

ANAYASA YARGISINDA YORUM PROBLEMİ KARŞILAŞTIRMALI ANALİZİN KATKILARI

Doç. Dr. Bakır ÇAĞLAR

«It is emphatically, the province and duty of the judicial department to say what the law is».

Justice Marshall

«marbury v. medison» (1803)
«comparison is the basis for any understanding»

Novallis

Jürişprüdansiye anayasa hukuku ve yorum teorisi : ilk veriler

Anayasa hukukunda yorum problemi konusunda yapılan çalışmalar, hukukun genel teorisi ya da diğer hukuk disiplinlerine göre sınırlı kalmıştır (1).

Anayasa hukukçularının pozitif hukukun temellerini açıklamada kullandıkları, XVIII. yüzyıl kurucu meclislerinde tartışmalara konu olan egemenlik, temsil, kuvvetler ayrılığı gibi, siyaset felsefesinin büyük prensipleri hukuki yorum teorisine yabancıdır (2).

(1) Cf. C. Palazzoli, «L'interprétation de la Constitution» in Etudes de droit contemporain, Travaux et recherches de l'Institut de Droit Comparé de Paris, 1970, s. 289 vd.; L. Petras L'interprétation en droit public interne, Athènes, 1962; Ö. Eyrenci, «Anayasanın yorumlanması yöntemlerine genel bir bakış», AİD, 1981, s. 45 vd.; M. Troper, «Le problème de l'interprétation et la théorie de la théorie de la supralégalité constitutionnelle», in Recueil d'études en hommage à Ch. Eisenmann, éds. Cujas, Paris 1977, s. 133 vd.

(2) «Anayasalık prensibi» (principe de constitutionnalité), «yasalık prensibi»nden (principe de légalité) farklı olarak gelişme imkanı bulamamıştır. Bk. L. Favoreu, «Le principe de constitutionnalité», in Hommages à Ch. Eisenmann, op. cit. s. 33 vd.

Bu prensibin gelişmesi, Muhakeme genel teorisi içinde, Anayasa Muhakemesi Hukukunun gelişmesine bağlıdır.

Oysa bugün, Anayasa yargısının yaygınlaşması ve Jürisprüdansiyel anayasa hukukunun gelişmesi yorum teorisinin anayasa hukuku alanında da pratik bir önem kazanmasına sebep olmuştur (3).

Anayasa yargılamasının farklı hukuk sistemlerinden taşarak yaygınlaşması «Dünya çapında bir patlama» olarak nitelendirilirken, bir «Milli - üstü» (transnationale, sopranazionale) anayasa yargısı da Avrupa Hukuku ve İnsan Hakları Avrupa Konvansiyonu uygulamaları ile artan bir önem kazanmaktadır. Mauro Cappelletti'nin belirttiği gibi, uluslarüstü hukuk ve «uluslarüstü hukuka bağlılık kuralı» (Supranational Rule of Law ile yeni bir dönem başlamıştır (4).

Bu gelişmeler karşısında, Michel Fromont, büyük hukuk sistemlerinin klasik tasnifini tamamlamak için ikinci bir ayırım önermektedir.

Romano-germanik hukuklar ve anglo-sakson hukuklar tarihi tasnifi yanında bir ikincisi, normlar hiyerarşisi ölçü alınarak yapılabilir. Buna göre, bir yanda yasaların üst-norm olarak kaldığı Büyük-Britanya gibi sistemler (5), diğer yanda ise anayasanın üstün norm olduğu Birleşik Devletler, Almanya gibi sistemler vardır (6). Bu sonuncu sistemlerde «çok sayıda yasanın egemenliğine karşı, tek bir yasa

(3) Bu gelişmenin gündeme getirdiği önemli bir sorun anayasa yorumunun özelliği sorunudur. Bu konuda ileri sürülen tezler için özellikle bk. W. Zakrzewski, «De l'interprétation de la Constitution», In Jahrbuch des öffentlichen Rechts, 1977, s. 427 vd.; F. Luchaire, «Procédures et techniques de protection des droits fondamentaux», RfDC, 1981, s. 303 vd.; - İD.,

İsviçre Federal Mahkemesinin yorum metodları ile ilgili Jürisprüdansı anayasal ve yasal normlara aynı biçimde uygulanmaktadır. Cf. J. Werner, Interprétation constitutionnelle, Georg, Genève, 1975, s. 180. Federal Alman Anayasa Mahkemesi kararlarında da aynı eğilim görülür. Bu Jürisprüdans ve anayasa yorumunun farklı kuralar gerektirdiğini düşünen yazarların bu Jürisprüdansa getirdikleri eleştiri için bk. M. Fromont, A. Rieg, Introduction au droit allemand, éde. Cujas, Paris 1977, s. 210 vd.

(4) Cf. M. Cappelletti, W. Cohen, Comparative Constitutional Law. Cases and Materials, Bobbs-Merrill, N.Y. 1979, s. 113. vd.

(5) Cf. G. Winterton, «The British Grundnorm: Parliamentary supremacy re-examined», Law Quarterly Review, 1978, s. 591 vd.

(6) Bu sistemler için Jürisprüdansiyel anayasa hukuku, özellikle temel haklar alanında, ortak bir hukuk olma yolundadır.

Türk Anayasa Mahkemesi kararlarındaki «Batı unsuru»nun, «yorum yapılırken batı demokrasilerinde anlaşılan anlamdan ayrılmamalıdır» (AYM 67/29 Karar sayılı karar) ifadesinin anlamı da budur.

metninin (Anayasanın) ve tek bir yargıcın (Anayasa yargıcının) üstünlüğü» getirilmiştir (7).

Anayasanın üstünlüğü anlayışına bağlı olarak bu üstün Anayasayı yorumlayan (8) anayasa yargıcılarının rolü, anayasa yargısının «BÜYÜK PROBLEM» olarak adlandırılan problemi ister istemez gündeme getirmiştir.

1. ANAYASA YARGISININ «BÜYÜK PROBLEM»

«Value - protecting approach» ve sınırları.

Anayasa yargısının «Büyük Problem»i (Problème formidable) kendi değer hiyerarşilerini, ya da yargıç Burger'in ifadesi ile «şahsi tercihlerini» (9) açık pozitif tanım olmayan «hürriyet», «eşitlik» (10),

(7) M. Fromont, «Les droits fondamentaux dans l'ordre juridique de la République Fédérale d'Allemagne», in *Hommage à Ch. Eisenmann*, op. cit. s. 64.

Anayasa üstünlüğünün kabul edildiği sistemlerde adl yasaların mahkemelerce yorumu anayasa hukukundan etkilenmektedir.

Federal Alman Cumhuriyetinde Federal Idare Mahkemesi eski başkanı F. Werner, idare hukuku için «somutlaşan anayasa hukuku» ifadesini kullanmıştır.

(8) Denetim terimi iki kavramdan kuruludur: bir inceleme ve onu takip eden bir yaptırım. Anayasa yargısı (Jurisdiction constitutionnelle) önce bir Devlet İşleminin anayasaya uygunluğunun denetimidir. Aubert'in benzetmeli ifadesi ile, anayasa yargısı «bir ellyle anayasayı, diğeri ile yasayı tutar ve ikincisinin ilki-ne uygun olup olmadığını, söyler» J.F. Aubert, *Traité de Droit constitutionnel suisse*, Neuchâtel - Paris, 1967, no. 429.

Yargıç bu sonuca ikili bir yorum aracılığı ile ulaşabilir: incelediği yasa ve uyguladığı anayasanın yorumları. Anayasa yargısı bir Devlet İşleminin anlamını anayasaya göre belirlerken aynı zamanda iki normu uygulamakta ve somutlaştırmakta ve böylece «anayasa hukuku yaratmaktadır»

«Her hukuk uygulaması aynı zamanda hukuk yaratmadır» değerlendirmesinin ilk kaynakları için bk. T. Hobbes, *Le Léviathan* (1651), Paris 1971, s. 294; Hans Kelsen, *Théorie pure de droit* (1934), Paris 1962, s. 315; André de Auer, *La Jurisdiction constitutionnelle en Suisse*, Helbing, Lichtenhahn, Bâle, 1983, s. 7 vd. Anayasa Mahkemesi kararlarında «karşı-oy» ya da «farklı-oy»lar (opinions dissidentes, dissentings) anayasanın metodu ve yorumu ile ilgili anayasa hukuku sorunlarında açık bir pluralizmin ifadesidir.

(9) Bk. «Eisenstadt v. Baird», 405 US. 438, 472 (1972), (Burger C.J. Dissenting).

(10) «Eşitlik» kavramı ile ilgili olarak Leben'in önerdiği ayırım; yasa önünde eşitlik, yasa içinde eşitlik ve anglo-sakson «due process of law»ına yakın olan «adalet önünde eşitlik» için bk. Ch. Leben, «Le Conseil Constitutionnel et le principe d'égalité devant la loi», RDP, 1982, s. 295 vd.

«fairness», ya da «Due process» (11) gibi nisbeten boş kalıplara koyan yargıcın rolü ve demokratik meşruluğu problemidir (12).

1. Bir örnek - olay : «Eşitlik prensibi» ve Anayasa Mahkemeleri.

Eşitlik prensibi, anayasa yargısında genişleyen bir uygulama alanı bulmaktadır.

İtalyan Anayasa Mahkemesi 1956'dan 1979'a 219 olayda yasaları anayasanın eşitlik prensibine aykırı bulmuştur. Bu kararların % 80'i 1968 den sonra verilmiş kararlardır (13).

Massimo Villone, bu alanda yasa koyucunun siyasi tercihleri ile Anayasa Mahkemesinin tercihleri arasında çok zor bir münasebet bulunduğunu belirttiikten sonra Mahkemenin, parlamento çoğunluğunun siyasi tercihlerine hangi noktaya kadar karşı çıkabileceğini, hangi noktaya kadar karşı çıkması gerektiğini sormaktadır (14).

Avusturya Anayasa Mahkemesinin 1946 - 1977 yılları arasında verdiği 113 iptal kararından 98'i eşitlik prensibini ihfal sebebi ile verilmiştir.

Benzer bir gelişme, son iktidar değişikliğinden sonra Fransa'da **Anayasa Konseyi** kararlarında görülmektedir (15).

(11) Tunc'un da belirttiği gibi, Yüksek Mahkeme «due process of law» sadece procedural bir anlam vermektan uzaklaşarak maddi bir anlam tanımıştır. Kaynağında «due process», Devlet iktidarlarının şekli bir sınırlaması iken (procedural limitation) bugün, genel ve soyut bir sınırlama (general limitation) haline gelmiştir. Cf. «Roe et al. v. Wade» 428 U.S. (1973).

(12) Anayasa yargısı ile korunan değerler, belli bir ölçüde, «yargıç - yapısı» (judge-made) değerler olarak görülmektedir. Cf. M. Cappellati, «The Mighty problem of judicial review and the contribution of comparative analysis», South. California L. Rev., 1980, s. 409 vd., -ID, «Nécessité et légitimité de la justice constitutionnelle», In Favoreu, ed., Cours Constitutionnelles Européennes et droits fondamentaux. Actes du II. Colloque d'Alx-en-Provence, Economica, Paris 1982, s. 460 vd.

(13) Turin Üniversitesi siyaset felsefesi profesörü **Norberto Bobbio**'nun belirttiği gibi bir «kurumlar krizi»nin varlığı, İtalya'da üzerinde birleşilen sayılı konulardan biridir. 1968 yılı siyasal kurumlar krizinin başlangıç yılı olmuştur. Cf. N. Bobbio, «La crise permanente», In Pouvoirs, Italie, 18, 1981, s. 5 vd.

(14) Bk. M. Millone, in L. Favoreu, éd. Cours Constitutionnelles Européennes et droits Fondamentaux, op. cit. s. 384 vd.

(15) Cf. F. Miclo, «Le principe d'égalité et la constitutionnalité des lois «AJDA», 1982, s. 115 vd.

Yasaların anayasaya aykırılığı iddialarında eşitlik prensibinin ihlali gerekçesi bir çeşit «maymuncuk gerekçe» olma yolundadır (16).

