir. Federal yasama organı iki meclisten oluşmaktadır: Halkı temsil eden, dört yıllığına çoğunluk sistemi ile nisbi temsil sistemi arasında bir seçimle iş başına gelen ve 598 üyesi olan *Bundestag*[435] (federal meclis) ve Federe Devletleri temsil eden ve dolayısıyla 16 *Länder*'den gelen 68 üyeden oluşan *Bundesrat*[436] (federal konsey). Yürütme organı, Federal Başkan (cumhurbaşkanı),

---

[433] Alman Anayasa Hukukunda temel hakların sınırlandırılması sistemi hakkında bkz. **Korkut Kanadoğlu**, *Türk ve Alman Anayasa Yargısında Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyumlaştırılması*, Beta yay., İstanbul 2000, s. 7 vd.

[434] **Kommers**, "Germany : Balancing Rights and Duties", a.g.m., s. 171.

[435] *Buntestag*'daki vekillerin yarısı, tek turlu tek isimli çoğunluk sistemi ile seçilir. Diğer yarısı ise her *Land*'in kendi içerisinde siyasal partilerce sunulan listelerden, çoğunluk sistemi ile seçilmiş olan vekillikler gözönünde bulundurularak nispi temsil sistemi ile paylaştırılır. Nispi temsil sistemi ile vekillik paylaşımına katılabilmek için, ulusal düzeyde, oyların % 5'ini almış olmak (ya da çoğunluk sistemi ile üç vekillik çıkarmış olmak) gereklidir. Her Land nüfus oranına göre temsil edilir.

[436] 16 *Länder*'in hepsi *Bundesrat*'ta eşit sayıda temsil edilmemektedir. 3 ila 6 arasında olan temsil sayısını belirlemek için her *Länder*'in nüfusu dikkate alınır. Kamu görevlisi olan Land temsilcileri her Land'in kendi hükümetleri tarafından tayin edilir. Bundesrat'taki oylamalarda her Land'in temsilcileri kendilerine Hükümetleri tarafından verilen direktiflerle bağlıdır. Başka bir deyişle, Bundesrat temsilcileri için emredici vekalet sözkonusudur. "*Dolayısıyla Bundesrat klasik parlamenter rejimde bulunan gerçek bir ikinci meclis değildir, bu da Alman federalizminin hiçbir yerde bulunmayan orijinal özelliklerinden biridir*", bkz. **Philippe Ardant**, *Institutions politiques & Droit constitutionnel*, L.G.D.J., 13ème ed., Paris,

Şansöliye ile federal bakanlar komitesinden oluşur. Sembolik yetkilere sahip olan Federal Başkan'a karşılık, çok önemli bir işleve sahip olan Şansöliye'nin konumu, özellikle Weimar Anayasasında olduğundan çok daha güvenlidir. Zira artık yine halkoyu ile seçilen bir Başkan ile yarışmak zorunda değildir ve parlamentonun kendisini güvensizlik oyu ile düşürebilmesi, ancak kendisine güvenoyu alabilecek bir halef gösterilmek suretiyle olur (yapıcı güvensizlik oyu)[437].

TY, yukarıda da belirttiğimiz üzere demokrasiye bağlı kalmış, hatta bunu değiştirilemez hükümler arasına koymuş; fakat, halk inisiyatifi ya da referandum gibi yarı-doğrudan demokrasi mekanizmalarını federal düzeyde yasaklamıştır.

TY'nin 21. maddesi, siyasal partileri, halkın siyasal iradesinin oluşumuna katılan organlar olarak tanımlar. Aynı maddede militan demokrasi anlayışının bir uzantısı olarak, demokrasiyi ortadan kaldırmaya çalışan partileri yasaklamaktadır. Ayrıca,

---

2001, s. 285.

[437] Yapıcı güvensizlik oyu, esasen rasyonalize edilmiş (aklileştirilmiş) parlamentoculuk kapsamında düşünülmüş bir mekanizmadır ve burada hükümet istikrarsızlıklarını önlemek amaçlanır. Yapıcı güvensizlik oyunun yarar ve sakıncaları için bkz. **Serap Yazıcı**, *Başkanlık ve Yarı-Başkanlık Sistemleri*, İBUY., 1. bası, İstanbul, 2002, ss. 173-174: "*Federal Almanya Anayasası ve 1978 İspanyol Anayasası'nda yer verilen yapıcı güvensizlik oyu 'parlamenter sistemde bir hükümetin ancak yeni başbakanın seçilmesi ile birlikte düşürülebilmesi' olarak tanımlanabilir. Federal Alman Anayasasının 67. maddesine göre, 'Bundestag, federal başbakana, ancak üyelerinin salt çoğunluğunun oyuyla onun halefini seçmek ve cumhurbaşkanından başbakanı azletmesini istmek suretiyle, güvensizlik oyu verebilir. Cumhurbaşkanı bu isteğe uymak ve seçilen kişiyi başbakan olarak atamak zorundadır'. İspanyol Anayasası'nın da 113. maddesine göre, 'milletvekillerinin en az onda biri tarafından imzalanması ve üye sayısının salt çoğunluğu ile kabul edilmesi gereken güvensizlik önergesinde, yeni başbakan adayının gösterilmesi şarttır'. 114. maddeye göre ise, 'bu önerge kabul edildiği takdirde kral, önergede aday gösterilen kişiyi başbakan atamak zorundadır'. (...) Bu yöntemle, muhalefet partilerinin yeni bir hükümet alternatifi yaratmadan mevcut hükümeti düşürmesi önleneceği için hükümet istikrarı sağlanacaktır. (...) Bu yöntemin yol açacağı muhtemel bir sorun, parlamentoda mutlak çoğunluğu olmayan bir hükümetin etkinliğini yitirmesine rağmen, yeni bir hükümet alternatifi yaratılamaması nedeniyle düşürülememesi ve sistemin işleyemez hale getirilmesidir. Parlamenter sistemin tıkanmasına yol açabilcek bu sorun, cumhurbaşkanının fesih yetkisiyle aşılabilir. Nitekim Federal Almanya Anayasasının 68. maddesi, bu tür bir kilitlenmeyi önlemek amacıyla cumhurbaşkanına parlamentoyu fesih yetkisiyle aşılabilir. Bu maddeye göre, 'Federal Başbakanın kendisine güvenoyu verilmesi yolundaki isteği Bundestag üyelerinin çoğunluğunun oyları ile kabul edilmemişse Federal Cumhurbaşkanı, başbakanın önerisi üzerine, yirmi bir gün içinde Federal Millet Meclisini feshedebilir (...)*"".

FAYM'a göre Almanya sadece bir siyasal parti devleti (*Parteienstaat*) değil; aynı zamanda bir sosyal refah devleti (*Sozialstaat*) ve hukuk devletidir (*Rechtsstaat*)[438].

Federal bir devlet olan Almanya'nın federalizmi, federe devletlere verilen yetkiler bakımından Amerika Birleşik Devletlerinden ciddi biçimde ayrılır. ABD'de yasama, yürütme, yargı kurumları iki ayrı düzeyde karşımıza çıkarken, Almanya'da yasama yetkilerinin büyük bölümünün ulusal yasama organın elinde olduğu görülür[439]. Tamamen *Länder*'lere ait olan yetkiler, eğitim, mahkeme kararlarının icrası, kültürel politikalar, basın işletmelerinin düzenlenmesi gibi alanlardır. Bununla birlikte, Länder'ler, ulusal yasaların oluşumuna *Bundesrat*'ta geniş yetkilere sahip temsilcileri yoluyla katılırlar.

d. Federal Anayasa Mahkemesi

Almanya Federal Anayasa Mahkemesi, kurulduğu 1949 yılından bu yana Kıta Avrupa'sında anayasa yargısının gelişimine büyük katkıda bulunmuştur. FAYM, diğer yargı yerlerinden bağımsız, özel yetkili bir mahkemedir; ancak Almanya'da anayasa yargısı alanında faaliyet gösteren tek yargı organı değildir. Länder'lerin Anayasa Mahkemesi de kendi anayasaları uyarınca anayasa yargısı faaliyeti gerçekleştirmektedirler. Ayrıca bütün makamların, özellikle de temel hak ve özgürlükler alanında, yürürlükteki hukuku, dolayısıyla Anayasa Hukukunu uygulama zorunlulukları vardır.

Anayasal yorum bahsinde, belirleyici organ FAYM olduğundan, bu kurumun oluşumu (aa), işleyişi (bb) ve kararlarının etkisi (cc) bize yorumun altyapısı hakkında bilgi verecektir.

aa. Federal Anayasa Mahkemesinin Oluşumu

[438] **Kommers**, "Germany : Balancing Rights and Duties", a.g.m., s. 168.

[439] **Kommers**, "Germany : Balancing Rights and Duties", a.g.m., s. 169.

FAYM, TY'nin 94 ve 95. maddeleri ile, 12 Mart 1951 tarihli bir Yasa[440] ile kurulmuştur. TY'nın 94. maddesinin birinci fıkrası uyarınca;

> "*Federal Anayasa Mahkemesi, federal yargıçlardan ve diğer üyelerden oluşur. Federal Anayasa Mahkemesi üyelerinin yarısı Bundestag, yarısı da Bundesrat tarafından seçilir. Üyeler, ne Bundestag'a, ne Bundesrat'a ne federal hükümete, ne de bir Land'in benzer organlarına üye olamazlar*".

FAYM, her biri sekiz yargıçtan oluşan iki senatodan oluşur. Mahkemenin üyeleri, 40 yaşının üstünde, teorik ya da pratik olarak uzun süreli hukuk eğitimi almış kişiler arasından yargıç olarak hizmet edebilecek ve *Bundestag* üyesi olabilecek nitelikte kişiler arasından, *Bundestag* ve *Bundesrat*'ın üçte iki oyuyla, 12 yıllık görev süresi için[441] seçilirler. Yargıçların seçiminde nitelikli çoğunluk arandığı için, büyük parti, oyları kendisine yakın olan muhalefetteki bir partiyle aday gösterme hakkını paylaşır. Ayrıca uzun yıllardan beri, her parti 8 aday göstermekte; bunların 6'sını kendi partisine yakın olanlardan, 2'sini ise tarafsız kişilerden seçmektedir[442].

Adayların aşırı siyasal görüşlere mensup olmaları halinde destek veren diğer partinin reddetme hakkı elinde bulunmaktadır. Ayrıca yargıçların seçimindeki siyasallık, yargıçlara tanınan bağımsızlık güvenceleri ile azaltılmıştır.

Bundesrat ise, yargıç seçimini dolaylı yoldan yapmaktadır. Bundesrat, seçim yetkisini 12 milletvekilinden oluşan ve nisbi temsil ilkesine göre seçtiği bir seçim komitesine devreder[443].

---

[440] Anılan Yasa (*Gesetz über das Bundesverfassungsgericht / Federal Anayasa Mahkemesi Hakkında Kanun*), bu tarihten sonra defalarca değişmiştir. Şu anda yürürlükte olan Yasa ise, 11 Ağustos 1993'de kabul edilmiş yasadır, bkz. **Michel Fromont**, "La Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne", *Cahier du Conseil constitutionnel*, no. 15, accessible sur http://www.conseil-constitutionnel.fr/cahiers/ccc15/all1.htm (02.04.2007).

[441] Ve nihayet emeklilik yaşı olan 68 yaşına dek görev yapabilirler.

[442] **Fromont**, "La Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne", a.g.m., s. 2. Ayrıca bkz. **Kommers**, "Germany : Balancing Rights and Duties", a.g.m., ss. 173-174.

[443] **Kanadoğlu**, *Anayasa Mahkemesi*, Beta yay., İstanbul 2004, s. 56.

Federal Anayasa Mahkemesi Hakkında Kanun'un 1. maddesi FAYM'ni "diğer bütün anayasal organlardan bağımsız mahkeme" olarak tanımlar. Mahkeme başlangıçta Federal Adalet Bakanlığının idari gözetimi altındaydı. Ancak yargıçlar bu düzenlemeyi anayasaya aykırı buldukları için kendi çabalarıyla 1950 yılının ortalarında bağımsızlıklarını kazanmışlardır. Adalet Bakanlığının itirazına rağmen, parlamento kabul ettiği yasa ile, Mahkemeye, kendi bütçesi ve diğer iç idari meseleleri hakkında tam kontrol yetkisi yanında *Bundestag*, *Bundesrat*, Federal Başkan ve Federal Hükümet arasında uyum sağlama yetkisi vermiştir[444]. Kuşkusuz bu düzenlemeler, FAYM'nin sistemdeki rolünü büyük oranda güçlendirmiştir. Hatta TY'de 1968'de olağanüstü hallere ilişkin düzenleme yapılırken, FAYM'nin statüsünün ve faaaliyetlerinin zarar görmesini olağanüstü dönemlerde de yasaklayan bir hüküm de kabul edilmiştir[445].

bb. Federal Anayasa Mahkemesinin İşleyişi[446]

Mahkeme, Genel Kurul, Senatolar ve Daireler olarak faaliyet gösterir. Genel Kurul (*Plenum*), senatolardan birinin "diğer senatonun almış olduğu hukuki karardan ayrılınması talebiyle" yaptığı başvuru sonucunda toplanır. Üçte iki çoğunlukla bu karar alınabilir. 2002 sonuna dek sadece dört defa bu şekilde karar alabilmiştir[447].

FAYM bünyesindeki Senatolar (*Senate*), genel karar makamlarıdır. İkisinin de yetkileri, yasa ve içtüzük hükümleri uyarınca belirlenir. Sekizer üyeden oluşan iki Senatoda karar alınabilmesi için, en az altı üyenin hazır bulunması gerekir.

1956 yılında komisyon adı altında kurulan Daireler (*Kammer*) ise, zamanla niceliksel açıdan en önemli makam haline gelmiştir. Zira bugün kararların yarısı,

---

[444] **Kommers**, "Germany : Balancing Rights and Duties", a.g.m., s. 173.

[445] **Kommers**, "Germany : Balancing Rights and Duties", a.g.m., s. 173.

[446] Bu konuda genel olarak bkz. **Charles Eisenmann**, "La justice constitutionnelle dans la République fédérale d'Allemagne", *Etudes en l'honneur de Léo Hamon, Itinéraires*, Economica, 1982, ss. 195-215; **Christian Starck**, "La Cour constitutionnelle fédérale", *Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*: *Renouveau du droit constitutionnel*, Dalloz 2007, ss. 455-471.

[447] **Fromont**, "La Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne", a.g.m., s. 3.

Daireler tarafından verilmektedir[448]. Üç üyeden oluşan Daireler, somut norm denetimi ya da anayasa şikayeti yoluyla gelen başvurularda görülebilirlik incelemesi yaparlar. Daha sonra, Daireler esas hakkında inceleme yapma yetkisi de kazanmışlardır, ancak bu yetkinin kullanımı bazı şartlara bağlanmıştır. Dairelerin esas hakkında karar verebilmesi için kararın oybirliği ile alınmış olması ve verilen kararın FAYM'nin mevcut içtihadına uygun olması gerekmektedir. Şayet yargıçların üçünden ikisi "konu hakkında verilecek kararın önemli bir anayasal sorunu aydınlatacağı" görüşünde ise, başvuru karar için ilgili Senatoya gönderilir[449]. Bu durumda, sekiz yargıçtan üçü davayı görülebilir bulursa, Senato esas hakkında karar verir[450].

FAYM, soyut norm denetimi de yapmakta, ancak bu tür denetim, anayasa şikayetine göre daha az sayıda olmaktadır. Buna karşılık, soyut denetim sayıca az olmakla birlikte, FAYM'nin bu tür faaliyeti ile, federal devletle federe devletler arasındaki yetki uyuşmazlıklarını da çözdüğü için, Alman siyasal sistemi üzerinde oldukça büyük etki yaratmaktadır[451]. Soyut norm denetimi parlamentodaki belli bir azınlığa[452] FAYM'ne başvurarak, siyasal çatışmayı hukuki bir prosedüre dökme imkanı vermekte, bu itibarla siyasal sistem üzerinde doğrudan ve çabuk etki yaratmaktadır. Somut norm denetimi ise, FAYM'nin yıllık denetiminin sayıca ikinci büyük parçasını oluşturmaktadır.

FAYM'de iki Senato arasında, belli kategorilere göre yargı konuları paylaştırılmıştır. İkinci olarak yargıçlar da uzmanlık alanlarına göre farklı görevler alırlar. Yargı yılının başında her iki Senato da davaların dağılımı konusunda, kendi

---

[448] **Fromont**, "La Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne", a.g.m., s. 3.

[449] **Kommers**, "Germany : Balancing Rights and Duties", a.g.m., s. 176.

[450] Senatonun esas hakkında karar verdiği davalar tüm başvuruların % 2,5'uğudur. Ayrıca, 1951'den 2005 tarihine kadar FAYM'ne 149.442 başvuru hakkında karar vermiş, bunların % 96,2'sini anayasa şikayetleri oluşturmuştur. Başka bir deyişle, FAYM yılda 4700 davayı karara bağlamaktadır, bkz. **Kommers**, "Germany : Balancing Rights and Duties", a.g.m., ss. 175-176.

[451] **Kommers**, "Germany : Balancing Rights and Duties", a.g.m., s. 176.

[452] TY'nın 93. maddesi uyarınca, Bundestag'ın üçte bir üyesinin oyuyla FAYM 'ne başvurulabilir. Federal hükümet, Land hükümetleri de FAYM'ne başvuru hakkına sahiptir.

içinde iş bölümü yapar. Karşılıklı anlaşma yoluyla, Senato başkanlarına danışılarak her yargıç kendi uzmanlık alanına giren konularda raportör olarak görev alır[453]. Raportörün görevi, *votum* adı verilen belgeyi (raporu) çalışma arkadaşlarının görüşlerine sunmaktır. Tamamlanmış *votum*, Senatonun görüşlerine sunulur. Senato genellikle votum'a uygun karar verir; ancak bundan farklı sonuca varıldığı da olur. Tam bir bağımsızlıktan yararlanan yargıçlar, iyi araştırılmış ve iyi gerekçelendirilmiş olmayan *votum* yönünde oy kullanmak durumunda değildir[454]. FAYM kararının, karşıoyları[455] da içeren nihai metni ortak olarak hazırlanır. FAYM kararları ortalama 26 sayfa civarındadır[456].

cc. Federal Anayasa Mahkemesinin Karar Çeşitleri

Almanya'da FAYM'nin anayasal ve yasal olarak verme yetkisi kendisine tanınmış olan karar çeşitleri dışında, kendisinin böyle bir yetki olmaksızın kendisine tanımış olduğu, başka bir deyişle yargısal aktivizm yaptığı karar çeşitleri de bulunmaktadır. Bu ikinci tür kararların başlıcası, uyuşmazlık kararlarıdır. Ancak, Mahkemenin red ve kısmi hükümsüzlük kararlarında da orijinal bazı öğelere rastlamak mümkündür.

aaa. Red ve İptal Kararları

FAYM, anayasallık denetiminde denetlediği normu iptal edebileceği gibi iptal istemini red de edebilir. FAYM, red kararında denetlenen normu anayasaya uygun bulabileceği gibi; denetlenen normun, sadece belli bir şekilde yorumlandığı takdirde

---

[453] Dolayısıyla, yargıçların seçiminde siyasal tercihlerin yanısıra, uzmanlık derecelerinin de dikkate alındığı söylenmelidir, bkz. **Kommers**, "Germany : Balancing Rights and Duties", a.g.m., s. 176.

[454] **Kommers**, "Germany : Balancing Rights and Duties", a.g.m., s. 177.

[455] Almanya'da karşıoy uygulaması hakkında bkz. **Christian Walter**, "La Pratique des opinions dissidentes en Allemagne" in *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 8, http://www.conseil-constitutionnel.fr/cahiers/ccc8/ccc8somm.htm (10.10.2006).

[456] **Kommers**, "Germany : Balancing Rights and Duties", a.g.m., s. 177.

anayasaya uygun olduğuna da karar verebilir. Bu ikinci halde "yorumlu ret" kararı ya da "anayasaya uygun yorum *(interprétation faite en conformité à la Constitution/Verfassungskonforme Auslegung)*" sözkonusudur. Burada Mahkeme tarafından anayasaya uygunluğu denetlenen norm, "belli bir yorum kaydı ile anayasaya uygun" bulunmaktadır[457]. Bu belirlenen yorum dışında kalan diğer yorumlarda metin anayasaya aykırı hale gelmekte; bu nedenle ancak anayasanın yorumcusunun belirlediği yorum kaydıyla anayasaya uygun sayılmaktadır. Böylece ilgili yasanın anayasaya aykırı bulunan ruhu bertaraf edilmiş olur[458]. Aslında anayasaya uygun yorumda, geleneksel yorum faaliyetinden öte, normu uygulayacak olanlara yönelik bir kayıtlama vardır. Anayasa yargıcı, anayasaya uygun yorumu seçerken aslında yorum faaliyeti yapmamaktadır. Yorum aşaması zaten tamamlanmış ve metnin anayasaya aykırı anlamlar içerdiği sabit olmuştur. Ancak Mahkeme, burada metne anayasaya uygun bir anlam vermektedir. Anayasaya uygun yorum tekniği, anayasanın üstünlüğü ve Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı esasına dayanmaktadır[459].

FAYM, tüm bu red kararları dışında, bir de "çağrı kararları" verebilmektedir. Buna göre, FAYM, bazı durumlarda, yasanın ya da diğer hukuki işlemlerin henüz anayasaya aykırı olmadığı sonucuna varmakta, ancak normdaki gelişimin anayasaya aykırılığa doğru gittiğini bildirmekte ve anayasaya aykırılığa dönüşme tehdidinin yasama organının alacağı tedbirlerle engellenmesi çağrısında bulunmaktadır[460].

---

[457] Bkz. **Kaboğlu**, *Anayasa Yargısı*, a.g.e., s. 142. Ayrıca bkz. **Yılmaz Aliefendioğlu**, *Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi*, Yetkin Yay., Ankara 1996, ss. 310-311: "*Yorumlu ret kararları, bir yandan 'iptal' kararının sayısının çoğalmasını önlerken, öte yandan denetlenen kuralın Anayasaya uyun içerikle uygulanmasının yolunu gösterir.Bu yöntemle, 'yasanın Anayasaya uygunluğu bildiriminde bulunurken, buyurucu yorumlarla yasayı değiştiren Anayasa Mahkemesi, hem hukuki ilişkiler güvenliğini, hem de yasanın anayasal gelecekli uygulanmasını sağlar'. Bu teknikle anayasaya aykırı bulunmayan kuralın, kanunkoyucu tarafından yapıldığı andaki anlamını aynen devam ettirdiği söylenemez. Kural, Anayasa Mahkemesi tarafından yorumlanarak yeniden biçimlendirilmiş olur*". Karş. "*Kanunkoyucu kendi koyduğu normun içeriğini yorum sonrasında tanıyamaz hale gelmişse anayasaya uygun yorumun sınırları her halde aşılmış demektir*", U. Steiner'den aktaran **Kanadoğlu**, *Anayasa Mahkemesi*, a.g.e., s. 242, dipnot 813.

[458] **Kaboğlu**, *Anayasa Yargısı*, a.g.e., s. 143.

[459] **Aliefendioğlu**, *Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi*, a.g.k., s. 193.

[460] **Kanadoğlu**, *Anayasa Mahkemesi*, a.g.e., s. 250. Kanadoğlu, çağrı kararlarını üç gruba ayırmaktadır: (a) *Hukuki veya fiili ilişkilerdeki değişikliklerden kaynaklanan çağrı*

Anayasaya aykırılık durumunda Mahkeme, *iptal* kararı verebileceği gibi, iptal etmeden *uyuşmazlık* kararı da verebilmektedir.

İptal kararları açısından duruma bakıldığında, FAYM, hükmü tümüyle iptal edebileceği gibi, kısmen de iptal edebilir. Kısmi anayasaya aykırılıkta ise Mahkeme, denetlenen yasayı maddelere göre anayasaya uygunluk yönünden incelemeye tabi tutmakta, sadece aykırı olan bölümleri iptal etmektedir. Kısmi iptal konusunda da FAYM, iki ayrı usul kullanabilmekte; ilk usulde normun sadece anayasaya aykırı olan bölümünü iptal etmekte, ikinci usulde de, norm metninde eksiltme yapmadan kısmi iptal kararı verebilmektedir[461]. Yasa metninin çok geniş kapsamlı olması ve birçok düzenlemeyi içermesi halinde FAYM, yasanın metnine dokunmaksızın kısmen iptalini sağlayabilmektedir. Bunun için de kararının hüküm fıkrasında 'olduğu sürece' bağlacını kullanmaktadır[462].

bbb. Uyuşmazlık Kararları

---

kararları: FAYM'nin içtihatları arasında en önemli grubu oluşturan bu tür kararlara en önemli örnek, 1949 yılında yapılmış seçim çevrelerine ilişkin düzenlemenin sonradan eyaletler arasında yaşanan nüfus hareketleri yüzünden seçme hakkının eşitliği kuralına uymadığının açıklandığı 22.05.1963 tarihli karardır. (b) *Yasa koyma görevinin yerine getirilmemesi nedeniyle verilen çağrı kararları*: FAYm bu tür kararlarda, yasayı halihazırda anayasaya uygun görse de, aynı zamanda kanunkoyucuya yükümlülüklerini hatırlatır ya da ona bu yükümlülüğünü yerine getirmesi için bir süre verir. (c) *Anayasayı ihlalin yeterince açık olmamasından kaynaklanan çağrı kararları*: FAYM, bu tür kararları, nesnel olarak varolan anayasaya aykırılığın açıkça anlaşılabilir olduğu takdirde geçersizliğe yol açacağı; aksi takdirde kanunkoyucunun kusurlu davranışını teşhis etmenin mümkün olmayacağı gerekçesine dayandırmaktadır. Bkz. a.g.e., s. 253.

[461] Bkz. **Kanadoğlu**, *Anayasa Mahkemesi*, a.g.e., ss. 240-241: "*FAYM'nin Gelir Vergisi Kanununa ilişkin olarak verdiği karar, yasa metninde bir değişiklik yaratmaksızın, kısmen hükümsüz kılınmasına iyi bir örnektir. Gelir Vergisi Kanununun 10b maddesine göre, 'yardım, dinsel, bilimsel ve devlet politikasıyla ilgili amaçlara' destek olmak için yapılan harcamalar, toplam gelir tutarıncan belli bir düzeye kadar istisna giderler olarak düşülebilecektir. Kanunkoyucunun ortaya koyduğu iradeye göre, siyasi partilere yapılan bağışların da 'devlet politikasıyla ilgili amaçlar' arasında görülmesi gerekmektedir. '...ve devlet politikasıyla ilgili' sözcüklerini ortadan kaldırması halinde, kamuya yararlı derneklere yapılan bağışların vergiden düşülmesi imkanı da ortadan kalkmış olacağından FAYM kısmi hükümsüzlük yolunu tercih etmemiştir. FAYM, norm metnini eksiltmeden kısmi hükümsüzlük kararı vermeyi yeterli görmüş ve 'bu hükümlere göre siyasi partilere dolaylı ya da doğrudan doğruya yapılan bağışlar, devlet politikasıyla ilgili amaçları desteklemek için yapılan bir harcama olarak vergiye tabi gelirin hesaplanmasında toplam gelirlerden düşülebilir olduğu sürece', Gelir Vergisi Kanununun 10b maddesinin hükümsüz olduğunu açıklamıştır*".

[462] **Kanadoğlu**, *Anayasa Mahkemesi*, a.g.e., s. 240.

FAYM, iptal kararları dışında bir de "anayasayla uyuşmazlık (*Unvereinbarerklaerung*)" kararları da verebilmektedir[463]. Mahkeme bu tür kararlarında yasayı hükümsüz kılmaksızın, yalnızca o yasanın anayasaya aykırılığına karar verebilmektedir. Bu karar tekniğini, FAYM içtihat yoluyla yaratmıştır. Bu karar tekniği Federal Anayasa Mahkemesi Hakkında Kanun'da 1970 yılından sonra düzenlenmiş; ancak hangi hallerde bu yola başvurulabileceğine dair açıklayıcı bir hüküm getirilmemiştir[464].

Almanya'da FAYM, sadece anayasal hakkın uygulamaya geçirilmesini engelleyen bir yasanın çıkarılmamış olması halinde değil; aynı zamanda kanunkoyucunun ortam ve koşulların değişmesini hesaba katarak bir yasayı değiştirmemesini veya belli kişi kategorileri için bir yasada hükümler öngörmeyi unutmuş olmasını ihmal yoluyla anayasaya aykırılık kapsamında karar altına alabilmektedir[465].

Anılan Yasanın 31. maddesinde, "uyuşmazlık kararlarının bağlayıcılığına", 79. maddesinde ise "uyuşamazlık kararına binaen yargılamanın yenilenmesine" ilişkin hükümler bulunmasına rağmen, uyuşmazlık kararının hangi durumlarda verileceğini açıklayan bir hüküm yoktur. Bununla birlikte, uyuşmazlık kararlarının uygulama alanlarının doktrinde şu şekilde ayrıldığını görmek mümkündür: denetlenen yasaların eşitliğe aykırı biçimde yarar sağlaması, hükümsüzlük kararı verilmesinin kanunkoyucunun düzenleme yapma özgürlüğünün ihlali anlamına gelmesi veya

[463] Bkz. **Kanadoğlu**, *Anayasa Mahkemesi*, a.g.e., s. 256 vd.

[464] Anılan Yasanın 31. maddesinde, "uyuşmazlık kararlarının bağlayıcılığına", 79. maddesinde ise "uyuşamazlık kararına binaen yargılamanın yenilenmesine" ilişkin hükümler bulunmasına rağmen, uyuşmazlık kararının hangi durumlarda verileceğini açıklayan bir hüküm yoktur. Bununla birlikte, uyuşmazlık kararlarının uygulama alanlarının doktrinde şu şekilde ayrıldığını görmek mümkündür: denetlenen yasaların eşitliğe aykırı biçimde yarar sağlaması, hükümsüzlük kararı verilmesinin kanunkoyucunun düzenleme yapma özgürlüğünün ihlali anlamına gelmesi veya hükümsüzlük kararının anayasaya aykırı normun yarattığından daha da çok anayasaya aykırı bir duruma yol açması.

[465] **Kaboğlu**, *Anayasa Yargısı*, a.g.e., s. 91.

hükümsüzlük kararının anayasaya aykırı normun yarattığından daha da çok anayasaya aykırı bir duruma yol açması[466].

dd. Federal Anayasa Mahkemesi Kararlarının Etkisi

FAYM'nin yargılama yetkisine beş ayrı kategoride yer alan davalar girer: yüksek devlet organları arasındaki anlaşmazlıklar (erkler ayrılığı uyuşmazlıkları), federal devlet ile *Land*'ler arasındaki çatışmalar, soyut norm denetimi, somut norm denetimi ve anayasa şikayetleri[467].

---

[466] **Kanadoğlu**, *Anayasa Mahkemesi*, a.g.e., s. 256 vd.

[467] Doğrudan başvuru mekanizması, ilk olarak Avusturya Anayasa Mahkemesi tarafından kullanılmış; ancak günümüzdeki anlamını Almanya Federal Anayasa Mahkemesinin içtihatları ile kazanmıştır; hatta İspanya'daki "amparo" başvurusu da kökenleri 1592 yılına dayanmasına rağmen, bugünkü şekline geniş ölçüde Almanyadaki "Anayasa şikayeti" yolundan etkilenmek suretiyle, 1978 Anayasası ile kavuşmuştur. Anayasa şikayeti, anayasal hak ve özgürlüklerinin, Devlet makamlarınca, kural olarak bireysel, idari, yargısal ya da yasal bazı işlemlerle hakkının ihlal edildiğini iddia eden kimseye tanınan olağanüstü bir hukuk yoludur. Anayasa şikayeti kurumu özellikle iki işlev görür: işlevlerden ilki, kişilerin sübjektif haklarının korunması, ikincisi ise kararlar aracılığı ile anayasal sorunlara açıklık getirilmesi ve anayasal düzenin korunmasıdır. Anayasa Mahkemesine doğrudan başvuru, olağanüstü bir usul olduğundan kullanılması belli koşullara tabi kılınmıştır. Bu koşulların gerçekleşmesi halinde, başvuru kabul edilmiş sayılır ve Anayasa Mahkemesi karar verir. Görülebilirlik koşulları, biçimsel ve maddi unsurları kapsar. Biçimsel koşullar açısından, başvuru, yargı yolları tüketildikten sonra ve süre kaydına (aleyhine anayasa şikayeti yoluna başvurulan kararın kesinleşmesinden itibaren bir ay içinde) riayetle gerçekleştirilmelidir. Başvurunun konusu temel hak ve özgürlüklerdir. Almanya'da anayasa şikayeti şu şekilde tanımlanmıştır: "*Kamu gücünün bir temel hakkı ya da temel hak benzeri bir hakkı ihlal ettiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine yapılan başvuru*". Almanya'da yasalara ve diğer düzenleyici işlemlere karşı olduğu gibi yürütme işlemlerine ve yargı kararlarına karşı da anayasa şikayeti yoluna gidilebilmektedir. Almanya'da ayrıca kanunkoyucunun ihmallerine karşı da anayasa şikayeti yoluna gidilebilmektedir. Ancak, burada FAYM, Anayasanın kanunkoyucuya bir yükümlülük yükleyip yüklemediğini araştırmaktadır. İdarenin eylemsizliği halinde de anayasa şikayeti yoluna başvurulabilmekte; bu halde FAYM tarafından, idarenin somut olayda işlem tesis etme yükümlülüğünün bulunup bulunmadığı araştırılmaktadır. Yargı kararlarına karşı ise, ancak son kararla birlikte başvuruda bulunulabilmektedir. Yargı organlarının ihlalleri de tıpkı yasama ve yürütme organının işlemleri gibi şikayet konusu yapılabilmektedir. Almanya'da anayasa şikayeti hakkından tüzel kişiler tam olarak yararlanır; ülke dışı tüzel kişiler ise ancak adil yargılanma hakkına riayet edilmediği sebebine binaen şikayette bulunabilirler. Anayasa Mahkemesi tüzel kişi ibaresini geniş yorumlamakta; tüzel kişiliğe sahip olmayan kişi topluluklarını da şikayet hakkından yararlandırabilmektedir. Siyasi partiler ise, hem organ davası açabilmekte, hem de tüzel kişi olarak anayasa şikâyetinde bulunabilmektedir.

Bu şekilde taraf yeteneğine sahip olan kimsenin aynı zamanda mağdur olması gerekmektedir. FAYM'ne göre, başvuruda bulunan kimse;

– Kamusal işlemden *bizzat etkilenmiş* (doğrudan) olmalıdır: Dolaylı mağdurlar şikayet hakkına sahip değildir.

– Başvuran kişi, şikâyet ettiği işlemden *hâlihazırda etkilenmiş olmalıdır*. Müstakbel ihlal tehlikesi şikâyete konu olamaz.

Bir hukuk normuna karşı anayasa şikâyeti yoluna gidebilmek için *doğrudan o norm*

FAYM'nin yargı yetkisi zorunludur. Başka bir deyişle, başvuru yetkili bir kişi ya da kurum tarafından yapıldığı zaman, Mahkemenin bunu reddetme gibi bir takdir yetkisi yoktur[468]. Usulüne uygun yapılan başvuru, başvuranın talebi üzerine geri alınamaz.

FAYM'nin anayasaya aykırı bulduğu kural kısmen ya da tamamen iptal edilir ve bu karar herkes için sonuç doğurur (*erga omnes*).

B. Yorum Konuları ve Yorum Metotları

Anayasal yorum konusunda bazı anayasalar, özel hükümler öngörerek, bir yandan, anayasayı yorumlamaya yetkili makamı gösterebilecekleri gibi; diğer yandan yorum esaslarını gösterebilirler. Almanya'da Temel Yasa, yorum kriterlerini öngörmek yerine, anayasayı yorumlama yetkisine sahip olan makamı göstermiştir. TY'nin FAYM'nin görevlerinin sayıldığı 93. maddesinde bu görevler arasında,

> "*Yüksek federal bir organın ya da gerek bu TY, gerekse de Yüksek Federal organların iç düzenlemesiyle kendilerine özgü haklara sahip kılınan diğer tarafların hak ve yükümlülüklerinin kapsamı konusundaki uyuşmazlıklar vesilesiyle bu TY'nın yorumu*"

da vardır.

---

tarafından bir hakkın ihlal edilmiş olması gereklidir.

Anayasa şikayeti hakkında bkz. *Anayasa Yargısı*, sayı 21, Anayasa Mahkemesinin 42. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler, 26-27 Nisan 2004, Ankara; **Yavuz Sabuncu**, "Federal Almanya'da Anayasa Şikayeti" in *AÜSBFD*., Eylül-Aralık 1982, XXXVII, n° 3-4, ss. 139-151; **Armin Dittmann, "**Le recours constitutionnel en droit allemand" in *Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 10, www.conseil-constitutionnel.fr; **Zafer Gören**, "Anayasa Mahkemesine Kişisel Başvuru" in *Anayasa Yargısı*, n° 11, ss. 97-134; **Selin Esen Arnwine**, "İspanya'da Bireysel Başvuru Yolu" in *AÜHFD*., cilt:52, sayı:4, Ankara 2003, ss. 248-269; **André Allen / Bernadette Renauld/ Frank Meersschaut/ Michel Melchior/ Claude Courtoy**, "Les Relations entre les Cours constitutionnelles et les autres juridictions nationales, y compris l'interférence en cette matière, de l'action des juridictions européennes" (Rapport général) in *Revue universelle des Droits de l'Homme*, Vol. 14, n° 9-12, ss. 333-360.

[468] **Kommers**, "Germany : Balancing Rights and Duties", a.g.m., s. 175.

Almanya'da FAYM, anayasal yorum konusunda çok önemli örnekler vermiştir. Mahkemenin bu kadar yaratıcı ve aktivist olmasının nedeni, büyük oranda bu ülkeye özgü tarihi ve sosyolojik verilere dayanır. Pozitif hukukun ve özellikle de yasaların (anayasaya aykırı olsalar bile) katı bir biçimde uygulanması sonucu yaşanan Nazi rejimi tecrübesi, TY'da ve bu doğrultuda ülkenin çağdaş kurumlarının hafızasında hala yerini korumaktadır[469]. Ancak bu anayasal düzenlemeler ve bu düzenlemelerin Federal Anayasa Mahkemesince uygulanma biçimi, toplumsal bir tabana dayandığı için kabul görmüştür. İşte bu nedenle, Kommers'in 1949 Bonn Anayasasının uluslararası öğeler taşımakla beraber Almanya'nın ürünü olduğuna dair fikrine katılıyoruz.

FAYM'nin, anayasal yoruma en büyük katkılarından biri "hak ve yükümlülüklerin dengelenmesine" ilişkin içtihatları ise, diğeri "hakların yatay etkilerine (Drittwirkung)" yönelik içtihatlarıdır. Ancak Mahkeme tüm bu yorumları, esasları genel itibarıyla yukarıda belirtilen anayasayı, bütünüyle objektif bir değerler sistemi olarak kabul ederek yapmıştır.

1. Anayasa Anlayışı

FAYM, anayasada yer alan hak ve yükümlülüklerin dengelenmesi gerekliliğinden hareket ederek, kendisinin rolünü, birbiriyle uyuşmayan kavramların uyumlulaştırılması yanında, belirsizlik ve paradoksların giderilmesi olarak açıklar[470] ve anayasanın, "mantıki-anlamsal bir bütün"[471] olduğunu ifade eder. Anayasayı özsel bir bütün olarak ele alan bu yaklaşım, esasen Almanya'nın kavramsal doktrin (*Begriffsjurisprudenz*) geleneğinden doğmuştur[472]. Kavramsal doktrin geleneğinde, hukuk, kendi içeriği ve iç tutarlılığı olan kural ve norm sistemi olarak ele alınır ve bu anlamda konusu da, hukuki normları, diğer normlardan ayıran unsurların ne olduğunun

[469] Bu tecrübe ve sonuçlarından, yukarıda "Hermeneutik Doktrin" bölümünde ayrıntıları ile bahsedilmişti.

[470] **Kommers**, "Germany : Balancing Rights and Duties", a.g.m., s. 178.

[471] FAYM, Kilise İnşaası Davası, Birinci Daire, 14.12.1965, 1 BvR 413/60, aktaran **Kommers**, "Germany : Balancing Rights and Duties", a.g.m., s. 178.

[472] **Kommers**, "Germany : Balancing Rights and Duties", a.g.m., s. 178.

tespitine yönelmiştir[473]. Aynı doğrultuda anayasa hukuku da pozitif hukukun sınırlarını aşar. Sosyal bağlam, siyasal ahlak ve kültürel normlar, anayasal yorumda önemli bir rol oynar[474]. Toplumla anayasal düzen arasında karşılıklı bağımlılığı sağlayan önemli bir yorum kanonu vardır. Toplumun (Alman halkı) yapısı anayasal düzeni tanımlar ve geliştirir, tıpkı anayasanın toplumun varoluşsal gerçekliğini tanımlayıp geliştirdiği gibi[475]. Bu açıdan, anayasal normatiflik ile anayasal gerçeklik bir araya gelir. Bunlar arasındaki herhangibir ayrılık, anayasanın bütünlüğünü ve hukuk devletini tehdit eder[476].

Bununla birlikte, FAYM'ne göre, anayasal düzene hakim olan tek ilke, yukarıda andığımız bütünlük ilkesi değildir. Almanya'nın anayasal sistemi çok yönlüdür. Anayasa, federal, sosyal ve demokratik bir devlet sistemi öngörmektedir. FAYM'ne göre, Almanya demokrasisi, liberal ve militan parti devletini işaret etmektedir[477]. Yüksek Mahkemenin önündeki en önemli yorum problemi de bundan kaynaklanmaktadır: Mahkeme, devletin her bir niteliğini bir arada yaşatmak; bunun için de aralarında bir denge kurmak durumundadır. Mahkemenin yaratıcı bir yorum faaliyetine girmesinin en önemli sebebi budur. Ancak yorum faaliyeti, Almanya'da hiçbir zaman Amerika Birleşik Devletlerinde gördüğü yaratıcılık işlevini görmemiştir. Anayasanın günün koşullarına göre yorumlanması anlayışı Almanya doktrinine de hakimdir. Ancak, Almanya'da Kıta Avrupası geleneğine uygun olarak, anayasa yorumcusunu sınırlayan ve onu metne bağlayan ek unsurlar vardır. Bunların başında da *Rechtsstaat*'ın kurucu unsuru "hukuki güvenlik" ilkesi gelmekte ve bu ilke uyarınca

---

[473] Bkz. **Robert Alexy**, *A Theory of constitutional rights*, (trans. Julian Rivers), Oxford University Press, reprinted 2004.

[474] **Kommers**, "Germany : Balancing Rights and Duties", a.g.m., s. 178.

[475] **Kommers**, "Germany : Balancing Rights and Duties", a.g.m., s. 178. Kommers, bu "bütünlük modelini", Alman anayasacılığındaki güçlü toplumcu temellere bağlar. Almanya'nın hukuk geleneğinde toplumculuğun yeri konusunda bkz. **Winfried Brugger**, "Communitarianism as the social and legal theory behind the German Constitution" in *I·CON*, Vol. 2, n^{o} 3, 2004, ss. 431-460.

[476] **Kommers**, "Germany : Balancing Rights and Duties", a.g.m., s. 178.

[477] **Kommers**, "Germany : Balancing Rights and Duties", a.g.m., s. 178.

anayasanın toplumsal gereklilikleri karşılamaması halinde, yorum yoluyla değil de, anayasa değişikliği vasıtasıyla sorunların aşılması yoluna gidilmektedir[478]. Ancak FAYM, çatışan değerleri ya da hakları dengeleme faaliyeti sırasında, bazı değerlerin ağırlığını ölçerken zorunlu olarak bir takdir yetkisi kullanmaktadır. Ancak bazı "pozitivistlere" göre, yargıcın kullanacağı takdir yetkisi hiçbir zaman "hukuk yapma" derecesine varmamalı, yargıç, metinde varolanı keşfetmekle yetinmelidir. Ancak, neyin "keşif" neyin "icat" olduğunun tespiti de o kadar kolay değildir[479].

a. Objektif Değerler Bütünü Olarak Anayasa

Federal Mahkeme, kapsayıcı bir anayasa teorisi yerine, anayasayı, bir "objektif değerler bütünü"[480] olarak tanımlamıştır. Bu objektif değerler (*objektive Wertordnung*), anayasada güvencelenen temel hakların ve diğer anayasa hükümlerin uygulaşını ve yorumlanışını yönlendirir[481]. Almanya anayasal sisteminde değerlere yapılan bu vurgunun temellerini, yine, katı pozitivizm uygulamasının sonuçlarının ağır biçimde ödendiği Hitler deneyiminde aramak gereklidir. Dolayısıyla, Federal Anayasa Mahkemesinin bu yaklaşımı, Radbruch'un "yasalarda yazılı olmayan bazı temel prensiplerin varlığı" tezinin doğrudan uzantısı olarak düşünülebilir[482]. Ancak objektif değerler sisteminin kabulü, sadece Radbruch'un bu teorisiyle açıklanmaz; bunun yanısıra belli bir ahlak teorisinin[483], bütünleşme fikrinin[484] ve yeni doğal hukuk

---

[478] **Rosenfeld**, "Constitutional adjudication in Europe and the United States", a.g.m., ss. 633-668.

[479] Bu teorik tartışma hakkında bkz. yukarıda "Kurucu İktidarın Orijinal Niyeti" başlığı.

[480] **Kommers**, "Germany : Balancing Rights and Duties", a.g.m., s. 180.

[481] **Kommers**, "Germany : Balancing Rights and Duties", a.g.m., s. 180; **A. Morgan Cloud**, "Structure and values in constitutional interpretation", *Emory Law Journal*, Vol. 40, 1991, ss. 875-884.

[482] Bu konudaki detaylı açıklama için bkz. yukarıda "Form ve İçerik: Hukuk Devleti" başlığı.

[483] FAYM üzerinde Kant'ın ahlak teorisinin etkilerini açık bir biçimde görmek mümkündür. Zira, bilindiği gibi Kant'ı etik anlayışında, ahlaki standartların evrenselleşebileceği fikri vardır.

[484] Almanya'nın anayasal kültürüne egemen olan bütünleşme ve toplulukçuluk düşüncesi bazı sorulara cevap vermeye çalışır: Tüm halkların, bireylerin ya da birey gruplarının

öğretisinin[485] de etkilerinin birleşmesi sözkonusudur[486]. Temel Yasanın 1. maddesinde yer alan "insan onuru" ifadesini objektif hukuk kuralı olarak değerlendiren ilk kişilerden biri, Temel Yasa üzerine yazılmış en önemli şerhlerden birinin yazarından olan Günter Dürig'dir[487]. Bu kavramın FAYM içtihatları arasına girmesi de ünlü *Lüth/Harlan*[488] kararı ile olmuştur. Federal Anayasa Mahkemesinin Lüth kararı, sadece Almanya için değil, tüm dünyada anayasa yargısı ve anayasal yorum açısından önemli bir karardır. Bunun nedeni, Mahkemenin sadece hak ve özgürlüklerin kapsamına ilişkin yorumu değil; bunun da ötesinde farklı bir anayasa anlayışını devreye sokmasıdır. Gerçekten de anılan karar uyarınca bir yandan, devletin kişi hak ve özgürlükleri karşısındaki yükümlülükleri yeniden tanımlanmış; bir yandan da anayasanın yorumlanmasında yargı organının rolü ve anayasa ideolojisinin önemi teslim edilmiştir.

---

ortak olarak sahip oldukları şey nedir? Ya da bu grup ve kişileri birleştiren şey nedir? Şayet her birey "kişi" olarak ele alınıp, -insan hakları teorisinde olduğu gibi- ona bundan dolayı anayasal haklar tanındığı takdirde, yurttaşlık, sınıf, ırk ya da din konuları, tali meseleler haline gelecektir. Buna karşılık, topluluk ölçütü olarak vatandaşlık kavramı üzerinde yoğunlaşıldığında, Almanya Temel Yasasına göre, Alman olan ve olmayan ayrımını yapmak ve örneğin toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı ile seyahat özgürlüğünü ilk sayılan gruba vermek gerekecektir.

[485] XIX. yüzyıl sonlarında "tabii hukuk rönesansı" olarak ortaya çıkan bu akım, doğal hukukun, pozitif hukukun gelişimi açısından yol gösterici bir ilke olduğunu ve doğal hukukla adalet ideali arasında sağlam bir paralellik ilişkisi bulunduğu fikri üzerine kuruludur. Bkz. **Güriz**, *Hukuk Başlangıcı*, a.g.e., s. 231.

[486] Bkz. **Sancar**, *Temel Hakların Yorumu*, a.g.e., s. 231: "*Bu yaklaşımın genel felsefi temelinde, Nikolai HARTMANN ve Max SCHELER'in 'maddi değer etiği' öğretisinin yattığı, genellikle kabul edilir. Bu düşünürler, ontolojik ve fenomenolojik bir süreç içinde işlenecek olan değerlere, objektif bir varlık formu izafe ederler. Bu açıdan bakıldığında, temel haklar, 'kendi için' (für sich) ve 'kendinde' (an sich) mevcut olan objektif değerlerin ifadesidirler; bu değerler, temel haklarda kavramlaştırılıp anayasal geçerliğe kavuşturulmuşlardır. Temel hakları bir değerler sistemi olarak gören anlayışın anayasa hukukundaki öncüsü olarak, genellikle Rudolf SMEND gösterilir. Görüşleri, içinde yaşadığı dönemin ve toplumun özgül sorunları ile sıkı bir bağlantı içinde olan SMEND, temel hakların bir 'değerler veya kültür sistemi'ni normlaştırdıklarını ve anayasanın bütünlüğünü inşa eden objektif normlar olduklarını savunmuştur. Buna göre temel haklar, anayasa ile düzenlenen devlet yaşamına anlamını veren bir kültür veya değerler sistemini dile getirirler*".

[487] **Kommers**, "Germany : Balancing Rights and Duties", a.g.m., s. 180. Dürig, bu kavramın Hristiyan personalizminden kaynaklandığını iddia etmiştir. Ancak neyse ki, anılan kavram, FAYM tarafından bu dini referansla yorumlanmamıştır. Dürig'in görüşlerinin Federal Anayasa Mahkemesi üzerindeki etkilerine ilişkin olarak, bkz. **Stefan Vogenauer**, "An Empire of Light: Learning and Lawmaking in Germany Today", *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 26, No. 4, Winter 2006, s. 643.

[488] 15.01.1958, Recueil des décisions de la Cour constitutionnelle fédérale, BverfGE, t.7, ss. 198-230.

Karara konu olan olaydaki anayasa şikayeti, 1950'lerin başında Hamburg Senatosunun eski üyesi *Eric Lüth* tarafından yapılmıştır. Lüth, film distribütörlerini ve kamuyu, Veit Harlan'ın *Unsterbliche Geliebte* (Immortal Beloved) filmini, bu kişinin en önde gelen Nazi film yönetmenlerinden biri olduğu gerekçesiyle boykot etmeye davet etmiştir. Lüth bu boykot çağrısında özellikle, yönetmenin en ünlü anti-semitik nazi propaganda filmlerinden biri olan "Jud Süß" filmi üzerinde durmuştur. Hamburg 2. Bölge Mahkemesi (*Landgericht 2*), Lüth'ün, Alman Medeni Kanununun 826. maddesi gereğince, boykot çağrısı yapmaktan kaçınması gerektiğine; Lüth tarafından bu yükümlülüğe riayet edilmemesinin kamu düzenini ihlal ettiğine karar vermiştir. Lüth bu karara karşı anayasa şikayeti yoluna başvurmuştur. FAYM, Lüth'ün boykot çağrısının, TY'nın ifade özgürlüğünü güvenceleyen 5(1). maddesince *prima facie* korunduğuna karar vermiştir. FAYM'ne göre, Bölge Mahkemesi, vermiş olduğu kararla, başvurana, Bay Harlan'ın yeniden ortaya çıkışı ve ürettiği filmlere tepki olarak aynı tavrı benimsemelerini sağlamak amacıyla üçüncü kişileri etkileyecek her türlü beyanda bulunmayı yasaklamıştır. FAYM'ne göre, Bölge Mahkemesinin vermiş olduğu bu karar, başvuranın ifadesini açıklama özgürlüğüne getirilmiş objektif bir sınırlamadır. Bölge Mahkemesi, anılan kararını Medeni Kanunun § 826. maddesine dayandırmıştır. Bu madde uyarınca, başvuranın eylemi, ahlaka aykırı biçimde başkasına kasıtlı olarak zarar verdiğinden dolayı haksız fiil oluşturmaktadır. Başka bir deyişle, Bölge Mahkemesinin yorumuna göre, şikayetçi Harlan'ın başvuranın (Lüth'ün) bu tür beyanlarda bulunmamasını isteme hakkı vardır. TY'nın 5. maddesinin ikinci paragrafı, birinci paragrafta tanınan ifade özgürlüğünü sınırlayan üç sebep öngörmektedir. Bunların başında "genel yasa" ifadesi gelmektedir. FAYM'a göre, Hamburg Bölge Mahkemesi tarafından uygulandığı şekliyle Medeni Kanunun 826. maddesi, TY'nın 5. maddesi anlamında bir genel yasadır. Ancak buradaki "genel yasa" ifadesiyle, "yasanın genelliği" ifadesinin birbirine karıştırılmaması gereklidir. Yasanın genelliğiyle kastedilen, bu yasayla öngörülen düzenlemelerin herkes için sonuç doğurmasıdır. Burada "genel yasa" ifadesinden, anılan düzenlemenin belli bir "içeriğe"[489] sahip olduğu anlaşılır. Anayasanın metninde bulunan "genel yasa" formülasyonu, ifade

[489] **Kanadoğlu**, *Türk ve Alman Anayasa Yargısında Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyumlaştırılması*, a.g.e., s. 48.

özgürlüğünün sınırlandırılmasında yasama organına sınırsız bir özgürlük vermez. Böylesine bir yorum, ifade özgürlüğünü, sınırlarını yasama organının belirlediği bir alana hapsetmek olur. Anayasa yargıcı, temel hakkın içinin boşaltılmasını önlemek için, temel hakla yasa arasında "etkileşim" (*interaction*, *Wechselwirkung*) teorisini geliştirmiştir. Bu teori uyarınca, şayet yasa, temel hakkı sınırlandırırsa, bu sınırlama sırasında TY'deki temel hakka da saygı gösterecektir. Başka bir deyişle, yargıcın yasayı yorumlaması, temel hakka saygı çerçevesinde gerçekleşecektir[490].

İfade özgürlüğünün bu kıstastan yola çıkılarak anayasaya uygun olarak sınırlanabilmesi için, özel hukuk alanındaki genel yasanın içeriğiyle korunan değerin, ifade özgürlüğün koruduğu anayasal değerlere göre üstünlüğe sahip olması gerekir. Anayasal haklarla, özel hukuk ya da ceza hukuku alanındaki yasalarla korunan sosyal yararlar çatıştığı zaman, ilk derece mahkemeleri korunan anayasal hakkın değer ile yasayla korunan sosyal değerin ağırlıklarını ölçmek durumundadır. Üstün değerin saptanması ise "dengeleme"[491] faaliyeti yoluyla mümkündür. FAYM, ilk derece mahkemesinin Lüth'ün davasında Harlan'ın ekonomik menfaatine karşılık, Lüth'ün ifade özgürlüğünü hiçbir şekilde dikkate almayarak, gerekli olan dengeleme prosedürünü gerçekleştirmekte başarısız olduğu kanısına varmıştır. Oysa Lüth'ün halkı boykota çağırmasında kamusal bir menfaat vardır.

Lüth kararı, anayasal yorum bağlamında birçok yönden önem taşımaktadır. İlk olarak, Mahkemenin bu kararında, anayasal hakların yalnızca devlete karşı ileri sürülen haklar olarak değil; bireyler arasındaki uyuşmazlıklara da doğrudan uygulanan haklar olduğunu görmek mümkündür[492]. İkincisi, Lüth davası, ifade özgürlüğüne ilişkin bir dava olması itibarıyla, başlı başına önemlidir: başkalarının ekonomik ya da sosyal menfaatlerine zarar verseler bile, ifadelerin beyan edilmesinde kamusal menfaat

---

[490] **Thomas Meindl**, *La Notion de Droit fondamental dans les Jurisprudences et Doctrines constitutionnelles françaises et allemandes*, L.G.D.J., Paris 2003, s. 375.

[491] Bizim "dengeleme" olarak kullandığımız ve bundan böyle de bu şekilde kullanacağımız terim Türk Anayasa Hukuku doktrininde "tartım" olarak da kullanılmıştır, bkz. **Fazıl Sağlam**, *Temel Hakların Sınırlandırılması ve Özü*, AÜSBF yay., no. 506, Ankara 1982, s. 35 vd. Dengeleme konusuna aşağıda "Ölçülülük" başlığı altında değinilecektir.

[492] Bkz. aşağıda "Hakların Yatay Etkileri" başlığı.

bulunduğu hususunun altı bu kararla FAYM tarafından çizilmiştir[493]. Ancak bu kararın belki de en önemli boyutu, TY'nın objektif değerler bütünü oluşturduğunu ve bu değerler arasında bir hiyerarşi bulunduğunu göstermesidir.

Objektif değerler meselesi şu şekilde ortaya konulabilir: Her anayasal hak ve özgürlüğün benzer anayasal değerleri vardır. Ancak bir hak ya da özgürlük bazı özel değerleri de bünyesinde barındırmaktadır. İşte bir değer olarak hak, Devlete, onu (değeri) genel hukuk sisteminin bütünleyici bir parçası haline getirme yükümlülüğünü yükler[494]. Örneğin, basın özgürlüğü, yayıncıları, bağımsızlıklarına zarar verecek Devlet müdahalelerinden korur; ancak bu hak objektif bir değer olarak, Devlet politikalarının demokrasi gereklerine ve basının temsil ettiği fikirlerin çeşitliliğine hizmet edecek şekilde düzenlenmesi ödevini yükler[495].

FAYM, 1994 yılında verdiği yayın ücretlerine ilişkin kararında[496] da bu objektif düzene gönderme yapıyor idi:

> "*Kamusal yayınlar, ne Devletin ne de sosyal grupların eline bırakılabilir. Yayın özgürlüğü temel hakkı, toplumda rol oynayan konuların ve fikirlerin çeşitliliğinin korunduğu pozitif bir hukuk düzeninin varlığını gerektirir*"[497].

FAYM'ne göre, aynı zamanda bu objektif değerler arasında bir hiyerarşi de bulunur. Bu hiyerarşinin en tepesinde diğer temel hakların da nihai hedefini oluşturan

---

[493] "*Kamuoyunu ilgilendiren bir konuda yapılan düşünce açıklamasında, gerçekten de, çatışmaların çözümünde yasa düzeyinde yapılacak tartımla ulaşılacak iki bireysel çıkardan daha çoğu, demokrasinin olmazsa olmaz koşulu açık bir iletişimdeki bireylerüstü çıkar vardır. Gerçi diğer özgürlüklerin de demokrasiye ilişkisi vardır, ama düşünce özgürlüğünde bu ilişki daha dardır. Diğer özgürlükler, demokrasinin olması gereken koşullarını güvenceye alırken, iletişim özgürlükleri demokrasinin ayrılmaz bir parçasıdır*", bkz. **Kanadoğlu**, *Türk ve Alman Anayasa Yargısında Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyumlaştırılması*, a.g.e., s. 58.

