

KAMU HUKUKÇULARI PLATFORMU
ANAYASA HUKUKUNDA
YORUM ve NORM
SOMUTLAŞMASI

Hazırlayan
Dr. Ozan Ergül

29-30 Eylül 2012
Ankara



TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

Türkiye Barolar Birliği Yayınları : 236

*Anayasa Hukukunda Yorum
ve Norm Somutlaşması*

ISBN: 978-605-5316-58-7

© Türkiye Barolar Birliği
Eylül 2013, Ankara

Türkiye Barolar Birliği
Oğuzlar Mah. Barış Manço Cad.
Av. Özdemir Özok Sokağı No: 8
06520 Balgat - ANKARA

Tel: (312) 292 59 00 (pbx)
Faks: 312 286 55 65
www.barobirlik.org.tr
yayin@barobilik.org.tr

Baskı
Şen Matbaa
Özveren Sokağı 25/B
Demirtepe-Ankara
(0312. 229 64 54 - 230 54 50)

KAMU HUKUKÇULARI PLATFORMU
ANAYASA HUKUKUNDA
YORUM ve NORM
SOMUTLAŞMASI

29-30 Eylül 2012
Ankara

KAMU HUKUKÇULARI PLATFORMU

Anayasa Hukukunda
Yorum ve Norm Somutlaşması

BİRİNCİ GÜN

Birinci Oturum

SUNUCU- Türkiye Barolar Birliği Sayın Başkanım, başkan yardımcılarım, yönetim kurulu üyelerim, değerli hukukçular, sayın konuklar; Türkiye Barolar Birliği ve Kamu Hukukçuları Platformu tarafından ortaklaşa düzenlenen “*Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması*” toplantısına hoş geldiniz.

Açış konuşmalarını yapmak üzere Türkiye Barolar Birliği Başkanı Sayın Av. Vedat Ahsen Coşar’ı kürsüye davet ediyorum. (Alkışlar)

Av. VEDAT AHSEN COŞAR (Türkiye Barolar Birliği Başkanı)- Türkiye Barolar Birliğinin değerli başkan yardımcıları ve yönetim kurulu üyeleri, Kamu Hukukçuları Platformunun değerli mensupları, sevgili hocalarım, değerli meslektaşlarım, değerli konuklar; Türkiye Barolar Birliğinin Kamu Hukukçuları Platformuyla birlikte düzenlediği “*Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması*” konulu etkinliğimize hoş geldiniz. Hedefinizi Türkiye Barolar Birliği adına, yönetim kurulu üyesi arkadaşlarım adına ve kendi adıma sevgi ve saygıyla selamlıyorum.

VEDAT AHSEN
COŞAR’IN
KONUŞMASI

Toplumun inşasında, korunmasında ve değişmesinde araçsal önemi ve değeri olan insanın toplum içerisindeki davranış kalıplarını belirleyen, toplumda güveni, güvenliği, barışı hem sağlayan, hem de koruyan, hukukun en önde gelen özelliği normatif olmasıdır. Bu bağlamda hukuk düzeninin temelini oluşturan normlar, bir yandan hukuki kurumları düzenlerken, diğer yandan hukukun zorlayıcı niteliğinin, yani hukuka itaatin gerçekleşmesini sağlamaya yarayan yaptırımları içerirler.

KAMU HUKUKÇULARI PLATFORMU

VEDAT AHSEN
ÇOŞAR'IN
KONUŞMASI

Hukuk normunun konulmasında, ona uyulmasında ve onun bir yargı organı tarafından verilen hüküm yoluyla uygulanmasında karşılaşılan önemli sorunlardan birisi, sanırım onun yorumlanması ve uygulanmasıdır. Bu bağlamda hukuk normları soyut olmakla, kimi zaman ve durumlarda doğrudan uygulanabilir içerikte ve nitelikte olmamakla, bunları uygulayabilmek için mutlaka somutlaştırmak gerekir. Bu da kanun hükümlerinin yorumlanmalarını zorunlu kılar. Esasen diğer hukuk kuralları gibi anayasalar ve anayasa maddeleri de yorumlanmaya muhtaçtır. Buna göre Anayasa hukukuna ilişkin bir soruya, Anayasa açık ve kesin bir yanıt vermiyor ise, Anayasa hükmünün sözel anlamı kuşkuya ve tartışmaya açıksa, Anayasanın ve uygulanacak Anayasa hükmünün herhalde yorumlanması gerekir.

Anayasal normların yorumlanmasında önemli olan husus, özellikle temel hak ve özgürlüklerle ilgili konularda yapılacak yorumlamanın, temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasını daraltıcı değil, genişletici olması ve yine kişilerin özel düşünce ve kanaatlerine göre değil, mümkün olduğu kadar bilimsel, nesnel, şeffaf ve denetlenebilir ölçütlere uygun biçimde yapılması. Nitekim seçkin Alman Anayasa hukukçusu Hesse, Anayasa yorumunun görevinin, Anayasal doğru sonucu rasyonel ve sınanabilir bir süreç içinde bulmak olduğunu, bu sonucun aynı zamanda rasyonel ve doğrulanabilir gerekçelere dayanması ve bu surette hukuki öngörülebilirlik sağlaması gerektiğini ifade etmektedir.

Burada önemli olan bir diğer husus, Anayasanın yorumuyla diğer hukuk kurallarının yorumu arasında metodolojik bir farklılık olup olmadığı hususudur. Batılı Anayasa hukukçuları arasında oldukça tartışmalı olan bu husus, sanıyorum bu platformda da tartışma konusu yapılacaktır.

Ülkemiz hukuk literatüründe Anayasanın yorumu konusunun yeteri kadar ele alınmış, incelenmiş, tartışılmış bir konu olmadığı dikkate alındığında “*Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması*” konulu bu etkinliğin önemi ve değeri sanırım çok daha iyi anlaşılacaktır. Etkinliğimizin son derece ya-

rarlı geçmesini, var olan bilgilerimize yeni ve taze bilgiler katmasını diler, düzenlenmesinde emeği geçen herkese, ama en önce Fazıl Sağlam Hocama ve mesai arkadaşım Sevgili Serhan Özbek kardeşime teşekkür eder, hepinizi sevgi ve saygıyla bir kez daha selamlarım. Teşekkür ediyorum.

SUNUCU- Sayın Başkanımıza konuşmalarından dolayı teşekkürlerimizi sunuyoruz. Şimdi de açış konuşmalarını yapmak üzere, Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Merkezi Başkanı Sayın Av. Serhan Özbek'i kürsüye davet ediyorum.

Av. SERHAN ÖZBEK (Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Merkezi Başkanı)- Türkiye Barolar Birliği ve Kamu Hukukçuları Platformu tarafından ortaklaşa düzenlenen "*Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması*" konulu toplantıya, bilimsel katkıda bulunmak üzere aramızda bulunan hukukçuları ve tüm toplantı katılımcılarını, Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Merkezi Başkanı olarak saygıyla selamlıyorum.

Sözlerimin başında, etkinliğimize katkıda bulunan tüm katılımcılara, Türkiye Barolar Birliği ve Kamu Hukukçuları Platformunun ortaklaşa etkinlik zincirinin ilk halkalarını gerçekleştiren, başta önceki İnsan Hakları Merkezi Başkanımız olan Sayın Prof. Dr. Rona Aybay'a ve etkinliklerin öneri sahibi merkezimiz Bilim Danışma Kurulu Üyesi Sayın Prof. Dr. Fazıl Sağlam'a, yine toplantıların gerçekleşmesi için yoğun ve titiz emek harcayan merkezimiz Yürütme Kurulu Üyesi Sayın Doç. Dr. Ece Göztepe'ye, Sayın Yrd. Doç. Dr. Ozan Ergül'e ve tüm akademisyenlerimize teşekkürü bir borç biliyoruz.

Bir başka teşekkür borcumuz da, bu etkinliklerin gerçekleşmesinde, İnsan Hakları Merkezine daima destek olan Türkiye Barolar Birliği Başkanı Sayın Vedat Ahsen Coşar ve Türkiye Barolar Birliği yönetimindedir. Bu bağlamda ilk etkinlik önerisini destekleyen, ancak etkinliğin gerçekleştiğini ne yazık ki göremeden aramızdan ayrılmış olan Türkiye Barolar Birliği Başkanı Sayın Av. Özdemir Özok'u da minnet duygularımızla ve rahmetle anıyoruz.

KAMU HUKUKÇULARI PLATFORMU

SERHAN ÖZBEK'İN
KONUŞMASI

Saygıdeğer katılımcılar; iki yıl önce Kamu Hukukçuları Platformu ile etkinliğin ilk halkası olarak “*Çoğulcu Demokrasi, Çoğunlukçu Demokrasi İkilemi ve İnsan Hakları*” konusunda bir ortaklaşa bilimsel toplantı etkinliği düzenlenmişti. Toplantıda Türkiye’de güncelliğini hiç kaybetmeyen, ama son 10 yıllık yasama döneminde parti meclis çoğunluğuna dayalı yönetim anlayışında demokrasi açısından gözlenmekte olan sorunlara, uyarılara ve çözüm önerilerine odaklanılmıştı. Bugün ise, yine başka bir güncel konu olan Anayasa hukukunda yorum ve norm somutlaşması konusu, bu bilimsel toplantıda irdelenecektir.

Yorum konusu Türkiye’de yargılama faaliyetinde son derece önemli ve sorunlu bir alanı oluşturmaktadır. Savunma hakkı ve mesleğinin temsilcileri olarak hukuk, idari ve ceza yargılaması alanlarında, hak ve özgürlük odaklı olmayan yorum anlayışının, günümüzde yeni kuşak haklar bakımından geçtik, ama en temel insan haklarında yol açtığı ağır tahribatı dahi yaşayarak görüyoruz. İnsan varlığını ve haklarını kişisel, toplumsal ve siyasi nedenlerle ihmal eden, önemsemeyen ya da görmezden gelen bir yargısal faaliyetin, adalete ulaşabilmesi olanaklı mıdır? Yargısal denetim yollarının işleyişinde de benzer neden ve saiklerle gözlenen etkisizlik de, adaleti sağlamak açısından bir o kadar güven verici olmayıp, iyimserlik aşılamaktan uzaktır.

İnsanımızın Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne bireysel başvuru yolunu, bir son çare olarak ve yaygın olarak benimsemesinin en temel nedeni bu değil midir? Bu açıdan toplantı konusu, 2010 Anayasa değişikliği kapsamında bir hafta önce yürürlüğe girmiş olan Anayasa şikâyeti açısından da son derece güncel ve önemlidir. Bu bilimsel etkinliğe girilirken, hazırlanan çalışma projesinde, Anayasa şikâyetinin, Anayasanın üstünlüğünü ve bağlayıcılığını doğrudan ve nihai olarak yaşama geçiren bir başvuru olması ve dolayısıyla bu alanda verilecek nihai kararların sağlıklı, sağlam ve denetlenebilir, saydam bir yorum ve norm somutlaşması yöntemine bağlı kılınması gerekliliği işaret edilmiştir.

Doğru uygulamanın ön koşulu ise, bu alanda olabildiğince doğru yorum ve norm somutlaştırması sağlayacak önlemlerin alınmasıdır kuşkusuz. Etkinlik kapsamında katılımcıların

bilgisine sunulan bildirimler, sorunun önemini ve bilimsel ayrıntılarını ortaya koymaktadır. Bu bağlamda nitelikli bilimsel emeklerinden ötürü, bildiri sahibi akademisyenlerimize de teşekkür borçluyuz.

Sözlerime son verirken, bu yararlı ve kolektif bilimsel etkinliğin, önümüzdeki yıllarda da devam etmesini diliyorum, başarı dileklerimizle saygılar sunuyorum.

SUNUCU- Sayın Özbek'e konuşmalarından dolayı teşekkür ediyoruz. Toplantı başkanlık divanınca toplantının açılışını yapmak üzere Sayın Prof. Dr. Fazıl Sağlam'ı kürsüye davet ediyorum ve sözü ona bırakıyorum.

Prof. Dr. FAZIL SAĞLAM (Oturma Başkanı)- Türkiye Barolar Birliği'nin Sayın Başkanı ve yöneticileri, İnsan Hakları Merkezi'nin Sayın Başkanı ve üyeleri, değerli meslektaşlarım, değerli konuklar;

Kuruluş Toplantımızı 3 Nisan 2009 günü yaptık. Aradan 3 yıl geçti. Bugün, TBB'nin destek ve katkılarıyla üçüncü bilimsel toplantımızı gerçekleştiriyoruz. Aynı destek ve katkıyı ilk toplantımızda da gördük. Kıbrıs'taki ikinci toplantımızda da bizi yalnız bırakmadılar ve hukuk yaşamının önemli bir kanadı olarak kamu hukukçuları platformunun çalışmalarını kendi görev alanları gibi benimsediler. Başta TBB Başkanı Vedat Ahsen Coşar ve TBB İnsan Hakları Merkezi Başkanı Serhan Özbek olmak üzere TBB Yönetim organlarına, kamu hukukçuları platformu adına şükranlarımı sunmayı bir görev sayıyorum.

Aslında bu toplantının Eskişehir Anadolu Üniversitesi'nde yapılması planlanmıştı. Başta Dekanları olmak üzere Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi mensupları bunun için canla başla çalıştılar. Ama Sayın Rektör, başta bu girişimi ilke olarak benimsediği halde, son aşamada gerekçe göstermeden olumsuz cevap verdi. Ve bu sonuç bize en az üç ay kaybettirdi. Bize sonucu bildiren Eskişehirli arkadaşlarımızın yazısından bir satırı sizlere okumadan geçemeyeceğim: *"İnanın ki şaşkınlık ve size karşı büyük bir mahcubiyet içerisindeyiz... Bizi en çok üzen, yetkili olamadan sorumlu olma hissine kapılmış olmamızdır."*

KAMU HUKUKÇULARI PLATFORMU

FAZIL SAĞLAM'IN
KONUŞMASI

Sevgili arkadaşlar, şu satırlardaki duyarlılığa bakar mısınız? "YETKİLİ OLMADAN SORUMLU OLMA DUYGUSU". İşte platformumuzun hiçbir malî kaynağı olmaksızın 3 yıldır ayakta kalmasının sihirli formülü budur. Eskişehirli arkadaşlarıma şu cevabı verdim: "Önce verdiğiniz uğraş için sizlere teşekkür ederim. Elinizden geleni yaptınız. Özellikle "yetkili olmadan sorumlu olma hissi", sizin erdeminizdir. Bu duyguyu hiç kaybetmemenizi diliyorum."

Tabii, "ileri demokrasi" mizde bile çareler tükenmiyor. Üniversitelerin gerekli özen ve anlayışı yeterince gösteremediği bir alanı sahiplenerek, verdiği destekle akademik potansiyelin önünü açan, toplantı konumuzu kendi görev alanı olarak benimseyen kuruluşlarımızın varlığı demokrasimizin en büyük şansıdır.

TBB Yönetim organlarına bu duygularla gönderdiğim teşekkür mektubunda, şunları vurgulama ihtiyacını hissettim:

"Hukuk alanında uygulama ve öğretinin işbirliği, hukuk devleti ilkesinin gerçekleşmesinde vazgeçilmez bir koşuldur. ... Hukuk devleti ilkesine hizmet, "iddia - savunma - yargı" üçlüsü ile hukuk biliminin başta gelen ödevidir."

Daha önce de vurguladığım gibi Kamu Hukukçuları Platformu; gönüllü olarak bir araya gelen kamu hukukçularından oluşur. Siyasal çıkarlara veya siyasal çevrelere bağlı olmaksızın, değişik görüşte insanları bir araya toplar. Bilimin gereklerini ön plana çıkararak doğruyu bulmaya çalışır. Bu bağımsızlık, bizim temel özelliğimizdir. Kendisi de aynı bağımsızlığı koruyan TBB, bu özelliğimizi tam anlamıyla benimseyerek toplantılarımızı paylaşmaktadır. Kendilerine ne kadar teşekkür etsek azdır.

Bu açıklamaların arkasından, toplantımızla ilgili somut konulara geliyorum.

1) Önce KIBRIS Toplantısı'nın kitabıyla ilgili bilgiler: Kitabı bu toplantıya yetiştirmek için büyük gayret gösterdik. Ama başaramadık. Ancak, bu gayretler sonucu, kitabın baskıya ha-

zır duruma geldiğini ve son kez gözden geçirilerek yakında 2. ve 3. Toplantı'nın katılımcılarına ulaştırılacağını müjdeleyebilirim. Bu vesile ile kitabın ithaf sayfasını sizlere okumadan geçemeyeceğim:

YDÜ Hukuk Fakültesi'nin kuruluş ve gelişmesinde ve "kamu hukukçuları platformu" fikrinin oluşumunda önemli rolü olan Anayasa Hukukçusu Yavuz SABUNCU'nun;

Toplantıdan Sonra Kaybettiğimiz Anayasa Hukukçuları Bakır ÇAĞLAR ve Server TANILLI'nin;

Son Konuşmasıyla Toplantımıza Onur Veren Büyük Devlet Adamı Rauf DENKTAŞ'ın A N I L A R I N A.

2) Türkiye'de bildirileri, katılımcılara bir ay önceden ulaştırmayı başaran bir başka girişim var mı, bilmiyorum. Ama bizim toplantılarımızın başarısı buna bağlı. Daha önceki toplantılarda da belirttiğim gibi, *"Toplantıya, bildirileri ve yorumları okumuş olarak geliyoruz. Ve bu sayede hazırladığımız notlarla tartışmaların verimli geçmesini sağlıyoruz. Âdeta bir akademi çalışması yürütüyoruz."* Bu yıl bildirilerin sizlere ulaşımında daha başarılı olduğumuza inanıyorum. Bunu bildiri sahipleri Kemal Gözler, Bertil Emrah Oder ve genç arkadaşımız Bülent Yücel'in görev sorumluluğuna borçluyuz. Kendilerine teşekkür ediyorum.

3) Sevgili arkadaşlar, artık yaşlanmaya başladığımı kabul etme zamanı geldi. Buna bağlı sağlık sorunları nedeniyle eski enerjimi gösteremiyorum. Katkıları giderek sınırlı kalmaya başladı. Gönüllü, genç arkadaşlarım, yükümü paylaşmasaydı, bu toplantı gerçekleşemezdi. Şu sıralar akademik çalışmalarını Berlin'de sürdüren Ece Göztepe başta olmak üzere, onun koordinatörlüğünde çalışmalara gönüllü olarak katılan Bülent Yücel, İlker Gökhan Şen, Ozan Ergül, Selda Çağlar ve Hamide Tacir'e özel teşekkür borçluyum. Tabii Girişim ve İcra Kurulundaki arkadaşlarımın desteğini de unutamam. Ama bir kişi var ki ona ne kadar teşekkür etsek azdır. TBB İnsan Hakları Merkezi Sekreteri Özge Şener, mutfağın asıl sahibi olarak toplantı hazırlıklarını bizimle aynı duyarlılıkta paylaşmıştır.

KAMU HUKUKÇULARI PLATFORMU

FAZIL SAĞLAM'IN
KONUŞMASI

4) Son değineceğim bir nokta, toplantının yönetimiyle ilgili: Bu konuda size bir Yönerge gönderdik. Sanırım okumuşsunuzdur. Özetle içeriğini tekrarlamak gerekirse; katılımcılar söz almak için yazılı olarak başkanlığa başvuracaklar. Bu başvuruda ad soyad, unvan ve kurum belirtilecek. Niye bu kadar sıkı bir yönerge hazırlandı? Bir kere bu usul söz alma istemlerinin ve sırasının gözden kaçırılmasını önüyor. Bu husus, Kıbrıs'ta şikâyet konusu olmuştu. Kıbrıs toplantısında bazı arkadaşlarımız söz alamadıklarını belirtmişlerdi. Benimsediğimiz yöntem sayesinde böyle bir durum söz konusu olmayacak. Başkanlığa yapılan yazılı başvurular sıraya girecek. Band çözümleri sırasında da yazılı başvurular, ad ve unvanlarda yanlışlık yapılmasını önleyecek.

Bu yıl ayrıca toplantıdan önce söz alma hakkı tanındı. Bu şekilde söz almış olan beş kişi var. Bunlardan biri de benim. Ayrıca katılımcılar dışında salonda dinleyici bulunanların da soru sorma hakları var. Konuyla doğrudan ilgili olmak kaydıyla ad, soyad, unvan ve kurumlarını yazarak, başkanlığa yazılı soru yöneltebilirler. Sorular, yarınki ikinci oturumda, bildiri sahiplerinin değerlendirmesine sunulacak.

Bu yılki toplantının başkanlık görevini değerli arkadaşlarım Ülkü Azrak ve Rona Aybay'la birlikte üstlenmiş bulunuyoruz. İki günlük toplantımızı sıra ile yönetmeye çalışacağız.

Bu arada otel rezervasyonlarında zorunlu değişimler oldu. TBB önceden kestirilemeyen nedenlerle kendi toplantılarını, toplantı tarihimize rastlayacak şekilde düzenleme kararı aldı. LİTANİ Otelde konaklama önceliğinin TBB mensuplarına ait olması doğaldır. Bu zorunlu değişiklikleri bildirmede gecikmemizin nedeni ise, değişiklikleri en az sayıda tutma düşüncesidir. Bunu da başardığımızı düşünüyorum. Rezervasyon değişikliği ile karşılaşmış olan arkadaşlarımızın, bize anlayış göstereceğini biliyoruz.

Şimdi artık toplantımızı başlatabiliriz. Birbirini tamamlayan üç bildirin sahiplerini kürsüye davet ediyorum. İlk söz Kemal Gözler'in. Süreniz 45 dakika. Gözler'in süreye uyma titizliğini yakından biliyorum.

YORUM İLKELERİ

Kemal Gözler

Bu çalışmada esas itibarıyla çeşitli yorum ilkeleri incelenecektir. Ancak tek tek yorum ilkelerini görmeden önce, yorum ilkelerinin varlık sebebi ve niteliği üzerinde durmakta yarar var.

I. YORUM İLKELERİNİN VARLIK SEBEBİ VE NİTELİĞİ

Yorum ilkelerinin varlık sebebini göstermek için önce kuralların öneminden bahsedelim:

1. Kuralların Önemi

Georges Burdeau, “insan, insana itaat etmemek için devleti icat etti (*l’homme a inventé l’État pour ne pas avoir à obéir à l’homme*)” diyor¹. Biz de Burdeau’ dan esinlenerek, “insan, insana itaat etmemek için hukuku icat etti” diyebiliriz.

Aslında “hukuk devleti”ni nihâî olarak, insanın insana değil, insanın kurallara itaat ettiği devlet olarak tanımlayabiliriz. İnsanın insana itaat etmesi hoş bir şey değil. İnsanın insana itaat etmesi keyfilik demek. M. Ö. birinci yüzyılda yaşamış, kendisi de eski bir köle olan, düşünür Publilius Syrus, aynı şeyi “*miserimum est arbitrio alterius vivere* (en büyük sefalet, başkalarının iradesine bağlı olarak yaşamaktır)”² diyerek ifade etmiştir.

Kaldı ki, bir insanın davranışlarını diğer bir insanın iradesine göre ayarlaması çok zor bir şey. İtaat edilen kişinin düşüncesi her zaman önceden kesin olarak bilinemez. Keza bu kişi düşüncesini olaydan sonra değiştirebilir de.

¹ Georges Burdeau’ dan nakleden Vlad Constantinesco ve Stéphane Pierré-Caps, *Droit constitutionnel*, Paris, PUF, 2004, s.12.

² Publilius Syrus, *Sententiae* (M.Ö. 1. yüzyıl) <<http://www.thelatinlibrary.com/syrus.html>> (23 Ağustos 2012).

Oysa insan insana değil, kurallara itaat ederse, herkes kendi davranışını önceden bilinen ve olaydan sonra da değişmeden kalacak olan kurallara göre ayarlayabilir ve böylece kötü sürprizlerle karşılaşmadan güvenli bir şekilde yaşayabilir.

Goethe'nin meşhur trajedisinde Faust ile Mefisto arasında şöyle bir konuşma geçer: Mefisto'nun buldukları odanın kapısından çıkmasına bir engel çıkınca, Faust, Mefisto'ya pencereden veya bacadan çıkabileceğini söyler. Mefisto ise, "biz şeytan ve hayaletlerin de bir kuralı var: Ancak girdiğimiz yerden çıkabiliriz. Girmede serbestiz, ama çıkmada değil" der. Bunun üzerine Faust, "öyle ise, sizinle bir anlaşma yapabiliriz" der³. Yani kural öylesine önemli bir şeydir ki, kuralı olan kişiyle, bu kişi şeytan olsa bile anlaşma yapılabilir.

Kuralların bu önemi, önceden biliniyor olmalarından ve olay sırasında değişmeyecek olmalarından kaynaklanır. Kuralların bu iki özelliği, kuralların içeriğinden bağımsız olarak, insanlara güvenlik sağlar. Herkes önceden bilinen kurallara göre davranışı ayarlar ve yaptığı eylem ve işlemlerin sonuçlarından yararlanır veya bunlara katlanır. Kuralların bu fonksiyonunu yerine getirebilmeleri için, haliyle, önceden herkesçe biliniyor olmaları ve olaydan sonra da değişmemeleri gerekir. Aksi takdirde, kuralların güvenlik sağlayıcı bir fonksiyonu olamaz. Futbol kuralları önceden biliniyor olmasa maç oynanamaz. Keza kurallar maç devam ederken değişiyor olsa yine maç oynanamaz. Dahası kurallar maç bittikten sonra değişirse ve bu değişen kurallar bitmiş maça uygulanırsa maç yapmanın bir anlamı kalmaz. Kazandığı maçı, maçtan sonra değişen kurallar uyarınca kaybeden birtakım ya artık maç yapmak istemez, ya da yapacağı maçta artık kurallara uymak istemez. Gelecek maçta da maç bittikten sonra kuralların tekrar değişmeyeceğini kim garanti edebilir ki?

³ J. W. von Goethe, *Faust*, Çeviri: Sadi Irmak, İstanbul, İstanbul Kitabevi, 1973, s.60. Keza bkz.: J. W. von Goethe, *Faust* (Translated by Anna Swanwick), New York, P.F. Collier & Son, The Harvard Classics, 1909-14; Part I, Satır 1060, 1080-185 (www.bartleby.com/br/01901.html) (9 Ağustos 2012).

Hukuk kuralları için de aynı şeyleri söyleyebiliriz. Hukuk kurallarının önceden bilinmesi ve olaydan sonra geçmişe etkili olarak değiştirilememeleri, kişilere hukukî güvenlik sağlar. Kuralın içeriği kötü olsa bile, kişiler davranışlarını buna göre ayarlayabilirler.

Tüm bu açıklama şeması, hukuk kurallarının herkesçe bilinen ve kişiden kişiye değişmeyen kurallar olduğu ve hâkimin bu kuralları, kendisine göre değiştirmeden harfiyen uyguladığı varsayımı üzerine kuruludur.

Acaba hukuk uygulamasında durum bu mu? Bu soruya cevap verebilmek için “yorum” kavramını kısaca görmemiz gerekir.

2. Yorum

Öncelikle hukuk kuralı dediğimiz şey, teamül kurallarını bir yana bırakırsak, kelimelerle ifade edilir; yani bir metindir. Ancak hukuk kuralı, bu metnin kendisi değil, onun anlamıdır. Bir “metin”, beyaz üzerinde siyah harflerin bir araya gelmesinden oluşur. Böyle bir metin, ne anlama geldiğini kendisi söyleyemez. Her metin gibi, hukuk kuralı koyan metinlerin de okunması ve anlamının tespit edilmesi gerekir ki, işte bir metnin okunup ne anlama geldiğinin söylenmesine “yorum” denir.

Hukukta bu yorum o şekilde yapılmalı ki, yorumla ulaşılan sonuç, yorumcuya göre değişmesin. Aynı hukuk kuralını, hangi hâkim yorumlarsa yorumlasın aynı sonuca ulaşsın. Aksi takdirde, hukuk kuralları önceden bilinemez hale gelirler. Bu ise hukuk güvenliğini sarsar.

Peki gerçekte durum ne? Hukuk kurallarının yorumu da edebi ve sanatsal metinlerin yorumu gibi yorumcuya göre değişmekte midir? Yoksa hukuk kurallarının anlamı, kim yorumlarsa yorumlasın standart mıdır? Bu soruya olumlu cevap vermek oldukça güçtür.

Bazı durumlarda kanunun aynı hükmünün anlamının yorumcudan yorumcuya değiştiğini gözlemliyoruz. Özellikle

Anayasa Mahkemesi üyelerinin anayasayı kendi görüş, istek, inanç ve ideolojileri doğrultusunda yorumladığından şikayet edilmektedir. Dahası güncel siyasal sorunlarla ilgili olarak anayasanın yorumlanması söz konusu olduğunda, hukukçuların hayal gücünün, gazetecilerin, romancıların ve hatta şairlerin hayal gücünden aşağı kalmadığı dahi iddia edilebilir. Bu açıdan Jean Giraudoux'nun 1935 yılında yazdığı *La Guerre de Troie n'aura pas lieu* isimli tiyatro oyununda Hector'a söylediği şu söz oldukça anlamlıdır:

“Hukuk hayal kurma okullarından en güçlüsüdür. Hukukçuların gerçekliği yorumlamada gösterdikleri serbestliği, şairler tabiatı yorumlamada hiçbir zaman gösteremediler (*Le droit est la plus puissante des écoles de l'imagination. Jamais poète n'a interprété la nature aussi librement qu'un juriste la réalité*)”⁴.

Uzun lafın kisası, yorum yaparken hukukçuların şairlere benzememesi gerekir.

3. Yorum İlkelerine Neden İhtiyaç Var?

Yukarıda yorum yaparken hukukçuların şairlere benzememesi, yorumcunun değişmesine rağmen ulaşılan sonucun aynı olması gerektiğini söyledik. Peki ama bunu nasıl sağlayabiliriz?

Bunun yolu şudur: Yorumcu, yorum yaparken, yani hukuk metninin anlamını tespit ederken *birtakım ilkelere* uysun. Yorumcu bu ilkelere uyararak, metnin anlamını tespit ederse, yorum objektifleşmiş olur. Böyle bir durumda yorum yorumcuya bağlı olmaz; yorumcu değişse bile, yorum değişmez, yani metnin anlamı aynı kalır. İşte yorumu objektifleştirecek olan bu ilkelere “yorum ilkeleri” ismini verebiliriz.

Hâkim, bir yorumcu olarak, “yorum ilkeleri” ne uymalıdır. Eğer hâkim, bu ilkelere uymadan yorum yaparsa, hukuk kuralının önceden bilinen bir anlamı kalmaz. Hukuk kuralı uy-

⁴ Jean Giraudoux, *La Guerre de Troie n'aura pas lieu*, Paris, Editions Bernard Grasset, Le Livre de poche, 1935, s.111.

gülayıcının elinde değişmiş olur. Böyle bir durumda, kişiler davranışlarını önceden bildikleri kurala göre ayarlayamazlar ve hukuk güvenliği sarsılmış olur. Neticede insan, *kurala* itaat eder olmaktan çıkar, *hâkime* itaat eder hale gelir. Oysa yukarıda söylediğimiz gibi, hukuk devleti insanın insana değil, insanın kurala tâbi olduğu devlet demektir. Kuralın anlamı hâkimden hâkime değişiyor ise, böyle bir durumda insanın kurala tâbi olduğu söylenemez; gerçekte insan hâkime tâbi olmaktadır ki, bu insanın insana itaat etmesi demektir ve keyfilikten başka bir şey değildir. Hukuk devleti, insanların hâkimlere değil, kanunlara itaat etmesi demektir. Kanundaki kural, genel ve önceden bilinen bir şeydir. Hâkimin hükmü ise özel ve hüküm anında ve dolayısıyla olaydan sonra ortaya çıkan bir şeydir.

4. Yorum İlkelerinin Niteliği: Pozitif Temelden Mahrumdurlar; Eşyanın Tabiatından Çıkarlar

Ancak bu yorum ilkelerinin *gerekli olması* başka, *var olması* başka bir şeydir. Bu ilkelere ihtiyacın olması, bu ilkelerin var olduğunu kanıtlamaz. Böyle bir şey “Hume kanunu”na⁵ aykırı olur. Bu kanuna göre, olgusal öncüllerden normatif sonuçlar istihraç edilemez. Tasvirî önermeler ile normatif önermeler iki ayrı dünyaya aittir. Norm normdan kaynaklanır; olgudan değil. Olgusal dünyadan normatif dünyaya geçiş yoktur. Böyle ilkelere hâkimlerin ihtiyaç duyduğu bir vakıa olsa bile, bu vakıa, bu ilkelerin normatif âlemde var olduklarını göstermez.

Özetle yorum ilkelerine hukuk uygulamasında ihtiyaç vardır. Ancak bu ihtiyaç, bu ilkelerin var olduğunu ve dolayısıyla hâkimleri bağladıklarını göstermez. Dolayısıyla bu ilkelerin kaynağının ne olduğunu da göstermek gerekir. Hatta bu ilkelere nereden ve nasıl doğduklarını göstermek de yetmez, bu ilkelere hâkimi nasıl olup da bağladığını da göstermek gerekir.

⁵ David Hume, *A Treatise of Human Nature*, 1789, Book III, Part I, Section I (T3.1.1.27) (<http://books.google.com.au/books?id=-Sp8B0ZdyAYC&pg=PA335>) s.335; Rachel Cohon, “Hume’s Moral Philosophy”, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2010 Edition), Edward N. Zalta (ed.), <<http://plato.stanford.edu/archives/fall2010/entries/hume-moral/>>.

Gelgelelim, bunu pozitivist teoriye bağlı kalarak yapmanın bir yolu yoktur. Pozitivist teori ve onun bakış açısının yorum konusuna uygulanması olan “realist yorum teorisi” bizim burada varlığına çok büyük ihtiyaç olduğunu söylediğimiz “yorum ilkeleri”ni açıkça reddetmektedir. Pozitivist teoriye göre yorum metotları veya ilkeleri, birer hukuk kuralı değildir. Hâkim karşısında bir bağlayıcılıkları yoktur. Keza doktrin tarafından geliştirilen *analogia*, *argumentum a fortiori*, *argumentum a contrario* gibi yorumda kullanılan mantık kurallarının bir pozitif hukukî değeri yoktur. Hans Kelsen’e göre bunlar, “sözde” metotlar ve ilkelerdir⁶; doktrinin ürettiği yapılardır; hukuk kuralı değildirler, hukukî geçerlilikten yoksundurlar; hâkimi bağlamazlar.

O hâlde yorum ilkeleri birer pozitif hukuk ilkesi değildir. Bir hukuk kuralı ile konulmamışlardır. Dolayısıyla hâkimi bağlamazlar.

Biz, 1998 yılının Nisan ayında Anayasa Mahkemesinde düzenlenen Anayasa Yargısı Sempozyumunda “Realist Yorum Teorisi” başlıklı bir bildiri sunmuştuk⁷. Bu bildirimde realist yorum teorisini incelemiştik. Şimdi 14 yıl sonra, bu bildirimle o bildirimimize bir nevi karşılık veriyoruz. Bu nedenle, bu bildirimimize baştan eski bildirimimize bir cevap olarak “*Tabiî Yorum Teorisi*” başlığını koymayı düşündük. Ancak sonra bu başlığın bildirimimizin içeriğini tam olarak yansıtmadığını fark ettik. Zira, bu bildirimde bizatihi “tabiî yorum teorisi”nden ziyade bu teoriye dayanan çeşitli “yorum ilkeleri” incelenmektedir. Daha sonra bildirimimize “*Yorumun Tabiî Hukuk İlkeleri*” başlığını vermeyi düşündük. Ancak bu başlığın da, bu ilkelerin gerçek değerini gölgeleyip ekol tartışmalarını davet edeceğinden korktuğumuz için bu başlıktan da vazgeçtik. Bu ilkelerin değerinin, ekol tartışmalarının içine düşmeden incelenmesini gerektiğini düşünüyoruz.

⁶ Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, Traduction française de la 2e édition de la “Reine Rechtslehre” par Charles Eisenmann, Paris, Dalloz, 1962, s.458-459.

⁷ Kemal Gözler, “Realist Yorum Teorisi ve Mekanist Anayasa Anlayışı”, *Anayasa Yargısı*, Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 1998, s.207-243.

Bununla birlikte bu bildiride sunduğumuz “yorum ilkeleri”nin pozitif bir temeli olmadığının bilincindeyiz. Bu ilkeler eşyanın tabiatından kaynaklanan rasyonel ilkelerdir. Dolayısıyla bunlar, birer pozitif hukuk ilkesi değil, olsa olsa birer tabii hukuk ilkesidirler. Yani bu ilkelere “yorumun tabii hukuk ilkeleri”, bu ilkeler üzerine kurulu olan bir yorum teorisine de “yorumun tabii hukuk teorisi” veya kısaca “tabii yorum teorisi” ismi verilebiliriz.

Görebildiğimiz kadarıyla, bu yorum ilkelerinin birer tabii hukuk ilkesi olduğunu belirten ve keza bu ilkeler üzerine dayanan bir yorum teorisine de “tabii yorum teorisi” ismini veren bizden başka bir yazar yoktur.

Bizim çalışmalarımızı takip edenler için bu satırları okumak şaşırtıcı olabilir. Ama bu çalışmada dile getirilen ilkelerin pozitif temelden mahrum olduklarını açıkça söylememiz gerekir. Bu ilkeler, anayasa koyucunun veya kanun koyucunun iradesinin ürünü değil, “insan aklının ürünü”dür; bunları insan aklı “eşyanın tabiatı”ndan çıkarmıştır.

Biz bu ilkeleri aşağıda kendimizce formüle etmeye çalıştık. Ama bu ilkeler bizim icat ettiğimiz ilkeler değildir. Bu ilkeler, 2500 yıllık bir süreçte, Akdeniz havzasında yaşamış hukukçuların akıllarıyla, eşyanın tabiatını gözlemleyerek buldukları ilkelere aittir. İlave edelim ki, bu ilkelerin önemli bir kısmı, Akdeniz havzasında bütün hukuk sistemlerinde, Roma hukuku ve İslam hukuku ayrımı olmaksızın genel olarak geçerli olmuş ilkelere aittir. Aşağıda göreceğimiz gibi, bu ilkelere önemli bir kısmının Roma hukukunda da ve İslam hukukunda da bir karşılığı vardır. Hatta bu ilkelere bazıları, hem Latince, hem de Arapça olarak özdeyiş şeklinde ifade edilen ilkelere aittir.

Yine ilave edelim: Bu ilkeler ilâhî ilkeler değil, beşerî ilkelere aittir. Bunlar insan aklının bulduğu ilkelere aittir. Bu ilkelere altında, 2500 yıllık bir süreçte yaşamış hukukçuların gözlemleri, ürettikleri düşünceler, yaptıkları mantıksal çıkarımlar bulunmaktadır. Bu ilkeler çok büyük ölçüde mantıksal ilkelere aittir.

KAMU HUKUKÇULARI PLATFORMU

KEMAL GÖZLER'İN
TEBLİĞİ

Bu ilkeler pek çoktur. Benzer ilkeler, *Mecellenin* 2 ilâ 100' üncü maddelerinde 99 adet "kavaid-i külliye" olarak sayılmış olsalar da, bunların tüketici bir listesini yapmak zordur. Bununla birlikte bu ilkelerin pek çoğu birbirinden türemiş ilkelerdir. Bu ilkeler, neticede birkaç temel ilkeye indirgenebilir. Biz de aşağıda en temel ilkedен başlayıp diğer ilkelere doğru gideceğiz. Yeri geldikçe bir ilkedен diğer bir ilkeyi istihraç edeceğiz.

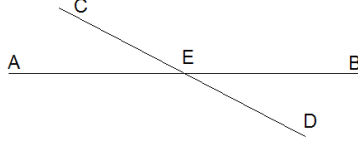
Bu ilkeler anayasa koyucu veya kanun koyucu tarafından konulmamıştır. Bunlar insan aklının ürünüdür. Ama bunlar keyfi değil, objektif ilkelerdir. Bu ilkeler kişiden kişiye değişmezler. Zira bunlar eşyanın tabiatında bulunan ilkelerdir. Eşyanın tabiatında buldukları için bunlara "tabî ilkeler" diyebiliriz. Bu anlamda "pozitif hukuk" - "tabîi hukuk" karşılığında, bu ilkelerin tartışmasız birer "tabîi hukuk" ilkesi olduğunu söyleyebiliriz.

Ancak bunların tabîi hukuk ilkesi olması, bunların bir idealden kaynaklandığı, kişiden kişiye değiştiği anlamına gelmez. Nasıl matematik ve mantık ilkeleri kişiden kişiye değişmeyen ilkeler ise, bu yorum ilkeleri de aynen o şekilde kişiden kişiye değişmeyen ilkelerdir. Çünkü matematik ve mantık ilkeleri eşyanın tabiatından türetilmiş ilkelerdir. Bu ilkeler herkes tarafından aynı şekilde uygulanır ve keyfi değildir. Bir matematik problemi, herkes tarafından aynı şekilde çözümlenir. Bir matematik problemine verilen cevap ya doğrudur; ya da yanlıştır. Bu cevap bazı kişilere göre doğru, bazı kişilere göre yanlış değildir. Matematik ve mantık kuralları keyfiliği reddeder; objektiftir. Matematik ve mantık kuralları kişiden kişiye değişmez. Bu kurallar kanun koyucu tarafından veya yetkili bir matematik otoritesi tarafından konulmuş kurallar değildir. Bunlar eşyanın tabiatından çıkan, insan aklının ürettiği kurallardır. Bu anlamda bunlar birer tabîi hukuk kuralıdır.

Öklid Teoremleri.- Ne demek istediğimizi Öklid'in teoremlerinden alınmış örneklerle göstermeye çalışalım⁸:

⁸ *Euclid's Elements of Geometry, from Euclidis Elementa*, edidit et Latine interpretatus est I. L. Heiberg, edited and provided with a modern English

Teorem 15: *Kesişen iki doğrunun oluşturduğu köşe açılar birbirine eşittir*⁹.



Bu teoremin doğru olduğu apaçık bir şekilde görülmektedir. Yukarıdaki şekilde AEC açısı ile BED açısı eşittir. Aynı şekilde CEB açısı ile AED açısı birbirine eşittir.

Öklid'in 15 nolu teoremi eşyanın tabiatından çıkan bir sonuçtur. Çünkü iki doğru birbirini hangi şekilde keserse kessin, illa ki, dört aç olmakta ve köşe açılar birbirine eşit bulunmaktadır. Öklid'in 15 nolu teoremine dayanarak pek çok matematik problemi çözülebilmektedir. Örneğin yukarıdaki örnekte AEC açısının 50 derece olduğu belli ise, BED açısının da 50 derece olduğunu her matematikçi söyleyebilmektedir. Keza aynı kurala dayanarak CEB ve AED açılarının 130 derece olduğunu da söyleyebiliriz ($360-100=260$; $260/2=130$). Bu problem, Öklid'in 15 nolu teoremine dayanarak her matematikçi tarafından aynı şekilde çözümlenmektedir.

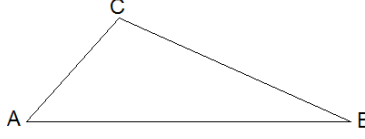
“Kesişen iki doğrunun oluşturduğu köşe açılar birbirine eşittir” ilkesi, belki M.Ö. 300 civarında Öklid'in *Unsurlar* (Στοιχεῖα [*Stoicheia*]) isimli kitabında ilk defa ifade edilmiştir. Ama bu kuralı bir kanun koyucu gibi Öklid koymamıştır. Öklid'in yaptığı şey, böyle bir kuralın olduğunu apaçık bir şekilde göstermekten, kuralı ispatlamaktan ibarettir. Öklid'in bize varlığın ispat ettiği bu kural, eşyanın tabiatında bulunan bir kuraldır; tabir caiz ise, bir “tabii hukuk” kuralıdır.

Öklid'in 20 nolu teoreminden alınmış bir örnekle devam edelim:

translation by Richard Fitzpatrick (<http://farside.ph.utexas.edu/euclid/Elements.pdf>) (23 Ağustos 2012).

⁹ <http://www.matematiknet.com/makaleler/75-oklidin-elemanlar-isimli-kitabi.html>; <http://aleph0.clarku.edu/~djoyce/java/elements/bookI/bookI.html#posts> (23 Ağustos 2012).

Teorem 20: *Bir üçgenin herhangi iki kenarının toplamı, diğer kenarından daha uzundur*¹⁰.



Öklid'in 20 nolu teoreminin de doğru olduğu apaçık bir şekilde görülmektedir. Yukarıdaki şekilde AC ve CB kenarların uzunluklarının toplamı daima AB kenarının uzunluğundan büyük olacaktır.

Öklid'in 20 nolu teoremi de diğer teoremleri gibi eşyanın tabiatından çıkan bir sonuçtur. Bir üçgende iki kenarın toplamı diğer kenardan uzun olmalı ki, ortaya üçgen çıksın. Aksi takdirde, yani iki kenarın toplamı üçüncü kenardan uzun olmaz ise, ortaya bir üçgenin çıkması mantıken mümkün değildir. Ortada bir üçgen var ise, üçgen denen şeyin doğası gereği, iki kenarının toplamı diğer kenarından uzun olmalıdır. Aksi takdirde iki kenarın uçları birleşmez ve dolayısıyla ortaya üçgen şekli çıkmaz.

Bu şu anlama gelmektedir ki, Öklid'in "bir üçgende herhangi iki kenarın toplamı, diğer kenarından daha uzundur" şeklindeki teoremi, bir kanun koyucunun veya resmî bir matematik otoritesinin veya hatta Öklid'in kendisinin koyduğu bir kural değildir. Bu kural üçgen denen şeyin doğasında, yani "eşyanın tabiatı"nda saklıdır. Bu kuralı belki tarihte ilk defa Öklid ifade etmiştir; ama bu kuralın kaynağı, Öklid'in aklı veya iradesi değil, eşyanın tabiatıdır. Bu anlamda Öklid'in bu kuralı, tabiatın kaynaklanan bir kural, tabir caiz ise bir tabii hukuk kuralıdır.

Öklid'in 20 nolu teoreminde ifade edilen kural, bütün matematikçiler tarafından bilinir ve aynı şekilde uygulanır. Öklid, bu teoremleri M.Ö. 300 civarında yazdığı *Unsurlar* ($\Sigma\tau\omicron\chi\epsilon\acute{\iota}\alpha$

¹⁰ <http://www.matematiknet.com/makaleler/75-oklidin-elemanlar-isimli-kitabi.html>; <http://aleph0.clarku.edu/~djoyce/java/elements/bookI/bookI.html#posts> (23 Ağustos 2012).

[*Stoicheia*]) isimli kitabında dile getirmiştir. Ama bunlar Öklid'in icat ettiği veya koyduğu kurallar değil, eşyanın tabiatına saklı olan kurallardır. M.Ö. 300'den bu yana matematikçiler bu teoremleri kullanıp problemleri çözüyorlar. Bu işi yaparken de ulaştıkları sonuç, matematikçilerin siyasî, dinî, ideolojik eğilimlerine bağlı olarak değişmiyor. Sağcı bir matematikçi de, solcu bir matematikçi de bu teoremi aynı şekilde uygulayıp, aynı sonuca ulaşıyor.

Hukukun da aynı şeye ihtiyacı var. Hâkimin elinde Öklid'in ilkeleri benzeri öyle ilkeler olmalı ki, bu ilkeleri hâkim, kendi siyasal, dinsel, ideolojik eğilimlerinden bağımsız olarak uygulayabilsin. Uygulayıcı değişse bile ulaşılan sonuç, aynı kalsın. Hukukun bilim olmak için bu tür ilkelere ihtiyacı vardır. Nasıl her matematikçi aynı ilkeleri uygulayıp, matematik problemini aynı şekilde çözüyor ise, benzer şekilde her hukukçu da aynı ilkeleri uygulayıp önündeki problemi aynı şekilde çözmelidir. Bir matematik probleminin çözümü nasıl çözümü yapan matematikçinin kim olduğuna göre değişmiyor ise, hukuk probleminin çözümü de çözümü yapan hukukçunun kim olduğuna göre değişmemelidir.

Bizim bu çalışmada ifade etmeye çalıştığımız ilkeler işte böyle ilkelere. Eğer bu tür ilkeler geliştirilebilir ise, hukukçular kendilerine sunulan problemleri aynı şekilde çözeceklerdir. Oysa şimdi önümüze bir problem geldiğinde, her birimiz ayrı bir çözüm öneriyoruz. Hatırlayalım: Bu yılın (2012) başında görevdeki Cumhurbaşkanı'nın görev süresinin beş yıl mı, yedi yıl mı olduğu yolunda ortaya çıkan soruna değişik cevaplar verdik. Mesela ben "*Cumhurbaşkanı Abdullah Gül'ün Görev Süresi Ne Kadardır ve Bu Görev Süresi Kanunla Belirlenebilir mi?*" başlıklı makalemde¹¹ Cumhurbaşkanı'nın görev süresinin beş yıl olduğunu ve bu sürenin kanunla belirlenemeyeceğini yazdım. Bazı meslektaşlarımız ise tam tersi şeyler yazdılar. Neticede yasama organı 19

¹¹ Kemal Gözler, "Cumhurbaşkanı Abdullah Gül'ün Görev Süresi Ne Kadardır ve Bu Görev Süresi Kanunla Belirlenebilir mi?", *Terazi Aylık Hukuk Dergisi*, Yıl 7, Sayı 66, Şubat 2012, s.36-50 <www.anayasa.gen.tr/gorev-suresi.htm> (13 Ağustos 2012).

KAMU HUKUKÇULARI PLATFORMU

KEMAL GÖZLER'İN
TEBLİĞİ

Ocak 2012 tarih ve 6271 sayılı Cumhurbaşkanlığı Seçimi Kanununun geçici 1'nci maddesiyle onbirinci Cumhurbaşkanının görev süresinin yedi yıl olmasını öngördü. Bana göre bu düzenleme Anayasaya aykırıydı ve Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesi gerekirdi. Ne var ki, Anayasa Mahkemesi 15 Haziran 2012 tarih ve E.2012/30 sayılı kararıyla bu düzenlemenin oy çokluğuyla Anayasaya aykırı olmadığına karar verdi¹². Karar henüz yayınlanmamıştır. O nedenle Anayasa Mahkemesinin kararının gerekçesini bilmiyoruz. Kararı izleyen günlerde, Anayasa Mahkemesinin söz konusu kararı hakkında medyada şu değerlendirmeler yapılmıştır: “Gül mü, Erdoğan mı tartışması ötelenmiş, her ikisi de rahatlamıştır”, “siyasi kriz AKP yönünden ötelenmiştir”, “AKP başkanlık senaryoları için zaman kazanmıştır”, “AKP rahatlamıştır”, “okyanus ötesi rahatlamıştır”¹³.

Haliyle bu eleştiriler, söz konusu kararı veren Anayasa Mahkemesinin çoğunluk üyeleri için çok ağır ithamlardır. Eğer bu kararın altında imzası bulunan çoğunluk üyeleri, yazacakları gerekçede bize kararlarını Öklid'in teoremleri misali objektif yorum ilkelerini uygulayarak bu sonuca vardıklarını gösterirlerse, kendilerine yöneltilen bu eleştiriler haksız ve insafsız ithamlar olarak kalacaktır. Ama yok eğer, Anayasa Mahkemesi üyeleri kendi verdikleri kararları bu şekilde ilkelerle açıklayamazlarsa, verdikleri karar hukuk tarihimizde pek çok benzeri bulunan Anayasa Mahkemesinin talihsiz siyasi kararları arasında yerini alacak ve “eski Anayasa Mahkemesi” ile “yeni Anayasa Mahkemesi” arasında siyasetten uzak olma bakımından pek de bir fark olmadığı ortaya çıkacaktır.

Bu örnek şunu göstermektedir: Anayasa Mahkemesi üyelerinin de, Anayasa Mahkemesi kararlarını değerlendiren ve eleştiren bizlerin de, birer hukukçu olarak, Öklid'in ilkeleri misali,

¹² <http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=gundem&id=378> (13 Ağustos 2012).

¹³ Bu değerlendirmeler Ali Rıza Aydın'ın izleyen makalesinden alınmıştır: Ali Rıza Aydın, “Cumhurbaşkanlığı Seçimine Başka Gözle Bakmamak”, <http://haber.sol.org.tr/yazarlar/ali-riza-aydin/cumhurbaşkanligi-secimine-baska-gozle-bakmamak-56109> (13 Ağustos 2012).

yorum ilkelerine ihtiyacımız var. Bu ilkeler o şekilde objektif ve kişiden kişiye değişmeyen ilkeler olmalı ki, Anayasa Mahkemesi üyeleri de bu ilkeleri uyguladığında aynı sonuca ulaşsın, doktrinin üyeleri olarak biz de aynı ilkeleri uygulayarak aynı sonuca ulaşalım. Eğer bir gün Anayasa Mahkemesi üyeleri bu şekilde karar verir hâle gelirse, kendilerini atayanlardan kurtulurlar ve gerçekten bağımsız olurlar. Hâkimlerin bu ilkelere göre karar verdiği bir mahkemede hâkimlerin siyasal eğilimlerinin pek de bir önemi yoktur. Çünkü söz konusu ilke uygulandığında hâkim hangi eğilimden olursa olsun hep aynı sonuca ulaşacaktır.

5. Yorum İlkeleri Hakimi Bağlar mı?

Bu soruyu aslında yukarıda sorduk; ama bir kez daha tekrar soralım: “Yorum ilkeleri hakimi bağlar mı?”

Öncelikle belirtelim ki, aşağıda göreceğimiz bazı ilkelerin pozitif temeli vardır. Örneğin suç ve cezaların ancak kanunla konulabileceği yolundaki ilke Anayasa (m.38) ve Türk Ceza Kanunu (m.2) tarafından öngörülmüş olan bir ilkedir. Keza “*lex superior derogat legi inferiori* (üst kanun alt kanunları ilga eder)” ilkesinin de pozitif temeli vardır. Anayasamızın 11’inci maddesi “kanunlar, anayasaya aykırı olamaz”, 115’nci maddesi Tüzüklerin, 124’üncü maddesi de yönetmeliklerin “kanunlara aykırı” olamayacağını hüküm altına almaktadırlar. Bu gibi durumlarda bu ilkeler haliyle pozitif hukuk ilkeleridir ve hakimi bağlarlar.

Ancak aşağıda göreceğimiz ilkelerin çoğunluğunun pozitif temeli yoktur. Yani bunlar Anayasa ve kanunlar tarafından öngörülmüş ilkeler değildir. Dolayısıyla bu ilkeler hakimi pozitif hukuk açısından bağlamazlar. Bu ilkelere uymadan karar veren hakimin ihlâl ettiği bir hukuk kuralı yoktur.

Bu ilkelerin hakimi bağlaması için bu ilkelerin Anayasa ve Medenî Kanun ve Ceza Kanunu gibi temel kanunlarda sayılması gerektiğini söyleyebiliriz. Nitekim yukarıda belirttiğimiz gibi zaten bu ilkelere bazılarını Anayasa ve kanunlarımız

tarafından hükme bağlanmış olan ilkelerdir. Diğer ilkeler de Anayasa, Medeni Kanun ve Ceza Kanunu gibi temel kanunlarımızda sayılabilir.

Yorum ilkelerinin kanunlarda sayılması konusunda *Mecelle*¹⁴ örnek alınabilir. Mecellenin 2 ilâ 100'üncü maddeleri arasında yer alan 99 maddesi “*kavaid-i külliye*”, yani “külli kaideler”, yani “genel ilkeler”¹⁵ düzenlenmiştir. Dolayısıyla Mecellenin külli kaideleri, köken olarak eşyanın tabiatından kaynaklanmış olsalar, İbn Nüceym gibi bazı ünlü İslam hukukçularının eserlerinden derlenmiş olsalar da, Padişahın iradesiyle ısdar edilen bir Osmanlı Kanunu içinde yer aldıkları için birer pozitif hukuk kuralıdır.

Mecellenin 2 ilâ 99'uncu maddelerinde düzenlenen küllî kaideler, tamamıyla bizim burada açıklamaya çalıştığımız ilkelere denk düşen ilkelere dir. Zaten aşağıda da görüleceği gibi bizim incelediğimiz bazı ilkeler doğrudan doğruya Mecelleden alınmıştır. Mecellenin 2 ilâ 100'üncü maddelerinde sayılmış “*kavaid-i külliye*” misali “genel ilkeler”, Türk Medenî Kanununda ve Türk Ceza Kanununda sayılabilir. Bu durumda bu “genel ilkeler”, pozitif hukuk ilkeleri hâline gelir ve hakimi de bağlar.

¹⁴ Bizim çalışmamızda *Mecellenin* metni olarak Ali Himmet Berki'nin hazırladığı Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsünün 1959 yılında Ankara'da yayınladığı metin esas alınmıştır (Ali Himmet Berki (Haz.), *Mecelle-i Ahkam-ı Adliye*, Ankara, BTHA Enstitüsü, 1959). Mecellenin şerhi konusunda maddelerinin açıklanmasında da Hocaeminefendizâde Ali Haydar Efendi'nin *Dürrerü'l Hukkam Serhu Mecelleti'l Ahkam* isimli üçüncü baskısının (İstanbul, 1330) Raşit Gündoğdu ve Osman Erdem tarafından yapılan yazı çevriminden yararlanılmıştır (Ali Haydar Efendi, *Dürrerü'l Hukkam Serhu Mecelleti'l Ahkam* (Yazı çevrimi: Raşit Gündoğdu ve Osman Erdem), İstanbul, Gül Neşriyat, Tarih Yok (2006?), IV cilt.

¹⁵ Mecellenin “külli kaideleri” (m.2-100) konusunda yapılmış başlıca çalışmalar şunlardır:

- Ali Haydar Efendi, *Dürrerü'l Hukkam Serhu Mecelleti'l Ahkam* (Yazı çevrimi: Raşit Gündoğdu ve Osman Erdem), İstanbul, Gül Neşriyat, Tarih Yok (2006?), c.I, s.21-130.
- Mustafa Yıldırım, *Mecellenin Külli Kaideleri*, İzmir, İzmir İlahiyat Fakültesi Yayınları, 2001.
- Cengiz İlhan, *Mecelle: Hukukun Doksan Dokuz İlkesi*, İstanbul, Türkiye Ekonomik ve Toplumsal Tarih Vakfı Yayın, 2003.
- Ahmet Şimşirgil ve Ekrem Buğra Ekinci, *Ahmed Cevdet Paşa ve Mecelle*, İstanbul, KTB Yayınları, 2008, s.70-168.
- Abdullah Demir, *Mecelle ve Küllî Kaideler*, İstanbul, Işık Akademi Yayınları, 2011.

Ancak şu an itibarıyla bu ilkelerin çoğunluğu Anayasa veya kanunlarımızda geçmemektedir. Dolayısıyla bunların hâkim karşısında pozitif bir bağlayıcılıkları yoktur. Peki ama hâkim bunlar ile hiçbir şekilde bağlı değil midir? Biz yine de hâkimin bu ilkelerle bağlı olduğunu, hâkimin bu ilkelere uymak zorunda olduğunu düşünüyoruz. Bu ilkelerin bağlayıcılığı, varlıkları gibi eşyanın tabiatından kaynaklanır. Çünkü hâkim bu ilkelere uymadan bir hukuk problemini doğru olarak çözemez. Nasıl bir matematikçi, bir geometri problemini doğru olarak çözmek için Öklid'in teoremlerine uymak zorunda ise, bir hâkim de önündeki uyuşmazlıkları doğru olarak çözmek için yorum ilkelerine uymak zorundadır. Aksi takdirde, hâkim söz konusu uyuşmazlığı doğru bir şekilde çözemeyecektir. Eğer hâkimin varlık sebebi kendisine sunulan uyuşmazlıkları doğru olarak çözmek ise, hâkimin bu varlık sebebini gerçekleştirebilmesi için bu ilkelere uyması gerekir. Şüphesiz biz burada hâkimin kendisine sunulan uyuşmazlığı doğru olarak çözmek istediğini varsayıyoruz. Eğer hâkimin kendisine sunulan uyuşmazlığı doğru olarak çözmek gibi bir kaygısı yok ise, haliyle hakim kendisini bu ilkelerle bağlı hissetmeyecektir. Nihâî tahlilde hukuk uygulaması, hâkimlerin dürüst olduğu ve kendilerine sunulan uyuşmazlıkları doğru bir şekilde çözmek istedikleri varsayımı üzerine kuruludur. Eğer bir ülkenin hâkimlerinin kendilerine sunulan uyuşmazlıkları doğru olarak çözmek gibi bir kaygıları zaten yok ise, o ülkede hukuk ile ilgili bir şeyi tartışmanın zaten bir anlamı yoktur.

Bir örnek verelim: Bir matematikçi *“bir üçgenin herhangi iki kenarının toplamı, diğer kenarından daha uzundur”* şeklindeki Öklid teoremiyle kendisini bağlı hissetmeksizin bir matematik problemini doğru olarak çözemez. Bu teorem bir kanun koyucu veya resmî matematik otoritesi veya bir *“uluslararası matematikçiler federasyonu”* tarafından konulmamıştır. Ama doğruluğu apaçık bir şekilde Öklid tarafından gösterildiği için her matematikçi tarafından bu teorem doğru olarak kabul edilir ve uygulanır. Öklid teoremlerinin bağlayıcılığı bu şekilde gerçekleşir. Aynı şekilde, bir hukuk problemini çözmek durumunda olan bir hukukçu da aşağıda bizim ifade ettiğimiz *“istisna ancak*

kaideyi koyan makam tarafından konulabilir" ilkesiyle kendisini bağlı hissetmeden ve bu ilkeyi uygulamadan önündeki uyumsuzluğu doğru olarak çözemez. "İstisna ancak kaideyi koyan makam tarafından konulabilir" ilkesi Anayasa koyucu veya kanun koyucu tarafından konulmamıştır. Ama aşağıda ayrıca gösterdiğimiz gibi bu ilke apaçık doğru olan bir ilkedir. Önündeki bir uyumsuzluğu doğru olarak çözmek isteyen her dürüst hakimin kendiliğinden uyması gereken bir ilkedir. Bir matematikçi için "*bir üçgenin herhangi iki kenarının toplamı, diğer kenarından daha uzundur*" şeklindeki Öklid teoreminin bağlayıcılığı nereden kaynaklanıyor ise, bir hâkim için de "*istisna ancak kaideyi koyan makam tarafından konulabilir*" ilkesinin bağlayıcılığı da oradan kaynaklanır.

6. Takım Çantasındaki Aletler Olarak Yorum İlkeleri

29 Eylül 2012 günü bu tebliği Kamu Hukukçuları Platformunda sunulduktan sonra söz alan konuşmacılardan Ozan Ergül, bu yorum ilkelerini takım kutusundaki çeşitli aletlere benzetti. Bu oldukça güzel bir benzetmeydi. Bu benzetmeden yola çıkarak biz de bir şeyler söylemek isteriz:

Şüphesiz takım çantasındaki aletler kendi başlarına bir arızayı tamir edemezler. Arızayı tamir etmek için esasen ustaya ihtiyaç vardır. Ancak takım çantasındaki bu aletler olmadan ustanın arızayı tamir etmesi de mümkün değildir. Takım çantası yanında olmayan bir usta arızayı çoğunlukla tamir edemez. Aynı şeyleri hâkim ve yorum ilkeleri için de söyleyebiliriz. Hukukî uyumsuzluğu hâkim çözecektir. Ancak hâkim, bunun için, bir ustanın takım kutusundaki aletlere ihtiyaç duyduğu gibi yorum ilkelerine ihtiyaç duyar. Bu ilkelerle donanmamış bir hâkim, takım çantasını getirmeyi unutmuş bir tesisatçıya benzer.

Aşağıda göreceğimiz yorum ilkeleri genel ilkelerdir. Pek çok duruma uygulanabilir. Bir hâkim, bir yorum ilkesini uygulayarak belirli bir kanunun yorumlanmasında karşılaştığı sorunu çözebileceği gibi, aynı yorum ilkesini uygulayarak bir başka kanunun yorumlanmasında karşılaştığı sorunu da çözebilir.

Bununla birlikte, bazı istisnaî durumlarda, bir hâkim pek çok sayıda yorum ilkesiyle donanmış olsa bile spesifik bir problemi çözmesi mümkün olmayabilir. Bu husus, yorum ilkelerinin değersiz olduğunu göstermez. Böyle bir durumda hâkimin çok özel, spesifik bir yorum ilkesine ihtiyacı vardır. Belki böyle istisnaî bir mesele hâkimin önüne birkaç yılda bir kere gelir. Ama o özel ilke bulunduğu anda bu mesele de çözülebilir.

Bu noktada yukarıda “takım çantası” benzetmesini veren Ozan Ergül’in bana e-posta ile gönderdiği bir anekdotun¹⁶ yararlanarak kapalı kalan asansör kapısı örneği üzerinden şunları söylemek isterim: Kapalı kalan asansör kapısını açmak için, diğer anahtarlara benzemeyen özel bir anahtar olan asansör anahtarına ihtiyaç vardır. Kapalı kalan asansör kapısını açmak için yüzlerce araba anahtarına sahip olsak bile kapıyı açamayız. Aynı şekilde yüzlerce yorum ilkesine sahip olsak bile, karşımıza bazen bu yorum ilkelerinden birinin bile işe yaramadığı çok özel bir yorum problemi çıkabilir. Böyle bir durumda da yapmamız gereken şey, uygun özel yorum ilkesini bulmaktan ibarettir. Böyle bir durumda meseleyi genel yorum ilkeleriyle çözmeye çalışmak, kapalı kalan asansör kapısını araba anah-

¹⁶ Bu anekdotu, Ozan Ergül’ün izniyle, bana gönderdiği 18.10.2012 tarihli e-postadan aynen aktarıyorum: “Bir akşamüstü Ankara Hukuk’ta birkaç arkadaş oturuyorduk. Saat 18:30 civarı olduğu için Fakülte’de pek kimse kalmamıştı. Aniden bir kişi koşarak geldi ve Banka Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsünün asansöründe Ali Bozer Hoca ile asistan arkadaşımız Murat’ın mahsur kaldıklarını, zemin kata düşen asansörde elektrik olmadığını, fakültede asansör anahtarı bulamadıkları için kapıyı açamadıklarını ve asansör bakımından sorumlu firma arandığında da iki saatten önce gelebileceklerini bildirdiklerini bir çırpıda bize anlattı. Ali Bozer Hocanın ilerlemiş yaşı nedeniyle bir endişe dalgası yayıldı ve derhal asansöre doğru yöneldik. Bu arada koridorda Yahya Zabunoğlu Hoca belirdi ve durumu kendisine ilettik. O da bana ve yanımdaki arkadaşşıma “Benim arabamın arkasında iki tane alet takımı çantası var, gidin onları getirin, mutlaka asansörün kapısının kilidini açacak bir anahtar buluruz” dedi. Biz de hemen hocanın arabasından çoğu arabada bir tanesini bile bulamayacağınız iki adet alet takımı çantasını yüklenip asansörün yanına geldik. Gelin görün ki, neredeyse bir arabayı söktüp yeniden monte etmeye yetecek kadar çok ve çeşitli aletin içinden bir tanesi dahi asansörü açmamızı sağlamadı. En son karşıdaki yurttan bulunan gerçek bir asansör anahtarı ile kapıyı açabildik. Bu anekdotu bilgimize sunuyorum ve diyorum ki: bazen (iyi bir ustaya rağmen) sadece bir anahtar ile açılacak, diğer bir deyişle diğer yüzlerce anahtarın açamayacağı bir kilit olabilir” (Ozan Ergül’ün 13.10.2012 Tarihli E-Postası).

KAMU HUKUKÇULARI PLATFORMU

KEMAL GÖZLER'İN
TEBLİĞİ

tarlarıyla açmaya çalışmaya benzer. Keza böyle bir durumda uygun yorum ilkesi yok deyip, hâkimin bir yorum ilkesine dayanmadan problemi keyfi bir şekilde çözmeye kalkması olsa olsa, kapalı kalan asansör kapısının balyozla kırılmasına benzer ki, bunun asansörde kapalı kalan kişiyi kurtarmak olan amacımıza ne derece hizmet edeceği şüphelidir.

* * *

Yorum ilkelerinin niteliği hakkında şunu da söylemek isteriz: Bu ilkeler, kişilere değil, hakime hitap eden ilkelerdir. Diğer bir ifadeyle bu ilkeler doğrudan doğruya kişilerin davranışlarını düzenlemezler. Bu ilkeler, davranışları düzenleyen hukuk kurallarının hâkim tarafından nasıl uygulanacağını düzenleyen ilkelerdir. Dolayısıyla bu ilkeler, birincil norm değil, ikincil normlardır. Tabir caiz ise, yorum ilkeleri doğrudan doğruya “norm” değil, “norm üzerine norm”, yani “meta-norm” durlar. Bu ilkeler, hâkimin vereceği kararın gerekçesinde uygulanır ve bu ilkelere uyulup uyulmadığı hâkimin vereceği kararın gerekçesine bakılarak anlaşılır.

* * *

Yorum ilkelerini aşağıda tek tek göreceğiz. Ama öncelikle bu ilkelerin temelinde kökeni Aristo'ya kadar giden 2000 küsur yıllık “dikotomi (*dichotomy*)” prensibinin bulunduğuna işaret etmek gerekir. Daha doğrusu yorum ilkeleri, dikotomik bir akıl yürütmeyle türetilmiş ilkelerdir. Bu tür bir akıl yürütmede, bir şey, bir kavram, bir kural, bir kuralın uygulama alanı, vs. daima ikiye ayrılır. Böyle bir açık ayırlama yapılmıyor olsa bile, yapılan akıl yürütme böyle ikili bir ayırım üzerine kuruludur. Asıl ile arıza, kaide ile istisna, genel ile özel, üst ile alt, önceki ile sonraki arasında yapılan ayırım gibi. Dikotomi prensibinde bir bütün iki ayrı parçaya ayrılır. Bütünün içinde yer alan bir nokta, ya bir parçaya, ya diğer parçaya aittir. Bir nokta, aynı zamanda, hem bir parçaya, hem de diğer parçaya ait olamaz. Bu hepimizin kabul edeceği bir mantık kuralıdır. Böyle ikili ayırlardan bazı sonuçlar çıkarılır. Şimdi yorum ilkesi olarak bu sonuçları görelim.

II. TEMEL İLKELER

Burada çeşitli yorum ilkelerini görmeden önce, diğer pek çok ilkenin kendisinden türetildiği bazı temel ilkeleri görelim. Bu ilkelerden ilki ve belki en önemlisi, pek çok yorum ilkesinin kendisinden kaynaklanmış olduğu ilke, “*sıfat-ı arızada aslolan ademdir*” ilkesidir. Yorum ilkelerimize bu ilkeyle başlayalım.

1. Sıfat-ı Arızada Aslolan Ademdir (Mecelle, m.9) (Aslî Niteliğin Varlığı, Arzî Niteliğin Yokluğu Asıldır).

Sıfat (nitelik, *attribute*), vasıf kelimesinden türemiş olup, hâl (durum), keyfiyet (nitelik), suret, özellik demektir¹⁷. Yani sıfat, bir kişinin veya bir şeyin hal veya vasfı, niteliğidir¹⁸. Sıfat, “sıfat-ı asliye” ve “sıfat-ı ârıza” olmak üzere iki çeşittir. Yani “*sıfat-ı arızada aslolan ademdir*” prensibinde dikotomik bir akıl yürütme vardır.

Sıfat-ı asliye, nitelenen şeyde bizzat bulunan, yani o şeyin kendisinde bulunan durum, nitelik veya özelliktir¹⁹. Sıfat-ı asliye için biz aşağıda “aslî nitelik” terimini kullanacağız. “Aslî”, “asl” in sıfatı olup, “asla mensup” demektir²⁰. “Asıl” ise, kök, temel, esas, kaide, kural demektir. “Sıfat-ı asliye” İngilizceye “*original attribute*” diye çevrilebilir. Sıfat-ı asliye için Latince olarak “*essentialia*” terimini de kullanabiliriz.

Sıfat-ı ârıza, nitelenen şeyde bizzat, yani kendiliğinden bulunmayıp, ona sonradan eklenen niteliktir²¹. Sıfat-ı ârıza için biz aşağıda “arzî nitelik” terimini kullanacağız. “Ârıza”, “ârız” dan gelip “sonradan olan şey”, “bozulma” anlamına

¹⁷ Ferit Devellioğlu, *Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lugat*, Ankara, Aydın Kitabevi, 1984, s.1137; Mehmet Erdoğan, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, İstanbul, Ensar Neşriyat, 2. Baskı, 2005, s.506; Elmalılı M. Hamdi Yazır, *Elfabetik İslam Hukuku ve Fıkıh İstılahları Kamusu* (Hazırlayan: Sıtkı Güllü), İstanbul, Eser Neşriyat, 1997, Cilt IV, s.431.

¹⁸ Abdullah Yeğin, *Yeni Lügat*, İstanbul, Hizmet Yayınları, Tarih Yok (2005?), s.627.

¹⁹ Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l Hukkam Serhu Mecelleti'l Ahkam* (Yazı çevrimi: Raşit Gündoğdu ve Osman Erdem), İstanbul, Gül Neşriyat, Tarih Yok (2006?), c.I, s.35.

²⁰ Devellioğlu, *op. cit.*, s.56.

²¹ Ali Haydar, *op. cit.*, c.I, s.35.

gelmektedir²². “Ârız” ise bir şeyin zatına ilişkin olmayıp, o şeye bazen sonradan yapışan, takılan şey demektir²³. “Arızî” ise, “ârız”ın sıfatı olup, “sondan ortaya çıkan”, “gelip geçici olan”²⁴, bir şeyin zati ve esasına ilişkin olmayan şey anlamına gelmektedir²⁵. “Sıfat-ı arıza”. İngilizceye “*intervening attribute*” veya “*transitory attribute*” diye çevrilebilir. Sıfat-ı arıza için Latince olarak “*accidentalialia*” terimini de kullanabiliriz.

Örneğin bir otomobilin çalışıyor olması “sıfat-ı asliye”, yani aslî nitelik, yani *essantialia*; arızalı olması ise “sıfat-ı ârıza”, yani arızî nitelik, yani *accidentalialia*'dır. Çünkü otomobilin çalışıyor olması, gidebilmesi, otomobil denen şeyin zatında, yani doğrudan kendisinde bulunan bir özellik, yani bir *original attribute*'tür. Zira bir şey bu özelliğe sahip değil ise ona otomobil denilemez. Bir otomobilin bozulması, gidememesi durumu, kendiliğinden olan bir şey değil, tesadüf sonucu sonradan ortaya çıkan bir durum olduğuna göre, bu otomobilin bozulması, yani arızalanması, “arızî” bir durumdur; diğer bir ifadeyle “sıfat-ı ârıza”dır; yani “*accidentalialia*”dır.

Diğer bir örnek: İnsanın sağlıklı olması, sıfat-ı asliye; hasta olması ise sıfat-ı ârızadır. Yani insanın sağlıklı olması “asıl (*essentialia*)”, hasta olması ise bir “arızî durum (*accidentalialia*)”dur. Zira sağlık, insan denen varlığın zatında var olan bir özelliktir; sağlık olmasaydı bizatihi insanın kendisi olmazdı. O halde sağlıklı olma özelliği insanın kendisinde baştan itibaren var olan bir özellik, yani bir “aslî nitelik”; hasta olması ise insanın sonradan içine düştüğü bir “arızî durum”dur. Aynı şekilde akıl bakımından kişinin aklının başında bulunması sıfat-ı asliye, deli olması ise sıfat-ı ârızadır. Keza bir insanın hür olma sıfat-ı asliye, köle olması ise sıfat-ı ârızadır.

İşte Mecellenin 9'uncu maddesinde yer alan “*sıfat-ı arızada aslolan ademdir*” ilkesi, bir şeyin sıfat-ı arızası, yani o şeyin arızî

²² Yeğin, *op. cit.*, s.32.

²³ *Ibid.*

²⁴ Devellioğlu, *op. cit.*, s.48.

²⁵ Yeğin, *op. cit.*, s.32.

niteliği konusunda aslolanın yokluk olduğunu ifade etmektedir. Yani bir şeyin arızî niteliğinin mevcut olup olmadığı konusunda tereddüt olursa, o niteliğin mevcut olmadığı varsayılır. Tersine, bir şeyin sıfat-ı asliyesi, yani aslî niteliği konusunda aslolan, o niteliğin varoluşudur. Yani bir şeyin aslî niteliğinin mevcut olup olmadığı konusunda tereddüt olursa, o niteliğin mevcut olduğu varsayılır. Açıkçası, *bir şeyin aslî niteliğinin varlığı, arızî niteliğinin ise yokluğu esastır.*

Bir Örnek: Şimdi bu teorik açıklamadan sonra, 1990'lı yıllarda tartışılan şu soruyu soralım: Acaba sigara içenlere mi, yoksa içmeyenlere mi yer ayrılmalıdır? Belki böyle bir durumda istatistiksel bir akıl yürütme yapıp, sigara içmeyenlerin sayılarının az olduğu, bu nedenle az sayıda olanlar için yer ayrılması gerektiği düşünülebilir. Zaten bu yıllarda restoranlarda fiilen sigara içenlere değil, içmeyenlere yer ayrılmıştır. Oysa, sigara içme, bir arızî nitelik; sonradan ortaya çıkan bir şeydir; yani bir "*accidental*" dır. Çünkü, kimse sigara içerek doğmuyor. Sigara içmeme aslî bir nitelik, sigara içmek ise, sonradan ortaya çıkmıştır; yani arızî bir nitelik. Dolayısıyla düzenlenmesi gereken şey, budur; yani sigara içmeyenler değil, sigara içenler için yer ayrılması gerekirdi.

Keza insanların sigara içmemesine izin veren bir kanun, sıfatı asliyeyi düzenlediği için saçma bir kanundur. Zira aslî niteliğin var olmak için kanuna ihtiyacı yoktur.

Yine aslî nitelik ile arızî nitelik çatışırsa, bu çatışma arızî nitelik düzenlenerek, sınırlandırılarak veya yasaklanarak çözümlenir. Sigara örneğinde, kapalı yerlerde yasaklanması gereken sigara içilmesidir; çünkü arızî olan şey, sonradan ortaya çıkan şey sigara içmedir.

"Sıfat-ı arızada aslolan ademdir" ilkesi eğer bir hukuk ilkesi ise, sigara içenlere değil, içmeyenlere yer ayrılmasını öngören bir kanun, keza sigara içmemeyi yasaklayan veya içmemeye izin veren bir kanun, bu prensibe aykırı oldukları için hukuka aykırı kanunlardır.

Bu akıl yürütmenin pozitif bir temeli yoktur. Çünkü Anayasamızın bir yerinde “Sıfat-ı arızada aslolan ademdir” diye bir hüküm geçmemektedir. Dolayısıyla bu ilkenin pozitif bir temeli bulunmamaktadır. Pozitif hukuk açısından bakarsak, Anayasa Mahkemesinin bir kanunu, “sıfat-ı arızada aslolan ademdir” ilkesine dayanarak iptal edemeyeceğini söyleyebiliriz. Bu nedenle “sıfat-ı arızada aslolan ademdir” ilkesinin bir pozitif hukuk ilkesi olmadığını, dolayısıyla kaçınılmaz olarak bir tabii hukuk ilkesi olduğunu söyleyebiliriz. Ancak bu ilkenin bir tabii hukuk ilkesi olması, onun sübjektif olduğu, kişiden kişiye değiştiği anlamına gelmez. Bu ilkeyi, biz icat etmedik. Mecellenin 9’uncu maddesinde yazılı bulunan bu ilkeyi Ahmet Cevdet Paşa veya Mecelle Komisyonunun diğer bir üyesi de icat etmedi. Zira bu ilkenin İbn Nüceym’in (ölümü 1563) *El Eşbah’ında* Arapça olarak “*el-aslü fi’s-sıfati’l-ârizati el-adem* (لصلأف مددعلا قضا راعل افاصلأ يف)”²⁶ şeklinde ifade ettiği ilkenin karşılığı olduğu not edilmektedir²⁷. Ne var ki bu ilkeyi pek muhtemelen İbn Nüceym de icat etmemiştir. Belki bu ilkeyi daha eski İslam fıkıh alimlerinden; onlar da muhtemelen Romalılarından ve belki eski Yunanlılardan aldılar. Nihayet bu ilke tipik bir dikotomik ilkedir. Dolayısıyla bu ilke, 2500 yıllık insan aklının bir ürünüdür ve tamamıyla eşyanın tabiatı hakkında yapılan gözlemler üzerine kurulu bir mantıksal çıkarımdır.

2. Sıfat-ı Asliye Kaide, Sıfat-ı Arıza ise İstisnadır²⁸ (*Asıl Olan Şey Kuraldır, Arizî Olan Şey ise İstisnadır*)

Bir şeyin aslı niteliğinin varlığı genel kuraldır; ama aynı şeyin arizî niteliğinin ise varlığı istisnadır. Bu ilke “*sıfat-ı arızada aslolan ademdir*” (Mecelle, m.9) ilkesinin mantikî sonucudur. Yukarıda açıklandığı gibi bir şeyin aslî niteliğinin varlığı, arizî

²⁶ İbn Nüceym, *El Eşbah ve’n Nezair*, İstanbul, 1298, s.32’den nakleden Mustafa Yıldırım, *Mecellenin Külli Kaideleri*, İzmir, İzmir İlahiyat Fakültesi Yayınları, 2001, s.42. Keza Ahmet Şimşirgil ve Ekrem Buğra Ekinci, *Ahmed Cevdet Paşa ve Mecelle*, İstanbul, KTB Yayınları, 2008, s.96; Ali Haydar, *op. cit.*, c.I, s.34.

²⁷ Ali Haydar, *op. cit.*, c.I, s.34.

²⁸ Bu ilke, bir fıkıh kitabında yazmaz. Biz bu ilkeyi “*sıfat-ı arızada aslolan ademdir*” (Mecelle, m.9) ilkesinden türettik.

niteliğinin ise yokluğu asıl olduğuna göre, aslî niteliğin var olması kaide, arizî niteliğinin var olması ise istisnadır. Aslında bir şeyin arizî nitelik olması, bizatihi o şeyin istisnaî nitelikte olduğu anlamına gelir. Çünkü yukarıda açıklandığı gibi, arıza, yani arizî olma durumu, bir şeyin kendisinde olmayıp, sonradan ortaya çıkan geçici bir durumdur. Bu ise o arizî niteliğin istisnaî bir nitelik olduğu anlamına gelir.

Yukarıda “sıfat-ı arızada aslolan ademdir” ilkesi başlığı altında verdiğimiz aynı örneklerle *sıfat-ı asliyenin kaide, sıfat-ı arızanın ise istisna olması* durumunu açıklayalım: Bir otomobilin çalışıyor olması sıfat-ı asliye, arızalı olması ise sıfat-ı ârıza olduğuna göre, bir otomobilin çalışıyor olması kaide, bozuk olması ise istisnaî bir durumdur. Keza bir insanın sağlıklı olması asıl, hasta olması ise arizî bir durum olduğuna göre, insanın sağlıklı olması genel kural, hasta olması istisnadır. Yine benzer şekilde, insanın akıllı olması genel kural, delilik istisnaî bir durumdur.

3. Sıfat-ı Asliyenin Değil, Sıfat-ı Arızanın Varlığı İspata Muhtaçtır²⁹

“Sıfat-ı asliye” değil, “sıfat-ı ârıza”nın varlığı ispata muhtaçtır. Diğer bir ifadeyle, bir şeyin aslî niteliğinin varlığını değil, ama o şeyin arizî niteliğinin varlığını iddia eden ispatlamalıdır. Çünkü bir şeyin aslî niteliğinin var olduğu zaten kabul edilir. Bir şeyin belli bir anda arizî niteliği üzerinde bulunduğu ispatlanmadıkça, o şeyin aslî niteliği üzerinde bulunduğu kabul edilir. Aynı şekilde kaide olan şeyin var olduğu kabul edilir; istisna olan şeyin ise varlığının ispatlanması gerekir. Bir istisnanın varlığı ispatlanmadıkça, yokluğu kabul edilir ve o konuda kaideye tâbi olur.

Yukarıdaki örneklere geri dönersek şunları söyleyebiliriz: Bir otomobilin çalışıyor olması aslî nitelik, bozuk olması ise arizî nitelik olduğuna göre, bir otomobilin bozuk olduğunu iddia eden taraf bunu ispatlamalıdır. Keza bir insanın sağlıklı

²⁹ Biz bu ilkeyi “*beyyine hilaf-ı aslı ispat içindir*” ilkesinden türettik.

KAMU HUKUKÇULARI PLATFORMU

KEMAL GÖZLER'İN
TEBLİĞİ

olması aslî nitelik, hasta olması ise arızî nitelik olduğuna göre, bir insanın hasta olduğunu iddia eden taraf bu iddiasını ispatlamalıdır. Bir otomobilin sağlam, bir kişinin sağlıklı olduğunu iddia eden tarafın bu iddiasını ispatlamaya ihtiyacı yoktur; zaten bunlar aslî niteliklerdir; kaidedir; yani ispata ihtiyaç olmaksızın bunların var olduğu kabul edilir.

Yukarıda açıkladığımız bu ilke, fıkıh usûlünde, “*beyyine hilaf-ı aslî ispat içindir*” (“*delil, aslın aksini ispat içindir*”)³⁰ özdeyişiyle dile getirilmiştir. “*Beyyine hilaf-ı aslî ispat içindir*” ilkesi, ispat yükünün, asıl olan durumun aksini iddia edene ait olduğunu ifade eder. Diğer bir ifadeyle, “*aslın hilafını iddia eden kimseden delil istenir*”³¹. Mecelle, aynı ilkeyi, 77’nci maddesinde “*beyyine hilaf-ı zahiri ispat içindir*” diyerek dile getirmektedir.

Bu ilke aslında yukarıdaki “*sıfat-ı arzıda aslolan ademi- dir*” (Mecelle, m.9) ilkesinden türemiştir. Yukarıda açıklandığı üzere, “*aslî nitelik (sıfat-ı asliye)*”in varlığı, “*arızî nitelik (sıfat-ı ârızâ)*”in ise yokluğu asıldır. Yani bir şeyin aslî niteliğinin o şeyde mevcut olduğu; arızî niteliğinin ise mevcut olmadığı varsayılır; yani bu yönde bir karine vardır. Dolayısıyla ispat yükü, bu varsayımın, bu genel kabulün, aksini iddia eden kişiye aittir. Açıkçası aslî niteliğin varlığını iddia eden kişinin bunu ispat etmeye ihtiyacı yoktur; tersine aslî niteliğin aksini iddia eden kişiye ispat yükü düşer. Yani ispat yükü sıfat-ı arzıya iddia edene aittir.

Sigara örneğine geri dönersek, ispat yükü konusunda şunları söyleyebiliriz: Sigara içilmemesi “*aslî nitelik (sıfat-ı asliye)*”, içilmesi ise “*arızî nitelik (sıfat-ı ârızâ)*” olduğuna ve aslî niteliğin varlığı, arızî niteliğin ise yokluğu esas olduğuna göre, bir yerde sigara içilmediği değil, sigara içildiği ispatlanmalıdır. Sigara içmeyen bir kişi, kendisinin sigara içmediğini ispatlamak zorunda değildir. Bu kişinin sigara içtiğini iddia eden var ise, onun bu iddiasını ispatlaması gerekir. Çünkü sigara içmemek bir sıfat-ı asliyedir.

³⁰ Ali Haydar, *op. cit.*, c.I, s.104.

³¹ *Ibid.*, c.I, s.33.

Şimdiye kadar gördüğümüz ilkeler, sadece hukukî ilkeler değil, mantıkî ilkeler, hatta eşyanın tabiatından istihraç edilmiş ilkelerdir. Şimdi hukuk uygulamasında ihtiyaç duyulan daha “teknik” ilkelere geleceğiz. Ancak bu ilkeler de, biraz önce açıkladığımız mantık ilkelerinden türetilmiş, onlara dayanan ilkelerdir.

III. KAİDE VE İSTİSNA İLE İLGİLİ İLKELER³²

Aşağıda genel kural (kaide) ve istisnaya ilişkin çeşitli ilkeleri göreceğiz. Ama öncelikle *kaide* ve *istisna*nın ne olduğunu açıklayalım.

Belirli bir konuya ilişkin hukuk kuralları, kendi içinde “kaide (ilke)”yi düzenleyen kural ve varsa bu kaideye “istisna” getiren kurallar olarak ikiye ayrılır.

Kaide.- Kaideyi düzenleyen kurala “genel hüküm” veya “genel kural (*generalis regula*, *general rule*, *règle générale*)” denir. Genel kural, bu kuralın düzenlediği şey ile ilgili genel bir önermedir. Söz konusu genel önerme, kuralın konusu olan şeyin, istisna tutulmamış bütün parçalarına ve çeşitlerine uygulanabilir. Genellikle bu tür önermelerde, her, herkes, kim, kimse, hep, her zaman gibi “âmm lafız”lar kullanılır³³. Ancak bir önermede böyle bir genel ibare kullanılsa bile, bu önerme anlam olarak genel ise, yani bu önerme ilişkin olduğu şeyin bütün parçalarına ve türlerine uygulanabiliyorsa, söz konusu önerme genel bir önerme olabilir.

İstisna.- İstisna ise genel kuralın içerdiği önermenin dışında tutulan şeydir. Yani istisna genel kuralda öngörülen sonuca tâbi değildir. Diğer bir ifadeyle genel kural, istisnaya uygulanamaz. İstisnanın içinde kalan şeyler genel hükme tâbi olmaz; istisnanın dışında kalan şeyler ise genel hükme tâbi olur.

³² Aşağıda “1. Kendiliğinden İstisna Olmaz, İstisna Konulmalıdır”, “2. İstisna, Kaideyi Koyan Makam Tarafından Konulabilir” ilkeleri dışındaki “Kaide ve İstisna ile İlgili İlkeleri” biz *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi* isimli kitabımızda incelemiştik. Bkz.: Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, Bursa, Ekin, 2011, c.I, s.269-280.

³³ Ali Himmet Berki, *Hukuk Mantığı ve Tefsir*, Ankara, Güney Matbaacılık, 1948, s.32-34.

KAMU HUKUKÇULARI PLATFORMU

KEMAL GÖZLER'İN
TEBLİĞİ

İstisna tutulan şey, istisna tutulmayan şeyden küçük olmalıdır ki, istisnanın bir anlamı olsun³⁴. Keza, istisnadan sonra kapsamı daralmış olsa bile genel hükmün uygulanma imkânı mevcut olmalıdır. Aksi takdirde genel kural ortadan kalkar; istisna genel kural haline gelir.

İstisna getiren önermelerde genellikle, “dışında”, “hariç”, “ayrı”, “istisnaen”, “ancak”, “saklı kalmak üzere” gibi kelimeler bulunur. Ancak bu şart değildir. Böyle bir ibare olmasa bile önermenin anlamından bir istisna getirildiği çıkarılabilir.

Anayasa ve kanunlar, genel kural ve istisnayı çok değişik şekillerde hükme bağlayabilir:

a) Genel kural ve istisna aynı cümle içinde ifade edilebilir. 1982 Türk Anayasasından örnekler:

Anayasa, m.91/1: “Sıkıyönetim ve olağanüstü haller saklı kalmak üzere, Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümünde yer alan siyasi haklar ve ödevler kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenemez”.

Anayasa, m.44/son: “Bu amaçla dağıtılan topraklar bölünemez, miras hükümleri dışında başkalarına devredilemez”.

Anayasa, m.67/5: “Taksirli suçlardan hüküm giyenler hariç ceza infaz kurumlarında bulunan hükümlüler oy kullanamazlar”.

Anayasa, 129/3: “Uyarma ve kınama cezalarıyla ilgili olanlar hariç, disiplin kararları yargı denetimi dışında bırakılmaz”.

b) Genel kural ve istisna bir fıkranın iki değişik cümlesinde ifade edilebilir. 1982 Anayasasından örnekler:

³⁴ Ömer Nasuhi Bilmen'in belirttiği gibi, “müstesna, müstesna minhin lâfzile olunca ondan ekal olmalıdır, ondan daha çok veya mefhumen ona müsavi olmamalıdır. Çünkü bu takdirde istisna, lâğv olur”. Ömer Nasuhi Bilmen, *Hukukî İslamiyye ve Islahatı Fıkhiyye Kamusu*, İstanbul, Bilmen Yayınevi, 1968, Cilt 1, s.104-105.

Anayasa, 42/son: “Eğitim ve öğretim kurumlarında okutulacak yabancı diller ile yabancı dille eğitim ve öğretim yapan okulların tâbi olacağı esaslar kanunla düzenlenir. Milletlerarası andlaşma hükümleri saklıdır”.

Yukarıdaki örnekte birinci cümle genel kural, ikinci cümle istisnayı hükme bağlamaktadır.

Anayasa, m.83/2: “Seçimden önce veya sonra bir suç işlediği ileri sürülen bir milletvekili, Meclisin kararı olmadıkça tutulamaz, sorguya çekilemez, tutuklanamaz ve yargılanamaz. Ağır cezayı gerektiren suçüstü hali ve seçimden önce soruşturmasına başlanılmış olmak kaydıyla Anayasanın 14 üncü maddesindeki durumlar bu hükmün dışındadır”.

Yukarıdaki örnekte birinci cümle genel kural, ikinci cümle istisnayı hükme bağlamaktadır.

Anayasa, m.89/2: “[Cumhurbaşkanı], yayımlanmasını kısımen veya tamamen uygun bulmadığı kanunları, bir daha görüşülmek üzere... Türkiye Büyük Millet Meclisine geri gönderir. Bütçe kanunları bu hükme tâbi değildir”.

c) Genel kural ve istisna bir maddenin iki değişik fıkrasında ifade edilebilir. Örnek:

Genel Kural: Anayasa, m.17/1.- “Herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir”.

İstisna: Anayasa, m.17/4.- “Meşrû müdafaa hali, yakalama ve tutuklama kararlarının yerine getirilmesi, bir tutuklu veya hükümlünün kaçmasının önlenmesi, bir ayaklanma veya isyanın bastırılması, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde yetkili merciin verdiği emirlerin uygulanması sırasında silah kullanılmasına kanunun cevaz verdiği zorunlu durumlarda meydana gelen öldürme fiilleri, birinci fıkra hükmü dışındadır”.

d) Kanunun bir maddesi genel kuralı, diğer bir maddesi istisnayı hükme bağlayabilir. Bu maddeler ardışık olabileceği gibi aralarında pek çok madde de bulunabilir. Örnek:

KAMU HUKUKÇULARI PLATFORMU

KEMAL GÖZLER'İN
TEBLİĞİ

Genel Kural: Anayasa, m.7.- Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisindedir. Bu yetki devredilemez.

İstisna: Anayasa, m.91.- Türkiye Büyük Millet Meclisi, Bakanlar Kuruluna kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi verebilir.

e) Bazen kanun koyucu, genel kuralı ayrıca belirtmeye ihtiyaç duymadan doğrudan doğruya istisnayı belirtir. Ceza kanunlarının yaptığı şey budur: İnsanların genel olarak özgür olduğu ayrıca belirtilmeksizin, belirli bir insan fiiline müeyyide bağlanır. Böylece o insan fiili, genel insan özgürlüğü karşısında istisnayı teşkil etmiş olur. Böyle bir durumda kaide konusunda söz konusu süjenin tâbi olduğu genel hukukî rejim geçerlidir. Örneğin ceza hukuku alanında ayrıca ve açıkça suç olarak tanımlanmamış her fiil serbesttir. Ceza kanunlarının suç tanımı yapan ve müeyyide bağlayan bütün hükümleri istisna, kanunsuz suç ve ceza olmaz prensibi ise genel kuraldır.

Kaidenin ayrıca belirtilmeksizin doğrudan doğruya istisnanın belirtilmesine anayasa hukukunda da rastlanır. Anayasamızın 82'nci maddesi TBMM üyeliği ile bağdaşmayan işleri tek tek saymıştır. Bu maddede sayılanlar dışındaki işleri yapmakta TBMM üyeleri serbesttir. Bu konuda kaide budur. Ancak Anayasa, m.82'de böyle bir kaideyi ifade eden bir hüküm yoktur. Ancak ayrıca ve açıkça yasaklanmadıkça, milletvekilleri de bir insan olarak istedikleri her faaliyeti yapabilirler. O hâlde Anayasa, m.82'de dile getirilmemiş olsa da bu konuda genel kural ve kaide şu şekilde ifade edilebilir:

Genel Kural: Milletvekilleri istedikleri işleri yapmakta serbesttir.

İstisna: Anayasa, Madde 82: Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri, Devlet ve diğer kamu tüzelkişilerinde ve bunlara bağlı kuruluşlarda; Devletin veya diğer kamu tüzelkişilerinin doğrudan doğruya ya da dolaylı olarak katıldığı teşebbüs ve ortaklıklarda; özel gelir kaynakları ve özel imkânları kanunla sağlanmış kamu yararına çalışan derneklerin ve Devletten yar-

dım sağlayan ve vergi muafiyeti olan vakıfların, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ile sendikalar ve bunların üst kuruluşlarının ve katıldıkları teşebbüs veya ortaklıkların yönetim ve denetim kurullarında görev alamazlar, vekili olamazlar, herhangi bir taahhüt işini doğrudan veya dolaylı olarak kabul edemezler, temsilcilik ve hakemlik yapamazlar.

Bu şekilde kaidenin ve istisnanın ne olduğunu ve nasıl belirlendiğini açıkladıktan sonra şimdi kaide ve istisna ile ilgili metodolojik ilkeleri görelim.

1. Kendiliğinden İstisna Olmaz, İstisna Konulmalıdır

Yukarıda açıkladığımız gibi istisna bir “arızî nitelik (sifat-ı arıza, *accidentalıa*)”tir. Dolayısıyla bir arızî nitelik olarak istisnanın olabilmesi için, istisnanın öngörülmüş olması gerekir. Yani bir istisnadan bahsedebilmek için, bu istisnanın ayrıca ve açıkça konulmuş olması gerekir. Pozitivist terminolojiyle söylesek, konulmamış bir şey istisna olamaz. Keza belli bir konuda bir istisnanın olduğunu iddia eden kişi iddiasını ispatlamalıdır. İstisnanın ayrıca ve açıkça konulmuş olduğu ispatlanamazsa, istisnanın bulunup bulunmadığı hususu hala tereddütlü ise, istisnanın olmadığı varsayılır. Çünkü kaide asıl, istisna ise arızî bir niteliktir. İstisnanın olduğu ispatlanmamış ise, ilgili konuya kaide uygulanır.

Örnek.- Bunu bir örnekle açıklayalım: Örneğin 1982 Anayasası, Cumhurbaşkanının kişisel suçlarından dolayı sorumsuzluğu ilkesini getirmediği gibi kişisel suçlarından dolayı Cumhurbaşkanının yargılanması bakımından yasama dokunulmazlığına benzer bir güvenceyi de Cumhurbaşkanına tanımamıştır. Doktrinde bazı yazarlar, milletvekillerine tanınan yasama dokunulmazlığı benzeri bir güvencenin Cumhurbaşkanına tanınmasında da yarar olduğunu ileri sürerek Cumhurbaşkanının kişisel suçlarından ve keza Cumhurbaşkanının seçilmeden önce işlediği iddia edilen suçlardan dolayı yargılanamayacağını iddia etmektedirler. Belki milletvekillerine tanınan yasama dokunulmazlığı benzeri bir dokunulmazlığın

Cumhurbaşkanına da tanınmasında yarar olurdu. Ancak gelelim Anayasada Cumhurbaşkanına böyle bir ayrıcalık tanıyan bir hüküm, bu düşünceyi iddia edenlerin de kabul ettiği gibi yoktur. Söz konusu ayrıcalık Cumhurbaşkanının kişisel suçlarından dolayı genel hükümlere tâbi olması kuralının istisnası oluşuna göre, bu istisnanın ayrıca ve açıkça anayasa koyucu tarafından öngörülmüş olması gerekir. Öngörülmediğine göre Cumhurbaşkanının böyle bir dokunulmazlığı yoktur; Cumhurbaşkanı kişisel suçlarından dolayı normal vatandaşlar gibi yargılanabilir.

2. İstisna, Kaideyi Koyan Makam Tarafından Konulabilir

Yukarıda kendiliğinden istisna olamayacağını, istisnanın konulması gerektiğini söyledik. Hemen ilave edelim: İstisna, herhangi bir makam tarafından değil, ancak kaideyi koyan makam tarafından konulabilir. Bunun sebebi şudur: İstisna, kaidenin, yani o konudaki genel kuralın kapsamını daralttığı için, genel kuralın değiştirilmesi anlamına gelir. Dolayısıyla bir kurala istisna getirmek yetkisi, sadece ve sadece o kuralı koyma yetkisine sahip olan makama aittir. Yani istisna, kaideyi koyan makam tarafından konulur.

Bundan şu sonuçlar çıkar: Bir kere, yargı organı kural koyucu bir organ olmadığına göre istisna koyma yetkisine sahip değildir. Bir konuda istisna yok ise, yargı organı genel kuralı uygulamak zorundadır. Yargı organının istisna koyamaması, aynı zamanda yorum yoluyla genel kuralın kapsamını daraltmaması ve keza yorum yoluyla istisna üretememesi anlamına gelir. Yorum yoluyla genel kurala istisna getiren yargı organı, yasama yetkisini veya düzenleyici işlem yapma yetkisini gasp etmiş olur.

İkinci olarak, bir kurala istisna getirmek yetkisi, sadece ve sadece o kuralı koyma yetkisine sahip olan makama aittir. Yani genel kural kim tarafından konulmuş ise, o genel kurala istisnayı yine o makam getirebilir. Mesela yasama organının koyduğu bir genel kurala yine yasama organı istisna getirebilir.

Yasama organının koyduğu bir kurala Bakanlar Kurulu istisna getiremez. Keza Bakanlar Kurulunun koyduğu bir kurala bir bakanlık istisna getiremez. Burada makamdan bahsetmek yerine belki normdan bahsetmek daha uygun olur. Şöyle diyebiliriz: Bir genel kural hangi norm ile konulmuş ise, o kurala istisna ancak o norm ile konulabilir. Yani kanunla konulmuş bir kurala, kanunla; yönetmelik ile konulmuş kurala yönetmelik ile istisna getirilebilir.

Normlar hiyerarşisinin cari olduğu bir sistemde yukarıdaki ilkeyi daha doğru bir şekilde şöyle de açıklayabiliriz: *İstisna, normlar hiyerarşisinde kendisine istisna getirilen norm ile en az aynı düzeyde bulunan bir norm ile getirilebilir.* Yani anayasa hükmüne istisna anayasa hükmüyle, kanun hükmüne istisna kanun hükmüyle getirilebilir; anayasanın bir hükmüne kanunla, kanunun bir hükmüne yönetmelikle istisna getirilemez. Keza tüzükle konulan bir kurala yönetmelikle istisna getirilemez.

Yine normlar hiyerarşisine paralel bir şekilde, makamlar hiyerarşisi terminolojisiyle söylersek, kurucu iktidarın koyduğu bir kurala ancak kurucu iktidar, yasama organının koyduğu bir kurala ancak kurucu iktidar veya yasama organı; yürütme organının koyduğu bir kurula ancak kurucu iktidar, yasama organı veya yürütme organı istisna getirebilir. Haliyle yürütme organının kendi içinde de bir makamlar hiyerarşisi vardır. Örneğin Bakanlar Kurulunun koyduğu bir yönetmelik hükmüne bir bakanlık yönetmeliğiyle istisna getirilemez; bir bakanlığın koyduğu yönetmeliğe bir vali genel emir ile istisna getiremez.

Şimdi istisna ancak kaideyi koyan makam tarafından konulabilir ilkesine kötü bir örnek verelim:

Örnek.- Anayasamızın 101'inci maddesinin ilk fıkrasına, 31 Mayıs 2007 tarih ve 5678 sayılı Anayasa Değişikliği Kanunuyla şu hüküm konulmuştur:

Anayasa, m.101/2: "*Cumhurbaşkanının görev süresi beş yıldır*".

Bu hüküm bir genel hükümdür ve ne bu fıkrada, ne 101'nci maddenin bir başka fıkrasında, ne de Anayasamızın bir başka

maddesinde bu genel hükme istisna getiren bir hüküm yoktur. Ne var ki, onbirinci Cumhurbaşkanı Abdullah Gül'ün görev süresinin kaç yıl olduğu konusunda bir tartışma yaşanmıştır. Nitekim ben de bu konuda “*Cumhurbaşkanı Abdullah Gül'ün Görev Süresi Ne Kadardır ve Bu Görev Süresi Kanunla Belirlenebilir mi?*” başlıklı bir makale yazarak bu tartışmaya katıldım³⁵. Neticede kanun koyucu bu tartışmaya sessiz kalmadı ve sorunu kendince çözmek için 19 Ocak 2012 tarih ve 6271 sayılı Cumhurbaşkanlığı Seçimi Kanununun geçici 1'nci maddesiyle şöyle bir hüküm getirdi:

6271 sayılı Cumhurbaşkanlığı Seçimi Kanunu, Geçici Madde 1: “*Onbirinci Cumhurbaşkanının görev süresi yedi yıldır.*”

Böylece sorun “çözülmüş” oldu. Sorunun bu şekilde çözülmesi yukarıda açıkladığımız “*istisna, kaideyi koyan makam tarafından konulabilir*” ilkesine aykırıdır. Çünkü “*Onbirinci Cumhurbaşkanının görev süresi yedi yıldır*” diyen 6271 sayılı Cumhurbaşkanlığı Seçimi Kanununun geçici 1'nci maddesi, Anayasamızın “*Cumhurbaşkanının görev süresi beş yıldır*” diyen 101'inci maddesinin ikinci fıkrasının uygulama alanını daraltmaktadır; dolayısıyla 6271 sayılı Kanunun bu maddesi, Anayasamızın 101'inci maddesinin ikinci fıkrası hükmüne *istisna* getirmektedir.

Oysa yukarıda açıkladığımız gibi, bir anayasa hükmüne ancak anayasa hükmüyle istisna getirilebilir; anayasa hükmüne kanunla istisna getirilemez. Anayasa hükmüne kanunla istisna getirilmesi, normlar hiyerarşisinin mantığına aykırıdır. Zira anayasa hükmüne kanunla istisna getirilebilirse, normlar hiyerarşisinin bir anlamı kalmaz; normlar hiyerarşisi sadece bir genel hukuk ilkesi değil, bizzat pozitif bir hukuk ilkesidir. Zira Anayasanın bir hükmüne kanunla istisna getirilmesi, Anayasamızın 11'nci maddesiyle tanınmış olan Anayasanın üstün-

³⁵ Kemal Gözler, “*Cumhurbaşkanı Abdullah Gül'ün Görev Süresi Ne Kadardır ve Bu Görev Süresi Kanunla Belirlenebilir mi?*”, *Terazi Aylık Hukuk Dergisi*, Yıl 7, Sayı 66, Şubat 2012, s.36-50 <www.anayasa.gen.tr/gorev-suresi.htm> (13 Ağustos 2012).

lüğü ilkesine aykırı olur. Keza anılan maddenin ikinci fıkrası açıkça “*kanunlar Anayasaya aykırı olamaz*” demektedir.

Dolayısıyla 6271 sayılı Cumhurbaşkanlığı Seçimi Kanununun “*Onbirinci Cumhurbaşkanının görev süresi yedi yıldır*” diyen geçici 1’nci maddesi, Anayasamıza aykırıdır. Ne var ki, bu hükme karşı açılan iptal davasında Anayasa Mahkemesi, 15 Haziran 2012 tarih ve E.2012/30 sayılı kararıyla 6271 sayılı Kanunun bu hükmünün Anayasaya aykırı olmadığına karar vermiştir³⁶. Karar henüz yayınlanmamıştır. Anayasa Mahkemesinin bu temel ilkeye aykırı olarak verdiği kararı nasıl gerekçelendirebileceği merak konusudur. Yukarıdaki yorum ilkesi (“*istisna ancak kuralı koyan makam tarafından konulabilir*”) ve pozitif hukuk kuralı (Anayasa, m.11) karşısında, Anayasa Mahkemesinin bir anayasa hükmüne kanunla istisna getirilebileceğini açıklayabilmesi çok zor görünüyor.

Anayasa Mahkemesinin böyle tartışmalı bir konuda yapması gereken şey, yorum ilkelerini uygulayarak Anayasaya aykırılık sorununu çözmesidir. Anayasa Mahkemesi kararları önceden bilinebilir olmalıdır. Ve kararları Mahkemenin kompozisyonuna, daha açıkçası çoğunluk üyelerinin siyasal eğilimlerine ve hatta daha gerçekçi bir ifade ile çoğunluk üyelerinin kimin tarafından atanmış olduklarına göre değişmemelidir.

Haliyle bir Anayasa hükmüne kanunla istisna getirilmesini Anayasaya aykırı görmeyen Anayasa Mahkemesi üyelerinin hukukî gerekçelerle değil, siyasî gerekçelerle hareket ettiği yolunda haklı endişeler vardır. Nitekim söz konusu kararı izleyen günlerde, Anayasa Mahkemesinin bu kararı hakkında medyada şu değerlendirmeler yapılmıştır:

“Gül mü, Erdoğan mı tartışması ötelenmiş, her ikisi de rahatlamıştır”, “siyasi kriz AKP yönünden ötelenmiştir”, “AKP başkanlık senaryoları için zaman kazanmıştır”, “AKP rahatlamıştır”, “okyanus ötesi rahatlamıştır”³⁷.

³⁶ <http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=gundem&id=378> (13 Ağustos 2012).

³⁷ Bu değerlendirmeler Ali Rıza Aydın’ın izleyen makalesinden alınmıştır: Ali

Eğer Anayasa Mahkemesinin çoğunluk üyeleri, bu kararı verirken, saf hukukî argümanlarla değil, bu tür siyasî mülahazalar ile hareket etmişler ise, Türkiye’de hukukun değil, keyfiliğin hükümranlığı sürmektedir. Anayasa Mahkemesinin bu karara imza atan çoğunluk üyelerinin kararlarını bizi ikna edecek düzeyde saf hukukî argümanlarla açıklamaları gerekir. Aksi takdirde, biz de bu kararı veren Anayasa Mahkemesinin çoğunluk üyelerini hukuka uygun olarak değil, AKP’nin işine gelen şekilde karar vermekle suçlayacağız. Her halükarda gerekçeli kararı sabırsızlıkla bekliyoruz. 19 Ocak 2012 tarih ve 6271 sayılı Cumhurbaşkanı Seçimi Kanununu, “Cumhurbaşkanı Abdullah Gül’ün Görev Süresi Ne Kadardır ve Bu Görev Süresi Kanunla Belirlenebilir mi?” başlıklı makalemde³⁸ nasıl eleştirmiş isek, gerekçesi yayımlandıktan sonra, Anayasa Mahkemesinin 15 Haziran 2012 tarih ve E.2012/30 sayılı kararı hakkında da bir eleştiri makalesi yazacağız.

Bildirimizin giriş kısmında belirttiğimiz gibi, keyfilikten uzak bir hukuk sistemi içinde yaşıyor olmamız gerekir. Belli bir konuda, uygulanacak kuralın ne olduğu önceden bilmemiz ve bu kuralın ne zaman ve nasıl uygulanacağı konusunda tereddüt içinde olmamız gerekir. Cumhurbaşkanının görev süresi acaba beş yıl mı; yoksa yedi yıl mıydı? Bunu hepimizin önceden bilmesi gerekirdi. Oysa bunu Cumhurbaşkanının görev süresinin dolmasına aylar kala bilmiyorduk. Bu konuda kuralın ne olduğuna hukukçular değil, güç sahibi olan kişiler son aylarda karar verdiler. Denmektedir ki, bu kararı özellikle de son aylarda verdiler; çünkü son aylara kadar siyasal menfaatlerinin değişmesi ihtimal dâhilindeydi. Eğer bu analiz doğruysa, bu demektir ki, biz önceden bildiğimiz bir kurala değil, bazı güçlü kişilerin önceden bilmediğimiz iradesine tâbiyiz. Bu keyfilikten başka bir şey değildir. Bildirimizin başında Publili-

Rıza Aydın, “Cumhurbaşkanlığı Seçimine Başka Gözle Bakmamak”, <<http://haber.sol.org.tr/yazarlar/ali-riza-aydin/cumhurbaşkanligi-secimine-baska-gozle-bakamamak-56109>> (13 Ağustos 2012).

³⁸ Gözler, “Cumhurbaşkanı Abdullah Gül’ün Görev Süresi Ne Kadardır...”, *op. cit.*, s.36-50 <www.anayasa.gen.tr/gorev-suresi.htm> (13 Ağustos 2012).

us Syrus'un zikrettiğimiz sözünü bir kez daha tekrarlayalım: “*Miserrimum est arbitrio alterius vivere* (En büyük sefalet, başkalarının iradesine bağlı olarak yaşamaktır)”³⁹.

3. İstisna, Kaideyi Koyan Makamın Açıkça Yetkilendirdiği Bir Başka Makam Tarafından da Konulabilir

Kamu Hukukçuları Platformunun toplantısında “istisna, kaideyi koyan makam tarafından konulabilir” ilkesine yönelik olarak Dr. Ozan Ergül, bazı durumlarda istisnanın kaideyi koyan makam tarafından değil, bir başka makam tarafından konulabildiği düşüncesini ileri sürdü ve bu düşüncesini desteklemek için Anayasayla tanınmış olan oy hakkının sınırlandırılması olarak bizden ve ABD’den çeşitli örnekler verdi. Örneğin anayasada öngörülmemiş olmasına rağmen oy hakkının kullanılması için, seçmen listesine kayıtlı olmak, oyunu listede yazılı olduğu sandıkta kullanmak, sandık kuruluna kimlik kartı göstermek gibi anayasayla değil, anayasa altı düzenlemeler ile getirilmiş çeşitli sınırlamalar söz konusu. Ozan Ergül bu örneklerde, söz konusu sınırlamaların Anayasadan kaynaklanmadığını, bununla birlikte söz konusu sınırların Anayasaya aykırı olmadığını düşünüyor. Çünkü Dr. Ergül’e göre bunlar adil ve serbest seçimler için yapılan haklı/meşru sınırlamalardır. Bu tür sınırlamalar kuralı koyan makam tarafından veya onun yetkilendirmesiyle konulmamıştır. Ozan Ergül’e göre istisnanın kaideyi koyan makam dışında bir başka makam tarafından da konulduğu ve üstelik de konulan bu istisnanın haklı ve hukuka uygun bulunduğu haller olabilir.

Ozan Ergül’ün verdiği örneklerdeki sınırlamalar, oy hakkı konusundaki genel kuralın istisnası niteliğindedir. Dolayısıyla oy hakkı konusundaki kaidenin anayasayla konulduğunu, ancak bu kaideye istisnaların kanunla getirilmiş olduğunu söyleyebiliriz. Biz, kaideyi koyan makamın yetkilendirmesi olmadan makamlar hiyerarşisinde alt bir makamın üst maka-

³⁹ Publilius Syrus, *Sententiae* (M.Ö. 1. yüzyıl) <<http://www.thelatinlibrary.com/syrus.html>> (23 Ağustos 2012).