Fransız Anayasa Konseyi'nin bu konuda verdiği kararların genel bir değerlendirmesini yapan F. Miclo sonucun, Konsey'in inkarına rağmen (17), kendi değerlendirmesini yasa koyucunun değerlendirmesine ikame etme eğiliminde olduğunu düşündürdüğünü söylemektedir (18).

Miclo'yu bu sonuca üç mülhaza götürmektedir : Anayasa Konseyine göre ayırıcı kuralın (règle discriminatoire) Anayasa uygunluğu için kanunun nihai amacı ile (finalité de la loi) telif edilemez olmaması gerekir. Bir kanunun nihai amacı, yasa koyucunun hedefi üzerinde bir yargıya varmadan nasıl değerlendirilebilir? Ayrıca, ayırıcı kuralın uygunluğu gerekçeleri arasında «kamu gereği» (nécessité publique) yer almaktadır. Bu da Konseye geniş bir değerlendirme imkânı verir. Son olarak, Konsey, «açık hata» (erreur manifeste) durumunda yasa koyucunun değerlendirmesini reddetme yetkisini kendisine tanımaktadır (19).

Eklmek gerekir ki, anayasa yargısında, eşitlik prensibinin anlamı zaman içinde değişmektedir.

Amerikan Anayasasına XIV. «Ek»le getirilen, yasaların eşit koruma hükmünün anlamı «Plessy v. Ferguson» kararından (1896) «Brown v. Board of Education» kararına (1954) büyük ölçüde değişmiştir (20).

2. «Değer - koruyucu yaklaşım»ın sınırları problemi :

Anayasa normlarının yorumunda «değer» ya da «değerler sistemi»nin kullanılması, «Hukuk Devleti»nden (Etat de droit, Rechtsstaat)

(16) Bk. L. Philip, «Le développement du contrôle de constitutionnalité et l'accroissement des pouvoirs du juge constitutionnel», RDP, 1983, s. 401 vd.

(17) Fransız Anayasa Konseyi, 15 Ocak 1975 tarihli kararında, Anayasanın 61. maddesinin Konseye Parlamentonunkine benzer genel bir değerlendirme ve karar yetkisi tanımadığını, sadece önüne getirilen yasaların Anayasaya uygunluk denetimi yetkisi verdiğini açıklamıştır.

(18) Cf. Miclo, «Le principe d'égalité et la constitutionnalité des lois AJDA, 1982, s. 243.

(19) Bk. Konseyin 81-132 sayılı ve 16 Ocak 1982 tarihli kararı.

(20) Cf. «Plessy v. Ferguson» 163 U.S. 537 (1899); «Brown v. Board of Education» 347 U.S. 483 (1954). Bu jurisprudence değişikliğinin siyasi anlamı konusunda bir çalışma hipotezi için bk. A. Auer, Les noirs, les écoles publiques et le système constitutionnel aux Etats-Unis, Herbert Lang, Berne, 1975, s. 187.

«Yargıçlar Devleti»ne - (Etat des juges, Richterstaat) geçiş olarak görülmüştür (21).

Jeon Rivero'nun belirttiği gibi, anayasa yargıçsı, anayasa hükümlerinin lafzı ile bağılı kaldığı takdirde denetimi etkisizleşmekte, bu kurallara «kurucu» bir yorumla işlerlik kazandırmak istediğinde ise «hükümet etme» suçlaması ile karşılaşmaktadır.

Yargı denetiminin meşru olarak nereye kadar gidebileceğini gösteren soyut bir sınır çizgisi var mıdır. Böyle bir deneme John H. Ely'nin kalkış noktası Federal Yüksek Mahkemenin 1973 tarihli «Roe v. Wade» kararında (22) bulunan bir dizi makalesinde yapılmıştır (23).

İkinci bir deneme Thomas Gray'in ikili ayırımıdır (24).

(21) Bk. M. Fromont, «Les droits fondamentaux dans l'ordre juridique de la République Fédérale d'Allemagne», in Ch. Eisenmann, op. cit., s. 64.

Bu geçişte «Hukuk Devleti» kavramının bugün sadece şekli değil ama onun yanında maddi bir kavram olmasının da önemli bir rolü vardır. Anayasa yargıçsı hukuku bu maddi muhtevaya göre sistemleştirmektedir.

Bu konuda ayrıca bk. W. Lelener, «L'Etat de droit-une contradiction », in Eisenmann, op. cit., s. 65 vd.

(22) «Roe v. Wade», 428 U.S. 52 (1973) kararı gebeliğin iradi kesintiye uğratılması ile ilgilidir. Yargıç White bu karara eklediği «dissenting opinion»da Mahkemenin yeni bir anayasal hak yarattığını söyledikten sonra, «problemin çözümünün siyasi mekanizmaların yetkisinde olması gerektiği» görüşünün ileri sürmüştür.

Federal Alman Anayasa Mahkemesinin aynı konuda verdiği karara (25 Şubat 1975) muhalif kalan Rupp von Brünneck de yargıç White'in karşı-oyuna paralel bir görüş açıklamıştır: «sosyal alanının düzenlenmesinde Mahkemenin, yasama fonksiyonunu üstlenmemesi gerekir». Cf. A. Grosser, «Cours constitutionnelles et valeurs de référence A5 propos de décisions sur l'avortement», in Pouvoirs - 13, 1980, s. 117 vd.

(23) Cf. J.H. Ely, «The Wages of Crying Wolf: A Comment on Roe v. Wade», Yale L.J., 1973, s. 920; -ID, «Toward a Representation - Reinforcing mode of Judicial Review», MD. L. Rev., 1978, s. 45f.

(24) Gray, «saf-yorumcu» (purely interpretive) ve «yorumcu - olmayan» (non-interpretive) yargı denetimi modellerini ayırmakta ve sonuncu modeli Anayasa koyucunun iradesinin açıklandığı anayasa dili ile bağılı kalmadan anayasaüstü değerlere tanınan üstünlükte tanımlamaktadır. Gray meşru modelin «saf-yorumcu» model olduğu görüşündedir.

Cf. Thomas Gray, «Origins of the Unwritten Constitution», Stan L. Rev., 1978, 844 vd.

Anayasanın kurucuların iradesine göre yorumlanması gerektiğini savunan anlayış (New fundamentalism) için bk. R. Berger, Government by Judiciary, Cambridge, Mass., 1977, s. 167 vd.; G. Schram, «A Critique of Contemporary Constitutionalism», Comparative Politics, 1979, s. 483 vd.; R.C. Welsh, et al., «Reconsidering the Constitutional Common Law», Harvard L.R., 1978, s. 1117 vd.; H. Monaghan, «The Supreme Court, 1974 Term Foreword: Constitutional Common Law», Harvard L.R., 1975, s. 5 vd.

Ely, anayasa yargıcının rolünün «uygun usul» denetimi ile sınırlı olması gerektiğini iferi sürerken Gray, Anayasanın kurucuların iradesine göre yorumlanması gerektiği görüşündedir.

Bu tezler, anayasa yargısında, «value protecting approach» (değer - koruyucu yaklaşım) getirilen eleştirilerin iki tipik örneğidir.

Anayasa yargısında, «değer - koruyucu yaklaşım» (value - protecting approach) yerine Ely, anayasa yargıcının rolünün «uygun usul» (procedural fairness) denetimi ile sınırlı olduğu bir yaklaşım önermektedir.

Ely anayasa yargısını, değerleri belirleyecek siyasal sürecin usule uygunluğunu denetleme fonksiyonu ile sınırlamakta (25), başka bir ifade ile «usul»le «maddi muhteva»yı ayırmaktadır (26).

Ely ve diğerlerinin «değer-koyucu yaklaşım»a getirdiği eleştiriler, bu yaklaşımın yargı denetiminin koruyacağı değerlerin nereden geldiğini açıklamadaki yetersizliği ve bu yaklaşımın meşruluğu probleminin, bu değerleri ve onları «bulma» metodunun demokrasi ideali ile nasıl uzlaştırılacağı probleminin, çözümsüz kalmış olmasıdır.

Ancak, geçen yüzyıl başının pozitivist bir yana bırakılacak olursa, yasa koyucu, yargıcı «la bouche qui prononce la loi» rolü ile sınırlayan hukuk kuralları yaratma monopolüne sahip olmamıştır.

Almanya'da Jhering, Fransa'da Geny ve daha sonra Avusturya'da Kelsen, Hobbes'un iki yüzyıl önce söylediği bu gerçeği yeniden keşfetmişlerdir : « yazılı olsun ya da olmasın her yasanın yoruma ihtiyacı vardır» (27).

(25) Bu konuda ayrıca bk. Sandalow, «Judicial Protection of Minorities», 75, Mich. L. Rev. 1162 (1977).

(26) Bu görüşün Kara Avrupası'nda tarihi kaynakları Fransa'da «Ancien Régime»de, Parlamentoların, i.e. Yüksek Mahkemelerin, yasaların yazısız «Temel Yasalar»a (Lois fondamentales) uygunluğunu denetleme yetkisini kendilerine tanıyarak reformist politikaları, ihtilal öncesi Fransanın feodal yapı değişimleri ile engellemelerinde bulunabilir. Birleşik Devletlerde hakim olan «Checks and balances» versiyonundan çok farklı olan «Kuvvetler ayrılığı» fransız versiyonu da bu anlamda bir «yargıçlar hükümeti»ne (Gouvernement des juges) tepkidir.

Bk. M. Cappellotti, Judicial Review in the Contemporary World, Bobbs-Merrill Co. N.Y. 1971, s. 33 vd.

Bu görüş bugün de yürürlükte olan 16-24 Ağustos 1790 tarihli yasa da hukuki ifadesini bulmuştur : «Mahkemeler yasama iktidarının kullanılmasına doğrudan ya da dolaylı olarak katılamazlar» Cf. 1962 Anayasası m. 153/2.

(27) Cf. T. Hobbes, Le Léviathan, op. cit. s. 315.

II. REFERANS NORMLARIN BELİRLENMESİ VE «ANAYASALIK BLOKU»NUN TANIMINDA «POZİTİVİST» VE NATÜRALİST» ANLAYIŞ

1) Anayasa Mahkemelerinde pozitivist ve natüralist eğilimler.

Referans normlarının tanımlanmasında anlayışlar iki ana kategoride toplanabilir (28) : Yasaların uygunluğunun sadece anayasanın yazılı kurallarına göre değerlendirildiği pozitivist anlayışla, uygunluğun anayasa ve anayasanın ruhundan çıkartılan prensip ve yazılı olmayan kurallara göre değerlendirildiği ve bazı doğal hakların tanındığı natüralist anlayış.

Avusturya Anayasa Mahkemesinin pozitivist eğilimi (29) yanında, İsviçre Federal Mahkemesi, Federal Alman Anayasa Mahkemesi, Fransız Anayasa Konseyi, İtalyan Anayasa Mahkemesi pozitif hukukla çalışmakta ancak «genel prensipler»i de kullanmaktadır.

Avrupa Topluluk Mahkemesi «yazılı olmayan hukuk»la çalışırken (30), İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi de hukukun genel prensiplerini kullanmakta, Yargıç Fitzmaurice'in ifadesi ile hukuk yaratmaktadır.

Türk Anayasa Mahkemesi de genel prensipleri, uluslararası metinleri, İnsan Hakları Avrupa Konvansiyonunu referans-norm olarak kullanmaktadır.

Pozitivist doktrin, sadece, Kelsen'in hukuk teorisinden etkilenen Avusturya Anayasa Mahkemesi uygulamalarında görülmektedir.

Avusturya Anayasa Mahkemesinin pozitivist eğilimi yorum metodlarının uygulanmasında da görülmekte, Anayasa koyucunun tarihi anlayışı ile kendini bağlı sayan Mahkeme, çoğu geçen yüzyılda konan temel hakları (31) sosyal değişmeye uygulama yetkisini kendisine tanımamaktadır.

(28) Cf. L. Favoreu, «Rapport général» in Favoreu, éd. Cours Constitutionnelles, op. cit., s. 45.