[494] **Kommers**, "Germany : Balancing Rights and Duties", a.g.m., s. 181.

[495] **Kommers**, "Germany : Balancing Rights and Duties", a.g.m., s. 181.

[496] BVerfGE 90, 60 1 BvL 30/88, 22 Şubat 1994.

[497] Kararın İngilizce çevirisi için bkz. http://www.utexas.edu/law/academics/centers/transnational/work_new/german/table.php?id=131 (5.10.2007)

"insan onuru" kavramı vardır[498]. İnsan yaşamı ve bireyin kişiliğini özgürce geliştirme değerleri de hiyerarşide insan onuruna oldukça yakın bir yerde durmaktadırlar.

Buradaki en önemli yorum sorunu, hakka mı, yoksa değere mi öncelik verileceği hususudur. Bazı durumlarda bir değer, hakka göre daha ön plana çıkabilir (yayın örneğinde olduğu gibi).

FAYM önündeki değer / hak çatışmasını da içeren en tartışmalı davalardan birisi 1. Kürtaj Davasıdır[499]. FAYM bu davada, insan onuru ilkesine, hamileliğin ilk on iki haftasında gerçekleştirilen kürtajı yasallaştıran bir yasayı hükümsüz kılmak için dayanmıştır. FAYM, bu kararıyla yaşamın değerinin, kadının kişisel gelişim hakkına baskın geldiği sonucuna varmıştır[500]:

> "Anne karnında olan çocuğun yaşamının korunması, kural olarak, hamile kadının hamileliği süresince kişiliğini geliştirme hakkından önce gelir ve bu takaddüm durumu hamileliğin hiçbir döneminde değişmez"[501].

1. kürtaj kararının gerekçesinde, FAYM, anayasanın hazırlık aşamasında Parlamento Konseyinin en belirleyici üyelerinin, herkesin yaşam hakkına sahip

---

[498] **Kommers**, "Germany : Balancing Rights and Duties", a.g.m., s. 181.

[499] BVerfGE 39, 1, Translation by Robert E. Jonas and John D. Gorby in *The John Marshall Journal of Practice and Procedure* (Vol. 9:605), bkz. http://www.swiss.ai.mit.edu/~rauch/germandecision/german_abortion_decision2.html (8.09.2007)

[500] Ancak bu karardan tam iki yıl kadar önce Amerikan Yüksek Mahkemesi, *Roe v. Wade* (410 US 113, 22.01.1973) kararını vermiş ve FAYM'nin benimsediğinden çok farklı bir yaklaşım kabul etmişti. Bkz. **Sibel İnceoğlu**, *Ölme Hakkı*, Ayrıntı yay., İstanbul 1999, ss. 119 vd. : "*Roe kararında, kürtajla ilgili kadının kişisel kararının, mahremiyet hakkının koruma gören alanına girdiği saptanmış, daha sonra bu hakkı sınırlamayı doğrulayacak zorlayıcı bir devlet amacı, menfaati olup olmadığına bakılmış ve sınırları ortaya konulmuştur. Hamilelik dönemi üç aylık dönemlere bölünmüş ve her bir dönem için ayrı kurallar uygulanmıştır. Birinci üç aylık dönemde, Devlet kürtajı yasaklayamaz veya zorlaştırıcı tedbirler alamaz. Devletin kürtaja ilişkin düzenleme yapmasının amacı anne sağlığının korunmasıdır. (...) İkinci üç aylık dönemde kürtaj olan annelerin ölüm oranı daha yüksek olduğu için devlet, annenin sağlığını koruyucu tedbirler alabilir. Burada zorlayıcı bir amaç vardır. (...) Sözü geçen bu iki dönemde kürtaj yasaklanamamaktadır. (...) Fetüsün yaşamı ancak üçüncü üç aylık dönemde koruma görmektedir. Çünkü, ancak üçüncü üç ayda fetüs 'yaşayabilir' hale gelmekte, annenin rahmi dışında yaşama kapasitesine sahip olabilmekte ve kişi olarak kabul edilebilmektedir*".

[501] I. Kürtaj Davası, a.g.k.

olduğunu düzenleyen genel klozun, fetüsün yaşamını da kapsadığını düşündükleri üzerinde geniş bir biçimde durmaktadır[502].

Yine değer ve hak çatışmasının olduğu bir diğer dava da *Lebach* davasıdır[503]. FAYM, bu davada, yıllar önce işlenmiş ve sanığı serbest bırakılmış bir cinayetle ilgili yayının[504], sanığın kişilik haklarına aykırılık oluşturup oluşturmadığını incelemiştir. Federal Mahkemeye göre, basının ve genel olarak da kamunun, şikayet edenin yaşamı ve işlediği suç hakkındaki detayları öğrenmekte geçerli bir menfaati olduğunu kabul eder. Ancak, aradan geçen zaman süreci, bu menfaati azaltmıştır. Buna karşılık, aynı zaman süreci sonunda sanığın hapishaneden çıktıktan sonra, topluluk içinde yaşayabilme ve başkalarıyla ilişkiler kurabilme menfaati artar. Bu kişi açısından, kişiliğine saygı ve kişiliğini özgürce geliştirme hakkı, hayati öneme sahiptir. Ayrıca, bu hakların TY'nın 1. maddesinde düzenlenen üstün değerle, yani insan onuru ile sıkı bir bağlantısı vardır; bu nedenle 1. ve 2. maddenin birlikte değerlendirilmesi gerekir. Dolayısıyla, biraz önce kamunun ve basının menfaatleri nedeniyle kişilik hakkına getirilen müdahale, TY'nin 1. ve 2. maddesinde gösterilen değerlerle dengelenmelidir. FAYM, yaptığı bu dengeleme faaliyeti sonucunda şikayetçiyi haklı bulmuştur[505].

b. Negatif ve Pozitif Haklar

Negatif haklar, sübjektif nitelikteki özgürlüklerdir. Bu haklar, bireylerin kişisel özerklik ve özgürlüklerini konu edinip, onları devlete karşı korurlar. Pozitif haklar ise, bireylerin devletten ve daha genel olarak da toplumdan taleplerini içerirler. Alman Hukukunda pozitif haklar, sadece bazı sosyal ihtiyaçların karşılanmasından ibaret

---

[502] **Kommers**, "Germany : Balancing Rights and Duties", a.g.m., s. 197.

[503] Kararın İngilizce çevirisi için bkz. http://www.utexas.edu/law/academics/centers/transnational/work_new/german/case.php?id=644 (9.09.2007).

[504] Anılan yayında, sanığın isminin, fotograflarının ve yaşamına ilişkin kişisel bilgilerin ifşa edilmesi sözkonusudur.

[505] Buna karşılık, Amerika Birleşik Devletlerinde de Yüksek Mahkeme benzer bir konuda tam tersi yönde karar vermiş; ağırlığı kamunun bilgilenmedeki menfaati ve basın özgürlüğü yönünde kullanmıştır, bkz. *Time Inc. v. Hill*, 385 US 374, 9.01.1967.

değildir; aynı zamanda bireysel özgürlük ve özerkliklerin etkili biçimde sağlanmasını da içerir[506]. Kişisel özgürlük ve özerklik de, Devletin geliştirmek ve saygı göstermekle mükellef olduğu insan onurunun gerekleri ve toplumun ortak yararları ile sınırlıdır. Örneğin sosyal devlet anlayışı, mülkiyet hakkının kamu yararına uygun olarak kullanılmasını gerektirir.

Bu açıdan, özellikle pozitif haklar düzleminde, Almanya'daki, genel olarak da Kıta Avrupasındaki temel hak anlayışının, Amerika Birleşik Devletlerindeki temel hak anlayışından farklı olduğu belirtilmelidir. Amerika Birleşik Devletlerinde haklar, topluma karşı kullanılırken, Almanya'da toplumla birlikte kullanılan değerler olarak anlaşılır. Dolayısıyla, Almanya'da hakların kullanılmasında devletin rolü daha fazladır. Bu farklılık genel olarak bu ülkelerin geleneklerinden ve insan hakları anlayışından kaynaklanır. Amerika Birleşik Devletlerinde birey merkezli ve özerklik temeline dayanan yaklaşım, yerini Almanya'da toplumculuğa ve eşitlik fikrine bırakır.

Pozitif hak kavramı ile bir önceki bölümde işlenen objektif değer kavramları arasında sıkı bir bağlantı olmasına rağmen, birbirinden farklıdır[507]. Objektif değer devlete yükümlülük yükler. Devlet, bu değerlerin gerçekleşebilmesi için gerekli ortamı hazırlamalıdır. Başka bir deyişle, objektif değer, devletin ve toplumun bütününü ilgilendirir. Ancak, pozitif hak, daha çok bireysel bir talebi yansıtır.

Bir hakkın pozitif ya da negatif yönlerinden hangisinin üstün olduğu meselesi FAYM önünde iki davaya konu olmuştur: Bunlardan ilki, *Okul Duası* kararıdır[508]. Karara konu olan olayda, zorunlu din dersleri dışında, öğrencilere bir de okul duası okutulmakta, öğrenci velileri de bu duruma karşı çıkmaktadırlar. Din ve ibadet özgürlüğü TY'nın 4. maddesinde düzenlenmektedir. TY'nin 6/2. maddesi ise, eğitim

---

[506] **Kommers**, "Germany : Balancing Rights and Duties", a.g.m., s. 183.

[507] **Kommers**, "Germany : Balancing Rights and Duties", a.g.m., s. 183.

[508] BverfGE 52, 223 – *Schulgebet*, 16.10.1979. Almanya'daki "Okul Duası Kararı" ile benzer konularda kararlar, Amerika Birleşik Devletleri ve Kanada'da da verilmiştir. Bu üç ülkede, aynı konu hakkında verilmiş olan kararların karşılaştırılması için bkz. **Jerold Waltman**, "Communities in Conflict: The School Prayer in West Germany, the United States and Canada", *CJLS/RCDS*, Vol. 6, 1991, ss. 27-43.

hakkının kullanılmasında ebeveynin rolünü düzenlemektedir. 7. maddede ise Devletin eğitim alanındaki görevleri yer almaktadır. FAYM, kamu okullarının biçimlendirilmesinde, hristiyanlık bağının kural olarak yasaklanmadığı sonucuna varmıştır[509]:

> "Okul bir misyoner okulu olamaz ve hristiyan inanç içeriğiyle bir bağlılık kuramaz; (okul) diğer dini, ideolojik içerik ve değerler için de açık olmalıdır. Hristiyanlığın dünyevi branşlarda (alanlarda) onaylanması öncelikle Batı tarihinde geliştiği gibi belirleyici bir kültür ve eğitim faktörü olarak tanınması ile ilgilidir, yoksa bir dini inancın doğruluğu ile ilgili değildir ve bununla hristiyan olmayanlara karşı da tarihsel gerçeklerin etkisini sürdürmesiyle varolan bir meşruluğa sahiptir"[510].

FAYM, okul duasının belirlediği bu çerçeveyi aşan bir uygulama olduğunu kabul etmiş; ancak burada duaya katılanların negatif din özgürlüklerinin ihlal edilmemesi kaydıyla uygulamanın anayasaya uygun olduğu sonucuna varmıştır. Pozitif ve negatif din özgürlüğü arasındaki uyuşum da duaya katılımın serbest olması ile açıklanmıştır[511].

Ancak daha önce, Almanya'da okul duası, Hessen Anayasa Mahkemesi önünde görülen bir davaya konu olmuştu: Anılan kararla, bir öğrencinin karşı çıkması halinde, okul duasının yapılmasının yasaklanabilmesine izin verilmiştir[512]. Vicdani nedenlerle duaya katılmak istemeyen bir çocuğun bulunduğu bir sınıfta dua etmek, negatif din özgürlüğüne aykırı bulunmuştur, zira din ve vicdan özgürlüğü, dinini açıklamaktan kaçınma hakkını da içerir. Eğer, öğrenci dua sırasında sınıfı terketmek zorunda kalırsa,

---

[509] **Kanadoğlu**, *Türk ve Alman Anayasa Yargısında Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyumlaştırılması*, a.g.e., s. 84.

[510] BverfGE 52, 223'den aktaran **Kanadoğlu**, *Türk ve Alman Anayasa Yargısında Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyumlaştırılması*, a.g.e., s. 84.

[511] **Kanadoğlu**, *Türk ve Alman Anayasa Yargısında Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyumlaştırılması*, a.g.e., s. 84.

[512] **Kanadoğlu**, *Türk ve Alman Anayasa Yargısında Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyumlaştırılması*, a.g.e., s. 85.

dini inancını açıklamaya zorlanmış ve böylelikle dinini açıklamama özgürlüğü ihlal edilmiş olur[513]. Bu surette Land Anayasa Mahkemesi, dinini açıklamama özgürlüğü şeklinde beliren negatif din özgürlüğüne, pozitif din özgürlüğü karşısında üstünlük tanımıştır.

c. Hakların Yatay Etkileri

Yatay etki teorisi, Alman doktrininde ilk defa yüzyılın başlarında dillendirilmeye başlanmıştır. Ancak anılan teorinin FAYM tarafından benimsenmesi, 1950'li yıllarda gerçekleşmiştir[514].

Yatay etki ile anlatılmak istenen, temel hak ve özgürlüklerin bireyler arası uyuşmazlıklarda da uygulanmasıdır. Bu anlamda yatay etki, devletle özel kişiler arasındaki ilişkilerde sözkonusu olan düşey etkiden ayrılır. Düşey etki, bireyi, Devletin sınırlamalarına karşı korur ve bu nedenle doktrinde temel hakların asıl sonuçlarını bu alanda doğurdukları kabul edilir. Ancak, toplumun bugün geldiği noktada temel haklara zarar veren tek kurumun devlet olduğu söylenemez. Ayrıca temel hakların özel hukuk alanına uygulanmaması ve bu surette özel kişilerin etkilerine açık hale getirilmesi, bazı durumlarda hakkın tanınmış olmasını bütünüyle anlamsız hale getirebilir. Bu durum özellikle iş hukuku ve aile hukuku uyuşmazlıkları yanında, mülkiyet hakkına ilişkin uyuşmazlıklarda da[515] geçerlidir. Ancak yatay etki teorisinin bazı sınırları da vardır[516] : özel hukukun en önemli özelliklerinden biri olan birey özerkliği de yine anayasal bir haktır. Bunun yanında erkler ayrılığı teorisi, yine bu teorinin tam anlamıyla uygulanmasına engel oluşturur. İşte bu sayılan nedenler, yatay etkinin iki taraflı

[513] **Kanadoğlu**, *Türk ve Alman Anayasa Yargısında Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyumlaştırılması*, a.g.e., s. 85.

[514] Almanya'daki yatay etki uygulaması ile diğer ülkelerdeki uygulamaların karşılaştırması için bkz. **Mark Tushnet**, "The issue of state action/horizontal effect in comparative constitutional law" in *I·CON*, Vol. 1, n° 1, 2003, ss. 79-98.

[515] İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi de kararlarında yatay etki teorisini kabul etmektedir. Bu konudaki örnekler için bkz. **Oya Boyar**, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Kararlarında Mülkiyet Hakkının Sınırlandırılması*, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, yayınlanmamış yüksek lisans tezi, İstanbul 2004, özellikle s. 45 vd.

[516] **Thomas Meindl**, *La Notion de Droit fondamental* ..., a.g.e., s. 371.

ilişkisine sınır getirmekte ve özel kişiler arasındaki ilişkiye Devletin de aracı olarak katılmasına neden olmaktadır[517]. Özel kişiler arasındaki yatay ilişkinin merkezine bu şekilde Devletin oturtulması, yatay etki teorisinin, yerini "koruma yükümlülüğü teorisine" bırakmasına neden olmaktadır[518].

Almanya doktrininde, yatay etki teorisinin kapsamı konusunda geniş tartışmalar yapılmıştır. Buradaki ilk tartışma, hak ve özgürlüklerin özel kişiler arasındaki uyuşmazlıklarda doğrudan uygulanıp uygulanmayacağına yöneliktir[519]: Doktrinde azınlıkta kalan bir kısım yazar (özellikle Nipperdey) ve bir dönem İş Mahkemeleri, tıpkı düşey etkide olduğu gibi, temel hakların doğrudan özel kişilere uygulanabileceği görüşünü savunmuşlardır. Bu görüşe göre, temel hak ve özgürlüklere saygı göstermesi gereken sadece devlet değil, aynı zamanda diğer bireylerdir. Bu görüşün anayasal temeli de 1. maddenin 3. fıkrasına dayandırılmıştır. Başka bir deyişle, "şayet devlet organları temel haklarla bağlı ise, bireyler *evleviyetle (a fortiori)* bağlıdır" anlayışına bağlı kalınmıştır. Burada "çoğu yapabilen azı da yapabilir" deyişinin bir uygulaması sözkonusudur. Ancak, bu yaklaşım, Devletle birey arasında birincisi lehine bir hiyerarşi yarattığı için eleştirilmiştir. Oysa hiyerarşi, temel hakların amacıyla bağdaşmamaktadır. Temel haklar, devlet karşısında bireyin konumunun güçlendirilmesi hatta eşitlenmesi için vardır[520]. Doğrudan etkiyi savunanların ikinci gerekçesi, temel hakların "etkili" korunmasıdır. Bu görüşe göre, temel haklar, artık sadece bireyin devlete karşı "korunma hakları" değil; toplumun bütünü için uyulması gereken yüksek değerleri yansıtır[521]. Bu görüş, temel hakların uygulama alanını en çok genişleten görüştür. Ancak, bu görüşe

---

[517] **Meindl**, *La Notion de Droit fondamental...,* a.g.e., s. 371.

[518] **Meindl**, *La Notion de Droit fondamental...,* a.g.e., s. 371.

[519] **Meindl**, *La Notion de Droit fondamental...,* a.g.e., s. 371.

[520] **Meindl**, *La Notion de Droit fondamental...,* a.g.e., s. 377.

[521] Bu görüş doğrultusunda Federal İş Mahkemesi, 3 Aralık 1954 yılında bir karar vermiştir. Bu kararda, İş Mahkemesi, bir iş sözleşmesi düzenlemesini temel hakları ihlal ettiği gerekçesiyle yok hükmünde kabul etmiştir. Mahkemeye göre, "*temel haklar toplumsal hayat için emredici temel ilkelerdir. Bu haklar, her hak için ayrı ayrı belirlenecek içerikleriyle bireyler arası ilişkilerde doğrudan etkiye sahiptir*", bkz. **Meindl**, *La Notion de Droit fondamental...,* a.g.e., s. 378.

yönelik iki temel eleştiri vardır: Birincisine göre, doğrudan yatay etki, TY'nin 1/I ve 2/I. maddelerinde düzenlenen birey özerkliği ilkesini sınırlar, hatta bunu ortadan kaldırır[522]. Zira, devletle birey arasındaki dikey ilişkide, temel haklara sahip olanlar yalnızca bireylerdir. Oysa ki, bireyler arası yatay ilişkide, her ikisi de temel haklara sahip olan iki birey vardır. Birinin temel hakkının korunması sırasında, diğerinin temel hakkı sınırlandırılacaktır. Ancak bu yaklaşım, dikey ilişkide devlet, bireylerden farklı bir organ olmasına rağmen, aslında bireylerin temsilcisi olduğu için göreceli hale gelmektedir. Dikey ilişkilerde de farklı bireylerin çıkarlarının uzlaştırılması sözkonusudur. Bu anlamda, hem dikey hem de yatay ilişkide, bir bireyin hakkının korunması diğerinin sınırlanması anlamına gelir. İkisi arasındaki fark, bireyin sınırlandırmayı kabul etme yönündeki rızası konusundadır. Gerçekten de, dikey ilişki sözkonusu olduğunda rıza dolaylıdır, zira bu halde uzlaşmanın şartlarını yasama organı tek başına belirlemektedir. Oysa, yatay ilişkide bu rıza doğrudandır: zira burada sözleşmenin tarafı olan birey, sözleşmeyi kendisi kabul etmektedir. Bu durum birey özerkliğinin ifadesidir. Dürig bu özerkliği şöyle ifade etmektedir: "*birey kural olarak, eşitler arasında, devlete karşı hak ve yükümlülüklerini gözönünde bulundurmaksızın, eşitliğini ve özgürlüğünü kullanma şekline ve zamanına serbestçe karar verebilir*"[523].

İkinci olarak, yine doğrudan yatay etki teorisinin, erkler ayrılığı kuralına aykırı olarak, yasama organının yetki alanında olan konuların, yargıçlara kaymasına neden olduğu ifade edilmektedir[524].

Bu iki eleştirinin birlikte değerlendirilmesinden, şu sonuç çıkmaktadır: doğrudan yatay etki teorisinin tanınması halinde, özel hukuk, esaslarını yasama organının değil, yargıcın belirleyeceği bir devletleştirme sürecine konu olacaktır. Bunun ilk sonucu, özel hukukun ortadan kalkması ya da kalkmasa bile kamu hukukuna tabi olmasıdır. Oysa ki özel hukuk, kendisine özgü düzenleme araçlarına sahiptir. Doğrudan yatay etkinin

[522] Bkz. **Meindl**, *La Notion de Droit fondamental...,* a.g.e., s. 378.

[523] **Meindl**, *La Notion de Droit fondamental...,* a.g.e., s. 378.

[524] **Meindl**, *La Notion de Droit fondamental...,* a.g.e., s. 378.

ikinci sonucu ise, temel hakların kapsamını ve sınırlarını belirleme yetkisinin yasama organına değil, yargıca ait olmasıdır.

İkinci bir yaklaşımda bazı yazarlar, yatay etkinin sözkonusu olmadığını savunurlar[525]: Schwabe, devleti tüm özel hukukun merkezine yerleştirerek yatay etkinin mevcudiyetini inkar eder. Bu anlayışa göre, kamu hukuku ile özel hukuk arasında hiçbir fark yoktur. Hangi hukuk dalı sözkonusu olursa olsun, temel hakların dile getirildiği anayasa şikayetine, zorunlu olarak, kamusal bir makamın aldığı karar üzerine başvurulur. Bu işlem, ya bir yargı kararıdır ya da bir yasadır.

Buna karşılık, doktrinin büyük bölümü ve özellikle biraz önce yukarıda "objektif değerler bütünü teorisinde" andığımız Dürig ve FAYM ise, hak ve özgürlüklerin özel kişiler arasında ancak dolaylı olarak uygulanabileceği görüşündedirler. Bu sonuncu yaklaşıma göre, temel haklar öncelikle özel hukukun kendi genel kuralları kapsamında bu alana dahil olur; yatay etki ise ancak bu genel kurallarda eksiklik ya da boşluk olması halinde devreye girer.

Görüldüğü gibi, yatay etki konusunda doktrinde üç farklı yaklaşım bulunmaktadır. Biz ise Almanya bahsinde, anayasanın birinci yorumcusu olan FAYM'ın konuya bakışı üzerinde duracağız.

Yatay etki teorisinin FAYM tarafından benimsenmesine de sebep olan Dürig, temel hakların özel hukuk üzerindeki sonuçlarını, etki derecesine göre üçe ayırır: Buna göre, kural olarak, temel hakların sadece açıklayıcı bir rolü vardır. Özel hukuk hükümleri uyuşmazlığı çözmek için yeterlidir, temel haklar ise yargıcın kararını iyi gerekçelendirmesine hizmet eder. Ancak bazı nadir hallerde, özel hukukun açık hükümlerinin temel haklar ışığında yorumlanması gerekir. Son olarak, bazı istisnai durumlarda özel hukuk hükümlerinin uyuşmazlığı çözmek için yeterli olmaması, başka bir deyişle, "boşluk" içermesi halinde, temel haklar boşluk doldurma işlevi yüklenir[526].

---

[525] **Meindl**, *La Notion de Droit fondamental...,* a.g.e., s. 371.

[526] **Meindl**, *La Notion de Droit fondamental...,* a.g.e., ss. 376-377.

Bu noktada öncelikle FAYM'nin dolaylı yatay etkiyi tanırken kullandığı anayasal normların üzerinde durulması gerekmektedir. Acaba TY'da yatay etkiyi öngören özel bir düzenleme var mıdır? Bu soruya olumlu yanıt vermek mümkün değildir. TY'de açıkça yatay etkiyi düzenleyen bir hükme rastlamıyoruz. Buna karşılık, 1. maddenin 3. fıkrasında, "*temel haklar, doğrudan uygulanabilir hukuk kuralı olarak yasama, yürütme ve yargı organlarını bağlar*" şeklinde bir düzenleme bulunmaktadır. Ancak, bu hüküm, yatay etkiden ziyade, temel hakların klasik uygulanma alanı olan devlet-birey ilişkilerine, başka bir deyişle düşey etkiye gönderme yapmaktadır.

Yatay etkiye ilişkin TY'de, genel tüm hakları kapsayıcı bir hüküm olmadığına göre, konuya teker teker haklar özelinde bakmak uygun olur. Bu açıdan, bazı hakların, bireyler arasında ya da daha genel olarak özel hukuk ilişkileri açısından sonuç doğurması, doğaları gereği mümkün değildir. Örneğin, TY'nın vicdani reddi düzenleyen 4. maddesinin 3. fıkrası, Alman vatandaşlığını koruma hakkını ve sürgün yasağını düzenleyen 16. maddesi, göçmen haklarını düzenleyen 16a maddesi, doğrudan devlet-birey ilişkilerini düzenleyen hükümlerdir. Ancak, diğer bazı maddeler ise, özel kişilere karşı da ileri sürülebilir haklar içerirler. Örneğin, sendikal hakları düzenleyen 9. maddenin 3. fıkrası, "*çalışma ve ekonomik şartları korumak ve iyileştirmek için dernek kurma hakkını ortadan kaldırmaya ve sınırlamaya yönelik her türlü sözleşmenin hükümsüz*" olduğunu düzenlemektedir.

Bu tür hükümlere, Weimar Anayasasında sıkça rastlanmaktaydı. Hatta Weimar Anayasası daha da ileri bir düzenleme ile, çalışanların ifade özgürlüklerini özel kişilere karşı koruyan hükümler de içeriyordu: "*Hiçbir iş ilişkisi bu hakka zarar veremez. Hiçkimse bu hakkını kullanmasından ötürü mağdur duruma sokulamaz*" (Weimar Cumhuriyeti Anayasası, md. 119). Yine Weimar Anayasasının "din özgürlüğünü" düzenleyen 136. maddesinin 3. fıkrası uyarınca, "*hiçkimse dini bir gösteriye ya da bayrama katılmaya, dini eğitim almaya ya da dini yeminler etmeye zorlanamaz*". Aynı metnin "sözleşme özgürlüğünü" düzenleyen 152. maddesinde ve işveren ile ücretli arasındaki iş ilişkisinde ücret ve temsil eşitliğini düzenleyen 156. maddesinde, yine yatay ilişkilerde hak korunmasına ilişkin hükümler bulunmakta idi. İşte bu nedenle TY'nın, yatay korumaya açık tek bir hüküm öngörmesinden dolayı, Weimar

Anayasasına göre nicelik açısından bir gerileme ifade ettiği söylenmektedir[527]. Bazı yazarlara göre, yatay etki açısından, TY., 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi ile de karşılaştırılmakta ve buna göre de gerileme işaretleri göstermektedir. Bu düşüncenin temelinde, esasen 1789 ihtilaline varan hak talebinin, devletin yanında ve hatta bundan daha çok, ruhban sınıfına ve aristokratlara yönelik olduğu anlayışı bulunmaktadır[528].

TY'daki yatay etkiye elverişli olan tek hüküm 9. madde hükmü değildir. Bleckmann, başka anayasal hükümlerden de özel hukuk ilişkilerinde uygulanacak temel hakların bulunduğu sonucuna varmıştır[529]. Buna göre, insan onurunun "dokunulamaz" olduğunu düzenleyen 1. maddenin 1. fıkrası, din vicdan ve inanç özgürlüğünü düzenleyen 4. maddenin 1. fıkrası, haberleşmenin gizliliğini düzenleyen 10. madde, konut dokunulmazlığını düzenleyen 13. maddenin 1. fıkrası, bu hakların "ihlal edilemeyecek" (*unverletzlich*) nitelikte olduğunu ifade etmektedir. Yazara göre, "dokunulamaz" ve "ihlal edilemez" ifadeleri, hakların yalnız Devlete karşı değil; bireylere karşı da korunduğunu göstermektedir. Aynı zamanda TY'nin 2. maddesinin 1. fıkrasında da, herkesin *başkalarının haklarına zarar vermemek kaydıyla* kişiliğini serbestçe geliştirme hakkına sahip olduğundan bahsedilmektedir. Yazar TY'da bulunan tüm bu hükümleri dikkate alarak şu sonuca varmıştır:

> "*temel haklar herşeyden önce belli bir özgürlük alanını korur ve özgürlüğe yapılan müdahaleye göre, temel hak, farklı işlevler geliştirir*"[530].

Bleckmann, buradan, temel hakların ilk işlevini yatay etki oluşturduğundan, ispat edilmesi gerekenin yatay etkinin bulunmadığı hususu olduğunu iddia etmektedir. Ancak Bleckmann'ın bu fikri, Federal Mahkeme tarafından kabul edilmemiştir. Önceki

---

[527] **Meindl**, *La Notion de Droit fondamental...,* a.g.e., s. 373.

[528] **Meindl**, *La Notion de Droit fondamental...,* a.g.e., s. 373.

[529] A. Bleckmann, Neue Aspecte der Drittwirkung der Grundrechte'den aktaran **Meindl**, *La Notion de Droit fondamental...,* a.g.e., s. 373.

[530] A. Bleckmann, Neue Aspecte der Drittwirkung der Grundrechte'den aktaran **Meindl**, *La Notion de Droit fondamental...,* a.g.e., s. 374.

başlık altında andığımız Lüth kararında, Federal Mahkeme, temel hakların, öncelikle bireyin özgürlük alanının, kamu güçlerinin müdahalesine karşı korunması için benimsendiğine karar vermiş ve bu hakların bireyin devlete karşı korunma hakları olduğunu belirtmiştir. Mahkemeye göre, bu durum, temel hakların farklı devletlerin anayasalarına girmesine neden olan tarihi olaylar olarak, insan hakları teorisinin tarihinden kaynaklanmaktadır ve TY'nın temel hak anlayışı da budur. Ancak bu tespitlerden hemen sonra, Mahkeme ilk defa olarak yatay etki anlayışını da ortaya koymuştur:

> "*Nötr bir değerler düzeninden ibaret olmayan TY, temel haklara ilişkin bölümünde, esas olarak temel hakların uygulanmasını güçlendiren objektif bir değerler düzeni oluşturmuştur. Bu değerler sistemi, hukukun her alanında geçerli olmalıdır. Anılan değerler sisteminden yasama, yürütme ve yargı organlarına yönelik buyruklar çıkar. Sistem aynı şekilde özel hukuk üzerinde de etkilidir. Hiçbir özel hukuk kuralı buna aykırı olamaz*".

FAYM, yatay etkiyi, temel haklardan doğan objektif değerler sistemi doğrultusunda tanımıştır. Daha önce andığımız Lüth kararı, FAYM tarafından, dolaylı yatay etkinin tanındığı ilk karardır. Hatırlanacağı gibi Lüth kararında, şikayetçi olan Lüth'ün ifade özgürlüğünün, bir "genel yasa"[531] hükmü olan Medeni Kanunun 826. maddesi gereğince sınırlandırılması sözkonusu idi. Burada yatay etki açısından önemli sorun şudur: bir özel hukuk hükmünün yorumlanmasında, bir temel hak belirleyici olabilecek midir? Mahkeme bu soruya şu yanıtı vermiştir:

> "*özel hukukta, objektif norm olarak temel hakların hukuki içeriği, hukuki alanı doğrudan düzenleyen hükümler aracılığıyla belirlenir*".

Ancak bu özel hukuk hükümleri, özel hukuki anayasal içeriğe uygun olarak yorumlanır. Burada yatay etkinin "dolaylı" olmasının nedeni ise, anayasada düzenlenen temel hakkın, yasanın yerine geçecek şekilde uygulanmaması, ancak yasanın

[531] Bkz. yukarıda "Objektif Değerler Sistemi Olarak Anayasa" başlığı.

yorumunda gözönünde bulundurulmasıdır[532]. Bununla birlikte, her ne kadar yasanın yorumlanmasında anayasa hukuku dikkate alınacak idiyse de, sözkonusu dava, maddi ve usuli anlamda özel hukuk davası olarak kalmaktadır. Ayrıca, temel haklar, tüm özel hukuk düzenlemeleriyle ilgili değildir. Bunlar daha çok, geniş anlamda kamu düzeninin bir parçasını oluşturan bağlayıcı özel hukuk hükümlerini, başka bir deyişle bireyin iradesine bağlı olmayan hükümleri ilgilendirir. FAYM'ne göre,

> "*Yargıçların, anayasal yükümlülük gereğince, uygulanacak maddi medeni hukuk hükümlerinin temel haklardan etkilenip etkilenmediğini tespit etmeleri gereklidir. Şayet böylesine bir etki mevcutsa, yargıç, bu hükümlerin kullanılmasında ve yorumunda özel hukuk üzerinde bu etkiden doğan değişiklikleri de gözönüne almak durumundadır. İşte medeni hukuk yargıcı ile temel haklar arasındaki bağın anlamı budur*"[533].

Temel hakların yatay etkisi, sadece özel hukukun yasal düzenlemeleri için değil, özel hukuk sözleşmeleri için de geçerli olabilmektedir. FAYM, 15 Ocak 1958 tarihli bir kararında, Hambourg Asliye Hukuk Mahkemesinin bir kira sözleşmesine dair vermiş olduğu kararı değerlendirmiştir. Karara konu kira sözleşmesi uyarınca, mülk sahibi, kiracının apartmanın duvarına kendi siyasal görüşlerini yansıtan pano asmasını yasaklamış; bu yasak da Hambourg Mahkemesi tarafından onanmıştır. FAYM, konuya ilişkin vermiş olduğu kararında, öncelikle Lüth kararına atıf yapmış, ardından da kendini kiracı ile kiralayanın kira sözleşmesinden ve yasadan doğan ilişkilerinin temel haklardan etkilenip etkilenmediğini denetleme konusunda yetkili saymıştır. FAYM'nin yaptığı dengeleme sonucunda, yarışan menfaatler arasında şikayetçi olan kiracının menfaati baskın gelmiş, ancak burada da temel hakkın etkisi dolaylı kalmış, zira Medeni Kanunun 1004. maddesi dolayısıyla uygulanmıştır.

---

[532] **Meindl**, *La Notion de Droit fondamental...,* a.g.e., s. 375.

[533] **Meindl**, *La Notion de Droit fondamental...,* a.g.e., s. 376.

d. Koruma Yükümlülüğü Teorisi

Temel hakların korunması, aslında üç devlet erkinin yükümlülüğüdür. Bu yükümlülük, özel iki kişi arasındaki uyuşmalıklarda da devletin araya konulmasıyla ortaya çıkar. Doğrudan ve dolaylı yatay etki teorilerinde gerçek aktör yargıçtır. Zira, gerek doğrudan, gerekse dolaylı yatay etki teorilerinde, temel hakları doğrudan ya da dolaylı olarak uygulama yetkisine sahip olan odur. Ancak, her ne kadar bu teorilerde yargıç merkezi bir rol oynasa da, devletin temel hakları koruma yükümlülüğü, yasama organının konuya doğrudan müdahalesini zorunlu kılmaktadır, çünkü ilk etapta aracı olması gereken, bunu da temel hakları yasal düzeye aktarma suretiyle yapması gereken odur. Burada karşımıza, yargıç ve yasama organı ilişkisi çıkmaktadır. Bu iki organ hakların korunmasında önemli bir işleve sahiptir. Hatta bu ilişkinin önemi kanımızca Kıta Avrupası hukukunda Common Law geleneğine göre daha fazladır. Daha çok merkezi anayasa mahkemelerini ve "hukuk devleti" anlayışını benimsemiş olan Kıta Avrupası ülkelerinde, yasama organının ve onun güdümündeki kurucu iktidarın koruyuculuğuna daha çok ihtiyaç duyulur.

Koruma yükümlülüğü kavramı (*Schutzpflicht*), ilk defa, yatay etkinin tanınmasından sonra, yukarıda andığımız ve hiçbir yatay etkinin bulunmadığı, kürtaj için cezai yaptırım öngören yasa metinleri üzerinde yapılan soyut norm denetimini konu edinen 25 Şubat 1975 tarihli 1. kürtaj kararında (*Schwangerschaftabbruch I*) kullanılmıştır[534]. Daha önce belirttiğimiz gibi, anılan kararda, fetusun yaşamının korunmasına ilişkin tartışma yapılmıştır. FAYM'ne göre, insan hayatının korunmasında devletin yükümlülüğü, doğrudan, herkesin yaşam ve fiziki bütünlüğünün sağlanması hakkını düzenleyen TY'nın 2. maddesinin 2. fıkrasından doğar. Yine Federal Mahkemeye göre, bu koruma yükümlülüğü 1. maddenin 1. fıkrasından da açıkça anlaşılmaktadır. Bu nedenle, koruma yükümlülüğü, TY'nın bu iki maddesinden doğmaktadır. Anılan kararda Mahkeme yaşam hakkının korunması yükümlülüğünü şöyle tanımlamıştır: "başkaları tarafından gerçekleştirilen illegal eylemlere karşı koruma".

[534] **Meindl**, *La Notion de Droit fondamental...,* a.g.e., s. 382.

8 Ağustos 1978 tarihli *1. Kalkar* kararı uyarınca,

"*koruma yükümlülüğü, temel haklara yönelik zarar tehlikesini sınırlayacak hukuki kurallar oluşturmayı emreder*"[535].

Bu iki içtihattan şu sonuçlar çıkmaktadır: Koruma yükümlülüğü, üçüncü kişilere karşı temel hakların korunmasını amaçlar. Buradaki üçüncü kişiler, TY'nın temel hakları gerçekleştirmekle mükellef tuttuğu makam dışındaki her türlü iktidar odakları ve kişilerdir[536]. Almanya Devleti, mantıki olarak koruma yükümlülüğü alanının dışında kalmaktadır. Zira TY'nin 1. maddesinin 3. fıkrası uyarınca, temel hakları yerine getirmekle yükümlü olan odur. Devlet, bu anlayışta, temel hakların korunması yönünde aktif bir rol oynar. FAYM önünde, "uçak gürültülerine karşı koruyucu düzenlemelerin yetersizliği"[537] ya da "nükleer santral açılışı sırasında verilen izinlerin sonradan denetlenmesi"[538], koruma yükümlülüğü kapsamında değerlendirilmiştir.

2. Özel Yorum İlkeleri

Önceki başlık altında, Almanya'da, Federal Anayasa Mahkemesinin geliştirdiği anayasal yorumun, başlıca unsurları üzerinde durduk. Bu unsurlar, belli bir ülkede (Almanya), anayasanın baş yorumcusunun (FAYM) anayasaya bakışını genel olarak gösteriyordu. Buna göre, TY, sadece normlardan değil; normların da içinde yer aldığı genel bir objektif bir değerler sistemini öngörüyordu. Bu değerler sistemi, temel hakların korunması için Devletin sadece bireyin özgürlük alanına müdahale etmemesini yeterli görmüyor; onun bu hakların etkili bir biçimde sağlanması için üzerine düşen yükümlülüklere de işaret ediyordu. Nihayet, temel haklar sadece devlet birey ilişkilerini ilgilendiren, bunun dışında bireylerin birbirlerine karşı hiçbir sorumluluklarının

[535] **Meindl**, *La Notion de Droit fondamental...,* a.g.e., s. 384.

[536] E. Klein, Grundrechtliche Schutzpflicht des Staates, NJW, 1989'dan aktaran **Meindl**, *La Notion de Droit fondamental...,* a.g.e., s. 384.

[537] BVerfGE 56, 54 - *Fluglärm*,14.01.1981.

[538] BVerfGE 53, 30 - *Mülheim-Kärlich*, 20.12.1979.

olmadığı bir anayasal düzeni değil; herkesin hak ve özgürlüklerinin, kendisine aynı zamanda başkalarının da haklarına saygı gösterme yükümlülüğünü verdiği bir hukuk düzenini gerektiriyor idi. Ancak bireysel özerklik, her halükarda korunması gereken başlıca değerlerdendi. Bireylerin kendi aralarındaki hak çatışmaları, Devletin her zaman dışında kaldığı bir özel hukuk ilişkisi olarak ele alınmıyor; Devletin de koruma yükümlülüğünde olduğu özel ilişkiler ortaya çıkabiliyordu.

Anayasanın yukarıda andığımız değerlerle tutarlı bir bütün olarak anlaşıldığını ve bu bütünün yapısına da demokratik ilkelerin hakim olduğunu daha önce belirtmiş idik. Demokrasi, hukuk devleti ve sosyal devlet ilkeleri, TY'nin temelini oluşturuyordu. Bütün bu değerleri ve temel hakları bir arada koruma gayretinde olan Federal Mahkeme, yorum metodu olarak klasik metotları kullanmasının yanısıra *hakların ve yükümlülüklerin dengelenmesi*ne de özel bir önem vermiştir. Ancak FAYM'in anayasal yoruma tek katkısı bu "dengeleme" yaklaşımı değildir; "pratik uyuşum", "işlevsel doğruluk" ve "anayasanın bütünlüğü" ilkeleri, anayasal normların yorumlanmasında önemli yorum ilkelerini oluşturur.

a. Temel Hakların Dengelenmesi

Anayasal hakların yorumlanması konusunda "dengeleme" merkezi bir öneme sahiptir. Almanya Hukukunda "dengeleme", daha kapsayıcı bir ilke olan "ölçülülük" ilkesinin bir yönünü oluşturur. Ünlü Alman Anayasa Hukukçusu Robert Alexy, dengeleme kavramını sistemleştirmiş ve formülleştirmeye çalışmıştır[539].

Ölçülülük ilkesi üç alt prensibi bünyesine barındırır. a. elverişlilik[540], b. gereklilik[541], c. oranlılık (dar anlamda ölçülülük)[542]. Bütün bu ilkeler, optimizasyon

[539] Yazarın "dengeleme" faaliyetine ilişkin birçok eseri bulunmaktadır. Ancak, herhalde dengeleme faaliyetini bütünlüklü bir insan hakları teorisi içerinde anlatan eseri, "A Theory of constitutional rights" bu konudaki en temel çalışmalardan biridir. Bkz. **Robert Alexy**, *A Theory of constitutional rights*, (trans. Julian Rivers), Oxford University Press, reprinted 2004. Alexy'nin bu eserinin incelenmesi üzerine kurulu olan çalışmalar da vardır: **Mattias Kumm**, "Constitutional rights as principles: on the structure and domain of constitutional justice", *I·CON*, Vol. 2, nº 3, 2004, ss. 574-596; **William Ewald** , "The conceptual jurisprudence of the German Constitution", *Constitutional Commentary*, Vol. 21, 2004, ss. 591-599.

[540] Bkz. **Sağlam**, *Temel Hakların Sınırlandırılması ve Özü*, a.g.e., s. 114 vd. : "Alman Anayasa Mahkemesi kararlarına göre, sınırlamayı oluşturan bir yasal önlemin, sınırlama amacı açısından elverişli sayılabilmesi için bu önlemin istenilen sonuca bir katkı getirmesi gerekir. (...)

fikrine dayanır. Anayasal hakları ölçülülük ilkesi ışığında yorumlamak, anayasal hakları sadece birer kural olarak değil; optimizasyon gereklilikleri olarak ele almaktır[543].

Alexy'ye göre, optimizasyon gereklilikleri ile, bir hakkın hem maddi, hem de hukuki olarak mümkün olan en geniş kapsamda gerçekleştirilmesini hedefleyen unsurlar anlaşılır. Elverişlilik ve gereklilik ilkeleri, olgusal (maddi) anlamda optimizasyona ilişkindir. Bu anlamda "*optimum noktayı*" ifade ederler. Üçüncü alt prensip olan dar anlamda ölçülülük (oranlılık) ise, hukuki anlamda optimizasyon ile ilgilidir. Hukuki

---

Kanunkoyucuya tanınan değerlendirme alanı da gözönünde tutulmak üzere başlangıçta amacı gerçekleştirmeye elverişli gözükmeyen yasal önlemler, Anayasaya aykırı düşmektedir. Örneğin bir kentten ötekine gitmekte olan özel arabalara yol masrafına katılacak müşteriler bulan komisyoncu merkezlerini 'trafik güvenliği' ve 'birlikte seyahat eden kişinin korunması' gibi amaçlarla yasaklayan bir yasa hükmü, bu ilke açısından Anayasaya aykırı bulunmuştur".

[541] **Sağlam**, *Temel Hakların Sınırlandırılması ve Özü*, a.g.e., s. 115: "Bu ilke, sınırlandırmanın dayandığı amacı gerçekleştirmek için ilgili temel hak açısındanen yumuşak aracın seçilmesi gereğine işaret etmektedir. Alman Anayasa Mahkemesine göre, bu seçim, amaca ulaşmak için aynı derecede etkili olan araçlar arasından yapılmalıdır. (...) temel hakkı sınırlama derecesi bakımından karşılaştırılacak olan yasal önlemler, güdülen amacı gerçekleştirmeye aynı yoğunlukta elverişli olmalıdır. Eğer bu nitelikte çeşitli araçlar söz konusuysa, bunlardan temel hakkı en az sınırlayanın kanunkoyucu tarafından seçilmiş olması gerekir. Aksi takdirde yapılacak sınırlandırma Anayasa'ya aykırı olur. (...) hayvan hastalıklarına ilişkin ilaçların gezici tacirlerce sipariş toplama yoluyla satılmasını yasaklayan bir hükmü, Alman Anayasa Mahkemesi gereklilik ilkesine aykırı bularak iptal etmiştir. Mahkemeye göre, bu yasağın yöneldiği insan sağlığının korunması amacı, meslek özgürlüğünü daha az sınırlayacak bir hükümle de aynı derecede sağlanabilir. Örneğin gezici tacirce sipariş toplamanın yalnızca reçeteyetai ilaçlarda yasaklanması ile halk sağlığını tehdit eden tehlikeleri önlemek mümkündür".

[542] **Sağlam**, *Temel Hakların Sınırlandırılması ve Özü*, a.g.e., s. 116: "Alman Anayasa Mahkemesi, bu ilkeyi (...) belli bir yasal önlemin yöneldiği kişiye 'ölçüsüz bir yükümlülük' getirmemesi, onun için "beklenmedik nitelikte olmaması" şeklinde tanımlamaktadır. (...) Gereklilik ilkesinde sabit bir amaçla bir ya da birden çok araç arasındaki bir ilişki sözkonusu iken, oranlılık ilkesinde iki değişkenin karşılıklı ilişkisi sözkonusudur. Bu da aslında ilkenin nisbi bir ölçüt sağladığını göstermektedir. Alman Anayasa Mahkemesinin deyimiyle "amaç ve araç birbirine karşı ölçüsüz bir oran içerisinde olmamalıdır. (...) Oranlılık ilkesine bir örnek vermek gerekirse, sağlık sigortalarında çalışan doktor sayısını 500 sigortalıya bir doktor düşecek şekilde sınırlayan bir yasa hükmü, Alman Anayasa Mahkemesince, doktorluk mesleğinin icrasını meslek seçme sınırlamasına varacak ölçüde sınırladığı için iptal edilmiştir". Ayrıca ölçülülük ilkesine ilişkin olarak bkz. **Yüksel Metin**, *Ölçülülük İlkesi (Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi)*, Seçkin yay. Ankara 2002.

[543] **Alexy,** "Balancing, Constitutionnal Review, and Representation", *I. CON*, Vol. 3, n° 4, 2005, ss. 572-581.

imkanlar, yarışan prensipler ile tanımlanır. Dengeleme, yarışan prensiplere[544] ilişkin optimizasyondan farklı bir şey değildir. Alexy üçüncü ilkeyi şu formülle ifade eder:

> "*Bir ilkeye müdahale oranı -ya da verilen zarar- büyüdükçe, diğerinin yerine getirilmesinin önemi o kadar artar*"[545].

Alexy bu son kuralı "Dengeleme Yasası" olarak adlandırır[546]. Ancak bu formüle yoğun eleştiriler yöneltilmiştir. Bu eleştiriler, iki başlık altında toplanabilir:

İlk itiraz, dengelemenin rasyonel bir usul olmadığı yönündedir. Bu görüş "dengeleme"yi sınırsız bir subjektiviteye izin veren retorik bir fikir olarak görür. Jurgen Habermas bu itirazı şu şekilde dile getirmektedir: Dengeleme için "*rasyonel bir standart yoktur*"[547].

İkinci itiraz, kavramsal bir probleme ilişkindir[548]. Habermas'a göre, dengeleme yaklaşımı, hukuki düzenlemeleri, "doğru ya da yanlış", "düzgün ya da hatalı" olarak nitelendirilebilir bir çerçeveden çıkarmakta; bunun yerine "uygun ya da uygun olmayan" ve "takdir alanı" kavramlarının devreye girdiği bir çerçeveye sokmaktadır[549]. Bu görüştekilere göre, "değerlerin dengelenmesi", hüküm vermeye elverişli bir usul olabilir; ancak usul, sonucu *haklı kılmaz*:

---

[544] Alexy de tıpkı Dworkin'de olduğu gibi kural (rules) / prensip (principles) ayrımı yapar. Buna göre, prensipler, içeriğinin madden ve hukukenen geniş ölçüde gerçekleştirilmesi gereken normlardır. Prensiplerin gerçekleştirilmesi, başka bir deyişle bunlar için optimal bir kullanım alanı sağlanması farklı derecelerde mümkün olabilir; buna karşılık kurallar, ya tamamen yerine getirilen ya da hiç yerine getirilmeyen normlardır. Dolayısıyla kurallar, hukuken ve madden mümkün olan saptanmış noktaları içerir. Bkz. **Alexy**, *A Theory of constitutional rights*, a.g.e., s. 44 vd.

[545] **Alexy,** "Balancing, Constitutionnal Review, and Representation", a.g.m., s. 573.

[546] **Alexy**, *A Theory of constitutional rights*, a.g.e., s. 102.

[547] **Habermas**, *Between Facts and Norms: Contribution to a Discourse Theory of Law and Democracy*, a.g.e., s. 259.

[548] **Alexy,** "Balancing, Constitutionnal Review, and Representation", a.g.m., s. 573.

[549] **Habermas**, *Between Facts and Norms,* a.g.e., ss. 259-260.

"Mahkeme kararının *kendisi,* somut değerler düzeni çerçevesinde bir yaşam formunu, buna az ya da çok uygun biçimde yansıtan değer yargısıdır. Ancak bu yargı, artık doğru ya da yanlış karar arasındaki alternatiflere ilişkin değildir"[550].

Bu itiraz, doğruluk kategorisinin kaybının, "dengeleme" için ödenecek bedel olduğu sonucuna kadar gider. Şayet dengeleme işlemi, sadece hüküm vermeye yarıyor; buna karşılık varılan sonucu haklı kılamıyorsa, doğruluk, düzgünlük, bilgi, haklılık ve objektiflik kavramlarıyla tanımlanmış alanın dışına çıkmış demektir. Bahsedilen objektiflik alanında, doğru ya da yanlış, düzgün ya da hatalı gibi nitelendirmelerin yapılmasını sağlayan değer yargıları ve önermelerdir. Bu yargılar, bir olayda zorunlu olarak inanılanı değil; bilineni ifade eder. Yine bu yargılar, retorik dayanak değil; haklılık ararlar. Bu alan "objektiflik hükümranlığı" olarak adlandırılabilir[551].

Şayet, "dengeleme" baştan beri objektiflik alanından dışlandıysa, dengeleme yaklaşımı hayati bir darbe almış demektir. Anayasallık incelemesi de zorunlu olarak bir doğruluk iddiasıyla bağlantılıdır. Eğer, "dengeleme", doğruluk, objektiflik ve haklılıkla uyuşmuyorsa, Anayasa Hukukunda yeri yoktur. Acaba dengeleme esas itibarıyla irrasyonel ve subjektif midir? Dengeleme gerçekten, doğruluğa, objektifliğe, haklılığa ve dolayısıyla akla veda etmek anlamına mı gelmektedir?

Bu sorulara cevap vermek için öncelikle dengeleme işleminin yapısına bakmak gereklidir[552]. Dengeleme Yasası, dengeleme işleminin üç aşamaya bölünebileceğini göstermektedir:

- Birinci aşama, ilk prensibe yönelik müdahale ya da verilen zarar düzeyine ilişkindir.

- İkinci aşamada, yarışan prensibin (ikinci) yerine getirilmesinin önem derecesi araştırılır.

---

[550] Habermas, Reply to Symposium Participants'tan aktaran **Alexy,** "Balancing, Constitutionnal Review, and Representation", a.g.m., s. 573.

[551] **Alexy,** "Balancing, Constitutionnal Review, and Representation", a.g.m., s. 574.

[552] **Alexy,** "Balancing, Constitutionnal Review, and Representation", a.g.m., s. 574.

- Üçüncü aşamada, yarışan (ikinci) prensibin yerine getirilmesinin öneminin, öncekine (ilk prensibe) müdahaleyi ya da verilen zararı haklı kılıp kılmadığına bakılır.

İlk olarak "*müdahalenin yoğunluğu*", sonra "(müdahaleyi haklılaştıran nedenlerin) *önem derecesi*", son olarak da "*bunların birbirleri ile olan ilişkileri*" aşamaları rasyonel yargılarda bulunmak için yeterli olmaz ise, Habermas'ın itirazları doğrulanmış olacaktır.

Alexy, müdahalenin yoğunluğu ve önem derecesi ile rasyonel yargılar çıkarmanın mümkün olduğunu göstermek için, Alman Federal Anayasa Mahkemesinin sağlık uyarılarına ilişkin kararını örnek gösterir[553]: Mahkeme, tütün üreticileri için getirilen, ürünlerinin üzerine sigaranın zararlarına ilişkin sağlık uyarıları koyma yükümlülüğünü, bir kimsenin çalışma özgürlüğüne getirilen göreceli olarak *hafif* bir müdahale niteliğinde kabul etmiştir. Buna karşılık, tütün ürünlerinin bütünüyle yasaklanması *ciddi(ağır)* bir müdahale olur. Bu hafif ve ciddi durumların dışında orta düzeyde yoğunluğa sahip müdahaleler de bulunabilir. Bu şekilde, "hafif", "orta" ve "ciddi" aşamalarından oluşan bir skala oluşturulabilir.

Yarışan sınırlandırma sebepleri açısından da benzer bir skala kabul edilebilir. Sigaradan doğan sağlık riskleri oldukça büyüktür. Başka bir deyişle, müdahaleyi haklılaştıran nedenler ağır basmaktadır. Bu şekilde, hakka müdahalenin derecesinin hafif nitelikte olduğu ve buna karşılık hakka müdahale sebebinin öneminin yüksek olduğu saptandığında, Alman Federal Anayasa Mahkemesine göre, dar anlamda ölçülülük incelemesinin sonucu "aşikar"dır[554].

Alexy bir diğer örnek olarak *Titanic* kararını verir. Titanic, yaygın olarak tüketilen bir taşlama dergisidir. Bu dergi, belden aşağısı felçli bir mühimmat subayını ilk önce "katil doğan" olarak, daha sonra ki bir sayısında da "kötürüm" olarak tasvir

[553] **Alexy,** "Balancing, Constitutionnal Review, and Representation", a.g.m., s. 574.

[554] **Alexy,** "Balancing, Constitutionnal Review, and Representation", a.g.m., s. 575.

eder. İlgili subay tarafından açılan davada, Düsseldorf Bölge İstinaf Mahkemesi Titanic aleyhine karar verir ve derginin, subaya 12.000 DM tutarında tazminat ödemesine hükmeder. Titanic, Mahkemenin kararından sonra FAYM'ne bir anayasa şikayetinde bulunur. FAYM, derginin ifade özgürlüğü (TY., md. 5/1) ile subayın kişilik hakları (TY., md. 2/1) arasında "olay özelinde dengeleme" işlemine girişir. Alexy, bu olayın da hafif, orta ve ciddi basamaklarından oluşan üçlü skala uyarınca incelenebileceği fikrindedir. Ancak üçlü skalanın, dengelemenin rasyonel olduğunu kanıtlamak için tek başına yeterli olmadığını da kabul eder. Bunu kanıtlamak için, dengelemenin özünde doğruluk kavramıyla bağlantılı bir çıkarım sistemin zımni olarak varolduğu sonucuna varılabilmelidir.

Bir kural halinde göstermek gerekirse, böyle bir çıkarım sistemi, "iç tutarlılık" olarak adlandırılan; önerme, yüklem ve ödev mantığından oluşan bir tümdengelim şeması yardımıyla ifade edilebilir. Kavramsal doktrinde ilkelerin dengelenmesinde, tümdengelim şemasının karşılığının bulunması merkezi öneme sahiptir. Alexy, bu karşılığı "ağırlık formülü" olarak adlandırmaktadır[555]. Ağırlık formülünün en basit şekli şudur:

$$A_{i,k} = I_i / I_k$$

$I_{i,}$ P_i prensibine (Titanic'e ifade özgürlüğünü veren prensip) yönelik müdahalenin yoğunluğunu temsil ediyor. I_k, yarışan prensip P_k'yi (felçli subaya kişilik hakkı veren ilke) yerine getirmenin önemini temsil ediyor. $A_{i,k}$ ise P_i'nin gerçek ağırlığını temsil ediyor.

Ağırlık formülü, bir ilkenin gerçek ağırlığının rölatif bir ağırlık olduğunu gösteriyor. Bu noktada Anayasa Hukukundaki dengelemede sayıların kullanılmadığı itirazı gelebilir. Bu soruya Alexy şu yanıtı vermektedir: sistemin işleyiş kuralını ifade etmek için kullandığımız mantık terimleri hukuki gerekçelendirmede kullanılmasa da, yine de kuralın çıkarım şemasını açıklamanın en iyi yoludur.

[555] **Alexy,** "Balancing, Constitutionnal Review, and Representation", a.g.m., s. 575.

Üçlü –hafif, orta ve ciddi- skalanın herbiri, h, o ve c harfleri ile temsil edilsin. Bunlara atanacak sayılar için de geometrik değerleri kullanılsın. H'yi 2^0 ile, o'yu 2^1 ile, c'yi de 2^2 değerleri ile gösterilsin. Buna göre, h'nin değeri 1, o'nun değeri 2, c'nin değeri ise 4 olacaktır.

Federal Anayasa Mahkemesi, Titanic kararında, ifade özgürlüğüne (P_i) müdahalenin yoğunluğunu (I_i) ciddi (c) bulmuştur; kendisine -taşlama düzeyi yüksek bir şekilde- "katil doğan" denilen subayın kişilik hakkını (P_k) yerine getirmenin önemini (I_k), orta (o) hatta belki hafif (h) derecede nitelemiştir.

O ve c için geometrik değerlerini yerleştirdiğimizde P_i'nin ağırlığı 4/2 =2'dir.

Şayet, müdahalenin yoğunluğu o ise ve I_k c ise değer 2/4 yani ½ olacaktır. İki prensibe de müdahalenin eşdeğer olduğu hallerde, bu oran 1'dir. P_i'nin öncelik hakkı 1'den büyük somut bir ağırlığa tekabül eder; P_k'nin öncelik hakkı 1'in altındadır. Subayın, dergi tarafından "kötürüm" olarak tasvir edilmesi "ciddi(c)" kabul edilmiştir. Bu da Titanic'in anayasal iddiasının başarısız olması sonucuna götüren "beraberlik" haline sebep olmuştur.