KAMU HUKUKÇULARI PLATFORMU

KEMAL GÖZLER'İN
TEBLİĞİ

mın koyduğu kaideye istisna getirebileceği düşüncesini kabul etmiyoruz. Bununla birlikte, kanımızca, kaideyi koyan makam, kendi koyduğu kaideye istisna getirme yetkisini bir alt makama vermiş olabilir. Böyle bir durumda, alt makam da, üst makamdan aldığı yetkiye dayanarak üst makamın koyduğu kaideye istisna getirebilir.

Örneğin Anayasamızın 67'nci maddesinin 4'üncü fıkrasında yer alan *"bu haklarının kullanılması kanunla düzenlenir"* hükmü, kanımızca, Anayasamızın 67'nci maddesinin ilk üç fıkrasında seçme, seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakları konusunda konulan kaidelere istisna getirme yetkisini kanun koyucuya vermektedir. Diğer bir ifadeyle, Anayasamızın 67'nci maddesi, seçme seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakları konusunda kaideleri belirlemede, ama istisnaları belirleme yetkisini 4'üncü fıkrasında *"bu haklarının kullanılması kanunla düzenlenir"* diyerek kanun koyucuya bırakmaktadır. Kanun koyucu da bu fıkraya dayanarak bu hakların kullanılması konusunda, seçmen listesine kayıtlı olmak, oyunu listede yazılı olduğu sandıkta kullanılmak, sandık kuruluna vatandaşlık numarası olan bir kimlik kartı göstermek ve hatta oy kullanınca parmağına mürekkep sürülmesi gibi çeşitli tedbir ve sınırlamalar öngörmektedir. Bunlar haliyle Anayasamızın 67'nci maddesinde konulmuş kaidelerin istisnası niteliğindedir. Ancak bu istisnalarda hukuka aykırı bir yön yoktur. Çünkü Anayasamızın 67'nci maddesi, seçme hakkı konusunda kendi koyduğu kaidelere istisna getirme yetkisini açıkça kanun koyucuya vermektedir. Yani bu istisnalar, kaideyi koyan makam tarafından konulmasa bile, bu makamdan açıkça yetki almış bir makam tarafından konulmaktadır. Tabir caiz ise, burada istisnayı belirleme konusunda usûlüne uygun bir yetki devri söz konusudur. Böyle bir durumda kanun koyucunun istisna koyma konusunda yetkisinin pozitif bir temeli vardır.

Anayasamızın daha pek çok maddesinde, kaide anayasa koyucu tarafından konulmuş, ama istisnayı belirleme yetkisi *"kanunla düzenlenir"* denerek kanun koyucuya verilmiştir. Örnek olarak m.14, 18, 20, 26, 27, 29, 31, 32, 42, 43, 47, 50, 51, 52, 54, 61, 72, 82, 133'e bakılabilir.

Mesela Anayasamızın 27'nci maddesi, ilk fıkrasında, “Herkes, bilim ve sanatı serbestçe öğrenme ve öğretme, açıklama, yayma ve bu alanlarda her türlü araştırma hakkına sahiptir” dedikten sonra son fıkrasında “bu madde hükmü yabancı yayınların ülkeye girmesi ve dağıtımının *kanunla* düzenlenmesine engel değildir” diyerek ilk fıkrasında koyduğu kaideye, yabancı yayınların ülkeye girmesiyle ilgili olarak kanunla istisna getirilebileceğini kabul etmiştir. Dikkat edileceği gibi Anayasa koyucu genel bir istisna koyma yetkisi vermemiş, sadece yabancı yayınların ülkeye girmesi konusunda sınırlı bir istisna koyma yetkisini vermiştir.

Diğer bir örnek: 1982 Anayasa koyucusu, 54'üncü maddenin ilk fıkrasının ilk cümlesinde “toplular iş sözleşmesinin yapılması sırasında, uyuşmazlık çıkması halinde işçiler grev hakkına sahiptirler” diyerek işçilere grev hakkını vermekte, ikinci cümlesinde ise “bu hakkın kullanılmasının ve işverenin lokavta başvurmasının usul ve şartları ile kapsam ve *istisnaları kanunla düzenlenir*” diyerek bu hakkın istisnalarının kanun koyucu tarafından belirlenmesine yetki vermektedir.

Bir başka örnek: Anayasa koyucu, 1982 Anayasanın 82'nci maddesinde TBMM üyeliği ile bağdaşmayan pek çok işi kendisi saymıştır. Yani TBMM üyelerinin istediği işi yapmakta serbest oldukları kaidesinin istisnalarını kendisi belirlemiştir. Ancak bununla da yetinmemiş, 82'nci maddenin son fıkrasında “Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeliği ile bağdaşmayan *diğer görev ve işler kanunla düzenlenir*” diyerek bu kaideye kanunla da istisna getirilebileceğini kabul etmiş, yani kanun koyucuya kendi koyduğu kaideye istisna getirme yetkisini vermiştir.

Dolayısıyla “istisna, kaideyi koyan makam tarafından konulabilir” ilkesine “istisna, kaideyi koyan makamın açıkça yetkilendirdiği bir başka makam tarafından da konulabilir” şeklinde bir ek ilke ekleyebiliriz. Keza bu iki ilkeyi tek bir ilke olarak şu şekilde de ifade edebiliriz: “İstisna kaideyi koyan makam tarafından veya bu makamın açıkça yetkilendirdiği diğer bir makam tarafından konulabilir”.

Burada şunun altını çizelim: İstisnanın kaideyi koyan bakımından tarafından konulması asıldır; dolayısıyla kaideyi koyan makamın istisna koyma konusunda bir başka makama yaptığı yetkilendirmenin *ayrıca ve açıkça* yapılması gerekir. Bu nedenle, bir makamın istisna koyma yetkisi alıp almadığı konusunda tereddüt ortaya çıkarsa bu makamın böyle bir yetki almadığı sonucuna ulaşılmalıdır. Keza bu makamın böyle bir yetki aldığı anlaşılacakla birlikte, bu yetkinin kapsamı konusunda tereddüt ortaya çıkarsa, yine dar yorum yapılarak, tereddütlü konunun bu yetkinin kapsamına girmediği sonucuna ulaşılmalıdır.

Kaideyi koyan makam istisna koyma yetkisini hangi makama vermiş ise veya istisnanın hangi tür norm ile konulacağını belirtmiş ise sadece ve sadece o makam tarafından ve o norm ile istisna getirebilir. Örneğin anayasa koyucu “kanunla düzenlenir” demiş ise, istisna artık tüzük ile, yönetmelik ile belirlenemez. (Ancak kanun hükmünde kararname ile belirlenebilir).

Diğer yandan şunun da altını çizelim: Bir makam, bir başka makama kendi koyduğu kurala istisna koyma yetkisini devrederken, bu yetkiyi gerek zaman, gerek biçim, gerekse içerik olarak sınırlandırabilir. Keza, istisna koyma yetkisini verdiği makamın istisna koyarken izleyeceği ilkeleri de belirtmiş olabilir.

Mesela, Anayasamızın 29'uncu maddesinin üçüncü fıkrasına göre “sürelî yayınların çıkarılması, yayım şartları, malî kaynakları ve gazetecilik mesleği ile ilgili esaslar kanunla düzenlenir. Kanun, haber, düşünce ve kanaatlerin serbestçe yayımlanmasını engelleyici veya zorlaştırıcı siyasal, ekonomik, malî ve teknik şartlar koyamaz”. Görüldüğü gibi, Anayasa koyucu bu konuda kanun koyucuya yetki vermekte, ama kanun koyucunun bu yetkisini de sınırlandırmaktadır.

Anayasanın Tanıdığı Temel Hak ve Hürriyetlere, Anayasa, Madde 13'e Uygun Olmak Şartıyla Kanunla İstisna Getirilebilir.- Kamu Hukukçuları Platformunda, Serkan Köybaşı tarafından, temel hak ve hürriyetlerin Anayasamızın 13'üncü

maddesine uygun olarak kanunla sınırlanması imkânı karşısında, istisna ancak kaideyi koyan makam tarafından konulabilir ilkesinin geçerliliği sorgulandı. Gerçekten de, Anayasamızın 13'üncü maddesi, belirli şartlar altında kanunla Anayasa tarafından tanınmış temel hak ve hürriyetlerin kanunla sınırlanmasına imkân vermektedir. Örneğin Anayasamızın 28'nci maddesi "basın hürdür" diyerek kaideyi koymakta, ama izleyen fıkralarında bu hürriyetin belirli sebeplerle sınırlanabileceğini kabul etmekte ve Anayasamızın 13'üncü maddesi basın hürriyetinin Anayasa madde 28'de belirtilen sebeplere dayanılarak, Anayasa madde 13'te belirtilen şartlara uyarak kanunla sınırlanabilmesine izin vermektedir. Anayasanın tanıdığı bir temel hak ve hürriyetin kanunla sınırlanması, Anayasanın koyduğu bir kaideye kanunla istisna getirilmesi anlamına gelir. Yukarıda açıkladığımız gibi, böyle bir istisnanın kanun koyucu tarafından getirilmesine kaideyi koyan makam, yani Anayasa koyucu izin verdiği için burada "istisna, kaideyi koyan makam tarafından konulabilir" ilkesine gerçekte bir aykırılık yoktur. Bu ilkeyi sadece yukarıda ifade ettiğimiz gibi "istisna kaideyi koyan makam tarafından veya bu makamın açıkça yetkilendirdiği diğer bir makam tarafından konulabilir" şeklinde genişletmek gerekmektedir.

Burada şunu da belirtmek gerekir ki, temel hak ve hürriyetlere kanunla istisna getirmek mümkündür; ama bunun Anayasa, madde 13'ten kaynaklanan çok sıkı koşulları vardır.

Diğer yandan şunu da belirtmek gerekir ki, Anayasa koyucu kanun koyucuya kendi koyduğu bir kaideye istisna getirme yetkisini vermiş olsa bile, kanun koyucunun getirdiği bu istisnalar içerik olarak Anayasaya uygun olmalıdır. Bu noktada Anayasanın temel hak ve hürriyetlere ilişkin getirdiği "spesifik güvenceler" önem kazanmaktadır. Kanun koyucu, bir temel hak ve hürriyete istisna getirme yetkisine genel olarak sahip olsa bile, o temel hak ve hürriyete ilişkin Anayasada getirilen spesifik güvenceler var ise, haliyle bu spesifik güvencelere kanun koyucu istisna getiremez. Örneğin yukarıdaki örnekte, kanun koyucu basın hürriyetine, Anayasa, m.28'de belirtilen

sebeplere dayanarak Anayasa, madde 13'e göre kanunla istisnalar getirebilir. Ancak bu getirdiği istisnalar, Anayasa, m.28'deki spesifik güvencelere, yani bu maddenin sözüne aykırı olamaz. Mesela, bu maddenin ilk fıkrasında "basın sansür edilemez" hükmü yer almaktadır. Bu şu anlama gelmektedir ki, bu kaideye, kanun koyucu, Madde 28'deki sebepler olsa bile Anayasa, m.13'teki şartlara uysa bile istisna getiremeyecektir. Keza aynı fıkrada yer alan "basımevi kurmak, izin alma ve malî teminat yatırma şartına bağlanamaz" hükmü spesifik bir güvencedir, yani bir mutlak kaidedir buna kanun koyucu istisna getiremez.

Sonuç olarak kaideyi koyan makam, bir başka makama kendi koyduğu kaideye istisna koyma yetkisini vermiş olsa bile, bu makamın koyduğu istisnalar içerik olarak kaideyi koyan makamın koyduğu spesifik hükümleri ve diğer özel güvence ve yasaklara aykırı olmamalıdır. Diğer bir ifadeyle anayasa kendi koyduğu bir kaideye kanunla istisna getirilebileceğini öngörmüş olsa bile, kanunla getirilen istisna içerik olarak Anayasanın spesifik hükümleriyle uyumlu olmalıdır.

4. Yorum Yoluyla İstisna Üretilemez

Yukarıda belirttiğimiz gibi istisna, kaidenin, yani o konudaki genel kuralın kapsamını daralttığı için, genel kuralın değiştirilmesi anlamına gelir. Dolayısıyla bir kurala istisna getirmek, o kuralı değiştirmek ile aynı anlama gelir. Bu nedenle, yukarıda açıkladığımız gibi, istisna koyma yetkisi sadece ve sadece o kuralı koyma yetkisine sahip olan makama aittir. Bundan şu sonuç çıkar ki, yargı organı, uygulayacağı genel kurala yorum yoluyla istisna getiremez. Çünkü, istisna getirmek demek genel kuralı değiştirmek demektir. Yargı organının da buna haliyle yetkisi yoktur.

Dolayısıyla bir kaidenin, yani bir genel hükmün istisnasının olup olmadığı konusunda tereddüt ortaya çıkarsa, genel hükmün istisnasının olmadığı sonucuna ulaşılır. Çünkü genel hükme istisna getirme yetkisi, haliyle genel hükmü koyma yetkisi-

ne sahip olan makama aittir. Bu makam, kendi koyduğu genel hükme istisna getirmemiş ise ortada bir istisna yoktur. Böyle bir durumda yorum yoluyla istisna üretmek, genel hükmü koyma yetkisine sahip makamın yetkisini gasp etmek anlamına gelir. Genel hükmü koyma yetkisine sahip makam ayrıca ve açıkça istisna öngörmemiş ise, o hükmün bir istisnası yoktur.

Şimdi bu kurala Türk anayasa hukukundan bir örnek verelim: 1982 Türk Anayasasının 105'nci maddesinin ilk fıkrasına göre,

“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”.

Bu fıkraya göre, Türkiye’de karşı imza konusunda kaide-nin, yani genel kuralın Cumhurbaşkanının bütün kararlarının karşı imzaya tâbi olması olduğunu söyleyebiliriz. Aynı fıkra bu genel kurala “Anayasa ve diğer kanunlarda Başbakan ve ilgili bakanın imzalarına gerek olmaksızın tek başına yapabileceği belirtilen işlemleri dışında” diyerek istisna getirilebileceğini de öngörmektedir. Ne var ki, bizim bildiğimiz kadarıyla “Anayasa ve diğer kanunlarda Başbakan ve ilgili bakanın imzalarına gerek olmaksızın tek başına yapabileceği belirtilen” bir işlem yoktur. Yani Anayasa bu kaideye, Anayasa ve kanunlarla istisna getirilebileceğini öngörmektedir; ne var ki, ne anayasada ne de kanunlarda, Cumhurbaşkanının “Başbakan ve ilgili bakanın imzalarına gerek olmaksızın tek başına yapabileceği” bir işlem belirlenmediği için, ortada istisna yoktur. Yorum yoluyla da istisna üretilemeyeceğine göre, Cumhurbaşkanının istisnasız bütün kararları karşı imza kuralına tâbidir⁴⁰.

Yorum yoluyla istisna yaratılamayacağı kuralından şu sonuç da çıkar. İstisnalar, kurucu iktidar veya yasama organı gibi

⁴⁰ Bu konuda bkz.: Kemal Gözler, *Devlet Başkanları: Bir Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku İncelemesi*, Bursa, Ekin, 2001, s.255-264.

kaideyi koyan makam tarafından ayrıca ve açıkça öngörülmüş olmalıdır. Ayrıca ve açıkça öngörülmedikçe, yorum yapılarak, birtakım ihtiyaçların varlığı gösterilerek, genel kurala istisna getirilemez. Zira “*ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*”⁴¹ (kanun istediği zaman söyler; istemediği zaman ise susar)” ilkesinin dile getirdiği gibi kanun, bir konuyu daha ayrıntılı olarak düzenlemek isterse, bunu yapar; eğer daha ayrıntılı olarak düzenlemek istemiyorsa susar. Yani kanun koyucu koyduğu genel kurala istisna getirmek isteseydi, bunu açıkça yapardı. Bunu yapmamış ise, bundan koyduğu genel kurala istisna getirmek istemediği sonucu çıkar. Kanun koyucunun istemediği bir şeyi, yorumcunun istemesi mümkün değildir. Dolayısıyla kimse birtakım ihtiyaçlardan bahsederek, kanun koyucunun getirmediği bir istisnayı getiremez.

5. Kaideler Geniş Yorumlanır

Kaidelerin geniş yorumlanması ilkesi, hukuk metodolojisi içinde değişik şekillerde ifadesini bulmuştur. Bu ifadeleri aşağıdaki gibi sıralayabiliriz:

a) *Generalis regula generaliter est intelligenda (Bir genel hüküm, genel anlamda anlaşılmalıdır)*⁴². Aynı anlamda “*generale dictum generaliter est interpretandum* (bir genel ifade, genel olarak yorumlanır)”⁴³, “*generalia verba sunt generaliter intelligenda*”⁴⁴ (genel kelimeler, genel anlamda anlaşılmalıdır)” özdeyişle-

⁴¹ René David, “Sources of Law”, *International Encyclopedia of Comparative Law* (Edited by K. Zweigert and K. Drobnig), Vol. II: *The Legal Systems of the World: Their Comparison and Unification*, (Chief Editor René David), The Hague, Martinus Nijhoff Publishers, 1984, c.II, s.87 <books.google.com.tr/books?id=oj9p852q-5UC> (2 Ağustos 2012).

⁴² *Generalis regula generaliter est intelligenda* (6 Co. 65 [*The Reports of Sir Edward Coke*, London, Butterworth, 1826], nakleden: Stewart Rapalje ve Robert L. Lawrence, *A Dictionary of American and English Law with Definitions of the Technical Terms of the Canon and Civil Laws*, Jersey City, Frederick C. Linn & Co., 1888 (Reprinted 1997 by The Lawbook Exchange), s.567 (<http://books.google.com.tr>).

⁴³ 8 Co. 116 (*The Reports of Sir Edward Coke*, London, Butterworth, 1826), nakleden: John Bouvier, *A Law Dictionary*, Philadelphia, Childs & Petersons, 6. Baskı, 1856, c.II, s.125 (<http://books.google.com.tr/books?id=mIszAQAAMAAJ&lpg>).

⁴⁴ Gabriel Adeleye (et al.), *World Dictionary of Foreign Expressions: A Resource*

ri de kullanılır. Bu özdeyişler şu anlama gelir ki, genel hüküm (*generalis regula*) veya genel hükümde geçen bir “genel ibare (*generale dictum*)” veya “genel kelimeler (*generalia verba*)” geniş yoruma tâbi tutulur.

b) *Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus* (Kanunun ayırım yapmadığı yerde, bizim de ayırım yapmamamız gerekir)⁴⁵. Aynı özdeyiş şu kelimelerle de ifade edilir: “*Lege non distinguente non nobis est distinguere*”. Bu ilke şu anlama gelir ki, hüküm koyarken kanun koyucu, ayırım yapmaksızın genel ifadeler kullanmış ise, kanunun kullandığı ifadeden mümkün olan en genel anlamı çıkarmak gerekir⁴⁶. Yani kanunun ayırma gitmediği yerde, yorumcu da ayırım yapamaz (*Ubi lex non distinguit neque interpretis est distinguere*)⁴⁷. Diğer bir ifadeyle, sınırsız bir hükmü sınırlamamak, hükmün genelliğine aykırı ayırlamalar yapmamak gerekir. Bu nedenle bu ilkeye “*argumentum a generali sensu*” ismini verenler de vardır.

Yukarıdaki iki ilke uyarınca, genel hükümde kullanılan genel bir tabirin kapsamına belirli bir şeyin girip girmediği konusunda tereddüt hâsıl olursa, söz konusu şeyin genel tabirin kapsamına girdiği sonucuna ulaşılır. Bir örnek verelim:

Örnek.- Acaba Türk Anayasa Mahkemesi, 1924 Anayasası döneminde kabul edilen kanunları ve hatta Osmanlı Döneminde kabul edilen kanunları (bunlar yürürlükte olmak kaydıyla), 1982 Anayasası döneminde denetleyebilir mi? Belki bu soruya ilk bakışta denetleyemez cevabı verebiliriz. Çünkü söz konusu kanunların çıktığı dönemde yürürlükte olan anayasalar artık yürürlükte değildir diye bir düşünce akla gelebilir. Ancak

for Readers and Writers, Bolchazy-Carducci Publishers, 2000, s.155.

⁴⁵ Jean-Pierre Gridel, *Notions fondamentales de droit et droit français*, Paris, Dalloz, 1992, s.556; François Terré, *Introduction générale au droit*, Paris, Dalloz, 6. Baskı, 2003, s.434.

⁴⁶ Georges Kalinowski, *Introduction à la logique juridique: éléments de sémiotique juridique, logique des normes et logique juridique*, Paris, L.G.D.J., 1965, s.160.

⁴⁷ Zacchariae, *Droit civil français*, Paris, 1854, c.I, s.77-78 in Christophe Grzegorzcyk, Françoise Michaut ve Michel Troper (Ed.), *Le positivisme juridique*, Paris, Bruxelles, L.G.D.J., Story-Scientia, 1992, s.354.

bu cevap aşağıda açıklanacağı üzere doğru değildir. Zira 1982 Türk Anayasasının 148'nci maddesinin ilk fıkrası, kanun türleri bakımından ayırım ve sınırlama yapmaksızın, yani “mutlak” bir şekilde “kanunlar”ın Anayasaya uygunluğunu denetleme yetkisini Anayasa Mahkemesine vermiştir. Bu hüküm bir “genel hüküm (*generalis regula*)”dür; bu hükümde geçen “kanunlar” kelimesi bir “genel kelime (*generalia verba*)”dir. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi, “*generalia verba sunt generaliter intelligentia* (genel kelimeler, genel anlamda anlaşılmalıdır)” veya “*ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus* (kanunun ayırım yapmadığı yerde, bizim de ayırım yapmamamız gerekir)” ilkesi uyarınca, yürürlüğe girdiği dönem bakımından bir ayırım olmaksızın *bütün kanunları* denetleme yetkisine sahiptir. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi 1982 Anayasa döneminde çıkan bir kanunu denetleyebileceği gibi 1924 Anayasası döneminde ve hatta Osmanlı döneminde çıkan bir kanunu da denetleyebilir.

Keza Anayasa Mahkemesi içerik bakımından ayırım yapmaksızın bütün kanunları (af kanunları, bütçe kanunları, yetki kanunları vs.) denetleyebilir. Çünkü 148'inci maddede af kanunları, bütçe kanunları, yetki kanunları bakımından bir ayırım yapılmamış, Anayasa Mahkemesine kanunları denetleme yetkisi genel olarak verilmiştir. Dolayısıyla meclisin adı çoğunluğuyla kabul ettiği herhangi bir konudaki kanunu denetleme yetkisine sahip olduğu gibi Meclisin beşte üç çoğunluğuyla kabul ettiği bir af kanununu da denetleme yetkisine de sahiptir. Çünkü meclisin beşte üç çoğunluğuyla kabul edilen af kanunu da bir genel ibare olarak “kanun” kavramının içinde yer alır.

Diğer bir örnek:

1982 Anayasası, m.83/1: “Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri, Meclis çalışmalarındaki oy ve sözlerinden, Mecliste ileri sürdükleri düşüncelerden, o oturumdaki Başkanlık Divanının teklifi üzerine Meclisce başka bir karar alınmadıkça bunları Meclis dışında tekrarlamak ve açığa vurmaktan sorumlu tutulamazlar”.

Acaba milletvekillerinin küfür teşkil eden sözleri de 1982 Anayasasının 83'üncü maddesinin ilk fıkrasının koruması altında mıdır?

Cevap evet. Çünkü madde metninde “söz” den bahsedilmiş, bu “söz” bakımından bir ayırım yapılmamış, bu “söz” kelimesine bir istisna getirilmemiştir. O halde anayasa koyucunun ayırım yapmadığı yerde bizim de ayırım yapmamamız, “söz” kelimesini mutlak anlamda almamız lazımdır. Dolayısıyla milletvekillerinin meclis çalışmaları sırasında sarf ettikleri sözler, küfür teşkil etse dahi, *Generalis regula generaliter est intelligenda* ve *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus* ilkeleri uyarınca sorumsuzluk kapsamındadır.

6. *Exceptiones sunt strictissimae interpretationis*⁴⁸ (İstisnalar Dar Yorumlanır)

Yukarıda açıklandığı gibi kaideler geniş yorumlanır. Ancak istisnalar dar yorumlanır. Çünkü yukarıda da açıklandığı gibi, istisna kaidenin kapsamını daralttığı için kaidenin değiştirilmesi anlamına gelir. Kaideyi değiştirme yetkisi ise sadece ve sadece kaideyi koyan makama aittir. Dolayısıyla istisnayı genişletme yetkisi de münhasıran kaideyi koyan makama aittir. Bu nedenle bir istisnanın yorumlanmasına ihtiyaç duyulursa, istisna geniş yorumlanarak, kapsamı genişletilemez. Tersine söz konusu istisna dar yoruma tâbi tutulmalıdır. Bu şu anlama gelir: Bir hususun istisna kapsamına girip girmediği konusunda tereddüt hâsıl olursa, o hususun o istisnanın kapsamına girmediği, dolayısıyla kaideye tâbi olduğu sonucuna ulaşılır.

Örnek 1.- Yukarıda verdiğimiz örneklerden birine geri dönelim:

Genel Kural: “(Cumhurbaşkanı), yayımlanmasını kısmen veya tamamen uygun bulmadığı kanunları, bir daha görüşül-

⁴⁸ Aynı özdeyişin “*exceptio est strictissima interpretationis*” şekli de vardır. Bkz.: Zacchariae, *op. cit.*, c.I, s.77-78 in Grzegorzcyk, Michaut ve Troper (der.), *op. cit.*, s.354.

KAMU HUKUKÇULARI PLATFORMU

KEMAL GÖZLER'İN
TEBLİĞİ

mek üzere... Türkiye Büyük Millet Meclisine geri gönderir” (1982 Anayasası, m.89/2, Birinci Cümle).

İstisna: “Bütçe kanunları bu hükme tâbi değildir” (1982 Anayasası, m.89/2, İkinci Cümle).

Kaidelerin geniş, istisnaların dar yorumlanması bu örnekte şu anlama gelir. Bir kanunun Cumhurbaşkanının geri gönderebileceği bir kanun olup olmadığı konusunda tereddüt ortaya çıkarsa, söz konusu kanunun Cumhurbaşkanının geri gönderebileceği bir kanun olduğu kabul edilir. Çünkü Cumhurbaşkanının kanunları geri gönderme yetkisine sahip olması kural, göndermemesi ise istisnadır ki, bu istisna sadece Anayasa tarafından “bütçe kanunları” için getirilmiştir. Dolayısıyla Anayasa, m.89/2'nin birinci cümlesinde geçen “kanunlar” kelimesi geniş yoruma tâbi tutulmalıdır; çünkü söz konusu cümle bir genel kuralı (kaideyi) hükme bağlamaktadır.

Mesela şu soruyu soralım: *Acaba Cumhurbaşkanı af kanunlarını geri gönderebilir mi?* 1982 Anayasasının 89'uncu maddesinin metnine bakarsak af kanunlarına ilişkin özel bir hüküm olmadığını görürüz. Dolayısıyla “af kanunları”nın 89'uncu maddenin ikinci fıkrasının ilk cümlesinde geçen “kanunlar” teriminin kapsamı içinde olduğunu söyleyebiliriz. Bunu söylerken bir hata yapmıyoruz; çünkü söz konusu maddenin ikinci fıkrasının ilk cümlesi bu konudaki genel kuralı hükme bağlamaktadır; dolayısıyla bu cümlede geçen bir terim olan “kanunlar” terimi, ayrıca ve açıkça istisna getirilmemiş bütün kanunları kapsar şekilde yorumlanabilir.

Buna karşılık, istisna getiren bir hükmün yorumlanması konusunda tereddüt ortaya çıkarsa, onu dar yorumlamak gerekir. Mesela yukarıdaki örnekte, belirli bir kanunun “bütçe kanunu” olup olmadığı ve dolayısıyla bu kanunu Cumhurbaşkanının geri gönderip gönderemeyeceği konusunda tereddüt hâsıl olursa, “bütçe kanunları” terimini dar yorumlayıp söz konusu kanunun bütçe kanunu olmadığını varsaymak gerekir. Bu durumda ise söz konusu kanun hakkında genel kural uygulanır ve bu kanun Cumhurbaşkanı tarafından Türkiye Bü-

yük Millet Meclisine geri gönderilebilir. Böyle yaparak bir hata yapmış olmuyoruz. Aksini yapmış olsaydık, 89'uncu madde- nin ikinci fıkrasının ikinci cümlesinin öngördüğü bir istisna- nın kapsamını genişletmiş, dolayısıyla fıkranın ilk cümlesinin öngördüğü genel kuralın da kapsamını daraltmış, yani onu değiştirmiş olurduk. Oysa bunu yapma yetkisine sadece ve sadece m.89/2'nin ilk cümlesini koyan makam, yani kurucu iktidar yetkilidir.

Şu soruyu sorarak konuyu daha belirgin hale getirelim: *Acaba, Cumhurbaşkanı kesin hesap kanunlarını geri gönderebilir mi?* Şöyle bir akıl yürütme insanın aklına gelebilir: Kesin hesap kanunu, bütçe kanununun denetlenmesi anlamına gelir. Nasıl bütçe kanunu, Cumhurbaşkanının geri gönderme yetkisinden istisna tutulmuş ise, kesin hesap kanunu da Cumhurbaşkanının bu yetkisinden istisna tutulmalıdır. Çünkü her iki kanun birbirine benzemektedir. Nitekim Anayasa, bu iki tür kanunu aynı kısmında düzenlemiştir. Bütçe kanunları, 1982 Anayasası- nın 161, 162 ve 163'üncü maddelerinde düzenlenmiş ve hemen ardından 164'üncü maddede kesin hesap kanunu hükme bağ- lanmıştır. Bu akıl yürütme yanlıştır. Çünkü bu akıl yürütme- de kesin hesap kanunu, bütçe kanununa benzetilmektedir. Bu benzerlikten yola çıkarak da, hakkında hüküm bulunmayan kesin hesap kanununa, bütçe kanunu için öngörülmüş olan hüküm uygulanmaktadır. Yani bu iki kanun arasında kıyas yapılmaktadır. Kıyas yapıldığında ise genişletici yorum ya- pılmış olur. Oysa bütçe kanunlarına ilişkin hüküm, bir istisnaî hükümdür. İstisnaî hükümlerde kıyas yapılamaz; çünkü istis- nalar dar yoruma tâbi tutulur. Bu konu aşağıda (s.288) "kıyas" başlığı altında ayrıca incelenecektir.

Örnek 2.- Bilindiği gibi Anayasamızın ilk üç maddesinin değiştirilmesi Anayasamızın 4'üncü maddesi tarafından ya- saklanmıştır. Ancak 4'üncü maddenin değiştirilmesinin yasak olduğuna ilişkin bir hüküm, ne bu maddenin kendisinde, ne de Anayasanın bir başka maddesinde vardır. Acaba, önce Ana- yasa değişikliği yoluyla Anayasanın 4'üncü maddesi yürür- lükten kaldırılıp, daha sonra ilk üç madde değiştirilebilir mi?

Biçimsel açıdan baktığımızda bunun mümkün olduğunu söyleyebiliriz. Ancak doktrinde bunun mümkün olmaması gerektiği, bunun hukuka karşı bir hile olduğu yolunda da görüşler ileri sürülmüştür. Bu görüşlere göre, kanunun yasakladığı amaca, aynı kanunun başka maddesinin bir başka amaçla verdiği bir hakkın kullanılması yoluyla ulaşılmasını hukuk hi-maye etmez. Şüphesiz bu görüşlerde *ahlakî* bir doğruluk payı vardır.

Ancak *pozitif hukukumuzda* 4'üncü maddenin kendisinin değiştirilmesini yasaklayan bir hüküm bulunmamaktadır. Dolayısıyla “*ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*⁴⁹ (kanun istediği zaman söyler; istemediği zaman ise susar)” ilkesi uyarınca, dördüncü maddenin değiştirilmesinin yasak olmadığını söyleyebiliriz. Zira Anayasa koyucu isteseydi, dördüncü maddenin kendisinin de değiştirilemezlik kapsamında olduğunu söyleyebilirdi; anayasa koyucu, anayasanın değiştirilemeyecek hükümlerini sayarken şüphesiz, değiştirme yasağı getiren hükmün kendisini de sayabilirdi. Örneğin 4'üncü maddede “*ilk üç madde ve bu madde değiştirilemez*” diyebilirdi; ancak bunu dememiş sadece “*ilk üç madde değiştirilemez*” demiştir. Nitekim bazı anayasalarda değiştirilme yasağını getiren hükmün kendisinin de değiştirilmesinin yasak olduğu açıkça öngörülmüştür. Örneğin Ermenistan Anayasasının değiştirme yasağı getiren 114'üncü maddesi, “Anayasanın 1, 2 ve 114'üncü maddeleri değiştirilemez” diyerek kendisinin de değiştirilmesini yasaklamıştır. Keza Bosna Hersek Anayasasının 10'uncu maddesinin ikinci fıkrasına göre, “ikinci maddede sayılan hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması veya ortadan kaldırılmasına veya işbu fıkranın değiştirilmesine ilişkin Anayasa değişikliği yapılamaz”.

İmkân varken anayasa koyucunun değiştirilmesini yasaklamadığı bir maddenin değiştirilmesinin yasak olduğunu ileri sürmek mümkün değildir. Böyle bir şey, değiştirilmesi açıkça yasaklanmamış olan bir maddenin yorum yoluyla değiştiril-

⁴⁹ David, *op. cit.*, s.87.

lemeyecek hükümlere katılması anlamına gelir ki, bu şekilde genişletici yorum yapılmış olur. Genişletici yorum ise, istisna niteliğindeki hükümlerde değil, kural niteliğindeki hükümlerde yapılabilir. Anayasa hükümlerinin değiştirilebilirliği kural, değiştirilememesi ise istisnadır. Dolayısıyla değiştirme yasağına tâbi olan ilk üç madde, değiştirilebilme genel kuralının istisnasını oluşturmaktadır. İstisnalar ise *exceptio est strictissimae interpretationis* ilkesi uyarınca dar yoruma tâbi tutulur. Eğer dördüncü maddenin de ilk üç madde gibi değiştirilemez olduğunu söylersek, istisnalar dar yorumlanır ilkesini ihlâl etmiş oluruz.

Buna karşılık, Anayasa Mahkemesi, 5 Haziran 2008 tarih ve E.2008/16, K.2008/116 sayılı kararıyla, 4'üncü maddenin kendisinin de değiştirilemez bir madde olduğuna karar vermiş ve şöyle demiştir:

“Kurucu iktidarın siyasal düzene ilişkin temel tercihi Anayasa'nın ilk üç maddesinde, bunun somut yansımaları ise diğer maddelerde ortaya çıkmaktadır. 4. madde ise ilk üç maddenin güvencesi olma niteliği itibarıyla doğal olarak değiştirilemezlik özelliğine sahiptir”.

Anayasa Mahkemesinin bu kararı *exceptio est strictissimae interpretationis* ilkesini ihlâl ettiği için, yani bir istisna hükmünü genişletici yoruma tâbi tuttuğu için yanlış bir karardır.

Örnek 3.- 1982 Anayasasının “Anayasaya aykırılığın diğer mahkemelerde ileri sürülmesi” başlıklı 152'inci maddesinin ilk fıkrası şöyle demektedir:

“Bir davaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin hükümlerini Anayasaya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddî olduğu kanısına varırsa, Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakır”.

Aynı maddenin son fıkrası ise şöyle demektedir:

“Anayasa Mahkemesinin işin esasına girerek verdiği red kararının Resmî Gazetede yayımlanmasından sonra on yıl geçmedikçe aynı *kanun* hükmünün Anayasaya aykırılığı iddiasıyla tekrar başvuruda bulunulamaz”.

Acaba bir “kanun” hükmü değil de, bir “kanun hükmünde kararname” hükmü hakkında Anayasa Mahkemesi işin esasına girerek ret kararı vermiş ise, on yıl geçmeden aynı kanun hükmünde kararname hükmü hakkında, Anayasa Mahkemesine tekrar başvurulabilir mi?

İnsanın aklına ilkönce şöyle bir cevap gelebilir: 152’nci maddenin son fıkrası Anayasa Mahkemesi kararlarına istikrar sağlamayı amaçlamaktadır. Bu amaç kanunlar için geçerli olduğu gibi kanun hükmünde kararnameler için de geçerlidir. Keza kanun hükmünde kararnameler de kanunlarla normlar hiyerarşisinde aynı seviyede bulunur. Kanun hükmünde kararnameler adı üstünde “kanun hükmünde” dirler. Dolayısıyla kanun için getirilen bir hüküm (m.152/son) kanun hükmünde kararnameler için de uygulanabilir.

Ancak bu akıl yürütme “*exceptiones sunt strictissimae interpretationis* (istisnalar dar yorumlanır)” ilkesi karşısında geçerli değildir. Çünkü davaya bakan mahkemelerin uygulayacağı kanun ve kanun hükmünde kararnameler hakkında Anayasa Mahkemesine başvurabileceğine ilişkin hüküm (m.152/1) bir genel hüküm; kanunlar hakkında ret kararından sonra 10 yıl geçmedikçe Anayasa Mahkemesine başvurulamayacağı hükmü (m.152/son) ise, bu genel hükümü sınırlandıran, ona istisna getiren bir hükümdür. Dolayısıyla istisna getiren bu hükümdeki kelimeler dar yoruma tâbi tutulmalıdır. Yani 152’nci maddenin son fıkrasında geçen “kanun”, kelimesinden sadece “kanunlar” anlaşılır; bunun kapsamına “kanun hükmünde kararnameler” dâhil edilemez. Çünkü dâhil edilirse, kanun kelimesi genişletici bir yoruma tâbi tutulmuş olur ki, 152’nci maddenin son fıkrası istisnâ bir hüküm olduğuna göre istisnalar dar yorumlanır.

Örnek 4.- Şimdi istisnaların dar yorumlanacağı ilkesine Türk anayasa hukukundan alınma bir örnek daha verelim:

1982 Türk Anayasası sisteminde parlamento kararları Anayasa Mahkemesinin denetimine tâbi değildir. Ancak Anayasasının 148'nci maddesinin ilk fıkrasında bu genel kurala bir istisna getirilmiş ve TBMM içtüzüğünün Anayasa Mahkemesinin denetimine tâbi olduğu hüküm altına alınmıştır. Burada "TBMM İçtüzüğü" nün denetlenmesi kuralı, parlamento kararlarının Anayasa Mahkemesinin denetimine tâbi olmaması yolundaki genel kuralın bir istisnası durumundadır. Dolayısıyla burada "TBMM İçtüzüğü" kavramı dar yoruma tâbi tutulmalıdır. Yani bir parlamento kararının bir "TBMM İçtüzüğü" niteliğinde olup olmadığı konusunda tereddüt varsa, söz konusu kararın TBMM içtüzüğü niteliğinde olmadığı sonucuna ulaşmak gerekir. Çünkü aksi durumda genişletici yorum yapılmış olur. Bu açıdan Türk Anayasa Mahkemesinin, normalde denetleme yetkisine sahip olmadığı pek çok parlamento kararını "eylemli içtüzük niteliğinde" görüp denetlemesi *exceptio est strictissima interpretationis* ilkesine aykırıdır⁵⁰.

Bu arada şunu da söyleyelim ki, istisnaların dar yorumlanması ilkesi, istisnalarda kıyas yapılmasını da yasaklar. Yani istisnaların dar yorumlanması ilkesinden "*istisnalarda kıyas yasaktır*" veya "*kıyas yoluyla istisna üretilemez*" ilkesi de türer. Çünkü kıyas yapıldığında bir kavramın anlamı genişler. Yani kıyas yapılması, genişletici yorum yapılması anlamına gelir. Bu nedenle istisnaî hükümler kıyas yoluyla genişletilemez. Çünkü istisnalar dar yoruma tâbi tutulur.

7. İstisnanın İstisnası Geniş Yoruma Tâbi Tutulur

Bu arada istisnaların dar yorumlanması ilkesinin karşıtı olarak şunu belirtelim: İstisna kendi içinde istisna içeriyorsa, bu istisna, yani istisnanın istisnası geniş yoruma tâbi tutulur. Çünkü istisnanın istisnası genel kurala denktir. Mantıkta bir şeyin değilinin değil kendisidir. Mantıkta buna "çifte değilme kanunu" denmektedir. Bu kanuna göre bir önermenin *değilleme*

⁵⁰ Bu konuda bkz.: Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Bursa, Ekin, 12. Baskı, 2012, s.248-250.

sinin *değillemesi* aynı önermeye denktir ($\sim \sim p = p$)⁵¹. Diğer bir ifadeyle, eksinin (-) eksi (-) ile çarpımının artı (+) ettiği gibi, bir önermeyi iki defa olumsuzlamak onu olumlu yapmak anlamına gelmektedir. Aynı şekilde bir kurala istisna getirdikten sonra, o istisnaya da bir istisna getirmek ilk kurala ulaşılmasını sağlar.

İstisnanın istisnası genel kurala denk olduğuna göre, genel kural nasıl genişletici yoruma tâbi tutuluyorsa, istisnanın istisnası da geniş yoruma tâbi tutulur.

Örneğin 1982 Türk Anayasasının 7'nci maddesine göre, "*yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinindir. Bu yetki devredilemez.*" Aynı Anayasanın 91'inci maddesi ise belirli koşullarda TBMM'ye çıkaracağı yetki kanunuyla Bakanlar Kuruluna belirli konularda kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisini vermektedir. Kanun hükmünde kararname ile, kanunlar değiştirilebildiğine veya yürürlükten kaldırılabilirdiğine, kanun hükmünde kararname, kanun ile eşdeğer bir işlem olduğuna göre, bu imkânı veren Anayasasının 91'nci maddesi, yasama yetkisinin TBMM'ye ait olduğu ve TBMM'nin bu yetkisini devredemeyeceği genel kuralına (Anayasa, m.7) bir istisna teşkil etmektedir. 91'inci maddenin kendisi bir istisnaî hükümdür; dolayısıyla dar yorumlanması gerekir. Ancak bu maddenin içindeki "*Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümünde yer alan siyasî haklar ve ödevler kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenemez*" hükmü (m.91, f.2, cümle 2) de 91'inci maddenin kendisine bir istisna getirmektedir. Yani bu hüküm *istisnanın istisnası* niteliğindedir. Dolayısıyla bu hüküm genel kurala tekabül etmektedir. Yani bu hükümde, kanun hükmünde kararname ile düzenlenemeyeceği belirtilen alanlar (*Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümünde yer alan siyasî haklar ve ödevler*) konusunda genel kural (yasama yetkisinin TBMM'ye ait olması) geçerlidir. Bu hüküm (yani

⁵¹ Hüseyin Batuhan ve Teo Grünberg, *Modern Mantık*, Ankara, Orta Doğu Teknik Üniversitesi Yayınları, 3. Baskı, 1984, s.141.

istisnanın istisnası) genel hükme denk düştüğüne göre bu hüküm de (yani istisnanın istisnası) geniş yoruma tâbi tutulur. Örneğin kanun hükmünde kararname ile düzenlenmesi düşünülen belirli bir konunun *Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümünde yer alan siyâsi haklar ve ödevler* kapsamına girip girmediği konusunda tereddüt ortaya çıkıyorsa, söz konusu konunun o kapsama girdiği ve dolayısıyla o konuda kanun hükmünde kararname çıkarılamayacağı sonucuna ulaşmak gerekir. Zira söz konusu hüküm istisnanın istisnasıdır ve geniş yorumlanır.

IV. DÜZENLEME ŞEKİLLERİNE İLİŞKİN İLKELER⁵²

Kanun koyucunun belirli bir şey hakkında koyduğu belirli bir hükmün kapsamını tespit ederken şu sorun ortaya çıkar: Kanun koyucu, koyduğu hükmü sırf o şeye mi münhasır tutmuştur, yoksa koyduğu hüküm, kanun koyucunun koyduğu kuralda zikredilmeyen, sayılmayan diğer şeyler için de geçerli midir? Bu konuda iki ilke vardır: “*Expressio unius est exclusio alterius*” ve “*unius positio non est alterius exclusio*” ilkeleri. Bu iki ilke birbiriyle çelişiyor gibi görünse de belirli durumda biri, diğer bazı durumlarda diğeri uygulanır. Önce birinci ilkeyi açıklayalım:

1. “*Expressio unius est exclusio alterius* (Bir Şeyi Zikretmek, Diğerini Dışlamaktır)”

“*Expressio unius est exclusio alterius*⁵³ (bir şeyi zikretmek, diğerini dışlamaktır)” özdeyişi “*inclusionem unius fit exclusio alterius*⁵⁴ (bir şeyi dâhil etmek, diğerlerini hariç tutmak demektir)” şeklinde söylenir. Bu ilkeye göre, kanun metninde zikredilme-

⁵² Biz bu ilkeleri *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi* isimli kitabımızda incelemiştik (*op. cit.*, c.I, s.280-284).

⁵³ Bryan A. Garner (Ed.), *Black's Law Dictionary*, St. Paul, Minn., West Group, 7. Baskı, 1999, s.602.

⁵⁴ Zacchariae, *op. cit.*, c.I, s.77-78'den alıntılanan parça in Grzegorzcyk, Michaut ve Troper (der.), *op. cit.*, s.354.

yen şeylerin, zikredilen şeyler ile aynı hükme bağlandığı iddia edilemez. Yani kanun metninde zikredilmemiş şeylerin sehven unutulduğu, bu şeylerin de zikredilen şeyle aynı hükme tâbi olduğu varsayılmaz. Tersine, böyle bir durumda kanun metninde zikredilmeyen şey veya şeylerin kanun koyucu tarafından aynı hükme bağlanmasının reddedildiği sonucuna ulaşmak gerekir. Zira kanun koyucu, hükme bağladığı şey gibi, diğer şeyleri de aynı hükme bağlamak isteseydi, o şeyleri de o hükümde zikrederdi. İmkânı varken bunu yapmamış olması, onun bunu yapmak istemediği anlamına gelir. Yani “*ubi lex voluit, dixit; ubi noluit, tacuit* (kanun istediği zaman söyler; istemediği zaman ise susar)”. Keza “*qui dicit de uno negat de altero*⁵⁵ (bir şeyi kabul eden, diğerini inkar ediyor demektir)”.

Ancak “*expressio unius est exclusio alterius*” ilkesi her durumda değil, sadece kanun koyucunun düzenlediği şeyin belirli bir özelliğini dikkate alarak, yani sırf o şeye özgü düzenleme yaptığı durumlarda geçerli olan bir ilkedir. Fıkıh usûlündeki terminolojiyle ifade edersek, “*expressio unius est exclusio alterius*” ilkesi, kanun koyucunun “*tahsisüşşey bizzikr*”, yani “bir şeyi zikr ile tahsis” etmesi durumunda kullanılabilir.

Örnek: 1982 Türk Anayasası, m.54/1.- “İşçiler grev hakkına sahiptir”.

Bu hükümde “işçiler” terimi “*tahsisüşşey bizzikr*” olarak kullanılmıştır. Yani bu kelime, bütün çalışanları kapsayan bir anlamda değil, sadece belirli bir tür çalışan grubuna tahsisen, yani özgülenererek kullanılmıştır. Diğer bir ifadeyle Anayasasının 54’üncü maddesinin ilk fıkrasında belirli bir tür çalışan grubun belirli bir özelliği (bir işverene bağımlı olarak hizmet akdiyle çalışma özelliği) dikkate alınarak düzenleme yapılmıştır. Dolayısıyla “işçiler grev hakkına sahiptir” kuralı “*expressio unius est exclusio alterius* (bir şeyi zikretmek, diğerini dışlamaktır)” ilkesinin geçerli olduğu bir kuraldır. Dolayısıyla grev hakkına sadece işçilerin sahip olduğunu, işçiler dışındaki çalışan

⁵⁵ Gridel, *op. cit.*, s.559.

gruplarının, örneğin memurların grev hakkına sahip olmadıklarını söyleyebiliriz. Zira anayasa koyucu isteseydi, sadece işçilere değil, memurlara da grev hakkını tanıyabilirdi; tanımadığına göre, memurların grev hakkına sahip olduğu söylenemez. Nitekim aynı sonuç sistematik yorum yoluyla da teyit edilmektedir: Anayasa koyucu, Anayasanın 51'inci maddesinde sendika kurma hakkını düzenlerken “çalışanlar” terimini, ama 54'üncü maddesinde grev hakkı düzenlerken ise “işçiler” terimini kullanmıştır. Anayasa koyucu “memurlar” a grev hakkı tanımak istiyor olsaydı, 54'üncü maddede de “işçiler” yerine “çalışanlar” tabirini pekala kullanabilirdi.

Aşağıda ayrıca göreceğimiz gibi *expressio unius est exclusio alterius* ilkesinin geçerli olduğu durumlarda kıyas yapılamaz.

Saymanın Anlamı.- Bazen kanun koyucu koyduğu hükmün kapsamında olan şeyleri sayma yoluyla belirler. Yani koyduğu hükmün uygulanacağı kişi, durum, fiil ve olayları sayar. Bu sayma ne anlama gelir? Bu soruya iki değişik cevap verilebilir: (1) Sayma, sayılmayanların dışlandığı anlamına gelir. Bu durumda hüküm sayılmayanlara uygulanamaz. (2) Sayma, sayılmayanların dışlandığı anlamına gelmez. Bu durumda hüküm, sayılmayanlara da uygulanır.

Sınırlandırarak Sayma.- Birinci duruma “sınırlandırarak sayma (*limitative enumeration*)”, “tahdidî sayma” veya “*numerus clausus sayma*” denir. Bu tür sayma durumunda hüküm, sadece hükümde belirtilen şeyler için geçerlidir; bu şeyler dışında kalan şeyler bu hükmeye tâbi değildir.

Yani böyle bir durum, yukarıda gördüğümüz “*expressio unius est exclusio alterius* (bir şeyi zikretmek, diğerlerini hariç bırakmaktır)” ilkesinin uygulanabileceği bir durumdur. Şimdi buna örnekler verelim:

Örnek 1: “Anayasa Mahkemesi, kanunların, kanun hükmünde kararname ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün Anayasaya şekil ve esas bakımlarından uygunluğunu denetler” (1982 Türk Anayasası, m.148/1)

Görüldüğü gibi 1982 Anayasasının 148'nci maddesinin ilk fıkrasında Anayasa Mahkemesinin denetimine tâbi normlar, “kanunlar”, “kanun hükmünde kararname” ve “Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü” şeklinde sınırlandırılarak sayılmıştır. Dolayısıyla *expressio unius est exclusio alterius* ilkesi uyarınca bunların dışında kalan işlemlerin, örneğin tüzüklerin Anayasa Mahkemesinin denetimine tâbi olmadığını söyleyebiliriz.

Örnek 2: “Anayasa Mahkemesi Cumhurbaşkanını, Bakanlar Kurulu üyelerini, Anayasa Mahkemesi, Yargıtay, Danıştay, Askerî Yargıtay, Askerî Yüksek İdare Mahkemesi Başkan ve üyelerini, Başsavcılarını, Cumhuriyet Başsavcivekilini, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu ve Sayıştay Başkan ve üyelerini görevleriyle ilgili suçlardan dolayı Yüce Divan sıfatıyla yargılar” (1982 Türk Anayasası, m.148/3, 2010 değişikliğinden önceki şekli).

Görüldüğü gibi 148'nci maddenin 3'üncü fıkrasında Yüce Divanda yargılanacak kişiler, sınırlandırılarak (tahdidî olarak) tek tek sayılmıştır. Yani bu fıkranın yorumunda *expressio unius est exclusio alterius* ilkesi uygulanabilir. Dolayısıyla bu fıkrada sayılmayan kişiler, örneğin fıkranın 2010 değişikliğinde önceki şekline göre TBMM Başkanı, Yüce Divanda yargılanamaz. (NOT: 2010 Anayasa değişikliği ile Yüce Divanda yargılanabilecek kişiler arasına TBMM Başkanı da dâhil edilmiştir).

Bu arada belirtelim ki, *expressio unius est exclusio alterius* ilkesi özellikle kamu hukuku alanında geçerlidir. Çünkü aşağıda ayrıca göreceğimiz gibi kamu hukukunda devlet organlarının yetkileri genel yetki değil, kendilerine verilmiş, istisnâ yetkililerdir. Yani bir kamu hukuku organının yetkili olabilmesi için kendisine o yetkinin ayrıca ve açıkça verilmiş olması gerekir. Keza kamu hukuku organlarının yetkileri kendisine ne verilmiş ise ondan ibarettir. Bu şu anlama gelir ki, kamu hukuku makamı, Anayasa ve kanun koyucu kendisine ne yetki vermiş ise o yetkiye sahiptir. Anayasa ve kanun koyucunun ayrıca ve açıkça vermediği bir yetkiye sahip değildir. Bu ise *expressio unius est exclusio alterius* (bir şeyin zikredilmesi, diğerinin dışlanması demektir) ilkesinin kamu hukukunda genel kural olarak

geçerli olduğu anlamına gelir. Bu nedenle de bu ilkenin geçerli olduğu kamu hukuku alanlarında kıyas yapılamaz.

Ancak anayasa veya kanun maddelerinde bir şeyin zikredildiği her durumda *expressio unius* ilkesinin uygulanabileceği söylenemez; çünkü maddede “gibi”, “benzeri”, “benzer durumlarda” ve “diğer hallerde” gibi ifadelerini kullanarak “örneklendirici sayma” yapabilir. Böyle bir durumda ise haliyle *expressio unius* ilkesi geçerli değildir ve böyle bir durumda, söz konusu alan kamu hukuku alanı olsa bile, diğer şartları varsa kıyas yapılabilir. Örneğin 1982 Anayasasının 106'ncı maddesi bir kamu hukuku hükmüdür; ama kıyasa elverişli bir hükümdür.

2. “*Unius positio non est alterius exclusio*”⁵⁶ (Bir Şeyin Belirtilmesi, Diğer Şeylerin Hariç Tutulduğu Anlamına Gelmez)”⁵⁷

Expressio unius est exclusio alterius ilkesinin karşıtı “*expressio unius non est exclusio alterius*”⁵⁸ (bir şeyin zikredilmesi, diğerinin dışlanması demek değildir)” ilkesidir. Aynı anlamda daha yaygın olarak “*unius positio non est alterius exclusio*”⁵⁹ (bir şeyin konulması, diğer şeylerin hariç tutulduğu anlamına gelmez)” özdeyişi de kullanılmaktadır.

Yukarıda *expressio unius est exclusio alterius* ilkesinin hangi durumda geçerli olduğunu gördük. Bu ilkenin geçerli olmadığı her durumda “*expressio unius non est exclusio alterius* (bir şeyin zikredilmesi, diğerinin dışlanması demek değildir) ilkesi geçerlidir. Yani kanun koyucu, bir şeyi sınırlandırarak saymamış ise veya o şeyi o şeyin bir özelliğini dikkate alarak düzenlememiş ise, *expressio unius non est exclusio alterius* ilkesi uygulanır. Yani böyle bir durumda, kanun koyucunun zikret-

⁵⁶ David, *op. cit.*, s.87.

⁵⁷ Aynı özdeyişin “*positio unius non est exclusio alterius*” ve “*expressio unius non est exclusio alterius*” şekilleri de vardır.

⁵⁸ Jan Hendrik Willem Verzijl, *International Law in Historical Perspective*, Leiden, Sijthoff, 1973, Vol. VI, s.316 <books.google.com.tr/books?isbn=9028602232>.

⁵⁹ David, *op. cit.*, s.87

KAMU HUKUKÇULARI PLATFORMU

KEMAL GÖZLER'İN
TEBLİĞİ

tiği şey hakkında koyduğu hüküm, zikretmediği şey hakkında da uygulanır.

Aynı husus fıkıh usûlünde, “bir şeyi zikr ile tahsis etmek, maadasına münafî olmaz” denerek ifade edilmiştir⁶⁰. Bir şeyin söylenmesi, diğer şeyin ise söylenmemesi durumunda, söylenmeyen her halükarda reddedildiği sonucu çıkmaz. Yukarıda belirtildiği gibi kanunun zikrettiği şey hakkındaki hüküm, o şeyin belirli bir özelliği dikkate alınarak konulmamış ise, o hüküm, aşağıda göreceğimiz şartlar var ise, kıyas yoluyla o hükümde zikredilmeyen şey hakkında da tatbik olunabilir.

Expressio unius est exclusio alterius ilkesinin uygulandığı durumlarda kıyas yasaktır; ama *expressio unius non est exclusio alterius* ilkesinin geçerli olduğu durumlarda daha sonra göreceğimiz kıyas şartları mevcut olmak kaydıyla, kıyas yapılabilir. Dolayısıyla *expressio unius non est exclusio alterius* ilkesinin geçerli olduğu durumlarda kıyas yolu kullanılarak genişletici yorum yapılabilir.

“Örneklendirici Sayma”.- Yukarıda “sınırlandırarak sayma” durumunda *expressio unius est exclusio alterius* ilkesinin geçerli olduğunu söyledik. Ancak kanunlardaki her sayma “sınırlandırarak sayma” değildir. Kanunlar bazen, hükme bağladığı şeyleri sınırlandırma amacıyla değil, örneklendirme amacıyla sayar. Bu tür saymaya “tadadi sayma” veya “örneklendirici sayma (*illustrative enumeration*)” denir. Genellikle bu tür saymada sayılanlardan sonra “benzeri”, “gibi” vb. kelimeler kullanılır.

Örnek: 1982 Türk Anayasası, m.106.- “Cumhurbaşkanının hastalık ve yurt dışına çıkma gibi sebeplerle geçici olarak görevinden ayrılması hallerinde, görevine dönmesine kadar... Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanı Cumhurbaşkanlığına vekillik eder ve Cumhurbaşkanına ait yetkileri kullanır”.

⁶⁰ Bir şeyi zikr ile tahsis etmek, maadasına münafî olmaz. İsbat nefiye ve nefî isbata vaz olunmamıştır. Bunlardan biri diğerine delâlet etmez. Mantukun hükmünün hilâfını meskûtün anhd e isbat için başka bir delil bulunmalıdır (Bilmen, *op. cit.*, c.1, s.92).

Madde metninde “hastalık” ve “yurt dışına çıkma” ibarelerinden sonra “gibi” kelimesi kullanıldığı için, “Cumhurbaşkanının geçici olarak görevinden ayrılması hali”, “hastalık” ve “yurtdışına çıkmak” halleriyle sınırlı değildir; bu haller, “Cumhurbaşkanının geçici olarak görevinden ayrılması hali”ne örnek göstermek amacıyla sayılmıştır. Dolayısıyla 106’ncı madde hükmü, “hastalık” ve “yurtdışına çıkmak” halleri dışında başka hüllere de, örneğin “Cumhurbaşkanının kaçırılması”, “rehin alınması” veya “savaş sırasında bir başka devlet tarafından esir alınması” hallerine de uygulanabilir. Bu uygulama aşağıda göreceğimiz gibi kıyas yoluyla yapılır ki bunun da birtakım şartları vardır. Kıyas yapıldığında m.106’nın hükmü genişletici yoruma tâbi tutulmuş olur.

Expressio unius est exclusio alterius ilkesi anayasa hukukunda çok büyük ölçüde geçerlidir. *Expressio unius non est exclusio alterius* ilkesi ise anayasa hukukunda sınırlı bir geçerliliğe sahiptir.

V. YETKİLERLE İLGİLİ İLKELER⁶¹

Anayasa hukukunda yetkilerle ilgili olarak şu ilkelerin olduğu söylenebilir:

1. Anayasal Organların Yetkisiz Olması Asıl, Yetkili Olmaları ise İstisnadır

Yukarıda açıkladığımız gibi, “*sıfat-ı arızada aslolan ademdir*” (Mecelle, m.9). *Sıfat-ı ârıza*, nitelenen şeyde bizzat, yani kendiliğinden bulunmayıp, ona sonradan eklenen nitelik demektir⁶². Bu ilkeye göre bir şeyin arizi niteliğinin, yani baştan mevcut olmayan, ona sonradan eklenen niteliğinin mevcut olup olmadığı konusunda tereddüt olursa, o niteliğin mevcut olmadığı varsayılır. Anayasal organlar kendiliğinden mevcut olan organlar değil, daha sonradan kurulmuş organlardır. Bunlar daha sonra anayasayla veya kanunla kurulmuş ve bunlara yetkileri daha sonra anayasayla veya kanunla verilmiştir. Yani belirli bir ana-

⁶¹ Biz bu ilkelerin önemli bir kısmını *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi* isimli kitabımızda incelemiştik (*op. cit.*, c.I, s.298-308).

⁶² Ali Haydar, *op. cit.*, c.I, s.35.

yasal organın belirli bir *yetkiye sahip olması sıfat-ı arıza*, yani sonradan ortaya çıkmış, arızî bir özelliktir. Sıfat-ı arızada aslolan adem olduğuna göre, anayasal organların yetkisiz olması asıldır. Bu şu anlama gelir ki, anayasal organların kendilerinden menkul, kendilerinden kaynaklanan yetkileri yoktur. Bunların bir yetkiye sahip olabilmesi için bu yetkinin kendilerine anayasa ile verilmiş olması gerekir. Yani anayasa hukukundaki yetkiler, “verilmiş yetkiler (*compétences attribuées, attributed powers*)” dir. Bu şu anlama gelir ki, bir devlet organına, anayasa ile veya kanunla *ayrıca ve açıkça* yetki verilmemiş ise, o devlet organı o konuda yetkisizdir. Zira anayasa hukukunda bir organın yetkisiz olması asıl, yetkili olması ise istisnadır.

“Beraet-i Zimmet Asıldır”.- Anayasal organların yetkisiz olmasının asıl, yetkili olmalarının ise istisna olduğu hususu, “*beraet-i zimmet asıldır (hak ve borçtan uzak olmak asıldır)*” (Mecelle, m.8) ilkesiyle de açıklanabilir⁶³. Fıkıh ilminde, “*zimmet, şol vasıftır ki, onunla insan hem menfaat hem de mazarratına ehil olur*” diye tarif edilmiştir⁶⁴. Mesela, bir kimse, bir malı satın aldığı malın mülkiyet hakkını elde eder; yani menfaate ehil olur; ve aynı zamanda malın bedeli olan parayı satıcıya vermek borcu altına girer; yani bu şeyin mazarratına da ehil olur⁶⁵. İşte kişinin menfaate ve mazarrata ehil olmasına, yani hak sahibi olması ve borç altına girmesine zimmet denir.

“Beraet” ise, berî olma, temiz olma, uzak olma, masum olma demektir⁶⁶.

Beraet-i zimmetin asıl olması ise, kişinin *hak*⁶⁷ sahibi olmak-

⁶³ Mecelledeki bu ilkenin İbni Nüceym’in *El Eşbah*’ında “*elaslü beraetü’z-zimme (قصدًا لأرباب لصل)*” diye yazılan ilkenin tercümesi olduğu not edilmektedir (Ali Haydar, *op. cit.*, c.I, s.33; Yıldırım, *op. cit.*, s.40; Şimşirgil ve Ekinci, *op. cit.*, s.95)

⁶⁴ Ali Haydar, *op. cit.*, c.I, s.33.

⁶⁵ *Ibid.*

⁶⁶ Şimşirgil ve Ekinci, *op. cit.*, s.95.

⁶⁷ Anlaşılacağı üzere burada “hak” tan kasıt, sübjektif haklardır. Yoksa hürriyetler alanında, “hürriyet asıldır” ilkesi, diğer bir ifadeyle “hürriyet karinesi” caridir. Hakkın yokluğu, hürriyetin ise varlığı asıldır. Günlük dilde ve hatta hukuk yazınında “hürriyet” yerine bazen “hak” kelimesi kullanılıyor. Bazen de bunlar “temel hak ve hürriyetler” tabirinde oldu-

tan ve borç altında bulunmaktan temiz olması, diğer bir ifadeyle, o şeyin menfaati ve mazarratından uzak olması demektir. Bu şu anlama gelir ki, hak ve borcun yokluğu asıldır. Yani insanlar, hak ve borçtan beridirler. Diğer bir ifadeyle, herkes haksız ve borçsuz olarak dünyaya gelir. Eskilerin dediği gibi, “herkes berî ü’z-zimme⁶⁸ olarak tevellüd eder”⁶⁹.

Kişinin hak sahibi olmaması, borç altında bulunmaması “asli nitelik (sıfat-ı asliye, *essentialia*)”, kişinin hak sahibi olması, borç altında bulunması ise, sonradan ortaya çıkan bir “arizî nitelik (sıfat-ı ârizî, *accidentalialia*)”tir. Yani insan bu dünyaya haktan ve borçtan uzak olarak gelir; daha sonra yapacağı fiiller ve işlemler dolayısıyla hak elde eder veya borç altına girer⁷⁰. Bu yüzden, bir kişinin hak sahibi olduğunu veya borç altında bulunduğunu iddia eden tarafın, bunu ispatlaması gerekir. Hak sahibi olduğunu iddia eden kişi, bunu ispat etmelidir. Çünkü hakkın yokluğu asıl, varlığı ise sonradan ortaya çıkan arizî bir niteliktir.

“*Beraat-i zimmet asıldır*” ilkesi, kamu hukukuna da mükemmel olarak uygulanabilen bir ilkedir. Yani haktan ve borçtan uzak olma prensibi, kamu hukuku tüzel kişileri için de geçerli olan bir ilkedir. Bu şu anlama gelir ki, kamu hukuku makamları kendinden menkul hak ve yetkilere sahip değildir. Çünkü bunların bir hak ve yetkiye sahip olmamaları asıl, olmaları ise arizî bir niteliktir. Dolayısıyla, kamu makamlarının bir hak ve yetkiye sahip olabilmesi için, bu hak ve yetkinin kendilerine sonradan *verilmiş olması* gerekir. Bundan şu sonuç çıkar ki, bir hak ve yetki, bir kamu makamına ayrıca ve açıkça verilmemiş ise, bu kamu makamı bu hak ve yetkiye sahip değildir. Bir kamu makamının belirli bir yetkiye sahip olduğu hususu kesin değil ise olmadığı kabul edilir. Çünkü, beraat-i zimmet, yani hak ve yetkinin olmaması asıldır.

ğu gibi birlikte kullanılıyor. “Yaşama hakkı” gerçekte bir hak değil, bir hürriyettir. Yaşama insanın anasından doğmasıyla başlar; sonradan kazanılan bir şey değildir. Dolayısıyla yaşama hakkının (doğrusu hürriyetinin) yokluğu değil, varlığı esastır.

⁶⁸ “Berî ü’z-zimme”, sorumluktan temiz, sorumluluktan uzak demektir.

⁶⁹ Ali Haydar, *op. cit.*, c.I, s.33.

⁷⁰ *Ibid.*

KAMU HUKUKÇULARI PLATFORMU

KEMAL GÖZLER'İN
TEBLİĞİ

Devletin bir organının belirli bir yetkiye sahip olup olmadığı konusunda tereddüt doğar ise, asıl olan o yetkinin olmaması olduğuna göre, o organın o yetkiye sahip olmadığını varsaymak gerekir. Eğer söz konusu organ böyle bir yetkiye sahip olduğunu iddia ediyorsa, bunu ispatlama yükü kendisine düşer. Söz konusu organın böyle bir yetkiye sahip olmadığını iddia eden kişi ispat yükü altında değildir. Zaten bir şeyin yokluğunu mantiken ispat etmek mümkün değildir. Bir şeyin varlığı ispat edilmemiş ise, o şeyin yok olduğu kabul edilir.

Anayasa hukukunda bir organın yetkili olabilmesi için söz konusu yetkinin ona ayrıca ve açıkça verilmiş olması gerekir. Bu organa belirli bir konuda bir yetki verilmemiş ise, o organın yetkileri kendinden menkul olmadığına ve söz konusu organ kendi kendine yetki veremeyeceğine göre, o organ o konuda yetkisizdir. Bu yetkinin o organa ayrıca ve açıkça verilmesi gerekir. Hiçbir anayasal organ kurucu iktidarın kendisine bu yetkiyi verdiğini, vermiş olması gerektiğini vs. iddia edemez. Bir organ, bir başka organa, durup dururken, bol keseden yetki vermez. Zira hukukta kimse, bir başka kişiye yok yere bir şey vermez. Daha doğrusu Latince *nemo praesumitur donare*⁷¹ özdeyişinin dile getirdiği gibi hukukta, bir kişinin bir başka kişiye bir şey verdiği, bir şey bağışladığı yolunda bir karine yoktur.

Anayasal organlara yetkilerin ayrıca ve açıkça verilmesi gerektiği, böyle bir yetki vermeksizin bu organların yetkisiz oldukları kuralı 1982 Türk Anayasasının 6'ncı maddesinde "hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir devlet yetkisi kullanamaz" diyerek ifade edilmiştir.

Örneğin Türk Anayasa Mahkemesinin yetkileri 1982 Türk Anayasasının 148 ilâ 153'üncü maddelerinde sayılan yetkilerden ibarettir. Söz konusu maddelerde sayılan yetkiler dışında bir yetkiye, Anayasa Mahkemesi ne kadar ihtiyaç duyarsa duysun, sahip olamaz; yorum yoluyla Anayasa Mahkemesi-

⁷¹ Bouvier, *op. cit.*, c.II, s.136 (<http://books.google.com.tr>).

nin bu yetkiye sahip olduğu kabul edilemez. Çünkü Anayasa Mahkemesinin yetkisiz olması asıl, yetkili olması ise istisnadır ve istisnalar alanında dar yorum yapılır; yorumla Anayasa Mahkemesinin yetkileri genişletilemez. Buna Türk Anayasa Mahkemesinin bir yanlış içtihadından güzel bir örnek verebiliriz:

Anayasa Mahkemesi, 21 Ekim 1993 tarih ve K.1993/40-1 sayılı kararıyla⁷² kendisinin “yürütmeyi durdurma” kararı verme yetkisine sahip olduğuna karar vermiş ve o tarihten bu yana da sayısız kanun ve kanun hükmünde kararnamenin yürütmeyi durdurma kararı vermiştir. Türk doktrininde bu nedenle Anayasa Mahkemesinin yürürlüğü durdurma yetkisine sahip olup olmadığı konusunda “derin” bir tartışma ortaya çıkmıştır. Kanımızca ortada tartışılacak bir şey yoktur. Sorunun cevabı çok basittir. Anayasa Mahkemesine Anayasamızda bu yönde verilen bir yetki olmadığına göre, Anayasa Mahkemesi böyle bir yetkiye sahip değildir. Anayasa Mahkemesinin böyle bir yetkiye sahip olduğunu kabul etmek, anayasal organların yetkilerinin “verilmiş yetki” olduğu yolundaki kurala aykırıdır.

Burada ayrıca belirtelim ki, “*beyyine hilaf-ı aslı ispat içindir*”⁷³, yani “delil, aslın aksini ispat içindir”. Dolayısıyla bir anayasal organın yetkisiz olması asıl olduğuna göre, o organın yetkisiz olduğu değil, yetkili olduğunun ispatlanması gerekir. Bir anayasal organın belirli bir konuda yetkili olduğu ispatlandıktan sonra, o anayasal organın o konuda yetkisiz olduğu karine yoluyla kabul edilir. Dolayısıyla bizim Anayasa Mahkemesinin yürürlüğü durdurma kararı verme yetkisine sahip *olmadığını* ispatlamaya ihtiyacımız yoktur. Anayasa Mahkemesinin böyle bir yetkiye sahip olduğunu kim iddia ediyorsa bu ispatı o yapmalıdır.

⁷² Anayasa Mahkemesi, 21 Ekim 1993 Tarih ve E.1993/33, K.1993/40-1 Sayılı Karar, *Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi*, Sayı 29, Cilt 1, s.562-563.

⁷³ Ali Haydar, *op. cit.*, c.I, s.104.

2. *Potestas stricte interpretatur*⁷⁴ (Yetkiler Dar Yorumlanır)

Bir anayasal organa verilen bir yetkinin belirli bir şeyi içerip içermediği konusunda tereddüt ortaya çıkıyorsa, o yetkinin o şeyi içermediği kabul edilir. Çünkü, anayasa hukukunda anayasal organların yetkisiz olması asıl, yetkili olmaları ise istisna olduğuna göre, istisnalar yorum yoluyla genişletilemez. Bu husus Latince “*potestas stricte interpretatur*⁷⁵ (yetkiler dar yorumlanır) veya “*in dubiis, non præsimitur pro potentia*⁷⁶ (tereddüt hâlinde yetki lehine karine yoktur)” özdeyişleriyle ifade edilir.

Örnek: 1961 Türk Anayasasının 147'nci maddesi (10.9.1971 tarih ve 1488 sayılı Kanunla değişik şekli), Anayasa Mahkemesine anayasa değişikliklerini denetleme yetkisini genel olarak vermemiş, sadece söz konusu değişiklikleri *şekil bakımından* denetleme yetkisi vermişti. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesinin anayasa değişikliklerini *şekil bakımından* denetleme yetkisi istisnaî bir yetkiydi. Bu nedenle, söz konusu “şekil denetimi”nin neden ibaret olduğu, belirli bir hususun şekil denetimine girip girmediği noktasında bir tereddüt ortaya çıkarsa, *potestas stricte interpretatur* ilkesi uyarınca söz konusu hususun şekil denetimine girmediği sonucuna varılmalıydı. Ne var ki, 1961 Anayasası döneminde, Türk Anayasa Mahkemesi, anayasa değişikliklerini *şekil bakımından* denetlerken, anayasa değişikliklerinin söz konusu Anayasanın 9'uncu maddesi tarafından öngörülen devlet şeklinin cumhuriyet olduğu hükmünün değiştirilmezliği ilkesine uygunluğunu da denetlemiştir⁷⁷. Oysa söz konusu denetim, denetlenen anayasa değişikliğinin içeriğinin de incelenmesini gerektiren bir “esas denetimi” idi; dolayısıyla sadece şekil denetimi yapabilen Anayasa Mahkemesinin böyle bir denetim yapamaması gerekirdi. An-

⁷⁴ Bouvier, *op. cit.*, c.II, s.140 (<http://books.google.com.tr>).

⁷⁵ Özdeyiş için bkz. Nick Szabo, “Interpreting Power: The Principle of Least Authority”, <http://szabo.best.vwh.net/interpretingpower.html> (15 Ağustos 2012).

⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷ Anayasa Mahkemesi 15 Nisan 1975 tarih ve K.1975-87 Sayılı Karar, AMKD, Sayı 13, 1976, s.403-478.

çak Anayasa Mahkemesi böyle bir denetimin de şekil denetimi olduğuna hükmetmiştir. Oysa söz konusu madde Anayasa Mahkemesine anayasa değişiklikleri denetleme konusunda genel bir yetki vermemiş; sadece şekil bakımından denetleme yetkisi vermiş olduğuna göre, şekil denetimi istisnaî bir yetki olarak dar yoruma tâbi tutulması, bir hususun bu yetkinin kapsamına girip girmediği konusunda tereddüt ortaya çıkarsa, yetkilerin dar yorumlanması ilkesi uyarınca girmediği sonucuna ulaşılması gerekirdi.

Anayasa Mahkemesinin bu yorumuna tepki olarak 1982 Anayasası koyucusu, Anayasa Mahkemesine anayasa değişikliklerini sadece şekil bakımından denetleme yetkisi verdikten sonra, ayrıca şekil denetiminin neden ibaret olduğunu ayrıca ve açıkça belirtme ihtiyacını hissetmiştir. 1982 Türk Anayasasının 148'nci maddesinin ikinci fıkrasına göre anayasa değişikliklerinin şekil bakımından denetlenmesi, "teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlıdır". Dolayısıyla artık Anayasa Mahkemesinin, şekil denetiminin ne anlama geldiği konusunda bir yorum yapma imkânı kalmamıştır. Ancak Türk Anayasa Mahkemesi buna rağmen 5 Haziran 2008 tarih ve E.2008/16, K.2008/116 tarihli kararıyla bir Anayasa değişikliğini şekil görüntüsü altında esastan denetlemiş ve iptal edebilmiştir. Anayasa Mahkemesi bu kararı yanlış olmaktan öte, dürüstlükle bağdaşmayan bir karardır.

3. Yetki Dar, Hürriyet Geniş Yorumlanır

Amerikan literatüründe bu ilke "*powers are narrow, rights broad*" özdeyişiyle ifade edilir. Bu ilkeye "*principle of most rights* (daha fazla hak ilkesi)" ve "*principle of least authority* (daha az yetki)" ilkesi denir⁷⁸. Bu şu anlama gelir ki, devlet organlarının yetkileri yorumlanırken olabildiğince dar yorum, bireylerin hak ve hürriyetleri yorumlanırken olabildiğince geniş yorum yapılır. Dolayısıyla yukarıda da belirtildiği gibi bir devlet or-

⁷⁸ Szobo, *op. cit.*

ganının yetkili olup olmadığı konusunda tereddüt hâsıl olursa, yetkisiz olduğu kabul edilir. Ama bir kişinin bir hak ve hürriyete sahip olup olmadığı konusunda tereddüt hâsıl olursa, bu kişinin o hakka ve hürriyete sahip olduğu kabul edilir.

Aynı şekilde bir konuda bir kişinin özgür olup olmadığı konusunda tereddüde düşülürse, o kişinin özgür olduğu kabul edilir. Bu husus Latince olarak “*quotiens dubia interpretatio libertatis est, secundum libertatem respondendum erit* (hürriyete ilişkin yorumda tereddüt varsa, hürriyet lehine karar verilir”⁷⁹. Örneğin bir kişinin hür mü, köle mi olduğu konusunda tereddüt hâsıl olur ise, o kişinin hür olduğu varsayılır. Tereddütlü konularda hürriyet lehine yorum yapılır. Buna “*in favorem libertatis*” ilkesi denir. Keza Amerikan literatüründe bu hususu ifade etmek için “*presumption of liberty* (hürriyet karinesi)” tabiri kullanılır.

Kişinin hürriyetinin geniş, devletin yetkisinin ise dar yorumlanmasının sebebi, kişinin hür olmasının asıl, kişiye devletin müdahale edebilmesinin ise istisna olmasıdır. Zira liberal bir hukuk sisteminde, bireyin özgür olduğu ve devletin kural olarak bireye müdahale etme hakkına sahip olmadığı kabul edilir. Tarihsel olarak insanın devletten daha eski olduğu aşikârdır. Devlet insanları değil, insanlar devleti yaratmışlardır. Dolayısıyla asıl olan insan, arizî olan ise devlettir. Dolayısıyla insanların varlığı ve dolayısıyla hürriyete sahip olması asıl, devletin varlığı ve keza insanlara müdahale etme hakkına sahip olması ise istisnadır. John Locke’a göre, bireyler, devletten önce, tabî hal denen bir dönemde hak ve hürriyetlere sahip olarak yaşıyorlardı. Bireylerin sahip olduğu bu hak ve hürriyetler bireylere devlet tarafından verilmemiştir. Bireyler, devletten daha eskidirler. Bireyler devlete sadece cezalandırma haklarını devretmişlerdir. Devlet bireylere sadece suç işlediklerinde müdahale edebilir. Bunun dışında bireylere müdahale etme hakkına sahip değildir⁸⁰.

⁷⁹ *Digesta* 50, 17, 20 (<http://www.thelatinlibrary.com/justinian/digest50.shtml>) (6 Ağustos 2012).

⁸⁰ Kemal Gözler, *Devletin Genel Teorisi*, Bursa, Ekin, 3. Baskı, 2011, s.38-39.

4. Hürriyet Asıl, Sınırlama İstisnadır

Yukarıda açıklandığı gibi, kişilerin hür olmaları için, kişilere devlet tarafından hürriyet verilmesine gerek yoktur. Kişiler kendiliğinden hürdürler. Dolayısıyla kişilerin hür olması asıl, kişilerin hürriyetlerinin devlet tarafından sınırlanması ise istisnadır. Bu ilkeyi daha kestirmeden “*hürriyet asıl, yasaklama istisnadır*” diye ifade edebiliriz. Bu ilke, en başta gördüğümüz “*sıfat-ı arızada asloolan ademdir*” ilkesinden istihraç edilebilir. Liberal bir hukuk sisteminde, yukarıda gördüğümüz gibi, insanın devletten önce olduğu, devletin insandan sonra ortaya çıktığı kabul edilir. Dolayısıyla insan karşısında devlet ise arızî bir şeydir. Yine aynı sebepten dolayı insanın davranışlarında serbest olması aslî bir şey, bu davranışlardan bazılarının devlet tarafından yasaklanması ise, arızî bir şey; yani istisnaî bir şeydir.

Bundan şu sonuç çıkar ki, Fransızca “*tout ce que la loi ne défend pas est permis*” özdeşinin dile getirdiği gibi “*kanunun yasakladığı her şey serbesttir*”. Bu ilke ceza hukukundaki kanunilik ilkesini (*nulla crimen et poena sine lege* - kanunsuz suç ve ceza olmaz) doğurmuştur. Bu ilkeye göre bir fiilin suç teşkil edebilmesi için onun kanunla yasaklanması ve ona bir ceza verilebilmesi için de söz konusu cezanın kanunla öngörülmesi gerekir. Suç tanımı ve ceza belirlenmesi kişinin özgürlüğüne müdahale teşkil ettiğine göre, bu bir istisnadır; dolayısıyla bunun ayrıca ve açıkça öngörülmesi ve dar yoruma tâbi tutulması gerekir. Zaten bu nedenle ceza hukukunda kıyas yasağı ilkesi geçerlidir.

5. Kendiliğinden Yasaklama Olmaz; Yasaklama Konulmalıdır

Hürriyet asıl, yasaklama istisna olduğuna göre, istisnanın olabilmesi için, bir kere bu istisnanın ayrıca ve açıkça konulması gerekir. İnsanın hür olduğu varsayılabilir; ama insanın bazı davranışlarının yasak olduğu varsayılmaz. Kendiliğinden yasaklama olmaz. Karine yoluyla bir yasak çıkarılamaz. Zımnî olarak bir insan fiilinin yasak olduğu söylenemez. Eğer bir davranışın yasaklanması arzu ediliyorsa bu yasağın ayrıca ve açıkça konulması gerekir. Birtakım gerekliliklerden bahsedilerek yasak üretilemez.

Yasağın var olmak için konulmuş olmaya ihtiyacı vardır; ama hürriyetin var olmak için konulmuş olmaya ihtiyacı yoktur; çünkü hürriyet asıldır. Yani bir kişinin belirli konuda hür olabilmesi için ona bu hürriyetin kanunla verilmesine gerek yoktur. Kişinin o konudaki serbest hareket etme gücü kanunla sınırlandırılmamış ise, kişi hürdür. Hürriyetin kanuna ihtiyacı yoktur; ama yasaklamanın vardır.

Hürriyetin var olması için, anayasa, kanunla tanınmasına gerek yoktur. Ama anayasa veya kanun, belirli bir hürriyet için birtakım güvenceler getirebilir. Böyle bir durumda bu hürriyete ilişkin yasaklama, bu hürriyete güvence getiren norm ile normlar hiyerarşisinde aynı seviyede veya daha üst seviyede yer alan bir normla getirilebilir. Yani anayasa ile güvence altına alınmış bir hürriyet kanunla yasaklanamaz; keza kanunla güvence altına alınmış bir hürriyet yönetmelikle yasaklanamaz; yönetmelikle güvence altına alınmış bir hürriyet bir bireysel idarî işlemle yasaklanamaz.

Bu açıdan baktığımızda başka ülkelerin anayasalarında olduğu gibi, 1982 Türk Anayasasında da pek çok önemli düzenleme var. Bir kere anayasamız çeşitli hak ve hürriyetler için özel güvenceler getirmiştir. Mesela “her ne sebeple olursa olsun kimse, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz” (m.15/2); “basın... sansür edilemez (m.28/1); “sürelî ve süresiz yayın önceden izin alma şartına bağlanamaz” (m.29/1); “herkes önceden izin almaksızın dernek kurma hakkına sahiptir” (m.33/1). İşte bu durumlarda söz konusu noktalarda kanunla bir sınırlama getirilemez. Diğer yandan 1982 Anayasasının 13'üncü maddesi temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması şartlarını ayrıntılı bir şekilde düzenlemiştir. Bu şartlardan biri de temel hak ve hürriyetlerin kanunla sınırlanması şartıdır. Yani Türkiye’de temel hak ve hürriyetler kanun altı bir normla, örneğin yönetmelikle sınırlanamaz.

Yine yukarıda gördüğümüz gibi “beyyine hilaf-ı aslı ispat içindir”⁸¹ ilkesi uyarınca hürriyetin varlığının değil, yasaklama-

⁸¹ Ali Haydar, *op. cit.*, c., s.104.

nın varlığının ispat edilmesi gerekir. Yani belirli bir davranışın yasak olduğunu iddia eden kişi bu iddiasını ispat etmelidir. Belirli bir hürriyetin var olduğunu iddia eden kişinin bunu ispatlamaya ihtiyacı yoktur. Şimdi buna bir örnek verelim:

Bir Örnek: Türkiye’de Türban Yasağı.- Kişilerin ne giyeceği konusunda hür olmaları asıldır. Kişilerin giyimine müdahale edilmesi, bazı şeyleri giymelerinin yasaklanması ise arızî bir durum, bir istisnadır. Dolayısıyla üniversitede kız öğrencilerinin başlarının örtmesinin yasak olduğunu söyleyebilmek için öncelikle böyle bir yasaklamanın *konulmuş* olması gerekir. Zira kendiliğinden yasak olmaz; bu yasağın var olmak için konulmuş olmaya ihtiyacı vardır.

Türkiye’de üniversitede kızların baş örtüsünü yasaklayan bir norm acaba *konulmuş* mudur?

1987 yılında Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliğinin 7’nci maddesine (h) bendi olarak eklenen hükümle⁸², türbanı yasaklamak amacıyla, “yükseköğretim kurumlarının dersane, laboratuvar, klinik, poliklinik ve koridorlarında çağdaş kıyafet ve görünüm dışındaki bir kıyafet ve görünümde bulunmak” kınama cezasını gerektiren davranış olarak kabul edilmiştir. O dönemdeki uygulamada başörtü “çağdaş kıyafet” olarak kabul edilmiyor; başörtüsüyle üniversiteye giren kız öğrencilere disiplin cezası veriliyordu. Ne var ki, bu yönetmelik hükmü 1989 yılında yürürlükten kaldırılmıştır⁸³.

Dolayısıyla türbanı yasaklayan tek hüküm Türkiye’de 1987-1989 yılları arasında yürürlükte kalmıştır. 1989 yılından sonra türbanı yasaklayan tek bir hukuk normu Türkiye’de yoktur. Yukarıda açıkladığımız gibi hürriyet asıldır; kendiliğinden yasaklama olmaz; yasaklama konulmuş bir şeydir; konulmuş bir yasak yok ise o davranış serbesttir.

Bu arada belirtelim ki, 1987 yılında Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliğinin 7’nci maddesine (h) bendi

⁸² Resmî Gazete, 8 Ocak 1987, Sayı 19335.

⁸³ Resmî Gazete, 28 Aralık 1989, Sayı 20386.

olarak eklenen hüküm de Anayasamıza aykırıydı. Çünkü Anayasamızın 13'üncü maddesine göre temel hak ve hürriyetler yönetmelikle değil, ancak kanunla sınırlanabilirdi.

Peki Türkiye'de bunca yıldır üniversitelerde türban yasağı nasıl uygulanabildi? Şimdi onu görelim:

Anayasa Mahkemesi Kararı.- Anayasa Mahkemesinin önüne türban sorunu 10 Aralık 1988 tarih ve 3511 sayılı Kanunla gelmiştir. Bu kanun 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununa şu "ek 16'ncı madde"yi ekliyordu:

"Yükseköğretim kurumlarında, dersane, laboratuvar, klinik, poliklinik ve koridorlarında çağdaş kıyafet ve görünümde bulunmak zorunludur. Dini inanç sebebiyle boyun ve saçların örtü veya türbanla kapatılması serbesttir".

Bu hükme karşı açılan dava da Anayasa Mahkemesi "Türban 1 Kararı" diye bilinen 7 Mart 1989 tarih ve E.1989/1, K.1989/12 sayılı kararında "dini inanç sebebiyle boyun ve saçların örtü veya türbanla kapatılması serbesttir" şeklindeki hükmü Anayasaya aykırı bularak iptal etmiştir⁸⁴.

Anayasa Mahkemesinin bu kararı üzerine yasama organı, 25 Ekim 1990 tarih ve 3670 sayılı Kanunla 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununa "yürürlükteki kanunlara aykırı olmamak kaydı ile yükseköğretim kurumlarında kılık ve kıyafet serbesttir" diyen ek 17'nci maddeyi eklemiştir. Bu hüküm aleyhine de Anayasa Mahkemesinde iptal davası açılmış, ancak Anayasa Mahkemesi 9 Nisan 1991 tarih ve E.1990/36, K.1991/8 sayılı kararıyla bu hükmün Anayasaya aykırı olmadığına karar vermiştir⁸⁵. Anayasa Mahkemesi bu kararın gerekçesinde "dinî inanç sebebiyle boyun ve saçların örtü ve türbanla kapatılması" durumunun, kılık kıyafet serbestisi dışında olduğunu da belirtmiştir⁸⁶.

⁸⁴ Anayasa Mahkemesi, 7 Mart 1989 Tarih ve E.1989/1, K.1989/12 Sayılı Türban Kararı, *Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi*, Sayı 25, s.148.

⁸⁵ Anayasa Mahkemesi, 9 Nisan 1991 Tarih ve E.1990/36, K.1991/8 Sayılı Karar, *Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi*, Sayı 27, Cilt 1, s.285.

⁸⁶ Anayasa Mahkemesi, 9 Nisan 1991 Tarih ve E.1990/36, K.1991/8 Sayılı

Türkiye’de fiilî türban yasağının kaynağı olarak 1990’dan beri bu Anayasa Mahkemesi kararı gösterilmektedir. Anayasa Mahkemesi kararlarının gerekçesi değil, hüküm fıkrası bağlayıcıdır⁸⁷. O nedenle, Anayasa Mahkemesinin kararının gerekçesinin bir hukukî sonuç doğurması, özellikle de norm koyması, bir insan fiilini yasak hâline getirmesi mümkün değildir.

Anayasa Mahkemesinin yorum yoluyla bir kaideye istisna getirmesi, bir hürriyeti yasaklaması mümkün değildir. Anayasa Mahkemesinin bu kararından yola çıkarak Türkiye’de türbanın yasak olduğu savunanların, hürriyetin asıl, yasaklamanın istisna olduğunu ve istisnanın ise ancak kanunla konulabileceği prensibini, yani “*tout ce que la loi ne défend pas est permis*” özdeşinin dile getirdiği gibi “*kanunun yasaklamadığı her şey serbesttir*” ilkesinden habersiz olduklarını söyleyebiliriz. Yine Türkiye’de üniversitelerde türbanın Anayasa Mahkemesi kararıyla yasaklandığını söylemek, yukarıda açıkladığımız gibi yorum yoluyla yasaklama üretilmeyeceği prensibine de aykırıdır.

Türkiye’de hiçbir zaman türbanı yasaklayan bir kanun yürürlükte olmamıştır. Dolayısıyla türban Türkiye’de her zaman serbest idi. Ancak buna rağmen uygulama bu yolda değildi. Üniversite rektörlükleri şu ya da bu şekilde, değişik adlar altında, çoğunlukla fakülte binasının giriş kapısına astıkları bir “duyuru” ile üniversiteye türbanla girilmesini yasaklamışlardır.

Rektörün bir kararıyla, bir duyuru ile bir temel hak ve hürriyet yasaklanamaz. Böyle bir yasak, kanunun yasaklamadığı her şey serbesttir ilkesine aykırıdır. Ne var ki, Türk Danıştay bu tür “fiilî yasakları” hukuka aykırı görmemiştir.

Bu dönemde, türban yasağının uygulama şekli hakkında da bir iki şey söylemek isteriz. Normal olarak bir hukuk devletinde bir yasağın ihlaline bir müeyyide bağlanır. Üniversitede öğrenciler için yasakların müeyyidesi ise Öğrenci Disiplin Yönetmeliğinde hükme bağlanır. Dolayısıyla üniversiteye başörtüsüyle

Karar, *Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi*, Sayı 27, Cilt 1, s.305.

⁸⁷ Bkz. Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, Bursa, Ekin, 2000, s.927-931.

KAMU HUKUKÇULARI PLATFORMU

KEMAL GÖZLER'İN
TEBLİĞİ

girmek yasak ise, bu yasağı ihlâl eden öğrenciler hakkında tutanak tutulması ve haklarında disiplin soruşturması açılması ve kendilerine disiplin cezası verilmesi gerekirdi. Bunu yapan üniversiteler veya fakülteler de olmuştur. Bu dönemde başörtüsü takan öğrencilere disiplin cezası verilmesine yönelik pek çok örnek vardır. Ancak çoğunlukla, özellikle taşra üniversitelerinde, başörtüsü yasağı, böyle bir disiplin soruşturması süreci işletilmeden, doğrudan doğruya başörtülü öğrencilerin üniversiteye girmesine engel olunmak suretiyle uygulanmıştır. Pratikte bu üniversitelerde başörtüsü yasağı, görevlilerin kapıda durup başörtülü öğrencilerin binanın içine girmelerine engel olmaları şeklinde uygulanmıştır. Hatta bazı üniversitelerde kampüsün girişinde belediye otobüsü ve dolmuşları durdurup başörtülü kız öğrencileri otobüs veya dolmuştan indirildiğine şahit olunmuştur. Bu uygulama, tamamıyla hukuka aykırıydı. Öğrencilerin eğitim hürriyetini ortadan kaldırır nitelikteydi. Binanın içine her nasılsa girmiş öğrenciler de bazen binanın dışına şu ya da bu şekilde, çoğunlukla da öğrenciyle tartışılarak dışarı çıkarılmaktaydı. Bu uygulama sadece hukuka aykırı değil, ceza hukuku açısından suç teşkil eden bir uygulamaydı.

Yukarıda açıklandığı gibi Türkiye’de türbanı yasaklayan bir kanun hükmü ve hatta bir yönetmelik hükmü yoktur. Dolayısıyla türban yasak değildir. Ancak her ne hikmetse türbanın yasak olduğu varsayıp, türbana serbestlik tanımak için Türkiye’de 9 Şubat 2008 tarih ve 5735 sayılı Kanunla Anayasa değişikliği yapılmıştır. Söz konusu Kanunla 1982 Anayasasının eşitlik ilkesinin düzenlendiği 10’uncu maddesinin son fıkrasının “bütün işlemlerinde” ibaresinden sonra gelmek üzere “ve her türlü kamu hizmetlerinden yararlanılmasında” ibaresi eklenmiştir. Ancak 5735 sayılı Kanun Anayasa Mahkemesinin 5 Haziran 2008 tarihli ve E.2008/16, K.2008/116 sayılı kararı ile iptal edilmiştir. Yine aynı Kanunla Anayasanın 42’nci maddesine, altıncı fıkradan sonra gelmek üzere aşağıdaki fıkra eklenmiştir: “Kanunda açıkça yazılı olmayan herhangi bir sebeple kimse yükseköğretim hakkını kullanmaktan mahrum edilemez. Bu hakkın kullanımının sınırları kanunla belirlenir.” Bu fıkra da Anayasa Mahkemesinin Anayasa Mahkemesinin aynı kararıyla iptal edilmiştir.

Bu kararın anayasa hukuku bakımından yarattığı sorunlara burada değinmek konumuz dışında kalır. Ancak şunu belirtelim ki, türbana serbestlik vermek için anayasa değişikliği yapılmasının nasıl doğurduğu bir hukukî sonuç nasıl yoksa, bu anayasa değişikliğinin iptal edilmesinin türban bakımından doğuracağı bir hukukî sonuç da olamaz.

Liberal bir hukuk sisteminde kanunla yasaklanmamış fiiller serbesttir. Türkiye’de türban takılmasını yasaklayan bir kanun yoktur ve geçmişte de olmamıştır. İş böyleyken Türkiye’de türbana izin vermek için Anayasa değişikliği kanunu çıkarılması abesle iştigaldir. Söz konusu Anayasa değişikliğinin Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesinin de doğuracağı bir sonuç yoktur. Çünkü bir fiile izin veren kanunun iptal edilmesi, o fiilin yasak olması sonucunu doğuramaz. Liberal bir hukuk mantığından, serbestlik asıl, yasak ise istisnadır. Serbestliğin değil, yasağın kanunla öngörülmesi gerekir. Yasağı öngören kanun olmadıkça insan fiilleri serbesttir. Türkiye’de türban ile ilgili bütün çevrelerin anlamadığı şey budur. Türbana izin vermek için değil, yasaklamak için kanuna ihtiyaç vardır. Bunun anlaşılmaması Türkiye’de pek çok kişinin liberal hukuk mantığını kavramadığını göstermektedir.

Neticede Türkiye’de geçen yıllarda, YÖK’ün kompozisyonu değişince ve yeni rektörler seçilince üniversitelerde türban yasağı fiilen kalktı. Bu yasak kalkarken de, hukuk düzenimizde tek bir değişiklik yapılmadı. 2010 yılında yürürlükte olan mevzuat ile 2012 yılında yürürlükte olan mevzuat arasında bu noktada tek bir fark yoktur. Ama 2010 yılında üniversitelerde başörtüsü takılması mümkün değil iken, bugün mümkün hale gelmiştir. Nasıl? Hukuk âleminde ne değişti? Biz bu soruyu kendimize soruyoruz ve buna bir cevap veremiyoruz.

Gerçek şu: Ortada hukuk dışı fiilî bir yasak vardı; bu yasak da nasıl *fiilen* konulduysa, öyle *fiilen* kalktı. Bu gözlemi yapmanın biz hukukçular için fevkalade üzücü olması gerekir. Çünkü bu gözlem, ülkemizde hukuk devletinin değil, bir başka sistemin yürürlükte olduğunu göstermektedir. Hukuk âleminde bir değişiklik yok; ama uygulamada değişiklik var. Demek ki, hukuk dışında ayrı bir normatif âlemde yaşıyoruz.

Bu çalışmanın başında, hukuk devletini, insanların insana değil, hukuka tâbi olduğu bir sistem olarak tanımladık. İnsan davranışları yetkili makam tarafından konulan ve önceden bilinen kurallara tâbi olmalıdır; yoksa başka insanların her an değişen iradesine değil. Rektörler değiştikçe uygulamanın değişeceği bir sisteme hukuk devleti denemez. Maalesef Türkiye’de türban yasağının konulması, sürdürülmesi ve sonra ermesi Türkiye’de hukuk devleti açısından en acı tecrübelerden biridir.

6. Hürriyet Geniş, Sınırlama Dar Yorumlanır

Yukarıda açıklandığı gibi, kişilerin hak ve hürriyet sahibi olmaları için, kişilere bu hak ve hürriyetlerin devlet tarafından verilmesine veya tanınmasına gerek yoktur. Kişiler kendiliğinden bu hak ve hürriyetlere sahiptir. Dolayısıyla kişilerin hür olması asıl, kişilerin hürriyetlerinin devlet tarafından sınırlanması ise istisnadır. Sınırlama istisna olduğuna göre, bu sınırlamanın ayrıca ve açıkça yapılması gerekir. Ayrıca ve açıkça sınırlandırılmamış ise bir hürriyet sınırsızdır. Hürriyetler zımnî olarak sınırlanamaz. Hürriyet, asıl sınırlama istisna olduğuna göre hürriyetin geniş, sınırlamaların ise dar yoruma tâbi tutulması gerekir.

Dolayısıyla bir fiilin yasak kapsamına girip girmediği konusunda tereddüt ortaya çıkarsa, bu fiilin yasak kapsamına girmediği varsayılır.

7. Sayılmış Yetkiler Dar, Bakiye Yetkiler Geniş Yoruma Tâbi Tutulur

Kamu hukukunda pek çok durumda bir kamu tüzel kişisi ile diğer bir kamu tüzel kişisi, bir organ ile diğer bir organ arasında yetki paylaşımı yapılır. Örneğin Türkiye’de merkezî idare ile mahallî idareler arasında ve keza mahallî idarelerin kendi arasında (yani il özel idaresi, belediye ve köy arasında), yetki paylaşımı vardır. Özellikle de federal sistemlerde “federal devlet (merkezî yönetim)” ile “federe devletler (eyaletler,

states)“ arasında yetki paylaşımı yapılır. İki kamu tüzel kişisi (örneğin A ve B) arasında yetki paylaşımı yapılacaksa, bunun iki yolu vardır: Ya A'nın, ya da B'nin yetkileri sayılır. A'nın yetkileri sayılmış ise, sayılmayan yetkiler (geri kalan yetkiler) haliyle B'nin olur. B'nin yetkileri sayılmış ise, sayılan yetkilerin dışında kalan diğer yetkiler A'nın olur. Yetki paylaşımında bu şekilde sayılan yetkilere “sayılmış yetkiler (*enumerated powers, compétences énumérées*⁸⁸)”; bu yetkiler dışında sayılmadan geride kalan yetkilere ise “bakiye yetkiler (*residual powers*⁸⁹, *compétences résiduelles*)” denir. Bu durumda, bakiye yetkiler, “genel yetki (*general power, compétence de droit commun*)”; sayılmış yetkiler ise “istisnai yetki (*compétence d'exception*)” veya “verilmiş yetki (*attributed power, compétence d'attribution*)” niteliğindedir⁹⁰. Dolayısıyla bakiye yetkiler, genişletici yoruma; sayılmış yetkiler ise dar yoruma tâbi tutulur; çünkü birinciler genel, ikinciler ise istisna durumundadır. Yukarıda açıkladığımız gibi, genel hükümler genişletici, istisnalar ise dar yoruma tâbi tutulur. Dolayısıyla bir yetkinin kime verildiği konusunda tereddüt varsa, o yetkinin bakiye yetkiye sahip olan tüzel kişiye verildiği sonucuna ulaşılır.

Örneğin 1787 Amerika Birleşik Devletleri Anayasasının 1'inci maddesinin 8'inci ayrımı Birleşik Devletler Kongresinin (yani federal devletin) sahip olduğu vergi koymak, para basmak, ordu beslemek, savaş ilan etmek gibi yetkileri saymaktadır. Dolayısıyla bu yetkiler dışında kalan yetkilerin federe devletlere (yani eyaletlere) ait olacağını söyleyebiliriz. Nitekim bu husus 1787 ABD Anayasasının 1791 tarihli 10'uncu Değişikliğinde (*Amendment X*) “bu Anayasa ile Birleşik Devletlere devredilmemiş ve keza eyaletlere de yasaklanmamış yetkiler,

⁸⁸ Elisabeth Zoller, *Droit constitutionnel*, Paris, PUF, İkinci Baskı, 1999, s.373.

⁸⁹ Rod Hague, Martin Harrop ve Shaun Breslin, *Comparative Government and Politics: An Introduction*, Houndmills, Palgrave Macmillan Press, Dördüncü Baskı, 2001, s.169.

⁹⁰ Jacques Çadart, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Paris Economica, Üçüncü Baskı, 1990, c.I, s.86; Jean Gicquel, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, Montchrestien, 16. Baskı, 1999, s.68; Vlad Constantinesco ve Stéphane Pierré-Caps, *Droit constitutionnel*, Paris, Presses Universitaires de France, Themis droit public, 2004, s.274.

sırasıyla eyaletlere veya halka verilmiştir⁹¹ denilerek açıkça hükme bağlanmıştır. 1999 İsviçre Anayasası da, 3'üncü maddesinde, "Kantonlar, Federasyona verilmemiş bütün yetkileri kullanırlar"⁹² diyerek, yetki paylaşımında bakiye yetkilerin Kantonlara ait olduğunu belirtmiştir.

ABD ve İsviçre örneklerinde, federe devlet ile federe devletler arasındaki yetki paylaşımında federal devletin yetkisinin sayılmış yetki olarak istisnâ yetki olduğunu, buna karşılık federe devletlerin (eyaletlerin, kantonların) yetkisinin ise bakiye yetki olarak genel yetki olduğunu söyleyebiliriz. Dolayısıyla ABD ve İsviçre'de bir yetkinin federal devlete mi, yoksa federe devletlere (yani ABD'de eyaletlere, İsviçre'de kantonlara) mi ait olduğu hususunda tereddüt hâsıl olursa, bu yetkinin federe devletlere ait olduğu sonucuna ulaşılır; çünkü böyle bir sistemde federal devletin yetkisi istisnâ, federe devletlerin yetkisi ise geneldir ve genel hükümler geniş; istisna hükümler dar yorum tâbi tutulur.

8. *Delegata potestas non potest delegari* (Devredilmiş Yetki Devredilemez)⁹³

Aynı anlamda "*vicarius non habet vicarium* (vekil, vekil atayamaz)"⁹⁴; "*delegatus non potest delegare* (yetki almış kişi, bir başkasına yetki veremez)"⁹⁵. Dolayısıyla bir anayasal organ,

⁹¹ "Amendment X: The powers not delegated to the United States by the Constitution, nor prohibited by it to the States, are reserved to the States respectively, or to the people". (<http://www.findlaw.com/cascode/constitution/>).

⁹² "Les cantons ... exercent tous les droits qui ne sont pas délégués à la Confédération", <<http://www.admin.ch/ch/f/rs/101/a3.html>> (7 Ağustos 2012).

⁹³ 2 Co. Inst. 597 (Sir Edward Coke, *The Institutes of Laws of England*, Parts 2-4, London, Brooke, 1797) ve 2 Bouv. Inst. n. 1300 (*Institutiones Theologicae* Auctore J. Bouvier, nakleden: Bouvier, *op. cit.*, c.II, s.127 (<http://books.google.com.tr>)).

⁹⁴ Branch's max. 38 (Thomas Branch, *Principia Legis Et Æquitatis*, Printed by T.A. White, 1824); Broom's max. 384 (Herbert Broom, *A Selection of Legal Maxims*, Sweet & Maxwell, 1837). Nakleden: Bouvier, *op. cit.*, c.II, s.149 (<http://books.google.com.tr>).

⁹⁵ 2 Bouv. Inst. n. 1936. Nakleden: Bouvier, *op. cit.*, c.II, s.127 (<http://books.google.com.tr>).

anayasanın kendisine verdiği bir yetkiyi, yine yetkisinin kaynağı olan anayasa yetkisini devredebileceğini ayrıca ve açıkça öngörmedikçe, bir başka organa devredemez. Dolayısıyla bir organın yetkisini devredememesi kural, devredebilmesi ise istisnadır. İstisna olduğuna göre, bu istisnanın var olabilmesi için onun ayrıca ve açıkça öngörülmüş olması ve dar yorumlanması gerekir. Belirli bir hususun söz konusu devredilmiş yetkinin kapsamına girip girmediği konusunda tereddüt ortaya çıkarsa, söz konusu hususun o yetkinin kapsamına girmediği sonucuna ulaşmak gerekir. Zira yukarıda pek çok defa belirtildiği gibi istisnalar dar yorumlanır.

Örneğin kanun koyma yetkisi bizim 1982 Türk Anayasasına göre yasama organına (TBMM'ye) aittir. Dolayısıyla TBMM kural olarak bu yetkisini bir başka organa devredemez. Ancak yine aynı Anayasanın 91'inci maddesi, TBMM'ye, çıkaracağı yetki kanunu ile, Bakanlar Kuruluna kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisini vermiştir. Kanun hükmünde kararname ile, mevcut bir kanun değiştirilebildiğine veya yürürlükten kaldırılabilirdiğine göre, kanun hükmünde kararnamenin kanun ile eşdeğerde olduğu ve dolayısıyla yasama yetkisi niteliğinde bir işlem olduğu söylenebilir. Normalde TBMM'nin sahip olduğu yasama yetkisinin bir kısmını, *delegata potestas non potest delegari* ilkesi uyarınca Bakanlar Kuruluna devredememesi gerekir. Ancak bizzat Anayasanın kendisi, 91'nci maddesinde bu ilkeye bir istisna getirmiştir. Dolayısıyla TBMM, bir yetki kanunuyla, Bakanlar Kuruluna kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisini verebilir. Ancak 91'inci madde genel kurala getirilmiş bir istisna niteliğindedir. Dolayısıyla bu istisnanın ayrıca ve açıkça öngörülmesi (ki 91'inci maddede ayrıca ve açıkça öngörülmüştür) ve söz konusu istisnanın dar yorumu tâbi tutulması, yani belirli bir noktanın istisnanın kapsamı dâhilinde olup olmadığı hususunda tereddüt ortaya çıkarsa, kapsama dâhil olmadığı, söz konusu noktada yetki devri yapılmadığı sonucuna ulaşılması gerekir.

9. *Derativa potestas non potest esse major primitiva*⁹⁶ (Türemiş Yetki, Aslı Yetkiden Daha Büyük Olamaz)

Bir yetki, kendisinin türediği yetkiden daha büyük yetkiler içeremez. Çünkü yukarıda açıklandığı gibi anayasa hukukunda yetkiler, “verme yetkiler (*attributed powers, pouvoirs d'attribution*)” olduğuna göre, bir organa yetki veren organın o yetkiyi o organa verebilmesi için öncelikle o yetkiye sahip olması gerekir. Kimse sahip olduğundan daha fazlasını bir başka kişiye veremez. Dolayısıyla yetki alan makamın yetkisi, yetki aldığı makamın yetkisinden daha fazla olamaz. Bu ilkeye göre tali kurucu iktidarın yetkisinin aslı kurucu iktidarın yetkisinden büyük olamayacağını söyleyebiliriz. Aynı şekilde Bakanlar Kurulu, TBMM’den kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisini almış ise, aldığı bu yetki, TBMM’nin kanun yapma yetkisinden daha büyük bir yetki olamaz. Dolayısıyla kanun ile yapılamayacak bir şey, evleviyetle kanun hükmünde kararname ile de yapılamaz. Yani TBMM’nin sahip olmadığı bir yetkiye Bakanlar Kurulu da yetki devri yoluyla sahip olamaz.

10. Yetki ve Usûlde Paralellik İlkesi (*Unumquodque eodem modo quo colligatum est dissolvitur*)⁹⁷ (Bir Şey Yapıldığı Şekilde Çözülür)

Aynı ilke şu şekilde de ifade edilmektedir: “*Unumquodque dissolvatur eo modo quo colligatur*”. Bazı durumlarda anayasa veya kanun bir işlemin kimin tarafından ve nasıl yapılacağını açıkça düzenlemekte, ama bazen aynı işlemin kimin tarafından ve nasıl ilga edileceğini veya değiştireceğini hükme bağlamamaktadır. Böyle durumlarda işlemi yapan makamın, onu değiştirmeye, ilga etmeye veya geri almaya da yetkili olduğu ve keza söz konusu makamın işlemi değiştirirken, geri alırken veya ilga ederken yapılışındaki usûl ve şekle uyacağı kabul edilmektedir. Örneğin 1982 Türk Anayasasının 117’nci maddesinin 4’ncü fıkrasına göre, “Genelkurmay Başkanı, Ba-

⁹⁶ Bouvier, *op. cit.*, c.II, s.127 (<http://books.google.com.tr>)

⁹⁷ 2 Roll. Rep. 39 (Rolle’s English King’s Bench Reports [2 vols.] [1614-25]), nakleden: Bouvier, *op. cit.*, c.II, s.148 (<http://books.google.com.tr>).

kanlar Kurulunun teklifi üzerine Cumhurbaşkanınca atanır". Ama aynı maddede veya Anayasasının diğer bir maddesinde Genelkurmay Başkanının görevden alınma usûlünü düzenleyen bir hüküm yoktur. Böyle bir hüküm olmadığına bakılarak, Genelkurmay Başkanını görevden alma konusunda Anayasasının kimseye yetki vermediği ve dolayısıyla Genelkurmay Başkanının görevden alınamayacağı söylenemez. İşte böyle bir durumda, yetki ve usûlde paralellik ilkesine dayanılarak denilmektedir ki, Genelkurmay Başkanı, Bakanlar Kurulunun teklifi üzerine Cumhurbaşkanı tarafından görevden alınabilir.

Burada önemle hatırlatmak gerekir ki, yetki ve usûlde paralellik ilkesi, istisnasız her durumda uygulanabilecek bir ilke değil, sadece bir şeyin yapılışına ilişkin hükmün olduğu, ama o şeyin ortadan kaldırılışına veya değiştirilişine ilişkin bir hükmün olmadığı durumlarda uygulanır. Anayasa, bir şeyin yapılması için bir makama, aynı şeyin ortadan kaldırılması için bir başka makama yetki vermiş olabilir. Haliyle böyle bir durumda yetkilerin paralelliği ilkesi işlemez. Mesela 1982 Türk Anayasası, Başbakanı atama yetkisini Cumhurbaşkanına vermiştir. Ancak yetkilerin paralelliği ilkesinden hareket ederek Cumhurbaşkanının Başbakanı görevden alma yetkisine sahip olduğunu söyleyemeyiz. Çünkü Anayasa, Başbakanın görevinin hangi hallerde (güvensizlik oyu vs.) sona ereceğini ayrıca düzenlemiştir. Dolayısıyla burada yetkilerin paralelliği ilkesi uygulanmaz.

11. *Qui potest maius, potest etiam minus* (Çoğu Yapmaya Yetkili Olan Azı Yapmaya da Yetkilidir)

*Qui potest maius, potest etiam minus*⁹⁸ ilkesi çoğu yapmaya yetkili olanın, azı yapmaya da yetkili olduğunu ifade eder. Dolayısıyla anayasa bir organa belirli bir şeyi yapmaya yetki ve-

⁹⁸ Sancti Thomae de Aquino Scriptum super Sententiis liber IV a distinctione XVI ad distinctionem XVII [17032] Super Sent., lib. 4 d. 16 q. 1 a. 2 qc. 3 s. c. 2 (<http://www.corpusthomicum.org/snp0000.html>). Aynı özdeyişin şu şekilleri de vardır: "*Qui potest majus, potest et minus eodem sub respectu*". "*Quod potest facere majus potest etiam minus*".

riyorsa, bu yetkiyi alan organ o şeyden daha azını da yapmaya yetkilidir. Örneğin bir insan fiilini suç haline getirme ve ona ceza bağlama yetkisi yasama organuna ait bir yetkidir. Bir insan fiilini suç haline getirmeye ve ona ceza bağlamaya yetkili olan organın, bu beşerî fiilî suç olmaktan çıkarmaya ve ona bağladığı cezayı kaldırmaya veya bağladığı cezanın miktarını azaltmaya da yetkisi vardır. Keza bunları yapmaya yetkili olan organın, bu fiilin suç olma niteliğini belirli bir dönem için askıya alması ve bu fiile belirli bir dönem ceza bağlamaması, “çoğu yapmaya yetkili olanın azı da yapmaya yetkili olacağı (*qui potest maius, potest minus*)” ilkesi gereğince her zaman mümkündür. Yasama organının bir fiili belirli bir dönem için suç olmaktan geçici olarak çıkarmasına “amnisti (*amnistie, af*)” denir. Dolayısıyla, anayasa tarafından açıkça yasaklanmadıkça, yasama organı, kanunla suç yaratma yetkisine sahip oldukça, amnisti yetkisine de, *qui potest maius, potest minus* ilkesi uyarınca her zaman sahip olacaktır. Başka örnekler de hayal edilebilir: Örneğin bir organı kurmak için bir organa yetki verilmiş ise, bu organın üyelerini seçme yetkisi ayrıca düzenlenmemiş ise, bu organa üye seçme yetkinisin de bu organa verildiğini *qui potest maius, potest minus* ilkesi uyarınca söyleyebiliriz. Çünkü üye seçme yetkisi kurma yetkisinin içeriğinde yer alan ve ondan daha küçük olan bir yetkidir.