(29) Bk. Théo Öhlinger, «Objet et portée de la protection des droits fondamentaux. Cour Constitutionnelle Autrichienne», in Favoreu, éd., Cours Constitutionnelle Autrichienne», in Favoreu, éd., Cours Constitutionnelles, op. cit. s. 335 vd.

(30) Bk. B. Çağlar, «Anayasa ve Topluluk Hukuku», in İkinci Avrupa Hukuku Haftası, İ.Ü. Hukuk Fakültesi, İstanbul, 1980, s. 1 vd.

(31) 1919-1920 lerde Federal Anayasa hazırlık çalışmalarında ideolojik sonuçları sebebi ile temel haklar partiler arasında en çok tartışılan problemler arasında yer almış, sonuçta «Federal Anayasal Yasa» (Bundesverfassungsgesetz, B-VG) nin 149. maddesi ile Monarşik Anayasanın 21 Aralık 1867 tarihli «Temel Haklar Şartı» Staats-Grundgesetz, St GG) ve hak ve hürriyetlerle ilgili 27 Ekim 1862 tarihli kanunlar yürürlükte bırakılmıştır.

2) Anayasa Mahkemelerinde anti-pozitivist eğilimler.

Natüralist anlayış, İsviçre Federal Mahkemesi yanında Fransız Anayasa Konseyi, Alman ve İtalyan Anayasa Mahkemelerinde ve Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesinde etkili olmuştur (32).

Avusturya Anayasa Mahkemesinin pozitif hukuka üstün temel haklar kavramını kabul etmeyen pozitivist hukuk anlayışına karşılık İsviçre Federal Mahkemesi, anayasal haklar olarak tanımak istediklerini büyük ölçüde kendisi tanımlamaktadır (33).

İfade hürriyeti gibi, anayasada yazılı olmayan anayasal bir hak, Federal Mahkeme tarafından «yazılı olmayan bir anayasal hak» olarak tanınmıştır.

Federal Mahkemeye göre, Anayasa da tüketici bir anayasal haklar kataloğu yoktur. Yargıç, anayasada izine rastlanmayan anayasal hakları «İsviçre Hukuk düzeninin ve demokrasinin vazgeçilmez unsurları» olarak tanıyabilir.

Bu durumda anayasal hakların doğrudan kaynağı jürisprüdans-tır (34).

Yargı yerleri, «Hukukun genel prensipleri»ni, «Anayasal değerde prensipleri», hak ve hürriyetleri, kurucu yorum teknikleri ile ex nihilo yaratmaktadır.

Fransız Anayasa Konseyi, Fransız Devlet Şurası'nın Yürütmeyi bağlayan «Hukukun genel prensipleri»ni keşfetmesi gibi, aynı kurucu yorum tekniği ile «Anayasal değerde prensipler» (principes a valeur constitutionnelle) (35) tanımaktadır (36).

(32) Cf. A. Grosser, «Cours constitutionnelles et valeurs de référence» op. cit., s. 117 vd.

(33) Bk. Theo Öhlinger, «Objet et portée de la protection des droits fondamentaux, Cours Constitutionnelle Autrichienne», op. cit., s. 335 vd.

(34) Federal Mahkemenin bu konudaki kararları için bk. A. Auer, La Jurisdiction constitutionnelle en suisse, op. cit., s. 161 vd.

(35) Bu formül için bk. Favoreu, Philip, Grandes décisions du Conseil Constitutionnel, Paris 1979, s. 426.

(36) Cf. D. Loschak, «Le Conseil Constitutionnel protecteur des libertés» in Pouvoirs, 13, 1980, s. 37 vd.; J. Rivero, «La fin d'un absolutisme», in Pouvoirs, 13, 1980, s. 14.

Fransız Devlet Şurası (Conseil d'Etat), 26 Haziran 1959 tarihli «Syndicat Général des Ingénieurs-Consells» kararında (37) hukukun genel prensiplerinin yasa kuralının yokluğunda bile, düzenleyici otoriteyi bağladığını açıklamıştır.

«Les principes généraux du droit s'imposent à toute autorité réglementaire, même en l'absence de dispositions législatives» (38).

C.E., 21 maddenin bağlı kararnameleri gibi, 37. madde de düzenlenen özerk kararnameleri de yargı denetimine sokmaktadır.

Bu denetim, Conseil d'Etat'nın Kasım 1961 tarihli, «Fédération nationale des Syndicats de Police» kararı ile Hükümetin Anayasanın 38. maddesine göre çıkarttığı «Ordonnances» lara kadar genişletilmiştir.

Fransız Anayasa Konseyi de, 1789 Bildirisi, III. Cumhuriyet yasaları ve 1946 Anayasa Başlangıcından : «Çağımız için, özellikle gerekli siyasal, ekonomik ve sosyal ilkeler»den, pozitif hukuka aktardığı ilkelerle, güngeçtikçe uzayan bir «anayasallaştırılmış kamu özgürlükleri» listesi kurmaktadır (39).

Fransız Anayasa Konseyi kararlarında tabii hukukun bir ifadesi olan Haklar Deklarasyonu «anayasallık bloku»nun (le bloc de constitutionnalité) temel unsuru haline gelmektedir. Madde madde Haklar Deklarasyonu, pozitif hukuk olmaktadır (40) Favoreu'nun ifadesiyle bu-

(37) Bk. D. 1959, 541, note Lhuillier; R.D.P., 1959, 1004, concl. Fournier; A.J., 1959, I, 153, chr. Combarnous, Galabert; C. Franck, Les grandes décisions de la jurisprudence, Droit Constitutionnel, 1978, s. 25 vd.

(38) Rec. 394.

(39) Cf. J. Rivero, «Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la république», D. 1972, s. 265 vd.; F. Luchaire, «Le conseil Constitutionnel et la protection des droits et libertés du citoyen», in Mélanges Waline, Paris 1974, C. II, s. 563 vd.; L. Favoreu, «La Jurisprudence du Conseil Constitutionnel en 1978-1979», RDP, 1979, s. 1661; - ID., «L'apport du conseil Constitutionnel au droit public, in Pouvoirs, 1980, s. 13, s.-23 vd.; B. Çağlar, Fransız Anayasa Konseyini Yeniden düşünmek, in Doğanay'ın Anısına Armağan, İstanbul 1982, s. 365 vd.

(40) L. Favoreu, «Le droit constitutionnel jurisprudentiel en 1961-1982», RDP, 1983; s. 359; - ID., «L'application directe et l'effet indirect des normes constitutionnelles», Rev. fr. Droit adm., 1984, s. 174 vd. - ID., «L'apport du Conseil Constitutionnel au droit public», op. cit., s. 1 vd.; L. Philip, «La valeur juridique de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 selon la jurisprudence du Conseil Constitutionnel», in Mélanges Kayser, Presses Universitaires d'Aix Marseille., 1979.

gün Fransız Anayasası 92 maddeli değil ama 109 maddeli bir anayasadır.

Fransız Anayasa Konseyi, Anayasa, 1946 Başlangıcı ve Haklar Deklerasyonundan çıkarttığı anayasal değerde prensip ya da kurallar arasında bir hiyerarşi kurmaya başlamış gözükmektedir (41). Ancak Konsey bu metinlerde öngörülen hürriyetlerin «mutlak ve genel olmadıkları»nı açıkça ifade etmiş, bu hürriyetlerin anayasal değerde «objektif»ler (objectifs de valeur constitutionnelle) ve anayasal değerde diğer hak ve özgürlüklerle uzlaştırılmaları zarureti üzerinde durmuştur.

Amerika Birleşik Devletleri Federal Yüksek Mahkemesi'nde Anayasa Eklerinde tanınan haklar «çevre»sinde yeni haklar tanımaktadır (42).

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

B. Chantebout, Anayasa Başlangıçlarını ve «Cumhuriyet yasalarının tanınan temel ilkeleri» anayasa bloku içine sokmakla Konsey'in gerçek bir kurucu iktidar kullandığını belirtmektedir. Bk. B. Chantebout, Droit Constitutionnel et Science politique, Economica, Paris 1979 (2. éd.), s. 591 vd.

(42) Yüksek Mahkemenin «Anayasal penumbras doktrini», *Griswold v. Connecticut* kararında (1) mahkemenin görüşünü açıklayan yargıç Douglas tarafından şu şekilde açıklanmaktadır :

«... Specific guarantees in the Bill of Rights have penumbras formed by emanations from those guarantees that help give them life and substance. ... Various guarantees create zones of privacy. The right of association contained in the penumbra of the First Amendment is one... freedom of association (is) a peripheral First Amendment right ... In other words, the First Amendment has a penumbra where privacy is protected from government». «*Griswold v. Connecticut*» 381 U.S. 479, (1965).

Bu kararın karşı-oyları'nı yazan Yargıç Black ve Yargıç Stewart ise, «penumbras» teorisinin gerçek anlamının, Yüksek Mahkemenin Anayasayı değiştirme yetkisini kendisinde görmesi olduğunu açıklamıştır. Özellikle, Yargıç Black, Anayasayı yargı kararları ile toplumun değişen koşullarına uyarlama felsefesini suçlarken, bu yetkinin Anayasa koyucu dışında hiç bir organa tanınamayacağı görüşünü savunmuştur.

Yargıç Black, Mahkeme çoğunluğunun, yeni bir anayasal «siyasal teori» belirlemede anayasal yetkisinin bulunmadığı tezini çok daha açık bir şekilde, «*Harper v. Virginia State Board of Elections*» kararında da tekrarlamıştır. 383 U.S. 663.

Bu konuda ayrıca bk. F. Rigaux, «Elaboration d'un 'right of privacy' par la jurisprudence américaine», RDC, 1980, s. 701 s.; A.T. Mason, «Eavesdropping on Justice», Political Science Quarterly, 1980, (2), s. 300 vd.; Kauper, «Penumbras, Peripheries, Emanations, Things Fundamental and Things Forgotten : The *Griswold* Case», Mich. L. Rev., 1965, s. 235 vd.

Federal Alman Anayasa Mahkemesinin 15 Haziran 1985 tarihli, «Lüth» kararında geliştirdiği teoriye göre, temel haklar tek tek tanıyan bir garantiler serisi olarak değil ama insan haysiyetinin korunması ve insanın serbestçe gelişmesini amaçlayan tutarı ve eksiksiz bir değerler sistemi olarak yorumlanması gereken objektif bir hukuki düzen meydana getirir.

Temel hakların pozitivizmi reddeden (43) bu yorumunun teorik hazırlığına katkıda bulunan G. Düring'e göre Temel yasanın ikinci maddesinin birinci fıkrası pozitif hukukta, zorunlu olarak eksik kalan temel haklar kataloğunun sağladığı hukuki korumadaki boşlukları doldurur.

İtalyan Anayasal sisteminde temel hakların kaynakları konusunda İki yorumlayıcı akım görülmektedir.

Bu yorumlayıcı akımlardan ilki pozitivizm postülatlarına uygun olarak temel hakları Anayasa ile açıkça öngörülen haklarla sınırlarken, ikinci akım, Anayasanın ikinci maddesinin Anayasanın öngörmediği durumları da anayasal yörüngeye sokma gücüne sahip olduğunu savunmaktadır.

İtalyan Anayasa Mahkemesi yakın yıllarda geniş yorumu benimseyerek, İnsan Hakları Avrupa Deklarasyonunu da referans norm olarak kullanmış ve yeni haklar tahminmiştir (44).

Türk Anayasa Mahkemesi de genel hukuk kurallarını ve milletlerarası hukuku anayasaya uygunluk denetiminde referans norm olarak kullanmaktadır. Bu anlamda Anayasa Mahkemesi, Anayasa Mahkemelerinin anti -pozitivist eğilimi içinde kalmaktadır.

(43) «Değer» yapılan bu yollamanın temelindeki hukuk felsefesi için bk. J.C. Béguin, *Le contrôle de la constitutionnalité des lois en République Fédérale d'Allemagne*, Economica, Paris 1982, s. 128.