Bir çıkarımın rasyonel olup olmaması, önermelerinin kanıtlanabilir olup olmamasına bağlıdır. Şayet "ağırlık formülü" sonucunda elde edilen verilerin özelliği, onu rasyonellik çerçevesinden çıkarsaydı, rasyonel bir gerekçelendirme formülü olmayacaktı. Ancak, durum böyle olmamıştır. Sayılarla gösterilen veriler bir Mahkeme kararıdır. Ağır özürü olan bir kişinin kamuya yayın yapan bir kurum tarafından "kötürüm" olarak nitelendirilmesinin, bu kimsenin kişilik hakkına yönelik "ciddi bir ihlal" oluşturduğu hususu bir karar örneğidir. Ayrıca bu kararın bir doğruluk iddiası da vardır.

Federal Anayasa Mahkemesi, bir felçliye kötürüm denmesinin aşağılayıcı ve saygısızca olduğu gerekçesiyle bu söylemi geliştirmiştir. Ağırlık formülü, bu gerekçenin doğruluğu ile, ifade özgürlüğüne müdahalenin yoğunluğundan doğan gerekçenin *doğruluğunu*, Titanic'in hakkının ağırlığına ilişkin bir *yargı* haline dönüştürmüştür. Bu

nedenle, Alexy'ye göre dengelemeye ilişkin Habermas tarafından ileri sürülen irrasyonellik iddiası da geçerli değildir[556].

b. Pratik Uyuşum

Hesse'nin geliştirmiş olduğu ve FAYM'in da geniş ölçüde benimsediği pratik uyuşum ilkesi temel olarak şu düşünceye dayanır: Bir temel hakkın, başka bir temel hak ya da anayasanın koruduğu başka bir hukuki değerle çatışması halinde, öyle bir çözüm bulunmalıdır ki, gerek temel hak ve gerekse anayasanın koruduğu hukuki değer varlık ve etkilerini optimal düzeyde korusun[557].

Pratik uyuşum ilkesi, aslında, anayasanın bütünlüğü ilkesine sıkı surette bağlıdır. Bu ilke ile, sadece normların çatışması halinde değil; bunların yarışması, yahut da birden fazla hak ve özgürlüğün işin içine girmesi halinde, bu çatışan değerlerin sınırlarını ölçülülük ilkesine uygun biçimde saptamak amaçlanır[558]. FAYM, temel hak ve özgürlüklerin uyumlulaştırılması süreci olarak nitelendirebileceğimiz pratik uyuşum ilkesini, "*etkileşim*" kavramından yola çıkarak kullanmaktadır[559]:

> "İfade özgürlüğü sınırlarını, TY'nin 5/2 maddesine göre, 'genel yasa'[560] hükümlerinde bulur. Bir temel hakla, genel yasa arasındaki karşılıklı ilişki, temel hakkın geçerlilik alanının, genel yasa tarafından tek taraflı olarak sınırlandırılması biçiminde anlaşılamaz. Aksine, genel yasaların, bu temel hakkın demokratik ve liberal bir devlette taşıdığı hayati değere uygun olarak yorumlanması gerektiği için, aralarında bir *etkileşim* vardır; genel yasa da bu temel hakkın sınırlandırıcı etkisine maruz kalır"[561].

---

[556] **Alexy,** "Balancing, Constitutionnal Review, and Representation", a.g.m., s. 577.

[557] **Sağlam**, *Temel Hakların Sınırlandırılması ve Özü*, a.g.e., s. 40.

[558] **Müller**, *Discours de la méthode juridique*, a.g.e., ss. 285-286.

[559] **Müller**, *Discours de la méthode juridique*, a.g.e., s. 286.

[560] Bu kavrama yukarıda "Objektif Değerler Bütünü Olarak Anayasa" başlığı altında değinmiştik.

[561] BverfGE, 7, 198'den aktaran **Müller**, *Discours de la méthode juridique*, a.g.e., s. 286, note 163.

c. İşlevsel Doğruluk

FAYM'nin kullandığı işlevsel doğruluk ölçütü uyarınca, yorum yapma yetkisine sahip olan kimse, Anayasa'da düzenlenmiş olan görev paylaşımını değiştirecek şekilde karar veremez[562]. Ne somutlaştırma yoluyla ne de somutlaştırma süreci sonucunda bu tür bir işlevsel düzeltme yapılamaz. Yetki paylaşımı anayasa metodolojisinin de devreye girdiği bir alandır.

İşlevsel doğruluk ilkesi bu anlamda "erkler ayrılığı" ve "normlar hiyerarşisi" kavramlarının hayata geçirilmesine hizmet eder.

II. TÜRKİYE : KURUMLAR DENGESİ

Türkiye'de anayasal yorum açısından, "1982 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası"[563] ve bunun uygulaması üzerinde duracağız. 1982 Anayasası, Cumhuriyet tarihinin üçüncü ve en çok eleştirilen anayasasıdır. Bu eleştirilerden bazıları, anayasanın yapım sürecine ilişkindir. Diğer eleştiriler ise, anayasanın içeriğine ve benimsediği siyasal öğretiye yönelmiştir. Bu ikinci noktada eleştiriler, daha çok Anayasanın birey-toplum-devlet ilişkilerine otorite eksenli yaklaşımlar getirmesi üzerine kuruludur[564]. Yargıtay, 1982 Anayasasının bu eğilimini şu şekilde açıklamaktadır:

> "1982 Anayasasının 1961 ve hatta 1924 Anayasalarına karşı, güçlü devlet ve otoriter idare kavramlarına daha fazla önem verdiği özellikle yürütmeyi, yasama

---

[562] **Müller**, *Discours de la méthode juridique*, a.g.e., s. 277.

[563] 2709 sayılı Kanun, Kurucu Mecliste Kabul Tarihi : 18.10.1982; Halkoyuna Sunulmak Üzere Tasarının Resmi Gazetede İlanı: 20.10.1982-17844; Kanunun Halkoyu ile Kabul Tarihi: 7.11.1982; Halkoyu Sonucunun Yayımlandığı Resmi Gazete Tarihi: 9.11.1982-17863 Mükerrer. Bundan böyle "Anayasa" tabiriyle, 1982 Anayasası anlatılacaktır.

[564] Bu eleştirilerin en kapsamlısı, Profesör Bülent Tanör'ün anıtsal eseri *İki Anayasa: 1961-1982*'dir (Beta yay., 3. tıpkı bası, İstanbul 1994).

ve yargı karşısında daha da güçlendirdiği tartışmasızdır. Anayasanın pekçok maddeleri bu temel düşünceye uygun olarak değiştirilmiş ve yeniden düzenlenmiştir"[565].

1982 Anayasasının öndördüğü siyasal sistem ve kurumsal yapı, 1961 Anayasasından büyük oranda farklılık gösterir (A). 1982 Anayasasının yorumu, Anayasa yargısının temel işlevinden biri olan "devlet organları arasında denge" görevini yerine getirmeye yönelmiştir; ancak AYM'nin temel hak ve özgürlükleri koruduğu kararları da vardır (B).

A. Anayasanın Yapısı ve Özellikleri

1982 Anayasası, 12 Eylül 1980 askeri darbesinin ürünü olan bir tepki anayasasıdır ve kendisine özgü bir yapım usulüne sahiptir. Anayasa, temsili olmayan bir Kurucu Meclis tarafından hazırlanmıştır.

Ancak, 1982 Anayasası sistemi bir bütün olarak değerlendirilmelidir. Bu değerlendirme esnasında, Anayasanın yanında, 2001 yılına dek Anayasanın geçici 15. maddesinin 1. fıkrası kapsamında korunan kanunlar da ele alınmalıdır.

1982 Anayasası, ilk defa, kabulünden beş yıl sonra 1987 tarihinde değiştirilmiştir. Bu tarihten günümüze dek Anayasa üzerinde pekçok değişiklik yapılmıştır. Anayasa değişikliklerinin ağırlıklı bir bölümü, "temel hak ve özgürlükler" bölümünü ilgilendirmektedir. "Cumhuriyetin temel organları" bölümünde ise, milletvekili seçimi, cumhurbaşkanının kısmi iptal yetkisi, Milli Güvenlik Kurulunun oluşumu, cumhurbaşkanının seçimi usulü ve Devlet Güvenlik Mahkemelerinin

[565] YHGK., E. 1980/4-1714, K. 1983/803, K.T. 14.09.1983, Yargıtay Kararları Dergisi, Kasım 1983, c. IX, sy. 11, s. 1591.

kaldırılması gibi hükümler olup; özellikle eleştirilen "yargı bağımsızlığına" ilişkin hükümlerde herhangibir değişiklik olmamıştır.

1982 Anayasası üzerinde gerçekleştirilen değişiklikler açısından, iki önemli milattan bahsedilebilir. Bunlardan ilki, Türkiye'nin Avrupa Konseyi nezdindeki üyeliğinden kaynaklanmaktadır: bireysel başvuruları kabul tarihi olan 28 Ocak 1987 ile İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin zorunlu yargı yetkisinin tanındığı 27 Eylül 1989. İkinci milat ise, Avrupa Birliğine üyelik adaylığının açıklandığı Helsinki zirvesinin yapıldığı tarih olan 10-11 Aralık 1999'dur.

1. Anayasanın Kabulü ve Anayasa Değişiklikleri

Yukarıda belirttiğimiz üzere, 12 Eylül 1980 askeri darbesi sonrasında bir Kurucu Meclis (KM) tarafından oluşturulan 1982 Anayasası, 7 Kasım 1982 tarihinde referandumda kabul edilerek yürürlüğe girmiştir. Ancak. 12 Eylül 1980 tarihinden, ilk genel seçimler sonucu teşekkül edecek Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlık Divanı oluşturuluncaya kadar bir geçici askeri dönem vardır[566]. Bu dönemde, ülkenin halen mevcut olan önemli yasaları yapılmış olup, Anayasa pekçok kez değişmesine rağmen, bu yasaların önemli bir bölümü aynen korunmuştur.

a. Anayasanın Kabul Aşaması: Tepki Anayasası ve Geçiş Dönemi

Anayasanın hazırlanışı, 2485 sayılı Kurucu Meclis Hakkında Kanun[567] uyarınca gerçekleşirilmiştir.

KM Hakkında Kanunun, kural olarak kanunlarda görülmeye alışık olunmayan bir "Başlangıç" bölümü vardır:

> "Türkiye Cumhuriyeti Devletinin varlığı ve bağımsızlığı, ülkenin ve milletin bütünlüğü ve bölünmezliği ve toplumun huzuru korunarak, milli dayanışma ve

[566] Bu dönem ve Anayasanın yapılması süreci hakkında bkz. **Tanör**, *İki Anayasa: 1961-1982*, Beta yay., 3. tıpkı bası, İstanbul 1994; **Ergun Özbudun**, *Demokrasiye Geçiş Sürecinde Anayasa Yapımı*, Bilgi Yay., İstanbul 1993; **Serap Yazıcı**, *Türkiye'de Askeri Müdahalelerin Anayasal Etkileri*, Yetkin yay., Ankara 1997.

[567] 2485 sayılı Kanun, K.T. 29.06.1981; R.G.: 30.06.1981-17386.

sosyal adalet anlayışı içinde herkesin insan haklarından ve temel hürriyetlerden eşitlik ilkesine göre yararlanmasını ve hukukun üstünlüğünü sağlayacak demokratik laik hukuk devletinin korunması için ***gereken hukuki düzenlemelerle Anayasayı, Siyasi Partiler ve Seçim Kanunlarını yapmak*** ve varlığı, genel seçimlerde kurulacak Türkiye Büyük Millet Meclisi fiilen göreve başlayınca sona ermek üzere Kurucu Meclis kurulması kararlaştırılmıştır"[568].

Görüldüğü gibi, KM Hakkında Kanunun bu ifadeleri, 1982 Anayasasının, Başlangıç ve maddelerine hakim olan anlayışı geniş ölçüde yansıtmakta ve adeta, Anayasanın benimseyeceği temel ilkelerin habercisi olmaktadır.

Ayrıca, KM, Anayasa yanında, Seçim Kanunu, Siyasi Partiler Kanunu gibi temel kanunlar ile diğer bazı düzenleyici işlemleri de yapabilecektir. Bu anılan kanunlar dışındaki diğer kanunların yapılmasında ve değiştirilmesinde yetkili makam ise, 27 Ekim 1980 tarihli 2324 sayılı Anayasa Düzeni Hakkında Kanunda gösterilmiştir: "*Anayasada Türkiye Büyük Millet Meclisine, Millet Meclisine ve Cumhuriyet Senatosuna ait olduğu belirtilmiş bulunan görev ve yetkiler 12 Eylül 1980 tarihinden itibaren geçici olarak Milli Güvenlik Konseyince ve Cumhurbaşkanına ait olduğu belirtilmiş bulunan görev ve yetkiler de Milli Güvenlik Konseyi Başkanı ve Devlet Başkanınca yerine getirilir ve kullanılır*"[569].

Danışma Meclisi, her ilin tespit ve teklif ettiği adaylar arasından Milli Güvenlik Konseyince seçilen 120 üye yanında Milli Güvenlik Konseyince doğrudan doğruya seçilen 40 üyenin bulunduğu toplam 160 üyeden oluşur (2485 sayılı Kanun, md. 3). Danışma Meclisi üyeleri, yüksek öğrenim yapmış, 11 Eylül 1980 tarihinde herhangibir siyasi partinin üyesi olmayan, 30 yaşını bitirmiş Türk vatandaşları arasından atanır (2485 sayılı Kanun, md. 4). İki kanatlı KM'nin anayasa ve yasa tasarılarında ağırlıklı söz sahibi Milli Güvenlik Konseyidir: "(...) *Milli Güvenlik Konseyi, Danışma Meclisinden gelen kanun tasarı ve tekliflerini aynen veya değişirerek, kabul veya*

[568] *İtalikler bize ait*.

[569] 2324 sayılı *Anayasa Düzeni Hakkında Kanun*, K.T.: 27.10.1980, R.G.:28.10.1980-17145.

reddedebilir. Milli Güvenlik Konseyinin kabul ettiği metin Resmi Gazete'de yayımlanmak suretiyle kanunlaşır" (2485 sayılı Kanun, md. 25/3). Aynı şekilde, "*Danışma Meclisinin, Anayasa Komisyonu tarafından hazırlanan ve Genel Kurulca kabul edilen Anayasa metni, Milli Güvenlik Konseyince aynen veya değiştirilerek kabul edilir ve Resmi Gazete ile yayımlanır*" (2485 sayılı Kanun, md. 26/1).

Hazırlanan Anayasa hakkında propaganda yapılması konusunda da, Seçim Kanunda yer alan serbestlik esası terkediliyor; bu konunun düzenlenmesi Milli Güvenlik Konseyi kararına bırakılıyordu[570]. Konsey, konuya ilişkin çıkardığı üç kararında propagandayı hem kişiler hem de konu yönünden sınırlandırmıştır : Önce feshedilen siyasi partilerin ve siyasal faaliyette bulunması yasaklanmış olan derneklerin görüş açıklamaları yasaklanmış (65 sayılı Karar); daha sonra bu grupların üyelerine ancak *kişisel* açıklama yapabilme imkanı tanınmış olmasına karşılık, yapılacak yorumlara ancak anayasayı geliştirmeleri ve yurttaşların verecekleri oyu etkilememeleri kaydıyla izin verileceği esası benimsenmiştir (70 sayılı Karar) [571]. Ancak daha sonra Anayasayı tanıtma görevi, 71 sayılı kararla Orgeneral Kenan Evren'e verilmiş, Evren'in yapacağı konuşmaların eleştirilmesi de yasaklanmıştır[572].

İşte bu şartlarda hazırlanan Anayasa, 7 Kasım 1982'de halkoyuna sunulmuş ve % 91, 37 evet oyu alarak kabul edilmiştir[573].

b. Ara Dönemde Çıkarılan Kanunlar ve Geçici 15. Madde

Anayasa Düzeni Hakkında Kanun, yasama yetkilerini Milli Güvenlik Konseyine devretmesinin yanısıra, yine Konsey kararları yoluyla 1961 Anayasasında değişiklik

[570] 2707 sayılı *Anayasanın Halkoyuna Sunulması Hakkında Kanun*, K.T. 24.09.1982, R.G.: 25.09.1982-17823.

[571] Bkz. **Bülent Tanör-Necmi Yüzbaşıoğlu**, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, Beta yay., 6. bası, İstanbul 2004, s. 17.

[572] "*Parlamenter Demokratik Rejime sağlıklı ve güvenli bir biçimde süratle geçebilmeyi sağlamak amacı ile düzenlenmiş olan Anayasa'nın geçici maddeleri ile Devlet Başkanının Radyo-Televizyonda ve yurtgezilerinde yapacakları Anayasayı tanıtma konuşmaları hiçbir surette eleştirilemez ve bunlara karşı yazılı ve sözlü herhangibir beyanda bulunulamaz*", bkz. **Yazıcı**, *Türkiye'de Askeri Müdahalelerin Anayasal Etkileri*, a.g.e., ss. 171-172.

[573] R.G. 9.11.1982-17863.

yapma yolunu açıyordu: "*Milli Güvenlik Konseyinin Bildiri ve Kararlarında yer alan ve alacak olan hükümlerle Konseyce kabul edilerek yayımlanan ve yayımlanacak olan kanunların 9 Temmuz 1961 tarihli 334 sayılı Anayasa hükümlerine uymayanları Anayasa değişikliği olarak ve yürürlükteki kanunlara uymayanları da kanun değişikliği olarak yayımlandıkları tarihte veya metinlerde gösterilen tarihlerde yürürlüğe girerler*" (md. 6).

Aynı Kanun, Konsey tarafından alınan kararlara karşı anayasa yargısı yolunu kapatıyordu: "*Milli Güvenlik Konseyince kabul edilerek yayımlanan bildiri ve karar hükümleri ile yayımlanan ve yayımlanacak olan kanunların Anayasaya aykırılığı iddiası ileri sürülemez*" (md. 3).

Bu denetim yasakları, 1982 Anayasasının Geçici 15. maddesi kapsamında anayasal dayanağa kavuşmuş; bu yasaklar, 2001 anayasa değişikliklerine kadar aşılamamıştır:

> "12 Eylül 1980 tarihinden, ilk genel seçimler sonucu toplanacak Türkiye Büyük Millet Meclisinin Başkanlık Divanını oluşturuncaya kadar geçecek süre içinde, yasama ve yürütme yetkilerini Türk milleti adına kullanan, 2356 sayılı Kanunla kurulu Milli Güvenlik Konseyinin, bu Konseyin yönetimi döneminde kurulmuş hükümetlerin, 2485 sayılı Kurucu Meclis Hakkında Kanunla görev ifa eden Danışma Meclisinin her türlü karar ve tasarruflarından dolayı haklarında cezai, mali veya hukuki sorumluluk iddiası ileri sürülemez ve bu maksatla herhangi bir yargı merciine başvurulamaz.
>
> Bu karar ve tasarrufların idarece veya yetkili kılınmış organ, merci ve görevlilerce uygulanmasından dolayı, karar alanlar, tasarrufta bulunanlar ve uygulayanlar hakkında da yukarıdaki fıkra hükümleri uygulanır.
>
> Bu dönem içinde çıkarılan kanunlar, kanun hükmünde kararnameler ile 2324 sayılı Anayasa Düzeni Hakkında Kanun uyarınca alınan karar ve tasarrufların Anayasaya aykırılığı iddia edilemez"[574].

[574] Buna benzer bir düzenleme 1961 Anayasasının Geçici 4. maddesinde de vardı: "*Bu*

Görüldüğü gibi, maddenin ilk iki fıkrasında düzenlenen hükümler, bu düzenlemeleri yapanlara ve bunları uygulayanlara bir çeşit yargı muafiyeti getirmektedir. Bu hükmün, referandumla halk tarafından da onaylanmış olan bir yargı affı olduğu haklı olarak ileri sürülmüştür[575].

İkinci fıkra, Konsey tarafından alınan kararları uygulayanlara da bağışıklık getirmektedir.

Son fıkra ise, 12 Eylül 1980 tarihinden, darbeden sonraki ilk genel seçimler sonucu TBMM Başkanlık Divanının oluştuğu 6 Aralık 1983 tarihine dek, Milli

---

Anayasaya göre kurulan Türkiye Büyük Millet Meclisinin toplanmasıyla, 20 Nisan 1340 tarihli ve 491 sayılı Teşkilâtı Esasiye Kanununa ve 12 Haziran 1960 tarihli ve 1 sayılı Kanunla 13 Aralık 1960 tarihli ve 157 sayılı Kanuna göre kurulan Kurucu Meclisin, Milli Birlik Komitesinin ve Temsilciler Meclisinin hukuki varlıkları sona erer ve bunlar kendiliğinden dağılmış olurlar. / 27 Mayıs 1960 tarihinden itibaren Kurucu Meclisin toplandığı 6 Ocak 1961 tarihine kadar yasama yetkisini ve yürütme görevini Türk Milleti adına kullanmış bulunan Milli Birlik Komitesinin ve Devrim Hükümetlerinin karar ve tasarruflarından ve bunların, idarece veya yetkili kılınan organ ve mercilerce uygulanmasından dolayı, karar alanlar, tasarrufta bulunanlar ve uygulayanlar hakkında cezai veya mali veya hukuki sorumluluk iddiası ileri sürülemez ve bu maksatla herhangi bir yargı merciine başvurulamaz. / Normal demokratik rejimi bütün teminatı ile kurmak amacıyla gerçekleştirilen ve yürütülen 27 Mayıs 1960 Devrim tarihinden 6 Ocak 1961 tarihine kadar çıkarılan kanunlar, Türkiye Cumhuriyetinin diğer kanunlarının değiştirilmesi ve kaldırılmasında uygulanan kurallara göre değiştirilebilir veya kaldırılabilir. Ancak, bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiasıyla, Anayasa Mahkemesinde iptal davası açılamayacağı gibi, itiraz yoluyla dahi mahkemelerde Anayasaya aykırılık iddiası ileri sürülemez. / 27 Mayıs 1960 dan 6 Ocak 1961 tarihine kadar çıkarılan kanunların, yapılmış tasarrufların ve alınmış kararların değiştirilmesi veya kaldırılması hallerinde de 2'nci fıkra hükmü saklıdır". Anayasa Mahkemesi, 1961 Anayasası döneminde anılan süre içerisinde çıkarılan kanunlar hakkında "bu kanunlar aleyhine Anayasa Mahkemesine başvurulamayacağı yönünde kararlar vermişti. Ancak, Mahkeme, iki kararında Anayasanın detaylı düzenlemesine aykırılık içeren yasa hükmünün ihmal edilerek doğrudan anayasanın uygulanmasına karar vermiştir. Bkz. AYMK, E. 1976/13, K. 1976/31, K.T.: 03.06.1976, R.G.: 24.9.1976 – 15717; AYMK, E. 1981/8, K. 1982/3, K.T.:06.05.1982, R.G.: 30.11.1983/18237. Anayasa Mahkemesi kararları için bkz. www.anayasa.gov.tr. Aslında bu surette Anayasa Mahkemesi, kanımızca "lex posterior derogat lex priori" kuralını anayasaya uyarlamıştır. Anayasa Mahkemesinin kararının gerekçesinden de bu durum açıkça anlaşılmaktadır: "*Yasaların yürürlükten kalkması sonradan çıkan bir yasada önceki yasanın tümünün veya kimi hükümlerinin kaldırıldığının açıkça gösterilmesi ya da Yasanın zımni olarak kaldırılması suretiyle olur. İspat hakkı konusunda da böyle olmuştur. Sonradan yürürlüğe girmiş olan Anayasa'nın 34. maddesi aynı konu ile ilgili olup, kendisinden önce yürürlükte olan Türk Ceza kanununun 270. maddesi ile 481. maddesinin birinci fıkrasının l sayılı bendinin bununla ilgili kuralını yürürlükten kaldırmış ve Anayasa bundan böyle ispat hakkıyla ilgili işlemlerin 34. maddeye göre yürütülmesini özellikle öngörmüştür*", in AYMK, E. 1976/13, K. 1976/31, K.T.: 03.06.1976, R.G.: 24.9.1976 – 15717. Bu konuda bkz. **Necmi Yüzbaşıoğlu**, *Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku*, İÜHF yay, no: 703, İ.Ü. Basımevi ve Film Merkezi, İstanbul 1993, s. 239.

[575] **Tanör - Yüzbaşıoğlu**, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, a.g.e., s. 25.

Güvenlik Konseyi tarafından yapılan düzenlemelere anayasa yargısı yolunu kapamaktadır. Anılan süre zarfında, 724 kanun, 130 adet KHK, 2324 sayılı Kanun uyarınca 67 adet Milli Güvenlik Konseyi kararı ve 28 adet Milli Güvenlik Konseyi bildirisi olmak üzere toplam 949 yasama işlemi yapılmıştır[576].

Bu dönemde çıkarılan düzenleyici işlemlerin anayasaya aykırılığı sorunu, Anayasa Mahkemesinin önüne pekçok defa gelmiştir. Ancak Anayasa Mahkemesi, geçici 15. maddeyi, anayasada değişiklik yapılana dek, maddede sayılan düzenleyici işlemlere yönelik bir inceleme engeli olarak kabul etmiştir. Anayasa Mahkemesinin bu yorumuna paralel olarak, daha dava mahkemeleri aşamasında, bu tür işlemlere yönelik aykırılık istemleri de geri çevrilmiştir[577].

Anayasa Mahkemesinin bu konudaki kararları, kural olarak *yetkisizlik yönünden red* kararlarıdır. Ancak bazı istisnai durumlarda, Yüksek Mahkeme, anayasanın ayrıntılarıyla düzenlediği bir konuda, açıkça anayasayla çatışma halinde "*ihmal ve anayasanın doğrudan uygulanması yoluyla*" da red kararı verebilmektedir.

Anayasa Mahkemesinin yetkisizlik yönünden red kararları, ilgili hükmün ara dönemde yapılan işlemlerden olması nedeniyle denetlenemez işlemlerden oluşu gerekçesine dayanıyordu ve kararlarda, gramatik yorum dahil hiçbir yorum tekniğine yer verilmiyordu:

> "Anayasa'nın Geçici 15. ve Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 5. maddesinde 12 Eylül 1980 tarihinden, ilk genel seçimler sonucu toplanacak Türkiye Büyük Millet Meclisinin Başkanlık Divanı oluşturuluncaya kadar geçecek süre içinde, yasama ve yürütme yetkilerini Türk

---

[576] **Yılmaz Aliefendioğlu**, *Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi*, Yetkin yay., Ankara 1996, s. 153.

[577] "*Örneğin Sıkıyönetim Mahkemelerince verilecek cezaların belli oranda artırılmalarını emreden hükmün (SYK 17/1) bizzat askeri mahkemelerce anayasaya aykırı bulunmasına karşın, Anayasa Mahkemesine gönderilemeyişi bu açıdan çok çarpıcı bir durumdur. Gerçekten, İstanbul 1. Ordu Komutanlığı Sıkıyönetim 2 No'lu Askeri Mahkemesinin iki heyeti 30.10.1987 ve 4.11.1987 tarihli kararlarında bu hükmün anayasaya ve özellikle eşitlik ilkesine aykırı olduğunu kabul etmişler, ancak Anayasanın geçici 15. maddesini ileri sürerek Anayasa Mahkemesine başvuru istemini de reddetmişlerdir*", bkz. **Tanör**, *Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, BDS yay., 3. basım, Yön matbaası, İstanbul 1994, s. 146.

Milleti adına kullanan, 2356 sayılı Kanunla Kurulu Milli Güvenlik Konseyinin yönetim dönemi içinde çıkarılan kanunların Anayasaya aykırılığının iddia edilemeyeceği öngörülmüştür.

İtiraz konusu hükümler de, Milli Güvenlik Konseyinin yönetimi dönemi içinde çıkarılmış bulunmaktadır. (...)

İtiraz konusu hükümler, Anayasa'nın Geçici 15. ve 2949 sayılı Kanun'un 25. maddesine göre Anayasa'ya aykırılığı iddia edilemeyecek hükümler olduğuna göre, başvuran Mahkemenin bu konuda yetkili olmadığı ve dolayısıyla Anayasa Mahkemesinin bu yoldaki başvuruyu incelemeyeceği açıktır.

Bu itibarla, başvuru, Anayasa'ya aykırılık savlarının incelenmesine geçilmeden, başvuran Mahkemenin yetkisizliği nedeniyle reddedilmelidir"[578].

Görüldüğü gibi, Anayasa Mahkemesi, geçici 15. maddeye ilişkin vermiş olduğu bu kararında, ne Anayasanın ilgili hükümlerini, ne de anayasaya aykırı olduğu iddia edilen düzenlemeleri yorumlama yoluna gitmemiş; aykırılığın derecesini de gözönüne almamıştır. Mahkeme, Anayasanın bu geçici maddesindeki düzenlemeyi, bir yetki şartı olarak ele almış; kendisinin yargılama yetkisinin sınırları arasına, bir de geçici 15. maddeyi eklemiştir.

Anayasa Mahkemesi, *Doğru Yol Partisine* ilişkin kapatma davasında ise, geçici 15. madde için şunları söylemektedir:

"Anayasanın en önemli ve belirgin ilkelerinden birini kuşkusuz 'Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü' ilkesi teşkil eder. (...) Anayasanın bütününe egemen olan bu temel ilke ve buyruğa rağmen Geçici 15. madde ile Anayasaya giren bu yasakla güdülen amacın, Milli Güvenlik Konseyinin yasama yetkisini elinde tuttuğu dönemlerde kabul edilerek yürürlüğe konulan kanunların değiştirilmelerinin mümkün olmadığı ve bunların temelli olarak Anayasa Mahkemesinin denetimi dışında tutulmasının istendiği biçiminde anlaşılmasına

[578] AYMK, E. 1985/19, K. 1985/21, K.T. 28.11.1985, *AYMKD*, sy. 21, ss. 238-239; AYMK, E. 1987/2, K. 1987/5, K.T.: 18.02.1987; AYMK, E. 1995/34, K. 1995/30, K.T. 11.07.1995; AYMK, E. 2001/120, K. 2001/44, K.T.: 27.02.2001; AYMK, E. 2001/374, K. 2001/337, K.T.: 12.09.2001.

olanak yoktur. Tam tersine Geçici 15. maddenin bütünü dikkatli olarak incelendiği takdirde yapılan düzenleme ile bu dönemde çıkarılan yasalar için mutlak bir dokunulmazlığın tesisi ve böylece Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü ilkesinin ihlalinin değil, *bu madde kapsamındaki kanunların değiştirilmelerine veya yürürlükten kaldırılmalarına değin, Anayasa uygunluk denetimi yoluyla bu hükümlerin tartışma konusu yapılmalarını ve bu yoldan yararlanılarak 12 Eylül harekatını zedelemeye yönelecek girişimlere fırsat verilmeyip, onları önleme ereğinin güdüldüğünde kuşku duyulmamalıdır*.

Bu açıklamaların ışığı altında, sözü edilen Geçici 15. maddenin, Anayasaya aykırı hükümlerin sığınabileceği bir yer olarak değil, *12 Eylül harekatının zedelenmesine imkan verilmemesi için* ve tıpkı 1961 Anayasasının Geçici 4. maddesindeki bir düzenlemeden ibaret olduğu kabul edilmelidir. Bahis konusu Geçici maddenin kapsamında olan ve böylece anayasal koruma altında bulunan yasa hükümlerinin, sırf bu nedenle Anayasaya aykırı oldukları ileri sürülemeyeceği gibi, *bunların Anayasa Mahkemesince ihmal edilebilmesinden de söz edilemez*. Bu durumdaki hükümlerin ancak, Anayasanın temel ilkelerine ve bu ilkelere egemen olan hukukun ana kurallarına olabildiğince uygun düşecek biçimde yorumlanmaları düşünülebilir" [579].

Anayasa yargısının görevinin, anayasaya aykırı yasaları hukuk düzeninden ayıklamak ve kişi hak ve özgürlüklerini korumak olduğu düşünüldüğünde, "*Anayasa uygunluk denetimi yoluyla bu hükümlerin tartışma konusu yapılmalarının"* engellenmesinin Anayasa Mahkemesince uygun bulunması düşündürücüdür.

Ayrıca, Mahkeme kararında, geçici 15. madde kapsamında olup, anayasaya aykırı olan hükümlerin de ihlal edilmesinin düşünülemeyeceğini belirtmektedir. Ancak,

[579] AYMK, E. 1984/1 (Siyasi Parti Kapatma), K. 1984/1, K.T.: 28.09.1984, *AYMKD*, sy. 20, ss. 503 vd. (*İtalikler bize ait*).

ihmal ve anayasanın doğrudan uygulanması, hem 1961 Anayasası döneminde[580] hem de 1982 Anayasası döneminde[581] Anayasa Mahkemesinin kullandığı bir tekniktir:

> "Siyasi partilerin uyacakları esasları belirleyen 69. maddenin beşinci fıkrasında da, bir siyasi partinin tüzüğü veya programının 68. maddenin dördüncü fıkrası hükümlerine aykırı bulunması halinde temelli kapatma kararı verileceği kurala bağlanmıştır. Anayasa, siyasi partilerin kapatılma nedenlerini tek tek saymış, kanunkoyucuya, bunların dışında düzenleme yapmaya elverişli bir yasama alanı bırakmamıştır. Bu durumda, siyasi partilerin, 68. maddenin dördüncü fıkrasında sayılanlar dışında bir nedenle, tüzük ve programlarının bu fıkraya aykırı olduğu gerekçesiyle kapatılmalarına olanak yoktur. Devletin temel hukuk düzeninin kaynağı ve belirleyicisi olan Anayasa'daki bu açıklık karşısında, Siyasi Partiler Yasası'nın farklı bir düzenleme getiren 89. maddesine geçerlik tanımak, Anayasa kuralının uygulama dışı bırakılması anlamına gelir. Oysa, sözkonusu Anayasa kuralı, 22.4.1983 günlü, 2820 sayılı Siyasi Partiler Yasası'ndan sonra 23.7.1995'te yapılan Anayasa değişikliği ile getirilmiştir. Kanunkoyucunun bu değişikliğe koşut olarak zaman geçirmeden Siyasi Partiler Yasası'ndaki uyumsuzlukları gidermesi gerekirken, bunu gerçekleştirmemiş olması, aynı konuda ayrıntılı düzenleme getiren ve Yasa'ya göre üst hukuk normu niteliğinde olan Anayasa kuralının, uygulanmaması sonucunu doğurmaz. Bu, kısaca 'Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü' ilkesi olarak tanımlanan ve Anayasa kuralının 'Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır. Kanunlar Anayasaya aykırı olamaz' denilen Anayasa'nın 11. maddesinin de gereğidir.
>
> Parti programının 'inanç sorunları' başlıklı bölümü, bir bütünlük içinde değerlendirildiğinde, lâiklik ilkesine aykırılık içermediği, Diyanet İşleri

[580] Bkz. AYMK, E. 1976/13, K. 1976/31, K.T.: 03.06.1976, R.G.: 24.9.1976 – 15717; AYMK, E. 1981/8, K. 1982/3, K.T.:06.05.1982, R.G.: 30.11.1983/18237.

[581] Bkz. AYMK, E. 1996/3 (Siyasi Parti Kapatma), K. 1997/3, K.T.: 22.05.1997, R.G.: 2.06.2000-24067.

Başkanlığı'nın bu ilkeyi gerçekleştirmek amacıyla Devlet kurumu olmaktan çıkartılmasının öngörüldüğü anlaşılmaktadır.

Açıklanan nedenlerle, Demokratik Barış Hareketi Partisi'nin 2820 sayılı Siyasi Partiler Yasası'nın 101. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi uyarınca kapatılması isteminin reddi gerekir" [582].

Görüldüğü gibi, anılan kararda Anayasa Mahkemesi, "*siyasi partilerin, Diyanet İşleri Başkanlığının genel idare teşkilatı içinde yer almasını düzenleyen Anayasanın 136. maddesine aykırı amaç güdemeyecekleri*"ni düzenleyen Siyasi Partiler Kanununun 89. maddesi hükmünü ihmal etmiş; Anayasanın 68 ve 69. maddelerini doğrudan uygulamıştır.

Anayasa Mahkemesi 1990'lı yıllardan itibaren, anılan maddeye ilişkin red kararlarını aşağıdaki gerekçeye dayandırmıştır:

"Anayasa'da belirli konuları düzenleyen genel kurallar yanında, özel kurallara da yer verilmiştir. Bir konu özel kurallarla düzenlenmemişse, sorunların çözümünde genel kurallar uygulanır. Ancak, o konuda özel düzenlemeler varsa artık genel kurallara başvurulmaz.

Anayasa kuralları etki ve değer bakımından eşit olup hangi nedenle olursa olsun birinin ötekine üstün tutulmasına olanak bulunmadığından, bunların bir arada ve hukukun genel kuralları gözönünde tutularak uygulanmaları zorunludur. Sözü edilen maddenin 'Geçici Madde' olarak adlandırılmış bulunması etki ve değer bakımından Anayasa'nın öteki maddelerinden daha zayıf ve önemsiz olduğu biçiminde yorumlanmasına neden olamaz. Geçici maddeler genellikle geçiş dönemlerine ilişkin işlemlerin uygulama yöntemini ve kapsamını gösteren ayrık hükümleri içerirler. Hukukta genel kural olarak, yasalar, yayımlarından sonraki olaylara ve durumlara uygulanırlar. Bu ilkenin en çarpıcı ayrıklığı, yasalardaki geçici kurallardır. Bu nedenle yasaların geçici maddeleri ile esas maddeleri arasında farklılık varsa, özel niteliği nedeniyle, geçici maddeler esas maddeden önce uygulanırlar. Çünkü, kanunkoyucu, kuralın ayrıklığında kamu yararı

[582] AYMK, E. 1996/3, K. 1997/3, K.T.: 22.05.1997, R.G.: 2.06.2000-24067.

görmüştür. Özel düzenlemenin genel düzenlemeden önce geleceği hukukun genel bir ilkesidir. Anayasa'da da belli bir konuyu düzenleyen özel kural varken, o konuyu da kapsamı içine alabilecek nitelikte bir genel kural bulunsa bile, onun değil, konuya özgü Anayasa kurallarının uygulanması gerekir. Bir yasada öncelik alan geçici maddeler uygulanıp sonuçları tümüyle alındıktan sonra yürürlükten kalkmış olurlar. Tersine durumda, yasalardaki geçici maddeler, yasanın bir ayrıklık olarak kapsadıkları konularla birlikte geçerliliklerini sürdürürler.

Yasa metinlerinin ve sözcüklerinin, hukuk dilindeki anlamlarına göre anlaşılmaları gerekir. Yasa kuralının, günün toplumsal ve ekonomik gerekleriyle çeliştiği *sanılsa* bile, yürürlükte kaldığı sürece uygulanması hukukun gereğidir. Kimi gerekçelerle bu kuralın dışına çıkılması, *metinlerin anlamlarından başka biçimlerde yorumlanması, metnin bir tür düzeltilmesine kalkışılması, aslında yasada olmayanı yasaya yakıştırmak ve yorum yoluyla amacını değiştirmek ya da kanunkoyucunun yerini almak olur*.

Geçici 15. madde kapsamındaki, olağanüstü yönetimin olağanüstü koşulları altında çıkarılan yasalarla kanun hükmündeki kararnamelerin, geçilen demokratik düzen içinde değiştirilmesine ya da yürürlükten kaldırılmasına değin Anayasaya uygunluk denetimi dışında bırakılmasında *kamu yararı* görülmüştür. Ancak, kanunkoyucu, siyasal ve sosyal gelişmelere ve gereksinimlere göre, söz konusu yasal kurallardan gerekli gördüklerini değiştirebileceği ya da kaldırabileceği gibi Anayasa'da öngörülen koşullara uyarak Anayasa'daki geçici maddeleri de kaldırabilir. Bunun dışında, yorum yoluyla Anayasa'nın geçici 15. maddesinin geçersiz ve etkisiz duruma getirilmesi olanaksızdır. *Anayasa'ya uygunluk denetiminin kapsamlı ve etkin olmasını istemek başka, Anayasa kuralına uymak başkadır*. Geçici maddeyi yargı kararıyla geçersiz kılmak düşünülemez. Kaldırmak yetki ve görevi, yasama organınındır"[583].

[583] AYMK, E. 1990/32, K. 1990/25, K.T. 16.10.1990, R.G.: 30.11.1990-20710; AYMK, E. 1990/1 (Siyasi Parti Kapatma), K. 1991/1, K.T.: 16.07.1991; AYMK, E. 1990/2 (Siyasi Parti Kapatma), K. 1991/2, K.T.: 24.09.1991; AYMK, E. 1991/60, K. 1992/16, K.T. 3.03.1992, R.G.: 3.06.1992-21247 ; AYMK, E. 1992/21, K. 1992/19, K.T.: 17.03.1992, R.G.: 27.05.1992-21240; AYMK, E. 1993/4 (Siyasi Parti Kapatma), K. 1995/1, K.T.: 19.07.1995; AYMK, E. 1993/20, K. 1993/17, K.T.: 20.04.1993, R.G.: 29.05.1993-21595; AYMK, E. 1994/76, K. 1994/73, K.T. 13.10.1994, R.G.: 17.11.1994-22114; AYMK, E. 1996/6, K. 1996/6, K.T.: 14.02.1996,

Özetle Anayasa Mahkemesi, gerekçesinde, geçici 15. maddenin özel düzenleme niteliğinde olduğunu ve bu itibarla da diğer hükümlere göre öncelikle uygulanması gerektiğini; anayasa kuralları arasında hiyerarşi olmadığı için, bu hükmün diğer hükümlere aykırılığından sözedilemeyeceğini; maddenin geçici olmasının onu etki yönünden daha değersiz kılmayacağını ve buradaki geçicilikten, "*yasama organı onu kaldırana dek yürürlükte olan düzenleme*"lerin anlaşılması gerektiğini belirtmiştir. Son olarak Mahkeme, geçici 15. madde kapsamındaki işlemlerin denetim dışında kalmasında kamu yararı görüldüğünü ve yorum yoluyla bunu aşmanın anayasa kuralını uygulamama niteliğinde olduğunu belirtmektedir[584].

Ancak, burada Anayasa Mahkemesinin ihmal ettiği dört husus vardır:

Maddenin geçici niteliği açısından; Anayasa Mahkemesi, maddenin "geçiciliğini", yasama organı tarafından ortadan kaldırılana kadar olan süreçte geçerli olma olarak anlamaktadır. Ancak, Anayasanın geçici olmayan maddeleri de yasama organının belirleyici olduğu bir süreç sonunda kaldırılana kadar yürürlüktedirler. Bu durumda, Anayasa Mahkemesinin bakış açısına göre, geçici maddelerle, asıl maddeler arasında yürürlükte oldukları zaman dilimi açısından hiçbir fark yoktur. Oysa ki; 1982 Anayasasının 16 geçici maddesinden geçici 15. madde dışında kalan 15 tanesi, şimdiye kadar uygulanmakla hükümlerini yerine getirmiş ve artık işlevsiz hale gelmişlerdir. Ancak yasama organı tarafından 4709 sayılı kanunla kaldırılıncaya kadar yürürlükte kalan tek geçici madde, 15. maddedir. Başka bir deyişle, bir tek geçici 15. maddenin yürürlükten kalkması için, yasama organı tarafından son fıkrasının kaldırılması

R.G.:13.07.1996-22695; AYMK, E. 1996/1 (Siyasi Parti Kapatma), K. 1997/1, K.T.: 14.02.1997, R.G.: 26.6.1998-23384; AYMK, E. 1996/29, K. 1996/25, K.T.: 26.6.1996; AYMK, E. 1997/23, K. 1997/34, K.T. 11.03.1997; AYMK, E. 1997/33, K. 1997/39, K.T.: 26.03.1997; AYMK, E. 1998/17, K. 1998/14, K.T. 12.05.1998; AYMK, E. 1998/52, K. 1998/75, K.T.: 23.11.1998; AYMK, E. 1998/54, K. 1998/74, K.T.: 23.11.1998; AYMK, E. 1999/19, K. 1999/12, K.T.: 3.05.1999; AYMK, E. 2001/361, K. 2001/106, K.T.: 18.07.2001.

[584] AYM'nin vermiş olduğu bu karar doktrinde de eleştirilere konu olmuştur. Bkz. **Tanör**, *Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, a.g.e., ss. 190-191; **Kaboğlu**, *Anayasa Yargısı*, a.g.e., s. 120 vd.; **Sultan Üzeltürk-Turan Yıldırım**, "Anayasanın Geçici 15. Maddesi Üzerine", *Argumentum*, Şubat 1991, ss. 104-108; **F. Candan**, "Anayasanın Geçici 15. Maddesi ve Uygulaması", *Çağdaş Hukuk*, Ocak/Şubat 1993, ss. 18-19; **Hüseyin Hatemi**, "Anayasaya Aykırı Olamayan Kanunlar", Yeni Gündem, sy. 37, 1985, s. 12.

gerekmiştir. Bu durum, aslında, hükmün geçerlilik süresinin ve dolayısıyla denetim yasağının, 12 Eylül'den sonraki ilk genel seçimler sonucunda TBMM başkanlık divanı oluşturuluncaya kadar geçerli olduğunu göstermektedir.

Yorum yoluyla metne başka anlamlar verme açısından; Gerçekten de yorum, yeni bir metin icat etmek için değil; metni anlamlandırmak için yapılır. Bir metnin anlamının anlaşılması için zorunlu olarak yorum yapılır. Başka bir deyişle, hukuki metinlerin yorumlanması için, metnin açık olmaması, yahut da metinde boşluk bulunması gerekmez. Metnin gramatik anlamı ne kadar açık olursa olsun, o metni anlama faaliyeti yorum faaliyetidir. Anayasanın yorumcusu ise, hem anayasayı, hem de anayasaya aykırı olduğu iddia edilen yasayı yorumlar. Bu noktada yapılması gerekli olan yorum, bütünlüklü bir yorumdur ve bütünlüklü yorumda yorumcunun şu sorulara cevap vermesi gerekir: Anlamı belirlenecek olan metnin normatif niteliği nedir? Anayasanın hangi bölümünde yer alır? Gramatik olarak nasıl kaleme alınmıştır? Metinle korunan hukuki yarar nedir? Denetimi yasaklanan işlemler nelerdir? Demokratik bir hukuk devleti anayasasından bahsettiğimiz için, bu sorular sonucunda bulunan anlamın, anayasanın bu temel değerleriyle uyumlu olup olmadığının da denetlenmesi gerekir. Ancak bu sorulara verilen cevaplar sonucunda anayasal metne anlam verilebilir.

"Kamu yararı"nın değerlendirilmesi açısından; Anayasa Mahkemesi, bu işlemlerin anayasaya uygunluk denetimi dışında bırakılmasında kamu yararı görüldüğünü belirtmektedir. Ancak burada ne tür bir kamu yararının bulunduğunu açıklama gereği görmemiştir. Oysa ki kamu yararı, zamana ve mekana göre değişen soyut ve genel bir kavramdır[585]. Dolayısıyla verili bir zamanda bir işlemde bulunan kamu yararı, başka bir zaman diliminde bulunmayabilir. Bu noktada tartıştığımız maddenin geçici niteliği de dikkate alınmalıdır.

---

[585] "*Günümüzde kamu yararı, toplum yararı, ortak çıkar, genel yarar gibi birbirinin yerine kullanılan kavramlarla anlatılmak istenen, bireysel çıkardan farklı ve onun üstünde ortak bir yarardır*", bkz. AYMK, E. 1999/46, K. 2000/25, K.T. 20.09.2000.

Anayasa normları arasında hiyerarşinin bulunup bulunmadığı açısından; Anayasa Mahkemesi, anayasa kuralları arasında herhangibir hiyerarşik ilişki olmadığını, kurallar arasında eşitlik bulunduğunu belirtmektedir. Anayasa kuralları tabiidir ki eşit değere sahiptirler. Ancak bazı hükümler, diğerlerinin yorumlanmasında da yol gösterici niteliktedir ve bu husus Anayasa Mahkemesinin pekçok kararında ifade edilmiştir. Örneğin, Anayasanın Başlangıç bölümünün 2 ve 10. paragraflarında "*Bu Anayasanın (...) bu ilkelere saygı ve mutlak sadakatle yorumlanıp uygulanacağı*" hususu düzenlenmektedir[586]. Ya da Anayasa'da bazı hükümlerin değiştirilmesi yasaklanmış; bu surette bazı normlar için şekli koruma artırılmıştır: 1982 Anayasasının 4. maddesindeki yasak, ilk üç maddeye, başka bir deyişle, Cumhuriyete ve niteliklerine diğer maddelerde olmayan bir biçimde türev kurucu iktidarın müdahalelerine karşı şekli bir koruma sağlamaktadır. Yine temel hak ve yükümlülüklere ilişkin normlar arasında da koruma düzeyi açısından fark vardır: kişi hakları ve siyasal haklar kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenemezken, sosyal ve ekonomik haklar düzenlenebilir (Any., md. 91/1). Yine sosyal ve ekonomik haklarda devletin görevlerinin sınırı, "mali kaynaklarının yeterliliğine" göre belirlenir (Any., md. 65/son). Ya da Anayasanın "temel hak ve özgürlüklerin durdurulmasına" ilişkin 15. maddesinin son fıkrasında, olağanüstü hallerde bile dokunulamayacak haklardan bahsedilmektedir: "*kişinin yaşama hakkına, maddî ve manevi varlığının bütünlüğüne dokunulamaz; kimse din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz ve bunlardan dolayı suçlanamaz; suç ve cezalar geçmişe yürütülemez; suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz*". Ayrıca, Anayasanın 12. maddesinde yer alan, "Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir" ifadesinde anlatılan doğal hukuk anlayışını yansıtan birinci kuşak klasik haklardır. Dolayısıyla, her ne kadar, anayasa normları arasında bir hiyerarşi olmasa da bazı normların temel ilkeleri yansıtmaları itibarıyla, diğerlerinin yorumlanmasında dikkate alınması, başka bir deyişle bunlara uygun yorum yapılması gerektiği görülmektedir[587].

---

[586] **Yüzbaşıoğlu,** *Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku*, a.g.e., s. 110.

[587] **Yüzbaşıoğlu,** *Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku*, a.g.e., s. 110.

Anayasa Mahkemesi Yargıcı Profesör Aliefendioğlu, bu karara verdiği karşı oyda şunları söylemektedir[588]:

> "Bir dönemin yasama işlemleri Anayasal denetimin dışında kalıyorsa ve bu denetim yasağının zamanla bir sınırı yoksa, Cumhuriyetin hukuk devleti olma niteliği zedeleniyor, Anayasada gösterilen hürriyetçi demokrasi ve bunun icaplarıyla belirlenen hukuk düzeni dışına çıkılıyor demektir. Anayasanın 2, maddesinde, 'Hukuk devleti', Cumhuriyetin nitelikleri arasında sayılmıştır. Anayasanın 2. maddesindeki Cumhuriyetin nitelikleri, Anayasanın 4. maddesinde sayılan değiştirilmez, değiştirilmesi teklif edilemez biçimindeki hükümler arasında yer almıştır. Böylece Anayasanın, kendilerine değişmezlik özelliği tanıdığı, 1, 2 ve 3. maddeleri, Anayasanın öteki kurallarına göre bir 'üst norm' niteliğindedir. Sözü geçen dönemde çıkarılan yasama işlemleri yönünden de olsa, Anayasal yargı denetimine yer vermeyen, üstelik bu denetimsizliğe zamanla bir sınırlama getirilmeden, Anayasanın geçici maddesini temel kural kabul ederek yapılan uygulama Cumhuriyetin hukuk devleti niteliğiyle bağdaşmaz. Kaldı ki, bu dönemde çıkarılan yasama işlemleri küçümsenmeyecek bir sayıya ulaşmıştır. Geçici 15. madde, Anayasanın yukarıda sözü edilen temel maddeleriyle çatışmaktadır. Bu geçici maddenin, sürekli bir kural olarak kabulü durumunda, Anayasanın öngördüğü hukuk devleti, Anayasanın üstünlüğü ve Anayasal denetimle ilgili temel kurallar, bu dönemde çıkan yasama işlemleri yönünden askıya alınmaktadır. Geçici bir maddenin, Anayasanın temel kurallarını süresiz işlemez hale getirmesi Anayasal sistemle bağdaşmayacağı gibi, maddenin geçicilik özelliğine de uygun düşmez. (...) Anayasa 138. maddesi hakimleri, önce Anayasa, yasaya ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre karar vermekle görevli kılmıştır. Geçici maddeye süreklilik kazandırılır ve bu dönemde çıkarılan yasama işlemlerinin Anayasaya uygunluk denetimine yer verilmez ise, hakim, Anayasaya ve vicdanî kanısına göre nasıl karar verecektir? Bu durumda hakim, Anayasa hükümlerini bir yana bırakarak, Anayasanın 15. maddesindeki, Anayasanın uygulanmamasına ilişkin kurala, kimi yasalar

[588] AYMK, E. 1990/32, K. 1990/25, K.T. 16.10.1990.

yönünden öncelik tanımış olacaktır. Anayasa, geçici bir maddesiyle, bir dönemde çıkan yasama işlemleri yönünden kendisini yok kabul edemez. (...) Geçici maddenin getirdiği yasağın, 12 Eylül 1980 den TBMM Başbakanlık Divanının oluşturulduğu 6.12.1983 tarihine kadarki süre için geçerli olduğu kabul edilirse, madde geçiciliğine uygun Anayasal bir anlam kazanır. (...) sadece söze bakıp, Anayasanın geçici 15. maddesinin yorumlanması, Anayasanın yürürlüğe girişiyle ilgili 177. maddesine de aykırı düşecektir. Çünkü, sözü geçen dönemde çıkan yasa ve KHK'ler yönünden Anayasa hiç bir zaman yürürlüğe girmemiş olacaktır. Kaldı ki, bu maddenin (e) fıkrasında, '.... mevcut kanunların Anayasaya aykırı olmayan hükümleri veya doğrudan Anayasa hükümleri, Anayasanın 11 nci maddeleri gereğince uygulanır' kuralı, Yasaların, Anayasanın yayımlandığı tarihteki durumuna göre Anayasaya aykırı olup olmaması yönünün değerlendirilmesini, Anayasaya aykırı görülen hükümler yerine, Anayasa kurallarının doğrudan uygulanmasını Anayasanın üstünlüğü ilkesinin gereği saymıştır. Anayasanın yürürlüğe girmesiyle ilgili 177. maddesi ve bu maddenin (e) fıkrası da, geçici 15. maddenin getirdiği Anayasal denetim yasağının TBMM Başkanlık Divanı'nın oluşturduğu 6.12.1983 dönemiyle sınırlı olması gerekliliğini ortaya koymaktadır.

Yukarıda açıklanan nedenlerle, geçici 15. maddedeki 'Anayasaya aykırılığın iddia edilemeyeceğine' ilişkin kuralın 6.12.1983 tarihine kadar geçerli olduğunu düşünmekteyim".

Bu yasak, ancak 3 Ekim 2001 tarihinde, 4709 sayılı Anayasayı Değiştiren Kanunun 34. maddesiyle kaldırılmıştır[589]. Ancak yine 12 Eylül rejiminin uygulandığı ara dönemde çıkarılan 2949 sayılı Kanunun 25. maddesi de, geçici 15. maddenin yasal düzeyde tekrarı niteliğinde olmakla birlikte, 4709 sayılı Kanunla kaldırılmadığı için bir süre daha yürürlükte kalmış; ancak Anayasa Mahkemesi iptal ya da itiraz başvurularında bu hükmü ihmal ederek inceleme yapmıştır[590]. Anayasa Mahkemesi

[589] 4709 sayılı *Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun*, K.T.: 3.10.2001, R.G.: 17.10.2001-24556 (Mükerrer).

[590] AYMK, E. 2002/44, K. 2002/90, K.T.: 8.10.2002, R.G.: 27.01.2004 - 25359. Bkz. özellikle Fulya Kantarcıoğlu, Rüştü Sönmez ile Ertuğrul Ersoy'un karşıoyları.

daha sonra ilgili hükmü, *Halkın Demokrasi Partisi*'ne yönelik kapatma davasında ön sorun yaparak iptal etmiştir[591].

c. Anayasa Değişiklikleri: Ulusal ve Uluslararası Etkiler[592]

1982 Anayasası, ilk defa 1987 tarihinde değişikliğe uğramıştır. Bu ilk anayasa değişikliğinden, 1995 sonrasında gerçekleştirilen değişikliklere kadar, uluslararası dinamiklerin de etkisi olmasına rağmen, genellikle ulusal dinamiklerin ağır bastığını görürüz. Anayasanın otoriter yapısı fazla ağır gelmiştir. 1995 tarihinden sonra ise, gerek Türkiye'nin İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinden aldığı ihlal kararları, gerekse Avrupa Birliğine adaylık süreci[593], hem Anayasada hem de yasal mevzuatta birçok değişiklik yapılmasını gerektirmiştir. Önemle belirtilmelidir ki, uluslararası etkiyle gerçekleştirilen değişiklikler, evrensel standartların bulunduğu temel hak ve özgürlükler alanına ilişkindir. Buna karşılık, Anayasanın ikinci önemli bölümü olan "kurumsal anayasa hukukunda", evrensel standartlar ve dolayısıyla uluslararası bir itki

---

[591] AYMK, E. 2002/121, K. 2002/62, K.T.: 9.07.2002, R.G.: 31.08.2002 – 24862. Anayasa Mahkemesinin geçici 15. maddenin son fıkrasının kaldırılmasından sonra, ara dönemde çıkan yasal düzenlemelerden biri de 2495 sayılı Bazı Kurum ve Kuruluşların Korunması ve Güvenliklerinin Sağlanması Hakkında Kanun'un "h" bendidir. Bkz. AYMK, E. 2002/38, K. 2002/89, K.T.: 8.10.2002, R.G.: 26.12.2002-24975.

[592] Bu konuda genel olarak bkz. **Kaboğlu**, "L'évolution des droits de l'homme et de la démocratie en Turquie depuis un demi-siècle", *Bulletin des droits de l'homme* publié par l'Institut luxembourgeois des droits de l'homme, n^{os} 11/12, Luxembourg 2005, ss. 112-122.

[593] "*1982 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının; uygulamada olduğu dönem içinde ortaya çıkan ihtiyaçlar, kamuoyunun beklentileri ve yeni siyasi açılımlar doğrultusunda yenilenmesi gereği doğmuştur. Ayrıca Avrupa Birliğine tam üyelik sürecinde, ekonomik ve siyasi kriterlerin karşılamasının, bu alanda gerekli yasal düzenlemelerin yapılmasının ön şartı olarak Anayasada bazı değişikliklerin yapılması da kaçınılmazdır*" bkz. 4709 sayılı Anayasayı Değiştiren Kanun'un genel gerekçesi. 5170 sayılı Anayasayı Değiştiren Kanunun genel gerekçesi ise şöyledir: "*Avrupa Birliğine üye adayı olan Ülkemizin Kopenhag Siyasi Kriterleri bağlamında yerine getirmesi gereken hususlar ile yasal düzenlemeler 24 Temmuz 2003 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan "Avrupa Birliği Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Ulusal Program"da belirlenmiş bulunmaktadır. /Bir taraftan hayat hakkının, demokratik toplumun temel değeri olduğunu ve ölüm cezasının kaldırılmasının, bu hakkın korunması ve tüm insanların doğuştan gelen onurunun bütünüyle tanınması için elzem olduğunu vurgulayan ve Ülkemizce de imzalanan İnsan Haklarını ve Temel Özgürlükleri Koruma Avrupa Sözleşmesi'ne Ek 13 No'lu Protokol gereğince ölüm cezasının kaldırılmış olması; diğer yandan, dünyada gelişen yeni demokratik açılımlara uyum sağlanması ve bu açılıma uygun bir şekilde temel hak ve hürriyetlerin, evrensel düzeyde kabul edilmiş standart ve normlar ile Avrupa Birliği kriterleri seviyesine çıkarılması amacıyla kanunlarımızda düzenlemeler yapılması ihtiyacı temel yasamız olan Anayasada da değişiklikler yapma zorunluluğu doğurmuştur*".

bulunmadığı için, 2007 yılına kadar önemli bir değişiklik meydana gelmemiştir. Aslında bu alan, "kurumsal anayasa hukuku" yahut da Hauriou'nun deyişiyle "siyasal anayasa" daha çok ulusal dinamiklerin belirleyici olduğu bir alandır. Burada, anayasal devlete geçişte, tarih içinde aşamalı olarak oluşturulan kurumlar ve o ülkenin anayasa kültürü devreye girer. Örneğin parlamenter rejim, ülkemizde köklü bir anayasal geçmişe sahiptir: 1876 Kanuni Esasi'nde 1909 yılında yapılan değişikliklerle sistemimize girmiş ve olağanüstü dönemin ürünü olan 1921 Anayasası dışında bütün anayasalarımızda yer almıştır. Ancak 21 Ekim 2007 tarihinde gerçekleştirilen referandum sonucunda bu geleneğe bir son verildiği görülmüştür.