Qui potest maius, potest minus ilkesinin uygulanmasında neyin “*maius* (büyük)”, neyin “*minus* (küçük)” olduğunun da tespiti gerekir. Bu konuda da imdadımıza bir Öklid teoremi yetişmektedir: “*Omne totum est maius sua parte* (Her bütün kendi parçasından büyüktür)”. Buna göre bir makama bir yetki verilmiş ise, o makamın o yetkinin parçası niteliğinde olan yetkiye de sahip olduğu söylenebilir.

* * *

Kamu Hukukçuları Platformu toplantısında Fazıl Sağlam, yukarıdaki yorum ilkelerinin kabulünde esas itibarıyla problem olmadığını, her hukukçunun bu yorum ilkelerini kolayca kabul edebileceğini, ama asıl meselenin bunların uygulanmasında olduğunu, bu ilkelerin tek başına hukuk uygulamasında

birliği sağlayamayacağını söyledi ve şu örneği verdi: Örneğin bu çalışmada, Anayasa Mahkemesinin yürütmeyi durdurma kararı verme yetkisinin olmadığı görüşünün anayasal organların yetkisiz olmasının asıl, yetkili olmasının ise istisna olması ve yetkiler dar yorumlanır ilkelerine dayandırılarak savunulduğu, oysa yine benim çalışmamda yer alan “çoğu yapmaya yetkili olan azı da yapmaya yetkilidir” ilkesine dayanarak, Anayasa Mahkemesinin yürütmeyi durdurma kararı verme yetkisi sahip olduğu görüşünün savunulabileceğini, çünkü Anayasa Mahkemesinin yürütmeyi durdurma kararından çok daha büyük bir yetki olan iptal kararı verme yetkisine sahip olduğunu belirtti.

Öncelikle vurgulamalıyız ki, belki yorum ilkeleri de bazı durumlarda kendi arasında çatışabilir. Aynın metnin anlamı konusunda bir yorum ilkesinden hareketle bir sonuca, bir başka yorum ilkesinden hareketle bir başka sonuca ulaşılabilir. Bu tür çatışmaları yorum ilkelerinin uygulama alanlarını tespit ederek çözmek gerekir. Belki bu çatışmaları çözmek çok da zor olabilir. Belki bir mahkemede bir hâkim, belirli bir yorum ilkesinden hareketle bir sonuca, diğer hâkim başka bir yorum ilkesinden hareketle bir başka sonuca da ulaşabilir. Ancak bu durumda yine de yorum ilkelerinin işlevsiz olduğu söylenebilir. Böyle bir durumda dahi yorum ilkeleri hakimi keyfilikten korur. Hâkimlerin ulaştıkları sonuç, saf siyasal tercihlere göre değişeceğine, esas aldıkları yorum ilkelerine göre değişsin. Daha iyi. Haliyle hâkim, kararın gerekçesinde hangi yorum ilkesine dayandığını ve bu ilkeye dayanarak metnin anlamını nasıl tespit ettiğini kararının gerekçesinde açıklayacaktır. Artık böyle bir durumda siyasal mülahazalar değil, metodolojik ilkeler çarpışacaktır.

Şimdi Fazıl Sağlam hocamızın verdiği örneğe cevap verelim: Kanımızca, iptal kararı verme yetkisine sahip olan Anayasa Mahkemesinin “çoğu yapmaya yetkili olan azı da yapmaya yetkilidir” ilkesi uyarınca yürütmeyi durdurma kararı verme yetkisine de sahip olacağı söylenemez. Çünkü, “çoğu yapmaya yetkili olan azı da yapmaya yetkilidir” ilkesinin uygulanabil-

mesi için çok olan yetkinin az olan yetkiyi içeren bir yetki olması gerekir. Bu şu anlama gelir ki, “çok olan yetki”nin genel bir yetki olması gerekir. Özel bir yetki sadece kendisinden ibarettir ve bir başka yetkiyi içeremez. Türk Anayasa Mahkemesi ise, Türk yargı sisteminde sonradan kurulmuş, özel yetkili bir mahkemedir. Türk yargı düzeninde genel yetkili mahkemeler adli yargı düzenine ait mahkemelerdir. Tabir caiz ise, Türkiye’de adliye mahkemeleri “asıl”, Anayasa Mahkemesi ise “arızî” bir mahkemedir. Arızî bir mahkeme olan Anayasa Mahkemesinin yetkili olması istisnadır. Kendisine ne yetki verilmiş ise, yetkisi ondan ibarettir ve bu yetkisi de dar yoruma tâbi tutulur. Anayasa Mahkemesine Anayasa ve kanunlarımızda sadece “ret” ve “iptal kararı” verme yetkisi tanınmıştır. Anayasa Mahkemesi anayasaya uygunluk denetiminde bu iki karar tipinden başka bir karar veremez. Anayasa Mahkemesi iptal kararı verme yetkisi de, ret kararı verme yetkisi de özel yetkililerdir ve sadece kendilerini içerir. Dolayısıyla, Anayasa Mahkemesi iptal kararı verme yetkisine sahip diye, bu mahkemenin yürütmeyi durdurma kararı verme yetkisine de sahip olduğu söylenemez.

Eğer Türkiye’de kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi için özel bir mahkeme kurulmamış olsaydı ve bu tür denetimi ABD’de olduğu gibi genel yargı olan adli yargı yapıyor olsaydı, adliye mahkemelerinin yürütmeyi durdurma kararı niteliğinde tedbir kararı verebileceklerini söyleyebiliriz.

Ama yargı ayrılığının geliştiği her sistemde, genel yargı düzeni (ki buna kısaca adli yargı diyebiliriz) dışındaki yargı düzenleri (idarî yargı da böyledir) genel yetkili değil, özel yetkili mahkemelerdir ve kendilerine kanunla ne görev verilmiş ise sadece ve sadece o konuda yetkilidirler ve sadece ve sadece kanunla kendilerine verilmiş olan yetkileri kullanabilirler. Adli yargı genel görevlidir (*compétence générale*) ve “tam yargı yetkisi (*plein juridiction*)”ne sahiptir. Anayasa yargısı ve keza idarî yargı ise özel görevlidir (*competence d’attribution*) ve yetkileri de kendilerine ayrıca ve açıkça verilmiş yetkililerden ibarettir. İdare mahkemeleri eğer kendilerine İYUK, yürütmeyi durdurma kararı verme yetkisini vermiyor olsaydı, yürütmeyi durdurma

kararı veremezlerdi. Anayasa Mahkemesi de, idare mahkemeleri de tarihte belirli bir dönem kurulmuş, sonradan ortaya çıkan “arızı” mahkemelerdir. Çoğu yapmaya yetkili olan, azı da yapmaya yetkilidir ilkesine dayanarak, asliye hukuk mahkemelerinin kanunla ayrıca kendilerine verilmemiş olsa bile ihtiyati tedbir kararı verebilecekleri söylenebilir. Ama aynı şey, Anayasa Mahkemesi için söylenemez.

VI. HUKUK KURALLARI ARASINDA ÇATIŞMA ÇÖZMEYLE İLGİLİ İLKELER⁹⁹

Aynı konuyla ilgili birçok hukuk kuralı bulunabilir. Bunların arasında genellikle uyum vardır. Ancak aynı konuyla ilgili hukuk kuralları arasında bir çatışma da olabilir. Bazen bir kural şöyle derken, aynı konuda bir başka kural böyle der.

Oysa hukuk kuralları arasında bir çatışmanın olmaması gerekir. Zira hukuk düzeni, tutarlı bir bütündür. Bu bütünü oluşturan unsurlar arasında bir çelişki, bir çatışma olsaydı, bunların bir araya gelmesiyle oluşan bütüne “düzen” denmezdi.

Yine de bir hukuk düzeninde, ilk bakışta birbiriyle çatışmış gibi görünen birden fazla hukuk kuralı bulunabilir. Ancak bu kurallar arasındaki çatışma olsa olsa “görünüşte” dir, “zahiri” dir. İşte hukuk kuralları arasında böyle bir “görünüşte çatışma” varsa, bu çatışma, aşağıda göreceğimiz, “çatışma çözme ilkelerine” göre çözülür. Bu ilkeler esas itibarıyla üç tanedir: *Lex superior*, *lex posterior* ve *lex specialis* ilkeleri. Şimdi bunları görelim:

1. *Lex superior derogat legi inferiori* (Üst Kanun Alt Kanunları İlgâ Eder)

Bu ilkenin temelinde normlar hiyerarşisi teorisi yatar. Buna göre hukuk düzeni yan yana dizilmiş normlardan değil, alt alta, üst üste dizilmiş normlardan oluşur. Hukuk kuralları

⁹⁹ Biz bu ilkeleri daha önce *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi* isimli kitabımızda incelemiştik (*op. cit.*, c.I, s.308-313).

arasında güçleri itibarıyla hiyerarşik sıra vardır. Örneğin Türk hukuk düzeninde normlar yukarıdan aşağıya doğru şöyle sıralanmıştır: Anayasa, kanun, tüzük, yönetmelik. Yani tüzük yönetmelikten üstündür. Kanun da tüzük ve yönetmelikten üstündür. Anayasa ise hepsiden üstündür. Bu arada belirtelim ki, uluslararası antlaşmalar ve kanun hükmünde kararnameler normlar hiyerarşisinde aynı seviyede yer alırlar. Yani kanun, kanun hükmünde kararname ve uluslararası antlaşmalar arasında çatışma var ise bu çatışma *lex superior derogat legi inferiori* ilkesine göre değil, aşağıda göreceğimiz *lex posterior derogat legi priori* ilkesine göre çözümlenir.

Çıkaran makam bakımından tek anayasa, tek kanun, tek tüzük vardır. Dolayısıyla anayasanın kendi içinde, çeşitli kanunlar arasında ve keza çeşitli tüzükler arasında hiyerarşi yoktur. Bunların kendi arasında bir çatışma var ise, yani anayasanın bir maddesi ile diğer maddesi çatışıyor ise veya bir kanun bir başka kanun ile çatışıyor veya bir tüzük bir başka tüzük ile çatıyor ise bu çatışma *lex superior derogat legi inferiori* ilkesine göre değil, aşağıda göreceğimiz *lex posterior derogat legi priori* ilkesine veya *lex specialis derogat legi generali* ilkesine göre çözümlenir. Çünkü bunların kendi arasında hiyerarşi olmaz.

Ancak yönetmelikler arasında hiyerarşi olabilir. Dolayısıyla iki yönetmelik arasındaki çatışma var ise öncelikle bu iki yönetmelik arasında hiyerarşi olup olmadığı araştırılır. İki yönetmelik arasında hiyerarşi var ise, bunların arasındaki çatışma *lex superior derogat legi inferiori* ilkesine göre çözümlenir. O nedenle yönetmeliklerin arasındaki hiyerarşiyi görmemiz gerekir. Bu konuda kural şudur: Yönetmeliklerin gücü, kendilerini koyan makamın gücüne bağlıdır. Diğer bir ifadeyle bir yönetmeliğin normlar hiyerarşisi yeri, bu yönetmeliği koyan makamın, makamlar hiyerarşisindeki yerine bağlıdır. Buna göre şunları söyleyebiliriz:

Bakanlar Kurulu yönetmelikleri bütün diğer yönetmeliklerden üstündür. Başbakanlık yönetmeliği, Bakanlar Kurulu yönetmelikleri dışında bütün diğer yönetmeliklerden üstündür. Bakanlık yönetmelikleri ise bakanlığın vesayetine tâbi olan kamu kurumlarının yönetmeliklerinden üstündür. Ancak bu-

nun için, haliyle söz konusu yönetmeliklerin vesayet yetkisine tâbi bir noktaya ilişkin olması gerekir. Çünkü vesayet yetkisi genel bir yetki değil, istisnâ bir yetkidir; ancak kanunla öngörülmüş konularda söz konusu olur.

Buna göre kanun ile yönetmelik arasında çelişki varsa, yönetmelik değil, kanun uygulanır. Keza Bakanlar Kurulu yönetmelikleri ile diğer yönetmelikler arasında çatışma var ise, Bakanlar Kurulu yönetmelikleri uygulanır. Başbakanlık yönetmeliği ile diğer bakanlık yönetmelikleri çatışırsa başbakanlık yönetmeliği uygulanır. Vesayet makamının bir yönetmeliği ile vesayete tâbi bir makamın yönetmeliği çatışırsa vesayet makamının yönetmeliği uygulanır.

Her mahkeme kanuna aykırı yönetmeliği ihmal edip, doğrudan kanun hükmünü uygulayarak karar verebilir. Keza kendi arasında hiyerarşi bulunan yönetmelikler arasındaki çatışmayı da bu yönetmelikleri uygulamak durumunda olan her mahkeme çözmeye yetkilidir. Örneğin üst yönetmeliğe aykırı yönetmeliği ihmal edip, doğrudan doğruya üst yönetmeliği uygulayabilirler.

Ancak bir anayasa hükmü ile kanun hükmü arasında bir çatışma varsa, Avrupa tipi anayasa yargısının olduğu bir ülkede, anayasa mahkemesi dışındaki diğer mahkemeler, anayasaya aykırı gördükleri kanun hükmünü ihmal edip doğrudan doğruya anayasa hükmünü uygulayamazlar. Zira bu sistemde bu sorunu çözmeye görevi her mahkemeye değil, bu amaçla kurulmuş özel bir mahkemeye (anayasa mahkemesine) verilmiştir. Dolayısıyla Avrupa tipi anayasa yargısının olduğu bir ülkede anayasa ile kanun arasında çatışma durumunda bu konuda karar verme yetkisi sadece ve sadece Anayasa Mahkemesine aittir. Anayasa Mahkemesi bir kanun hükmünü anayasa aykırı görüp iptal etmedikçe, anayasa ile kanun arasında çatışma *lex superior* ilkesine göre çözümlenemez.

Amerikan tipi anayasa yargısının olduğu ülkelerde ise, kanun ile anayasa arasındaki çatışma *lex superior* esasına göre her mahkeme tarafından çözümlenebilir. Zaten Amerikan tipi anayasa yargısının anlamı da budur.

2. *Lex posterior derogat legi priori* (Sonraki Kanun Önceki Kanunları İlgâ Eder)

Bu ilkeye göre, normlar hiyerarşisinde aynı düzeyde yer alan ve birbiriyle çatışan iki hüküm arasında konuluş zamanları bakımından öncelik sonralık ilişkisi var ise, bunlardan sonraki tarihli hükmün, önceki tarihli hükmü ilga ettiği kabul edilir. Örneğin iki kanun arasında çatışma varsa, sorun sonraki tarihli kanunun hükmüne göre çözümlenir. Aslında bu *lex posterior* esasî *zumnî ilga* denilen şeyden başka bir şey değildir.

Lex posterior ilkesi, normlar hiyerarşisinde aynı düzeyde yer alan kurallar arasında uygulanır. Dolayısıyla anayasa ile kanun arasındaki bir çelişki *lex posterior* esasına göre çözümlenemez. Yani anayasadan sonra yürürlüğe giren bir kanun, anayasa ile çatırırsa, sorun *lex posterior* esasına göre değil, *lex superior* esasına göre çözümlenir. Yani bu durumda eski tarihli anayasa karşısında yeni tarihli kanunun geçerliliği yoktur. Aynı şey kanun ile yönetmelik arasındaki çatışma için de geçerlidir. Yönetmelik kanundan daha yeni tarihli olsa bile, aralarında çatışma var ise, yönetmelik değil, kanun uygulanır.

Keza *lex posterior* ilkesi, mahiyeti gereği, farklı tarihlerde kabul edilmiş hükümler bakımından uygulanabilir bir ilkedir. Aynı tarihte kabul edilmiş iki hüküm arasındaki çelişki *lex posterior* ilkesine göre haliyle çözümlenemez. Örneğin aynı kanunun iki hükmü arasında çelişki olabilir. Bir kanunun X maddesi şöyle derken, aynı konuda Y maddesi böyle der. İşte bu durumda ortaya çıkan çelişki, ne *lex superior*, ne de *lex posterior* ilkelerine göre çözümlenebilir. Böyle bir çelişkiyi çözmek için üçüncü bir ilkeye ihtiyaç vardır: *Lex specialis* ilkesi. Şimdi bu ilkeyi görelim.

3. *Lex specialis derogat legi generali* (Özel Kanun Genel Kanunları İlgâ Eder)

Aynı düzeyde yer alan ve aynı tarihli iki hüküm arasında çelişki varsa, özel hüküm niteliğinde olanı uygulanır; genel hüküm niteliğinde olanı ise ihmal edilir. Bir kanunun X maddesi,

aynı kanunun Y maddesi ile çatışiyorsa ve mesela X maddesi özel hüküm, Y maddesi ise genel hüküm niteliğinde ise, X maddesi uygulanır.

Örneğin 1982 Anayasasının 7'nci maddesine göre, "yasama yetkisi Türkiye Büyük Millet Meclisindedir. Bu yetki devredilemez". Yine aynı Anayasanın 91'inci maddesine göre "Türkiye Büyük Millet Meclisi, Bakanlar Kuruluna kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi verebilir". Anayasamızın 7'nci maddesi ile 91'inci maddesi çelişmektedir. 7'nci madde genel hüküm niteliğindedir. Zira yasama yetkisini konusunda genel bir ilke koymaktadır. Buna karşılık 91'inci madde özel hüküm (*lex specialis*) niteliğindedir. Çünkü bu yasama yetkisinin belli bir kısmının, belli şartlarda kullanılmasını ayrıca düzenlemektedir. Genel hüküm (*lex generalis*) ile özel hüküm (*lex specialis*) çatışırsa, özel hüküm tercih edilir; genel hüküm, o alan için ihmal edilir. Buna göre, örneğin bir kanun hükmünde kararnamenin Anayasaya uygunluğu sorunu tartışılırken bu uygunluk, 7'nci madde açısından değil, 91'inci madde açısından araştırılır.

1982 Türk Anayasasından diğer bir örnek: Anayasanın 138'inci maddesinin son fıkrası, "yasama ve yürütme organları ile idare mahkeme kararlarını... hiçbir surette değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini engelleyemez" demektedir. Buna karşılık Anayasamızın 87'nci maddesi genel ve özel af ilânı yetkisini Türkiye Büyük Millet Meclisine vermektedir. Keza Anayasamızın 104'üncü maddesi, Cumhurbaşkanıya belirli kişilerin cezalarını hafifletmek veya kaldırmak yetkisini vermiştir. İlk bakışta Anayasanın 138'inci maddesi ile 87 ve 104'üncü maddelerinin çatıştığı söylenebilir. Ancak bu çatışma, *lex specialis* ilkesine göre kolayca çözümlenebilir. Çünkü, Anayasanın 138'inci maddesindeki hüküm bu konuda genel hüküm, 87 ve 104'üncü maddesindeki hükümler ise özel hüküm niteliğindedir. Dolayısıyla böyle bir çatışma durumunda 87 ve 104'üncü maddedeki hükümler uygulanır.

Lex Superior, Lex Posterior ve Lex Specialis'in Saptanması.- *Lex superior*'un tespitinde güçlük yoktur. Çünkü, her kuralın gücü bizatihi bellidir. Bir kuralın Anayasa hükmü mü,

kanun hükmü mü, yoksa yönetmelik hükmü mü olduğu kolayca anlaşılır. Keza *lex posterior*'un saptanmasında da güçlük yoktur. Her kanunun kabul ediliş ve yürürlüğe giriş tarihi bellidir. Buna karşılık *lex specialis* esasının uygulanmasında büyük güçlük vardır. Çünkü hangi hükmün *lex specialis* (özel hüküm), hangisinin *lex generalis* (genel hüküm) olduğunu saptamak oldukça güçtür. Özel olma niteliği de, genel olma niteliği de nispi bir niteliklidir. Her hüküm, bir hükme göre özel, diğer bir hükme göre ise genel olabilir. Ancak en azından burada şu iki şeyi söyleyebiliriz: (1) Uygulama alanı daha geniş olan hüküm genel hüküm, daha dar olan ise özel hükümdür. Özel hüküm tek bir durum veya olaya uygulanabilirken, genel hüküm birden fazla durum veya olaya uygulanır. (2) Söz konusu hüküm (örneğin A hükmü) olmasaydı, o durum veya olaya bir başka hüküm (örneğin B hükmü) uygulanabiliyor ise, ikinci hüküm (B hükmü) genel hüküm, birinci hüküm (A hükmü) özel hükümdür.

Lex Superior, Lex Posterior ve Lex Specialis İlkelerinin Uygulanma Sırası ve Bunların Arasındaki Çatışmalar.- Aralarında çatışma olan kurallar arasında hiyerarşi varsa, çatışma *lex superior* esasına göre; çatışan kurallar arasında hiyerarşi olmamakla beraber, öncelik-sonralık ilişkisi varsa çatışma *lex posterior* esasına göre; çatışan kurallar arasında hiyerarşi ve öncelik-sonralık ilişkisi yoksa, çatışma *lex specialis* esasına göre çözümlenir.

Bu üç ilkedен en önemlisi ve her halükarda çatışmanın kendine göre çözümlenmesi gerekeni *lex superior* ilkesidir. *Lex superior* her zaman tercih edilir. *Lex superior* olan kural, ister önceki kanun, ister genel kanun olsun, daima üstün gelir. Keza *lex superior* olan kural, ister sonraki kanunla, ister özel kanunla çatışsın daima öncelikle uygulanır. Diğer bir ifadeyle, *lex superior* ilkesi, *lex posterior* ve *lex specialis* ilkelerinden önce gelir. Bu nitelikli kurallar arasında çatışma varsa çatışma hep *lex superior* esasına göre çözülür. Buna göre:

Önceki tarihli üst kanun ile sonraki tarihli alt kanun çatışsın *lex superior* esasına göre önceki tarihli üst kanun uygulanır. Örneğin, önceki tarihli anayasa ile sonraki tarihli kanun ara-

sındaki çatışma *lex posterior* (sonraki kanun) esasına göre değil, *lex superior* (üst kanun) esasına göre çözümlenir. Yani anayasa tercih edilir.

Genel nitelikli üst kanun ile özel nitelikli alt kanun çatışırsa sorun yine *lex superior* esasına göre çözümlenir. Yani genel nitelikli üst kanun uygulanır. Örneğin genel hüküm niteliğinde anayasa hükmü ile özel hüküm niteliğinde bir kanun hükmü çatışırsa, çatışma *lex specialis* (özel kanun) esasına göre değil, *lex superior* (üst kanun) esasına göre çözümlenir. Yani genel nitelikli anayasa hükmü uygulanır.

Keza önceki tarihli genel nitelikli üst kanun hükmüyle sonraki tarihli ve özel nitelikli alt kanun hükmü çatışsa da durum değişmez. Sorun *lex superior* (üst kanun) esasına göre çözümlenir. Örneğin önceki tarihli genel nitelikli anayasa hükmüyle sonraki tarihli özel kanun hükmü çatışsa anayasa hükmü tercih olunur.

Aynı düzeyde yer alan önceki kanun ve sonraki kanun arasındaki çatışmanın nasıl çözümleneceği konusu karmaşıktır. Bu konuda şu ayrımları yapmak gerekir:

Aynı düzeyde yer alan önceki kanun ve sonraki kanun her ikisi de genel nitelikte ise, sorun *lex posterior* esasına göre çözümlenir. Sonraki kanun uygulanır. Çünkü kanunlar aynı düzeyde olduğuna göre *lex superior* ilkesi burada uygulanamaz. Keza kanunların ikisi de genel olduğuna göre, *lex specialis* ilkesi de uygulanamaz.

Aynı düzeyde yer alan önceki kanun genel, sonraki kanun özel nitelikte ise sonraki özel kanun uygulanır. Bu hem *lex posterior*, hem de *lex specialis* ilkelerinin bir gereğidir.

Ancak aynı düzeyde yer alan önceki kanun özel, sonraki kanun genel nitelikte ise bunların arasındaki çatışmanın hangi ilkeye göre çözüleceği konusunda kesin bir şey söylenemez. *Lex posterior*'a göre sonraki genel kanun, *lex specialis*'e göre ise önceki özel kanun uygulanmalıdır. Dolayısıyla burada *lex posterior* ile *lex specialis* ilkeleri arasında bir tercihte bulunmak

gerekir. Bu tercih konusunda pozitif hukukun bir düzenlemesi yoktur. Bu konu doktrinde de tartışmalıdır¹⁰⁰. Doktrindeki daha ağır basan görüş, önceki tarihli özel kanunun, sonraki tarihli genel kanun ile yürürlükten kaldırılamayacağı yönündedir¹⁰¹. Bu çözümü Latince şu ilke de destekler niteliktedir: “*Generalis clausula non porrigitur ad ea quae antea specialiter sunt comprehensa* (Bir genel hüküm, önceden özel olarak öngörül-müş şeyleri sona erdirmez)”¹⁰².

4. *Abrogata lege abrogante non reviviscit lex abrogata* (İlga Eden Kanunu İlga Etmek, İlga Edilmiş Kanuna Tekrar Hayat Vermez)

Acaba bir kanunu ilga eden kanun daha sonra ilga edilirse, ilk ilga edilen kanun kendiliğinden yürürlüğe girer mi? Bu soruya olumsuz cevap verilmiştir. Bir kanunu ilga eden kanun, başka bir kanunla ilga edilirse, ilk kanun tekrar yürürlüğe girmez. Bu kural, şu özdeyişle ifade edilmiştir: *Abrogata lege abrogante non reviviscit lex abrogata* (İlga eden kanunu ilga etmek, ilga edilmiş kanuna tekrar hayat vermez). Aynı yönde Mecellenin 51'nci maddesinde de “sakıt olan şey avdet etmez. Yani giden geri gelmez” denmektedir. Çünkü ilga eden norm yürürlüğe girince ilga ettiği norm yürürlükten kalkar. Tabir caiz ise ölü. Ölmüş bir normu diriltmenin bir yolu yoktur. Bu normu öldüren normu öldürmek, öldürülen norma hayat vermez. Zira o normun geçerliliği çoktan sona ermiştir. Böyle bir norm hukuken yoktur. Eğer ilga edilmiş ilk normun düzenle-

¹⁰⁰ Seyfullah Edis, *Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri*, Ankara, A.Ü. Hukuk Fakültesi Yayınları, 1983, s.172-173; Necip Bilge, *Hukuk Başlangıcı: Hukukun Temel Kavram ve Kurumları*, Ankara, Turhan Kitabevi, 20. Baskı, 2005, s.174; Adnan Güriz, *Hukuk Başlangıcı*, Ankara, Siyasal Kitabevi, 10. Baskı, 2005, s.130; A. Şeref Gözübüyük, *Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları*, Ankara, Turhan Kitabevi, 24.Baskı, 2005, s.67.

¹⁰¹ Gözübüyük, *Hukuka Giriş*, *op. cit.*, s.67; Yaşar Karayalçın, *Hukukta Öğretim-Kaynaklar-Metod-Problem Çözme*, Ankara, BTHAE Yayınları, 4. Baskı, 1994, s.115.

¹⁰² *A general clause does not extend to those things which are previously provided for specially.* 8 Co. 154 (*The Reports of Sir Edward Coke*, London, Butterworth, 1826), nakleden: Bouvier, *op. cit.*, c.II, s.129 (<http://books.google.com.tr>).

diği davranış tekrar emredilmek isteniyorsa yapılması gereken şey, ilga eden normu ilga etmek değil, ilga edilen norm ile aynı içerikte bir ikinci norm koymaktır¹⁰³.

Keza aynı şey Anayasa Mahkemesinin iptal kararları için de söylenebilir. Bir kanunu ilga eden bir kanunun Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesi, ilga edilen ilk kanunun tekrar yürürlüğe girmesine yol açmaz.

Örnek.- 28 Temmuz 1967 tarih ve 931 sayılı İş Kanunu, 8 Haziran 1938 tarih ve 3008 sayılı İş Kanununu ilga etmiştir. Anayasa Mahkemesi, 14 Mayıs 1970 tarih ve K.1970/26 sayılı Kararıyla¹⁰⁴ 28 Temmuz 1967 tarih ve 931 sayılı İş Kanununu iptal etmiştir. Bunun üzerine, 8 Haziran 1938 tarih ve 3008 sayılı İş Kanununun kendiliğinden yürürlüğe gireceği görüşü ortaya atılmıştır. Bu görüşü benimseyen Başbakanlık Danıştaydan mütalaa istemiştir. Danıştay Üçüncü Dairesi, Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen kanunun ilga ettiği kanunun, iptal kararıyla kendiliğinden yürürlüğe giremeyeceği yolunda mütalaa belirtmiş¹⁰⁵ ve bu karar da Danıştay Genel Kurulu tarafından onaylanmıştır¹⁰⁶.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu da, 24 Mayıs 1982 tarih ve E.1982/1, K.1982/1 sayılı kararla Anayasa Mahkemesinin iptal ettiği kanunun yürürlükten kaldırdığı kanunun kendiliğinden tekrar yürürlüğe giremeyeceğine karar vermiştir¹⁰⁷.

Yukarıdaki uygulama doğrudur. Bu uygulama *abrogata lege abrogante non revivescit lex abrogata* ilkesine dayanmaktadır.

¹⁰³ Bu konuda bkz.: Hans Kelsen, *Théorie générale des normes*, (Traduit de l'Allemand par Olivier Beaud et Fabrice Malkani), Paris, P.U.F., 1996, s.139-141.

¹⁰⁴ Anayasa Mahkemesi, 14 Mayıs 1970 Tarih ve E.1967/40, K.1970/26 sayılı Kararı, *Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi*, Sayı 8, s.275.

¹⁰⁵ Danıştay Üçüncü Dairesi, 9 Ocak 1971 Tarih ve E.1970/444, K.1971/40 Sayılı Karar, *Danıştay Dergisi*, Yıl 2, 1972, Sayı 4, s.69-70.

¹⁰⁶ Danıştay Genel Kurulu, 24 Mayıs 1971 Tarih ve E.1971/22, K.1971/36 Sayılı Karar, *Danıştay Dergisi*, Yıl 2, 1972, Sayı 4, s.71-75.

¹⁰⁷ Ergun Özbudun ve Yılmaz Aliefendioğlu, "Türkiye Raporu", in *Anayasa Yargısı (Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı: 27 Nisan 1987, Lizbon)*, Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 1988, s.198.

Bununla birlikte, Türkiye’de uygulamada yanlış örnekler de vardır: 1961 Anayasasının geçici 11’inci maddesi, 6 Kasım 1969 tarih ve 1188 sayılı Kanun ile yürürlükten kaldırılmış; ancak bu değişiklik Anayasa Mahkemesinin 16 Haziran 1970 tarih ve K.1970/31 sayılı Kararıyla iptal edilmiştir. Uygulamada bu iptal kararıyla, 1961 Anayasasının geçici 11’inci maddesinin kendiliğinden tekrar yürürlüğe girdiği kabul edilmiştir. Zira geçici 11’inci madde, 16 Nisan 1974 tarih ve 1801 sayılı Kanunla tekrar yürürlükten kaldırılmıştır.

5. Düzenleyici İşlemler, Bireysel İşlemlerden Daima Üstündür¹⁰⁸

Bilindiği gibi idare hukukunda idarenin tek yanlı işlemleri, “bireysel işlemler” ve “düzenleyici işlemler” olarak ikiye ayrılır. *Bireysel idarî işlemler, kişisel ve özel durumlara ilişkin olan idarî işlemlerdir*¹⁰⁹. Örneğin memur atama işlemi, disiplin cezası verme işlemi, kamulaştırma işlemi, inşaat ruhsatı verme işlemi bir bireysel idarî işlemidir. *Düzenleyici idarî işlemler ise, genel ve kişilik-dışı olan idarî işlemlerdir*¹¹⁰. Örneğin tüzük ve yönetmelik, bir düzenleyici idarî işlemidir. Düzenleyici işlemler, maddî kriter bakımından, yani içerikleri itibarıyla, kanunlara benzerler¹¹¹. İdare, düzenleyici işlemlerle kurallar (normlar) koyar.

Acaba düzenleyici işlemler ile bireysel işlemler arasında nasıl hiyerarşik ilişkiler vardır?

Acaba bireysel işlemler ile düzenleyici işlemler arasında bir hiyerarşi var mıdır? Evet vardır. Bu hiyerarşi, şekli (organik) kriterle değil, maddî kriterle açıklanır. Bu şu anlama gelir:

¹⁰⁸ Bu başlık altında yazdıklarımız, Kemal Gözler, *İdare Hukuku*, Bursa, Ekin, 2. Baskı, 2009, c.I, s.1267-1280’den özetlenmiştir.

¹⁰⁹ Georges Vlachos, *Les principes généraux du droit administratif*, Paris, Ellipses, 1993, s.129; Michel Rougevin-Baville, Renaud Denoix de Saint Marc ve Daniel Labetoulle, *Leçons de droit administratif*, Paris, Hachette, 1989, s.121.

¹¹⁰ Vlachos, *op.cit.*, s.129; Rougevin-Baville, Denoix de Saint Marc ve Labetoulle, *op.cit.*, s.121.

¹¹¹ André de Laubadère, Jean-Claude Venezia ve Yves Gaudemet, *Traité de droit administratif*, Paris, L.G.D.J., 15. Baskı, 1999, c.I, s.625-626.

Düzenleyici işlem, genel ve kişilik dışı düzenleme yapar; yani “kural” koyar. Bireysel işlem ise kural koymaz; belli bir kişi veya durum için belli bir hukukî sonuç doğurur. Bu nedenle, “kural”, mahiyeti gereği “bireysel işlem” den daima üstündür. Haliyle bu şekli (organik) değil, maddî bir bakış açısidir. Düzenleyici işlemler ile bireysel idarî işlemler arasındaki hiyerarşi mutlak niteliktedir; her durumda görülür. Şöyle ki:

a) *Üst Makamın Düzenleyici İşlemleri Alt Makamın Bireysel İşlemlerinden Üstündür*¹¹²

Üst makamların düzenleyici işlemlerinin alt makamların bireysel işlemlerinden üstün olmasının kabul edilmesinde bir problem yoktur. Örneğin valinin bir bireysel işlemi, bir bakanlık yönetmeliğine aykırı olamaz¹¹³. Bu durumda hem organik, hem de maddî kriter arasında uzlaşma vardır. Yani üst makamın düzenleyici işlemi, hem organik, hem de maddî kritere göre, alt makamın bireysel işleminden üstündür.

b) *Bir Makamın Düzenleyici İşlemleri, O Makamın Bireysel İşlemlerinden Üstündür*¹¹⁴

İnsanın aklına bir an, aynı makamdan çıkan düzenleyici işlemler ile bireysel işlemler arasında hiyerarşi olamayacağı; zira bunların aynı makamdan çıktığı düşüncesi gelebilir. Ancak bu düşüncede isabet yoktur. Aynı makamdan çıkmış olsalar bile, düzenleyici işlemler, mahiyetleri gereği bireysel işlemlerden üstündürler. Bu üstünlük, düzenleyici işlemlerin mahiyetinden, doğasından kaynaklanmaktadır. Şöyle ki: Bir idarî makamın belli bir konuda düzenleyici işlem yapması, o konuda “kural” koyduğu, bundan sonra o konuda ortaya çıkan sorunlar hakkında koyduğu bu kurala göre karar vereceği anlamına

¹¹² Rougevin-Baville, Denoix de Saint Marc ve Labetoulle, *op. cit.*, s.29; De Laubadère, Venezia ve Gaudemet, *Traité, op. cit.*, c.I, s.655.

¹¹³ Rougevin-Baville, Denoix de Saint Marc ve Labetoulle, *op. cit.*, s.29.

¹¹⁴ Rougevin-Baville, Denoix de Saint Marc ve Labetoulle, *op. cit.*, s.29; René Chapus, *Droit administratif général*, Paris, Montchrestien, 15. Baskı, 2001, c.I, s.1012; Jean-Marie Auby ve Roland Drago, *Traité de contentieux administratif*, Paris, LGDJ, İkinci Baskı, 1975, c.II, s.347-348; De Laubadère, Venezia ve Gaudemet, *op. cit.*, c.I, s.655.

gelir. Eğer bir idarî makam, kendi koyduğu düzenleyici işleme uygun bireysel işlemler yapmayacak ise, bu idarî makamın düzenleyici işlem yapmasının ne bir anlamı, ne de bir gereği vardır. Zira idarî makam karşılaşacağı her somut olay ve durumda, düzenleyici işleme göre değil, kendi takdirine göre bireysel işlem tesis ederse, düzenleyici işlemin hiçbir bağlayıcılığı kalmaz. Bundan çıkan sonuç şudur ki, bir idarî makam, bir düzenleyici işlem yapmış ise, bireysel işlemler yaparken o düzenleyici işleme uymalıdır. Aksi takdirde düzenleyici işlem denen bir işlem türü olamaz. O hâlde bir işlem “düzenleyici işlem” ise, bu işlem mahiyeti gereği “bireysel işlem”lerden üstündür.

Bu nedenle idare kendi koyduğu düzenleyici işlemlere yine kendisi bireysel işlem yaparken uymalı, düzenleyici işleme aykırı bireysel işlem yapmamalıdır. Bu ilke Latince olarak “*patere legem quam ipse fecisti* (kendi koyduğun kurala göre davran)” özdeyişiyle dile getirilir¹¹⁵. Bu ilkeye “*legem patere quam fecisti*” veya kısaca “*patere legem*” ilkesi de denir¹¹⁶. Şüphesiz ki, bir idarî makam, kendi koyduğu düzenleyici işlemi ilga edebilir veya değiştirebilir. Ancak idarî makam, kendi koyduğu düzenleyici işlemi, ilga etmedikçe veya değiştirmedikçe, düzenleyici işleme uymak zorundadır.

Fransız Danıştay bir idarî makamın kendi koyduğu düzenleyici işlemlere aykırı bireysel işlemler yapamayacağına birçok davada karar vermiştir. Örneğin 17 Mayıs 1907 tarihli *Société philharmonique de Fumay* kararında Fransız Danıştay, bir belediye başkanının bireysel işlem niteliğinde olan kolluk kararlarının kendi yaptığı kolluk yönetmeliğine uygun olması gerektiğine karar vermiştir¹¹⁷. Fransız Danıştay, 5 Ocak 1917 tarihli *Jean Roche* kararında, il genel meclisinin kendi kabul

¹¹⁵ Chapus, *Droit administratif général*, *op. cit.*, c.I, s.1012; Rougevin-Baville, Denoix de Saint Marc ve Labetoulle, *op. cit.*, s.29; De Laubadère, Venezia ve Gaudemet, *Traité*, *op. cit.*, c.I, s.655.

¹¹⁶ Jean-Marie Aubry ve Roland Drago, *Traité de contentieux administratif*, Paris, LGDJ, İkinci Baskı, 1975, c.II, s.347-348.

¹¹⁷ Conseil d'État, 17 Mayıs 1907, *Société philharmonique de Fumay*, RDCE, 1907, s.478 (Nakleden: Rougevin-Baville, Denoix de Saint Marc ve Labetoulle, *op. cit.*, s.29; De Laubadère, Venezia ve Gaudemet, *Traité*, *op. cit.*, c.I, s.655).

ettiği düzenleyici nitelikteki bir kararına aykırı bireysel işlem yapamayacağına hükmetmiştir¹¹⁸. 25 Mart 1964 tarihli *Samoël* kararında Savunma Bakanının kendi düzenleyici işlemini değiştirmedikçe, bireysel kararlarında bu düzenleyici işleme uymak zorunda olduğuna karar vermiştir¹¹⁹. 10 Ekim 1994 tarihli *Ville de Toulouse* kararında Fransız Danıştayını imtiyazcı şirketin seçilmesi konusunda kendi düzenlediği usüle belediyenin uymak zorunda olduğuna karar vermiştir¹²⁰. Fransız Danıştayını daha yeni bir kararında, 15 Mayıs 2000 tarihli *Territoire de la Nouvelle-Calédonie* kararında idarî makamın, kendi isteğiyle ihdas ettiği mecburî danışma usûlüne “bu usûlü ilga etmedikçe” uymak zorunda olduğuna karar vermiştir.

Yukarıdaki kararlardan da anlaşılacağı üzere, idare bir düzenleyici işlem yapmışsa, o düzenleyici işlemi ilga etmedikçe veya değiştirmedikçe o düzenleyici işleme uymak, ona aykırı bireysel işlemler yapmamak zorundadır.

c) *Alt Makamın Düzenleyici İşlemleri, Üst Makamın Bireysel İşlemlerinden Üstündür*¹²¹

Yukarıda gördüğümüz gibi, idarî hiyerarşide üst makamın yaptığı düzenleyici işlemler, alt makamın yaptığı düzenleyici işlemlerden her zaman için üstündür. Üst makam, alt makamın yaptığı düzenleyici işlemi beğenmiyorsa, kendisi o konuda bir düzenleyici işlem yaparak, alt makamın düzenleyici işlemini sarahaten veya zımnen ilga edebilir veya değiştirebilir. Keza üst makam, iptal yetkisine sahip ise, alt makamın yaptığı düzenleyici işlemi iptal de edebilir.

¹¹⁸ Conseil d'État, 5 Ocak 1917, *Jean Roche*, RDCE, 1917, s.19 (Nakleden: Auby ve Drago, *op. cit.*, c.II, s.348; Rougevin-Baville, Denoix de Saint Marc ve Labetoulle, *op. cit.*, s.29).

¹¹⁹ Conseil d'État, 25 Mart 1964, *Samoël*, RDCE, 1964, s.201 (Nakleden: Chapus, *Droit administratif général*, *op. cit.*, c.I, s.1012; Rougevin-Baville, Denoix de Saint Marc ve Labetoulle, *op. cit.*, s.29).

¹²⁰ Conseil d'État, 10 Ekim 1994, *Ville de Toulouse*, RDCE, 1994, s.746 (Nakleden: Chapus, *Droit administratif général*, *op. cit.*, c.I, s.1012).

¹²¹ Rougevin-Baville, Denoix de Saint Marc ve Labetoulle, *op. cit.*, s.30; Rainaud, *op. cit.*, s.90-93; De Laubadère, Venezia ve Gaudemet, *Traité*, *op. cit.*, c.I, s.655; Chapus, *Droit administratif général*, *op. cit.*, c.I, s.1012-1013; Auby ve Drago, *op. cit.*, c.II, s.347;

Acaba, üst makam, alt makamın çıkardığı düzenleyici işleme aykırı bireysel işlem yapabilir mi? Hayır yapamaz. Çünkü üst makam, alt makamın yaptığı düzenleyici işlemi beğenmiyorsa onu değiştirebilir veya ilga edebilir. Bunları yapmadan alt makamın düzenleyici işlemine aykırı bireysel idarî işlemler yapma isteğinin altında pek muhtemelen eşitlik ilkesine aykırı kayırmacılık düşünceleri yatar¹²². Örneğin bir bakan valinin çıkardığı genel emre aykırı olarak bir bireysel işlem yapamaz. Bakan valinin çıkardığı düzenleyici işlemi beğenmiyorsa ona aykırı bir düzenleyici işlem yapabilir veya onu ilga edebilir. Bunları yapmadan bakanın bu genel emre aykırı bir bireysel işlem yapmasının gereğini anlamak mümkün değildir. Eğer üst makamlar alt makamların düzenleyici işlemlerine aykırı bireysel işlemler yapabilecekse, alt makamların düzenleyici işlem yapmasının bir anlamı kalmaz. Böyle bir durumda alt makamların düzenleyici işlemlerinin somut olaylarda üst makamlarının takdirine bağlı bir bağlayıcılığı olacaktır ki, bu eşitlik ilkesine de, hukuk devleti ilkesine de aykırı olur.

d) Vesayete Tâbi Makamın Düzenleyici İşlemleri, Vesayet Makamının Bireysel İşlemlerinden Üstündür

Vesayet makamı, vesayete tâbi makamın çıkardığı düzenleyici işleme aykırı bireysel işlem yapabilir mi? Örneğin bir bakan veya vali belediye meclisi tarafından çıkarılan bir yönetmeliğe aykırı bir bireysel işlem yapabilir mi? Bu soruya olumsuz yanıt vermek gerekir. Zira vesayet makamı, vesayete tâbi makamın düzenleyici işlemine aykırı bireysel işlem yapabilirse, vesayet makamı, sahip olduğu vesayet yetkisinden çok fazla bir yetkiyi elde etmiş olur. Oysa vesayet yetkisi sadece vesayete tâbi makamın kanunla öngörülen işlemleri üzerinde geçerli olan ve kanunla öngörülen onama veya onamama gibi sınırlı bir denetim yetkisidir. Vesayet makamı onaylamama yetkisine sahip olduğu hâlde, onaylayıp yürürlüğe soktuğu vesayet makamının bir düzenleyici işlemi üzerinde daha sonra, bu işlemi iptal etmek

¹²² Jean-Marie Rainaud, *La distinction de l'acte réglementaire et de l'acte individuel*, Paris, LGDJ, 1966, s.92.

veya değiştirmek gibi bir yetkiye sahip değildir. Eğer vesayet makamı, baştan onaylayıp yürürlüğe soktuğu bir düzenleyici işleme aykırı daha sonra bireysel işlemler tesis edebilirse, vesayete tâbi makamın düzenleyici işleminin bir bağlayıcılığı kalmaz ve bu durumda vesayet makamı, vesayete tâbi makam üzerinde kanunla öngörülmemiş ikinci bir denetim yetkisi kazanmış olur ki, kanunla öngörülmemiş böyle bir yetkinin vesayet makamı tarafından kullanılması mümkün değildir.

Bu konuda Fransız Danıştayının iki ünlü kararı vardır. 3 Temmuz 1931 tarihli *Ville de Clamart* kararında, Fransız Danıştay, Maliye Bakanının, Clamart Belediyesinde çalışan bir personel hakkında, Clamart Belediye Meclisinin bir düzenleyici işlemine aykırı olarak aldığı bir kararı iptal etmiş ve Maliye Bakanının belediye meclisinin düzenleyici işlemine aykırı bireysel işlem tesis edemeyeceğine karar vermiştir¹²³. Fransız Danıştayının bu konudaki ikinci önemli kararı 15 Şubat 1963 tarihli *Association Les amis Chiberta* kararıdır¹²⁴. Bu karara konu teşkil eden olayda, bir belediye başkanı, çıkardığı bir düzenleyici işlem ile kendi beldesinde kamp yapılması konusunu düzenlemiş ve bu arada belirli bölgelerde kamp yapılmasını yasaklamıştır. Vesayet makamı olan vali, bu düzenleyici işleme hiçbir zaman karşı çıkmamıştır. Belediye başkanının bu düzenleyici işlemi yürürlükteyken vali, bu düzenleyici işleme aykırı olarak, belediye başkanının kamp yapılmasını yasakladığı yerlerde kamp yapılmasına izin vermiştir. Valinin kamp izni kararına karşı açılan davada Fransız Danıştay, valinin izin işlemini iptal etmiş, valinin bireysel işleminin, belediye başkanının düzenleyici işlemine aykırı olamayacağına karar vermiştir¹²⁵. Fransız Danıştayının kararı doğrudur. Vali, vesayet makamı olarak, belediye başkanının düzenleyici işlemini baş-

¹²³ Conseil d'État, 3 Temmuz 1931, *Ville de Clamart*, RDCE, 1931, s.723 (Nakleden: Auby ve Drago, *op. cit.*, c.II, s.346; Rainaud, *op. cit.*, s.91).

¹²⁴ Conseil d'État, Sect, 15 Şubat 1963, *Association Les amis Chiberta*. RDCE, 1963, s.92 (Nakleden: Chapus, *Droit administratif général*, *op. cit.*, c.I, s.1013; Rainaud, *op. cit.*, s.92).

¹²⁵ Conseil d'État, Section, 15 Şubat 1963, *Association Les amis Chiberta*. RDCE, 1963, s.92 (Nakleden: Rainaud, *op. cit.*, s.92).

tan onamayarak engelleyebilirdi. Vali baştan vesayet yetkisini kullanmadığına göre, belediye başkanının düzenleyici işlemini hukuka uygun ve yerinde bulmuştur. Daha sonra hukuka uygun ve yerinde bulduğu düzenleyici işleme aykırı olarak bireysel işlem yapmasında hukuka aykırılık vardır. Valiye bu imkân tanınırsa, vali kanunla öngörülmemiş yeni bir vesayet yetkisine kavuşmuş olur. Kaldı ki, valinin genelde karşı çıkmadığı düzenleyici işleme aykırı bir şekilde bazı kişilere özel izinler vermesinin altında pek muhtemelen eşitlik ilkesine aykırı bir şekilde kayırmacılık düşünceleri yatar¹²⁶.

Yukarıdaki örneklerde görüldüğü gibi düzenleyici işlemlerin bireysel işlemler üzerinde mutlak bir üstünlüğü vardır. Düzenleyici işlemler ile bireysel işlemler çatıştığında, bunları yapan makamlar arasındaki ilişki ne olursa olsun, düzenleyici işlemler, bireysel işlemlerden üstün gelmektedir. Ulaştığımız bu sonuca *düzenleyici işlemlerin bireysel işlemler üzerindeki üstünlüğü ilkesi* ismini verebiliriz. Ayrıca böyle bir ilkenin olması, düzenleyici işlemler ile bireysel işlemler arasındaki hukukî güç farkı konusunda organik (şekli) kriterin değil, maddî kriterin geçerli olduğunu göstermektedir.

VII. SON BİR İLKE: KANUNLARIN ANAYASA UYGUNLUĞU KARİNESİ¹²⁷

Hukuka uygunluk karinesinin bir uzantısı olarak “kanunların anayasa uygunluğu karinesi (*presumption in favor of the constitutionality of laws, presumption of constitutionality*)”¹²⁸ vardır¹²⁹. Bu karineden şu sonuçlar çıkmaktadır: Kanunların anayasaya uygun olması kural, aykırı olması ise istisnadır. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi önünde bir kanunun anayasaya *uygun*

¹²⁶ Rainaud, *op. cit.*, s.92.

¹²⁷ Biz bu ilkeleri daha önce *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi* isimli kitabımızda incelemiştik (*op. cit.*, c.I, s.313-314).

¹²⁸ Westel Woodbury Willoughby, *The Constitutional Law of the United States*, New York, Baker, Voorhis, 1929, c.I, s.42 (books.google.com.tr/books?id=9YBuK9ASCzIC...)

¹²⁹ Aslında bu karine sadece kanunlar için değil, parlamento kararları dâhil bütün yasama işlemleri için geçerlidir.

olduğunu ispat etmeye gerek yoktur. Kanunun anayasaya *aykırı* olduğunun ispat edilmesi gerekir. Dolayısıyla ispat yükü kanunun anayasaya uygun olduğunu değil, aykırı olduğunu iddia edenlere düşer. Bir kanunun anayasaya aykırı olduğu ispat edilmedikçe de o kanunun anayasaya uygun olduğu varsayılır. Keza kanunun anayasaya aykırı olması istisna, uygun olması ise kaidedir. Dolayısıyla kaideler geniş, istisnalar dar yorumlanır. Bu şu anlama gelir ki, bir kanunun anayasaya uygun olup olmadığı konusunda tereddüt ortaya çıkarsa, kanunun anayasaya uygun olduğu sonucuna ulaşılır. Diğer bir ifadeyle kanundaki bir hususun anayasaya aykırılık teşkil edip etmediği konusunda tereddüt varsa, aykırı olması istisna olduğuna göre, aykırı olmadığı sonucuna varılır.

“Anayasallık karinesi” Amerikan anayasa hukuku literatüründe yaygın olarak kullanılan eski bir kavramdır. Alexander Hamilton, 14 Haziran 1788 tarihli 78 numaralı *The Federalist*'te mahkemelerin ancak, kanun ile anayasa arasında “uzlaştırılmaz bir karşıtlık” olduğunda, kanunu geçersiz kılabileceğini yazmıştır¹³⁰. Chief Justice Tilghman, 1811 yılında, Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi ve Birleşik Devletlerdeki diğer mahkemelerin bir yorum ilkesi olarak, “bir yasama işleminin makul bir şüpheye yer vermeyecek derecede apaçık bir şekilde anayasaya aykırı olmadıkça geçersiz olduğuna karar veremeyeceklerini (*that an Act of the legislature is not to be declared void unless the violation of the constitution is so manifest as to leave no room for reasonable doubt*)” kabul ettiğini yazmaktadır¹³¹. ABD’de bu ilke nedeniyle kanunların anayasaya aykırı olduğu konusunda ispat yükünün bunu iddia eden tarafa ait olduğu kabul edilmektedir.

¹³⁰ “If there should happen to be an irreconcilable variance between the two, that which has the superior obligation and validity ought, of course, to be preferred; or, in other words, the Constitution ought to be preferred to the statute, the intention of the people to the intention of their agents” (Alexander Hamilton, *The Federalist* No: 78, <http://www.constitution.org/fed/federa78.htm>).

¹³¹ *Com. v. Smith*, 4 Bin 117 (Nakleden: James Bradley Thayer, “The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law”, *Harvard Law Review*, Vol. 7, No. 3, Oct. 1893, s.140).

SONUÇ

Yorum yapılırken yukarıdaki ilkelere uyulursa hâkim keyfilikten uzaklaşmış olur. Bu ilkeler objektif ilkelerdir ve herkes tarafından aynı şekilde uygulanabilirler. Dolayısıyla tartışmalı sorunlarda bu ilkeler uygulanarak önceden herkes tarafından tahmin edilebilen cevaplar verilebilir. Hâkimin yorum yaparken bu ilkelere uyması hâkimi de rahatlatır. Bu ilkeler uyarınca karar veren hâkimin siyasî mülahazalarla karar verdiğini iddia etmek çok zordur. Bu ilkelere uyarak karar veren bir hâkimin ne karar vereceği önceden tahmin edilebilir. Hâkimlerin kararlarının önceden tahmin edilmesi hukuk güvenliğini ve dolayısıyla hukuk devleti ilkesini güçlendirir.

Yukarıda açıklamaya çalıştığımız “yorum ilkeleri”, bireylerin davranışlarını düzenleyen ilkeler değil, hukuk uygulayıcılarına, özellikle de hâkimlere hitap eden ilkelerdir.

Yukarıda gördüğümüz ilkelere pek azının pozitif temeli vardır. Örneğin Türkiye’de “suçların ve cezaların kanuniliği ilkesi”nin hem anayasal (Anayasa, m.38), hem de kanunî (TCK, m.2) temeli vardır. Keza ceza kanunlarının uygulanmasında genişletici yorum ve kıyas yasağının kanunî temeli vardır (TCK, m.2). Keza bazı ilkelerin, örneğin *lex superior* ilkesinin Anayasal ve kanunî temellerinin olduğu da söylenebilir. Örneğin Anayasamızın 11’inci maddesindeki “*kanunlar Anayasaya aykırı olamaz*” hükmünün *lex superior* ilkesinin pozitif temeli olduğunu söyleyebiliriz.

Ancak bu tür istisnalar dışında yukarıdaki ilkelerin bir pozitif temeli yoktur ve pozitif hukuk açısından hâkimi bağladıkları söylenemez. Bu ilkelerin hâkimi bağlaması için, belki bunları, Mecellenin 2 ilâ 100 maddelerinde olduğu gibi, Medenî Kanunun ve Ceza Kanununun başlangıç kısımlarında saymak gerekir. Keza bu ilkelerin bazılarını Anayasaya da almakta yarar olabilir. Bu şekilde bu ilkelere pozitif bir bağlayıcılık kazandırılabilir. Nitekim, Osmanlı döneminde bu ilkelerin pek çoğu Mecellede sayılmıştı ve dolayısıyla bunlar, pozitif hukuk kurallıydılar. Aynı şey günümüzde de yapılabilir. Nasıl Mecellede

“beraet-i zimmet asıldır” (m.8) ve “sıfat-ı arızada aslolan ademdir” (m.9) gibi hükümler yer alıyor ise, bugün de aynı hükümler Anayasaya, Medenî Kanuna ve Ceza Kanununa koyulabilir. Böylece bu ilkeler hâkimi de bağlayan pozitif hukuk kuralı hâline gelirler.

Ancak şu an için bu ilkelerin çok büyük bir kısmının pozitif temelden mahrum olduğunu itiraf etmek zorundayız. Dolayısıyla bunların ezici çoğunluğu birer pozitif hukuk ilkesi değildir. Bu ilkeler, birer pozitif hukuk ilkesi olmadıklarına göre, birer tabîi hukuk ilkesidirler. Ancak bunların tabîi hukuk ilkesi olmaları keyfi olmaları anlamına gelmemektedir. Nasıl matematik ve mantık ilkeleri kişiden kişiye değişen ilkeler değilse, yorum ilkeleri de kişiden kişiye değişen ilkeler değildir. Yukarıda gördüğümüz yorum ilkeleri, eşyanın tabiatından çıkarılmış rasyonel ilkelerdir. Bunlar, Akdeniz havzasında 2500 yıllık bir süreç içinde hukukçular tarafından gözlenmiş ve ifade edilmiş ilkelerdir. Ancak bunları hukukçular icat etmemiştir. Nasıl Öklid’in teoremleri, ilk defa Öklid tarafından dile getirilmiş olsalar da eşyanın tabiatından çıkan ilkelerse, yorum ilkeleri de aynı şekilde eşyanın tabiatından çıkan ilkelerdir.

Nasıl matematik kuralları resmî bir matematik otoritesi tarafından konulmamış ise, bizim yukarıda açıklamaya çalıştığımız yorum ilkelerinin de anayasa veya kanun koyucu tarafından konulmasına ihtiyaçları yoktur. Bu ilkeler, Öklid’in teoremleri kadar açık, eşyanın tabiatından çıkan, her hukukçu tarafından kolayca kabul edilecek ilkelerdir. Bir matematikçi Öklid’in teoremlerini nasıl kabul ediyor ise, bir hukukçu da yukarıda açıklamaya çalıştığımız yorum ilkelerini o şekilde kabul etmelidir. Öklid’in “bir üçgende büyük açı karşısındaki kenar, diğer kenarlardan büyüktür” şeklindeki teoremi nasıl apaçık doğru ise, nasıl bu teorem 2300 yıldır bütün matematikçiler tarafından doğru olarak kabul ediliyor ve uygulanıyor ise, hukukta “istisnalar dar yorumlanır” ilkesi de o derece apaçık doğru bir ilkedir ve bütün hukukçular tarafından doğru olarak kabul edilip uygulanmalıdır. “Bir üçgende büyük açı karşısındaki kenar, diğer kenarlardan büyüktür” teoremini nasıl Öklid icat etmemiş

KAMU HUKUKÇULARI PLATFORMU

KEMAL GÖZLER'İN
TEBLİĞİ

ise, “*istisnalar dar yorumlanır*” ilkesini de bir hukukçu icat etmemiştir. Her iki ilke de eşyanın tabiatından kaynaklanır. Nasıl bir matematikçi, bir geometri problemini çözerken, “bir üçgende büyük açı karşısındaki kenar, diğer kenarlardan büyüktür” teoremine ihtiyacı var ise, bir hukukçunun da, bir hukuk problemini çözerken “*istisnalar dar yorumlanır*” ilkesine ihtiyacı vardır. Nasıl “bir üçgende büyük açı karşısındaki kenar, diğer kenarlardan büyüktür” teoremini bilmeden ve bunu dürüstçe uygulamadan bir matematikçi olunamaz ise “*istisnalar dar yorumlanır*” ilkesini bilmeden ve bunu dürüstçe uygulamadan da hukukçu olunamaz.

Hukuk, ancak Öklid'in teoremleri misali, doğruluğu apaçık olan ilkelerin geliştirildiği ve bu ilkelerin bütün hukukçular tarafından benimsenip standart olarak uygulandığı gün “bilim” olma sıfatını hak edecektir. İşte ancak o gün, hukuk problemleri bütün hukukçular tarafından aynı şekilde çözümlenecektir. Böyle bir sistemde mahkeme kararları da önceden doğru olarak tahmin edilebilecektir. İşte ancak böyle bir sistemde, hukuk güvenliği ve dolayısıyla hukuk devleti ilkesi gerçekleşmiş olacaktır. Eğer bir gün bu hayal gerçekleşirse, işte o zaman insanın insana değil, insanın kurallara itaat ederek yaşayacağını söyleyebiliriz.

BİBLİYOGRAFYA

- ADELEYE (Gabriel) (*et al.*), *World Dictionary of Foreign Expressions: A Resource for Readers and Writers*, Bolchazy-Carducci Publishers, 2000.
- ALİ HAYDAR, *Dürrü'l Hukkam Serhu Mecelleti'l Ahkam* (Yazı çevrimi: Raşit Gündoğdu ve Osman Erdem), İstanbul, Gül Neşriyat, Tarih Yok (2006?), Cilt I.
- AUBY (Jean-Marie) ve Roland Drago, *Traité de contentieux administratif*, Paris, LGDJ, İkinci Baskı, 1975, c.II.
- AYDIN (Ali Rıza), “Cumhurbaşkanlığı Seçimine Başka Gözle Bakmamak”, <http://haber.sol.org.tr/yazarlar/ali-riza-aydin/cumhurbaskanligi-secimine-baska-gozle-bakmamak-56109> (13 Ağustos 2012).
- BATUHAN (Hüseyin) ve Teo Grünberg, *Modern Mantık*, Ankara, Orta Doğu Teknik Üniversitesi Yayınları, 3. Baskı, 1984.
- BERKİ (Ali Himmet), (Haz.), *Mecelle-i Ahkam-ı Adliye*, Ankara, BTHA Enstitüsü, 1959.

ANAYASA HUKUKUNDA YORUM VE NORM SOMUTLAŞMASI

KEMAL GÖZLER'İN
TEBLİĞİ

- BERKİ (Ali Himmet), *Hukuk Mantığı ve Tefsir*, Ankara, Güney Matbaacılık, 1948.
- BİLGE (Necip), *Hukuk Başlangıcı: Hukukun Temel Kavram ve Kurumları*, Ankara, Turhan Kitabevi, 20. Baskı, 2005.
- BİLMEN (Ömer Nasuhi), *Hukukî İslamiyye ve İslahatı Fıkhiyye Kamusu*, İstanbul, Bilmen Yayınevi, 1968, Cilt 1.
- BOUVIER (John), *A Law Dictionary*, Philadelphia, Childs & Petersons, 6. Baskı, 1856, c.II (<http://books.google.com.tr/books?id=mIszAQAAMAAJ&lpq>).
- CADART (Jacques), *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Paris Economica, Üçüncü Baskı, 1990, Cilt I.
- CHAPUS (René), *Droit administratif général*, Paris, Montchrestien, 15. Baskı, 2001, c.I.
- COHON (Rachel), "Hume's Moral Philosophy", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2010 Edition), Edward N. Zalta (ed.), <<http://plato.stanford.edu/archives/fall2010/entries/hume-moral/>>.
- CONSTANTINESCO (Vlad) ve Stéphane Pierré-Caps, *Droit constitutionnel*, Paris, PUF, 2004.
- DAVID (René), "Sources of Law", *International Encyclopedia of Comparative Law* (Edited by K. Zweigert and K. Drobnig), Vol. II: *The Legal Systems of the World: Their Comparison and Unification*, (Chief Editor René David), The Hague, Martinus Nijhoff Publishers, 1984, c.II <books.google.com.tr/books?id=oj9p852q-5UC> (2 Ağustos 2012).
- DEMİR (Abdullah), *Mecelle ve Küllî Kaideler*, İstanbul, Işık Akademi Yayınları, 2011.
- DEVELLİOĞLU (Ferit), *Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lugat*, Ankara, Aydın Kitabevi, 1984.
- DIGESTA 50, 17, 20 (<http://www.thelatinlibrary.com/justinian/digest50.shtml>) (6 Ağustos 2012)
- EDİS (Seyfullah), *Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri*, Ankara, A.Ü. Hukuk Fakültesi Yayınları, 1983.
- ERDOĞAN (Mehmet), *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, İstanbul, Ensar Neşriyat, 2. Baskı, 2005.
- EUCLID'S Elements of Geometry*, from *Euclidis Elementa*, edidit et Latine interpretatus est I. L. Heiberg, edited and provided with a modern English translation by Richard Fitzpatrick (<http://farside.ph.utexas.edu/euclid/Elements.pdf>) (23 Ağustos 2012).
- GARNER (Bryan A.) (Ed.), *Black's Law Dictionary*, St. Paul, Minn., West Group, 7. Baskı, 1999.
- GICQUEL (Jean), *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, Montchrestien, 16. Baskı, 1999, s.68; Vlad Constantinesco ve Stéphane Pierré-Caps, *Droit constitutionnel*, Paris, Presses Universitaires de France, *Thémis droit public*, 2004, s.274.
- GIRAUDOUX (Jean), *La Guerre de Troie n'aura pas lieu*, Paris, Editions Bernard Grasset, Le Livre de poche, 1935.
- GOETHE (J. W. von), *Faust* (Translated by Anna Swanwick), New York, P.F. Collier & Son, The Harvard Classics, 1909-14; Part I, Satir 1060, 1080-185

KAMU HUKUKÇULARI PLATFORMU

KEMAL GÖZLER'İN
TEBLİĞİ

- (www.bartleby.com/br/01901.html) (9 Ağustos 2012).
- GOETHE (J. W. von), *Faust*, Çeviri: Sadi Irmak, İstanbul, İstanbul Kitapevi, 1973.
- GÖZLER (Kemal), "Cumhurbaşkanı Abdullah Gül'ün Görev Süresi Ne Kadardır ve Bu Görev Süresi Kanunla Belirlenebilir mi?", *Terazi Aylık Hukuk Dergisi*, Yıl 7, Sayı 66, Şubat 2012, s.36-50 <www.anayasa.gen.tr/gorevsuresi.htm> (13 Ağustos 2012).
- GÖZLER (Kemal), "Realist Yorum Teorisi ve Mekanist Anayasa Anlayışı", *Anayasa Yargısı*, Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 1998, s.207-243.
- GÖZLER (Kemal), *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, Bursa, Ekin, 2011
- GÖZLER (Kemal), *Devlet Başkanları: Bir Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku İncelemesi*, Bursa, Ekin, 2001.
- GÖZLER (Kemal), *Devletin Genel Teorisi*, Bursa, Ekin, 3. Baskı, 2011
- GÖZLER (Kemal), *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Bursa, Ekin, 12. Baskı, 2012.
- GÖZLER (Kemal), *Türk Anayasa Hukuku*, Bursa, Ekin, 2000.
- GÖZÜBÜYÜK (A. Şeref), *Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları*, Ankara, Turhan Kitabevi, 24.Baskı, 2005, s.67.
- GRIDEL (Jean-Pierre), *Notions fondamentales de droit et droit français*, Paris, Dalloz, 1992.
- GRZEGORCZYK (Christophe), Françoise Michaut ve Michel Troper (Ed.), *Le positivisme juridique*, Paris, Bruxelles, L.G.D.J., Story-Scientia, 1992.
- GÜRİZ (Adnan), *Hukuk Başlangıcı*, Ankara, Siyasal Kitabevi, 10. Baskı, 2005.
- HAGUE (Rod), Martin Harrop ve Shaun Breslin, *Comparative Government and Politics: An Introduction*, Houndmilles, Palgrave Macmillan Press, Dördüncü Baskı, 2001.
- HAMILTON (Alexander), *The Federalist No: 78* <www.constitution.org/fed/federa78.htm>.
- <http://aleph0.clarku.edu/~djoyce/java/elements/bookI/bookI.html#posts> (23 Ağustos 2012).
- <http://www.admin.ch/ch/f/rs/101/a3.html>.
- <http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=gundem&id=378> (13 Ağustos 2012).
- <http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=gundem&id=378> (13 Ağustos 2012).
- <http://www.findlaw.com/cascode/constitution/>.
- <http://www.matematiknet.com/makaleler/75-okludin-elemanlar-isimli-kitabi.html>;
- HUME (David), *Treatise of Human Nature*, 1789, Book III, Part I, Section I (<http://books.google.com.au/books?id=-Sp8B0ZdyAYC&pg=PA335>).
- İLHAN (Cengiz), *Mecelle: Hukun Doksan Dokuz İlkesi*, İstanbul, Türkiye Ekonomik ve Toplumsal Tarih Vakfı Yayın, 2003.
- KALINOWSKI (Georges), *Introduction à la logique juridique: éléments de sémiotique juridique, logique des normes et logique juridique*, Paris, L.G.D.J., 1965.
- KARAYALÇIN (Yaşar), *Hukukta Öğretim-Kaynaklar-Metod-Problem Çözme*,

ANAYASA HUKUKUNDA YORUM VE NORM SOMUTLAŞMASI

KEMAL GÖZLER'İN
TEBLİĞİ

- Ankara, BTHAE Yayınları, 4. Baskı, 1994.
- KELSEN (Hans), *Théorie générale des normes*, (Traduit de l'Allemand par Olivier Beaud et Fabrice Malkani), Paris, P.U.F., 1996.
- KELSEN (Hans), *Théorie pure du droit*, Traduction française de la 2e édition de la "Reine Rechtslehre" par Charles Eisenmann, Paris, Dalloz, 1962, s.458-459.
- LAUBADÈRE (André de), Jean-Claude Venezia ve Yves Gaudemet, *Traité de droit administratif*, Paris, L.G.D.J., 15. Baskı, 1999, c.I.
- ÖZBUDUN (Ergun) ve Yılmaz Aliefendioğlu, "Türkiye Raporu", in *Anayasa Yargısı (Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı: 27 Nisan 1987, Lizbon)*, Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 1988, s.181-206.
- PUBLILIUS SYRUS, *Sententiae* (M.Ö. 1. yüzyıl) <<http://www.thelatinlibrary.com/syrus.html>> (23 Ağustos 2012).
- RAINAUD (Jean-Marie), *La distinction de l'acte réglementaire et de l'acte individuel*, Paris, LGDJ, 1966.
- RAPALJE (Stewart) ve Robert L. Lawrence, *A Dictionary of American and English Law with Definitions of the Technical Terms of the Canon and Civil Laws*, Jersey City, Frederick C. Linn & Co., 1888 (Reprinted 1997 by The Lawbook Exchange), s.567 (<http://books.google.com.tr>).
- ROUGEVIN-BAVILLE (Michel), Renaud Denoix de Saint Marc ve Daniel Labetoulle, *Leçons de droit administratif*, Paris, Hachette, 1989.
- SANCTI THOMAE DE AQUINO *Scriptum super Sententiis liber IV a distinctione XVI ad distinctionem XVII* [17032] Super Sent., lib. 4 d. 16 q. 1 a. 2 qc. 3 s. c. 2 (<http://www.corpusthomisticum.org/snp0000.html>).
- ŞİMŞİRGİL (Ahmet) ve Ekrem Buğra Ekinci, *Ahmed Cevdet Paşa ve Mecelle*, İstanbul, KTB Yayınları, 2008.
- SZOBO (Nick), "Interpreting Power: The Principle of Least Authority", <http://szabo.best.vwh.net/interpretingpower.html> (15 Ağustos 2012).
- TERRÉ (François), *Introduction générale au droit*, Paris, Dalloz, 6. Baskı, 2003.
- THAYER (James Bradley), "The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law", *Harvard Law Review*, Vol. 7, No. 3, October, 1893, s.129-156.
- VERZIJL (Jan Hendrik Willem), *International Law in Historical Perspective*, Leiden, Sijthoff, 1973, Vol. VI, <[books?isbn=9028602232](http://books.google.com.tr/books?isbn=9028602232)>.
- VLACHOS (Georges), *Les principes généraux du droit administratif*, Paris, Ellipses, 1993.
- WILLOUGHBY (Westel Woodbury), *The Constitutional Law of the United States*, New York, Baker, Voorhis, 1929, c.I, s.42 ([books?id=9YBuK9ASCzIC...](http://books.google.com.tr/books?id=9YBuK9ASCzIC...))
- YAZIR (Elmalılı M. Hamdi), *Elfabetik İslam Hukuku ve Fıkıh İstilahları Kamusu* (Hazırlayan: Sıtkı Güllü), İstanbul, Eser Neşriyat, 1997, Cilt IV, s.431.
- YEGİN (Abdullah), *Yeni Lügat*, İstanbul, Hizmet Yayınları, Tarih Yok, (2005?).
- YILDIRIM (Mustafa), *Mecellenin Külli Kaideleri*, İzmir, İzmir İlahiyat Fakültesi Yayınları, 2001.
- ZOLLER (Elisabeth), *Droit constitutionnel*, Paris, PUF, İkinci Baskı, 1999. ■

KAMU HUKUKÇULARI PLATFORMU

BERTİL EMRAH
ODER'İN TEBLİĞİ

Prof. Dr. FAZIL SAĞLAM (Oturum Başkanı)- Kemal Gözler'in bildirisini, 26 Ağustos'ta gönderildi. Yani tam bir ay, hatta bir aydan da önce diyebileceğimiz bir süre içinde gönderildi. Bildiri bana 61 sayfa olarak ulaştığında, önce biraz ürk-tüm. Sonra okumaya başladım, son derece akıcı, kolay anlaşılabilir, sade bir dil. Rahatlıkla okunabiliyor ve şimdi gördüm ki, o 61 sayfalık bildiri, aynı akıcılık ve sadelikle 45 dakikada da sunulabilirdi. Kendisine bu yönden teşekkür ediyorum. Tabii benim de söyleyeceklerim olacak ileride.

Şimdi sözü Bertil Emrah Oder'e verelim. Ondan sonra genç arkadaşımız Bülent Yücel'e, ama Bülent'ten önce bir ara vereceğiz. Bertil Emrah Oder'in konuşmasından sonra bir 15 dakika aramız var.

* Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

ANAYASA YARGISINDA TEMEL HAK ve ÖZGÜRLÜKLERİN YORUMU: DÜZENLEME BİÇİMLERİ, KANITLAMA ve SOMUTLAŞTIRMA SORUNLARI - 2001 ANAYASA DEĞİŞİKLİKLERİ SONRASINA İLİŞKİN GÖZLEMLER-

*Prof. Dr. Bertil Emrah Oder**

Giriş

Anayasa yargısında temel hak ve özgürlüklerin yorumu konusuna odaklanan bu çalışma, sorunsalı, 2001 Anayasa değişiklikleri sonrası gelişen anayasal içtihat üzerinden hukuksal yöntem ışığında ele alan bir incelemedir. 2010 Anayasa değişiklikleri ile belirli temel hak ve özgürlük kategorileri için Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yolunun açıldığı dikkate alındığında, yorum yöntemlerine ilişkin sorgulayıcı bir inceleme yapmak öncelikli gözükmemektedir.

Aşağıda yer alan incelemede, temel hak ve özgürlüklerin normatif yapılarına bağlı "kuramsal bir çerçeve" oluşturularak, anayasa yargısı eliyle temel hak-özgürlük somutlaşmasına ilişkin bir durum tespiti ve eleştirisi hedeflenmektedir. O nedenle çalışmanın ilk bölümünde, yoruma ilişkin kuramsal bilgiler temelinde temel hak ve özgürlüklerin yorumuna ilişkin özellikler ve temel hak ve özgürlüklerin normatif yapılarının yoruma ilişkin sonuçları ele alınmaktadır. Bu bölümde, normatif yapılar bakımından yorum sonuçlarına yönelik bir sınıflandırma denemesi de yapılmaktadır. İkinci bölümde ise 2001 sonrası anayasal içtihadın yorum konusunda oluşturduğu "büyük resim" ve onun yönetsel çerçeveden nasıl görüldüğü ortaya konacaktır. Çalışma, sorun ve bulgulara ilişkin gözlem ve önerilerle sonlanmaktadır.¹

¹ Elinizdeki çalışmada yer almayan, ancak halen güncellenen bir başka

I. Anayasa Hukukunda Yorum Yöntemleri ve Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu

1. Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorum Yolu ile Somutlaştırılması ve Kanıtlama

Hukuksal yorum, en genel anlamıyla normların anlamlarının araştırıldığı bir etkinlik ve sonuçtur.² Bu etkinlikte, normun sözünün tek, açık ve farklı algılayışlara sınır çizici olduğu haller dışında, çoğunlukla yarışan “anlam”lar arasında bir değerlendirme, tartım ve seçim süreci yaşanır.³ Değerlendirme, tartım ve seçime ilişkin bu süreç, kişisel ve keyfi tercihleri değil, geleneksel yorum yöntemleri olarak bilinen yöntemsel referansları (“sözel, sistematik, tarihsel ve teleolojik kanıtlama yöntemleri”), onlarla ilintili özel kanıtlama araçlarını (“argümanlar”) ve geleneksel olmayan yorum yöntemlerini (“sisteme uygun yorumun farklı türleri”)⁴ esas alır. Temel hak ve özgürlüklerin yorumunda sistematik-teleolojik kanıtlamanın özgül araçları olarak tartım, dengeleme ya da pratik uyum olarak adlandırılan yöntemler belirgin biçimde öne çıkar.⁵ Söz konusu yöntem-

çalışmada kaleme aldığım “uluslararası insan haklarına uygun yorum” konusu ve toplantıda Dr. Bülent Yücel tarafından ele alınacak olan eşitlik ilkesinin kadın-erkek eşitliği boyutunun yorumu hakkında ayrıca bkz. Oder, Bertil Emrah, “Uluslararası İnsan Hakları Hukukunun Anayasal Yorumunda 1983-2007 Bilançosu: Örnekler ve Ana Yönelim”, Prof. Dr. Ali Ülkü Azrak’a Armağan, Sayhan, Ş. / Karlıklı, Y. (Ed.), İstanbul, 2008, 387-416; Oder, B.E., “Anayasa’da Kadın Sorunsalı: Norm, İçtihat ve Hukuk Politikası”, Türkiye’de Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları, Durudoğan, H. / Gökşen, F. / Oder, B.E. / Yüksekler, D., 2010, İstanbul, Koç Üniversitesi Yayınları, 207-238.

² Yorumun, hem bir etkinlik hem de bir sonuç olduğu yönünde bkz. Alexy, Robert, Recht, Vernunft, Diskurs, 1995, Frankfurt a. Main, Suhrkamp, 79.

³ Benzer yönde bkz. Zippelius, Reinhold, Juristische Methodenlehre, 6. Auflage, 1994, München, C.H. Beck, 46 / 54.

⁴ Sisteme uygun yorum, sistematik yorumdan farklı olarak, aynı normatif hiyerarşi ve bütündeki normların uyumlu yorumunu değil, farklı normatif bağlamların ya da bu bağlamlara ilişkin bakış açılarının uyumlu yorumunu ya da yorumda esas alınmasını ifade eder. Sisteme uygun yorum başlığı altında toplanan türler “Anayasa’ya uygun yorum”, “uluslararası hukuka uygun yorum”, “karşılaştırmalı hukuka uygun yorum”, “hukuk dogmatikine (öğretisine) uygun yorum” ve AB’ye üye devletler bakımından “Avrupa Birliği Hukukuna uygun yorum” olarak sıralanabilir. Bu konu için ayrıca bkz. Oder, Bertil Emrah, Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri, 2010, İstanbul, Beta, 121-225.

⁵ Temel hakların ilke değerini savunan Alexy’de tartım ya da dengeleme

sel referanslar, argümanlar ve özgül araçlar, yorumu bilme/ anlama sürecine dönüştürmeyi; onu, bilimsel ve nesnel temele çekmeyi hedeflerler. Ancak bu nesnel yöntemlerle farklı, çoğul anlamlara ulaşılması durumunda, yorum sonuçları arasında iradi bir tercihte bulunulabilir.⁶ İradi tercihin yorum sürecinin başlangıcında kişisel/ideolojik önkabullerle yapılması ve yorum yöntemleri, argümanlar ve özgül araçların başlangıçtaki

çin özellikle bkz. Alexy, Robert, *Theorie der Grundrechte*, 2. Auflage, 1994, Frankfurt a. Main, Suhrkamp, 146: "Bir ilkenin ihlali ya da yerine getirilmeme derecesi ne kadar yüksekse, diğerinin yerine getirilmesindeki önemin o kadar yüksek olması gerekir. Bu kural hangi türden olursa olsun ilkelerin tartımını için bir kanunu ifade eder. Bu da "tartım kanunu" olarak tanımlanabilir. (...) (Tartım kanunu), ilkelerin ağırlığının kendiliğinden ya da mutlak biçimde belirlenebilir olmadığını, tersine daima ve yalnızca göreceli ağırlıkların söz konusu olabileceğini açıkça ortaya koyar." Alexy'nin çatışan ilkelerin tartımına ilişkin yaklaşımında "üçlü bir skala" söz konusudur: (1) Bir ilkenin diğer ilkeye yönelik müdahalesinin yoğunluğu; (2) Müdahaleyi yapan diğer ilkenin önem derecesi; (3) Bu önem derecesinin diğer ilkeye yönelik müdahaleyi haklı kılmadığı (her iki ilkenin ilişkisi). Alexy'nin kuramına, rasyonellik ve doğruyu bulma bakımından eleştirel bakış için özellikle bkz. Habermas, Jürgen, *Faktizität und Geltung, Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, 1992, Frankfurt, Suhrkamp, 317; La Torre, Massimo, "Nine Critiques to Alexy's Theory of Fundamental Rights", *Arguing Fundamental Rights*, Menéndez, A. J. / Eriksen, E. O. (Eds.), Law and Philosophy Library, 2006, Dordrecht, Springer, 58-61; Alexy'nin tartım kanununun, yargıca takdir yetkisi bırakan farklı rasyonellik limitleri içerdiği, ancak bu durumun, tartımın analitik değerini ve karar sürecinde farklı değişkenleri ortaya koyan açık bir kanıtlanma sağlayan işlevini azaltmadığı yönünde bkz. Pulido, Carlos Bernal, "On Alexy's Weight Formula", *Arguing Fundamental Rights*, 101-112. Anayasa hukukunda tartım çözümlemesi için ayrıca bkz. Schlink, Bernard, *Abwägung im Verfassungsrecht*, 1976, Berlin, Duncker u. Humblot. Dworkin'de çatışan ilkelerin "göreceli ağırlığı" için özellikle bkz. Dworkin, Ronald, *Hakları Ciddiye Almak*, Çev.: Ali Ulvi Türkbağ, 2007, Ankara, Dost Kitabevi, 51 vd.. Pratik uyum için bkz. Hesse, Konrad, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Neudruck der 20. Auflage, 1999, Heidelberg, C.F. Müller Verlag, Rdnr. 317-319; Alman öğretisindeki yaklaşımlar bakımından bkz. Sağlam, Fazıl, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, 1982, Ankara, A.Ü.S.B.F. Yayınları No: 506, 40-41; pratik uyumun anayasa siyaseti olarak anlaşılması gereken bir çağrı sunduğu yönünde bkz. Müller, Friedrich, *Anayasa Hukukunun Çalışma Yöntemleri*, Sağlam, Fazıl (Yayına Hazırlayan), 2009, İstanbul, Maltepe Üniversitesi, 43.

⁶ *Kelsen öğretisinde yargısal yorumun, saf bilme/anlama işlemi ("Erkenntnisakt") değil, yasama sürecine benzer biçimde "hukuk yaratan" ("Rechtsschöpfung") iradi bir işlem olduğunu anımsamak gerekiyor. Hukuku uygulayan, yorum sonucunu saptarken, nesnel yorum yöntemlerini ve diğer nesnel araçları kullandığı sürece bilme/anlama sürecinin sonucu olan yorum seçenekleri arasında iradi bir işleme tercih yapar. Karş. Kelsen, Hans, *Reine Rechtslehre, Zweite, vollständig neu bearbeitete und erweiterte Auflage* 1960, Nachdruck 2000, Verlag Österreich, 351.*

iradi tercihe uygun düşmesi için kullanılması hukuksal değildir (“yorumun araçsallaştırılması”). Tersine, yöntemsel çarpıtmadır; görünüşte (pseudo) kanıtlama ya da kanıtlanması gerekeni kanıt olarak kullanan bir *petitio principii*dir.

Yorum sürecine ilişkin en önemli sonuç, bu sürecin sonunda saptanan anlamın, normun kendisine dönüşmesidir. Norm, tam da bu nedenle norm metni ile özdeş değildir.⁷ Norm, aslında yorum sürecinin son bulgusu/vargısı; yoruma yönelik düşünsel etkinliğin “sonuç değeri”dir.

Anayasa yargısında temel hak ve özgürlükler alanında yorum, denetlenen normun ve bireysel başvuru durumunda -denetim konusu normlar dışında- mahkeme kararlarının benimsediği temel hak ve özgürlük yorumlarının, Anayasa'nın temel hak ve özgürlük normlarına uygunluğu denetlenirken ortaya çıkar. Bu aşamada, anayasa yargıcı öncelikle iki yönlü bir yorum süreci ile karşı karşıyadır. Hem denetlenen normu hem de ilgili Anayasa normunu yorumlamak zorundadır ya da hem mahkeme kararındaki temel hak ve özgürlük yorumunu saptamak hem de ilgili Anayasa normunun yorumunu yapmak zorundadır. Bu iki yönlü yorum sürecinden geçmeden, normun ya da mahkeme kararının Anayasa'ya uygunluğu ya da aykırılığı saptanamaz.

Öte yandan, anayasa yargıcı, diğer anayasa normlarında olduğu gibi temel hak ve özgürlük alanında hukuksal yorum yaparken de yorum ve kanıtlama arasındaki sıkı ve kimi zaman özdeş görülen ilişkiyi göz ardı edemez.⁸ Temel hak ve özgürlük alanında da hukuksal yorumun varlığı, kanıtlama aşamalarının sağlam ve açık biçimde oluşturulmasına ve bu aşamaların yargısal kararda açıkça saptanabilmesine bağlıdır. Aksi

⁷ Yorumun “altlama” (“*Subsumtion*”) ve somutlaştırmanın da (“*Konkretisierung*”) “metin yorumu” (“*Textauslegung*”) anlamına gelmediği yönünde bkz. Müller, Friedrich / Christensen, Ralph, *Juristische Methodik*, Band I, *Grundlegung für die Arbeitsmethoden der Rechtspraxis*, 10. Auflage, 2004, Berlin, Duncker u. Humblot, 158 / 159, Rdnr. 136.

⁸ Yorum ve kanıtlamanın özdeşliği konusunda bkz. Alexy, *Recht, Vernunft, Diskurs*, 78.

halde, sonuç olarak yorum, nesnel ve kamuya açık biçimde sınanabilir hale gelemez. Yargısal kararın gerekçesi bu tür bir kanıtlama içermediği sürece, yargının hukuk devletine uygun davrandığı da söylenemez.

Anayasa yargısında temel hak ve özgürlüklerin yorumu konusunda, genel yorum öğretisinde öne sürülen “somutlaştırma” kavramının özel anlam taşıdığı vurgulanmalıdır. Somutlaştırma, normun yorumlanması ile birlikte her bir somut olayda nasıl uygulandığına işaret eden bir kavramdır. Aşağıda açıklanacağı gibi, temel hak ve özgürlük alanındaki anayasal normların yapıları, nitelikleri gereği, çoğunlukla her bir olay örgüsü bakımından yorum yolu ile somutlaşır ve derinleşirler. Bu derinleşme, normun somut olayda hangi anlamı kazandığını açıklayarak onun kapsamını belirler. Her bir somutlaşma, soyut nitelik taşıyan temel hak ve özgürlük normlarında, anayasa normunu “karar normu”na dönüştürerek, normun kendisine katılır.⁹ Temel hak ve özgürlüklere ilişkin anayasa normlarının önemli bir kısmının soyut nitelik taşıması karşısında, yargıcın “somutlaştırma” işlevinin normun kapsamının belirlenmesinde ne denli önem taşıdığı açıktır.

Temel hak ve özgürlüklere ilişkin anayasal normların çoğunlukla soyut nitelik taşıması, sözel yorumun işlevini büyük ölçüde zayıflatmakta ve “yorum döngüsü”¹⁰ olarak bilinen sözel yorumdan diğer yorum türlerine uzanan kanıtlamada, sözel aşama daha hızlı geçilebilmektedir. Temel hak ve özgürlüklerin normatif yapıları –aşağıda da açıklanacağı üzere– sistematik ve teleolojik kanıtlamaya ağırlık verilmesini zorunlu kılmaktadır. Diğer anayasal normların yorumunda olduğu

⁹ Karş. Müller, Friedrich, *Anayasa Hukukunun Çalışma Yöntemleri*, Sağlam, Fazıl (Yayına Hazırlayan), 2009, İstanbul, Maltepe Üniversitesi, 56; Müller, Friedrich, *Richterrecht, Elemente einer Verfassungstheorie IV*, Heft 119, 1986, Berlin, Duncker u. Humblot, 46-53.

¹⁰ Yorum döngüsü kavramı ve yorumun diyalektik, devam eden bir süreç oluşu konusunda Gadamer, Hans-Georg, *Truth and Method*, Translation edited by Barden, Garrett / Cumming, John, 1975, New York, Seabury Press, 337; “yorum döngüsü” kavramının Heidegger, Gadamer ve Betti’ye dayalı kullanımı için bkz. Larenz, Karl, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 2. Auflage, 1992, Berlin / Heidelberg / New York, Springer Verlag, 94.

gibi, bu alanda da tarihsel yorum diğer kanıtlama yöntemlerini desteklediği ve/veya anayasa normunun yapıldığı döneme yakınlığı ölçüsünde etkili olabilir (“normun yeniliği ile tarihsel yorumun etkisi arasındaki doğrudan orantı”). Temel hak ve özgürlüklere ilişkin anayasa normlarının yorumunda sisteme uygun yorumun bir türü olarak “uluslararası insan hakları hukukuna uygun yorum”, temel hak ve özgürlük alanının hukukun etik ilkeleri ile bağlantısı ve evrensellik savı nedeniyle öne çıkmaktadır. Temel hak ve özgürlük alanında, yorum/somutlaştırma bakımından kanıtlama sürecinde öne çıkan diğer bir unsur, Müller’in “norm alanına ilişkin unsurlar” olarak tanımladığı unsurlardır. Bu unsurlar, normda somut olarak gösterilen ve özellikleri yorum sürecinde dikkate alınması gereken toplumsal gerçekliğe ilişkin öğelerdir, örneğin; kamu tüzel kişileri, vatandaşlar, demokratik toplum, süreli yayın.¹¹

Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvurunun uygulanmaya başlaması ile birlikte, anayasa yargısı dışında kalan yargı yerleri bakımından uyuşmazlık çözümünde “Anayasa odaklı yorum”, “temel hak ve özgürlük odaklı yorum” olarak ağırlık kazanmak zorundadır. Bireysel başvuru sürecinde, bu anlamıyla “Anayasa odaklı yorum” yapmayan yargı yerlerinin temel hak ve özgürlüklere ilişkin Anayasa’ya aykırı yorumları denetlenecektir. Bireysel başvuru süreci, anayasa yargısı bakımından, temel hak ve özgürlük alanında güçlü ve sağlam bir kanıtlamanın inşasını her zamankinden daha acil kılmaktadır. İleride yargısal tutumları esas alan ve temel hak ve özgürlük alanındaki kanıtlamanın izlediği yöntem ve sorunlara odaklanan gözlemler, tam da bu kaygıya karşılık vermeyi hedeflemektedir.

¹¹ Bu kavramla, uyuşmazlığa ilişkin olguların toplamı kastedilmemektedir. Norm alanı unsurları, norm dışı ya da onu aşan fiili durum ve gerçeklik de değildir. Normun hukuksal buyruğundan çıkartılabilecek (“norm programı”) ve hukuksal anlamda kararı etkileyebilme değerine sahip olgulardır. Plak endüstrisinin rekabet gücünün diğer benzer iletişim araçlarını üreten endüstriden farklılığı ya da medyanın kamusal etkisinin özellikleri gibi olguların, bir normun Anayasa’ya uygunluk denetiminde ele alınması norm alanı unsurlarının dikkate alındığının belirtisidir. BVerfGE 36, 321 ve 334 vd.; BVerfGE 74, 297 ve 350; karş. Müller, Friedrich / Christensen, Juristische Methodik, 248 / 250-251.

2. Temel Hak ve Özgürlüklere İlişkin Normatif Yapılar ve Bunların Yorumuna Etkisi

Anayasa normlarının yorumu bakımından, temel hak ve özgürlüklere ilişkin düzenlemelerin normatif yapılarının taşıdığı özellikler belirleyicidir. Temel hak ve özgürlüklere ilişkin normların büyük bir kısmının soyut ve genel nitelikli güvenceler içermeleri, onların salt sözel yorumla anlamlandırılmasını ve uyumsuzlukların altlama yolu ile basitçe çözümünü neredeyse imkansız kılmaktadır.¹² Öte yandan, hak ve özgürlüklerin birbirleriyle ilişkili bir bütünlük oluşturması ve her bir temel hak ve özgürlüğün etki alanını koruyabilmesi zorunluluğu sistematik yorumu zorlamaktadır. Bu nedenle, Anayasa'nın bütünlüğü ilkesi ve bu ilke çerçevesinde değerlendirilebilecek olan "pratik uyum ilkesi", temel hak ve özgürlükler alanında özel değere sahiptir. Temel hak ve özgürlük alanının insan onuruna odaklanan hukukun etik ilkeleri ile bağlantısı ise teleolojik ön anlayışları ve uluslararası insan hakları hukukunun verilerinin gözetilmesini gerektirmektedir. Temel hak ve özgürlüklere ilişkin normatif yapıların farklılığı ve bunların yoruma etkisi bakımından aşağıdaki sınıflandırma temel önem taşımaktadır.

a. Soyut ve Genel Nitelikli Güvenceler ("ilke normlar")

Temel hak ve özgürlüklere ilişkin anayasal normların önemli bir kısmı soyut ve genel niteliklidir. Soyut ve genel nitelikli anayasal normlar, temel hak ve özgürlüğe ilişkin ana güvenciyi belirtmek üzere ifade edilirler, ancak çoğunlukla ilgili hak ve özgürlüğün kapsamına o hak ve özgürlüğün hangi kullanım biçimlerinin girdiğini ya da girmediğini belirlemezler. Böylece hak ve özgürlüğün somutlaştırılmasında, yasa koyucuya ve uyumsuzluk halinde yargısal karara alan yaratırlar. Örneğin;

¹² Anayasa madde 93/1'de yer alan "Türkiye Büyük Millet Meclisi her yıl Ekim ayının ilk günü kendiliğinden toplanır." biçimindeki norm, açıktır ve salt sözel yorumla ulaşılabilecek kesin bir anlama sahiptir. Bu normun açıklığı, sözel yönden temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir normdan daha iyi ya da başarılı biçimde ifade edilmesi ile ilgili değildir. Bu tür bir norm ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin normun düzenleme konularına göre "yapısal farklılığı" bulunmaktadır.

Anayasa madde 23/1 (“Herkes, yerleşme ve seyahat hürriyetine sahiptir.”) Ancak bu tür normlarda, sözel yorum hak öznelrinin belirlenmesi gibi sınırlı bir işlev görür ve hak ve özgürlüğün özgül kullanım biçimleri konusunda yeterli olamaz. O nedenle, teleolojik, sistematik ya da sisteme uygun kanıtların (özellikle uluslararası insan hakları hukuku) önemi artar.

Soyut ve genel nitelikli temel hak ve özgürlük güvencelerinin “kapsam”ının belirlendiği anayasal normlar ise hak ve özgürlük normunun somutlaşmasını kolaylaştırır. Bu tür normlarda, sözel yorum daha fazla anlam taşıyabilir. Örneğin; Anayasa madde 20/son (“Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar.”).

Soyut ve genel nitelikli normatif düzenlemeler, ilgili temel hak ve özgürlüğün “ilke” niteliğini öne çıkarmakta ve ilkelerin “kural” niteliğini kazanması, yargısal sürecin getirdiği somutlaşma ile gerçekleşmektedir. İlke norm niteliğindeki temel hak ve özgürlükler bakımından özel sınırlama nedenleri ya da sınırlama nedeni içermeyen hak ve özgürlüklerde, somut olaya özgü olarak “Anayasa’nın bütünlüğü ilkesi” gereği diğer temel hak ve özgürlükler ya da anayasal değerler çerçevesinde bir uyumlaştırma (“ölçülülük ilkesi”, “tartım”, “dengeleme”, “pratik uyum”) söz konusu olmaktadır.

b. Pozitifleşmiş Öz Öğeleri (“kural normlar”)

Anayasa’da soyut ve genel olmaları nedeniyle “ilke” niteliğine sahip temel hak ve özgürlük normları yanında, “hak ve özgürlük lehine yasaklar” olarak beliren ve ilgili hak ve özgürlüğün Anayasa’da somutlaşmış öz güvencesini bildiren normlar da bulunmaktadır. Bu tür öz güvenceleri, pozitif düzenleme ile Anayasa düzeyinde saptandıkları için “pozitifleşmiş öz güvenceleri” olarak adlandırılabilir. Örneğin; Anayasa madde 51/1 son cümle (“Hiç kimse bir sendikaya üye olmaya ya

da üyelikten ayrılmaya zorlanamaz.”); Anayasa madde 24/3 (“Kimse, ibadete, dini ayin ve törenlere katılmaya, dini inanç ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz; dini inanç ve kanaatlerinden dolayı kınanamaz ve suçlanamaz.”); Anayasa madde 28/1 (“Basın hürdür, sansür edilemez. Basımevi kurmak izin alma ve mali teminat yatırma şartına bağlanamaz.”); Anayasa madde 29/1 (“Sürelî veya süresiz yayın önceden izin alma ve mali teminat yatırma şartına bağlanamaz.”) ya da Anayasa 38/10 (“Ölüm cezası ve genel müsadere cezası verilemez.”). Bu tür temel hak ve özgürlük normları, ilke normlara oranla hak ve özgürlük lehine yasaklar yönünden belirli ve öngörülebilirlerdir. O nedenle, pozitifleşmiş öz güvencesi ne kadar açık ve kesinse, norm o kadar yüksek oranda “kural” değeri taşır. Temel hak ve özgürlüklere ilişkin normlar kural değeri taşıdıka, sınırlama karşısında geniş dokunulmaz alanlar yaratırlar. Anayasa koyucular, temel hak ve özgürlükler alanında mutlak güvenceler yaratmak istiyorlarsa, kural niteliğine yaklaşan pozitifleşmiş öz güvencelerinin sayısı artırılmalıdır.

c. Özel Sınırlama Nedeni İçeren Temel Hak ve Özgürlükler

Bu tür temel hak ve özgürlükler bakımından özel sınırlama nedeni ne denli genel ve soyut kaleme alınmışsa, hak ve özgürlük bakımından risk o denli yüksektir. Örneğin; Anayasa madde 33/3 (“Dernek kurma hürriyeti ancak, milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlak ile başkalarının hürriyetlerinin korunması sebepleriyle ve kanunla sınırlanabilir.”)

Özel sınırlama nedeni “kamu düzeni” ya da “genel ahlak” gibi soyutluk ve genellik düzeyi yüksek, yasa koyucu ya da anayasa yargıcına yol göstermesi somut olayın koşulları içinde belirlenebilen kavramlar içeriyorsa, yasa koyucu ve yargıç bu tür “nedenleri” yer, konu ve zaman bakımından somutlaştırarak -genel ahlak bakımından cinsiyetçi kalıplardan arındırarak- ve normun olgusal bağlamı içinde tartarak yorumlamalıdır. Anayasa normları “kamu düzeni” gibi genel ve soyut özel sınırlama nedenleri yerine “başkalarının meslek sırlarının korunması” ya da “ırk, dil, din, mezhep, etnik ya da sosyal köken veya cinsiyete dayalı şiddetin teşviki” gibi açık ve somut özel

sınırlama nedenleri içerdiği ölçüde, temel hak ve özgürlüklerin kanun ve yargısal kararın somutlaştırması eliyle korunması da kolaylaşır. Özel sınırlama nedenleri, demokratik ve özgürlükçü anayasal düzenlerde ve uluslararası insan hakları içtihatlarında kabul gören ve ilgili temel hak ve özgürlüğün doğasına uygun “özgüleşmiş” özel nedenlere kavuştukça, yargısal yorum ile koruma düzeyi de artacaktır. “Özgüleşmiş” özel sınırlama nedenleri, yargısal somutlaştırmayı kolaylaştırırken, genel ve soyut nitelikli özel sınırlama nedenleri yargısal somutlaştırmanın hukuksal biçimde yapılmasını güçleştirmektedir.

d. Sınırlama Nedeni İçermemekle Birlikte Sınırlama Klozu İçeren Temel Hak ve Özgürlükler

Temel hak ve özgürlüklere ilişkin anayasa normlarının bir kısmı özel sınırlama nedeni içermemekle birlikte, sınırlama klozunu farklı düzenleme biçimleri ile kabul etmektedirler. Örneğin; Anayasa madde 17/2 (“kanunda yazılı haller”), Anayasa madde 20/son (“kanunda öngörülen haller”) ya da Anayasa madde 22/son (“İstisnaların uygulanacağı kamu kurum ve kuruluşları kanunda belirtilir.”). Sınırlama klozunun kimi zaman düzenleme üzerinden ifade edildiği normatif yapılar da bulunabilir. Örneğin; Anayasa 54/3: (“Grev ve lokavtın yasaklanabileceği veya ertelenebileceği haller ve işyerleri kanunla düzenlenir.”). Bu tür normatif yapıya sahip temel hak ve özgürlükler bakımından, ilgili temel hak ve özgürlüğün amacı ve somut olayın bağlamı doğrultusunda, diğer temel hak ve özgürlükler ya da anayasal değerler ile çatışma halinde, somut uyumsuzluktaki kullanım biçimi ile sınırlı olmak üzere, uyumlaştırmaya gidilebilir. Uyumlaştırma, çatışan temel hak ve özgürlükler ya da temel hak ve özgürlükler ile anayasal değerler arasında optimum bir denge arayışı sürecini ifade eder. Ancak dengeleme sürecinde yapılan tartımda, somut olaydaki hak ve özgürlüğün kullanım biçimi ve çatıştığı hak ve özgürlük ya da anayasal değer bakımından bir öncelik sıralaması da yapılır. Dolayısıyla, bu tür temel hak ve özgürlüklerde yalnızca ilgili temel hak ve özgürlüğe odaklanan teleolojik kanıtlama değil, sistematik-teleolojik kanıtlama vazgeçilmezdir (“tartım”, “dengeleme”, pratik uyum”).

e. Sınırlama Nedeni ya da Sınırlama Klozu İçermeyen Temel Hak ve Özgürlükler

Bu tür temel hak ve özgürlükler (örneğin; hak arama özgürlüğüne ilişkin Anayasa madde 36), pozitifleşmiş öz öğeleri niteliğini taşıyan ve kural değerine yaklaşan normatif yapılara sahip olmadıkları sürece, Anayasa'nın bütünlüğü ilkesi çerçevesinde hareket edilmesi olasılığı yüksektir. Sınırlama nedeni içermeyen temel hak ve özgürlükler ile diğer temel hak ve özgürlüklerin ya da bunlarla anayasal değerlerin çatışmalarına çözüm bulmak zorunludur. Sınırlama nedeni ya da sınırlama klozu içermeyen temel hak ve özgürlükler için de, yalnızca ilgili temel hak ve özgürlüğe odaklanan teleolojik kanıtlama değil, sistematik-teleolojik kanıtlama vazgeçilmezdir (“tartım”, dengeleme”, pratik uyum”). Bu tür temel hak ve özgürlüklerde, çatışmaların çözümü hakkın belirli kullanım biçimleri ile sınırlı olup, yasa koyucu ya da yargıca özel sınırlama nedeni içeren hak ve özgürlüklerde olduğu gibi önceden sınırlama izni vermez. O nedenle, özel sınırlama nedeni içermeyen temel hak ve özgürlüklere ilişkin olarak uyumlaştırma istisnadır ve uyumlaştırma zorunluluğunda yasa koyucunun “sıkı denetimi” (“*strict scrutiny*”) asıl olmalıdır.

f. Düzenleme ya da Tespit, Gösterme, Belirtme Klozu İçeren Temel Hak ve Özgürlükler

Anayasa normlarına bakıldığında, temel hak ve özgürlüklerin önemli bir kısmında, kanunla düzenleme, tespit etme, gösterme, belirtme klozlarının yer aldığı görülmektedir. Örneğin; Anayasa 42/2 (“Öğrenim hakkının kapsamı kanunla tespit edilir ve düzenlenir.”); Anayasa 29/3 (“Sürelî yayınların çıkarılması, yayım şartları, mali kaynakları ve gazetecilik mesleği ile ilgili esaslar kanunla düzenlenir. Kanun, haber, düşünce ve kanaatlerin serbestçe yayımlanmasını engelleyici veya zorlaştırıcı siyasal, ekonomik, mali ve teknik şartlar koyamaz.”); Anayasa madde 32/1 (“Düzeltilme ve cevap hakkı, ancak kişilerin haysiyet ve şereflerine dokunulması veya kendileriyle ilgili gerçeğe aykırı yayınlar yapılması hallerinde tanınır ve kanunla düzenlenir.”); Anayasa 68/7 (“Yükseköğretim öğ-

rencilerinin siyasi partilere üye olabilmelerine ilişkin esaslar kanunla düzenlenir.”). Düzenleme, tespit etme, gösterme ve belirtme biçiminde kanuna yetki verilmesi, anayasa yargıcının bu tür yetkiyi kullanan kanunları “sınırlamanın sınırı”na ilişkin ilkeler bakımından denetlemeyeceği anlamına gelmez. Söz konusu düzenlemeler, tespitler, göstermeler ya da belirtmeler “sınırlama” niteliği taşıma potansiyeline sahiptir ve bunların sınırlama niteliği taşıyıp taşımadığı anayasal denetime mutlak konu olmalıdır. Anayasa, düşünciyi açıklama özgürlüğü bakımından “düzenleme-sınırlama” ilişkisini belirlerken de, “düzenleme”nin riskli doğasını aslında kabul etmektedir:

“Anayasa madde 26/4: Haber ve düşünceleri yayma araçlarının kullanılmasına ilişkin *düzenleyici hükümler*, bunların yayımını engellemek kaydıyla, düşünciyi açıklama ve yayma hürriyetinin *sınırlanması sayılmaz*.”¹³

g. Tedbir Alma Yükümlülüğü İçeren Temel Hak ve Özgürlükler

Temel hak ve özgürlüklere ilişkin normlar, kanun ile düzenleme yetkisine benzer biçimde, “devletin tedbir alma yükümlülüğü”ne de gönderme yapmaktadır. Burada “tedbir alma” daha geniş bir kavram olmakla birlikte, kimi zaman hakkın veya özgürlüğün etkili biçimde kullanımı, kimi zaman çatışma potansiyeline sahip hak ve özgürlükler ya da bir hak ya da özgürlüğün farklı kullanım biçimleri söz konusu olduğunda tercih edilmiş bir düzenleme biçimidir. O nedenle, devletin olumlu edimini gerektiren haklarda sıklıkla kullanılması ya da çalışma ve sözleşme özgürlüğü gibi devletin uzlaştırıcı ya da dengeleyici işlevinin öne çıkabileceği alanlarda karşılaşılabileceği rastlantı değildir. Tedbir alma da sınırlama, düzenleme, tespit, belirtme, belirleme ve gösterme gibi çok farklı biçimlerde ortaya çıkabilir. Anayasa’da “tedbir alma yükümlülüğü”nün çerçevesinin çizildiği durumlarda “sınırlama nedenleri”ne

¹³ Eğik yazı (italik) bölüm özellikle vurgulanmıştır.

yaklaşan bir düzenleme tekniğinin olduğu söylenebilir. Örneğin; Anayasa madde 44/1 (“Devlet, toprağın verimli olarak işletilmesini korumak ve geliştirmek, erozyonla kaybedilmesini önlemek ve topraksız olan veya yeter toprağı bulunmayan çiftçilikle uğraşan köylüye toprak sağlamak amacıyla gerekli tedbirleri alır.”); Anayasa madde 48/2 (“Devlet, özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır.”).

Tedbir alma biçimindeki normatif yapı, özellikle “çalışma ve sözleşme özgürlüğü” alanında, bu alanın hak ve özgürlük çatışmaları (örneğin; rekabet alanında girişimci-girişimci, çalışma yaşamında işçi-işveren ya da sözleşmeler hukukunda kiracı-kiralayan) bakımından düzenlenebilir olmasını mümkün kılmaktadır. Buradaki düzenleme yetkisi, çoğunlukla çalışma ve sözleşme özgürlüğünün sınırlarını da belirlemektedir (örneğin; kumarhanelerin yasaklanması ya da sözleşmelerde şekil şartları).

Tedbir alma yükümlülüğünün yorumu ve sınırları bakımından da, diğer hak ve özgürlükler ya da anayasal değerlerle desteklenen sistematik-teleolojik kanıtlamanın önemi artmaktadır (örneğin; çalışma ve sözleşme özgürlüğünde Anayasa madde 48/2'deki “sosyal amaçlar”ın anayasal değer olarak sosyal devlet ya da Anayasa'nın “ekonomik hükümler” başlığında 172. maddesinde düzenlenen tüketicinin korunması ile birlikte yorumlanması).

h. Doğrudan Etkiye Sahip Temel Hak ve Özgürlükler

Temel hak ve özgürlüklerin normatif yapısı Anayasa'da açık, koşulsuz ve yasa koyucunun takdir yetkisine yer vermeyecek biçimde de kurgulanmış olabilir. Anılan özellikleri taşıyan normlar, doğrudan etkili normlardır ve kural olarak salt anayasa yargıcı değil, tüm makamlar tarafından aracı bir işleme gerek kalmaksızın uygulanabilirler. Doğrudan etkili normların “açık, koşulsuz ve yasa koyucunun takdir yetkisine yer vermeyen doğaları” onlara ilke değil, “kural norm” niteliği

kazandırır. Sınırlı örneklerde karşılaşılan bu durum, anayasa yargıcının sözel yoruma vereceği ağırlığı artırarak, sözel anlamın açık olması durumunda sözün sınır çizici işlev görmesine de neden olur. Örneğin; Anayasa madde 39 (“Kamu görev ve hizmetinde bulunanlara karşı, bu görev ve hizmetin yerine getirilmesiyle ilgili olarak yapılan isnatlardan dolayı açılan hakaret davalarında, sanık, isnadın doğruluğunu ispat hakkına sahiptir. Bunun dışındaki hallerde ispat isteminin kabulü, ancak isnat olunan fiilin doğru olup olmadığının anlaşılmasında kamu yararı bulunmasına veya şikayetçinin ispata razı olmasına bağlıdır.”); Anayasa madde 32/2 (“Düzeltilme ve cevap yayımlanmazsa, yayımlanmasının gerekip gerekmediğine hakim tarafından ilgilinin müracaat tarihinden itibaren en geç yedi gün içerisinde karar verilir.”)

II. Anayasa Yargısında Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumunda Yargısal Tutumlar

Yargısal tutumların temel hak ve özgürlük alanında yönetsel bakımdan sistematik ve rasyonel bir gelişim izleyerek hukuksal yoruma kavuşabilmesi için normatif yapıların yukarıda açıklanan özellikleri dikkate alınmalıdır. İlgili temel hak ve özgürlüğün normatif yapısını dikkate almayan “yorum” öngörülebilir ve nesnel olamayacağı gibi, yönetsel referansların ve araçların keyfi kullanımına dayalı bir “anlama biçimi” den öteye gidemez (“ben böyle anlıyorum/ biz böyle anlıyoruz”). Aşağıdaki gözlemler, 2001 Anayasa değişiklikleri sonrası içtihadın temel hak ve özgürlük alanında izlediği yargısal tutumlara yönelik yapılmış bir tarama çalışmasının sonuçlarını yansıtmaktadır. Bununla amaçlanan,

- Anayasa Mahkemesi'nin temel hak ve özgürlük alanında ne tür yargısallaşma eğilimleri gösterdiğinin;
- bu eğilimlerde ne tür sınıflandırmaların ortaya çıktığının;
- anayasal içtihatta belirli yorum örüntülerinin gözlemlenip gözlemlenmediğinin ve

- içtihadın normatif yapıların özelliklerini gözeten sistematik, rasyonel, öngörülebilir nitelik taşıyıp taşımadığının saptanmasıdır.

1. Özel Sınırlama Nedeni İçermeyen Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanamazlığı Tezi

Özel sınırlama nedeni içermeyen temel hak ve özgürlüklerin sınırlanamazlığı tezinin, 2001 sonrası anayasal içtihadta, öncelikle “hak arama özgürlüğü” bakımından dile getirildiği görülmektedir. Anayasa Mahkemesi’nin, 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu’nun 163/4. maddesinde yer alan düzenlemeyi iptal ederken ileri sürdüğü gerekçelerden biri, Anayasa’nın 36. maddesinde özel sınırlama nedenlerinin bulunmayışıydı. Dava konusu kanun hükmüne göre, “sulh ceza mahkemesinin görevine giren suçlar” için düzenlenen iddianameelerde sanığın açık kimliğinin, uygulanması gereken kanun maddesinin ve esaslı kanıtların gösterilmesinin yeterli olduğu belirtiliyordu. Buna karşılık, asliye ve ağır ceza mahkemelerinin görevine giren işlerde, isnat olunan suçun kanuni unsurlarının nelerden ibaret olduğu ve hazırlık tahkikatı sonucu ulaşılan esaslı neticelerin iddianameye yazılması da öngörülmekteydi. Denetlenen norm bakımından tartışma konusu olan, sulh ceza mahkemelerinin görevine giren suçlarda iddianamedeki unsurların daha sınırlı tutulmasıdır. Anayasa Mahkemesi savunma hakkı karşısında bu durumun, Anayasa’ya aykırı olup olmadığını yanıtlamak zorundaydı. Mahkeme, normu iptal ederken, savunma hakkının “etkin ve amaca uygun kullanımı”nı hukuk devletinin bir gereği olarak vurgulamış ve suçlamaya karşı savunma hakkının kullanılmasından suç tipleri arasında farklılık gözetilemeyeceği yönünde ilkesel bir tavır da takınmıştır. Ancak savunma hakkının etkin ve amaca uygun kullanımına dayanan –özünde bir anayasal değer olan hukuk devleti ile uyumlu bu yorum (“sistematik yorum”)- Anayasa’nın hak arama özgürlüğüne ilişkin 36. maddesinde sınırlama nedeni bulunmamasıyla da bağlantılandırılmaktadır:

“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.”¹⁴

Yine hak arama özgürlüğüne ilişkin 2005 yılındaki başka bir içtihadta, benzer tutum sergilenmiştir. Bu içtihadta denetlenen kanun hükmü, idari yargı mercilerine yapılan itirazda, gümrük idaresine yapılan itiraz sırasında kullanılan bilgi ve belgeler dışında herhangi bir bilgi ve belgenin kullanılmasını yasaklıyordu. Mahkeme, yasağın “savunma hakkının kısıtlanmasına yol açarak, yargı merciinin doğru ve adil bir sonuca ulaşılabilmesini engellediği” savıyla, ilgili kanun hükmünü Anayasa’nın 36. maddesine aykırı görmüştür. Karar gerekçesinde, aykırılığın tespitinin ardından, yasağın “sınırlama nedeni öngörülmemiş olan” hak arama özgürlüğüne aykırılığı vurgulanmıştır.¹⁵

Anayasa Mahkemesi, özel güvenlik teşkilatında çalıştırılacak personelin kamu hizmetlerine girişine ilişkin içtihadında da özel sınırlama nedeni içermeyen temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılabileceği tezini savunmaktadır:

“Anayasa’nın 13. maddesine göre, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması, ilgili maddelerinde bir sınırlama nedeni bulunmasına bağlıdır. Anayasa’nın 67. ve 68. maddelerinde ise belirli görevler dışında siyasi partilere üye olma konusunda bir engelleme öngörülmediğinden itiraz konusu kuralla getirilen sınırlamanın Anayasa ile uyum içinde olmadığı açıktır.”¹⁶

Bu içtihadta konu olan kanun hükmü, özel güvenlik teşkilatında çalıştırılacak personel için “yapılacak soruşturma sonucu, başvurma tarihine göre son beş yıl içinde herhangi bir siyasal partiye üye olmama veya siyasal partinin organları veya bağlı kuruluşlarında görev yapmamış bulunma” koşulunu içeriyordu. Bu koşul, siyasal partiye üye olmuş kişiler bakımın-

¹⁴ E. 2000/48, K. 2002/36, K.t. 20.3.2002.