(44) Bu konuda ayrıntılı bilgi için bk., G. Zagrebelsky, «Objet et portée de la protection des droits fondamentaux. Cour Constitutionnelle Italienne», in Favoreu, éd. *Cours Constitutionnelles* op. cit., s. 306 vd. İtalyan Anayasa Mahkemesi jürispüdansında, anayasa değişikliği prosedürü ile dahi değiştiremeyecek «maddi anayasa»nın temel prensiplerinin ihlali halinde, anayasal değerde kuralların da Anayasa Mahkemesinin denetimine sokulabileceğini gösteren belirtiler vardır. Cf. A. Pizzorosso, «Procédures et techniques de protection des droits fondamentaux. Cour Constitutionnelle Italienne», in Favoreu, éd. *Cours Constitutionnelles*, op. cit., s. 175; P. Maroy, «Le contrôle de la constitutionnalité des lois en Italie», in *Annales de droit, Revue Trimestrielle de droit belge*, 1969, s. 313, vd.; V. Crisafulli, «Contrôle de la Constitutionnalité des lois en Italie», RDP, 1968, s. 132 vd.

Anayasa Mahkemesine göre «kanunların Anayasanın açık hükümlerinden önce, hukukun bilinen ve bütün uygar memleketlerce kabul edilen prensiplerine uygun olması gerekir» (45). «İptali istenen hükmün Anayasa ilkelerine ve bu ilkelerin dayandığı genel hukuk kurallarına uygun olup olmadığının araştırılması gerekir» (46).

3) Anayasa Mahkemesi Jürisprüdansında süreklilik ve kesiklik tezleri.

1982 Anayasasında «pozitivist» tez tartışmasının ilk verileri.

1982 Anayasasının yürürlüğe girmesinden sonra anayasaya uygunluk denetimi ölçülerinde değişme olup olmayacağı sorusu sorulmuştur. Bu soruya getirilen cevapları Anayasa Mahkemesi Jürisprüdansında süreklilik ve kesiklik tezleri olarak özetlemek mümkündür.

Anayasa yargıçısı Aliefendioğlu, Anayasa Mahkemesinin Anayasaya uygunluk denetimi yaparken, «adalet, yasa önünde eşitlik, insan kişiliğine saygı.. gibi hukukun genel kurallarını öncelikle uygulayacağı» görüşündedir (47). Aliefendioğlu, 1982 Anayasasının 15. maddesi ile getirilen «milletlerarası hukuka açıklık prensibi» uyarınca bu hukuk kurallarını da anayasallık bloku içinde görmektedir.

Aliefendioğlu'nun getirdiği süreklilik tezi (48) karşısında Duran, «Anayasa ve Kuruluş Kanunu yalın ve kesin biçimde "anayasaya uygunluk" veya "anayasaya aykırılık"tan söz ettiğine göre referans normlar anayasa maddelerinden ibarettir» derken, pozitivist görüşün açık ifadesini Anayasa Başlangıcı'nda bulmaktadır (49).

Ancak eklemek gerekir ki, gerek Duran'ın jürisprüdansta kesiklik tezini doğrulamak için anayasa ve Kuruluş Yasasında yaptığı ayıkla-

(45) Anayasa Mahkemesi, Milletlerarası Hukukun Kaynaklarını gösteren Milletlerarası Adalet Divanı Statüsünün 38. maddesindeki «Medeni Milletlerce kabul edilen hukukun genel prensiplerini» ölçü-norm olarak kullanmaktadır.

Bk. Anayasa Mahkemesi 1984/76 Karar sayılı Karar.

(46) Anayasa Mahkemesi 1968/25 Karar sayılı Karar.

(47) Aliefendioğlu bu görüşünü açıklarken, Anayasa Mahkemesinin yasaların uygunluk denetiminde Anayasa ilkelerinin ve bu ilkelerin dayandığı genel hukuk kurallarının ölçü-norm olarak kullanılması gerektiğini açıklayan kararlarına referans yapmaktadır.

(48) Cf. Y. Aliefendioğlu, «Türk anayasa yargısında iptal davası ve itiraz yolu», in Anayasa Yargısı, Ankara 1984, s. 131 vd.

(49) Cf. L. Duran, «Türkiye'de Anayasa yargısının işlevi ve konumu», in Anayasa Yargısı, op. cit., s. 66 vd.

manın aşırı darlığı, gerekse Anayasa Mahkemesinin 1982 Anayasasının yürürlüğe girmesinden sonra verdiği kararlarda jürisprüdansa sürekliliği gösteren referansları, süreklilik tezinin kolayca bertaraf edilemeyeceğini göstermektedir.

Jürisprüdans da süreklilik ve kesiklik tezleri, «maddi anayasa»nın temel prensiplerine aykırı anayasal normların denetimi konusunda da geçerlidir.

Türk anayasal sisteminde anayasanın değiştirilemez «özü» konusundaki tartışmalar, Anayasa Mahkemesinin anayasaya aykırı anayasa değişikliklerini denetleyen kararları ile gündeme gelmiştir (50).

Anayasa Mahkemesi insan hak ve hürriyetlerine dayalı demokratik hukuk devletinde benimsenen üstün anayasal ilkelere (51) ve hukuk kurallarına aykırı anayasa değişikliklerini Anayasanın 9. maddesindeki «değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif edilemez» yasağına aykırı bularak iptal ederken, referans norm olarak Avrupa İnsan Hakları Konvansiyonunu da kullanmıştır (52).

Anayasa Mahkemesinin 1961 Anayasası dönemindeki teklif ve kabul edilemez değişiklikleri şekil yönünden iptal eden içtihadı bugün de geçerli olabilir mi? Bu konuda ileri sürülen görüşleri de jürisprüdansta süreklilik ve kesiklik tezleri çerçevesinde tesbit etmek mümkündür (53).

Duran, 1982 Anayasasının 148. maddesinin şekil denetimine getirdiği sınırlarla «Anayasa Mahkemesinin 1970'lerde ortaya koyduğu üstün anayasal ilkelere ve hukuk kurallarına aykırı Anayasa değişikliklerinin iptalini içeren içtihat ve uygulamalarına son verildiği» görüşündedir.

- (50) Bu konuda bk. Y. Yayla, «Anayasa Mahkemesine göre Cumhuriyetin özü», in Hıfzı Timur'un Anısına Armağan, İstanbul 1979; M. Turhan, «Anayasaya aykırı anayasa değişiklikleri», Ank. Üniv. Huk. Fak. Der. 1977, Sayı 1-4.
- (51) Anayasa Mahkemesine göre Anayasa kuralları eşdeğerde olmakla birlikte Devletin temel kuruluşlarına ilişkin ilkelere herhangi bir kuralın yorumunda öteki kurallara üstün değerde tutulması zorunlu ve doğaldır» (Anayasa Mahkemesi, 1973/11 Karar sayılı karar).
- (52) Bk. Anayasa Mahkemesinin 1977/4; 1975/87; 1976/19; 1976/19; 1976/46 karar sayılı kararları.
- (53) Bu konuda ileri sürülen iki farklı görüş için bk. L. Duran, «Türkiye'de anayasa yargısının işlevi ve konumu», op. cit. s. 61 vd.; Y. Yayla, «1982 Anayasasına göre devletin özü», İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi (1985) (başka).

Yayla ise bu içtihadın sürekliliği açısından anayasal bir engel görmemektedir (54). Problem sadece referander yasaların anayasaya uygunluk denetiminde vardır (55).

4) İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Avrupa Topluluk Mahkemesinde anti - pozitivist eğilimler.

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (Divanı), 21 Şubat 1975 tarihli «Golder» kararında, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin «Başlangıç»ında yer alan «Hukukun üstünlüğü» (Prééminence du droit, Rule of law) ilkesi ve «Hukukun genel prensipleri»ne dayanarak (56) «Adaletten yararlanma hakkı»nı (Access to Justice, Droit d'accès au tribunal) madde 6/1 de tanınan hakka bağlı bir unsur saymıştır (57).

Mahkeme bu değerlendirmenin, normatif bir Andlaşma olan konvansiyonun (27 Haziran 1968 tarihli Wemhoff kararı), taraf Devletlere yeni borçlar yükleyecek nitelikte geniş bir yorumu olmadığını açıkladıktan sonra, 6. maddenin «yararlanma hakkı»nın bir görünüşünü meydana getirdiği «Mahkeme hakkı»nı (Droit à un Tribunal) tanıdığı sonucuna varmıştır.

(54) Ayrıca eklemek gerekir ki 1982 Anayasası ile, Anayasa Mahkemesinin Cumhuriyetin özül içinde kabul ettiği ilkeler de değiştirilemez hükümler içine alınmıştır.

(55) Benzer bir problem Fransız Anayasa Konseyi önüne de gelmiştir. Cf. Fransız Anayasa Konseyinin 6 Kasım 1982 tarihli kararı, Rec. 27; D. 1983, note Hamon; C. Franck, Les grandes décisions de la jurisprudence, Droit Constitutionnel, PUF., Paris, 1978, s. 279 vd.

Konsey bu kararında «referander yasalar»ın, egemenliğin doğrudan ifadesi olmaları gerekçesi ile, anayasaya uygunluk denetiminde kendini yetkili görmüştür.

(56) Lord Denning, İnsan Hakları Avrupa Konvansiyonunun «genel ve geniş prensip deklarasyonları» ihtiva ettiği, bu beyanlarda ki belirsizliğin de büyük zorluklara götüreceği görüşündedir. Denning, What nex in the Law, Butterworths, London 1982, s. 280 vd.

(57) Hukukun genel prensiplerinin kullanıldığı bir başka karar için bk. 27 Ekim 1975 tarihli «Syndicat National de la Police Belge» kararı ve özellikle Yargıç G. Fitzmaurice'in ayırık-oyu (Série A. no. 19).

Mahkeme kararında, Sözleşme ile getirilen hak ve hürriyetlerin ayırım gözetmeksizlin tanınması ile ilgili 14. maddeyi, hak ve hürriyetleri teminat altına alan çeşitli maddelerin tamamlayıcı parçası saymış, bu değerlendirmenin Sözleşmede yer alan bir hakkın «somut biçimde tanımlanmamış olması durumunda da» geçerli olduğunu açıklamıştır. Ayrıca bk. Mahkemenin, 13 Haziran 1979 tarihli Marckx olayı ve 25 Temmuz 1968 tarihli «Régime linguistique de l'enseignement en Belgique» olayı ile ilgili kararları (Série A. no. 6, s. 33 vd.).

Mahkeme, adaletten yararlanma hakkını, adil yargılanma (hakka-niyete uygun, dürüst yargılanma hakkı, fair trial, procès équitable) hakkı içinde mütalaa etmektedir.

Mahkemenin bu eğilimini eleştiren Yargıç Gerald Fitzmaurice, «ayrık-oy»larında, Avrupa Sözleşmesi dışında kalan anlaşma huku-ku ile ilgili 1966 Viyana Konvansiyonu'nda getirilen yorum kuralları ve Milletlerarası hukukun kaynaklarını gösteren Milletlerarası Adalet Divanı Statüsü'nün 35. maddesinde yer alan «medeni milletlerce ka-bul edilen hukukun genel prensipleri»nin, Sözleşmenin yorumunda kullanılamayacağını, Mahkemenin tarafların yerine geçerek boşlukla-rı dolduramayacağını ileri sürmüştür.

Yargıç Fitzmaurice, iç ya da ulusal planda bile, yargıcın rolünün hukuk yaratmak (jus dare) değil, ama hukuk söylemek (jus dicere) ol-duğu görüşündedir.

Avrupa Toplulukları Mahkemesi de temel hakları topluluk huku-kunun genel prensipleri olarak tanımlamakta, idare hukuku ve savun-ma hakları (due process) gibi, yargılama hukuku genel prensiplerine geniş bir yer vermektedir (58).

Mahkeme, bugün istikrar kazanan içtihadında bu tanımayı yapan-demokrasinin uygulandığı ve hukukun üstünlüğü prensibinin ta-nındığı üye devletler ortak anayasal geleneklerine ve bu devletlerin taraf olduğu insan haklarının korunması ile ilgili uluslararası anlaş-malara ve özellikle de İnsan Hakları Avrupa Konvansiyonuna dayan-maktadır.