Anayasada *ilk değişikliğin*[594] 1987 yılında yapıldığını söylemiş idik: bu değişiklikler, anayasa değişikliği usulüne, seçmen yaşına, milletvekili sayısına ve bazı siyasetçilere beş ya da on yıllık siyaset yasağı getiren geçici 4. maddenin kaldırılmasına ilişkindir. Anayasa değişikliği usulü kolaylaştırılmış, parlamento üyelerinin beşte üçünün oyuyla anayasa değişikliği yapma imkanı tanınmış, ancak bu şekilde bir nisapla kabul edilen değişikliğin onay aşamasında, cumhurbaşkanı değişikliği Meclise iade etmediği takdirde zorunlu referandum öngörülmüştür. Anayasanın ilk halinde Mecliste üçte ikilik bir kabul oranı aranıyordu. İkinci olarak, oy kullanmak için 21 yaşını doldurmak gerekiyor iken, bu sınır değişiklikle "20 yaşına girme" olarak belirlenmiştir. Milletvekili sayısı 400'den 450'ye çıkarılmıştır. Nihayet referandumla, Anayasanın geçici 4. maddesindeki siyaset yasakları kaldırılmıştır.

İkinci değişiklik[595], 1993 yılında gerçekleştirilmiş, Anayasanın 133. maddesi değiştirilmiş, radyo ve televizyon kurma ve işletme alanında devlet tekeline son verilerek TRT'nin özerkliği sağlanmıştır.

Üçüncü değişiklik[596], o güne kadar gerçekleştirilmiş değişikliklerin en kapsamlısıdır. Bu değişiklikle daha çok katılımcı demokrasi önündeki engeller kaldırılmaya çalışıldı.

---

[594] 3361 sayılı Anayasayı Değiştiren Kanun, K.T.: 17.05.1987, R.G.: 18.05.1987-19464 (mükerrer).

[595] 3913 sayılı Anayasayı Değiştiren Kanun, K.T.: 8.07.1993, R.G.: 10.07.1993-21633.

Anayasanın Başlangıcı değiştirilerek, 12 Eylül 1980 darbesine yapılan referanslar ile dini referanslar kaldırıldı[597].

Dayanışma yasaklarına son verildi: "Toplu özgürlük özneleri olan örgüt ve kuruluşları birbirinden soyutlayarak, onlara baskı grubu işlevini yasaklayan hükümler zinciri ayıklanmıştır"[598]. Bu doğrultuda Anayasanın, derneklere ilişkin 33/4. maddesi[599], siyasal partilere ilişkin 69/2. maddesi[600], sendikalal faaliyete ilişkin 52. maddesi, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarına ilişkin 135/3. madde[601] ve kooperatiflere ilişkin 171/2. maddesi[602] yürürlükten kaldırılmıştır.

Bunun dışında, derneklerin Anayasanın 13. maddesindeki sınırlandırmalara aykırı hareket edemeyecekleri hükmü ile kendiliğinden dağılmış sayılacakları hallere ilişkin hükümler kaldırıldı. Yine derneklerin ve kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının faaliyetten men edilmelerine ilişkin esaslar, çeşitli kayıtlara bağlanarak netleştirildi. Devlet memuru olmayan kamu hizmeti görevlilerinin, dernek kurma

---

[596] 4121 sayılı Anayasayı Değiştiren Kanun, K.T.: 23.07.1995, R.G.:26.07.1995-22355.

[597] "*Ebedi Türk vatan ve milletinin bütünlüğüne ve kutsal Türk Devletinin varlığına karşı, Cumhuriyet devrinde benzeri görülmemiş bölücü ve yıkıcı kanlı bir iç savaşın gerçekleşme noktasına yaklaştığı sırada; / Türk Milletinin ayrılmaz parçası olan Türk Silahlı Kuvvetlerinin, milletin çağrısıyla gerçekleştirdiği 12 Eylül 1980 harekatı sonucunda, Türk Milletinin meşru temsilcileri olan Danışma Meclisince hazırlanıp, Milli Güvenlik Konseyince son şekli verilerek Türk Milleti tarafından kabul ve tasvip ve doğrudan doğruya O'nun eliyle vazolunan bu ANAYASA*".

[598] Kaboğlu, "1995 Anayasa Değişiklikleri" in *KOÜHFD*, sy.1, s. 400.

[599] "*Dernekler, 13 üncü maddedeki genel sınırlamalara aykırı hareket edemeyecekleri gibi; siyasi amaç güdemezler, siyasi faaliyette bulunamazlar, siyasi partilerden destek göremez ve onlara destek olamazlar, sendikalarla, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve vakıflarla bu amaçla ortak hareket edemezler*".

[600] "*Siyasi partiler, kendi siyasetlerini yürütmek ve güçlendirmek amacıyla dernekler, sendikalar, vakıflar, kooperatifler ve kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve bunların üst kuruluşları ile siyasi ilişki ve işbirliği içinde bulunamazlar. Bunlardan maddi yardım alamazlar*".

[601] "*Meslek kuruluşları, kuruluş amaçları dışında faaliyet gösteremezler; siyasetle uğraşamazlar, siyasi partiler, sendikalar ve derneklerle ortak hareket edemezler*".

[602] "*Kooperatifler, Devletin her türlü kontrol ve denetimine tabi olup, siyasetle uğraşamaz ve siyasi partilerle işbirliği yapamazlar*".

özgürlüğünün yasaklanabileceğine ve sınırlanabileceğine ilişkin hüküm kaldırıldı, devlet memurlarının dernek özgürlüklerinin ise "görevlerinin gerektirdiği ölçüde" sınırlanabileceği esası getirildi.

Seçim kanunlarının temsilde adalet, yönetimde istikrar ilkelerini bağdaştıracak şekilde düzenlenmesi gereği anayasal buyruk haline getirilmiş, seçmen yaşı olarak 18 yaşını doldurma esas alınmış, yurtdışındaki vatandaşlarla tutukluların oy kullanmalarına ilişkin düzenlemeler yapılmıştır (Any., md. 67).

Siyasal partilere ilişkin düzenlemelerde, bunlara üye olma yaşının düşürülmesi, yurtdışı faaliyet yasaklarının kaldırılması, mali yardım görmeleri, uymaları gereken esaslar ve partilerin kapatılmasının şartları ve sonuçları yeniden düzenlenmiştir (Any, md 69). Anayasa Mahkemesinin parti kapatma davalarında, kapatılması istenen partinin genel başkanını yahut da onun tayin edeceği bir vekili dinlemesi esası kabul edilmiştir (Any., md. 149/4).

Milletvekili sayısı 550'ye çıkarılmış (Any., md. 75); parti değiştiren milletvekilinin üyeliğinin düşmesine ilişkin hüküm kaldırılmış (Any., md. 84); yasama dokunulmazlığının kaldırılması ya da üyelik düşmesi kararlarına karşı Anayasa Mahkemesine başvuru esasları netleştirilmiş (Any., md. 85); TBMM'nin Ekim ayının ilk gününde toplanacağı esası getirilmiştir (Any., md. 93).

Dördüncü değişiklik[603], biraz önce yukarıda değindiğimiz ulusal-üstü etkinin doğrudan bir sonucudur. Türkiye'nin İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi önünde, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 6/1. maddesinden aldığı mahkumiyet, Anayasanın 143. maddesinde değişiklik yapılmasına neden olmuştur. *Incal – Türkiye* davasında[604], bir siyasal partinin İzmir şubesi yönetim kurulunda bulunan başvuran, dağıtmak istedikleri ama dağıtamadıkları bir bildiri nedeniyle TCK'nun 312. maddesinden yargılanmış ve

[603] 4388 sayılı Anayasayı Değiştiren Kanun, K.T.: 18.06.1999, R.G.: 18.06.1999-23729 (mükerrer).

[604] *Incal c. Turquie*, req. no. 22678/93, Arrêt, 9.06.1998. Genel olarak İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi kararlarının Türkçe çevirileri için bkz. **Osman Doğru**, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları*, Legal Yay., (C. 1, 2 İstanbul 2004) (C. 3,4 İstanbul 2008).

mahkum olmuştur. Kararda "adil yargılanma hakkı" kapsamında sorgulanan, ilgili mahkumiyet kararını veren Devlet Güvenlik Mahkemesinin oluşumunda bir askeri yargıcın bulunması ve bu askeri yargıcın konusu "devlet aleyhine işlenen cürümler"den olan bir davada sivil bir kişiyi yargılamasıdır[605]. Kararda, İHAM, sivil bir kişiyi yargılayan heyette askeri bir yargıcın bulunmasını "mahkemenin bağımsızlığı" esasına uygun bulmamıştır. Bu karar ardından yapılan düzenleme ile Anayasanın 143. maddesinin 3. fıkrası değiştirilmiş ve bu surette heyet içinde asker üyenin varlığına son verilmiştir. Aşağıda belirtileceği üzere, Devlet Güvenlik Mahkemeleri bütünüyle 2004 değişiklikleri ile kaldırılmıştır.

Beşinci değişiklik[606] kapsamında, özelleştirme anayasal dayanağa kavuşmuş (Any., md. 47); yabancı unsurlu kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri kapsamındaki uyuşmazlıklarda ulusal ve uluslararası tahkime gidilebilmesinin yolu açılmıştır (Any., md. 125/2). Ayrıca bu Sözleşmeler üzerindeki Danıştay'ın inceleme yetkisi azaltılmıştır (Any., md. 155/2).

Altıncı değişiklik paketi[607], 1982 Anayasası üzerinde en kapsamlı değişikliklerin yapıldığı bir pakettir[608].

Bu değişikliğin[609] en önemli getirisi, Anayasanın temel hak ve özgürlükler genel rejimini ortaya koyan 13. maddesinin ve kurucu iktidarın Anayasanın yapımındaki ruh halini ve saiklerini en iyi yansıtan maddelerin başında gelen 14. maddesinin değiştirilmesidir. Değişiklik uyarınca, 13. madde, genel sınırlandırma hükmü olmaktan

---

[605] Bu konuda detaylı açıklama için bkz. **İnceoğlu**, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı*, Beta yay., 2. bası, İstanbul 2005, ss. 180 vd.

[606] 4446 sayılı Anayasayı Değiştiren Kanun, K.T.: 13.08.1999, R.G.: 14.08.1999-23786.

[607] 4709 sayılı Anayasayı Değiştiren Kanun, K.T.: 3.10.2001, R.G.: 17.11.2001-24556 (mükerrer).

[608] Aynı yıl içinde bir değişiklik daha yapılmış ve milletvekillerin özlük hakları daha da güçlendirilmiştir, bkz. 4720 sayılı Anayasayı Değiştiren Kanun, K.T.: 21.11.2001, R.G.: 1.12.2001-24600.

[609] Değişiklik dinamikleri açısından bkz. **Kaboğlu**, "2001 Anayasa Değişiklikleri: Ulusal-üstü Etkiden Ulusal Tepkiye", *Anayasa Yargısı*, c. 19, 2002, ss. 105-118.

çıkarılmış ve bir güvence hükmüne dönüştürülmüştür[610]. Aslında, 13. madde büyük ölçüde İHAS temel alınarak yazılmış bir maddedir. Ancak hükmün uygulanması, İHAS'ın uygulanmasından geniş ölçüde ayrılmış ve anayasanın yorumcusu tarafından çoğunlukla otoriter bir bakış açısıyla yorumlanabilmiştir[611]. 14. madde ise, hukuki olmayan söylemlerden arındırılmış, insan haklarına dayanan şeklindeki 1961 formülasyonuna geri dönüldüğü ve Devletin de hakları kötüye kullanmanın[612] öznesi olabileceği anlayışının kabul edildiği bir yapıya kavuşturulmuştur. Ayrıca, genel sınırlandırma rejiminden, her hak ve özgürlük için yapılarına uygun bir biçimde öngörülecek özel sınırlandırma rejimine geçilmiştir.

Bunun dışında, kişi özgürlüğü ve güvenliği (Any., md. 19), özel hayatın gizliliği (Any., md. 20), konut dokunulmazlığı (Any., md. 21), haberleşme özgürlüğü (Any., md. 22), seyahat özgürlüğü (Any., md. 23) kapsamında iyileştirmeler yapılmış; "adil yargılanma hakkı" da Anayasamıza girmiştir (Any, md. 36). Dernek kurma (Any., md. 33) ile toplantı ve gösteri yürüyüşü (Any., md. 34) özgürlükleri için özel sınırlandırma sebepleri getirilmiştir.

Ayrıca, düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetini düzenleyen 26. maddeden ve basın özgürlüğünü düzenleyen 28. maddeden "kanunla yasaklanmış dil" kaydı kaldırılmış; ancak ifade özgürlüğüne sınırlandırma getirilebilecek meşru sebeplerin sayısı, diğer hiçbir temel hakta olmadığı ölçüde artırılmıştır[613] (Any., md. 26).

---

[610] 13. maddenin 2001 değişiklikleri sonrası halinin hak ve özgürlükler rejimine etkisi bakımından genel olarak bkz. *Anayasa Yargısı*, sy. 19, 2002 (tüm sayı).

[611] Bu konuda bkz. aşağıda "1982 Anayasası ve Birey: Temel Haklar" başlığı.

[612] Aslında bu hüküm için, İHAS'ın 17. maddesi örnek alınmışır: "*Bu Sözleşme hükümlerinden hiçbiri, bir devlete, topluluğa veya kişiye, Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlüklerin yok edilmesine veya burada öngörüldüğünden daha geniş ölçüde sınırlamalara uğratılmasına yönelik bir etkinliğe girişme ya da eylemde bulunma hakkını sağlar biçimde yorumlanamaz*".

[613] Any., md. 26/2: "*Bu hürriyetlerin kullanılması, (Ek ibare: 3/10/2001-4709/9 md.) milli güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlanabilir*".

Ölüm cezası, savaş, çok yakın savaş tehdidi ve terör suçları için kaldırılmıştır (Any., md. 38).

Siyasal partilerin kapatılması zorlaştırılmış[614], kapatma dışında daha hafif nitelikteki başka yaptırımlar (devlet yardımından yoksun kalma) da öngörülmüştür (Any., md. 69). Ayrıca taksirli suçlardan hüküm giyenlerin oy kullanabilmeleri ile seçim kanunlarında yapılan değişikliklerin yürürlüğe girdikleri tarihten itibaren bir yıl içinde uygulanamayacakları esasarı kabul edilmiştir (Any., md. 67).

Kadın-erkek eşitliğine dair, vatandaşlığın kazanılması ile ilgili hükümle (Any., md. 66), aile birliğinde kadının rolüne ilişkin (Any., md. 41) bazı değişiklikler yapıldı.

Ekonomik ve sosyal haklara ilişkin iyileştirmeler (Any., md. 49 ve md. 55/son) yanında, sendika hakkına ilişkin düzenlemeler (Any., md. 51) yapılmıştır.

Kamulaştırmanın tabi olduğu usuller, mülkiyet hakkı yararına yeniden kaleme alınmıştır[615].

Yabancılara, karşılıklılık esası gözetilmek kaydıyla dilekçe hakkı tanınmış, dilekçelere "gecikmeksizin" cevap verilmesi yükümlülüğü getirilmiştir (Any., md. 74).

Başlangıç bölümünde yer alan "hiçbir düşünce ve mülahazanın (...) korunma göremeyeceği"ne ilişkin hüküm, "hiçbir faaliyetin (...) koruma göremeyeceği" şeklinde değiştirilmiştir.

---

[614] Hem odak halinin tanımının Anayasada yapılmış olması, hem de kapatmanın Anayasa Mahkemesinin nitelikli çoğunluğunun oyuna bağlı kılınmış olması açısından zorlaştırılmıştır.

[615] Bu değişiklik de büyük oranda İHAM'nin Akkuş - Türkiye davasında verdiği ihlal kararından sonra gerçekleştirilmiştir (Bkz. Conseil de l'Europe, Comité des Ministres, 16.06.2001, Résolution ResDH(2001)71). Mahkeme, Akkuş – Türkiye davasında, kamulaştırma bedelininin arttırılması davası sonucunda hükmedilen miktarın geç ödenmesinin, kamulaştırma için öngörülen tazminatın denkleştirici karakterini zedelediğine ve mülkiyet hakkının korunması ile genel yarar arasındaki adil dengeyi bozduğuna karar vermiştir. Olayda yıllık % 30 yasal faiz ilave edilmiş ek tazminat, başvurucuya, Yargıtay kararından 18 ay sonra, Türkiye'de yıllık enflasyon oranının % 70'e ulaştığı Şubat 1992 tarihinde ödenmiştir. *Akkuş c. Turquie*, req. no.19263/92, Arrêt, 9.07.1997. Bu karar hakkında ayrıntılı açıklama için bkz. **Boyar**, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Kararlarında Mülkiyet Hakkının Sınırlandırılması*, a.g.e., ss. 67 vd.

Milli Güvenlik Kurulu kararlarının "öncelikle dikkate alınacağına" ilişkin hüküm, "tavsiye niteliğindeki kararların değerlendirileceği" şeklinde esnetilmiş; kurulun yapısında sivillerin sayısı artırılmıştır (Any., md. 118).

Yukarıda bahsettiğimiz üzere kurumsal anayasa boyutuna ilişkin değişiklikler son derece sınırlıdır : Cumhurbaşkanına kısmi geri gönderme yetkisinin tanınması (Any., md. 89), meclis soruşturmasının yapılış şekli (Any., md. 100), TBMM başkan adaylarının belirlenmesi sürecinin hızlandırılması (Any., md. 94).

Bu Anayasa değişikliğinde, yukarıda belirttiğimiz üzere, Geçici 15. maddenin son fıkrası da kaldırılmıştır.

Yedinci değişiklik[616], milletvekili seçilme yeterliliğine ilişkin 76. maddede ve ara seçime ilişkin 78. maddede yapıldı[617].

Sekizinci değişiklik[618], 4709 sayılı Kanundan sonra en önemli değişiklikleri içeriyordu: Türk Anayasa Hukuku doktrininde en çok tartışılan konulardan biri olan uluslararası sözleşmelerin iç hukuktaki yeri sorunu 90. maddesinin son fıkrasına eklenen şu cümleyle kısmen de olsa çözümlendi[619]: "*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır*".

---

[616] 4777 sayılı Anayasayı Değiştiren Kanun, K.T.: 27.12.2002, R.G.: 31.12.2002-24980 (3. mükerrer).

[617] Bu surette, milletvekili seçilmeye engel bir suçtan hüküm giymiş olan Adalet ve Kalkınma Partisi Genel Başkanı Recep Tayyip Erdoğan milletvekili seçilebildi. Bu konuya ilişkin bkz. **Tanör - Yüzbaşıoğlu**, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, a.g.e., s. 45.

[618] 5170 sayılı Anayasayı Değiştiren Kanun, K.T.: 7.05.2004, R.G.: 22.05.2004-25469.

[619] Bu konuda bkz. **Yüzbaşıoğlu**, "Mayıs 2004'te Anayasanın 90. Maddesine Eklenen Hükmün Türk Anayasallık Blokuna Etkileri Üzerine Bir Değerlendirme" in *Bülent Tanör Armağanı*, Legal yay., İstanbul 2004, ss. 782-818; **Kaboğlu**, "Uluslararası Sözleşmeler ve İç Hukuk: Hukuka Yeni Düzenleme, *Radikal*, 26.07.2004; Ulusal Toplantı Bildirileri: *İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması* (Any., md.90/son), TBB yay., İstanbul 2005; **Levent Gönenç-Ersoy Kontacı**, "Yaşayan Anayasa: 2003 ve 2004 Yılları Anayasal Gelişmeleri", *TBB Dergisi*, sy. 61, 2005, ss. 107-239.

Anayasanın "eşitlik" ilkesini düzenleyen 10. maddesine kadın-erkek eşitliğinin belirtildiği cümleden sonra, "*Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür*" ifadesi eklendi.

1999'da kompoziyonu değiştirilen Devlet Güvenlik Mahkemeleri, bütünüyle kaldırıldı (Any., md. 143). Basın araçlarının zapt ve müsadereye karşı korunmasına ilişkin önlemler getirildi (Any., md. 30). Yükseköğretim Kurulunun oluşumunda, Genelkurmay Başkanlığı kontenjanı çıkarıldı (Any., md. 131). Silahlı kuvvetlerin elindeki Devlet mallarının Sayıştayca TBMM adına denetlenmesinde gizlilik esası kaldırıldı (Any., md. 160).

Ölüm cezası her halde kaldırıldı (Any., md. 15, 17, 38 ve 87).

Dokuzuncu değişiklikle[620], Radyo ve Televizyon Üst Kurulu anayasal bir kuruluş haline gelmiştir[621].

Onuncu değişiklik[622] ise, şimdiye kadar gerçekleştirilen değişikliklerin en tartışmalı olanlarından biridir[623]. Bu değişiklik, doğrudan siyasal rejimle ilgilidir ve cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesini öngörmektedir. Cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesi dışında, yasama meclisinin dört yılda bir seçilmesi, toplantı ve karar nisaplarının ise tüm oylamalar için sabitlenmesi sözkonusudur. Anılan değişiklik, referanduma da sunulmuş ve referandum sonucunda kabul edilmiştir[624].

---

[620] 5370 sayılı Anayasayı Değiştiren Kanun, K.T.: 21.06.2005, R.G.: 23.06.2005-25854.

[621] Aslında 2005 yılında bir anayasa değişikliği daha gerçekleştirilmiştir. Ancak bu değişiklik, "genel ve katma bütçe"nin, "merkezi yönetim bütçesi" haline dönüştürülmesinden ibarettir. 5428 sayılı Anayasayı Değiştiren Kanun, K.T.: 29.10.2005, R.G.: 9.11.2005-25988.

[622] 5678 sayılı Anayasayı Değiştiren Kanun, K.T.: 31.05.2007, R.G.: 16.06.2007-26554.

[623] Bu değişikliklerden ve bunun 1982 Anayasasının siyasal rejimi üzerine yapacağı etkilerden, aşağıda "Yasama Yürütme İlişkilerine ve Yargı Organına Genel Bakış" başlığı altında değineceğiz.

[624] Halkoylaması Tarihi: 21.10.2007, *873 sayılı Yüksek Seçim Kurulu Kararı*, R.G.: 31.12.2007-26686. Bu değişiklikle ilgili tartışmalara, aşağıda "Kurumsal Yapı" başlığı altında değindik.

On birinci değişiklik, Anayasanın 10. ve 42. maddeleri çerçevesinde gerçekleştirilen ve yüksek öğretim kurumlarında türban takılmasını serbest bırakmayı amaçlayan[625] değişikliktir. Bu değişiklikle Anayasanın "kanun önünde eşitlik" ilkesini düzenleyen 10. maddesine "*ve her türlü kamu hizmetlerinden yararlanılmasında*" ibaresi getirilmiş; 42. maddeye ise şu fıkra eklenmiştir: "*Kanunda açıkça yazılı olmayan herhangi bir sebeple kimse yükseköğrenim hakkını kullanmaktan mahrum edilemez. Bu hakkın kullanımının sınırları kanunla belirlenir*"[626].

2. Kurumsal Yapı

1982 Anayasasının kurumsal yapısı kendisine özgü unsurları bünyesinde barındırır. Öncelikle parlamenter rejim açısından duruma bakıldığında, güçlendirilmiş cumhurbaşkanı formülünün benimsendiğini görürüz. 1982 Anayasasının Cumhurbaşkanı öyle yetkilerle donatılmıştır ki; uzunca bir dönem Türkiye'deki rejimin en azından yarı-başkanlık rejimine benzer tipte olup olmadığı tartışılmıştır. Buna

---

[625] Bkz. 5735 sayılı Anayasayı Değiştiren Kanun'un Genel Gerekçesi: "*Yükseköğretim kurumlarında kılık ve kıyafetlerinden dolayı bazı öğrencilerin eğitim ve öğrenim hakkının engellenmesi kronik bir sorun haline gelmiştir. Kurucusu ve üyesi bulunduğumuz Avrupa Konseyine üye ülkelerin hiç birinde üniversite düzeyinde böyle bir sorun mevcut bulunmamaktadır. Buna rağmen, ülkemizde uzun bir süredir üniversitelerde bazı kız öğrencilerin başlarını örtmede kullandıkları kıyafetler nedeniyle eğitim ve öğrenim hakkını kullanamadıkları bilinmektedir. Atatürk'ün hedef gösterdiği çağdaş uygarlık düzeyinde "fikri hür, vicdanı hür, irfanı hür" nesillerin yetiştirilmesi, kişilerin yükseköğrenim hakkından kanun önünde eşitlik ilkesi gereği hiçbir nedenle ayrımcılığa tabi tutulmadan yararlanmasını zorunlu kılmaktadır. Bu nedenlerle, Anayasanın 10 uncu ve 42 nci maddesinde işbu değişikliklerin yapılması gereği doğmuştur*".

[626] Yukarıdaki gerekçeden de açıkça anlaşıldığı gibi, sözkonusu değişiklik AYM'nin daha önce vermiş olduğu 1990/36 esas sayılı kararını bertaraf etmeye yöneliktir. AYM, bu kararında 2547 sayılı Kanunun Ek 17. maddesine ilişkin aykırılık iddiasını "anayasaya uygun yorum" yoluyla reddetmiş ve "*Yürürlükteki Kanunlara aykırı olmamak kaydı ile; Yükseköğretim Kurumlarında kılık ve kıyafet serbesttir*" hükmünün, ancak "*Anayasa Mahkemesi'nin 7.3.1989 günlü, E. 1989/1, K. 1989/12 sayılı kararına aykırı olmayan ve Yükseköğretim Kurumlarında, çağdaş kıyafet ve görünüme ters düşen dinsel nitelikli kılık ve kıyafetin serbest bırakılmasını öngörmeyen, ancak yürürlükteki yasalara aykırı olmamak kaydıyla kılık ve kıyafette serbestlik tanıyan*" bir hüküm olarak yorumlanması kaydıyla Anayasaya uygun olduğuna karar vermiştir (AYMK, E. 1990/36, K. 1991/8, K.T.: 9.04.1991). Anayasa Mahkemesi kararları gerekçeleri ile bağlayıcı olduğundan, yasama organının bu kararlara aykırı düzenleme yapamaması nedeniyle, Adalet ve Kalkınma Partisi ile Milliyetçi Hareket Partisi arasında yapılan işbirliğiyle, Anayasanın 10 ve 42. maddelerinde değişiklik yapılmıştır. Ancak ilgili Anayasa değişikliği, Anayasanın Başlangıç bölümü, 2. ve 174. maddeleri ile temel hakların sınırlandırılmasında anayasal nedene bağlılık ilkesini öngören 13. madde anlamında tartışılmış ve Anamuhalefet Partisi tarafından Anayasa Mahkemesine bu konuda bir dava açılmıştır.

karşılık, genel olarak yargı organı, özel olarak da Anayasa Mahkemesi, hem bağımsızlığından, hem de yetkilerinden en çok kayıp veren kurumlar olmuşlardır.

a. Yasama Yürütme İlişkilerine ve Yargı Organına Genel Bakış

1982 Anayasası, yasama yürütme ilişkileri açısından aklileştirilmiş parlamentoculuk (*parlemantarisme rationalisé*) anlayışına uygun biçimde kaleme alınmıştır. Yürütme organı güçlendirilmiş, karar alma mekanizmaları geliştirilmeye çalışılmış[627], bakanlar kurulunu kurmak özendirilmiş[628], düşürmek ise zorlaştırılmıştır[629].

Cumhurbaşkanı ve parlamento önünde sorumlu bakanlar kurulundan oluşan yürütme organı 1982 Anayasasının güçlü kanadıdır[630]. Bu sorumluluk mekanizması yanında, yürütme lehine cumhurbaşkanının kullandığı bir tür parlamentoyu fesih yetkisi[631] öngörülmüştür. Parlamenter rejim içerisinde yürütmenin elindeki bu silaha "fesih yetkisi" denmesine rağmen, bizim anayasa geleneğimizde meclisin istimrarı

---

[627] Bkz. Any., md. 96/1: "*Anayasada, başkaca bir hüküm yoksa, Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının en az üçte biri ile toplanır ve toplantıya katılanların salt çoğunluğu ile karar verir; ancak karar yeter sayısı hiçbir şekilde üye tamsayısının dörtte birinin bir fazlasından az olamaz*".

[628] Bkz. aşağıda hükümet istikrarsızlığı halinde "*cumhurbaşkanının TBMM seçimlerini yenileme yetkisi*".

[629] Bkz. Any., md. 99/1 ve 5: "*(1) Gensoru önergesi, bir siyasî parti grubu adına veya en az yirmi milletvekilinin imzasıyla verilir. / (5) Bakanlar Kurulunun veya bir bakanın düşürülebilmesi, üye tamsayısının salt çoğunluğuyla olur; oylamada yalnız güvensizlik oyları sayılır*".

[630] Bkz. Any., 99, 110, 111 ve 112.

[631] Bkz. Any., md. 116: *"(1) Bakanlar Kurulunun, 110 uncu maddede belirtilen güvenoyunu alamaması ve 99 uncu veya 111 inci maddeler uyarınca güvensizlik oyuyla düşürülmesi hallerinde; kırkbeş gün içinde yeni Bakanlar Kurulu kurulamadığı veya kurulduğu halde güvenoyu alamadığı takdirde Cumhurbaşkanı, Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanına danışarak, seçimlerin yenilenmesine karar verebilir. / (2) Başbakanın güvensizlik oyu ile düşürülmeden istifa etmesi üzerine kırkbeş gün içinde veya yeni seçilen Türkiye Büyük Millet Meclisinde Başkanlık Divanı seçiminden sonra yine kırkbeş gün içinde Bakanlar Kurulunun kurulamaması hallerinde de Cumhurbaşkanı Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanına danışarak seçimlerin yenilenmesine karar verebilir. / (3) Yenilenme kararı Resmî Gazetede yayımlanır ve seçime gidilir*".

ilkesi gereği "seçimlerin yenilenmesi" ifadesi kullanılır[632]. 1961 Anayasasına göre 1982 Anayasasında, seçimlerin yenilenmesi mekanizması daha işlevsel kılınmıştır[633].

Yukarıda belirtmiş olduğumuz üzere, 1982 Anayasası, yürütme organını özellikle de cumhurbaşkanını güçlü yetkilerle donatmıştır. Öncelikle yürütme organı, doğrudan Anayasadan kaynaklanan bir yetkiyle, yasama organının yetkilendirmesine gerek duymadan cumhurbaşkanının başkanlığında toplanarak genel düzenleyici işlemler yapabilmektedir (Any., md. 121, 122). Cumhurbaşkanının yetkilerini sayan Anayasanın 104. maddesi, 1982 Anayasasının en uzun maddelerinden biridir[634].

---

[632] Zira, fesih durumunda, Parlamento, fesholduğu tarihte görevi bırakır; buna karşılık seçimlerin yenilenmesi usulünde, yeni Meclis oluşana dek eskisinin görevi devam eder. Bkz. **Tanör - Yüzbaşıoğlu**, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, a.g.e., ss. 316-317.

[633] 1961 Anayasası, seçimlerin cumhurbaşkanınca yenilenmesi usulünü oldukça zorlaştırmıştı: "*Anayasanın 89 uncu ve 104 üncü maddeleri uyarınca verilen güvensizlik oyu sebebiyle, onsekiz aylık bir süre içinde, Bakanlar Kurulu iki defa düşmüş ve üçüncü defa güvensizlik oyu verilmiş olursa, Başbakan, Cumhurbaşkanından, Millet Meclisi seçimlerinin yenilenmesini isteyebilir. Bu istek üzerine, Cumhurbaşkanı, Meclislerin Başkanlarına danışarak, seçimlerin yenilenmesine karar verebilir. Yenilenme kararı Resmi Gazete'de yayınlanır ve hemen seçime gidilir*" (1961 Any., md. 108).

[634] "(1) Cumhurbaşkanı Devletin başıdır. Bu sıfatla Türkiye Cumhuriyetini ve Türk Milletinin birliğini temsil eder; Anayasanın uygulanmasını, Devlet organlarının düzenli ve uyumlu çalışmasını gözetir.

(2) Bu amaçlarla Anayasanın ilgili maddelerinde gösterilen şartlara uyarak yapacağı görev ve kullanacağı yetkiler şunlardır:

a) Yasama ile ilgili olanlar:

Gerekli gördüğü takdirde, yasama yılının ilk günü Türkiye Büyük Millet Meclisinde açılış konuşmasını yapmak, / Türkiye Büyük Millet Meclisini gerektiğinde toplantıya çağırmak, / Kanunları yayımlamak,

Kanunları tekrar görüşülmek üzere Türkiye Büyük Millet Meclisine geri göndermek,

Anayasa değişikliklerine ilişkin kanunları gerekli gördüğü takdirde halk oyuna sunmak,

Kanunların, kanun hükmündeki kararnamelerin, Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğünün, tümünün veya belirli hükümlerinin Anayasaya şekil veya esas bakımından aykırı oldukları gerekçesi ile Anayasa Mahkemesinde iptal davası açmak, / Türkiye Büyük Millet Meclisi seçimlerinin yenilenmesine karar vermek,

b) Yürütme alanına ilişkin olanlar:

Başbakanı atamak ve istifasını kabul etmek, /Başbakanın teklifi üzerine bakanları atamak ve görevlerine son vermek, / Gerekli gördüğü hallerde Bakanlar Kuruluna başkanlık etmek veya Bakanlar Kurulunu başkanlığı altında toplantıya çağırmak, / Yabancı devletlere Türk Devletinin temsilcilerini göndermek, Türkiye Cumhuriyetine gönderilecek yabancı devlet temsilcilerini kabul etmek, / Milletlerarası andlaşmaları onaylamak ve yayımlamak, / Türkiye Büyük Millet Meclisi adına Türk Silahlı Kuvvetlerinin Başkomutanlığını temsil etmek, / Türk Silahlı Kuvvetlerinin kullanılmasına karar vermek, / Genelkurmay Başkanını atamak, / Milli Güvenlik Kurulunu toplantıya çağırmak, / Milli Güvenlik Kuruluna Başkanlık etmek, / Başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu kararıyla sıkıyönetim veya olağanüstü hal ilan etmek ve kanun hükmünde kararname çıkarmak, / Kararnameleri imzalamak, / Sürekli hastalık, sakatlık ve kocama sebebi ile belirli kişilerin cezalarını hafifletmek veya kaldırmak, / Devlet

Anayasanın bu hükmü, zayıflatılmış yasama organına karşı, "olağanüstü yetkilerle donatılmış"[635] bir cumhurbaşkanlığını yaratmıştır. Ayrıca, bu yetkilerden yürütme organına ait olanların karşı imza kuralına tabi olduğu düşünülse bile, 1961 Anayasasından farklı olarak, bu yetkilerin aynı maddede tek tek sayılmış ve yasayla daha da genişletilebilir nitelikte olması olgusu, başlı başına anlamlıdır.

Üstelik cumhurbaşkanının yetkilerinin hepsi, sınırlayıcı bir biçimde anayasada sayılmamış; kanunla bu yetkilerin genişletilebileceği de belirtilmiştir:

"*Cumhurbaşkanı, ayrıca Anayasada ve **kanunlarda verilen** seçme ve atama görevleri ile diğer görevleri yerine getirir ve yetkileri kullanır*" (Any., md. 104/3); "*Cumhurbaşkanının, Anayasa ve **diğer kanunlarda** Başbakan ve ilgili bakanın imzalarına gerek olmaksızın **tek başına yapabileceği** belirtilen işlemleri dışındaki bütün kararları, Başbakan ve ilgili bakanlarca imzalanır; bu kararlardan Başbakan ve ilgili bakan sorumludur*" (Any., md. 105/1)[636]. Ayrıca, cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemlere yönelik olarak yargı muafiyeti getirilmiştir: "*Cumhurbaşkanının tek başına yapacağı işlemler (...) yargı denetimi dışındadır*" (Any., md. 125/2).

105. maddenin yukarıda andığımız hükmünde iki sorun bulunmaktadır: *Bunlardan ilki*, cumhurbaşkanının 1982 Anayasası sistematiğinde halihazırda geniş olan yetkilerinin yasa yoluyla daha da genişletilebilmesidir. Gerçekten de klasik parlamenter rejimde cumhurbaşkanının sembolik ve temsili yetkilere sahip olması gerekir. Oysa burada cumhurbaşkanının icrai yetkilere de sahip olduğunu görüyoruz. *İkinci sorun ise*, cumhurbaşkanının tek başına yapacağı işlemlerin hangileri olduğudur. Parlamenter rejimlerde cumhurbaşkanının sorumluluk gerektiren işlemleri başbakan ve ilgili

---

Denetleme Kurulunun üyelerini ve Başkanını atamak, / Devlet Denetleme Kuruluna inceleme, araştırma ve denetleme yaptırtmak, / Yükseköğretim Kurulu üyelerini seçmek, / Üniversite rektörlerini seçmek,

c) Yargı ile ilgili olanlar:

Anayasa Mahkemesi üyelerini, Danıştay üyelerinin dörtte birini, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcıvekilini, Askeri Yargıtay üyelerini, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi üyelerini, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu üyelerini seçmek".

[635] **Taha Parla**, *Türkiye'de Anayasalar*, İletişim yay., 3. baskı, İstanbul 2002, s. 81.

[636] *İtalikler bize ait.*

bakanlar tarafından imzalandığı için cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemlerin neler olduğunu bilmek gereklidir. Üstelik bu işlemlere yagı yolu kapalı olduğu için, bunların kişilerin hak ve özgürlük alanında değişim yaratmayan yetkiler olması gereklidir.

Bu iki sorunun da çözümü aslında Danışma Meclisi tarafından hazırlanan taslakta yer alıyordu: Burada cumhurbaşkanının hangi işlemleri tek başına yapabileceği sınırlı bir biçimde belirtilerek gerekçede şöyle denmişti:

> "*Devlet Başkanının parlamenter rejimdeki sorumsuzluğu ilkesinin nasıl uygulanacağı bu maddede düzenlenmiştir. Devlet Başkanının görevi sırasında Türkiye Büyük Millet Meclisi önünde vatan hainliği dışında herhangibir sorumluluğu yoktur. Diğer taraftan parlamenter sistemde sorumsuz olan bir kişiye yetki verilemez. Bundan dolayı Devlet Başkanının kararlarının uygulanabilmesi için Türkiye Büyük Millet Meclisi önünde işlemin sorumluluğunu kabul edip savunacak birinin bulunması gerekir. Bu da başbakan ya da ilgili bakandır. Her ikisi veya gerektiğinde bütün Bakanlar Kurulunun Devlet Başkanının kararlarını imzalamaları gerekir. Esasen bu zorunluluktan dolayı kararlar Bakanlar Kurulu veya bakan tarafından alınır ve Devlet Başkanı tarafından imzalanır.*
>
> *Cumhurbaşkanının sorumluluk gerektirmeyen kararlardan hangilerini tek başına imzalayarak uygulatabileceği, yani istisnalar, Anayasada açıkça belirtilmiştir*"[637].

Ancak, Danışma Meclisinin bu gerekçesine karşın Milli Güvenlik Konseyi, cumhurbaşkanının tek başına yapabileceği işlemleri sayan hükmü metinden "*ayrıca sayılmasında zorunluluk görülmemiştir*" gerekçesiyle çıkarmıştır.

Anayasa Mahkemesinin, 1982 Anayasasına göre cumhurbaşkanın tek başına kullanacağı yetkiler konusundaki ilk kararı, Hakimler ve Savcılar Kanununa ilişkin

---

[637] **Abdullah Sezer** (Yayına Hazırlayan), *Ulusal-üstü Belgeler ve Önceki Anayasalarla Karşılaştırmalı&Gerekçeli&Açıklamalı 1982 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ve İlgili Mevzuat* Beta yay., İstanbul 2004, s. 255.

kararıdır. Mahkeme, daha sonra aynı konuya ilişkin verdiği kararlarda da benzer yorumu tekrarlamıştır:

> "(...) Parlamenter hükümet sistemi benimsenen Anayasa'ya göre, Cumhurbaşkanı'nın yürütmenin başı olarak karşı-imza kuralı gereği imzalayacağı kararnameler 104. madde uyarınca yürütme alanına ilişkin görev ve yetkileri ile sınırlı anlaşılmak gerekir. Anayasa'daki 'Cumhurbaşkanının ... bütün kararları, Başbakan ve ilgili bakanlarca imzalanır' kuralı ancak, *yürütmeye ilişkin olan ve Bakanlar Kurulu'nun siyasal sorumluluğunu gerektirecek kararlar anlamında yorumlanmalıdır*. Tersi durumda, yürütme alanında yer alan ve icraî yetkiler kullanan kişi ve kuruluşların eylem ve işlemlerinden siyasal yönden sorumlu tutulabilecek hiçbir makamın bulunmaması parlamenter sistemin mantığı ile bağdaşmaz. Bu nedenle, karşı-imza kuralı yürütme alanındaki atamalarda geçerlidir.
>
> Oysa, *Anayasa'nın 104. maddesinde Cumhurbaşkanı'na kimi Yüksek Mahkemeler ile Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu üyelerini atama yetkisi verilmesi, yürütmenin başı sıfatı ile değil; Devlet'in başı olması dolayısıyla verilmiştir*. Bunların Cumhurbaşkanı tarafından tek başına kullanabilecek yetkilerden olduğunda kuşku ve duraksamaya yer bulunmamaktadır.
>
> Parlamenter demokrasinin benimsendiği Anayasa'da Cumhurbaşkanı'nın hiçbir yetkiye sahip olmayan simgesel bir Devlet Başkanı durumunda bulunması da amaçlanmamıştır. Sorumluluğu bulunmayan Cumhurbaşkanı'nın yürütme alanında olduğu gibi iyi niyetli gerekçelerle de olsa, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun atamaya ilişkin kararnamesini imzalamayarak uyarı, tavsiye veya telkinde bulunması, Kurul'un mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik güvencesi kurallarıyla görev yapması öngörülen Anayasa'nın 159. maddesine açık aykırılık oluşturacaktır. Kaldı ki, Kurul'un atama kararları genel yürütme işlemlerinden olmadığından, müşterek kararnameye bağlanması anayasal ilkelere de uygun değildir"[638].

[638] AYMK, E. 1992/37, K. 1993/18, K.T.: 27.04.1993, R.G.: 12.10.1995-22431. Aynı şekilde bkz. AYMK., E. 2005/143, K. 2005/99, K.T.: 19.12.2005, R.G.: 21.02.2006-26087.

Anayasa Mahkemesi, bu kararında cumhurbaşkanının işlemlerini, yürütme organının başı olarak yaptığı işlemler ve devletin başı olarak yaptığı işlemler olarak ikiye ayırmıştır. Birincisinde ortak imza kuralının geçerli olduğuna, ikincisinin ise, cumhurbaşkanının tek başına yapacağı işlemleri kapsadığına karar vermiştir. Ancak, Anayasa Mahkemesine göre, "cumhurbaşkanının devletin başı sıfatıyla" yaptığı işlemlerin sembolik ve temsili yetkilerin kullanılması niteliğinde olması gerekmez.

Mahkeme, bu konudaki içtihatlarını, üst düzey yöneticilerin atama kararnamelerinin cumhurbaşkanının imzası bulunmaksızın çıkarılabilmesine izin veren bir kanun değişikliğini incelediği 2005 yılında Türkiye İstatistik Kurumu davasında daha da geliştirmiştir:

> "Anayasa'nın 8. maddesinde 'Yürütme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından, Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir' denilmekte, 104. maddesinde de 'kararnameleri imzalamak' Cumhurbaşkanının yürütme alanındaki görev ve yetkileri arasında sayılmaktadır. Anayasa'nın 104. maddesinde sözü edilen 'kararnameler', Kanun Hükmünde Kararnameler ile Bakanlar Kurulunun çeşitli kararnamelerinin yanında üst düzey yöneticilerin atanması ile ilgili müşterek kararnameleri de kapsamaktadır. Yürütme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulunca yerine getirileceğinden, söz konusu kararnamelerin hukuksal geçerliği için her iki tarafın da katılımı gerekmektedir.
>
> Buna göre, kamu politikasının tayinine katılan, etkin bir otoriteye sahip olan, kuruluşların amacının gerçekleşmesinde önemli yetki ve sorumluluklarla donatılan, planlama, örgütlenme, personel ve kadrolarını yöneten, denetim ve temsil gibi işlevleri yerine getiren kamu görevlilerinin, üst düzey yönetici konumunda olmaları nedeniyle bunların atamalarının da müşterek kararname ile yapılması Anayasal zorunluluktur".

Anayasa Mahkemesi yukarıdaki gerekçe ile, bir devlet kurumunun üst düzey yöneticilerin atanmasında Cumhurbaşkanının imzasını bertaraf eden yasa hükmünü

anayasaya aykırı bularak iptal etmiştir[639]. Anılan davada, iptal başvurusunun gerekçesinde yer alan "*Cumhurbaşkanının (...) Devletin ve yürütmenin başı sıfatıyla Devlet organlarının düzenli çalışmasını gözetme görev ve yetkisiyle donatıldığı, bu nedenle üst düzey kamu görevlilerine ilişkin atamaların hukuksal geçerlik kazanabilmesi için Cumhurbaşkanınca imzalanmasının anayasal zorunluluk olduğu*" ifadesi de, kuşkusuz mahkemenin kararında dikkate aldığı hususlardan biri olmuştur.

Aslında bu "devletin başı / yürütmenin başı" ayrımında 1982 Anayasasının ruhuna hakim olan iki iktidar anlayışını görmek mümkündür: Profesör Çağlar'ın deyimiyle, "*Devlet Başkanının kişiliğinde, Devlet Cihazına dayanan bir 'Devlet İktidarı' ve Parlamento aracılığı ile bir 'Partiler İktidarı*'"[640]. Ve adeta tüm Anayasa metni, Devlet iktidarının her an Partiler İktidarının yerini alabileceği anlayışı üzerine kuruludur: 104. maddenin, 1961 Anayasasının 97. maddesinden büyük ölçüde uzaklaşması, cumhurbaşkanının yetkilerinin yasa yoluyla artırılabilmesi, olağanüstü dönemlerde yürütmenin iki kanadının cumhurbaşkanının başkanlığı altında birleşmesi hep bu doğrultuda düşünülebilir.

1982 Anayasasının, siyasal rejimin merkezine Cumhurbaşkanını koymuş olması, Anayasanın uygulanması aşamasında, parti iktidarlarının, defalarca, cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesi, bu surette başkanlık ya da yarı-başkanlık sistemine geçiş yolunda talepte bulunmalarına neden olmuştur. Bu talep pekçok iktidar partisi lideri ve cumhurbaşkanı tarafından dile getirilmiştir. Yarı-başkanlık sistemine geçme yönündeki talepler, 22. Dönemde, 11. Cumhurbaşkanlığı Seçimi 1. turunun ardından (27.04.2007), Anayasa Mahkemesinin verdiği *Cumhurbaşkanı Seçimi İçin Toplantı Yeter Sayısı kararı*[641] üzerine uygulamaya geçirilmeye başlanmıştır. Hazırlanan bir Anayasa değişikliği paketiyle[642] cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesi de öngörülmüş, bu

---

[639] AYMK., E. 2005/143, K. 2005/99, K.T.: 19.12.2005, R.G.: 21.02.2006-26087.

[640] **Bakır Çağlar**, *Anayasa Bilimi (Bir Çalışma Taslağı)*, BFS yay., İstanbul 1989, s. 94.

[641] AYMK, E. 2007/45, K. 2007/21 (Yürürlüğü Durdurma), K.T.: 1.05.2007, R.G.: 3.05.2007-26511.

[642] 5678 sayılı Anayasayı Değiştiren Kanun, K.T.: 31.05.2007, R.G.: 16.06.2007-26554.

değişiklikler Mecliste kabul edilmiş; kabulden sonra anamuhalefet partisi tarafından Anayasa Mahkemesine götürülmüş; Anayasa Mahkemesi, davayı şekil yönünden reddetmiştir[643]. 22 Temmuz 2007 tarihinde genel seçimler gerçekleşmiş[644]; bu genel seçimler sonrasında oluşan yeni Parlamento, yürürlükte olan Anayasa metnine göre, ilk iş olarak 11. Cumhurbaşkanını seçmiştir[645]. Daha sonra, anayasa değişikliği için referandum süreci başlamış[646]; gümrük kapılarında oy vermeye başladıktan[647] bir süre sonra değişiklik paketinin geçici 18. ve 19. maddeleri yürürlükten kaldırılmıştır[648]. 21 Ekim 2007 tarihinde halkoylaması gerçekleştirilmiş; halkoylamasının resmi sonuçları alınmadan, Cumhuriyet Halk Partisi ve Demokratik Sol Parti milletvekilleri, Anayasa Mahkemesine Anayasa değişikliği hakkında kanunda değişiklik yapılmasına dair kanunun yoklukla malul olduğunun tespiti, yahut da iptali gerekçesiyle dava açmışlardır. Ancak Anayasa Mahkemesi bu başvurulara ilişkin red kararı vermiştir[649].

Anayasa Mahkemesinin yukarıda belirtilen *Cumhurbaşkanı Seçimi İçin Toplantı Yeter Sayısı* kararında[650], Anayasanın cumhurbaşkanı seçimine ilişkin 102. maddesinde,

[643] AYMK, E. 2007/72, K. 2007/68, K.T.: 5.07.2007, R.G.: 7.08.2007-26606.

[644] Seçim sonuçları için bkz. Yüksek Seçim Kurulu Kararı, no:739, K.T.:30.07.2007, R.G.: 30.07.3007-26598 (Mükerrer).

[645] TBMM Kararı, Kayseri Milletvekili Abdullah Gül'ün Cumhurbaşkanı Seçildiğine Dair Karar, no: 898, K.T.: 28.08.2007, R.G.: 28.08.2007-26627 (Mükerrer).

[646] Bkz. Yüksek Seçim Kurulu Kararı, no: 752, K.T: 1.08.2007, R.G.: 3.07.2007-26602 (Mükerrer).

[647] 11 Eylül 2007, bkz. yukarıda 752 sayılı Yüksek Seçim Kurulu kararı.

[648] 5697 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, K.T.: 16.10.2007, R.G.: 17.10.2007-26673.

[649] AYMK, E. 2007/62, K. 2007/66, K.T.: 5.07.2007, RG: 4.01.2008-26746; E. 2007/99, K. 2007/86, K.T.: 27.11.2007; R.G.: 19.02.2008-26792.

[650] AYMK, E. 2007/45, K. 2007/54, K.T.: 1.05.2007, R.G.: 27.06.2007-26565.

seçimde uygulanmak üzere özel bir toplantı nisabı öngörüp öngörmediği tartışılmıştır[651]. Anayasanın anılan kararda tartışılan 102. maddesi şöyledir:

> "Cumhurbaşkanı, **Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının üçte iki çoğunluğu ile** ve gizli oyla seçilir. Türkiye Büyük Millet Meclisi toplantı halinde değilse hemen toplantıya çağrılır.
>
> Cumhurbaşkanının görev süresinin dolmasından otuz gün önce veya Cumhurbaşkanlığı makamının boşalmasından on gün sonra Cumhurbaşkanlığı seçimine başlanır ve seçime başlama tarihinden itibaren otuz gün içinde sonuçlandırılır. Bu sürenin ilk on günü içinde adayların Meclis Başkanlık Divanına bildirilmesi ve kalan yirmi gün içinde de seçimin tamamlanması gerekir.
>
> En az üçer gün ara ile yapılacak oylamaların ilk ikisinde üye tamsayısının üçte iki çoğunluk oyu sağlanamazsa üçüncü oylamaya geçilir, üçüncü oylamada üye tamsayısının salt çoğunluğunu sağlayan aday Cumhurbaşkanı seçilmiş olur. Bu oylamada üye tamsayısının salt çoğunluğu sağlanamadığı takdirde üçüncü oylamada en çok oy almış bulunan iki aday arasında dördüncü oylama yapılır, bu oylamada da üye tamsayısının salt çoğunluğu ile Cumhurbaşkanı seçilemediği takdirde derhal Türkiye Büyük Millet Meclisi seçimleri yenilenir.
>
> Seçilen yeni Cumhurbaşkanı göreve başlayıncaya kadar görev süresi dolan Cumhurbaşkanının görevi devam eder"[652].

---

[651] Anayasa Mahkemesinin bu kararının öncesinde ve sonrasında Anayasanın 102. maddesinin toplantı yetersayısını içerip içermediği geniş ölçüde tartışılmıştır. Bu konuda özellikle bkz. **Yüzbaşıoğlu**, "Cumhurbaşkanı Seçimi Öncesi Cumhurbaşkanlığı Sempozyumunda sunulan tebliğ", *Cumhurbaşkanı Seçimi Öncesi Cumhurbaşkanlığı*, TBB Yay., Ankara 2007, ss. 259-275; **Sağlam**, "Cumhurbaşkanlığı Seçimiyle İlgili Tartışmalar", *Cumhuriyet*, 9.01.2007, **Süheyl Batum**, "Cumhurbaşkanı Seçimi Öncesi Cumhurbaşkanlığı Sempozyumunda sunulan tebliğ", *Cumhurbaşkanı Seçimi Öncesi Cumhurbaşkanlığı*, a.g.e., ss. 245-258. Karş. **Ergun Özbudun**, "Cumhurbaşkanı Seçimi Öncesi Cumhurbaşkanlığı Sempozyumunda sunulan tebliğ", *Cumhurbaşkanı Seçimi Öncesi Cumhurbaşkanlığı*, a.g.e., ss. 236-245; **Nur Uluşahin**, "Cumhurbaşkanlığı Seçiminin Düşündürdükleri ya da Hukukun Siyasallaşması", *Ankara Barosu Dergisi*, Y. 66, sy. 2, 2007; **Ece Göztepe**, "2007 Cumhurbaşkanlığı Seçimlerinin Bir Değerlendirmesi – Sevilmeyen Anayasayı Kim Korumak İster?", *Birikim*, sy. 218, 2007.

[652] *İtalikler bize ait.*

Anayasa Mahkemesinde açılan iptal davasının gerekçesinde şu hususlara yer verilmiştir: Maddenin birinci fıkrasında toplantı yetersayısı ve Cumhurbaşkanı seçimi oylamasında uygulanacak oylama türü gösterilmiştir. İkinci fıkrada seçimin başlaması, adayların bildirimi ve seçimin tamamlanması için tanınan süreler, yani seçim takvimi düzenlenmiş; üçüncü fıkrada Cumhurbaşkanı seçimi için yapılacak oylamalar ve karar yetersayıları gösterilerek, son oylamada da Cumhurbaşkanı seçilemediği takdirde Türkiye Büyük Millet Meclisi seçiminin derhal yenileneceği hükmüne yer verilmiştir. Dördüncü fıkrada ise, seçilen Cumhurbaşkanı göreve başlayıncaya kadar, görev süresi dolan Cumhurbaşkanının görevinin devam edeceği ifade edilmiştir. Yine iptal isteminin gerekçesine göre, Anayasanın, Cumhurbaşkanının seçiminde basit çoğunlukla yetinmeyip, nitelikli toplantı ve karar yeter sayıları aramasının kökeninde, Cumhurbaşkanının geniş bir Türkiye Büyük Millet Meclisi çoğunluğunca seçilmesinin amaçlanması yatmaktadır, zira böyle bir çoğunluk genellikle birden çok partinin bir Cumhurbaşkanı üzerinde uzlaşması ile ortaya çıkar. 102. maddenin 1. fıkrasında öngörülen nisap, toplantı yetersayısıdır; zira karar yetersayıları dört oylamanın herbiri için ayrı ayrı gösterilmiştir; ayrıca birinci fıkra, dört tur oylamanın herbirinde aranacak toplantı yetersayısıdır. Anayasada bu şekilde özel bir toplantı nisabının öngörüldüğü durumlarda, 96. maddedeki genel kural uygulanmaz. Aynı doğrultuda, Meclis Başkanının ne 96. maddedeki, ne de 102. maddedeki nisabın sağlanıp sağlanmadığını açıklığa kavuşturmak üzere yoklama yapmaması da, Anayasa ve İçtüzüğe aykırıdır. İçtüzüğün 121. maddesinin 1. fıkrası uyarınca, cumhurbaşkanlığı seçimi Anayasanın 102. maddesinde belirtilen unsurlara göre gerçekleştirilir. Yine iptal isteminde, Anayasanın 102. maddesinde toplantı nisabı olarak TBMM üye tamsayısının üçte ikisi öngörülürken; Meclis Başkanının Anayasanın 96. maddesinde öngörülen nisaba göre işlem yapması, eylemli içtüzük değişikliği niteliğinde olduğu için, Anayasa Mahkemesinin sözkonusu karar ve uygulamayı iptal etmesi gerektiği belirtilmiştir.

Anayasa Mahkemesi, burada bir Meclis kararı sözkonusu olduğu için, kendisinin yetkili olup olmadığı konusunu ön sorun olarak incelemiştir. Aleyhine Anayasa Mahkemesine başvurulabilecek normlar, Anayasanın 148 maddesinde gösterilen kanun, kanun hükmünde kararname ve TBMM İçtüzüğüdür. Ancak Anayasa Mahkemesi, kendi yetkisini,tıpkı 1961 Anayasası döneminde olduğu gibi 1982 Anayasasında da, önüne

gelen metnin ismine bağlı olarak değil; anılan metnin hukuksal niteliğini ve doğurduğu sonuçları bizzat kendisi değerlendirerek karar verir[653]. Bu durum, aslında Anayasa Mahkemesinin "anayasal nitelendirmedeki bağımsızlığından"[654] kaynaklanır.