¹⁵ E. 2003/7, K. 2005/71, K.t. 18.10.2005.

¹⁶ E. 2002/38, K. 2002/89, K.t. 8.10.2002.

dan, siyasal haklar arasında yer alan “kamu hizmetine girme” hakkı yönünden, “doğrudan bir sınırlama” içermektedir. Aynı koşul, siyasal partiye üye olmamış kişiler –davada aday personel- bakımından, siyasal partiye üye olma hakkı yönünden geleceğe etki eden bir sınırlama niteliği taşımaktadır. Davada siyasal partiye üye olma hakkının kullanılması, başka bir hak üzerinde o hakkı ortadan kaldırıcı bir işlev görmektedir. Güvenlik personeli olarak hizmete girecekler için –ve bunlarla sınırlı olmak üzere- siyasal partiye üye olma hakkının tercihi engellenmektedir. Anayasa Mahkemesi kararında, Anayasa’nın 67. maddesinde yer alan ilintili hakkın (“siyasal parti içinde siyasal faaliyette bulunma hakkı”) “kanunla düzenlenme” klotuna (madde 67/4) bağlı olması ve ilgili kanun hükmündeki koşulun düzenleme sınırlarını aşması dikkate alınmamıştır. Dolayısıyla, Mahkeme

- kanun ile düzenlemenin Anayasa’ya aykırı bir sınırlamaya yol açmaması gereğini (“düzenleme yetkisinin sınırları sorunu”) ve
- şeklen düzenleme niteliği taşısa da, maddi anlamda sınırlama niteliği taşıyan hükümlerin, Anayasa’nın 13. maddesindeki “sınırlamanın sınırları”na uygunluğunun denetlenmesi zorunluluğunu vurgulamamıştır. Dolayısıyla kararda, ilgili temel hak ve özgürlüklerin normatif yapılarının dikkate alındığı söylenemez.

Öte yandan, anılan normun denetimi için Anayasa’nın 68. maddesi bakımından yapılacak değerlendirmede, siyasal partiye üyeliği yasaklayan kamusal görevlerin doğrudan Anayasa düzeyinde ve belirli kamusal görevlerle ve kişilerle sınırlı sayıda (*numerus clausus*) belirlenmesi kuşkusuz önem taşımaktadır (Anayasa madde 68/5). Siyasal parti üyeliğini Anayasa düzeyinde ve “sınırlı sayıda” düzenleme tekniği ile yasaklayan özel bir normun varlığı (“istisna normu”), “sınırlı sayıda görev ve kişi grubu”na dahil olunmadığı sürece, siyasal partiye üye olma hakkının kanun düzeyinde yasaklanamayacağına ilişkin bir “pozitifleşmiş öz güvencesi”ni de içermektedir. Dolayısıyla, siyasal partiye üye olma hakkını olumsuz yönde etkileyen

kanun hükmünün Anayasa'ya aykırılığı, Anayasa'nın 68. maddesinin sınırlama klozu içermemesinden değil; hakkın kullanımının yasaklanmasında özel anayasal norm barındırmasından kaynaklanabilir. Söz konusu özel norm, temel hak ve özgürlüklerin yorumunda istisna normu olarak "Anayasa-içi özel bir kant" oluşturmaktadır. Ancak Mahkeme'nin yukarıda alıntılanan içtihadında böyle bir yönetsel bakışı, ayırt etmek mümkün değildir. Tersine, yukarıda alıntılanan ilk cümlede görüldüğü gibi, özel sınırlama nedeni bulunmayan özgürlükler bakımından sınırlamanın yapılamayacağı belirtilmektedir.

Denetlenen kanun hükmü bakımından genel kolluk yetkisine bağlı güvenlik konusu söz konusu olduğu için "kamu hizmeti"ne ilişkin analogik (örneksemeye dayalı) bir değerlendirmenin yapılması da mümkün gözükmektedir. Kamu hizmetlerine girme hakkı bakımından Anayasa madde 70/1, bu hakkı vatandaşlık koşuluna bağlayarak güvence altına alırken, madde 70/2 hakkın pozitifleşmiş bir öz güvencesine de yer vermektedir: "Hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiç bir ayırım gözetilemez." Böylece, yasa ve idari makamlar için bu konudaki takdir yetkisinin dış sınırı da çizilmektedir. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi, bu hükme dayandığı anda, davadaki sınırlamanın "görevin gerektirdiği niteliklerle haklı kılınabilecek bir neden" içerip içermediğini, öncelikle demokratik toplum düzeninin gerekleri ve Anayasa'nın sözü ve ruhu çerçevesinde sınamak zorundadır. Söz konusu sınamada, "Anayasa'nın sözü ve ruhu" sistematik yoruma dayanak oluşturan pozitif bir anayasal temel sunmaktadır. Sistematik yorum gereği olarak varılan sonuç ise şu olmalıdır: Anayasa'nın 68. maddesinde siyasal parti hakkı bakımından, hakkı yasaklamada öngörülen sınırlı sayıdaki anayasal düzenleme tekniği, kamu hizmetlerine girme hakkının anayasal sınırlarının saptanmasında dikkate alınmalıdır. Böylece, kamu hizmetlerine girme ve siyasal partiye üye olma ilişkisi bakımından, öncelikle Anayasa madde 68/4'deki sınırlardan ("görevler ve kişiler") söz edilebilir. Bu noktada, yorumdaki temel sorular şöyle özetlenebilir: Güvenlik görevlisi olarak memur statüsünün Anayasa gereği parti üyeliği ile

bağdaşmazlığı, hizmete girmeyi engelleyebilecek bir haklı neden midir? Yoksa girmeyi engellemeyen, ancak görevi sürdürmeyi engelleyen ve disiplin cezası veya başka yaptırımlara tabi tutulması ölçülü sayılabilecek bir haklı neden midir? Anayasa, memurluk ile parti üyeliğinin bağdaşmazlığını siyasal partiye üye olma hakkı bağlamında düzenlerken; bağdaşmazlığın hangi aşamada ve nasıl sonuç doğuracağı konusunda özel hüküm içermemektedir. O nedenle, kamu hizmetine girme hakkı bakımından sorunun yanıtı, Anayasa madde 68/4'ü de dikkate alarak, yalnızca “demokratik toplum düzeninin gerekleri” ve “ölçülülük ilkesi” dikkate alınarak verilebilir. Bu noktada, “demokratik toplum düzeninin gerekleri” ile “görevin gerektirdiği nitelikler” birlikte düşünülmelidir. Böylece demokratik bir toplumda kanun hükmünün uygulanacağı bağlamda (yeryüzünde), siyasal parti üyeliğinin güvenlik hizmetine girmede haklı bir engel oluşturup oluşturmadığı sınırlanabilir. Ölçülülük ilkesi, söz konusu engeli hizmete girmeyi yasaklama biçiminde gerçekleştirmenin kaçınılmaz olup olmadığını belirleyerek, hakkın özünü de somutlaştırır.

Ancak denetlenen kanun hükmünün denetiminde Mahkeme'nin bu yolu izlemediği ve denetimi, aşağıda yer alan cümle ile sonuçlandırdığı görülmektedir:

“İtiraz konusu kuralla getirilen göreve kabul edilebilmek için son beş yıl içinde bir siyasi partiye üye olmamak koşulunun ise görevin gerektirdiği bir nitelik olmadığı kuşkusuzdur.”¹⁷

Anayasa'nın 70. maddesi bakımından yukarıdaki ifade ile sınırlı denetim, gerçek anlamda bir temel hak ve özgürlük denetimi değildir. Karar, temel hak ve özgürlüklere ilişkin normatif yapıların gözetilmesi, ilişkilendirmenin yapılması ve sınırlama ölçütlerinin uygulanması bakımından yetersizdir. Bu tür yetersiz denetimlerde, ortada bir karar gerekçesi olduğu açıksa da, hukuksal bir kanıtlanmanın varlığından söz edilemez. Anayasa Mahkemesi'nin bu tür kararları, Anayasa normlarının somutlaşmasına da izin vermemektedir.

¹⁷ E. 2002/38, K. 2002/89, K.t. 8.10.2002.

Mahkeme, Avukatlık Kanunu'nda avukatların baro naklini açılan disiplin kovuşturmasının sonlanmasına bağlayan kuralı iptal ederken, bu kez çalışma ve sözleşme özgürlüğü bakımından özel sınırlama nedenine yer verilmediğine dayanmaktadır. Davada, Anayasa'nın 48/2. maddesindeki "devletin tedbir alma yükümlülüğü"ndeki özgül nedenlerin anlamı; tedbir alma yükümlülüğünün kapsam ve sınırları; denetlenen normun bu yükümlülük kapsamındaki yeri ve kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının düzenleme yetkisine tabi mesleklerin özel konumu (Anayasa madde 48 ile Anayasa madde 135'in sistematik yorumu) gibi unsurlar dikkate alınmamıştır. Sınırlamanın sınırına ilişkin ölçütlerin uygulanması da gerçekleşmemiştir:

"İtiraz konusu kurala göre nakil isteğinde bulunan avukat hakkında bir disiplin kovuşturmasının devam etmesi halinde bu kovuşturma sonuçlanmadan önce nakil isteği ile ilgili hiçbir işlem yapılamayacaktır. Hakkında disiplin kovuşturması yürütülen bir avukatın, üyelerine karşı sahip olduğu hak ve yetkiler bakımından eşit konumda olan başka bir baroya nakledilmesi, kovuşturmayı yürüten baronun yetkilerinde bir değişiklik meydana getirmeyecek ve devam etmekte olan kovuşturmayı etkilemeyecektir. Kovuşturma sonucunda suçlu işlemediğine ya da hakkında disiplin cezası verilmesine yer olmadığına karar verilebileceği de dikkate alındığında, avukatın başka baroya nakil talebiyle ilgili olarak, disiplin kovuşturması sonuçlanana kadar hiçbir işlem yapılmaması ve başka bir baro bölgesinde sürekli olarak çalışmasının engellenmesi, çalışma özgürlüğünün sınırlandırılmasına yol açacak niteliktedir. Anayasa'nın 13. maddesinde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması, Anayasa'nın ilgili maddelerinde özel sınırlandırma nedeni bulunmasına bağlı tutulmuştur. *Anayasa'nın çalışma özgürlüğünün düzenlendiği 48. maddesinde bu özgürlüğün sınırlandırılması konusunda özel bir sınırlama nedenine yer verilmiştir. Bu nedenlerle çalışma özgürlüğünü sınırlandıran kural Anayasa'nın 13. ve 48. maddelerine aykırıdır, iptali gerekir.*"¹⁸

¹⁸ Eğik yazı (italik) bölüm özellikle vurgulanmıştır. E. 2008/73, K. 2009/120,

Doğaları bakımından özel sınırlama nedeni içermeyen “pozitifleşmiş öz öğeleri”nde hak ve özgürlük lehine olan yasakların kapsamı nasıl yorumlanır? Mahkeme'nin, Anayasa'nın 38/5. maddesini vergi ödevi bakımından ele aldığı içtihadında üstü kapalı biçimde bu soruya yanıt verdiği söylenebilir. Mahkeme, “susma hakkı”na ilişkin pozitifleşmiş öz güvencesinin içkin sınırlarını belirleyerek, hakkın vergi ödevine ilişkin gerekler bakımından uygulanamayacağını saptamaktadır. Susma hakkının içkin sınırları, hakkın “suç ve cezalara ilişkin esaslar” başlığında düzenlenmesi de dikkate alınarak belirlenmiştir. Mahkeme'ye göre, susma hakkı “suçlanmayla başlayan bir haktır”. Dolayısıyla, soruşturma ve kovuşturmanın her aşamasında geçerli olmakla birlikte, bu süreçlerin öncesinde anayasal nitelikli bir ödev olan “vergi ödevi” karşısında geçerli değildir:

“Kamu hizmetlerinin finansmanına, vergiler aracılığıyla katılmak bireylere yüklenen Anayasal bir ödevdir. Yasalar ile yükümlülerin ve onlarla hukuki ilişkide bulunan üçüncü kişilerin vergi ile ilgili kayıtlarının denetlenmesi amacıyla kimi defter, kayıt ve belgeleri tutmak, saklamak ve istenildiğinde yetkililere ibraz etmek zorunluluğuna uyulmamasının suç olarak kabul edilmesi ile suçla itham edilme birbirinden farklı durumlardır. Vergi ile ilgili defter tutma, saklama ve ibraz etme zorunluluğu yasalarla yükümlülere verilen bir görevdir. Bu görevler yerine getirilmediği takdirde suç oluşmaktadır.”¹⁹

K.t. 1.10.2009. Çalışma ve sözleşme özgürlüğü ile toplu iş sözleşmesi hakkı bakımından, özel sınırlama nedeni içermeyen özgürlüklerin varlığı ve dolaylı olarak bunların sınırlanamayacağı tezi bir karşı oy yazısında da dile getirilmiştir: “Anayasa'nın 48. maddesinde, sözleşme hürriyetinin sınırlanması için açık bir sebep gösterilmemiştir. Her ne kadar muhterem çoğunluk, 48. maddenin ikinci fıkrasında belirtilen ve özel teşebbüslerin çalışmalarına ilişkin tedbirlerin alınması amacıyla devlete verilen görevi, sözleşme hürriyetinin sınırlanmasına olanak veren bir neden gibi kabul etmiş ise de, bahse konu ikinci fıkranın bu şekilde anlaşılmasının temel hak ve özgürlüklerin korunması ve güçlendirilmesi amacına uymadığı düşüncesindeyim. Kaldı ki, Anayasa'nın 53. maddesinde düzenlenen toplu iş sözleşmesi hakkı yönünden 48. maddedekine benzer, yorum yoluyla dahi sınırlama nedeni kabul edilebilecek herhangi bir kural mevcut değildir.”, bkz. Osman Alifeyyaz Paksüt'ün karşı oy yazısı, E. 2003/66, K. 2005/72, K.t. 19.10.2005.

¹⁹ E. 2004/31, K. 2007/11, K.t. 31.1.2007.

Bu içtihadattaki karşı oy yazısında, “susma hakkı”na ilişkin Anayasa’nın 38/5. maddesinin özel sınırlama nedeni içermeyen bir hak kategorisi olduğu ve o nedenle “yorum ve içtihat” yolu ile sınırlanamayacağı savunulmuştu.²⁰ Ancak Mahkeme’nin, susma hakkı bakımından düzenlendiği bağlama (“suç ve cezalara ilişkin esaslar”) ağırlık verdiği ve doğası gereği özel sınırlama nedeni içermeyen öz güvencelerinin göreceli hale getirilip getirilmeyeceği noktasına eğilmediği görülmektedir. Bu örnekte, öz güvencesinin düzenlendiği sözel ve amaçsal bağlamın tartışmasız olması karşısında, Mahkeme’nin karşı oy yazısında dile getirilen tezi savunmayışına itiraz edilemez.

Dilekçe hakkına ilişkin anayasal içtihadatta da “özel sınırlama nedeni bulunmayan temel hak ve özgürlüklerin sınırlanamazlığı tezi”nin bir yansıması görülmektedir. Söz konusu içtihadatta denetlenen norm, Devlet Memurları Kanunu’nun bir hükmüdür. Hüküm, memurların “toplu müracaat veya şikayet”te bulunmalarını, aylıktan kesme cezası uygulanacak eylemler arasında saymaktaydı. Mahkeme, anılan hüküm, dilekçe hakkına ilişkin anayasal düzenlemede özel sınırlama nedenlerinin yokluğuna da dayanarak iptal etmiştir. Anılan kararda, sınırlama nedenlerinin yokluğu tezine dayanılması, norma ilişkin “kavramsal altlama” bakımından isabetli olmamıştır. Kavramsal altlamadaki isabetsizlik, Anayasa normunun hak özneleri bakımındandır. Anayasa normunun düzenleniş biçimi ve amacı gereği, hükmün denetiminde, hakkın olağan kullanım biçimine farklı hak öznelerinin ayrımsız sahip olmaları gereğinden hareket edilmesi gerekirdi. Anayasa normunun açık sözü ve amacı ışığında, hak öznesi olarak memurların, dilekçe hakkına diğer kişiler gibi ve hakkın olağan kullanım biçimine uygun

²⁰ Osman Alifeyyaz Paksüt’ün karşı oy yazısı, bkz. E. 2004/31, K. 2007/11, K.t. 31.1.2007: “İlgili maddesinde herhangi bir sınırlama nedeni belirtilmeyen bir hakkın, bu hakkı kullanabilecek kişi veya bu kişinin konumu yönünden sınırlandırılması olanağı yoktur. (...) Çoğunluk görüşünün aksine, susma hakkının kullanılmasının sanık veya şüpheli statüsü ile sınırlı olmadığı açıktır.

“Temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasında bu tarz daraltıcı yorumların yapılması, demokratik gelişimin akışı sürecine ters düşen ve bu hak ve özgürlüklerin içinin boşaltılması yolunun açılmasına zemin oluşturan, tehlikeli bir yöntemdir.”

olarak sahip olduğu anayasal bakımdan tartışmasızdır. Buna karşılık denetlenen hüküm, dilekçe hakkını tümel biçimde ortadan kaldırarak, hakkın sağladığı güvencenin ötesine geçmekte ve sınırlama boyutunu fazlasıyla aşmaktadır.²¹

2. Özel Sınırlama Nedeni İçermeyen Temel Hak ve Özgürlüklerin Diğer Hak ve Özgürlükler ya da Anayasal Değerlerle Dengelenmesi Sorunu

a. Üstün Kamu Yararı/ Kamu Yükümlülüğü/Kamu Düzeni Argümanı

Özel sınırlama nedeni içermeyen özgürlüklerin sınırlanmasında, diğer temel hak ve özgürlükler ya da somut anayasal değerlerden yola çıkmayan; bunun yerine “kamu yararı, kamu yükümlülüğü ya da kamu düzeni gibi” söz konusu özgürlükler için Anayasa-içi kanıtlarla somutlaşmamış soyut “haklı nedenler” türeten yargısal tutumun örnekleri az değildir. “Üstün kamu yararı” argümanına ilişkin öncü içtihat, Anayasa Mahkemesi'nin ilaçlar konusunda patent hakkını tanımayan İhtira Beratı Kanunu'na ilişkin kararında bulunabilir. Kararda, patent hakkı 1961 Anayasası'nda özel sınırlama nedeni içeren mülkiyet hakkı değil, sınırlama nedeni içermeyen bilim ve sanat özgürlüğü ile bağlantılı olarak ele alınmıştır. Bu doğrultuda, öncelikle özgül bir anayasal dayanak ile ilişkilendirme yapılmaksızın, ilaç konusunun insan sağlığı ile bağlantısı vurgulanmaktadır. Oysa Mahkeme'nin ilişkilendirmede kullanabileceği Anayasa-içi kanıtlar 1961 Anayasası'nda yer almaktaydı: Mahkeme'nin “sağlık hakkı”na dayanması ve sağlık hakkı ile bilim ve sanat özgürlüğünün sonucu olan düşünsel ürünlere yönelik korumanın sınırları arasında makul bir dengenin kurulup kurulmadığını denetlemesi uygun olurdu. Ancak bu tür bir denetim gerçekleşmemiştir. Açık anayasal dayanaklarla desteklenmeyen “insan sağlığı”nın barındırdığı “üstün kamu yararı”, sınırlama nedeni içermeyen bilim ve sanat özgürlüğü karşısında ağır basmıştır:

²¹ Mahkeme, hak bakımından öznenin “herkes” olduğunu belirtmekle birlikte, sınırlama nedenlerinin maddede düzenlenmemiş olmasına da dikkat çekmektedir, bkz. E. 2008/111, K. 2010/22, K.t. 28.1.2010.

“İlaç konusunun insan sağlığı ile olan yakın ilişkisi göz önüne getirilse yasa koyucunun tutumuna hak vermemek mümkün değildir. Kamu yararının açık bir gereği olan ve “Fikir ürünlerinden sahiplerinin faydalanmalarının korunmasını isteme hakkı, üzerine konulan bu kayıtlamanın, fikir ve bilim özgürlüğünün özünü zedeler bir önem ve kapsamda olduğu ileri sürülemez. Bu konuda sözü edilen kamu yararının önemi de böyle bir kayıtlamayı haklı kılar.

“Toplum sağlığının korunmasının gereği olan niteliği yukarıda belirtilen kayıtlamanın, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin 25., 29. ve 30. maddeleri karşısında, insan haklarına ve demokratik bir toplum olma ilkelerine aykırılığı da ileri sürülemez. Siyasi rejimleri, insan haklarına ve demokratik hukuk devleti esaslarına dayanan bir kısım batı ülkelerinde de söz konusu hakkın bu yolda düzenlendiği görülmektedir.”²²

Yukarıdaki yaklaşım, 2001 sonrası anayasal içtihat da gözlenmektedir. Özel sınırlama nedeni içermeyen hak arama özgürlüğünün, hiçbir tartım söz konusu yapılmaksızın “kamu düzeni ve kamu çıkarı” argümanı karşısında gerilemesi, bu konuda örnek gösterilebilir. Anayasa Mahkemesi'nin, kamusal nitelikli kurum alacaklarının takip ve tahsil usulünde, alacağın tahsilini uzatacağı gerekçesiyle İcra ve İflas Kanunu'nun değil, kamu alacaklarına ilişkin özel usulün uygulanmasını öngören kanun hükmünü denetlerken izlediği yöntem budur.²³ Mahkeme, anılan davada “hak arama özgürlüğü” ile “kamusal kaynakların etkin ve sorumlu kullanılmasını haklı kılacak anayasal değer” (Anayasa madde 12/2) arasında tartıma gitmemektedir. Doğrudan “kamu hukukunda kamu düzeni ve çıkarının egemen olduğu”na dayanarak ve “devletin üstünlüğü” tezini öne sürerek, özel takip usulü nedeniyle hak arama özgürlüğünün “engellenmediği” sonucuna ulaşmaktadır.

Sözleşme özgürlüğü ile vergi ödevi arasındaki ilişkiyi ele alan başka bir içtihat ise vergilendirme, bir “kamu yüküm-

²² E. 1967/10, K. 1967/49, K.t. 28.12.1967.

²³ E. 2001/378, K. 2004/13, K.t. 11.2.2004.

lülüğü” olarak tanımlanmış ve özgürlük karşısında üstünlük kazanmıştır. Bu içtihat, özel işlem vergisinde her bir vadenin vergiyi doğuran olay kabul edilmesinin, bankacılık işlemlerinde sözleşme özgürlüğünü ölçüsüz şekilde sınırladığı ileri sürülmüştü. İtirazı değerlendiren Mahkeme, öncelikle Anayasa'nın 48/1. maddesinde yer alan sözleşme özgürlüğünün “özel sınırlama nedenleri”ne bağlı kılınmadığını saptamaktadır. Karardaki kanıtlama aşamaları berrak olmamakla birlikte, Mahkeme'nin değerlendirmesi sözleşme özgürlüğü karşısında “kamu yükümlülüğü” olarak beliren verginin üstün kamu yararını temsil ettiği yönündedir. Ancak vergiye tanınan öncelik, vergilendirmenin anayasal sınırlara uyması ve verginin miktarı bakımından “ölçülülük ilkesi”nin beklentilerini karşılama biçimindeki iki önkoşul ile de sınırlandırılmıştır. Bu içtihat, özel sınırlama nedeni ya da herhangi bir sınırlama klozu (“neden içermeksizin kanun ile sınırlanabilirlik”) içermeyen sözleşme özgürlüğü için, siyasal hak ve ödevler arasında yer alan “vergi hak ve ödevi”nin haklı bir sınırlama nedeni oluşturacağını kabul etmektedir (“sistematik yorum”). Vergi ödevi, sözleşme özgürlüğünü sınırlayabilirken, bu sınırlamanın sınırını “anayasal ilkelere karşı olmamak koşulu ile vergi koyma” ve “ölçülülük ilkesi” çizmektedir. Kanıtlama aşamalarının ayrıntılı ve berrak olmamasına rağmen, Mahkeme'nin tutumu özel sınırlama nedeni ya da sınırlama klozu içermeyen özgürlüklerin diğer hak ve özgürlükler ya da anayasal değerler ile dengelenmesi ve bu dengelemenin ilkelere belirlenmesi bakımından önem taşımaktadır:

“Yasa koyucunun Anayasa'dan aldığı yetkiye dayanarak, anayasal ilkelere aykırı olmamak koşuluyla vergi koymasının ve bu verginin niteliklerini belirlemesinin verginin miktarı da gözetildiğinde sözleşme hürriyetini ölçüsüz biçimde sınırladığından söz edilemez.”²⁴

Anayasa Mahkemesi'nin özel sınırlama nedeni içermeyen çalışma ve sözleşme özgürlüğüne ilişkin içtihadında, bu özgürlük-

²⁴ E. 2001/379, K. 2005/3, K.t. 6.1.2005.

lere ilişkin Anayasa'nın 48. maddesinin gerekçesine gönderme yaparak sınırlamayı mümkün görmesi dikkat çekicidir. Madde gerekçesinde, söz konusu özgürlüklerin kanun ile ve kamu yararı gereğince sınırlanabileceğine ilişkin bir gönderme bulunmaktadır.²⁵ Ancak bu gönderme, 2001 Anayasa değişiklikleri sonrası Anayasa'nın 13. maddesinden genel sınırlama nedenleri elendiği için, Anayasa sistematigi bakımından değerini yitirmiştir. Öte yandan, tarihsel yorumun, hem anayasa hukuku hem de genel olarak hukukun yorumundaki göreceli ve yalnızca diğer yorum yöntemlerini destekleyici işlevi dikkate alındığında, madde gerekçesinin birincil bir kanıt sunmadığı da ortadadır. Söz konusu içtihatla denetlenen kanun hükmü, sözleşmelerine aykırı davranan ve yükümlülüklerini yerine getirmemelerinden haklarında dava açılan yatırımcıların, aynı konuda idare ile sözleşmelerini yenilemesi halinde, idarenin davadan vazgeçeceğini düzenlemektedir. Hüküm, Mahkeme tarafından, sözleşme yenileme konusunda bir imkan olarak görülmüş ve zorlama içermediği gerekçesiyle sözleşme özgürlüğüne aykırı bulunmamıştır.

"Kamu yararı"nın bir öncelik olarak tanımlandığı açık anayasal hükümler bakımından, bu tür hükümler ile diğer hak ve özgürlüklerin çatıştığı durumlarda, çatışan hak ve özgürlük "kamu yararı" karşısında kural olarak geriler. Ancak Anayasa'da açıkça öngörülen "kamu yararı"nın da, başka hak ve özgürlüklerin somutlaşması anlamına gelebileceği göz ardı edilmemelidir; "kamu yararı" her durumda, öncelikle diğer ilintili temel hak ve özgürlükler ve başka Anayasa-içi kanıtlarla ("sistemik yorum") desteklenmelidir. Kıyı ve sahil şeritlerinden yararlanmada "öncelikle kamu yararı"nın gözetileceğini öngören anayasal hüküm bu konuda önemli bir örnek oluşturmaktadır (Anayasa madde 43/2). Bu hükmün, kıyılarda kurulması ve sürdürülmesi planlanan özel teşebbüsler bakımından özel değeri olduğu açıktır. Kıyılara ilişkin özel teşebbüs

²⁵ E. 2003/70, K. 2005/14, K.t. 14.3.2005: "Anayasa'nın 48. maddesinin birinci fıkrasının birinci tümcesinde, "Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir.", gerekçesinde ise, "Hürriyet temeline dayalı bir toplumda irade serbestliği çerçevesinde ferden sözleşme yapma, meslek seçme ve çalışma hürriyetlerinin garanti olunması tabiidir. Ancak, bu hürriyetler, kamu yararı amacı ile ve kanunla sınırlandırılabilir." denilmektedir".

faaliyetlerinde “çalışma ve sözleşme özgürlüğü” Anayasa’da açıkça tanımlanmış olan “öncelikli kamu yararı” karşısında eşit konumda değil, geri konumdadır. Kıyılar ve sahil şeritleri bakımından “öncelikli kamu yararı”, Anayasa-içi kanıtlar olarak sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkı, çevrenin vatandaşlar ve devlet için bir ödev niteliğini taşıması (Anayasa madde 56/1 ve 2) ve devletin tabiat varlıklarının korunmasına ilişkin tedbir yükümlülüğü (Anayasa madde 63/1) ile desteklenmektedir. Anayasal içtihatla, kıyılar ve sahil şeritleri bakımından “öncelikli kamu yararı”nın gözetilmesini öngören açık anayasal hükmün, çalışma ve sözleşme özgürlüğü (özel teşebbüsler) karşısında nasıl uygulanacağı sorunu örnek bir davaya konu olmuştur. Ancak bu davada, işletmecilerin çalışma ve sözleşme özgürlüğü ile kıyılar ve sahil şeritleri bakımından “öncelikli kamu yararı” arasındaki çatışmanın varlığını tespit ve çözüm yoluna gidilmemektedir. Davadaki kanun hükmü, özel teşebbüse konu olacak kruvaziyer ve yat limanlarıdır. Kanun hükmünde limanların, “yolcularla ilgili gümrüklü alan hizmetlerinin görüldüğü, ülke tanıtımı ve imajını üst seviyeye çıkaracak turizm amaçlı (yeme-içme tesisleri, alışveriş merkezleri, haberleşme ve ulaştırmaya yönelik üniteler, danışma, enformasyon ve banka hizmetleri, konaklama üniteleri, ofis binalar)” işlevlere sahip olması da öngörülmektedir. Mahkeme, bu örnek davada soruna temel hak ve özgürlüklere ilişkin çatışma dinamiğinden yaklaşılmamakla birlikte, sorunu “Anayasa’ya uygun yorum” ile çözme eğilimindedir. Kanun hükmündeki “konaklama üniteleri ve alış-veriş merkezleri”nin böyle bir yorumu mümkün kılıp kılmayacağı ise oldukça tartışmalıdır:

“Bu çerçevede, kamu yararı amacıyla kruvaziyer ve yat limanlarının faaliyetlerinin gereği olarak kıyıda yapılması zorunluluğunun bulunduğu ve kullanılmasının da bu zorunlulukla sınırlı olacağı açıktır. Başka bir anlatımla kruvaziyer ve yat limanlarının kıyılarda yapılma zorunluluğu, bu limanların olağan gereksinimleriyle ilgisi olmayan yapılaşmalara izin verir biçimde anlaşılabilir.”²⁶

²⁶ E. 2005/98, K. 2006/3, K.t. 5.1.2006. Aynı kararda karşı. Fulya Kantarcioğlu’nun karşı oy yazısı: “Anayasa’nın 43. maddesinin birinci

Çalışma ve sözleşme özgürlüğü karşısında “kamu yararı”nın sınırlama nedeni olarak kullanıldığı bir örnek, Sigortacılık Kanunu’ndaki hükmün denetiminde ortaya çıkmaktadır. Söz konusu hüküm, eşleri sigorta şirketlerinin yönetim ya da denetiminde bulunan ve söz konusu şirketler adına imza atmaya yetkili kişilerin, sigorta eksperliği yapamayacağını düzenlemekteydi. Sigorta eksperliği yapması yasaklanan kişiler bakımından Mahkeme, denetimde çalışma ve sözleşme özgürlüğüne dayanmakta, ancak özgürlüğün sınırlanmasında “kamu yararı”nı öne sürmektedir:

“Sigorta eksperliği mesleğinin gerekleri ile tarafların karşılıklı hak ve yükümlülükleri göz önünde tutularak, mesleğin icrasında dürüstlüğü ve güveni egemen kılmak için diğer sigorta unsurlarıyla aralarındaki ilişkileri ve faaliyet alanını da değerlendirmek suretiyle, ortaya çıkabilecek çıkar çatışmalarını ya da etik değerleri zedeleyebilecek durumları engellemek amacıyla, yasa koyucunun gerekli önlemleri almasının *kamu yararının bir gereği olduğu* kuşkusuzdur.”²⁷

Mahkeme, bu içtihadta “kamu yararı”nı Anayasa’nın 48/2. maddesindeki düzenleme ölçütleri (örneğin; sosyal amaçlar) ile ilişkilendirmemiştir. Ancak kamu yararı ile özgürlük arasında makul dengenin kurulabilmesi için ölçülülük ilkesini uygulamıştır. Kanun hükmü, ölçülülük ilkesinin gereklilik ve orantılılık ilkeleri ile bağdaşmadığı gerekçesiyle iptal edilmiştir.²⁸

ve ikinci fıkrası uyarınca, kıyılar devletin hüküm ve tasarrufu altındadır. Deniz, göl ve akarsu kıyılarıyla, deniz ve göllerin kıyılarını çevreleyen sahil şeritlerinden yararlanmada öncelikle kamu yararı gözetilir. Bu kurallar birlikte incelendiğinde, Anayasa Mahkemesi’nin konuya ilişkin kararlarında da açıklandığı gibi, “kıyı”nın kamu malı olduğu buralardan yararlanmada, önceliğin kamu’ya ait olduğu sonucuna varılmaktadır. Kıyıların, herkesin yararlanabilmesi için sadece korunması ve kullanımının sağlanması amacıyla izin verilebilecek yapılar dışında, kimi özel girişimcilere işletme kolaylığı sağlamaya yönelik olarak konaklama ve alışveriş yerleri gibi söz konusu amacı aşan yapılanmalara açılması, kamu yararı önceliğinin gözardı edilerek kişisel yararın öne çıkarılması sonucunu doğuracağından Anayasa’nın 43. maddesine aykırılık oluşturur.”

²⁷ Eğik yazı (italik) bölüm özellikle vurgulanmıştır. E. 2009/11, K. 2011/93, K.t. 9.6.2011.

²⁸ E. 2009/11, K. 2011/93, K.t. 9.6.2011: “Ölçülülük ilkesi nedeniyle devlet, sınırlamadan beklenen kamu yararı ile bireyin hak ve özgürlükleri ara-

Çalışma ve sözleşme özgürlüğünü ilgilendiren başka bir anayasal içtihataysa, “özel sınırlama nedenleri” sorununa değinmeden, bu özgürlüğe ilişkin denetimin dolaylı biçimde yapıldığı görülebilir. Söz konusu kararda denetlenen norm, Ceza Kanunu’na göre suç teşkil eden fiil veya davranışlarda bulunduğu iddiasıyla haklarında kamu davası açılan kişilerin yargılama süresince kamu ihalelerine katılmaktan yasaklı olacağını düzenlemektedir. Mahkeme, normun “çalışma ve sözleşme özgürlüğü”ne yönelik bir müdahale olduğunu açıkça kabul etmemiş ve doğrudan bu özgürlüğün sınırlanmasına yönelik bir denetim gerçekleştirilmemiştir. Bununla birlikte, normun öngördüğü yasağın “yasa koyucu tarafından getirilen idari bir önlem” niteliği taşıdığını vurgulayarak, idari önlemlerin “hukuk devleti” ile bağlılığı üzerinden “ölçülülük denetimi” yapmıştır. İdari önlemler bakımından da, Mahkeme’nin belirli “içtihadi nedenler” türettiği görülmektedir:

“Kamu güvenliği, kamu düzeni ve kamu sağlığının korunması ve ortaya çıkması kuvvetle muhtemel bir tehlikenin önlenmesi amacıyla yasa koyucu tarafından idari önlemler öngörülebileceği açıktır.”²⁹

Ancak yukarıda sayılan “içtihadi neden”lerin, kararda Anayasa-içi hangi sistematik kanıtlara dayandığını bulabilmek mümkün değildir. Belirtilen “içtihadi nedenler” doğrultusunda, Mahkeme’nin haklı kıldığı ve hukuk devletine dayalı ölçülülük testine bağlı tuttuğu norm, kararın son aşamasında “çalışma ve sözleşme özgürlüğü”ne aykırı görülmemiştir.³⁰ Böyle

sında adil bir dengeyi sağlamakla yükümlüdür. 5684 sayılı Kanun’un 22. maddesinin (10) ve (13) numaralı fıkralarındaki düzenlemeler karşısında sigorta eksperlerinin eş ve yakın akrabalarının ortağı ya da yöneticisi bulunduğu sigorta şirketinin taraf olduğu uyuşmazlıklarda eksperlik görevi icra etmelerine zaten imkân bulunmamakta olup bu kişilerin sigorta eksperliği mesleğini icra etmelerinin tümüyle yasaklanması, ulaşılmak istenen amaç bakımından gerekli ve orantılı bir tedbir olarak görülemez. İtiraz konusu kural, kamu yararı ile bireyin hak ve özgürlükleri arasında adil bir denge oluşturmadığından ölçülülük ilkesine aykırılık içermektedir.”

²⁹ E. 2007/68, K. 2010/2, K.t. 14.1.2010.

³⁰ E. 2007/68, K. 2010/2, K.t. 14.1.2010 : “Kamu ihaleleri ile sınırlı olarak kamu yararı gözetilerek getirilen ve geçici süreli nitelik taşıyan bu önle-

bir saptamanın, ilgili özgürlüğü esas alan denetim sonucunda yapılması gerekirdi.

b. Diğer Anayasal Değerler

2001 sonrası anayasal içtihat bakımından, sınırlama nedeni içermeyen özgürlüklerde, hak ve özgürlükler ile anayasal değerlerin çatışmalarında sistematik yorum çerçevesinde tartım ya da dengeleme olarak bilinen tekniklere yaklaşan uygulamalar gözlemlenmektedir. Anayasa Mahkemesi, 2002 yılındaki içtihadında Avukatlık Kanunu'ndaki bir normu denetlerken, çalışma ve sözleşme özgürlüğü için Anayasa'da bir sınırlama nedeni öngörülmediğinden yola çıkmaktadır. Bu davada denetlenen norm, emeklilik veya istifa gibi sebeplerle görevlerinden ayrılan "adli, idari ve askeri yargı yargıç ve savcılarının" son 5 yıl içinde hizmet gördükleri yargı çevresinde, görevden ayrılma tarihinden itibaren 2 yıl süre ile avukatlık yapmalarını yasaklamaktaydı. Mahkeme'ye göre normdaki sınırlama, çalışma ve sözleşme özgürlüğüne ilişkin özgül Anayasa normundan kaynaklanmaz: sınırlamanın dayanağı, anayasal değerler arasında yer alan "hukuk devleti ilkesi" (Anayasa madde 2) ve "yargı bağımsızlığı"dır (Anayasa madde 138). Bu yaklaşım, çalışma ve sözleşme özgürlüğünün sınırlarını, özgürlüğün bulunduğu "anayasal normatif bağlam" içinde görmektedir:

"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.

"Hukuk devletinin olmazsa olmaz koşulu olan bağımsız yargı gücü, günümüzde temel hak ve özgürlüklerin olduğu kadar kamusal düzenin korunmasının da güvencesidir. Yar-

min, kamu ihalelerinde yasak fiil veya davranışta bulunduğu iddiasıyla yargılanması devam eden sanıkların dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetini ihlal ettiği söylenemez."

gının bağımsızlığının amacı ise bireylere her türlü etki, baskı, yönlendirme ve kuşkudan uzak kalınarak adaletin dağıtılacağı güven ve inancını vermektir. Bu bağlamda, Anayasa'nın 138. maddesinde düzenlenen objektif bağımsızlık da yargılama çalışmalarında hâkimlerin hiçbir etki altında kalmamaları gereğine dayanmaktadır.

“Taraflardan birinin davasını üstlenen bir avukatın kısa bir süre önce o mahkemede hakim veya savcı olarak görev yapmış olması, karşı tarafta ve toplumda kuşku ve rahatsızlık yaratabilir. Yargıya bir etkinin yapılması kadar, yapılabilmesi olasılığı da adaleti olumsuz yönde etkileyerek sonuçta yargı bağımsızlığını zedeler.”³¹

Yukarıda alıntılanan içtihatdaki sistematik bakış açısında bir tür tartıma gidilmekte, ancak tartımın özgürlük boyutu yeterince dikkate alınmamaktadır. Pratik uyumda beklenen karşılıklı etkileşim ve her iki hak ya da özgürlüğe veya anayasal değere optimum yürürlük imkanı sağlama arayışı zayıftır:

“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 oluşturabilir. Ne var ki bu sınırlamaların da temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunmaması, demokratik toplum düzeninin gerekli kıldığından fazla olmaması ve ulaşılmak istenilen amacı aşmaması, başka bir anlatımla ölçülülük ilkesiyle uyum içinde bulunması zorunludur.

“Önceki düzenlemeyle getirilen adlî, idarî ve askerî yargı hâkim ve savcılarının yalnızca ayrıldıkları mahkemelerde iki yıl süreyle avukatlık yapamamalarına ilişkin yasak, Avukatlık Kanunu'nun 14. maddesinin 4667 sayılı Kanunla değiştirilen birinci fıkrası ile emeklilik veya istifa gibi nedenlerle ayrılma ta-

³¹ E. 2001 / 309, K. 2002 / 91, K.t. 15.10.2002. Eğik yazı (italik) bölüm özellikle vurgulanmıştır.

rihinden geriye doğru beş yıl içinde görev yapılan yerlerin yargı çevresinde avukatlık yapamama biçiminde genişletilmiştir.

“Yargı çevresi bir bölgeyi bazen de yüksek mahkemelerde olduğu gibi tüm ülkeyi kapsayabileceğinden, dava konusu kural-la kimileri için son beş yıl içinde hizmet gördükleri mahkeme ve dairelerin yargı çevresini kimileri için de tüm ülkeyi kapsayacak biçimde getirilen yasaklama, çalışma özgürlüğünün ölçüsüz biçimde sınırlandırılmasına yol açabilecek niteliktedir.”³²

Mahkeme'nin 2009 yılındaki başka bir kararında, özgürlükler ile diğer anayasal değerler arasındaki ilişkide, her iki grubun da koruduğu hukuksal değere odaklanan daha kapsamlı ve uyumlaştırmaya yönelik değerlendirme yaptığı dikkat çekmektedir. Davada denetlenen norm, 1402 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun bir hükmüdür. Hüküm, ceza mahkemelerince verilen kararlardan temyiz edilebilecek ve edilemeyecek olanları belirlemektedir. Hüküm kapsamında, temyiz edilebilme kuralının uygulanamayacağı durumlar düzenlenmektedir. Bu çerçevede, iki milyar liraya kadar (iki milyar dahil) para cezasına ilişkin hükümler temyiz edilemeyecektir. Böylece temyiz yasağı, aslında iki farklı durumu kapsamaktadır: (1) Ceza Kanunu'nun 50. maddesi uyarınca kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezaya seçenek olarak hükmedilen ve iki milyar lirayı aşmayan adli para cezaları. (2) Ceza Kanunu'nun 52. maddesi uyarınca doğrudan hükmedilen ve iki milyar lirayı aşmayan adli para cezaları. Anayasa Mahkemesi, hükmün denetiminde, hak arama özgürlüğünün karşı ağırlığını oluşturan anayasal düzenlemelerin uygulanmasında (Anayasa madde 141 ve 142) yasakoyucunun takdir yetkisini mutlak değil, diğer “anayasal sınırlar, adalet, hakkaniyet ve kamu yararı” ile sınırlı görülmüştür. Burada yasa koyucuyu sınırlayan karşı ağırlık olarak özgürlüğün anılması, “uyumlaştırma” yaklaşımı bakımından daha doğru bir tercih olurdu:

³² E. 2001 / 309, K. 2002 / 91, K.t. 15.10.2002. İtalik (eğik yazı) bölüm özellikle vurgulanmıştır.

“Hak arama özgürlüğü Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenmiş ve anılan maddede hak arama hürriyeti için herhangi bir sınırlama nedeni öngörülmemiş ise de mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usullerinin kanunla düzenleneceğini öngören Anayasa'nın 142. ve davaların mümkün olan süratle sonuçlandırılmasını ifade eden Anayasa'nın 141. maddelerinin, hak arama hürriyetinin kapsamının belirlenmesinde gözetilmesi gerektirir.”

“(…)Yasaların kamu yararının sağlanması amacıyla düzenlenmesi, genel, objektif, adil kuralları içermesi ve hakkaniyet ölçütlerini gözetmesi hukuk devleti olmanın gereğidir. Bu nedenle yasakoyucunun hukuki düzenlemelerde kendisine tanınan takdir yetkisini anayasal sınırlar içinde adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini göz önünde tutarak kullanması gerekir.”³³

Mahkeme, hak arama özgürlüğünün sınırlarını saptarken “usul ekonomisi”ni anayasal değer olarak dikkate almaktadır. Usul ekonomisi, Anayasa'nın 141. maddesinin dördüncü fıkrasında yer alan “*Davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması, yargının görevidir.*” hükmünde, anayasal düzeyde güvenceye sahiptir. Bu güvence, anayasal bir ilke olarak hukuk devletinin somutlaşmasında usul ekonomisi bakımından açık bir Anayasa-içi kanıt sunmaktadır. Anayasal içtihat, hak arama özgürlüğünün gereği gibi yerine getirilmesini sağlayacak ek yasal güvencelerin varlığı halinde ve yargılamanın niteliğini gözeterek, usul ekonomisi lehine hak arama özgürlüğünün sınırlanmasını Anayasa'ya uygun bulmuştur:

“Bu durum karşısında, suç ve suçlu sayısının artması, çeşitli yargılama işlemlerinin çoğu kez uzun zaman alması ve kimi durumlarda bir kısım işlemlerin sanık da dahil olmak üzere ilgilileri zaman ve kaynak kaybı suretiyle ek külfete maruz kılması gibi sebeplerin doğurduğu ihtiyacı karşılamak üzere, çeşitli ülkelerde olduğu gibi ülkemizde de, temel hak ve özgürlüklerin ihlal edilmemesi koşuluyla, şekli ve çözümünü basit,

³³ E. 2006/65, K. 2009/114, K.t. 23.7.2009.

yaptırımı da kısmen hafif olan bazı suçlara ilişkin yargılamanın duruşmalı olarak yapılmasına gerek görülmeyerek, evrak üzerinde inceleme sonucu hükme varılmasında; hakim duruşma yapmaksızın ceza tertibini sakıncalı görmesi durumunda duruşma açması gerekliliği, ceza kararnamesine karşı kanun yoluna başvurma (karşı koyma) hakkının varlığı ve bu hakkın hafif hapsi içeren ceza kararnamesine karşı kullanılması halinde duruşma açıp yapma zorunluluğu da gözetildiğinde, itiraz konusu kurallarda Anayasa'nın 13. ve 36. maddelerine aykırılık görülmemiştir.”³⁴

c. Hak ve Özgürlük Çatışmaları

Esnek çalışma biçimlerinin Anayasa'ya uygunluğunun denetlendiği içtihat, hak ve özgürlük çatışmalarının dengelenmesi bakımından önem taşımaktadır. Genel olarak iş hukukuna ilişkin kanun hükümleri, işçi ve işverenin sözleşme özgürlükleri ya da işçinin çalışma hakkı ile işverenin çalışma ve sözleşme özgürlüğünün çatışması ve çatışan hak ve özgürlüklerin dengelenmesi bakımından temel hak ve özgürlük yorumunda ilginç örnekler sunma potansiyeline sahiptir. Esnek çalışma biçimlerinde çatışma ve dengeleme sorunu, özellikle geçici iş ilişkisi; çağrı üzerine çalışma; otuz işçiden az işçi çalıştıran işyerlerinde feshe ilişkin kural nedeniyle işçinin iş güvencesinin zayıf olması ve iş sözleşmesinin feshinin geçersizliğine karar verildiği durumlarda süresi içinde işe başlatılmayan işçiye ödenecek tazminat konularında, açıkça ortaya çıkmaktadır. Tüm bu örneklerde temel tartışma noktası, esnek çalışma rejiminin emek ticareti ve işçinin metalaşması ile ilintisidir. Tartışma noktası, temel hak ve özgürlükler gözüyle ele alındığında denetlenmesi gereken, esnek çalışmanın işçinin çalışma ve sözleşme özgürlüğü ile çalışma hakkını ve -diğer kanuni düzenlemelerdeki yetersizlikler ya da koşullar nedeniyle- sosyal güvenlik hakkını etkisiz hale getirip getirmediğidir.

³⁴ E. 2004/11, K. 2004/93, K.t. 1.7.2004.

Mahkeme'nin esnek çalışma rejiminden kaynaklanan hak ve özgürlük çatışmalarında genel tutumu, işçinin rızası ve işçiye tanınan asgari güvenceler ile işverenin işletmeyi ve rekabet gücünü sürdürmesinin sağlanması arasındaki dengeye odaklanmak olmuştur. Dengenin kurulması, özel sınırlama nedeni içermeyen, ancak devletin "tedbir alma yükümlülüğü" üzerinden hak ve özgürlük çatışmalarına çözüm üretilmesini öngören hükümlerin yorumu ile yakından ilintilidir (Anayasa madde 48/2 ve 49/2). Özellikle Anayasa madde 48/2 dengenin kurulmasında işçi ve işverenin -her ikisinin de- hak ve özgürlüklerini karşılıklı sınırlayabilecek dayanaklara sahiptir. Bu hükümde, bir yandan özel girişimler için işverenin çalışma ve sözleşme özgürlüğünü işçinin çalışma hakkı ve çalışma ve sözleşme özgürlüğü karşısında sınırlayacak "sosyal amaçlara" yer verilmekte; diğer yandan, özel girişim ve işveren lehine, teşebbüsün "güvenlik ve kararlılık" içinde çalışması anayasal bir öncelik olarak vurgulanmaktadır.

Mahkeme'nin esnek çalışma içtihadında, özel girişimin rekabet gücünün korunması ve değişen iş dünyası koşullarında işletmelerin sürekliliğinin sağlanması, işçilerin çalışma ve sözleşme hakları ile eşit düzeyde görülmektedir. Başka bir anlatımla, Mahkeme'nin sosyal devlete dayanarak işçilerin temel haklarının ilkesel önceliği üzerinden bir yorum yapmadığı vurgulanmalıdır. Öte yandan, esnek çalışma içtihadı, çatışan hak ve özgürlüklerde dengelemenin temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin ilkelere dayalı olarak yapıldığı açık ve aşamalı bir yöntem izlenmektedir. *Müller*'in norm alanı unsurları olarak tanımladığı unsurlar kapsamlı biçimde irdelenmemiştir. Geçici iş ilişkisinin Anayasa'ya uygunluğunun saptanmasında, işçinin rızası ve işverenin asıl iş ilişkisinden doğan yükümlülüklerinin devamı gibi unsurlar, dolaylı biçimde dengenin kurulduğunun kanıtı olarak görülmektedir.³⁵

³⁵ 2003/66, K. 2005/72, K.t. 19.10.2005: "Öte yandan, günümüzde birçok nedenle değişen ticari ve ekonomik koşullar, iş idaresi yönünden esnek çalışma yöntemlerini gerekli kılmaktadır. Bunun bir sonucu olarak ortaya konulan geçici iş ilişkisi esnek çalışma şekillerinden birisi olarak

Çağrı üzerine çalışmada, özellikle emeklilik anlamında sosyal güvenlik hakkı bakımından değerlendirme yapılmamıştır. Tersine, bu konudaki engelin sosyal güvenlik mevzuatındaki başka hükümlerden kaynaklandığı vurgulanmıştır. Bu yaklaşım, “dengeleme”de çatışan hak ve özgürlüklere ilişkin tüm unsurların dikkate alınmadığını ve böylece gerçek bir dengelemenin yapılmadığını göstermektedir.

Ölçülülük ilkesi ve dengeleme arasındaki ilişkinin kurulması, iş sözleşmesinin feshi ve tazminat uygulaması bakımından daha belirgin biçimde ele alınmıştır. Davada denetlenen kanun hükmü,

“otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini feshe-den işverenin, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorunda olması”nı

öngörmektedir. Mahkeme, kanun hükmü bakımından küçük işletmeleri dikkate alarak “işçi ile işveren arasında hak ve yükümlülükler konusunda Anayasa’nın 13. maddesinde öngörülen ölçülere uygun bir denge oluşturulduğu” sonucuna varmaktadır. Ancak “denge”nin kurulmasında, Anayasa’nın 13. maddesindeki ilkelerin sistematik ve sınanmış bir uygulama biçimi yoktur. Mahkeme, ölçülülük ilkesinin ve Anayasa maddede 48/2’de yer alan “tedbir yükümlülüğü”nün çalışma hakkı (işçi) ve sözleşme özgürlüğünü (işveren) dengelemedeki işlevini kapsamlı ve açık bir sınıma tabi tutmamıştır.³⁶ Karar, bu

değerlendirilmektedir. Kuralla, uygulamada ortaya çıkan bu çalışma türü yasal düzenlemeyle belirli ilkelere bağlanmış, tarafların sorumlulukları, borçları ve bu çalışma türünün sınırları belirtilmiştir.”

³⁶ 2003/66, K. 2005/72, K.t. 19.10.2005: “İş güvencesi ölçütleri belirlenirken, her ülke kendi verilerini ve iş hayatı koşullarını göz önüne almaktadır. İş hayatına ilişkin kuralların belirlenmesinde kamu yararı esastır, ayrıca işçi ve işveren arasındaki denge de gözetilmektedir. 18. maddeyle getirilen 30 veya daha fazla işçi çalıştırma koşulunun işveren aleyhine değiştirilmesi durumunda işveren bakımından oluşacak ek mali külfetlerin kayıt dışı uygulamalara neden olabileceği, ayrıca iş güvencesi ile oluşabilecek ağır mali yükten küçük işletmelerin uzak tutulması amaçları gözetildiğinde, dava konusu kuralla getirilen şartlarla işçi ve işveren arasında kurulan

noktada gerçek bir kanıtlamanın aşamalarını göstermemekte, yalnızca varılan sonucu yansıtmaktadır. Oysa “sonuç yansıtma” ile yetinen kararlar, kanıtlama aşamalarını içermedikleri için öznel kanıtlamanın ötesine geçemezler. Sonuç yansıtma ile yetinen yaklaşım, “görünüşte hukuksallığa” yol açar ve yargıcın hukuk devletine bağlılığı ile bağdaşmaz.

İşçi-işveren ilişkisinde fesih ve tazminat yükümlülüğüne ilişkin anayasal içtihat, Anayasa'nın 48/2 ve 49/2. maddelerinde yer alan “devletin tedbir alma yükümlülüğü”ne ilişkin “esas”lar, hak ve özgürlük çatışmasının dengelenmesinde dayanak olarak kullanılmıştır. Ancak bu kez de söz konusu dayanakların somut ve berrak biçimde hak ve özgürlükler ile bağlantısının kurulduğundan söz edilemez. Aşağıdaki alıntıda, işçi ve işverenin temel hak ve özgürlükleri bakımından “ölçülü ve makul bir denge” kurduğu saptanan kanun hükmü, iş sözleşmesinin feshinin geçersiz olduğuna karar verildiğinde, işverene, işçiyi işe başlatmayıp 4 ila 8 aylık ücreti tutarında tazminat ödeme seçeneği sağlamaktadır:

“Anayasa'nın 48. ve 49. maddelerinde öngörülen özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlamak, işçi ve işveren arasındaki dengenin kurularak çalışma barışını korumak Devletin görevleri arasında sayılmıştır. İş ilişkisinde kişisel yapı ön planda olup işverenden zorla bir kişiyi çalıştırmasını istemek beklenemez ise de, işçi ve işverenin hak ve yükümlülükleri arasında aranılan ölçülü ve makul bir dengenin, işverene tazminat ödeme yükümlülüğü getirilmek suretiyle kurulduğu anlaşıldığından kuralda Anayasa'ya aykırılık görülmemiştir.”³⁷

dengede bir ölçüsüzlük bulunmamaktadır. Nitekim, Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 158 sayılı Sözleşmesinde de, işçilerin özel istihdam şartları bakımından veya istihdam eden işletmenin büyüklüğü veya niteliği açısından esaslı sorunlar bulunan durumlarda, işçilerden bir kategorinin, iş güvencesinin tamamı veya bir kısım hükümlerinin kapsamı dışında tutulabileceği öngörülmektedir.”

³⁷ E. 2003/66, K. 2005/72, K.t. 19.10.2005.

Hak ve özgürlük çatışmalarının dengelenmesini gerekli kılan başka bir örnek, yaz Kur'an kurslarının beş güne çıkartılmasının yönetmelik ile yapılmasının denetiminde ortaya çıkmaktadır. Bu içtihat, düzenlemenin yönetmelik ile yapılması Anayasa'ya uygun bulunmuştur. Oysa böylesi bir düzenleme, çocuğun manevi varlığını geliştirme hakkı ile doğrudan bağlantısı nedeniyle kanun ile yapılması gereken bir düzenlemedir. Ancak Mahkeme, konuyu temel hak ve özgürlükler yönünden ele almamıştır. Düzenlemenin kanun ile yapılmasını gerektiren hak ve özgürlük çatışması sorunu, çocuğun manevi varlığını geliştirme hakkı ile kanuni temsilcisinin din ve vicdan özgürlüğüne göre çocuğa dinsel eğitim ve öğretim verme hakkı (Anayasa madde 24/ 4 son cümle) arasında doğmaktadır.³⁸

Hak ve özgürlük çatışmaları bakımından örnek oluşturabilecek diğer bir içtihat, kahvehanelerde tütün ve tütün ürünleri tüketimine ilişkin kanun hükümlerinin denetiminde ortaya çıkabilirdi. Ancak Anayasa Mahkemesi söz konusu davayı ne hak ve özgürlük çatışmaları gözüyle ne de ciddi anlamda temel hak ve özgürlüklere ilişkin anayasal ilkelerin sınıandığı bir gerekçelendirme ile sonuçlandırmıştır. Davada denetlenen norm, tütün ürünlerinin diğer kimi yerler dışında, kahvehanelerde de tüketilmesini yasaklamaktadır. Kahvehaneler bakımından tütün ürünü tüketme mutlak olarak yasaklanmış ve tütün ürünü tüketilebilen özel kapalı yerlerin kurulmasına izin verilmemiştir. Kanun, tütün ürünü ifadesini "tüttürme, emme, çiğneme ya da buruna çekerek kullanılmak üzere üretilmiş, hammadde olarak tamamen veya kısmen tütün yaprağından imal edilmiş madde" olarak tanımlamakta ve bu anlamıyla yasaklamaktadır. Bu davanın konusu,

- tütün ürünleri kullananların bireysel özerk karar yetkisi

³⁸ Bkz. Fulya Kantarcıoğlu'nun karşı oy yazısı, E. 2005/16, K. 2009/139, K.t. 8.10.2009: "Öte yandan, Anayasa'nın dördüncü fıkrasında "din eğitim ve öğretimi ancak kişilerin kendi isteğine kanuni temsilcisinin talebine bağlıdır" denilerek ana babanın çocuğa dini eğitim verme hakkına din ve vicdan özgürlüğü kapsamında yer verilmiş ise de bu hak mutlak olmayıp Anayasa'nın 41. maddesindeki çocukların korunmasını devlete, görev olarak yükleyen kuralla birlikte değerlendirilmesi gereken bir haktır."

çerçevesinde özel yaşama ilişkin tercihlerini içermek üzere “kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı”;

- tütün ürünleri kullanılan yerleri işletmek isteyenlerin “çalışma ve sözleşme özgürlüğü” ile “maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı” ve
- tütün ürünlerinin etkilerinden korunmak isteyenlerin “maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı” ile “sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkı”

bakımından, hak ve özgürlük çatışmaları için zengin veriler sunmaktadır.

Kahvehaneler, kültürel bakımdan tütün ve ona eşlik eden ürünlerle birlikte hizmet sunmaktadır. Tütün tüketimi, Türkiye nüfusunda önemli bir oran oluşturduğu için tütün tüketimine ilişkin sınırlamaların, kahvehanelerin müşteri potansiyelini etkileyeceği nesnel olarak saptanabilecek bir olgudur. Tütüne ilişkin mutlak sınırlamalar, kahvehanelerin ekonomik anlamda varolabilmesine doğrudan etki etmektedir (“işletmenin varlığını, ekonomik bütünlüğünü ve değerini koruyabilmesi”).³⁹

Anayasa Mahkemesi'nin kahvehanelerde tütün tüketimini mutlak biçimde yasaklayan kanun hükmü karşısındaki tutumu, çatışan hak ve özgürlükler arasında her bir hak ve özgürlüğe optimum yürürlük imkanı sağlayacak bir dengeye yönelmek değildir. Mahkeme, Anayasa-ıçi hiçbir sistematik kanıt arayışı içine girmeksizin, tek yanlı olarak kişinin başkalarına karşı ödevleri ve devletin koruyucu yükümlülüğü argümanını öne sürmüştür. Ölçülülük ilkesine dahi başvurmaksızın, “kişinin ödevleri ve devletin görevleri” savıyla çalışma ve sözleşme özgürlüğüne yönelik bir müdahalenin olmadığını saptamıştır:

“Çalışma özgürlüğü herkesin dilediği mesleği seçmede

³⁹ Bu nedenle, anayasal anlamıyla mülkiyet hakkı bakımından da tartışılmalı bir durumun söz konusu olduğu savunulabilir. Çünkü toplumsal-kültürel alışkanlıkların sonucu beklenen bir kazancın değil, işletmenin varlığı ve değeri risk altındadır.

KAMU HUKUKÇULARI PLATFORMU

BERTİL EMRAH
ODER'İN TEBLİĞİ

özgür olmasını ve zorla çalıştırılmamayı ifade eder. Birey bu özgürlüğünü kullanarak dilediği alanı ve işi seçebilir. Çalışma hakkı ise bireyin özgür iradesiyle seçtiği mesleği veya işi icra etmesi, devletin de çalışmak isteyenlere iş temin etmek için gereken tedbirleri alması olarak tanımlanabilir. Dava konusu kurala kahvehanelerin kapalı alanlarında tütün ve tütün ürünlerinin tüketilmesinin yasaklanması, Devletin yukarıda belirtilen pozitif yükümlülüklerinin bir sonucu olup kişilerin özel teşebbüs kurma haklarını zedeleyen bir yönü bulunmamaktadır.”⁴⁰

Yukarıdaki yaklaşımda,

- tütün ürünleri kullananların ve kullanıma izin veren işletmelerin bireysel özerk karar alma yetkileri,
- bu özerkliğe getirilebilecek sınırlamaların sınırı,
- sınırların tütün ürünü kullanmayanların bireysel özerk karar yetkisi ile nasıl çizilebileceği ya da devletin insan sağlığını korumaya ilişkin görevinin sınırları ve
- tüm bu hak, özgürlük ve görev üçgeninde “makul denge”nin nerede kurulabileceğine ilişkin kaygı ya da sınama

yer almamaktadır.

Soybağına ilişkin anayasal içtihat ve Yargıtay içtihadı da hak ve özgürlük çatışmalarının yorumu ve hukuk yaratma ile çözümlü konusunda dikkat çekici örneklerle sahiptir. Soybağının reddi davasında bir yıllık hak düşürücü sürenin uygulanması bakımından, Anayasa Mahkemesi ailenin korunmasına üstünlük tanıırken “soybağında istikrar ve kamu düzeni”nin sağlanması argümanlarını ileri sürmektedir. Bu içtihatta, hak arama özgürlüğünde süre sınırlamasının yapılması, hak ortadan bütünüyle kalkmadığı gerekçesi ile adil yargılanma bakımından Anayasa’ya uygun bulunmaktadır.⁴¹ Mahkeme, kişinin “gene-

⁴⁰ E. 2010/58, K. 2011/8, K.t. 06.01.2011.

⁴¹ E. 2008/30, K. 2009/96, K.t. 25.6.2009: “Soybağının reddi davası, çocuğun babası ile arasındaki soybağını ortadan kaldırmaya yönelik olduğundan, yaratacağı sonuçlar göz önüne alındığında, aile ve toplum hayatı üzerinde önemli etkilere yol açacağı açıktır. Soybağının reddi davasında ön-

tik-biyolojik kökeni kendisine ait olmayan çocuğu reddetme hakkı"ndan da söz etmekte ve bu hak, kararın bir noktasında, kişinin "en temel haklarından biri" olarak tanımlanmaktadır. Soybağına ilişkin davalarda bir yıllık hak düşürücü süre, yalnızca hak arama özgürlüğü değil, kişinin manevi varlığını geliştirme hakkı bakımından da ele alınmaktadır. Mahkeme, düzenlemeyi "kişinin genetik-biyolojik kökeni kendisine ait olmayan çocuğu reddetme hakkı"nı engellemeyen bir sınırlama olarak değerlendirmiştir. Buna karşılık, aynı kararda soybağına ilişkin dava süresini "doğumdan itibaren beş yıl ile sınırlayan" hüküm yönünden, söz konusu hakkın özünün zedelendiği sonucuna ulaşılmaktadır:

"İtiraz konusu ibare, kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkının özünü zedeler nitelik taşıdığı gibi, kocanın temel hak ve özgürlüklerini hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlamaktadır."⁴²

Anayasa Mahkemesi'nin soybağına ilişkin dava süreleri hakkındaki yorumu, 2004 yılındaki Yargıtay içtihadı ile karşılaştırıldığında sözel yorumu öne çıkarmaktadır. Yargıtay 2004 yılındaki içtihadında, aslında çocuğun ve kocanın manevi varlıklarını geliştirme haklarının uzantısı olarak iki hakkın çatışmasını ("çocuğun soybağının korunması" ile "kişinin biyolojik kökeni kendisine ait olmayan çocuğu reddi") dengeleyecek bir çözüm üretmişti. Yargıtay'ın yaklaşımı, bir ve beş yıllık sürelerin "haklı bir neden"le kaçırılmış olması durumunda, soybağının reddi davasının açılmasına izin veriyordu. Bu yaklaşım gereği, haklı neden, her somut olayda hakimnin olayın gerekleri

görülen bir yıllık hak düşürücü süre, çocuğun nesep durumunun uzun süre askıda kalmaması, ailenin temelini teşkil eden soybağının süresiz olarak dava tehdidi altında tutulmaması, böylece soybağında istikrar ve kamu düzeninin sağlanarak ailenin korunması amacını gerçekleştirmeye yöneliktir. İtiraz konusu kurallarla dava açma sürelerinin bir yıla sınırlandırılması Anayasa'nın 41. maddesindeki ailenin ve çocukların korunması için gerekli tedbirleri alma yönünde Devlet'e verilen görevin yerine getirilmesi gereğinden kaynaklanmaktadır. Ayrıca, dava açma hakkının süre ile sınırlandırılması adil yargılanma açısından ön koşul olan dava açma hakkını ortadan kaldırmamaktadır."

⁴² E. 2008/30, K. 2009/96, K.t. 25.6.2009.

ve özellikle çatışan (anayasal) hakların dengelenmesine yönelik öncelikler doğrultusundaki takdirine bağlı olarak belirlenebilecektir. Yargıtay'ın söz konusu yaklaşımının, çocuğun ve kocanın manevi varlıklarını geliştirme haklarını bağdaştıran bir tür "Anayasa'ya uygun hukuk yaratma" olarak ortaya çıktığı söylenebilir.⁴³ Ancak Anayasa Mahkemesi, Yargıtay içtihadındaki bu yaklaşımı benimsememiş ve çatışan hakları somut olayın gereklerine göre bağdaştırabilecek bir "yorumlu ret kararı" vermemiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin, babalık davası bakımından da benzer tutum sergilediği görülebilir. Mahkeme, kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına (Anayasa madde 17/1) dayanarak bu kez çocuk için soybağına bağlı "temel haklar" türetmektedir:

"(K)işi evlilik dışı dünyaya gelse bile, ana babasını bilmek, babasının nüfusuna yazılmak, bunun getireceği haklardan yararlanmak, ana ve babasından kendisine karşı olan görevlerini

⁴³ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 2004/2-554, K. 2004/742, T. 22.12.2004: "Yeni Medeni Kanunumuz ise bu konuda 289. madde ile değişik bir kural getirmiş, ilk fıkrasında kocanın soybağının reddi davasını, doğumu ve baba olmadığını veya ananın gebe kaldığı sırada başka bir erkekle cinsel ilişkide bulunduğunu öğrendiği tarihten başlayarak bir yıl, her halde doğumdan başlayarak beş yıl içinde açmak zorunda olduğunu kabul etmiştir. Öğretide ilk fıkranın öngördüğü bu bir ve beş yıllık iki sürenin ilki nispi, ikincisi ise mutlak süre olarak tanımlanmaktadır (Prof. Dr. Bilge Öztan, Aile Hukuku, 5. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2004, sh. 530; Prof. Dr. Gökhan Antalya, Soybağının Reddine İlişkin Dava Sürelerini Haklı Sebeplerle Uzaması İsimli Makale).

"Ancak maddenin son fıkrası, yukarıda da belirtildiği üzere, gecikmenin haklı bir sebebe dayanması halinde bir yıllık sürenin bu sebebin ortadan kalktığı tarihten başlayacağı şeklinde bir başka kural daha getirmiştir.

"Genel Kurul görüşmelerinde çoğunluk düşüncesi bu hükmün; bir ve beş yıllık sürelerin geçirilmesinden sonra da, bir başka deyişle ilk fıkradaki nispi ve mutlak sürelerin haklı bir nedenle, örneğin babanın ağır hastalığı, ayırtım gücünü belli bir dönem için yitirmesi, hapisten yolunması, çocuğunun olmasının olanaksızlığını daha sonra öğrenmesi, savaş nedeniyle esir kalması, uzun süreli yolculuğa çıkması ve bunun gibi sebeplerle kaçırılmış olması durumunda da uygulanabileceği, yasa koyucunun bunu amaçladığı son fıkranın konuluş gayesinin bu olduğu yolunda olmuştur. "Nitekim öğreti de bu hükmün böyle anlaşılması gerektiği yolundadır (Öztan, age sh. 530; Yrd. Doç. Dr. Mehmet Besir Acabey, Soybağı, Güncel Hukuk Yayınları, İzmir 2002 sh: 151 vd.).

"Hangi sebeplerin gecikmeyi haklı kıldığı hususu ise, madde gerekçesinde de vurgulandığı üzere, hakimın takdir yetkisine mevduur."

yerine getirmelerini istemek gibi kişiliğine bağlı temel haklara sahiptir.”⁴⁴

Yukarıdaki değerlendirmenin yapıldığı kararda denetlenen norm, “çocuğun babalık davasını açma hakkının, hiç kayyım atanmamışsa ergin olduğu tarihten itibaren bir yıllık süre ile sınırlandırılması”nı öngörüyordu. Mahkeme normu, Anayasa’ya aykırı bulurken bir yıllık dava açma süresini “yeterli ve makul olmadığı gibi, ölçülü de” bulmamıştır. Burada dava açma süresinin varlığı değil, “yeterli, makul, ölçülü” olup olmadığı tartışma konusu yapılmakta, hak düşürücü sürenin saptanmasında yasamanın takdir yetkisinin bulunduğu benimsenmektedir. Söz konusu dava, dava açma süresi bakımından çocuğun hak arama özgürlüğünün; soybağı bakımından baba ve çocuğun maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme haklarının kapsamlarının saptanması ile ilintilidir. Ancak Mahkeme, anılan hak ve özgürlükler bakımından, Anayasa’nın 13. maddesindeki ilkeleri uygulayan bir yöntemle denetim yapmamaktadır. Mahkeme ilgili kanun hükmünü, yalnızca her iki hak (hak arama özgürlüğü ile maddi ve manevi varlığı geliştirme hakkı) ve özgürlük ile hukuk devleti ilkesi üzerinden ölçülülük ilkesine gönderme yaparak denetlemektedir. Bu tutum, Anayasa’nın 13. maddesini işlevsizleştirmekte ve kanıtlamayla temel hak ve özgürlüklerin genel sistematiği dışına çıkarmaktadır.

Anılan her iki özgürlük ve hakkın, sınırlama nedeni içermediği gerçeği karşısında, Mahkeme’nin Anayasa’nın 13. maddesindeki ilkeleri uygulaması durumunda, dava açma sürelerinin hangi anayasal değerler ya da hak ve özgürlükler ile haklı kılınacağı konusunda daha güçlü bir kanıtlanma sürecine girmesi zorunluydu. Bu tür kanıtlamada, çocuğun hak arama özgürlüğü ve maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi haklarının kesişmesi ve sınırlarının saptanması dışında; baba ve çocuğun maddi ve manevi varlığının geliştirilmesi hakla-

⁴⁴ E. 2010/71, K. 2011/143, K.t. 27.10.2011.

rının dengelenmesi de gerekli olacaktı. Böyle bir kanıtlama süreci, davayı “kamu yararı, adalet ve hakkaniyet” gibi soyut kavramlar üzerinden değil, somut hak ve özgürlüklerin norm alanlarına ilişkin unsurlar üzerinden tartışmayı zorunlu kılar. Mahkeme, baba ve çocuğun karşılıklı olarak maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi haklarını dikkate almakla birlikte, bu konuda ciddi bir tartım sürecine gitmemiştir. Hak arama özgürlüğü bakımından da, yasamanın takdir yetkisini varsayarak, sınırlama nedenlerini “adalet, hakkaniyet ve kamu yararı” olarak belirlemiştir.⁴⁵

d. Diğer Hak ve Özgürlüklerden Kaynaklanan Anayasal Sınırların Bağlantılı Hak ve Özgürlüklere Etkisi

Anayasa Mahkemesi, özel sınırlama nedeni içermeyen hak ve özgürlüklerin koruma alanlarının belirlenmesinde, diğer hak ve özgürlüklere ilişkin özel anayasal düzenlemelerin Anayasa-içi kanıtlar olarak sınır çizici işlevini benimsemektedir. Çalışma özgürlüğüne ilişkin içtihat, tam da bu konuda ilgi çekici bir örneğe sahiptir. Bu içtihada değinmeden, çalışma özgürlüğü bakımından sistematik yorumun önemini ortaya çıkaran şu ön değerlendirmelere yer vermek zorunlu gözüküyor:

-Anayasa dikkatli bir gözle okunduğunda, çalışma özgürlüğü (Anayasa madde 48) ile angarya yasağı sayılmayacak halleri belirleyen anayasal hüküm (Anayasa madde 18) arasındaki ilişki anlam kazanabilir: Anayasa’da angarya yasağı sayılmayacak haller, çalışma özgürlüğünün sınırlarını da belirlemekte-

⁴⁵ E. 2010/71, K. 2011/143, K.t. 27.10.2011: “İtiraz konusu kuralda, çocuk hakkındaki bir yıllık babalık davası açma süresinin çocuğa doğumdan sonra hiç kayıym atanmamışsa, çocuğun ergin olduğu tarihte işlemeye başlayacağı öngörülmektedir. Kuralda öngörülen dava açma süresi, yargılama usulüne ilişkin olup, soybağı davalarında dava açma süresini belirleyip belirlememe yetkisi, Anayasa’da belirlenen kurallara bağlı kalmak ve adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini gözetmek koşuluyla yasa koyucunun takdirindedir. (...) Davalı babanın veya ailesinin uzun süre dava tehdidi altında bulunmaması, diğer yandan da çocuğun ana babasını bilme, babasının nüfusuna yazılma ve hak arama özgürlüklerinin zarar görmemesi amacıyla, her iki taraf açısından yasa koyucunun süre koyma konusundaki takdir yetkisini makul bir süre olarak belirlemesi gerekmektedir.”

dir. Bu ilişkide, “zorla çalıştırma sayılmayacak haller” şekil ve şartları kanun ile gösterilmek üzere açıkça sayılmıştır:

“hükümlülük veya tutukluluk süreleri içindeki çalıştırmalar, olağanüstü hallerde vatandaşlardan istenecek hizmetler; ülke ihtiyaçlarının zorunlu kıldığı alanlarda öngörülen vatandaşlık ödevi niteliğindeki beden ve fikir çalışmaları”.

Aktarılan haller, çalışma özgürlüğünün koruma alanından yararlanmazlar. Anayasa'nın çalışma ödevinden (Anayasa madde 49) söz etmesi de bu sistematik yoruma ek bir Anayasa-ıçi kanıttır.

-Çalışma özgürlüğü, yalnızca angarya yasağına ilişkin anayasal norm değil, çalışma hakkına ilişkin anayasal norm ile de anlam kazanabilir. İşverenin çalışma özgürlüğü (Anayasa madde 48) niteliği gereği, çalışma hakkı (Anayasa madde 49) ile çatışma potansiyeline sahiptir. Çalışma özgürlüğü, dezavantajlı grupların istihdamına ilişkin özel kanun hükümlerinde olduğu gibi çalışma hakkının etkin hale getirilmesi için sınırlanabilir. Çalışma özgürlüğü, angarya yasağına tabi olmayan çalıştırmalar bakımından anayasal değerler (örneğin; sosyal devlet ya da hukuk devleti), kamu hizmetlerine girişte “hizmetin gerekleri”nin anayasal koşul olarak tanımlanması (Anayasa madde 70) veya kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşlarının varlık ve yetkileri (Anayasa madde 135) temelinde yine belirli koşullara bağlanarak (ruhsat, işverenin kreş açma zorunluluğu, sınav, staj, zorunlu hizmet vs.) sistematik kanıtlarla sınırlamalara konu olabilir. Bu örneklerde, sınırlama olgusu çoğunlukla düzenleyici kanun hükümleri ile ortaya çıkabilecektir.

- Çalışma özgürlüğü bakımından “kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşları”nın doğrudan Anayasa'dan kaynaklanan yetkilerini kullanma biçimleri de mesleki faaliyet serbestisine sınırlamalar getirebilir (örneğin; Anayasa madde 135/1 uyarınca “meslek disiplini ve ahlakını korumak” amacına dayalı işlemler).

KAMU HUKUKÇULARI PLATFORMU

BERTİL EMRAH
ODER'İN TEBLİĞİ

- Çalışma özgürlüğü bakımından, Anayasa içi bir dayanak da sistematik yorum aracılığı ile devreye girmekte ve çalışma ve sözleşme özgürlüğünün piyasaların işleyişi bakımından devletin düzenleyici -ve bu noktada sınırlayıcı- işlemlerine konu olmasına izin vermektedir. Anayasa'nın 167. maddesi uyarınca devlete para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemelerini sağlayıcı ve geliştirici önlemleri alma görevi verilmiştir. Bu görev, niteliği gereği Anayasa'nın 48. maddesi ile birlikte düşünülme zorundadır.
- Anayasa'nın hem sosyal devlet ilkesi hem de diğer sosyal ve ekonomik nitelikli hak kategorileri, çalışma özgürlüğünün kullanımında sınır çizici işlev görebilirler.

Yukarıdaki ön değerlendirmeler ışığında, Anayasa Mahkemesi'nin çalışma özgürlüğüne ilişkin sistematik bakışını aktarmak daha anlamlı olacaktır. Bu konudaki en önemli örnek, "mecburi hizmet" yükümlülüğüne ilişkin içtihatla bulunabilir. Söz konusu içtihat tabip, uzman tabip ve yan dal uzmanlık eğitimini tamamlayarak "uzman tabip" unvanını kazananların, her eğitimleri için ayrı ayrı olmak kaydıyla devlet hizmeti yapmakla yükümlü kılınmalarına ilişkin kanun hükmünü denetlemektedir. Denetim sürecinde "çalışma özgürlüğü"nün "mecburi hizmet" karşısındaki sınırları, zorla çalıştırma yasası, sosyal devlet ve devletin sağlık alanındaki "düzenleyici işlevi" (Anayasa madde 56/3) ile belirlenmiştir. Bu yaklaşım, çalışma özgürlüğünün "mesleki faaliyet serbestisi" boyutu bakımından özel sınırlama nedeni ve sınırlama klozu içermeyen niteliği karşısında, özgürlüğün koruma alanının saptanmasında diğer anayasal değerlerin (sosyal devlet ve devletin sağlık alanındaki işlevi) ve kuralların (angarya yasağının istisnaları) dikkate alındığını göstermektedir. Aynı kararda, özel sınırlama nedeni içermeyen "çalışma özgürlüğü"nün koruma alanının belirlenmesinde, diğer bir anayasal hükümde yer alan "ülke ihtiyaçlarının zorunlu kıldığı alanlarda öngörülen vatandaşlık ödevi niteliğindeki Devlet hizmeti yükümlülüğü"nün sınır çizici işlevi açıkça vurgulanmıştır:

“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.”⁴⁶

Yukarıda kısaca değinilen “sistemik yorum” yaklaşımı ile hem zorla çalıştırma yasağı, çalışma özgürlüğü bakımından pozitifleşmiş bir öz güvencesi oluşturmakta hem de zorla çalıştırma yasağındaki istisnalar, çalışma özgürlüğünün haklı sınırlama nedenlerine dönüşmektedir. Zorla çalıştırma yasağının çalışma özgürlüğü bakımından pozitifleşmiş öz güvencesi oluşturması, bu yasağın istisnaları kapsamına girmeyen her uygulamanın, çalışma özgürlüğünün özüne dokunan bir müdahale niteliğini taşımasına neden olur. Mahkeme, tabiplerin zorunlu hizmet yükümlülüğüne ilişkin bir başka içtihatı bunu açıkça vurgulamaktadır. Söz konusu içtihat, göreve başlamayan veya yükümlülüğünü tamamlamadan ayrılan tabiplerin görev yapmadıkları gün sayısını, devlet hizmeti yükümlülük süresine ekleyen düzenlemeyi “ülke ihtiyaçlarının zorunlu kıldığı alanlar” kapsamında görmeyerek Anayasa'ya aykırı bulmuştur. Mahkeme'nin şu yorumu, zorla çalıştırma yasağının çalışma özgürlüğü bakımından sağladığı öz güvencesine işaret etmektedir:

“Zorla çalıştırma yasağının ihlal edilmesi ise Anayasa'nın 48. maddesinin güvence altına aldığı çalışma ve sözleşme hürriyetinin özüne açık bir müdahale niteliği taşımakta ve bu hürriyetin ortadan kaldırılması sonucunu doğurmaktadır.”⁴⁷

e. “Değerler Tartısı” Kavramı

Anayasa Mahkemesi, askerlik hizmeti nedeniyle ceza davasının geri bırakılmasını öngören kanun hükmüne dayanarak

⁴⁶ E. 2006/21, K. 2006/38, K.t. 13.3.2006.

⁴⁷ E. 2010/113, K. 2011/164, K.t. 8.12.2011.

savunma hakkının da ötelenmesini Anayasa'ya uygun bulurken, "hakkın sınırlı kullanılması"nı, "sınırlama ölçütlerine aykırı bir sınırlama" olarak görmemektedir. Ancak bu sonuca ulaşırken, sınırlama ölçütlerinin somut norm bakımından sınındığı "gerçek bir kanıtlama" da yapamamaktadır. Anılan içtihadta, "değerler tartısı" kavramının kullanıldığı görülebilir. "Değerler tartısı" kavramının kullanımıyla, ilk bakışta tartım kavramına yaklaşıldığı düşünülebilir. Ancak Mahkeme'nin kastedtiği tartım, iki yönüyle gerçek bir tartım değildir:

- Değerler tartısı kavramı ile yasa koyucunun hukuk politikasına ilişkin tercihinin gönderme yapılmakta ve bu tercihin Anayasa'ya uygunluğu gerçek bir kanıtlama sürecine tabi tutulmamaktadır.
- Değerler tartısı ile kastedilen, bir temel hak ve özgürlük ile başka bir hak ve özgürlük ya da anayasal değer arasındaki makul dengenin oluşturulması süreci değildir. Mahkeme, Anayasa'da bir hak ve ödev olarak görülen vatan hizmeti ile savunma hakkını (Anayasa madde 36) ya da vatan hizmeti ile anayasal değer olarak suçun kovuşturulması yoluyla "toplumun huzuru"nu sağlama yönündeki devletin ödevini (Anayasa madde 5) bir tartıma tabi tutmamaktadır. Tartım, "suçun koruduğu değer" ile "vatan hizmeti" arasında yasa koyucu tarafından yapılmış ve Mahkeme bunu tespit etmiş ve onaylamıştır:

"Öte yandan, bir yıla kadar şahsi hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektiren suçlar ile bir yılı aşan şahsi hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektiren suçlar aynı nitelikte değildir. Yasa koyucu, bu suçlar bakımından Anayasa'nın 72. maddesinde öngörülen vatan hizmetinin aksatılmamasını, suçun koruduğu değere göre daha önemli saymış ve *değerler tartısında ona öncelik vermiş*, buna karşılık daha ağır suçların koruduğu değer karşısında böyle bir öncelik düzenlemesine gerek görmemiştir.

"Anayasa'nın "Hak arama hürriyeti" başlıklı 36. maddesinde, herkesin meşru vasıta ve yollardan yararlanarak yargı organları önünde davacı ya da davalı olarak iddia ve

savunma ile adil yargılanma hakkına sahip olduğu hükme bağlanmıştır. Evrensel konumu nedeniyle insanlığın ortak değerlerinden sayılan savunma hakkı, bir sanığın, hak arama hürriyeti içinde yer alan iddia ve adil yargılama haklarıyla birlikte en önemli haklardan birini oluşturmaktadır. Yasa kuralı, başta savunma hakkı olmak üzere yargılama sürecindeki diğer hak ve güvencelerden yararlanılmasına engel değildir. Her ne kadar daha fazla cezayı gerektiren bir suç için davası geri bırakılmayan asker kişinin savunma hakkını, davası ertelenecek olana göre daha sınırlı kullanacağı söylenebilirse de bunu savunma hakkınının 13. maddede öngörülen ilke ve ölçütlere aykırı bir sınırlanması olarak görmek mümkün değildir. Çünkü somut olaylarda yargıçlar sanıkların savunma haklarını gereği gibi kullanabilmeleri için yeterli olanakları sağlamak zorundadır.”⁴⁸

Mahkeme'nin, “suçun koruduğu değer”in anayasal karşılığını açıkça göstermesi (“anayasal değerın saptanması”) ve onu, vatan hizmeti karşısında ölçülülük denetimine tabi tutması beklenirdi. Ancak yukarıdaki alıntıda görüldüğü gibi, bu süreç gerçekleşmemiştir.

f. Özel Sınırlama Nedeni İçermeyen Özgürlüklerin Diğer Anayasal Güvencelerle Desteklenmesi

Özel sınırlama nedeni içermeyen özgürlüklerin yorumunda, Anayasa'nın diğer hükümlerindeki temel hak ve özgürlükler ile anayasal değerler, o hak ve özgürlüğün pekiştirilmesi için de dikkate alınmalıdır. Başka bir anlatımla, temel hak ve özgürlükler her zaman birbirleri ile ya da diğer anayasal değerler ile çatışma potansiyeli taşımaz. Sistematik-teleolojik yorum çerçevesinde “Anayasanın bütünlüğü ilkesi”,⁴⁹ hak ve özgürlüklerin

⁴⁸ E. 2001/237, K. 2004/16, K.t. 17.2.2004.

⁴⁹ Anayasa Mahkemesi, “Anayasanın bütünlüğü” ilkesini benimsemekte ve bu ilkeyi sisteme uygun yorum çerçevesinde “hukukun genel ilkeleri çerçevesinde yorum” olarak da algılamaktadır, bkz. E. 2006/21, K. 2006/38, K.t. 13.3.2006: “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

birbirilerini ya da anayasal değerlerin hak ve özgürlükleri desteklediğini de ortaya koyabilecek güçlü bir araçtır. Hak arama özgürlüğü bakımından bir örnek, Bankacılık Devlet Denetleme Kurulu kararlarına karşı yürütmeyi durdurma kararının verilmesini tamamen ortadan kaldırmayan, ancak kimi koşullar getirerek, bu kararın davanın açıldığı tarihte somut olayın verileri çerçevesinde verilmesini engelleyen kanun hükmü bakımından gösterilebilir. Bankacılık Kanunu ile getirilen hüküm uyarınca Danıştay, dava dilekçesinin ve eklerinin davalıya tebliği ile kanunun belirttiği kısaltılmış savunma süresinin (7 gün) ve duruşma yapılması için gerekli tebligat sürelerinin geçmesinden sonra, yürütmenin durdurulması hakkında karar verilebilecekti. Anayasa Mahkemesi, söz konusu hükmün Anayasa'ya aykırılığı yönünde karar vermiştir. Kararda, Anayasa'nın 13. maddesindeki ölçütlere ilişkin bir kanıtlama yapılamamakla birlikte, Anayasa'nın 125. maddesinin yürütmeyi durdurma kararı ile güttüğü "amaç" ve bu amacın etkililiği, hak arama özgürlüğünün koruma alanının belirlenmesinde etkili olmuştur. Bu içtihat, açıkça vurgulamasa da, temel hak ve özgürlükler ile idari yargıya ilişkin hükümlerin "Anayasanın bütünlüğü" ilkesine uygun ve her iki anayasal düzenleme konusunun da etkinliğini sağlayacak biçimde yorumlanması örneğidir:

"İdari yargıda yürütmenin durdurulması kararıyla güdülen amacın kişilerin hak arama özgürlüklerini daha etkili biçimde kullanabilmelerini sağlamak olduğu gözetildiğinde, böyle bir durumun Anayasa'nın 125. maddesinin beşinci fıkrasında öngörülen "*idari işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkansız zararın doğması*" koşulunu etkisiz kılarak yürütmenin durdurulması kararlarıyla gerçekleştirilmek istenen hukuksal yararı olumsuz yönde etkileyeceğinden bu yönden davacının, otuz günlük savunma süresini yedi güne indirerek *davalının hak arama özgürlüğünü de zedeleyeceği açıktır.*"⁵⁰

göz önünde tutularak uygulanmaları zorunludur."

⁵⁰ Cümlelerin sonundaki eğik yazı (italik) bölüm özellikle vurgulanmıştır. E. 2006/33, K. 2006/36, K.t. 9.3.2006.

3. Özel Sınırlama Nedeni İçeren Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanmasına İlişkin Yargısal Yorum

2001 sonrası anayasal içtihatla özel sınırlama nedeni içeren temel hak ve özgürlükler bakımından, sınırlama içeren kanun hükümlerinin “neden” unsurunu ilgilendiren örnekler gözlenmektedir. Bu örneklerden biri, özel sınırlama nedeni içeren dernek özgürlüğüne ilişkindir. Dava konusu kanun hükmünde, Bakanlar Kurulu ve Başbakanlık, Türk Hava Kurumu'nun (THK) dernek özgürlüğünün kurumsal özyönetim ile ilgili boyutunda (özerklik) etkili kılınmaktaydı. Yürütmenin dernek özerkliği üzerindeki etkisi şu unsurları içermektedir:

(1) Genel kurulunun kararı üzerine THK tüzüğünü onaylamaya; denetleme yetkileri bulunan mercilerin raporları üzerine organların görevlerine son vermeye ve bunların görevlerini yerine getirmek üzere geçici kurullar oluşturmaya; tüzüğünü değiştirmeye, yürürlükten kaldırmaya ve yeniden düzenlemeye Bakanlar Kurulunun yetkili olması.

(2) THK'nin organlarının denetlenen kanunun yayımı tarihinde sona ereceği.

(3) Organların görevlerinin Başbakanlıkça belirlenecek bir başkan ve iki üyeden oluşan üç kişilik kurul tarafından yerine getirileceği ve bu kurulun en geç bir ay içinde THK'nin yeniden yapılandırılmasına ilişkin tüzüğü hazırlayarak Bakanlar Kuruluna sunacağı.

Mahkeme, bu normu, dernek özgürlüğünün sınırlanmasında “anayasal neden” unsurunu (“özel sınırlama nedenleri”) karşılamadığı gerekçesiyle Anayasa'ya aykırı bulmuştur. Böylece, kanun tasarısının gerekçesinde yer alan THK yöneticileri hakkındaki yolsuzluk iddiaları ve bu tür kamuya yararlı derneklerin denetim ihtiyacı gibi unsurlar, “kamu düzeni”ne dayalı anayasal neden olarak değerlendirilmemiştir:

“İtiraz konusu kurullarla Türk Hava Kurumu'nun [THK] yetkili organlarının iradeleri dışında bu organların görevlerine son vermeye ve bunların görevlerini yerine getirmek üzere ge-

çici kurullar oluşturmaya, tüzüklerini değiştirmeye, yürürlükten kaldırmaya ve yeniden düzenlemeye yürütmenin yetkili kılınması ve organların görevlerine son verilmesi, Anayasa'nın 33. maddesinin güvence altına aldığı dernek kurma özgürlüğü alanına yapılmış açık bir müdahale niteliğindedir. Böyle bir müdahalenin her şeyden önce Anayasa'nın ilgili maddesinde belirtilen nedenlerden birine dayandırılmış olması gerekir. Oysa itiraz konusu kurallar Anayasa'nın 33. maddesinde belirtilen sınırlama nedenlerinden herhangi birine dayanmamaktadır.⁵¹

Derneklerin özerk karar ve özyönetim yetkisine ilişkin bu sınırlamanın özel sınırlama nedenlerine uygunluğu kabul edilmiş olsaydı, sınırlama Anayasa'nın 13. maddesindeki diğer ölçütler ve dernek özgürlüğündeki özel güvencelerin *telosu* ("kapatma ve faaliyetten alıkoymada yargıç güvencesi") karşısında Anayasa'ya uygun sayılabilir miydi? Bu soruyu, olumlu yanıtlamak demokratik toplum düzeninin gerekleri, ölçülülük ilkesi, kapatma ve faaliyetten alıkoyma gibi yaptırımların yargıç kararına bağlı olarak anayasal düzeyde düzenlenişi ve dernek özerkliğinin değiştirilemez bir anayasal ilke olan "demokratik devlet" in yansımaları olan çoğulculuk ile yakın bağlantısı ("sözü ve ruhundan kaynaklanan sistematik yorum") karşısında mümkün değildir.

Dernek özgürlüğüne ilişkin başka bir içtihadta da "özel sınırlama nedeni"ne bağlılığın önemi vurgulanmıştır. Bu davada denetlenen kanun hükmü, üye sayısı 100'ü aşmayan derneklerde gönüllü veya ücretli personel çalıştırılmasını engellemekteydi. Mahkeme, hükmün Anayasa'da dernek özgürlüğü bakımından sınırlı sayıda öngörülmüş olan sınırlama nedenlerinden herhangi birine dayanmadığını belirtmektedir.⁵²

⁵¹ E. 2002/43, K. 2003/103, K.t. 24.12.2003; ayrıca bkz. E. 2004/52, K. 2004/94, K.t. 13.7.2004.

⁵² E. 2004/107, K. 2007/44, K.t. 5.4.2007: "Dernekler Kanunu'nun 13. maddesinin birinci fıkrasındaki düzenleme ile üye sayısı 100'ü aşmayan derneklerde gönüllü veya ücretli personel çalıştırılmasının engellenmesi, kurulmuş bir derneğin faaliyetlerine yönelmiş olduğundan dernek kurma ve dernek etkinliklerini yürütme özgürlüğüne yasa ile bir sınırlama getirildiği açıktır. Bu sınırlamanın 33. maddede belirtilen sınırlama nedenlerinden herhangi birine dayanmaması nedeniyle Anayasa'nın 33.

Dernek özgürlüğüne ilişkin her iki anayasal içtihadta da “kamu düzeni”, dernek özyönetimi ya da derneğin işleyişindeki özerk karar yetkisi bakımından kullanılmamıştır. Mahkeme'nin bu tutumu yer-zaman-kişi bakımından somutlaşmayarak haklı kılınamayan, soyut ve yasamanın takdir yetkisine dayalı “kamu düzeni”nin özel sınırlama nedeni olarak kabul görmemesi konusunda olumlu örnek oluşturmaktadır.

Özel sınırlama nedenlerinin “sıkı biçimde” yorumlanması, radyo-televizyon yayıncılığında “yayın durdurma”ya ilişkin anayasal içtihadta da uygulanmıştır. Bu içtihadta konu olan Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun, özel radyo ve televizyon kuruluşlarının yıllık brüt reklam gelirlerinden %5 oranında ayrılacak payları Radyo ve Televizyon Üst Kurulu'nun gelirleri arasında saymaktadır. Payın ödenmemesi halinde, ilgili kuruluşa kademeli olarak önce “yayın durdurma” ve ardından “yayın izninin ve lisan-sının iptali” yaptırımlarının uygulanacağını öngörmektedir. Mahkeme, bu kanun hükmünün içerdiği “yayın durdurma” yaptırımını Anayasa'ya aykırı bulurken “nedene bağlılık” ilkesinin karşılanmadığına dayanmıştır.⁵³ Böylece yaptırımın anayasal nedeni olarak, Anayasa'nın düşünciyi açıklama özgürlüğüne ilişkin 26. maddesinde yer alan özel sınırlama nedenlerinden “kamu düzeni”ni kullanmamıştır. Kararda, “alacağın tahsili” kamu düzeninin bir unsuru ve öngörülen idari yaptırım ise yasa koyucu bakımından siyasal takdir yetkisinin bir yansıması olarak görülmemiştir. Mahkeme, özel sınırlama nedeninin karşılandığı yönünde ilerleseydi, söz konusu idari yaptırım, bu kez ölçülülük ilkesinin öngördüğü sınırları aşamayacaktı. Bu tür yaptırımlarda, alacağın tahsiline ilişkin

maddesine aykırıdır.”

⁵³ E. 2003/40, K. 2007/96, K.t. 12.12.2007: “İtiraz konusu kural uyarınca ödeme yapılınca kadar yayının durdurulmasına karar verilmesi, Anayasa'nın 26. maddesinin güvence altına aldığı düşünciyi açıklama ve yayma hürriyetine yapılmış açık bir müdahale niteliğindedir. Böyle bir sınırlamanın her şeyden önce Anayasa'nın ilgili maddesinde belirtilen nedenlerden birine dayandırılmış olması gerekir. Oysa itiraz konusu kural Anayasa'nın 26. maddesinde belirtilen sınırlama nedenlerinden herhangi birine dayanmamaktadır.”

KAMU HUKUKÇULARI PLATFORMU

BERTİL EMRAH
ODER'İN TEBLİĞİ

olağan usullere başvurulması seçeneği varken, yayın durdurma ve benzeri idari yaptırımların uygulanması “elverişlilik” alt ilkesini karşılamakla birlikte, “gereklilik” alt ilkesini aşmaz.⁵⁴

Aileler ve kişilerin “milli güvenlik” nedeniyle zorunlu iskana tabi tutulmasını benimseyen kanun hükmünün yorumunda da, özel sınırlama nedenlerine uygunluk denetiminin başarılı bir uygulaması görülmektedir. Mahkeme anılan içtihadta, yerleşme özgürlüğünün özel sınırlama nedenleri bakımından -Alman öğretisindeki kavramsallaştırmaya da uygun olarak- “nitelikli yasa kaydı” ifadesini kullanmıştır. Anayasa'nın yerleşme özgürlüğü bakımından yasa koyucuyu kayıtladığı özel sınırlama nedenleri arasında “suç işlenmesini önlemek, sosyal ve ekonomik gelişmeyi sağlamak, sağlıklı ve düzenli kentleşmeyi gerçekleştirmek ve kamu mallarını korumak” yer alırken, “milli güvenlik” yer almamıştır. Bu durum, yerleşme özgürlüğüne yapılan müdahalenin, öncelikle neden unsuru bakımından sakat olduğunu ortaya koymaktadır:

“(Anayasa'nın 23. maddesinde) yerleşme özgürlüğüyle ilgili sınırlama sadece yasa koyucuya bırakılmakla kalmamış, nitelikli yasa kaydıyla sınırlama benimsenerek, aynı zamanda sınırlamanın hangi neden, amaç ya da koşullarla yapılması gerektiği de tek tek sayılmıştır.

“Anayasa'da sınırlama nedenlerinin sayılarak belirlenmiş olması, yasa koyucunun bunlar dışında kalan bir nedenle yerleşme özgürlüğünün sınırlandırılması sonucunu doğuracak düzenlemeler yapamayacağını göstermektedir. Dava konusu kurallarda belirtilen “milli güvenlik”, yerleşme özgürlüğüyle ilgili sınırlama nedenleri arasında sayılmamıştır.”⁵⁵

Olumlu örneklere rağmen, özel sınırlama nedenlerinin kullanımında Anayasa Mahkemesi'nin normatif ilişkilendirme ba-

⁵⁴ Aynı yönde bkz. Serdar Özgüldür ve Serruh Kaleli'nin karşı oy yazıları, E. 2003/40, K. 2007/96, K.t. 12.12.2007.

⁵⁵ E. 2006/142, K. 2008/148, K.t. 24.9.2008.

kımından her zaman isabetli tercihler yaptığı da söylenemez. Mahkeme, asker kişilerin seyahat özgürlüğüne ilişkin bir davada, doğrudan özgürlük alanına yönelik müdahale olmasına rağmen, ilgili kanun hükmünü Anayasa'nın 13. maddesi çerçevesinde denetlememiştir. Bu davada, denetim konusu kanun hükmü herhangi bir nedenle izinli olsa dahi, yabancı ülkeye gitme izni bulunmaksızın ülke sınırları dışında üç günü geçiren asker kişilerin, yabancı ülkeye kaçmış sayılarak "üç seneden beş sene kadar" hapis cezası ile cezalandırılacaklarını öngörmekteydi. Davaya ilişkin itiraz dilekçesinde kanunun öngördüğü sınırlamanın "neden" unsuru bakımından, seyahat özgürlüğü için öngörülen anayasal nedenlere dayanmadığı da ileri sürülmekteydi. Anılan kanun hükmüne ilişkin denetim, hukuk devleti ilkesine uygunluk bağlamında yapılmıştır. Bununla birlikte, ölçülülük ilkesinin alt ilkesi olan orantılılık ilkesi ile demokratik toplum düzeninin gerekleri, hukuk devleti bağlamında kullanılmıştır:

"Askerlik hizmetinin ulusal güvenliğin sağlanmasındaki belirleyici yeri ve ağırlığı, sivil yaşamda suç oluşturmayan ya da önemsiz görülebilecek cezaları gerektiren kimi eylemlerin askeri suç olarak kabul edilmelerini ve ağır yaptırımlara bağlanmalarını zorunlu kılabilmektedir. Ancak, Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adil bir hukuk düzeni kurup bunu uygulamakla yükümlü devlet anlayışını yansıttığından, askeri ceza hukuku alanında da *suçla ceza arasında akla uygun, kabul edilebilir, amaçla uyumlu bir orantının sağlanması, hukuk devleti olmanın gereğidir.*

"Askeri hizmetin özellikleri ve eylemleri ceza yaptırımına bağlanan kişilerin askerliği meslek olarak kabul ettikleri göz önünde bulundurulduğunda, itiraz konusu kuralla *suç kabul edilen eylemle cezası arasında demokratik bir toplumda uygun görülebilecek adil bir dengenin bulunmadığı sonucuna varılmıştır.*"⁵⁶

⁵⁶ Eğik yazı (italik) olan bölümler özellikle vurgulanmıştır, bkz. E. 2002/166, K. 2004/3, K.t. 21.1.2004.

Özel sınırlama nedenlerinin ve bu nedenlerin somutlaşma biçimlerinin yorumunda, Mahkeme'nin "nedene bağlılık" koşulunu bu kez sıkı biçimde uyguladığı bir örnek yine seyahat özgürlüğüne ilişkin içtihadta bulunabilir. Bu içtihadta, 2010 Anayasa değişiklikleri öncesinde seyahat özgürlüğü bakımından özel sınırlama nedeni olarak öngörülmüş olan "vatandaşlık ödevi" Mahkeme tarafından "vergi ödevi" ile sınırlı olarak anlaşılmıştır. Böylelikle, "amme alacağı"na dönüşmüş banka kredi borçlarının ödenmemesi halinde uygulanacak "pasaport veya seyahat vesikası verme yasağı", "vatandaşlık ödevi" biçimindeki sınırlama nedeninin haklı kılmadığı bir siyasal tercih olarak değerlendirilmiştir.⁵⁷ Burada "vatandaşlık ödevi"nin, Anayasa-içi sistematik bir dayanak olarak "vergi ödevi" ile bağlantılandırılması, özel sınırlama nedenlerinin yorumunda sistematik yorumun işlevini de ortaya koymaktadır.⁵⁸ Kuşkusuz, Anayasa'daki diğer sistematik dayanaklar ve demokratik toplum düzeninin gerekleri çerçevesinde, "vatandaşlık ödevi"nin kapsam ve sınırlarının "vergi ödevi" ile sınırlı tutulup tutulmayacağı tartışmaya açıktır. Bu yönüyle, içtihadın salt vergi ödevine odaklanması sorgulanabilir. Ancak 2010 Anayasa değişiklikleri ile "vatandaşlık ödevi"nin seyahat özgürlüğünde özel sınırlama nedeni olmaktan çıkarılması sonucunda, bu özgürlük bakımından tartışma da sona ermiş sayılabilir.

⁵⁷ E. 2007/4, K. 2007/81, K.t. 18.10.2007: "Vatandaşlık ödevi kapsamında olmayan kamu alacaklarının tahsili amacıyla, borçlular hakkında yurt dışına çıkış yasağı konulması, Anayasa'nın 23. maddesinin güvence altına aldığı yurt dışına çıkma özgürlüğü alanına yapılmış açık bir müdahale niteliğindedir. Böyle bir sınırlamanın Anayasa'nın ilgili maddesinde belirtilen sınırlama nedenlerinden birine dayandırılmış olması gerekir. Ancak, itiraz konusu kurallar Anayasa'nın 23. maddesinde belirtilen sınırlama nedenlerinden herhangi birine dayanmamaktadır." Karş. E. 2008/66, K. 2008/131, K.t. 22.7.2008

⁵⁸ E. 2007/4, K. 2007/81, K.t. 18.10.2007: "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 aksatılmasından 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."

Aynı içtihatla, özel sınırlama nedeninin yorumu yanında, bu nedenin haklı kıldığı konularda yasa koyucunun somutlaştırma biçiminin de yorumlandığı görülebilir. Mahkeme sınırlama nedeninin somutlaştırma biçiminin “açıklık, somutluk ve belirginlik” taşıması gereğine dikkat çekmektedir. Ancak bu unsurlar, yalnızca nedenin somutlaşmasında öngörülebilirliğin sağlanması bakımından değil, daha da önemlisi, sınırlama aracı ile sınırlama amacı arasındaki “makul ve uygun” ilişkiyi kurmak bakımından da vurgulanmıştır. Böylece nedenin somutlaştırma biçimi, ölçülülük ilkesinin anlamlı biçimde uygulanabilmesi için gerekli bir öncüle dönüşmektedir:

“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.”⁵⁹

Özel sınırlama nedenlerine uygun olmayan sınırlamalar bakımından, televizyonda bölünür ekran yoluyla ana programla ilgili bilgilerin verilmesinin yasaklanmasına ilişkin anayasal içtihat da örnek gösterilebilir. Bu hükmün denetiminde, söz konusu yasak Anayasa’nın 26/2. maddesinde öngörülen özel sınırlama nedenlerinden “hiçbiri ile bağlantılı” görülmediği için Anayasa’ya aykırı bulunmuştur.⁶⁰

⁵⁹ E. 2007/4, K. 2007/81, K.t. 18.10.2007.

⁶⁰ E. 2002/100, K. 2004/109, K.t. 21.9.2004: “Televizyonda bölünür ekran yoluyla ana programla ilgili bilgilerin verilmesinin, yayınlanan programın yayını izleyenler tarafından daha iyi anlaşılabilmesi amacıyla yönelik olduğu, bunun yasaklanmasının ise düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünü sınırlandırdığı açıktır. Böyle bir sınırlamanın Anayasa’nın 26. maddesinin ikinci fıkrasında sayılan nedenler kapsamında düşünülme-

KAMU HUKUKÇULARI PLATFORMU

BERTİL EMRAH
ODER'İN TEBLİĞİ

Radyo, televizyon ve veri yayınlarının yayın ilkelerini saptayan kanun hükümlerinin Anayasa'ya uygunluk denetiminde ise "özel sınırlama nedenleri"nin yorumu ve ağırlığı konusu ele alınmaktadır. İlgili kanun hükümleri, yayın ilkelerini sıralarken "nefret duyguları oluşturan" veya "korku salan yayınlara" imkan verilmesini açıkça yasaklamaktadır. Mahkeme, sayılan yasakların denetiminde, Anayasa'nın düşünciyi açıklama ve yayma özgürlüğüne ilişkin 26/2. maddesinde yer alan özel sınırlama nedenlerinden "kamu düzeni ve kamu güvenliği"ni öne sürmekte ve anılan yasakları söz konusu özel sınırlama nedenleriyle ilişkilendirmektedir. Bu noktada, özel sınırlama nedenlerinin somutlaşmış hali olan bu tür yasakların "yeterince öngörülebilir" ve "belirgin" olup olmadığı da ele alınmaktadır. Mahkeme'nin anılan yasakların öngörülebilirliği ve belirginliği bakımından yaptığı gönderme, "bu kavramlara zaman içinde öğreti ve yargı kararlarıyla içerik ve anlam kazandırıldığı"dır. Kararda, "sürekli değişen toplumsal olaylar karşısında insanlar arasında nefret duygularını oluşturan veya korku salan yayınların neler olduğunun önceden yasa koyucu tarafından belirlenmesindeki güçlük" vurgulanmıştır. Bununla birlikte, Mahkeme'nin yaklaşımında "özel sınırlama nedenleri"nin yorumuna, derinlik ve açıklık kazandıracak kimi unsurların bulunmadığına dikkat çekmek gerekiyor:

-Mahkeme, anılan yasakların yorumlanmasında idareye yol gösterecek olan "haber gerçeklik değeri" ya da "açık ve mevcut tehlike" gibi yargısal ölçütler çerçevesinde, bu yasakların Anayasa odaklı yorumuna -"temel hak ve özgürlük odaklı anayasal yorum"- değinmemektedir.

-Mahkeme, araç-amaç dengesi kurulurken, özel sınırlama nedenlerinin koruduğu değere ağırlık vermekte, ancak bu ağırlığın saptanmasında "konu, yer, zaman ve kişiler" bakımından somutlaşmış bir kamu düzeni ve kamu güvenliğinin gerekliliğinden söz etmemektedir.

si olanaksız olduğundan dava konusu "ilgili" sözcüğü Anayasa'nın 26. maddesine aykırıdır, iptali gerekir."

-Kararda, yasaklar (araç) ile yasak koyma ile amaçlananlar (amaç) arasındaki dengenin (araç-amaç dengesi) saptanmasında demokratik toplumun gereklerini oluşturan olgusal bağlamın unsurları ve yasakların koruduğu değer, diğer temel hak ve özgürlüklerle ilişkisi de saptanmamaktadır.

Yukarıda belirtilen eksiklikler nedeniyle, Mahkeme'nin "zorlayıcı toplumsal ihtiyacı" yeterince berraklaştıramadığı söylenebilir. Burada özellikle nefret söyleminin yasaklanması bakımından "kamu düzeni" kavramının, başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunmasına hizmet edecek biçimde anlaşılmasının önemini vurgulamak gerekiyor. Yalnızca böyle bir yaklaşım, kamu düzeninin soyut ve devlet odaklı kavranmasını engelleyerek, bu özel sınırlama nedeninin temel hak odaklı yorumlanmasına hizmet edebilir.

Aynı kararda, ölçülülük ilkesi bakımından, ilkenin aşamalı biçimde sınındığı bir kanıtlamayı görmenin mümkün olmadığını eklemek gerekiyor. Demokratik toplum düzeni ve ölçülülük ilkesine ilişkin denetim, aşağıda yer verilen paragrafla sınırlı kalarak, özel sınırlama nedenlerinin tek başına ve neredeyse doğaları gereği üstün tutulmasına neden olmuştur. Bu yaklaşımda, sınırlamanın anayasal denetimi "etkili, aşamalı ve açık" biçimde yapılmamaktadır:

"Dava konusu kuralla yasaklanan yayınlara izin verilmesi halinde bunların kamu düzeni ve kamu güvenliği bakımından yaratabileceği ağır sonuçlar gözetildiğinde, yapılan düzenlemenin demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olduğu ileri sürülemez."⁶¹

"Özel sınırlama nedeni" olarak kamu düzeninin yorumu konusunda, medya tekelleşmesine ilişkin hükümlerin denetimi de örnek gösterilebilir. Medya tekelleşmesinin önlenmesine ilişkin hükümlerin anayasal denetiminde, çalışma ve sözleşme özgürlüğüne değil, düşüncüyü açıklama ve yayma özgürlüğü üzerinden basın ve haber alma özgürlüğüne ve

⁶¹ E. 2002/100, K. 2004/109, K.t. 21.9.2004.

onun medya çoğulculuğu ile bağlarına dayanılmaktadır.⁶² Bu noktada, Anayasa'nın 26/2. maddesindeki kamu düzeni ile birlikte, aslında bu kavramı Anayasa içi dayanaklarla (sistemik yorum) somutlaştıran devletin “tekelleşme ve kartelleşme” karşısındaki yükümlülükleri (Anayasa madde 167) dikkate alınabilir. Kamu düzenini böylelikle sistematik dayanaklarla anlamlandıran yaklaşım, medya sahipliğinin düzenlenmesi için uygun bir anayasal zemin hazırlamaktadır. Ancak Mahkeme, değinilen davada özel sınırlama nedeni içeren düşünceyi açıklama özgürlüğünden yola çıkmasına rağmen, kamu düzeni ile Anayasa 167. maddedeki devletin yükümlülüğü arasındaki bağı başarılı biçimde kuramamıştır. Daha da ilginç kararda, 167. maddede ile bağlantılı olarak somutlaşan kamu düzeninin bir özel sınırlama nedeni olarak sınırlamayı mümkün kılmasından çok, sınırlamanın Anayasa'nın 167. maddesi (“devletin piyasa denetimine ilişkin yükümlülükleri”) karşısında yetersiz kaldığına değinilmektedir. Dava konusu kanun hükmü, bir gerçek ya da tüzelkişi ya da sermaye grubuna, bir veya birden fazla televizyon ya da radyo kuruluşunun tümüne ya da bir kısmına sahip olabilme olanağını sağlamakta, ancak bunu sahip olunacak televizyon kanalları ile radyoların yıllık ortalama izlenme ve dinlenme oranının %20'yi geçmemesi koşuluna bağlamaktaydı:

“Buna göre, Anayasa'nın 26. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen sınırlama nedenlerinden kamu düzeni ve 167. maddesinde devlete verilen görevler gözetilerek, televizyon ya da radyo kuruluşunun yıllık ortalama izlenme oranına bağlı olarak bir televizyon veya radyo kuruluşunda, bir gerçek veya tüzelkişinin veya bir sermaye grubunun sermaye payına sınır-

⁶² E. 2002/100, K. 2004/109, K.t. 21.9.2004: “Basın ve haber alma özgürlüğünün gerek kamu erkini kullanan kurum ve kuruluşlara gerekse özel hukuk gerçek ve tüzel kişilerine karşı korunması amacıyla, görsel ve işitsel medya tekelinin oluşmasını engellemek için etkili sınırlamalar koymanın, medyanın çoksesliliğini sağlamaya yönelik koruyucu önlemler alınmasının Devlet'in görev ve sorumluluğunda olduğu açıktır. Bu doğrultuda bağımsız ve yansız yayıncılığın sürdürülebilmesine olanak sağlanması bakımından Anayasa'nın 26. maddesinde belirtilen nedenlerle sınırlı olarak medya sahipliğine ilişkin kimi kısıtlamaların getirilebileceği de kuşkusuzdur.”

lama getirilebilir. Yapılan araştırmalarda, Türkiye'de en yüksek izlenme oranının %14 ila %16 olarak saptanması ve dava konusu kurulla öngörülen %20 oranına uygulamada ulaşılmamasının çok güç olması nedeniyle, aynı kişilerin veya sermaye gruplarının ülkedeki televizyon ve radyo kuruluşlarının çoğuna sahip olmalarının kaçınılmaz hale geleceği bu durumda %20 oranın, Anayasa'nın 167. maddesinde devlete verilen tekelleşme ve kartelleşmeyi önleme görevinin yerine getirilmesini sağlayamayacağı açıktır."⁶³

Sınırlama nedeni içeren özgürlüklerde, sınırlama nedeni olarak gösterilenler "başkalarının hak ve özgürlükleri" ile bağlantılı olduğu ölçüde, aslında dengelenmesi gereken bir hak ve özgürlük çatışması söz konusudur. Düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü ve onun sınırlama nedenlerine gönderme yapan basın özgürlüğü bakımından da durum böyledir. Anayasa'nın 26/2. maddesinde yer alan "başkalarının şöhret ve hakları, özel ve aile hayatları yahut kanunun öngördüğü meslek sınırlarının korunması" biçimindeki sınırlama nedenleri; kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı, özel yaşamın ve aile yaşamının gizliliği ilkesi ve çalışma özgürlüğü ile doğrudan bağlantılıdır. Basın özgürlüğünün somut olaylarda çatışma riskinin yoğun olduğu haklar, Anayasa madde 17/1 ve 20/1'de yer alan kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı ile özel yaşamın ve aile yaşamının gizliliği ilkesidir. Özel hukuk kanunlarındaki kişilik haklarının anayasal temeli de zaten bu haklardır. Radyo-televizyon yayıncılığı ile kişilik haklarının çatışmasında kişilik hakları lehine on milyar liralık tazminat alt sınırını belirleyen kanun hükmü, temel hak ve özgürlük çatışmalarında ölçülülük ilkesinin uygulanması bakımından eşsiz bir fırsat sunmaktadır. Tazminatın alt sınırını on milyar olarak belirleyen aynı kanunda, bölgesel ve yerel yayın yapan kuruluşlar için tazminat oranının hesaplanması konusunda basın özgürlüğü lehine başka uyarlamalar da yapılmıştı. Kanun kapsamındaki tazminatlar bakımından, bölgesel yayın yapan kuruluşlarda tazminatın ya-

⁶³ E. 2002/100, K. 2004/109, K.t. 21.9.2004.

rısına kadar, yerel yayın yapan kuruluşlarda 1/3'üne kadar indirilmesi mümkündür. Ancak Anayasa Mahkemesi tazminatın alt sınırının belirlenmesine ilişkin kanun hükmünü “temel hak ve özgürlük çatışmaları” kapsamında değerlendirmemiştir. Böylece dengeleme ve bu noktada, özellikle ölçülülük ilkesinin nasıl uygulanabileceği ve ilintili temel hak ve özgürlüklerin karşılıklı ağırlıkları (örneğin; “demokratik bir toplumda basın özgürlüğünün işlevi, radyo-televizyon yayıncılığının etki gücü, tazminat alt sınırının basın çoğulculuğu (ulusal, yerel, bölgesel) üzerindeki etkisi”) çözümlenememiştir. Mahkeme, normu “hukuk devleti” ve Anayasa'nın 138. maddesi çerçevesinde yargıçların özerk karar verme yetkisinin Anayasa'ya aykırı biçimde sınırlanması olarak değerlendirmektedir.