Bu konudaki jürisprüdans «Stauder olayı»nda verilen 12 Kasım 1969 tarihli kararla (59) başlamış, 14 Mayıs 1974 Nold ve 13 Aralık 1979 Hauer kararları bu jürisprüdansı destekleyip genişletmiştir (60).

(58) Cf. G. Cohen-Jonathan, «Les droits de l'homme dans les Communautés européennes», in Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann, 1975, s. 399 vd.; C. Philip, «La Cour de Justice des Communautés européennes et la protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire», in Annuaire français de droit international, 1975, s. 383 vd.; M. A. Doussat, «La protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire», Revue Trimestrielle de Droit Européen, 1984, s. 401 vd.

(59) Aff. 29/69, Rec. 1969, s. 419.

(60) Cf. Aff. 4/73, Rec. 1974, s. 491; Aff. 44/79, Rec. 1979, s. 3727.

III. ANAYASALARIN YORUMUNDA «ULUSLARÜSTÜ HUKUKA BAĞLILIK KURALI» (SUPRANATIONAL RULE OF LAW) İNSAN HAKLARI AVRUPA KONVANSİYONU VE STRASBOURG ORGANLARI JÜRİSPRÜDANSI.

İnsan Hakları Avrupa Konvansiyonu bölgesel bir uluslararası hukuk işleminden çok oluşmakta olan bir Avrupa liberal anayasa hukuku «şartı» olarak nitelendirilmektedir (61).

Konvansiyon, anayasal sistemlerde, farklı formüllerle normatif ve jürisprüdanseyel resepsiyonlara konu olmuştur.

Bu farklılıklar basit bir ayırımla, Avusturya «iç-hukuk» formülü, İspanyol «uygun yorum» formülü ve Alman «ölçü-norm» formülü olarak tiplenebilir.

Bugün, 1982 Anayasası ve özellikle 13. madde hükmü ile Türk Anayasal sisteminde de Konvansiyonun yeri kritik bir problem olarak gündeme gelmiştir.

1. İnsan Hakları Avrupa Konvansiyonu ve Anayasa Mahkemeleri

Avusturya Anayasal sisteminde, İnsan Hakları Avrupa Konvansiyonu, federal anayasa hukuku düzeyinde, «self-executing» nitelikte iç hukuk normudur. Böylece bugün yürürlükte bulunan Monarşik Anayasanın haklar «şartı» ve tamamlayıcı kanunlarına bir haklar kataloğu eklenmiştir. Avusturya Anayasa Mahkemesi de yedi kararlarında Konvansiyona önemli bir yer ayırmıştır.

29 Aralık 1978 tarihli İspanyol Anayasasının 10. maddesi, 2 Nisan 1976 tarihli Portekiz Cumhuriyeti Anayasasının 16. maddesi paralelinde, Anayasanın tanıdığı temel hak ve hürriyetlerle ilgili normların İnsan Hakları Evrensel Beyanname ve aynı konuda İspanya'nın onayladığı andlaşma ve uluslararası konvansiyonlara uygun yorumunu öngörmüştür (62).

İsviçre Federal Mahkemesi de Konvansiyonu Federal Anayasanın tanıdığı hakların yorumunda kullanmaktadır. Federal Mahkeme bir

(61) Cf. K. Vasak, *La Convention Européenne des droits de l'homme*, LGDJ., Paris 1964, s. 2 vd.

(62) Ayrıca Anayasada tanınan bazı temel hak ve özgürlüklerin düzenlenmesinde sözcüğü sözcüğüne Avrupa metinlerinden esinlenilmiştir. Bk. Anayasa m. 14, 15, 17, 24 ve 32. Cf. Miguel Herrero de Minton, «Les sources étrangères de la Constitution», in *l'Espagne démocratique*, Pouvoirs, 8, 1979, s. 101 vd.

federal anayasal hakkın anlamını belirlemek için Strasbourg organlarının pratiğini, bu kararları yorumlayan doktrini kullanmaktadır (63).

Federal Alman Anayasa Mahkemesi, Bonn Temel Yasası'nın birinci maddesinin ikinci fıkrasına dayanarak temel hakların yorumunda İnsan Hakları Avrupa Konvansiyonunu kullanmaktadır (64).

Avrupa Topluluk Mahkemesi de Strasbourg organlarının jürisprüdansından etkilenmektedir.

Topluluk Mahkemesi, «Internationale Handelsgesellschaft» kararı ile geliştirmeye başladığı «temel haklarda mündemik sınırlar» (barrières immanentes des droits fondamentaux) teorisi ile «genel yarar», korunan hakkın «öz»ü garantisi ve müdahalenin orantılılığı (65) kriterlerini, Strasbourg organları ve Alman jürisprüdansının etkisi altında getirmiştir.

Mahkeme 28 Ekim 1975 tarihli Rutill kararında, Konvansiyonun, teminat altına alınan haklara kamu düzeni ve güvenliği gerekçeleri ile getirilen sınırlamaların «demokratik bir toplum»da «zorunlu» olması prensibine de referans yapmıştır (66).

2. İnsan Hakları Avrupa Konvansiyonu, Strasbourg organları jürisprüdansı ve Türk Anayasa Mahkemesi.

1982 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında «ölçü» ya da sınırlamanın sınırı konusunda kabul ettiği prensipler Avrupa İnsan Hakları Avrupa Konvansiyonundan alınmıştır. Bu durumda Anayasa Mahkemesinin kendisini Strasbourg organlarının jürisprüdansı ile ne ölçüde bağlı sayacağı ve

(63) Federal Mahkeme kararları için bk. A. Auer, La Jurisdiction Constitutionnelle, op. cit., s. 167 vd.

(64) Cf. M. Fromont, A. Rieg, Introduction au droit allemand, op. cit. s. 183.
Bazı yazarlar bu uygulamaya dayanarak Avrupa Konvansiyonunun anayasal değerde olduğu görüşünü ileri sürmüşlerdir. Ancak bu görüş doktrinde genel kabul görmemiştir.

(65) Cf. 24 Ekim 1973 tarihli «Balkan» kararı. Aff. 5/73, Rec. 1973, s. 1091 vd.

(66) Cf. Aff. 36/75, Rec. 1975, s. 1219; Ayrıca bk. 5 Mart 1980 tarihli Pecastaing kararı. Aff. 98/79, Rec. 1980, s. 89.

özellikle de «demokratik toplum»un yorumu önemli bir problem olarak gözükmetedir (67).

1982 Anayasasının «Temel hak ve hürriyetlerin sınırlaması»nı düzenleyen 13. madde gerekçesinde; maddenin ikinci fıkrasında sınırlamanın sınırının öngörüldüğü belirtildikten sonra sınırlayıcı tedbirlerin «genellikle kabul gören demokratik rejim anlayışı» ile uzlaşabilir olması ve sınırlamanın öngörülen meşru amacın zorunlu yahut gerekli kılındığından fazla olmaması gerektiği açıklanmış, «amaç ve sınırlama orantısının korunması» bir **anayasal prensip** sayılmıştır.

Gerekçe, getirilen kıstasın 1961 Anayasasının kabul ettiği «öze dokunmama» kıstasından daha belirgin, uygulanması daha kolay bir kıstas olduğunu ileri sürdükten sonra bu kıstasın uluslararası sözleşmelerde de kabul edildiğini belirtmiştir.

Başka bir ifade ile 1982 Anayasası, «**anayasal haklar**» kataloğu yanında «**anayasal prensipler**»de tanımaktadır. Bu prensiplerden biri de «**orantılılık prensibi**» (principe de la proportionnalité) dir. Bu anayasal prensipler anayasal hakların koruduğu çerçeveyi çizmektedir (68).

Kısaca 1982 Anayasası 13. maddesi ikili bir resepsiyon, normatif (Konvansiyon) ve jürisprüdansiyel (Strasbourg organları jürisprüdansı) resepsiyon ürünüdür.

Bu durumda Strasbourg Organları (Komisyon ve Mahkeme) jürisprüdansı, 1982 Anayasasının 13. madde ikinci fıkrasının yorumlanmasında kritik bir önem kazanmaktadır.

İnsan hakları Avrupa sözleşmesinin çeşitli maddeleri stereotipleştirilmiş bir formül aracılığı ile tanıdığı haklara getirilen sınırlama-

(67). «Demokratik toplum» anlayışında Avrupa standardı, Anayasa Mahkemesi jürisprüdansında bugüne kadar kabul görmüştür.

Anayasa Mahkemesi 1982 Anayasa Başlangıç'ında da yer alan «çağdaş medeniyet» anlayışını iki prensibe dayandırmıştır: «İnsan hakları» prensibi, «demokratik toplum olma» prensibi.

Cf. B.N. Esen, Anayasasının Anayasa Mahkemesince yorumlanması, Ankara 1972. Anayasa Mahkemesi 274 sayılı Sendikalar Kanunu ile ilgili davada da anayasa kurallarını yorumlarken «... batı demokrasilerinde ne anlaşılıyorsa öyle anlayarak yorumlamak gerekir» demektedir. Bk. Anayasa Mahkemesi, 1967/29 ve 1967/49 karar sayılı kararlar.

(68) Anayasal prensipler konusunda bk. A. Grisei, «Droit public non-écrit: 'droits constitutionnels, principes constitutionnels, règles générales'», In Mélanges Max Imboden, Bâle, 1972, s. 139 vd.

ların demokratik bir toplumda zorunlu tedbirler olması gerektiğini öngörmüştür. Sınırlayıcı tedbirlerin bu formüle uygunluğunu denetleyen Avrupa Mahkemesi, «Sözleşmenin tanıdığı bir hakka getirilen sınırlamanın güdülen meşru amaçla orantılı olması gerektiği» sonucuna varmıştır (69).

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi madde 10/2 anlamına «demokratik bir toplumda zorunlu» deyiminin nasıl yorumlanması gerektiğini de Handyside kararında açıklamıştır (1).

«Zorunlu» kavramı, Mahkemeye göre «zorlayıcı bir sosyal ihtiyaç»ın (besoin social impérieux) (pressing social need) varlığını gerektirir.

IV. YORUM TEORİSİ AÇISINDAN DENETİM ORGANININ YETKİLERİ. DÖRT ÇALIŞMA HİPOTEZİ.

Kamu İktidarları denetime tabi oldukları ölçüde, anayasaya bağlıdır. Ancak Anayasa, denetim organının yorumladığı anayasadır.

Bu durumda sorulması gereken soru, denetim organının da anayasaya bağlı olup olmadığı sorusudur. Bu sorunun cevabı yargıç iktidarının niteliğinde aranmıştır (70).

(69) Cf. 7 Aralık 1978 tarihli Handyside kararı, Série A. no. 24; 28 Nisan 1979 tarihli Sunday Times kararı, Série A. no. 30 Ayrıca bk. 6 Eylül 1978 tarihli Klass ve diğerleri kararı, Série A. no. 28, s. 25 vd.

Önlü İngiliz gazetesi Sunday Times'in «Thalidomide» ile ilgili yazılarına konan ve Lordlar Kamarası tarafından da onaylanan yemin yasağı konusunda İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin 28 Nisan 1979'da verdiği karar, gazetenin beyazın Harold Evans tarafından «Avrupa Mahkemesi yargıçlarının Runnymede çizgisinde olduğu» şeklinde değerlendirilmiştir. Bu anlamda, Runnymede çizgisi Avrupa liberal anayasa hukukunun ortak çizgisidir. Cf. P. Kintar, «Sur la liberté de la presse en Grande-Bretagne. De l'affaire «Sunday Times» à l'affaire «Harriet Harman» ou les tribulations du Contempt of Court», In RDP, 1983, s. 285 vd.; S. Bailey, «The Contempt of Court Act 1981», Modern Law Review, 1982, s. 301 vd.

(70) Cf. M. Treper, «Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité constitutionnelle» in Ch. Eisenmann, op. cit., s. 145.