> "Anayasa Mahkemesi'nin bir çok kararında belirtildiği gibi, iptali istenilen bir yasama tasarrufunun Anayasal denetime bağlı tutulabilecek nitelikte olup olmadığı saptanırken sadece, onun bu tasarrufta bulunan organ tarafından nasıl nitelendirildiğine ve hangi ismin verildiğine veya bu işlemin nasıl bir yöntem izlenerek yapıldığına bakılması yeterli olmayıp, yapılış yöntemi ve adı ne olursa olsun hukuksal niteliği, etkisi ve doğurduğu sonuçlar da gözetilmelidir. Yapılacak değerlendirme sonucunda, iptali istenilen tasarrufun, Anayasa'nın 148. maddesi uyarınca Anayasa Mahkemesi'nin denetim alanına giren kanun, KHK veya TBMM İçtüzüğü ile aynı değer ve etkide bir işlem olduğu kanısına varılırsa bu işlem Anayasa Mahkemesi'nce denetlenebilir. Aksi halde, hukuksal nitelikleri, etkileri ve meydana getirdikleri sonuçlar bakımından, Anayasa'ya uygunluk denetimine tabi tutulan kanun, KHK ve TBMM İçtüzüğü ile eşdeğerde bulunan ve bu nedenle de belirtilen işlemlere özgü yöntem ve isimlerle tesis edilip, hukuki varlık kazanması gereken bazı yasama tasarrufları, farklı yöntem ve isimlerle hukuk sistemine dahil edilerek Anayasa'ya uygunluk denetiminin kapsamı dışına çıkarılabilir.
>
> Bu durumda adı yeni bir içtüzük düzenlemesi veya değişikliği olmadığı ve içtüzük yapılması ve değiştirilmesindeki yöntem uygulanmadığı halde değer ve etkisi bakımından birer içtüzük kuralı niteliğinde olan TBMM kararları anayasal denetime bağlı tutulabilir. Değer ve etkileri bakımından aralarında fark

---

[653] Bizce konuya ilişkin en iyi örneklerden biri, bir olağanüstü kanun hükmünde kararnamesine ilişkin olan 2003/28 esas sayılı karardır. İlgili kararda bir olağanüstü kanun hükmünde kararname ile "Olağanüstü hal valisince yapılan işlemlere karşı yargı yoluna başvurulamayacağı" hükmü öngörülüyor idi. AYM'ye göre, Anayasanın 125. maddesi uyarınca olağanüstü hal dönemlerinde sınırlandırılabilecek husus, yürütmeyi durdurma kararı verilmesidir. Burada iptal davası açmanın yasaklanması sözkonusu olduğundan ilgili hüküm bir olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamesi değildir. Bkz. E. 2003/28, K. 2003/42, K.T.: 22.05.2003.

[654] Bu konuya aşağıda "Anayasa Mahkemesinin Yorumunun Bağımsızlığı" başlığı altında değindik.

bulunmayan yasama tasarruflarının aynı yargısal denetime bağlı tutulmaları hukuk devleti olmanın da gereğidir"[655].

Başka bir deyişle, Mahkeme, bir işlemin kendi yetki alanına girip girmediğinin tespit edecek makamın kendisi olduğunu, bu tespit esnasında sadece metni kabul eden organın ona verdiği anlamın değil de, metnin hukuk alanında yarattığı etkilerin de gözönünde bulundurulması gerektiğini belirtmektedir. Şayet bu değerlendirme yapılmaz ise, anayasa mahkemesinin denetim yetkisindeki işlemleri yapan organlar, bu yaptıkları işlemleri denetim dışında bırakmak için, o metinlere farklı isimler de verebilirler. Bu durumda da hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmayacak şekilde büyük bir denetlenemez alan ortaya çıkar. Yine Anayasa Mahkemesine göre, "sonuç yönünden nitelendirme" aynı zamanda aynı değerde olan işlemlerin bazılarının denetim dışında, bazılarının denetim içinde olması gibi fiili durumu da engellemeye de hizmet eder. Sonuç yönünden nitelendirmeye, Anayasa Mahkemesi 1961 Anayasası döneminde[656] olduğu gibi, 1982 Anayasası döneminde[657] de başvurmuştur. Mahkeme, yetkili olup olmadığının belirlenmesi aşamasında hakim olacak genel kuralı açıkladıktan sonra, somut Meclis kararının kendi yetki alanına girip girmediğini tartışmıştır:

> "Maddenin birinci ve üçüncü fıkralarında Anayasa'nın nitelikli çoğunluk öngörülen diğer maddelerinden farklı olarak *iki ayrı yeter sayı* düzenlenmiştir. Üçüncü fıkradaki dört oylamanın, ilk ikisinde üye tamsayısının üçte iki çoğunluğunu, üçüncü ve dördüncü oylamalarda salt çoğunluğunu sağlayan adayın seçilmiş olacağı kuralına yer verilerek dört oylamada da seçilmek için gerekli olan karar yetersayıları ayrı ayrı belirlenmiştir. Buna göre, birinci fıkradaki 'Cumhurbaşkanı, Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının üçte

[655] AYMK, E. 2007/45, K. 2007/54, K.T.: 1.05.2007, R.G.: 27.06.2007-26565. Benzer şekilde bkz. AYMK, E. 2002/152, K. 2002/94, K.T.: 21.10.2002, R.G.: 29.03.2003-25063; AYMK, E. 2001/424, K. 2001/354, K.T.: 22.11.2001, R.G.: 4.02.2003-25014; AYMK, E. 1990/31, K. 1990/24, K.T.: 24.04.1990, R.G.: 22.01.1991-20763.

[656] AYMK, E. 1966/7, K. 1966/46, K.T.: 19.12.1966; AYMK, E. 1967-6, K. 1968/9, K.T.: 27.02.1968; E. 1970/25-26, K. 1970-32, K.T.: 18.06.1970; E. 1977/6, K. 1977/14, K.T.: 22.02.1977; E. 1979/7, K. 1979/18, K.T.: 12.04.1979.

[657] AYMK, E. 1996/19, K. 1996/13, K.T.: 14.05.1996; E. 1999/14, K. 1999/6, K.T.: 26.03.1999.

iki çoğunluğu ile seçilir' kuralı ile belirlenen yetersayının, üçüncü fıkradan farklı bir anlam taşıdığının kabulü gerekmektedir. Birinci fıkradaki, 'Cumhurbaşkanı, üye tamsayısının üçte iki çoğunluğu ile ve gizli oyla seçilir' kuralındaki üçte iki yetersayısının, üçüncü fıkradaki karar yetersayılarından farklı amacı ve işlevi olduğu düşünüldüğünde, Cumhurbaşkanı seçiminde birinci fıkra hükmünün toplantı yetersayısı bakımından; üçüncü fıkra hükmünün de karar yetersayısı bakımından, 96. maddedeki toplantı ve karar yetersayısına ilişkin genel kuralın istisnalarını oluşturan, 'Anayasadaki başkaca hükümler' kapsamında bulunduğu sonucuna ulaşılmaktadır.

Öte yandan, Meclis Başkanı seçimine ilişkin Anayasa'nın 94. maddesinin dördüncü fıkrasında da 102. maddesinin üçüncü fıkrasında olduğu gibi dört oylama ve seçilme yetersayısı olarak da TBMM üye tamsayısının, ilk iki oylamada üçte iki, üçüncü oylamada ise salt çoğunluğu öngörülmesine karşın, bu maddede 102. maddenin birinci fıkrasına benzer biçimde bir yetersayı öngören kurala yer verilmemiştir. Cumhurbaşkanı seçimine ilişkin 102. maddenin birinci fıkrasında, Cumhurbaşkanının TBMM üye tamsayısının üçte iki çoğunluğu ve gizli oyla seçileceği belirtilirken, 94. maddenin dördüncü fıkrasında Meclis Başkanı'nın 'gizli oyla' seçileceği vurgulandıktan sonra fıkranın devamında öngörülen karar yetersayısı ile seçileceği açıklanmıştır. Bu farklı düzenleniş biçimi de 102. maddenin birinci fıkrasındaki, 'Cumhurbaşkanı, Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının üçte iki çoğunluğu ile … seçilir' kuralının bilinçli olarak toplantı yetersayısını belirtmek amacıyla getirildiğini göstermektedir. Bu bağlamda, 102. maddede, dört oylamanın her birinde seçilebilmek için aranan karar yetersayılarının ayrı ayrı belirlenmesi, birinci fıkra ile üçüncü fıkra arasına otuz günlük seçim takviminin düzenlendiği ikinci fıkranın konularak birinci ve üçüncü fıkraların birbirinden ayrılması da 102. maddenin yukarıda belirtilen anlam ve içerikle yorumlanması gerektiğini ortaya koymaktadır.

Sağlıklı bir sonuca ulaşılabilmesi için bir kuralın yorumunda, onun lafzı kadar amacının da gözetilmesi gerektiğinde duraksama bulunmamaktadır. 102. maddedeki düzenlemeyle, Cumhurbaşkanı seçiminde Meclis'te olabildiğince nitelikli bir *uzlaşma* sağlanmasının amaçlandığı açıktır. Nitekim, ikinci fıkrada

otuz günlük seçim takviminde adaylık süresinin on günle sınırlanması, kalan yirmi günde yapılacak dört oylamanın ilk ikisinde adaylardan birinin seçilebilmesi için üye tamsayısının üçte iki çoğunluğunun oyunun aranması, dördüncü oylamaya, üçüncü oylamada en çok oy alan iki adayın katılabilmesi, bu oylamada da yarışan iki aday arasında üye tamsayısının salt çoğunluğunun adaylardan biri üzerinde sağlanarak Cumhurbaşkanının seçilememesi halinde, TBMM seçimlerinin derhal yenilenmesi yoluna gidilmesi, Cumhurbaşkanı seçiminde uzlaşmanın temel alındığını göstermektedir.

Anayasa'nın 104. maddesine göre, 'Cumhurbaşkanı Devletin başıdır. Bu sıfatla Türkiye Cumhuriyetini ve Türk Milletinin birliğini temsil eder'. Ayrıca, Cumhurbaşkanına verilen görev ve yetkilerin niteliği ile Anayasanın Cumhurbaşkanının statüsüne ilişkin diğer hükümleri bir bütün halinde incelendiğinde Cumhurbaşkanının, Ulusun önemli bir çoğunluğunu yansıtan temsilcilerin katılımı ve iradeleri ile seçilmesi yaklaşımının Anayasa'da benimsenmiş olduğu görülmektedir. Bu düzenlemeler, Cumhurbaşkanı seçiminde aranması gereken uzlaşının pozitif hukuksal dayanaklarını oluşturmaktadır.

Cumhurbaşkanın seçimi sürecinde ilk iki oylamada uzlaşmanın sağlanması, 102. maddenin birinci fıkrasındaki 'Cumhurbaşkanı, Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının üçte iki çoğunluğu … ile seçilir' kuralının toplantı yeter sayısını da kapsamasıyla olanaklıdır. Aksi halde, üçüncü fıkradaki birinci ve ikinci oylamalar anlamsız hale gelecek, üçüncü ve dördüncü oylamalarda üye tamsayısının salt çoğunluğu ile Cumhurbaşkanı seçilebileceği için, bir uzlaşmaya da gerek kalmayacaktır. Üçüncü fıkrada öngörülen üçüncü ve dördüncü oylamalarda, TBMM'nin, adaylardan birini üye tamsayısının salt çoğunluğunun oyuyla seçebilme olanağı karşısında, Meclis'te salt çoğunluğa sahip parti ya da partiler, birinci ve ikinci oylamada üçte iki çoğunlukla aranan uzlaşmaya sıcak bakmayabileceklerdir. Bu durum Anayasa'nın, Cumhurbaşkanı seçiminin uzlaşmaya dayanması amacıyla bağdaşmamaktadır.

TBMM İçtüzüğü'nün 121. maddesinde Cumhurbaşkanının Anayasa'nın 101. maddesinde yazılı nitelikleri taşıyan adaylar arasından Anayasa'nın 102. maddesi hükümlerine göre seçileceği belirtilerek göndermede bulunulan

Anayasa'nın 102. maddesindeki, Cumhurbaşkanı seçiminde dava konusu Meclis kararına ilişkin ilk oylamada toplantı yetersayısının, TBMM üye tamsayısının üçte iki çoğunluğu olduğu sonucuna varılmıştır. Buna göre, İçtüzüğün 121. maddesinde de aynı esasın benimsendiğinin kabulü gerekmektedir.

Bu durumda, TBMM'nin 27.4.2007 günlü, 96. Birleşiminde Başkan'ın, 184 milletvekilinin Genel Kurul'da hazır bulunmasının gündemin Cumhurbaşkanı seçimi ile ilgili kısmına geçilebilmesi için yeterli bulunduğu yolundaki görüşünün kabulüne ilişkin TBMM Kararı, İçtüzüğün 121. maddesinin eylemli biçimde değiştirilmesi niteliğinde olduğundan bu kararın Anayasa'ya uygunluğunun denetlenmesi, Anayasa Mahkemesi'nin görev ve yetkisi içindedir"[658].

Anayasa Mahkemesi, 11. Cumhurbaşkanlığı, birinci tur seçiminin eylemli bir içtüzük değişikliği niteliğinde olduğu sonucuna varırken başlıca üç yorum yöntemi kullanmıştır: Mahkemenin *metinsel yorum, sistematik yorum* ve *amaçsal yorum*.

Metinsel yorum açısından, Anayasa Mahkemesinin temel varsayımı, 102. maddenin 3. fıkrasında dört turda gerçekleştirilecek seçimin karar nisapları gösterildiği için, 1. fıkrada ifade edilen "*Cumhurbaşkanı, Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının üçte iki çoğunluğu ile ve gizli oyla seçilir*" ifadesinin farklı bir anlam ifade ettiğidir ve bu anlam da Anayasanın bütününe bakılarak anlaşılır.

Sistematik yorum açısından, Anayasanın bütününde toplantı ve karar nisaplarına ilişkin hükümler ele alınmıştır. Bu amaçla, Anayasanın toplantı ve karar nisaplarına ilişkin genel hükmü 96. madde ve onun yollama yaptığı "başkaca hükümler" ele alınmıştır.

Kararda kullanıla bir diğer yorum metodu amaçsal yorumdur: Bu yoruma göre Cumhurbaşkanı seçimi konusu basit parlamento çoğunluklarına bırakılamayacak

---

[658] *İtalikler bize ait.*

niteliktedir ve bu seçimde uzlaşma aranır[659]. Bunun temel nedeni ise, cumhurbaşkanının tarafsız devlet başkanı konumudur.

Anayasa Mahkemesinin bu sürecin uzantısı olarak verdiği bir diğer karar ise, cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesini de kapsayan Anayasa Değişiklik paketine ilişkindir[660]. Bu kapsamda, Cumhurbaşkanı ve anamuhalefet partisi, Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından 31.5.2007 gününde kabul edilen ve halkoyuna sunulmak üzere 16.06.2007 günlü, 26554 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 5678 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un[661], öncelikle yok hükmünde olduğunun saptanması, bunun mümkün olmaması durumunda şekil yönünden Anayasaya aykırılığı nedeniyle Yasanın tümünün iptali için Anayasa Mahkemesine götürmüşlerdir.

Anayasa Mahkemesine götürülen anayasa değişikliğinde, genel seçimlerin beş yıl yerine dört yıl aralıklarla yapılması (md. 1), TBMM'nin toplantı yeter sayısının tüm oturumlar için üye tamsayısının üçte biri olarak saptanması (md. 3) ve cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesine ilişkin düzenlemeler yer almaktadır (md. 2, 4, 5 ve 6).

Ancak anayasa değişikliklerinde, Anayasa Mahkemesinin denetim yetkisi sadece şekil yönünden olduğundan, başvuru, bu sayılan esaslara yönelik olarak değil; sözkonusu maddelerden birinin, Anayasanın 175. maddesinde öngörülen karar yetersayısına ulaşamaması gerekçesine dayandırılmıştır. Cumhurbaşkanı dava dilekçesinde, Yasanın yeniden görüşülmek üzere TBMM'ne geri gönderilmesi üzerine

---

[659] Cumhurbaşkanlığı seçiminin erkler ayrılığı açısından taşıdığı anlama ve dolayısıyla amaçsal yoruma ilişkin olarak bkz. **Kaboğlu**, "Cumhurbaşkanlığı Seçimi I" (*BirGün*, 3.01.2007), "Cumhurbaşkanlığı Seçimi II" (*BirGün*, 10.01.2007)

[660] AYMK, E. 2007/72, K. 2007/68, K.T.: 5.07.2007, R.G.: 7.08.2007-26606.

[661] 11. Cumhurbaşkanı seçimi takviminin işlemesi sonucunda cumhurbaşkanı seçilememiş olduğundan, Anayasanın 102. maddesinde gösterilen "derhal seçimlerin yenilenmesi" halinin ortaya çıktığı, bu durumun ise otomatik fesih halini oluşturduğu da ifade edilmiştir. Buna ek olarak, aynı süreçte gerçekleştirilen anayasa değişikliğinin ilgili yasama döneminde sonuçlandırılmamış olması ve 11. Cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesine ilişkin takvimin uygulanabilir nitelikte olmaması nedeniyle kadük kaldığı da ifade edilmiştir. Bkz. **Yüzbaşıoğlu**, "Anayasa Değişikliği Neden Kadük Kalmıştır?", *Güncel Hukuk*, Ağustos 2007, n^{o} 8-44, ss. 32-38.

gerçekleştirilen birinci tur görüşmelerde, Yasanın tümünün görüşülmesi bitirildikten sonra yapılan oylamada maddelere geçilmesinin 366 oyla kabul edildiğini, oysa bu sayının üye tamsayısının 2/3 çoğunluğundan az olması nedeniyle Anayasa değişikliğinin TBMM'nce reddedilmiş sayılması gerektiğini, maddelerin görüşülmesine geçilmesinin ve sonuçta Yasa önerisinin kabul edilerek yeniden Cumhurbaşkanına gönderilmesinin, tüm oylamalarda nitelikli çoğunluğun bulunması gerektiğine ilişkin E. 1970/1 ve E. 1973/19 sayılı Anayasa Mahkemesi kararlarına aykırılık oluşturduğunu, bu nedenle yasanın öncelikle yok hükmünde olduğunun saptanmasını, şayet bu mümkün olmuyorsa iptaline karar verilmesini talep etmiştir.

İptal isteminde ikinci olarak, "Anayasanın 175. maddesinin üçüncü ve beşinci fıkralarından, Cumhurbaşkanınca geri gönderilen Anayasa değişikliğine ilişkin yasaların, yayımlanmak üzere Cumhurbaşkanına yeniden gönderilebilmesi için, TBMM Genel Kurulunda en az üçte iki oy çokluğuyla kabul edilmesi gerektiği sonucunun çıktığı, İçtüzüğün yasalara ilişkin 81. maddesi ve Anayasa değişikliklerine ilişkin 93. ve 94. maddelerine göre, dört oylamanın yapılacağı, Anayasa Mahkemesinin E. 1970/1 sayılı kararına göre tüm oylamalarda nitelikli yeter sayısının aranacağı, bu nedenle geri gönderme üzerine birinci görüşmede teklifin 2., 3., Geçici Madde 18 ve Geçici Madde 19 ile yürürlük maddelerinin yeterli oyu alamadıkları; ikinci görüşmede de 1. maddesinin yeterli oyu sağlayamaması nedeniyle Anayasanın 175. maddesine aykırı olduğu" ileri sürülmüştür.

Anayasa Mahkemesi, birinci oylamaya ilişkin iptal istemi hakkında şu kararı vermiştir:

> "Anayasanın 175. maddesi, Anayasa değişiklik tekliflerinin iki defa görüşülmesini zorunlu kılmaktadır. Birinci görüşmenin ardından yapılacak oylamalarda yeterli çoğunluğu sağlayamayan maddelerin reddedilmiş sayılması, ikinci görüşmeyi engelleyici bir yoruma geçerlik tanınması anlamına gelir. Oysa İçtüzüğün 94. maddesinin ikinci fıkrasına göre birinci görüşmede gerekli çoğunlukla kabul oyu alamayan bir madde, ancak ikinci görüşmede de gerekli çoğunlukta kabul oyu alamamışsa reddedilmiş olur.

Bu nedenle, değişiklik teklifinin maddeleri hakkındaki birinci görüşmenin ardından yapılacak oylamadaki çoğunluğun, Anayasanın 148. maddesinde denetim ölçütü olarak öngörülen "oylama çoğunluğu" kapsamında olmadığının kabulü gerekir.

Açıklanan nedenlerle, birinci görüşmede 5678 sayılı Yasanın 2., 3. ve 6. maddesiyle Anayasaya eklenen Geçici Madde 18 ve Geçici Madde 19 ile yürürlük maddelerinin yeterli oyu almadıkları gerekçesiyle iptali isteminin reddi gerekir".

Başka bir deyişle, Anayasa Mahkemesi birinci oylama için İçtüzüğün 94. maddesine dayanarak, birinci oylamada, Anayasanın 175. maddesinde öngörülen karar nisabı sağlanmasa bile, bu durumun, maddenin şeklen geçerliliğine engel olmadığını ifade etmiştir. İkinci oylamada, anayasa değişikliğinin 1. maddesinin 366 oyla kabul edilmiş olmasına ilişkin istem konusunda Mahkeme şu görüştedir:

"Anayasanın 148. maddesindeki oylama çoğunluğundan, Anayasanın 175. ve İçtüzük kuralları uyarınca, değişiklik teklifi maddelerinin ikinci görüşmelerdeki maddelere ilişkin oylama ile teklifin tümü üzerinde yapılacak son oylamadaki çoğunluğun anlaşılması gerekmektedir.

Anayasa değişikliğine ilişkin yasa tekliflerinin kabulü için yeter sayı beşte üç olup, bu çoğunluğa ulaşan yasalar, referandum koşuluyla yürürlüğe girer.

Cumhurbaşkanının Anayasa değişikliğini bir daha görüşülmek üzere Meclise geri göndermesi durumunda yasanın yeniden kabul edilmesi için gerekli çoğunluğun ne olduğunun aydınlatılması gerekmiştir.

Anayasanın 175. maddesinin birinci fıkrasında, teklif, görüşme ve oylamaya ilişkin *genel kural* konulmakta, değişiklik tekliflerinin iki defa görüşüleceği belirtilerek, değişiklik teklifinin kabulü için de Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelerinin beşte üç çoğunluğunun oyunun aranacağı öngörülmektedir.

Maddenin ikinci fıkrasında, maddedeki ayrık kurallar dışında Anayasanın değiştirilmesi sürecinde, olağan yasaların görüşülmesi ve kabulü hakkındaki kuralların geçerli olduğu belirtilmiştir.

Maddenin üçüncü fıkranın birinci tümcesi, Cumhurbaşkanının geri gönderme yetkisi bulunduğunu öngörmekte, ikinci tümcesinde ise '*Meclis, geri gönderilen Kanunu, üye tamsayısının üçte iki çoğunluğu ile aynen kabul ederse Cumhurbaşkanı bu Kanunu halkoyuna sunabilir*' ifadesi yer almaktadır. Halkoyuna sunabilme bir seçim hakkının varlığına işaret etmektedir. Seçim hakkının kullanımı üçte iki ile kabul koşuluna bağlanmış bir sonuçtur. Üçte iki ve üzeri bir çoğunlukla kabul edilen Anayasa değişikliğinin halkoyuna sunulması zorunluluğu ortadan kalkmakta, bu çoğunluğun sağlanamaması durumunda uygulanacak kural 175. maddenin dördüncü fıkrasında yer almaktadır. Buna göre, üçte ikiden az ve beşte üçten fazla bir çoğunlukla kabul edilen Anayasa değişiklikleri halkoyuna sunulmak zorundadır. Üçüncü fıkranın lafzındaki 'üçte iki çoğunluğu ile kabul ederse' ifadeleri, başka çoğunluklarla da kabul edilme olanağının varlığına işaret eder**. 'Üçte iki çoğunluğu ile kabul ederse' ifadesi, 'ancak üçte iki çoğunluğu ile kabul edilebilir' ifadesiyle mantıksal olarak özdeş değildir. Bu ifade, üçüncü fıkradaki '*sunabilir*' yüklemine bağlanmış bir koşul olduğundan, bunu 'ancak üçte iki çoğunluğu ile kabul edilebilir' biçiminde bir önermeye dönüştürmek olanaksızdır.**

Dördüncü fıkra, geri gönderilen yasanın üçte ikinin altında, beşte üçten fazla bir çoğunlukla aynen kabul edilmesi durumunda, ikinci kez iade olanağı bulunmadığından, Cumhurbaşkanı tarafından halkoyuna sunulmak üzere Resmi Gazetede yayımlamasını zorunlu kılmaktadır.

Aynı değerlendirmenin geçerli olduğu beşinci fıkranın düzenleme konusu "geri gönderme üzerine üçte iki kabul zorunluluğu" getirmek değil, bu çoğunlukla kabul edilmiş bulunan bir Anayasa değişikliğinin bağlı olduğu yayım ve yürürlük rejimini belirlemektir.

17.05.1987 günlü ve 3361 sayılı Yasanın 3. maddesiyle değiştirilen Anayasanın 175 maddesinin teklif aşamasında '*Cumhurbaşkanı, Anayasa değişikliklerine ilişkin kanunları Türkiye Büyük Millet Meclisine geri gönderebilir. Bu takdirde, Türkiye Büyük Millet Meclisinin geri gönderilen Anayasa değişikliği hakkındaki kanunu, aynen kabul edip tekrar Cumhurbaşkanına gönderebilmesi, üye tamsayısının üçte iki çoğunluğuyla mümkün olabilir*' biçimindeki metin, komisyonda değiştirilmiş, üçte iki çoğunluk, kabul için zorunluluk olmaktan

çıkarılarak referanduma götürme konusunda Cumhurbaşkanına takdir yetkisi veren bir koşul olarak kabul edilmiştir.

Yasama belgelerinin incelenmesinde, Anayasa değişikliklerinin kolaylaştırılmasıyla siyasetin ortaya çıkabilecek toplumsal ve siyasal krizlere yanıt verebilmesiyle demokrasinin korunabileceği görüşünün egemen olduğu görülmektedir.

Cumhurbaşkanının iadesi üzerine, teklifin kabulü için üçte iki çoğunluğun zorunlu görülmesi durumunda, 1987 yılında yapılan değişikliğin herhangi bir kolaylaştırma ve kriz çözücü boyutunun bulunmadığı ve anlamsız bir değişiklik olduğu sonucu doğacaktır. Böylece, önceki anayasalarda yer almayan halkoylamasının Anayasa değişiklikleri sürecine eklenmesiyle ilk defa yarı-doğrudan demokratik katılım olanağını sağlayan **asli Anayasa koyucu iradenin** etkinliği, bu değişiklikle daha da güçlendirilmiştir.

Öte yandan, TBMM İçtüzüğü 16.05.1996 tarihli 424 numaralı Meclis Kararıyla değiştirilmiştir. Bu değişikliğin amacının Anayasaya uyum sağlanması olduğu, yasama belgelerinden anlaşılmaktadır. Bu çerçevede değiştirilen İçtüzüğün 94. maddesinin, Anayasanın 1987 yılında yeniden düzenlenen 175. maddesinin uygulaması niteliğinde olduğu açıktır.

İçtüzüğün 94. maddesinde, bu maddenin Cumhurbaşkanının geri göndermesi üzerine yapılacak oylamalarda uygulanmayacağını belirten açık ya da örtülü herhangi bir ifade yer almamaktadır. Bu nedenle 94. madde, Cumhurbaşkanına göndermeden önceki aşamada olduğu gibi, Cumhurbaşkanının geri göndermesi üzerine yapılacak görüşmelerde de uygulanacak kural niteliğindedir. Nitekim 1996 yılındaki içtüzük değişiklikleri sırasında, eski düzenlemedeki "2/3 çoğunluk" ifadesinin, herhangi bir ayrıma gitmeksizin "3/5 çoğunluk" biçiminde değiştirilmiş olması da bu sonucu desteklemektedir.

Buna göre, ayrık düzenlemeler bulunmadığı sürece, 94. madde Anayasa değişikliklerinin oylanmasında uygulanacak genel bir içtüzük kuralı olduğunun, Cumhurbaşkanının geri göndermesi üzerine yapılacak oylamalarda da uygulanacağının kabulü gerekir.

Açıklanan nedenlerle, Cumhurbaşkanınca geri gönderilmesi üzerine yapılan ikinci görüşmede, 5678 sayılı Yasanın 1. maddesinin 366 oyla kabul edildiği,

böylece kabul için gerekli olan beşte üç oy çoğunluğunun sağlanmış olduğu anlaşıldığından maddenin iptali isteminin reddi gerekir".

Anayasa Mahkemesi vermiş olduğu bu kararla, bir anayasa değişikliğinin cumhurbaşkanı tarafından Meclis'e iade edilmesi halinde, yasama organı tarafından bunun tekrar kabul edilebilmesi için üye tamsayısının beşte üçünün oyunun yeterli olduğuna karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesinin kararının, cumhurbaşkanı tarafından iade edilen anayasa değişikliğinin ikinci kez oylanması sırasında dikkate alınacak karar yetersayısına ilişkin bölümü açısından şu gözlemlerde bulunulabilir:

- Anayasanın 175. maddesinin metni ve yapısı açısından; öncelikle şu husus kaydedilmelidir. Maddenin 1987 değişikliğinden[662] sonra aldığı görünüm, anayasal bir normun sahip olması gereken açıklık ve düzen gereksinimlerine cevap vermemektedir. Anayasanın 175. maddesi şu hükmü içermektedir:

> "(1) Anayasanın değiştirilmesi Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının en az üçte biri tarafından yazıyla teklif edilebilir. Anayasanın değiştirilmesi hakkındaki teklifler Genel Kurulda iki defa görüşülür. Değiştirme teklifinin kabulü Meclisin üye tamsayısının beşte üç çoğunluğunun gizli oyuyla mümkündür.
> (2) Anayasanın değiştirilmesi hakkındaki tekliflerin görüşülmesi ve kabulü, bu maddedeki kayıtlar dışında, kanunların görüşülmesi ve kabulü hakkındaki hükümlere tâbidir.
> (3) Cumhurbaşkanı Anayasa değişikliklerine ilişkin kanunları, bir daha görüşülmek üzere Türkiye Büyük Millet Meclisine geri gönderebilir. Meclis, geri gönderilen Kanunu, üye tamsayısının üçte iki çoğunluğu ile aynen kabul ederse Cumhurbaşkanı bu Kanunu halkoyuna sunabilir.
> (4) Meclisce üye tamsayısının beşte üçü ile veya üçte ikisinden az oyla kabul edilen Anayasa değişikliği hakkındaki Kanun, Cumhurbaşkanı tarafından Meclise iade edilmediği takdirde halkoyuna sunulmak üzere Resmî Gazetede yayımlanır.

---

[662] 3361 sayılı Anayasayı Değiştiren Kanun, K.T.: 17.05.1987, R.G.: 18.05.1987-19464 (mükerrer).

(5) Doğrudan veya Cumhurbaşkanının iadesi üzerine, Meclis üye tamsayısının üçte iki çoğunluğu ile kabul edilen Anayasa değişikliğine ilişkin kanun veya gerekli görülen maddeleri Cumhurbaşkanı tarafından halkoyuna sunulabilir. Halkoylamasına sunulmayan Anayasa değişikliğine ilişkin Kanun veya ilgili maddeler Resmî Gazetede yayımlanır.
(6) Halkoyuna sunulan Anayasa değişikliklerine ilişkin kanunların yürürlüğe girmesi için, halkoylamasında kullanılan geçerli oyların yarısından çoğunun kabul oyu olması gerekir.
(7) Türkiye Büyük Millet Meclisi Anayasa değişikliklerine ilişkin kanunların kabulü sırasında, bu Kanunun halkoylamasına sunulması halinde, Anayasanın değiştirilen hükümlerinden, hangilerinin birlikte hangilerinin ayrı ayrı oylanacağını da karara bağlar.
(8) Halkoylamasına, milletvekili genel ve ara seçimlerine ve mahallî genel seçimlere iştiraki temin için, kanunla para cezası dahil gerekli her türlü tedbir alınır".

Kural olarak, kanunlar ve anayasa değişiklikleri teklif, görüşme, kabul ve onay aşamalarından oluşan bütünsel bir süreçtir. 1982 Anayasası da tıpkı anayasal tarihimizde 1921 Anayasası[663] dışında bütün anayasalarda olduğu gibi, anayasa değişikliği sürecini büyük ölçüde yasa yapım ve değişiklik usulünden ayırmıştır. Bu nedenle de 1982 Anayasası, hem anayasa değişikliği için gereken usuli ölçütler (md. 175), hem de değiştirilemeyecek hükümlerin sayısında önceki anayasalara göre artış (md. 4) dikkate alındığında, ülkemizdeki "katı anayasa" geleneğini yansıtmaktadır. 175. maddenin 1987 öncesindeki ilk formülasyonu şu şekilde idi:

"(1) Anayasanın değiştirilmesi, Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının en az üçte biri tarafından yazıyla teklif edilebilir. Anayasanın değiştirilmesi hakkındaki teklifler ivedilikle görüşülemez. Değiştirme teklifinin kabulü, Meclisin üye tamsayısının üçte iki çoğunluğunun oyuyla mümkündür.

[663] Bilindiği 1921 Anayasası olağanüstü koşulların ürünü olan ve kalıcılık iddiasıyla kaleme alınmayan bir metindi; bkz. 1921 Anayasası, madde-i münferide: "*İşbu kanun tarihi neşrinden itibaren meri olur. Ancak elyevm münakit Büyük Millet Meclisi 5 Eylül 1336 tarihli nisabı müzakere kanununun birinci maddesinde gösterildiği üzere gayesinin husulüne kadar müstemirren müçtemi bulunacağı cihetle işbu Teşkilatı Esasiye Kanunundaki 4 üncü, 5 inci, 6 ncı maddeler gayenin husulüne elyevm mevcut Büyük Millet Meclisi adedi mürettebinin sülüsanı ekseriyetle karar verildiği takdirde ancak yeni intihabdan itibaren meriyül icra olacaktır*".

(2) Anayasanın değiştirilmesi hakkındaki tekliflerin görüşülmesi ve kabulü, birinci fıkradaki kayıtlar dışında, kanunların görüşülmesi ve kabulü hakkındaki hükümlere tabidir.

(3) Cumhurbaşkanı Anayasa değişikliklerini Türkiye Büyük Millet Meclisine geri gönderdikten sonra, Meclis geri gönderilen kanunu aynen kabul ederse Cumhurbaşkanı bu kanunu halkoyuna sunabilir".

Görüldüğü gibi, ilk metinde 1961 Anayasasına benzer biçimde, sırasıyla, teklif, görüşme, kabul ve onay aşamaları düzenlenmiştir. Anayasa değişikliğinden sonraki metinde ise, bu süreçte, kabul ve onay aşamalarının birbirine karıştırıldığı görülmektedir. Gerçekten de madde, teklif yetersayısı ile başlamakta (üye tamsayısının 1/3'ü); değişiklik tekliflerinin Genel Kurulda iki defa görüşüleceği söylenmekte; değişiklik teklifinde kabul yetersayısı ise, üye tamsayısının beşte üçü olarak belirlenmektedir (bkz. md. 175/1).

Daha sonra, anayasa değişikliğine ilişkin tekliflerin görüşülmesinde ve kabullerinde 175. maddede belirtilen haller dışında, kanunların görüşülmesi ve kabulü hakkındaki hükümlerin geçerli olduğu söylenmektedir (bkz. md. 175/2).

Dolayısıyla, maddenin ilk iki fıkrasının, kabul yetersayısı dışında, değişiklik öncesi metnin aynısı olduğu görülmektedir. Daha sonra gelen üç fıkrada ise, cumhurbaşkanın onay ve Meclise iadesi durumunda kabul süreçlerinin oldukça karmaşık bir biçimde düzenlendiği görülmektedir:

Cumhurbaşkanının anayasa değişikliğini Meclise iadesi halinde ya da iade etmediği takdirde hangi hukuki durumların ortaya çıkacağı ise tek tek belirtilmemiş, kabul yetersayısındaki farklılaşmaya göre üç ayrı fıkrada belirtilmiştir (md. 175/ 3, 4 ve 5). Bu üç fıkranın metninden açık bir biçimde anlaşılan hususlar şunlardır:

- Cumhurbaşkanı anayasa değişikliğini Meclise iade edebilir.
- TBMM tarafından üye tamsayısının beşte üçünden fazla, ancak üçte ikisinden az oyla kabul edilen bir anayasa değişikliği, halkoylamasına sunulmadan yürürlüğe giremez.

- Cumhurbaşkanı, TBMM üye tamsayısının üçte ikisinden fazla oy alan anayasa değişikliğini yürürlüğe sokup sokmama konusunda bir seçim yetkisine sahiptir: değişikliği bizzat yürürlüğe koyabileceği gibi, halkoylaması yoluna da gidebilir.

Somut olayda çözüm bulmamız gereken soruna gelince; Cumhurbaşkanının iadesi halinde, Meclisin üye tamsayısının en az üçte ikisiyle değişiklik metnini kabul etmemesi halinde, değişikliğin hüküm ifade etmeyeceğini düşünüyoruz[664]. Bu itibarla, Anayasa Mahkemesinin, 175. maddenin 3. fıkrasında "cumhurbaşkanına tanınan bir seçim hakkına işaret edildiği", "3. ve 5. fıkraların aynı hususları düzenlediği", 4. fıkranın ise "cumhurbaşkanının ikinci kez iade olanağı bulunmadığı için üye tamsayısının beşte üçüyle kabul edilen değişikliği halkoyuna sunmak durumunda kaldığı hallere ilişkin olduğu" ve "İçtüzüğün 94. maddesinin burada da uygulanması gerektiği" şeklindeki görüşlerine katılmıyoruz.

Konuya sistematik ve metinsel yorum açısından yaklaştığımızda,

- 4. fıkranın, üye tamsayısının üçte ikisinden az oyla kabul edilen ve henüz Cumhurbaşkanınca Meclise iade edilmemiş olan değişikliğin hukuki durumuna ilişkin olduğunu görürüz. Burada halihazırda **cumhurbaşkanının henüz kullanmadığı bir Meclise iade yetkisi** vardır: "Meclisce üye tamsayısının *beşte üçü ile veya üçte ikisinden az oyla kabul edilen* Anayasa değişikliği hakkındaki Kanun, *Cumhurbaşkanı tarafından Meclise iade edilmediği takdirde* halkoyuna sunulmak üzere Resmi Gazetede yayımlanır" metninde yer alan "*Cumhurbaşkanı tarafından Meclise iade edilmediği takdirde"* ifadesi ancak bu şekilde anlaşılabilir. Cumhurbaşkanı üçte ikiden az oyla kabul edilen değişikliği iade etmediği takdirde zorunlu olarak referanduma götürecektir.

---

[664] Türkiye'deki Anayasa Hukuku doktrininde bu konuda bir tartışma da yoktur. Bkz. **Aliefendioğlu**, "Yasaların Cumhurbaşkanınca Geri Gönderilmesi", *Amme İdaresi Dergisi*, c. 21, sy.1, 1988, s. 20; **Teziç**, *Anayasa Hukuku*, a.g.e., s. 166; **Ergun Özbudun**, *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin yay., 7 bası, Ankara 2002, ss. 154-155; **Kaboğlu**, *Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)*, a.g.e., s. 29; **Erdal Onar**, *1982 Anayasasında Anayasayı Değiştirme Sorunu*, Ankara 1993; **Tanör - Yüzbaşıoğlu**, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, a.g.e., ss. 269-270; **Kemal Gözler**, "Anayasa Değişikliği Kanunları Üzerinde Cumhurbaşkanının Yetkileri", *Ankara Barosu Dergisi,* Yıl 59, sy. 4, Ankara 2001, s. 38; **Fahri Bakırcı**, *TBMM'nin Çalışma Yöntemi*, İmge Kitabevi, Ankara 2000, s. 462; **Murat Şen**, "1961 ve 1982 Anayasalarında Anayasa Değişikliklerinin Yargısal Denetimi" *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, 75. Yıl Armağanı*, c. 2, sy. 1, Erzincan 1998, s. 88-119.

- **Cumhurbaşkanının seçim hakkı, 175. maddenin 5. fıkrasında düzenlenmiş** olup, bu yetki sadece üye tamsayısının üçte ikisinden fazla oyla kabul edilen değişiklikler için ve referanduma sunma konusunda tanınmıştır. 5. fıkra uyarınca, cumhurbaşkanının seçim hakkı iki koşulda doğar: anayasa değişikliği,

  - TBMM'ce ilk kabul edildiği sırada,
  - cumhurbaşkanının iade etmesi üzerine

üye tamsayısının üçte ikisinin oyunu almış olmalıdır.

- 3. fıkra ise cumhurbaşkanına tanınan seçim yetkisini değil; **cumhurbaşkanının değişikliği Meclise iadesinden doğan sonuçları** düzenlemektedir: "*Cumhurbaşkanı Anayasa değişikliklerine ilişkin kanunları, bir daha görüşülmek üzere Türkiye Büyük Millet Meclisine geri gönderebilir. Meclis, geri gönderilen Kanunu, üye tamsayısının üçte iki çoğunluğu ile aynen kabul ederse Cumhurbaşkanı bu Kanunu halkoyuna sunabilir*". Burada cumhurbaşkanına, Meclise iade ettiği metni, ikinci kez önüne geldiğinde, referanduma sunma yetkisinin tanındığını görüyoruz. Ancak bu halde, kurucu iktidar bir kayıt getirmiştir, cumhurbaşkanının bu yetkiyi kullanma imkanı, Meclisin metni üçte iki oyla kabul etmesine bağlanmıştır.

- Yukarıda yer alan üç değerlendirmeden şu sonuçları çıkarabiliriz: 3. fıkra, iadenin ardından gerçekleştirilen ikinci oylamadan sonra cumhurbaşkanının sahip olduğu referandum yetkisini, 4. fıkra üçte ikiden az oy alan değişikliğin zorunlu referanduma tabi olduğunu, 5. fıkra da –doğrudan ya da cumhurbaşkanının iadesi üzerine- üçte ikiden fazla oy olan değişikliğin ihtiyari referanduma tabi olduğunu düzenlemektedir. 175. maddenin hem 3. fıkrasında hem de 5. fıkrasında cumhurbaşkanının iadesi halinde Meclisin metni üçte iki çoğunlukla kabul etmesi esası düzenlenmektedir. Dolayısıyla iade halinde, Meclisin bu metni en az üçte ikiyle kabul etmesi gerekmektedir. **İki fıkrada (3 ve 5) da yer alan "*sunabilir*" ifadesi, Mecliste ikinci defa oylanan ve üçte iki oydan fazla oy alan metin üzerindeki cumhurbaşkanının takdir yetkisini gösterir; Meclisin bu metni üçte ikiden daha az bir çoğunlukla kabul edebileceğini değil.** İadenin sonuçlarını düzenleyen hüküm 3. fıkradır, bu da iade halinde tamsayının üçte iki oranında oyla kabul edilmesinden

bahsetmektedir. Gerçekten de, tıpkı yukarıda 102. maddede olduğu gibi, 175. madde değişikliğine ilişkin ilk hazırlanan tasarının çok daha net olduğu görülmektedir[665]: "*Cumhurbaşkanı, Anayasa değişikliklerine ilişkin kanunları Türkiye Büyük Millet Meclisine geri gönderebilir. Bu takdirde, Türkiye Büyük Millet Meclisinin geri gönderilen Anayasa değişikliği hakkındaki kanunu, aynen kabul edip tekrar Cumhurbaşkanına gönderebilmesi, üye tamsayısının üçte iki çoğunluğuyla mümkün olabilir*". Bu hüküm, verilen bir değişiklik önergesi sonucu şimdiki halini almıştır. Ancak, bu değişiklik önergesinin amacına bakıldığında, bunun Meclisin iade halinde üçte iki oyla kabulü zorunluluğunu kaldırmak değil; cumhurbaşkanına, Mecliste ikinci defa oylanarak üçte ikiyle kabul edilen metin üzerinde seçim yetkisi tanımaya yönelik olduğu görülür[666].

- Dolayısıyla bu anayasa değişikliğinde amaç, sadece Anayasa Mahkemesinin kararında "*Anayasa değişikliklerinin kolaylaştırılmasıyla siyasetin ortaya çıkabilecek toplumsal ve siyasal krizlere yanıt verebilmesiyle demokrasinin korunabileceği görüşünün egemen olduğu görülmektedir*" şeklinde ifade ettiği "değişiklikleri kolaylaştırma" değil; cumhurbaşkanına referandum alanında verdiği yetkilerle, bu makamı parlamenter rejim bünyesinde bir denge aracı haline getirmektir. Cumhurbaşkanı, bu araçla, hem siyasi krizlere karşı halkoyuna başvurabilme; hem de halk tarafından kabul edilmesi mümkün olmayan değişikliklerin önüne geçebilme yetkisiyle donatılmıştır.

---

[665] Aynı doğrultuda bkz. **Şerif İba**, "Cumhurbaşkanınca Yayımlanması Kısmen veya Tamamen Uygun Bulunmayan Kanunların Meclise Geri Gönderilmesi", *AUHFD*, c. 53, sy. 3, 2003, ss. 306-307.

[666] Bu konuda bkz. **Bakırcı**, *TBMM'nin Çalışma Yöntemi*, a.g.e., s. 462: "*Cumhurbaşkanının buradaki geri gönderme yetkisi, yasa tasarı ve önerilerindeki geri göndermeden ya da 'geciktirici veto'dan farklı ve başkanlık sistemindeki veto yetkisinden de daha ağırdır. Cumhurbaşkanının veto ettiği anayasa değişikliklerine ilişkin öneriler, TBMM üye tamsayısının üçte iki çoğunluğunca kabul edilmelidir. Aksi takdirde, öneriler reddedilmiş sayılır. Cumhurbaşkanı'nın yetkisi bununla sınırlı olsaydı, veto yetkisi kullandığı söylenebilirdi. Ancak Cumhurbaşkanı'nın yetkisi bununla sınırlı değildir. Cumhurbaşkanı TBMM üye tamsayısının üçte iki çoğunluğuyla kabul edilen değişiklik yasalarını, halkoyuna sunabilir*".

- Anayasa Mahkemesinin İçtüzüğün 94. maddesinin[667] burada uygulanabilirliğine ilişkin görüşüne gelince: Yukarıda belirttiğimiz gibi, anayasa değişikliği süreci, teklif, görüşme, kabul ve onay olmak üzere dört aşamadan oluşan bir süreçtir. İçtüzüğün 94. maddesi ise, kenar başlığından da (Anayasada Değişiklik Tekliflerinin Kabulü) anlaşılacağı gibi, bu sürecin kabul aşamasına ilişkindir. Değişikliğin, Cumhurbaşkanının da devreye girdiği onay aşaması ise, İçtüzük'te düzenlenmemiştir. İade halinin sonuçları, doğrudan Anayasa tarafından 175. maddenin 3. fıkrasında düzenlenmiştir. Başka bir deyişle, bu konuda Anayasada doğrudan uygulanacak bir kural vardır. Cumhurbaşkanının anayasayı değiştiren yasayı Meclise iade etmesi halinde, bu yasanın en az üçte iki çoğunlukla tekrar kabul edilmesi gerekir. Aksi halde, bu metnin anayasada yer almasının hiçbir değeri kalmaz.

b. Anayasa Mahkemesi

1982 Anayasasında görev alanı daraltılmış da olsa, 1961 Anayasası döneminde anayasal düzenimize giren Anayasa Mahkemesi, anayasanın başlıca yorumcusudur. Bilindiği gibi, 1924 Anayasası kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimini kabul etmemişti[668]. Bu dönemde Mahkemelerin anayasaya uygunluk denetimini kendilerinin yapması da içtihadi olarak mümkün olmamıştı[669]. Anayasa Mahkemesinin kararları üzerinde, onun oluşumu, görevleri, ne şekilde harekete geçirilebildiği ve yetki alanı önemli rol oynamaktadır.

---

667 "*Anayasada değişiklik tekliflerinin birinci ve ikinci görüşmelerinde, maddelerin kabulü ile ikinci görüşmenin sonunda tümünün kabulü üye tamsayısının beşte üç çoğunluğunun gizli oyu ile mümkündür. / Birinci görüşmede gerekli çoğunlukla kabul oyu alamayan bir madde ikinci görüşmede de gerekli çoğunlukta kabul oyu alamamışsa reddedilmiş olur. / Teklif hakkında verilen değişiklik önergesinin kabulü halinde, kabul için gerekli beşte üç çoğunluğun tespiti için bu önergenin oylanması gizli oylama suretiyle tekrarlanır*".

668 1924 Anayasası döneminde TBMM'ne yasaları ve anayasayı yorumlama yetkisi verilmiştir. Bu konuda bkz. **Teziç**, *Anayasa Hukuku*, a.g.e., s. 27.

669 Bu konuda bkz. **Onar**, *Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Siyasal ve Yargısal Denetimi ve Yargısal Denetim Alanında Ülkemizde Öncüler*, a.g.e., ss. 166 vd. ve özellikle bkz. Akşehir Yargıcı Refik Gür'ün vermiş olduğu 7 Nisan 1951 tarihli direnme kararı ile Hukuk Genel Kurulunun 3 Aralık 1952 tarihli bozma kararı.

aa. Anayasa Mahkemesinin Oluşumu

1982 Anayasasına göre Anayasa Mahkemesi, onbir asıl ve dört yedek üyeden kurulur. Cumhurbaşkanı, iki asıl ve iki yedek üyeyi Yargıtay, iki asıl ve bir yedek üyeyi Danıştay, birer asıl üyeyi Askeri Yargıtay, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi ve Sayıştay genel kurullarınca kendi Başkan ve üyeleri arasından her boş yer için gösterecekleri üçer aday içinden; bir asıl üyeyi ise Yükseköğretim Kurulunun kendi üyesi olmayan öğretim üyeleri içinden göstereceği üç aday arasından; üç asıl ve bir yedek üyeyi üst kademe yöneticileri[670] ile avukatlar arasından seçer. Yükseköğretim kurumları öğretim üyeleri ile üst kademe yöneticileri ve avukatların Anayasa Mahkemesine asıl ve yedek üye seçilebilmeleri için, kırk yaşını doldurmuş, yükseköğrenim görmüş veya öğrenim kurumlarında en az onbeş yıl öğretim üyeliği veya kamu hizmetinde en az onbeş yıl fiilen çalışmış veya en az onbeş yıl avukatlık yapmış olmak şarttır (Any., md. 148). Görüldüğü gibi Anayasa Mahkemesi üyelerinin tümü hukukçulardan oluşmamakta ve üyelerin seçiminde yasama organının herhangibir payı bulunmamaktadır.

Ancak 1961 Anayasası, Anayasa Mahkemesinin oluşumu için karma bir sistem öngörmekte idi: buna göre, Anayasa Mahkemesi 15 üyeden oluşuyor, 4 üye Yargıtayın, 3 üye Danıştayın kendi başkan ve üyeleri içinden seçtiği kişilerden, 1 üye ise Sayıştay tarafından seçilerek belirleniyordu. Bunun dışında Millet Meclisi 3, Senato ise 2 üyeyi kendisi seçiyor, cumhurbaşkanı tarafından 2 üye atanıyor idi. Cumhurbaşkanınca atanan üyelerden biri, Askeri Yargıtayın gösterdiği üç aday arasından belirleniyordu. Görüldüğü gibi, 1982 Anayasası, bir yandan atama yetkisinin tümünü, parlamenter sistemde sorumsuz olması gereken Cumhurbaşkanına vermiş; diğer yandan bununla da yetinmeyerek, cumhurbaşkanının bu atama yetkisini devlet kurumlarının göstereceği

[670] Üst kademe yöneticiler kadrosundan, "Yükseköğretim Kurulu başkan veya üyesi veya Yükseköğretim Kurumu rektör veya dekanı veya müsteşar, müsteşar yardımcısı, general, amiral, büyükelçi, bölge valisi veya vali" olarak görev yapanlar ataabilmektedir (bkz. 2949 sayılı *Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulü Hakkında Kanun*, K.T.: 10.11.1983, R.G.:13.11.1983-18220).

adaylarla kayıtlamış, bu surette seçimle gelen iktidarların Anayasa Mahkemesinin oluşumundaki etkisini sınırlandırmaya çalışmıştır[671].

bb. Anayasa Mahkemesinin Görev ve Yetkileri

Anayasa Mahkemesinin görevleri, 1982 Anayasasının tek bir maddesinde sayılmamış; ayrı ayrı maddelerde düzenlenmiştir.

Ancak, Anayasa Mahkemesinin başlıca görevi olan anayasallık denetimi yanında yüce divan görevi de, Anayasanın 148. maddesinde düzenlenmiştir:

> "(1) Anayasa Mahkemesi, kanunların, kanun hükmünde kararnamelerin ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğünün Anayasaya şekil ve esas bakımlarından uygunluğunu denetler. Anayasa değişikliklerini ise sadece şekil bakımından inceler ve denetler / (...) / (3) Anayasa Mahkemesi Cumhurbaşkanını, Bakanlar Kurulu üyelerini, Anayasa Mahkemesi, Yargıtay, Danıştay, Askeri Yargıtay, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Başkan ve üyelerini, Başsavcılarını, Cumhuriyet Başsavcıvekilini, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu ve Sayıştay Başkan ve üyelerini görevleriyle ilgili suçlardan dolayı Yüce Divan sıfatıyla yargılar".

Görüldüğü gibi Anayasa Mahkemesinin denetim alanına, kanunlar, kanun hükmünde kararnameler ve içtüzük düzenlemeleri girmektedir. Dolayısıyla Meclis kararları kural olarak anayasallık denetiminin dışındadır. Ancak bu konuda Anayasanın öngördüğü ve aşağıda anacağımız bazı istisnalar (Any., md. 85) yanında, Anayasa Mahkemesinin de bizzat denetim yetkisi içinde saydığı bazı içtihadi haller mevcuttur[672].

Anayasa Mahkemesi siyasi partilerin kapatılması ve mali denetimleriyle[673] ilgili davalara da bakar:

---

[671] Anayasa Mahkemelerinin oluşumunda yasama meclislerinin rolüne ilişkin olarak bkz. **Kaboğlu**, *Anayasa Yargısı*, a.g.e., ss. 27 vd.

[672] Bkz. yukarıda AYMK, E. 2007/45, K. 2007/54, K.T.: 1.05.2007, R.G.: 27.06.2007-26565; E. 1996/19, K. 1996/13, K.T.: 14.5.1996; E. 1999/12, K. 1999/5, K.T.: 25.3.1999.

[673] Anayasa Mahkemesinin, siyasal partilerin denetimine ilişkin olarak "devlet

"(...)/ (3) Siyasi partilerin gelir ve giderlerinin amaçlarına uygun olması gereklidir. Bu kuralın uygulanması kanunla düzenlenir. Anayasa Mahkemesince siyasi partilerin mal edinimleri ile gelir ve giderlerinin kanuna uygunluğunun tespiti, bu hususun denetim yöntemleri ve aykırılık halinde uygulanacak yaptırımlar kanunda gösterilir. Anayasa Mahkemesi, bu denetim görevini yerine getirirken Sayıştaydan yardım sağlar. Anayasa Mahkemesinin bu denetim sonunda vereceği kararlar kesindir. / (4) Siyasi partilerin kapatılması, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının açacağı dava üzerine Anayasa Mahkemesince kesin olarak karara bağlanır. / (5) Bir siyasi partinin tüzüğü ve programının 68 inci maddenin dördüncü fıkrası hükümlerine aykırı bulunması halinde temelli kapatma kararı verilir. / (6) Bir siyasi partinin 68 inci maddenin dördüncü fıkrası hükümlerine aykırı eylemlerinden ötürü temelli kapatılmasına, ancak, onun bu nitelikteki fiillerin işlendiği bir odak haline geldiğinin Anayasa Mahkemesince tespit edilmesi halinde karar verilir. (Ek cümle: 3.10.2001-4709/25 md.) Bir siyasi parti, bu nitelikteki fiiller o partinin üyelerince yoğun bir şekilde işlendiği ve bu durum o partinin büyük kongre veya genel başkan veya merkez karar veya yönetim organları veya Türkiye Büyük Millet Meclisindeki grup genel kurulu veya grup yönetim kurulunca zımnen veya açıkça benimsendiği yahut bu fiiller doğrudan doğruya anılan parti organlarınca kararlılık içinde işlendiği takdirde, söz konusu fiillerin odağı haline gelmiş sayılır. / (7) (Ek: 3.10.2001-4709/25 md.) Anayasa Mahkemesi, yukarıdaki fıkralara göre temelli kapatma yerine, dava konusu fiillerin ağırlığına göre ilgili siyasi partinin Devlet yardımından kısmen veya tamamen yoksun bırakılmasına karar verebilir" (Any., md. 69).

Anayasa Mahkemesi, parlamento tarafından alınan yasama dokunulmazlığının kaldırılması ve milletvekilliğinin düşmesi kararlarının da itiraz merciidir. Bu itibarla, kural olarak, Meclis kararlarının anayasaya uygunluğunu denetleme yetkisine sahip olmayan Mahkeme, yargısal sonuçları olan bu sayılan işlemler için istisnai olarak yetkili kılınmıştır:

---

yardımından yoksun bırakmaya yardımın yarısından az olmamak kaydıyla" karar verebilmesine ilişkin olarak 4748 sayılı Kanunla düzenleme yapılmış, bu düzenleme Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir, bkz. E. 2002/104, K. 2003/72, K.T.: 16.07.2003.

"Yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına veya milletvekilliğinin düşmesine 84 üncü maddenin birinci, üçüncü veya dördüncü fıkralarına göre karar verilmiş olması hallerinde, Meclis Genel Kurulu kararının alındığı tarihten başlayarak yedi gün içerisinde ilgili milletvekili veya bir diğer milletvekili, kararın, Anayasaya, kanuna veya İçtüzüğe aykırılığı iddiasıyla iptali için Anayasa Mahkemesine başvurabilir. Anayasa Mahkemesi, iptal istemini onbeş gün içerisinde kesin karara bağlar" (Any., md. 85).

Anayasa Mahkemesi, Uyuşmazlık Mahkemesinin oluşumuna da katılır:

"Uyuşmazlık Mahkemesinin kuruluşu, üyelerinin nitelikleri ve seçimleri ile işleyişi kanunla düzenlenir. Bu mahkemenin Başkanlığını Anayasa Mahkemesince, kendi üyeleri arasından görevlendirilen üye yapar" (Any, md. 158/2).

1982 Anayasası, Anayasa Mahkemesine *yürürlüğü durdurma* kararı verme yetkisini açıkça tanımış değildi. Ancak Anayasa Mahkemesi, 1993/33 sayılı kararı ile yürürlüğü durdurma kararı verme yetkisini kendisine tanımıştır[674].

Ancak Mahkeme, *yargılamanın yenilenmesi* alanındaki yetkisini son derece dar yorumlamıştır. Türkiye Birleşik Komünist Partisinin kapatma davasının yeniden görülmesine ilişkin istemi, Anayasa Mahkemesi tarafından reddedilmiştir:

"Ceza Muhakemesi Kanunun 321. maddesi uyarınca yargılanmanın yenilenmesi isteminin kabul edilebilmesi için ilk hükmün verilmesinde esas alınan olgularla birlikte yeniden değerlendirilmesini gerektirecek nitelikte maddi bir olgunun bulunduğunun hükmün kesinleşmesinden sonra saptanması gerekir.
Söz konusu ihlal kararında, yargılama sonrasında ortaya çıkan ve kesin hükmün esasını etkileyecek nitelikte olan maddi bir olgunun varlığına değil, kapatılmaya esas alınan mevcut olguların değerlendirilmesinde hata yapıldığı düşüncesine dayanılmaktadır.

[674] AYMK, E. 1993/33, K. 1993/40-1, K.T.: 21.10.1993.

Ceza Muhakemesi Kanunu, mevcut olguların değerlendirilmesinde hata yapılarak hüküm kurulmasını temyiz nedeni olarak kabul etmekle birlikte yargılanmanın yenilenmesini gerektirecek bir neden olarak görmemektedir.