Bununla birlikte aynı kararda, temel hak ve özgürlüklerin yorumu bakımından ilgi çekici olan bir nokta da bulunmaktadır. Mahkeme, tazminatın alt sınırının belirlenmesini yargıcın özerk karar yetkisi dışında, “zarar gören kişinin istemini aşan sonuçların doğması” bakımından ele almaktadır. Yeterince derinleşmeyen bu argüman, manevi tazminat isteminin içeriği ve miktarının belirlenmesinin kişinin temel hakları ile bağlantısı konusunu öne çıkarmaktadır. Buradaki temel soru, manevi tazminat istemi (nitelik ve miktar) ile bağlantılı olan kişinin manevi varlığının korunması hakkı ve özel yaşamın gizliliği ilkesinin, sadece kişilerin isteğine bağlı tazminatlarını mı haklı kıldığı; yoksa söz konusu hakların Anayasa düzeyinde ve tüm kanun yorumunu etkileyecek biçimde “nesnel bir değerler düzeni” mi yarattığıdır. Söz konusu hakların koruduğu değerler, yalnızca öznel menfaatlerin korunmasına değil, nesnel olarak hak ve özgürlük değerlerinin ve onların temelinde yatan insan onurunun korunmasına hizmet ederler. O nedenle, manevi tazminat isteminin yargıç tarafından sadece ilgili kişinin isteği ile sınırlı tutulamayacağına ilişkin kanuni düzenlemeler ilke olarak Anayasa ile uyumludurlar.

4. Temel Hak ve Özgürlüklerin Kesişmesi

Temel hak ve özgürlüklerin kesişmesi, Anayasa Mahkemesi

içtihadında da benimsenen yargısal bir tercihtir. Kesişme, hem aynı türden temel hak ve özgürlükler hem de farklı türden temel hak ve özgürlükler arasında gerçekleşebilen bir yorum tercihinin ortaya çıkmaktadır. “Devlet İstatistik Enstitüsü Başkanlığının Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname”nin öngördüğü genel nüfus sayımlarında sokağa çıkma yasağına ilişkin hükmün denetiminde kesişme olgusu, aynı türden iki özgürlük -kişi özgürlüğü ve güvenliği ile seyahat özgürlüğü- bakımından gerçekleşmektedir. Mahkeme, Anayasa'nın 19. maddesindeki kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkını, keyfi yakalama ve tutuklamaya karşı güvence olmanın dışında “genel bir karar ve hareket serbestisi” gibi kavramaktadır:

“Anayasa'nın 19. maddesi kişi özgürlüğünü ve güvenliğini korumaya yönelik hükümleri içermektedir. Madde, sadece keyfi yakalama ve tutuklamaya karşı bir güvenceden ibaret olmayıp, kişiye dilediği gibi karar verip hareket edebilme olanağı sağlayan özgürlükler alanını kapsamakta ve bir kimsenin başkasına zarar vermeden, vücut ve hareket serbestisine sahip olması, dilediği gibi dolaşabilmesi ve yasayla belirlenen ve sınırlanan durumlar dışında hareket ve gidip-gelme özgürlüğünden yoksun bırakılmamasını ifade etmektedir.”⁶⁴

Bu dava özelinde ve genel olarak “özerk karar ve hareket serbestisi”, Anayasa'nın 17/1. maddesindeki genel ve ana hak niteliğine sahip olan “kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi” hakkı ile bağlantılı görülseydi, Anayasa'nın özgül hak kategorileri bakımından daha elverişli bir hukuksal dayanak sağlanmış olacaktı.

Anılan davada Mahkeme'nin kişi güvenliği ve özgürlüğü ile kesişme halinde gördüğü diğer özgürlük “seyahat özgürlüğü” olmuştur:

“Herkesin yerleşme ve seyahat özgürlüğüne sahip olduğunun açık bir biçimde ifade edildiği Anayasa'nın 23. maddesi ile

⁶⁴ E. 2000/82, K. 2002/193, K.t. 26.11.2002.

kişilerin gidip-gelme, dolaşma, hareket özgürlükleri güvenceye alınmakta ve bu özgürlüklerin sadece maddede belirtilen nedenlerle ve yasayla sınırlandırılabilmesi kabul edilmektedir.

“Dava konusu kuralla getirilen sokağa çıkma yasağı, 19. ve 23. maddelerde belirtilen sınırlamalar içinde yer almadığı gibi her iki kural da Anayasa'nın ikinci kısmının ikinci bölümünde, başka bir anlatımla Anayasa'nın 91. maddesi ile sıkıyönetim ve olağanüstü haller dışında kanun hükmünde kararnamele düzenleme yapılamayacağı belirtilen yasak alanda yer almaktadır.”⁶⁵

5. Temel Hak ve Özgürlüklerde Kanunla Sınırlama, Düzenleme ve Tedbir Alma Yetkisinin Yorumu

a. Kanunla Sınırlama Yetkisi

Temel hak ve özgürlüklerin yorumunda, en basit gözüken sınırlama ölçütünü oluşturan “kanun”la sınırlama ilkesi, anayasal içtihadın kanun ve yasama yetkisinin asliliğine ilişkin yerleşik teleolojik yaklaşımını izlemektedir. 2001 Anayasa değişiklikleri sonrasında, yabancıların taşınmaz mal edinmesine ilişkin anayasal içtihat “kanun” ile sınırlama ölçütünün sınırdığı bir örnektir. Mahkeme, yabancı gerçek ve tüzel kişilerin taşınmaz edinmesine izin veren, ancak “kamu yararı ve ülke güvenliği bakımından” bunun uygulanmayacağı yerleri belirlemeye Bakanlar Kurulu'nu yetkili kılan hükmün denetiminde, “kanun” ile sınırlama ölçütüne uyulmadığını saptamaktadır:

“Yabancıların durumunun özel olarak düzenlendiği Anayasa'nın 16. maddesinde, temel hak ve özgürlüklerin yabancılar için, milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla sınırlanabileceği öngörülmektedir. Dava konusu maddenin son fıkrasıyla Bakanlar Kurulu'na verilen yetkinin kullanılması, ise yabancılar yönünden sınırlama içerdiği açıktır. Bu sı-

⁶⁵ E. 2000/82, K. 2002/193, K.t. 26.11.2002.

nırlamanın doğrudan yasayla yapılmaması veya uygulamaya yönelik yetkilendirmenin sınırlarının ve ilkelerinin belirlenmesi Anayasa'nın 16. maddesiyle de bağdaşmamaktadır.”⁶⁶

Mahkeme'nin bu içtihatla, kanunla düzenleme yetkisinin asliliği ve yürütmenin türev-bağlı yetkilere sahip oluşunu (“yasma ve yürütmenin yetkisinin teleolojik yorumu”), temel hak ve özgürlükler bakımından da doğruladığı gözlemlenebilir.

b. Kanunla Düzenleme Yetkisi

“Kanunla düzenleme” klotunu içeren hak ve özgürlüklerin yorumu bakımından anayasal içtihadın derinleşme sağladığı söylenemez. Bu gözlem yalnızca “kanunla düzenleme” klotunu içeren seçme, seçilme ve siyasal faaliyette bulunma haklarına (Anayasa madde 67/4) yönelik bir örnekle de desteklenebilir. Seçme ve seçilme haklarına ilişkin olarak futbol federasyonu başkanlarının “yüksek okul mezunu” olmasını öngören kanun hükmünün denetiminde, temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasına ilişkin ilkeler bakımından bir denetim yapılmamıştır. Ancak anılan koşul nedeniyle seçilme hakkının ihlal edildiğini saptayan bu içtihatla, kararın temel dayanağı tuhaf biçimde “hukuk devleti”dir. Mahkeme, devletin temel amaç ve görevlerini düzenleyen Anayasa'nın 5. maddesi çerçevesinde devletin kişiliğın serbestçe gelişimi önündeki engelleri kaldırma yükümlülüğüne değinmekle birlikte, “haktan yoksun bırakma” olarak adlandırdığı “yüksek okul mezunu olma” koşulunu hukuk devletine aykırı görmektedir:

⁶⁶ E. 2003/70, K. 2005/14, K.t. 14.3.2005. Anayasal içtihat, “kanunilik ilkesi”ni oldukça dar ve biçimsel bakış açısıyla yorumlayan örneklere sahiptir. Bu yaklaşım, “cezaların kanuniliği” ilkesi bakımından da sergilenmektedir. Anayasa Mahkemesi, ağır para cezasını yönetmelikte belirlenen ruhsat harcına gönderme yaparak, harcın katları oranında belirleyen kanun hükmünü “kanunilik ilkesi”ne aykırı bulmuştur. E. 2005/99, K. 2006/8, K.t. 19.1.2006: “4733 sayılı Yasa'nın 8. maddesinin ikinci fıkrasında, satış belgesi almadan satış yapanlar için öngörülen “ruhsat harcının on katı tutarında ağır para cezası ile cezalandırılır” hükmü uyarınca, ceza miktarının saptanmasında ölçü olarak alınan ruhsat harcının, Tütün, Tütün Mamulleri ve Alkollü İçkilerin Toptan ve Perakende Satışı ile Satış Belgelerine İlişkin Yönetmelik'e göre belirlenmesi, Anayasa'nın 38. maddesindeki cezanın yasallığı ilkesiyle bağdaşmamaktadır.”

“Yasa koyucu iptali istenen kural ile (y)üksek okul mezunu olmayan kişileri Federasyon Başkanı olmaktan yoksun bırakmıştır. Hukuk devleti ilkesi, kişilerin demokratik hakları olan seçme ve seçilme haklarının önündeki görevin gerekleri ile bağdaşmayan engelleri kaldırmayı da içerir.”⁶⁷

Aynı içtihadındaki Mehmet Erten'in karşı oy yazısında, kanun hükmünün amacı Anayasa'nın 59. maddesi çerçevesinde “sporun geliştirmek” olarak saptanmıştı. Erten, yalnızca “kanunla düzenleme” klozu içeren seçilme hakkının, Anayasa'nın 59. maddesinin kenar başlığında yer alan “sporun geliştirme” hedefine dayanarak ve Anayasa'nın 13. maddesindeki diğer ilkelere de uygun olmak koşulu ile sınırlanabileceğini savunmuştur. Bu yaklaşımda, “kanunla düzenleme” klozu taşıyan temel hak ve özgürlükler bakımından, düzenlemenin aynı zamanda sınırlamalar içerebileceği benimsenmektedir. Söz konusu sınırlamalarda, diğer anayasal değerler ile hak ve özgürlüklerin birer “sınırlama nedeni” olarak işlev görebileceği de kabul edilmektedir. Bu yaklaşımla hareket edilseydi, somut olaydaki yorum, öncelikle Anayasa madde 59/1 uyarınca devletin “sporun kitlelere yayılmasını teşvik etme” yükümlülüğünün, “yüksek okul mezunu olma” koşulunu haklı kılıp kılmadığına odaklanacaktı.

c. Genel Tedbir Alma Yetkisi

Anayasal içtihadta çalışma ve sözleşme özgürlüğü bağlamında yer alan özel girişim özgürlüğü bakımından, devletin tedbir alma yükümlülüğünün (Anayasa madde 48/2) hem düzenleme hem de sınırlama olarak anlaşıldığı görülmektedir:

“Öte yandan, Anayasa Mahkemesi'nin bir çok kararında da belirtildiği gibi, sosyal devlet ekonomik açıdan müdahaleci devlettir. Anayasamız, mülkiyet hakkını, özel girişim özgürlüğünü kabul etmekte, aynı zamanda bütün çağdaş anayasalarda olduğu gibi kamu yararı amacıyla bunlara *sınırlamalar* geti-

⁶⁷ E. 2005/55, K. 2006/4, K.t. 5.1.2006.

rilebilmesini ve özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini sağlayacak önlemlerin alınmasını öngörmektedir.”⁶⁸

Anayasa Mahkemesi'nin temel hak ve özgürlük alanında devletin “tedbir alma yetkisi”ni nasıl yorumladığı konusunda, kooperatiflere ilişkin içtihat da ışık tutabilir. Bu içtihat, tedbir alma yetkisinin kooperatifin özerk yönetimine ve özyönetimini serbestçe belirleme yetkisine sınırlama yoluyla müdahaleyi de haklı kıldığı açıkça benimsenmektedir. Kooperatif yöneticilerinin hukuka açıkça aykırı eylem ve işlemlerinin denetimler ile saptanması halinde, bakanlıklara bu yöneticilerin görevlerine tedbiren son verme yetkisi tanıyan kanun hükmü, Anayasa'nın 13. maddesindeki “sınırlamanın sınırı”na ilişkin ilkeler karşısında sınınmaksızın, “tedbir alma yetkisi” kapsamında Anayasa'ya uygun görülmektedir:

“Kooperatifler, Anayasa'nın 48. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen özel teşebbüs kapsamındadır. Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre devlet özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır. Yapılan düzenleme ile Anayasa'daki “tedbirleri alır” ibaresine paralel olarak, ilgili bakanlıklara yapılan denetimler sonucu hukuka açıkça aykırı eylem ve işlemlerin tespiti halinde kooperatif veya diğer üst birliklerin yöneticilerinin görevlerine tedbiren son verebilme yetkisi tanınmıştır.”⁶⁹

⁶⁸ Eğik yazı (italik) olan bölüm özellikle vurgulanmıştır, bkz. E. 2002/32, K. 2003/100, K.t. 20.11.2003.

⁶⁹ E. 2010/79, K. 2012/9, K.t. 19.1.2012. Buna karşılık, ölçülülük ilkesi ve/veya demokratik toplum düzeninin gerekleri bakımından Serruh Kaleli, Fulya Kantarcıoğlu ve Osman Alifeyyaz Paksüt'ün karşıoylarında, denetlenen kanun hükmü çalışma ve sözleşme özgürlüğü ile bağdaşmaz bulunmuştur. Özellikle bkz. Osman Alifeyyaz Paksüt'ün karşı oy yazısı: “Devletin 48. maddede belirtilen teşvik ve düzenleme görevinin, münferit işletme düzeyinde her sorun doğduğunda söz konusu girişimlerin yönetimine müdahaleyi gerektirecek bir “micro-management” anlamında öngörülmediği açıktır. Temel hak ve özgürlükler kapsamında olan kooperatifçiliğe devletin müdahalesi, ancak demokratik bir toplumda zorunlu olduğu takdirde ve ölçülülük ilkesine uygun olarak yapılabilir. Kooperatiflerin, bunların birlikleri ve iştiraklerinin yönetimindeki her hukuka aykırılıkta doğrudan devletçe müdahale edilebilmesi, çalışma ve

KAMU HUKUKÇULARI PLATFORMU

BERTİL EMRAH
ODER'İN TEBLİĞİ

Anayasa Mahkemesi, “hakkın gerçekleşmesi bakımından” devletin düzenleyici yükümlülüğünü içeren temel hak ve özgürlüklerde, Anayasa’ya aykırılığı Anayasa’nın 13. maddesindeki “sınırlama ölçütleri”ni uygulamaksızın saptamaktadır. Prime dayalı sosyal güvenlik sistemine rağmen, emeklilik sonrası da prim benzeri bir ödemenin uygulanmasını öngören kanun hükmünün Anayasa’ya uygunluk denetiminde sosyal güvenlik hakkının ihlali yönünde karar verilirken, sınırlamaya ilişkin ölçütlere dayalı bir denetim yapılmamaktadır. Mahkeme’nin, “sınırlama ölçütleri”nin uygulanmasında, devletin olumlu edimini gerektiren sosyal hakları, kişi hakları ve siyasal haklardan farklı görüp görmediği açık değildir. Kararda, devletin sosyal alandaki ödevleri ve olumlu edim gerektiren sosyal haklardaki “hak lehine düzenleyici yükümlülükleri”nin, kişi hakları ve siyasal haklara oranla önplanda olması yeterince dikkate alınmamıştır:

“(B)elli aktüeryal hesaplara dayalı olarak belirlenmiş olan emeklilik keseneklerini aktif çalışma hayatı boyunca ödemiş olan ve bu ödemelere bağlı olarak belli süre sonunda yaşlılık aylığı almayı hak eden iştirakçilerin, bir de emekli olduktan sonra sağlık yardımları için prim benzeri sürekli bir ödemeye (kesintiyle) yükümlü tutulmaları, sosyal güvenlik hakkını zedeleyici nitelik taşıdığı gibi hukuk devletinin gerektirdiği hukuki güvenlik, belirlilik ve öngörülebilirlik ilkesine aykırılık oluşturmakta, aynı zamanda Devletin, kişilerin huzur ve mutluluğunu sağlama amaç ve göreviyle de bağdaşmamaktadır.”⁷⁰

Anayasal içtihat, devletin tedbir alma ve teşkilat kurma yükümlülüğünü içeren sosyal güvenlik hakkı bakımından, bu hakkın kullanımına ilişkin ve belirli kişilere yönelik kimi sınırlamaların, genel olarak hakkın kullanımından etkilenecek kitleleri korumaya yönelik olduğunu da kabul etmektedir. Do-

sözleşme özgürlüğüne demokratik bir toplumda gerekli olmayan, ölçüsüz bir müdahaledir.”

⁷⁰ E. 2003/31, K. 2003/87, K.t. 8.10.2003.

layısıyla, sosyal güvenlik hakkı bireysel hak olmanın yanında, belirli bir kolektivitinin korunmasına da hizmet eden bir “sistem” olarak algılanmaktadır. Bu algı gereği, sosyal güvenlik hakkının kullanımına ilişkin belirli kayıt ve koşullar, o hakkın geniş kitleler için daha etkin biçimde kullanımı bakımından zorunludur. Böylece, sosyal güvenlik hakkının bireysel kullanımını ile onun kamu yararı için düzenlenmesi arasında bir çatışma söz konusu olduğunda, ikincisine öncelik verilmesi Anayasa'ya uygundur:

“Devletin, personel politikasını belirlemede büyük önemi olan emeklilik düzenini, aktüeryal dengeleri gözeterek bilimsel verilere göre belirlemesi ve buna göre gerekli yasal düzenlemeleri yapması doğaldır. Devletin bilimsel verilere dayanarak kurduğu bu düzenin korunması Anayasa'nın 60. maddesinde yer alan sosyal güvenlik hakkının güvenceye alınması için de zorunlu bir gerekliliktir. Nesnel ve sürekli kurullarla sağlam ve sağlıklı temellere oturtulmayan bir sosyal güvenlik kuruluşunun, mahkeme kararları ile alınan yaş düzeltmeleri sonucu ortaya çıkan erken emeklilik gibi nedenlerle aktüeryal dengesinin bozulması, sosyal güvenlik sisteminin sürdürülemez bir duruma gelmesine sebep olabilir.”⁷¹

Yukarıdaki değerlendirme, sosyal güvenlik hakkından yararlanmada, sosyal güvenlik kurumlarına tabi olarak çalışılmaya başlanıldığı tarihten sonraki yaş düzeltmelerinin dikkate alınmayacağını öngören kanun hükmüne ilişkin olarak yapılmıştı. Hükmün amacı, “sosyal güvenlik sisteminin kimi aksaklıklara yol açmadan sürdürülmesi” olarak saptanmıştır. Bu amaç doğrultusunda, sosyal güvenlik hakkı yalnızca bireysel bir hak değil, geniş kitlelerin sürdürülebilir biçimde yararlanabileceği bir sistem olarak tanımlanmıştır.

d. Anayasa'da Sınırlı Sayıda Gösterilen Özel Tedbirler

Anayasa'da hak ve özgürlüklere yönelik olarak yargısal ya

⁷¹ E. 2005/4, K. 2005/7, K.t. 18.1.2005.

da idari tedbirlerin açık ve ayrıntılı olarak düzenlenmesi, aksi-ne açık “teleolojik ve sistematik kanıtlar” bulunmadığı sürece, anayasal tedbirlerin “sınırlı sayıda” olduğunu ifade eder. Bu konudaki, en önemli ve kapsamlı anayasal hükümler basın özgürlüğüne ilişkin olanlardır. Anayasa’nın 28. maddesi, basın özgürlüğü alanında “dağıtımın önlenmesi”, “yayım yasağı”, “toplatma” ve “geçici kapatma” olmak üzere dört özel tedbiri ayrıntılı biçimde (tedbirin uygulanmasında “özel neden” unsurları ve usul) düzenlemiştir. Anayasa’da sayılan ve ayrıntılı biçimde düzenlenen tedbirlerin dışında, Anayasa’da başka tedbirlerin uygulanabileceğini belirten hiçbir açık teleolojik ya da sistematik kanıt da bulunmamaktadır. Başka bir anlamıyla, süreli ve süresiz yayınlarda basın özgürlüğüne yönelik mevcut anayasal tedbirler dışında kalan başka tedbir biçimleri, anayasal dayanağa sahip değildir. Basın özgürlüğünde mevcut anayasal kategoriler dışında kalan tedbirler, ancak Anayasa değişikliği ile anayasal temele kavuşabilirler. Basın özgürlüğüne ilişkin tedbirlerin doğrudan Anayasa’da düzenlenmesi, bu özgürlük açısından özgül bir güvence alanı yaratmaktadır.⁷² Anayasa’nın basın özgürlüğüne ilişkin düzenlemeleri arasında yer alan “sansür yasağı” biçimindeki pozitifleşmiş öz güvencesi ile bu özgürlüğe yönelik tedbir düzenlemeleri birlikte ele alındığında, tedbirlerin “sınırlı sayıda” oluşu doğrulanmaktadır. O nedenle, bu tür tedbirlerin yorumunda, tıpkı “özel sınırlama nedenleri”nin yorumunda olduğu gibi “sıkı bir denetim” esastır. Tedbirlerin uygulanmasına ilişkin ya da tedbirlerin benzerlerini düzenleyen kanun hükümleri bakımından da, tedbirlerin sınırlı sayıda oluşu ve tedbirlerin anayasal düzenlenme biçimleri dikkate alınarak “sıkı bir denetim” uygulanmalıdır. Tedbirlerin anayasal düzeyde düzenlenmesi ile güdülen erek, bunların kanun ile genişletilememesinden başkası olamaz (“teleolojik yorum”).

⁷² Bu yaklaşım, Türkiye’nin Osmanlı’ dan başlamak üzere basın özgürlüğüne yönelik keyfi müdahalelerle dolu tarihine, 1961 Anayasası’nın verdiği hukuksal yanıtıdır. Ancak 1982 Anayasası’ndaki tedbirlerin düzenlenme biçimindeki unsurlar, kuşkusuz basın özgürlüğü lehine daha yüksek güvencelere kavuşturulmalıdır.

Bununla birlikte, Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda özetlenen yaklaşımı sergilediğini söylemek mümkün değildir. Terörle Mücadele Kanunu'nda süreli yayınlar için öngörülen ve Anayasa dışı bir kategori olan "geçici yayın durdurma" biçimindeki tedbirin denetiminde, Mahkeme, basın özgürlüğüne ilişkin anayasal tedbirlerin "sınırlı sayıda" oluşuna dayalı sıkı bir denetim yapmamıştır. Denetlenen kanun hükmünde, terör örgütünün etkinliği çerçevesinde suç işlemeye alenen teşvik eden, işlenmiş suçları ve suçluları öven ve terör örgütünün propagandasını içeren süreli yayınların yargıç kararı ile önlem olarak onbeş günden bir aya kadar durdurulabileceği belirtilmiştir. Gecikmesinde sakınca bulunan durumlarda süreli yayınları, aynı neden ve koşullarda geçici durdurma yetkisi cumhuriyet savcılarına verilmiştir. Bu gibi durumlarda, cumhuriyet savcısı kararını en geç yirmidört saat içinde yargıca bildirmek zorundadır. Yargıcın geçici durdurma kararını kırksekiz saat içinde onaylamaması halinde, savcı tarafından verilen durdurma kararı hükümsüz sayılır. Anayasa Mahkemesi, yukarıda ana hatları kısaca özetlenen "geçici durdurma" tedbirini Anayasa'ya uygun bulmuştur.⁷³ Bu yargıya ulaşırken, anılan tedbir bakımından "dağıtımın önlenmesi" ile benzerlik kurmuştur. Böyle bir benzerliğin, tedbirin niteliği ve sonuçları bakımından isabetli olmaması bir yana, "sınırlı sayıda" öngörülmüş olan tedbirlerde analogi (örnekseme) uygulanması, tedbirlere ilişkin hükümlerin yukarıda açıklanan *teloslarına* tümüyle aykırıdır.

6. Temel Hak ve Özgürlüklere Yönelik Müdahalelerin Usul ve Esaslarının Doğrudan Anayasa Tarafından Belirlendiği Durumlar

⁷³ E. 2006/121, K. 2009/90, K.t. 18.6.2009: "Anayasa'nın 28. maddesinin dördüncü fıkrasında yer alan "dağıtımın önlenmesi" tedbiri ile dava konu fıkra da öngörülen "yayının geçici olarak durdurulması" tedbiri arasında nitelik ve doğurduğu sonuçlar bakımından benzerlik bulunduğu, bu açıdan bakıldığında da yasa koyucunun Anayasa'nın 28. maddesinin dördüncü fıkrasında yer alan önlemden farklı bir düzenleme getirmediği açıktır." Karşı yönde bkz. Osman Ali Feyyaz Paksüt, Fulya Kantarcıoğlu, Mehmer Erten, Necmi Özler ve Zehra Ayla Perктаş'ın adı geçen karardaki karşı oy yazıları.

Mülkiyet hakkı bakımından, “kamu yararı” tek sınırlama nedeni olmakla birlikte, bu hakkın özüne dokunan kamulaştırma ve devletleştirme (Anayasa madde 46 ve madde 47) ile kimi özgül durumlar için hakkın kazanım ve kullanım koşulları özgül anayasal kurallarla düzenlenmiştir. Örneğin; ormanlar bakımından Anayasa madde 169/2 ve 3 ile toprak mülkiyeti bakımından madde 44/2. Bunun yanında tarih, kültür ve tabiat varlıklarının özel mülkiyet konusu olanlarına getirilecek sınırlamaların kanuna bırakılması da, bu varlık ve değerler üzerindeki mülkiyet hakkının “basit yasa kaydı”na tabi tutulduğunu ortaya koymaktadır. Mülkiyet hakkı bakımından, bu hakkın özüne yönelik müdahalenin usul ve esaslarının en ayrıntılı biçimde belirlendiği anayasal hüküm “kamulaştırma”ya ilişkin olandır. Söz konusu usul ve esasların anayasal düzeyde belirlenmesi, mülkiyet hakkının özüne yönelik müdahalenin ancak belirlenen anayasal koşullarda haklı kılındığı sonucu doğurur. Anayasal koşulların dışına çıkan uygulamalar, kanun ile türetilemez. Aksi, halde kamulaştırmanın özel anayasal hükme konu olmasındaki *ratio legis* ortadan kalkar ve Anayasa’daki “hakkın özü” ölçütünün (“sistemik ve teleolojik kanıtlar”) değeri ve etkisi kalmaz.

Anayasa Mahkemesi, mülkiyet hakkının özüne dokunan kamulaştırmanın usul ve esaslarının anayasal düzeyde özgül bir hükümle belirlendiğini dikkate alarak, kamulaştırma usulünden sapma yoluyla aynı sonucu doğuran uygulamaların “hakkın özü”nü zedelediğini saptamaktadır.⁷⁴ Bu tür anayasal müdahalelere ilişkin açık anayasal çerçeve, kendisi ile benzer sonuç doğuran uygulamalar karşısında hak aleyhine değil, tıpkı basın özgürlüğüne ilişkin tedbirlerde olduğu gibi hak lehine bir güvence oluşturmaktadır. Burada, özel hükmün ve öz güvencesinin *telosu* ve sistemik yorumları gereği, yasa ko-

⁷⁴ E. 2002/112, K. 2003/33, K.t. 10.4.2003: “Mülkiyet hakkının içerik ve sınırlarını belirleme yetkisi yasalara bırakılmışsa da, bu konuda yasakoyucuya mutlak bir yetki de verilmiş değildir. Aksi görüşün kabulü mülkiyet hakkının Anayasa garantisi altına alınmış olmasına aykırıdır. Kamu tüzel kişilerinin her hangi bir şekilde kamulaştırma yapmadan bir taşınmaz üzerine kamu yararı amacıyla köprü, yol veya herhangi bir tesis yapmaları kamulaştırmaz el atmadır.”

yucunun analojiye (örnekseme) başvurma ve kanun ile benzer müdahaleler yaratma yetkisi yoktur. Anayasa, temel hak ve özgürlüğe yönelik müdahalenin usul ve esaslarını belirlediği ölçüde, Anayasa'nın çizdiği asgari standardın dışına çıkılması mümkün değildir:

“Anayasa'nın 46. maddesinde öngörülen kamulaştırma, Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına alınmış olan mülkiyet hakkına getirilmiş anayasal bir sınırlamadır. İdare kendisine Anayasa tarafından tanınan olanak ve yetkileri Yasa'ya uygun bir biçimde kullanmaksızın taşınmazlara el atarak kamulaştırma ilkelerine aykırı davranamaz. Anayasa'nın sınırlarını belirleyerek izin verdiği kamulaştırma yöntemini kullanmadan yapılan elatmalar, itiraz konusu kurula göre yirmi yıl geçtikten sonra yasal bir kamulaştırmanın bütün sonuçlarını doğurmakta ve taşınmazın, idarenin adına tapu kütüğüne tescili ile sonuçlanabilmektedir. Bu ise anayasal dayanağı olmayan kamulaştırmasız el koymadır. *Yirmi yıllık hak düşürücü sürenin geçmesiyle taşınmaz malikinin her türlü dava açma hakkının engellenmesi ve taşınmazın hiçbir karşılık ödenmeden idareye geçmesi, mülkiyet hakkının sınırlanmasını aşan, hakkın özünü zedeleyen bir durumdur.*”⁷⁵

7. Temel Hak ve Özgürlüklerde “Öz” Ölçütünün Yorumu

2001 Anayasa değişiklikleri sonrasında Mahkeme'nin “öz” ölçütünü kullanmadaki yargısal tutumu, hem öz ölçütüne uygunluğun denetimi hem de bu ölçütün içeriğini somutlaştırma bakımından tutarlılık ve süreklilik göstermemektedir.⁷⁶ Belirli

⁷⁵ Eğik yazı (italik) bölüm özellikle vurgulanmıştır. E. 2002/112, K. 2003/33, K.t. 10.4.2003.

⁷⁶ Özü tanımlamadan, hakkın kullanımını sağlayan başka hukuksal seçeneklerin varlığını “öz”ün korunduğu biçiminde yorumlayan içtihat konusunda “yaşlılık aylığı içtihadı” örnek verilebilir. Yaşlılık aylığına haciz konulmasını yasaklayan hüküm karşısında, alacak hakkının korunması bakımından, Mahkeme bu tür bir değerlendirme yapmaktadır, bkz. E. 2009/19, K. 2011/4, K.t. 6.1.2011: “Kurallardaki haciz yasağı, borçlunun diğer gelir ve malvarlığından alacağın tahsiline engel bir düzenleme içermediğinden, hakkın özüne dokunan ölçüsüz bir müdahaleden de söz edi-

suçlardan hüküm giyme koşuluna bağlı olarak dernek kurma özgürlüğünü sürekli olarak ortadan kaldıran ya da beş yıl süre ile askıya alan kanun hükümlerinin değerlendirilmesinde, Mahkeme ne “öz” ölçütüne ne de Anayasa'nın 13. maddesindeki diğer ölçütlere uygunluk denetimi yapmıştır. Bu somut örnek bakımından, özellikle “öze dokunma yasağı”nın yorumu ve somutlaşması özel önem taşımaktaydı. Ancak Mahkeme, Anayasa'daki ölçüt ve güvencelerle bağlantılı bir denetim değil, doğrudan kanun düzeyinde tanınmış olan bir usulü -“memnu hakların iadesi”- esas alarak, Anayasa'ya uygunluğu saptama yoluna gitmektedir. Dava aslında, “hakkın özüne dokunma yasağı”na dayanan anayasal modellerde, kesinleşmiş mahkumiyete bağlı olarak ortaya çıkan hak yoksunluklarının anayasal esasa kavuşması gereğini ortaya koyduğu için de önem taşımaktadır. Ancak Mahkeme'nin kararı, bu gereği ortaya çıkartacak yönde olmamıştır. Davada çarpıcı olan, Mahkeme'nin dava konusu hükmün denetimi bakımından Anayasa'nın 13. maddesini “açıkça ilgili” görmemiş olmasıdır: “İptali istenilen kuralların dava dilekçesinde belirtilen Anayasa'nın 13. ve 15. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.”⁷⁷ Denetim, Anayasa'nın 38. maddesinde yer alan, yasa koyucunun ceza hukuku alanındaki ceza ve ceza tedbirleri koyma yetkisi üzerinden yapılmış ve bu yetki sınırsız bir takdir yetkisi olarak algılanmıştır.⁷⁸

lemez.” Mülkiyet hakkını, bir ticari işletmeyi açma ve işletme biçimlerini kapsayacak şekilde yorumlayan bir yaklaşım için bkz. Engin Yıldırım'ın karşı oy yazısı, E. 2010/58, K. 2011/8, K.t. 06.01.2011 : “Mülkiyet hakkı sadece somut fiziksel varlıkların, nesnelere sahipliği ile sınırlı değildir. Bir iktisadi işletme sahibinin kendi işletmesini nasıl işleteceği, iktisadi olarak nasıl kullanacağı, müşterilerine nasıl hizmet edeceği kendi tasarrufuna ait bir şeydir.”

⁷⁷ E. 2002/104, K. 2003/72, K.t. 16.7.2003.

⁷⁸ E. 2002/104, K. 2003/72, K.t. 16.7.2003: “Dava konusu kurullarla, bazı suçlardan mahkum olanlara sürekli olarak, bazı suçlardan mahkum olanlara da beş yıl süreyle dernek kurma yasağı getirilmek suretiyle yasal bir yoksunluk öngörülmüştür. Bu yoksunluklar, Anayasa'nın 33. maddesi kapsamında dernek kurma hürriyetine yönelik bir sınırlama olmayıp, asli cezaya ek olarak getirilen hak yoksunluklarıdır. Yasakoyucu asli cezalara bağlı olarak kimi kısıtlılıklar öngörüp öngörmeme konularında anayasal ilkeler çerçevesinde takdir hakkına sahiptir. Esasen ceza hukukundaki memnu hakların iadesi müessesesi gözönünde bulundurulduğunda süresiz bir hak yoksunluğundan da söz edilemez.”

Basın özgürlüğüne ilişkin bir başka içtihadta ise “öz ölçütü”nün kimi unsurları ile kullanıldığı görülebilir. Buna karşılık, söz konusu müdahale karşısında basın özgürlüğünün “öz”ünün özgül olarak ne olduğu ve ona niçin dokunulmadığına ilişkin içtihadi somutlaştırma yapılmamıştır. Davada denetlenen norm, Terörle Mücadele Kanunu’nun bir hükmüydü. Hüküm gereği, basın ve yayın organlarının suçun işlenişine iştirak etmemiş olan yayın sorumluları da bin günden beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılmaktadır. Mahkeme normu yaratan ve normun konulmasını gerekli kılan olguları da (“toplumsal gerçek”) dikkate alarak, basın özgürlüğünün özünün zedelenmediğini saptamaktadır:

“Ülkemizde yaşanan terörün amacı, niteliği, kullandığı araçlar ve nihai hedefi dikkate alındığında, iptal konusu kurulların, Anayasa’nın 26. ve 28. maddelerindeki hakların gayesine uygun bir şekilde kullanılmasını son derece zorlaştıran veya onu kullanılmaz duruma düşüren kayıtlara bağlamadığı dolayısıyla bu hakların özüne dokunmadığı (...) anlaşılmaktadır.”⁷⁹

Öze ilişkin yukarıdaki paragrafta, “hakların gayesine uygun kullanılmasını son derece zorlaştırma” ya da “hakları kullanılmaz hale getirme” unsurları vurgulanmıştır. Ancak aynı içtihadta, başka bir paragrafta bu unsurlara kümülatif biçimde (“ve” bağlacının kullanımı) ve “hakkın etkisini ortadan kaldırma”yı da ekleyerek yer verildiği görülebilir:

“Anayasal açıdan dokunulamayacak öz, her temel hak ve özgürlük açısından farklılık göstermekle birlikte kanunla getirilen sınırlamanın hakkın özüne dokunmadığının kabulü için temel hakların kullanılmasını ciddi surette güçleştirip, amacına ulaşmasına engel olmaması ve etkisini ortadan kaldırıcı bir nitelik taşımaması gerekir.”⁸⁰

Mahkeme’nin yaklaşımı, “öz” kavramına ilişkin net bir tu-

⁷⁹ Eğik yazı (italik) bölüm özellikle vurgulanmıştır. E. 2006/121, K. 2009/90, K.t. 18.6.2009.

⁸⁰ Eğik yazı (italik) sözcük özellikle vurgulanmıştır. E. 2006/121, K. 2009/90, K.t. 18.6.2009.

tum içinde olmadığı ya da “öz”e ilişkin net tutum almaktan kaçındığı biçiminde yorumlanmaya elverişlidir. 2009 yılında “müdafii”liğe ilişkin içtihadında da görüldüğü gibi, Mahkeme “öz” kavramı ile bu kavramın tanımlayıcı unsurlarından birini ayrı kategoriler olarak anabilmektedir. Böylesi örnekler, kavramın kullanımında yeterli özenin gösterilmediği kanısını uyandırmaktadır:

“Dolayısıyla iptali istenilen düzenleme ile bir yargılama faaliyeti içerisinde bulunan kişinin bizzat savunma yapması veya istediği bir avukat yardımından yararlanma hakları elinden alınmış değildir. Bu nedenle iptali istenilen düzenleme ile savunma hakkının özünün zedelendiği ve kullanılamaz hale geldiği iddiaları yerinde görülmemiştir.”⁸¹

Mahkeme, “hakkın özü”nün her hak bakımından farklılık göstereceğini savunmaktadır. Mahkemenin savı, her hak ve özgürlüğün amacı ve koruma alanının gerekleri dikkate alındığında hatalı görülemez. Ancak bu sav, her bir hak ve özgürlük için ilgili davada özgül somutlaştırmalar yapılmasını da gerekli kılar. Mahkeme içtihadında yetersiz kalan budur.

Mahkeme'nin Anayasa'da yer alan “pozitifleşmiş öz öğeleri” bakımından farkındalık geliştirdiğini söylemek de güçtür. Yüksek öğrenim hakkına ilişkin bir davada, doğrudan Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan hakkın özüne gönderme yapması ve Anayasa'nın 42/1. maddesinde yer alan “yoksun bırakma yasağı” olarak somutlaşan “pozitifleşmiş öz öğesi”ni dikkate almaması bu tutuma örnek gösterilebilir. Söz konusu içtihat, Yüksek Öğrenim Kanunu'nda yer alan bir hükme ilişkindir. Hükme göre, bir yükseköğretim kurumundan disiplin cezası sonucu çıkarılan öğrencilerin daha sonra başka bir yükseköğretim kurumunda öğrenimlerine devamı mümkün değildir. Mahkeme, normu denetlerken, doğrudan Anayasa madde 42/1'de yer alan “eğitim ve öğrenim hakkı”ndan yoksun bırakma yasağının “pozitifleşmiş öz öğesi” niteliğine de-

⁸¹ E. 2007/14, K. 2009/48, K.t. 12.3.2009.

ğınmemiş ve doğrudan Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan "hakkın özü" kavramına dayanmıştır:

"Eğitim ve öğretim kurumlarınca öğrenciler için eğitim ve öğretim faaliyetleri süresince uygulanacak disiplin kuralları içerisinde ağır disiplinsizlik eylemleri için eğitim veya öğretim kurumundan öğrencinin çıkarılmasını öngören düzenlemeler getirebilirse de hakkın kullanımı tümüyle engellenemez.

"Bir yükseköğretim kurumundan disiplin cezası sonucu çıkarılan öğrencilerin daha sonra başka bir yükseköğretim kurumunda öğrenimlerine devamını engelleyen düzenleme, yüksek öğrenim hakkından yararlanmayı imkansız hale getirerek hakkın özüne dokunmaktadır."⁸²

8. Ölçülülük İlkesinin Yorumu

Anayasal içtihatla ölçülülük ilkesinin yorumu tutarlı, düzenli ve kapsamlı biçimde gerçekleşmemektedir. Bunun yanında, ilkenin doğrudan temel hak ve özgürlük alanını ilgilendiren pek çok örnekte, temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması bağlamındaki (Anayasa madde 13) ilkelerden biri olarak değil, hukuk devleti ilkesi bağlamında (Anayasa madde 2) uygulandığı da dikkat çekmektedir. Temel hak ve özgürlük odaklı denetimin gerekli olduğu örneklerde, Mahkeme'nin Anayasa'nın 13. maddesini esas almayarak sınırlamanın sınırına ilişkin tüm ilkeleri dışlaması anlaşılabilir değildir.

Öte yandan, Mahkeme hukuk devleti (Anayasa madde 2) odaklı denetimde ölçülülük ilkesine başvurmakla birlikte, ilkeyi çoğunlukla derin ve aşamalı bir çözümleme ile ele almaktan kaçınmaktadır. Bu tür bir örnek, radyo-televizyon yayıncılığı ile kişilik hakları arasındaki olası çatışmalara karşı türetilmiş kanun hükmünün denetiminden verilebilir. Söz konusu kanun hükmü, gerçek ve tüzel kişilerin kişilik haklarına saldırı teşkil eden yayınlar ile gerçeğe aykırı olduğu iddia edilen yayınlara karşı, cevap ve düzeltme hakkı tanınmasına ilişkin mahkeme

⁸² E. 2009/59, K. 2011/69, K.t. 28.4.2011.

KAMU HUKUKÇULARI PLATFORMU

BERTİL EMRAH
ODER'İN TEBLİĞİ

kararına rağmen yayını yapmayan veya karara uygun şekilde yapmayan veya geciktiren kuruluşa, eylemin ağırlığına göre “üç aya kadar gelir getirici yayın yapma yasağı uygulanması”nu mümkün kılmaktadır. Mahkeme bu hükmü, eylemi yapanın ısrarlı tutumu, cezaların caydırıcılığı ve cezanın eylemin ağırlığına göre öngörülmesini dikkate alarak ölçülük ilkesi yönünden Anayasa’ya uygun bulmuştur. Ancak kararda, ölçülülük ilkesine yapılan gönderme Anayasa’nın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesine dayanmaktadır ve ilkenin uygulanması, beklenen kapsam ve derinliğe sahip değildir.⁸³

Ölçülülük ilkesinin, Anayasa’nın 13. maddesi değil, Anayasa’nın 2. maddesindeki “hukuk devleti” ilkesi bağlamında uygulanmasına ilişkin diğer bir örnek, bakaya suçunun zamanaşımına ilişkin kanun hükmünün ele alındığı içtihadattan verilebilir. İlgili kanun hükmü, bakaya suçunun zamanaşımının “bütün askeri mükellefiyetlerin bitmesinden itibaren işlemeye” başlayacağını belirtmekteydi. Bu içtihadta Mahkeme, “kamu yararı ile bireyin hak ve özgürlükleri” arasında makul bir denge kurma arayışı içindedir. Ancak dengeyi hukuk devleti ilkesi çerçevesinde arayarak, aslında dengenin hangi “hak veya özgürlük” ile hangi anayasal değer arasında kurulduğunu saptamaktan kaçınmaktadır. Bu davada, temel hak ve özgürlük odaklı yaklaşım, dengenin “kamu yararı ve bireyin hak ve özgürlükleri” gibi genel ve soyut kavramlar üzerinden kurulmasını değil, “somut anayasal değer” ile “somut bir temel hak ve özgürlük” üzerinden kurulmasını gerektirir. Mahkeme, hukuk devletine dayalı ölçülülük denetimi yaparak bu tür somutlaştırmalardan sıyrılmaktadır. Anılan içtihadta, olumlu bir unsur olarak ölçülülük ilkesinin tüm alt ilkeleri ile uygulandığı görülebilir. Bununla birlikte, içtihadın sorunlu yönü, bakaya suçunun zamanaşımı süresinin başlangıcı bakımından, “kanun”da

⁸³ E. 2002/100, K. 2004/109, K.t. 21.9.2004: “Bu durumda, kişilik haklarına saldırı teşkil ettiği veya gerçeğe aykırı olduğu yargı kararı ile de tespit edilmesine karşın bu karara uymayarak, yapılması gereken yayının ilgili radyo ve televizyon kuruluşunca yapılmaması ve ısrarla bu tutumun sürdürülmesi karşısında, cezaların caydırıcılık özelliği bulunması gerektiği de gözetenilerek, sorumlular hakkında Üst Kurul’ca, eylemin ağırlığına göre öngörülen üç aya kadar gelir getirici yayın yapma yasağı uygulanmasının ölçsüz olduğundan ve Anayasa’ya aykırılığından söz edilemez.”

diğer suçlar için öngörülen zamanaşımının üst sınırını da dikkate almasıdır.⁸⁴ Anayasa'ya uygunluk denetiminde, Anayasa-altı tercihlere dayalı Anayasa'ya uygunluk denetimi yapılamaz. Bu nedenle, ölçülülük ilkesinin sınanmasında kanuni referanslar ve ceza politikası tercihlerinin esas alınması uygun değildir.

Mahkeme, Anayasa'nın 13. maddesi kapsamında ölçülülük ilkesine aykırılığı ya da uygunluğu saptarken, genellikle araç-amaç ilişkisi ve dengesi bakımından, bu ilkenin alt ilkeleri olan "elverişlilik, gereklilik ve orantılılık" ilkelerine uygunluğu sınamamaktadır.⁸⁵ Çoğu kararında sınamayı hiç yapmaksızın; kanıtama aşamaları içermeksizin kanıtlamanın sonucunu yansıtırcasına, doğrudan ölçülülük ilkesine aykırılığı saptamaktadır. Tüm bu alt ilkeleri ismen andığı kararlardan birinde, doğrudan araç-amaç arasındaki "orantısız" ilişkiyi saptamakla yetinmiştir.⁸⁶ Anılan kararda, dava konusu hüküm bakımından "orantısızlık" baskın unsur olmakla birlikte, diğer alt ilkelerin sınanması, içtihadı kanıtama tekniği bakımından daha "hukuksal" hale getirirdi. Söz konusu içtihat tıp, tıpta uzmanlık veya yan dal uzmanlık öğrenimlerini tamamlayan tabiplerin her eğitimleri için ayrı ayrı olmak üzere mecburi hizmet yükümlülüğüne ilişkindir. Mecburi hizmet her bir eğitim için ayrı ayrı ve 300 gün ile 600 gün arasında değişen sürelerle, bir

⁸⁴ E. 2007/95, K. 2011/61, K.t. 30.3.2011. "Aynı zamanda failin lehine olan 765 sayılı TCK'da en ağır cezayı gerektiren suçlarda bile zamanaşımı süresinin 20 yıl olması karşısında itiraz konusu kuralın orantılı olmadığını kabul etmek gerekir. İtiraz konusu kural, kişileri işledikleri suçla orantısız ve makul olmayan bir süre içinde davalarının ne şekilde sonuçlanacağı endişesiyle de yaşamak durumunda bırakmaktadır."

⁸⁵ Müdahalenin ilgilendirdiği hakkı dahi saptamadan, Anayasa'nın 13. maddesindeki ilkeleri sadece ismen anarak markanın korunmasına ilişkin ceza yaptırımların Anayasa'ya uygunluğunu saptadığı bir örnek için bkz. E. 2005/15, K. 2008/2, K.t. 3.1.2008: "Bu yaptırımın demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olduğunu, hakkın özüne dokunduğunu, makul ve kabul edilebilir ölçüyü aştığını, ya da yaptırımla öngörülen amaç arasında makul ve adalefli bir denge bulunmadığını söylemek mümkün olmadığından, düzenlemenin Anayasanın 13. maddesine aykırı bir yönü de görülmemiştir."

⁸⁶ E. 2006/21, K. 2006/38, K.t. 13.3.2006: "Temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında ölçülülük ilkesi, sınırlandırmanın ulaşılmak istenen amaç için elverişli olmasını, sınırlandırmanın ulaşılmak istenen amaç bakımından gerekli ve zorunlu olmasını, ulaşılmak istenen amaç ile sınırlandırma arasında bir orantı bulunmasını ifade etmektedir."

tabibin “birden çok kez mecburi hizmet yükümlülüğü”ne tabi tutulması anlamını taşıyordu. Mahkeme, bu yükümlülük ile ulaşılmak istenen amaç arasında orantısızlık bulunduğunu ve orantısız araç-amaç ilişkisinin “çalışma özgürlüğü”nü ölçüsüz biçimde sınırlandırdığını saptamaktadır. Aynı kararda, farklı bir bağlamda bu kez Anayasa’ya uygunluk sonucuna ulaşırken, Mahkeme’nin tüm alt ilkelere uygunluğu yine aşamalı bir sınaama yapmaksızın saptadığı da görülmektedir:

“Anayasa’nın 13. maddesi ile konuya ilişkin yukarıda yer verilen ilgili diğer maddelerin birlikte incelenmesinden, her bir eğitimleri için tabiplere Devlet hizmeti yükümlülüğü getirilmesiyle, tabiplerin çalışma özgürlüğünün ölçülülük ilkesine aykırı olarak sınırlandırıldığıнын kabulüne olanak bulunmamaktadır. Tabipler için getirilen Devlet hizmeti yükümlülüğü, bu kişilerin almış oldukları her eğitim sonucunda elde ettikleri bilgi birikimlerini ülke ihtiyaçları doğrultusunda Devlet hizmetine sunmalarını ifade etmektedir. *Anayasa’nın 18. maddesinde öngörüldüğü üzere, ülke ihtiyaçlarının zorunlu kıldığı alanlarda öngörülen vatandaşlık ödevi niteliğindeki Devlet hizmeti yükümlülüğünün, bu düzenleme ile elde edilmek istenen amaç için elverişsiz ve gereksiz olduğundan ya da orantısız bulunduğundan söz edilemez.*”⁸⁷

Mahkeme’nin nemaya ilişkin içtihadında, “ölçülülük ilkesi”nin uygulanması bu kez “yararlar dengesi”nin kurulması olarak somutlaşmaktadır. Nema içtihadında “yararlar dengesi”, bireysel yarar ile kamu yararı arasındadır. Dengenin taraflarından biri olan “kamu yararı”, mülkiyet hakkının “özel sınırlama nedeni”dir. Kamu yararı, dava konusu hüküm bakımından (“nema düzenlemeleri”) “kamu ekonomisi”, “kamu düzeni” ve “ekonomik koşullar” ya da “ekonomik istikrar” gibi kavramlarla somutlaştırılabilmektedir. Dengenin diğer tarafında yer alan hak ise “nema üzerindeki mülkiyet hakkı”dır. “Yararlar dengesi”nin sağlanmasında, Mahkeme ölçülülük ilkesini yöntem bakımından içeriğine uygun biçimde -ölçülülüğün alt ilkelerinin kullanımı ve tek tek sınaaması- kullanmaksızın so-

⁸⁷ Eğik yazı (italik) bölüm özellikle vurgulanmıştır. E. 2006/21, K. 2006/38, K.t. 13.3.2006.

nuca ulaşmaktadır. Kararın bir noktasında, “amaca elverişli ve ölçülü bir değerlendirme”den söz ederek kavramların düzgün biçimde kullanımını önemsemezken, diğer bir noktada ölçülü- lüğün alt ilkelerine uygunluğu ele almadan “makul ve ölçülü değerlendirme” yargısına varmaktadır. Bu içtihadı konu olan, çalışanların tasarrufu teşvik hesabının tasfiyesinde, nemanın çalışanlara taksitlendirme yoluyla ödenmesiydi. Ödemede, yasa koyucu taksitlendirilen tutarın, ekonomi içinde fiyat artış- larını gösteren Tüketici Fiyatları Genel İndeksi (TÜFE) ve buna ilave olarak yıllık yüzde beş oranında değerlendirilmesini ön- görmüştü. Ancak bu usul, niteliği gereği, nemanın hak sahip- lerinin iradesi dışında, tek taraflı olarak tespit edilen oranlarda değerlendirilmesi sonucunu doğuruyordu. Mülkiyet hakkına yönelik müdahalenin esasını, iradenin dışlanması oluşturmak- tayı. Dava sürecinde, mülkiyet hakkı sahibinin mülkiyet ko- nusunu üzerindeki iradesini dışlayan söz konusu müdahalenin mülkiyet hakkının özüne dokunduğu da ileri sürülmüştü. Öz denetiminde uygulanan yöntem bakımından Mahkeme'nin tutumu, “ölçülülük ilkesi”ne ilişkin tutumundan farklı olma- mıştır. Mahkeme, genel olarak “hakkı özü” kavramının un- surlarını somutlaştırmadığı gibi, “mülkiyet hakkının özü”nün unsurlarına ilişkin herhangi bir somutlaştırmada da bulun- mamıştır. Kararda, kişilerin “taksitlendirme nedeniyle para- sından yoksun kaldığı süre için ekonomi esaslarına uygun bir gelir sağlandığı” ifadesi yer almakla birlikte, gelirin “mülkiyet hakkı”ndan kaynaklanan haklı beklentileri ne ölçüde tatmin ettiği sorusuna yanıt verilmemektedir.⁸⁸ Aynı içtihadta, hakkı

⁸⁸ E. 2003/82, K. 2006/66, K.t. 30.5.2006: “3417 sayılı Yasa’ya göre oluşan nema mülkiyet hakkı kapsamındadır. Dava konusu kuralla, Çalışanların Tasarruflarını Teşvik Hesabının tasfiyesinin ekonomik koşullar ve kamu yararı gereği taksitide bağlandığı ve ödenmesi geciken paraların fiyat istikrarının ve dolayısıyla ekonomik istikrarın sağlanmasına yönelik olarak makul ve ölçülü bir şekilde değerlendirildiği göz önünde bulunduruldu- ğunda; kamu yararı ile bireysel yararın dengelendiği, amaç ile araç ara- sındaki denge bozulmadığı, hak sahibine, taksitlendirme nedeniyle para- sından yoksun kaldığı süre için ekonomi esaslarına uygun bir gelir sağ- landığı ve mülkiyet hakkının özüne dokunulmadığı anlaşılmaktadır. (...) Çalışanların Tasarruflarını Teşvik Hesabının tasfiyesi, bu hesapta tutulan paraların üzerinde mülkiyet ve alacak hakları bulunan hak sahipleri ile birlikte, kamu ekonomisi ve düzenini de yakından ilgilendirmektedir. Bu nedenle tasfiyede, hak sahiplerinin hak ve menfaatleri de ayırım gözetil-

özü kavramının Mahkeme tarafından talihsiz biçimde ifade edildiği de göze çarpmaktadır. Kararın bir noktasında, “hakkın özüne dokunma” ile hakkın özüne dokunmanın somut görünüm biçimi olabilecek “hakkı kullanamama” hatalı biçimde farklı iki kategori gibi kullanılmaktadır:

“Tasfiye amacıyla yapılacak ödemelerin bu şekilde değerlendirilerek takside bağlanmasının mülkiyet hakkının özünü zedelediğinden ya da onu kullanılamaz hale getirdiğinden söz edilemez.”⁸⁹

Vergi ödevini yerine getirmeyenlere yönelik bir yaptırım olan “pasaport veya seyahat vesikası alma yasağı”nın değerlendirildiği anayasal içtihat, ölçülülük ilkesinin tüm alt ilkelere anıldığı az sayıdaki örneğe karşılık gelmektedir.⁹⁰ Bu içtihat, ölçülük ilkesinin alt ilkelerinin belirlenmesindeki açıklık ve somutluk bakımından, diğer baskın karar örnekleriyle karşılaştırıldığında, başarılı bir başlangıç yapmaktadır. Mahkeme, anılan kararda sınırlama aracı ile sınırlama amacını açık biçimde saptamakta ve araç-amaç arasındaki dengenin kurulması için belirli koşulların varlığını aramaktadır. Bununla birlikte, kararın başlangıcında yer alan ölçülülük ilkesinin alt ilkelerine dayalı kapsamlı bir sınama yapılmamaktadır:

“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 bulunduğu söylenile-

meksizin korunarak makul ve ölçülü bir ödeme planı öngörülmüş ve bu plan yasal güvence altına alınmıştır.”

⁸⁹ E. 2003/82, K. 2006/66, K.t. 30.5.2006.

⁹⁰ E. 2007/4, K. 2007/81, K.t. 18.10.2007: “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.”

si için yurt dışına çıkış ile vergi alacağıının 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.”⁹¹

Ölçülülük ilkesinin tüm alt ilkeleri ile anıldığı bir başka örnek, basın özgürlüğüne ilişkin içtihatla bulunabilir.⁹² Terörle mücadele bağlamında, belirli suçların basın ve yayın yolu ile işlenmesi halinde, suçun işlenişine iştirak etmemiş olan yayın sorumlularının adli para cezasına çarptırılmalarına ilişkin içtihatla, ölçülülük ilkesinin alt ilkeleri anılmakla birlikte, tüm alt ilkeler bakımından aşamalı ve ayrıntılı kanıtlama aşamaları görülmektedir. Mahkeme, varsaydığı bir kanıtlamanın sonucunu aktarmakla yetinmektedir:

“3713 sayılı Yasa'nın 6. maddesinde suç olarak düzenlenen eylemlerin basın ve yayın yoluyla işlenmesi halinde terörle mücadeledeki bütünlüğün bozulma tehlikesi, basın ve yayın organlarının kitlelere ulaşmada sağladığı kolaylık ve toplum üzerindeki etkinliği ile iptal konusu kurallarda yer alan cezanın miktarı ve adli para cezası olarak belirlenmesi dikkate alındığında, eylem ile önlem arasında bulunması zorunlu adil denge bozulmadığından, iptal konusu kuralların Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan ölçülülük ilkesine aykırı bir yönü bulunmamaktadır.”⁹³

Bununla birlikte, yukarıdaki alıntının ilk yan cümlesinde, normu haklı kılan olgusal unsurların dikkate alındığı ve norma ilişkin zorlayıcı toplumsal gereksinimin saptandığı da gö-

⁹¹ E. 2007/4, K. 2007/81, K.t. 18.10.2007.

⁹² E. 2006/121, K. 2009/90, K.t. 18.6.2009: “Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan ölçülülük ilkesi, amaç ve araç arasında hakkaniyete uygun bir dengenin bulunması gereğini ifade eder. Ölçülülük, aynı zamanda yasal önlemin sınırlama amacına ulaşmaya elverişli olmasını, amaç ve aracın ölçülü bir oranı kapsamasını ve sınırlayıcı önlemin demokratik toplum düzeni bakımından zorunluluk taşımasını da içeren bir ilkedir.”

⁹³ E. 2006/121, K. 2009/90, K.t. 18.6.2009.

rülebilir. Mahkeme'nin -söz konusu saptamanın oluşturduğu bağlamı dikkate alarak- araç-amaç dengesinin kurulup kurulmadığını ölçülülük ilkesinin her bir alt ilkesi bakımından ayrı ayrı sınaması gerekirdi.

9. Suç ve Ceza Politikasında Yasa Koyucunun Takdir Yetkisinin Sınırları Sorunu

Anayasa Mahkemesi suç ve ceza politikasına ilişkin kararlarının önemli bir kısmında, 2001 Anayasa değişiklikleri sonrasında da, Anayasa'nın 13. maddesindeki sınırlama ölçütlerini uygulamamaktadır. "Gelibolu Yarımadası Tarihi Milli Parkı Kanunu"nda öngörülen, "belirlenen yerler dışında ateş yakmak" suçuna ilişkin "iki yıldan aşağı olmamak üzere hapis, yuzaltmış milyon liradan sekizyüz milyon liraya kadar ağır para cezası"nın, Anayasa'nın 13. maddesindeki sınırlama ölçütleri bakımından denetlenmeyişi bu konuda örnek gösterilebilir. Mahkeme, söz konusu içtihadında yasa koyucunun takdir yetkisine ağırlık vermekte ve bu yetkinin dış sınırlarını belirlemekten kaçınmaktadır.⁹⁴ Aynı davadaki karşı oy yazısında, anılan ceza, Anayasa'nın kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı ve Anayasa'nın 13. maddesindeki sınırlama ölçütleri bakımından da ele alınmıştır.⁹⁵ Karşı oy yazısı, tüm sınırlama ölçütlerini uygulamamakla beraber, denetlenen norm bakımından en ilintili olan "ölçülülük ilkesi"nin alt ilkelerinden orantılılık ve gerekliliğin uygulanmasına örnek oluşturmaktadır.

⁹⁴ E. 2001/143, K. 2004/11, K.t. 10.2.2004: "Yasakoyucu, Anayasa'nın 38. maddesinde öngörülen ilkeler ile ceza hukukunun genel ilkelerini ve kamu yararını gözeterek hangi eylemlerin suç sayılacağını, bu suçlara ne miktar ve ne çeşit ceza verileceğini, hangi cezaların nasıl uygulanacağını saptayabilir."

⁹⁵ Fazıl Sağlam'ın karşı oy yazısı, E. 2001/143, K. 2004/11, K.t. 10.2.2004: "(İ)tiraz konusu kuralda öngörülen ceza, "belirlenen sınırlar dışında ateş yakma" fiili yönünden yukarıdaki gerekçelerle iptal edilip, gerekli düzeltimenin yapılabilmesi için yasa koyucuya süre verilmiş olsaydı, sorunun anayasanın bütünlüğü ilkesi çerçevesinde Anayasa'ya uygun bir düzenleme ile çözümlenmesi sağlanmış olacaktı. Bu nedenle çoğunluğun aksi yöndeki kararını Anayasa'nın 19. ve 38. maddeleri ile bağlantılı olarak 13. maddesindeki sınırlama ölçüt ve ilkelerine aykırı bulduğumdan, çoğunluk kararına katılmıyorum."

10. Temel Hak Somutlaşmasına İlişkin Tikel Örnekler: İçerici ve Dışlayıcı Tutumlar

Anayasa Mahkemesi, özgül temel hak ve özgürlük kategorilerinin koruma alanlarını belirlerken, bu hak ve özgürlükleri somutlaştırmaktadır. Somutlaştırmada, temel hak ve özgürlüğün alanını genişlettiği için içerici ya da bağlantılı temel hak ve özgürlüğü göz ardı ettiği için dışlayıcı yargısal tutumlarla karşılaşmak mümkündür. Dışlayıcı yargısal tutumlarda, hak veya özgürlüğün kullanım biçimi baştan bir temel hak ve özgürlük ile ilişkilendirilmediği için bu konuda sınırlamanın sınırına ilişkin denetim de yapılamamaktadır.

Mahkeme'nin temel hak ve özgürlüklerin özgül kullanım biçimlerine ilişkin içerici somutlaştırmayı gerçekleştirdiği örnekler bakımından, 2001 sonrası anayasal içtihatla mülkiyet hakkı dikkat çekicidir. Bu içtihat, anayasal anlamdaki mülkiyet hakkının öncelikle sadece "eşya mülkiyeti" olarak anlaşılmadığını göstermektedir. Sosyal devlet kapsamında devletin düzenleyici rolünün yansımaları olan tasarrufu teşvik uygulamalarından kaynaklanan birikimler de Mahkeme tarafından anayasal anlamda mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirilmiştir. Mahkeme, çalışanların aylık ve ücretlerinin belli bir yüzdesi üzerinden hesaplanan, ilgililerin tasarruf kesintisine eklenerek "tasarrufu teşvik hesabına yatırılan Devlet/işveren katkısını ve katkının ve tasarruf kesintisinin birlikte değerlendirilmesiyle oluşan nemaları" açıkça mülkiyet hakkına dahil etmektedir. Bu tür tutarların "belli sürelerle bağlanarak kısmen veya tamamen ödenmesinin engellenmesi"ne ilişkin kanun düzenlemesi, mülkiyet hakkını kullanılmaz hale getirmekte ve bu nedenle "hakkın özü"nü zedelemektedir. Anılan içtihatla, nema gibi değerlendirmeye yönelik bir getirinin de mülkiyet hakkı kapsamına alınması, sosyal devlet alanındaki uygulamalarda "haklı beklenti"nin de mülkiyet hakkı kapsamına girebileceğini gösterdiği için ilginçtir.⁹⁶

⁹⁶ E. 2001/387, K. 2001/357, K.t. 6.12.2001: "(Ç)alışanların aylık ve ücretlerinden 3417 sayılı Kanun uyarınca kesilen ve tasarrufu teşvik hesabında toplanan tasarruf tutarları üzerinde mülkiyet hakları

Mülkiyet hakkının anayasal güvencesinin yalnızca “eşya mülkiyeti” ile sınırlı olmadığı anlayışı, marka hakkının korunmasına ilişkin 2008 içtihadında da açıklık kazanmıştır. Mahkeme, “fikri ve sınai mülkiyet hakları” ile bu hakların konusunu oluşturan “gayrimaddi mallar” kavramına gönderme yaparak, anayasal anlamıyla mülkiyet hakkının bu hakları ve malları kapsadığını belirtmektedir.⁹⁷ 2008 içtihadı, Mahkeme'nin 1961 Anayasası döneminde henüz yeni kurulduğu evrede verdiği 1965 tarihli “ihtira berati” içtihadından ayrılmaktadır. İhtira berati içtihadında, mülkiyet hakkının yorumunda Kurucu Meclis tutanaklarına dayalı tarihsel yorum ve Medeni Kanun (“Medeni Kanunumuzda mülkiyet hakkının konusunu maddi şeyler teşkil etmekte”) esas alınmıştır. Böylece ne “ihtira berati” ne de “mülkiyetin gayri aynı haklar” gibi malvarlığı hakları, anayasal anlamdaki “mülkiyet hakkı”nın kapsamına alınmıştır.⁹⁸

bulunmaktadır. Adı geçenlerin Devlet katkısı ve nema üzerindeki hakları ise alacak hakkıdır. Bu durumda, itiraz konusu düzenlemelerle anılan miktarların sistemden çıkan kişilere verilmesini engelleyerek haksızlığa uğratılması Anayasa'nın 2. ve 5. maddelerinin amacına aykırıdır.

“Yasa'nın 3. maddesine göre, çalışanların aylık ve ücretlerinin belli bir yüzdesi üzerinden hesaplanarak ve ilgililerin tasarruf kesintisine eklenecek tasarrufu teşvik hesabına yatırılan Devlet/işveren katkısı ile katkının ve tasarruf kesintisinin birlikte değerlendirilmesiyle oluşan nemaların mülkiyet hakkı kapsamında olduğu tartışmasızdır. Bu durumda, söz konusu tutarların belli sürelerle bağlanarak kısmen veya tamamen ödemesinin engellenmesi mülkiyet hakkının özünü zedelemekte ve onu kullanılabilir hale getirmektedir.”; ayrıca karş. E. 2003/82, K. 2006/66, K.t. 30.5.2006.

⁹⁷ E. 2004/3, K. 2008/47, K.t. 31.1.2008: “Mülkiyet hakkının konusunu, maddi ve gayrimaddi mallar oluşturmaktadır. Taşınır ve taşınmaz mallar, maddi mallar kapsamında iken, fikri ve sınai mülkiyet hakları gayrimaddi mallar kapsamında yer almaktadır. Bir markanın sahibine sağladığı haklar, “marka hakkı” olarak adlandırılmakta ve fikri ve sınai mülkiyet hakları kapsamında yer almaktadır. Bu nedenle marka hakkı üzerinde yapılacak sınırlandırmalarda, Anayasa'nın “Mülkiyet hakkı” başlıklı 35. maddesinin esas alınması gerekmekte ve marka hakkının ancak kamu yararı amacıyla sınırlandırılabilmesi mümkün bulunmaktadır.”

⁹⁸ E. 1967/10, K. 1967/49, K.t. 28.12.1967: “Anayasa'nın metni ve bu metni kabul eden Meclisin açık olan ereği karşısında, Anayasa'daki mülkiyet hakkı teriminin, niteliği ve kapsamı bakımından, Medeni Kanunumuzdakinden daha geniş düşünüldüğü ve kişinin bütün mali haklarını içine aldığı sonucuna varılması mümkün değildir. (...) Hattâ maddi eşya üzerinde kurulan ve bu itibarla mülkiyet hakkını etkileyen ve böylece Anayasa'nın 36. maddesinin kapsamı içinde bulunan bir kısım haklar bile doğrudan doğruya “mülkiyet” hakkı sayılmayarak, “mülkiyetin gayri aynı haklar” adı ile nitelendirilmektedir.”

Oysa 2008 içtihadındaki somutlaştırmada, anayasal anlamdaki mülkiyet hakkı, 1967 yılındaki içtihatteki itiraz dilekçesinde Danıştay'ın savunduğu gibi geniş anlamda malvarlığı haklarını kucaklayan bir yaklaşım ile yorumlanmaktadır. Ancak Anayasa Mahkemesi'nin 1967 tarihli içtihadında, "ihtira beratı"nın temel hak ve özgürlükler ile ilişkisinin tümüyle dışlandığını söylemek de doğru değildir. Mahkeme bu konuda, Anayasa'nın bilim ve sanat özgürlüğünü öne sürmüş ve bu özgürlüğün kullanımını sonucu oluşan ürünler üzerinde, "temel hak" niteliğinde olmayan, ancak dolaylı olarak korunan haklardan söz etmişti.⁹⁹

İçerici somutlaştırma modelleri için mülkiyet hakkının "alacak hakları" ile ilişkisi bakımından, Mahkeme'nin İskan Kanunu'na ilişkin içtihadı da örnek gösterilebilir. Bu içtihat, İskan Kanunu'na dayanarak alınan iskan kararıyla belirlenen "iskan hakkı sahipliği", "alacak hakkı" olarak tanımlanıp, anayasal anlamda mülkiyet hakkı kapsamında görülmüştür. Mahkeme, mülkiyet hakkının koruma alanını iskan hakkı sahipliğinin miras güvencesi yönünden de geniş biçimde yorumlamaktadır. Buna göre, miras hakkı mülkiyet hakkının "devamı ve özel bir şekli"dir. O nedenle,

"Mülkiyet hakkı kapsamında bulunan bir hak üzerinde mirasçılara başvuru hakkının engellenmesi miras hakkının özünü zedeler ve onu kullanılamaz hale getirir."¹⁰⁰

⁹⁹ E. 1967/10, K. 1967/49, K.t. 28.12.1967: "Ancak bu durum, söz konusu fikri hakların hiç bir ölçüde Anayasa teminatı altında bulunmadığı anlamına alınmamalıdır. Zira 21. maddesiyle, bilim ve sanat alanında serbestçe açıklama, yayma ve her türlü araştırmayı bir temel hak olarak belirten Anayasa'nın bu faaliyetler sonucu meydana gelen fikir ürünleri üzerinde hiç bir hak tanımamış olduğunu söylemek mümkün değildir. Aksine, söz konusu 21. madde hükmünün bu maddede belirtilen hakların kullanılmasını sonucunda meydana gelen fikir ürünleri üzerinde, sahiplerinin ilişkilerini ve haklarını, bir "temel hak" niteliğinde olmamakla birlikte, dolaylı olarak teminat altında bulundurduğundan kabul olunması, madde hükmünün tabii bir sonucudur. Zira bu madde ile, "Temel hak" olarak kişiye tanınmış olan hürriyetler düzeninin gereği gibi iş(e)yebilmesinin, bu hakların kullanılması sonucunda elde edilen fikir ürünlerinden, sahiplerinin, yararlanmalarının sağlanmasına bağlı olduğu şüphesizdir bu bakımdan Anayasa'nın, "temel hak" olarak tanıdığı bir faaliyet sonucu meydana gelen fikir ürünleri üzerinde sahiplerine hiç bir hak tanımamış olduğu düşüncesi, tutarlı bir görüş sayılamaz."

¹⁰⁰ E. 2006/142, K. 2008/148, K.t. 24.9.2008. Alacak haklarının mülkiyet hakkı

Buna karşılık, evli kişilerin, Medeni Kanun'da sınırlı biçimde sayılan durumlar hariç, tek başına evlat edinmelerine izin vermeyen hükmün Anayasa'ya uygunluk denetiminde, "evlat edinme" ile "kişinin manevi varlığını geliştirme hakkı" arasında bağın kurulmadığı görülmektedir. Mahkeme, evlat edinme bakımından yalnızca Anayasa'nın 41. maddesine dayanarak "ailenin korunması"na odaklanmış ve korumayı aile içindeki bireylerin temel hakları bakımından ele almamıştır. Dolayısıyla evlat edinmek isteyen kişinin bireysel tercihleri temel hak alanından tümüyle dışlanmış. Bu yaklaşım, evlat edinmeyi evli kişiler bakımından kişilerin bireysel nitelikli "manevi varlığını geliştirme hakkı"nın alanından çıkarmakta ve evli çiftlerin kolektif hakkına ("ailenin korunması") dönüştürmektedir. Mahkeme, evlat edinmeyi evli kişilerin bireysel nitelikli "özerk karar/tercih yetkisi" ile bağlantılı görmediği için "özel yaşamın korunması" bağlamında da incelememiştir. Tüm bu dışlayıcı yargısal tercihlerin sonucu şudur: Evlat edinmenin evli kişiler bakımından bireysel olarak kullanılabilir herhangi bir temel hak ile ilişkilendirilmemesi nedeniyle sınırlamaya ilişkin denetim de yapılamaz hale gelmektedir¹⁰¹. Bu davada temel hak odaklı yaklaşım, evlat edinmeyi bireysel olarak "kişinin manevi varlığını geliştirme hakkı" ve onun özel yaşama ilişkin özerk karar yetkisi dahilinde görmek ("atılma") olurdu. Söz konusu

kapsamında görüldüğü başka bir örnek için bkz. E. 2009/19, K. 2011/4, K.t. 6.1.2011: "Mülkiyet hakkı, kişiye başkasının hakkına zarar vermemek ve yasaların koyduğu sınırlamalara uymak koşuluyla, sahibi olduğu şeyi dilediği gibi kullanma, ürünlerinden yararlanma ve tasarruf olanağı veren bir haktır. Bu bağlamda alacak hakkı da mülkiyet hakkı kapsamındadır."

¹⁰¹ E. 2004/38, K. 2009/108, K.t. 9.7.2009: "Evlatlık ilişkisi, evlat edinilen ile ulusal ve uluslararası uygulamada genellikle "küçük"ler arasında kurulan, evlat edinilenin veli veya vasisinin iznine dayansa da, küçüklerin maddi ve manevi gelişimleri, gelecekleri, sosyal ilişkileri, inanç ve ahlaki yargılarının biçimlenmesi konusunda yaşamsal yetkiler sunan bir ilişki niteliğindedir. Anayasa, evlat edinmenin bireysel tercihinin yönüne yönelik olarak bir "temel hak" kategorisi yaratmamakta, 41. maddesinde, aileyi Türk toplumunun temeli olarak kabul etmekte, aile ilişkisinin, kendisinden beklenen "sosyal" yararı gerçekleştirecek şekilde desteklenmesini, aile içinde özellikle "anne" ve "çocukların" korunmasını devlete bir yükümlülük olarak yüklemektedir."

"Bu durumda iptali istenen kurallar bir temel hakka sınırlama getirmekten çok, Anayasa'nın 5. ve 41. maddelerinde devlete yüklenen bir sorumluluğu, çağın gereklerine uygun olarak yerine getirmektedir."

yaklaşım çerçevesinde, anılan temel hakların görünüm biçimi olan “evlilikte tek başına evlat edinme”ye ilişkin müdahalenin sınırlamanın sınırına uyup uymadığı değerlendirilebilirdi.

11. Kanıtlama Olmaksızın Temel Hak ve Özgürlüğe Müdahaleyi Yok Sayma ya da Varsayma

Anayasa Mahkemesi'nin içtihadında karşılaşılan diğer bir yargısal tutum, hiçbir kanıtlama olmaksızın temel hak ve özgürlüğe müdahaleyi yok sayma ya da varsayma biçiminde ortaya çıkmaktadır. Mahkeme, ceza yargılamasında yalnızca “itiraz” yolunun açık olduğu “hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı” bakımından, bu durumu hak arama özgürlüğüne yönelik müdahale olarak sınıflandırmamakta ve dolaşısıyla “sınırlamanın sınırları”na uygunluk denetimi yapmaktadır. Oysa itiraz yolunda, temyiz yolundan farklı olarak, hukuk kuralının uygulanmaması veya yanlış uygulanması nedenine dayalı inceleme yapılamamaktadır. İtirazın reddedilmesi, ancak daha sonra gerekli koşullar gerçekleşip hükmün açıklanması halinde, bu hükme karşı temyiz yoluna başvurulabilir. Bu halde, hukuka aykırılık saptanırsa hükmün bozulması olasılığı bulunmaktadır. Temyizin tanınmamış olması, kişinin gereksiz yere denetimli serbestlik sürecine tabi tutulması riskini beraberinde getirmektedir.¹⁰²

İçtihadta, Anayasa'nın 13. maddesindeki ilkelerin hiçbir uygulaması yapılmaksızın temel hak ve özgürlüğün mutlak biçimde uygulandığı örnekler de bulunmaktadır. Hak arama özgürlüğü bakımından, Mahkeme bu tutumu sergilemiştir. Mahkeme'ye göre, hak arama özgürlüğü davalı olarak iddia ve savunmada bulunma hakkı yanında, “yargılama sonunda hak-

¹⁰² E. 2008/45, K. 2009/53, K.t. 12.3.2009: “Öte yandan, (12) numaralı fıkra hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına itiraz edilebileceği belirtilmekte ise de, bu kuralla temyiz incelemesi yolu kapatılmış değildir. (...) Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararları sanık hakkında hukuki sonuç doğuran kesin hüküm niteliğinde olmadığından, deneme süresi sonunda verilecek düşme kararı veya geri bırakma koşullarına uyulmaması halinde verilecek karar hakkında esas hükümle birlikte temyiz denetimi olanaklı bulunmaktadır.”

kı olanı elde etmeyi de kapsayan bir hak" tır. Bu gerekçe ile karar ve ilam harçları ödenmeden ilamın alınamayacağına ilişkin kanun hükmü, Anayasa'ya aykırı bulunmuştur. Mahkeme'nin kullandığı yöntem, Anayasa'ya açıkça ve esaslı biçimde aykırı gördüğü ihlallerde "sınırlamanın sınırı"na ilişkin ilkelere hiç değinmemektir. İhlali saptarken kullanılan ifade ise "hak arama özgürlüğü" nün engellenmesi" olduğu için, somut olayda üstü örtülü biçimde "hakkın özü"ne aykırılığın saptandığı akla gelmektedir:

"Dava açarken peşin harcı ödeyen ancak nisbi harca tabi davalarda işin niteliği gereği dava sonuna bırakılan bakiye harçtan yasal olarak sorumlu olmadığı mahkeme kararıyla belirlenen davacıya, sorumlusu olmadığı bir harcın tahsili koşuluyla ilamın verilmesi; *bireylerin hak arama özgürlüğünü engelleyici nitelik taşımaktadır.*"¹⁰³

Benzer tutum, hak arama özgürlüğünün boşanma davalarında kullanımına ilişkin bir Medeni Kanun hükmünün denetiminde de sergilenmiştir. Denetlenen hüküm, boşanma davası devam ederken, ölen davacının mirasçılarında birisinin davaya devam etmesi ve davalının kusurunun ispatlanması durumunda, boşanmakta olan eşlerin birbirlerinin yasal mirasçısı olamayacağını düzenliyordu. Mahkeme bu hükmü Anayasa'ya aykırı bulurken, hükmün "hak arama özgürlüğünü engellediği"ni saptamış, ancak "sınırlamanın sınırı"na ilişkin ilkeleri uygulamamıştır:

"İtiraz konusu hüküm, boşanma davası sırasında ölen davalının mirasçılara davacının mirasçılara tanınan davaya devam etme hakkı tanınmamaktadır. Davalının mirasçılarının yargı mercileri önünde dava haklarını kullanmalarının bu şe-

¹⁰³ Eğik yazı (italik) bölüm özellikle vurgulanmıştır. E. 2009/27, K. 2010/9, K.t. 14.1.2010. Buna karşılık aynı kararda, yargı hizmetinden yararlanmaya ilişkin harçlar bakımından "sınırlama" görmediği için "sınırlamanın sınırı"na ilişkin ilkeleri uygulamamaktadır: "Yargı işlemlerinden alınacak harçlar ödenmedikçe müteakip işlemlerin yapılmayacağını belirten kural, bireylerin özel menfaatleriyle ilgili olarak yargı hizmetinden yararlanmalarını, bu hizmetin karşılığı olan harcın ödenmesi koşuluna bağladığından, hak arama özgürlüğünü sınırlandıran bir nitelik taşımamaktadır."

kilde *engellenmesi* Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan hak arama özgürlüğü alanına yapılmış açık bir müdahale niteliğinde olup, hak arama özgürlüğüyle bağdaşmaz."¹⁰⁴

Sonuç ve Öneriler

Anayasa Mahkemesi'nin 2001 Anayasa değişiklikleri sonrasında temel hak ve özgürlüklere ilişkin yargısal tutumuna hukuksal yorum ve kanıtlama gözüyle bakıldığında, içtihat yoluyla tutarlı ve bütüncül bir temel hak ve özgürlük yaklaşımının kurulamadığı göze çarpmaktadır. Bu noktadaki temel sorunlar ve diğer bulgular şöyle sıralanabilir:

- 2001 sonrası anayasal içtihadın bütününde, Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan "sınırlamanın sınırı"na ilişkin ilkelerin uygulanması sorunludur. Anayasa'nın 13. maddesi kimi örneklerde hiç dikkate alınmamakta ya da özgül bir temel hak ve özgürlük kategorisi dikkate alınmış olsa dahi, Anayasa'nın 13. maddesi bağlantılı görülmemektedir. Kimi örneklerdeyse, sınırlamanın sınırına ilişkin ilkeler eksik uygulanmakta ya da bu ilkelerden biri olan ölçülülük ilkesi, sorunun bağlamı temel hak ve özgürlük alanı olmasına rağmen, hukuk devleti üzerinden yorum sürecine katılmaktadır. Anayasa'nın 13. maddesindeki sınırlamanın sınırına ilişkin ilkelerin kendilerinin yorum ile somutlaştırılması ve doğru ve tutarlı bir içerikle uygulanması halen pekişmiş değildir. Kanıtlamanın hukuksal nitelik taşıması için Mahkeme'nin öncelikle bu soruna eğilmesi zorunludur.
- 2001 sonrası anayasal içtihat, hukuksal olayın özgül temel hak ve özgürlük kategorileri ile doğru biçimde ilişkilendirilmesi ve zaman zaman doğru atlamaların yapılması yönünden ciddi eksikliklere sahiptir.
- Anayasal içtihadın tutarlı ve yöntembilim temelinde ilerleyebilmesi için, Mahkeme'nin temel hak ve özgürlüklerin

¹⁰⁴ Eğik yazı (italik) bölüm özellikle vurgulanmıştır. E. 2008/102, K. 2010/14, K.t. 21.1.2010.

normatif yapılarını dikkate alan bir tutum takınması gereklidir. Temel hak ve özgürlüklere ilişkin normatif yapılar türdeş olamadığından, normatif yapılara göre uygulanacak yorum yöntemleri ve somutlaştırma da aynı olamaz. Anayasa Mahkemesi'nin normatif yapıların özelliklerini dikkate almış gözükken kimi kararları bulunmakla birlikte, bunlar yönetsel bakımdan tutarlı ve bütüncül değildir; tersine çelişkilidir. Özel sınırlama nedeni ya da sınırlama klozunu içermeyen temel hak ve özgürlüklerde bu durum özellikle belirgindir. Söz konusu özgürlüklerde, Mahkeme'nin tartım, dengeleme ya da pratik uyum olarak ortaya atılan tekniklere yaklaştığı örnekler de bulunmaktadır. Ancak söz konusu tekniklerin Mahkeme tarafından kullanımı, bu tekniklerin savunucuları tarafından kabul görebilecek düzeye ulaşmamıştır. Temel hak ve özgürlük çatışmaları ile onlarla anayasal değerlerin çatışmalarında, her iki çatışma unsurunun *telos*larının tüm boyutlarıyla gözetilmesi gerekir. Anayasal içtihatteki diğer bir sorun, sınırlama nedeni içermeyen özgürlüklerde, diğer temel hak ve özgürlükler ya da somut anayasal değerler gibi pozitif anayasal dayanaklarla temellendirilemeyen ve ilişkilendirilemeyen soyut kamu düzeni, kamu yararı ya da adalet gibi kavramları karşı ağırlık ya da çatışma unsuru olarak kullanmaktır. Bu tutum yerine, uygun olduğu ölçüde, diğer temel hak ve özgürlükler ya da somut anayasal değerlerin kullanımı, bunların ve ilgili temel hak ve özgürlüğün somutlaşmasına hizmet edecektir.

- Temel hak ve özgürlüklerin normatif yapılarının özellikleri dikkate alındığında, Mahkeme, temel hak ve özgürlüğe ilişkin özel anayasal tedbirlerin “sınırlı sayıda” oluşunu gözetmek zorundadır. Bu konuda, sözel ve teleolojik kanıtlar gereği, yasa koyucunun “sıkı denetim”i asıl olmalıdır. Ancak yargısal tutum aksi yönde ilerlemektedir.
- Anayasal içtihat, genel olarak temel hak ve özgürlük düzeninin bütünselliğine dayalı sistematik kanıtların kullanılması ve pozitif öz öğelerinin yorumu konusunda da zayıftır. Anayasa Mahkemesi, pozitifleşmiş öz öğeleri gibi, çok

az anayasal düzende somutlaşmış olan güvencelerin kural niteliğini güçlendirecek somutlaştırmanın temel hak ve özgürlük korumasında özel değer taşıdığını önemsemelidir. Pozitifleşmiş öz öğelerinin varlığı, anayasa yargıcısı için bir fırsattır.

- Mahkeme'nin özel sınırlama nedenlerinin yorumunda "sıkı denetim" örneği sergilediği ve "kamu düzeni" gibi soyut nitelik taşıyan özgülleşmemiş nedenlerin yorumunda yasa koyucunun takdir yetkisini dar tuttuğu örnekler, yöntemsel bakımdan desteklenmelidir. Bu yaklaşım, kanunun "neden" unsurunu ("özel sınırlama nedeni") temel hak ve özgürlüğün *telosuna* uygun olarak yorumlamaktadır.
- Temel hak ve özgürlüklerin sistematik yorumu ve *telosların*ın gözetilmesinde anayasal içtihadın dikkat çekici özelliği, 2001 öncesi olduğu gibi 2001 sonrasında da, "birey gelişimi"nin yapıtaşısı olarak Anayasa'nın 17/1. maddesinde benimsenen "kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirmesi" hakkını etkili biçimde kullanmamış ve somutlaştırmamış olmasıdır. İchtihadın bütününde, bu hakkın diğer temel hak ve özgürlüklerin *teloslarına* yön veren işlevini ve sınırlarını görebilmek mümkün değildir.
- Yukarıdaki tüm sorunlar ve bulgulara eşlik eden son gözlem, anayasal içtihadın her bir kararda ve kararlar arasında açık ve birbirini tutarlı biçimde izleyen; giderek temel hak ve özgürlük somutlaşmasında derinleşen yöntemli bir yapıya kavuşması zorunluluğudur. İchtihadın yöntemli bir yapıya yönelmesi ile her bir temel hak ve özgürlüğün kapsamına hangi kullanım biçimlerinin girdiğine ilişkin anlamlı bir somutlaşmanın önü açılacak ve somutlaşma giderek daha da öngörülebilir olacaktır. Bu durum, Türkiye'de temel hak ve özgürlüklerin yargısallaşması alanında yapısal bir sorun ve temel bir öncelik olarak karşımızda duruyor.

Prof. Dr. FAZIL SAĞLAM (Oturum Başkanı) - Emrah Oder'ın yazılı bildirisini de 61 sayfa. Okudunuz tahmin ediyorum. Aynı endişeyi onda da duymuştum. Ama bu kapsamlı bildiriye, zengin içeriğini koruyarak ve 45 dakikayı aşmaksızın bizlere sundu. Kendisine teşekkür ediyorum.

Şimdi iki doyurucu bildiriye yoğun bir ilgiyle dinledik. Bunun ağırlığını biraz hafifletmek ve üçüncü bildiriye de aynı dikkatle dinleyebilmek için bir ara vermemiz iyi olur. Yalnız bir ricam olacak. Toplantılarda kahve - çay arası verilir, ama süre sonunda çoğu kimse salona dönmekte ayak diredir. Bunun bir istisnası vardı, Aydın AYBAY Hoca. Aydın Hoca hepimize örnek olacak biçimde kahve arası henüz bitmeden salona gelir ve otururdu. Bu yıl sağlık nedenleriyle gelememi. Bir an önce sağlığına kavuşması dileğimizdir. Ama bu yıl gelememiş olsa da, onu örnek almaya devam edelim ve 15 dakikayı fazla taşırmayalım. Teşekkür ediyorum.

Prof. Dr. FAZIL SAĞLAM (Oturum Başkanı)- Sevgili arkadaşlar, yerlerimizi alabilir miyiz? Şimdi Bülent Yücel'in konuşmasıyla bildiriler bölümünü tamamlayacağız. Ondan sonra bir öğle yemeği aramız var. Öğle yemeğinden sonra saat 14.00'de tartışma maratonuna başlıyoruz. Bu arada başvurular da geliyor, üçüncü başvuruyu aldım, daha önceden beş tane var. Tabii bundan sonra da arkadaşlarımız diledikleri zaman yazılı başvuruda bulunabilirler. Bunları sıraya koyuyorum, böylece gözden kaçan kimse kalmıyor. Şimdi Sevgili Bülent'in konuşmasına geçiyoruz. Evet, buyurun.

ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARINDA EŞİTLİK İLKESİNİN YORUMLANMASI ve CİNSİYET AYRIMCILIĞINA YARGISAL BAKIŞ

*Yrd. Doç. Dr. Bülent Yücel**

1. YORUMUN GEREKLİLİĞİ SORUNU

Hukuk ve siyaset disiplinleri aynı yolda yürüyen iki yakın arkadaş misali çok yakın bir ilişki içerisindedirler. Bu ilişkinin özünde insan doğasının gereksinimlerinin karşılanması yatmaktadır. Sonuç itibarıyla yaşam içinde yapılan tüm tercihlerin siyaset kurumunun bir yansıması olarak gördüğümüzde, bu iki disiplin arasındaki karşılıklı ilişkinin anlaşılması kolaylaşacaktır. Öyle ki, söz konusu ihtiyaçların neler olduğunun tespiti, öncelik sıralamasının yapılması ve nasıl karşılanacaklarının belirlenmesi birer siyasi faaliyet olarak ortaya çıkacak ve bu soruların yanıtlanması noktasında “hukuk” çok belirleyici ve etkin bir medenî araç olarak kullanılacaktır. Ancak burada kastedilen hukukî araç, onun pozitif hâlidir. Dolayısıyla siyasetle arasında illiyet rabitası kurulan ve üzerinde yoğunlaşarak tartışılacak olan da pozitif hukuk kuralları olacaktır.

Siyaset kurumunun somutlaştırdığı bir ihtiyacın belli hukukî biçimler aracılığıyla giderilmesi faaliyeti, bu ayrılmaz/ayrılmaz ikilinin temel ilişkisini ifade ederken; aynı zamanda, ikisi arasındaki temasın bir diğer boyutunu “kaynak / kaynaklık etme” sorunsalı oluşturmaktadır. Şöyle ki, günümüz hukuk sistemlerinin ortak paydası hâline gelen “pozitif hukuk”, yerleşik kültürün âlâmet - i fârikasına dönüşmüştür. Yöneten - yönetilen çatışmasının “temsil” ve “parlamento” kavramlarıyla ilımlılaştırıldığı tarihî süreçte, büyük ölçüde yasama organının

* Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku ABD öğretim üyesi, byucel@anadolu.edu.tr

oluşturduğu pozitif hukuk, gerçekte siyasî karar mercilerinin oydaşarak ya da çoğunlukla aldıkları kararların bir sonucudur. Bu yüzden iki arkadaştan birinin (siyaset) doğrudan kaynağı toplumsal gereksinimler, yaklaşımlar ve tercihler iken; diğerekinin (pozitif hukuk) kaynağı aslında ilkinin yansıdığı ya da biçimlendirdiği fizikî mekânları tarif eden parlâmentolardır.

Temelinde siyasî tercihlerin yattığı “pozitif hukukun” anlamlandırılması ve uygulanması meselesi günümüz demokratik sistemlerinin tartışmaya açık konularından birisidir. Öyle ki yönetim makamları açısından da büyük önem arz etmesine karşın asıl kritik alan, yargılama makamlarının yaptığı yorumlama ve somutlaştırma¹ sürecidir. Bu bilişsel faaliyetin tamamlanmasıyla çerçevesi ve anlamı belirginleştirilmiş pozitif hukuk kuralının uyuşmazlık konusu olaya uygulanması söz konusu olacaktır.

¹ Sancar, öğretide yorumlama ve somutlaştırmanın aynılığı ya da farklılığı üzerindeki tartışmaya değinmekle birlikte, somutlaştırma kavramını özel bir yorum yaklaşımı olarak ele alan Hans Huber ve Friedrich Müller'e atfen ele almaktadır. Bu çerçevede Huber'e göre, yorum somutlaştırmanın bir ifadesidir. Şöyle ki, anayasa hukukunda ve özellikle temel haklar meselesinde yorum somutlaştırma olarak tanımlanmalıdır. Ancak bu saptamanın her zaman geçerli olmadığını belirten yazar, anayasa kurallarının düzenlemeyi hedeflediği toplumsal gerçekliğin işin içine dâhil olduğu durumlarda, sadece normun kapsam alanı içindeki gerçeklikle kurduğu sıkı bağlar dolayısıyla yorumlamanın yetersiz kalacağını, bu aşamada somutlaştırmanın gerçekleştirilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Bundan dolayıdır ki, somutlaştırmanın tipik alanını temel haklar oluşturmaktadır. “Zamanın akışı” ve “toplumsal dönüşüm” içinde normların gerçekleştirilmesi yoluyla anayasanın gerçekleştirilmesi, tüketilmesi, zenginleştirilmesi ve hukuk yaratılması biçiminde bir tanımlamaya sahip olan somutlaştırma, yorumun ötesine geçen bir anlama sahip olmaktadır. Çünkü özellikle somutlaştırma yoluyla normun içinden lafzın yorumlanmasını aşan daha başka ilkelerin üretilmesini sağlamaktadır. Huber, bu görüşünü desteklemek için “kanun önünde eşitlik” hükmünden “keyfilik yaşağının” türetilmesi örneğini vermektedir. Müller ise yorum kavramını somutlaştırma içinde değerlendirmektedir. Yazara göre somutlaştırma, normun dili üzerinde yapılan çalışmayı aşan daha geniş kapsamlı bir sahayı ifade etmektedir. Buna göre, somutlaştırma aynı zamanda norm alanlarının çözümlenmesini de gerektiren, yorumun yanında bu alan incelemesini de içeren bir faaliyettir. Bu yüzden ki Müller, geleneksel yorum öğretisini, hukukun gerçekleştirilmesini sadece yoruma, somutlaştırma sürecinin de norm metninin yorumlanmasına indirgemesi dolayısıyla eleştirmekte ve bu anlayışın anayasa normlarının somutlaştırılması bakımından yetersizliğine dikkat çekmektedir. Ayrıntılı açıklamalar için bkz. (Mithat Sancar, **Temel Hakların Yorumu**. (Yayınlanmamış Doktora Tezi) Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı (1995) s. 118-121, 124-125).

Yargılama makamları açısından da anayasaya uygunluk denetimi sürecinin ayrı bir yeri olduğunu söylemek yanlış olmazdır. Kurallar kademelenmesi kuramını aklımızın bir köşesinde tuttuğumuzda, “normların anayasaya uygunluk” denetimini yapmakla yükümlü kılınmış yargı makamının/makamlarının üstlendiği rolün önemini kavramak daha kolay olacaktır. Çünkü Kelsen’in hukuk düzeni olarak oluşturduğu bu kurgunun içinde somut kuralların en üstünde yer alan anayasa, bir ölçü(t) norm olarak “yorumlama” ve “somutlaştırma” faaliyetinin nesnesidir. Bu süreci hayata geçirecek olan yargıcın/yargıçların kullanmak zorunda oldukları bazı araçlar ve teknikler² olacaktır.

Anayasaya uygunluk denetimini gerçekleştiren yargıç bu faaliyeti ile kanunlara ve diğer ikincil işlemlere nazaran çok daha soyut içerikteki anayasa kurallarını, yorum yoluyla anlamlandırmakta ve gerçekleştirdiği somutlaştırmayı önüne gelen bir davaya uygulamak suretiyle aslında kendisinden beklenen anayasal uygunluk/denetim çabasını ifa etmektedir.

Anayasa yargısının bu işlevi mevcut anayasanın ne anlama geldiğini saptamakta ve yasama organının kural koyma alanının sınırlarını³ belirlemektedir. Bu alan belirlemeye ilişkin anayasa kararlarının çok sert eleştiriler alması da bir gerçekliktir. Özellikle mahkemenin “yargısal aktivizm”⁴ içinde bulunduğu

² Bu yöntemlere ilişkin olarak ayrıntılı bir çalışma için bkz. (Bertil Emrah Oder, **Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri, Hukuksal Yöntembilime Dayalı Karşılaştırmalı Bir Araştırma**. İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 2010).

³ Bu “negatif” davranış hiçbir zaman kanun koyucunun yerine geçerek işlem yapmak noktasına ulaşamaz. Çünkü kanun koyucu bakımından dikkate alınması gereken birtakım ölçütler ya da işaret noktaları konulsa da teorik olarak kanun koyucu “iptal edilme / yürürlükten kaldırılma” riskini göze alarak yeniden aynı ya da benzer içerikte bir norm oluşturabilecektir. Öyle ki meşruluk bunalımını bir an görmezden geldiğimizde, yasama organı – anayasa yargısı arasındaki bu gelgit sonsuza değin sürebilir. Keza anayasaya uygunluk denetiminin önüne götürülmediği sürece kanun koyucunun anayasaya aykırı bir normu oluşturup, yürürlüğe sokarak ona geçerlilik kazandırması her zaman mümkün olabilecektir.

⁴ Birden çok tanımının geliştirildiği ve çeşitli tipler hâlinde ortaya çıkan yargısal aktivizm kavramı, kamu uygulamalarına yönelik olarak sürmekte olan davalarda yargıçların diğer etmenler dışında kişisel görüşlerini de katarak karar vermeleri biçimindeki bir yargısal davranışı ifade etmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. (Fatih Öztürk, **Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Politik Sorun ve Yargısal Aktivizm Doktrini: Anayasal Yargı Denetimi Gerekli Mi?** (İstanbul: Beta Basım Yayım

hâllerde, yorumla anayasal sınırları(n) zorlayarak / dışına çıkararak çeşitli ölçütler üretmesi söz konusu olabilmektedir.

Tam bu noktada belki de “karar” verilerek, yargılama sürecinin sona erdiğinin sanıldığı anda, aslında can alıcı başka sorunlar kendini göstermeye başlamaktadır. Bu aşamada bazı soruları Anayasa Mahkemesi’ni (AYM) dikkate alarak tartışmaya açmaya çalışacağım. Dolayısıyla konuyu bütün bir yargılama faaliyetinden çıkararak daha dar bir alana, anayasa yargısı içine sıkıştırmaya gayret edeceğim.

1.1. Bir Yargı Makamı Olarak Anayasa Mahkemesi Yorum Yapmalı Mıdır?

Montesquieu’nün baş eseri “Kanunların Ruhu Üzerine” de belirttiği gibi yargıçlar sadece kanun sözlerini ifade eden bir ağızdan başka bir şey olmamalı⁵ mıdır? Yoksa yargıç, kanun koyucunun iradesinin bir ürünü olan uyguladığı hukuk normunu anlamlandırmalı mıdır?

İlk sorunun artık aşıldığı aşikâr bir durumdur. Şöyle ki, hukukî norm ile maddî vakianın (=olayın) çakışması olarak ifade edeceğimiz “altlama”⁶nın gerçekleşebilmesi, hukuk uygulayıcısının yapacağı “yorum” faaliyetine bağlıdır. Yorum bu yönüyle dava konusu vakianın hukukî bir sonuca bağlanması noktasında yargıcın önünü aydınlatacaktır.

Dağıtım A.Ş., 2012), s. 117-118, 119-124). Konuya ilişkin kapsamlı bir çalışma için ayrıca bkz. (Yusuf Şevki Hakyemez, **Hukuk ve Siyaset Ekseninde Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı**. (Ankara: Yetkin Yayınları, 2009).

⁵ Kemal Gözler, “Realist Yorum Teorisi ve Mekanist Anayasa Anlayışı,” **Anayasa Yargısı** Sayı 15: 207 - 242, (1998), s. 212.

⁶ Kendisine hukukî bir sonuç bağlanan uyuşmazlık konusu vakiyaya (=olay) ilişkin olarak, sorunu çözüme kavuşturacak makamın maddî vakiyayı saptadıktan sonraki adımı, bu vakialara uygun hukuk kuralını ya da kurallarını belirlemek olacaktır. Böylece gerçekleştirilen altlama, bir anlamda maddî vakiaların, soyut ve genel hukuk kurallarının kapsamı altına alınmasını sağlayan bir örtüşürme faaliyetinden ibaretir (Mustafa Gökse, “(Hukuk Yargılamasında) Vakıa ve Hukuk,” **Halûk Konuralp Anısına Armağan Cilt 1**. Ankara: Yetkin Yayınları, 2009), s. 327). Gelecekte yorum öğretisinin somut hukukî olayların/sorunların çözümünde yararlandığı ve mantıkî bir çıkarıma dayanan altlama sürecinin merkezinde, geliştirilen çeşitli yöntem ve tekniklerle normun içeriğinin açığa çıkarılması faaliyetini ifade eden yorum olgusu bulunmaktadır (Sancar, **a.g.ç.**, s. 24-25).

Yargıcın yapacağı yorumun büyük bir özenle yapılması gerekmektedir. Aksi durum, yani yorumun özensizce yapılması zorlu bir “dağ geçidinden” aşağıya yuvarlanılması anlamına gelecektir. Söz konusu dikkatsizlik yanlış/ölümcül sonuçlara sürüklenilmesine yol açar ki; bu durumda yargıç, kendisinden beklenen uyumsuzluğu çözme faaliyetini ya hiç gerçekleştiremeyecek ya da olması gerekenden çok farklı ve belki de doğru ve/veya âdil olmayan bir biçimde sonuçlandıracaktır.⁷ Dolayısıyla bu sonucun ortaya çıkmasındaki kritik kavram yorumdur.

Hukuk uygulayıcılarının⁸ işlerinin gereği karşılaştıkları bir olay karşısında, ona uygulayacakları normun tespiti ve anlamlandırılması noktasında bir belirginleştirme yapmalarını ifade eden yorumlama faaliyeti, kanun maddelerindeki soyut hükümleri somut hayata uygulanması sürecidir. Böylece, uygulayıcıların karar ve işlemlerinde açığa çıkan bu gerçek ve somut anlam ile herhangi bir hukuk kuralı, ilgili olay aracılığıyla hayatın içine aktarılmaktadır. Norm koyucunun en azından belli bir süre sonrasında öngöremediği hayatın, dinamizmi, renkliliği ve somut yapısı, hukuken düzenlenen konunun bireysel özellikleri elenerek hazırlanmasına yol açmaktadır. Bu yüzden de soyut biçimde hazırlanan normun içeriğinin ve kapsamının belirlenmesi olarak kısaca tanımladığımız “yorum” kaçınılmaz hâle gelmektedir. Aynı zamanda ve aslında mantıksal bir süreci ifade eden yorum, karşımıza çıkan iki önerme arasında kurulan ilişkiyi temel almaktadır. Buna göre yorum, soyut hukuk kuralının ifade ettiği “büyük önerme” ile hayat içinde var olan somut maddi vakianın temsil ettiği “küçük önerme” arasında kurulan karşılaştırma ve uygunluk bağının kurulması sürecidir. Somut olayın unsurlarının soyut kuralın kapsamı içinde yer alıp almayacağına saptaması yapılması ve bu mümkün oluyorsa mevcut hukuk kuralının açıkladığı sonucun bu somut olaya ya da duruma uygulanması söz konusu olmaktadır.⁹

⁷ Bekir Mustafa Yılmaz, “Kanun Yapımında ve Uygulamasında Gerekçe,” **Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan Cilt: 2.**, İstanbul: Vedat Kitapçılık Basım Yayın Dağıtım Ltd.Şti., 2009, s. 2200.

⁸ Bu kavramın içine yargıçlar, savcılar ve avukatlar dışında noterler gibi gündelik yaşamda hukuk kurallarını bireylere kullanmak durumunda olan meslek sahipleri de girmektedir.

⁹ Yasemin Işıktaç ve Sevtap Metin, **Hukuk Metodolojisi**. İstanbul: Filiz Kitabevi, (2003), s. 179-180.

Yargıçların baktıkları davalarda uyumsuzluk konusu olaya (=küçük önerme) uygulayacakları hukuk kuralını (=büyük önerme) belirlemeleri ve ilgili kuralın içeriğinin anlamsal tespitini yapmaları kaçınılmaz bir sonuçtur. Bazı davalar açısından kolayca gerçekleştirilen bu faaliyet, hukuk yazınında “zor dava”¹⁰ olarak nitelendirilen durumlarda titiz bir çalışmayı gerektirmektedir.

¹⁰ Kavramı hukuk dünyasına kazandıran ve çağdaş hukukî pozitivizme sert eleştirileri dolayısıyla doğal hukukçu olarak da nitelendirilen Ronald Dworkin, yorum teorisinin zaman içinde pozitivizme dönüştüğünü ifade etmektedir. Hukuk metinlerinin yorumlanması konusunu objektifleştirme çabasındaki yazar, “doğru cevap tezi” ile bunu sağlamaya çalışmaktadır. Dworkin’e göre hukuk davalarının büyük çoğunluğunda tek bir doğru cevap bulunmaktadır. Mesele bunun bulunması noktasında hukuk uygulayıcısının nasıl davranacağıdır. Dworkin, yargıcın, önündeki davaya uygulayacağı hukuk kuralını yorumlarken alternatif okumalar yapsa bile, bunlar arasından doğru olanı saptama konusunda bir yöntem düzeneğine sahip olduğuna işaret etmektedir. Bu birden fazla yorum içinden hangisinin “doğru cevap tezine” uygun olduğunun saptanması noktasında yazar, yargıçların çok da serbest olmadıklarını ifade etmektedir. Yargıçlar için davanın sonucunu belirleme konusunda hukuk içinde ve ona bağlı kalmak durumunda olmanın bir ödev olduğunu belirten Dworkin, bunun aynı zamanda tezinin de bir gerekliliği olduğunu söylemektedir. Bu yüzden yargıcın takdir yetkisini dar ve geniş olmak üzere ikili bir ayrıma tutmaktadır. Yargıcın kuralı olduğu gibi uygulamadan, bir değerlendirmeye tâbi tuttuktan sonra uygulamasını ifade eden dar takdir yetkisinin aksine; geniş takdir yetkisinde, yargıç önündeki uyumsuzluğu hiçbir hukukî standarda bağlı kalmadan çözüme kavuşturmaktadır. Burada belirtilen hukukî standartlar kavramı içine hukuk kuralılarıyla birlikte hukukî ilkeler de girmektedir. Yazar, bu ilkelerin uygulanacak hukuk kuralı bulunmadığında yargıç tarafından kullanılarak denetimsiz ve çok geniş bir takdir yetkisinden uzak tutulması gereğine de vurgu yapmaktadır. Mevcut hukuk kuralının, davanın kararına ilişkin gereçlendirmede/temellendirmede kullanılmadığı “zor davalarda” davanın hukukî ilkeler ya da siyasa ile sonuçlandırılması söz konusudur. Bu durumda yargıç, kanunda bir boşlukla karşılaştığında subjektiflik ve keyfilikten kaçınmak için insan hak ve ödevleri, toplumlarının hukukî öğretisini ve siyasî yapısını anlatan bazı, kendi içinde tutarlılık gösteren, ilkeleri bulup çıkarmalı ve o doğru cevaba ulaşmalıdır. Dworkin medenî hukuka ilişkin zor davalarda ise bu kararların mutlaka hukukî ilkeler dairesinde verilmesi gereği üzerinde durarak; yargıcın, sosyal, ekonomik ya da politik amaçları taşıyan politikalardan uzak durmasının yerinde olacağını ifade etmektedir. Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. (Sevtaç Metin, “Ronald Dworkin’in Hukuk Teorisinde Yorum Yaklaşımı,” **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**. Cilt 51 Sayı 1-2: 35-83, (2003), s.35, 47-51, 54, 63-64). Türkçe yazındaki bazı ek okumalar için bkz. (Ahmet Ulvi Türkbağ, “Hart-Dworkin Tartışmasının Ana Hatları,” **Anayasa Yargısı**. Cilt 28: 71-82, (2011); (Niyazi Öktem, “Ronald Dworkin ve Hukuk Felsefesi,” **Anayasa Yargısı**. Cilt 28: 83-96, (2011); (Kasım Akbaş, “Ronald Dworkin: Pozitivizmin ve Doğal Hukukun Eleştirisinden Bir Yargılama Kuramına,” **Çağdaş Hukuk Felsefesine Giriş**. Editör: Ahmet Halûk Atalay (İstanbul: Teknik Yayıncılık, 2004).

Kuşkusuz anayasa yargısının işletilmesinde, yargıç iptal davasına konu olan bir normun anayasaya uygunluk denetimini yaparken; sadece, anayasa kuralı ile iptali istenen normu lâfzen karşılaştırmayacaktır. Aynı zamanda, bu ilk safhanın aşılmasının ötesinde yargıçlar anayasa kuralını/kurallarını çeşitli yorum ilke ve kuralları dairesinde anlamlandırarak somutlaştırmaya çalışacaklardır. Dolayısıyla dava konusu normun, anlamı ve kapsamı yani içeriği netleştirilen anayasa kurallarına uygunluğu ölçülmeye çalışılacaktır. Anayasa uygunluk denetimi faaliyetinde AYM, bu işlevi yerine getirirken iptali istenen normu da anlamlandırmaya çalışacak ve böylece aslında ondan ne anladığını da belirleyecektir. Ancak soyut anayasa normları ile ona göre daha ayrıntılı ve ayrıntısı ölçüsünde de somut olan denetime tâbi norm arasında bir anlamsal farklılaşma söz konusudur. Bu yüzden AYM'nin yorumlama ve somutlaştırma faaliyetinin anayasa kuralları üzerinde yoğunlaşması/dikkate değer bulunması olağandır. Böylece kurulu iktidarın yasama iradesinin; kurucu iktidarın çizdiği hukuksal ve siyasal alana (anayasaya) uygunluğunun tespiti/testi yapılacaktır.