1. Kısmi yasama organı, kurucu ve anayasal meşruluğu meydana getiren prensiplerin koruyucusu olarak Anayasa Mahkemeleri.

Doktrinde bu soruya getirilen cevaplardan ilki Hans Kelsen'in-dir; Anayasa yargıcı «kısmi yasama organıdır» (organe législatif portiel) (71).

İkinci bir görüş, yargıcın anayasayı yorumladığı ölçüde kurucu bir iktidar kullanmakta olduğu görüşüdür.

Charles Eisenmann'ın, «Anayasa yargısı ve Avusturya Yüksek Anayasa Mahkemesi» adlı doktora tezinde açıkladığı bu teze göre (72) yargıç, «in abstracto» verdiği yorumlarda kurucudur.

Eisenmann, Heidelberg kollokyumunda «in abstracto» ve «in concreto» yorumlar ayırımından vazgeçmiştir: yargıç yorumlarken yaratır (le juge en interprétant crée) (73).

Üçüncü tez anayasa mahkemelerinin kurduğu ölçü -normlar bloku ile yakından ilgilidir (74). Anayasa yargıcının anayasaları, anayasa -üstü değerleri de kullanarak yorumlaması ya da anayasa kuralları arasında bir hiyerarşi kurması bu tezde malzeme olarak kullanılmıştır (75). Anayasa yargıcı bu anlamda, anayasal meşruluğu meydana getiren prensiplerin de koruyucusudur.

2. Anayasanın ortak -yorumcusu olarak Anayasa Mahkemeleri.

Dördüncü bir hipotez de, denetim organının kamu iktidarlarının yetkilerini ortaklaşa belirledikleri kompleks bir sistem içinde yer almasından kalkarak kurulmuştur (76). Hiç bir sistemde, anayasal denetimli organı anayasanın tek yorumlayıcısı değildir. Anayasaya getirdiği yorum diğer organların yorumunu da hesaba katmak zorundadır.

(71) Bk. H. Kelsen, «La garantie juridictionnelle de la Constitution», RDP 1928.

(72) Ch. Eisenmann, La justice constitutionnelle et la Haute Cour Constitutionnelle d'Autriche. Paris 1928, s. 107 vd.

(73) Bk. Ch. Eisenmann, In Heidelberg Kollokyumu, Berlin 1962, s. 791.

(74) Türk Anayasa Mahkemesi kararlarında, «Cumhuriyet'in özü», Fransız Anayasa Konseyi kararlarında «Cumhuriyetin temel prensipleri», Federal Alman Anayasa Mahkemesi kararlarında «Anayasanın değerler sistemi... gibi...

(75) Bu tezin Fransa da ilk örneklerinden biri için bk. M. Hauriou, Précis de droit constitutionnel, Sirey, Paris 1929, (2. éd.) s. 299 vd.

(76) Bk. M. Troper, «Le problème de l'interprétation...» op. cit.

Amerika Birleşik Devletleri'nde yargı denetimini kuran «Marbury v. Madison» olayı sonrasında Kongredeki anti-federalistlerin anayasayı farklı yorumlamaları, yargıçlara karşı «impeachment» prosedürünün kullanılmasına götürmüştür (77).

Ayrıca Başkan ya da Kongre'nin Yüksek Mahkemenin tavrını değiştirmek için, Mahkemenin karşı çıktığı bir yasaya anayasa değişikliği ile anayasal biçim verme, yeni yasalarla Mahkeme kararlarını etkisizleştirme yoluna gittikleri ya da Mahkemenin statüsünü değiştirme tehdidini kullandıkları da görülmüştür (78).

Türkiye örneğinde de; Anayasa Mahkemesi boş üyelik seçimlerinin engellenmesi, yeniden yasama, siyasi partilere hazine yardımı, kamulaştırma bedeli gibi... konularda Anayasa Mahkemesi kararlarına karşı gerçekleştirilen anayasa değişiklikleri, Anayasa Mahkemesinin yetkilerini yeniden düzenleyen anayasa değişiklikleri görülmektedir (79).

Problem bu çerçevede içinde ele alındığında, yorum, kamu iktidarlari arasında ilişkiler sisteminin ürünüdür (80).

Troper'e göre, «All the law is judge made law» teorisi, sadece mahkemelerin yorumlama iktidarını dikkate aldığı, diğer organları hesaba katmadığı ölçüde gerçeklerden uzaktır.

Jürisprüdensiyel anayasa hukukunun oluşması ve gelişmesi büyük ölçüde Anayasa mahkemelerine yapılan başvuruların anlam ve muhtevasına bağlıdır. Bu anlam ve muhteva da yasama politikasından etkilenir. Fransa bu konuda verilebilecek tipik bir örnektir.

(77) Bu konuda bk. H. Burton, «The cornerstone of constitutional law; the extraordinary case of Marbury v. Madison», American Bar Association Journal, oct. 1950, s. 805 vd.

(78) Cf. M. Mathiot, «Les offensives du Congrès des Etats-Unis contre la jurisprudence constitutionnelle de la Cour Suprême», in mélanges Waline, op. cit., s. 47 vd.; Henry J. Abraham, The Judicial Process, Oxford University Press, N.Y., 1980, (4. ed.) s. 333 vd.

(79) Bk. A. Ünal, Siyaset ve Anayasa Mahkemesi, Ankara 1980, s. 280 vd.

(80) Soruna bu açıdan bakan yazarlar Anayasa yargısının ancak temel uzlaşmanın gerçekleştiği sistemlerde pratik bir değer olabileceği görüşündedir.

Fransa da son iktidar değişikliğinden sonra 1789 Haklar Dekle-rasyonuna yapılan referanslar bir rastlantı sayılamaz ve metnin Con-sell'in son jürisprüdansında kazandığı önemi de açıklar (81).

Bu anlamda Anayasa Mahkemelerine başvurma yetkisine sahip olanlar da Anayasa Mahkemeleri ile birlikte anayasanın ortak yorum-cularıdır (82).

V. HUKUK KURALLARININ YORUMUNDA KULLANILAN TEKNİK USULLER.

1. Hukuk kuralları yorumunda «elektrik metod».

Bir hukuk normunu yorumlamak, anlamını belirlemektir. Bu ça-lışmanın kalkış noktasını meydana getiren yasadır. Bu durumda yasa koyucunun kullandığı kelimelere bağlı kalmak ve ilk önce cümle ya-pısı üzerine dayanan «gramatik yorum»a (83) (interprétation gramma-ticale, Grammatische Auslegung) başvurmak gerekir (84). Ancak gra-matik yorum geçici ve ikinci derecede bir araçtır (85).

Gerçekten bu usulün bulunmasına yardım ettiği çözümün yasa-nın anlam ve amacı ile (le sens et le but, Sinn und Zweck) karşılaş-tırılması gerekir (86).

(81) Fransa da 1981 ilk baharından 1983 başlangıcına kadar 18 aylık süre içinde Conseil Constitutionnel'in verdiği 37 kararından 21'i muhalefetteki parlamen-terlerin başvurusu üzerine verilmiştir. Bu durumda Conseil'in fonksiyonu, hak ve hürriyetler konusunda, muhalefetin anlayışı ile hükümet ve çoğunluğu ta-rafından savunulan anlayış arasında hakemlik etmektir. Cf. G. Knaub, «Le Conseil Constitutionnel et la régulation des rapports entre les organes de l'Etat», RDP, 1983, s. 1161.

(82) Bk. L. Favoreu, «Le droit constitutionnel jurisprudentiel...», op. cit., s. 399.

(83) Bu teknikte «deyimsel yorumlama» ya da «lafzi» (littérale) tefsir de denmek-tedir.

(84) Cf. Rromont, Rrieg, Introduction droit allemand, op. cit., s. 215.

(85) Gramatik yorum, hukuki yorumun öncesinde yer alır ve hukuk normunun özelliklerini hesaba katmadığı için onun bir parçası da sayılmayabilir. Cf. J. Werner, L'interprétation constitutionnelle, op. cit., s. 143.

(86) İsviçre Federal Mahkemesine göre, normun açık anlamının gerçek anlamına uygunluğu konusunda ciddi sebepler tereddüt yaratıyorsa, açık anlamdan ay-rıkma anayasaya aykırı sayılamaz. Cf. ATF. 87 I 16; 90 I 214; 91 I 238; 95 I 326.

Bu karşılaştırma için birden çok metod ve kriter kullanılmaktadır. Ancak bu kriterler iki kategori içinde toplanabilir: Normun anlamını mantıklı usullerle tesbit eden (constructif) (kurucu) prensip ve «teleolojik» prensip. İkinci bir ayırım da, yasa koyucunun iradesine başvuran sübjektif yorum metodları ve başvurmayan objektif yorum metodları arasında yapılmıştır (87).

Yorumcu önce, yasa koyucu tarafından izlenen amacı araştırabilir. Bu amacın araştırılmasında kanun koyucunun iradesini tesbit etmek için hazırlık malzemeleri de kullanılabilir (88).

Ancak doktrin, yasaların yorumunda parlamento hazırlık çalışmalarının kullanılabilirliği konusunda büyük bir ihtiyat kaydı ayırmaktadır (89).

Kanun koyucunun iradesini araştırma her zaman sonuçta ulaşmaz. Bu durumda yargıç, «hukuk sistemi»nin tanım ve kavramları üzerine kurulu «bilimsel yorum»a (wissenschaftliche) başvurabilir.

Gerçekten, anlamının belirlenmesi gereken bir hüküm zorunluğu olarak bir «sistem» içinde yer alır ve bu hükümün özü ve arkası ile bağlantılarının kurulması gerçek boyutunu da ortaya çıkartır (90).

Bilimsel yorum'un», XIX. yüzyıl boyunca özellikle alman hukuk bilimini ve BGB yi etkisine alan «Begriffsjurisprudenz» (kavramların hukuk bilimi) teorisi ile yakın bağları vardır. Bu teorisin temei düşün-

(87) Cf. Werner, op. cit., s. 146.

(88) Hazırlık malzemelerinin incelenmesi metoduna «tarihi yorumlama metodu», kanun koyucunun kanunu koyduğu muhtemel iradesinin araştırılmasına da sübjektif yorumlama metodu» denmektedir.

(89) Cf. H. Capitant, «L'interprétation des lois d'après les travaux préparatoires», D. 1935, Chron. 77: L'interprétation dans le droit, Archives de philosophie du droit, t. 17, Sirey 1972. Bugün bu klasik doktrinal gerçek, büyük ölçüde değişen bir hukuki gerçeğe uygun mudur? Yoksa, yasaların hazırlanmasında yeni kurallar yorum açısından da yeni bir analiz mi gerektirmektedir? Bu konuda bk. M. Moudenc, «Les travaux préparatoires de la loi ou la remontée des enfers», D. 1975, Chron. 249.

(90) Anayasanın bütünlüğü ilkesinin şekli anlamı yanında maddi bir anlamı da vardır. Anayasanın bütünlüğü anlayışına bağlı bir diğer prensip de, özellikle Federal Alman Anayasa Mahkemesi ve ayrıca Federal Mahkemesi Jurisprudence'inde görülen «pratik uyusun» prensibidir.

cesine göre her kavram, bir bütün ya da sistem içinde yer alan açık bir tanım (dogma) konusu olmalıdır (91).

Normun yazılış biçimine göre yorum (gramatik yorum) içinde yer aldığı bütüne göre yorum (sistematik yorum) hazırlık çalışmalarına göre yorum (tarihi yorum) ve amacına göre yorum (teleolojik yorum) biri diğerini reddetmek yerine, karşılıklı olarak birbirlerini tamamlayan metodlardır. Ancak eklemek gerekir ki, anayasalardaki «değerler» kataloğu ve hiyerarşisi de anayasanın yorumunda kullanılması gereken metodların belirlenmesinde etkili olur.

Türk Anayasa Mahkemesi, Alman Federal Anayasa Mahkemesi ve İsviçre Federal Mahkemesi (92) gibi, Grisef'in «eklektik metod» olarak adlandırdığı metod (93) uyarınca, a-priori hiç bir yorum metodunu ihmal etmeden her müşahhas durumda hukuk normunun anlamını tesbite en elverişli olanını kullanmaktadır. Ancak Anayasa Mahkemesi kararlarında, subjektif metod karşısında objektif metoda üstünlük tanıma eğilimi de görülebilir (94).