Bu nedenle yargılanmanın yenilenmesi isteminin Ceza Muhakemesi Kanunun 321.maddesi uyarınca esassızlık noktasından reddine karar verilmesi gerekmiştir"[675].

Görüldüğü gibi, Anayasa Mahkemesi, yargılamanın reddi talebini reddederken, Ceza Muhakemesi Kanununun (CMK) 321. maddesine dayanmıştır. Ancak, burada 321. maddenin uygulanabilir olduğunu düşünmüyoruz. Şöyle ki;

- CMK'nun 321. maddesi, yargılanmanın yenilenmesini gerektiren bazı sebeplerin gerçekleşmemiş olması halinde, "*yenilenme isteminin esassız olmasından reddi*" konusunu düzenlemektedir. Bu hükümde hangi hallerde istemin esassız sayılacağı sayılmıştır. Buna göre,

"(1) Yargılamanın yenilenmesi isteminde ileri sürülen iddialar, yeterli derecede doğrulanmaz veya 311 inci maddenin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentleri ile 314 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde yazılı hâllerde işin durumuna göre bunların önce verilmiş olan hükme hiçbir etkisi olmadığı anlaşılırsa, yargılamanın yenilenmesi istemi esassız olması nedeniyle duruşma yapılmaksızın reddedilir" (md. 321/1).

- Hangi hallerde yargılamanın yenileceğini ise, CMK'nun 311. maddesi göstermektedir:

"(1) Kesinleşen bir hükümle sonuçlanmış bir dava, aşağıda yazılı hâllerde hükümlü lehine olarak yargılamanın yenilenmesi yoluyla tekrar görülür:

a) Duruşmada kullanılan ve hükmü etkileyen bir belgenin sahteliği anlaşılırsa.

b) Yemin verilerek dinlenmiş olan bir tanık veya bilirkişinin hükmü etkileyecek biçimde hükümlü aleyhine kasıt veya ihmal ile gerçek dışı tanıklıkta bulunduğu veya oy verdiği anlaşılırsa.

[675] AYMK, E. 2003/6 (Değişik İşler), K. 2008/4, K.T.: 8.01.2008, R.G.: 22.03.2008-26824.

c) Hükme katılmış olan hâkimlerden biri, hükümlünün neden olduğu kusur dışında, aleyhine ceza kovuşturmasını veya bir ceza ile mahkûmiyetini gerektirecek biçimde görevlerini yapmada kusur etmiş ise.

d) Ceza hükmü hukuk mahkemesinin bir hükmüne dayandırılmış olup da bu hüküm kesinleşmiş diğer bir hüküm ile ortadan kaldırılmış ise.

e) Yeni olaylar veya yeni deliller ortaya konulup da bunlar yalnız başına veya önceden sunulan delillerle birlikte göz önüne alındıklarında sanığın beraatini veya daha hafif bir cezayı içeren kanun hükmünün uygulanması ile mahkûm edilmesini gerektirecek nitelikte olursa.

f) Ceza hükmünün, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmenin veya eki protokollerin ihlâli suretiyle verildiğinin ve hükmün bu aykırılığa dayandığının, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmiş olması. Bu hâlde yargılamanın yenilenmesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararının kesinleştiği tarihten itibaren bir yıl içinde istenebilir".

- İşlemin esassız sayılmasını gerektiren durumlar, "yargılamanın yenilenmesi isteminde ileri sürülen iddiaların, yeterli derecede doğrulanamadığı" hallerdir. Bazı durumlarda (belge, tanık ve bilirkişilere ilişkin hukuka aykırılık durumları) her ne kadar yargılamanın yenilenmesi sebepleri bulunsa ve bu sebepler yeterli derecede doğrulansa da, aykırılığın hükme etkili olmadığı hallerde esassızlıktan red kararı verileceği öngörülmüştür.

- Anayasa Mahkemesi, burada "yargılamanın yenilenmesi isteminde ileri sürülen iddiaların, yeterli derecede doğrulanamadığına" karar vermiştir. Ancak kanımızca, 311. maddenin "d" ve "f" bentlerinde gösterilen hallerin yeterince doğrulanamaması mümkün değildir; çünkü bu iki halde yargılamanın yenilenmesi talebi doğrudan başka bir mahkemenin kararından doğmaktadır. "D" bentinde, ceza hükmünün hukuk davasına dayanması, ancak dayanılan kararın sonradan kaldırılması, doğrudan başka bir mahkemenin kararından kaynaklanan bir yargılama sebebi oluşturmaktadır. Yine "f" bentinde, "Sözleşmenin ihlal edildiğine dair kesinleşmiş İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi kararı", varlığı yeterince doğrulanamayan bir olgu sayılamaz.

- Anayasa Mahkemesi, sözkonusu kararla "yargılanmanın yenilenmesi" yetkisini kendisine tanımayı reddetmiş görünmektedir. Zira kararın gerekçesinde, yargılamanın yenilenmesini gerektiren nedenlerin karardan "sonradan ortaya çıkan maddi olgular"

olması gerektiği belirtilmiştir. Bu yorum, CMK'nun 311/f maddesini tamamen işlevsiz kılmaktadır. Zira İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinden alınan ihlal kararı sonucunda yapılan yargılamanın yenilenmesi taleplerinde "yeni olguların ortaya çıkması" sözkonusu değildir; burada yargılamanın yenilenmesi sebebi, başka bir mahkemenin kararıdır.

cc. Anayasa Mahkemesinin Denetim Türleri

1982 Anayasasında Anayasa Mahkemesi, iki tür denetim yetkisiyle donatılmıştır: soyut norm denetimi ve somut norm denetimi. Almanya ve pekçok Avrupa ülkesinin Anayasa yargısı sisteminde bulunan ve anayasa şikayeti yolu ise sistemimizde tanınmamıştır.

aaa. Soyut Norm Denetimi

Soyut norm denetimi, bir normun henüz herhangibir uyuşmazlığa konu olmaksızın, Anayasanın öngördüğü organlar tarafından Mahkemeye taşınması üzerine gerçekleştirilmektedir:

> "Kanunların, kanun hükmündeki kararnamelerin, Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğünün veya bunların belirli madde ve hükümlerinin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesinde doğrudan doğruya iptal davası açabilme hakkı, Cumhurbaşkanına, iktidar ve anamuhalefet partisi Meclis grupları ile Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının en az beşte biri tutarındaki üyelere aittir. İktidarda birden fazla siyasi partinin bulunması halinde, iktidar partilerinin dava açma hakkını en fazla üyeye sahip olan parti kullanır" (Any., md. 150).

Görüldüğü gibi, Anayasa Mahkemesi yukarıda sayılan işlemlerden kanun, kanun hükmünde kararname ve TBMM içtüzüğünü hem şekil hem de esas bakımından denetleyebilecek; ancak anayasa değişikliklerini sadece şekil bakımından denetleyebilecektir. Yine 150. madde uyarınca, tüm bu işlemler için şekil ya da esas bakımından iptal davası açmaya, cumhurbaşkanı, iktidar ve anamuhalefet partisi meclis grupları ve TBMM üye tamsayısının beşte biri yetkili kılınmıştır.

Ancak, Anayasanın 148. maddesinin ikinci fıkrası, yukarıda doğrudan anayasa metninden yola çıkarak yaptığımız tespitler karşısında bir karışıklığa sebebiyet verebilecek niteliktedir :

> "Kanunların şekil bakımından denetlenmesi, son oylamanın, öngörülen çoğunlukla yapılıp yapılmadığı; Anayasa değişikliklerinde ise, teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlıdır. Şekil bakımından denetleme, Cumhurbaşkanınca veya Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelerinin beşte biri tarafından istenebilir. Kanunun yayımlandığı tarihten itibaren on gün geçtikten sonra, şekil bozukluğuna dayalı iptal davası açılamaz; def'i yoluyla da ileri sürülemez".

Gerçekten de Anayasanın 150. maddesi, iptal davası açabilecekler arasında ayrım gözetmeksizin, bu makamların hem esas hem de şekil açısından başvuru yapabileceklerini öngörmüşken; 148. madde, şekil açısından denetim için başvurabilecekleri, cumhurbaşkanı ve TBMM üye tamsayısının beşte biri olarak sınırlandırmıştır.

bbb. Somut Norm Denetimi

Bu tür denetimde, anayasallık incelemesi, normun bir uyuşmazlık kapsamında uygulanması sonucu gerçekleştirilmektedir. Dolayısıyla, burada, somut olayın özelliklerinin de dikkate alınabileceği bir denetim türü sözkonusudur. Ancak unutulmamalıdır ki; 1982 Anayasasına göre bu kapsamda denetlenen yine norm olmakta, başka bir deyişle, Anayasa Mahkemesi, normun olaya uygulanması konusundaki "uygulama problemlerini" çözme konusunda yetkili kılınmamaktadır[676]:

> "(1) Bir davaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin hükümlerini Anayasaya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa, Anayasa

---

[676] 1961 Anayasasında, Anayasa Mahkemesine tanınmış olan "olayla sınırlı karar verebilme yetkisi", 1982 Anayasasında tanınmamıştır. 1961 Any., md. 152/4: "*Anayasa Mahkemesi, diğer mahkemelerden gelen Anayasaya aykırılık iddiaları üzerine verdiği hükümlerin, olayla sınırlı ve yalnız tarafları bağlayıcı olacağına da karar verebilir*".

Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakır. / (2) Mahkeme, Anayasaya aykırılık iddiasını ciddi görmezse bu iddia, temyiz merciince esas hükümle birlikte karara bağlanır. / (3) Anayasa Mahkemesi, işin kendisine gelişinden başlamak üzere beş ay içinde kararını verir ve açıklar. Bu süre içinde karar verilmezse mahkeme davayı yürürlükteki kanun hükümlerine göre sonuçlandırır. Ancak, Anayasa Mahkemesinin kararı, esas hakkındaki karar kesinleşinceye kadar gelirse, mahkeme buna uymak zorundadır" (Any., md. 152).

Bu denetim türünde, yukarıdaki hükme göre, Anayasa Mahkemesine somut olaya özel karar verme yetkisi tanınmamakta; üstelik Anayasa Mahkemesi kararını beş ay içerisinde açıklayamadığı takdirde, dava mahkemesinin de olayı anayasaya uygun biçimde çözme imkanı elinden alınmış olmaktadır. Bu durum, hem dava yargıçlarının ve genel olarak da mahkemelerin, anayasayı üst norm olarak uygulama iradesini ortadan kaldırmakta ve bu anlamda "hukuk devleti" yerine "yasa devleti" anlayışının egemen olmasına neden olmakta; hem de yargıcı hak ve özgürlüklerin bekçisi durumundan çıkarıp yasanın basit bir uygulayıcısı durumuna getirmektedir. O nedenle, bu anayasal düzenleme yargıcın hukukun ne olduğunun belirlenmesindeki rolünü ciddi oranda zayıflatmaktadır. Yorum faaliyeti, özü itibarıyla yorumcuyu ön plana çıkaran bir faaliyettir. Hukukun ve konumuz özellinde de anayasanın başlıca yorumcusu, her ne kadar hukukumuz denetim sistemi olarak merkezi denetimi benimsemiş olsa bile mahkemelerdir. Yargıç önüne gelen hukuki sorunlarda "*Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verir*" (Any., md. 138/1). Ayrıca, "*Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır*" (Any., md. 11/1). Ancak, yargıcın anayasaya aykırı olduğunu bildiği bir yasayı uygulamak durumunda kalması, hukuk devleti açısından ciddi problemler yaratmakta ve Anayasanın saydığımız hükümlerine de aykırılık oluşturmaktadır.

1961 Anayasasında bu konuda ilişkin şöyle bir hüküm vardı:

"(3) Anayasa Mahkemesi, işin kendisine gelişinden başlamak üzere altı ay içinde kararını verir ve açıklar. / (4) Bu süre içinde karar verilmezse, mahkeme,

Anayasaya aykırılık iddiasını, kendi kanısına göre çözümleyerek dâvayı yürütür. Ancak, Anayasa Mahkemesinin kararı, esas hakkındaki karar kesinleşinceye kadar gelirse, mahkemeler buna uymak zorundadır" (Any., md. 151).

Dolayısıyla, dava yargıçlarının bu hükümden yola çıkarak, baktıkları somut dava özelinde anayasal yorum yapma imkanları bulunuyordu. Buna karşılık, anılan hükmün, o dönemde de pek de uygulama alanı bulmadığı gözlemlenmiştir. Zira Mahkemeler, genellikle o dönemde yürürlükte bulunan 22 Nisan 1962 tarih ve 44 sayılı Anayasa Mahkemelerinin Kuruluşu ve Yargılama Usulü Hakkında Kanunun 27. maddesindeki "*Mahkeme, Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara resmen ıttıla kesbedinceye kadar davayı geri bırakır*" hükmü nedeniyle, Anayasa Mahkemesinden altı ay içinde karar çıkmamasına rağmen kendileri anayasallık incelemesi yapmaktan imtina ediyorlardı[677]. Bu nedenle sözkonusu hüküm, 1961 Anayasası döneminde de hayata geçirilememiştir[678].

Yukarıda 1982 Anayasasından alıntıladığımız 152. maddesi hükmü uyarınca somut norm denetimi, Anayasa Mahkemesinin de riayet edilip edilmediğini çok titiz bir biçimde denetlediği katı koşullara bağlı tutulmuştur:

Öncelikle bir mahkemenin, uyguladığı bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin hükümlerini Anayasaya aykırı görmesi veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varması gereklidir. Anayasa Mahkemesi "davaya bakmakta olan mahkeme[679]" ve "davada uygulanacak kanun veya

---

[677] **Teziç**, *Anayasa Hukuku*, a.g.e., s. 203.

[678] Ancak, bu hükmü yürürlükte olduğu dönemde farklı uygulamalara sebebiyet verebileceği şeklinde eleştirenler de olmuştur. Bkz. **Tahsin Bekir Balta**, "Türkiye'de Anayasa Yargısı", *AÜHFD*, c. 18, 1961, s. 1-4; **Metin Kıratlı**, *Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi (İtiraz Yolu)*, AÜSBF yay., Sevinç matbaası, Ankara 1966, ss. 56-57.

[679] AYMK, E. 1971/17, K. 1971/58, K.T.: 15.06.1971: "*Gerek Anayasa'da ve gerekse 44 sayılı Kanunda mahkeme kavramı tanımlanmamış, sadece Anayasa'nın 151. maddesiyle 44 sayılı Kanunun 27. maddesinde 'bir davaya bakmakta olan mahkeme' sözleriyle yetinilerek başka bir açıklamaya yer verilmemiştir. 44 sayılı Kanunun hazırlık çalışmalarının (Millet Meclisi Tutanak Dergisi: Cilt 4, Dönem l, sıra sayısı 54) incelenmesinden anlaşılacağı üzere, bu kanunun 27. maddesi Anayasa'nın 151. maddesi doğrultusunda düzenlenmiştir. Anayasa'da 'bir davaya bakmakta olan mahkeme' deyimi kullanıldığından tasarıda da bu deyime olduğu gibi yer vermiştir. 'Mahkeme' ve daha doğrusu 'davaya bakmakta olan mahkeme' deyimi, adli, idari ve askeri yargıya dahil mahkemeleri gösterdiği kadar derece mahkemelerini de iade ettiği*

kanun hükmünde kararname" kavramlarını oldukça dar bir biçimde yorumlamakta ve bu unsurların herhangi birinden yola çıkarak hükmün uygulanmayacağına karar verdiğinde, ilk inceleme aşamasında davanın reddine karar vermektedir.

Anayasa Mahkemesinin içtihatlarına göre, bir Mahkemenin "*davaya bakmakta olan mahkeme*"[680] addedilebilmesi için, öncelikle bu davaya bakmak için yetkili ve görevli olması gerekmektedir[681]. Dolayısıyla, itiraz yoluyla kendisine yapılan başvurularda Anayasa Mahkemesi, öncelikle itiraz yoluna başvuran mahkemenin yetkili/görevli olup olmadığını incelemektedir. Bu tür bir incelemenin, merkezi denetim sistemi anlayışına ve somut norm denetiminin yapısına çok da uygun olmadığını düşünüyoruz. Zira Anayasa Mahkemesinin, mahkemelerin görevli olup olmadıkları konusunda inceleme yapması, kendisini yargı mekanizmasında üst mahkeme haline getirir. Oysa bizim hukuk sistemimizde adli, idari ve askeri yargı makamları arasındaki

---

düşüncesiyle bu yönlerin ayrıca metne eklenmesine yer görülmemiştir. Esasen mahkememiz de bir kararında, itiraz yoluna başvurmaya yetkili bulunan mahkemeyi, adli, askeri ve idari davalara bakan ve bu davalarda nihai hüküm vermek yolu ile anlaşmazlıkları çözen her derecedeki mahkeme olarak tanımlamış bulunmaktadır. (12/1/1965 günlü, 1964/51 1965/3 sayılı karar; 16/10/1965 günlü, 12128 sayılı Resmi Gazete Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, Sayı: 3 Sayfa : 16/18)".

[680] Burada Anayasa Mahkememizin "mahkeme" kavramını da kelimenin teknik kavramıyla anladığını da belirtmek gerekir. Bkz. AYMK, E. 2007/53, K. 2007/61, K.T.: 31.05.2007, R.G.: 27.12.2007-26739: "Yargı yetkisini Türk Milleti adına kullanacak olan bir merciin mahkeme olarak kabul edilmesi için kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usullerinin yasayla düzenlenmesi, karar organlarının hakimlerden teşekkül etmesi, yargılama tekniklerini uygulayarak ve genelde dava yolu ile uyuşmazlıkları ve anlaşmazlıkları çözümlemekle görevli olması, görev yapan üyelerin atanmalarının, hak ve ödevlerinin, emekliye ayrılmalarının, Anayasa'nın öngördüğü mahkemelerin bağımsızlığı ve hakim teminatı esaslarına göre düzenlenmiş olması ve Anayasa'da sayılan ve başında bir yüksek mahkemenin bulunduğu yargı düzenlerinden birinde yer alması gereklidir. / Tüketici Sorunları Hakem Heyeti ise, 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un değişik 22. maddesine göre, illerde Sanayi ve Ticaret İl Müdürü veya görevlendireceği bir memur, ilçelerde kaymakam veya görevlendireceği bir memur başkanlığında, belediye, baro, ticaret ve sanayi odası ile esnaf ve sanatkar odası ve tüketici örgütlerinden seçilerek görevlendirilecek beş kişiden oluşmaktadır. / Buna göre, Tüketici Sorunları Hakem Heyetleri, yargı organlarının ve mensuplarının Anayasa'da belirtilen niteliklerine sahip değildirler". İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi kararlarında ise "mahkeme" kavramının daha geniş bir biçimde yorumlandığını görmek mümkündür. Bkz. **İnceoğlu**, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı*, a.g.e., ss. 158 vd.

[681] Anayasa Mahkemesinin davaya bakmakta olan mahkemenin yetkisiz olduğuna hükmettiği yakın dönem kararları için, bkz. AYMK. E. 2003/46, K.2003/46, K.T.: 4.06.2003, R.G.: 16.07.2003-25170; E. 2004/26, K. 2004/51, K.T.: 15.04.2004, R.G.: 11.08.2004-25550; E. 2004/37, K. 2004/62, K.T.:26.05.2004 (tebliğ); E. 2004/39, K. 2004/66, K.T.: 9.06.2004; E. 2004/42, K. 2004/67, K.T.: 9.06.2004; E. 2005/11, K. 2005/9, K.T.: 10.02.2005; E. 2006/13, K. 2006/18, K.T.: 9.02.2006; E. 2006/117, K. 2006/82, K.T.: 5.09.2006.

uyuşmazlıkları çözmeye yetkili makam Uyuşmazlık Mahkemesidir (Any., md. 158). Bu durumda Anayasa Mahkemesi ancak, dava mahkemesinde süresi içinde görev itirazında bulunulmasına rağmen, mahkemenin bu konudaki kararını sonraya bırakması ve öncelikle esasa girerek anayasaya aykırılık meselesini bekletici sorun yapması halinde, görevsizlik nedeniyle başvuruyu reddedebilir[682]. Başka bir deyişle kendisi re'sen görev incelemesi yapmamalıdır.

Anayasa Mahkemesi üst mahkeme değil; özel yetkili mahkemedir. İkinci ve daha önemli sorun ise bu noktada karşımıza çıkmaktadır. Anayasa Mahkemesinin görevi, yasa ya da KHK'nın anayasaya uygunluk incelemesinden ibarettir. Şayet kendisini görevli sayan mahkeme, bir yasa ya da KHK hükmünün anayasaya aykırılığı iddiasını ciddi bulmuşsa ya da anayasaya aykırılığın bulunduğunu düşünüyorsa, bu durumda Anayasa Mahkemesinin ayrıca bir de mahkemenin görevli olup olmadığını sorgulamaması, normun anayasaya uygun olup olmadığını incelemesi gerekir. Zira AYM'nin en önemli görevi, anayasaya aykırı normu hukuk sisteminden ayıklamaktır. 1982 Anayasası zaten anayasa yargısına başvuru imkanını oldukça sınırlı hallere indirgemişken, AYM'nin kendi yetkisini daha da daraltma yoluna gitmesi[683] özünde hukuk devleti bulunan "anayasal demokrasi" gereklerine uygun bir tutum değildir.

Anayasa Mahkemesinin kararlarında, uygulanacak norm kavramına ilişkin olarak şu ifadelerin kullanıldığı görülür[684]:

> "Uygulanacak yasa kuralları ise, davanın değişik evrelerinde ortaya çıkan sorunların çözümünde veya davayı sonuçlandırmada olumlu ya da olumsuz yönde etki yapacak nitelikteki kurallardır"[685].

---

[682] **Kıratlı**, *Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi (İtiraz Yolu)*, a.g.e., s. 65.

[683] AYM'nin kendi yetkisini daraltmasının en önemli örneklerinden biri bizce şu kararda yer almaktadır: AYMK, E. 2002/127, K. 2002/72, K.T.: 17.09.2002.

[684] Uygulanacak norm kavramının Anayasa Mahkemesi kararlarındaki görünümü için bkz. **Aliefendioğlu**, *Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi*, a.g.e., ss. 138-142. Ayrıca bkz. **Ülkü Müge Kadıgil**, "İtiraz Başvurularında Davada Uygulanacak Kural Sorunu", *Anayasa Yargısı İncelemeleri I*, AYM yay, Ankara 2006, ss. 259-290.

[685] Diğer pekçok karar arasında bkz. AYMK. E. 2006/68, K. 2006/52, K.T. 4.5.2006; E.

B. Yorum Sorunları ve Yorum Metotları

Anayasacılık, kural olarak halkın siyasal anlamda hak talep etmesi ve talep ettiği hakları elde etmesi suretiyle, iktidarın keyfiliğinin sınırlanması anlayışı üzerine kuruludur. Bizde anayasacılığın, belki de en büyük sıkıntısı, bu hak talebi üzerine değil; dağılmakta olan bir İmparatorluğu kurtarma amacıyla başlamış olmasıdır[686]. Aslında ülkemiz anayasacılığı, sadece 1982 Anayasasından ibaret değildir. 1876'dan beri süregelen anayasal hareketin büyük bir kesintiye uğradığı ve otoritarizm ile demokrasi arasındaki çizgide ağır bir geri dönüşün olduğu metin olması itibarıyla 1982 Anayasası, Türk Anayasacılığında önemli bir noktadır.

Ancak önceki bölümlerde gördüğümüz gibi, 1982 Anayasasının otoriter hükümleri baki kalmadı. Anayasa, 1987 yılından itibaren düzenli olarak değişikliklere tabi tutuldu. Bu değişikliklerden en önemlisi bizce 2001 yılında gerçekleştirilen değişikliklerdir. Bu değişiklikler zamanla AYM kararlarına da yansıdı.

1982 Anayasasında, Devletin üç temel organı arasında yetkileri en çok azaltılmış, en etkisiz kılınmış organ, kuşkusuz yargı organıdır[687]. Burada karşımıza hukuk devleti anlamında ciddi sorunlar çıkmaktadır. Yargı organının yetkilerinin ve bağımsızlığının azaltılmış olması, mahkeme kararlarına da yansımakta; yargı organını özellikle hak ve özgürlükler alanında daha çekimser davranma durumunda bırakmaktadır. Buna rağmen Anayasa Mahkemesinin ve Yüksek Mahkemelerin bu engelleri aşarak verdikleri kararlar vardır.

2005/62, K. 2005/39, K.T.: 7.07.2005; E. 2003/32, K. 2003/39, K.T.: 7.05.2003.

[686] "*Mithat Paşa için kapıya dayanan dış baskılar karşısında, bir an önce kanunu tamamlayıp ilan ettirmek ve toplanacak olan devletlerarası konferansta Rus temsilcisi İgnatyev'in isteklerini boşa çıkarmak başta gelen bir amaçtı. Mithat Paşa'nın, başlangıçta, kanun-i esasinin ilanından önce mebuslar meclisinin hemen kurulmasını düşündüğü anlaşılıyor. (...) Mithat Paşa, komisyonun bu yoldaki tekliflerini bakanlar kuruluna kabul ettirdiği halde, Abdülhamit, kanun-i esasinin seçimlerden önce tamamlanması gerektiği düşüncesinde direndi. Böylece hazırlanan kanun tasarısının seçimlerle gelecek, belki bir çeşit kurucu meclis olacak bir meclise verilmesini önlemiş oldu. Alt komisyon üyeleri, asıl amaçlarını açığa vuramayışları yüzünden, kendilerini halk arasında destekleyecek güç olmadığını da bildiklerinden, padişahın bu isteğine uymak zorunda kaldılar*", bkz. **Niyazi Berkes**, *Türkiye'de Çağdaşlaşma*, YKY, 3. baskı, İstanbul 2002, ss. 328-329.

[687] **Tanör**, *İki Anayasa: 1961-1982*, a.g.e., s. 116 vd.

Peki AYM nasıl bir yorum faaliyeti izlemektedir? Anayasa değişikliklerinin, AYM'nin yorum faaliyeti üzerinde bir etkisi olmuş mudur? Bu bölümde bu sorulara yanıt aranacaktır.

1. Yorum Faaliyetine Genel Bakış

Anayasa Mahkememizin 1982 Anayasası dönemindeki içtihatları, somutlaştırma metodundaki yorum aşamalarına göre bir incelemeye tabi tutulduğunda, üç temel ayrım doğrultusunda kararların sınıflandırılması mümkündür. Bu ayrımlar, karar sürecinde uygulanacak Anayasa metinlerinin seçimine, somut olayların anayasallık incelemesi kapsamında değerlendiriliş biçimine ve nihayet güvence ölçütlerine verilen ağırlığa ilişkindir.

a. Norm Metinlerinin Seçimi Bakımından

AYM'nin temel hak ve özgürlülere ilişkin incelemeleri kapsamında en çok kullandığı hükümlerin, Anayasanın "Cumhuriyetin nitelikleri" başlığını taşıyan 2. maddesi ve "kanun önünde eşitlik" ilkesini düzenleyen 10. maddesi olduğunu söylemek mümkündür. AYM, kişi hakları sözkonusu olduğunda, incelemesinde genellikle 2. maddedeki "hukuk devleti" ilkesine dayanmaktadır[688].

---

[688] Hukuk devleti açısından, AYM kararlarında kullanılan genel ifade şudur: "Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen 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, hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık, yasaların üstünde Anayasa'nın ve kanunkoyucunun da uyması gereken temel hukuk ilkeleri bulunduğu bilincinde olan devlettir". Son dönemde verilmiş birçok karar arasında bkz. AYMK, E 2001/3, K. 2005/4, K.T.: 6.01.2005; E. 2001/33, K. 2002/56, K.T 19.06.2002; E. 2001/225, K. 2002/88, K.T.: 8.10.2002; E.2001/293, K. 2002/28, K.T.: 13.02.2002; E. 2001/303,K. 2001/333, K.T.: 19.07.2001; E. 2002/100, K. 2004/109, K.T.: 21.09.2004; E. 2002/112, K. 2003/33, K.T.: 10.04.2003; E. 2003/9, K. 2004/47, K.T.: 1.04.2004; E. 2003/10, K. 2006/106, K.T.: 23.11.2006; E. 2003/18, K. 2004/88, K.T.: 24.06.2004; E. 2003/31, K. 2003/87, K.T.: 8.10.2003; E. 2003/42, K. 2003/44, K.T.: 27.05.2003; E. 2003/48, K. 2003/76, K.T.: 23.07.2003; E. 2003/67, K. 2003/88, K.T.: 8.10.2003; E. 2003/70, K. 2005/14, K.T.: 14.03.2005; E. 2003/72, K. 2004/24, K.T.: 17.02.2004; E. 2003/75, K. 2006/114, K.T.: 21.12.2006; E. 2003/75, K. 2006/114, K.T.: 21.12.2006; E. 2003/86, K. 2004/6, K.T.: 28.01.2004; E. 2003/92, K. 2007/25, K.T.: 15.03.2007; E. 2003/106, K. 2004/59, K.T.: 12.05.2004; E. 2003/112, K. 2006/49, K.T.: 6.04.2006; E. 2004/4, K. 2005/25, K.T.: 4.05.2005; E. 2004/8, K. 2004/28, K.T.: 3.03.2004; E. 2004/18, K. 2004/89, K.T.: 24.06.2004; E. 2004/36, K. 2004/92, K.T.: 30.06.2004; E. 2004/54, K. 2005/24, K.T.:4.05.2005; E. 2004/63, K. 2006/94,

Temel hak ve özgürlükler açısından AYM tarafından en çok kullanılan ikinci madde, biraz önce belirtildiği gibi 10. maddedir[689].

Aslında hukuk devleti kavramı, bütün bir anayasacılık anlayışının temelinde bulunur. Temel hak ve özgürlüklerin zedelenmesi ya da devlet organlarının yetkilerinin Anayasada öngörülenden farklı biçimde düzenlenmesi özünde hukuk devletine aykırıdır. Dolayısıyla, anayasanın herhangibir hükmüne aykırı olan her düzenleme, geniş anlamda "hukuk devleti" ilkesine de aykırı olabilir. Ancak hukuk devleti ilkesini düzenleyen 2. maddenin, bütün anayasallık incelemelerinde kullanılmasının bazı

K.T.: 27.09.2006; E. 2004/86, K. 2004/110, K.T.: 29.09.2004; E. 2005/74, K. 2005/73, K.T.: 26.10.2005; E. 2005/78, K. 2005/59, K.T.: 30.09.2005; E. 2005/99, K. 2006/8, K.T.: 19.01.2006; E. 2005/103, K. 2005/89, K.T.: 23.11.2005; E. 2005/110, K. 2005/111, K.T.: 29.12.2005; E. 2006/20, K. 2006/25, K.T. : 22.02.2006; E. 2006/64, K. 2006/54, K.T.: 4.05.2006; E. 2007/21, K. 2008/40, K.T.: 17.01.2008; E. 2007/39, K. 2007/53, K.T.: 19.04.2007; E. 2007/76, K. 2008/46, K.T.: 24.01.2008.

689 Eşitlik ilkesi konusunda AYM kararlarında en çok rastladığımız formülasyon ise şudur: "Anayasa'nın 10. maddesinde yer alan, "yasa önünde eşitlik ilkesi" hukuksal durumları aynı olanlar için sözkonusudur. Bu ilke ile eylemli değil, hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayrım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin çiğnenmesi yasaklanmıştır. Yasa önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'da öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez". Son dönemde verilmiş birçok karar arasında bkz. AYMK, E. 2001/351, K. 2003/10, K.T.: 11.03.2003; E. 2001/373, K. 2003/67, K.T.: 18.06.2003; E. 2001/380, K. 2002/69, K.T.: 15.07.2002; E. 2001/479, K. 2005/1, K. T. 6.01.2005; E. 2001/485, K. 2002/2, K.T.: 3.01.2002; E. 2002/94, K. 2004/45, K.T.: 31.03.2004; E. 2002/128, K. 2004/23, K.T.: 17.02.2004; E. 2002/131, K. 2004/87, K.T.: 23.06.2004; E. 2002/133, K. 2006/91, K.T.: 27.09.2006; E. 2002/143, K. 2004/46; K.T.: 31.03.2004; E. 2002/157, K. 2006/97; K.T.: 4.10.2006; E. 2003/11, K. 2006/98; K.T.: 4.10.2006; E. 2003/7, K. 2005/71; K.T.: 18.10.2005; E. 2003/9, K. 2004/47; K.T.: 1.4.2004; E. 2003/55, K. 2006/88; K.T.: 27.09.2006; E. 2003/57, K. 2004/57; K.T.: 12.05.2004; E. 2003/64, K. 2006/90; K.T.: 27.09.2006; E. 2003/73, K. 2003/86; K.T.: 7.10.2003; E. 2003/81, K. 2007/50; K.T.: 17.04.2007; E. 2003/106, K. 2004/59; K.T.: 12.05.2004; E. 2003/108, K. 2006/107; K.T.: 23.11.2006; E. 2004/4, K. 2005/25; K.T.: 4.05.2005; E. 2004/35, K. 2004/64; K.T.: 26.05.2004; E: 2004/54, K. 2005/24, K.T.: 4.05.2005; E. 2005/4, K. 2005/7, K.T.: 18.01.2005; E. 2005/51, K. 2007/12, K.T.: 31.01.2007; E. 2005/61, K. 2007/17, K.T.: 7.02.2007; E. 2006/21, K. 2006/38, K.T.: 13.03.2006; E. 2006/35, K. 2007/48, K.T.: 11.04.2007; E. 2006/61, K. 2007/91, K.T.: 30.11.2007; E. 2006/71, K. 2008/69, K.T.: 28.02.2008; E. 2006/96, K. 2008/65, K.T.: 28.02.2008; E. 2006/111, K. 2006/112, K.T.: 15.12.2006; E. 2006/148, K. 2007/16, K.T.: 7.02.2007. AYM'nin eşitlik ilkesine ilişkin içtihatlarına dair bkz.**Merih Öden**, *Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi*, Yetkin Yay., Ankara 2003 ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi boyutu ile karşılaştırmalı bir inceleme için bkz. **İnceoğlu**, "Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı Çerçevesinde Af, Şartla Salıverme, Dava ve Cezaların Ertelenmesi", *Anayasa Yargısı* n^{o} 18, ss. 41-75.

sakıncalı sonuçları da olabilir. Örneğin Anayasanın herhangibir maddesinde öngörülen bir temel hak ve özgürlüğe sınırlandırma getiren bir düzenleme üzerinde anayasallık incelemesi yapılırken, referans norm olarak 2. maddenin kullanılması, ilgili temel hakkın norm alanının tespitini zorlaştırabilir. Bazı temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında meşru görülebilecek sınırlamanın tespitinde, "hukuk devleti" kavramı, fazlasıyla genel bir ölçüt olarak kalabilir. Yine hukuk devleti kavramının hemen her durumda kullanılması, AYM kararlarının gerekçelerinin birbiriyle çelişir hale gelmesine sebep olabilir.

Bu duruma ilk örnek, AYM'nin "temerrüt faizi" üzerine kararıdır. İlgili kararda AYM'den iki hükmün iptali talep edilmiş; AYM ise bunlardan ilkini reddetmiş (ticari işler için farklı temerrüt faizi öngörülmesini eşitlik ilkesine aykırı bulmayarak); buna karşılık normal faiz oranlarının çok altında olan % 30'luk (daha sonra %50 olarak değiştirildi) yasal faiz ve temerrüt faiz oranını Anayasanın 2 ve 5. maddelerine dayanarak iptal etmiştir:

> "Enflasyon ve buna bağlı olarak oluşan döviz kuru, mevduat faizi, hazine bonosu ve devlet tahvili faiz oranlarının sabit yasal ve temerrüt faiz oranlarının çok üstünde gerçekleşmesi borçlunun yararlanması alacaklının zarara uğraması sonucunu doğurmuştur. Bu nedenle, borçlu, süresinde borcunu ödememekte, yargı yoluna başvurulduğunda da yargı sürecini uzatma gayreti göstermekte, böylece yargı mercilerindeki dava ve takipler çoğalmakta, yargıya güven azalmakta, kendiliğinden hak almak düşüncesi yaygınlaşarak, kamu düzeni bozulmakta kişi ve toplum güvenliği sarsılmaktadır. / İtiraz konusu kuralların borçlu yararına, alacaklı zararına sonuçlar doğurması, ekonomik ve sosyal yaşamı olumsuz yönde etkilediği gibi Hukuk Devleti ilkesini de zedelemektedir"[690].

Oysa somut durumda konu, "hukuk devleti" ilkesine başvurmak yerine, bireysel hak boyutuyla somut olayla doğrudan ilgili olan mülkiyet hakkı çerçevesinde incelenebilir; böylece soyut olarak "ekonomik ve sosyal yaşamı olumsuz yönde

[690] AYMK E. 1997/34, K.1998/79, K.T.: 15.12.1998.

etkileme" yerine; somut olayda mağdur olan kişinin malvarlığı değerindeki kaybın meşru sebebe dayanmayan bir temel hak sınırlaması olduğu gerekçesi kullanılabilirdi.

Konuya örnek olarak anılabilecek bir diğer karar, AYM'nin 2000/21 esas sayılı kararıdır[691]. Anılan kararda, ilgili mahkeme, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'na 4369 sayılı Yasa ile eklenen Geçici 21. maddesinin Anayasa'nın 38. maddesine aykırılığını iddia etmektedir. Anayasaya aykırılığı iddia edilen hüküm şudur:

> "Bu Kanunun yürürlüğe girmesinden önce işlenmiş fiiller hakkında kesilecek cezalarda, bu fiillerin işlendiği tarihte 213 sayılı Vergi Usul Kanununun yürürlükte bulunan vergi cezalarına ait hükümleri; hükmolunacak cezalar hakkında ise, bu fiillerin işlendiği tarihte yürürlükte bulunan hükümler ile bu Kanun hükümlerinden lehe olanı uygulanır. *Şu kadar ki, bu Kanunun yürürlüğe girmesinden önce kesinleşmiş mahkûmiyet kararları hakkında bu Kanun hükümleri uygulanmaz*"[692].

AYM, anılan düzenlemeyi 2. maddede yer alan "hukuk devleti" ve 10. maddedeki eşitlik ilkeleri kapsamında değerlendirmiş ve şu sonuca ulaşmıştır:

> "Aynı hukuksal durumda olan kişilerin, aynı tarihte sahte fatura kullanmak suretiyle kaçakçılık suçu işlemeleri halinde, haklarında açılacak kamu davalarının kimi nedenlerle farklı tarihlerde sonuçlanarak kesinleşmesi durumunda 'fail lehine olan kanun tatbik ve infaz olunur' ilkesi, itiraz konusu kural kapsamına girenler için uygulanamayacağından bunların farklı cezalandırılmaları sonucu doğacaktır. Eşitlik ilkesine aykırılığı açık olan bu uygulamanın hukuksal eşitliği esas alan hukuk devleti ilkesiyle de bağdaştığı ileri sürülemez. / Açıklanan nedenlerle, kural, Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir. / İtiraz konusu kuralın Anayasa'nın 38. maddesiyle ilgisi görülmemiştir".

Mahkeme anılan inceleme kapsamında, Anayasanın 38. maddesinin konuyla ilgili olmadığı sonucuna varmıştır. Oysa ki, sözkonusu incelemede, 38. madde

---

[691] E. 2000/21, K. 2000/16, K.T.: 6.7.2000, *AYMKD*, sy. 36, C. 2, s. 715 vd.

[692] Genel olarak vergi yükümlülüklerinin insan hakları ekseninden okunmasına ilişkin olarak bkz. **Billur Yaltı**, *Vergi Yükümlüsünün Hakları*, Beta yay., İstanbul 2006. Özel olarak vergi cezalarının hukuki niteliği hakkında bkz. a.g.e., ss. 98-103.

kanımızca doğrudan referans normdur. Şöyle ki; anayasaya aykırılığı iddia edilen hükümle, bu kanun yürürlüğe girmeden önce kesinleşen mahkumiyet kararları kapsamında lehe olan hükmün uygulanmayacağı esası öngörülmektedir. Bu konu ise doğrudan 38. maddenin 1. fıkrasında düzenlenen "kanunilik ilkesi" ile ilgilidir. Anayasanın ilgili hükmü uyarınca,

> "Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılamaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez".

Kanunilik ilkesi, kanunkoyucuya suçun işlendiği tarihten sonra yapılan düzenlemelerle faile verilecek cezayı ağırlaştırmama yükümlülüğü yükler. Bu ilke doğrultusunda hem AYM kararının verildiği tarihte yürürlükte olan 765 sayılı TCK'da, hem de 5237 sayılı TCK'da failin lehine olan hükmün uygulanması esası kabul edilmiştir[693].

Karara konu yasal düzenlemede ise yürürlük tarihinden önceki dönemde kesinleşen cezalar için "lehe yasanın uygulanma ilkesi" ortadan kaldırılmaktadır. Dolayısıyla kanımızca burada hem Anayasanın 38. maddesi, hem de 10. maddesi uygulanabilir niteliktedir. 38. madde kapsamındaki AYM içtihadı genel hatlarıyla şu şekildedir:

> "Kanunkoyucunun ceza alanında yasama yetkisini kullanırken, anayasal sınırlar içindeve ceza hukukunun temel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla, toplumda hangi eylemlerin suç sayılıp sayılmayacağı, suç sayılanların hangi tür ve ölçüde

---

[693] Bkz. 765 sayılı TCK, md. 2: "*Bir cürüm veya kabahatin işlendiği zamanın kanunu ile sonradan neşir olunan kanunun hükümleri birbirinden farklı ise failin lehinde olan kanun tatbik ve infaz olunur*". 5237 sayılı TCK, md. 7/1: "*İşlendiği zaman yürürlükte bulunan kanuna göre suç sayılmayan bir fiilden dolayı kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. İşlendikten sonra yürürlüğe giren kanuna göre suç sayılmayan bir fiilden dolayı da kimse cezalandırılamaz ve hakkında güvenlik tedbiri uygulanamaz. Böyle bir ceza veya güvenlik tedbiri hükmolunmuşsa infazı ve kanuni neticeleri kendiliğinden kalkar*".

ceza yaptırımına bağlanacağı, hangi durumda davranışların ağırlaştırıcı ya da hafifletici öğe olarak kabul edileceği konularında takdir yetkisi vardır"[694].

Dolayısıyla şayet AYM incelemesini bu kapsamda yapsa idi; büyük ihtimalle ilgili yasanın ceza hukukunun genel ilkelerine aykırı olduğu gerekçesiyle önceki içtihatlarına uygun sonuca ulaşacaktı.

Ancak aynı kararda 2. maddenin değerlendirme kapsamına girmesi bazı çelişkileri de beraberinde getirebilir. Şöyle ki; AYM'nin 2. madde kapsamında değerlendirme yaptığı ceza hukukuna ilişkin davalardaki temel tutumu, cezaların tayini ve uygulama alanını konusunda yasama organına geniş bir takdir yetkisi tanımaktır[695]. Ve yine eşitlik ilkesine ilişkin olarak, AYM'nin yaygın içtihadına göre, aynı hukuki durumda olanların aynı ve ayrı hukuki durumda bulunanların farklı düzenlemelere tabi tutulmaları eşitlik ilkesine aykırılık meydana getirmez[696]. Ancak burada kapsam dışında bırakılanlar, mahkumiyeti kesinleşmiş olan kişiler olup, yasa kapsamına girenler mahkumiyetleri kesinleşmemiş kişilerdir. Dolayısıyla, bu kimselerin aynı hukuki konumda bulunmadıkları, önceki AYM kararlarına bakılarak iddia edilebilecektir. Ancak bu konuda özel hüküm niteliğinde bulunan 38. maddenin uygulanmasıyla, AYM'nin önceki içtihatlarıyla tutarlı bir gerekçe ile sonuca ulaşması mümkündü.

---

[694] AYMK, E. 1999/32, K. 2001/10, K.T.: 25.01.2001.

695 Bkz. AYMK, E. 2006/136, K. 2008/3, K.T.: 3.01.2008, R.G.: 31.01.2008 - 26773: "Anayasa'da güvence altına alınmış temel hak ve özgürlükleri koruma yükümü çerçevesinde temel hak ihlallerini yaptırım altına alan yasa koyucunun, Anayasa kuralları ve hukukun genel ilkeleri çerçevesinde kalmak koşuluyla hangi eylemlerin suç oluşturacağını belirleme yetkisi bulunduğu gibi, suçluların cezalandırılmasına ilişkin koşulları da saptama yetkisine sahiptir. Dolayısıyla kişilere karşı suçlara özel hükümlerin başında yer vererek insanı ve insan haklarını koruma ilkesine verdiği değeri, suç ve ceza politikasının temel hedefi kabul eden kanunkoyucunun izlenen suç ve ceza siyasetinin gereği olarak, gıyapta hakaretin cezalandırılabilmesinde "en az üç kişiyle ihtilat" koşulunu araması, yasama yetkisi kapsamındadır". Aynı şekilde bkz. AYMK, E. 2003/55, K. 2006/88, K.T.: 27.09.2006.

696 Özellikle bkz. AYMK, E. 2003/1, K. 2006/98, K.T.: 4.10.2006: "İtiraz konusu Kural'ın yürürlük tarihinden önce emekliye ayrılan ve tazminat alamayan Vakıf üyesi personel ile bu tarihten sonra emekliye ayrılan Vakıf üyesi personel aynı hukuksal durumda bulunmadıklarından, bunlar arasında eşitlik karşılaştırması yapılamaz. Kural'ın yürürlük tarihinden önce emekli olanlar arasında ise bir ayırım yapılmamış, her hizmet yılı için kendi hizmet dönemlerinde geçerli olan emekli ikramiyesi tutarları dikkate alınarak kıdem tazminatı hesaplanmak suretiyle, kendi dönemleri içinde Yasa'nın öngördüğü haklardan aynı esaslara göre yararlandırılmaları sağlanmıştır".

Aslında AYM'nin yaptığı anayasallık incelemeleri kapsamında önce konuya ilişkin özel norm varsa, bunları uygulaması gerektiği, Yüksek Mahkemenin önceki yargıçlarından Profesör Sağlam tarafından da dile getirilmiştir:

> "5434 sayılı Emekli Sandığı Kanunu'nun 08.07.2003 günlü ve 4919 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle değiştirilen 40. maddesinin birinci fıkrası ile geçici 215. maddesinin birinci fıkrasının iptaline ilişkin kararın gerekçesini ilke olarak doğru bulmakla birlikte, Anayasa'da hukuk devleti ve devletin temel amaç ve görevleri gibi genel nitelikteki hükümlere oranla daha özel ve olayla ilişkisi bakımından daha spesifik maddelerin bulunması halinde, denetimin öncelikle bu maddeler açısından yapılmasının ve gerektiği ölçüde genel hükümlerle bağlantı kurulmasının, daha doğru bir yöntem olacağı görüşündeyim.
> Bu açıdan bakıldığında emeklilik yaşının 65 yerine 61 yaşın tamamlanması olarak belirlenmesini, çalışma hakkının ve onun kamu hizmeti alanında somutlaşmış bir biçimi olan kamu hizmetine girme hakkının bir sınırlaması olarak değerlendirmek gerekmektedir. Bu nedenle denetimin öncelikle Anayasa'nın 70. maddesinde öngörülen kamu hizmetine girme hakkı açısından yapılması gerekir"[697].

b. Yorumda Somut Olayların Yeri Bakımından

Yukarıda da belirtildiği üzere bizim Anayasa yargısı sistemimizde, Anayasa Mahkemesi ya somut norm denetimi ya da soyut norm denetimi yapabilmektedir. Bunun dışında herhangibir bir bireysel başvuru yolu öngörülmüş değildir. İşte bu nedenle de, AYM çoğu zaman, olaylardan bağımsız olarak soyut biçimde ilgili yasa ya da kanun hükmünde kararname hükmünün anayasaya aykırı olup olmadığı konusunda karar vermek durumunda kalmaktadır. Ancak somut norm denetiminde, bu durum denetimin türü gereği farklılık gösterir.

Somut norm denetiminde, anayasallık denetimine neden olan somut bir uyuşmazlık vardır ve AYM'nin de doğal olarak anayasaya uygunluk denetiminde zorunlu olarak bu somut olayı dikkate alması gerekir. Aslında yukarıda "yorum teorisi"

[697] Bkz. AYMK, E. 2003/67, K. 2003/88, K.T.: 8.10.2003 (ek gerekçe).

bölümünde geniş oarak ele aldığımız üzere, gerçek anayasal yorum faaliyeti olay özelinde normun yeniden ortaya konulması, başka bir deyişle somutlaştırılması yoluyla kendisini gösterir. Anayasanın 152. maddesinin somut norm denetiminde "bir davaya bakmakta olan mahkemenin *uygulanacak* kanun ya da kararname hükümlerini" anayasaya aykırı görmesi ya da tarafların ileri sürdüğü iddiayı ciddi bulması şartını aramasının nedeni de budur.

Anayasanın yorumcusu öncelikle olayı gözönünde bulundurur; sonra da bu olay kapsamında uygulanacak kuralı belirler. Bu aşamadan sonra denetime esas olacak Anayasa hükümleri belirlenir. İlgili Anayasa hükümlerinin belirlenmesi aşamasında dikkat edilmesi gereken husus, somut olaya ve incelenen hukuki düzenlemeye göre en özel olan normun seçilmesidir. Bu şekilde ilgili Anayasa kurallarının belirlenmesinden sonra, bu kuralların norm alanı tespit edilir. Norm alanı metinde açıkça belirtilen normlar açısından, metinsel ve sistematik yorum çoğu zaman yeterli olur. Ancak temel hak ve özgürlükler gibi, norm alanı metinde gösterilmeye elverişli olmayan düzenlemelerin herbiri için, ilgili norm alanının belirlenmesi gerekir. Kaldı ki somut norm denetimi sözkonusu olduğunda, ilgili düzenleme çoğunlukla temel hak ve özgürlükler alanına ilişkindir[698].

Ancak AYM'nin somut norm denetiminin sözkonusu olduğu hallerde, olayları sınırlı biçimde gözönünde bulundurduğu ifade edilebilir. Bu duruma özellikle 2001/143 ve 2002/143 esas sayılı kararlar örnek verilebilir. Anılan kararların ilkinde Gelibolu Yarımadası Tarihi Milli Parkı Kanunun ağırlaştırılmış cezalarına karşı yapılmış bir başvuru ve yine somut olaydaki suçun niteliğiyle bağdaşmayan bir ceza

[698] Ancak, maalesef somut norm denetimi yoluyla mahkemelerden gelen bazı başvurularda temel hak ve özgürlüklere aykırılık değil; yasal düzenlemenin "fazla özgürlükçü" olduğu da itiraz konusu edilebilmektedir. Özellikle bkz. CMUK 138. maddenin hukuki yardım şeklinde sanığa fazlasıyla nimet sunduğu buna karşılık aynı hakları mağdura sunmadığı gerekçesiyle itiraz için bkz. AYMK, E. 2002/70, K. 2004/56, K.T.: 6.5.2004 (red); Basın Kanununda para cezasında Ceza İnfaz Kanunun aşağı sınırının esas alınmasını öngören hükme itiraz için bkz. AYMK, E. 2002/94, K.2004/45, K.T.: 31.03.2004 (red); usulüne göre verilmiş hakim kararının, önleme aramalarında da gerekmesinin anayasaya aykırı olduğu iddiasının bulunduğu E. 2003/29, K. 2006/24, K.T.: 22.02.2006; ve nihayet, reşit olan veya reşit kılınan kadını kaçıran ya da alıkoyan fail ile evli kadını kaçıran fail, onu iade ettiğinde, eylemlerin kamu düzenini bozucu etkisi farklı olmasına rağmen, aynı ceza ile cezalandırıldığı gerekçesiyle itiraz yoluna başvurulan AYMK, E. 2004/63, K. 2006/96, K.T.: 27.09.2006 (kabul!).

sözkonusudur[699]. İkinci örnek ise, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 2370 sayılı Yasa ile değiştirilen ön ödemeye ilişkin hükmüne ilişkindir. Somut olayda Sanık hakkında kamu davası açılan iddianamede askeri savcı, "Her ne kadar fakir olmanın suç olduğu kabul edilip verilecek cezanın artırılması Anayasaya aykırı gibi görünse de, mevzuat gereği Türk Ceza Kanununun 119/4. maddesi gereğince, sanık hakkında dava açmak zorunda kalındığını" belirtmekte ve başvuran Askeri Mahkeme de "ön ödeme kurumundan yararlanmak istediği halde, ekonomik imkânsızlık nedeniyle yararlanamayan bir kişinin salt bu nedenle aynı suçu işleyen başka bir kişiden daha fazla ceza almasını öngören Türk Ceza Kanununun 119/4. maddesinin Anayasanın eşitlik ilkesine aykırı olduğunu" ileri sürmektedir. Ancak AYM burada somut olayın özelliklerine hiç girmeyerek, soyut bir biçimde ilgili normu değerlendirmek suretiyle şu sonuca varmıştır:

> "Türk Ceza Kanunu'nun 119. maddesi uyarınca suç işlediği henüz sabit sayılmadan ön ödemede bulunarak yargılama sürecini kısaltan kişi ile ön ödemede bulunmadığı için hakkında dava açılan veya açılmış bulunan davaya devam edilen ve yargıyı bir süre işgal ettikten sonra suç işlediği sabit olan kişi, aynı hukuksal konumda bulunmadıkları için aralarında eşitlik karşılaştırması yapılamaz.
>
> Diğer yandan, ön ödeme müessesesinin uygulanmasında suç işlediği sabit olmadan ön ödemede bulunan kişiye göre, yargılanma sonucu suç işlediği sabit olan kişiye verilecek ceza miktarının yarı oranında artırılarak hükmolunması hedeflenen amacı gerçekleştirmeye dönük bir anlayıştan kaynaklanmaktadır.
>
> Anayasa'nın 141. maddesinde, davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması yargıya görev olarak yüklenmiştir. İtiraz konusu kuralın, Anayasa'da yer alan bu hükmün gereğini yerine getirmek üzere yasalaştırıldığı dikkate alındığında, düzenlemenin Anayasa'ya aykırı bir yönü bulunmamaktadır. Bu nedenlerle, kural Anayasa'nın 10. maddesine aykırı değildir. İtirazın reddi gerekir".

[699] Bkz. AYMK, E. 2001/143, K. 2004/11, K.T.: 10.02.2004 ve özellikle Fazıl Sağlam'ın karşıoyu.

Kuşkusuz anayasallık denetiminin, somut olayın çok ötesinde bir anlamı vardır. Hatta somut norm denetiminde, itiraz eden mahkeme bu kararından dönse ya da taraflar başvuru taleplerinden feragat etseler bile anayasallık incelemesi devam eder[700].

Oysa ki; örnekteki sorun, ödeme güçlüğünden yoksun olan sanığın, ilgili prosedüre (ön ödeme) başvurma imkanının fiilen mümkün olmaması ve bu imkanlara sahip olan kişiyle arasında bir eşitsizliğin meydana gelmesidir. Bu anlamda AYM "eşitlik" ilkesinin bu boyutuna ilişkin sorunu cevapsız bırakmıştır. Yorumda somut olayların rolü de burada karşımıza çıkar: Şayet olayda bir soyut norm denetimi sözkonusu olsaydı, AYM'nin ismi geçen norma ilişkin değerlendirmesi doğru olabilirdi. Ancak burada tam bir yorum faaliyetini mümkün kılan somut norm denetimi vardır. Ve ilgili hükmün anayasaya aykırı olduğu "*somut olaydaki durumda*" ortaya çıkmıştır[701].

Dolayısıyla AYM kararlarında, yorum sürecinde, somut olaylardaki fiili durumların da gözönüne alınması hayati öneme sahiptir.

---

[700] Bu konuda bkz. AYMK, E. 2007/4, K. 2007/81, K.T.: 18.10.2007. Olayda, Anayasa Mahkemesi'ne itiraz başvurusu yapıldığında Mahkeme'de bakılmakta olan bir dava bulunmakta olup, usulüne uygun olarak yapılan başvurunun ilk incelemesi yapılarak, işin esasının incelenmesine karar verilmiştir. Başvuru sürecinden sonra tarafların feragat dilekçeleri vermeleri sonucunda bakılmakta olan dava sona ermiştir. AYM'ne göre, "*Anayasa'nın 152. maddesiyle düzenlenen Anayasa'ya aykırılığın mahkemelerde öne sürülebilmesinde, başka bir anlatımla itiraz yolunun açılmasında güdülen amaç, Anayasa Mahkemesi'nin kararından yalnızca o davanın taraflarının yararlanması değildir. Dava mahkemesinde itiraz yolunun işletilerek bekletici sorun yapılmasına, daha açık bir deyimle, Anayasa Mahkemesi'ne başvurma kararı alınmasına kadar ön planda olan somut ve kişisel durum, Anayasa Mahkemesi'nde etkinliğini kaybetmekte, bunun yerini soyut, genel ve objektif bir nitelik almaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin önünde önem kazanan ve incelenmesi gereken husus o davanın taraflarının bu işlemden yararlanıp yararlanmayacakları değil, kuralların denetimi yapılarak, Anayasa'ya aykırılık varsa, o kural iptal edilmek suretiyle Anayasa'nın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkesinin egemen kılınmasıdır. Dava mahkemelerinde itiraz yoluna başvurma kararı alınarak bu yol işlemeye başladıktan sonra, ne mahkeme ve ne de taraflar işlemeye başlayan bu süreci durdurmaya yetkili değillerdir. Sonradan doğacak hukuki durumlar, Anayasa Mahkemesi'ndeki incelemeyi etkilemeyeceğinden, dava mahkemesindeki davadan tarafların feragat etmiş olması, başlamış olan Anayasa'ya uygunluk denetiminin sonuçlandırılmasına engel teşkil etmez*".

[701] Kuşkusuz AYM'nin 1961 Anayasasında olduğu gibi "somut olayla sınırlı karar verebilme" yetkisi olsa idi, belki de sonuç değişecekti. Ancak bu şartlar altında AYM, üyeler Tülay Tuğcu ve Fazıl Sağlam'ın karşı oy yazılarında belirttikleri gibi, "ceza siyasetinin rasyonelliğini"; "eşitlik", "sosyal devlet" ilkeleri ve "insan haysiyetiyle bağdaşmayan ceza yasağına" tercih etmiştir.

c. Yorumda Güvence Ölçütlerine Verilen Önem Bakımından

"1982 Anayasası" ve "temel hak ve özgürlüklerin güvence ölçütleri" kavramları bir arada kullanıldığında, doğrudan aklımıza gelen hüküm, Anayasanın ünlü 13. maddesidir. 2001 yılına dek değişmeden kalan ve 1961 Anayasasındaki özgürlükçü rejimden ciddi bir kopuşun simgesi olan 13. madde, Anayasanın hak ve özgürlüklere ilişkin genel rejiminin özlü bir ifadesidir. 13. madde, hak ve özgürlüklere ilişkin tüm anayasallık incelemelerinde, uygulanması gereken temel normdur. Hatta konu hak ve özgürlükler olduğunda, Mahkeme kararının, bütünüyle, sınırlandırmada 13. maddedeki ölçütlere riayet edilip edilmediğinin incelenmesi üzerine kurulu olması gerektiği rahatlıkla ifade edilebilir.

Değişikliğe tabi tutulmadan önceki 13. maddenin en önemli özelliği, hak ve özgürlükler için öngördüğü çifte sınırlandırma sistemidir. 1961 Anayasası döneminde 11. maddeye ilişkin tartışmalara[702] son nokta koymayı amaçlayan 13. madde, bu anlamda amacına ulaşmış, Anayasanın en önemli yorumcusu olan AYM'nin kararlarında da yer almıştır.