1.2. Anayasa Mahkemesi / Yargıcı Bir Hukuk Üreticisi Olabilir Mi?

Anayasaya uygunluk denetiminin işlevi, yargı makamının önüne gelen istemi inceleyip, bunu sonuca bağlamanın ötesine geçmektedir. Pek tabii ki, erkler ayrılığı kuramına dayandırılan anayasal sistemler, pozitif hukukun yaratıcısı¹¹ olarak Anayasa Mahkemesi'ni açıkça görevlendirmekten uzak durmuşlardır. Yine de AYM'ler, icra ettikleri anayasaya uygunluk denetimi sırasında, "yön gösterme" biçiminde "negatif bir kanun koyuculuk" işlevini yerine getirmekten kaçınmamaktadırlar. Zaten iptal kararlarının gerekçesinde sunulan hukuksal veriler, itirazlar ve önermeler, kanun koyucuya, o konuya ilişkin norm

¹¹ 1961 Anayasası'nda da Anayasa Mahkemesi'nin kural koyabileceğine yönelik bir düzenleme bulunmamasına karşın, 1961 dönemi anayasa yargısı uygulamasına bir tepki olarak, 1982 Anayasası'nın 153/II maddesinde bunun yasaklanmasına ilişkin açık bir hüküm bulunmaktadır.

yapma istencinin ortaya konması aşamasında nelere dikkat etmesi gerektiğine ilişkin çeşitli şamandıralar olarak algılanmalıdır. Bu aşamada ana tartışma konusu, anayasaya uygunluk denetimi yapacak olan makamın ya da makamların bunu yapmaya yetkisi/hakkının olup olmadığıdır? Bu sorunun yanıtı, anayasaya uygunluk denetiminin meşruluğu ile ilgilidir. Anayasaya uygunluk denetiminin meşru olmadığı kanaatindeyseniz, varlıksal bir karşı çıkış söz konusu olduğu için zaten Anayasa Mahkemesi'nin yorumu ve norm somutlaştırmasını tartışmanızın bir anlamı olmayacaktır.

Eğer anayasa yargısı bir ön kabul olarak alınacaksa, bu durumda AYM'nin, önüne gelen bir normun anayasaya uygunluk denetimi sürecinde yaptığı en temel iş, iptal talebinin konusunu oluşturan kuralın anayasaya uygunluğunu belirlemektir. Bu belirleme de aynı zamanda kararının gerekçe kısmını meydana getiren yorum faaliyetine dayanacaktır. Bu aşamada karşımıza bir ara sorun olarak gerekçenin bağlayıcılığı çıkmaktadır. Ancak temelinde mahkemenin yorumunun bulunduğu gerekçenin/gerekçelerin bağlayıcılığını kabul etmenin erkler ayrılığı prensibiyle de bağdaşmadığını kabul etmek yanlış olmayacaktır.¹² Ancak şunu da eklemek gerekir

¹² Tekrar yargılama yasağı, kesin delil teşkil etme ve bağlayıcılık olmak üzere üç etkiyi ifade eden ve Türkçe'de "muhkem kazıye" olarak adlandırılan "res iudicata" açısından değerlendirildiğinde AYM kararlarının sadece hüküm kısmının bu özelliğini söylemek yerinde olacaktır. Mahkemenin hükmünü meydana getirirken kendi yorumuyla oluşturduğu gerekçelerin bu güce kavuşturulması, çoğulcu demokrasi mantığı ve yargı bağımsızlığı ilkesine uyum göstermemektedir. Çünkü bu kabul AYM'nin yasama başta olmak üzere, yürütme ve yargı erkleri ile gerçek ve diğer tüzel kişilere emir vermesi anlamına gelecektir. Bu durumda mahkemenin gerekçesinin dışına çıkmadan hareket edilmesi zorunluluğu doğacaktır. Dolayısıyla diğer erkler atacakları adımları bu kararlara bağlı kalmadan atamayacakları sonucu doğacaktır (Kemal Gözler, **Anayasa Hukukunun Genel Teorisi Cilt II**. (Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2011), s. 822, 825-826). Hukuk düzeninin birliği, anayasanın üstünlüğü ve kurallar hiyerarşisinin bir sonucu olan ve sistematik yorumun özel bir biçimi olarak kabul edilen "anayasaya uygun yorum prensibi"nin yargıcın karar iktidarını genişlettiğini ifade eden Çağlar, bu yorum prensibinin karar gerekçelerine de bağlayıcılık kazandırdığını tartışmaktadır. Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin müstakar içtihadına atıf yapan yazar, karar gerekçesinin anayasayı yorumlayan açıklamalar içerdiği ölçüde bağlayıcılık gücüne sahip olduğunun altını çizmektedir. Ayrıntısı için bkz. (Bakır Çağlar, "Anayasa Yargısında Yorum Problemi Karşılaştırmalı Analizin Katkıları," **Anayasa Yargısı**. Cilt 2: 163-195, (1985), s. 191, 193).

ki AYM'nin hüküm kısmının bağlayıcılığı ne kadar doğru ise karar gerekçelerinin de bir yol gösterici olduğunun kabulü o denli yerinde olacaktır. Lakin bu yol göstericilik gerek yasama erki gerekse de yürütme ve yargı erkleri için sadece dikkate alınacak işaretler olarak algılanmalıdır.

Anayasa yargısının dünya ölçeğinde hızla yaygınlaşması ve içtihadî anayasa hukukunun gelişimi, yorum teorisinin anayasa hukukunda uygulama alanı bulmasına yol açmıştır. Bu sonuç, mahkeme yargıçlarının anayasayı yorumlama sürecindeki rolü bakımından anayasa yargısının büyük problemi olarak ifadelendirilen, yargıçların kişisel tercihlerinin bir değer hiyerarşisi olarak ortaya çıkışı tartışmasını gündeme getirmiştir. Özellikle özgürlük, eşitlik, hukuk devleti gibi belli ölçüde de olsa netleştirilmesi gereken boş kavram ya da olgu kalıplarının yargıçlar eliyle doldurulması bu tartışmanın ana temasını oluşturmaktadır.¹³

Başta yargıçlar olmak üzere bütün hukukçular açısından somutlaştırılmasına büyük gereksinim duyulan bu soyut kavramlardan biri olan eşitlik kavramı aynı zamanda bu sunumun konusu meydana getirmektedir. Bu çerçevede sırasıyla kavramın anlaşılışına, 1982 Anayasası'ndaki düzenlenişine ve AYM kararları dairesinde yargının kavramı nasıl algıladığına yer verilmeye çalışılacaktır.

2. EŞİTLİK KAVRAMININ ANLAMI

2.1. Var Olan Eşitlik Algısı Hakkında Bir Tespit Çabası

Demokrasi fikrinin geliştirilmesi, yerleşiklik kazanması ve sürekliliğinin sağlanması noktasındaki en kritik kavramlardan birini de "eşitlik" oluşturmaktadır. Eşitlik kavramının genel çerçevesinin belirlenmesi, anlamsal bakımdan içinin doldurulması noktasında diğer "yakın"¹⁴ kavramlarla karşılaştırılması,

¹³ Çağlar, a.g.m., 1985, s. 164-166.

¹⁴ Bu yakınlık içinde "özdeşlik", eşitlik ile eş anlamlı bir kavram olarak algılanabilmektedir. Her yönüyle birbirinin aynısı olan anlamındaki özdeşlik, bir ve aynı olmayı ifade etmektedir. Oysa eşitlik ilişkisi pek âlâ

tanımlama sorununun çözümü bakımından önem taşımaktadır. Çünkü bu sayede kavramın netleştirilmesi ve diğerlerinden farklılığının ortaya konarak ayrılması mümkün olabilecektir.

Eşitlik kavramının tanımlanması, siyasal açıdan hayata geçirilmesi kadar bir zorluğa sahip olsa da genellikle dört tip eşitlik hâli üzerine vurgu yapıldığı görülmektedir. Buna göre;

Eşitliğin kişiler bakımından varlıksal / özsel bir yönü bulunmaktadır. Doğal hukuk görüşüyle de birleşen bu anlayış gereğince, kişilerin insan olmaları sıfatıyla birbirleri karşısında zaten eşit oldukları varsayılmaktadır.

Diğer bir boyut ise fırsat eşitliği olarak ifade edilen, istenen amaçlara ulaşma eşitliğinin sağlanmasıdır. Bu noktada kişilerin herhangi bir ailesel, sınıfsal vb. farklılıklar dikkate alınmaksızın sadece başarıya, yeteneğe dayalı/bağlı olarak toplumdaki idarî ve meslekî konumlara girebilmelerinin önünün açılması hedeflenmektedir.

Toplumsal yaşamdaki farklı grupların yaşam koşullarının eşitlenmesi olarak kendini gösteren “şartlarda eşitlik”, fırsat eşitliği ile birlikte düşünülmesi gereken bir eşitlik boyutunu ifade etmektedir. Eşitliğin bu yönü, aslında bir öncekinin (fırsatlarda eşitliğin) anlamlı hâle gelebilmesinin alt yapısını da hazırlamaktadır. Böylece, belli bir fırsatı kullanacak olan kişilerin aynı koşullara sahip olarak bu fırsat için yarışması sağlanabilecektir.

birbirinden farklı iki ayrı şey ya da kişi açısından kurulmaktadır. “Aynılık” kavramı ise, iki ayrı şeyin belli yönlerden birbirinden ayırt edilememesini anlatan bir ibare iken; eşitlik, iki ayrı şeyin her yönden aynı olmasına dayanmayabilir. Bu yüzden “aynılık” terimi ancak iki ayrı şeyin belli yönler itibarıyla aynı olması durumunda eşitlik kavramıyla bağdaştırılabilir. Bunun dışında kullanım akrabalığına sahip bir diğer kavram da “benzerlik”tir. Bu kavram eşitlikten farklı olarak iki ayrı şeyin belli bakımlardan ortak noktalara sahip olmasını ifade etmektedir. Eşitlik ise ortak noktalara sahip olmayı içerebildiği gibi mutlak olarak ortak noktaların varlığı eşit olmayı gerektirmez. Bu açıklamalardan da anlaşılacağı üzere eşitlik kavramı daha ziyade herkesin insanlık sıfatı ve onuru açısından aynı derecede kabul edilmesine dayanan bir değer yargısıdır. Dolayısıyla bunun doğal uzantısı olarak normatif anlamda kurgulanan eşitlik ya da onun içinden kaynaklanan “ayrım yapmama” ilkeleri tamamen konumsal bir tanımlamadır (Merih Öden, **Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi**. (Ankara: Yetkin Yayınları, 2003), s. 18, 19, 22, 23).

Sonuncu hâl ise sonuçlarda kurulmaya çalışılan eşitlik durumudur. Burada öngörülen, toplumsal yaşam içinde “eşitsiz” ya da “zayıf” konumdakilerin, diğerleriyle, siyaset kurumunun harekete geçirilmesi ve pozitif hukuk aracılığıyla toplumsal anlamda eşitlenmesi çabasıdır. Böylece pozitif bir ayrımcılık yaratılarak çeşitli toplumsal programlar uygulanmak suretiyle sonuç eşitliğini güvence altına alacak biçimde fırsat eşitliği ve onun hazırlayıcısı olan koşullarda eşitlik hayata geçirilmektedir.¹⁵

Eşitlik kavramının, aynı olan varlıklar arasında mutlak biçimde tanımlanması ve yorumlanması ayrımcılığı ortadan kaldırmamakta, aksine eşitlik ilkesinin çatısı altında sorun varlığını devam ettirmektedir. Eşitlik ilkesinin klasik anlaşılması farklı cinslerin eşitlik içinde yaşaması bakımından yeterli hukukî güvenceyi sağlayamamaktadır. Şöyle ki, kadın ve erkek için eşit fırsat ve olanakların sunulması, hak ve özgürlüklerin tanınması belki eşitlik kuralının hakkıyla gerçekleştirildiği ölçüde doyurucu sonuçlar verebilir. Ancak biyolojik farklılıktan kaynaklanan ve merkezinde kadının yer aldığı, “doğum kontrolü”, “kürtaj”, “cinsel taciz”, “ırza geçme”, “ailede ve toplumda kadına yönelen şiddet”, “gebelik”, “doğum”, “annelik”, “pornografi” ve “fuhuş” gibi birçok sorunun mutlak bir eşitlik anlayışı ile çözüme kavuşturulması mümkün gözükmemektedir. Dolayısıyla mutlak eşitliğin aritmetik bakış açısından ayrılarak insanların özellik ve yeteneklerine ilişkin ayrımlar üzerinden geliştirilen bir eşitlik algısı, farklılıklardan kaynaklanan eşitsizliğin giderilmesinde önemli bir mesafenin alınmasına büyük katkı sağlayacaktır. Bu çerçevede kadın ve erkeğin “özdeş” içerikten ziyade “eşdeğer” haklara sahip olması gereği vurgulanmaktadır. Böylece farklı cinslerin eşit olmayan durumlarda bile farklılığa rağmen doğal insan haklarından yararlanmaları gerekmektedir. Bunun sağlanması için eşitlik ilkesinin yorumlanması noktasında, bilinen ve uygulanan aynılık/farklılık ölçütünün yerine bir hukukî durumun kadınların lehine/aley-

¹⁵ Bryan Turner, **Eşitlik**. Çev.: Bahadır Sina Şener, Ankara: Dost Kitabevi Yayınları, 1997, s. 35-37.

hine sonuç doğurup doğurmayacağı esasının benimsenmesi hakkaniyete uygun sonuçlar verebilecektir.¹⁶

2.2. Ayrımcılık Yasağı Kavramı

Eşitlik ilkesi ile aynı anlamda da kullanılan “ayrımcılık yasağı” gerçekte şekli eşitlik ilkesine denk düşen bir anlama sahiptir. Kavram özü itibarıyla ayrımcılık yapılmadığı sürece herkes arasında kurulan bir eşitlik olgusuna dayanmaktadır. Buna göre, herkesin verili koşullar dâhilinde eşit olması varsayımına dayanmakta ve bu durumdaki kişiler arasında ayırım yapılmadıkça, eşitliğin gerçekleştirildiğini ifade etmektedir. Ayrımcılığı istisnaî bir durum olarak gören şekli eşitlik anlayışı, yapısal eşitsizlikleri görmemekte ve dikkate almamaktadır. Bu anlayışın hukukî belgelerdeki ifadelendirilişi “kanun önünde eşitlik” ya da “kanunların eşit koruma öngörmesi” dir. Maddî eşitlik ise aslında bir yönüyle “olumlu ayrımcılığa” da dayanan derinlikli bir anlamı ifade etmektedir. Buna göre; kişi ya da grupların farklılıklarının gözetilerek onların eşit ya da aynı varsayılmaması ve var olan eşitsizlikleri gidermek için özel bazı önlemlerin alınması esastır.¹⁷

Maddî eşitlik anlayışının bu içeriğinde öne çıkan ve altı çizilmesi gereken hususlardan ilki, “eşitlik” ilkesi ile onun yerine kullanılabilen kavramlar olduğu ve fakat bu kavramların anlamsal olarak eşitliği karşılamadığıdır. İkincisi ise özel önlemler vurgusudur. Literatürde dezavantajlı konumdakiler ile diğerleri arasında belli bir dengenin sağlanması ve mevcut eşitsizliklerin giderilebilmesi için düşünülen pozitif ayrımcılığı¹⁸ ifade

¹⁶ Aysel Çelikel, “Farklı Cinslerin Eşit Haklardan Yararlanması ve Eşitlik İlkesinin Yorumu,” **Edip F. Çelik’e Armağan, Değişen Dünyada İnsan, Hukuk ve Devlet**. (Yayıma Hazırlayan: Turgut Tarhanlı). (İstanbul: Engin Yayıncılık, 1995), s. 95-96.

¹⁷ İdil Işıl Gül ve Ulaş Karan, **Ayrımcılık Yasağı, Kavram, Hukuk, İzleme ve Belgeleme**. Editörler: Burcu Yeşiladalı - Gökçeççek Ayata. (İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2011), s. 5-7.

¹⁸ Pozitif ayrımcılık, fiili eşitliğe ulaşabilmek amacıyla, toplumsal hayatta dezavantajlı konumda bulunanlar lehine alınacak etkin önlemleri ve bu yolla sosyal yönden korunması gereken gruplara bazı ayrıcalıklar tanınmasını ifade etmektedir (www.hakkında-bilgi-nedir.com/pozitif).

eden bu yaklaşım, maddî eşitlik anlayışının da bel kemiğini oluşturmaktadır.

Uluslararası hukuk sistemi bakımından çeşitli belgelerde kullanılan ayrımcılık yasağı, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Beyannamesi'nde düzenlenmiş ve Beyanname'de yer alan hak ve özgürlüklerden herhangi bir ayrımcılık yapılmadan herkesin yararlanacağı hükme bağlanmıştır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)'nde de benzer bir yazımla ayrımcılık yasağına yer verilmiştir. AİHS'in 14. maddesindeki düzenlemeye göre; sözleşme metninde yer alan hak ve özgürlüklerden yararlanma bakımından özellikle "cinsiyet", "ırk", "ten rengi", "dil", "din", "siyasal ya da başka görüş", "ulusal veya toplumsal köken", "bir ulusal azınlığa üye olma", "mülkiyet", doğum ya da diğer statüler/nedenler temelinde ayrımcılık yapılamayacağı öngörülmüştür. 12 nolu Ek Protokol'un 1. maddesinin kabul ettiği "genel ayrımcılık yasağı" çerçevesinde aynı zamanda hiç kimsenin resmî makamlar tarafından, 14. maddede sayılan nedenler dolayısıyla ayrımcılığa tâbi tutulamayacağı öngörülmüştür. 12 nolu Ek Protokol'ün 1. maddesinin 1. fıkrasında geçen genel ayrımcılık yasağı hükmü¹⁹ 14. maddede

ayrimcilik-nedir+pozitif-ayrimcilik-hakkında-bilgi (E.T.: 16. 08. 2012). Ölumlu ayrımcılık, ayrımcılığa karşı geliştirilen ve bundan zarar görenlerin durumlarını iyileştirmeye yönelik çeşitli tercihli davranış programlarını içermektedir. Tersine ayrımcılık olarak da adlandırılan bu kavram bünyesinde, ayrımcılık kurbanı kişi ve/veya grupların toplumsal uyuma, onlar için daha eşit fırsatların yaratılmasına ve geçmişteki hataların giderilmesine yönelik önlemler yer almaktadır (Alan H. Goldman, "Ayrımcılık", **Blackwell'in Siyasal Düşünce Ansiklopedisi I (A-J)**). Yayına Hazırlayan: David Miller, Janet Coleman, William Connolly, Alan Ryan. Türkçesi: Bülent Peker ve Nevzat Kırac. (Ankara: Ümit Yayıncılık, 1994), s. 58).

¹⁹ Ek 12 nolu Protokol'ün 1. maddesinde yer alan "Ayrımcılığın genel olarak yasaklanması" hükmü:

"Hukuken temin edilmiş olan tüm haklardan yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasi veya diğer kanaatler, ulusal ve sosyal köken, ulusal bir azınlığa mensup olma, servet, doğum veya herhangi bir diğer statü bakımından hiçbir ayrımcılık yapılmadan sağlanır."
biçiminde düzenlendiği için, AİHS'in 14. maddesindeki "ayrımcılık yasağı" hükmünde yer alan:

"Bu Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasi veya diğer kanaatler, ulusal veya toplumsal köken, ulusal bir azınlığa aidiyet, servet, doğum başta olmak üzere herhangi başka bir duruma dayalı hiçbir ayrımcılık gözetilmeksizin sağlanmalıdır."

ki düzenlemeden daha kapsayıcıdır. Ayrıca Ek Protokol'ün 1. maddesinin 2. fıkrası ile getirilen yükümlülük önemli bir hukuksal güvence olarak 14. maddenin bünyesindeki boşluğu gidermeye yöneliktir.²⁰

Cinsiyet temelli ayrımcılığın yasaklanmasına ilişkin en kritik uluslararası sözleşmelerden bir diğeri yine BM girişimiyle oluşturulmuştur. Tarihsel olarak 19. yüzyıldan günümüze gelinceye kadar ki süreçte toplumsal, siyasal, ekonomik ve hukukî konumu ve hakları dramatik biçimde değişime uğrayan kadınların cinsiyet temelli ayrımcılığın ortadan kaldırılmasına yönelik mücadelelerinin bir sonucu olarak, BM 1979 yılında “kadınların insan haklarının özgüllüğünü” tescillemiştir. Örgütün, İngilizce CEDAW (= Convention Eliminating All Forms of Discrimination Against Women) olarak kısaltılan, “Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi”²¹ ile attığı bu adım, soruna ilişkin çok önemli bir

düzenlemesinden daha ileridir. Çeviriler için bkz. (http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/3BAA147F-29C9-48CE-AF64-FB85A86B2433/0/Convention_TUR.pdf) E.T.: 02.01.2013.

²⁰ Şennur Ağırbaşı, **Sınırlı Ayrımcılık Yasağından Genel Eşitlik İlkesine**. Ankara: Seçkin Yayınları, 2009), s. 39, 73, 74, 75). 12 nolu Ek Protokol'ün yalnız taraf devletleri bağladığını ve bu yüzden de uygulama alanının sınırlı olacağını eleştiren Özdek, 14. maddenin, yazım tekniği dolayısıyla, uygulama alanının Sözleşme organlarının içtihatlarıyla belirginleştirileceğini ifade etmektedir. 14. maddenin bağımsız olarak yorumlanmadığını belirten yazar, “Belçika Dil Davası” özelinde, AIHM'in verdiği kararda, 14. maddenin Sözleşme'deki hak ve özgürlükleri düzenleyen her maddesi açısından bir tamamlayıcılık özelliği gösterdiğini vurgulamaktadır (Yasemin Özdek, **Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye, AIHS Sistemi, AIHM Kararlarında Türkiye**. (Ankara: TODAİE İnsan Hakları Araştırma ve Derleme Merkezi Yayını, 2004), s.289).

²¹ CEDAW'ın akdedilmesine kadar geçen sürede BM Evrensel İnsan Hakları Bildirgesi'nin hükümleri uyarınca, BM Kadının Statüsü Komisyonu (KSK), 1949-1962 yılları arasında “Kadınların Siyasal Hakları Sözleşmesi” (1952), “Evli Kadınların Tabiiyeti Sözleşmesi” (1957) ve “Evlilikte Rıza, Asgari Evlilik Yaşı ve Evliliklerin Kayıt Altına Alınması Sözleşmesi” ni (1962) hazırlamıştır. Bu sürecin devamında 1966 yılında kabul edilen “Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi” ile “Medeni ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi”nde garanti altına alınan bütün haklardan kadın ve erkeğin eşit biçimde yararlanacağı hususunda taraf devletlere yükümlülük getirilmiştir. Bu sözleşmeleri izleyen dönemde CEDAW'ın bir anlamda öncülü durumundaki “Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Kaldırılması Bildirgesi” 1967 yılında kabul edilmiştir. CEDAW'da yeterince kapsanamayan veya gerektiği ölçüde incelenememiş konulara ilişkin bir yasal araç olarak ve yine Sözleşme'ye bağlı biçimde İhtiyari Protokol kabul edilmiştir. 22 Aralık 2000 tarihinde yürürlüğe

aşama kabul edilmektedir. Temelinde ayrımcılık yasağını düzenleyen Sözleşme, bu yasağı içeren hukukî normu kadınlar açısından geliştirmektedir. CEDAW, kadınlara yönelik ayrımcılığı her türlü biçimiyle ele almakta ve cinsler arasındaki eşitsizliğin toplumsal nedenlerinin de dikkate alınmasına dikkat çekmektedir. Böylece kadınlara yönelik ayrımcılığın özel bir ayrımcılık hâli olduğuna vurgu yapmaktadır.²²

3. 1982 ANAYASASI SİSTEMİNDE EŞİTLİK İLKESİNİN ANLAMLANDIRILMASI

3.1. Anayasa Koyucunun Eşitlik İlkesini Düzenleyişi

Eşitlik ilkesi, 1982 Anayasası'nın 1. kısmı içerisinde 10. maddede kendisine yer verilmiş ve bir anlamda anayasa koyucunun siyasi yaklaşımını/programını²³ ifade eden maddelerden biri olarak öngörülmüştür. Hukuk devleti, laiklik, demokratik devlet ile temel hak ve özgürlükler açısından bir hukuksal te-

giren bu Protokol, 29.10.2002 itibarıyla Türkiye tarafından da onaylanmıştır (Birleşmiş Milletler, **Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi ve İhtiyari Protokol, Milletvekilleri İçin El Kitabı**. Çev.: Ayşe Sayın. (Parlamentolararası Birlik, 2003), s. 9-10, 75, 85).

²² Fatmagül Berktaş, "Kadınların İnsan Hakları: İnsan Hakları Hukukunda Yeni Bir Açılım," **İnsan Hakları**. Editör: Korkut Tankuter. (İstanbul: Yapı Kredi Yayınları, 2000), s.355, 357, 358. Türkiye, 11.6.1985 tarihli 3232 Sayılı Kanun ve 24.07.1985 tarih ve 85/9722 sayılı sözleşmeye katılmanın onaylanmasına dair Bakanlar Kurulu kararı yoluyla iç hukuktaki prosedürü başlatmıştır. Bunun üzerine katılma belgesinin 20.12.1985 tarihinde depo edilmesini müteakip 19.01.1986 tarihi itibarıyla Sözleşme, Türkiye açısından yürürlük kazanmıştır. Katılma işlemi sırasında Sözleşme'nin, md. 9/I, md.15/II, IV, md.16/I, c, d, f ve g ile md. 29/I hükümlerine çekince koyan Türkiye, bu çekincelerinden 15. ve 16. maddelerine ilişkin olanları 20.09.1999 tarihinde; 9. maddeyle ilgili çekincesini de 29.01.2008 günü geri çekmiştir. 29/I. maddesine yönelik çekince hâlâ varlığını korumaktadır. Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. (Mehmet Semih Gemalmaz, "Kadınlara Karşı Her Biçimiyle Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi: Çekinceler Sorunu Işığında Haklar Analizi," **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**. Cilt 59 Sayı 1-2: 141-240, (2011), s. 205-207, 211).

²³ Anayasa koyucunun siyasi tercihlerinin özünü oluşturan bu kısım, anayasanın ruhu olarak da adlandırılabilir. Gözler, anayasa normları arasında bir kademelenmeye yol açacak olan bu yaklaşımın hiçbir pozitif dayanağı olmadığını ifade etmekte ve bu yaklaşımı, doğal hukukçu bir yaklaşımın uzantısı olarak nitelendirmektedir. Eleştirinin ayrıntısı için bkz. (Kemal Gözler, **Anayasa Normlarının Geçerliliği Sorunu**. Bursa: Ekin Kitabevi Yayınları, 1999), s. 228-235.

mel işlevi gören eşitlik hükmü bu yönüyle anayasal sistem açısından da merkezi²⁴ bir öneme sahiptir.

1982 Anayasası'nın yürürlüğe girdiği tarihten bu güne kadar 2004 ve 2010 yıllarında olmak üzere iki kez²⁵ değişikliğe uğrayan "eşitlik maddesi" ele alındığından "kavramın" çeşitli boyutlarıyla düzenlemeye konu edildiğini görmekteyiz.

10. maddenin birinci fıkrasında şekli eşitlik²⁶ tanımına uygun bir düzenleme öngörülmüştür. Buna göre;

"HERKES, DİL, IRK, RENK, CİNSİYET, SİYASİ DÜŞÜNCE, FELSEFİ İNANÇ, DİN, MEZHEP VE BENZERİ SEBEPLERLE AYIRIM GÖZETİLMEKSİZİN KANUN ÖNÜNDE EŞİTTİR"

Madde hükmünü çeşitli açılardan anlamlandırmak mümkündür. Şöyle ki;

* Eşitlik ilkesinin ve onun doğurduğu eşit muamele hakkının yararlanıcısı herkeştir. Bu ifade Türk yurttaşı olsun olmasın o an için Türkiye'de bulunan bütün insanların madde hükmü gereğince bir istemde bulunma imkânını onlara tanımaktadır.

²⁴ İnceoğlu, bu durumu anayasanın 2. ve 5. maddelerinde ifadesini bulan "demokrasi", "hukuk devleti" ve "insan hakları" kavramlarına benzetmekte ve onlar gibi "eşitlik" ilkesinin de 1982 anayasası ile kurgulanan devletin kuruluş unsur ve dayanaklarından biri olarak nitelendirmektedir (Sibel İnceoğlu, "Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı Çerçevesinde Af, Şartla Salıverme, Dava ve Cezaların Erteleme", **Anayasa Yargısı**, Cilt 18: 41-70, (2001), s. 49). Bu önemi destekler tarzda, Anayasanın "Başlangıç" kısmında da eşitlik ilkesi, temel hak ve hürriyetlerin kullanımı bakımından sosyal adalet ilkesiyle birlikte bir gereklilik olarak öngörülmüştür (1982 AY. Başlangıç, 6. fıkra). Keza, anayasanın daha 1. maddesinde devlet biçiminin cumhuriyet olarak belirlenmesi, siyasi sistemin yöneten-yönetilen ilişkisi açısından eşitlik temeli üzerine oturtulacağına bir işarettir.

²⁵ Aslında madde hükmü, 9 / 2 / 2008 tarihli ve 5735 sayılı değişiklik kanunu ile de değiştirilmesine karşın, Anayasa Mahkemesi'nin 5 / 6 / 2008 tarihinde verdiği tartışmaya açık iptal kararı dolayısıyla bu değişikliğin yürürlüğünü sürdürmesi mümkün olamamıştır. Mahkeme'nin, ikiye karşı dokuz oyla aldığı bu kararın karşı oylarında Anayasa değişikliklerine ilişkin olarak Anayasa Mahkemesi'nin esas denetimi yapamayacağı öncelikle vurgulanmıştır. İptal kararı için bkz. (E.:2008/16, K.: 2008/116, www.anayasa.gov.tr).

²⁶ Şekli eşitlik ilkesi, eşitlik karinesi olarak da ifadelendirilen "haklı bir gerekçe ya da neden olmadıkça herkese eşit davranılması" önermesine dayanmaktadır (Öden, **a.g.e.**, s. 27).

* Madde hükmünde çeşitli farklılık tipleri/hâlleri öngörülmele birlikte “numerus clausus” bir sayım yapılmamakta “ve benzeri”²⁷ ifadesiyle ucu açık bir yaklaşımla bireyler arasında eşitsizliğe yol açması olası başka neden ya da gerekçelerin önüne geçilmeye çalışılmaktadır. Bu yazım, madde hükmünün eskimesinin önüne geçerek sürekli olarak kendini güncellemesini sağlamaktadır.

* Son olarak eşit muamele yükümlülüğünün öngörüldüğü madde hükmü ayrımcılık yasağına yer vermektedir. Böylece, uluslararası terminolojinin anayasa yoluyla en üst seviyeden Türk pozitif hukuk sistemine aktarılması sağlanmıştır.

Eşit muamele “isteme hakkı”/“yükümlülüğüne” ilişkin olarak öngörülen madde hükümlerini ifade eden 4. ve 5. fıkralarda, şekli eşitlik anlayışı yeniden üretilerek düzenlenme ihtiyacı duyulmuştur. Bu çerçevede 4. fıkra negatif bir vurguyla ele alınmıştır.

“HİÇBİR KİŞİYE, AİLEYE, ZÜMREYE VEYA SINIFA İMTİYAZ TANINAMAZ”.²⁸

* Madde hükmündeki “hiçbir” ibaresi pozitif “herkese” karşılık gelecek biçimde kullanılmıştır.

* Eşitlik maddesinin 4. fıkrasında, anayasa koyucu tadadî bir sayım yapmak suretiyle “grup”, topluluk” vb. ifadelendirmeler bakımından yoruma açık alan bırakılmaktadır. Lâfzen yapılacak bir yorumda, madde hükmü birebir bu ifadelerin

²⁷ 10. maddenin birinci fıkrası dolayısıyla eşitlik ilkesini, *ayrımcılık yasaklı eşitlik yükümlülüğü*” olarak nitelendiren Gülmez, “ve benzeri” ifadesinin aynı zamanda “yaş”, “engel”, “ulusal ya da etnik köken”, “cinsel yönelim” gibi nedenlere dayalı ayrımcılıklara da yönelik olduğunu ifade etmektedir (Mesut Gülmez, “İnsan Haklarında Ayrımcılık Yasaklı Eşitlik İlkesi: Aykırı Düşünceler, ” *Çalışma ve Toplum*, Sayı 25:217 - 265, (2010/2, Özel Sayı) s. 233-234.).

²⁸ Maddenin bu kısmı ile anayasa koyucu bir “ayrıcalık yasağı” öngörmektedir. Ancak pozitif ayrımcılık anlamında öngörülecek olan çeşitli önlemlerin bu ayrıcalık yasağı kapsamında olması söz konusu değildir (Bülent Tanör-Necmi Yüzbaşıoğlu, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*. Dokuzuncu bası. (İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 2009), s.112).

arandığı biçimde yorumlanırsa pekâlâ “kişi”, “aile”, “zümre” ya da “sınıf” dışındaki nitelemeler bakımından bir eşitsizlik yaratılmasının önüne geçemeyecektir. Oysa anayasa koyucunun bu yönde bir iradesinin olmadığını varsaymak için genetik yorumla²⁹ madde metninin gerekçesine³⁰ bakmak yeterlidir. Öyle ki, şekli eşitlik anlayışının bir uzantısı olan bu düzenleme, bir anlamda madde hükmünün ilk fıkrasının bir başka boyutu olarak değerlendirilmelidir.

“DEVLET ORGANLARI VE İDARE MAKAMLARI BÜTÜN İŞLEMLERİNDE KANUN ÖNÜNDE EŞİTLİK İLKESİNE UYGUN OLARAK HAREKET ETMEK ZORUNDADIRLAR”.

* 5. fıkra hükmü genel olarak devlet organları ve özel olarak da idare makamlarına eşit muamelede bulunma yükümlülüğü öngörmektedir. Bu amir hüküm aynı zamanda 2. ve 11. madde hükümleriyle birlikte düşünülme zorunluluğundadır. Çünkü hukuk devletinin bir gereği olan “eşitlik ilkesi”ne bağlılık ile “anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığına” uygun davranmanın bir gereği olarak 10/5 hükmünün bu amir düzenlemesinin titizlikle takip edilmesi şarttır.

10. maddenin 1., 4. ve 5. fıkra hükümleri ile genel çerçevesi çizilen şekli eşitlik mantığının dışına, 5170 sayılı kanunla 2004 yılında yapılan ek fıkra hükmü ile çıkmıştır:

²⁹ Genetik yorum, normu oluşturan kural koyucunun niyetinin ve bu niyet içindeki iradenin araştırılması ve böylece normun oluşum öyküsünün belirlenmesi olarak tanımlanmaktadır. Bunun yapılması sırasında da norm yapım sürecindeki tartışma tutanakları, genel ve madde gerekçeleri tarihsel dayanak noktaları olarak kullanılmaktadır (Oder, *a.g.e.*, s. 81.).

³⁰ DANIŞMA MECLİSİNİN GEREKÇESİ

“Madde demokrasinin üç vazgeçilmez ilkesinden birini teşkil etmektedir. İnsanın insan olması dolayısıyla doğuştan bir değeri ve haysiyeti vardır. Bu onun tabii bir hakkıdır. Bu hak dolayısıyla herhangi bir niteliğe veya ölçüye dayanılarak insanlar arasında ayırım yapılamaz. İnsanlar arasında kanunların uygulanması açısından da hiçbir fark gözetilemez. İnsanlar arasındaki eşitliğin temellerinden hiçbir fark gözetilemez. İnsanlar arasındaki eşitliğin temellerinden birini de böylece kanunlar önünde eşitlik ilkesi sağlar.

Komisyonumuz bu hakka saygı göstermenin Devlet organları ve idari makamlar için de bir görev olduğunu belirtmektedir. Devletin organları ve idari makamları, bütün işlemlerinde insanlar arasında ayırım yapmadan Devlet faaliyetlerini yürütmek zorundadırlar” (http://yenianayasa.tbmm.gov.tr/docs/gerekceli_1982_anayasasi.pdf) E.T. 28.08.2012.

“KADINLAR VE ERKEKLER EŞİT HAKLARA SAHIPTİR. DEVLET, BU EŞİTLİĞİN YAŞAMA GEÇMESİNİ SAĞLAMAKLA YÜKÜMLÜDÜR”.³¹

Aynı fıkraya 5982 sayılı kanunla 2010 yılında getirilen ek cümle ile:

“BU MAKSATLA ALINACAK TEDBİRLER EŞİTLİK İLKESİNE AYKIRI OLARAK YORUMLANAMAZ”.

Hükmü ile sonunda “pozitif ayrımcılığın” kapısı açılmıştır. Böylece oldukça liberal bir eşitlik anlayışından toplumsal örgü içinde çeşitli nedenlerle geriye itilen, ötelenen, önü kesilen kadınlar için bir iyileştirme adımı “en azından” 2010 yılında ve anayasayla atılabilmektedir. Çünkü 2004 yılında 5170 sayılı kanunla yapılan değişiklik gayet belirsiz bir anayasal yazım örneğini içermektedir.³²

5982 sayılı kanunla getirilen bir diğer ek fıkra ise pozitif ayrımcılık kategorilerini sayıca arttırmıştır. Buna göre:

“ÇOCUKLAR, YAŞLILAR, ÖZÜRLÜLER, HARP ve VAZİFE ŞEHİTLERİNİN DUL ve YETİMLERİ İLE MALUL ve GAZİLER İÇİN ALINACAK TEDBİRLER EŞİTLİK İLKESİNE AYKIRI SAYILMAZ”.

³¹ Anayasanın farklı maddelerinde bu eşitlik vurgusuna rastlamak mümkündür. Öyle ki; 41. maddenin birinci fıkrasına 4709 sayılı kanunla getirilen ekle ile “ailenin eşler arasında eşitliğe” dayandığı ifade edilmiştir. 42. maddenin beşinci fıkrasında ilköğretim zorunluluğu “kız ve erkek” bütün vatandaşlar denmek suretiyle ifade edilmeye çalışılmıştır. Yine 50. maddenin ikinci fıkrasında çalışma şartları bakımından “kadınlar” için özel koruma önlemlerinin alınması zorunluluğu öngörülmüştür. “Kamu Hizmetine Girme Hakkı”na ilişkin 70. maddedeki “görevin gerektirdiği nitelikler” ölçütünün dışında ayrımcılık yapılamayacağı düzenlenmiştir. Söz konusu ölçütün cinsiyet farklılığını içeren bir anlamı içerdiğini söylemek anayasanın eşitlik anlayışının cinsiyetçi bir yaklaşımla yorumlanması olarak nitelendirilmelidir.

³² 5170 sayılı anayasa değişikliği kanununun TBMM Genel Kurulu’ndaki tartışmaları okunduğunda bu yetersiz ve bir anlamda pek de suya sabun dokunmayan değişikliğinin arka planı görülmüş olacaktır. Özellikle Ana Muhalefet Partisi CHP’nin değişikliği geliştirmeye yönelik itirazlarına karşın yasama çoğunluğunun kararı ortaya 2004 değişikliğini çıkmıştır. Tartışmalar hakkında ayrıntılı okuma için bkz. (22. Dönem, 2. Yasama Yılı, 83. Birleşim, 4 Mayıs 2004, Salı, www.tbmm.gov.tr/tutanak/donem22/yil2/bas/b083.htm) E.T.: 29.08.2012.

KAMU HUKUKÇULARI PLATFORMU

BÜLENT YÜCEL'İN
TEBLİĞİ

10. maddesi açısından gelinen son nokta itibarıyla eşitlik ilkesi içine yedirilmiş ciddi bir pozitif ayrımcılık alanı yaratılmıştır. Bundan çıkarabileceğimiz iki temel önerme vardır.

* Birincisi, bildik eşitlik anlayışı toplumsal gereksinimlerin hukukî açıdan karşılanması için yetersiz kalmaktadır. Bu yetersizlik, büyük sosyal adaletsizliklere yol açmakta ve anayasal düzenin meşruluğunu sarsan bir unsur olmaya başlamaktadır.

* İkincisi, pozitif ayrımcılık geçici bir önlem olmakla birlikte hukukî anlamda gerekli adımların atılması noktasında sonuç veren bir zaman kazandırıcı işlevi görmektedir. Kural koyucuların bu zamanı iyi kullanması ve bazen çoğunluğun alışıldık kabullerini kırarak derecede de olsa gerekli dengeleyici adımları atabilmesi şarttır. Yoksa bu anayasal önlem sadece bir ara duraktır.

Eşitlik ilkesinin anayasa özelinde anlamlandırılması bakımından dikkate alınması gereken bir diğer köşe taşı hüküm 90/son maddesidir:

“USULÜNE GÖRE YÜRÜRLÜĞE KONULMUŞ MİLLETLERARASI ANDLAŞMALAR KANUN HÜKMÜNDEDİR. BUNLAR HAKKINDA ANAYASAYA AYKIRILIK İDDİASI İLE ANAYASA MAHKEMESİNE BAŞVURULAMAZ. USULÜNE GÖRE YÜRÜRLÜĞE KONULMUŞ TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERE İLİŞKİN MİLLETLERARASI ANDLAŞMALARLA KANUNLARIN AYNI KONUDA FARKLI HÜKÜMLER İÇERMESİ NEDENİYLE ÇIKABİLECEK UYUŞMAZLIKLARDA MİLLETLERARASI ANDLAŞMA HÜKÜMLERİ ESAS ALINIR”.

Madde hükmünün ikinci ve son cümlesi herhangi bir ayırım yapmaksızın devlete yönelik genel bir yükümlülük öngörmektedir. Aksini düşünmek maddenin yapılış amacını/hedeflediği işlevi zafiyete uğratacaktır. Dolayısıyla eşitlikle ilgili taraf olunan bir andlaşma hükmü ile iç hukuktaki bir hükmün çatışması durumunda uluslararası andlaşmanın

esas alınması³³ gerekecektir. Ancak burada sıkıntılı nokta ya da cevaplanması gereken husus ya iç hukukun daha ileri bir düzenleme içermesi hâlidir. Bu hüküm bu durumda nasıl yorumlanmalıdır?

Pasif çatışma olarak adlandırılan bu durumda uluslararası hukuku iç hukuka taşıyan ve fakat getirdiği düzenlemeler itibarıyla daha yetersiz ya da geride kalan bir andlaşmanın hükümlerinin, lâfzen yapılacak bir yorumla uygulanması, 90/son hükmünün getiriliş amacına da uygun düşmeyecektir. Dolayısıyla aslında ortada bir çatışma olmadığını varsayarak daha ileri/güvenceli iç hukuk düzenlemesinin uygulanması yerinde olacaktır.³⁴ Bu yüzden Türk iç hukukuna usulüne uygun olarak girmiş temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir uluslararası sözleşmenin eşitlik ilkesi ve kavramına ilişkin öngördüğü dü-

³³ 90/son maddesine ilişkin olarak 2004 yılında gerçekleştirilen değişiklik hakkında ayrıntılı bir inceleme yapan Aybay, "esas alınır" deyiminin özellikle Anayasa hukuku düzeyinde ilk kez kullanıldığına işaret etmektedir. Yazar, değişiklik gerekçesinde bu deyim "öncelik vermek" anlamının yüklenmesine karşın, maddenin kendi içeriğinde anayasa koyucunun bu netlikte olmadığını ve konunun uygulama yorumlarına bırakıldığını vurgulamaktadır (Rona Aybay, "Uluslararası Antlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri," *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 70: 187 - 213, (2007), s. 204-205). 2004 değişikliğinin içeriği ve tartışmalı sorunları hakkında ayrıca bkz. (Hüseyin Pazarcı, "Türk Hukukunda Andlaşmalar ile Yasaların Çatışması," *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni: Prof. Dr. Sevin Toluner'e Armağan*, 24/1-2: 651 - 674, (2004).

³⁴ Bu yöndeki görüşler ve daha ayrıntılı bilgi için bkz. (Kemal Başlar, "Uluslararası Antlaşmaların Onaylanması, Üstünlüğü ve Anayasal Denetimi Üzerine," *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni: Prof. Dr. Sevin Toluner'e Armağan*, 24/1-2: 279-336, (2004), s. 313-314. Türk iç hukukuna giren bu tür bir antlaşma hükmü ile Türk kanunlarının çatışması hâlinde Türk hukuk uygulayıcısının hangi normu esas alacağına yönelik bir yorum yapması gereğini belirten Aybay, özellikle temyiz incelemesi yapan yüksek mahkemelerin içtihatlarının büyük önem taşıdığını altını çizmektedir. Yazar, böyle bir durumda söz konusu yorumun "insan haklarından yana" ve "özgürlükleri genişletici" bir nitelikte olması gereğine vurgu yaparak, bu saptamanın pozitif ayağının hâli hazırda Anayasa'nın 2. maddesindeki "cumhuriyetin insan haklarına saygılı, demokratik ve laik hukuk devleti niteliğinde" var olduğunu ifade etmektedir (Aybay, *a.g.m.*, s. 213). 90/son madde hükmünün getireceği hukuki koruma hakkındaki tartışma için ayrıca bkz. (Levent Gönenç ve Selin Esen, "The Problem of the Application of Less Protective International Agreements in Domestic Legal Systems: Article 90 of the Turkish Constitution," *European Journal of Law Reform*, Vol. VIII, No. 4: 485 - 500 (2006).

zenlemenin 90/son hükmünün lafzıyla yorumlanmasından özenle kaçınılmalıdır. Özellikle yargıçların kaynağı doğrudan TBMM olan iç hukuk normu ile uluslararası bir norm arasındaki görünürde meydana gelen bir çatışma hâlinde normlardan hangisinin daha ileri ve güvenceli olacağını belirlemesi büyük önem taşımaktadır.

3.2. Anayasa Mahkemesi'nin Eşitlik İlkesine Yüklediği Anlam

AYM'nin eşitlik ilkesine ilişkin temel yaklaşımının irdelenmesi, mahkemenin müstakar anlayışının farklı durumlarda nasıl uygulandığının görülmesi ve bunun doğurduğu sonuçların değerlendirilmesi bakımından, önem kazanmaktadır.

AYM, eşitlik ilkesine ilişkin olarak "hukukî" ve "eylemli" eşitlik sınıflandırmasını yapmış³⁵ ve bunlardan ilkinin dikkate alan kararlar vermek suretiyle eşitlik algısı ve anlayışını istikrarlı bir hâle getirmiştir. Çünkü mahkemenin çeşitli kararlarda altını çizdiği husus, devamlı olarak, hukukî eşitlik³⁶ olmuş ve onu da şekli ve maddî hukukî eşitlik³⁷ olmak üzere ikiye ayırmıştır.

³⁵ Mahkeme eşitlik ilkesini hukukî kabul ettiği gibi aynı zamanda daha çok maddî hukukî eşitlik tanımını öne çıkaran kararlar vermiştir. Bu çerçevede aynı durumda bulunanlara aynı biçimde davranılması gerekliliği düşüncesini kararlarında ısrarla işlemiştir. Bu kararların bazıları için bkz. (Öden, a.g.e., s. 198, dipnot 85).

³⁶ Özgür bireylerin eşitliğini ifade eden hukukî eşitlik, öznelin eşitliğini ifade etmektedir. Dolayısıyla eşitliğin bu boyutu, tamamen serbest olmayan bireyleri özne olarak kabul etmez. Orantılılık kavramıyla gelişen hukukî eşitlik, aynı/özdeş durumdakilere aynı çözümü; farklı olanlara farklı işlemlerin yapılmasını gerektirmektedir. Bu anlamda eşitlik ilkesi, özgürlük olmanın ötesinde onun gerçekleşmesini sağlayan temel ve genel bir ilke olarak karşımıza çıkmaktadır. Bununla birlikte hukukî eşitliği anlamlı hâle getirecek ve böylece toplumsal dengesizlikleri en aza indirecek olan "fırsat ve olanak eşitliğinin" sağlanmasıdır (İbrahim Ö. Kaboğlu, **Özgürlükler Hukuku, İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı**, Gözden geçirilmiş ve güncelleştirilmiş dördüncü baskı, (İstanbul: Afa Yayınları, 1998), s.14-16).

³⁷ Şekli hukukî eşitlik kanunların genel ve soyut nitelik taşımasına ve kapsadığı herkese eşit olarak uygulanmasına dayanırken; maddî hukukî eşitlik, aynı durumda bulunanlar için haklarda ve ödevlerde, yarırlarda ve yükümlülüklerde; yetkilerde ve sorumluluklarda ile fırsatlarda ve hizmetlerde eşit davranma zorunluluğu olarak tanımlanmaktadır (Ergun Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**. Gözden geçirilmiş on birinci baskı,

AYM kararlarını bir kronolojik takibe soktuğumuzda mahkemenin, çeşitli tarihlerde/evrelerde verdiği kararlarla eşitlik algısının nasıl geliştiğini görmek mümkün olabilecektir. Sert eleştirilere de uğrayan bu kararlar, mahkemenin yaklaşımının köşe taşlarını da oluşturmaktadır. Bu çerçevede mahkeme, eşitlik ilkesine ilişkin olarak 1961 Anayasası dönemindeki tutumunu büyük ölçüde 1982 Anayasası döneminde de muhafaza etmiştir. Böylece mahkemenin karar tutarlılığını nasıl koruduğunu ve zaman içinde kendince bazı yeni ölçütler geliştirdiğini de izlemiş olacağız:

Zamanla yerleşik hâle gelecek olan “eşitlik anlayışının” ilk kararını 29 Kasım 1966’da³⁸ veren AYM, bu kararında kanun önünde eşitliği tanımlamıştır. Kararında “yurttaşlık” ve “haklı neden” ölçütlerini vurgulayan mahkeme, bütün yurttaşların her yönden aynı hukukî hükümlere bağlı tutulmaları sonucunun çıkarılamayacağını ifade etmiş ve “haklı neden” ölçütünü öne çıkararak, böyle bir nedenin varlığı hâlinde farklı durumdaki kişilere farklı hükümlerin uygulanmasının eşitliği zedelemeyeceğini belirtmiştir.³⁹

Mahkemenin 19 Haziran 1969 tarihinde⁴⁰ verdiği karar 1961 Anayasası’nın 12. maddede düzenlenen ayrımcılık yasağı nedenlerinin sınırlandırılması biçiminde yorumlanacak bir içeriğe sahiptir. Öyle ki bu kararda “... Anayasanın 12. maddesinin getirdiği ilke, dil, ırk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din ve mezhep ayrımlarının kanun önünde eşitliğini bozmasını yasaklar. Bunun dışında kanun önünde eşitlik ancak kanunlara uyarlık halinde ve uyarlık oranında söz konusu olabilir” demek suretiyle eşitlik ilkesi, kanuna uygunluk koşuluna bağlayan bir içeriğe sahip kılınmıştır.⁴¹

(Ankara: Yetkin Yayınları, 2010), s.151).

³⁸ Ayrıntılı okuma için bkz.(E.: 1966/11, K.: 1966/44, K.T.: 29/11/1966, R.G.: 27.12.1967, Sayı: 12787.http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=search&id=24) E.T.: 30.08.2012

³⁹ Mesut Gülmez, İnsan Hakları ve Avrupa Birliği Hukukunda Ayrımcılığın Kaldırılması ve Türkiye. (Ankara: Belediye-İş Yayınları, 2009), s. 558-559).

⁴⁰ Ayrıntılı okuma için bkz. (E.: 1969/8, K.: 1969/37, K.T.: 19/06/1969, R.G.: 18.05.1970, Sayı: 13497., http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=277&content=) E.T.: 30.08.2012

⁴¹ Gülmez, a.g.e., 2009, s.559-560. Anayasa Mahkemesi’nin kanun önünde

1961 Anayasası'nın son döneminde verilen 13 Mart 1979 tarihli⁴² kararında AYM, kanun önünde eşitlik ilkesini, *benzer durumda olanlara benzer hukuk kurallarının uygulanması gereği* ile vurgulamıştır. Mahkeme benzer durumda olmalarına karşın farklı hukuk kurallarına tâbi olunabilmesi için *haklı bir nedenin* bulunması zorunluluğuna işaret etmiştir.⁴³

1982 Anayasası'nın yürürlüğe girmesine karşın eşitlik ilkesinin düzenlenişi bakımından en azından “ayrımcılık yasağı” noktasında çok önemli bir değişiklik olmamış ve bu durum da AYM'nin bu yöndeki kararlarının pek değişmemesine yol aç-

eşitliğin gerçekleştirilmesini kanuna uygunluk koşuluna bağlaması mahkemenin üyelerinden Recai Seçkin'in karşı oy yazısında eleştirilmiştir. Seçkin, karşı oy yazısında, bu karar ile bir yanlış anlamının yaratılabileceğini vurgulamıştır. Buna göre;

A) Kararın, esasın incelenmesi bölümünün (... Öte yandan Anayasa'nın 12. maddesinin getirdiği ilke; dil, ırk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ayrımlarının kanun önünde eşitliği bozmasını yasaklar.) cümlesi ile başlayan son bendinin yazılışı, eşitsizliğin yalnızca aynı yasa kuralına bağlı kişiler arasında ayırım yapılması durumunda ve yalnızca, dil, ırk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep düşüncelerine dayanması koşulu ile gerçekleştirilebileceği izlenimini uyandırmaktadır; oysa eşitsizlik durumları aynı nitelikte bulunan kişilerin başka başka kurallara bağlı tutulmasında dahi söz konusu olabilir ve uygulamada eşitsizlik çoğunlukla bu biçimde ortaya çıkar. Bundan başka Anayasa'nın 12. maddesi, yalnızca orada sayılan dil, ırk, cinsiyet, gibi yönler dolayısıyla yapılan hukukî ayırımları değil, bunlardan başka nedenlerle gerçekleştirilecek hukukî eşitsizlikleri dahi yasaklamaktadır. Çünkü Anayasa'nın 12. maddesinin dayandığı ilke, birbirinin aynı olan durumlarda, haklı bir neden yok iken, başka başka hukuk kurallarının öngörülmesinin yasaklanmasıdır.

B) Eşitlik ilkesini yalnızca Anayasa'nın 12. maddesinin 1. fıkrasında öngörülen durumlar dolayısıyla ayırım gözetmekten kaçınma anlamında yorumlayıp orada sayılan durumlar dışında herhangi bir duruma dayanılarak yapılacak ayırımlar sözü edilen fıkra kuralının kapsamı dışında saymak, hem Türk Anayasa hukukunun tarihsel gelişmesine, hem de tartışma konusu kurala ilişkin yasama belgelerindeki yazılara ve maddenin her iki fıkrasının birlikte ve herkes sözcüğü üzerinde durularak incelenip tümü bakımından yapılacak yorumda çıkan sonuçta, hem de insan haklarına ilişkin uluslararası belgelerle Alman, Avusturya, Fransa Anayasalarındaki metinlerdeki yazılışlara, uygun düşmemektedir....”

Gereğe ilişkin karşı oy yazısının tümü için bkz. (E.: 1969/8, K.: 1969/37, K.T.: 19/06/1969, R.G.: 18.05.1970, Sayı:13497., http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=277&content=) E.T.: 30.08.2012

⁴² Ayrıntılı okuma için bkz. (E.: 1978/67, K.: 1979/14, K.T.: 13.3.1979, R.G.: 24.5.1979, Sayı: 16646., http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=583&content=) E.T.: 31.08.2012

⁴³ Gülmez, a.g.e., 2009, s.561.

mıştır. Ancak mahkemenin çeşitli eşitlik kararlarında başka ara ölçütler geliştirdiğini görmekteyiz.

28 Nisan 1983 tarihli⁴⁴ kararda mahkeme daha önce de kullandığı yurttaşlık ve haklı neden ölçütlerinin dışında ayrıca “kamu yararı” ölçütünü; 22 Mayıs 1987 tarihli⁴⁵ kararında “ölçülülük ilkesini” vurgulamıştır. Ayrıca 19 Şubat 1992⁴⁶ tarihli kararında da kamu yararı ile haklı nedenin gerçekleşebilmesine yönelik olarak geliştirdiği “anlaşılabilirlik”, “amaçla ilgili olma” ve “makul ve adil olma” alt ölçütlerine yer vermiştir.⁴⁷

Verilen örnek kararlar okunduğunda AYM’nin genel olarak eşitlik algısının kararlarına neredeyse tıpatıp, çok büyük bir değişikliğe uğramadan yansıdığı görülecektir.

4. HUKUKÎ EŞİTLİK CİNSLER ARASI EŞİTLİĞİ SAĞLIYOR MU?

10. maddede ifadesini bulan cinsiyet temelli ayrımcılık yasağı günümüz siyasetinin ve çağdaş hukuk sisteminin en tartışmalı konularından biri hâline gelmiştir. Ayrımcılığın bu türü aynı zamanda kadınlar açısından uzun bir mücadele tarihi demek olup, gerek dünyada⁴⁸ gerekse de ülkemiz⁴⁹ ölçeğinde

⁴⁴ Ayrıntılı okuma için bkz. (E.: 1981/13, K.: 1983/8, K.T.: 28.4.1983, R.G.: 09.04.1984, Sayı: 18367., http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=680&content=) E.T.: 31.08.2012

⁴⁵ Ayrıntılı okuma için bkz. (E.: 1986/17, K.: 1987/11, K.T.: 22.5.1987, R.G.: 18.09.1987, Sayı: 19578, http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=765&content=) E.T.: 31.08.2012

⁴⁶ Ayrıntılı okuma için bkz. (E.: 1991/13, K.: 1992/10, K.T.: 19.2.1992, R.G.: 17.11.1994, Sayı: 22114, http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=998&content=) E.T.: 31.08.2012

⁴⁷ Gülmez, **a.g.e.**, 2009, s.562-563, 567-568.

⁴⁸ Yerkürenin dört bir yanındaki bu var olma mücadelesi hakkında ayrıntılı okuma için bkz. (Uluslararası Çalışma Örgütü, **Dünyada Cinsiyet Eşitliği**. Çeviri Editörü: Ömer Faruk Çolak, Çev.: Burcu Hitit ve Gökhan Yamaç (Ankara: Efil Yayınevi, 2011).

⁴⁹ Türkiye ölçeği için gerçekleştirilen değerli çalışmalardan biri olarak bkz. (Hülya Durudoğan, Fatoş Gökşen, Bertil Emrah Oder ve Deniz Yüksek (Der.), **Türkiye’de Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları, Eşitsizlikler,**

hâlâ yeterince mesafe kat edilememiş ve önemli bir sorun olmaktan çıkarılamamıştır. Bu olumsuz tespit, mevcut hukukî düzenlemelerin, idarî uygulamaların ve toplumsal algıların varlığından kaynaklanmaktadır. Özellikle medenî hukuk⁵⁰ ilişkilerinde, çalışma hayatında⁵¹ ve siyasette⁵² kadının rolünün sığlaştırılması, daraltılması ve geriletilmesi anayasal düzlemde öngörülen ayrımcılık yasağının pek fazla bir anlam ifade etmesinin de önüne geçmiştir. Çünkü konu sadece hukukî bir tahlil yapmanın ötesinde toplumsal yönü ağır basan, demokratik seviyeyi⁵³ de belirleyen bir kriterdir.

Cinsiyet ayrımcılığının ortadan kaldırılmasında ciddi bir kavgayı sürdüren kadınların karşılaştıkları sorunlardan birini hukukî zemindeki normatif durum oluşturmuştur. Mevcut eşitlik anlayışının toplumsal yaşama geçirilememesi, eşitlikçi politikaların devreye sokulmadan sadece hukukî eşitlik seviyesinde kalınması, toplumsal yaşamdaki cinsler arası eşit-

Mücadeleler, Kazanımlar. Yayına Hazırlayan: Çiçek Özbek. İstanbul: Koç Üniversitesi Yayınları, 2010).

- 50 Özellikle CEDAW'ın Türkiye tarafından kabulünün sağladığı ivme ile kadının medenî hukuk ilişkileri noktasında devamlılık arz eden bir değişim süreci başlamıştır. Bu sonuç, tersinden bakıldığında kadının erkek karşısındaki hukukî konumunun bile ne durumda olduğunun anlaşılmasına yardımcı olacaktır. Ayrıntılı okuma için bkz. (Sevgi Usta, " 'Koca Birliğin Reisidir' Hükmünden 'Edinilmiş Mal Rejimi' ne Evli Kadının Hukukî Durumu, " **Birkaç Arpa Boyu... 21. Yüzyıla Girerken Türkiye'de Feminist Çalışmalar**, Prof. Dr. Nermin Abadan Unat'a Armağan. İkinci Cilt. Der.: Serpil Sancar. (İstanbul: Koç Üniversitesi Yayınları, 2011).
- 51 Çalışma yaşamında kadının dünden bugüne geçirdiği konumsal değişimin tarihi seyri ve bu süreçte elde edilen bazı ilerlemelerin ayrıntısı için bkz. (Sayım Yorgun, "Sömürü, Koruma ve Pozitif Ayrımcılıktan Çalışma Hayatının Egemen Gücü Olmaya Doğru Kadınlar: 21. Yüzyıl ve Pembedenleşen Çalışma Hayatı, " **Sosyo Ekonomi**. Yıl 6 Sayı 11: 167-189, (2010-1).
- 52 Siyaset kurumunun erilliği üzerine yapılan vurgunun gerekçelerini tarihi, toplumsal ve psikolojik açıdan ele alarak konuyu, toplumsal cinsiyet kuramları üzerinden değerlendiren ayrıntılı bir çalışma için bkz. (Özgür Güldü ve Müge Ersoy-Kart, "Toplumsal Cinsiyet Roller ve Siyasal Tutumlar: Sosyal Psikolojik Bir Değerlendirme, " **AÜSBFD**. Cilt 64 Sayı 3: 97 - 116, (2009).
- 53 Cinsiyet ayrımcılığının kadınlar bakımından hak ve özgürlüklerin tanınması, kullanılması ve yararlanılması noktasında çok ciddi bir engel oluşturduğunu ifade eden Avrupa Konseyi, 16 Kasım 1988 tarihli "Kadın Erkek Eşitliği Bildirgesi'nde, eşitliğin, demokrasinin olmazsa olmazı koşulu olduğunu vurgulamıştır (Çelikel, **a.g.m.**, s. 94).

liği sağlamaktan uzaktır.⁵⁴ Normatif düzenlemelerin istenen ve beklenen düzeyde yapılması, sorun yapbozunun sadece bir kısmının aşılması demek olacaktır. Özellikle “toplumsal cinsiyet”⁵⁵ olgusunun anlaşılması ve bir anlamda kırılması / aşılması gerçekleşmedikçe bu can acıtıcı konuda mesafe kat etmek pek kolay olmayacaktır.

1982 Anayasası düzeninde, 2004 ve özellikle 2010 Anayasa değişikliklerinin Türk iç hukukuna nasıl yansıdığını görmenin bir biçimi de AYM kararlarına bakmak suretiyle mümkündür. 2004 sonrasında iptal ya da itiraz davası yoluyla AYM'ye taşınan ve cinsiyet temelli ayrımcılığı ilişkin Yüce Mahkeme'nin verdiği kararlar uygulamanın nerede olduğunu, 10. maddenin AYM yargıçlarınca nasıl yorumlandığı konusunda bize ışık tutacaktır. Bu belirginleştirme faaliyeti bize, yargının sorunun hangi tarafında olduğu konusunda da fikir verecektir.

2004 sonrası kararların incelenmesinden evvel AYM'nin, cinsiyet temelli ayrımcılığa yönelik tutumunun görülmesi karşılaştırma olanağı sunacağından mahkemenin bu yıldan önceki kararlarının çözümlenmesi yerinde olacaktır.

Bu kararlardan ilki, 1631 Sayılı Askeri Muhakeme Usulü Kanunu'nun 165. maddesinin 1. bendinde yer alan “*kadınların aleni duruşmada bulunmalarının yasaklanmasına*” ilişkindir. Mahkeme bu hükmün haklı bir sebebe dayanmadığını açıklamaya bile gerek görmeden oybirliği ile iptal etmiştir.⁵⁶ Mahkemenin bu kararında ayrımcılık yasağını yerinde bir yaklaşımla değerlendirdiğini ve anayasaya uygun olmayan bir normu iptal etmek suretiyle, o normu sistem dışına çıkardığını söylemek mümkündür.

⁵⁴ Kıvılcım Turanlı Yücel, “Anne, Memur, Kadın,” *AİD*. Cilt 40, Sayı 3: 99-111, (Eylül, 2007), s. 100.

⁵⁵ Bu çok yönlü olguyu, biyolojiyi temel alan cinsiyet eşitliğinin, yani kadın ve erkek eşitliğinin ötesine taşıyan ve konuyu cinsel kimlik üzerinden değerlendiren ayrıntılı bir okuma için bkz. (Heinrich Böll Stiftung Derneği, *Türkiye’de Toplumsal Cinsiyet Tartışmaları*. Çev.: Metin Susan, Mesut Önen ve Metin Yeğenoğlu, İstanbul: Sena Ofset, 2007).

⁵⁶ Öden, *a.g.e.*, 2003, s. 324-325.

Aynı yıl içinde vermiş olduğu bir diğer karar ise eleştiriye açıktır. Mahkemenin oy çokluğu ile verdiği kararın yerindeliği karşı oy yazılarında tartışılmıştır. Bu kararda AYM, 788 sayılı Memurin Kanunu'nun 6. maddesinde düzenlenen "*Kadınların memur ve müstahdem olmaları caizdir. Ne gibi memuriyet ve hizmetlerde istihdam edilebilecekleri her vekâletin memurlarına ait kanunlarında tesbit olunur*" hükmünü anayasanın eşitlik ilkesine aykırı bulmamıştır. Mahkeme kadınların hangi görevlerde istihdam edileceklerine yönelik kanun çıkarılması gereğini kamu hizmetine alınma noktasında eşitliği bozan bir anlayış olarak algılamamıştır.⁵⁷ Oysa madde hükmünün yazılışı dikkatle okunduğunda "*caiz*" ifadesi başlı başına bir ayrımcılık işaretidir. Ayrıca madde hükmü, kadınların memuriyete girmesini bir istaisnaî durummuş izlenimi doğurmaktadır. Düzenlemenin bu hâlinin 1961 Anayasası'nın 12. maddesiyle uygunluğu ciddi anlamda tartışmaya açıktır.

AYM'nin cinsiyet temelli ayrımcılık konusundaki kararları içinde eleştiriye açık kararlarından bir diğerini de Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) "*zina*" suçunu düzenleyen 440. ve 441. maddelerine ilişkin verdiği kararlarıdır. İlk kararı TCK'nin 440. maddesinde düzenlenen "*karının*" zinası hakkında veren AYM, bu kararında karı ve kocanın zinasına ilişkin farklılık arz eden hukukî düzenlemeleri incelemekten kaçınmış ve 441. maddenin, 440. maddeye ilişkin olarak iptal talebinde bulunan mahkemenin uygulayacağı norm olmadığına karar vermek suretiyle incelemekten kaçınmıştır. Kısa bir süre sonra 441. madde hakkında yapılan iptal talebi başvurusunda da her iki maddenin nitelikleri itibarıyla farklı suç tiplerini oluşturduğu gerekçesiyle eşitlik ilkesi bakımından karşılaştırılmasını yerinde bulmamıştır. Böylece, suç ve cezalara ilişkin olarak kadınlar aleyhine sonuç doğuran hukukî düzenlemelerin yarattığı eşitsizlikleri ortadan kaldırma fırsatını kullanmamış ve bu tartışmayı yapmaktan sürekli kaçınmıştır. Bir anlamda AYM, usulî olarak kendini sınırlama tekniğini kullanmak suretiyle mad-

⁵⁷ Aynı, s.325-326.

delere ilişkin eşitlik incelemelerini ilgili tek madde içinde tutarak ve orada odaklaştırarak yapmıştır. Böylece, aynı maddenin muhatapları bakımından, madde hükümleri Anayasa'nın 12. maddesine aykırı bulunmamış ve eşitsizlik yaratmadığı sonucuna ulaşılmıştır.⁵⁸

AYM'nin bu olumsuz yaklaşımına ilişkin ibretlik kararlarından bir diğeri de 1988 yılında verilmiştir. Antalya 2. Ağır Ceza Mahkemesi, uygulamakta olduğu 438. maddenin “ırza geçmek ve kaçırarak fülilerinin fuhuşu meslek edinen kadınlara yönelik olarak işlenmesi halinde faile verilecek cezanın üçte ikisine kadarının indirileceği” hükmünün, bu mesleği icra etmeyen kadınlardan onları farklı bir duruma soktuğunu ve sanıklara verilecek cezaların bu nitelikle dolayısıyla aynı olmayacağı gerekçesiyle eşitsizliğe yol açacağını belirtmiştir. Ancak dava mahkemesinin anayasaya aykırılık iddiasını yerinde bulmayan AYM, verdiği talebin reddi kararı ile TCK 438'in yürürlüğünü korumasına olanak tanımıştır. Mahkemenin dörde karşı yedi üyenin kararıyla verdiği bu sonuç, karar gerekçesinin son kısmındaki *düşünce dünyası* bakımından mutlaka irdelenmelidir. Söz konusu karara göre:

“(…)

Yasakoyucu, fuhuşu kendine meslek edinen bir kadının kaçırılması ve ırzına geçilmesi ile aynı eylemin bu durumda bulunmayan kadınlara karşı yapılmasının toplum yaşamında yaratacağı farklı etkileri dikkate alarak suçtan zarar gören kişinin durumuna göre değişik cezalar verilmesini uygun görmüş ve Türk Ceza Yasası'nın itiraz konusu 438. maddesini kabul etmiştir. Bu bakımdan fuhuşu meslek edinen bir kadının kaçırılması veya ırzına geçilmesinde verilecek ceza ile aynı eylemin iffetli bir kadına karşı yapılması durumunda verilecek ceza kıyaslanarak bu hükümlerde eylem ile ceza arasında Anayasa'ya olduğu gibi hukukun genel ilkelerine ve adalet

⁵⁸ İlgili kararlar için bkz. (E.:1966/30, K.: 1967/9, K.T.: 2.3.1967, Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi S. 5: s. 87-89; E.: 1968/13, K.: 1968/56, K.T.: 28.11.1968, Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi S. 6: s. 287-289); (Öden, *ag.e.*, 2003, s. 328-330).

duygusuna aykırılık olduğu yolunda ileri sürülen görüş de yerinde bulunmamıştır.”⁵⁹

Gereçlendirmede kullanılan “iffet/li” ölçütü hukukî olmaktan öte toplumsal bir algıyı yansıtan, ataerkil ve cinsiyetçi bir yaklaşımın ifadesidir.

AYM'nin, 1990 - 2000 yılları arasındaki dönemde bu eşitlik yorumunun dışında şekillenmiş bazı örnek kararlar verdiği de görülmektedir. Bunlardan ilki mahkemenin 1990 yılında Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) 159. maddesine ilişkin kararıdır. Kararda AYM, TMK 159. maddesinin “kocanın çalışma izni vermesi” olarak özetleyebileceğimiz düzenlemeyi başta eşitlik ilkesi olmak üzere aynı zamanda çalışma özgürlüğüne de aykırı bularak iptal etmiştir. Mahkeme, iptal kararında, Türkiye'nin de taraf olduğu uluslararası belgelere değinmiş; Türk hukukuna da dâhil olan bu belgelerdeki “eşlerin eşit haklara sahip olmaları” ilkesini ve kadın-erkek eşitliği kuralını ön plana çıkarmıştır.⁶⁰

On yıllık dönemin dikkat çeken kararlarından diğer ikisi ise zinaya ilişkin olarak verilen ve 1967 ve 1968 kararlarının gölgesini de kaldıran iptal kararları olmuştur. Böylece, AYM'nin TCK'nin zina suç tipini düzenleyen 440. ve 441. maddelerine ilişkin ortaya koyduğu çekingen duruş ve negatif tutum, yine AYM tarafından değişikliğe uğramıştır. 1996 yılında verdiği kararda AYM, uluslararası belgelere yaptığı yollama ile eşitlik ilkesini, hak ve özgürlüklerin kullanımında ortak çıkış noktasını oluşturan temel bir ilke olarak vurgulamıştır. Mahkeme, uluslararası hukukun cinsiyete dayalı eşitsizliği ya da ayrımcılığı reddeden hükümleri karşısında TCK'nin 440. ve 441.

⁵⁹ Kararın tümü ve karşı oy yazıları için bkz. (E.: 1988/4, K.: 1989/3, K.T.: 12.1.1989, R.G.: 10.01.1990, Sayı: 20398, [⁶⁰ İzmir 4. Sulh Hukuk Mahkemesi'nin itirazı üzerine, TMK 159. madde hakkında anayasaya uygunluk denetimi gerçekleştiren AYM kararının ayrıntısı için bkz. \(E.: 1990/30, K.: 1990/31, K.T.: 29.11.1990, R.G.: 02.07.1992, Sayı: 21272, \[244\]\(http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=923&content=”\) E.T.: 07.01.2013</p></div><div data-bbox=\)](http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=846&content=”) E.T.: 07.01.2013</p></div><div data-bbox=)

madde hükümlerini, içerdiği farklı koşullar nedeniyle eşitlik ilkesine aykırı bulmuştur. AYM, bu farklılığın haklı bir nedene dayanmadığının altını çizerek cinsiyet ayrımcılığının söz konusu olduğunu belirtmiş ve yürürlüğünü bir yıl ertelemek suretiyle dava konusu 441. maddeyi iptal etmiştir.⁶¹

TBMM bu bir yıllık süreyi değerlendirmemiş ve kararın yürürlüğe girmesiyle kocanın (erkeğin) zinasına ilişkin suç tipi tümüyle hukuk sisteminden kalkarken; karının (kadının) zinası bir suç tipi olarak varlığını korumuş ve var olan eşitsizlik durumu ağırlaşarak devam etmiştir. Soruna ilişkin gerekli adım, yine yargı organı aracılığıyla atılmış ve AYM 1998 yılında bu sefer TCK 440. maddenin itiraz davasına konu olması üzerine verdiği iptal kararıyla yasamanın çözüme kavuşturmadığı sorunu yargı kararıyla ve eşitlikçi bir tarzda sonlandırmıştır.⁶²

AYM'nin, kanunlardaki cinsiyet ayrımcılığını saptayarak verdiği iptal kararlarına karşın 1999 yılında verdiği talebin reddi kararı, bu olumlu yaklaşımının istikrar kazanmasını engellemiştir. Aksaray İcra Tetkik Mercii'nin bakmakta olduğu bir davada uyguladığı TMK'nin 169/II. maddesini anayasaya aykırı görerek yaptığı itiraz başvurusu, AYM tarafından esaslanarak incelenmiş ve fakat dörde karşı yedi oy çokluğu ile ilgili norm anayasaya aykırı bulunmamıştır. İcra Tetkik Mercii'nin itiraz başvurusuna konu ettiği norm, karı koca arasındaki hukuki tasarruflardan biri olan "kefalet akdine" ilişkin olup, kadının kocası lehine ve üçüncü şahıslar karşısında borçlanmasına yönelik böyle bir akdi ancak sulh hâkiminin onayı ile geçerlilik kazanmasına ilişkindir. Oysa TMK'nin 169. maddesi

⁶¹ Şabanözü Asliye Ceza Mahkemesi'nin itirazı üzerine AYM'nin önüne gelen 441. maddeye ilişkin iptal talebinin ve AYM karar gerekçesinin ayrıntısı için bkz. (E.: 1996/15, K.: 1996/34, K.T.: 23.9.1996, R.G.: 27.12.1996, Sayı: 22860, http://www.anayasa.gov.tr/index.php?1=manage_karar&ref=show&action=karar&id=1281&content=) E.T.: 06.01.2013

⁶² Torbalı Asliye Ceza Mahkemesi'nin yaptığı itiraz başvurusu üzerine AYM'nin önüne gelen 440. maddeye ilişkin iptal talebinin ve AYM karar gerekçesinin ayrıntısı için bkz. (E.: 1998/3, K.: 1998/28, K.T.: 23.6.1998, R.G.: 13.03.1999, Sayı: 23638, http://www.anayasa.gov.tr/index.php?1=manage_karar&ref=show&action=karar&id=1396&content=) E.T.: 06.01.2013

KAMU HUKUKÇULARI PLATFORMU

BÜLENT YÜCEL'İN
TEBLİĞİ

kadın için öngördüğü bu koşulu erkek için öngörmemektedir. Buna karşın AYM karar gerekçesinde eşitlik ilkesine aykırılık görmediğini şöyle saptamıştır;

“ (...)

... yasaların uygulanmasında dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ayrılığı gözetilemeyecek ve bu nedenlerle, eşitsizliğe yol açılmayacaktır. Bu ilkeyle aynı durumda olanlara ayrı kuralların uygulanması ve ayrıcalıklı kişi ve topluluklar yaratılması engellenmektedir. Yasa önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı olacağı anlamına gelmez. Kimilerinin Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen nedenlerle değişik kurallara bağlı tutulmaları eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaz. Durum ve konumlarındaki özellikler kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve değişik uygulamaları gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar ayrı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'da öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez.

İtiraz konusu kuralın amacı, kapsam ve sonuçlarını bilmeden karının borç altına girmesini önleyerek onu ve aile birliğini korumaktır. Böylece karının, kocanın etkisi altında kalarak ekonomik gücünün sarsılmasının önlenerek aile birliğinin korunması sağlanmak istenmiştir.

Karı yönünden sınırlama getiren itiraz konusu kural, aile birliğini koruyarak kamu yararını gerçekleştirmeye yönelik olup, demokratik toplum düzeninin gerekleriyle de çelişmediğinden Anayasa'ya aykırı değildir. İstem reddi gerekir.”⁶³

⁶³ Çoğunlukla alınan bu karara ilişkin olarak, merkezinde, Türkiye'nin de taraf olduğu CEDAW'a yapılan atfın bulunduğu bir karşı oy yazısı kaleme alınmıştır. Buna göre;

“ (...)

Anayasa'nın 10. maddesinde, “Herkes, dil ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir” denilerek “kanun önünde eşitlik” tanımlanmıştır. Bu ilke ile kadın ve erkek için cinsiyet ayırımına dayalı farklı hukuksal düzenlemeler yasaklanmakta, hak ve özgürlüklerden eşit yararlanma hakkı tanınmaktadır.

Genel eşitlik ilkesini, farklı cinslerin eşitliği yönünden somutlaştıran “Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi” nin başlan-

AYM, aile birliğini korumak endişesi içinde bu düzenlemenin kamu yararını gerçekleştirmeye dönük olduğunu ileri sürerek Anayasa'nın 10. maddesindeki ayrımcılık yasağını ihlal eden bir tutum sergilemektedir. Böylece evlilik birliği içinde de kadın ile erkeğin eşit olduğu ilkesini bütünüyle görmezden gelmekte ve aile birliği kavramına odaklaşan bir yaklaşım ortaya koymaktadır.

gıcında, "Kadınlara karşı ayrımcılığın, hak eşitliği ve insan şeref haysiyetine saygı ilkelerini ihlâl ettiği" belirtildikten sonra 1. maddede, kadınların medeni durumlarına bakılmaksızın hak ve özgürlükler konusunda cinsiyete bağlı olarak yapılan herhangi bir ayırım, yoksunluk ve kısıtlanmanın "kadınlara karşı ayırım" olarak değerlendirileceği; 2. maddenin (g) bendinde, taraf devletlerin, kadınlara karşı ayrımcılık oluşturan yasa, yönetmelik, adet ve uygulamaları, değiştirmek ve kaldırmak için yasal düzenlemelerle birlikte gerekli uygun önlemleri almayı üstlendikleri; 5. maddenin (a) bendinde, her iki cinsten birinin aşağılığı veya üstünlüğü fikrine veya kadın ile erkeğin kalıplaşmış rollerine dayalı önyargıların, geleneksel ve diğer bütün uygulamaların ortadan kaldırılmasını sağlamak amacıyla kadın ve erkeklerin sosyal ve kültürel davranış kalıplarını değiştirmek için taraf devletlerin tüm uygun önlemleri alacakları ve 16. maddenin (c) bendinde de evlilik süresince ve evliliğin son bulmasında aynı hak ve sorumluluklar sağlayacakları belirtilmiştir.

Sözleşme kuralları, cinsiyete dayalı ayrımları yasaklayan genel eşitlik ilkesi çerçevesinde eşit haklara sahip olma ilkesinin uluslararası alana taşınması uygulamaya geçirilmesi yönünden kuşkusuz büyük önem taşımakta ve bu yöndeki ulusal düzenlemeler için temel oluşturmaktadır.

İtiraz konusu kuralla, kadının eşi yararına üçüncü kişilere borçlanmasının, hâkim onayı koşuluna bağlanması, aynı durum koca yönünden söz konusu olduğunda bu koşulun aranmaması cinsiyete dayalı ayırımın tipik bir örneğidir.

(...)

Sosyal, ekonomik ve kültürel her alanda kadın ve erkek eşitliğinin esas alınmasını gerektiren bir Anayasal düzende, kadının, zeka ve kavrayışının erkekten daha az olduğu varsayımına dayanarak, üçüncü kişilerle kocası yararına yaptığı kimi hukukî işlemlerde ehliyetini sınırlamanın hiç bir haklı nedeni bulunmamaktadır. Yaptığı hukukî işlemlerin sonucunu değerlendirememesi tehlikesi, evlilik birliğinin aynı konumdaki tarafları olan kadın ve erkek için farklı değildir. Bu nedenle, itiraz konusu kuralın, kadını koruyarak aslında aileyi koruduğu bu nedenle Anayasa'nın 41. maddesi ile uyum içinde olduğu düşüncesi gerçeği yansıtmamaktadır. Aile, anne-baba ve çocuklardan oluştuğuna göre bunlardan yalnız birinin korunması, ailenin korunması anlamına gelmez. Böyle bir korumadan söz edilebilmesi için evlilik birliğini oluşturan erkek ve kadının aynı Kurallara bağlı tutulması gerekir. Bir tarafa getirilen sınırlamanın, diğer tarafa getirilmemesi düşünülenin tersine evlilik birliğini zayıflatır. Aile, kişilik hakları aynı derecede korunan eşit haklara sahip bireylerle güçlenir. (...)"

Kararın tümü için ayrıca bkz. (E.: 1999/47, K.: 1999/46, K.T.: 28.12.1999, R.G.: 10.03.2000, Sayı: 23989, http://www.anayasa.gov.tr/index.php?1=manage_karar&ref=show&action=karar&id=1503&content=1) E.T.: 08.01.2013

2000 yılından sonra gerçekleştirilen anayasa ve kanun değişiklikleri beraberinde AYM'nin eşitlik ilkesi çerçevesinde cinsiyet temelli ayrımcılık konusuna ilişkin tavrını da etkilemiştir. Mahkeme verdiği iptal ve talebin reddi kararlarında meseleyi daha yoğun biçimde tartışmak durumunda kalmıştır. Özellikle ret kararlarındaki karşı oy yazıları bu tartışmanın ciddi ölçüde yapıldığının bir göstergesidir. Dolayısıyla 2004-2011 yılları arasındaki çeşitli kararları üzerinden AYM'nin cinsiyet temelli ayrımcılığa bakışını netleştirmek mümkün olabilecektir.

Bu kararlarından ikisi oybirliği ile iptal yönünde alınmıştır. Her ikisi de itiraz yoluyla gelen taleplerden ilki 2004 yılında Konya 1. İdare Mahkemesi aracılığıyla 5682 Sayılı Pasaport Kanunu'nun 3463 Sayılı Kanun ile değiştirilen 14. maddesinin (A) bendinin son paragrafında yer alan "...yine yanında yaşayıp reşit bulunmayan erkek çocuklarına da ..." ibaresi dava konusu olmuştur. İtiraza konu olan norm, hususî damgalı pasaport alabilecek durumdaki ebeveynin yanında yaşayan erkek ve kız çocuklarının alacakları hususî pasaport ya da anne ve/veya babalarının pasaportlarının refakatnamesinde kaydedilme koşullarına ilişkindir. Kanun, kız çocukları için evli bulunmama, ebeveyn ile birlikte yaşama ve çalışmama koşulunu ararken; ebeveyn ile yaşayan erkek çocuklarının bu haktan ancak reşit oluncaya kadar yararlanabileceğini öngörmüştür. AYM, kız ve erkek çocuklar için öngörülen bu koşul farklılığını Anayasanın 10. maddesinde öngörülen kanun önünde eşitlik ilkesine aykırı bulmuş, kişisel nitelikleri ve durumları özdeş olanların⁶⁴ fark-

⁶⁴ Benzer gerekçeye sahip bir başka karar Danıştay On ikinci Dairesinin yapmış olduğu itiraz başvurusu üzerine verilmiştir. Buna göre; Danıştay, 6283 sayılı Hemşirelik Kanunu'nun 1/1. maddesinde yer alan "...kadınlardan..." sözcüğünün ve 3/1. maddesinin eşitlik ilkesine de ayrılığını belirterek iptalini ve yürürlüğünün durdurulmasını istemiştir. AYM, anayasaya aykırılık iddiasını yerinde bulmuş ve bu sefer erkeklere yönelik bir cinsiyete dayalı ayrımcılık yapıldığının altını çizdiği karar gerekçesinde:

"Anayasa'nın 10. maddesinde öngörülen "yasa önünde eşitlik ilkesi" hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemli değil, hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunanlar kişilerin yasalar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin çiğnenmesi yasaklanmıştır. Yasa

lı kurallara bağlı kılınamayacağını ifade ederek eşitlik ilkesine aykırılığı saptamış ve dava konusu normun ilgili kısmını iptal etmiştir.⁶⁵

İkinci karar 2010 yılında Siirt Asliye Hukuk Mahkemesi'nin itiraz başvurusu üzerine verilmiştir. Dava mahkemesi, 21.6.1934 günlü 2525 sayılı Soyadı Kanunu'nun 4/II maddesinde yer alan "*Evliliğin feshi veya boşanma hallerinde çocuk ana-sına tevdi edilmiş olsa bile babasının seçtiği veya seçeceği adı alır.*" hükmünü, Anayasa'nın 10., 13. ve 41. maddelerine aykırılığı savıyla itiraz konusu etmiştir. AYM, dava mahkemesinin itirazlarını yerinde bularak oybirliği ile ilgili kuralı iptal etmiştir. Mahkeme karar gerekçesinde eşitlik ilkesinin amacını açıklamış, velayet hakkının kapsamını değerlendirmiş ve "Kadınlara

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.

Cinsiyet ayrımcılığını reddeden Anayasal düzenleme, hemşirelik mesleğini yapacak kişilerin belirlenmesine yönelik itiraz konusu kurallar yönünden de geçerlidir. Hemşireler; tabip tarafından acil haller dışında yazılı olarak verilen tedavileri uygulamak, her ortamda bireyin, ailenin ve toplumun hemşirelik girişimleri ile karşılanabilecek sağlıkla ilgili ihtiyaçlarını belirlemek ve hemşirelik tanılama süreci kapsamında belirlenen ihtiyaçlar çerçevesinde hemşirelik bakımını planlamak, uygulamak, denetlemek ve değerlendirmekle görevli ve yetkili sağlık personeli. Hemşirelik mesleğinin icrası bakımından kadınlar ve erkekler aynı hukuki konumda bulduklarından, hemşire unvanının yalnızca kadınlara verilmesini ve hemşirelik sanatının yalnızca kadınlar tarafından yapılabilmesini öngören itiraz konusu kurallar, cinsiyet ayrımcılığına yol açmakta ve eşitlik ilkesine aykırı bulunmaktadır."

denmek suretiyle iptal kararı vermiştir. Mahkeme aslında bu kararıyla, kanun suretiyle kadınlar için biçilen toplumsal rol anlayışını bir yerinden yakalamış ve Anayasa'nın 10. maddesinin öngördüğü ayrımcılık yaşağına uygun bir yorum geliştirmiştir. Oybirliği ile alınan bu kararın tümü için bkz. (E.: 2006/166, K.: 2009/113, K.T.: 23.7.2009, R.G.: 19.03.2010, Sayı: 27526, http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=2808&content=) E.T.: 09.01.2013

⁶⁵ Kararın tümü için bkz. (E.: 2004/30, K.: 2008/55, K.T.: 7.2.2008, R.G.: 19.03.2008, Sayı: 26821, http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=2528&content=) E.T.: 05.09.2012). AYM, eş durumdakilerin eş koşullarına odaklanmış yerinde bir kararla ayrımcılık yaşağını saptamıştır. Ancak kanunun ilgili maddesi okunduğunda kanun koyucunun kadın lehine gibi gözükken hükmünde bile cinsiyetçi bir yaklaşımı hissetmek söz konusudur. Öyle ki kadın için çalışmama zorunluluğu öngörülmekte ve bu koşul erkek çocukta aranmamaktadır.

Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi", "Birleşmiş Milletler Siyasi ve Medeni Haklar Sözleşmesi" ile "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi"nin kadın-erkek eşitliğini düzenleyen hükümlerine yollama yaparak cinsiyete dayalı ayrımların eşitlik ilkesine aykırılığını tespit etmiştir.⁶⁶ Gerek Siirt Asliye

⁶⁶ "...Eşitlik ilkesinin amacı, hukuksal durumları aynı olanların kanunlarca aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak ve kişilere kanun karşısında ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak kanun karşısında eşitliğin çiğnenmesi yasaklanmıştır. Bu ilke ile eylemli değil hukuksal eşitlik öngörülmektedir. Kanun önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durum ve konumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları gerekli kılabilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, aynı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'nın öngördüğü eşitlik ilkesi zedelenmiş olmaz.

Çocuğun soyadını seçme hakkı, velayet hakkı kapsamında yer alır. Velayet, reşit olmayan çocuklarının bakım ve gözetimi konusunda ana-babaya verilen hak ve yükümlülüklerden oluşan bir müessesedir. Bu bağlamda çocuğun bakım ve eğitimi, kanuni temsili, malvarlığının yönetimi ve çocuğun menfaatlerinin korunması için hukuki temel oluşturur. Önceleri ana babanın çocukları üzerindeki hâkimiyet hakkı olarak görülen velâyet, günümüzde hem yükümlülük hem de bir hak olarak anlaşılmaktadır.

Velayet, kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak niteliğindedir. Bu nedenle başkasına devredilemez, miras yoluyla geçmez ve bu haktan vazgeçilemez. Bu hak başkasına devredilemediği gibi bu haktan feragat da edilememektedir. Bununla birlikte yasanın gösterdiği bazı şartlar altında velâyet hakkının kullanılmasının kısmen veya tamamen üçüncü kişilere bırakılması mümkündür.

4721 sayılı Yasa'nın velayet hakkına ilişkin 335. maddesinde ergin olmayan çocuğun, ana ve babasının velayeti altında olduğu, yasal sebep olmadıkça velayetin ana ve babadan alınamayacağı; 336. maddesinde evlilik devam ettiği sürece ana ve babanın velayeti birlikte kullanacağı, ortak hayata son verilmesi veya ayrılık halinde hâkimin velayeti eşlerden birine verebileceği, ana ve babadan birinin ölümü halinde velayetin sağ kalana, boşanmada ise çocuk kendisine bırakılan tarafa ait olduğu hüküm altına alınmıştır.

(...)

Eşitlik ilkesi, aynı konumda bulunan kadın ve erkeğin yasalar önünde eşit haklara sahip olmasını gerektirir. Kişinin cinsiyeti nedeniyle karşı cinsle göre ayrıcalıklı duruma getirilmesi bu ilkeye aykırı düşer. Ayrıca eşitlik, bireyler arasındaki farklılıkların göz ardı edilerek herkesin her bakımından aynı kurallara bağlı tutulması anlamında da algılanamaz. Kimi kişilerin başka kurallara bağlı tutulmalarında haklı nedenler varsa, yasa önünde eşitlik ilkesine aykırılıktan söz edilemez. Bu nedenle, yaradılış ve işlevsel özelliklerin zorunlu kıldığı kimi ayrımlar haklı bir nedene dayandığı ölçüde eşitliği bozmadığı halde, sadece cinsiyete dayalı ayrımlar eşitlik ilkesine açık bir aykırılık oluştururlar.

Eşler, evliliğin devamı boyunca ve boşanmada sahip oldukları hak ve yükümlülükler bakımından aynı hukuksal konumdadırlar. Erkeğe velayet hakkı kapsamında tanınan çocuğun soyadını seçme hakkının kadına tanınmaması, velayet hakkının kullanılması bakımından cinsiyete göre

Hukuk Mahkemesi gerekse de AYM itiraz konusu normun iptalinde 2004 ve 2010 Anayasa değişiklikleri ile yapılan kadın lehine düzenlemelere dayanmışlardır.

AYM'nin bu dönemde vermiş olduğu iptal talebinin reddi kararlarından ikisi oldukça dikkat çekicidir. İkisi de itiraz yoluyla gelen bu taleplerden kronolojik olarak ilki, İzmir 6. İş Mahkemesi'nin yapmış olduğu başvurudur. Dava mahkemesi, 25.8.1971 günlü 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14. maddesinin, 29.7.1983 günlü ve 2869 Sayılı Kanunun 3. maddesi ile değiştirilen birinci fıkrasının "...kadının evlendiği tarihten itibaren bir yıl içerisinde kendi arzusu ile sona erdirmesi..." bölümünün Anayasa'nın 10. maddesine aykırılığını ileri sürmüştür. Kıdem tazminatını düzenleyen 14. maddedeki bu ifade, çalışan kadının bu biçimde davranması hâlinde kıdem tazminatına hak kazanacağına hükmetmektedir. AYM, kararın esas incelemesinde söz konusu düzenlemenin eşitlik ilkesini zedelediğini, aksine kadının toplum ve aile yaşamındaki rolü gereğince böyle bir düzenlemeden yararlanabilmesi gereğine işaret etmiş ve oy çokluğu ile talebi reddetmiştir. AYM, karar gerekçesinde:

"Anayasa'nın 10. maddesinde öngörülen eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı olacağı anlamına gelmemektedir. Durum ve konumlarındaki özellikler kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerekli kılabilir. Kadının toplum ve aile yaşamında üstlendiği sorumluluk, görev ve paylaşım gibi toplumsal gerçekler kadın çalışanlar yararına değişik kural ve uygulamaları gerekli kılabileceğinden, kadın çalışanların durum ve konumlarındaki özellikleri gözetilerek getirilmiş bulunan kural Anayasa'nın eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmamaktadır.

(...)

ayırım yapılması sonucunu doğurur. Bu nedenle itiraz konusu kural, Anayasa'nın 10. ve 41. maddelerine aykırıdır, iptali gerekir." (E.: 2010/119, K.: 2011/165, K.T.: 8.12.2011, R.G.:14.02.2012, Sayı: 28204, http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=10000180&content=) E.T. 05.09.2012

“Aile hukuku” öğretisinde de zorunluluklar ve toplumsal gerçekler karşısında kadının korunması, aile bağlarının güçlendirilmesi, evlilik birliğinde düzen ve uyum sağlanması gerektiği gibi hususlarda yaygın görüşler bulunmaktadır.

Kimi sosyal gerçeklerin doğurduğu zorunluluktan kaynaklanan ve aile birliği içerisinde yüklenilen görevlerin boyut ve önemi gözetilerek evlenmesi nedeniyle hizmet akdini kendi arzusu ile sona erdiren kadın çalışanı ve aile birliğini korumaya yönelik düzenlemenin, Anayasa'ya aykırılığından söz edilemez.”

AYM'nin kadın lehine gibi gözükken bir norm için yapılan itirazı reddetmesi önemli bir karar alındığı izlenimini doğursa da karar gerekçesindeki “toplumsal ve aile içi rol” vurgusu ile kanun koyucunun kadını, çalışma yaşamından uzaklaştırmaya teşvik eden hükmü, eril bakış açısı noktasında birbirini tamamlar niteliktedir.⁶⁷

⁶⁷ Buna ilişkin karşı çıkışın AYM'nin iki kadın üyesinin birlikte kaleme aldıkları karşı oy yazısında görmek mümkündür. Buna göre: “Anayasa'nın 10. maddesinde “Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir” denilerek hukuksal eşitlik tanımlandıktan sonra 7.5.2004 günlü 5170 sayılı Yasa ile eklenen ikinci fıkrada, kadınların ve erkeklerin eşit haklara sahip olduğu; Devletin, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlü bulunduğu vurgulanmıştır. Böylece kadınların da erkeklerin sahip oldukları hakları elde edebilmeleri için Devletin alacağı önlemlerle kadınlar lehine pozitif ayrımcılık yapılmasına olur verilmiştir. Bu kural kuşkusuz, siyasi, sosyal ve ekonomik hakların uygulamaya geçirilmesi bakımından erkeğe göre daha geride bulunan kadının aradaki mesafeyi kapatabilmesi için getirilmiş olup, erkeğin hak kaybına uğramasının Anayasal dayanağı olarak değerlendirilemez. Pozitif ayrımcılık kadının, cinsiyeti nedeniyle hak kaybına uğramasının önüne geçilmesi amacıyla yöneliktir.

Anayasa'nın 41. maddesinde de belirtildiği gibi aile Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır. Bu eşitlik çerçevesinde yasa koyucu evlilik birliğinin kurulması sonucu işten ayrılmayı, kıdem tazminatına hak kazanma için geçerli bir neden olarak görüyorsa, evlilik birliğinin bir tarafını diğerine üstün tutamaz. Salt cinsiyet farkı, böyle bir ayırımın gerekçesi olamaz. Bu kadın lehine dayanağını Anayasa'dan alan pozitif ayrımcılık değil erkeğe ve kadına verilen geleneksel rolün erkek yönünden doğurduğu negatif yansımadır.

Öte yandan, evlenme nedeniyle isteğe bağlı olarak iş akdinin sona erdirilmesinde, kadına kıdem tazminatı ödenerek bu duruma, özendirici hale getirilmesinin, kadının iş yaşamından uzaklaştırılmasına da neden olabileceği gözetildiğinde, geleneksel yaklaşımlarla kadının korunması amaçlanırken, aslında kadınla erkek arasında bu konudaki yasal düzenlemelere kar-

AYM'nin 21.10.2011 tarihinde vermiş olduğu red kararı, mahkemeyi adeta tam ortadan ikiye bölmüştür. Yeni yapılanma içinde on yedi üyeden sekizinin karşı görüş yazarak oy çoğunluğuna katılmadığı bu kararda, sırasıyla Fatih 2. Aile Mahkemesi, Ankara 8. Aile Mahkemesi ve Kadıköy 1. Aile Mahkemesi'nden gelen itiraz başvuruları birleştirilmiş ve karara bağlanmıştır. Dava mahkemeleri esas olarak 22. 11. 2001 tarihli ve 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 187. maddesine yönelik bir itirazda bulunmuşlar ve "kadının evlilik suretiyle alacağı soyadın belirlenmesinde" kanunî düzenlemenin Türkiye'nin de taraf olduğu ve insan hak ve özgürlüklerine ilişkin sözleşmelerle çatıştığı gerekçesini vurgulamışlardır. Kanunî düzenlemenin, gerek Anayasa'nın 10/I maddesindeki ve gerekse uluslararası sözleşmelerin cinsiyet temelli ayrımcılık yasağıyla ilgili maddelerine aykırılık teşkil ettiğini ifade etmişlerdir. Buna karşın AYM verdiği kararlar bu gerekçeleri yerinde görmemiş ve oy çokluğu ile talebin reddine karar vermiştir. Buna göre:

"İtiraz konusu "*Kadın evlenmekle kocasının soyadını alır*" kuralının da aile birliğinin korunması ve aile bağlarının güçlendirilmesi başta olmak üzere, nüfus kayıtlarının düzenli tutulması, resmi belgelerde karışıklığın önlenmesi ve soyun belirlenmesi gibi kamu yararı ve kamu düzeni gerekleri nedeniyle kabul edildiği anlaşılmaktadır.

Milletlerin ayırıcı vasıflarının, değer yargılarının, inanç ve düşünce kalıplarının aktarılması ve kuşaklar arası bağın sürdürülmesini sağlayan aile, üstlendiği rol ve işlevleri ile geçmiş-

şın uygulamada varlığını sürdüren ve Anayasa'nın 10. maddesine eklenen fıkra ile giderilmeye çalışılan eşitsizliğin daha da derinleşmesine yol açılması olasılığı, varsayımdan öte üzerinde durulması gereken Anayasal bir sorun oluşturmaktadır. Çağımızda kadın, geleneksel yaklaşımlarla değil, toplumun eşit haklara sahip bireyi olarak erkeklerle aynı hukuksal konuma getirilebilmesi amacıyla Anayasal korumadan yararlandırılmalıdır. Bu tür korumaya gereksinim duyulmadığı durumlarda ise erkeklerin kadınların yararlandığı olanaklardan yoksun bırakılmaları onlar yönünden açık bir eşitsizlik yaratacağından Anayasa'nın 10. maddesine aykırılık oluşturur. (E.: 2006/156, K.: 2008/125, K.T.: 19.6.2008, R.G.: 26.11.2008 Sayı: 27066, http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=2632&content=E.T.06.09.2012).

ten günümüze hemen her toplumun özelliklerini yansıtmaktadır. Bu bakımdan ailenin toplumdaki etkinliği ve algılanışı da toplumdan topluma değişmektedir. Toplumun temel ögesi olan aile, sevgi, saygı, hoşgörü ve benzeri insani ve ahlaki değerlerin, gelenek, görenek, dil, din ve diğer özelliklerin yaşandığı ve gelecek nesillere aktarıldığı kutsal bir kurumdur.

Aileyi Türk toplumunun temeli olarak tanımlayan Anayasa'nın 41. maddesinde ailenin birey ve toplum hayatındaki önemine işaret edilmiş, Devlete ailenin korunması için gerekli düzenlemeleri yapması ve teşkilatı kurması konusunda ödevler yüklenmiştir. Uluslararası hukukun temel belgelerinden olan İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 16. ve Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin 10. maddelerinde de ailenin toplumun doğal ve temel unsuru olduğu ve devlet tarafından korunması gerektiği belirtilmiş; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesinde herkesin aile hayatına saygı gösterilmesi hakkına sahip olduğu kabul edilmiştir.

İtiraz konusu kural ile aile ismi olarak kullanılan soyadının kuşaktan kuşağa geçmesiyle, Türk toplumunun temeli olan aile birliği ve bütünlüğünün devamı sağlanmış olmaktadır.

Soyadının kişilik haklarından olması, ona hiçbir müdahalede bulunulamayacağı anlamına gelmez. Yasakoyucunun soyadı kullanımına kamu yararı ve kamu düzeni gerekleri uyarınca Anayasa'ya uygun olmak koşuluyla müdahalede takdir hakkının bulunduğu açıktır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de soyadı kullanımı ile ilgili başvuruları, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesinde yer alan "özel hayatın ve aile hayatının korunması" ilkesi kapsamında incelemiş ve kararlarında, nüfusun eksiksiz ve doğru olarak kaydedilmesi, aile adlarının istikrarına verilen önem, kişisel kimlik saptaması veya belli bir ismi taşıyanların belli bir aile ile bağlantılarının kurulabilmesi gibi kamu yararının gerekleri uyarınca, soyadı değiştirme imkânına yasal sınırlamalar getirilebileceği; ulusal yasakoyucunun bu sınırla-

maları da kendi devletiyle ilgili tarihi ve siyasal yapısına bağlı kalarak seçmesinde takdir hakkının bulunduğunu belirtmiştir.

Bu kapsamda, yasakoyucunun aile soyadı konusundaki takdir hakkını, aile birliği ve bütünlüğünün korunması ve aile bağlarının güçlendirilmesi başta olmak üzere, kamu yararı ve kamu düzeninin gerektirdiği kimi zorunluluklar nedeniyle, eşlerden birisine öncelik tanıyacak biçimde kullanmasının hukuk devletine aykırı bir yönü bulunmamaktadır. Kaldı ki itiraz konusu kuralda kadının başvurusu durumunda önceki soyadını kocasının soyadının önüne ekleyerek kullanabileceği belirtilerek, kişilik hakkı ile kamu yararı arasında adil bir denge kurulması da sağlanmıştır.

Kadının evlenmekle kocasının soyadını almasının cinsiyet ayırımına dayanan bir farklılaşma yarattığı savı da yerinde değildir. Durum ve konumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları gerekli kılabilir. Belirtilen gerekçelerle yasakoyucunun takdir yetkisi kapsamında aile soyadı olarak kocanın soyadına öncelik vermesi eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmamaktadır.

AYM karar gerekçesinde, kadının evlenme suretiyle kocasının soyadını alacağı hükmünün aile birliğini koruyan ve bağlarının güçlenmesini sağlayan bir düzenleme olarak kabul etmiş ve çeşitli bürokratik karışıklıkların önlenmesi, soyun belirlenmesi gibi kamu yararı ve düzeni gerekleriyle normun anayasa-ya uygunluğunu ifade etmiştir.⁶⁸

AYM'nin geleneksel bakışın ağır bastığı ve ailenin kutsallığı üzerinden kadın - erkek ilişkisini hep anlaşılan ve kabul edilen biçimde belli rollere büründürdüğü bu kararına karşı çok ciddi karşı oy yazıları kaleme alınmıştır. Özellikle uluslararası hukukun kural, ilke ve mahkeme kararlarının ön plana çıkarıldığı bu karşı çıkışların Anayasa'nın 10., 12., 17., 41/I. ve 90/son maddeleri ile birlikte değerlendirilmesi yerinde olacaktır.

⁶⁸ Kararın tümü ve karşı oy yazıları için bkz. (E: 2009/85, K.: 2011/49, K.T.: 10.3.2011, R.G.: 21.10.2011, Sayı: 28091, http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=3399&content=E.T.06.09.2012).

SONUÇ

Eşitlik ilkesinin ve maddesinin anlamlandırılması noktasında AYM, 1961 Anayasası döneminde oluşturduğu içtihadını zaman içinde belli ölçütlerle geliştirmekle birlikte özünde muhafaza etmektedir. Mahkemenin eşitlik algısı hukukî eşitlik üzerine kurgulanmış olup, 1961 Anayasası'nın 12. maddesi ve 1982 Anayasası'nın 10. maddesinin konu olduğu esas incelemelerinde "eylemli eşitlik" kavramından özenle ve ısrarla uzak durulmuştur.

AYM'nin eşitlik ilkesine ilişkin olarak geliştirdiği ve belli ölçüde istikrar kazandırdığı rtanımın aksine anayasaya uygunluk denetiminde yaptığı anayasal yorumların bir o kadar dalgalı/gel-gitli bir seyir izlediğini ifade etmek yanlış olmayacaktır. Özellikle kanun koyucunun iradesini yansıtan normların içinde gayet ayrımcı ve cinsiyetçi hükümleri saptayarak iptal ettiği gibi ne yazık ki bazı kritik kararlarında bu yaklaşımını sürdürmemiş ve bu içerikteki düzenlemeleri anayasaya aykırı bulmayarak iptal etmemiştir.

Geçen yüzyılın ikinci yarısı itibarıyla insan haklarını içeren çeşitli uluslararası sözleşmelerin oluşturulması ve bunlardan AİHS, CEDAW gibi en önemli olanlarına Türkiye'nin taraf olması iç hukukta ciddi dönüşümlerin yaşanmasına yol açmıştır. Hatta 2004 yılında Anayasa'nın 90/son maddesindeki değişiklik eşitlik ilkesi açısından belki de farkında olunmayan bir dönüm noktası olmuştur. Çünkü tarih itibarıyla daha önce iç hukukumuz açısından yürürlük kazandırılan bu uluslararası sözleşmelerin öngördükleri "eşitlik" ve/veya "ayrımcılık yasası" hükümlerinin, mevzuattaki diğer kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesinden kaynaklanan uyumsuzluklarda, esas alınacak olması söz konusudur. Anayasa düzlemindeki bu yapısal değişikliğin AYM kararlarına yeterince yansımaması manidardır. Hatta Anayasa'nın 90/son hükmündeki değişiklik ile beraber aynı anda yapılan 10. madde değişikliği ile 2010 yılında yine 10. ve 41. maddelerdeki değişikliklere, AYM gerekli refleksi göstermek konusunda isteksiz görünmektedir.

Küçük bir karar taraması yapıldığında bile AYM'nin, pozitif ayrımcılığın tanımlanması ve özümsemesi konularına belli bir mesafede durduğunu söylemek mümkündür. Ancak mahkemenin tüm üyeleri için bu yargıyı ifade etmek, karşı oy yazılarını okuyunca haksızlık olacaktır.

Keza kadın lehine olduğu düşünülebilecek kararlar da bile "ailenin kutsallığı", "kadının toplum ve aile içindeki rolü" vb. ölçütlerin ön plana çıkarılarak verilen kararlarda cinsiyetçi bir tutumdan kaçınılamadığına tanıklık etmekteyiz. 2000 sonrasında gerçekleştirilen bütün hukukî değişimlere karşın AYM'nin, Anayasanın 10/I. maddesini hâlâ hukukî eşitlik çerçevesinde şekli ya da maddî boyutuyla olmak üzere dar bir açıdan ele aldığını görmekteyiz. Oysa sosyo-ekonomik, siyasal, kültürel vb. alanlar itibarıyla çok daha geride kalan/bırakılan kadınlar için bu dar eşitlik kalıbının kullanılması başlı başına bir eşitsizlik sebebi ve olgusu olarak varlığını korumaktadır. Dolayısıyla AYM'den eylemli eşitlik kavramını geliştirmesi ve kadın ile erkek arasında normlarla somutlaşmış eşitsiz düzenlemeleri anayasaya uygun bulmayarak geniş kapsamlı bir eşitlik tanımlaması yapması beklenmelidir. Mahkemenin 10. maddeyi sadece hukukî konumlanmanın ötesinde yorumlaması demokratik gelişmişlik kadar anayasal düzenin meşruiyeti açısından da destekleyici bir işlev görecektir.

KAYNAKÇA

Kitaplar ve Makaleler

Ağırbaşı, Şennur. Sınırlı Ayrımcılık Yasağından Genel Eşitlik İlkesine. Ankara: Seçkin Yayınları, 2009.

Aybay, Rona. "Uluslararası Antlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri, " Türkiye Barolar Birliği Dergisi. Sayı 70: 187 - 213, 2007.

Başlar, Kemal. "Uluslararası Antlaşmaların Onaylanması, Üstünlüğü ve Anayasal Denetimi Üzerine, " Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni: Prof. Dr. Sevin Toluner'e Armağan. 24/1-2: 279-336, 2004.

Berktaş, Fatmagül. "Kadınların İnsan Hakları: İnsan Hakları Hukukunda

KAMU HUKUKÇULARI PLATFORMU

BÜLENT YÜCEL'İN
TEBLİĞİ

Yeni Bir Açılım, "İnsan Hakları. Editör: Korkut Tankuter. İstanbul: Yapı Kredi Yayınları, 2000.

Birleşmiş Milletler, Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi ve İhtiyari Protokol, Milletvekilleri İçin El Kitabı. Çev.: Ayşe Sayın. Parlamentolararası Birlik, 2003.

Çağlar, Bakır. "Anayasa Yargısında Yorum Problemi Karşılaştırmalı Analizin Katkıları," Anayasa Yargısı. Cilt 2: 163-195, 1985.

Çelikel, Aysel. "Farklı Cinslerin Eşit Haklardan Yararlanması ve Eşitlik İlkesinin Yorumu," Edip F. Çelik'e Armağan, Değişen Dünyada İnsan, Hukuk ve Devlet. (Yayıma Hazırlayan: Turgut Tarhanlı). İstanbul: Engin Yayıncılık, 1995.

Durudoğan, Hülya, Fatoş Gökşen, Bertil Emrah Oder ve Deniz Yüksek (Der). Türkiye'de Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları, Eşitsizlikler, Mücadeleler, Kazanımlar. Yayıma Hazırlayan: Çiçek Öztekin. İstanbul: Koç Üniversitesi Yayınları, 2010.

Gemalmaz, Mehmet Semih. "Kadınlara Karşı Her Biçimiyle Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi: Çekinceler Sorunu Işığında Haklar Analizi," İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası. Cilt 59 Sayı 1-2: 141-240, 2011.

Goldman, Alan H. "Ayrımcılık", Blackwell'in Siyasal Düşünce Ansiklopedisi I (A-J). Yayıma Hazırlayan: David Miller, Janet Coleman, William Connolly, Alan Ryan. Türkçesi: Bülent Peker ve Nevzat Kıraç. Ankara: Ümit Yayıncılık, 1994.

Göksu, Mustafa. "Hukuk Yargılamasında) Vakıa ve Hukuk," Halûk Kournalp Anısına Armağan Cilt 1. Ankara: Yetkin Yayınları, 2009.

Gözler, Kemal. "Realist Yorum Teorisi ve Mekanist Anayasa Anlayışı," Anayasa Yargısı. Sayı 15: 207-242, 1998.

_____. Anayasa Normlarının Geçerliliği Sorunu. Bursa: Ekin Kitabevi Yayınları, 1999.

_____. Anayasa Hukukunun Genel Teorisi Cilt II. Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2011.

Gül, İdil Işıl ve Ulaş Karan. Ayrımcılık Yasağı, Kavram, Hukuk, İzleme ve Belgeleme, Editörler: Burcu Yeşiladalı - Gökçeççek Ayata. İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2011.

Güldü, Özgür ve Müge Ersoy-Kart. "Toplumsal Cinsiyet Roller ve Siyasal Tutumlar: Sosyal Psikolojik Bir Değerlendirme," Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi. Cilt 64 Sayı 3: 97-116, 2009.

Gülmez, Mesut. İnsan Hakları ve Avrupa Birliği Hukukunda Ayrımcılığın Kaldırılması ve Türkiye. Ankara: Belediye - İş Yayınları, 2009.

_____. "İnsan Haklarında Ayrımcılık Yasaklı Eşitlik İlkesi: Aykırı Düşünceler," Çalışma ve Toplum. Sayı 25: 217-265, 2010/2, Özel Sayı.

Heinrich Böll Stiftung Derneği. Türkiye'de Toplumsal Cinsiyet Tartışmaları. Çev.: Metin Susan, Mesut Önen ve Metin Yeğenoğlu, İstanbul: Sena Ofset, 2007.

ANAYASA HUKUKUNDA YORUM VE NORM SOMUTLAŞMASI

BÜLENT YÜCEL'İN
TEBLİĞİ

İşıktaç, Yasemin ve Sevtap Metin. Hukuk Metodolojisi. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2003.

İnceoğlu, Sibel. "Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı Çerçevesinde Af, Şartla Salıverme, Dava ve Cezaların Ertenilmesi," Anayasa Yargısı. Cilt 18: 41-70, 2001.

Kaboğlu, İbrahim Ö. Özgürlükler Hukuku, İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı, Gözden geçirilmiş ve güncelleştirilmiş dördüncü baskı, İstanbul: Afa Yayınları, 1998.

Oder, Bertil Emrah. Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri, Hukuksal Yöntembilime Dayalı Karşılaştırmalı Bir Araştırma. İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 2010.

Öden, Merih. Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi. Ankara: Yetkin Yayınları, 2003.

Özbudun, Ergun. Türk Anayasa Hukuku. Gözden geçirilmiş on birinci baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2010.

Özdek, Yasemin. Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye, AİHS Sistemi, AİHM Kararlarında Türkiye. Ankara: TODAİE İnsan Hakları Araştırma ve Derleme Merkezi Yayını, 2004.

Öztürk, Fatih. Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Politik Sorun ve Yargısal Aktivizm Doktrini: Anayasal Yargı Denetimi Gerekli Mi? İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 2012.

Metin, Sevtap. "Ronald Dworkin'in Hukuk Teorisinde Yorum Yaklaşımı," İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası. Cilt 51 Sayı 1-2: 35-83, 2003.

Sancar, Mithat. Temel Hakların Yorumu. (Yayınlanmamış Doktora Tezi) Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, 1995.

Tanör, Bülent ve Necmi Yüzbaşıoğlu. 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku. Dokuzuncu bası. İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 2009.

Turanlı Yücel, Kıvılcım. "Anne, Memur, Kadın," Amme İdaresi Dergisi. Cilt 40, Sayı 3: 99-111, Eylül, 2007.

Turner, Bryan. Eşitlik. Çev.: Bahadır Sina Şener, Ankara: Dost Kitabevi Yayınları, 1997.