2. Teleolojik yorum ve teleolojik yorum ahlakı.

Bugün doktrinde hakim olan teknik (diğer yorum tekniklerini ihmal etmeden) kanunun amacından çıkarılan «teleolojik» (amaçsal

(91) Bu kapalı hukuk kavramları sistemi, radyonalizmi, Fransa'da Gény'nin çalışmaları ile tanınan «serbest hukuk ekolü»nün (école du droit libre) eleştirilmesine hedef olmuş, Serbest hukuk ekolünün «kadı adaleti sübjektifizmi»ne karşı Tübingen ekolü'nün «menfaatler jürisprüdansı» (Interessenjurisprudenz) ve yeni «değerler jürisprüdansı» (wertungsjurisprudenz) getirilmiştir.

(92) Cf. J. Werner, *Interprétation constitutionnelle*, op. cit., s. 182; Formont, *Rég. Introduction au droit allemand*, op. cit., s. 217.

(93) A. Grisef, *Droit administratif Suisse*, Neuchâtel, 1970, s. 59 vd.

(94) Cf. B.N. Esen, *Anayasanın Anayasa Mahkemesince yorumlanması*, op. cit., s. 44 vd.

«Hukukta yapılacak yorumlarda söz'den çok öz'e önem verilmesi ve yorumda sözün özü belirtmeye yarayan bir araç olduğunun kesinlikde göz önünde tutularak yorumlanması... çağdaş hukuk biliminin benimsediği temel ilkelerdendir» (Anayasa Mahkemesi 1971/3 karar sayılı kararı)... «Anayasa Mahkemesi... bir kanun hükmünün anlamını kendi hukuk görüş ve anlayışı açısından inceler ve hükmün bu anlam içinde Anayasaya uygunluğunu denetler» (Anayasa Mahkemesinin 1969/65, 1971/3 Karar sayılı kararları).

ya da gai) tekniktir (95). Teleolojik prensip hukuk normunun belli bir değer ifade ettiğini varsayar. Bu değer normun varması gereken amaçtır (96).

Kara -Avrupalı yorum metodu (European Way of Interpretation) olarak da adlandırılan hukuk kurallarını ortamına ve amacına göre yorumlama metodu, «teleolojik-objektif» metod, İngiliz. «common law» sisteminin klasik-sınırlı yorum metodundan farklıdır.

(95) Hukuk normu içinde yer aldığı «çevre»de meydana gelen değişimlere bağlı olarak yorumlanmaktadır. Anayasa Mahkemesi, «teleolojik-objektif-çağdaş» yorum anlayışının bir sonucu olarak görülebilecek 26.6.1966 tarihli kararında şöyle demektedir. «Durumların ve şartların değişmesi halinde sonucunda değişiklik olması gerekir. Böyle bir değişimin bulunmadığı ise, ancak inceleme sonucunda anlaşılabilir. Aksini düşünmek, bir kısım hükümleri imtiyazı duruma getirmek, bu hükümler hakkında yargı mercilerinin, yetkilerini kullanmalarını önlemek, hukuki görüşleri ebedileştirmek olur. Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının böyle bir ereği bulunduğu düşüncesini destekleyecek doyurucu bir kanıtın ileri sürülmesi mümkün değildir.

1982 Anayasası 152. madde Danışma meclisi anayasa komisyonu gerekçesinde «kanunların zamanla Anayasaya aykırı hale geldiği (de) düşünülebilir. Ancak bunun için 'makul' bir sürenin geçmesi gerekir» dendiikten sonra «red edilen bir davanın yeniden açılabilmesi için getirilen gerekli sürenin, hukukun ana ilkelerinden biri olan istikrar ilkesi» gerekçesine dayandığı açıklanmıştır. Millî Güvenlik Konseyi Anayasa Komisyonunda ise «değişme» karşısında «istikrar» tercihi ağırlık kazanmış ve «makul» süre 10 yıla çıkartılmıştır.

Anayasa mahkemesine göre, «152/eon fıkrada yer alan 10 yıllık yasaklayıcı hükümün itiraz konusu kuralın Anayasaya aykırı bulunmaması durumunda uygulama alanına girmesi tabiidir. Denetime engel olan durumları tasbit eden kararların başka mahkemelerce yapılan başvuruların incelenmesine engel olmayacağı açıktır.» (Anayasa Mahkemesi 1984/12 karar sayılı karar). Anayasa Mahkemesine göre yasaklayıcı hüküm» Anayasa mahkemesini 1961 Anayasası döneminde işin esasına girerek vermiş olduğu red kararları ile bağlı tutmaktadır» (Anayasa Mahkemesi 1983/5 ve 1983/10 karar sayılı kararları).

(96) Yüksek mahkemenin Amerikan Anayasasına getirdiği yorumda, kurucunun gerçek iradesinden bağımsız, teleolojik metod hakim olmuştur. Bu metoda verilecek en önemli örnek «Marbury v. Madison» (1803) kararıdır. Yüksek mahkeme Amerikan Anayasasının amacını anayasaların felsefesinde ve mantığında bulmaktadır. Cf. Frankfurter, «John Marshall and the Judicial Function». Harv. Law Rev. 1957 s. 217 vd.

Ancak eklemek gerekir ki, «Marbury v. Madison» davasında verilen kararın kaynakları arasında, Amerikan kolonilerine Blackstone, gibi yazarlar aracılığı ile aktarılan İngiliz «Common Law» tarihi; XVIII. yüzyıl «common Law» yargıçlarının İktidarda mücadelesi ve doğal hukuk düşüncesi de vardır. Cf. E. McWhinney, Constitution Making. Principles, Process, Practice. University of Toronto Press, Toronto, 1981, s. 111 vd.

Topluluk Hukuku'nu İngiliz pozitif hukukuna sokan, 1972 tarihli «European Communities Act» Andlaşmaların yorumlanmasında Topluluk Yargı Yeri'nin koyduğu prensiplerin benimsenmesi gerektiğini belirtmiştir.

«Court of Appeal» başkanı (Master of the Roll) Lord Denning «Bulmer v. Bollinger» (1974) olayında Topluluk Yargı Yerince kullanılan Kara-Avrupası yorum metodunun (European Way of Interpretation) varlığını tanımış ve İngiliz yargılama yerlerinden bu metoda yönelmelerini istemiştir (97).

«Teleolojik-objektif-çağdaş» metod normun ifade ettiği değişmez değeri en iyi açıklayan anlamı belirlemek yerine politik olarak tercih edilen anlamı vermede kullanılırsa, her yeni yorumda norm yeni bir değer ifade eder. Bu çizgide teleolojik yorum yorum değil ama yeni normların yaratılmasıdır.

Yorumda bu kritik çizgiyi geçmemek için Mahkemelerin bir «teleolojik yorum ahlakı» geliştirdikleri görülmektedir (98).

(97) Ancak, «Court of Appeal»-in bu tutumunu, diğer yargı yerlerine de yayıp genellemek gerçekçi olmaz. Bu konuda özellikle bk. J.A. Griffith, *The Politics of the Judiciary*, Fontana, London, 1978. Sosyal değişimler karşısında «Common Law» yargıcının klasik tutumu için bk. J. Duthell de la Rochère, «Le statut des minorités raciales en Grande-Bretagne», R.D.P., 1977, s. 789 vd.

«Buchanan v. Babco» kararında (1977) «Court of Appeal», Topluluk yargı-yerinin «teleolojik-objektif» yorum metoduna Topluluğun kurulmasında klit bir fonksiyon tanımıştır. Ancak, Lordlar Kamarası, bu kararı bozarken, «Söze bağlı, teknik ve sınırlı» olmakla suçlanan geleneksel İngiliz yorum yönteminin savunusunu da üstlenmiştir. Lordlar çoğunluğu, «Court of Appeal»-in benimsediği yorum yöntemini, yargıçları parlamento çoğunluğundan farklı ideolojik tercihleri savunabilecek yasa koyucular durumuna sokma eğilimlerini taşımakta suçlamıştır.

Bak: J. Duthell de la Rochère, A. Syngellaki. - «L'application du droit communautaire par les juridictions britanniques au cours de l'année 1977» Chron. Rev. de droit europ., 1978, s. 250 vd.

(98) Bu yorum ahlakının açık ifadelerinden biri Justice Holmes'in «Lochner v. New York», 198 U.S. 45, 76 «dissent» inde yer almaktadır. (The Constitution) «is made of people of fundamentally differing views, and the accident of our finding certain opinions natural and familiar or novel and even shocking ought not to conclude our judgment upon the question whether statutes embodying them conflict with the Constitution of the United States».

Federal Yüksek Mahkeme jürisprüdansında geliştirilen «political question doctrine» in özü bu teleolojik yorum ahlakındadır. Mahkeme yasa koyucunun takdir yetkisine müdahaleden kaçınmaktadır (99).

Anayasa Mahkemesinin «onda birlik baraj uygulamalı nisbi temsil sistemi»ni getiren 2972 sayılı «Mahalli İdareler ile Mahalle Muhtarlıkları ve İhtiyar Heyetleri Seçimi Hakkında Kanun»un kimi hükümlerinin Anayasaya aykırılığı iddiası ile açılan iptal davasında verdiği karar «judicial self-restraint» in en tipik örneklerinden biridir (100).

Anayasa Mahkemesine göre «Kanun koyucu ülkenin siyasi ve sosyal koşullarına, gerçeklerine ve yararlarına uygun göreceği bir seçim sistemini tayin etme hakkını haizdir, Kanun koyucunun takdirine bağlı bir konudaki tercihinin isabet derecesinin tartışılması... anayasaya uygunluk denetimi bakımından bir önem taşımaktadır... Daha çok teknik yönden yapılacağı kuşkusuz olan Anayasaya uygunluk denetiminde... yasa koyucunun siyasi tercihlerine müdahale edilmemelidir» (101).

Fransız Anayasa Konseyi de bir çok kararında, yasa koyucunun tercihlerine müdahale etme yetkisinin bulunmadığını açıkladıktan sonra anayasal normla yasal norm arasındaki uygunluk münasebetini geniş olarak değerlendirmiştir. Bu durumda çok kere Konsey «...Yasa koyucuya ait olduğu dikkate alınarak» (Considérant qu'il appartient au législat eu r de...) formülünü kullanmaktadır (102).

(99) Justice Black'ın «ferguson v. Skrupa», 372 U.S. 726 da açıkladığı gibi: «We have returned to the original constitutional proposition that courts do not substitute their social and economic beliefs for the judgment of legislative bodies who are elected to pass laws».

(100) Cf. Anayasa Mahkemesinin 1968/13 karar sayılı kararı.

(101) Bk. Anayasa Mahkemesi 1984/2 Karar sayılı kararı.

Anayasa mahkemesinin bu tutumunu «eşitlik ilkesi»nin ileri sürüldüğü çok sayıda davada verdiği kararlarda da görülebilir.

(102) Tipik karar örnekleri için bk., 141 DC, 133 DC 146 DC, 152 DC.

3. Anayasaya uygun yorum ve gereklerin bağlayıcılığı problemi.

İsviçre Federal Mahkemesi, İtalyan (103), Avusturya (104), Almanya Anayasa Mahkemeleri (105), yeni kararlarında Fransız Anayasa Konseyi (106), «şarta bağlı anayasaya uygunluk» (déclaration de constitutionnalité sous réserve), «anayasaya uygun yorum» (Interprétation conforme à la constitution, in harmony with the constitution, verfassungskonforme Auslegung) tekniğini kullanmaktadır.

Sistemik yorumun özel bir biçimi olan anayasaya uygun yorum prensibi, hukuk düzeninin birliği, anayasanın üstünlüğü ve kurallar hiyerarşisi anlayışının sonucudur.

Uygun yorum prensibinin normları muhafaza edici bir etkisi vardır. Ancak iptalle anayasaya uygun bulma arasında yer aldığı ölçüde anayasa yargıcının karar iktidarını —dolaylı olarak— genişletir.