AYM'nin 13. maddeye ilişkin yaklaşımını görmek için, 2001 değişiklikleri öncesi ve sonrası durumu ayrı değerlendirmek gereklidir. Zira 2001 değişiklikleri, hem 13. maddenin yapısal bir dönüşüme uğraması, hem de geçici 15. maddenin kaldırılmış olması anlamında önemli bir milattır ve bu dönüşüm, Anayasa Mahkemesi kararlarına da yansımaya başlamıştır.

aa. 2001 Değişiklikleri Öncesi Dönem

1982 Anayasasının ilk halinde 13. madde sınırlamada meşru sebep olarak, bir yandan genel ve özel sınırlandırma rejimiyle çifte sınırlandırma esasını benimsiyor; diğer yandan ise, 1924 Anayasasından beri süregelen hak ve özgürlük sınırlamalarının

[702] Bu konuda özellikle bkz. **Tanör**, "Anayasamızın yeni 11inci maddesi genel bir sınırlandırma kuralı getirmiş midir?", *Sıddık Sami Onar Armağanı*, İÜHF yay., İstanbul 1977, ss. 873-881; **Tanör**, *Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar*, May yay., İstanbul 1978, s. 322 vd.,; **Tanör**, *TCK. 142. Madde Düşünce Özgürlüğü ve Uygulama*, Forum yay., İstanbul 1979, s. 35 vd.; **Kaboğlu**, *Kolektif Özgürlükler*, DÜHF yay., Diyarbakır 1989, s. 211 vd.; **Sağlam**, *Temel Hakların Sınırlandırılması ve Özü*, a.g.e., s. 54 vd.; **Muammer Aksoy**, "Türkiye'de Düşünce Özgürlüğü", *Türkiye'de İnsan Hakları*, Ankara 1970, s. 147 vd.; **Servet Armağan**, *Anayasa Mahkememizde Kazai Murakabe Sistemi* (doktora tezi), İstanbul 1967, s. 114 vd.

yasayla konulması gerektiğini düzenliyordu. Yine 1982 Anayasasının ilk halinde de yer alan "demokratik toplum düzeninin gerekleri" İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin izlerini taşımaktadır. "Hakkın özü" kriteri ise, metnin ilk halinde yer almasa bile AYM tarafından kullanılmaya devam edilmiştir[703]. Ölçülülük de bu dönemde bir güvence ölçütü olarak AYM kararlarındaki yerini almıştır[704].

Ancak bizim açımızdan 2001 değişikliklerinin AYM kararlarına en büyük etkisi, kendisini genel sınırlandırma sebeplerinin kaldırılması açısından göstermiştir.

---

[703] Bkz. AYMK, E. 1997/75, K. 1999/10, K.T.: 13.4.1999: "İtiraz konusu kuralla, fıstık çamlarının kesiminin Orman İdaresinin iznine bağlı tutulması, bu ağaçların ürünü olan çam fıstığının gıda sanayiinde kullanılması, ülkemizde zaten az miktarda bulunan fıstık çamlarının, sahipleri tarafından da olsa gelişigüzel kesilip yokedilmesinin ülke ekonomisi açısından uygun görülmemesi gibi kamu yararına yönelik gerekçelerle açıklanabilir. Öte yandan, bu ağaçların, çevre güzelliğine, iklime ve turizme olumlu katkısı da gözardı edilemez. Bu nedenlerle, itiraz konusu kuralla, fıstık çamları kesiminin denetim altına alınmasında kamu yararı bulunduğu açıktır. Ancak, maddede öngörülen bu sınırlamanın, kamu yararı amacıyla da olsa hakkın özüne dokunmaması, Anayasa'nın 13. maddesinde sözü edilen demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmaması zorunludur. Hakkın özüne dokunan düzenlemeler, gerçek anlamda mülkiyet hakkını ortadan kaldırır ve bu bağlamda temel hak ve özgürlüklerle ilgili genel ve özel sınırlamaların ölçüsünü oluşturan demokratik toplum düzeninin gerekleri ile bağdaşmaz. /İtiraz konusu kuralla, orman sayılmayan sahipli yerlerdeki fıstık çamları üzerindeki mülkiyet hakkına getirilen sınırlamanın konusu, bu ağaçları kesmeden önce, yerel orman idaresine haber vermek ve bir tutanakla belgelendirmektir. Kamu yararı amacıyla getirilen bu sınırlama hakkın kullanılmasını ortadan kaldıran veya önemli ölçüde zorlaştıran bir nitelik taşımadığından demokratik toplum düzeninin gereklerine de aykırılık oluşturmamaktadır". AYMK, E. 2000/26, K. 2000/48, K.T.: 16.11.2000: "Anayasa'nın 13. maddesinde belirtildiği biçimde, kanunkoyucu tarafından yapılan temel hak ve özgürlüklerle ilgili sınırlamalar demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmayacakları gibi sınırlama ile öngörülen amaca elverişli ve ölçülü olmalıdır. / Temel hak ve özgürlüklerin en geniş ölçüde sağlanıp güvence altına alındığı, demokratik toplumlarda kişilerin sahip olduğu, dokunulmaz, vazgeçilmez, devredilmez temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunulamayacağı, tümüyle ortadan kaldırılamayacağı, ancak, demokratik toplum düzeninin sürekliliği için toplumun ortak yarar ve çıkarlarının bireyin yarar ve çıkarlarının üstünde tutulması gerektiği durumlarda Anayasa'nın özüne ve ruhuna aykırı olmamak koşuluyla sınırlama yapılabileceği kabul edilmektedir"

[704] E. 2001/303, K. 2001/333, K.T.: 19.7.2001: "Çağdaş demokrasiler, temel hak ve özgürlüklerin en geniş ölçüde sağlanıp güvence altına alındığı rejimlerdir. Temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunup onları büyük ölçüde kısıtlayan veya kullanılamaz hale getiren sınırlamaların demokratik toplum düzeninin gerekleriyle bağdaştığı kabul edilemez. Temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamaların yalnız ölçüsü değil, koşulları, nedeni, yöntemi, kısıtlamaya karşı öngörülen kanun yolları hep demokratik toplum düzeni kavramı içinde değerlendirilmelidir. Özgürlükler, ancak ayrık durumlarda ve demokratik toplum düzeninin sürekliliği için zorunlu olduğu ölçüde sınırlandırılabilmelidir. / Demokratik bir toplumda temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlama bununla güdülen amacın gerektirdiğinden fazla olmamalıdır". Benzer şekilde bkz. E. 1999/33, K. 1999/51, K.T.: 29.12.1999.

Bilindiği gibi 2001 değişiklikleri öncesinde 13. madde, bir sınırlandırma hükmü olarak düzenlenmiş idi[705]. Maddede yer alan genel sınırlandırma sebepleri, tüm hak ve özgürlüklere uygulanabiliyor durumdaydı. Doğal olarak AYM kararlarına da bu durum yansımıştır[706]. 2001 öncesinde AYM'nin 1982 Anayasasının genel sınırlandırma rejimi hakkındaki içtihatlarının temel unsurlarını, 1985/21 esas sayılı kararda görmek mümkündür:

> "Temel hak ve hürriyetlerin yerine göre sınırlandırılabilmesini mümkün kılan 13. maddenin ilk fıkrasında, a) Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün, b) Milli egemenliğin, c) Cumhuriyetin, d) Milli güvenliğin, e) Kamu düzeninin, f) Genel asayişin, g) Kamu yararının, h) Genel ahlakın ve i)

---

[705] "Temel hak ve hürriyetler, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün, milli egemenliğin, Cumhuriyetin, milli güvenliğin, kamu düzeninin, genel asayişin, kamu yararının, genel ahlakın ve genel sağlığın korunması amacı ile ve ayrıca Anayasanın ilgili maddelerinde öngörülen özel sebeplerle, Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak kanunla sınırlanabilir. / Temel hak ve hürriyetlerle ilgili genel ve özel sınırlamalar demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamaz ve öngörüldükleri amaç dışında kullanılamaz. / Bu maddede yer alan genel sınırlama sebepleri temel hak ve hürriyetlerin tümü için geçerlidir".

[706] AYMK, E. 1996/68, K. 1999/1, K.T.: 6.1.1999: "Anayasa'nın 13. maddesinde, temel hak ve hürriyetlerin, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün, millî egemenliğin, Cumhuriyetin, millî güvenliğin, kamu düzeninin, genel asayişin, kamu yararının, genel ahlâkın ve genel sağlığın korunması amacı ile ve ayrıca Anayasanın ilgili maddelerinde öngörülen özel sebeplerle, Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak kanunla sınırlanabileceği, bu sınırlamaların demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamayacağı, öngörüldükleri amaç dışında kullanılamayacağı, maddede yer alan genel sınırlama sebeplerinin temel hak ve hürriyetlerin tümü için geçerli olduğu belirtilmiştir. / 1774 sayılı Yasa'nın 2. maddesinde sayılan özel veya resmî her türlü konaklama tesislerinden Bakanlar Kurulu'nca belirlenenlerde tutulacak kayıtların genel kolluk kuvvetlerinin bilgisayar terminallerine bağlanması zorunluluğunu getiren dava konusu kuralın, kamu düzeni, genel asayiş ve kamu yararını sağlama amacına yönelik olması ve demokratik toplum düzeninin gereklerine de aykırı bir yönü bulunmaması nedeniyle, Anayasa'nın 2. 13. ve 20. maddelerine aykırı olmadığı sonucuna varılmıştır"; AYMK, E. 1998/25, K.1998/56, K.T.: 29.9.1998: "'Bu maddede yer alan genel sınırlama sebepleri temel hak ve hürriyetlerin tümü için geçerlidir' denilmektedir. Buna göre Kanunkoyucu, Anayasa'nın 48. maddesinde öngörülen, çalışma ve sözleşme özgürlüğünü, 13. maddedeki nedenlerle sınırlandırabilir"; AYMK, E. 1998/24, K. 1999/9, K.T.:13.4.1999: "Anayasa'nın 48. maddesinde özel teşebbüslerin sosyal amaçlara uygun olarak çalışmasını sağlayacak önlemeleri almak devlete görev olarak verilmiş, 13. maddesinde de, temel hak ve özgürlüklerin, genel sağlığın korunması amacıyla da sınırlandırılabileceği öngörülmüştür"; AYMK, E. 1997/41, K. 1998/47, K.T.: 14.7.1998: "Anayasa'nın 36. maddesinde özel sınırlama nedenleri öngörülmemiş olması savunma hakkına hiçbir sınırlama konulamayacağı anlamına gelmez. Kişinin temel haklarından olan bu hak da diğer hak ve özgürlükler gibi ancak, Anayasa'nın 13. maddesinde yazılı nedenlerle sınırlanabilir"; AYMK, E. 1996/1, K. 1996/18, K.T.: 11.06.1996: "Kimi sosyal güvenlik kurumlarının sahibi veya ortağı olduğu taşınmazların kira bedellerinin tesbitinde kiranın alt sınırını belirleyen itiraz konusu kuralla sözleşme özgürlüğü, kamu yararı amacıyla sınırlandırılmıştır".

Genel sağlığın korunması amacına bağlı olarak genel nitelikteki sınırlama nedenleri belirlenmiştir. Ayrıca Anayasanın kimi haklar ve özgürlüklerle ilgili özel maddelerinde de bu genel sınırlama nedenlerine ek olarak özel sınırlama nedenlerine yer verilmiştir. Örneğin; düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti ile ilgili olarak 26. maddede suçların önlenmesi, meslek sırrının korunması, yargılama görevinin amacına uygun biçimde yerine getirilmesi maksadıyla yapılan sınırlamalar özel sınırlama sebeplerinden bazılarına tipik birer örnek teşkil ederler. Belli bir hak veya özgürlüğün bu genel ve özel sınırlama nedenlerinden biri ya da birkaçı ile sınırlandırılabilmesi mümkün bulunmaktadır.
Genel nitelikteki bu sınırlama nedenlerinin herhangi bir hak ve hürriyet konusunda uygulanabilmesi o hak ya da özgürlüğe ait maddede ayrıca öngörülmüş olması gibi bir koşula bağlı değildir. Maddede o hak ve hürriyet için hiçbir sınırlama nedeni gösterilmemiş olması o hak ve hürriyetin hiçbir nedenle sınırlanamayacağı anlamına da gelmez. 13. maddenin birinci fıkrasında "kanunla" denilmek suretiyle hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının münhasıran yasama tasarrufuyla mümkün olabileceğine işaret edilmiştir. Başka bir anlatımla bu genel sınırlama sebeplerinden hangilerinin hangi temel hak ve hürriyet için sınırlama nedeni olabileceğini kanun göstermiş olacaktır.
Hakların ve özgürlüklerin kısıtlanması ve sınırlandırılması bakımından Anayasanın açıkça belirttiği durumlardan biri de Anayasanın 119., 120., 121. ve 122. maddelerinde düzenlenmiş bulunan olağanüstü hallerle sıkıyönetim ve savaş hallerinde yapılabilecek sınırlamalardır. Yasa Koyucu kimi temel hak ve özgürlükler için gerektiğinde yukarıda sözü edilen sebeplere dayanmak suretiyle demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı düşmeyecek sınırlamalar getirebilecektir. Burada sözü edilen demokratik toplum düzeniyle hiç kuşkusuz Anayasamızda gösterilen hürriyetçi demokrasi ve bunun icaplarıyla belirlenen hukuk düzeninin kastedildiğinde duraksamaya yer yoktur"[707].

bb. 2001 Değişiklikleri Sonrası Dönem

[707] AYMK, E. 1985/21, K. 1986/23, K.T.: 6.10.1986.

AYM'nin 2001 değişikliklerinden sonra, 13. maddenin güvence boyutunu en iyi ortaya koyduğu karar, bizce 2007/4 esas sayılı kararıdır. Mahkeme, bu kararında bir yandan sınırlandırma ve durdurma kavramlarının insan haklar terminolojisinde ne anlama geldiğini ortaya koymuş; diğer yandan da hakların güvence ölçütlerini sistematik bir biçimde kullanmıştır:

> "Sınırlama, belirli bir temel hak ve özgürlüğün Anayasa'da öngörülen ya da belirlenen alanı içinde kişiye sağlanan olanakların yasa koyucu tarafından daraltılmasıdır. Başka bir anlatımla, sınırlamada, belirli bir temel hak ve özgürlüğün kullanım olanakları sınırlamadan sonra da devam eder. Buna karşılık, temel hak ve özgürlüklerin durdurulması, bunlardan belirli bir süre içinde yararlanılma veya kullanılmalarının olanaksızlığını anlatır.
>
> Amaç ve araç arasında makul bir ilişkinin bulunmasını, diğer bir deyişle yapılan sınırlamayla sağladığı yarar arasında hakkaniyete uygun bir dengenin bulunması gereğini ifade eden ölçülülük ilkesinin, sınırlayıcı önlem ile sınırlama amacı arasındaki ilişkinin denetiminde, yasal önlemin sınırlama amacına ulaşmaya elverişli olup olmadığını saptamaya yönelik *"elverişlilik"*, sınırlayıcı önlemin sınırlama amacına ulaşma ve demokratik toplum düzeni bakımından zorunlu olup olmadığını arayan *"zorunluluk"*, ayrıca amaç ve aracın ölçüsüz bir oranı kapsayıp kapsamadığını, bu yolla ölçüsüz bir yükümlülük getirip getirmediğini belirleyen *"oranlılık"* ilkeleri olmak üzere üç alt ilkesi bulunmaktadır.
>
> İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin seyahat ve yurt dışına çıkış özgürlüğüne ilişkin İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin (Riener/Bulgaristan, 27.5.2006 günlü) kararında da, müdahalenin yasal olup olmadığı ve meşru bir amacın gerçekleştirilmesi için demokratik bir toplumda gerekli ve ölçülü olup olmadığının araştırılması gerektiği, yurt dışına çıkış yasağının hukukiliğine ilişkin olarak, yasağın süresi, borcun tutarı, hesaplanması, kesinleşmesi ve zamanaşımı bakımından öngörülebilirliğin ve belirliliğin oranlılık sorunu ile yakından bağlantılı olduğu, vergi tutarının yüksekliği ile sağlanmaya çalışılan kamu yararı arasında bir denge gözetilmesi gerektiği, oranlılık değerlendirmesini içermeyen yasak işleminin Sözleşmeye aykırılık oluşturduğu, keyfiliğe karşı yeterli düzeyde usul güvencesinin yasayla verilip verilmediği, yasağın gerçekleştirilmek istenen amaçla orantılı olmamasının seyahat özgürlüğünün ihlali anlamına geleceği belirtilmiştir.

Anayasa'nın, "Yerleşme ve seyahat hürriyeti" başlıklı 23. maddesinde, herkesin yerleşme ve seyahat özgürlüğüne sahip olduğu belirtilmiş, maddenin üçüncü fıkrasında da, vatandaşın yurt dışına çıkma özgürlüğünün, vatandaşlık ödevi ya da ceza soruşturması veya kovuşturması sebebiyle sınırlanabileceği belirtilerek özel sınırlandırma nedenleri gösterilmiştir. Maddeye göre, vatandaşın yurt dışına çıkma özgürlüğü ancak vatandaşlık ödevi ya da ceza soruşturması veya kovuşturması sebebiyle sınırlanabilecektir.

İtiraz konusu kuralda, kişilerin vergi borcu nedeniyle yurt dışına çıkışları yasaklanmaktadır. Yasaklama, seyahat özgürlüğünün güvence alanının yasa koyucu tarafından daraltılması niteliğinde olduğundan, 13. madde anlamında bir sınırlandırma niteliğindedir. Vergi borcu, Anayasa'nın 73. maddesine göre vatandaşlık ödevidir. Anayasa ve yasalarla, kamu giderlerinin karşılanabilmesi için herkese ödev olarak öngörülen vergi ödeme yükümlülüğünün, zamanında ve eksiksiz yerine getirilmesi durumunda, yasalarla idareye yüklenen kamu hizmetlerinin, buna bağlı olarak kamu düzeninin ve başkalarının hak ve özgürlüklerini korumanın aksatılmadan sürdürülmesi mümkün olacaktır. Bu anayasal yükümlülük, aynı zamanda seyahat özgürlüğünü düzenleyen 23. maddede sınırlama nedeni olarak öngörülmüştür. Getirilen yasaklama, yurtdışına çıkmak isteyen kişilerin vergi borçlarını ödemeye zorlayıcı niteliktedir. Bu nedenle itiraz konusu kural ile gerçekleştirilen sınırlamanın, kaynağını Anayasa'da bulan meşru bir amaca yönelik olduğu görülmektedir. Ancak, "vergiden borçlu olduğu pasaport vermeye yetkili makamlara bildirilenlere" yurt dışına çıkış yasağı uygulanabileceğine ilişkin kuralla getirilen sınırlamanın, demokratik toplum düzeni için gerekli nitelikte, başka bir ifadeyle güdülen kamu yararı amacını gerçekleştirmekle birlikte, temel haklara en az müdahaleye olanak veren ölçülü bir sınırlama niteliğinde olup olmadığının incelenmesi gerekir.

Yasalarla getirilen vergi yükümlülüğünü kabullenmek bir vatandaşlık görevidir. 213 sayılı Vergi Usul Kanunu ve diğer vergi yasalarıyla, verginin zamanında ve eksiksiz ödenmesi amacıyla getirilen kurallar, zamanında ve tam olarak tahsil edilemeyen vergilerin tahsili için 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümleri ve yine yasalarla getirilen gecikme faiz ve zammı uygulamaları göz önünde bulundurulduğunda, vergi borcunun ödenmesi, diğer bir deyişle vergi alacağının tahsili konusunda yasal kuralların bulunduğu görülmektedir.

Yurt dışı çıkış yasağında, vatandaşın yurt dışına çıkma özgürlüğünü sınırlamanın amacı, vergi borcunun tahsilinin sağlanması, araç ise yurt dışına çıkışın yasaklanmasıdır. Amaç

ile araç arasında makul bir ilişkinin bulunduğunun söylenebilmesi için yurt dışına çıkış ile vergi alacağının tahsilinin zorluğu veya olanaksızlığı arasında bağın varlığının aranması gereği açıktır. Yasak, hiçbir koşul öngörmeksizin, hatta vergi borcunun tutarı dahi belirtilmeden, vergi borcunun ödenmemesine bağlı olarak kendiliğinden uygulandığı zaman amaç ile araç arasındaki makul ilişki ve denge ortadan kalkar.

Anayasa'nın 23. maddesinde öngörülen sınırlama nedenleri ve bunlar arasında yer alan "vatandaşlık ödevi" genel nitelikte, soyut bir kavramdır. Yasa koyucunun getireceği her sınırlayıcı düzenlemede bu nedenleri somutlaştırması gerekir. Keyfiliğe varabilecek uygulamaları önleyebilmek bakımından gerekli olan açıklık ve somutluk, sınırlamanın yasayla yapılmış olarak kabul edilmesi için zorunludur. Aksi halde hukuk devletinin gerektirdiği belirginlik karşılanmamış olur ve amaç-araç ilişkisini denetlemek güçleşir. İtiraz konusu kural, amaç ve araçları açık, belirgin ve somut bir şekilde öngörmemiş, amaç ve araç arasında makul ve uygun bir ilişki kurmayarak ölçülülük ilkesinin gereklerini yerine getirmemiştir"[708].

2001 değişiklikleri sonrasında, meşru sınırlandırma sebeplerinin her hak ve özgürlüğün kendi maddesinde öngörülmesi gerekliliği ortaya çıkmış; AYM de bu şartı kararlarında aramaya başlamıştır:

"Anayasa'nın 13. maddesine göre temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması ancak ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olup, Anayasa'nın 36. maddesinde böyle bir sınırlandırma öngörülmemiştir"[709].

"Anayasa'nın 48. maddesinin sözleşme hürriyeti ile ilgili birinci fıkrasında, herkesin dilediği alanda sözleşme hürriyetine sahip olduğu belirtilerek özel bir sınırlama sebebi gösterilmemiştir. / Vergi, Devletin kamusal gereksinimlerini karşılaması için egemenlik gücüne dayanarak tek taraflı olarak kişilere yüklediği bir kamu yükümlülüğüdür. / Yasa koyucunun Anayasa'dan aldığı yetkiye dayanarak, anayasal ilkelere aykırı olmamak koşuluyla vergi koymasının ve bu

708 AYMK, E. 2007/4, K. 2007/81, K.T.: 18.10.2007.

709 AYMK, E. 2000/48, K. 2002/36, K.T.: 20.3.2002. Benzer şekilde bkz. E. 2003/7, K. 2005/71, K.T.: 18.10.2005.

verginin niteliklerini belirlemesinin verginin miktarı da gözetildiğinde sözleşme hürriyetini ölçüsüz biçimde sınırladığından söz edilemez"[710].

"Anayasa'nın 48. maddesinde de, herkesin, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahip olduğu belirtilirken bu özgürlük için bir sınırlama nedeni öngörülmemiş ise de dava konusu kuralla getirilen sınırlama, bu maddeden değil, Anayasa'nın mahkemelerin bağımsızlığı ilkesini düzenleyen 138. maddesinden kaynaklanmaktadır"[711].

Son iki kararda, AYM, 48. maddede herhangibir meşru sınırlama sebebi öngörülmemesine rağmen, Anayasanın vergi yükümlülüğü, mahkemelerin bağımsızlığı gibi hükümlerinden yola çıkarak ve yerinde olarak sınırlandırmada anayasal meşru sebeplerin bulunduğuna karar vermiştir. Ancak AYM'nin ilgili maddede özel sınırlandırma sebebinin yokluğunda, sınırlamanın başka maddelerden kaynaklanabileceği şeklindeki görüşünü en iyi açıklayan karar ise, 2006/21 esas sayılı kararıdır:

"Anayasa'nın tüm maddeleri aynı etki ve değerde olup, aralarında bir üstünlük sıralaması bulunmadığından, uygulamada bunlardan birine öncelik tanımak olanaklı değildir. *Bu nedenle, kimi zaman zorunlu olarak birlikte uygulanan iki Anayasa kuralından biri, diğerinin sınırını oluşturabilmektedir.*

Çalışma ve sözleşme hürriyeti Anayasa'nın 48. maddesinde düzenlenmiş ve anılan maddede çalışma ve sözleşme hürriyeti için herhangi bir sınırlama nedeni öngörülmemiş ise de Anayasa'nın 18. maddesinde yer alan ve ülke ihtiyaçlarının zorunlu kıldığı alanlarda vatandaşlık ödevi niteliğindeki beden ve fikir çalışmalarının zorla çalıştırma sayılmayacağı yolundaki hükmün, çalışma ve sözleşme hürriyetinin kapsamının belirlenmesinde gözetilmesi gerektiği açıktır"[712].

---

710 AYMK, E. 2001/379, K. 2005/3, K.T.: 6.1.2005.

711 AYMK, E. 2001/309, K. 2002/91, K.T.: 15.10.2002.

712 AYMK, E. 2006/21, K. 2006/38, K.T.: 13.3.2006. (italikler bize ait)

Aslında AYM, bizce bu son andığımız kararlarıyla 1982 Anayasası'nın en önemli eksikliklerinden birini içtihadi olarak gidermiştir. Şöyle ki; 1982 Anayasası, pekçok hak ve özgürlük için ağır bir sınırlandırma rejimi öngörmüştür. Bu kapsamda "ifade özgürlüğü"ne ilişkin 26. madde özellikle anılmalıdır. Demokrasinin belki de en önemli şartı olan ifade özgürlüğü için, 26. maddede 12 ayrı sınırlandırma sebebi öngörülmüştür. Buna karşın, çalışma ve sözleşme hürriyetini düzenleyen 48. maddede tek bir sınırlama sebebi yoktur. Oysa ki; genel olarak ekonomik haklar ve özellikle de girişim özgürlüğü, kullanılırken diğer bireylerin hak ve özgürlüklerine müdahale etme ihtimalinin en fazla olduğu haklardır. Dolayısıyla, 48. madde kapsamındaki hakkın sınırlandırılması için meşru nedeni, en çok diğer hak ve özgürlük hükümlerinde aramak gerekir.

AYM, temel hak ve özgürlüklerin güvenceleri açısından, 2001 değişikliklerini hayata geçirmeye başlamıştır. Kanımızca anayasal yorum açısından güvence ölçütlerinin en önemli yönü, Anayasanın yorumcularının kararlarına dayanak noktasını oluşturacak temel düşünsel altyapıyı sunmalarıdır. Daha önce yorum teorisi başlığı altında defalarca üzerinde durduğumuz üzere, bütün yargıçlar belli bir düşünsel altyapıyla hareket ederler. Özellikle de Anayasanın yorumlanması sözkonusu olduğunda da yapılan yorumun siyasi nitelikler taşıması kaçınılmazdır. Buradaki temel sorun, yargıcın referans olarak hangi anayasal öğretiyi esas aldığıdır. Anayasal demokrasilerde yargıcın temel dayanak noktası, birey alanında hak ve özgürlüklere saygı; devlet alanında ise erkler ayrılığıdır. Bu unsurların benimsenmesi, hem anayasal yorumun doğruluğu için, hem de hukuki bütünlük ilkesinin hayata geçirilmesi için önemlidir. Yoksa yargıçların siyasi görüşleri tabii ki farklıdır; fakat yorum sözkonusu olduğunda kararlarının doğru olmasını sağlayan, birey alanına ilişkin uyuşmazlıklarda insan hakları, devlet alanına ilişkin uyuşmazlıklarda erkler ayrılığı ilkelerinden yola çıkarak hareket etmeleridir.

AYM'nin güvence ölçütlerini yukarıda andığımız gibi pekçok kararda kullandığını görmekle birlikte, bazı kararlarında da uygulamadığını görüyoruz. Bu kapsamda özellikle 2004/74 ve 2004/100 esas sayılı kararları anmamız gerekmektedir. İlk kararda, mobil telefon abonelerinden alınan aylık sabit ücretin Anayasaya uygun

olup olmadığı, AYM tarafından Anayasanın 5 ve 22. maddeleri uyarınca incelenmiştir. Aslında burada haberleşme özgürlüğü sözkonusu olduğu halde 13. madde kararda dikkate alınmamıştır :

> "Anayasa'nın 5. maddesinde, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak, kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak Devletin temel amaç ve görevleri arasında sayılmıştır. Bu maddeyle kişinin hak ve hürriyetlerini engelleyen sınırları kaldırarak refahını gerçekleştiren ve güvence altına alan bir devlet tanımlanırken, kişinin özgürleştirilmesi amacı da güdülmektedir. Böylece, devlet, kişinin insan haysiyetine uygun bir ortam içinde yaşamasını sağlayacaktır.
>
> Anayasa'nın 22. maddesinde de, herkesin haberleşme hürriyetine sahip olduğu belirtilmiştir. Haberleşme hürriyeti, kişilerin kendi aralarında serbestçe iletişim kurabilmesini ve maddede sayılan durumlar dışında herhangi bir nedenle engellenememesini gerektirir.
>
> İtiraz konusu fıkrada bir iş veya hizmetin karşılığı olarak alınan ücret çeşitleri arasında yer alan "sabit ücret"in, mobil telefon hatlarının, hiç konuşma yapmadan gelen aramaları cevaplandırması, sürekli olarak baz istasyonları aracılığıyla kontrol edilmesi ve çalışır durumda olmasının sağlanması amacıyla yapılan işletme maliyetinin karşılığında, bir tarifeye ve abonelik sözleşmesine dayanılarak alındığı anlaşılmaktadır. Kaldı ki kanunkoyucu, bir iş veya hizmetin karşılığı olarak alınan ücret çeşitleri içinde sabit ücreti sayarken bunu zorunlu olarak alınacak bir ücret kalemi olarak tanımlamamış, yapılacak abonelik sözleşmelerine konulması konusunda emredici bir kural getirmemiştir.
>
> Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu sabit ücretin abone tarafından ödenmesi, Anayasa'nın 5. maddesinde temel amaç ve görevleri belirtilen sosyal hukuk devleti ve adalet ilkelerine aykırılık oluşturmayacağı ve kişinin maddî ve manevî

varlığını geliştirme hakkını zedelemeyeceği gibi, Anayasa'nın 22. maddesindeki haberleşme hürriyetini de engellemez"[713].

Görüldüğü gibi, kararda AYM, sadece yasanın konuluş amacını gözönünde bulundurmuş; haberleşme özgürlüğünün 13. maddedeki güvence ölçütlerinden hiçbirini kararında uygulamamıştır. Üstelik somut sorun kapsamında, bu ölçütlerin kararda uygulanıp uygulanmaması, sonucu değiştirebilecek niteliktedir.

İkinci örnek ise, Askeri Ceza Kanununun 67/1. fıkrası ile ilgilidir. Bu hükme göre; "Aşağıda yazılı fiilleri işleyen asker kişiler, yabancı ülkeye kaçmış sayılarak bir seneden beş seneye kadar hapis cezası ile cezalandırılırlar." 1 inci fıkranın A bendine göre "Herhangi bir nedenle izinli olsa dahi, yabancı ülkeye gitme müsaadesi bulunmaksızın ülke sınırları dışında üç günü geçirenler" yabancı memlekete firar etmiş sayılacaklardır. Konuya ilişkin olarak Anayasa Mahkemesi kararının gerekçesinde aynen şu ifadeler vardır:

> "(...) Bu zorunluluk (pasaport ibraz etme zorunluluğu), seyahat özgürlüğünün kullanımında evrensel bir şekil şartı olduğu gibi, Türk Silahlı Kuvvetlerinin disiplini ve askerlik hizmetlerinin gerekleri yurt dışına çıkmak isteyen asker kişiler için buna ek olarak bazı esaslar tespit edilmesini zorunlu kılabilir. İdarenin, savunma hizmetlerinin planlanması ve yürütülmesi için ne kadar askeri personelin görev başında, ne kadarının izinde ve ne kadarının da yurt dışında olduğunu bilmesi gerekebilir. Nitekim, 926 sayılı TSK Personel Kanunu'nun 127. maddesinde yurt dışı izinlerinin esasları düzenlenmiş ve bu izni vermeye yetkili makamlar belirlenmiştir. Asker kişilerin yurt dışına çıkışlarında sivil vatandaşların yerine getirmek zorunda oldukları şekil şartlarına ek olarak, mevzuatta belirtilen bazı biçimsel şartları yerine getirmek zorunda olmaları farklı hukuksal konumlarının sonucudur.
>
> Asker kişilerin yurt dışına çıkışta izin rejimine tabi olmaları ve bu kurala aykırı davranarak yurt dışına çıkan ve orada üç gün geçirenlerin eylemleri itiraz konusu

---

[713] AYMK, E. 2004/74, K. 2004/9, K.T.: 10.02.2004.

kuralla yaptırıma bağlanmıştır. Yasa koyucu, ceza hukukuna ilişkin düzenlemelerde yetkisini kullanırken kuşkusuz Anayasa'ya ve ceza hukukunun temel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla hangi eylemlerin suç sayılacağı, bunlara uygulanacak yaptırımın türü ve ölçüsü, cezayı ağırlaştırıcı ve hafifletici nedenlerin neler olacağı, hangi cezaların para cezasına çevrilebileceği veya ertelenebileceği gibi konularda takdir yetkisini haizdir. Askerlik hizmetinin ulusal güvenliğin sağlanmasındaki belirleyici yeri ve ağırlığı, sivil yaşamda suç oluşturmayan ya da önemsiz görülebilecek cezaları gerektiren kimi eylemlerin suç olarak kabul edilmelerini ve ağır yaptırımlara bağlanmalarını zorunlu kılabilmektedir.

Bu nedenle itiraz konusu kuralı ihlal eden faillerin eylemleri için ceza yaptırımı öngörülmesi Anayasa'nın 38. maddesine aykırı değildir. İtirazın reddi gerekir.

İtiraz konusu kuralın Anayasa'nın 13. ve 23. maddeleri ile ilgisi görülmemiştir"[714].

Başka bir deyimle, AYM, karara konu olayda seyahat özgürlüğünü ve buna bağlı güvencelerin yer aldığı 13. maddeyi konuyla ilgili görmemiştir. Oysa bu iki düzenleme, olayda doğrudan uygulanması gereken norm metinleridir.

Bu noktada hem AYM'ne, hem de doktrine düşen önemli görevler vardır:

Anayasa Mahkememize düşen temel görev, temel hak ve özgürlükleri ilgilendiren her davada, 13. madde ekseninde inceleme yapmasıdır. İkinci olarak 13. maddede düzenlenen insan hakları güvenceleri, evrensel nitelikte standartları olan bir kriterler olduğundan, bu alanda karşılaştırmalı hukukun verileri daha fazla kullanılabilir[715]. Anayasal yorumun meşruiyetinin en büyük dayanağı da bu andığımız hareket noktalarından yola çıkılarak kaleme alınması gereken gerekçelerdir. Anayasal denetimin içselleştirilemediği ve yasama organı tarafından bir engel gibi görüldüğü

[714] AYMK, E. 2004/100, K. 2005/16, K.T.: 5.04.2005.

[715] AYM'nin atıf yaptığı karşılaştırmalı hukuk verileri, genelde İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin içtihatlarıdır. Bkz. AYMK., E. 2002/112, K. 2003/33, K.T.: 10.04.2003; E. 2001/5, K. 2002/42, K.T.: 28.03.2002; E. 1999/33, K. 1999/51, K.T.: 29.12.1999; Bunun dışında AYM kararları üzerine yaptığımız incelemede, diğer Anayasa Mahkemelerinin ya da Yüksek Mahkemelerin kararlarına, "ölçülülük" ilkesinin temel unsurlarına ilişkin FAYM kararı ve siyasi parti kapatma davalarında kullanılan birkaç istisna dışında rastlayamadık.

ülkemizde, kararların yazılış şeklinin ve gerekçelerin önemi bir kat daha artmaktadır. Bu doğrultuda, Anayasa Mahkemesi kararlarının biçimi ve gerekçeleri iki açıdan özellikle önemlidir :

İlk olarak, AYM, insan hakları ve erkler ayrılığı temelinde yazdığı kararlarıyla, bir yandan, tüm yurttaşlar için, onların haklarının bekçisi olduğunu vurgular; diğer yandan devlet alanında, farklı erklerin birbirinin görev alanına müdahale etmesini önlediği için, kendisinin iki varlık sebebine de uygun hareket etmiş olur. Daha açık bir deyimle, aslında AYM'ye atfedilen "çoğunluk-karşıtı" sıfatı, erkler ayrılığını sağladığında geçerliliğini yitirir. Zira AYM, aslında bu alandaki (devlet alanındaki) uyuşmazlıklarda, çoğunlukla yasama alanını, dolayısıyla temsili organın düzenleme alanını koruma yönünde kararlar almaktadır.

İkincisi ve belki de daha önemlisi, AYM, bir yandan, hak ve özgürlüklere, diğer yandan da erkler ayrılığına dayanan[716] kararlarıyla, toplum nezdinde, hukukun bireysel gelişimleri önünde bir engel olmadığı fikrini yerleştirip, "hukuk yoluyla demokrasinin"[717] kurulmasına zemin hazırlayabilir. Zira AYM aslında insan haklarını korumak için vardır. Ancak AYM'nin bu tür bir işlevi yerine getirmesi, bu Mahkememize anayasa şikayeti yolunun tanınmasıyla, çok daha etkin bir hale gelebilir[718].

Bu alanda doktrine düşen rol ise, Anayasa Mahkemesinin karar ve işlevlerinin geniş bir biçimde ele alınması ve AYM'lerin "çoğunluk-karşıtı" rolüyle tanıtılmak yerine kişisel hakların ve erkler ayrılığının koruyucusu olduğunun açıklanmasıdır.

---

[716] Anayasa yargısının özgürlüklerin ve anayasal dengelerin korunmasındaki rolü bakımından bkz. **Mehmet Tevfik Gülsoy**, *Özgürlüklerin Korunmasında Anayasa Yargısının Yeri ve Meşruluğu*, Yetkin Yay., Ankara 2007.

[717] **Lord Steyn**, "Democracy Through Law", *European Human Rights Law Review*, Vol. 6, 2002, ss. 723-736.

[718] Anayasa şikayeti konusuna yukarıdaki başlıklarda değindiğimiz için bu konuda önerileri içeren yakın tarihli bir esere atıf yapmakla yetiniyoruz, bkz. **Sağlam**, "Anayasa Şikayeti Kurumunun Türk Hukukuna Kazandırılmasına İlişkin Sorunlar ve Çözüm Olanakları", *Anayasa Yargısı İncelemeleri I*, AYM yay., (ed. Mehmet Turhan, Hikmet Tülen), Ankara 2006, ss. 71-111.

AYM'nin bu unsurları geniş olarak kullandığı kararlarının doktrin tarafından da işlenmesi, kararların daha geniş bir kesim tarafından takip edilip, anlaşılmasına da yardımcı olacaktır.

2. Yorum İlkeleri ve Metotları

Anayasa Mahkemesi, kararlarında, klasik yorum metotlarına başvurmaktadır. AYM'nin bu metodlardan birini diğerine tercih etmesinde, somut durumların özellikleri etki etmektedir[719]. AYM'nin klasik yorum metotları dışında, yorumunun bağımsızlığına ilişkin içtihatları da vardır. Bu son andığımız içtihatlar AYM'ye özgü olduğu için, özellikle üzerinde durulması gerekir.

a. Metinsel Yorum

Metinsel yorum, AYM'nin sıklıkla kararlarında kullandığı bir yorum metodudur[720]. Ancak AYM, belki de ilksel bir yorum metodu olduğu için, metinsel yorumu en yetersiz yorum olarak da nitelemiştir:

> "Görülüyor ki hukuk açısından en yetersiz yorum metodu olan 'lafzi yorum' dahi mahkemelerin bağımsızlığı ilkesiyle ilgili 132. maddenin üçüncü fıkrasının, T. B. M. M. denetleme yetkilerini kısıtlayan bir biçimde anlaşılmasını kesinlikle gidermeğe yeterlidir" [721].

Buna karşılık, AYM, daha sonra vermiş olduğu kararlarda, yukarıda belirttiğimiz gibi, yorumun ilk aşamasının metinsel yorum olduğunu kabul etmiş görünmektedir:

---

[719] **Aliefendioğlu**, "Anayasal Yargıda Yorum", *Amme İdaresi Dergisi*, C. 28, sy. 3, Eylül 1995, ss. 14-15.

[720] Yakın dönem bir karar için bkz. AYMK, E. 2007/84, K. 2007/74, K.T.: 30.07.2007.

[721] AYMK, E. 1970/25 ve 26, K. 1970/32, K.T.: 18.06.1970.

"Yasalar herşeyden önce, sözü ile uygulanır. Yasa metinlerinin, kullanılan sözcüklerin hukuk dilindeki anlamlarına göre anlaşılması gerekir. Yasa kuralının, günün sosyal ve ekonomik gerekleriyle çeliştiği sanılsa bile yürürlükte kaldığı sürece uygulanması, hukukun gereğidir"[722].

AYM kararlarında ve karşıoy yazılarında bu yorum metodu kullanılırken genellikle, "metnin anlamının yorumu gerektirmeyecek şekilde açık" olduğunu belirtilir. Bu görüş, dayanağını, şu düşünceden almaktadır: "Yorum yoluna sadece, metnin anlamının belirsiz ve kapalı olduğu hallerde başvurulur". Ancak daha önce yorum teorisi başlığı altında üzerinde pekçok kez durduğumuz gibi, anayasa metnini anlamaya ve açıklamaya yönelik her faaliyet aslında yorum faaliyetidir. Dolayısıyla bir metnin anlamı ne kadar açık olursa olsun, bu anlamı ortaya çıkarma faaliyeti bir yorum faaliyetidir. Metinlerin yorumlanması birbirinden farklılık gösterebilir. Bunun nedeni, bazı Anayasa normlarında, normun düzenlediği alanın *hukuken* oluşturulmuş olması; bazılarında ise bunun *sosyal verilerce* oluşturulmasıdır[723]. Birinci tür normlarda, metne anlam vermek için klasik yorum metotları yeterlidir. Ancak konu hak ve özgürlükler olduğunda, özel olarak somutlaştırma metodu devreye girer. Dolayısıyla kanımızca AYM'nin "*metnin yorumu gerektirmeyecek şekilde açık*" olduğunu ifade ettiği kararlarda yaptığı faaliyeti, metinsel yorum olarak sınıflandırmak mümkündür[724].

---

[722] AYMK, E. 1991/31, K. 1991/27, K.T.: 12.09.1991.

[723] Kural olarak, ilk türde olan normlara devlet organlarının yetkilerini düzenleyenleri, ikinci tür normlara da temel hak ve özgürlüklere ilişkin olanları daha önce örnek göstermiş idik. Bkz. yukarıda "Hermeneutik Doktrin" başlığı.

724 Bkz AYMK, E. 1988/12, K. 1988/32, K.T.: 28.09.1988: "Anayasa'nın 128. maddesinin ikinci fıkrasını oluşturan 'Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir.' kuralı, başka bir yoruma yer vermeyecek açıklıkla, memurların ve diğer kamu görevlilerinin, aylık ve ödeneklerinin de yasa ile düzenlenmesini öngörmüştür". AYMK, E. 1983/2, K. 1983/2, K.T.: 25.10.1983 (SPK): "Anayasamızın 24. maddesinin dördüncü fıkrası hükmüne başka manalar izafe etmek, (..) *bizatihi hükmün açık olan ve yoruma elverişli bulunmayan beyanına* ve ayrıca bilimsel özerkliği ilke olarak benimseyen Anayasa kurallarına da aykırı olur". (italikler bize ait)

Bunun dışında AYM'nin, kararlarında, genellikle metinsel yorum ile tarihsel yorumu beraber kullandığını söyleyebiliriz[725].

b. Amaçsal Yorum

AYM, amaçsal yoruma da kararlarında sıklıkla yer vermektedir. AYM'ye göre yorumcu, karşılaştığı hukuki sorunları amaca uygun şekilde çözmelidir:

> "Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın, yasaların, hukukun ve yargı işlevinin özünü gözardı edip, kendini yalnız yazılı kuralların sözüyle bağlı sayamaz. Kuşkusuz, kural dışılık savunulamaz. Ancak, kuralların yorumu ile soruna, amaca en uygun çözümün bulunması gerekir"[726].

AYM, ünlü "Cumhurbaşkanı Seçimine İlişkin Karar"ında da amaçsal yorumun gerekliliğine vurgu yapmaktadır.

> "Sağlıklı bir sonuca ulaşılabilmesi için bir kuralın yorumunda, onun lafzı kadar amacının da gözetilmesi gerektiğinde duraksama bulunmamaktadır. 102.

---

[725] Bkz. AYMK, E. 1969/30, K. 1969/65, K.T.:18.11.1969: " (...) 11. madde ile bir yürürlük hükmü değil uyarma hükmü konulmuştur, itiraz konusu hükümde yer alan sözlerle bu maddeye açık bir gönderme yapılarak o hükmün uygulanacağı belirtilmekle yetinilmiş bulunduğundan, burada dahi ilân yolu ile halkın uyarılması ereğinin güdüldüğü anlaşılmakta; *başka bir biçimde anlayış, hükmün yazılışına uygun düşmemektedir*. / Öte yandan, kanunların yorumlanmasında *kanun koyucunun ereğine göre*, yorum, bugün gerek doktrinde gerek uygulama alanında benimsenen bir yorum kuralıdır. Tasanda bulunmadığı halde, sonradan eklenen ilân hükmüne ilişkin Adalet Komisyonu gerekçesinde '... kanunun yayımına taallûk eden 17. maddede (kanun : madde 18) köylerimizde bu hükümlerin iyice duyurulmasını temin maksadı ile ilânın 1322 sayılı Kanunun 11. maddesinde yazılı şekilde olması maksada daha uygun mütalaa olunmuştur...' denilmektedir" (italikler bize ait). AYMK, E. 1973/33, K. 1974/9, K.T.: 14.03.1974: "(...) Anayasa Mahkemesi istemin konusu ile bağlı bulunduğuna ve Anayasada bunun tersini düşünmeye elverişli bir hüküm veya açıklık da olmadığına göre, bu fıkraya yorum yolu ile Anayasanın söz ve özüne aykırı bir anlam ve dolayısiyle kapsam vermeye olanak yok demektir./ Esasen, bir hukuk kuralının sözleri açık ve içerdiği kavramlar ancak tek anlam ve yoruma elverişli ise ve bu yorum o kuralın amacına da uygun düşüyorsa, artık bu kurala herhangi bir düşünce ile değişik bir biçimde anlam vermek söz konusu olamaz. / Bu bakımlardan, Yasa Koyucunun bu fıkrada Anayasa Mahkemesine tanıdığı ayrıcalı yetkinin kapsamı, gerekçelerine uygun bir yazılış taşıyan madde metninde açıklandığı üzere (...)".

726 E. 1993/33, K. 1993/40-2, K.T.: 21.10.1993.

maddedeki düzenlemeyle, Cumhurbaşkanı seçiminde Meclis'te olabildiğince nitelikli bir uzlaşma sağlanmasının amaçlandığı açıktır"[727].

Ancak AYM'nin, amaçsal yorumdan çok tarihsel hatta genetik yoruma itibar ettiği kararları da vardır[728].

c. Tarihsel Yorum

AYM, tarihsel yorumun özellikle genetik boyutuna ve yasakyucunun sübjektif iradesini arayan görüşlere oldukça fazla başvurmaktadır. Hatta anayasaya aykırılık isteminin reddedildiği bazı davalarda AYM'nin başka hiçbir metoda başvurmaksızın doğrudan Anayasaya aykırılığı iddia edilen hükmün gerekçesine[729] ya da hazırlık çalışmalarına dayandığı da görülmektedir.

Ayrıca AYM, 1961 Anayasası döneminde kanunkoyucunun iradesine göre yorum metodunu kullandığını şu şekilde açıklamıştı:

---

727 E. 2007/45, K. 2007/54, K.T.: 1.5.2007. AYM'nin amaçsal yorum metodunu kullandığı diğer kararlardan bazıları, E. 1988/50, K. 1989/27, K.T.: 23.06.1989: "5. maddenin (a) bendindeki Anayasa'ya aykırılık itirazıyla başvurulan "Ağır hapsi gerektiren cürümden" ibaresini amaca uygun bir biçimde yorumlanması, bu hükmün, gerek meslek mensuplarıyla gerek halkla olan ilişkilerde, dürüstlüğü ve güveni tehlikeye düşüren, meslek disiplini ve ahlâkını gölgeleyen, mesleğin onurunu ve haysiyetini bozan suçlarla sınırlandırılması gerekir"; E. 1992/39, K.1993/19, K.T.: 29.04.1993: "Emir ve direktif alma ile bağımsızlık kavramının bağdaşmazlığı gerçeği karşısında, Anayasa'nın 140. maddesi kuralının yalnızca sözü ile yetinilmeyip, gerçek anlamının ortaya konulması zorunludur. Bunun için de kuralın, amacına uygun olarak yorumlanması gerekir".

728 Özellikle bkz. Anayasa Mahkemesinin yedek üyelerinin başkanlık seçiminde oy kullanamamaları durumunun Anayasaya aykırı olduğu iddiasının bulunduğu ve bu istemin AYM'ce reddedildiği AYMK, E. 2007/84, K. 2007/74, K.T.: 30.07.2007; yasanın yürürlüğe girmesinden önce emekli olanların emekli ikramiyesi ile yürürlüğe girdikten sonra emekli olanların emekli ikramiyeleri arasındaki farkın eşitlik ilkesine aykırı olmadığı hakkında AYMK. E. 2003/1, K. 2006/98, K.T.: 4.10.2006.

729 AYMK, E. 1997/63, K. 1998/2, K.T.: 21.01.1998. AYM'nin, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 207. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "Cumhuriyet Savcılığı duruşma için icap eden celpnameleri yazar ve tebliğ eder..." ibaresinde Savcının yetkisini "mahkemelerden gelen evrakı kolluk kuvvetlerine havale etmek" olarak yorumladığı AYMK, E. 2002/108, K. 2004/55, K.T. 5.05.2004, bu karar kapsamında özellikle bkz. Haşim Kılıç ve Fazıl Sağlam'ın karşıoy yazıları.

"Kanunların yorumlanmasında kanun koyucunun ereğine göre, yorum, bugün gerek doktrinde gerek uygulama alanında benimsenen bir yorum kuralıdır"[730].

d. Sistematik Yorum

AYM'nin 1961 Anayasası dönemindeki içtihatlarında sistematik yorum, şu şekilde ifadesini bulmuştur.

"Herhangi bir hukuk kuralının tek başına değil, içinde bulunduğu metnin tümü gözönünde tutularak yorumlanması, hukuk bilimince benimsenmiş ilkelerden olduğu için, inceleme konusu 21. maddenin ilk fıkrasındaki kuralın, bu madde içindeki ve Anayasa'nın başka maddeleri içindeki sınırlandırmalar yokmuşçasına yorumlanması, söz konusu edilemez; bundan ötürü, öğrenim ve öğretim özgürlüğünün, salt olarak öngörülmüş bulunduğu yollu bir ilke, benimsenemez"[731].

1982 Anayasası döneminde AYM'nin sistematik yorum metodunu kullanarak vermiş olduğu bir karar, yine 1961 Anayasası dönemindeki kararda olduğu gibi eğitim öğrenim özgürlüğüne ilişkindir:

"Anayasa'ya uygunluk denetimi yapılırken, Anayasa'nın konuyla ilgili tüm hükümlerinden yararlanmak zarureti vardır. Çünkü, her yasa gibi Anayasa da bir bütündür ve tek bir kuralın yeterince açıklık getirmediği durumlarda bütün metnin gözönünde tutulması, başka bir anlatımla, sözünde açıklık olmayınca özüne gidilmesi ve bunun için de kuralların tümünün incelenmesi, öz yönünden yorum yapılırken ileriye dönük ve gerçekçi bir olun izlenmesi gerekir"[732].

[730] AYMK, E. 1969/30, K. 1969/65, K.T.: 18.11.1969.

[731] AYMK, E. 1969/31, K. 1971 /3, K.T.: 12/1/1971.

[732] AYMK, E. 1990/4, K. 1990/6, K.T.: 12.04.1990.

Ancak AYM'nin 1982 Anayasası döneminde, özellikle geçici 15. maddenin son fıkrasına ilişkin içtihatlarında, sistematik yorum metodunu terk ettiğini söyleyebiliriz[733].

e. Anayasa Mahkemesinin Yorumunun Bağımsızlığı

Anayasa Mahkememizin 1961 Anayasası döneminde vermiş olduğu bazı kararlarda, AYM'nin, anayasallık incelemesinde herhangibir yargı organının görüşüyle bağlı olmadığı özel olarak vurgulanmıştır.

> "Burada bir kanun hükmünün Yüksek Mahkemelerce uygulanış veya yorumlanış biçiminin kanunların Anayasa'ya uygunluğunun denetiminde bağlayıcı nitelikte olup olmadığına da değinmek yerinde olacaktır. / Anayasa Mahkemesinin, Anayasa denetimi görevini yaparken bir kanun hükmünün Yüksek Mahkemelerce uygulanmasında benimsenen içtihatlarla bağlı olduğunu gösteren bir hüküm ne Anayasa'da ne de Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkındaki 44 sayılı Kanunda yer almıştır. Esasen Yüksek Mahkeme içtihatlarının değişmez olmadığı, zaman zaman, içtihat değişikliklerinin meydana geldiği, Yüksek Mahkeme Daireleri ile Genel Kurul kararlarının aynı kuruluş içindeki diğer daireleri dahi bağlayıcı niteliği bulunmadığı gözönünde tutulunca, bunların, Anayasa Mahkemesini bağlayıcı olduğunu ileri sürebilmek için haklı bir hukuki neden gösterilemez. Bu açıklamalardan şu sonuç çıkmaktadır: *Anayasa Mahkemesi, gerek iptal gerek itiraz yolu ile Anayasa'ya aykırılığı öne sürülen bir kanun hükmünün anlamını, kendi hukuk anlayışı açısından incelemeli ve o hükmün bu anlam içinde Anayasa'ya uygunluğu denetlenmelidir*"[734].

AYM'nin bu içtihadıyla ortaya koyduğu ilke doktrinde, anayasal yorumda "bağımsızlık unsuru" olarak adlandırılmıştır[735].

---

[733] Bkz. AYMK, E. 1990/32, K. 1990/25, K.T.: 16.10.1990; AYMK, E. 1991/31, K. 1991/27, K.T.: 12.09.1991 (özellikle bkz. karşı oy yazıları); AYMK, E. 1992/7, K. 1992/2, K.T.: 28.1.1992.

[734] AYMK, E. 1967/9, K. 1967/41, K.T. : 21/11/1967. (italikler bize ait). Aynı şekilde bkz. AYMK, E. 1969/30, K. 1969/65, K.T.: 18.11.1969.

[735] Bkz. **Bülent Nuri Esen**, *Anayasanın Anayasa Mahkemesince Yorumlanışı*, AÜHFY, n^{o} 301, Ankara 1972, s. 43 vd.

Anayasa Mahkememiz, özellikle 1982 Anayasasında, değiştirilmeyen hükümlere ilişkin olarak, 1961 Anayasası dönemindeki içtihatlarına atıf yapmaktadır. AYM, 1961 Anayasası dönemindeki içtihatlarına atıf yapabileceğini, aşağıdaki başlık altında bahsedeceğimiz 1. Türban Kararında ifade etmiştir:

> "1961 Anayasası'nın 153. maddesi, 1982 Anayasası'na 174. madde olarak, olduğu gibi alınmış, ayrıca 1982 Anayasası'nın Başlangıcıyla kimi maddelerinde gereklerine açıkça yer verilerek laiklik anlayışı benimsenmiştir. Bu nedenle, *Anayasa Mahkemesi'nin lâiklik konusunda 1961 Anayasası dönemindeki tüm yargıları günümüzde de geçerlidir*"[736].

Dolayısıyla 1961 Anayasası döneminde verilen yukarıdaki kararın 1982 Anayasasının yorumunda da yol gösterici nitelikte olduğu söylenebilir.

Bununla birlikte, geçtiğimiz yıl verilen bir kararda yer alan, "*1961 Anayasası döneminde bu Anayasanın kurallarına göre verilmiş Anayasa Mahkemesi kararlarının, yeni bir Anayasa olan 1982 Anayasası döneminde hukuksal bağlayıcılıkları yoktur. Yürürlükte olmayan Anayasalara göre verilen kararlar, "yokluk" ya da diğer yaptırımların gerekçesi olamaz*"[737] ifadesinin bir içtihat değişikliği olduğunun kabulü gerekir. Ancak neden böyle bir içtihat değişikliğine gidildiği ve bu içtihat değişikliğinin sadece ilgili maddeler yönünden mi, yoksa tüm maddeler yönünden mi geçerli olduğu karar metninde açıklanmamıştır. Bu anlamda, hukuki bütünlük ilkesi kapsamında bir sorun olduğu söylenebilir. Zira, Anayasa Mahkemesi 1961 Anayasası ile kurulmuş olan ve 12 Eylül 1980'den sonra bile varlığını sürdüren ender kurumlardandır ve bu anlamda 2007/72 esas sayılı kararda ifade edilen içtihat kopuşunu açıklamak çok da kolay değildir.

[736] AYMK, E. 1989/1, K. 1989/12, K.T.: 7.03.1989.

[737] AYMK, E. 2007/72, K. 2007/68, K.T.: 5.07.2007.

f. Anayasa Mahkemesi Kararlarının Gerekçelerinin Bağlayıcılığı

Anayasa Mahkemelerinin kararlarının gerekçelerinin[738] bağlayıcılığı, Anayasa yargısının kendine özgü doğasından kaynaklanır. Anayasa yargısında, Mahkemenin bir normun ya da bir uygulama işleminin[739] Anayasaya aykırı olup olmadığını incelenmesi sözkonusudur. Anayasallık incelemesi sonucunda, denetimi yapan mahkeme (Türkiye'de AYM, ABD ve Kanada gibi ülkelerde Yüksek Mahkemeler) ilgili normun ya da işlemin anayasaya aykırı olup olmadığı hakkında bir karar verir. Bu kararın hüküm fıkrası, bir cümleden oluşan ve anayasaya aykırılık talebin kabul edilip edilmediğini belirten kısmıdır ve bağlayıcıdır. Ancak bu bağlayıcılığın hayata geçirilebilmesi, anayasaya uygunluk ya da aykırılık kararının niçin verildiğinin bilinmesine bağlıdır. Bu anlamda, AYM kararının uygulanabilmesi demek, gerekçenin hayata geçirilmesi demektir. Bütün Devlet organları, gerçek ve tüzel kişiler Anayasayla bağlı olduğu için, bu metnin en önemli yorumcusu olan AYM'nin kararları ile bağlıdırlar.

Gerekçenin bir diğer önemli yönü, AYM kararlarının temel meşruluk dayanaklarını göstermesidir. AYM, bu kararı verirken hangi hak ve özgürlükleri nasıl koruduğunu ya da hangi devlet organlarının erkler ayrılığı ilkesine aykırı olarak diğerinin yetki alanına girdiğini gerekçesinde gösterir. Sadece anayasallık denetimini harekete geçiren organ ya da kişileri değil, herkesi bağladıkları için, AYM'nin bütün kararları resmi gazetede yayımlanır.