Uluslararası Çalışma Örgütü, Dünyada Cinsiyet Eşitliği. Çeviri Editörü: Ömer Faruk Çolak, Çev.: Burcu Hitit ve Gökhan Yamaç. Ankara: Efil Yayınevi, 2011.

Usta, Sevgi. " 'Koca Birliğin Reisidir' Hükmünden 'Edinilmiş Mal Rejimi'ne Evli Kadının Hukuki Durumu," Birkaç Arpa Boyu... 21. Yüzyıla Girenken Türkiye'de Feminist Çalışmalar, Prof. Dr. Nermin Abadan Unat'a Armağan. İkinci Cilt. Der.: Serpil Sancar. İstanbul: Koç Üniversitesi Yayınları, 2011.

Yılmaz, Bekir Mustafa. "Kanun Yapımında ve Uygulamasında Gerekçe,

KAMU HUKUKÇULARI PLATFORMU

BÜLENT YÜCEL'İN
TEBLİĞİ

" Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan Cilt: 2., İstanbul: Vedat Kitapçılık Basım Yayım Dağıtım Ltd.Şti., 2009.

Yorgun, Sayım. "Sömürü, Koruma ve Pozitif Ayrımcılıktan Çalışma Hayatının Egemen Gücü Olmaya Doğru Kadınlar: 21. Yüzyıl ve Pembeleşen Çalışma Hayatı," Sosyo Ekonomi. Yıl 6 Sayı 11: 167-189, 2010-1.

İnternet Kaynakları

http://yenianayasa.tbmm.gov.tr/docs/gerekceli_1982_anayasasi.pdf E.T. 28.08.2012.

http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=search&id=24 E.T.: 30.08.2012.

http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=277&content= E.T.: 30.08.2012.

http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=583&content= E.T.:31.08.2012.

http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=680&content= E.T.: 31.08.2012.

http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=765&content= E.T.: 31.08.2012.

http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=998&content= E.T.: 31.08.2012.

http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=2528&content= E.T. 05.09.2012.

http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=10000180&content= E.T. 05.09.2012.

http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=2632&content= E.T. 06.09.2012.

http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=3399&content= E.T. 06.09.2012.

http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/3BAA147F-29C9-48CE-AF64-FB85A86B2433/0/Convention_TUR.pdf E.T.: 02.01.2013.

http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=1281&content= E.T.: 06.01.2013.

http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=1396&content= E.T.: 06.01.2013.

http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=846&content= E.T.: 07.01.2013.

http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=923&content= E.T.: 07.01.2013.

http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=

ANAYASA HUKUKUNDA YORUM VE NORM SOMUTLAŞMASI

tion=karar&id=1503&content= E.T.: 08.01.2013.

http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=2808&content=) E.T.: 09.01.2013.

www.hakkında-bilgi-nedir.com/pozitif-ayrimcilik-nedir+pozitif-ayrimcilik-hakkında-bilgi, E.T. 16. 08. 2012.

www.anayasa.gov.tr E.T. 24. 08. 2012.

www.tbmm.gov.tr/tutanak/donem22/yil2/bas/b083.htm
E.T.29.08.2012.

BÜLENT YÜCEL'İN
TEBLİĞİ

Prof. Dr. FAZIL SAĞLAM (Oturum Başkanı)- Evet, Bülent Yücel'e daha somut bir alanla ilgili olarak uygulamada yaşanan yorum sorunlarını, süresini aşmadan bize aktardığı için teşekkür ediyorum. Bildiri maratonunun sonuna geldik. Öğleden sonra tartışmalara devam edeceğiz. Şimdi bir öğle yemeği arası veriyoruz. Önümüzdeki maraton için kendimizi güçlendirmemiz gerekir. Ayrıca bu arada neler söyleyeceğimize dair düşünme imkânını da bulmuş oluruz. Benim ricam, aklınıza geldiği anda bana bu kâğıtlardan göndermeniz. Bunlar sıraya giriyor. Şu anda 8 kişi söz almış durumda. Hemen belirtiyim: Başvurularda herhangi bir gerekçe koymanıza gerek yok. Adınız soyadınız, bağlı olduğunuz kurumu belirtmeniz, söz istiyorum demeniz yeter. Buna karşılık dinleyici konumundakilerin sorularını gerekçeli olarak formüle etmeleri, sorunun yöneltileceği kişiler için aydınlatıcı olur. Bu aşamadan itibaren bildirciler serbest; artık burada oturmak zorunda değiller. Öğleden sonraki ilk oturumu da ben yöneteceğim, ondan sonra yönetimi Ülkü Hoca'ya devredeceğim. Yarın sabahki yönetimi Rona Hoca devralacak. Yalnız benim merak ettiğim bir şey var, şu anda aklıma geldi. Bant kaydı yapılıyor mu acaba? Yapılıyor mu? Tamam, teşekkür ederim. Bant kaydı, özellikle bundan sonraki oturumlar bakımından çok önemli.

KAMU HUKUKÇULARI PLATFORMU

Anayasa Hukukunda Yorum

ve Norm Somutlaşması

BİRİNCİ GÜN

İkinci Oturum

Prof. Dr. FAZIL SAĞLAM (Oturum Başkanı)- Şimdi önceden söz alan arkadaşlarımız var. Bunlardan biri ne yazık ki gelmedi. Oysa tam da konu başlığımızla doğrudan ilgili bir çalışması vardı. Mithat Sancar'dan söz ediyorum. Gelseydi kuşkusuz önemli katkıları olacaktı. Önceden söz alanlardan biri de benim. Bir süre tereddüt geçirdim: Acaba başta mı konuşmalıyım, yoksa bu oturumun sonunda mı? Oturumun başında konuşmayı tercih ettim. Çünkü toplantı yönetimi sırasında dikkatim dağılmasın istedim. Kısacası toplantıyı daha rahat yönetebilmek için önce kendime söz veriyorum

Bildirileri okudum. Konuşmaları da dikkatle dinledim. Her üçü üzerinde de söylenecek çok şey var. Ama süreyi fazla zorlamamak için bundan sonraki tartışmalara da katkıda bulunacağına inandığım ana noktalar üzerinde duracağım. Önce her üç bildiride de birbirini tamamlayan yönler olduğunu vurgulamalıyım.

Kemal Gözler, bize son derece sade ve kolay anlaşılır bir dille yorum ilkelerinin bir dökümünü yaptı. Ben şahsen çok şey öğrendiğimi söyleyebilirim. Kendi ifadesine göre, sunduğu bildiri, 14 yıl önce 1998 Nisan'ında Anayasa Mahkemesi kuruluş sempozyumunda sunduğu "Realist Yorum Teorisi ve Mekanist Hukuk Anlayışı" başlıklı" bildirisine bir çeşit cevap olarak hazırlanmış. Gözler, bu bildiride pozitivist bir bakış açısının değil, rasyonalist bir tabii hukukçu bakış açısının hakim olduğunu belirtiyor. Gözler'e göre bu bildiride açıklanan yorum ilkelere, genellikle pozitif hukuk temeli olmayan, ama, insan aklının eşyanın tabiatından çıkardığı ilkelere, Her ne kadar hukuksal bağlayıcılıkları yoksa da, bunlar, keyfi değil, objektif ilkelere olup herkes tarafından aynı şekilde anlaşılabilir ve uygulanabilir. Gözler, bu görüşüne destek vermek amacıyla ÖKLİD teoremleriyle bu ilkelere arasında paralellik kurmaya çalışıyor. Şimdi bu toplulukta, açıklanan yorum ilkelerinin yanlış olduğunu söyleyecek bir kişi bile bulunmayabilir. Bunlar ilke olarak tüm hukukçuların benimsediği ilkelere, Ne var ki bunların herkes tarafından aynı şekilde anlaşılıp uygulanabileceği varsayımı gerçeği yansıtmamaktadır. Keşke öyle olabilseydi.

Basit bir örnek verelim: “*Qui potest majus, potest etiam minus*”, (Çoğu yapmaya yetkili olan, azı yapmaya da yetkilidir.). İşte Gözler’in Anayasa Mahkemesi’nin (AYM) yetki alanı dışında varsaydığı yürürlüğü durdurma kararı verme yetkisi, AYM kararında tam da bu ilkeye dayandırılıyor. Demek ki bu ilke, öğretinin bir kısmı ve AYM tarafından farklı algılanabiliyor-muş. Niyetim yürürlüğü durdurma konusunda bir tartışma açmak değil.

Bu vesile ile toplantıyı yönetmekle görevli kişilerden biri olarak bir noktanın altını çizmeme izin verin. Çünkü tam yeri ve sırası: Lütfen Gözler’in bildirisini bize sunduğu yorum ilkeleri çerçevesinde kalarak tartışalım. Ve lütfen tartışmaları Gözler’in verdiği örneklerle kaydırmayalım. Aksi takdirde konunun dışına çıkmış oluruz. Yönetim olarak da buna özen göstermeye çalışacağız. Örneğin “KHK yasama yetkisinin devrine bir istisnadır görüşü” istisnanın dar yorumlanacağına bir örnek olarak verilmiştir. Ben buna katılmasam bile bunun tartışma yeri burası değildir. Aynı şekilde AYM’nin türban kararının ya da Cumhurbaşkanı seçimine ilişkin kararının tartışma yeri de burası olmasa gerektir. Aksi takdirde bu işin altından kalkamayız. Yine örnek olarak türban kararı bağlamında burada söylenebilecek şey, şu tespitle sınırlı kalmalı: “İkinci türban kararı, birincisinden bağımsız ele alınamaz, çünkü bu karar, daha önceki karar gerekçenin doğal bir uzantısıdır.”. Ama bunların bütün halinde tartışma yeri burası değil.

Bu çerçevede bildiride gözüme çarpan noktalardan bazılarını sorular şeklinde şöyle sıralayabilirim:

- Yetki hep AYM ile ilgili bir konu mudur? Neden yetki değince hep AYM akla gelir de aynı bağlamda yasama ya da yürütmenin yetkisini aştığı durumlarda bir şey söyleme gereksinimi duyulmaz. Hepsi yetkilerini aynı kaynaktan almıyor mu?
- Hürriyetin asıl, sınırlamanın istisna olduğu ilkesini Mecelle’ye dayandırmak ne derece gereklidir. Üstelik Anayasamızın 12. ve 13. maddelerinde bu ilkeyi çok daha iyi açıklayan pozitif kurallar varken.

- “Herkes haksız ve borçsuz olarak dünyaya gelir; hakkın yokluğu asıl, varlığı ise sonradan ortaya çıkan arızî bir niteliklidir.” şeklindeki açıklamalar, Medeni Hukuk ve Borçlar Hukuku mantığını yansıtmıyor mu. Anayasa’nın “Herkes, kişiliğine bağlı dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir.” Diyen 12/1. maddesi karşısında bu ilkenin genel geçer bir değer olabilir mi?
- AYM, bir kararnamenin “olağanüstü yönetim usullerinde çıkarılan kanun hükmünde kararname” niteliğini taşıyıp taşımadığını denetleyebiliyorsa, bir meclis kararının meclis iç tüzüğü niteliği taşıyıp taşımadığını neden denetleyemesin?
- Bu gibi durumlarda asıl önemli olan ve öncelikle yapılması gerek şey, istisna ile kurala ilişkin normların geçerlilik alanlarını belirlemek değil mi? “İstisna dar yorumlanır” ilkesi mantıken bundan sonra gündeme gelir. Bu mantıki sıralamaya uyulmaması, ister istemez ilke üzerinde bir tartışmaya dönüşmez mi?
- “Yorum yoluyla istisna üretilemeyeceği”ne göre, “Cumhurbaşkanı’nın istisnasız bütün kararları, karşı imza kuralına tabidir.” demek son derece radikal bir çözüm. Keşke öyle olabilseydi. Ama bu çözüm ne derece doğru? Cumhurbaşkanı’nın başbakan ya da ilgili bakanın imzalarına gerek olmaksızın tek başına yapabileceği işlemlerden yalnızca 105/1. maddede söz edilmiyor. Aynı maddenin ikinci fıkrası ile 125. maddenin 2. fıkrası da bu tür işlemlere karşı yargı yolunu kapatıyor. Bütün bunlar abesle iştigal mi? Yoksa cumhurbaşkanı’nın tek başına yapacağı işlemlerin yorum yoluyla belirlenmesine yönelik bir anayasa buyruğu mu?

Bütün bu soruları, “tabii yorum kuralları”nın herkesçe aynı şekilde uygulanamayacağını göstermek için sıraladım.

Tartışmaları izledikten sonra edindiğim izlenimi de toplantı sırasında açıkladığım yukarıdaki görüşlerime eklemem gerekir. Kemal Gözler’in bildirisi, üzerinde en çok tartışılan bildiriydi. Şimşekleri üzerine çekti, ama tartışmalara canlılık kattı. Konuşmasının pek de iyi anlaşılmadığını gösteren cevaplar

aldı. Oysa konuşma, kolay anlaşılır, net ve akıcıydı. En büyük talihsizliği, yaptığı çalışmanın eski çalışmalarından olan farklılığının ve yorum açısından doğal hukuka yönelen çizgisinin beklediği karşılığı bulamaması oldu. Oysa bu önemli bir sıçramaydı ve Gözler, bunu kendi genel çizgisiyle tutarlı bir biçimde bağdaştırmaya özen göstermişti. Bence Kemal Gözler'in ele aldığı yorum ilkelerinin asıl önemi ve Gözler'in bu bağlamdaki temel amacı, "*hukuk devleti düşüncesini ayakta tutma ve keyfiliği önleme*" olarak özetlenebilir. Bildirinin bu yönünün tartışmalarda ihmal edildiğini düşünüyorum. Toplantıdan sonra kendisiyle yaptığım yazışmada farklı çizgi ve yaklaşımlar açısından birleştirici olan özelliği, "*siyasal mülahazaların değil, metodolojik ilkelerin çarpışması*" olarak vurguladı. Bence de önemli olan bu noktaya gelinmesidir. Temel amaç, "*hukuk devleti düşüncesini ayakta tutma ve keyfiliği önleme*" olunca, farklı çizgi ve yaklaşımlar da, buna hizmet ettiği ölçüde önem ve ağırlık kazanmalıdır. Emrah Oder'in konuşmasında da aynı amacın ve endişenin belirleyici olduğunu düşünüyorum. Benim Müller çizgisini benimsemem ve Türkiye koşullarında uyarlamaya çalışmamın ana motifi de hukuk devletini ayakta tutma, keyfiliği önleme ve bu ilkenin aradığı açıklık, belirginlik ve denetlenebilirlik özelliklerini ön plana çıkarma endişesidir.

Şimdi Emrah Oder'le ilgili gözlemlerime geliyorum: Emrah'ın bildirisi bize ulaşmadan önce, "*Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri*" başlıklı kitabından bir seçme sunacağımı düşünmüştüm. Ama kolaya kaçmadı ve zoru seçti. Kendisine toplantının amacını göndererek, "*belki anayasa şikayeti ile bağlantılı bir çalışma yapmak istersin*" diye yazmıştım. Bu önerimi ciddiye aldı. Ve bu kitabının dışında yeni ve özgün bir çalışma yaptı. Çalışmasında temel haklarla ilgili normların yapılarındaki farklılığı sınıflandırdı ve Anayasa Mahkemesi'nin bu farklılığı gözetmeyen tekdüze yorum tarzını eleştirdi. Temel hak normlarındaki yapısal farklılıklar, özellikle 1961 Anayasası'nda görülen ek güvenceler ile pozitifleşmiş öz unsurlarının yorum konusuna getireceği katkılar, benim çalışmalarım da işlediğim konulardır. Emrah, bu farklılıkları tüm boyutlarıyla ele aldı, güncelleştirdi ve adeta oya gibi işledi.

Ancak temel hak yapılarının kimisini Alexy'den hareketle soyut ve ilke niteliğinde sayarken, ek güvencelerle pozitifleşmiş öz unsurlarını kural sayması, benim katılabileceğim bir ayırım değil. Tüm temel hak ve özgürlükler, bağlayıcı anayasa kurallarıdır. Alexy'nin ilke ya da soyut saydığı norm yapıları, nesnel boyutu ağır basan ve bu nedenle salt metin yorumuyla kavranması ve dikkate alınması güç olan normlardır.

Alexy ve Müller birbirinden çok farklı çizgiler. Biri pozitivisttir; diğeri özellikle anayasa hukukunda normun yapısındaki nesnel boyutuna ağırlık verir. Birinde metin yorumu ön plandadır, diğesinde normun yapısındaki nesnel unsurlar da norm metninin seçtiği oranda göz önünde tutulur. Müller çizgisinde, norm metninin yorumunu dışlamayan, ama nesnel unsurlar dahil tüm somutlaştırma aşamalarına, açıklık ve denetlenebilirlik kazandırmaya yönelik bir yapılandırma egemendir.

Genelde baktığımda Emrah'ın Müller'e daha yakın olduğunu söyleyebilirim. Uygulamaya verdiği önem ve ağırlık ve farklı norm yapılarına ve bu yapıların yorum ve somutlaşmaya zorunlu olarak yansımaları olgusuna dikkati çekmesi ve bunu belli bir metodik içinde açıklama çabasına girmesi bunu gösteriyor.

Ama yer yer her iki çizginin de izleri görülebiliyor. Bu iki çizgiyi aynı ağırlıkta içselleştirmek, biraz önce değindiğim uyumsuzluklara yol açabilir.

Bu genel açıklamaların arkasından yapılan işin önemini özellikle vurgulamam gerekiyor. Emrah ağır bir işe el attı. Uygulama ve somutlaşma aşamasına yöneldi ve onu bir kuram ve yöntem içinde kavrama ve açıklama çabasına girdi. Bu amaçla Mahkeme kararlarını didik didik inceledi, işledi ve eleştirdi. Bu bir ağır işçiliktir.

Böyle bir çalışma, Anayasa'nın 2001 Değişikliğinden sonra "*farklılaşmış kademeli sınırlama sistemi*"ne geçmiş olması bakımından da önemli bir boşluğu doldurmakta ve buna iliş-

KAMU HUKUKÇULARI PLATFORMU

FAZIL SAĞLAM'IN
KONUŞMASI

kin gereksinimi karşılamaktadır. Zaten bu farklılaşma ve aşamaların norm somutlaşmasına yansımaması da düşünülemez. Bu yansımaların ölçüsü ve yöntemi, Emrah'ın çalışmasını karakterize etmektedir. Emrah bütün bu farklılıkları, ayrıntıları ihmal etmeden sınıflandırmış, bu sınıflandırmaya göre içtihatları eleştirel bir gözle inceleme ve işleme başarısını göstermiştir.

Ne var ki Emrah, Mahkeme kararlarında bir öğretinin kapsayıcı çalışmasını arıyor. Oysa Mahkeme, kararlarının ve gerekçelerinin olayla sınırlı bir boyutu var. Buna karşılık öğretti, olaydan bağımsız bir yöntem titizliğine serbestçe girebilir. Mahkeme'nin somut olayın ya da sorunun gerektirdiği ölçüde gerekçe yazması bence yeterli olurdu. Ama genellikle bu bile yapılmamaktadır.

Mahkeme'deki çalışmam sırasında edindiğim izlenimler şöyle özetlenebilir: Mahkeme, kendi içindeki karşıt görüşlerin etkisiyle, yazdığı gerekçelerin, ileride -her iki görüş odağı açısından- bağlayıcı olmaması hususunda dikkat ve özen gösterme eğilimine girmiştir. Emrahın eleştirisi, bu yönü ile son derece haklıdır. Ama Mahkeme'de görev aldığım sırada, üyelerin, öğretilerdeki eleştiri zayıflığından ya da yokluğundan şikayet ettiğini de eklemem gerekir. Bu bakımdan Emrah'ın çalışmasının, Mahkeme'nin beklediği eleştiriyi doyurucu bir biçimde yerine getireceğini umuyorum.

Dava yükü göz önüne alındığında ölçülülüğün tüm aşamalarının sınanması zorunlu değildir. Dava ekonomisi bakımından olaya en uygun olanın seçilmesi bence yeterlidir. Bütün bu malzemeyi işleyip bir kuram ya da metodik içinde birleştirmek öğretinin işidir. İşte Emrah buna girişmiştir. Kendisini bu yönden kutlamak gerekir.

Öz güvencesine gelince, bu kavramın somut bir tanımını yapmak ve unsurlarını somutlaştırmak son derece güçtür. Doçentlik çalışmamda bunu yapmaya çalıştım. Güçlüğünü oradan biliyorum. Bence Mahkeme'nin formülü, uygulama için somutlaştırma ölçütü olarak yeterli sayılmalıdır. Almanya'da böyle bir tanım bile yoktur. Burada asıl sıkıntı, Mahkeme'nin

“öz güvencesi”, “ölçülülük”, “demokratik toplum düzeninin gerekleri”, “hukuk devleti”, “eşitlik” gibi kavramlarla ilgili olarak geliştirdiği formülleri birer “şablon” olarak kullanması; kararda şablonu tekrarlayıp, inceleme konusu kuralın buna uygun ya da aykırı olduğunu belirtmekle yetinmesidir. Gerçek bir gerekçeden söz edebilmek için, dava konusu kural, işlem ya da eylem “Neden o şablona uygundur ya da değildir?” işte asıl bunu açıklanması gerekir. Bu tür ölçütler, olayla bağlantı içinde somutlaştırılır ve öğreti, bu kararlardan hareketle daha genel sonuçlara ulaşır.

Bu konuda verebileceğim en çarpıcı örnek, Mahkemenin ölçülülük ilkesini alt ilkeleriyle birlikte belki de ilk kez açıkça benimseyip gerekçesine aldığı bir karardır. Bu karar, Av. Alp Selek’in avukatlık mesleğinden çıkarılmasını zorunlu kılan bir kuralın yorumuyla ilgiliydi. Kuralın anayasaya aykırılığı iddiası sırasında benden de bir hukuki mütalaa alınmıştı. O mütaladaki ölçülülük tanımları, Anayasa Mahkemesi kararına aynen geçti. Ama, Mahkeme, aynı tanımlarla benim vardığım sonucun tam tersini karara bağladı. Ulaşılan sonuçlar farklı olabilir, ama en azından neden aynı tanımlarla farklı bir sonuç varıldığıının açıklanması gerekir. Çünkü mütalaa da dava konusu kuralın neden ölçülülük ilkesine aykırı olduğu tüm aşama ve unsurlarıyla ile açıklanmıştır. İşte gerekçe eksikliği derken, ben bunu kastediyorum. Bu konuda ne yazılsa azdır.

Ölçülülük ilkesinde 13. madde değil de hukuk devletinin esas alınması yadırganabilir; ama bu ilkenin hukuk devletinden kaynaklandığı da unutulmamalıdır. Emrah’ın haklı eleştirisi, özel norm dururken genel normun tercih edilmesine yönelik olmalıydı.

Bana kalırsa Mahkeme gerekçelerinde göze çarpan eksikliklerin önemli bir bölümü, norm denetiminin, olay bazında yapılacak denetime oranla, yeterince somut bir içerik taşınamasından da kaynaklanıyor. Anayasa şikâyeti uygulaması, doğru bir çizgide gelişirse, bu eksikliklerin önemli bir bölümünün aşılabileceğini düşünüyorum. Çünkü burada somut olayın belli özellikleri, Mahkeme gerekçeleri için daha somut uyarılar sağ-

KAMU HUKUKÇULARI PLATFORMU

FAZIL SAĞLAM'IN
KONUŞMASI

layacaktır. Unutmalayım ki, Alman Anayasa Mahkemesi kararlarındaki gerekçe zenginliği, anayasa şikâyeti konusu olan somut olaylardan kaynaklanmaktadır. Ve anayasa şikâyeti davaları, Alman Anayasa Mahkemesi'nde görülen davaların yüzde 90'ının üstündedir. AİHM de kararlarını tamamıyla somut olaydan hareketle geliştirmektedir.

Emrah'ın eleştiri noktalarından biri olan “anayasa altı tercihlerin anayasa denetiminde kullanılmaması”, ilke olarak doğrudur. Ama bunun için verilen örnek (dn. 84), bu ilkeyi tam karşılamamaktadır. Çünkü örnek olarak verilen kararda ölçülülüğün ilk iki alt ilkesi, zaten anayasa altı tercihlerden bağımsız olarak açıklanmıştır. Oranlılık ilkesi açısından aynı norm düzeyindeki iki zamanaşımı süresinin kıyaslanması ise, ek bir gerekçedir ve kanımca yanlış da değildir. Çünkü zamanaşımı ile ilgili kurallardan biri anayasal denetimin yapıldığı bir incelemenin konusu. Bunu anayasal denetimin yapılmadığı bir başka zamanaşımı kuralıyla kıyaslayarak oransızlığı belirlemek, örnek verilen karar açısından bana çok da ters görünmüyor. Aksi takdirde özellikle eşitlik ilkesini, salt uygulanan normu esas alarak değerlendirmek, kimi olaylarda yanlış sonuçlara götürebiliyor. Anayasa Mahkemesi'nin zina suçu ile ilgili olarak verdiği ilk kararlar bunun tipik örneğidir. Ölçüsüzlüğü ya da eşitsizliği belirlemede bazen bu tür karşılaştırmalar yapmak zorunlu olabilir.

Emrah'ın çalışmasında eksik gördüğüm bir başka nokta da şudur. Genel sınırlamanın kaldırıp, yerine ilgili temel hak yapısındaki nedenlere gönderme yapan 2001 AY Değişikliği, sanki bir iç tutarlılığa bağlı ve bilinçli bir düzenleme gibi ele alınmıştır. Oysa 2001 Anayasa Değişikliği'nde böyle bir bilinçli tercih söz konusu değildir. Anayasa'nın 13. maddesinde yapılan köklü değişiklik, diğer maddelere tutarlı bir sistematik bütünlük içinde yansıtılmamıştır. Partiler hangi konuda aralarında anlaşabilmişlerse, ancak o konu ile sınırlı bir değişikliğe gidilebilmiştir. Örneğin sözleşme özgürlüğünün, sınırlama nedenine yer vermeyen bir madde haline gelmiş olması, anayasa koyucunun bilinçli bir tercihi değildir. Değişiklikten

önce bu özgürlükte yasa kaydının yer almamış olmasının bir anlamı yoktu, çünkü genel sınırlama nedenleri tüm temel hak ve özgürlükler için geçerliydi. Emrah'ın yaptığı ince işçilikte bu tutarsızlığın da değerlendirilmesi beklenirdi.

Bülent Yücel'in bildirişiyle ilgili birkaç not ekleyerek, bitireceğim sözümü. Bildiriyi okurken gözüme çarpan önemli bir açık, konuşmada kapatıldı. Demek ki Bülent'in henüz eleştiri başlamadan, kendini düzeltme becerisi var. Bu da takdire değer bir özelliktir. Konuşmasında zaman darlığı nedeniyle pek üzerinde duramadı, ama 2002'den sonraki Anayasa Mahkemesi kararlarını çok iyi işlemiş. Ama benim asıl beklentim, biraz önce değindiğim şablonun eleştirilmesiydi. Benim "şablon gerekçe" dediğim uygulama, özellikle eşitlik ilkesiyle ilgili Anayasa Mahkemesi kararlarında çok yaygın. Bu uygulamada eşitlik ilkesiyle ilgili olarak geliştirdiği formülü yazıyor, arkasından dava konusu kuralın buna uygun ya da aykırı olduğunu belirtiyor. Ama niye uygun, niye değil? Asıl onu yazması gerekir. İşte Bülent, çalışmasına, bunu açığa çıkaran eklemeler yaparsa, bildirisinin zenginleşeceğini ve Mahkeme'nin de bundan yararlanacağını düşünüyorum.

Biraz önce de belirttiğim gibi, Mahkeme, hukuk öğretisindeki eleştirinin azlığından şikayetçidir. Genç arkadaşlarımız, Anayasa Mahkemesi kararlarını bırakıyorlar, - belki daha mı kolay geliyor, bilmiyorum- ama AİHM kararlarını ayrıntılarıyla inceliyorlar, eleştiri yönü yeterli olmasa da onlarla ilgili kitaplar yazıyorlar. Ama Anayasa Mahkemesi uygulamasıyla ilgili ciddi eleştirel çalışma yönünden eksiklik var. Bu toplantımızda bu yönde önemli adımlar atıldığını düşünüyorum. Benim ekleyeceğim şeyler bunlar.

Şimdi Ahmet Haluk Bey'e sözü vermek istiyorum. Burada mı kendisi? Çünkü ona daha Eskişehir'deki ilk hazırlık aşamalarında bir görev vermiştik. Sonra bir aksama oldu, bir iletişim kopukluğu. Ama geldiler, çok teşekkür ediyorum kendisine. Onun için ilk sözü ona vermek istiyorum. Bir de alanınızı, kurumunuzu belirtirseniz, kayda geçer.

Prof. Dr. AHMET HALUK ATALAY (Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi)- Efendim ben hukuk felsefesi ve sosyolojisi alanında Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesinde çalışıyorum, saygıdeğer konuklar, değerli katılımcılar. Tabii benim yaklaşımım lisanım ve yorumum, takdir edersiniz ki biraz daha farklı. Bu farklılık doğal bir açıdan, o nedenle yorum kaçınılmaz. Çünkü hepimiz anladığımızı düşündüğümüz şeyleri, çok farklı bir şekilde anlarız ve yetkin bir ortak anlayış, kendisini aradığımız, ama asla mümkün olmayandır. O nedenle şair şiirinde *“olmayacak şey bir insanın bir insanı anlaması”* der, ama bu aynı zamanda anlama çabasını yaşamsal kılar.

Dolayısıyla aslında nihai olarak, biz ne bir yasa metnini, ne de herhangi bir metin dediğimiz nihai anlamda isterse yasa olsun, edebi bir ürünü nihai anlamda anlamayız, ama yorumlamanın, özellikle Anayasa yorumunun, yasa yorumunun ya da onu tefsirden ayırt etmek için belki bir ölçüde, hermenötiğin asıl amacı, yazanından daha iyi yorumlamaktır. Eğer yazanından daha iyi yorumlanabiliyorsa, o yoruma kamil anlamda, yetkin anlamda hüküm denebilir, hermenötik açılarından.

Değerli konuşmacılar, genelden özele doğru başlamışlardı bir anlamda. Ben de bu ne demek istediğimi, en özelden, yani tümel bir ilkeyi, eşitlik ilkesini akrabalarıyla ilişkilendirip, öze alan, merkeze alan ve onu üstelik en temel bil anlamda toplumsal cinsiyet anlamındaki, hani belki deyim yerindeyse 12'den vurarak örnekleyen Bülent kardeşimin yaklaşımıyla başlamak istiyorum. O dedi ki sözünün bir yerinde, işte kadının erkek eşitliğini anlayabilmenin belki bu ayrımcılık yasasıyla ilgili değerlendirmelerin üzerinde durmasının da belki bir nedeni. Kadın olmayan kadını anlayamaz. İşte anlamamanın, yorumlamanın nedeni olmadığını, olduğumuzdan daha iyi anlayabilmektir. Demin söylemeye çalıştığım şey. Daha doğru-su bu benim görüşüm değil, felsefi hermenötiğin bir şeyi.

Burada yine biraz da geleneğe yollama yapmak istiyorum. Biz sadece interpretation ya da interpretasyon, ne diyorsunuz bilmiyorum, Alman diline vakıf değilim. Orada belki daha incelikli ayrımları vardır, ama tefsir ve tevil iki farklı zihinsel

etkinliktir. Bir hermenötikte bir ölçüde tevili de murat ederiz, kastederiz. Tefsir, olay ve olguların verili bir önerme altında, verili bir kural altında anlaşılması ve kuralın o olaya uygulanması iken, tevil ereğe bağlı, köküne götürü, ereği kuralda, yaşam olayında gerçekleştirebilmeyi içerir. Bu nedenle yine bizim dilimizde, yani benim söylemimde, kural olması gereken ifadesinin sembolik olarak yazıya geçirilmiş haliyken, norm onun anlamıdır. Anayasa normu, Anayasa kuralı yerine bu sözü benimsiyorsak, yanlış değildir. Çünkü aslında Anayasada kural olarak ifade edilenler, yasaları da kuşatacak kadar tümel olması beklendiğine göre, anayasacılık tekniği açısından böyle olmayan anayasalar olabilir. Yönetmelik ayrıntısına girmiş anayasalar olabilir o ayrı, ama anayasa, yasanın anası olan, yasallığın anası olan anlamında, doğurgan olma anlamında onlara da norm denilebilir.

Ben kendi terminolojim açısından söylüyorum, yoksa birilerine bir terim öğretme filan gibi bir şeyim yok, lütfen yanlış anlaşılmasın, ama ben norm dediğimizde, kuralın anlamını anlıyorum. Yahut işte bu konudaki literatürde daha çok o anlaşılır, kuralın kendisini değil. Dolayısıyla yorum problemi bir anlama problemi. Bu anlama problemini eğer belli bir merkeze oturup, belli bir ereğe bağlayacaksak *-ki, bana göre Sayın Oder onu yaptı-* bir kible tespit etti bu yoruma. Bir gönderme yaparak, belki daha önce Sayın Gözler'in, hani tabi hukukçuların elinden almak gerekir bunu dedi. Tabi hukukçu var mı? Onu bilmiyorum, ama tabi hukukçuların elinden, tabi hukuk zaten geri alındı. Biz ona insan hakları diyoruz. Yani pozitifleşmiş bir tabi hukuk var zaten. Eskiden de vardı, yeni bir şey değil bu, ama adı öyle değildi.

Dolayısıyla kiblesini, anayasal yorumun ve işte çağdaş hukuk paradigmasının ancak insan haklarına ve o konudaki pozitif normlara yöneltebilirse, doğru *-tırnak içerisinde-* bu salondaki herkes kesinlik bekliyor hukuktan. Bana göre olmayacak bir şey, tam da kesinliksiz olduğu için ona hukuk diyoruz. İyi ki değil, büyük bir zulüm olurdu, ama pozitivizmin, çağın paradigması, kesinlik ve güvenlik beklentisi üzerine kurulduğu

KAMU HUKUKÇULARI PLATFORMU

AHMET HALUK
ATALAY'IN
KONUŞMASI

için, öyle bir şey var. O bizim beklentimizdir, ihtiyacımızdır, muhtaç olduğumuz için hukuktan adalet bekleriz, ama bu hukuk adil olduğu için değildir. Hep muhtaç olacağız, hep adaleti bekleyeceğiz, hiçbir zaman bu dünyada adalet kurulmayacak gibi bir yaklaşımsa. Eğer adil bir düzen olursa eğer, o zaten tarihin bitmesi demek. Herkesi tatmin eden bir adalet anlamında. Dolayısıyla hep asemtotik kalmak durumunda olan bir ilkedен bahsediyoruz.

O nedenle bu kıbleyi eğer böyle kabul edersek, birtakım ilkeler var. Bu ilkeler eğer Sayın Gözler'i yanlış anlamadıysam, bize güvence sağlayabilirler. Çünkü rasyonel ilkeler bunlar. Yani us diye de çeviriyorlar Türkçeye, ama bizim geleneğimizde aklın farklı anlamları var, farklı akıllar var. Batıdaki gibi tek akıl yok. Bizim reason dediğimiz akıl, bu üniversite sınavlarında ölçülen akıl. Yani akli meaş dedikleri çıkar akli, karşılaştırma yapan akıl. Yani temyiz dediğimiz şey. Bir şeyi bir şeyden ayırt etmek, iyiyi kötüden, yararlıyı zararlıdan. Yoksa örneğin, gelenekte akli mead denilen erek bilimsel akıl daha iyi akıl, aşkınlığın akli denilen ya da felsefecilerin, yani batıda bir ölçüde kimi filozofların intellektus dediği akıl değil.

Zararı yok, zaten hukuk o kadar yüksek akıllarla uğraşmıyor. Biz gündelik, sıradan insanın akıyla ilgiliyiz. Yani karşılaştırılabilir çıkarlarımızı, hayatın idamesi ve ikamesine yarayan aklımızı, maişetimizi temin eden aklımızı konu ediniyoruz. Bu akıl ve zaten kararlarından da bu akli yansıtması bekleniyor. Gerekçelendirme talebi de, argümantasyon talebi de, hepimizin bu ortaklaşa aklına uyma talebi. Şikayet de bu, modern hukukun bize şu vaadi vardı: Biz Clerikos'tan ruhani olanlardan aldık hukuk yapmayı, Laikos'a yani onların ne anladığını anlamayanlara verdik. Onlar yapacak ve dolayısıyla ya da işte zamanında da olmuş bir şeydir bu, tarihte hep olur. Pontifekslerden aldık, şeye verdik. Yani normal bizim gibi düşünen, yani dehalardan aldık sıradan insana verdik. Çünkü biz dehayı anlayamıyoruz, dehayı deha anlar. Üstelik bir de dehayım diye kazıkıyor bizi. Ne malum, deha olduğunu nereden bilelim? Dolayısıyla işte din diyor, min diyor bir şeyler diyor,

bilmiyoruz biz. Bilebileceğimiz, hesap edebileceğimiz Öklit'in geometrisi gibi bir kesinlik istiyoruz.

Dolayısıyla yoruma bunun için muhtacız, ama bir problemi var. Asla tek bir yorum yok, nasıl bir geometri olmadığı gibi. Yani ... alternatif geometrisi var, Gaus'un alternatif geometrisi var, ama akıl ilkeleri, belirli bir kesinlik sayıntısını, belirli gidimli süreçler sonucunda, herkesin ortak olarak kabul edebileceği ilkeler. Zaten hukuk derken aslında biz, aklımızdan başka bir şeyi söylemiyoruz. Hukuk diye dış dünyada bir nesne yok, aklımızı tartışıyoruz, dışarıda bir nesnesi yok. Dışarıdaki nesnelere uğraşan şeye eğer science anlamında bilim diyeceksek, evet hukuk bilim değil, ama yöntemli, ilkeli, dizgeli, lojisi olan, legeyni olan bir faaliyete, bir ruslamlama faaliyetine hukuk diyeceksek, o zaman evet. Yorum, bilimsel yorum, ama kesinlik-siz bilimsel yorum. Sorum, kesinlik beklentimizi sadece birkaç yüzyılın pozitivist bilim programıyla özdeşleştirirsek, bilim diyeceğimiz bir ideoloji, bilim kabul etmekle de ilgili olabilir. Aynen bu modern hukuk açısından da geçerlidir denilebilir.

Yorumlama üzerine yorumları yorumlamış oldum mu bilmiyorum, ama herhalde en iyi yorum, kısa kesen yorumdur. Teşekkür ederim.

Prof. Dr. FAZIL SAĞLAM (Oturum Başkanı)- Ahmet Beye çok teşekkür ediyorum. Hukuk felsefesi ve hukuk metodolojisi alanından bir arkadaşımızı dinledik. Böyle bir perspektife gereksinimimiz vardı. Şimdi devletler umumi hukuku, ya da şimdi daha yaygın olan adıyla uluslararası hukuk alanında tanınmış bir hocamızı buraya davet edeyim. Hüseyin Pazarcı, bakalım bize yorum konusunda neler söyleyecek.

Prof. Dr. HÜSEYİN PAZARCI- Sayın Başkan, değerli katılımcılar; benim buraya çıkmamın sebebi Sayın Fazıl Sağlam'dır. İtekledi ve beni bir hayli de öne koyarak buraya çağırdı. Bunca uzmanın arasında bir uluslararası hukuktan anladığını zanneden birisinin buraya çıkıp da, anayasa yorumu konusunda ahkâm kesmeye cesaret etmesi, hakikaten benim bakımından cesarettir, ama sorumlusu ben değilim.

KAMU HUKUKÇULARI PLATFORMU

HÜSEYİN
PAZARCI'NIN
KONUŞMASI

Şimdi tabii iş böyle olunca, sizlere çok da saçma şeyler söylememeyi düşünerek gelmeye çalıştım. Bildirileri dikkatle okudum, çok şey öğrendim. Ben 44 yıl önce bitirmiştim hukuk fakültesini, Anayasayı o tarihten beri sistematik okumuş, çalışmış biri değilim. Dolayısıyla bazı kusurlarım olursa da affetmeniz dileğiyle, olaya Anayasa yorumunu uluslararası hukukla biraz kıyas ederek ve somutlaştırmaya çalışarak, birkaç şey söyleme şeklinde yaklaşacağım.

Şimdi en başta yorum kuralları dediğimizde, uluslararası hukukta Sayın Gözler'in de belirttiği gibi, eşyanın tabiatında, mantıktan kaynaklanan genel birtakım kurallar üzerinden yürür. Anayasa hukukundaki kadar, en azından benim bilgim, uluslararası hukukun derinlemesine birtakım kuralları içermediği şeklinde. Sizler çok daha ileridesiniz, bunu da doğru buluyorum, anlayışla karşılıyorum ve burada söylenenlerden büyük onur duydum. Türkiye'de hukuk biliminin gelişmesi konusunda.

Uluslararası hukukta yorum bağlayan yorum mu? Yani hukuki etki, sonuç doğuran yorum iki yolla elde edilir. Birincisi, mahkemelere, hakemliğe götürürsünüz, o yorumlar. Tıpkı iç hukuktaki gibi yöntem, süreç böyle gider, ama buna karşılık Anayasa hukukunda veya iç hukukta olmadığını zannettiğim bir başka geçerli yorum tarzı vardır uluslararası hukukta, o da tarafların ortak yorumu. Bir antlaşmanın yorumu, eğer bütün taraflar, çok taraflıysa tüm taraflar, ikiliyse iki taraf aynı anlayış üzerinde anlaşılırsa, buna gerçekçi yorum diyorum ben, ama yabancı dildeki adıyla söylersek otantik yorum deniliyor.

Şimdi işin bu yönü itibariyle baktığımızda, peki Anayasa hukuku yorumuyla ilgili, ben bunlardan nereye varacağım diye sorabilirsiniz. Şuraya varacağım: Bunlara çok değinilmedi. Sayın Yücel özellikle eşitlik ilkesi vesaire çerçevesinden, insan hakları, uluslararası insan hakları kurallarına değinme konusunda, bunlara da uyulması lazım, göz önünde tutulması lazım dedi. Peki, bunun sonucu ne, yaptırımı ne? Bunlara çok değinilmedi. Zannediyorum ki, değerli Anayasa hukukularımızın işin bu yanını da giderek daha açmaları gerekir.

Sayın Bertil Oder Hanım, yöntem konusu itibariyle bu işlere yaklaştığını söyledi ve uluslararası insan hakları sistemine uygunluk çerçevesinde bir yorum yöntemi şekliyle ifade etti, ama bu uluslararası hukuk belgelerinin, antlaşmaların tam yorumunun bizim anayasal sistemimizde ne olması gerektiği ve bunların etkisi nedir hukuksal bakımdan? Çok değinilmedi. Ben bunu birazcık iteklemeye çalışacağım, bu konuyu ve özellikle şunu söyleyeceğim. Sayın Yücel de söyledi, hepimiz zaten biliyoruz. Anayasanın 90. maddesinin son fıkrasında, 2004'de eklenen şekliyle, temel hak ve özgürlüklere ilişkin antlaşmalar çatıştığı takdirde, yasalara üstündür, esas alınır. İşte onun için anayasacı olmak lazım. Ben yandan girdiğim için, böyle noksanlı konuşabiliyorum, kusura bakmayın.

Şimdi o zaman, bu uygulanacak demektir. Bu uygulanacak, yani antlaşma uygulanacak demektir. Antlaşma uygulanacak denildi ise, sadece bir yöntem şeklinde değerlendirildiğinde, yorum yöntemidir, vazgeçebiliriz, değerlendirebiliriz mealinde olmadığını zannediyorum. Bertil Hanım zaten kafasını sallıyor, evet öyle değil diyor. O zaman bunun bağlayıcı gücünü, etkisini bizim anayasa sistemimizde de mahkemelerimizin göz önünde tutması ve uygulaması lazım. Yani bu artık hâkimin tercihinin bırakılmış bir şey değildir. Hâkim bir uluslararası antlaşmayı, işte Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi mahkemesinin vereceği kararı, kendi kişisel değerlendirmesi gibi ele alamaz, bunu uygulamak zorundadır.

Bunun yaptırımı var mı? Evet. Eğer Anayasa Mahkemesi'ne de gitse bundan sonra bireysel başvuru yoluyla, Sözleşmeye aykırılık durumu devam ederse, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önüne çıkacaktır. Birincisi, bu uluslararası antlaşmalarla ilgili yorumların bağlayıcı olduğunu, Anayasa hukukçularımızın ayrıntısıyla ve bizim iç hukuk sistemimizdeki etkisiyle geliştirmesi, incelemesi doğru olacaktır.

Bunun dışında, Anayasa hukukçusunun normalde aklına gelmeyecek öteki tarafı için. Yani tarafların ortak yorumunun, otantik yorum adı altında bağlayıcı olması, mahkemeler bakımından. Siz farz edelim bir mahkeme değil, ama Birleşmiş

KAMU HUKUKÇULARI PLATFORMU

HÜSEYİN
PAZARCI'NIN
KONUŞMASI

Milletler İnsan Hakları Sözleşmesi. Onlara da tarafız, onların mahkemesi yok. Farz edelim bütün taraflar ortak bir yorumda anlaşılabilirler. Bunu böyle anlayıp, uygulamazsanız, o zaman Anayasa Mahkemesi olarak veya diğer mahkemeler olarak, kusurlu konuma düşecek hale getirirsiniz ülkemizi. Çünkü Türkiye Cumhuriyeti, o otantik yorum çerçevesinde bağlıdır, bu “ilke kural” öyle anlaşılmalıdır ve buna uyulması gerekmektedir. İşin bu tarafını dikkatlerinize sunmak istedim. Uluslararası hukuk, hele 50’li yıllara kadar biraz böyle siyasi tarih gibi anlaşıldığından, hukuk bile sayılmazdı, ama emin olun mutfağına girip, uzun süre çalışırsanız, hakiki hukuk olduğunu görürsünüz ve Anayasa hukuku kadar gelişmemiştir, ama geliştirmemiz lazımdır. Özellikle de iç hukukta, bu uluslararası hukukun bu verilerini de doğru değerlendirmemiz gerekmektedir.

İkinci değineceğim nokta, özel olarak Anayasa yorumuyla ilgili değil, ama Anayasa hukuku çerçevesinde de başa gelebilecek bir durumdur. Şimdi özellikle baktığımızda, birtakım antlaşma hükümlerini mahkemeler uygulama yoluna gider ve bu konuda kendileri de yetkilendirilmiştir. Bu yetkiyi kullanırken mahkemeler, bu işte Anayasa Mahkemesi için de bir gün söz konusu olur, ama iç hukukumuzda rastlanan sorunlar var. Bazı haller vardır, kuralın uygulanması konusunda hüküm, şu haller gerçekleşti ise, mealinden bir koşul-kurallar koyarlar. O hallerin gerçekleşip, gerçekleşmediğini kim saptayacak? Bizdeki bugünkü hâlihazır sistemde, bunu mahkemeler kendileri saptar. Size yaşadığım bir örneği aktarayım. Yani yaşadığım dediğim, tanık olduğum bir örneği. Şimdi boğazlardan, Montrö Boğazlar Sözleşmesine göre geçilir. Montrö Boğazlar Sözleşmesi savaş durumu, barış durumu, Türkiye’nin savaşa girmesi riski vesaire gibi, ayrımlar yapar. Savaş durumunda der ki, Türkiye Cumhuriyeti’nin yasaları geçerli olacaktır.

Şimdi boğazlardan geçen, Karadeniz’den gelip, Kıbrıs Rum bandıralı bir geminin taşıdığı gemi üzerinde silah bulunuyor. Normalde boğazlarda denetleme, kontrol yetkisine sahip değiliz Montrö Sözleşmesi çerçevesinde. Boğazlardan transit geçiş sırasında, ama böyle bir ihbar almış anlaşılabilir güvenlik

kuvvetleri, kontrol ediyorlar. Tam boğazların içinde geçiş sırasında. Yakalıyorlar silahları ve ondan sonra İstanbul Ticaret Mahkemesi'ne gidiyor. İstanbul Ticaret Mahkemesi hangi mahkeme olduğunun ayrıntısını unuttum şimdi, bakıyor olaya, müsadere edilmesine silahların karar veriyor. Müsadere edilmesine karar veriyor. Gerekçe olarak da kararını işte savaş halinde bulunduğu için Türkiye'nin Güney Kıbrıs Rum yönetimiyle şeklinde bir değerlendirme üzerine kuruyor yorumunu. Türk yasaları geçerli, ben de Türk yasasını uyguladım diye.

İş burada kalsa yine iyi, ama dış politika denilen bir şey var. Uluslararası ilişkiler denilen bir şey var, onun kendine özgü hem siyasi, hem de hukuki verileri var. Bugünde de bazı hatalar yapıyorsa, yetkililerimiz tarafından bunların iyi bilinmemesinden ileri gelmektedir bazı işler. Şimdi bu çerçevede böyle yapınca, mahkeme bu kararı verince, adını söylemeyeceğim bir devlet, o silahlar bilmem ne bandıralı, tamam Rum gemisindeydi, ama onlar bana ait diyor. Sen Boğazlar Sözleşmesi'ne ilişkin bir karar verdin. Bence doğru olmayan bir karardır, uluslararası hukuka aykırıdır. Biliyorsunuz uluslararası hukukta, zarar karşılık (reprisal), dediğimiz bir yöntem var, geçerli olan bir kural. Sen uluslararası hukuka aykırı bir işlem yaptıysan, ben de sana aynı şekilde uluslararası hukuka aykırı düşen, ama senin yaptığının beni haklı kıldığı (jüstifiye ettiği), hukuk bakımından meşru kıldığı bir eylemde bulunacağım, ben de senin bilmem nere limanındaki bir-iki gemine el koyuyorum dedi. Ayıklayın pirincin taşını.

Yani şimdi mahkemeler bir siyasi nitelikli, devletin gerektiğinde eylem veyahut da karar verdiği bir işte devreye girerse, böyle sorunlarla karşılaşılıyor. İngiliz bunu çözmüş. Dış İşleri Bakanlığı'na soruyor. Biz de Allah için çok doğru mu yaparız, Dış İşlerine sorulursa. Ondan da her zaman emin değilim. Tarafgir cevap verir hükümet talimatıyla diye, ama böyle sorunlarla karşılaşılıyor ve dolayısıyla bizim Anayasal hukuk düzenimizin, erkler ayrılığı gibi ilkeler de hesaba katılarak, bu konuların başta Anayasa olmak üzere, iç hukuk ve uluslararası hukuk arasındaki bu verilerin bir çözüme bağlanması gereki-

KAMU HUKUKÇULARI PLATFORMU

HÜSEYİN
PAZARCI'NIN
KONUŞMASI

yor. Burada genç arkadaşlar görüyorum, çok mutluyum. Genç arkadaşların tez konusu olarak alıp, iyice incelenmesi, Fazıl Sağlam'ın dediği gibi, sadece İnsan Hakları Sözleşmesi çerçevesine yuvarlak bakma değil, "Anayasanın içinde bu işler nereye gider, nereye kadar gider?" konusunun ortaya çıkarılması gerekmektedir.

Bir küçük üçüncü, çok genel bir söz söyleyeceğim. Bir de biliyorsunuz uluslararası hukukla, iç hukuk arasında teorik olduğu zannedilen bir konu vardır; monist - düalist. Şimdi biz ona tekçi, ikici ayrımı diyoruz. Allah için Anayasamız herhangi bir hüküm içermiyor. Sizler bu konuya bir açıklık getirin. Çünkü şu dediğim sorunlar var ya, bunlar bazen oraya kadar çıkabiliyor. Bunun da ortaya çıkarılması lazım.

Çok teşekkür ediyorum, beni dinlediğiniz için.

Prof. Dr. FAZIL SAĞLAM (Oturum Başkanı)- Evet, Hüseyin Pazarcı'nın konuşmasından sorumlu olduğum için seviyorum doğrusu. İyi ki zorlamışım kendisini. Bazen öyle yapmak gerekiyor. Bazı arkadaşların çıkıp konuşması için onlara yumuşak bir baskı yapmak gerekiyor. Hüseyin Pazarcı'da bunu başardım.

Önceden söz almış son arkadaşımız var, Ozan Ergül. Onunla tekrar anayasa hukukuna dönüyoruz. Ozan'dan sonra bugün söz alanlara sırayla söz vereceğim.

OZAN ERGÜL'ÜN
KONUŞMASI

Yrd. Doç. Dr. OZAN ERGÜL (TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakültesi)- Teşekkür ederim Sayın Hocam. Değerli hocalarım, sevgili meslektaşlarım; sözlerime başlarken hepinizi saygıyla selamlıyorum. Ben de tebliğlerle ilgili birkaç ufak katkıda bulunmak, zihnime takılan bir iki soruyu gündeme getirme şansımı kullanmak adına söz istemiştim önceden. Sırayı takip ederek gidecek olursak, önce Kemal Hocamın tebliğiyle ilgili birkaç sorum, yorumum olacak.

Şimdi Değerli Hocam, tebliğin dördüncü sayfasında "Metnin ne anlama geldiğini söylemez" diyor. Metnin bu nedenle yorumlanması icap ettiğini söylüyor. Değerli Hocamı tanıyanlar,

onun genelleme yapmayı çok sevdiğini bilirler. Belki bu o alışkanlığın bir ürünü, ama yorumla, hermenötikle uğraşanlar bilirler ki, bir *intentio operatis* vardır, bir de *intentio lectoris* vardır. Yani bazen metinler ne anlama geldiklerini kendileri söylerler. Bir muhakeme, bir yoruma gerek göstermezler. Dolayısıyla bu durum, bazen hukuk metinleri için de söz konusu olabilir diye düşünüyorum. İllaki yorum gerekmez. Bu özellikle yoruma çok sıcak bakmayan Değerli Hocamın, belki de metnin kendi anlamını ortaya koyduğu ve dolayısıyla dışarıdan yorumlanma ihtiyacının olmamasına işaret etmesi nedeniyle de *intentio operatis*, önemli diye düşünüyorum.

Şimdi Değerli Hocam yorum ilkeleri adı altında pek çok ilkeyi, aralarında bilmediğimiz ilkeler de olmak üzere derli toplu bir şekilde sunmuş. Aslında bu çok büyük, içinde bir sürü alet olan bir alet takım çantasına benzetilebilir. Fakat bu içinde boy boy tornavidalar, boy boy penseler, boy boy İngiliz anahtarları olan alet takım çantasının, ben her durumda her şeyi çözebileceğine çok açıkçası ikna olmadım. Fazıl Hocamın bu anlamda söylediklerine katılıyorum. Elimizde pek çok alet olmasına rağmen, bu aletlerin herhangi biriyle çözemeyeceğimiz sorunlar, günlük hayatta karşımıza gelebilir. Elimizdeki hiçbir tornavidanın, hiçbir İngiliz anahtarının açamayacağı, bu yorum ilkeleri çerçevesinde içinden çıkamayacağımız bir sorunla karşı karşıya gelebiliriz.

Örneğin, Değerli Hocam tebliğinin 18. ve 19. sayfasında “*sıfatı asliyenin değil, sıfatı arızanın varlığı ispata muhtaçtır*” diyor. Daha sonra da “*Bir kişinin sigara içtiğini iddia eden var ise, onun bu iddiasını ispatlaması gerekir*” diyor. Şimdi bu genelleme, bazen tekil olaylara ve gerçek hayata uyarlandığında bir sorun ortaya çıkmasına sebep olabilir. Örneğin, üniversitemdeki odamda sigara içmiş olsam ve izmaritini de camdan dışarı atmış olsam, iki dakika sonra da bir denetim görevlisi, kimliğini de gösterecek, bu odada sigara içmişsiniz dese, oda buram buram sigara dumanı kokmasına rağmen, kendisine “*sıfatı asliyenin değil, sıfatı arızanın ispatı gerekir*”, siz benim sigara içtiğimi ispat edin mi diyeceğim? İzmarit yok, ama oda buram buram sigara

KAMU HUKUKÇULARI PLATFORMU

FAZIL SAĞLAM'IN
KONUŞMASI

dumanı kokuyor ve diyelim ki, benden önce odanın tek anahtarını bulunduran temizlik görevlisi geldi ve o içmiş olabilir dedim. Fakat bunu ispat edemedim. Yani temizlik görevlisinin o gün izinli olduğu ortaya çıktı vesaire. Burada artık o odada benim yetkim altındaki, bana tahsis edilmiş odada benim sigara içtiğim neredeyse kesindir. Dolayısıyla bunun ispat edilmesine gerek var mı? Bu bir sıfatı arıza diye. Tekil bir olaya uyarlanma açısından bence çok yeterli olmayan bir genelleme, bir kural.

Bunun dışında Değerli Hocam 21. sayfada “*Kendiliğinden istisna olmaz, istisna konulmalıdır*” diyor. Daha sonra “*istisna kuralı koyan makam tarafından konulabilir*” diyor. Tabii Anayasa hukuku olduğu için temel meselemiz, temel sorunsalımız, burada kurallar kademelenmesi de devreye giriyor. Zaten Hocam da açıklamalarının içeriğinde, normlar hiyerarşisinin farkında olarak Anayasa, yasa hiyerarşik yapısı çerçevesinde de bu kuralı koyan istisnayı koymalıdır, kural işte Anayasayla konulmuşsa, dolayısıyla istisna da onunla konulmalıdır gibi açıklamaları yapıyor.

Fakat bu noktada yine bazı muhtemel sorunlar bizi bekliyor diye düşünüyorum. Neden? Çünkü oy hakkını düzenleyen 67. madde, genel oy ilkesi çerçevesinde, demokratik Cumhuriyetimizin de temeli olan oy hakkı tanınıyor, Anayasa bunu vatandaşlara veriyor, bahşediyor. Diyor ki, oy hakkına sahipsiniz, buna ilişkin genel ilkeleri de veriyor. Daha sonra 4. fıkrada, bu hakkın kullanılması kanunla düzenlenir diye Emrah Hocamın basit yasa kaydı dediği, ama sınırlamaya da imkân verip vermediği de son derece tartışmalı bir düzenlemeye yer veriyor. Düzenleme kelimesine dikkatinizi çekmek isterim, sınırlanır demiyor, düzenlenir diyor. Böyle bir düzenlemeye yer veriyor, 67. madde.

Şimdi hal böyleyken, neden oy hakkının liyakatli olma ya da seçmen kütüğüne kayıtlı olma ya da kimlik gösterme, hatı TC kimlik numarası olan kimlik gösterme ya da parmağına

uzun bir süre çıkmayan boya sürdürme şartlarına bağlı olarak kullandırılmasına kimse karşı çıkmıyor? Kural, yani hak ve özgürlük açısından oy hakkının verilmesi Anayasayla yapılmış, ama buna istisnalar, yani oy hakkının kullanılamayacağı durumlar yasayla düzenlenmiş.

Amerika Birleşik Devletlerinde bu çok ciddi sorun olmuştur. Seçmenlere oy kullanmadan önce kimlik gösterme mecburiyetinin getirilmiş olması, oy hakkına dolaylı bir engel olarak görülmüş ve eleştirilmiştir. Neden? Kimlik göstermezseniz oy kullanamazsınız. Dolayısıyla oy hakkından mahrum kalmış olursunuz, oy verme hakkınız elinizden alınmış olur. Kemal Hocamın kitabında da bu hallerin, yani liyakatsizlik, yaş Anayasadan kaynaklanıyor o ayrı, ama seçmen kütüğüne kayıtlı olma gibi durumların, pekâlâ yasayla konulmasına rağmen, oy hakkına istisna getiren düzenlemeler olmasına rağmen, mahiyetleri itibariyle kabul gördüğünü görüyoruz.

Peki, bunda yadırganacak bir şey var mı? Yok. Neden yok? Çünkü burada iki değer çatışıyor. Bir tarafta demokrasinin gereği olan oy hakkı, genel oy ilkesi çerçevesinde ayrımsız, herkese tanınmış oy hakkı, Anayasada belirtilen yaş sınırına, koşuluna uyan herkesin bu hakka sahip olması, vatandaşlar itibariyle. Öbür tarafta bu seçimlerin dürüst, adil seçim ilkelerine uygun yapılması gereği; yani bunlara hile karıştırılmamasına ilişkin değer; öbür tarafta seçmen kütüğüne kayıtlı olmadığı için oy kullandırılmayan bir vatandaşın oyunu kullanamamak nedeniyle mahrum kalmasından doğan zarar ya da o kapsamdaki değer. Şimdi bunlar çatıştığında, takdir edersiniz ki, seçimlere hile karışmaması, demokratik sürece, böyle bir hile karıştırılması halinde verilecek zarar, tek bir bireyin oy hakkından mahrum kalmasına üstün gelecektir. Dolayısıyla yasayla getirilse bile, böyle bir istisnayı biz kabul edebiliriz, bunu haklı görebiliriz, bunu meşru görebiliriz. Dolayısıyla kural neredeyse, istisna da oradadır ya da öyle olmalıdır gibi bir genel geçer saptamanın da her zaman gerçek hayata uymayabileceğini iddia edebiliriz.

Bunun dışında Hocam 27. sayfada “*Kanun koyucu, koyduğu kuralı koymak isteseydi, bunu açıkça yapardı*” diyor. Tabii, bu herhalde bizim yasa koyucumuz açısından ancak bir iltifat olarak kabul edilebilir. Çünkü Türkiye’de yasama sürecinin nasıl işlediğini izleyenler için ve burada da çoğunluk kamu hukukçusu olduğuna göre, izledikleri için, parlamentomuzun yasa yaparken gerçekten neyi söylemek istediği, neyi söylememek istediği konusunda belirsizlikler, tüm hukukçuları meşgul ediyor, hatta özel hukukçuları da. Bunlardan bir kısmı sabah da aramızda vardı, bizim dekanımız da buradaydı mesela. Borçlar Hukukuyla ilgilenenler arasında, Türk Borçlar Kanunu’nun lafzından ya da gerekçesinden ne amaçlandığı anlaşılamadığı için ciddi tartışmalar yaşanmaktadır. Dolayısıyla bu kadar net bir ifade, ancak iltifat olabilir diye düşünüyorum. Bu iltifatı hak ediyor mu parlamentomuz? O da ayrı bir tartışma konusu.

Bunun yanında Değerli Hocam 29. sayfada bir örnek çerçevesinde; milletvekillerinin küfür teşkil eden sözlerinin, Anayasanın 83. maddesinin koruması altında olduğunu söylüyor. Bu çerçeve de demek ki, bir milletvekili kürsüye çıksa ve bize hakaret etse, bunun karşısında hukuken biz tamamen korumasızız. Böyle bir şeyi kabul etmek mümkün mü? Bence değil. Burada da bir hak çatışması vardır. Milletvekilinin, milletvekili olmak nedeniyle sahip olduğu kürsü masuniyetiyle ve bunun hizmet ettiği değerlerle, vatandaşların kişiliklerinin korunması, bunların çatışması söz konusu olur. Eğer bir milletvekili kürsü masuniyetine sığınıp, bir başkasına sövmeye fiilinde bulunursa bu eylemi korunmaz. Dolayısıyla ben bu saptamayı da, en azından hak çatışmasını göz ardı ettiği için kabul edemiyorum.

Bunun yanında, Değerli Hocam 31. sayfasında tebliğinin, değişmez hükümler kapsamında Anayasanın 4. maddesinin değiştirilebileceğini, kanun koyucunun aksini isteseydi, 4. maddeyi de koruma hükmüyle donatabileceğini söylüyor. Bunun yapılmamasından hareketle, 4. maddenin de değiştirilebileceğini savunuyor. Dolayısıyla 4. madde değiştirildikten sonra da, değişmez hükümler olarak kabul edilen 1., 2., ve 3. maddelerde değişiklikler yapılabileceğini belirtiyor.

Şimdi hal böyle olmakla birlikte, 1982 Anayasasının yapım aşamasında danışma meclisinde bu konunun tartışıldığını biliyoruz ve bu konu tartışıldığı gibi, üstelik de o tarihte iş o raddeye gelirse, yani 4. maddeyi değiştirir, ondan sonra ilk 3 maddeyi değiştiririz denecek olursa, 4. maddeye de bir koruma hükmü koyalım denildiğinde, efendim iş o raddeye gelirse zaten 4. maddeye de koruma hükmü koysanız ne olur, koymasanız ne olur diyerek, bu talebin geri çevrildiği görülüyor. Bir diğer nokta da, eğer tek başına bu argüman geçerliyse, o zaman niye başka ülkelerden örnek veriyoruz. Değerli Hocam çünkü iki tane ülkeden örnek vermiş, benim de bildiğim bir örnek daha var. Örnekler şu çerçevede: Değişmez hüküm koymuş bazı Anayasa koyucular, ama sonra da demişler ki, bu maddeyi de değiştiremezsin. Yani bizim Anayasamızdan örnek verecek olursak, 4. maddemize biz eğer deseydik ki, bu maddeyi de değiştiremezsin, sadece 3 maddeyi değil. O zaman Hocamızın verdiği örneğe uygun bir örnek olacaktı, ama öyle değil. Bu örneklerin sayısı dünya anayasaları içinde bir elin parmağını bulmuyor, ama hepimiz biliyoruz ki, 180 küsur ülkenin yazılı anayasası var ve pek çoğunun da değişmez hükümlerle donatılmış, koruma altına alınmış hükümleri var. Sadece birkaç tanesinde bu hükmü de değiştiremezsiniz diye ek bir koruma hükmü getirildiğini görüyoruz. Durum böyle olunca, değişmezlik kuralı getiren düzenlemeye ilişkin bir değişmezlik yasağı kabul etmiş az sayıda ülke dışındaki tüm diğer ülkelerde değişmezlik yasağının değiştirilmesi suretiyle değişmezlik kuralı etkisiz hale getirilebilir denebilir mi? Bence böyle bir "yorumu" kabul etmek mümkün değildir.

Bunun dışında, değerli hocam 35. sayfada, kanun hükmünde kararnamelerle ilgili düzenleme sınırı kapsamında bir hak ve özgürlüğün mahiyetine ilişkin tereddüt oluşursa, söz konusu konunun istisna kapsamına girdiğini söylüyor. Yani kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenemeyecek bir konu olarak değerlendirilmesi gerektiğini söylüyor. Tabii bu noktada bir hak ve özgürlüğün nitelendirilmesi konusunda tereddüdün doğması, bizatihi o konuda bir yoruma ihtiyaç olduğunu gösteriyor. İşte mesela sendika hakkı; bir sosyal hak mıdır, yoksa

KAMU HUKUKÇULARI PLATFORMU

OZAN ERGÜL'ÜN
KONUŞMASI

bir klasik hak mıdır? Dernek kurma özgürlüğüne mi benzer, yoksa başka bir şey midir, sosyal hak mıdır tartışması. Şimdi bunları elimizdeki alet çantasındaki aletlerin hiçbirisiyle çözme şansımız yok diye düşünüyorum. Dolayısıyla böyle bir tereddüt varsa, bu ancak o hakkın mahiyetine ilişkin yorumlamayla çözülebilecektir.

Değerli Hocama hoşgörüsü için teşekkür ediyorum ve Emrah Hocamın tebliğiyle ilgili çok kısa bir-iki şey söyleyeceğim. O da şu: Tabii Emrah Hocamla biz bu yılın Ocak ayında, Ankara Barosunun düzenlediği Uluslararası Hukuk Sempozyumunda da beraberdik. Benim orada kendisini dinleme şansım olmamıştı, hâlâ da basılmadı diye biliyorum, o tarihte okuyamamıştım da tebliğini. Çünkü ben tebliğimi sunup, çıkmak zorunda kalmıştım oturumdan, ama kendisi beni dinlemişti. O zaman da söylemiştim. Şimdi burada şöyle bir yaklaşım farkı var. Özellikle 2000'li yıllardan itibaren Batı doktrininde, bu Robert Alexy, Müller gibi teorisyenlerin başını çektiği, uygulamada da Alman Anayasa Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve diğer Avrupa'daki pek çok Anayasa Mahkemesinin ve Anayasa metinleri ya da uluslararası temel hak ve özgürlükleri ilişkin metinlerin benimsediği, temel hak ve özgürlükler yaklaşımı eleştirilmekte.

Dolayısıyla burada bunlar sanki genel geçer doğruymuş gibi ifade edilmesine ilişkin bir rezervasyon koymak gerekir diye düşünüyorum. Buradaki temel sıkıntı şu: Emrah Hocam mesela işte yöntem, yöntembilim filan gibi terimler kullanıyor. Bu tabii bilimselliği çağrıştırıyor. Fakat burada da bir bilimsellik olduğu yine de şüpheli. Yani metodolojik hareket etmek adına ki, Emrah Hocamın yaptığı çok önemli bir şey diye düşünüyorum. Neden? Çünkü Anayasa Mahkememizin bir muhakeme süreci izlemediğini bize kanıtladı kendisi. Yani Anayasa Mahkememiz disiplinli bir muhakeme süreci, temel hak ve özgürlüklerle ilgili bir sınırlama söz konusu olduğunda izlememektedir.

Oysa bugün işte Alman Anayasa Mahkemesi olsun, diğer Anayasa Mahkemeleri olsun, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi olsun, bir temel hak ve özgürlük sorunu olduğunda, bu

muhakemeyi biz onların kararlarında izleyebiliyoruz. Fazıl Hocam eleştirdi akademisyenlerimizi. Dedi ki, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarını deşiyorlar. Neden? Çünkü onları incelemek daha kolay. Türk Anayasa Mahkemesinin kararından bir şey çıkarmak çok zor, sistematik değil çünkü. Belli bir muhakeme silsilesi takip etmiyor.

Oysa nedir bu silsile? Hak ve özgürlük verilmiş. Görünüşte bizim böyle bir hak ve özgürlüğümüz var, ama bu hak ve özgürlüğün belli, somut bir uygulanması halinde, bize deniyor ki hayır bu şekilde uygulayamazsın bunu, bu şekilde kullanamazsın bu hak ve özgürlüğü. Kanunla bir sınırlama getiriliyor ya da bir başka grubun ya da kişinin hakkıyla bir çatışma olduğu söyleniyor ve bize deniyor ki; böyle bir hakkın yok ya da var. Bu mahkemenin önüne geldiğinde; bir, sınırlama var mı, müdahale var mı? Bu müdahaleyle tabii sınırlama arasında da fark gözetilen çalışmalar var teorik. Ondan sonra da bir nedene bağlı mı, Anayasadaki sayılmış bir nedene bağlı mı? Daha sonra da sınırlama varsa, bu meşru bir sınırlama mıdır, haklı bir sınırlama mıdır, yoksa değil midir? Tartışmasını yapıyor. Bunu yaparken de, işte pratik uyuşum, dengeleme vesaire gibi yöntemleri, muhakeme süreçlerini izliyor, araçlarını izliyor.

Bizim Anayasa Mahkememizde, Emrah Hocamın çok güzel gösterdiği gibi, böyle bir muhakeme silsilesini izlemek mümkün değil. Sınırlamadan, hak çatışmasına girmesi gerekirken, birden hukuk devletine geçip, 13. maddeyi filan da atlayıp, birden işte bu haklıdır diyor veya devletin işte müdahale hakkına geçiyor, bu sınırlama doğrudur diyor vesaire. Konusu sevimsiz olmakla birlikte, tütün yasağıyla ilgili karar, gerçekten ıskalanmıştır bu anlamda. Keşke bir yerinden tutturabilseydi Anayasa Mahkemesi bu muhakeme zincirini.

Buna değinmişken, şunu söylemek isterim: Tabii Emrah Hocam şey dedi, özgül kullanımlar ya da özgül somutlaşmalar çerçevesinde, bütün varsayımların dikkate alınmasından söz etti, ama aslında buradaki norm somutlaşması, yani temel hak ve özgürlüklerin norm alanı nedir? Örneğin seyahat hürriyeti,

örneğin ifade hürriyeti. Bunun aslında önceden bilinebilir olması mümkün değildir. Dolayısıyla temel hak ve özgürlüklere ilişkin düzenlemeler ucu açık düzenlemelerdir. Örneğin çok yakın tarihli bir çalışmada, bu özelliğe işaret ederek, müzakere edilebilir anayasa kavramı ortaya çıkmıştır.

Yani temel hak ve özgürlüklere ilişkin proje, natamam bir projedir. Zaman içinde içi doğrulacak bir projedir. Bu da ancak siyasal anayasacılık çerçevesinde, siyasal organların yapabileceği bir şeydir diye bir görüş vardır. Kitaplar yazılmaktadır bu konuda Batı doktrininde. Burada benim itiraz ettiğim şu: Bir normun bu şekilde bütün boyutlarıyla somutlaşması mümkün değildir, bir karar üzerinde. Bu natamam proje, her bir kararla bir bölümü somutlaşmak suretiyle tamamlanmaktadır. Dolayısıyla bütün varsayımların bir kararda dikkate alınması söz konusu değildir, mümkün değildir diye ufak bir itiraz ya da açıklama kabul ederlerse yapmak istiyorum.

Bunun dışında Bülent arkadaşım eşitlikle ilgili Anayasa değişikliğinin tutanaklarını okudum dedi. Burada söylemedi, ama ben katkıda bulunmak adına söylemek isterim. 2010 Anayasa değişikliğini çok önemseydiğini söyledi. Bu amaçla alınan tedbirler Anayasaya aykırı değerlendirilemez ya da Anayasaya aykırı olamaz biçimindeki düzenlemeyi kast ediyor. Bu düzenleme 2004'de teklif edilmiş, ama reddedilmişti. O dönemde İçel milletvekili olan, eski Hocamız Sayın Oya Araslı ve arkadaşları bu teklifi yapmışlardı, ama o tarihte reddedilmişti. Aradan 6 yıl geçtikten sonra ne olduysa, o düzenleme eşitlikle ilgili düzenlemeye bir koruyucu hüküm olarak getirildi. Bunu da bir not olarak eklemek istedim.

Sabrınızı zorladığım için özür dileyerek, teşekkür ederim.

Prof. Dr. FAZIL SAĞLAM (Oturma Başkanı)- Ozan Ergül'e aktif katkıları için teşekkür ediyorum. Böylece önceden söz almış olan arkadaşları tamamlamış bulunuyoruz. Keşke Mithat Sancar da gelebilmiş olsaydı. Bugün söz alanlardan ilki Rona Aybay. Kendisini kürsüye davet ediyorum. Arkasından Ahmet Ulvi Türkbay, onun arkasından Ülkü Azrak geliyor.

Prof. Dr. RONA AYBAY- Sayın meslektaşlar, önce yıllardır

bir arada bulunamadığım sevgili ve saygıdeğer meslektaşım Hüseyin Pazarıcı'yı cebren ve hileyle konuşturduğu için, yine değerli meslektaşım, sevgili arkadaşım Fazıl Sağlam'a teşekkür etmek istiyorum. Hüseyin Beyle uzun zamandır böyle bir toplantıda bir arada olup, kendisini dinleme fırsatı bulamamıştım.

Şimdi Kamu Hukukçuları Platformu toplantılarına ilk hazırlık aşamasında, karınca kararınca katkıda bulunmaya çalışmıştım. Sevgili halefim, değerli meslektaşım Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Merkezi Başkanı Av. Serhan Özbek'e bunu anımsayıp, burada dile getirdiği için özel şükranlarımı sunuyorum. Çünkü vefa duygusu Türkiye'de pek sık rastladığımız bir şey değil. Bu vesileyle ben de bir vefa borcunu dile getirmek isterim. Benim başkanı olduğum zaman arkadaşlar hatırlayacaklar gayet tabii, Av. Cengiz İlhan bizim Bilim Danışma Kurulu üyemizdi. Sayın Prof. Dr. Kemal Gözler Mecelle'den çok sık bahsetti. Bu vesileyle ben de Cengiz İlhan'ı anımsadım. Onun Mecelle'yle ilgili çalışmaları vardır. Eğer görmeyenler varsa tavsiye ederim, yayımlanmıştır da. Kendisini de saygıyla anmaya bir vesile oldu.

Şimdi vaktimi aşmak, sizlerin sabrınızı kötüye kullanmak istemiyorum. Onun için mümkün olduğunca kısa konuşmaya çalışacağım, ama genellikle şöyle denir. Hani birisi kısa konuşacağım dedi mi eyvah deyin, uzun konuşacaktır. Öyle yapmaya çalışacağım. Sevgili Fazıl dostuma da söyledim. Ben bu ismi pek beğenmedim "*Norm somutlaşması*" sanki Almancadan çeviri gibi geliyor bana. Hani buna kuralın, soyut kuralın, somut olayda uygulanması filan gibi bir şey söylene, daha iyi olurdu diye düşünüyorum. Belki yanılıyorum, bilmem.

Aslında sunumumda, şu anda yapacağım, yapmakta olduğum sunumda, Sayın Prof. Dr. Kemal Gözler'in tebliği hakkında bazı şeyler söylemek istiyordum, ama ister istemez işe başka şeyler karıştı. Bülent Yücel'in tebliği, arkadan sevgili dostum Hüseyin Pazarıcı'nın o konuyla ilgili söyledikleri karşısında, 90. maddenin son fıkrası konusunda da bir şeyler söylemeye kendimi mecbur hissettim, ama o konuda özellikle kısa konuşacağım. Çünkü bırakırsanız sabaha kadar konuşabi-

lirim. Bu konuda Türkiye’de en fazla yayın yapmış ve en fazla ihmal edilmiş bir kimse olduğumu düşündüğüm için. Onu bir kenara bırakıyorum, vaktim elverdiğinde kısaca değineceğim.

Şimdi sayın meslektaşım Kemal Gözler, hakikaten yazar olarak da, konuşmacı olarak da etkileyici, sürükleyici, ama bir de eski deyimle çok velut, hani çok üreten bir hukukçu. Kendisini takdir etmemek mümkün değil, gayet tabii bu nitelikleri dolayısıyla, ama bütün takdir duygularıma karşın, Gözler’in hukuk anlayışıyla, kendi hukuk anlayışım arasında oldukça değil, bayağı çok büyük derin çelişkiler, farklılıklar, hatta isterseniz uçurum olduğunu söylemek zorundayım. Biraz sonra açıklamaya çalışacağım.

Şimdi işte hoca olarak derslerde kullandığımız belli kalıplar vardır, teşbihler vardır eski deyimle; hani benzetmeler. Bunlar bize yardımcı olur, bir konuyu öğrencilere aktarmak, kolay anlatmak açısından. Sayın Gözler de bu yöntemi kullandı. Hiç yadırganacak, eleştirilecek hiçbir şey değil. Herkesin her zaman öğretici durumunda olanların alışkanlığı haline gelmiştir. Kendi görüşlerini açıklarken, bir kalıba başvurdu. “Maç sürerken kural değiştirilmez” bu da sık yapılan teşbih yoluyla bir konuyu anlatmakta yardımcı olarak başvurulan bir yöntemdir. İlk bakışta pek güzel, pek doğru gibi görünüyor, pek mantıklı, güzel bir ilke gibi görünüyor, ama biraz yakından bakınca, acaba ne kadar geçerli gerçek hayatta? Bir düşünmek lazım diyorum.

Yani bir mecaz olarak, bir teşbih olarak “maç devam ederken kural değiştirilmez” güzel, ama hukuk kuralı olarak düşünüldüğünde, acaba ne kadar geçerli? Şimdi hukuk kuralları hepimizin bildiği gibi, toplum yaşamını düzenlemek için yapılır. Toplum ilişkilerini, toplum içindeki insan ilişkilerini, toplum yaşamına yön vermek üzere yapılır ve toplumda arkadaşlar maç hiç bitmez. Yani maçın bittiği an yoktur. Siz hangi anda kural koyarsanız veya aynı anda kural değiştirirseniz değiştirin, yaşam devam etmektedir. Dolayısıyla bu kural pek geçerli değil. Nitekim iyi hukukçular, yani iyi hukukçuların elinden çıkmış yasa metinleri, çoğu zaman geçiş hükümleri, eski deyimle intikal hükümleri denilen hükümler içerir. Maçın devam

ettiği de zaten oradan belli. Yani yasa yapılırken geçiş hükümleri konur, eski kurallar ne ölçüde geçerli olacak? Kısacası bir yasa çatışması sorunudur, eski yasayla yeni yasa arasındaki sorun.

Benzeri şeyler mesela, önce etkili yasa yapılmaz, kanunlar Anayasaya aykırı olamaz gibi ilk bakışta çok doğru gibi görünen şeyler vardır. Hiç de doğru değildir, kanunlar Anayasaya aykırı olmazsa, Anayasa Mahkemesine ne lüzum var. Anayasaya aykırı kanunlar yapılır ki, Anayasa Mahkemesi denetlesin. Önceye etkili yasa yapılmaz da, ilk bakışta çok doğru gibi görünse de, hepimiz biliyoruz ki pekâlâ, işte intibak hükümleri filan denir böyle, eski yasayla yeni yasa arasında. Eskiye, geçmişe yürüten bazı hükümler olması nedeniyle.

Değerli meslektaşım Kemal Gözler, Öklit geometrisinden söz etti. Şimdi en başta da söyledim, kendisine bütün takdir duygularıma, saygıma karşın, hukuk anlayışımız arasında derin farklılıklar var. Öklit geometrisinden söz etti, örnekler verdi, güzel çizimler de yapmış. Doğrusunu isterseniz ortaokulda, lisede en sevdiğim derslerden biri değildi matematik ve dolayısıyla geometri, ama o zamanlardan kalma bilgimle şunu söyleyebilirim: Öklit geometrisi düzlem geometridir, yani iki boyutludur. Oysa Öklit geometrisine rakip başka geometriler çıkmıştır. Yanlış anımsamıyorsam Labaçevski diye birinden bahsederlerdi. Dolayısıyla çok mutlak bir şey olarak almak, hele şimdi uzay çağındayız, Öklit geometrisi uzayda ne kadar geçerli? Hiç sanmıyorum ki mutlak geçerli olsun. Yani Sayın Gözler'in yaptığı benzetmeyi, ben de başka bir benzetmeyle karşılayayım. Yani uzayda Öklit geometrisinin geçerli olmadığını düşünüyorum. Dolayısıyla toplum yaşamında da böyledir. Yani Öklit geometrisi bir ölçüde belki toplumsal olayları açıklamakta yahut yasa yapmakta dikkate alınır, ama toplum çok boyutlu bir ortam. Dolayısıyla çok boyutlu kurallar veya kural yapılırken çok boyutlu öğeleri dikkate almak gerekiyor.

Sanıyorum Sayın Gözler'in temel yaklaşımı, fizik kuralları ile yahut doğa kuralları, daha geniş anlamıyla doğa kurallarıyla hukuk kuralları arasındaki biçimsel benzerliği çok abart-

KAMU HUKUKÇULARI PLATFORMU

RONA AYBAY'IN
KONUŞMASI

mak, mutlak bir eşitlik yahut özdeşlik haline getirmek. Şimdi fizik kuralları yahut doğa kuralları, insanların doğa olaylarını inceleyip, birbirleriyle ilişkilendirerek, sistematik hale getirmelerinin sonucu olarak ortaya çıkmıştır. Aslında yeni bir kural yaratmaz, var olan, esasen doğada var olan, yaşayan birtakım kuralları keşfedip deyim yerindeyse, sistematik hale getirmeye dayanır. Dolayısıyla insan aklının araştırma yöntemleri dışında, insan aklının kuralların oluşmasına, doğa olaylara bağlamında olanak yoktur. İnsan aklı olsa olsa birtakım yöntemler geliştirerek, doğa kurallarını daha iyi keşfetmeye, daha yakından anlamaya, birbirleriyle ilişkilerini daha iyi kurmaya yarar. Onun ötesinde yaratıcı bir işlevi olamaz.

Bunu hani fizyokratlar diye bir düşünce akımı yahut işte iktisat görüşü akımı vardır. Onlar şey der; insanlar lejislatör olamaz, lecisfaktör olabilir. Ne demek? Levislatör, yani yasa koyucu olamaz, olsa olsa lecisfaktör. Yani mevcut olan yasaları keşfedip, düzenleme koyabilir. Yani doğa kurallarıyla, hukuk kuralları arasında tam bir özdeşlik kurarlar. Yani sadece var olan yasaları veya olması gereken yasaları saptarlar. Oysa doğa kuralları, demin de söylediğim gibi insan istencinden, iradesinden bağımsız işler. Toplum yaşamında ise, insan istenci tek başına değilse de, çoğu zaman en önemli etken olarak değişikliklere yön verir. Dolayısıyla da, hukuk kuralları insan eseridir. Hani insan bugün yapar yarın değiştirir veya bugün şöyle yorumlar yarın böyle yorumlar; şu mahkeme şöyle yorumlar, bu mahkeme böyle yorumlar, çok mutlak değildir. Bu doğa yasalarıyla, hukuk kurallarının arasında biçimsel olan benzerliğin fazla abartılması, çok yanlış sonuçlara bizi götürebilir.

Kaldı ki, doğa kuralları bile o kadar statik değildir. Şimdi su 100 derecede kaynar diyoruz, ama deniz seviyesinde 100 derecede kaynar ve kaynatılan suyun içindeki maddelerin azlığı, şu maddenin azlığı, bu maddenin çokluğu, kaynama derecesini değiştirebilir. 100 derecede kaynayan su, belki dağ başında başka bir sıcaklıkta kaynayacaktır gibi.

Şimdi dediğim gibi, pozitif hukukçuluk bir zaman benim de kendimi pahalı hissettiğim bir anlayıştı, ama pozitif hu-

kukçuluğun bu kadar mutlak hale getirilmesini ben sakıncalı buluyorum, ama bu hukukçulara büyük bir rahatlık sağlar bir anlamda. Ben pozitif hukukçuyum kardeşim, kanun ne yazıyor, Anayasa ne yazıyor? Ben ona bakarım, ondan ötesiyle ilgilenmem demenin rahatlığını, deyim yerindeyse lüksünü sağlar pozitif hukukçuluk. Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi bir konuda kesin bir tavır almayım, şu veya bu nedenle kendi açısından uygun olmadığı zaman, bu political question'dır, siyasi sorundur, ben buna karışmam der, ama o tavır da aslında siyasi bir tavidir. Yani işin içerisine girmemek de siyasi bir tavidir. İster istemek siyasete de girmiş olur.

Buna tekrar geleceğim. Burada Sevgili Hüseyin Pazarcı'nın çok değerli sözlerine, bir küçük dipnot eklemek istiyorum. Viyana Sözleşmesi, Sevgili Hüseyin Pazarcı'nın pekiyi bildiği gibi, yorumun nasıl yapılacağına ilişkin bir kural koymuştur ki, bu çok nadir bir şey. Yani Anayasalarda, kanunlarda yorumun nasıl yapılacağına ilişkin bir hüküm, bir pozitif hüküm bulamazsınız, ama 1969 Viyana Sözleşmesinde, uluslararası antlaşmaların yorumunun nasıl yapılacağına ilişkin bir kural var. Çeşitli öğelerin dikkate alınması gerektiğini belirtiyor. Bir antlaşma, sözcüklere antlaşmanın bütünü bağlamında ve-rilecek olağan anlama uygun olarak, konusunun ve amacının ışığında iyi niyetle yorumlanmalıdır. Gördüğünüz gibi birkaç şey, yani genel bağlam, iyi niyet filan gibi. Hepsi de kendisi yoruma açık birtakım kavramlarla yorumun nasıl yapılacağını açıklamaya çalışmıştır. Sanıyorum bu belki de tek örnek benim bildiğim, ama başka çok fazla örnek olduğunu sanmıyorum bu konuda.

Başkan vaktimin dolduğuna ilişkin bir not gönderdi, onun için Anayasa madde 90'la ilgili birkaç cümle söyleyeceğim sadece. Bir kere madde esas alınır diyor arkadaşlar, üstün tutulur demiyor. Niçin üstün tutulur demek mümkünken esas alınır dediğini siz düşünün. Kapsamına temel hak ve özgürlükleri koymuş. Temel hak ve özgürlükten, Anayasada mevcut olmayan bir deyim. Anayasanın başka hiçbir yerinde temel hak ve özgürlükler yok. Ne var Sevgili Fazıl? Temel hak ve hürriyetler

var. Yani bu da özensizliği gösteriyor. Yani maddeyi yazanların ne kadar özensiz olduğunu gösteriyor.

Kaldı ki 1961 Anayasasından beri, Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası antlaşmalar zaten kanun hükmünde. Son geçen bu pazartesi günü işlemeye başlayan Anayasa şikâyeti yahut Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruyla ilgili Anayasa maddesi, daha teknik bir şekilde yazılmış. Başvuru konularını Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesiyle sınırlı tutmuş. Aslında o da eleştirilir. Çünkü Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi nedir? Protokolleri yazmamışlar. Birtakım ek protokollerin olduğunu hepimiz biliyoruz. Türkiye bunların kimine taraf, kimine değil. Hatta bir tanesi var ki, dördüncü protokol Türkiye taraf mı değil mi? O bile belli değil. Vaktim yok, anlatamıyorum. Dediğim gibi bu konu çok uzun. Zaten asıl önemli olan arkadaşlar, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin metni, bizim 82 Anayasası kadar gerici bir metindir, orijinal metni. Zaten 82 Anayasasının birçok hükmü, mesela şu serserilerle ilgili hüküm Anayasaya konulduğu zaman birçok kimse isyan etti. Canım serserilerden bahsetmenin ne yeri var Anayasada diye. Hâlbuki Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinden alınmıştı o hüküm.

Yani Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin metni, hiç de öyle ileri, aşırı özgürlükçü filan bir metin değildir. Ona ruh veren, can veren, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin içtihatlarıdır. Bizim Anayasa Mahkemesi kararları, Sevgili Ozan kardeşim, Anayasa Mahkemesi kararları çok uzun yazılıyor yahut şey dedi; tutarsız, hani başıyla sonu pek birbirini tutmuyor dedi. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları, belki teknik tutarlılık açısından iyidir de, gereksiz derecede uzundur. Ben akil kişiler, 11 kişilik Avrupa Konseyinin bir akil kişiler komitesi kurulmuştu. Bir yanlışlık eseri o komiteyi beni de katmışlar. Orada da söyledim, bir tek Yunanlı meslektaş beni destekledi. Bu kadar uzun yazmayın, ne istiyoruz? Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları, üye devletlerin mahkemelerindeki yargıçlar tarafından kullanılсын, anlaşılсын istiyoruz, ama siz öyle 50 sayfa, 60 sayfa karar yazıyorsunuz ve hayat hikâyeleri gibi neler dolduruyorsunuz içine. Hiç kimse, hele hele anadili de olmayan bir hâkim, bunu okuyum anlayamaz. Neyse ki, çok

iyi basın müşavirleri var. Ben şahsen öyle yapıyorum. Basın özetlerini okuyorum, eğer çok ilginç bir karar varsa ana metne gidiyorum. Bunu da itiraf edeyim. Herkesin öyle 100 sayfalık, 50 sayfalık karar okuyacak vakti yok bu devirde.

Peki, Sayın Başkan son bir şey daha söyleyeceğim, müsamahanız için teşekkür ediyorum. Şimdi burada yorum yöntemleri, işte hukuki incelikler konusunda konuşuyoruz. Sayın Başkanımız Atilla Sav'ın da bulunduğu bir toplantıda, geçen gün bu yine söz konusu oldu. Biz böyle acaba hukukun bu kadar ağır, saygısızca, özensizce muamele gördüğü bir ortamda, acaba melekler erkek mi, dişi mi diye tartışıyoruz, böyle ince ince hukukçular yaparak diye düşünmüyor değilim. Çünkü biliyorsunuz bir kanun metninin içine birbirleriyle ilgisiz çeşitli değişikliklerin konulduğu, kimi kanunları Resmi Gazetede yayımlanmış bazı maddeleri henüz işlerlik kazanmadan bile değiştirildiği bir ortamda, biz de biraz acaba abesle mi iştigal ediyoruz diye sormaktan kendimi alamıyorum.

Saygıyla selamlıyorum, Sayın Başkan başta sizi.

Prof. Dr. FAZIL SAĞLAM (Oturum Başkanı)- Sevgili Rona'ya teşekkür ediyorum. O da benim gibi başkanlık görevinden önce söz alıp, aktif katkıda bulunmayı tercih etti. Şimdi saate bakıyorum biraz daha zamanımız var. Ahmet Ulvi Türkbağ buyurun efendim.

Prof. Dr. AHMET ULVİ TÜRKBAĞ- Acaba aradan sonra ya kalabilir miyim?

Prof. Dr. FAZIL SAĞLAM (Oturum Başkanı)- Sizi ondan sonraya aktarayım, tamam efendim. Arayı şimdi mi vermeme istiyorsunuz? Peki, oldu. Şimdi çeyrek var, o zaman 16.00'da başlayalım. Evet, yarım saat demeyelim de, 20 dakika. Yarım saatmiş ara, 20 dakikalık bir ara yapalım.

KAMU HUKUKÇULARI PLATFORMU

Anayasa Hukukunda Yorum

ve Norm Somutlaşması

BİRİNCİ GÜN

Üçüncü Oturum

Prof. Dr. ÜLKÜ AZRAK (Oturum Başkanı)- Sayın meslektaşlarım, Fazıl Sağlam'dan nöbeti devraldım. Bu işi Fazıl Sağlam kadar iyi yapabileceğimden çok emin değilim, elimden geleni yapacağım. Buyurunuz şimdi ilk konuşmacı, Ahmet Ulvi Bey, buyurunuz.

Prof. Dr. AHMET ULVİ TÜRKBAĞ- Teşekkür ederim Sayın Hocam. Öncelikle bu organizasyonun yapılmasında emeği geçen herkese hassaten teşekkür etmek ve ardından kendi açımdan çok önem verdiğim bir noktayı belirtmek istiyorum. Değerli Kemal Gözler Hoca'nın bildirisi diğer hususiyetlerinin yanında, gerçekten tarzını kendime yakın hissettiğim için *-bu şahsi bir şey-* beni etkiledi. Bu nedenle de onunla başlamak istiyorum, hatta eğer Bülent Hoca izin verirse bir benzetme yapmak istiyorum. Bülent Hoca bildirisinin sonunda: "ben kadınları dürtmek, onları bu konularda düşündürmek istiyorum" diye ifade etti. İşte Bülent Hoca'nın dediği, Kemal Hoca tarafından benim üzerinde gerçekleştirilmiş oldu, Kemal Hoca'nın bildirisi beni düşünmeye ve konuşmaya teşvik etti.

Deyim yerindeyse katkımda, çok kısa geometri konusuna değineceğim, ondan sonra da diğer iki konuşmacıya soru sorarak bitireceğim. Şimdi vurgulanması gereken ilk nokta şu: Geometriyle ilgili kısa bir açıklama yapmak istiyorum. Neden diye sorulursa? Bakın, Kemal Hocam her hukukçunun Euclides olmasını yani onun kadar tutarlı kararlara ve mantık yürütmeye sahip olmasını çok istedi. Ona göre, böylece hukuk nispi olma, görelî olma 'keyfi' olma suçlamalarına karşı çok sağlam bir dayanağa sahip olacaktı. Öncelikle Euclides aslında telif etmiştir yani Euclides geometrisi dediğimiz sistem tümüyle onun tarafından ortaya atılmış yeni bir bakış açısı değildir. Hint'ten Mısır'a oradan antik Yunan'a tüm Eski Çağ bilgeliğinin hülasasıdır.

Sonuç olarak Öklidyen Geometri'nin yaratıcısı Euclides değildir. Zamanındaki geometri bilgilerini sistemleştirmiştir. İkincisi, Euclides'in teoremlerinden önce Euclides'in aksiyonları var, aksiyom yani postulat. Nedir bunlar? İnsanın herhangi bir düşüncede, aksiyoma ihtiyacı vardır. Sebebi de

KAMU HUKUKÇULARI PLATFORMU

AHMET ULVİ
TÜRKBAĞ'IN
KONUŞMASI

şu: Aksiyomlar apaçık olduğu düşünülen, kanıtlanma ihtiyacı duyulmayan, ama kişinin bütün kanıtlarını dayandırdığı noktalardır; dolayısıyla bütün sistemlerin temeli bu tip kendisi kanıtlanamayan ama sistem içi kanıtların 'kanıtı' oluşturan apaçık doğrulardan(!) oluşur. Değerli Emrah Hocamın dediği gibi bunlar dedüktiftir, tümünden gelimseldir ve sistemin içinde size yüzde yüz güvence sağlar. Yani Öklidyen geometri içinde çalışıyorsanız vardığınız sonuçlara itiraz edildiği takdirde en basitten aşama aşama, adım adım en karmaşığa doğru giderek vardığınız sonuçların doğruluğunu (aslında sistem içi uygunluğunu) kanıtlayabilirsiniz, şimdi bu büyük bir güvence.

Ne demek istiyorum? Euclides'in beş postulatı vardır, çok kısa ifade edeceğim. Bu beş postulat, bütün Öklidyen geometrinin temeli ve doğal olarak teoremlerin de temelidir. Bunlardan üçüncüye, (Değerli Rona Hocam da değindi, bir-iki Hocam daha söyledi ve özellikle beşinciye) yönelik 'kuşkulardır'. Bu kuşkulardan non-Öklidyen (Non-Euclidean) yani Öklidyen olmayan aslında uzayları farklı olan geometriler doğmuştur. Günümüzde geçerli olan, daha doğrusu günümüzde yarışma halinde olan fizik kuramlar da, örneğin Rölativite kuramı bu non-Öklidyen geometrilere dayanmaktadır. Bizi ilgilendiren tarafı ne? Şimdi bizi ilgilendiren tarafı, Orta Çağın sonunda dini destek, bütün hukukun, siyasetin ve toplumsal düzenin arkasından çekilmeye başlayınca, arayış içinde olan Batı düşüncesi -*özellikle Pascal'ın kitaplarında ve Descartes'da bunu görürüz*- tarafından bulunan güvencenin, geometrik yöntem olmasıdır.

Nedir geometrik yöntem? Geometrik yöntem, sizin kendi sisteminizin atomundan başlamanız, en basit ve net olanından başlamanız, adım adım diğer aşamaları ispat ederek gitmenizdir. Hukukta kullanılmış mıdır? Kullanılmıştır. Sadece hukukta da değil. Siyasette, Etikte ve hukukta kullanılmıştır. Aslında salondaki herkes geometrik yöntemi okudu-öğrendi, biliyor. Nedir o? Ben size hemen söyleyeyim: Thomas Hobbes'un -İngilizce ya da Latince telaffuz edebilirsiniz - Leviathan adlı baş yapıtı tamamen geometrik yöntemle hazırlanmıştır. Spinoza'nın

Etika'sı, Etika Ordino Geometriko Demonstrata'dır. Geometrik yöntemle kanıtlanmış ahlak. Öyle ki, biz bugün yamuğun alanını nasıl bulabiliyorsak ve hiç kimse bu alan formülüne itiraz edemiyorsa, aynı şekilde vardığımız ahlak da bu kadar nesnel ve kendi içinde tutarlı olacaktır. Leibniz geometrik yöntemle siyasi bir propaganda yazmıştır. Daha da güzeli var, hukukta aradığımız geometrik yöntem çok uzakta değil. Değerli hukuki pozitivist arkadaşlarım var bu salonda. Çok iyi bilecekler, Austin hukuk bilimini kurmak için, geometrik yöntemi kullanmıştır. Nereden başlamıştır? Tamamen tanımlardan başlamıştır. Egemen nedir, hukuk nedir, emir nedir? Bunlar Austin'in eseri olan Hukuk Biliminin Belirlenmiş Alanı kitabında veya ders notlarında, geometrik yöntemi kullandığının açık kanıtıdır.

Dekart (Descartes) Felsefenin İlkeleri adlı yapıtında geometrik yöntemi kullanmıştır. En basitten başlar, aşama aşama gider. Yalnız Emrah Hocamın çok güzel ifade ettiği gibi, geometrik yöntem yaratıcı değildir, sadece itiraz geldiğinde karşı tarafa bilimsel ifadenizi kanıtlamaya yarar, daha doğrusu kendi mantığı içinde tutarlı olduğunu göstermeye yarar. Bu benim açımdan Değerli Gözler Hocamın söyledikleri üzerine yapabileceğim yorumun özü bu.

İkinci husus, hemen bir noktaya geleyim. Emrah Hocama bir soru sormak istiyorum, kendisi lütfederse olduğunu cevap verir. Tutarlı bir hikâyeye oluşturmak açısından çok iyi niyetli gelebilir Dworkin'in "zincir roman" kurgusu. Acaba bizim Anayasa Mahkemesi bunu kullanabilir mi? Şimdi konuşmacılar Yüce Mahkeme'nin kararlarının belirli bir doğrultuda, tutarlı bir "öykü" oluşturmaktan uzak olduğunu ifade ettiler. Benim öyle bir iddiam yok, daha ziyade nakledenler açısından söylüyorum. Yalnız romanların tamamının da tutarlı olmadığını düşünelim. Zincir Roman dizi senaryosudur. Diziler nasıl, tutarlı mı? Genelde hiç ilgileri yok. Yani karakter aykırı bir şeyler yapabiliyorlar. Dolayısıyla bunu sormak istiyorum.

Son olarak Bülent Hoca toplumsal cinsiyet, "gender" konusunu açtı onunla ilgili bir örnek vererek bitirmek istiyorum. Şimdi gerçek hayattan alınan, yaşanmış şöyle bir örnek var.

KAMU HUKUKÇULARI PLATFORMU

AHMET ULVI
TÜRKBAĞ'IN
KONUŞMASI

İngiltere’de doğumda erkek olan, biyolojik cinsiyeti erkek olan fakat içinde kadınsı duygular taşıyan bir kişi var. Uzun vadede kadın olmaya karar veriyor ve gerekli operasyonları geçiriyor,. Bu kişinin kendi ifadesine göre erkek olduğu dönemde çok iyi araba kullanıyor ve gayet iyi de park ediyor. Kadın olduğunda ise tam park yerine geldiğinde, iki-üç erkek hemen onu araçtan indirip, onun aracını park ediyorlar ya da ona park edebilmesi için yardım ediyorlarmış. Bu durumun devamında kadın olduktan 6 ay sonra otomobili park edememeye başladığını ifade ediyor! Bu kişi açısından değişen biyolojik cinsiyetinden ziyade, toplumsal cinsiyetidir ve bunu sosyoloji ile ayırabiliyoruz. Başka çaresi yok, aynı kişinin cinsiyete bağlı olarak hayatı hat-ta yapıp yapamadıkları değişiyor. Örneğin bir Japon kadınıyla, bir Amerikan kadınının kadın tanımı çok farklı olabiliyor. Aynı şekilde erkek için de geçerli. Örneğin bizim toplumda yerleşik maço kavramımız var, bana göre toplumsal cinsiyet açısından önemli. Bu ayrı bir erkek türü, biraz tehlikeli, biraz saldırgan ama tercih edilen! Onun için bu çok ilginç.

Tam da bu noktada Bülent Hocama bir şey sormak istiyorum. Kendisi kadınları bir noktada teşvik etmek, harekete geçirmek, konuşmaya yönlendirmek istediğini ifade etti. Acaba kadınlar bu durumu yanlış anlıyorlar mı? Yani kadınlar “biz zaten bunu düşünüyoruz” derler mi diye ben endişe duyuyorum. Kendisinin ve bu konudaki düşüncelerini merak ediyorum. Çok teşekkür ederim.

ÜLKÜ AZRAK'IN
KONUŞMASI

Prof. Dr. ÜLKÜ AZRAK (Oturma Başkanı)- Zamanı çok ekonomik kullandığınız için ayrıca çok teşekkür ederim Ahmet Ulvi Bey. Şimdi sıra bende, ben kendime söz vereceğim, izin verirseniz. Ben de zamanı iyi kullanmaya çalışacağım. Şimdi sırasıyla sayın meslektaşım Kemal Gözler’den başlamak istiyorum. Ben de aynen Rona arkadaşımın söylediği şeyleri söyleyeceğim Kemal Bey dostumuz hakkında. Onun üretkenliği beni hayran kılıyor, her şeyden önce bunu ifade etmek zorundayım. Bu kadar üretken bir bilim insanı olmak, aslında o kadar kolay bir şey değildir. Onun için takdir ediyorum kendisini.

Yalnız buradaki konuşmalarında, (eleştiri bâbında değil) bir-iki noktaya değinmek istiyorum. Bunlardan bir tanesi şu: Eksik kalan bir konu, o da mahkeme içtihatlarında ortaya çıkan yorum konusu. Burada dolaylı biçimde, o içtihatlarda yapılan yorum, bağlayıcılık karakterini içeriyor. Hele idare hukukçusu olarak şunu işaretlemek isterim ki, Danıştay'ın içtihadı birleştirme kurulu kararları, daha da mutlak bir biçimde bağlayıcılık karakterine sahip oluyor. Bu konunun üzerinde de biraz durmanın yararlı olacağını düşünüyorum. Kemal Bey ikinci defa söz aldığı zaman bu konuda da bir katkıda bulunacağını umut ediyorum.

İkincisi, Mecelle'ye atfı yapma merakı yaygınlaştı. Ben de bu bağlamda bir şeyi ekleyeceğim ve bu aslında çok önemli bir konu. Hem eşitlik, hem de hukuktaki denge sorunlarını ifade eden bir kural var idi Mecelle'de. O da şu: *Mazarrat menfaat mukabelesindedir*. Yani bir kimse eğer bir şeyden yararlanıyorsa, o şeyin yarattığı zararları da karşılamak mecburiyetindedir. Bu bugün artık kamu hukukunda ve özellikle idare hukukunda biraz soyut görülebilecek, ama özü itibarıyla çok ağırlık taşıyan bir ifadedir. İdarenin sorumluluğu konusunda felsefi temel olma niteliğini hâlâ taşıdığını kabul etmek gerekir.

Son olarak şu noktaya değinmek istiyorum: Şimdi Sayın Gözler, bir de somut bir örnek üzerinde ifade etti ki, kurallar ve yorumlar süreçlerin orta yerinde, o süreçleri değiştirecek karaktere sahip olamaz. Örnek de, futbol maçı; mesela futbol kuralları değiştiği zaman, devam etmekte olan maçın kuralları da eski kurallar olarak, varlığını sürdürür. Bu demektir ki yeni kurallar kendilerinden önce oluşmuş hukuki olay ve durumları etkilemez. Evet, tabii öyledir. Yani aslında bu *geriye yürüme ilkesinin* bir sonucudur. Lakin kamu hukukunda başka bir kural daha var ki, onu da hiç göz ardı edemeyiz: Kamu hukuku aslında statüler hukukudur. Öyle olduğu içindir ki, o statüyü düzenleyen kurallar değiştiği zaman, değişiklik ilişkin olduğu hukuki statüde hemen etkisini gösterir. Size bir örnek vereyim: Yedek subaylık süresi diyelim ki 1, 5 yıl. O süreyi 1 yıla indiren bir kural konulduğu zaman, bu yeni kural, o statüye hemen

KAMU HUKUKÇULARI PLATFORMU

ÜLKÜ AZRAK'IN
KONUŞMASI

uygulanır ve o sırada vatani hizmetini yapmakta olan subaylar arasında bir yıllık hizmet süresini doldurmuş olanlar derhal terhis edilir. İşte bu, söz konusu hizmetin tabii olduğu hukuki statünün niteliğinden kaynaklanan bir husustur. Kamu hukuku, statüler hukukudur derken kastettiğim de buydu. Şimdi bunu aslında Cumhurbaşkanlığı seçiminde yapılan düzenlemeler ve çizilen zigzaglar ve Anayasa Mahkemesinin de hiç tutarlı olmayan kararı açısından ele aldığımız zaman, çok büyük önem taşıdığını ortaya koyabiliriz ve bunu yaparken de olaya eleştirel bir gözle bakmak gerektiği sonucuna varabiliriz.

Sayın Bülent Yücel'in açıklamalarına gelince; onun işaret ettiği bir konuya ben bir eklemede bulanacağım: O da *fırsat eşitliği konusu*. Aslında fırsat eşitliği konusu çok önemli bir konudur ve özellikle benim alanım olan idare hukukunda fevkalade ağırlık taşımaktadır. Tazminat davası diyebileceğimiz tam yargı davalarında, bu fırsat eşitliği kuralı kendisini göstermektedir. Ama Danıştay bunu yeni yeni fark etti. Fransız Anayasasının dibacesinden kaynaklandı bu ve bize oradan intikal etti. Şimdi *sosyal risk teorisi* denilen bir teori, uygulandığı zaman burada fırsat eşitliği ortaya çıkıyor. O da şu: Eğer bazıları bir toplumsal olay dolayısıyla zarara uğramışlarsa, orada onların toplum içerisinde (fırsat) eşitliğini sağlayabilmek için, yani onların uğradıkları zararın ödenebilmesi için, bu teoriden faydalanılmıştır. Danıştay bu içtihadını gayet enteresan bir olayla ilgili olarak ortaya koymuştur. Olay şu : Sebze taşıyan bir kamyon, teröristler tarafından durdurulmuş ve yakılmış. Burada kamyonu yakılan kişi, doğal olarak toplumun diğer bireyelerine nazaran kendiliğinden eşitsiz bir duruma girmiştir. Böyle olduğu içindir ki, onun zararlarını toplum karşılamak mecburiyetindedir. İşte bu fırsat eşitliği ilkesinin tipik bir uygulamasıdır. Buna da biz sosyal risk teorisinin uygulaması olarak bakıyoruz.

Genç meslektaşım Emrah Oder'in açıklamalarına da bir şey eklemek istiyorum. Şimdi temel hakların sınırlanmasında soyut kavramların kullanılmasına haklı olarak pek sıcak bakmıyor Oder. Yani bu konuda eleştirel bir yaklaşım savunuyor. Bu

doğru olsa da, böyle bir sınırlama, bazı durumlarda kaçınılmazdır. En tipik örnek olarak Mülkiyet hakkının sınırlanmasını gösterebiliriz; gerçekten bu konuda *kamu yararı* mutlak bir sınırlama nedeni olarak karşımıza çıkıyor. Kamu yararı, bazıların ileri sürdüğü gibi, ne kadar soyut görülse de uygulamada en çok başvurulan bir kavram niteliğini taşıyor böyle. Özellikle de bu konuda 1920'li yıllara kadar büyük eserler yaratan Fransız kamu hukuku bilgini Leon Duguit'nin düşüncelerine kadar gidebiliriz. Gerçekten, Leon Duguit mülkiyet ilişkisini sadece bir malın malikiyle, o mal arasındaki hukuki ilişki olarak görmez, mülkiyet kavramının üçlü bir ilişkiyi kapsadığını savunur. Yani mülkiyet, bir mal ile o malın maliki ve toplum arasındaki üçlü hukuki ilişkidir. İşin içine toplum ve onun yararı da girince, mülkiyet artık bir hak değil, bir *sosyal fonksiyon* niteliğine bürünüyor. Bu itibarla, mesela kamulaştırma, Anayasa'da kabul edilmiş olan bir sınırlama yetkisi ve dayandığı neden de *toplum yararı*. Aynı husus yine Anayasanın öngördüğü Devletleştirme'de söz konusu. Şimdi bu iki anayasal yetkinin kullanıldığı mülkiyet konularından devlet müdahalesi, bırakın sınırlamayı, mülkiyet hakkının tamamıyla ortadan kalktığını görüyoruz. Dikkat buyurunuz: sadece bir hakkın sınırlanması değil, mülkiyet hakkı bu tür müdahalelerle somut olayda tümüyle ortadan kalkıyor ve tazminat olarak bir bedele dönüşüyor. Aradaki fark açıktır.

Şu halde, bu sözü edilen olaylarda da görüldüğü üzere, temel hakkın sınırlanmasında kamu yararı, ya da toplum yararı gibi soyut kavramların kullanılması, bizatihi Anayasanın kendi içinden de çıkan bir şeydir ve kaçınılmazdır. Eğer bunu kabul etmezseniz, buna karşı tavır alırsanız, o zaman mülkiyet hakkı toplumun yararlarının aksine de kullanılabilir demektir. Bir örnek daha vereyim : İmar hukukunda yapılacak binaların yüksekliğinin belirlenmesi bile, mülkiyet hakkının bir sınırlanmasıdır. Burada da, imar hukukundaki kamusal yetkilerin hedefi olan toplumun yararının bir uygulamasıyla karşı karşıyayız. Bütün şehircilik hukuku kurallarında da aynı şeyle karşılaşıyoruz.

KAMU HUKUKÇULARI PLATFORMU

OKTAY UYGUN'UN
KONUŞMASI

Şimdi Yrd. Doç. Dr. Altan Heper, yani erteleyelim mi? Peki, oraya not düşünüyorum ben. Dostumuz Oktay Uygun nerelerde? Tamam, buyurun Oktay Bey.

Açıklamalarınızı mümkün olduğu kadar 10 dakika içerisinde sığdırırsanız, çok sevinirim.

Prof. Dr. OKTAY UYGUN (Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi) - Sayın Başkan, değerli katılımcılar; Bu tür toplantılarda söz aldığımda, hemen konuya girer, tartışılan konu hakkında görüşlerimi açıklarım. Süre çok kısıtlı olduğu için başka türlü davranmak doğru olmaz. Ancak bu kez bir istisna yapıp bir-iki dakikayı teşekkür ve şükran duygularımı ifade etmeye ayıracağım. Bu toplantıyı üç yıldır düzenleyen meslektaşlarımıza, özellikle de Sayın Fazıl Sağlam'a hepimizin bir teşekkür borcu var. Bugün üçüncüsünü düzenlediğimiz Kamu Hukukçuları Platformu toplantıları, rahatlıkla söyleyebilirim ki, kendi alanında Türkiye'de gerçekleştirilen en kaliteli toplantıdır. Kamu hukuku alanında düzenlenen başka hiç bir toplantıda, konular bu denli derinliğine inilerek tartışılmamaktadır. Aynı konu etrafında, anayasa hukukçusundan hukuk felsefecisine kadar, bu kadar çok farklı disiplinlerden uzman buluşmamaktadır. Açıkçası bir bilgi ve tartışma şöleni ile karşı karşıyayız. Fakat bu toplantıları düzenlemenin ciddi zorlukları da var. İşte o zorlukların büyük kısmını Fazıl Sağlam göğüsliyor. Bundan sonrası için Fazıl Sağlam'a daha çok yardımcı olmak, iş yükünü daha güçlü biçimde omuzlamak bizler için bir görev. Üç yıldır bu toplantıları düzenleyen Fazıl Sağlam ve ona yardım eden meslektaşlarımız için, tüm katılımcılar adına tekrar teşekkürlerimi ve şükran duygularımı dile getiriyorum.

Yapılan sunumlar içinden yalnızca Kemal Gözler'in tespitleri üzerinde konuşacağım. Sayın Gözler'in bildiri metnini ilk gördüğümde, bende büyük bir heyecan yarattığını ifade etmeliyim. Ünlü Avusturyalı hukukçu Hans Kelsen'in 1930'larda yapmak istediğini, Türkiye'den birileri yapacak diye düşündüm. Kelsen, hukuku tüm hukuk ötesi boyutlardan arındırarak saf bir hukuk teorisi kurmak istemişti. Bu başarılabilirse, yorum farklılıklarının giderilebileceğini, hukukun uygula-

masında tam bir kesinlik elde edilebileceğini ve hukukun bir “bilim” haline gelebileceğini düşünüyordu. Bildiri metninde hukuk kuralları ile geometri kuralları arasında yapılan benzetme ve karşılaştırmalar, bende, Kelsen’in tam olarak başaramadığını bir meslektaşımızın başaracağı düşüncesine yol açtı ve heyecanlandım. Sayın Gözler’in bu yöndeki entellektüel çabasını hem bildiri metninde, hem de burada yapılan sunumda dikkatle takip ettim.