Uygun yorum tekniği, Federal Alman Anayasa Mahkemesinin 7 Mayıs 1955 tarihli karar gerekçesinde şu şekilde açıklanmıştır :

«Bir yasa anayasaya uygun olarak yorumlanabildiği, ve bu yorum seçildiğinde yasa hala anlamını koruduğu takdirde, anayasaya aykırı değildir» (107).

Bu ilk kararla başlayarak, Mahkeme, uygun yorum tekniğinin temel olarak, Anayasanın hakimiyeti altında, onun temel prensipleri ile şekillenen Devletin hukuk sisteminin bütünlüğünü görmüştür.

Bu anlamı ile uygun yorum, sistemik yorumun değişik bir biçimidir.

-
- (103) İtalya'da Anayasaya uygun yorum ve yorumlu red kararları ile ilgili tartışmalar için bk. A. Pizzorusso, «Procédures et techniques de protection des droits fondamentaux», in Favoreu, Cours Constitutionnelles, op. cit., s. 178 vd.
- (104) Kelsen ve Merk'ın hukukun kademeli oluş teorisi, maddi planda, «normatif anayasa» tezlerini etkilemiştir. Bu tezleri göre, üst derece hukuk alt derece hukuk normlarının muhtevassamı programlar, 1 Mayıs 1945 tarihli Avusturya Cumhuriyeti geçici Anayasa metninde bu teknik açıklama öngörülmüştür.
- (105) Federal Alman Anayasa Mahkemesi, kısmen ya da tamamen iptal ettiği 160 kanuna karşı, yüze yakın olayda kanunların anayasaya uygun yorumuna gitmiştir.
- (106) Fransız Devleti Şurası da Anayasaya uygun yorum tekniğini kullanmaktadır. Cf. Conseil d'Etat'nın, 7 Şubat 1947 tarihli Aillères, 17 Şubat 1950 tarihli dame lamotte kararları.
- (107) Cf. J. - C. Béguin, Le contrôle de la constitutionnalité des lois en République Fédérale d'Allemagne, op. cit., s. 184 vd.

Federal Alman Anayasa Mahkemesi, 30 Ekim 1963 tarihli kararında, Ceza Kanununun 129. paragrafını Anayasanın 29. maddesine göre yorumlayarak, siyasi partilerin bu paragrafta ki dernek kavramına girmediği ve siyasi partinin anayasaya aykırılığına karar verilmeye kadar parti sorumlu ve üyelerinin «parti imtiyazı»ndan (Parteienprivileg), bir çeşit «ceza dokunulmazlığı»ndan yararlanmaları gerektiğine karar vermiştir.

Federal Alman Anayasa Mahkemesi 31 Temmuz 1973 tarihli kararında da, Federal Cumhuriyet ve Alman Demokratik Cumhuriyeti arasındaki münasebetlerin prensiplerini tanımlayan 21 Aralık 1972 tarihli andlaşmayı Anayasaya uygun yorumlamıştır.

İsviçre Federal Mahkemesi 1969 tarihli Jeckelmann kararı ile (1969) (109) Federal yasaların lafzı ve açık anlamı engel olmadığı takdirde Anayasaya uygun olarak yorumlanması gerektiğini hükme bağlamıştır.

Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi, Kara Avrupası kamu hukukundaki «hükümet tasarrufları» teorisine yakın bir anlam taşıyan «siyasal sorun doktrini» (political question doctrine) (110) ile yetki alanını sınırlamıştır. Federal Alman Cumhuriyetinde ise, anayasaya uygunluk denetimi sınırsız olarak bu amaçla kurulan bir yargı yerine verilmiştir. Bu nedenle Karlsruhe Mahkemesi başkanı E. Benda'nın da belirttiği gibi siyasal sorunlar Amerikan teorisinin Alman sisteminde uygulanma alanı olmamıştır. Bu teori yerine Mahkeme, bir «judicial self-restraint» prensibi olarak anayasaya uygun yorum tekniğini kullanmıştır.

Anayasaya uygun yorum tekniğinin kullanılması karar gerekçelerinin bağlayıcılığı sorununu da gündeme getirmektedir. Federal Alman Anayasa Mahkemesi kuruluş yasası 31. paragrafına göre, normların uygunluk denetimi prosedüründe Mahkeme kararlarına tanınan kanun gücü, bu kararların taşıyıcı gerekçelerine de şamildir.

Anayasa Mahkemesi, 31 Temmuz 1973 tarihli kararında, karar gerekçelerinin her noktasının Andlaşmanın muhtevası ile doğrudan il-

(108) ATF 95. I. 330, 332.

(109) ATF 95 I. 330, 332.

(110) Amerikan siyasal sorun doktrini ve İsviçre Federal Mahkemesi jurisprüdanında hükümet tasarrufları yorumu arasındaki paralellik için bk. Mahkemenin 16 Şubat 1973 tarihli Les Pas S.A. kararı, in J. Warner, Interpretation constitutionnelle, op. cit., s. 183 vd.

gili olmasa bile, kararın üzerine kurulu olduğu gerekçelerin bir parçası olduğunu açıklamıştır.

Federal Alman Anayasa Mahkemesinin istikrar kazanan içtihadına göre, kararın temelindeki gerekçeler (ratio decidendi) anayasasının yorumu konusunda açıklamalar ihtiva ettikleri ölçüde bağlayıcı güce sahiptir.

Federal Alman Anayasa Mahkemesi 10 Haziran 1975 tarihli kararında anayasaya uygun yorum kararının hukuki niteliğini açıklamıştır. İptal edilen bir normda olduğu gibi, Mahkemeler, Anayasaya uygun yorum kararı gerekçesinde normun anayasaya aykırı görülen yorumuna dayanarak karar veremezler.

Anayasa Mahkemesi kararlarında, «kanun hükmü... gerekçelerden çıkan anlam çerçevesinde (ya da karar gerekçesi ölçüsünde) anayasaya uygundur» formülünü kullanmaktadır.

Fransa'da ise gerekçeler, karar normunun zorunlu desteği oldukları ölçüde kararın bağlayıcılığı kuralından yararlanırlar (111). Bunun sonucu olarak yargıçlar, yasayı, Anayasa Konseyi yorumuna göre uygulamak zorundadırlar (112).

Türk Anayasa Mahkemesi de Anayasa uygunluk denetiminde «uygun yorum» tekniğini kullanmaktadır (113). Bu teknik özellikle, anayasaya uygunluk denetiminin kısıtlanması durumunda kritik bir önem kazanmaktadır.

(111) Cf. CC. 16 Ocak 1962, GD. no. 15; L. Favoreu, «Rapport général Introductif» in Favoreu, Cours Constitutionnelles, op. cit., s. 47 vd. Fransa'da Cours de Cassation'un bu konudaki klasik jörisprüdansına göre (Bk. 15 Ocak 1945, 21 Mart 1950 tarihli kararlar) kararın kesin hüküm niteliği (autorité de chose jugée) kararın zorunlu desteği olduğu ölçüde (soutien nécessaire du dispositif) gerekçeleri de içine alır.

(112) François Luchaire, Conseil d'etat'ın farklı yorumuna rağmen, Conseil Constitutionnel'in kendi kararlarında tanıdığı yayılma alanının tartışma konusu yapılamayacağını, Anayasasının Conseil kararlarına tanıdığı kesin otoritenin bu otoritenin alanını belirleyen kararlara da şamil olduğunu ileri sürmektedir. Cf. F. Luchaire, La Conseil Constitutionnel, Economica, Paris, 1980, s. 48 vd.

(113) Anayasa Mahkemesi 1984/10 karar sayılı kararında İcra İfale Kanununun madde 178/1 kuralı anlamını belirlemiş ve bu anlamı İfale Anayasaya aykırı olmadığı sonucuna varmıştır. Bu durumda karar gerekçelerinin bağlayıcılığı problemline, Federal Alman Anayasa Mahkemesi ve Fransız Anayasa Konseyi uygulamaları paralelinde bir çözüm getirilebilir.

Anayasa Mahkemesine göre, «geçici 15. maddenin kapsamına giren ve böylece anayasal koruma altında bulunan yasa hükümlerinin Anayasa'ya 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.

Anayasa Mahkemesi uygun yorumdan anayasal prensiplere hukukun genel prensiplerine uygun yorumu anlamaktadır.

4. Anayasaya uygun yorumun sınırı ve Anayasa Kuralının doğrudan uygulanması problemi.

Anayasaya uygun yorumun mümkün olmaması durumunda yasa kuralının «ihmal» edilmesi, Anayasa Mahkemesi kararları ile Anayasa hukuku alanına girmiştir (114). Bu durumda Anayasa kurallarının doğrudan uygulanması sözkonusudur (115).

Parlamentonun hareketsizliği (Inertie parlementaire) ve Anayasaya uygunluk denetiminin kısıtlanması sebebiyle anayasaya aykırılığı giderilemeyen bir yasa hükmünün ihmall ve konuyu ayrıntılarıyla düzenleyen Anayasa hükmünün doğrudan uygulanması Anayasa Mahkemesinin benimsediği bir formüldür.

Anayasa Mahkemesinin 1982/3 karar sayılı kararına göre (116) «Anayasa'da özü belirtilmiş temel hukuk kuralları yanında belirli konuları ayrıntılarıyla düzenleyen hükümlerin de yer aldığını açıkladık-tan sonra 34. maddedeki ispat hakkının ayrıntılarıyla ele alınıp düzenlenmiş konulardan biri olduğunu tesbit etmiştir.

Anayasa Mahkemesine göre, Yasa koyucunun geçici 7. maddede-ki buyruğu yerine getirmemesi ve Türk Ceza Kanununun 481. maddesindeki Anayasaya aykırılığı giderecek yasayı çıkarmaması ve iptal

(114) Cf. Anayasa mahkemesinin 1971/67 ve 1982/3 sayılı kararları.

(115) Cf. 1982 Anayasasının, 11. 136 ve 177 e. maddeleri 11. madde gerekçelerine göre «yargı kuvveti, gerektiğinde, Anayasayı diğer kanunlar gibi uygulayabilir».

Anayasanın 152. maddesinde düzenlenen itiraz yolunda, Anayasa mahkemesinin öngörülen süre içinde karar vermemeşi durumunda da, olay mahkemesi kanun hükmünün anayasaya uygun yorumunu yapma yetkisine sahip olduğu gibi, «Anayasa-yı da «yürürlükteki diğer kanunlar gibi» uygulayabilir.

(116) Bk. 30 Kasım 1983 tarih ve 18237 sayılı R.G.

ve itiraz yollarının da geçici 4. maddenin 3. fıkrasına göre tıkanmış olması karşısında kısıtlı kalan anayasal ispat hakkının bu içeriği ile uygulanmasının sürüp gitmesi artık düşünülmemeyeceğinden mahkemelerce Anayasa'nın üstünlüğü ve bağlayıcı niteliğini açıklayan 8. maddenin ikinci fıkrasına dayanılarak, 481. maddenin birinci fıkrasındaki ispat hakkını sınırlayıcı hükümlerinin bir yana bırakılması ve kurallar kademeleşmesinde en üst düzeyde bulunan Anayasa'nın 34. maddesindeki hükmün doğrudan doğruya uygulanması gerekmektedir (117).

SONUÇ İÇİN NOT

Anayasa yargısında, durumların farklılığının ötesinde, ortak değişmezler ve çizgiler vardır. Bu yakınlıkların en fazla kurulabildiği alan da anayasa mahkemelerince kullanılan teknik ve metodlar alanıdır. Yorum metodları, referans normları ve muhtevalarının belirlenmesi, anayasa mahkemeleri arasında yer değiştirebilir metodlar olarak gözükmektedir. Anayasa yargısında karşılaştırmalı analizin teorik ve pratik önemi de buradadır.

(117) Karşı-oylarda da belirtildiği gibi, Anayasa Mahkemesi kararı, «Anayasanın 34. maddesini geçici 4. madde hükmüne tercih etme sonucunu» yaratmaktadır.