Son olarak, gerekçelerin yargılama faaliyetinin özünden kaynaklanan bir önemi vardır: Yargıcın temel işi hukuku yorumlamaktır. Yorum faaliyeti, hukuki düzenlemelerde olmayan hususları yaratmak ya da metni yeni baştan yazmaya çalışmak değildir. Yorum faaliyeti varolan metnin, somut düzenlemeler ve işlemler kapsamında

[738] Genel olarak mahkeme kararlarının gerekçeleri konusunda bkz. **Wanda Mastor**, "Essai sur la motivation des décisions de la justice", *Annuaire international de justice constitutionnelle*, Economica, Presses universitaires d'Aix-Marseille, n° XVI, 2000, ss. 35-63; **Sophie Gjidara**, "La motivation des décisions de justice: impératifs anciens et exigences nouvelles", *Les petites affiches*, 26.05.2004, n° 105, s. 3 vd.

[739] Bilindiği gibi, idari işlemlerin Anayasa Mahkemesince denetimi yetkisi, anayasa şikayetini kabul etmiş ülkelerde geçerlidir. Bizim sistemimizde inceleme sadece norm üzerinden yürütülür.

anlamlandırılmasıdır. Bu anlamda yorum, yargılama sürecinin esaslı unsurudur. Özellikle de Anayasa yargısı sözkonusu olduğunda, durum biraz daha özellik gösterir. AYM bizim sistemimizde yanlızca davanın tarafları hakkında sonuç doğuracak şekilde karar vermez; *erga omnes* etki doğuran kararlar verir. Dolayısıyla kararların yanlızca hüküm fıkrasının değil; gerekçe bölümünün de bağlayıcı olması anayasa yargısının doğası gereğidir. AYM'nin pekçok kararında da gerekçelerin bağlayıcılığı hususu vurgulanmıştır:

> "Anayasa'nın 153. maddesinin son fıkrasında, Anayasa Mahkemesi kararlarının yasama, yürütme ve yargı organları ile yönetim makamlarını, gerçek ve tüzelkişileri bağlayacağı öngörülmüştür. Bu kural gereğince Yasama Organı, yapacağı yeni düzenlemelerde daha önce aynı konuda verilen Anayasa Mahkemesi kararlarını göz önünde bulundurmak, bu kararları etkisiz bırakacak biçimde yeni yasa çıkarmamak ve Anayasa'ya aykırı bulunarak iptal edilen kuralları tekrar yasalaştırmamak yükümlüğündedir. Üstelik, yasama organı, kararların yalnız sonuçları ile değil bir bütünlük içinde gerekçeleri ile de bağlıdır. Çünkü, kararlar gerekçeleriyle genel olarak yasama işlemlerini değerlendirme ölçütlerini içerirler ve yasama etkinliklerini yönlendirme işlevi de görürler. Bu nedenle yasama organı, yasa çıkarırken iptal edilen yasalara ilişkin kararların sonuçları ile birlikte gerekçelerini de göz önünde bulundurmak zorundadır. İptal edilen yasalarla sözcükler ayrı da olsa aynı doğrultu, içerik ya da nitelikte yeni yasa çıkarılmaması gerekir"[740].

Diğer hukuk dallarında, özellikle de özel hukuk davalarında, hüküm fıkrasının bağlayıcılığı anlaşılır bir husustur. Zira bu hallerde Mahkeme, kişiler arasında çıkan

---

[740] AYMK, E. 2007/5, K. 2007/18, K.T.: 7.02.2007. Benzer pekçok karar arasında bkz. AYMK, E. 2001/24, K. 2001/356, K.T.: 5.12.2001; AYMK, E. 2000/8, K. 2003/104, K.T.: 26.12.2003; AYMK, E. 2000/14, K. 2000/21, K.T.: 13.09.2000; AYMK, E. 1999/38, K. 1999/45, K.T.: 25.11.1999; AYMK, E. 1998/43, K. 1999/44, K.T.: 25.11.1999; AYMK, E. 1998/58, K. 1999/19, K.T.: 27.05.1999. Fransa'da Anayasa Konseyinin 1958 Anayasasının 66/2. maddesini hayata geçirerek, AYM ile aynı doğrultuda verdiği kararlar bulunmaktadır, bkz. CC., déc n° 62-181, "Nature juridique des dispositions de l'article 31 (alinéa 2) de la loi n° 60-808 du 5 août 1960 d'orientation agricole", 16.01.1962; CC., déc n° 88-244, "Loi portant amnistie" 20.07.1988; CC., déc n° 89-258, "Loi portant amnistie", 8.07.1989. Anayasa Konseyinin 62-181 sayılı kararının geniş ölçüde ele alındığı doktriner bir yorum için bkz. **Favoreu-Philip**, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 14ème éd., Paris 2007; ss. 145-161.

uyuşmazlığı çözmektedir. Ancak, Anayasa Mahkemesinde önüne gelen anayasal uyuşmazlıklarda, anayasal normun, anayasaya uygunluk açısından denetlenmesi sözkonusudur. Burada verilen karar, Anayasanın başlıca yorumcusu olan AYM'nin, en temel işlevi konusundaki, başka bir deyişle, yasanın anayasaya uygun biçimde nasıl yorumlanması gerektiği konusundaki görüşlerini de içerir. Anayasa Mahkemelerinin ve anayasallık denetimi yapan Yüksek Mahkemelerin kararları bütünüyle bağlayıcıdır. Bağlayıcılık konusunda, karşılaştırmalı hukukta bizim sistemimizde olduğu gibi Kelsen modeli anayasa yargısının geçerli olduğu ülkelerde, gerekçe ile hüküm fıkrası arasında bir ayrım yapılmaz[741].

Bizde AYM gerekçelerinin bağlayıcılığının bu kadar tartışılmasının sebebi, norm metinlerinin anayasaya uygun yorumlanarak red kararı verildiği durumlarda, AYM'nin kararında göstermiş olduğu kayıtların basit yasalarla bertaraf edilememesidir[742]. Ancak anayasaya uygun yorum, sistematik yorumun özel bir biçimi olup, hukuki bütünlük, anayasanın üstünlüğü ve normlar hiyerarşisi ilkelerinin bir sonucudur[743]. Anayasaya uygun yorumu gösteren gerekçenin bağlayıcılığı da, anayasallık denetiminin doğası gereğidir.

Gerekçelerin bağlayıcılığı konusundaki bir diğer sorun, bazen Yüksek Mahkemelerin AYM'nin verdiği "yorumlu red" kararlarına uymayabilmeleridir. Mahkemeleri genel olarak düzenleyen 138. maddede, kararlarla bağlı olanlar arasında

---

[741] Bkz. **Olivier Dutheillet de Lamothe**, "L'autorité de l'interprétation constitutionnelle", *L'interprétation constitutionnelle*, a.g.e., ss. 193-204; **Pierre Bon**, "L'autorité de l'interprétation constitutionnelle: aspects de droit comparé", *L'interprétation constitutionnelle*, a.g.e., ss. 205-211.

[742] Bu konuda Anayasa Mahkemesinin "2. Türban Kararı"nı (AYMK, E. 1990/36, K. 1991/8, K.T.: 9.04.1991) örnek gösterelim. Zira doktrinde gerekçelerin bağlayıcı olmadığı yönündeki görüşler, genellikle bu karar doğrultusunda ileri sürülmüştür. Oysa ki AYM'nin, hem 1961 Anayasası döneminde, hem de 1982 Anayasası döneminde anayasaya uygun yorum yaptığı birçok kararı vardır, bkz. AYMK. E. 1976/26, K. 1976/47, K.T.: 12.10.1976; E. 1975/167, K. 1976/19, K.T.: 23.03.1976; E. 1984/1, K. 1984/1, K.T.: 28.09.1984; E. 1984/8, K. 1984/10, K.T.: 20.09.1984; E. 1984/9, K 1985/4, K.T.: 18.02.1985; E. 1988/14, K. 1988/18, K.T.: 14.06.1988; E. 1988/63, K. 1989/47, K.T.: 28.11.1989; E. 1990/6, K. 1990/17, K.T.: 28.06.1990.

[743] **Çağlar**, "Anayasa Yargısında Yorum Problemi Karşılaştırmalı Analizin Katkıları", *Anayasa Yargısı,* a.g.e., s. 191.

yargı organı sayılmamıştır[744]. Anayasanın 153. maddesi uyarınca, AYM'nin kararları, yargı organı üzerinde de bağlayıcıdır[745]. Diğer yargı organları, AYM'nin anayasallık denetimi sonunda verdiği kararlarla bağlıdırlar. Anayasallık denetiminde merkezi sisteme sahip olan ülkemizde, AYM, Anayasanın yorumu konusunda, münhasır yetkiye sahiptir.

Esasen iptal kararları konusunda, herhangibir sorun yoktur. Zira bunlar *erga omnes* sonuç doğurur. Sorun, yorumlu red kararlarına ilişkin olarak ortaya çıkabilmektedir. Bu duruma örnek olarak, Yargıtay'ın 1992/3 esas sayılı kararı gösterilebilir[746]. İlgili kararda Yargıtay, AYM'nin daha önce vermiş olduğu yorumlu red kararlarına aykırı bir içihadı birleştirme kararı oluşturmuştur[747].

Peki Mahkemelerin yorumlu red kararlarına uymamaları sorununa nasıl çözüm getirilebilir? Profesör Sağlam, bu durumlar için *de lege lata* ve *de lege ferenda* olmak üzere iki yönlü bir çözüm önerisi sunmaktadır: Buna göre de lege lata çözüm, AYM'nin yorum kaydını değiştirerek, ilgili hükme farklı bir anlam verilmesi durumunda yeniden AYM'ye başvurulabilmesidir[748]. Başka bir deyişle, AYM'nin yorumlu red kararının uygulanmadığı hallerde, Anayasanın 152/son maddesinde öngörülen on yıllık süre yasağının bu hallerde uygulanmamasıdır. Profesör Sağlam'a göre, burada her ne kadar norm metni aynı kalsa da, mahkeme tarafından (örnekte Yargıtay) somut olay özelinde tekrar yaratılan norm, AYM'nin daha önce incelediği ile aynı değildir. Görüldüğü gibi Sağlam bu noktoda hermeneutik doktrinin temel yorum metodu "somutlaştırma"dan hareket etmektedir. Konu hakkında *de lege ferenda* çözüm ise, Anayasa Mahkemesine

---

[744] Any., md. 138/son: "Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez".

[745] Any., md. 153: "Anayasa Mahkemesi kararları Resmî Gazetede hemen yayımlanır ve yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzelkişileri bağlar".

[746] Bu konuya ilişkin olarak bkz. **Sağlam**, "Yetki ve İşlev Bağlamında Anayasa Mahkemesinin Yasama Yürütme ve Yargı ile İlişkisi", *Anayasa Yargısı*, n^{o} 13, 1996, ss. 43-76.

[747] YİBK, E. 1992/3, K. 1994/3, K.T.: 1.07.1994.

[748] **Sağlam**, "Anayasa Yargısının Bazı Sorunları", *Bülent Tanör Armağanı*, Legal Yay, İstanbul 2004, s. 541.

bireysel başvuru yolunun tanınmasıdır. Ancak işte tam da bu nedenle, AYM'nin bireysel başvuru için yapmış olduğu "anayasa şikayetine" ilişkin önerisi, diğer Yüksek Yargı organlarınca reddedilmiştir. Anayasa şikayetinin kabul edilmesi varsayımında, AYM'nin, diğer Mahkemelerin üzerinde temel hak ve özgürlükler açısından temyiz mahkemesi haline gelecek olması nedeniyle.

SONUÇ

Hatırlanacağı gibi, incelememize başlarken, anayasal yorumu zor kılan ve diğer hukuk kurallarının yorumundan ayıran hususların neler olabileceği üzerinde durmuş ve şu soruyu sormuştuk: "yorumcunun, bir yandan kararını nesnel biçimde vermesini, diğer yandan da varılan sonucun anayasal demokrasi ilkelerine uygun olmasını sağlayan bir mekanizma oluşturmak mümkün müdür?"

Bu soruya vereceğimiz yanıt, bazı kayıtlarımız bulunmakla birlikte, "olumlu"dur. Şöyle ki; yorum teorisi bölümünde gördüğümüz üzere, problematiğimizde aranan iki unsuru da gerçekleştirmeye yönelik ilkeler, hukuk literatüründe mevcuttur. Teorilerin, tek tek bütün sorunlara yanıt vermediğini, ancak bunların birlikte ele alınması yoluyla, daha kapsayıcı sonuçlara ulaşılabileceğini düşünüyoruz.

Buna göre, hukuki güvenlik ilkesini sağlamaya en elverişli teorinin, Dworkin'in yorumlayıcı hukuk teorisi olduğunu belirtmiştik. Bu teoride, "hukuki bütünlük" kavramı ile anlatılan, daha önce verilmiş kararlara tam bir uygunluk değildi. Burada izlenmesi gereken, *tutarlı bir hak ve adalet anlayışıydı*.

Temel hak ve özgürlükleri güvencelemeye en elverişli teori, hermeneutik doktrindi. Zira, bu teori kapsamında "*somutlaştırma*" metodu, bir hak ve özgürlüğün sınırlandırılması halinde dahi, sözkonusu hak ya da özgürlük için optimum bir yaşam alanı tanıyordu.

Realist yorum teorisi ise, yorum sürecinde, yorumcunun belirleyici rolünü bizlere gösteriyor, anayasal yorum yapacak makamların seçimi ve donanımları hususunda gösterilmesi gereken özeni hatırlatıyordu. Bu anlamda bağımsız bir yargının mevcudiyeti ilk iki teorinin hayata geçirilebilmesinin de ön şartını oluşturuyordu.

Dolayısıyla, anayasal yorum nasıl yapılmalı sorusu, anayasacılığın varlık nedenleri gözönünde bulundurularak cevaplandırılmalıdır:

- Anayasal yorum, birey alanında insan haklarının en geniş anlamda güvencelenmesi, devlet alanında erkler ayrılığının sağlanmasını hedefler.

- Anayasal yorumun meşruluk dayanaklarını gerekçeleri oluşturur. Bu nedenle, kararların gerekçeleri, hem bazı somut hukuki güvenlik ilkeri açısından (öngörülebilirlik, ulaşılabilirlik, etkililik vs.) hem de hüküm fıkrasına giden yol olması itibarıyla "en doğru karar" verilmesi açısından önemlidir.

- Anayasal yorum, sadece AYM tarafından değil; bütün mahkemelerce yapılmalıdır. Zira somut olaylarda, tam bir tarafsızlık içinde "anayasal yorum" yapılması, yurttaş cephesinde "anayasa bağlılığın", objektif açıdan da "hukuki bütünlüğün" sağlanmasına hizmet eder.

- Anayasal yorum, mümkün olduğunca somut olay özelinde yapılmalıdır. Zira, çoğu zaman hükmün anayasal haklara aykırı olduğu somut olaylarda ortaya çkar. Bu nedenle, soruna ideal çözüm anayasa şikayeti olsa da; bu mekanizmanın olmaması varsayımında da bütün yargıçların hak ve özgürlüklerin bekçisi sıfatıyla hareket edip; ilgili normu anayasaya uygun bir biçimde yorumlaması gerekmektedir. Anayasa bu tür bir yoruma engel olmamakta, tam da anayasal yorumu özendirmektedir[749].

Ele aldığımız yorum pratikleri bize şunu gösterdi: Evet, bir Devletin Anayasasında demokratik hukuk devleti formülasyonunun bulunması önemlidir. Ancak, demokratik hukuk devletinin içeriğinin ne olduğuna yargı organı karar vermektedir. Yargı organı, bunu yorum yoluyla yapmaktadır. Almanya'da FAYM, Temel Yasa, hak ve özgürlük kataloğunu fazla geniş tutmamış olmasına rağmen, insan onuru gibi kavramlardan hareketle özgürlükçü bir hukuk devleti yaratmıştır.

Türkiye'nin, bazı ilksel girişimleri bir kenara bırakırsak, esas itibarıyla Tanzimattan beri süregelen bir anayasacılık tarihi vardır. Bu anayasacılık tarihi, bugün demokrasi niteliğine kavuşmuş çoğu ülkeden eski döneme dayanmaktadır. Türkiye'de 1982 Anayasası haklı olarak pek çok şekilde tartışılmıştır. Anayasanın yeniden yapılması ya da değiştirilmesi, her zaman gündemde olmuştur. Ancak, özellikle 1995 ve 2001 yılında gerçekleştirilen değişikliklerle, 1982 Anayasasının, otoriter yapısından

[749] Bkz. 1982 Any., md. 11, md. 138 vs.

büyük ölçüde sıyrıldığını söyleyebiliriz. Ancak, 1982 Anayasasının, bizce anayasal demokrasi anlamındaki giderilmesi gereken eksiklikleri[750], ifade özgürlüğü[751], sosyal haklar ve yargı bağımsızlığı alanlarındadır.

Peki anayasacılık alanında, hak ve özgürlüklerin güvencelenmesi alanında, kısaca anayasal demokrasi alanında, bugün karşı karşıya bulunduğumuz sorunların ve eksikliklerin sebebi ne olabilir? Sebep *bugünkü haliyle* 1982 Anayasası mıdır? Biz bu soruya, olumsuz cevap veriyoruz. Anayasanın 2001 değişiklikleri sonrası 13. maddesi, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin metninde öngörülen güvencelerden daha fazla güvence ölçütü içermektedir. Anayasanın öngördüğü haklar kataloğunun zengin olduğundan da bahsedilebilir.

Peki sorun nerede aranmalıdır? Bizce sorun, bu hükümlerin yorumu alanındadır. Anayasayı yorumlayan makamların başında yargı organı gelmektedir. Anayasa hükümlerinin demokrasiye, hukuk devletine, insan haklarına inanan yargıçlarca yorumlanması gerekir. Her yargıcın farklı siyasal görüşlerde olması olağandır. Ancak anayasal demokrasilerde bütün yargıçların "demokratik bir hukuk devleti anayasasını" uyguladıkları bilinciyle hareket etmeleri gerekir. Yargıçların yetkilerini, yaptıkları yorumları meşru kılan da Anayasadır. Ancak, anayasal yorum yapmasını beklediğimiz yargıçların tam bir bağımsızlıkla donatılması gerekir. Ve yargı bağımsızlığı, 1982 Anayasasının en büyük eksikliğidir.

Ancak, Anayasayı yorumlayan tek makam yargı organı değildir; sahip oldukları yetkileri kullanırken, cumhurbaşkanı, bakanlar kurulu ve yasama organı, anayasayı yorumlayan makamlardır. Bu kurumların da sahip oldukları yetkileri anayasaya uygun biçimde yorumlamaları gerekir. Anayasal yorum, sadece Anayasa Mahkemesi tarafından değil; tüm devlet organları tarafından yapılması gereken bütünlüklü bir

[750] Burada "cumhurbaşkanlığının halk tarafından seçilmesine" ilişkin 2007 yılında yapılan değişiklikten bahsetmeyeceğiz. Zira bu değişiklik, halihazırda 1982 Anayasasının sahip olduğu "güçlü cumhurbaşkanı" formülüne dokunmadığı için, siyasal rejim deişikliğine sebep olma potansiyeli güçlü olan bir hükümdür. Bunun sakıncaları farklıdır. Ancak incelememizin konusu olmadığı için, burada değinmiyoruz.

[751] İfade özgürlüğü, demokratik bir devletin yapı taşı olmasına rağmen, Anayasasanın en çok özel sınırlandırma sebebi öngörülen hükümlerinden biridir.

faaliyettir. Devlet organları alanında "anayasa ile sınırlılık" anlayışının içselleştirilmesi gerekir. Bu anlamda bizce yeni bir anayasa yapmak yerine; varolan anayasanın hukuk devleti gereklerine uygun biçimde yorumlanması gerekmektedir. Ancak bu noktada şu unutulmamalıdır: Anayasal yorumun bütünlüklü bir süreç olduğundan bahsetmiştik. Bu anlamda yasama ve yürütme organlarına düşen varolan anayasaya aykırı mevzuatın değiştirilmesi, özellikle 2001 değişiklikleri ışığında anayasaya uygun hale getirilmesidir. Anayasal demokrasiye duyulan inançta samimiyet, anayasal yorum yapılması sırasında ortaya çıkar.

Türkiye'nin eski anayasacılık tarihi ve demokrasi alanında yaşamış olduğu tecrübeler, Anayasanın yorumlanmasında yol gösterici nitelikte olmalıdır. Kurumları sil baştan yapmak yerine, varolan kurumları hukuk devleti yönünde dönüştürmek, demokratikleşme tekniğine daha uygun bir yaklaşım olacaktır. Zira kurumları ve metinleri anlamlandıran insanlardır. En özgürlükçü anayasa bile, otoriter bir bakış açısıyla yorumlandığında, son derece kısıtlayıcı sonuçlar meydana gelebilir. Ancak aksi de mümkündür. Kısacası metinlerin değil; zihniyetlerin değişmesi lazım. Bu nedenle öncelikle, bazı soyut kavramlar yerine, "somut olarak insan" dan hareket etmek ve şu soruları sormak gerekli: Bir insanın varlığını özgürce geliştirebileceği şartlar nelerdir? Devletin bireyin özgürlük alanına yaptığı müdahale hangi sebeplerle, nereye kadar meşru görülebilir?

Konuya yurttaşlar açısından bakıldığında, Anayasanın bütünlüklü yorumlanması ve normatif olarak somut bir biçimde uygulanmasıyla, hak ve özgürlüklerinin güvencede olduğunu bilen bireyler, hukukun kendilerine engel değil; toplum içinde yaşamanın vazgeçilmez bir öğesi olduğunu düşünürler. Anayasaya bağlılık ve anayasa kültürü de bu şekilde oluşur herhalde.

KAYNAKÇA

A. KİTAPLAR VE TEZLER

- **Alexy**, **Robert** *A Theory of constitutional rights*, (trans. Julian Rivers), Oxford University Press, reprinted 2004.
- **Aliefendioğlu**, **Yılmaz** *Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi*, Yetkin Yay., Ankara 1996.
- **Aral**, **Vecdi** *İnsan Özgür mü?*, İstanbul Barosu Yay., İstanbul 2004.
- **Ardant**, **Philippe** *Institutions politiques & Droit constitutionnel*, L.G.D.J., 13ème ed., Paris, 2001.
- **Armağan**, **Servet** *Anayasa Mahkememizde Kazai Murakabe Sistemi* (doktora tezi), İstanbul 1967.
- **Bakırcı**, **Fahri** *TBMM'nin Çalışma Yöntemi*, İmge Kitabevi, Ankara 2000.
- **Barak**, **Aharon** *Purposive Interpretation in Law*, Princeton University Press, Princeton and Oxford, 2005.
- **Berkes**, **Niyazi** *Türkiye'de Çağdaşlaşma*, YKY, 3. baskı, İstanbul 2002.
- **Boyar**, **Oya** *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Kararlarında Mülkiyet Hakkının Sınırlandırılması*, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, yayınlanmamış yüksek lisans tezi, İstanbul 2004.
- **Champeil-Desplats**, **Véronique** *Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République (Principes constitutionnels et justification dans les discours juridique)*, Economica, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2001.
- **Çağlar**, **Bakır** *Anayasa Bilimi (Bir Çalışma Taslağı)*, BFS yay., İstanbul 1989.
- **Doğru**, **Osman** *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları*, Legal Yay., (C. 1, 2 İstanbul 2004) (C. 3,4 İstanbul 2008).
- **Dworkin**, **Ronald** *Freedom's Law: The Moral Reading of The American Constitution*, 1996.
- **Dworkin**, **Ronald** *Law's Empire*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge Massachusetts 1986.

- **Dworkin**, **Ronald** *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge Massachusetts 1978.
- **Dworkin**, **Ronald** *Une question de principe*, P.U.F., Paris 1996.
- **Eco**, **Umberto** *Yorum ve Aşırı Yorum*, Can Yay., (çev. Kemal Atakay), 3. bası, İstanbul 2003.
- **Eisenmann**, **Charles** *La Justice constitutionelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, édition de 1928, Economica et Presse Universitaires D'Aix-Marseille, 1986.
- **Ergül**, **Ozan** *Yeni Kuramsalcı Yaklaşımla Türk Anayasa Mahkemesi ve Demokrasi*, Adalet Yay., Ankara 2007.
- **Erkut**, **Celal** *Hukuka Uygunluk Bloku*, Kavram Yay., İstanbul 1996.
- **Esen**, **Bülent Nuri** *Anayasanın Anayasa Mahkemesince Yorumlanışı*, AÜHFY, n^{o} 301, Ankara 1972.
- **Favoreu-Philip**, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 14ème éd., Paris 2007.
- **Fay**, **Brian** *Çağdaş Sosyal Bilimler Felsefesi: Çokkültürlü Bir Yaklaşım*, (çev: İsmail Türkmen), Ayrıntı Yay., 2. bası, İstanbul 2005.
- **Frydman**, **Benoît** *Le sens des lois*, Bruylant/L.G.D.J., Bruxelles 2005.
- **Grünberg**, **Teo** *Anlam Kavramı Üzerine Bir Deneme*, YKY, Cogito, İstanbul 2006.
- **Güçlü, Abdülbaki / Uzun, Erkan / Uzun, Serkan / Yolsal, Ümit Hüsrev**, *Felsefe Sözlüğü*, Bilim ve Sanat Yay., 2 bası, Ankara 2003.
- **Gülsoy**, **Mehmet Tevfik** *Özgürlüklerin Korunmasında Anayasa Yargısının Yeri ve Meşruluğu*, Yetkin Yay., Ankara 2007.
- **Güriz**, **Adnan** *Hukuk Başlangıcı*, Siyasal Kitabevi, 10. bası, Ankara 2005.
- **Habermas**, **Jürgen** *Between Facts and Norms: Contribution to a Discourse Theory of Law and Democracy*, (trans. William Rehg), Polity Press, UK 1996.
- **Honeyball, Simon - Walter**, **James** *Integrity, Community and Interpretation* (A critical analysis of Ronald Dworkin's Theory of Law), Ashgate/Dartmouth, Aldershot, Vermont 2000.

- **İnceoğlu**, **Sibel** *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı*, Beta yay., 2. bası, İstanbul 2005.
- **İnceoğlu**, **Sibel** *Ölme Hakkı*, Ayrıntı yay., İstanbul 1999.
- **Just**, **Gustavo** *L'interpréter les théories de l'interprétation*, Harmattan, Paris 2005.
- **Kaboğlu**, **İbrahim Ö.** *Anayasa Yargısı (Avrupa Modeli ve Türkiye)*, İmge Kitabevi, 4. bası, Ankara 2007.
- **Kaboğlu**, **İbrahim Ö.** *Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)*, Legal Yay., 3. bası, İstanbul 2006.
- **Kaboğlu**, **İbrahim Ö.** *Kolektif Özgürlükler*, DÜHF yay., Diyarbakır 1989.
- **Kanadoğlu**, **Korkut** *Anayasa Mahkemesi*, Beta yay., İstanbul 2004.
- **Kanadoğlu**, **Korkut** *Türk ve Alman Anayasa Yargısında Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyumlaştırılması*, Beta yay., İstanbul 2000.
- **Karayalçın**, **Yaşar** *Hukukda Öğretim-Kaynaklar-Metod-Problem Çözme*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Sözkesen Matbaacılık, 6. tıpkı bası, Ankara 2001.
- **Kıratlı**, **Metin** *Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi (İtiraz Yolu)*, AÜSBF yay., Sevinç matbaası, Ankara 1966.
- **Kymlicka**, **Will** *Çağdaş Siyaset Felsefesine Giriş*, İBÜY, İstanbul, 2004.
- **Marmor**, **Andrei** *Interpretation and Legal Theory*, Hart Publishing, 2nd ed., Portland Oregon, 2005.
- **Mazower**, **Mark** *Karanlık Kıta - Avrupa'nın 20. Yüzyılı*, İBÜY., 1. bası, İstanbul 2003.
- **Meindl**, **Thomas** *La Notion de Droit fondamental dans les Jurisprudences et Doctrines constitutionnelles françaises et allemandes*, L.G.D.J., Paris 2003.
- **Müller**, **Friedrich** *Discours de la méthode juridique*, (traduit par Olivier Jouanjan), PUF, Léviathan, Paris 1996.
- **Oder**, **Bertil Emrah** *Avrupa Birliği'nde Anayasa ve Anayasacılık*, Anahtar Kitaplar, İstanbul 2004.
- **Onar**, **Erdal** *1982 Anayasasında Anayasayı Değiştirme Sorunu*, Ankara 1993.

- **Onar**, **Erdal** *Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Siyasal ve Yargısal Denetimi ve Yargısal Denetim Anlamında Ülkemizde Öncüler*, Ankara 2003.
- **Özbudun**, **Ergun** *Demokrasiye Geçiş Sürecinde Anayasa Yapımı*, Bilgi Yay., İstanbul 1993.
- **Özbudun**, **Ergun** *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin yay., 7 bası, Ankara 2002.
- **Pactet**, **Pierre** *Institution politique, Droit constitutionnel*, Masson/Armand Colin, 14ème éd., Paris 1995.
- **Palmer**, **Richard E.** *Hermenötik*, Anka Yay., 2. bası, İstanbul, 2003.
- **Parla**, **Taha** *Türkiye'de Anayasalar*, İletişim yay., 3. baskı, İstanbul 2002.
- **Posner**, **Richard A.** *Overcoming Law*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, and London, England 1995.
- **Quint**, **Peter E.** *Imperfect Union: Constitutional Structures of German Unification*, Princeton University Press, Ewing, NJ, USA, 1997.
- **Rawls**, **John** *Halkların Yasası ve Kamusal Akıl Düşüncesinin Yeniden Ele Alınması*, (çev. Gül Evrin) İBÜY., İstanbul 2003.
- **Rawls, John** *Siyasal Liberalizm*, (çev: Mehmet Fevzi Bilgin) İBÜY., İstanbul 2007.
- **Resnik**, **David B.** *Bilim Etiği*, Ayrıntı yay., (çev. Vicdan Mutlu), İstanbul 2004.
- **Rousseau**, **Dominique** *Droit du contentieux constitutionnel*, Montchrestien, 2ème éd., Paris 1992.
- **Rouvillois**, **Frédéric** *Droit constitutionnel* (Fondements et pratiques), Champs Université Flammarion, 2002.
- **Sağlam**, **Fazıl** *Temel Hakların Sınırlandırılması ve Özü*, AÜSBF yay., no. 506, Ankara 1982.
- **Sancar**, **Mithat** *Devlet Aklı Kıskacında Hukuk Devleti*, İletişim yay., 3. bası, İstanbul 2004.
- **Sancar**, **Mithat** *Temel Hakların Yorumu*, yayınlanmamış doktora tezi, A.Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 1995.
- **Sezer Abdullah** (Yayına Hazırlayan), *Ulusal-üstü Belgeler ve Önceki Anayasalarla Karşılaştırmalı&Gerekçeli&Açıklamalı 1982 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ve İlgili Mevzuat* Beta yay., İstanbul 2004.

- **Tanör**, **Bülent** *Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar*, May yay., İstanbul 1978.
- **Tanör, Bülent - Yüzbaşıoğlu**, **Necmi** *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, Beta yay., 6. bası, İstanbul 2004.
- **Tanör**, **Bülent** *Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri*, YKY, 9. baskı, İstanbul 2002.
- **Tanör**, **Bülent** *İki Anayasa: 1961-1982*, Beta yay., 3. tıpkı bası, İstanbul 1994.
- **Tanör**, **Bülent** *TCK. 142. Madde Düşünce Özgürlüğü ve Uygulama*, Forum yay., İstanbul 1979.
- **Tanör**, **Bülent** *Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, BDS yay., 3. basım, Yön matbaası, İstanbul 1994.
- **Teziç**, **Erdoğan** *Anayasa Hukuku*, Beta yay., 9. bası, İstanbul 2004.
- **Troper**, **Michel** *La théorie du droit, le droit, l'Etat*, PUF, Léviathan, Paris 2001.
- **Üskül**, **Zeynep Özlem** *Bireyselciliğe Tarihsel Bir Bakış*, Büke Yay., İstanbul 2003.
- **Yaltı**, **Billur** *Vergi Yükümlüsünün Hakları*, Beta Yay., İstanbul 2006.
- **Yazıcı**, **Serap** *Başkanlık ve Yarı-Başkanlık Sistemleri*, İBUY., 1. bası, İstanbul, 2002.
- **Yazıcı**, **Serap** *Türkiye'de Askeri Müdahalelerin Anayasal Etkileri*, Yetkin yay., Ankara 1997.
- **Yüzbaşıoğlu**, **Necmi** *Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku*, İÜHF Yay, no: 703, İ.Ü. Basımevi ve Film Merkezi, İstanbul 1993.

B. MAKALELER

- **Aksoy**, **Muammer** "Türkiye'de Düşünce Özgürlüğü", *Türkiye'de İnsan Hakları*, Ankara 1970.
- **Alexy, Robert** "Balancing, Constitutionnal Review, and Representation", *I. CON*, Vol. 3, n^{o} 4, 2005, pp. 572-581.
- **Alexy**, **Robert** "On the Structure of Legal Principles", in *Ratio Juris*, Vol. 13, No. 3, September 2000, pp. 294-304.
- **Aliefendioğlu**, **Yılmaz** "1982 Anayasası ve Uygulaması", *Amme İdaresi Dergisi*, c. 30, sy. 2, 1997, s. 3-18.

- **Aliefendioğlu**, **Yılmaz** "Anayasal Yargıda Yorum", *Amme İdaresi Dergisi*, C. 28, sy. 3, Eylül 1995, ss. 3-26.
- **Aliefendioğlu**, **Yılmaz** "Yasaların Cumhurbaşkanınca Geri Gönderilmesi", *Amme İdaresi Dergisi*, c. 21, sy.1, 1988, ss. 5-25.
- **Allen, André / Renauld, Bernadette / Meersschaut, Frank / Melchior, Michel / Courtoy, Claude** "Les Relations entre les Cours constitutionnelles et les autres juridictions nationales, y compris l'interférence en cette matière, de l'action des juridictions européennes" (Rapport général) in *Revue universelle des Droits de l'Homme*, Vol. 14, n° 9-12, pp. 333-360.
- **Amann**, **Diane Marie** "Raise the flag and let it talk: On the use of external norms in constitutional decision making", *I·CON*, Vol. 2, n° 4, 2004, pp. 597-610.
- **Arnwine**, **Selin Esen** "İspanya'da Bireysel Başvuru Yolu" in *AÜHFD*., cilt:52, sayı:4, Ankara 2003, ss. 248-269.
- **Balta**, **Tahsin Bekir** "Türkiye'de Anayasa Yargısı", *AÜHFD*, c. 18, 1961.
- **Barak**, **Aharon** "Hermeneutics and constitutional interpretation", *Cardozo Law Review*, Vol. 14, 1993.
- **Barnett**, **Randy** "Constitutional Legitimacy", in *Columbia Law Review*, vol. 103, no. 1, 2003.
- **Batum**, **Süheyl** "Cumhurbaşkanı Seçimi Öncesi Cumhurbaşkanlığı Sempozyumunda sunulan tebliğ", *Cumhurbaşkanı Seçimi Öncesi Cumhurbaşkanlığı*, TBB Yay., Ankara 2007., ss. 245-258.
- **Baxter**, **Hugh** "System and Lifeworld In Habermas's Theory Of Law", *Cardozo Law Review*, Vol. 23, n° 2, 2002, pp. 473-615.
- **Beaud**, **Olivier** "Michel Troper et la séparation des pouvoirs", *Droits*, n° 37, 2003, pp. 149-171.
- **Bix, Brian** "Natural Law Theory: The Modern Tradition", *Handbook of Jurisprudence and Legal Philosophy*, (ed. Jules J. Coleman&Scott Shapiro), Oxford University Press, Oxford 2002, pp. 62-103.
- **Bix**, **Brian** "Robert Alexy's Radbruch", in http://www.ssrn.com (10.06.2006)

- **Boissy**, **Xavier** La séparation des pouvoirs: oeuvre jurisprudentielle (sur la construction de l'Etat de droit post-communiste), Bruylant, Bruxelles 2003.
- **Bollnow**, **Otto Friedrich** "İfade ve Anlama" in *Hermeneutik Üzerine Yazılar*, (çev:Doğan Özlem), İnkılap Yay., İstanbul 2003, ss. 95-136.
- **Bon**, **Pierre** "L'autorité de l'interprétation constitutionnelle: aspects de droit comparé", *L'interprétation constitutionnelle*, (*Actes du Colloque*) *L'interprétation constitutionnelle* (dir. Ferdinand Mélin-Soucramanien), Dalloz, Paris 2005, pp. 205-211.
- **Borovalı**, **Murat** "John Rawls ve Siyaset Felsefesi" in *Halkların Yasası ve Kamusal Akıl Düşüncesinin Yeniden Ele Alınması*, *Halkların Yasası ve Kamusal Akıl Düşüncesinin Yeniden Ele Alınması*, İBÜY., İstanbul 2003.
- **Brugger**, **Winfried** "Communitarianism as the social and legal theory behind the German Constitution" in *I·CON*, Vol. 2, n^{o} 3, 2004, pp. 431-460.
- **Brugger**, **Winfried** "Concretization of law and statutory interpretation", *Tulane European and Civil Law Forum*, vol. 11, Winter 1996.
- **Candan**, **F.** "Anayasanın Geçici 15. Maddesi ve Uygulaması", *Çağdaş Hukuk*, Ocak/Şubat 1993.
- **Cappelletti**, **Mauro** "Nécessité et légitimité de la justice constitutionnelle" in *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 33., n^{o} 2, 1981.
- **Chevallier**, **Jacques** *l'Etat de Droit*, (dossier realisé par Jacques Chevallier), La documentation française, n^{o} 898, mars 2004.
- **Cloud**, **A. Morgan** "Structure and values in constitutional interpretation", *Emory Law Journal*, Vol. 40, 1991, pp. 875-884.
- **Coleman**, **Jules L.** "Book Review: Taking Rights Seriously" in *California Law Review*, Vol. 66, 1978, pp. 885-919.
- **Curran**, **Vivian Grosswald** "Fear of Formalism: Indications From The Fascist Period in France and Germany of Judicial Methodology's Impact on Substantive Law" in *Cornell International Law Journal*, Vol. 35, 2002, pp. 101-187.
- **Çağlar**, **Bakır** "Anayasa Yargısında Yorum Problemi Karşılaştırmalı Analizin Katkıları", *Anayasa Yargısı*, n^{o} 2, 1985, ss. 163-195.

- **Dammann**, **Jens C.** "The role of comparative law in statutory and constitutional interpretation", *St. Thomas Law Review*, Vol. 14, 2002, pp. 513-559.
- **De Lamothe**, **Olivier Dutheillet** "L'autorité de l'interprétation constitutionnelle", (*Actes du Colloque*) *L'interprétation constitutionnelle* (dir. Ferdinand Mélin-Soucramanien), Dalloz, Paris 2005, pp. 193-204.
- **Dilthey**, **Wilhelm** "Hermeneutiğin Doğuşu" in *Hermeneutik ve Tin Bilimleri*, (çev: Doğan Özlem), Paradigma yay., İstanbul, 1999.
- **Dilthey**, **Wilhelm** "Tin Bilimlerine Giriş" in *Hermeneutik ve Tin Bilimleri*, (çev: Doğan Özlem), Paradigma yay., İstanbul, 1999.
- **Dittmann, Armin "**Le recours constitutionnel en droit allemand" in *Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 10, www.conseil-constitutionnel.fr
- **Duchamp**, **Marcel** "Marcel Duchamp ve Ready-made" in *Modernizmin Serüveni*, (ed. Enis Batur), YKY, 3. bası, İstanbul 1999.
- **Duran**, **Lütfi** "Türkiye'de Anayasa Yargısının İşlevi ve Konumu", *Anayasa Yargısı*, n^{o} 1, 1984, ss. 57-58.
- **Dworkin**, **Ronald** "Hard Cases", in *Harvard Law Review*, Vol. 88, 1975.
- **Dworkin**, **Ronald** "Interpretation, Morality and Truth", p. 4, http://www.law.nyu.edu/clppt/program2002/readings/dworkin/dworkin.pdf
- **Dworkin**, **Ronald** "la théorie du droit comme interprétation" in *Droit et Société*, n^{o} 1-1985.
- **Eisenmann**, **Charles** "La justice constitutionnelle dans la République fédérale d'Allemagne", *Etudes en l'honneur de Léo Hamon, Itinéraires*, Economica, 1982, pp. 195-215.
- **Eyrenci**, **Öner** "Anayasanın Yorumlanması Yöntemlerine Genel Bir Bakış", *Amme İdaresi Dergisi*, cilt: 14, sy. 1, 1981.
- **Fallon, Jr.**, **Richard H.** "Legitimacy and The Constitution" in *Harvard Law Review*, Vol. 118, 2005.
- **Favoreu**, **Louis** "La légitimité du juge constitutionnel" in *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 46., n^{o} 2, 1994.
- **Foley**, **Edward B.** "Interpretation and Philosophy: Dworkin's Constitution" in *Constitutional Commentary*, Spring 1997, Vol. 14, Issue 1.

- **Freeman**, **Samuel** "Original Meaning, Democratic Interpretation, and the Constitution", in *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 21, Winter 1992.
- **Fromont**, **Michel** "La Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne", *Cahier du Conseil constitutionnel*, no. 15, accessible sur http://www.conseil-constitutionnel.fr/cahiers/ccc15/all1.htm (02.04.2007).
- **Gadamer**, **Hans-Georg** "Dilthey'in Tarihselliğin Güçlüklerinde Dolanışı" in *Hermeneutik Üzerine Yazılar* (çev:Doğan Özlem), İnkılap yay., İstanbul 2003.
- **Gadamer**, **Hans-Georg** "Hermeneutik" in *Hermeneutik Üzerine Yazılar* (çev:Doğan Özlem), İnkılap Yay., İstanbul 2003.
- **Ghoshray**, **Saby** "To understand foreign court citation: dissecting originalism, dynamism, romanticism, and consequentialism", *Albany Law Review*, Vol. 69, 2006, pp. 709-743.
- **Gjidara**, **Sophie** "La motivation des décisions de justice: impératifs anciens et exigences nouvelles", *Les petites affiches*, 26.05.2004, n° 105.
- **Gönenç, Levent - Kontacı**, **Ersoy** "Yaşayan Anayasa: 2003 ve 2004 Yılları Anayasal Gelişmeleri", *TBB Dergisi*, sy. 61, 2005, ss. 107-239.
- **Gören**, **Zafer** "Anayasa Mahkemesine Kişisel Başvuru" in *Anayasa Yargısı*, n° 11, 1994, ss. 97-134.
- **Gözler**, **Kemal** "Anayasa Değişikliği Kanunları Üzerinde Cumhurbaşkanının Yetkileri", *Ankara Barosu Dergisi,* Yıl 59, sy. 4, Ankara 2001.
- **Göztepe**, **Ece** "2007 Cumhurbaşkanlığı Seçimlerinin Bir Değerlendirmesi – Sevilmeyen Anayasayı Kim Korumak İster?", *Birikim*, sy. 218, 2007.
- **Groppi**, **Tania** "Constitutional State as a Source of Constitutional Patriotism: The Case for Israel", paper presented at Marmara University, April 11th 2007.
- **Guastini**, **Riccardo** "Réalisme et anti-réalisme dans la théorie de l'interprétation", *Mélanges Paul Amselek*, Bruylant, Bruxelles 2005.
- **Hamilton**, **Alexander** "The Federalist No. 78", *The Federalist Papers by Alexander Hamilton, James Madison and John Gray*, (ed. Gary Wills), Bantam Books, New York 1982.
- **Hatemi**, **Hüseyin** "Anayasaya Aykırı Olamayan Kanunlar", *Yeni Gündem*, sy. 37, 1985.

- **Heuschling**, **Luc** "Le développement de la théorie en Europe" in *l'Etat de Droit*, (dossier realisé par Jacques Chevallier), La documentation française, n° 898, mars 2004.
- **Himma**, **Kenneth Einar** "Trouble in Law's Empire: Rethinking Dworkin's Third Theory of Law", *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 23, No. 3 (2003).
- **Işıktaç**, **Yasemin** "Bir Adalet Sorunu Olarak Hukukun Yorumlanması: 'Düzen ve Barışın Kızkardeşi Olarak Adalet Konuşuyor', in *Ankara Barosu Hukuk Kurultayı/2006*, (3-7 Ocak 2006, Ankara), Ankara Barosu Yay., C. 2.
- **Işıktaç, Yasemin –Metin**, **Sevtap** *Hukuk Metodolojisi*, Filiz Kitabevi, İstanbul 2003.
- **İba**, **Şerif** "Cumhurbaşkanınca Yayımlanması Kısmen veya Tamamen Uygun Bulunmayan Kanunların Meclise Geri Gönderilmesi", *AUHFD*, c. 53, sy. 3, 2003, ss. 306-307.
- **İnceoğlu**, **Sibel** "Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı Çerçevesinde Af, Şartla Salıverme, Dava ve Cezaların Ertelenmesi", *Anayasa Yargısı* n° 18, 2001, ss. 41-75.
- **İnceoğlu**, **Sibel** "Demokrasinin Önkoşulu: Hukuk Devleti ve Hukukun Üstünlüğü" in *Eksiksiz Demokrasi Sempozyumu* (Ankara 18-19 Ekim 2007), TBB Yay., Ankara 2008, ss. 16-35.
- **Jackson**, **Vicki C.** "Constitutional comparisons: convergence, resistance, engagement", *Harvard Law Review*, Vol. 119, 2005, pp. 109-128.
- **Jacobsohn**, **Gary Jeffrey** "The permeability of constitutional borders", *Texas Law Review*, Vol. 82, n° 7, 2004, pp. 1763-1818.
- **Jouanjan**, **Olivier** "Une interprétation de la théorie réaliste de Michel Troper", *Droits*, n° 37, 2003, pp. 31-48.
- **Kaboğlu İbrahim Ö.** (ed.), *İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması* (Any., md.90/son), TBB Yay., İstanbul 2005.
- **Kaboğlu**, **İbrahim Ö.** "2001 Anayasa Değişiklikleri: Ulusal-üstü Etkiden Ulusal Tepkiye", *Anayasa Yargısı*, n° 19, 2002, ss. 105-118.

- **Kaboğlu**, **İbrahim Ö.** "L'évolution des droits de l'homme et de la démocratie en Turquie depuis un demi-siècle", *Bulletin des droits de l'homme* publié par l'Institut luxembourgeois des droits de l'homme, n^{os} 11/12, Luxembourg 2005, pp. 112-122.
- **Kaboğlu**, **İbrahim Ö**. "Cumhurbaşkanlığı Seçimi I" (*BirGün*, 3.01.2007), "Cumhurbaşkanlığı Seçimi II" (*BirGün*, 10.01.2007)
- **Kaboğlu**, **İbrahim Ö.** "Uluslararası Sözleşmeler ve İç Hukuk: Hukuka Yeni Düzenleme, *Radikal*, 26.07.2004.
- **Kaboğlu**, **İbrahim Ö.** "Hukukun Genel İlkeleri ve Anayasa Yargısı", *Anayasa Yargısı*, n^{o} 8, 1991, ss. 291-322.
- **Kaboğlu**, **İbrahim Ö.** "Türkiye'de Hukuk Devletinin Gelişimi" in *Hukuk Devleti*, ed. Hayrettin Ökçesiz, Afa Yay., İstanbul 1998, ss. 90-91.
- **Kaboğlu**, **İbrahim Ö.** « Les critères fondamentaux de l'Etat de droit », *Justice et Droit de l'homme,* XXVIII^{ème} Congrès de l'IDEF, palais du Luxembourg (Sénat) du 6 au 8 mars 2003, Pulim 2004.
- **Kadıgil**, **Ülkü Müge** "İtiraz Başvurularında Davada Uygulanacak Kural Sorunu", *Anayasa Yargısı İncelemeleri I*, AYM yay, Ankara 2006, ss. 259-290.
- **Kelsen**, **Hans** "L'expression 'Etat de Droit': un pléonasme" in *l'Etat de Droit*, (dossier realisé par Jacques Chevallier), La documentation française, n^{o} 898, mars 2004.
- **Kelsen**, **Hans** "Qu'est-ce que la théorie pure du droit?" in *Droit et Société*, n^{o} 22, 1992.
- **Lee**, **Jack Tsen-Ta** "Interpreting bills of rights: The value of a comparative approach", *I·CON*, Vol. 5, n^{o} 1, 2007, pp. 122-152.
- **Limbach**, **Jutta** "The concept of the supremacy of the Constitution", *The Modern Law Review*, Vol. 64, n^{o} 1, January 2001, pp. 1-10.
- **Mastor**, **Wanda** "Essai sur la motivation des décisions de la justice", *Annuaire international de justice constitutionnelle*, Economica, Presses universitaires d'Aix-Marseille, n^{o} XVI, 2000, ss. 35-63.
- **Mattias Kumm**, "Constitutional rights as principles: on the structure and domain of constitutional justice", *I·CON*, Vol. 2, n^{o} 3, 2004, pp. 574-596.

- **Maus**, **Didier** "La Constitution jugée par sa pratique", in *Revue française de science politique*, 1984, Vol. 34, n^{os} 4-5, pp. 875-909.
- **McEwen Craig A. –Maiman**, **Richard J.** "In Search of Legitimacy : Toward an Empirical Analysis", in *Law & Policy*, Vol. 8, 1986.
- **Metin**, **Sevtap** "Ronald Dworkin'in Hukuk Teorisinde Yorum Yaklaşımı" in *İÜHFM*, cilt: LXI, sy. 1-2, 2003.
- **Mitchel S.-O.-l'E. Lasser**, "Judicial (Self-) Portraits: Judicial Discourse in the French Legal System" in *Yale Law Journal*, Vol. 104, April 1995.
- **Moor**, **Pierre** "Droit subjectif et sujet du droit dans une théorie du droit comme processus", *Etudes en l'honneur de Gérard Timsit*, Bruylant, Bruxelles 2004, pp. 141-167.
- **Oder**, **Bertil Emrah** "Avrupa Birliği'nde Çokmerkezli Anayasacılığın Yapısal Sorunları : Yetki Çatışmaları ve İkincillik İlkesi Işığında Türkiye İçin Karşılaştırmalı Gözlemler", *Anayasa Yargısı*, n^{o} 22, 2005, ss. 168-215.
- **Ökçesiz**, **Hayrettin** "Hukukta Yoruma Güncel Bakış", *Güncel Hukuk*, Mart 2008, n^{o} 3-51 ss. 12-17.
- **Özbudun**, **Ergun** "Cumhurbaşkanı Seçimi Öncesi Cumhurbaşkanlığı Sempozyumunda sunulan tebliğ", *Cumhurbaşkanı Seçimi Öncesi Cumhurbaşkanlığı*, *Cumhurbaşkanı Seçimi Öncesi Cumhurbaşkanlığı*, TBB Yay., Ankara 2007, ss. 236-245.
- **Özkök**, **Gülriz** "Hukuki Belirsizlik Problemi Üzerine", *AÜHFD*, cilt: 51, sy:2, 2002.
- **Paulson**, **Stanley L.** "La normativité dans la Théorie Pure du Droit peut-elle se prévaloir d'arguments transcendantaux?" in *Droit et Société*, n^{o} 7-1987, pp. 341-362.
- **Paulson**, **Stanley L.** "On the Background and Significance of Gustav Radbruch's Post-War Papers" in *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 26, Spring 2006, pp. 17-40.
- **Pfersmann**, **Otto** "Contre le néo-réalisme juridique. Pour un dèbat sur l'interprétation", *Revue française du droit constitutionnel*, n^{o} 50, 2002, pp. 279-333;

- **Pfersmann**, **Otto** "De l'impossibilité du changement de sens de la Constitution", Mélanges Pierre Pactet, l'esprit des institutions et équilibre des pouvoirs, Dalloz 2003, pp. 353-374.
- **Pfersmann**, **Otto** "Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit", *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 53, n° 2, 2001, pp. 275-288.
- **Philippe Brault - Guillaume Renaudineau - François Sicard,** "Le principe de subsidiarité", *Les études de la documentation française n° 5214*, Paris 2005.
- **Ponthoreau**, **Marie-Claire** "Le recours à l'argument du droit comparé par le juge constitutionnel. Quelques problèmes théoriques et techniques", in (*Actes du Colloque*) *L'interprétation constitutionnelle* (dir. Ferdinand Mélin-Soucramanien), Dalloz, Paris 2005, pp. 167-184.
- **Radbruch**, **Gustav** "Statutory Lawlessness and Supra-Statutory Law" (1946), (Translated by Bonnie Litschewski Paulson, Stanley L. Paulson), *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 26, Spring 2006.
- **Rawls**, **John** "Sivil İtaatsizliğin Tanımı ve Haklılığı", in *Kamu Vicdanına Çağrı: Sivil İtaatsizlik*, (çev: Yakup Coşar), Ayrıntı yay., 2. bası, İstanbul, 2001.
- **Raz**, **Joseph** "On The Authority and Interpretation of Constitutions : Some Preliminaries" in *Constitutionalism*, (ed. Larry Alexander), Cambridge University Press, 2001.
- **Reimann**, **Mathias** "Takeover: German Reunification Under a Magnifying Glass", in *Michigan Law Review*, Vol. 96, n° 6, May 1998.
- **Rials**, **Stéphane** "la démolition inachevée", *Droits*, n° 37, 2003, pp. 49-85.
- **Rosenfeld**, **Michel** "Constitutional adjudication in Europe and the United States", *I·CON*, Vol. 2, n° 4, 2004, pp. 633-668.
- **Rosenfeld**, **Michel** "Dworkin and The One Law Principle: Pluralist Critique" in http://ssrn.com/abstract=528562 (25.11.2006)
- **Rupp, Hans G.** "Objet et portée de la protection des droits fondametaux: Tribunal constitutionnel fédéral allemand", *Revue internationale du droit comparé*, Vol. 33, n° 2, 1981.
- **Sabuncu**, **Yavuz** "Federal Almanya'da Anayasa Şikayeti" in *AÜSBFD*., Eylül-Aralık 1982, XXXVII, n° 3-4, ss. 139-151.

- **Sağlam**, **Fazıl** "Anayasa Şikayeti Kurumunun Türk Hukukuna Kazandırılmasına İlişkin Sorunlar ve Çözüm Olanakları", *Anayasa Yargısı İncelemeleri I*, AYM yay., (ed. Mehmet Turhan, Hikmet Tülen), Ankara 2006, ss. 71-111.
- **Sağlam**, **Fazıl** "Anayasa Yargısının Bazı Sorunları", *Bülent Tanör Armağanı*, Legal Yay, İstanbul 2004.
- **Sağlam**, **Fazıl** "Cumhurbaşkanlığı Seçimiyle İlgili Tartışmalar", *Cumhuriyet*, 9.01.2007.
- **Sağlam**, **Fazıl** "Yetki ve İşlev Bağlamında Anayasa Mahkemesinin Yasama Yürütme ve Yargı ile İlişkisi", *Anayasa Yargısı*, n^{o} 13, 1996, ss. 43-76.
- **Saunders**, **Cherly** "The use ans misuse of comparative constitutional law", *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Vol. 13, n^{0} 1, 2006, pp. 37-76.
- **Schmitt**, **Carl** "L'Etat de droit désarmé face aux situations d'exception" in *l'Etat de Droit*, (dossier realisé par Jacques Chevallier), La documentation française, n^{o} 898, mars 2004, pp. 85-87.
- **Sofio**, **Lisa** "Recent developments in the debate concerning the use of foreign law in constitutional interpretation", *Hastings International and Comparative Law Review*, Vol. 30, 2006, pp. 131-150.
- **Somek**, **Alexander** "Stateless Law: Kelsen's Conception and Its Limites", in *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 26, Winter 2006, pp. 753-774.
- **Starck**, **Christian "**La Cour constitutionnelle fédérale", *Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*: *Renouveau du droit constitutionnel*, Dalloz 2007, pp. 455-471.
- **Steyn**, **Lord** "Democracy Through Law", *European Human Rights Law Review*, Vol. 6, 2002, pp. 723-736.
- **Şen**, **Murat** "1961 ve 1982 Anayasalarında Anayasa Değişikliklerinin Yargısal Denetimi" *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, 75. Yıl Armağanı*, c. 2, sy. 1, Erzincan 1998, s. 88-119.
- **Tanör**, **Bülent** "Anayasamızın yeni 11inci maddesi genel bir sınırlandırma kuralı getirmiş midir?", *Sıddık Sami Onar Armağanı*, İÜHF yay., İstanbul 1977, ss. 873-881.

- **Troper**, **Michel** "L'interprétation constitutionnelle", in (*Actes du Colloque*) *L'interprétation constitutionnelle* (dir. Ferdinand Mélin-Soucramanien), Dalloz, Paris 2005, pp. 13-25.
- **Troper**, **Michel** "Marshall, Kelsen, Barak and the Constitutionalist fallacy" in *I·CON*, Vol. 3, n° 1, 2005, pp. 24-38.
- **Troper**, **Michel** "The Logic of justification of judicial review", in *I·CON*, Vol. 1, No. 1, 2003, pp. 99-121.
- **Troper**, **Michel** "Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité constitutionnelle", in *Hommage à Charles Eisenmann*, Editions Cujas, Paris 1975.
- **Tushnet**, **Mark** "The issue of state action/horizontal effect in comparative constitutional law" in *I·CON*, Vol. 1, n° 1, 2003, pp. 79-98.
- **Uğur**, **Aydın** "Hermeneutik: Eski Bir Yorum Yönteminin Yeniden Gündeme Gelişi ve Hukuk Alanına Uygulanması", in *AÜSBFD*., c. 38, 1983.
- **Uluşahin**, **Nur** "Cumhurbaşkanlığı Seçiminin Düşündürdükleri ya da Hukukun Siyasallaşması", *Ankara Barosu Dergisi*, Y. 66, sy. 2, 2007.
- **Üzeltürk Sultan - Yıldırım**, **Turan** "Anayasanın Geçici 15. Maddesi Üzerine", *Argumentum*, Şubat 1991, ss. 104-108.
- **Vermeule**, **Adrian** "Veil of Ignorence Rules in Constitutional Law", in *Yale Law Journal*, Vol. 111, 2001, pp. 399-433.
- **Vogenauer**, **Stefan** "An Empire of Light: Learning and Lawmaking in Germany Today", *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 26, No. 4, Winter 2006.
- **Walter**, **Christian** "La Pratique des opinions dissidentes en Allemagne" in *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 8, http://www.conseil-constitutionnel.fr/cahiers/ccc8/ccc8somm.htm (10.10.2006).
- **Waltman**, **Jerold** "Communities in Conflict: The School Prayer in West Germany, the United States and Canada", *CJLS/RCDS*, Vol. 6, 1991, pp. 27-43.
- **William Ewald** , "The conceptual jurisprudence of the German Constitution", *Constitutional Commentary*, Vol. 21, 2004, pp. 591-599.
- **Yüzbaşıoğlu**, **Necmi** "Anayasa Değişikliği Neden Kadük Kalmıştır?", *Güncel Hukuk*, Ağustos 2007, n° 8-44, ss. 32-38.

- **Yüzbaşıoğlu**, **Necmi** "Cumhurbaşkanı Seçimi Öncesi Cumhurbaşkanlığı Sempozyumunda sunulan tebliğ", *Cumhurbaşkanı Seçimi Öncesi Cumhurbaşkanlığı*, TBB Yay., Ankara 2007, ss. 259-275.
- **Yüzbaşıoğlu**, **Necmi** "Mayıs 2004'te Anayasanın 90. Maddesine Eklenen Hükmün Türk Anayasallık Blokuna Etkileri Üzerine Bir Değerlendirme" in *Bülent Tanör Armağanı*, Legal yay., İstanbul 2004, ss. 782-818.