Hans Kelsen hukuk biliminin tarihsel olarak etik, siyaset bilimi, sosyoloji ve psikoloji gibi bilimlerle iç içe geçtiğini söyler. Onu hukuk ötesi bu unsurlardan kurtarmadıkça bağımsız bir bilim, daha doğrusu objektifliği ve kesinliği olan bir bilim dalına dönüştürmek mümkün değildir. Hukuk, özellikle, hukukun kaynağına ve amacına yönelik unsurlardan arındırılmalıdır. Hukukçu, hukuk kurallarının amacının adaleti gerçekleştirmek olup olmadığıyla, kaynağının toplumsal ilişkilerde veya başka bir yerde olup olmadığıyla ilgilenmez. Hukuku tüm hukuk ötesi unsurlardan arındırdığımızda, geriye yalnızca “norm” kalır. Kelsen’e göre, bu normları da, pozitif bilimlerde olduğu gibi açık ve kesin şekilde formüle etmek ve uygulamak mümkün olabilir.

Burada akla şu soru geliyor: Amacı ve kaynağına ilişkin hiç bir açıklama kabul edilmiyorsa, hukuk normu geçerliliğini nereden alacak? Kelsen’e göre hukuk normları geçerliliğini bir adalet anlayışından veya bir toplumsal olgudan değil, yalnızca ve yalnızca bir üst normdan alacaktır. Karşılaştığımız hukuk kuralının geçerli/uygulanabilir olup olmadığını, bir üst norma dayanıp dayanmadığından anlayacaktık. Bu mantıkla, kurallar hiyerarşisinde birel işlemlerden başlayıp yönetmelik, tüzük, yasa ve anayasaya kadar ulaşıyoruz. Peki, anayasa normları geçerliliğini hangi normdan almaktadır? İşte bu noktada Kelsen’in sözünü ettiği varsayımsal *temel norm*, geçerliliğini bir başka üst normdan almamakta, daha da önemlisi, varlığını etik değerlere veya sosyal olgulara referans vermeden açıklamak mümkün gözükmemektedir. Özetle, Kelsen’in saf bir hukuk teorisi oluşturma çabası eksik kalmış bir girişimdir.

Hukuku etik değerlerden ve sosyal olgulardan arındırmanın mümkün ve yararlı bir çaba olup olmadığı tartışmasını da ayrıca yapmak gerekir. İkinci Dünya Savaşı'nın ardından Almanya'da demokratik rejim yeniden tesis edildiğinde, Alman mahkemeleri Nazi kanunlarını uygulayan çok sayıda kamu görevlisini yargıladı. Nürnberg mahkemesinde yalnızca üst düzey Naziler yargılanmıştı. Alt düzey kamu görevlileri yargılamada kendilerini şöyle savundu: Biz yalnızca yürürlükteki kanunları uyguladık. Bu kanunlar, her ne kadar milyonlarca insanı vatandaşlıktan çıkararak, malvarlığına el koyan, işsiz bırakan, ayrımcılığa uğratan veya işkenceye ve ölüme gönderen nitelikte olsalar da, açıkça yıllardır uygulanan, devletin yetkili organının koyduğu kanunlardı. Geçerli ve uygulanabilir oldukları konusunda şüphe yoktu. Bu kanunları uygulamamak suçtu. Alman yargıçlar bu savunmayı geçerli görmedi. Onlara göre, Nazi kanunları adalet anlayışını vahşi biçimde ihlal eden, uygar bir toplumun asla benimseyemeyeceği türde kurallardı ve bu nitelikleriyle hiç bir zaman geçerli hukuk kuralına dönüşmemişlerdi.

Dikkat edilirse, burada bir normun geçerliliği yetkili organ tarafından usulüne göre yürürlüğe konulup konulmamasına veya bir üst norma dayanıp dayanmamasına göre belirlenmiyor. Normun geçerliliği adalet anlayışını yansıtıp yansıtmaması ile belirleniyor. Açıkça, etik değerleri ciddi biçimde zedeleyen bir normun hukuk kuralı olamayacağı söylenmiş oluyor. Bu yargılamalar yapıldığı yıllarda, Kelsen Amerika Birleşik Devletleri'nde yaşıyordu. Alman yargıçlarını hukuka hukuk ötesi unsurları karıştırdığı için eleştirmiş midir, bilemiyorum. Ama bu örneğin hukuk normlarını hukuk ötesi unsurlardan sıyrmanın hiçte kolay olmadığını gösterdiğini sanıyorum.

Sayın Gözler'in metnini okuduğumda, üç yerde "evet tamam" dedim: Kemal Hoca bu işi yapacak; Kelsen'in yarım bıraktığı işi tamamlayacak. Özellikle Öklit'in geometri kurallarından, teoremlerinden söz ederken, metnin üç yerinde "bunlar tabii hukuk ilkesidir" dedi. İki yerde "tabiri caizse tabii hukuk ilkesidir", bir yerde de doğrudan "tabii hukuk ilkesi"

diye yazdı. Aynı ifadeleri sunumunda da kullandığından, geometri kuralları ile hukuk kurallarını –gerçekten- aynı türden kurallar olarak görüp görmediği konusunda kesin bir kanaate varamadım. Geometri kurallarının hukuk kuralları olmadığı açık. İki bilim dalı arasındaki nitelik farkını düşünerek geometri kurallarını tabii hukuk ilkeleri olarak görmediğini; eşyanın tabiatı gereği apaçık kurallar anlamında her ikisinin de “tabii kurallar” olduğunu söylemek istediğini varsayıyorum.

Tabii kurallardan söz etmişken, tabiat yasaları ile hukuk kuralları arasında ilişki kurma çabasına da değinmek yararlı olur. Sokrates ve öğrencisi Platon’dan bu yana, herkesi bağlayan hukuk kurallarına itaat etmenin ancak bu kurallar doğa kanunları kadar kesin ve mutlak olduğunda istenebileceği görüşü dile getirilir. Diğer bir deyişle, yerçekimi kanunu, suyun kaldırma kuvveti veya hareket kanunları nasıl kişiden kişiye değişmiyor, farklı yorumlanmıyorsa, hukuk kuralları da böyle formüle edilmelidir. Hukuk kurallarını doğa kanunları gibi kesinlikle formüle etmenin mümkün olmadığına birazdan değineceğim. Ama mümkün olsaydı bile, doğa kanunlarının kesinliği de düşündüğümüz gibi değildir.

Kesinlik arayışı insan türüne özgüdür. Bilimsel yöntemin yaygınlaşması ve bilim dallarının kurulmasıyla birlikte, modern çağda insan her konuda kesinliğe ulaşılabilirliğini düşünmeye başladı. Bugün için hala belirsizlikle dolu konular varsa, bu yalnızca bilim ve teknolojinin geriliğinden kaynaklanmaktaydı. Yoksa determinizmin hâkim olduğu bir evrende, kesinlikten yoksun ve bu anlamda bilinemeyecek bir olay veya olgu söz konusu olamazdı. Modern insana bu özgüveni kazandıran kişi Isaac Newton’dır. Newton’ın keşfettiği doğa yasalarının doğruluğu, kesinliği milyonlarca kez test edildi ve her zaman onaylandı. İki asır boyunca mutlak doğrular olarak kabul gören bu yasalar sayesinde gezegenlerin hareketlerini tam bir kesinlikle hesaplayabildik, yer çekimine rağmen uçaklar uçurabildik hatta başka gezegenlere uzay araçları gönderebildik. Sonra 20. yüzyılın başında Albert Einstein çıktı, doğruluğu milyonlarca deney ve uygulamayla kanıtlanmış yasalara

inanmakla yanıldığımızı söyledi. Çünkü bu yasalar çok küçük ölçeklerde ve çok yüksek hızlarda geçerli değildi. Newton'un keşfettiği yasalarla bir gezegenin yıldızı etrafındaki dönüşünü büyük bir doğrulukla hesaplayabiliriz ama bir elektronun atomun çekirdeği etrafındaki hareketini hesaplayamayız. Yine, incelediğimiz cismin hareketi ışık hızına yakın ise Newton yasalarının bize pek bir katkısı olmayacaktır.

Kuantum fiziği ise kesinlik kavramını sorgulamamıza neden olacak gelişmelerle doludur. Radyoaktif bir element bozduğunda, bir parçacık salar. Bu parçacığın ne zaman salınacağını bilmek mümkün değildir. Fizikçilere göre, bunun nedeni parçacığın içyapısını veya doğasını yeterince bilmiyor oluşumuz, teknolojimizin yetersizliği değildir. Söz konusu parçacık bir saniye içinde de, bir yıl sonra da salınabilir. Biz yalnızca o radyoaktif maddenin belirli bir süre zarfında ne kadar salınım yapacağını (yarı ömrünü) büyük bir doğrulukla tahmin edebiliriz. Bunu da istatistikî bilgilerle yapabiliyoruz. Dikkat edin; burada radyoaktif maddenin ne zaman salınım yapacağını bilemeyişimizin nedeni, maddenin doğasından kaynaklanan bir özelliktir. Bir fizikçinin deyişiyle, maddenin kendisi de bunu bilmediği için bizler bu bilgiye sahip olamıyoruz. Kesinlik, atom altı dünyada olmayan bir durum. Buna rağmen, kesinlikler yerine olasılıklar üzerine kurulan kuantum fiziği de bilim olarak kabul ediliyor.

Geometri kurallarının kesinliğine gelince: Bu kurallar yalnızca insan zihninin ürünü olduğu için kesindir. Bir üçgenin iç açılarının toplamı her zaman 180 derecedir. Kare, daire ve diğer geometrik biçimler için de bu türden gerçekten kesin bilgiler ortaya konulabilir. Ama doğada üçgen, kare, doğru veya daire yoktur. Bu şekillere benzer cisimler vardır: Gök cisimlerinin yerçekiminin gücü nedeniyle küre şeklinde olması, yörüngelerinin daireye yakın, eliptik olması gibi. Ama hiçbiri zihnimizde yarattığımız üçgen veya daire gibi mükemmel üçgen ve daire değildir. Milimetre veya nanometre ölçeğinde de olsa doğada üçgene benzeyen cisimlerin iç açılarının toplamı farklıdır. Geometri kurallarının bir özelliği de bize yeni bir

bilgi vermemeleridir. Çünkü üçgen demek zaten iç açılarının toplamı 180 derece olan şekil demektir. Kare demek dört kenarı eşit olan şekil demektir. Mükemmel üçgenler ve kareler yalnızca insan zihninde vardır, doğada değil. Doğa yasaları ileri sürüldüğü anlamda kesinlik taşımaz. Tamamen insan zihninin ürünü olan geometri ve matematik kuralları ise böyle kesinliğe sahiptir. Ama onlar da gerçek varlıklar olmayıp insan zihninin yarattığı sanal varlıklardır.

Hukuk kuralları herhangi bir toplumsal ilişkiyi düzenlemeye yönelik olmasaydı yani gerçek hayatta uygulanması gerekmesiydi, yalnızca insan zihninde yaşayan kurallar olarak geometrik kesinlikle ifade edilebilirdi. İsterseniz mevcut geometri kurallarını eğrilerin, doğruların, açılarının ve diğerlerinin hukuki ilişkilerini düzenleyen kurallar olarak görebilirsiniz. Ama şurası kesidir: Gerçek hayattaki insan ilişkilerini düzenleyen kuralları yoruma yer bırakmayacak kesinlikte formüle etmek mümkün değildir. Bu durum sadece hukuk kurallarına özgü değildir. Bütün toplumsal denetim kuralları yani hukuk kurallarının yanı sıra, dini kurallar, ahlak kuralları, örf ve adetler de mutlak kesinlik taşımaz. Bir dindar için, olsa olsa, din kuralları kesin olurdu. Çünkü o, kutsal kitaptaki sözleri Tanrı sözü, Tanrı buyruğu olarak görür. Ama Tanrı sözü olan bu kutsal kitap bile okuyan kişilere göre farklı anlamlar kazanabiliyor. Tanrının, kendi buyruğunu herkese aynı biçimde duyurma kapasitesi mi yok? Kutsal kitaplarda yer alan kuralların yorumu yalnızca çağa ve topluma göre değişmiyor. Ayrıca aynı çağda, aynı toplumda, aynı şehirde yaşayan, hatta aynı okuldan mezun olan ilahiyatçılara göre bile değişebiliyor.

Hukuk dâhil tüm toplumsal denetim kuralları yoruma açıktır. Başka türlü formüle edilemezler. Bu hukukun düzenlediği ilişkilerin ve yapıların doğasından kaynaklanır. Peki, hukukta kesinlik ihtiyacı yok mu? Var. Hem de en az fizikte ve diğer doğa bilimlerinde olduğu kadar. Ama bu kesinlik farklı bir kesinliktir. İsterseniz buna hukuki veya normatif kesinlik diyelim. Hukuk bir normatif bilim; olanı değil, olması gerekeni söylüyor. Hukuk kuralının ne söylediği konusunda birden çok

KAMU HUKUKÇULARI PLATFORMU

OKTAY UYGUN'UN
KONUŞMASI

farklı görüş varsa, hukuk sistemleri bu görüşlerden birini geçerli kabul ederek sorunu çözmüştür. Yani hukuken geçerli kabul edilen tek yorum vardır. O da yetkili mercinin yorumudur. Her hukuk sisteminde hukukun neyi buyurduğu konusunda son sözü söyleyecek bir merci (genellikle bir yüksek mahkeme) vardır. İşte hukuki/normatif kesinliği bu merci/mahkeme sağlar. Kuşkusuz bu mercinin yorumu mutlak doğrudur diye bir iddiamız yok. Çoğu kez yüksek mahkemelerin bu yöndeki içtihatlarını eleştiririz. Ama onların hukuki kesinlik sağladıkları tartışma götürmez. Hukuk kuralları bakımından elde edebileceğimiz yegâne kesinlik budur. Hukuk kuralları özenle hazırlanmışsa, onu yorumlayan yargıçlar yorum yöntemleri bakımından yetkinleşmişse, içtihatlar daha az tartışılır, daha öngörülebilir olur. Hukuk kurallarının kesinliği konusunda ulaşabileceğimiz en son nokta budur. Sayın Gözler'in aradığı kesinliği hukuk kurallarında bulamayız. Doğa kanunlarında bile bulamayız. Yalnızca zihnimizin ürettiği sanal varlıklar olan üçgenler, kareler gibi şekillerde bu kesinlik vardır.

Sözlerimi bitirirken Kemal Gözler'in açtığı bu tartışmanın sürdürülmesinden yana olduğumu belirtmek istiyorum. Özellikle yüksek mahkemelerin kararlarını değerlendirirken, hukuki kesinlikten ne anlaşılması gerektiğini göz ardı etmemeliyiz. Bazen hukukta mutlak doğruya, mutlak kesinliğe ulaşılabilir düşüncesiyle ağır eleştiriler yapıyor. Mahkemeler, farklı yorumlardan birini kabul edecektir. Onların yorumu, hangi görüşten hareket ederlerse etsinler asla mutlak doğruyu yansıtmaz. Onlardan beklenen de bu değildir. Onlar, hukuk güvenliği açısından herkesin uymak zorunda olduğu, hukuki kesinliği olan yorumu yapmakla görevlidir. Bunu yaparken tüm yorum yöntemlerinden yararlanıp, izledikleri mantığı da kararlarına yansıtabilirlerse görevlerini başarıyla yapmış olurlar. Bizler de, mahkemelerin hangi hukuk teorisini esas aldıklarını, hangi yorum yöntemini öne çıkardıklarını görerek içtihatların mantıksal tutarlılığını gözleyebiliriz. Bu, hukuk kurallarının yorumu konusunda önemli ölçüde öngörülebilirlik sağlar. Hukuk güvenliği büyük ölçüde sağlanmış olur. Sanırım hukukta kesinlik beklentimizi geometrik kesinlik yerine böyle makul

bir sınıra geri çekmek daha sağlıklı olacaktır. O zaman asıl tartışmayı, yüksek mahkemelerimizin bu makul sınırlar çerçevesinde kararlar verip vermediği üzerinde yapabiliriz. Ben anlam gereği yalnızca Anayasa Mahkemesi kararları hakkında bu yönde bir tespitte bulunabilirim. Mahkemenin çok takdir edilmesi gereken bazı kararları bulunmakla birlikte, genel olarak kararlarında bir hukuk veya yorum teorisi izlediğini hatta bazı kararlarında ele aldığı hükmün anayasaya neden uygun veya aykırı olduğunu ciddi biçimde gerekçelendirmeye çalıştığını düşünmüyorum. Yargıçlarımızın eline yoruma açık olmayan, mutlak kesinliğe sahip kurallar veremeyiz. Kuralların tek biçim yorumunu zorunlu kılan yorum ilkeleri de veremeyiz. Bunlara sahip olmadıkları için onları eleştiremeyiz. Ama kararlarını gerekçelendirmelerini, izledikleri muhakeme biçimini kararlarına yansıtılmalarını bekliyoruz. Bunu sadece hukuk güvenliği adına değil, yaptıkları işin yargısal bir faaliyet olduğunu göstermeleri ve çalıştıkları kurumun bir yargı yeri olduğunu unutmamaları için. Sayın Gözler'e bu tartışmayı açtığı için tekrar teşekkür ederek konuşmamı bitiriyorum.

Prof. Dr. ÜLKÜ AZRAK (Oturma Başkanı)- Sayın Uygun'a bu çok ilginç açıklamaları için teşekkür ederim. Yalnız bu açıklamalara bir iki şey eklemek istiyorum. Ben bir kere meslektaşlarımızın matematik ve geometri konusunda bilgileri karşısında kompleks duymaya başladığımı ifade etmek isterim. Çünkü ben çok başarılı değilim bu alanlarda. İkincisi, Kelsen'i sırf bizim eleştirel yaklaşımımızla ele almak, her zaman doğru değil. Çünkü Kelsen'in kamu hukukunda iki tane çok önemli katkısı olmuştur ve bunlar bugünkü hukuk sistemlerini hâlâ etki altında tutmaktadır.

Bir tanesi, *Anayasa yargısı*. Bu gün tüm demokratik hukuk sistemleri anayasa yargısını Kelsen'e ve O'nun *normlar hiyerarşisi teorisine borçludur*. İkincisi, onun ortaya koyduğu, daha doğrusu taraftar olduğu *monist teori*. Şimdi sayın Hüseyin Pazarıcı Hocamızın buradaki açıklamalarına da bir yollamada bulunarak söyleyeceğim. *Monist Teori* bugün bizim Anayasamızda kendisini gösteren 90. Maddesinin kabul edilmesinde

KAMU HUKUKÇULARI PLATFORMU

ÜLKÜ AZRAK'IN
KONUŞMASI

bile etkili olmuştur. Yani iç hukukla dış hukuk, bir tek hukuk sistemi olduğu olgusu, özellikle kendisini İnsan Hak ve Özgürlüklerinde açıkça ortaya çıkmaktadır. Bugün işte Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de, öteki uluslararası başka yargı organları da aynı temel düşünceye dayalı biçimde fonksiyonlarını yerine getirmek durumundadır. Onun için Kelsen'i (pozitivist de olsa) yabana atmayalım.

Şimdi sıra Dr. Özge Aksoylu'da. Buyurunuz efendim, süreniz 10 dakika. Lütfen o sınıra riayet etmeye çalışın.

ÖZGE AKSOYLU'NUN
KONUŞMASI

Dr. ÖZGE AKSOYLU (Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi)- Evet, ben zaten kendi dalımla ilgili, idare hukukçusuyum, Galatasaray Üniversitesinde. Onunla ilgili belki bu yorum meselesine katkıda bulunabileceğini düşündüğüm iki örnek vermek istiyorum. Yorumun ne kadar zor bir aktivite olduğunu fazlasıyla görmüş olduk bu konuşmalar sonucunda. Tabii burada hep ortada bir yorum var, ortada bir norm varken yapılan yorumdan bahsedildi. İdare yargıcısı, çoğu zaman kendisini bir normla karşı karşıya bulma lüksüne bile sahip bulmuyor. Norm olmadığı durumda yorum nasıl yapıyor. Bir genel bir şeyler anlatmaktansa, iki örnek vermek istiyorum. Bunlar Anayasada bulunan, Anayasada temeli olan iki hakla ilgili idare yargıcısının, normsuz kaldığı durumda, kendi kendine bir yorum yoluyla norm üretim sürecine ilişkin.

2001 Anayasa değişikliklerinden bahsedildi. Bu Anayasa değişikliklerinde biz idare hukukçuları için en önemli değişiklik, ekleme 40. maddeye eklenen ve devletin bütün işlemlerinde başvuru yollarını ve sürelerini gösterme yükümlülüğüne ilişkin hüküm. Danıştay başlangıçta bunun doğrudan uygulanabilir bir hüküm olduğunu kabul etmekte zorlandı ve enteresan bir şekilde, biz idare hukukçularının pek bakmadığı vergi dairesinden ilk karar çıktı, sanırım 4. daireydi. 4. daire bir ödeme emriyle ilgiliydi. Ödeme emrinde süre ve başvurulacak makam gösterilmediği için, çok sonra yapılan bir başvuruyu, aylar geçtikten sonra yapılan bir başvuruyu süre geçmemiştir diyerek kabul edilebilir buldu ve esasına girdi.

Vergi Dava Daireleri Kurulu öncelikle bunu bozdu. Fakat daha sonra Vergi Dava Daireleri Kurulu da içtihadını değiştirdi ve Anayasa 40. maddede, 2001 Anayasa değişiklikleriyle öngörülen güvencenin doğrudan uygulanabilir nitelikte bir güvence olduğunu ve eğer devlet bir işleminde başvuru yolunu ve süresini doğru olarak göstermediyse, kişinin başvuru süresi bakımından hiçbir süreyle bağlı olamayacağına karar verdi. İdari daireler ne yaptı dersiniz? Orada idari daireler çok daha çekingen davrandı ve burada sınırsız bir süre imkânı verilmesini, sanırım idarenin istikrarı gibi ilkeleri göz önünde bulundurarak, çok genişletici bir yorum olarak kabul etti ve Anayasa hükmünde hiç bulunmadığı halde, burada Anayasa hükmünde bildirilmesi gereken süre ve başvuru yolu, İdari Yargılama Usulü Kanunundaki genel 60 günlük süre ve başvuru yolu dışında bir süre ve başvuru yolu varsa odur. Eğer zaten o işleme karşı yapılacak başvuru 60 gün içerisinde genel İdari Yargılama Usulü Kanunundaki yetki ve görev kurallarına göre başvurulacak idari yargı merciiyse bunun bildirilmesine gerek yoktur, bu takdirde 40. madde uygulanmaz ve bu tarihten sonra yapılan başvurular, 60 günlük süre geçtikten sonra yapılan başvuru süresi geçmiş tarihte yapılmış bir başvurudur ve reddedilir diye karar verdi.

Bu Anayasanın 40. maddesinde güvenceyi, yani kişilerin kendileri hakkında tesis edilen işlemlere karşı nereye ve hangi sürede başvurmaları gerektiğini öğrenmelerine ilişkin güvenceye, Emre Hocanın yaptığı o sınıflandırmada yerleştirmeye çalıştım. Arkadaşlarımla da konuştuk, herhalde doğrudan etkiye sahip temel hak ve özgürlükler içindedir ve böyle bir temel hak ve özgürlüğün Anayasada öngörülen hiçbir sınırlaması olmadığı halde, Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu tarafından artık yerleşik içtihat haline gelmiş şekilde. İdari Yargılama Usulü Kanunu gibi, bir yargılama usulü kanununda öngörülen süreyle sınırlandırılması, bana göre çok yanlış bir yorum olmuştur.

İkinci bir örnek daha vereceğim. Mülkiyet hakkından bahsetti Ülkü Hocam da. Mülkiyet hakkı kamu yararı amacıyla

KAMU HUKUKÇULARI PLATFORMU

ÖZGE AKSOYLU'NUN
KONUŞMASI

sınırlandırılabilir ki, İmar Kanunu mülkiyet hakkının sınırlandırılmasına ilişkin en temel kanundur. Belediyeler, yani özellikle belediyeler, bazen başka yetkili kurumlar, imar planlarını yaparlar ve derler ki burası yeşil alan, bitti. Yani oradaki, imar planındaki fonksiyon dağılımı yapılırken, burası kiminmiş, mülkiyet acaba neymiş diye bakılmaz ve sizin araziniz, üzerinde mülkiyet hakkınız bulunan arazi yeşil alan olur ve siz orada hiçbir üsüz, früktüz, avüsüsü bile kullanamazsınız, çünkü kimse zaten sizden onu satın almaz, yeşil alan niteliğindeki bir malı.

Şimdi burada tabii mülkiyet hakkına süresiz bir sınırlama gelmiş oluyor bu şekilde. Yani fiilen kişi mülkiyet hakkını kullanamıyor. Belediye de orayı kamulaştırmadığı sürece oraya bir yeşil alan tesis edemiyor. Yani aslında o imar planının yapılma amacı, kişilerin yeşil alandan faydalanma amacı da gerçekleşmiyor. Çünkü belediyenin orada yeşil alanı tesis etmesi, park yapması için kamulaştırması gerekiyor. Belediye de kamulaştırmıyor ve bu şekilde böyle bir hakkın da kullanılmadığı, yeşil alan amacının da gerçekleşmediği uzun süreçler ki, burada uzun süreçler derken 30 yıllar, 40 yıllar olabiliyor. Bunlar Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önüne gitti ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin burada fiili bir kamulaştırma olduğunu ve mülkiyet hakkının hukuka aykırı bir şekilde ortadan kaldırıldığına karar verdi. Bu Türkiye hakkında değil, Avrupa'nın birçok ülkesi hakkında karar verdi. Çünkü bu sorun birçok ülkede var.

Bu kararlar üzerine ve bundan önce de zaten kişiler, bu malikler idareye başvuruyorlardı; kamulaştır benim arazimi diye. İdari Yargılama Usul Kanununun 10. maddesi uyarınca. İdare de cevap vermiyor, bu şekilde bu idare mahkemeleri önüne geliyordu. Danıştay'ın yerleşik içtihadı, burada idari kamulaştırmaya zorlanamaz şeklindeydi ve bu şekilde bir düğüm, çözülmeyen gidiyordu. Bu düğüme yeni yayınlandı, 25 Mayıs'ta verilmiş karar, ama Danıştay'ın sayfasında benim tespit edebildiğim iki gün önce yayınlandı veya ben görmediysem bir haftadan daha eski değil. İdari Dava Daireleri Kurulu bir

çözüm buldu. Dedi ki, 5 yıl, çözüm bu. Yani sonucunu önce söyleyeyim; tabii ki birtakım gerekçeleri var, ama İdari Dava Daireleri Kurulu bir yorum yaptı. Dedi ki, işte belli şeylerden yola çıkarak; idarenin 5 yıl süresi var. Yani imar tanımı yaptığı günden itibaren 5 yıl içinde ya kamulaştıracak, ya parselasyon yapacak, bir şey yapacak ve bu imar planını hayata geçirecek. Geçiremiyorsa da, artık kişinin mülkiyet hakkını kullanmasına engel olamaz dedi.

5 yılı nereden çıkardı? Kamulaştırma Kanununun bir 23. maddesi vardır. İşte idare kamulaştırdıktan sonra 5 yıl boyunca eğer kamulaştırma amacına uygun olarak orada gerekli faaliyeti göstermezse, eski malike geri alma hakkı doğar. Ha dedi, demek ki yasa koyucu mülkiyet hakkına müdahalede böyle 5 yıllık bir fikir var yasa koyucunun aklında dedi. Bir de nereden çıkardı? Anayasa Mahkemesinin iptal ettiği bir İmar Kanununun 13. maddesi var. Orada diyor ki; imar programını 5 yıl içinde almak zorunda diyordu. Anayasa Mahkemesi bunu iptal etti. Dedi ki; demek ki gerçekten yasa koyucu bu konuda tutarlı, hep bu mülkiyet hakkına müdahale konusunda 5 yıl gibi bir fikir var ve 5 yıl da makul bir süre, tamam o zaman dedi ve İdari Dava Daireleri Kurulu 5 yıl diye, hem de çok da somut bir norm. Yani çok açık, somut ve yaptırımı olan bir norm koymuş oldu.

Burada bir şey söylemek istiyorum son olarak, Sevgili Kemal Gözler Hocamızın ben hiç katılmadığım bir yorumu var. O pek söz konusu olmadı. Anayasa Mahkemesi kararlarının gerekçeleri bağlayıcı değildir diye düşünüyor Hocamız. Anayasa Mahkemesi kararlarının gerekçeleri bağlayıcı olmadığı için zaten bu kördüğüm ortaya çıktı. Yani en azından yasa koyucu kendini gerekçeyle bağlı hissetmediği için bu kördüğüm ortaya çıktı. Anayasa Mahkemesi imar programına alınmada 5 yıllık süreyi iptal ederken, dedi ki tamam, 5 yılda imar programına alıyorsun, ama sonra ne olacak, ne zaman kamulaştıracaksınız? Buna ilişkin hiçbir belirlilik yok. Bu şekilde belirsiz biçimde mülkiyet hakkını ortadan kaldıramazsın dedi ve eksik düzenlemeden dolayı iptal etti. Bu eksik düzenlemeden dolayı

KAMU HUKUKÇULARI PLATFORMU

ÖZGE AKSOYLU'NUN
KONUŞMASI

iptal ettikten sonra da, yasa koyucuya belli bir süre verdi. Eğer siz bu kararı gerekçesi olmadan okursanız, Anayasa Mahkemesi imar programına alınmada 5 yıllık bir süreyle sınırlı olmasını istemiyor diye de yorumlayabilirsiniz. Bunu Anayasaya aykırı buluyor, idarenin haklarına aykırı buluyor, idarenin hareket alanına aykırı buluyor diye de yorumlayabilirsiniz. Oysaki mahkemenin gerekçesi tam aksine, sadece imar programına alınmayı değil, sonrasında kamulaştırmayı da süreye bağlama ve mülkiyet hakkına sınırsız bir şekilde müdahale etmemek zorundasınız şeklindeydi, ama işte o boşluk o şekilde kaldı.

Ben biraz idare hukuku yapmış oldum. Norm olmadığı durumda da idare yargıcının karşı karşıya kaldığı iki soruna bulunduğu çözümü sizlerle paylaşmak istedim. Teşekkür ederim.

Prof. Dr. ÜLKÜ AZRAK (Oturum Başkanı)- Teşekkür ederim Sayın Aksoylu. Şimdi sıra Faruk Turinay'da.

FARUK TURİNAY'IN
TEBLİĞİ

FARUK TURİNAY- Sayın Başkan, teşekkür ederim.

Saygıdeğer hocalarıma ve değerli meslektaşlarıma saygılar sunarak sözlerime başlayayım. Seçkin konuşmacıların ardından söz almanın zor olduğunu itiraf etmeden geçemeyeceğim. Burada, kendilerinin temas ettiği hususların etkisiyle oluşan bazı fikirlerimi sizlerle paylaşmayı arzu ediyorum.

Platform toplantısının isminde geçen *norm* kelimesinin etimolojisini ve anlamlarını araştırmakla başlamak belki de en doğrusu. Annamaria Rufino, *norm*'un geometrik takım, bölüm (*squadra geometrico*) anlamına haklı olarak dikkat çekiyor¹. Terim, Latince'de 'marangoz gönyesi', 'kural', 'kalıp' anlamına gelen *norma*'dan kökenlenen Fransızca *norme* kelimesinden ondokuzuncu yüzyılın başında İngilizceye geçmiş; 1670'lerden beri, *norma*'nın İngilizcede 'marangoz gönyesi' anlamında kullanılageldiği tespitini yapmak mümkün². Sözlükte genel

¹ Annamaria Rufino, *Norma e Conflitto: Cultura Giuridica e Regole Sociali dallo Stato Moderno alla Società Globale*, FrancoAngeli, Milano, 2009, s.27.

² The Merriam-Webster New Book of Word Histories, Merriam-Webster, Inc., Springfield, Massachusetts, 1991, s.321.; Online Etymological Dictio-

anlamıyla norm, model, standart, bir grup insan bakımından ortalama tavır³, hukuki boyutta ise 'hukuk kuralı'ndan daha geniş şekilde, örneğin kamu politikasının öngördüğü zorunlulukları kapsayacak surette bir manaya geldiği görülüyor⁴. Norm'un 'marangoz gönyesi' şeklindeki anlamı kaçınılmaz biçimde sayın Prof. Gözler'in konuşmasında savunduğu Öklid'e dayanan hukukta geometrik mükemmellik fikrini ve sayın Prof. Türkbağ'ın atıfta bulunduğu Spinoza'nın *Ordine Geometrico Demonstrata et in Quinque Partes Distincta: Ethica* (Geometrik Düzene Göre Kanıtlanmış ve Beş Bölüme Ayrılmış Olan Etika) isimli eserini⁵ düşündürüyor. Ayrıca, Öklid'in *Elements* veya *Στοιχεῖα* (*Stoicheia*) isimli eserini⁶ ve Öklid'in Spinoza'nın söz konusu eserinin şekillenmesindeki tesirini⁷ hatırlamamak elde değil. Marangoz gönyesi, normlar, Öklid üçgeni ve diğer geometri prensipleri tutarlı bir anlam bütünlüğü sunuyor. Bilimlerin tamamının birbiriyle alakalı olduğunu iddia eden teoriye hukuk bilimini dâhil etme düşüncesi heyecan verici görünüyor. Sözü edilen bilgileri ve düşünceleri, matematiksel kurallar ile hukuk normları paralelliği bağlamında, bütün normlar ve tabii anayasa normlarının yorumu üzerine kafa yorarken göz önünde bulundurmanın faydalı olacağı kanaatindeyim. Norm teriminin kökenleri ve hukukun geometrik kusursuzluğa kavuşturulmasının mümkün olup olmadığı sorunu zihnimizin bir köşesinde dururken, iki düşünürün yorumla alakalı yaklaşımını dile getirmek istiyorum.

nary, http://www.etymonline.com/index.php?allowed_in_frame=0&search=norm&searchmode=none, (27.03.2013)

³ Katherine Harber, Geoffrey Payton (eds.), *Heinemann English Dictionary, fully revised*, Heinemann Educational Publishers, Oxford, 2001, s.678.

⁴ Bryan A. Garner, *Dictionary of Modern Legal Usage*, Oxford University Press, New York, 2001, s.597.

⁵ Bkz: Benedictus Baruch Spinoza, *Geometrik Düzene Göre Kanıtlanmış ve Beş Bölüme Ayrılmış Olan Etika*, çeviren Hilmi Ziya Ülken, 3. Baskı, Dost Kitabevi Yayınları, Ankara, 2009.

⁶ Bkz: Euclid, *Euclid's Elements*, edited by Dana Denmore, translated by Thomas L. Heath, Green Lion Press, Santa Fe, New Mexico, 2002.

⁷ Clark N. Glymour, *Thinking Things Through: An Introduction to Philosophical Issues and Achievements*, fifth printing, MIT Press, Massachusetts, 1998, s.24.

Friedrich Nietzsche'ye göre, "Doğru diye bir şey yoktur; var olan sadece yorumdur"⁸. Burada aslında şu benim yaptığım konuşma da dâhil olmak üzere, günlük hayatımızda en ufak isteklerimiz, arzularımız, dile getirdiğimiz her duygunun ve düşüncenin yoruma muhtaç olduğunu, karşı tarafın akıl süzgecinden geçmedikçe hiçbir anlamı, somut dünyaya hiçbir yansımaya olmayacağını bu vecizeden çıkarabiliriz.

Umberto Eco, *Yorum ve Aşırı Yorum* adlı eserinde⁹ bir ayrıma gidiyor ve yorumun belli bir yerden sonra anlamından saparak, aşırı yoruma dönüştüğünü ve metnin anlamına aykırı bir hale büründüğünü söylüyor. Anayasa Mahkemesinin, Danıştay'ın, Yargıtay'ın, yerel mahkemelerin kararlarında bazen yapılan yorumları eleştiriyoruz. Bu yaptığımız eleştirilerin neredeyse yarısı, yargı organının yorum şekliyle ve yorum derecesiyle alakalı; yaptıkları yorumların tesiri ve önemiyle alakalı. Yorumu ele alırken, aşırı yorum / yorum ayırımın göz önünde bulundurmamız gerekir.

Yorum sorunuyla alakalı normatif yapı bakımından, hemen her kuralın pek çok kavramı bünyesinde barındırdığı ve bu kavramların duruma göre değiştiğini, belki çeyrek yüzyılda, belki yarım yüzyılda bu kavramların içlerinin başka birtakım unsurlar tarafından doldurulduğu ve/veya kavramların sahip oldukları anlam unsurlarını kaybettiği görülüyor. Örneğin *aile* kavramı, bu kanaate örnek oluşturabilir. Yanılmıyorsam, 1917 tarihinde Osmanlı Devleti döneminde kanun düzeyinde bir norm olan Aile Kanunnamesi ihdas ediliyor. Bir süre varlığını sürdürüyor, uygulanamadan ilga ediliyor. İşte, 1917 Aile Kanunnamesi'nde yer verilen aile terimiyle, 2001 tarihli, hâlihazırda yürürlükte olan Medeni Kanununa göre aile kavramının aynı olmadığını savunuyorum. Başka bir deyişle, 1917 metninde aile terimiyle kastedilen anlam, *aile* kelimesi hakkında yapılan yorumla, 2001 düzenlemesindeki aile kavramının yorum sürecinden sonra kavuşacağı anlamın farklıdır.

⁸ Francis J. Mootz III, *Law, Hermeneutics and Rhetoric*, Ashgate Publishing, Surrey, 2010, s.127.

⁹ Bkz: Umberto Eco, *Yorum ve Aşırı Yorum*, çeviren Kemal Atakay, 3. Basım, Can Yayınları, İstanbul, 2003.

Kuralları yorumlarken, ister istemez bazı malum yorum yöntemlerini kullanmamızdan başka, tarihsel yorum yapmak zorunda kalıyoruz. Yorumun değişkenliğini de kabul etmek zorundayız. Bir yandan, sayın Prof. Gözler'in çerçevesini çizdiği yorum kurallarını dikkate almak durumundayken, diğer yandan yorumun değişkenliğini, zaman karşısındaki dayanaksızlığını hesaba katmak zorunda olduğumuz fikrini savunuyorum.

Diğer yandan anayasa hukukunda norm somutlaşmasında, anayasanın siyasi vasfının etkili olduğu kanaatindeyim. Şöyle ki; 1917'de Sovyet devrimiyle kurulan Sovyetler Birliğinin siyasi sisteminde bir Sovyet Anayasası vardı. Aynı şekilde Almanya'nın da Nazi döneminde sahip olduğu bir anayasa vardı. Fransa'nın pek çok anayasasının olduğu malum; şu an yürürlükte olan 1958 V. Cumhuriyet Anayasası ve ondan önceki metinler. Her bir Anayasanın benimsediği bir görüş vardı. Benimsediği, temel aldığı bir siyasi ideoloji vardı. Sovyetler Birliği ideolojisi sosyalizmdi. Dolayısıyla orada kanunilik ilkesi dahi 'sosyalist hukukî şuur'¹⁰ ile kuşatılmış, kısıtlanmıştı¹¹; ceza hukukunda somut tesiri olan sosyalist anlayışa göre tasarlanmıştı ki, kanunilik ilkesinin ve temel hak ve özgürlüklerin, günlük yaşama olan doğrudan tesirini göz önünde bulundurursak, ideolojik tercihin anayasaya yansımalarının günlük hayatta ve dolayısıyla norm somutlaştırmasını ve yorumları doğrudan etkilediği ortaya çıkıyor. Aynı şekilde milliyetçilik düşüncesi bakımından, Nazi Almanyası'nda, nasyonalizm ve sosyalizmin aynı potada eridiği hatırlanabilir. Bu sebeplerden dolayı, norm somutlaştırmasının her bir anayasa için, her bir siyasi görüş için farklılaştığını düşünüyorum.

Türk hukukundaki yorum sorunu ise çok daha farklı nedenlere dayanıyor. Anayasa Mahkemesinin çoğu kararı incelendiğinde, 10 paragraftan 8 ya da 9 tanesinin genel kavramlar, taraf

¹⁰ John T. Binkley, "The New Soviet Criminal Procedure", American Bar Association Journal, Volume 46, 1960, s.639.

¹¹ Duygun Yarsuvat, "Sovyet ve Amerikan Ceza Hukuklarında Kıyas Prensiibinin Değerlendirilmesi", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 1, Sayı: 2, 1968, s.61.

beyanları ve iddialarından oluştuğu görülüyor. Doğrudan gerekçe teşkil eden, yani kararın, yani anayasaya uygunluk ya da anayasaya aykırılığın ortaya çıkarılmasına dayanak teşkil eden paragraflar bir ya da ikiyi geçmiyor. Sayın Prof. Gözler'in de işaret ettiği üzere mahkemelerden daha iyisini beklemek haklı bir istek; kararların büyük bölümünde hukuki akıl yürütme kısıtlı; tablo, anayasal haklarının korunmasını arzu eden birey bakımından da yargı kararlarını eleştirmeye yeltenen akademisyen bakımından da hayal kırıklığına neden oluyor. Yabancı ırk ve millet isimlerine ilişkin soyadı olarak kullanılıp kullanılmayacağına ilişkin Anayasa Mahkemesinin 2011 tarihli bir kararı yakın bir örnek¹². Orada, aynı şekilde, hukuki değerlendirme eksikliği mevcuttu. Yabancı ırk ve millet isimlerinin soyadı olarak kullanılmasını yasaklayan kuralın -*Soyadı Kanununun 3. maddesine tekabül ediyor* - Anayasaya aykırı olduğuna ve vatandaşların hakkına kullanmasına, soyadını değiştirmesine ilişkin hakkının ilga edildiği iddia olunan davada karar da 9'a 8 çıkıyor; 9 tane uygun bulma, 8 tane ret oyu şeklinde. Kararın hukuki analizi bir kenara bırakılırsa, doğrudan yabancı ırk ve millet isimleri isimleri tabirinin Soyadı Kanunundan çıkarılmasına ilişkin düzenlemenin Anayasaya aykırı olmadığı durumu ortaya çıkıyor ve bu sadece bir paragrafta ya da iki paragrafta ifade ediliyor; dolayısıyla bu kuşkusuz bir eksiklik. Normal şartlar altında Anayasa Mahkemesi kararını okuduğumuzda, bizim olayın pek çok açıdan tartışıldığına şahadet etmemiz gerekiyor, ona tanık olmamız gerekiyor. Biz ancak bu durumda Anayasa Mahkemesinin kararlarından iyi bir doktrin çıkarabiliriz. Türk Anayasa Mahkemesinin kararlarını belki de yeterince değerlendirememesinin, yeterince doktrine yansımaması sebebi bu olabilir. Nietzsche'nin atıfta bulunduğum vecizesindeki, bazen somut gerçekliğe aykırı düşse de hukuken kaçınılmaz olan *veritas iuris*'e, hukuki gerçekliğe¹³ aykırı kısmı göz ardı edip sözlerimi onunla noktalamak isterim: "Yorum her şeydir".

Teşekkür ediyorum.

¹² Anayasa Mahkemesi, 17.03.2011, 2009/47 E., 2011/51 K.

¹³ Alessandro Pizzo, "Il Rapporto tra Logica, Il Diritto e Il Linguaggio nella Prospettiva dell'Informatica Giuridica", *Diritto&Diritti Electronic Law Review*, 2006, s.5; <http://w.diritto.it/pdf/23074.pdf>, (28.03.2013)

Prof. Dr. ÜLKÜ AZRAK (Oturum Başkanı)- Ben de teşekkür ederim Sayın Turinay. Şimdi sıra Sayın Murat Sevinç'te.

Yrd. Doç. Dr. MURAT SEVİNÇ (Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi)- Merhabalar. Teşekkür ederim söz verdiğiniz için. Ben mikrofon dolaştırılacağını seyirciler arasında, dinleyiciler arasında düşünerek böyle bir şey yapmak istemiştim. Yani buraya çıkacağımı bilseydim, bu kadar cesur davranmayabilirdim. Sayın Prof. Dr. Kemal Gözler ve geometriyle ilişkisi adlı bu toplantıda, ben de bir-iki söz sarf etmek istiyorum. Allahañan Hocam hiçbir fikrim yok, sadece gösterdiğiniz şeklin üçgen olduğunu anlayabildim, onun dışında hiçbir şey bilmiyorum bu konuya ilişkin.

Ayrıca hocalarımın karşısında bir-iki şey söyleyecek olmanın da büyük zevk alıyorum ve onur duyuyorum. Kürsümüzün yıllar önce ayrılmış, ama hâla kürsü hocam olan Fazıl Sağlam karşısında ve diğer Hocam Rona Aybay karşısında. Şimdi ben Siyasal Bilgiler Fakültesinde Anayasacılık yapıyorum. Rahmetli Hocam Yavuz Sabuncu, Allah ömür versin Cem Erol emekli oldu, onlar da Siyasal mezunuydu, ben Siyasal mezunuyum, iki asistan arkadaşımız var Siyasal mezunu. Siyaset Biliminde yüksek lisans ve doktora yaptım, ama Anayasacıyım. Biz devekuşu gibi bir cinsiz. Yani ne deve, ne kuş, siyaset bilimciler siyaset bilimci saymaz, hukukçular hukukçu saymaz. İşte böyle iki arada bir şeyler yapmaya çalışıyoruz. Ben ve halihazırdaki arkadaşlarım, ama ne anlatılırsa anlatılsın, kaçınılmaz olarak bizim aklımız, ben de dahil olmak üzere hep işte siyaset bilimine gidiyor, tarihe gidiyor, siyasi gelişmelere gidiyor vesaire. Dolayısıyla benim için yorum konusu, bunlardan ayrı düşünölebilecek bir konu değil.

Elbette buradaki insanlar için de, konuşmacılar için de, teknik hukuk konuşmaları yapan ve benim de çok yararlandığım konuşmacılar için de bu böyledir. Yani hep dikkatimi çeken, bugün de dikkatimi çeken, bu konu üzerinde her düşündükçe bir kez daha eksikliğini hissettiğim şey bu yorum meselesi ya da anayasa hukukundaki diğer teknik konuların, bu perspektiften çok az ele alınıyor olması. Oysa tekrar söylüyorum, bu

söylediğim zaten hocalarım tarafından da bilinen şeyler, ama bir eksikliğe ya da benim algıladığım bir eksikliğe dikkat çekmek için bunu söylüyorum. Örneğin bu tarz çok hâkim olsaydı, baskın olsaydı ve çok doğru olsaydı. İşte benim yıllarca hayranlıkla okuduğum Bülent Tanör hocanın kitaplarının yarısını çöpe atmak gerekirdi, ya da Mümtaz Soysal'ın "100 Soruda Anayasa"sını, ne bileyim "Dinamik Anayasa" anlayışını, şunu-bunu hepsini çöpe atmak gerekirdi. Çünkü hâlihazırdaki tartışmalara bakıldığında, işte uzaydan birileri gelmiş, bir norm koymuş. Onlar gitmiş, ayrıldıktan sonra başka uzaylılar gelmiş, o normlar üzerinde bir yorum yapmaya, yani tarihten, toplumdandan, kültürden, şundan bundan her şeyden, inançtan bağımsız insanlar sanki bunu yapıyormuş ve bunun üzerinde kafa yoruyormuş gibi *-bu son söz kızdırdı galiba-* bir durum var. Yalnızca bunun eksikliğine bir kez daha dikkat çekmek istedim.

Şöyle bir problem var. İşte birinci sınıfa derse giriyorsunuz, karşınızda bir sürü 18 yaşında insan. Doğrusu benim ders anlatırken en zorlandığım, kendi kendime zorlandığım, genç insanlara bir şey anlatmakta zorlandığım konu. Örneğin yasama, yürütme, yargıyı anlatırken bu kadar büyük bir zorluk hissetmiyorum, ama hak meselesini anlatırken, eminim buradaki pek çok insan aynı şeyi yaşıyor ya da yaşayacak, daha genç arkadaşlarla. Yani hak, işte Emrah Oder Hocamız çok güzel bir şekilde ve bana da çok dokunan bir şekilde sigara yasağından söz etti. Benim sigara içme hakkım var, canımın istediği zaman ölme hakkım var. İstemiyorum da devlet benim ahlakımı korusun, sağlığımı korusun, böyle şeyleri korusun filan, umursamıyorum da böyle şeyleri, ama işte devlet diyor ki sen sigara içtiğin zaman öbür tarafta da birinin sağlığı zarar görüyor filan. Öyle mi? O zaman kapalı mekânda, havalandırma yapmayalım, havalandırma çok medeni bir şey, o yüzden işte kapalı mekânlarda yasaklayalım dediler ve bir de bunu satan var, bunu üreten var, bunun işletmecisi var.

Kahvehane örneğini verdi Hoca. Şimdi hakikaten bunun içinden çıkmak çok zor bir şey. Yani pratik uyum dediğiniz mesele, anlatırken hem kendim anlamakta en çok zorlandığım

konu, o yüzden de çok hayati bir konu olduğunu düşünüyorum. Yani bu yorum meselesi muhtemelen bütün meslek hayatım boyunca benim en büyük sorunlarımdan birisi olacak. Çünkü pratik uyum dediğiniz şey, eninde sonunda dönüp dolaşıp, siyasal gerçeklik ya da toplumsal gerçeklik duvarına çarpıyor, o duvara çarpıyor. Yani hangi yorum tekniğini kullanırsanız kullanın. Şimdi yine Hocanın 9 başlık altında anlattığı konular kuralsa, tamam sorun yok, ama ilkeyse ilkeyi birisi koyuyor ve onu birileri yorumluyor ve değerlendiriyor. Dolayısıyla kendi doğal sınırı olduğunu düşünüyorum ve o yüzden Kemal Gözler Hocaya katılmakta zorlanıyorum.

Ben Kemal Gözler Hocayı, o da biliyor, yazdığı her şeyi büyük bir zevkle okuyan, okuduklarının yarısına katılmayan biriyim. Zaman zaman büyük kızgınlık duyuyorum yazdıkları hakkında vesaire, ama çok yararlanıyorum ve çok da ihtiyaç olduğunu düşünüyorum böyle bir şeye ayrıca. Yani hakikaten bu da tarihsiz, siyasetsez, toplumsuz insanlar tarafından üretilen, yapılan şeyler değil hukuk dediğiniz. Öyle bir bilim tanımına vardiroyorsunuz ki pozitvizminizi Hocam, kesin bir yorum yoksa sizin için bilim orada bitiyor. Örneğin onun siyaset tarafından belirleniyor olması, yani siyaset biliminin ve siyasal gelişmelerin alanına giriyor olması, sizin için bilimin sonu. Niye bilimin sonu olsun? Siyaset bilimi diye bir bilim dalı var, tarih diye bir bilim dalı var, toplum bilimi var. Bunlarla birlikte ele alınmak zorunda olduğunu düşünüyorum. Çünkü aksi takdirde bunu yapmak mümkün değil.

Bülent Yücel arkadaşımızın yaptığı sunuşta, ben henüz metnini okumadım, ama metinde olduğunu düşünüyorum. Olmazsa da bunu karşılıklı konuşuruz, bir eksiklik olduğunu düşünürüm. Tabii burada söyleme imkânı yoktur belki de her şeyi, ama herkesin konuşmasını kapsayacak şekilde, örneğin Anayasa Mahkemesi'nin çok yıllar önce fahişeye tecavüz edildiğinde üçte bir ceza indirimi yapan yasayla ilgili bir kararı vardı, değil mi? Sizin tebliğinizde bu olabilir, belki de fırsat bulamadınız söylemek için, ama şimdi bu kadar olağanüstü bir örnek olabilir mi? Anayasa Mahkemesi'nin 11 üyesi bir araya

KAMU HUKUKÇULARI PLATFORMU

MURAT SEVİNÇİN
KONUŞMASI

geldi, fahişeye tecavüz edildiğinde üçte bir ceza indirimi öngörülmesini, Anayasanın eşitlik ilkesine aykırı bulmadı. İffetli kadın, iffetsiz kadın ayrımı yaptı Anayasa Mahkemesi'nin üyeleri, kusura bakmasınlar. Medeni bir ülkede bu kararı veren, kadınlar hakkında iffetli ve iffetsiz ayrımı yapan ve fahişeye tecavüz edildiğinde ceza indirimi eşitlik ilkesine aykırı değildir diyen bir üyenin, insan içine çıkamaması, mahcup olması lazım, ama Türkiye'de mahcubiyet lüks olduğu için, kimsenin başına bir şey gelmiyor.

Şimdi bunun normla ne ilgisi var? O normun yorumlanmasıyla ne ilgisi var? Erkek cinsiyetçi, kaba-saba, hadi diğer sözcükleri düzeyli bir toplantı bu boş vereyim, evdeki eşini düşünüyor, kızını düşünüyor, işte akrabalarını düşünüyor. Yahu o fahişe, onlarla aynı olur mu? Benim karım iffetli diyor, öbürü iffetsiz, ona tecavüz edildiğinde zaten mesleği fahişelik diyor. Şimdi bunu normla, norm yorumuyla, hangi yorum tekniğini kullanırsanız kullanın, nasıl açıklayabilirsiniz? Bu toplumun erkeğini, cinsiyetçiliğini, kadın düşmanlığını göz önünde bulundurmadan, hâkim inanç sistemlerini göz önünde bulundurmadan bu normu değerlendirmeniz, yorumlamanız mümkün mü? Değil. Eninde sonunda gelip, oraya çarpıyorsunuz. Hangi konu olursa olsun, gelip çarptığımız bir yer var. Hiçbir yorum tekniğiyle açıklayamayacağınız bir yer var.

O yüzden Ahmet Hocama, ilk konuşmayı yapan Anadolu Üniversitesinden gelen Hocama ayrıca teşekkür borçluyum. Çünkü benzer en azından, aynı değil, ama benzer anlama gelen konulara girdiler. Dolayısıyla benim için derste ya da kendi çalışmalarımnda, bu mesele çok kritik, altından kalkmakta çok zorlandığım bir şey ve çok önemli bir şey. Tabii Rona Hoca bu anlamda söylemedi, ama ben biraz çekerek söyleyeyim; meleklerin cinsiyetini tartışma meselesi. Ben çok bunun gerekli olduğunu düşünüyorum. Yani meleklerin cinsiyetinin tartışılmasının çok gerekli olduğunu düşünüyorum. Çünkü çok hasretini çekiyorum kişisel olarak, bu tip teknik tartışmaların konuyu fazla sağa sola çekmeden ve işte siyasi mesajlar vermek kaygısı olmadan filan tartışılması, benim zamanında hocalarımla çok

yaptığım, ama artık neredeyse hiç tanık olmadığım bir şey. O yüzden çok sıkıcı bile olsa ve hatta günlerce bir yere de kapanmak gerekse, çok tartışılması gerektiğini düşünüyorum.

O yüzden ben şu anda konuyu siyasete filan çekiyor değilim, ama konunun özünde siyasal gelişmeler, konjonktür, toplum bilim, felsefe, tarih gibi konular var ve bunlar göz önünde bulundurulmadan yapılacak her yorum, temel haklar konusunda gelip duvara çarpar ve çarpıyor. Yani daha iyi bir örnek benim aklıma gelmiyor. Tecavüz meselesi, fahişeye tecavüz meselesi korkunç bir şey. Soyadı meselesi, hadi en son örneğe gelelim. Soyadı meselesinde Anayasa Mahkemesi ne dedi? Tekeli kararı var. İnsaf, İnsan Hakları Mahkemesi Tekeli kararı verdi. Anayasanın 90. maddesi var, Anayasa Mahkemesi dedi ki, 90. maddeyle ilgisi görülmemiştir. Neyle ilgisini göreceksin bunun? Ama derdi o değil, ilgisi görülmüştür dese, yeni bir tartışmaya girmek zorunda. O tartışmanın nereye çıkacağı belli değil, Allah muhafaza erkek soyadını kaybedebilir. Benim rahmetli babamın evlenmemi en çok istemesinin nedeni ki, onu hep kırdım bu konuda, oğlum soyadımız yürüsün. Baba biz Windsor Hanedanı değiliz derim hep... Yani benim soyadım yürüse ne olur, yürümese ne olur, ama oradaki adamın kafası o. Oradaki üyeler değil mi? Hep aynı metne bakıyorlar, ama soyadını kaybedebilir çünkü sonuçta. Şimdi o konuda bir yasal düzenleme yapıyormuş, ama 90. maddeyle ilgisi görülmemiştir dedi Anayasa Mahkemesi. Bundan daha berbat bir karar olabilir mi? Ne demek ilgisi yok? Onunla ilgisi yoksa neyle ilgisi var bu konunun? Tekeli kararı var, iddiada bu yazıyor, başvuruda bu yazıyor, sayfalarca anlatılmış İnsan Hakları Mahkemesi Kararı. Bizim Anayasa Mahkememiz ilgisini görmedi. Bunun normun teknik yorumuyla ilgisi yok. Bunun adamın kafasıyla, ne olur ne olmaz, soyadım gider filan, işte neslim bilmem ne olur filan diye, onunla ilgisi var.

O yüzden bunu ihmal ediyorsunuz demiyorum, lütfen yanlış anlamayın. Elbette benim bu söylediğim her şeyi buradaki herkes de düşünüyordur, ama biraz daha bu konular diğer di-

KAMU HUKUKÇULARI PLATFORMU

MURAT SEVİNÇİN
KONUŞMASI

siplinlerle bence birlikte ele alınmak zorunda. Ele alınmak zorunda, çünkü alınmadığında işte Kemal Hocanın geldiği yere geliniyor. O bence *-geometriye girmeyeceğim, bilmiyorum-* bence çok değerli bir yer, ama çözüm yok. Yani Kemal Hocanın çözümlene yönteminin bir duvara çarpmana ihtimali yok, her seferinde çarpacaktır. Çarpacaktır, çünkü toplum denilen bir şey var. Evet, üçgen güzel, ama toplum öyle bir şey değil. Yani başka gelişmelerle biçimleniyor. Dolayısıyla ben yorum meselesi beni en çok zorlayan şey. Kendi alanımda, kendi mesleğimde en çok zorlayan şey. Bu konuda tartışmayı çok değerli buluyorum.

Umarım yarın daha sıkıcı ve daha teknik konulara da çok girilir. Çünkü hakikaten çok ihtiyaç olduğunu düşünüyorum. Hem söz verdiğiniz için, hem katlandığınız için, ayrıca Fazıl Hocaya da gencecik bir insan tabii Fazıl Hoca. Ona da bu toplantıyı böyle yıllardır sürdürmeye çalıştığı için teşekkür borçluyum. Teşekkür ederim.

Prof. Dr. ÜLKÜ AZRAK (Oturum Başkanı)- Ben de teşekkür ederim Sayın Sevinç, ama bir noktayı hatırlatmak istiyorum. O kararı veren Anayasa hâkimleri, çoğunluğu erkek olan Anayasa hâkimleri, Türk toplumundaki erkek üstünlüğünün bilinçaltına yansımalarının bir neticesidir o yorum. Onun için hiç şaşılacak bir şey değil bence.

Evet, şimdi sıra Muhlis Öğütçü'de. 10 dakikalık sınıra uyaçağınızı ümit ediyorum.

MUHLİS ÖĞÜTÇÜ'NÜN
KONUŞMASI

Yrd. Doç. Dr. MUHLİS ÖĞÜTÇÜ (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi)- Sayın Başkan, değerli katılımcılar; öncelikle saygılarımı sunuyorum. Bu toplantının düzenlenmesine katkı sağlayan tüm yetkililere de teşekkür ediyorum. Şimdi ben bir idare hukukçusu olmakla birlikte, pür idare hukukundan söz etmeyeceğim. Biraz önce kürsüye verdiğim notta yazdığım gibi Sayın Prof. Dr. Kemal Gözler'in tebliği üzerinde, hem idare hukuku, hem de şu meşhur doğal hukuk anlayışı-pozitif hukuk anlayışı arasındaki nokta üzerinde duracağım.

Tabii bu konulara değinirken, aslında yaklaşık 7 yıl önce yazdığım “Doğal Hukuk ve Pozitif Hukuk Işığında İnsan Hakları Alanındaki Bazı Kavramlar” adlı makalemde de çok kısa bir şekilde, bu 10 dakikalık süre içinde yararlanacağım. Bu vesileyle Sayın Gözler’in hem belki yarın sözlü katkılarını almayı, hem de eğer kendileri uygun görürlerse, daha önce kendilerine takdim ettiğim, gönderdiğim makale hakkında değerli görüşlerini yazılı olarak da görmeyi ümit ediyorum.

Sayın Prof. Dr. Kemal Gözler’in, “Yorum İlkeleri” adlı tebliğinin teknik olan pek çok hususuna katıldığımı öncelikle ifade etmek isterim. Tekin Akıllıoğlu’nun ya da başka idare hukukçularının çizdiği yoldan gitmeye, insan hakları hukuku alanından idare hukukuna girmeye ve orada kalmaya çalışan, özgürlüğünü bu yönde kullanmak isteyen bir kişi olarak; genel kamu hukukçusu ya da hukuk felsefecisi olmasam da, hukuktaki iki temel yaklaşımın varlığını sözlerime başlangıç noktası olarak alıyorum.

Tabii burada özgürlük kavramı üzerinde kısaca, Sayın Kemal Gözler’in tebliği çerçevesinde durmam gerekiyor. Özgürlük hukuk tarafından müsaade edilen, ama aynı zamanda yasaklanmayan, özgürlük insanın kendisi olması, bir yeti, meleke. Bu anlamda tabii özgürlükle hak arasında çeşitli farklılıklar ya da benzerlikler genel kamu hukuku, hukuk felsefesi kitaplarında, eserlerinde dile getirilmiş. Aslında belki bunların bir paranın iki farklı yüzünü ifade ettiği de söylenebilir. Bu çerçevede ben örneğin Sayın Gözler’in tebliğinin 8. sayfasındaki birinci paragrafta yer alan “pozitif hukuk”-“tabii hukuk” karşıtlığı ifadesi üzerinde durmak istiyorum. Belki burada bir karşıtlık mı var, yoksa günümüzde bir tamamlayıcılıktan söz edilebilir mi? Yanılmıyorsam, Ahmet Mumcu’nun da insan hakları hakkındaki bir kitabında yazdığı gibi, hukuk devleti, pozitif hukukunu ve bu arada giderek pozitif hukuk uygulamasını doğal hukuka yaklaştıran devletin adıdır. Bu anlamda belki bir karşıtlıktan değil de, tamamlayıcılıktan söz etmek belki daha uygun olur diye düşünüyorum.

KAMU HUKUKÇULARI PLATFORMU

MUHLİS ÖĞÜTÇÜ'NÜN
KONUŞMASI

Bu çerçevede yine Anayasa Mahkemesinin de hem doğal hukuk, hem pozitif hukuk anlayışına yer veren kararlarını, sadece hatırlatmakla yetiniyorum. Bunlar daha önce yazmış olduğum makalemde, örnekleri gösterilerek verilmiş durumda. Aynı şekilde 1982 Anayasası doğal hukuk anlayışını mı, pozitif hukuk anlayışını mı yansıtıyor sorusunu sorduğumuzda; 1982 Anayasası'nın 1924 Anayasası'ndan şüphesiz ki farklı olduğunu, ama gerek 1961 Anayasası'nda, gerek 1982 Anayasası'nda herkesin doğuştan, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel haklara sahip olduğu yönünde bir ifadenin bulunduğunu görüyoruz. Bunu, belki doğal hukuk anlayışının, yine de gerek 1961 Anayasası'nda, gerekse 1982 Anayasası'nda devam ettiğini göstermek açısından anlamlı bulmak mümkün.

Yine Sayın Kemal Gözler'in, gerek bu tebliğinde, gerek çeşitli kitaplarında, makalelerinde bahsettiği bir düşünce üzerinde durmak istiyorum: *"Bir hak pozitif hukuk tarafından benimsenmekle, doğal hukuk kökenli de olsa, artık tamamıyla pozitif hukuk kaidesi haline dönüşür."* Buna elbette ki katılırız, ama bu dönüşme o hakkın doğal hukuk kökenli olduğu özünü ortadan kaldırmaz. Virginia Haklar Bildirisi de, Amerikan Bağımsızlık Bildirisi de, Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi de, bütün bunlar aslında doğal hukuk anlayışını yansıtan bildirimlerdir, ama bütün bunlarda ve bizim Anayasamızda, giderek Avrupa kıtasında, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde doğal hukuk anlayışı, bu pozitif hukuk metinlerine artık bürünmüştür, onun içine yerleşmiştir.

İdare hukuku açısından Sayın Kemal Gözler'in tebliğinde, özellikle görmek istediğim, göstermek istediğim bir nokta var: Anayasanın 105. maddesi, tebliğinin 26. sayfasında. Şimdi tabii ki Cumhurbaşkanının tek başına yapacağı işlemlerden bahsetmeden maddede, gerçekten hangi işlemleri Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı belirtilmemiştir. Tamam, ama Sayın Prof. Dr. Kemal Gözler buradan hareket ederek, tırnak içinde aynen şu ifadeye yer veriyor: *"Cumhurbaşkanının istisnasız bütün kararları karıştı imza kuralına tabidir."* Benden önce sayın hocalarım, sa-

nırım Sayın Aybay, Sayın Fazıl Sağlam da dile getirdiler. Ben burada idari yargıdan ve idare hukukundan bir örnek vermek istiyorum: Resmi Gazeteyi taradığımızda şunu görüyoruz: Sayın Cumhurbaşkanı, Türkiye Cumhuriyeti Devlet Demir Yolları Genel Müdürünü örneğin, Danıştay üyesi olarak seçiyor. Anayasanın ve Danıştay Kanunu'nun kendisine tanıdığı yetkiye dayanarak seçiyor, tek başına yapıyor, başka hiç kimsenin imzası yok. Resmi Gazetenin metnine baktığımızda, orada ne ilgili Bakanın, ne Başbakanın imzasını görüyoruz. Bu doğru mu, yanlış mı ayrı bir konu, ama bir şekilde Anayasanın 105. maddesi var. Cumhurbaşkanı, Danıştay Kanununun ilgili hükümleri çerçevesinde, Danıştay'a üye seçim işlemini yaparken; üniversite rektörlerinin seçiminde olduğu gibi, başka makamların, kurulların, birimlerin işlemlerine daha önceki aşamalarındaki işlemlerine katılmıyor. Bunu dilediği gibi yapıyor. Şüphesiz kendisine birtakım bilgiler geliyor. Devlet Demir Yolları Genel Müdürü var, işte onu Danıştay üyesi olarak seçebilirsiniz ya da bir vali var, belki sevdiği bir vali, onu korumak için Danıştay üyeliğine seçiyor. Bunu bilemeyiz, ama bunu tek başına yapıyor.

Dolayısıyla burada olan ve olması gereken açısından, Sayın Gözler yorumu çerçevesinde haklı olabilir, ama belki hepimizin hayran olduğu pozitif hukuk açısından Resmi Gazete'ye baktığımızda, Cumhurbaşkanı Danıştay'a üye seçimini tek başına yapıyor. Dolayısıyla burada olanla, olması gerekeni ayırt etmemiz gerekiyor. Belki Sayın Gözler'in gerek tebliğinde, gerekse hakikaten çok değerli olan, hepimizin yararlandığı Anayasa ve idare hukuku kitaplarında, olanla olması gereken arasındaki ayrıma, en azından bakmasında naçizane fayda olabilir diye düşünüyorum.

Bu çerçevede kendisine gerçekten içten saygılarımı, teşekkürlerimi sunuyorum. Dinlediğiniz için teşekkür ederim.

Prof. Dr. ÜLKÜ AZRAK (Oturma Başkanı)- Ben de size teşekkür ederim Sayın Öğütçü. Şimdi sıra Erkut Ziya Sivrikaya.

ERKUT ZİYA SİVRİKAYA (Yakın Doğu Üniversitesi)- Pek kıymetli hocalarım, meslektaşlarım; hepinize saygılarımı sunarım. Gerçekten çok keyif verici, çok doyurucu bir toplantı, yani zihinsel olarak büyük haz duyuyorum şu an. Bütün konuşmalar ve yorumlardan büyük keyif aldım. Zannedersem şu an 80'in üzerinde artık hukuk fakültesi oldu Türkiye'de ve Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nde. En iyi hukuk okulu ben- ce, hâlihazırda. Hiçbir hukuk fakültesinin bütün bir dönemi, Kamu Hukukçuları Platformu'nun tek bir dersi etmez.

Evvela Bülent Hocama bir şey demek istiyorum. Ailenin soy ismi meselesinden bahsetmişti. Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Medeni Kanunu'nda, evlenen çiftler karının veya kocanın soy ismini, aile soy ismi olarak tercih edebilmekteler, böyle bir seçimlik hak mevcut.

Prof. Dr. ÜLKÜ AZRAK (Oturma Başkanı)- Bir müdahalede bulunabilir miyim? Soyadı Kanunundan mülhem olarak, soy ismi değil, soyadı tabirini kullanmanız daha doğru olur. Halk arasında çok yaygınlaştı soy ismi lafı.

ERKUT ZİYA SİVRİKAYA (Yakın Doğu Üniversitesi)- Karının veya kocanın soyadlarından biri aile soyadı olarak tercih edilebiliyor. Eğer herhangi bir soyadı tercih edilmezse, kocanın soyadı aile soyadı olarak kullanılıyor. Aynı zamanda Kemal Hocama da söylemek istediğim bir-iki bir şey vardı, ama benden evvelki yorum yapan hocalarım o kadar çok şey söyledi ki, bana fazla söyleyecek bir şey kalmadı. Ne söylesem, tekrar etmiş olacağım. Fakat küçük bir şey var orada. "*İstisnayı da kaideyi koyan koyar*" demiştiniz Hocam. Doğru olabilir, ama orada da şöyle bir ilke daha var aynı zamanda. *Necessitas non habet legem*, yani zarureti kanun tanımaz. Yani icabında bu ilkelere birbirleriyle çatışabilir herhangi bir durumda. Bu ilkeyi de göz önünde bulundurmamız gerekiyor.

Aynı zamanda bir de yorum meselesiyle ilgili olarak bütün gün boyunca Öklit geometrisinden, kesinlikten bahsettik. Malesef dediğimiz gibi bu kadar kesin sonuç hiçbir zaman alamayız, benim naçizane kanaatim. Çünkü Ahmet Hocamla da

daha önce konuşmuştuk az evvel. Evet, akıl uzun süreden beri aynı, ama üçgen bundan 8 milyon yıl önce de üçgeni, bundan 8 milyon yıl sonra da üçgen olarak kalacak, ama bundan 8 milyon yıl önce insan bugünkü insan değildi, bundan 8 milyon yıl sonra da bugünkü insan olmayacak. Sosyal yapı, biyolojik ve zihinsel evrim söz konusu, çok büyük değişimler geçiriyoruz. Dolayısıyla her defasında, her olayın tekilliğine, biricikliğine, her defasında yorumu yapanın bulunduğu konumdan, çevresinden yaptığı yorumlar birbirinden tamamen farklı olacaktır. Bununla ilgili yine Mecelle'den bir ilke söylemek istiyorum: Ezmanın tagayyürü ile ahkâmın tagayyürü inkar olunamaz. Yani dolayısıyla zaman içerisinde hükümler değişebilir Hocam.

Teşekkürler, daha ne söylesem artık tekrar olacak, o yüzden burada kesiyorum.

Prof. Dr. ÜLKÜ AZRAK (Oturum Başkanı)- Teşekkür ederim Sayın Sivrikaya. Şimdi söz son konuşmacımız, Hocamız Anıl Çeçen'de.

Prof. Dr. ANIL ÇEÇEN- Efendim saygıyla selamlıyorum hepinizi. Bu toplantıyı düzenleyen Fazıl Sağlam arkadaşımıza da öncelikle teşekkür etmek istiyorum. Efendim toplantı davetini aldığımda şöyle düşündüm: Dedim ki, madem yorum esas, o zaman hukuk ve hermenötik üzerine bir tebliğ hazırlayayım; iki ayrı bilim dalını beraberce düşünen. Fakat sonra baktım ki genç katılımcılar var, önce onları dinleyelim dedik ve bugün bizden sonraki kuşak, iyi geldiğini görüyoruz. Çünkü hakikaten bugün önemli yeni şeyler duyduk ve öğrendik ve onlardan da yararlandık.

Şimdi ben birkaç şeyi burada kısaca dile getirmek istiyorum. Önce şu elimdeki kitabı göstermek isterim size. Bu Gulbenkian Komisyonu'nun raporu. Lizbon merkezli, Portekiz'de görev yapan Gulbenkian Komisyonu ki, bu rapor Türkiye'de 10 defa basılmış. Sosyal bilimlere açın diyor ve sosyal bilimlerin küreselleşme süreci içerisinde yeniden yapılanması gerektiğini vurguluyor ki, biz bugün burada Anayasa hukuku ve hukuk konuşuyoruz. Hukuku da bir sosyal bilim olarak ele aldığımız

noktada, küreselleşme süreci içerisinde bütün sosyal bilim dalları eğer yeniden yapılanıyorsa, hukukta da bu gündeme gelecek, ama bu sanki yokmuş gibi hareket ediliyor. Bakın Avrupa üzerinden gelen, Batıdan gelen, Amerika'dan gelen dalgalara bakın. Ya insan hakları diyorlar, kutsal kavram ya demokrasi diyorlar kutsal kavram, ya Avrupa Birliği diyorlar karşı çıkamazsınız, ya küreselleşme diyorlar hiç karşı çıkamazsınız. Karşı çıkılmayacak kavramlarla sürekli olarak yeni bir hukuk süreci bize empoze ediliyor. Nasıl? Çeviri yasalarla. Nasıl? İşte efendim çeviri hukuk kitaplarıyla. Nasıl? İşte yapılan toplantılarla ki, 90'lı yıllarda hatırlıyorum, hep İstanbul'da sosyal bilimleri, uluslararası ilişkileri yeniden düşünmek adı altında çeşitli toplantılar yapıldı.

Şimdi değerli dinleyiciler, burada bizim için önemli olan ne? Bakın bugünkü toplantının başlığı Anayasa hukuku. Anayasa nedir? Bir devletin belgesidir, varlığının göstergesidir, hukuki olarak ortaya koyduğu yapıdır. Devlet olmadan Anayasa olur mu? Anayasa olmadan devlet olur mu? Tartışmalarını düşündüğümüz noktada, ister istemez hukuku hâlâ devlet merkezli olarak düşünüyoruz. Değerli arkadaşlar, Gulbenkian Komisyonu'nun raporu diyor ki, sosyal bilimler artık devlet merkezli olmaktan çıkacak. Devlet merkezli olmaktan çıkacak diyor Gulbenkian Komisyonu. Komisyonun başkanı kim biliyor musunuz? Wallerstein. Yaşayan en büyük Amerikalı bilim adamı Immanuel Wallerstein. Wallerstein'ın kitaplarını çok dikkatli takip ederim. "*Jeopolitik ve Jeokültür*" isimli kitabında Wallerstein, Amerika'nın dünyanın merkezine saldırması gerektiğini, Asya'ya ve Avrupa'ya saldırarak, Asya Avrupa savaşını kışkırtması gerektiğini, uzun sürecek bir Asya Avrupa savaşı sonrasında Amerika'nın üstünlüğünü koruyabileceğini söylüyor. Oswald Spengler'in Medeniyetler Teorisi'nin uzantısı olarak. Yani bugün gelinen noktada Amerika merkezli dünyanın devam etmesini, bu Wallerstein savaşa bağlıyor arkadaşlar ve bu Wallerstein'ın başkanlığında heyet de, devlet merkezli sosyal bilimlerden vazgeçin diyor. Ben söylemiyorum, bakın kitapçılarda hâlâ satılıyor, 10 baskı. Lütfen bakalım.

Ben şunu öneriyorum gelecek toplantıda ki, detaylara girmedim. Yorumla ilgili bir toplantıda ben hermenötik alanında daha öne gelen bazı çalışmaların olması gerektiğini vurgulamak istiyorum. Hermenötikle bugün hukuk felsefecileri ilgileniyorlar, ama hukukçular ilgilenmiyorlar. Kamu hukukçularının ve sosyal bilimlerin bu alanda da daha bilimsel çalışmalara girmesi gerektiğini vurgulamak istiyorum. Artık Anayasaların değerlendirilmesinde yorum konusunun daha bilimsel olarak ele alınması gerektiği bir çağa geldik. Çünkü yorum deyince önceden ya metodolojiyi düşünüyorduk ya da felsefe ve hukuk tarihinden gelen, sosyolojiden gelen birtakım kurallardan hareket ederek genellemeler yapıyorduk ya da mantık kurallarının hukuk alanında uygulanmasını gündeme getiriyorduk. Yorumla ilgili olarak şimdiye kadar bunları yaptık, ama hermenötik bir bilim dalı olarak gündeme geldiğine göre, hukuk fakültelerinde de belki ayrı bir dersin bu şekilde ele alınıp, gündeme getirilmesi ve yeni eğitim programlarının bu doğrultuda düzenlenmesi gerektiğini burada vurgulamak isterim.

Sonuç olarak şuna gelmek istiyorum: Evet, hukuk adına çok büyük bir değişimle karşı karşıyayız; çünkü dünya değişiyor. Bu değişim bize hep insan hakları, demokrasi, küreselleşme, Avrupa Birliği olarak yansıtıldı, ama hepsinin arkasında bir yeni dünya düzeni arayışı var ve bu yeni dünya düzeni arayışında da artık devlet merkezli bir çizginin dışına çıkılması gerektiğini vurgulayan bilimsel raporlarla karşı karşıyayız.

Son olarak şunu vurgulamak isterim. Kamu hukukçularının toplantısını unutmayalım, Habermas bugün çok geçerli bir filozof. Evet, kamusal alanı devletin dışına çıkardı. Artık devlet dışı bir kamusal alan, yani sivil toplum kavramı çerçevesinde bir devlet dışı kamusal alan gündeme geldiği noktada, hukuk nereye gidiyor hukuk? Bu sorunun cevabını karşılamak durumundayız. Ben şunu vurgulamak istiyorum: Bakın bugün hâlâ millet kavramına dayanan devlet düzenleri geçerli. Daha önceki süreçlerde, krallıklar, hanedan kavramına dayalı devletler vardı, ondan önce din kavramına dayalı devletler vardı. Şimdi

KAMU HUKUKÇULARI PLATFORMU

ANIL ÇEÇEN'İN
KONUŞMASI

devletlerin küçültüldüğü aşamada, evet şirketlerin öne geçtiğini görüyoruz. Şirket kavramının devlet kavramının yerini aldığını görüyoruz. Bu konuda bir meslektaşımız çok önemli bir kitap yazdı. Yasemin Özdek'in "*Şirket Egemenliği Çağı*" kitabını öneririm. Gerçekten, evet devletler var bugün, ama toplumu devletler mi yönetiyor, yoksa şirketler mi yönetiyor?

Bugün hâlâ Mecliste yazılı olan "Egemenlik Milletindir" sözü, millet temsilcileri tarafından uygulanıyor mu? Yoksa boğazın kıyısına toplanmış olan büyük şirketlerin ortaya koyduğu sermaye egemenliği mi var? Değerli arkadaşlar, artık sermaye egemenliği dönemindeyiz, hukuku da buna göre düşünmek durumundayız. Yasemin Özdek kitabının adını "*Şirket Egemenliği Çağı*" koymuş. O zaman biz hâlâ geçmişten gelen eski kalıplarla hukuku değerlendiremeyiz. Yeni durumu iyi tespit etmek durumundayız. Mecliste önümüze gelen bütün konular, yeni Anayasa tartışmaları, bütün yasal sürece baktığımız zaman, çok açık bir şekilde bunların gündeme getirildiğini görüyoruz.

Ben 90'lı yıllarda 8 yıl hükümet müşavirlikleri yaptım. Değerli arkadaşlar, Ankara merkezli çok kanun hazırladım, hiçbirisi çıkmadı. Ya Avrupa Birliği'nden gelen kanunlar çıktı, ya okyanus ötesinden gelen yasa tasarıları çıktı. Böyle bir noktada yasama organı görevini yapıyor diyebilir miyiz? Yasama organında halk temsilcileri, halkın istekleri doğrultusunda yasa çıkarıyor diyebilir miyiz? Yoksa yasama organında halk egemenliğinin yerini küresel egemenliğin, küresel sermaye egemenliğinin aldığını görmek durumunda mıyız? Evet, ben bu çelişkileri ve bu yeni durumları dikkate alarak bir değerlendirme yapmak istedim.

Önümüzdeki toplantının konusu olarak, Fazıl arkadaşımıza şunu öneriyorum: Değişen koşullarda kamu hukukunun yeni konumunu, yerini ve bugün içerisinde karşı karşıya kaldığı sorunları ele alıp inceleyelim. Hatırlayacaksınız 90'lı yıllarda üniversitelerden kamu hukuku dersleri kaldırıldı. Sonra 2000'li yılların başlarında Roma hukuku dersleri kaldırılmaya kalkı-

şıldı. Şimdi Türkiye Cumhuriyetinin var eden, bilgi birikimini yansıtan Atatürk İlkeleri dersleri kaldırılıyor. Demek ki, bir şeyler kaldırılıyor. Kamu hukuku kaldırılıyor, Roma hukuku kaldırılıyor, Atatürk İlkeleri kaldırılıyorsa, o zaman o hukuk fakültelerinde farklı bir eğitime doğru sürüklenme var. Nitekim İstanbul'daki özel hukuk fakültelerine baktığımızda, çok farklı uygulamalar, çok farklı dersler görüyoruz, yaklaşımlar çok farklı.

Bir tarafta geçmişten gelen birikim var, bir tarafta da okyanus ötesinden esen rüzgârlar var. Bunların getirdiği çatışmaları ele alıp tartışacağımız bir toplantının önümüzdeki dönemde Türkiye'deki kafa karışıklığının ortadan kaldırılması açısından da yararlı olacağını düşünüyorum.

Bana bu fırsatı verdiğiniz için teşekkür ediyorum. Genç arkadaşlarımı tekrar kutluyorum. Farklı düşünebiliriz, çünkü onlar genç kuşak, ama biz de geçmişten gelen birikimi taşıyoruz. Geçmişten gelen birikimle genç kuşağın getirdiği yeni rüzgârların çatışmalarını bu toplantılarda bir senteze dönüştürebilmek için, ortak toplantıları daha fazla yapmamız gerektiği kanaatindeyim. Çünkü evet, çok ciddi boyutlarda artık farklılıklar gündeme geliyor. Bakın Newton fiziği ortadan kalktı, kesinlik kavramı ortadan kalktı. Bakın Kuantum fiziği diyorlar, biz kesinliğe dayalı olarak bilimsel çalışmalar yaptık. Hız kavramını öne çıkarıyorlar. Hız kavramında Schrödinger'in kedisiyle aynı anda beş yerde birden Schrödinger'in kedisi bulunuyorsa, o zaman bilimde kesinlik kalmadı diyorlar.

Peki, biz ne yapıyoruz? Hâlâ bilim mi yapıyoruz, yoksa başka bir şey mi? Hepinize saygılar.

Prof. Dr. ÜLKÜ AZRAK (Oturma Başkanı)- Teşekkür ederim Sayın Çeçen. Bizim kuşağımızın mensuplarından birinin hâlâ bu heyecanı taşımasını bir mutlulukla karşılıyorum. Şimdi bir genç arkadaşımız deminden beri söz istiyor. Biraz vaktimiz var, izninizle ona da söz vereceğim şimdi. Yalnız kendinizi tanıtın lütfen burada.

Dr. ULAŞ KARAN (İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi)- Bu toplantının gerçekleşmesini sağlayan başta Fazıl Sağlam Hocam olmak üzere çok teşekkür ediyorum. Toplantının oldukça verimli bir şekilde devam ediyor. İlk başta yorum üzerine yapılan sunumlar ve diğer katkılar sonucunda yalnızca yorum yapılarak veya bazı yorum yöntemleri uygulanarak somut bir sonucu varılamayacağı ortaya çıkmış oldu. Üzerinde durmak istediğim değer ve tercih olarak ifade edilebilecek iki başlık var. Değer kelimesi yargı organlarının aldığı kararlarda bazen açıkça, bazen üstü kapalı olarak benimsediği bazı düşünceleri, ideolojilere işarete diyor. Tercih kelimesi ise yargı organlarının somut bir uyuşmazlığın giderilmesi noktasında farklı yaklaşımlardan birini tercih etmesine gönderme yapıyor. Örneğin yargı organları bir davada cinsiyet olma veya olmama biçiminde bir tercih yapmak durumunda kalabiliyor. Türkiye’de yargı organları bugüne kadar bu konuda tavrını cinsiyetçilik yönünde ortaya koymuştur.

Konuya tarihsel olarak baktığımızda, yargı organlarının verdiği kararların yalnızca hukuk teorisindeki veya yorum yöntemlerindeki gelişmelere bağlı olarak ortaya çıkmadığı, çoğunlukla siyasi gelişmelere, ideolojilere veya tutumlara bağlı olarak verilebildiği görülüyor. Örneğin Amerikan hukukunda 2. Dünya Savaşı sonrası dönemde ortaya çıkan ırkçılık karşıtı hareket, feminist hareket, eşcinsel hareket yargı organlarının yaklaşımını etkilemiştir. Hatta bu alanda feminist hukuk teorisi, queer teorisi gibi bugün ciddi birer disiplin olarak kabul edilen çalışma alanları ortaya çıkmıştır. Bu teoriler geleneksel hukuk anlayışını ciddi biçimde sarsmıştır.

Yargı organlarının bazı yaklaşımları değer yargıları ve tercihler çerçevesinde hareket edilebildiğini açıkça ortaya koymaktadır. Örneğin günümüzde ayrımcılık yasağı alanında ırk veya etnik köken, cinsiyet, din veya inanç gibi temellerde farklı muamelelerin hukuka uygun kabul edilebilmesi için gerçekten önemli gerekçelerin varlığı aranabilmekte ve daha gelişmiş bir koruma sağlanabilmekte iken aynı düzeyde koruma diğer ayrımcılık temellerinde benimsenmeyebilmektedir.

ABD Federal Yüksek Mahkemesi'nin veya Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bu tür bir yaklaşımı benimsemiştir. Bu yaklaşımın belirtilen eleştirel düşüncelerle yakından ilgisi bulunmaktadır ve hukuk ve siyaset ilişkisinin sanıldığından daha sıkı olduğu göstermektedir. Bu ilişki hukuk alanında değer ve tercihler olarak ortaya çıkıyor. Bu noktada yargısal denetim yalnızca yorum yöntemlerine dayalı olmaktan çıkıyor ve büyük oranda değer ve tercihlere hukuki bir gerekçe kazandırılmasına dönüşüyor. Dolayısıyla yorum yöntemlerinin değerlerden ve tercihlerden tamamen bağımsız olarak uygulanması mümkün gözüküyor.

Sözlerime son verirken sunum yapan ve katkı sunan tüm hocalarıma tekrar teşekkür ediyorum.

Prof. Dr. ÜLKÜ AZRAK (Oturum Başkanı)- Ben de teşekkür ederim. Efendim böylece bugünkü programımızı şayanı şükran bir biçimde, bütün arkadaşlarımızın yardımları ve desteğiyle zamanında bitirmiş oluyoruz. Yarın devam edeceğiz. Bu sefer Rona Beye aktif rol vererek. 19.00'da aşağıdaki salonda, onu da bütün arkadaşlarımıza duyurmak istiyoruz. Bir kokteyl prolonge aşağıda. Teşekkür ederim.

KAMU HUKUKÇULARI PLATFORMU

Anayasa Hukukunda Yorum
ve Norm Somutlaşması

İKİNCİ GÜN

Birinci Oturum

Prof. Dr. FAZIL SAĞLAM - Toplantı usulümüzle ilgili bir noktanın yanlış anlaşıldığını fark ettiğim için söz aldım. Yanlış anlaşılma belki bizim de kusurumuz olabilir, Başkanlığa yöneltilen sorulara bir göz atınca gördük ki o soruları yöneltenler, katılım beyanında bulunan arkadaşlarımız. Oysa yazılı soru yalnızca dinleyici konumunda olanlar için söz konusu olan bir yöntem. Katılımcılar soru sormakla yetinmek istiyorlarsa, bunu kürsüye çıkıp açıklamaları daha doğru olur. Bu durumdaki arkadaşları sıraya koydum. Gelip sorularını açıklasınlar. İlla katkı niteliğinde bir şey sunmaları zorunlu değil. Ama kendi sorularını, tabii ki açıklama hakları var. Sırayı ona göre düzelttim.

FAZIL SAĞLAM'IN
KONUŞMASI

Prof. Dr. RONA AYBAY (Oturum Başkanı)- Meslektaşlar günaydın. Bir usuli meseleyi aydınlığa kavuşturduk. Bu ikinci günün ilk oturumu ve toplantımızın üçüncü oturumu oluyor. Dün başlattığımız tartışma, yorum, soru sorma içeriğiyle toplantımızı sürdürüyoruz. Elimdeki programa göre 11.00'e kadar süremiz var. Benim elimdeki listede 8 kişi görünüyor. Bu arada yeniden söz almak için başvurmak olanağı vardır. Yani toplantı sırasında usule uygun şekilde yazılı olarak bildirmek suretiyle söz isteyebilirsiniz. Az önce Sayın Profesör Sağlam'ın da izah ettiği üzere, katılımcılar için sadece ad soyad ve mensup bulunulan kurumun adının kâğıda yazılıp verilmesi yeterlidir. Katılımcılar dışındaki dinleyiciler için soru sorma olanağı vardır, kürsümüz onlara da açık. Bir tek koşul var; yazılı olarak sorularını kısaca formüle etmelerini bekliyoruz. Elimizdeki yönerge bunu gerektiriyor.

RONA AYBAY'IN
KONUŞMASI

Şimdi dünden söz istemiş olan Sayın Altan Heper, buyurunlar. Sayın Altan Heper bildiğime göre Özyeğin Üniversitesi Öğretim Üyesi, ama aynı zamanda Almanya'da da bir üniversiteyle ilişkisi devam ediyor. Buyurun efendim, söz sizin.

Dr. ALTAN HEPER (Özyeğin Üniversitesi)- Teşekkür ederim efendim. Herkese günaydın. Önce böyle güzide bir topluluk önünde konuşmak bana büyük bir mutluluk veriyor, biraz da tabii heyecan veriyor. Ben 30 yıldır Almanya'da yaşıyorum. Tabii bu kadar uzun bir süre orada yaşamak benim açımdan

ALTAN HEPER'İN
KONUŞMASI

KAMU HUKUKÇULARI PLATFORMU

ALTAN HEPER'İN
KONUŞMASI

Alman hukukunda kendimi daha güvenli hissetmeme yol açıyor. Ben o açıdan size kısaca Almanya'da anayasa hukukunda yorum nasıl yapılıyor? Çok kısa değineyim.

Bir defa bu 1840'lardan beri yorum kanonu denilen dört temel ilke kullanılıyor. Lâfzî yorum, orada sınırı kelimenin, lafzın sınırı teşkil ediyor; yorumda buna bakıyoruz. Arkasından sistematik yorumda maddenin bulunduğu yasadaki yeri ve yasanın hukuk düzeni içindeki sistematığına bakıyoruz. Arkasından sübjektif yasa koyucunun tutumuna bakıyoruz. Arkasından objektif yoruma bakıyoruz. Anayasa Mahkemesi objektif yoruma önem veriyor. Yani yasa koyucunun iradesinden bağımsızlaşmış bir yasanın bağımsız bir iradesi olduğunu da düşünüyor. Objektifleşmiş bir yasa iradesi denilen yoruma uyguluyor. Burada da tabii yasanın yasa koyucudan daha akıllı olduğu anlayışından yola çıkıyor. Bunların dışında farklı yorum yöntemleri de var. Birincisi anayasal bütünlük, birlik yorum prensibi uygulanıyor. Yani aynı derecede geçerli maddelerin birbirleriyle çelişmeyecek şekilde yorumuna önem veriyor.

Bunun dışında Bertil Emrah Oder'in anlattığı pratik uyum, ona praktice konkordans diyoruz, Fazıl Hocanın da önem verdiği anayasal yorumda. Aynı derecedeki temel hakların birbiriyle çelişmesi halinde, bir hak pozisyonunu tek taraflı olarak geriye itip, diğer hakka ağırlık vermeme, diğer hakkın da göz önüne alınması, uyumlaştırılması prensibi çok önemli bir rol oynuyor. Arkasından basit yasaların uygulanmasında da, Anayasaya uygunluk prensibine önem veriliyor. Bunun dışında, tabii mukayeseli hukuka önem veriliyor. Almanya için, İngiltere için, Avrupa Birliği ülkeleri için, Avrupa Birliğine uyum yorum metodu uygulanıyor.

Şimdi Kemal Hoca yorum prensiplerini, yorum ilkelerini anlatırken, dünyada her yerde, her koşul altında geçerli yorum prensiplerinden bahsetti. Şimdi Türkiye'de veya Pakistan'da Avrupa Birliğine uygun yorum prensibi tabii uygulanmayacak, mutlaka uygulanmayacak. Yani her ülke için yorum prensipleri tabii rölatif farklılığı sağlıyor. Şimdi ben Kemal Hocayı

tabii çok takdir eden birisi olarak, ilk defa burada karşılaştım, ama kitaplarından tanıyorum. Ona benim bir önerim olacak. Bu hukuk yorum ilkelerini, eşyanın tabiatından çıkartmak yerine, bunları meta kuralları olarak düşünsek. Meta kuralları şöyle ifade edebilirsek; işte bütün hukuk düzeni için veya tek tek normlar için, münferit normlar için geçerli, hukukun düzeninin üstünde olmayan, fakat bütün normlar için geçerli olduğu için, meta seviyede düşünülecek kurallar olarak görmemiz mümkün. İşte Almanya'da Hans Peter ...birçok kişi bu öneriyi getiriyor. Yani hukuk metodolojisine ait *-sadece yorum değil tabii-* kurallar meta kurallardır. Bunlar bütün normlara uygulanacağı için, bunları işte meta seviyede incelemek gerekir. Bilimsellik bu şekilde sağlanabilir deniyor.

Ayrıca Kemal Hoca yorum kurallarının pozitifleştirilmediğini, pozitif nitelik taşımadığını ifade etti. Tabii bu kıta Avrupa'sı için özellikle geçerli olmayan bir bence ifade. Çünkü işte Avusturya Medeni Kanununda var, Kod Napolyon'da var hatırladığım kadarıyla, İtalyan Medeni Kanununda var, bizim İsviçre Medeni Kanunundan aldığımız mehzaz kanunda var. Almanya'daki bakış açısıyla bu tür kurallar, işte bizim Medeni Kanun 1, Avusturya Medeni Kanunu 7, yorum kuralları, yani pozitifleştirilmiş kurallar. Tabii Hocam çok daha iyi bilir. Adalet Divanı 38. madde var. Bunlar da pozitifleştirilmiş. İşte Birleşmiş Milletler sözleşmenin uygulanmasına ilişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması, Viyana Sözleşmesi var. Bunları da pozitifleştirilmiş yorum kuralı olarak görmek mümkün.

Tabii bizde de 138. madde, hukuka ve yasaya uygunluk, hâkimin yasaya ve hukuka uygun karar vermesi. İşte orada tabii yasanın yanında hukuk olması, pozitif hukukun üstünde gibi görünen bir hukuk isteminin, hukuk anlayışının da hâkimi bağlaması söz konusu. Almanya için 20. madde 3. fıkra var. Bu kısa zaman içerisinde tabii, bir de David Hume'la ilgili eleştiri. David Hume'da siz yorum ilkelerinin, normatif önermelerin ampirik önermelerden çıkarılamayacağını söylemişsiniz. Benim bildiğim tam tersiydi. Yani Hume'da norm olandan olması gerekenin çıkartılması eleştiriliyordu. Tabii oradan Kant'a

KAMU HUKUKÇULARI PLATFORMU

ALTAN HEPER'İN
KONUŞMASI

kadar gidiyoruz. Yani tam tersi sonucu çıkarmak bana şey geliyor, biraz yanlış geliyor.

Siz de tabii benim anladığım kadarıyla çok katı bir pozitivist anlayış var. Yani artık bu doğal hukuk, pozitif hukuk ikilemini getiriyorsunuz. Artık dünyada bu ikilem bitti gibi. Bütün o şeye bakalım isim yapmış adamlara, Raz dışında ... biraz belki görüyorsunuz, Jeremy Waldron başka kim? Robert Alexy, Dworkin. Yumuşatılmış bir pozitivism var, hukuki pozitivism var. Yumuşatılmış hukuki pozitivismde de temel konu, tabii hukukla ahlak arasındaki ilişkide zorunlu kavramsal bir bağ olması anlayışı var. Yani bunu da yerleştiremezsek, tabii şey noktalara varırız, aşırı pozitivist bir anlayışla hukuk normlarının içeriğinden bağımsız, onları tanıma kabul etme anlayışına varırız. O da tehlikeli bir pozitivism olur diye düşünüyorum.

Çok teşekkür ederim.

Prof. Dr. RONA AYBAY (Oturum Başkanı)- Efendim Sayın Altan Heper'e teşekkür ediyoruz. Şimdi söz sırası Sayın Serkan Köybaşı' da buyurun. Zamana mümkün olduğu kadar riayet ederek.

SERKAN
KÖYBAŞILI'NIN
KONUŞMASI

SERKAN KÖYBAŞILI (Bahçeşehir Üniversitesi) - Benim sorum Kemal Gözler Hocam'a olacak. Aslında dün de sorumu verdikten sonra konuşmalar sırasında bahsi geçti ama... Dün vermiş olduğum sorudan doğrudan okuyorum: Hocam istisnanın ancak kuralı koyan tarafından belirlenebileceğinin doğal hukuktan kaynaklanan ve bunun Öklit'in teoremleri kadar kesin bir ilke olduğunu ifade etti. Fakat Emrah Oder Hoca'nın sunumunda sınırlama klozları olarak ifade ettiği düzenlemeler, Anayasadaki temel hak ve özgürlüklere ilişkin ilkelere, kanun koyucu tarafından istisna getirilmesi işlevi görüyor aslında. Sorum, sınırlama klozlarının, istisnanın ancak kuralı koyan tarafından belirlenebileceği ilkesine aykırılık oluşturup, oluşturmadığı. Kuralı koyan, istisnanın belirlenmesini acaba başka bir kuruma devredebilir mi? Burada bahsettiğim, yasama organı. Devredebilirse, kanun koyucunun belirlediği istisnalar denetlenebilir mi? Örneğin Türk Hava Yolları işçilerinin greviyle ilgili böyle bir sorun oldu. Anayasa "grev ve lokavt yasaklana-

maz” diyor, ancak aynı zamanda “kanunla belirleyebilir sınırlı alanları” diyor. Burada yasamanın yaratacağı istisnaların bir sınırı var mı, bu denetlenebilir mi? Eğer dersenez ki, “böyle bir kuruma devri söz konusu olamaz”, öyleyse Anayasadaki sınırlama klozlarının, öne sürdüğünüz ilke karşısındaki hukuksal durumları nedir? Yani tamamen geçersiz mi kabul etmeliyiz? Teşekkür ediyorum.

Prof. Dr. RONA AYBAY (Oturum Başkanı)- Efendim Sayın Serkan Köybaşı'ya da teşekkür ediyoruz. Şimdi söz sırası önümdeki listeye göre Sayın Saadet Yüksel. Buradalar mı efendim? Buyurun.

Yrd. Doç. Dr. SAADET YÜKSEL (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi) - Teşekkür ederim Hocam. Dün tartışmaya hukuk kurallarının niteliğini tartışarak başladık. Öyle olunca tabii aslında tam da bu noktada hukuk kurallarının niteliğinden dolayı, aslında yorum yöntemlerini ve o yöntemlerin altında yatan kuralları benimsemek yerine, sadece temel ilkeleri koymanın yaratabileceği sorunları konuştuk. Yorum yöntemleri yerine, belirli temel ilkeleri esas almanın yaratabileceği bazı kaygılar, söz alan katılımcıların konuşmalarında dile getirildi. Temel itibarıyla ben de aynı kaygıları taşıyorum, ama onlar konuşurken aynı konuyla ilgili başka bir soru daha aklıma geldi. Aslında aklımdaki soru, daha çok mevcut anayasalar bağlamında. Onun için aslında bir katkıdan öte bir sorum var, ama o soruyu sadece bir cümleyle sormanın çok da anlamlı olmayacağını düşündüğüm için söz almak istedim, öncesinde biraz da soruyu daha anlaşılır kılmak bakımından.

Hukuk kurallarının niteliği bakımından, özellikle bu kuralların uygulandıkları alanların aynı zamanda politik ve sosyal koşullar tarafından da belirlenmesinden dolayı aslında hakikaten sadece otomatik olarak temel ilkeler belirlemek yerine tahdidi olarak yorum yöntemleri benimsemek ve bunların altındaki kuralları uygulamak, daha istediğimiz o ideal-mükemmel sonuca bizi götürebilir. Bir de sadece temel ilkeler belirleyerek, onları uygulamak şöyle de bir sıkıntı yaratmaz mı? Sadece kendi Anayasamız bakımından konuşmuyorum, ama mevcut

KAMU HUKUKÇULARI PLATFORMU

SAADET YÜKSEL'İN
KONUŞMASI

Anayasadaki bazı hükümleri bir nevi boşa çıkarıp, anlamsız kılmaz mı? Bu soru aslında biraz da Kemal Hocanın taslak bildirisindeki bir örnekten de aklıma geldi. 1982 Anayasasının 4. maddesinin değiştirilebileceği bakımından, aslında Hoca burada bir temel ilkeye atıf yapıyor. Daha doğrusu o temel ilkeyi kullanarak böyle bir sonuca varıyor yanlış hatırlamıyorsam ve o da istisnaların dar yorumlanması ilkesi.

Tabii böyle olunca, bir noktada benim için sonuç şuna çıkarıyor. Bu, belirli hükümleri boşa çıkarıp hatta âdeta anlamsız hale getirmesi sonucuna neden olabilir mi? Yani bir hüküm kendisinden önceki ve sonraki hükümlerle beraber değerlendirilmediğinde -örneğin sadece bir temel ilkeyi uygulama yolu seçildiğinde- bazen bu sonuca vardırabilir gibi geliyor bana. Kısacası sistematik, tarihsel, sözel bir yoruma dayalı olarak bakıldığında, bir hükmün Anayasadaki bazı başka hükümlerle beraber değerlendirilmesi gerekmektedir. Sadece mevcut bir temel ilkeyi uyguladığımızda ise, âdeta mevcut Anayasadaki bir hükmü boşa çıkarmak sonucunu beraberinde getirebiliyor.

Bu bizim Anayasamızdan bir örnek, ama tebliğde gördüğüm için de aklıma geldi, başka örnekler de olabilir. Bizim Anayasamızda böyle bir hüküm yok, ama anayasa yapımına dair -amendment/değiştirme değil de, new constitution making/yeni anayasa yapımına ilişkin- hükümler ve bunları içeren anayasalar bakımından da aynı şey olabilir. Çünkü bu hükümler, anayasa yapım süreçleri pür teknik yasa yapım süreçleri gibi olmadığı için, hakikaten sosyal politik koşulların belirlediği süreci ilgilendiren hükümlerdir. Bizde değil, ama İspanyol Anayasasında yanlış bilmiyorsam, yeni bir anayasa yapımına ilişkin mevcut hüküm bulunmaktadır, kendisinden sonra yapılacak yeni bir anayasaya ilişkin. Onun için bu tür hükümleri, yani sosyal politik koşulların belirlediği süreçlere dair hukuk kurallarını, sadece temel ilkeler üzerinden yorumlamak, bu tür hükümlerin yorumlanmasını da sorunlu hale getirebilir diye düşünüyorum.

Çünkü tekrar 4. madde örneğine dönecek olursak, orada şöyle bir şey de denilebilir belki. Sadece sözel yorumla, ana-

yasa koyucu değiştiremeyeceğini söylediği için bu hükümleri değiştiremeyiz de diyebilirdik. Yani belki o aynı sonuca aslında sadece sözel yorumu kullanarak da varılabiliyor, ama bence böyle bir yorumla veya böyle bir yöntemle bile bu sonuca varılmamalı. Çünkü Bertil Emrah Hocanın dünkü tebliğinden eğer doğru sonucu çıkardıysam, Hoca bence haklı olarak, tek bir yöntemin sınırlı olarak kullanılması zorunluluğundan aslında bahsetmiyordu. İşte mesela bu örnekte, bence o tam yerine oturuyor. Yani bazen sözel, amaçsal, tarihsel, sistematik yorumun birlikte kullanılması, yani o anayasa içi kanıtlarla, anayasa içi değerlerle olan o değerlendirmenin beraber yapılması gerekebiliyor; bu 4. madde örneğinde olduğu gibi.

İşte sadece o yönüyle bakmak, temel ilke belirleyerek, onun üzerinden böyle bir yoruma varmak, bütün bunların göz ardı edilmesi ve belli bir hükmü boşa çıkarmak sonucunu doğurabilir mi? Teşekkür ederim Hocam.

Prof. Dr. RONA AYBAY (Oturum Başkanı)- Sayın Saadet Yüksel'e de teşekkür ediyoruz. Şimdi söz sırası, bu arada değerli arkadaşlar, sayın katılımcılar, sayın dinleyiciler; söz alma konusunda hiçbir sınırlamamız yok. Daha bir saat de vaktimiz var. Listedeki konuşmacıların sayısı da fazla değil. Onun için söz almak, yorum yapmak, soru sormak konusunda herhangi bir düşüncesi olan arkadaş varsa, lütfen hiç duraksamasın, vaktimiz bol, kürsümüz açık.

Evet, şimdi söz sırası Sayın Turan Yıldırım'da. Buradalar mı efendim? Buyurun. Kurumunuzu lütfedebilirsiniz, buyurun.

Prof. Dr. TURAN YILDIRIM (Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)- Günaydın efendim. İsmim Turan Yıldırım, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesinden geliyorum. Kısa bir teşekkür, Fazıl Hocaya teşekkür artık edemiyoruz, çünkü mersiye ya da kaside yazmak gerekir hocaya bu katkısı için, bir şey diyemiyorum, Barolar Birliği'ne aynı şekilde şükranlarımızı iletiyorum. Geçen sene Kıbrıs'ta da aynı şekilde arkadaşlara bir söz alıp teşekkür edememiştim. Çok şey öğreniyorum ben. İtinalı, özenli çalışma için, katılımcı arkadaşların da yorumları için teşekkür ediyorum.

KAMU HUKUKÇULARI PLATFORMU

TURAN YILDIRIM'IN
KONUŞMASI

Bir ufak hatırlatma genç arkadaşlarım için. Yorum ilkelere lütfen dikkatli okuyun ve mümkünse yargı kararlarını eleştirirken kullanın. Bir de Yıldızhan Yayla Hocamızın bir çevirisi vardı “*Konsej'de Yargılama Yöntemleri*” üzerine sanıyorum. Onu da bulurlarsa, okumalarını tavsiye ediyorum. Saygılarımla.

Prof. Dr. RONA AYBAY (Oturum Başkanı)- Çok teşekkür ediyoruz efendim. Sayın Turan Yıldırım'a teşekkür ediyoruz. Şimdi söz sırası Sayın Ender Türk. Buradalar mı efendim? O zaman şu anda salonda olduğumu sandığım bir başka söz isteyen var, Sayın Veysel Dinler. Buyurun.

VEYSEL DİNLER'İN
KONUŞMASI

VEYSEL DİNLER (Hitit Üniversitesi)- Hepinize günaydın, iyi günler diliyorum. Veysel Dinler, Hitit Üniversitesi İktisadi İdari Bilimler Fakültesi Siyaset Bilimi Kamu Yönetimi bölümünde öğretim görevlisiyim. Teşekkür faslına çok zaman ayırmak istemiyorum, ama bugüne kadar çok sayıda bilimsel toplantıya katıldım. Ancak en verimli, tartışmaları yoğun olarak geçtiği ve belli bir sonuca ulaşabilecek en iyi toplantı bu oldu sanırım. Böyle bir programa katıldığım için çok mutluyum.

Şimdi yorum ilkelerine ihtiyaç var mı? Muhakkak ki var. Somut bir örnek üzerinden gidecek olursak, tutuklu milletvekilleri meselesi. Anayasanın 83. maddesi açık, buna karşın Anayasanın 14. maddesi de açık. Anayasa farklı bir dilde, mesela Yunanca veya İspanyolca yazılmış da Türk parlamenterleri ile Türk hukukçuları sanki o yabancı dili çat pat öğrenmişler ve Anayasanın 83. maddesini anlamlandırmakta; o az dil bilgisiyle, bir taraf hayır, olmaz derken; bir grup 180 derece karşıt olarak dokunulmazlık yoktur diyor. Bu durumu anlamlandırmak mümkün değil. Aynı dilde olan bir sözün, aynı dili konuşan hukukçular ve parlamenterler tarafından, böylesine ters bir şekilde anlaşılması, yorum ilkelerinin gerekliliğine delalet ediyor.

Öncelikle yorum ilkeleri uydurma şeyler. Biraz sert bir söylem olabilir ancak yorum ilkeleri zaman içerisinde tabii hukukun biriktirdiği ve rafine ederek, bugünlere getirdiği ve bizim

bunu daha sistemli bir şekilde, – Gözler Hocamızın da çok güzel bir şekilde sistematize ettiği gibi – bugün yorum ilkeleri dediğimiz şeyi ortaya çıkarıyor.

Ancak burada bir sorunu dile getirmek istiyorum. Yorum ilkeleri arasında hiyerarşi var mı? Sorusu ister istemez akla geliyor. Birbiriyle çok tutarlı iki tane örnek vereceğim. Kemal Gözler Hoca diyor ki, “yetki dar yoruma tabidir, dolayısıyla yetki sayılmamışsa, örneğin Anayasa Mahkemesinin görevleri arasında yürütmeyi durdurma görevi sayılmamışsa, Anayasa Mahkemesi yürütmeyi durdurma görevini kullanamaz. İptal kararı verebilir veya davayı reddedebilir, ama durduramaz.” Tutarlı mı? Çok tutarlı. Fazıl Sağlam Hoca da diyor ki, “büyüğü yapmaya yetkili olan küçüğü yapmaya yetkilidir.” O da hukuk ilkesi değil mi, o da bir yorum ilkesi değil mi? Tutarlı mı? Gayet tutarlı. Ancak bu sefer yorum ilkeleri arasında bir hiyerarşi var mı, acaba yorum yapacağımız zaman hangi ilkeyi öne almalıyız, hangi ilkedен hareket etmeliyiz? sorularını cevaplamamız gerekecektir. İki tane açık yorum ilkesini kullanarak, iki değerli hukukçu farklı sonuca vardılar ve ikisini de ben kendi içlerinde tutarlı addediyorum şahsen.

Bu durumda yorum ilkeleri kodifiye edilebilir mi? sorusunu sormak gerekir. Yorum ilkelerinin bağlayıcı olabilmesi için, örneğin “Hukuk Normlarını Uygulanmasına Dair” veya “Hukuk Normlarının Yorumlanmasına Dair Kanun” diye bir kanun çıkartılsa, bu durumda başka sorunlar ortaya çıkacaktır. Ortada kanun var, bağlayıcılığı var. Peki, sonraki kanun, diyelim ki 7301 sayılı böyle bir kanun çıksa, 7302 sayılı kanun çıktığında zaten bu kanunda, “sonraki kanun önceki kanunu ilga eder” ilkesinin sonucu olarak, sonraki kanunlarda uygulanması da mümkün olmayabilir. Yorum ilkeleriyle çelişen bir kanun yapıldığında, “yorum” kanununun bağlayıcılığı kalmaz. Bu kanunun bağlayıcılığı olabilmesi için, diğer kanunlardan üste bir norm değer taşıması lazım ki, bunu da Anayasa kuralı olarak koymak lazım. Gözler Hocam dün “Hukukun 40 İlkesi” kitabını yazacağını söyledi. Ben de çok merakla bekliyorum. Nitekim kendisinin bütün kitaplarını ve makalelerini

KAMU HUKUKÇULARI PLATFORMU

VEYSEL DİNLER'İN
KONUŞMASI

okudum. Şimdi 40 ilke diyor, bunu 80'e çıkarmak mümkün, 70'e indirmek mümkün; ancak Anayasaya bunları koymak mümkün değil.

Dolayısıyla benim şahsi önerim, yorum ilkelerinin pozitifleştirilmemesi. Pozitifleştirince zaten yorum ilkesi olmaktan kanun normuna dönüşeceklerdir. Ayrıca bu ilkeler kodifiye edilirse ve kanun olsalar, bu sefer de şöyle tartışmalar ortaya çıkacaktır. Kural olan ne, istisna olan ne? Nerede başlıyor, nerede bitiyor? Yetkiyi dar yorumlayacağım, ama ne kadar dar yorumlayacağım. Bu sefer de onların ilkeleri oluşmaya başlayacak. Sonuçta bu ilkelerden kaçış yok. O yüzden en doğrusu, ilkeler ilke olarak kalmalı, normlar norm olarak kalmalı. O zaman yorum ilkelerinin bize ne yararı olacak? Hukuk fakültelerinde veya diğer hukuk dersleri verilen fakültelerde okuyan kişilere kazandırılacak bunlar. Etik ilkeler biraz daha önemli olacak diye düşünüyorum.

Sabrınız için teşekkürler, iyi günler diliyorum.

Prof. Dr. RONA AYBAY (Oturum Başkanı)- Sayın Veysel Dinler'e de teşekkür ediyoruz. Soru sormak, yorum yapmak için kürsümüz açık. 50 dakika kadar da süremiz var. Sayın Seydi Çelik şu anda söz talep etti. Katılımcı mısınız? Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesinden Genel Kamu Hukuku, buyurun efendim. Katılımcı olarak size söz veriyorum.

Evet, süremiz var, yeni soru sormak, yorum yapmak, katkıda bulunmak isteyen arkadaşlara

SEYDİ ÇELİK'İN
KONUŞMASI

Yrd. Doç. Dr. SEYDİ ÇELİK (Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi)- Herkese günaydın. Ben Seydi Çelik, Kocaeli Üniversitesi Genel Kamu Hukuku kürsüsünde öğretim üyesiyim. Aslında konuşmak niyetinde değildim, tartışma konuları çok spesifik ve alanımın biraz dışında ve dinleyici olmak dah çok hoşuma gidiyor ama moderatör vaktimiz arttı dediği için ben de boşluğu doldurmak üzere konuşmak istedim. Ben bu KHP toplantılarını çok önemsiyorum, bana çok büyük katkısı oldu, çok şey öğrendim ve çok da heyecanlandım. Kamu hukukçu-

larının bir araya gelmesi, birbirlerini tanınması ve bir meseleyi enine boyuna tartışması gerçekten heyecan verici. Bu anlamda ben de Fazıl Hocama çok şükran duyuyorum ve teşekkür ediyorum.

Ben en azından kayıtlara geçsin diye şunu söylemek istiyorum. Anadolu'da bir tabir var; *"her yanlışı bir yanlışı doğurur"*. Yanlış dediğimiz şey bu halılardaki desenlerdir, kilimlerdeki o figürlerdir. Anlamı şudur: Bazen kilim dokuyan kadınlar o iplikleri vururken yanlış yaparlar, ilmek sayısında ya da rengin vurulacağı yerde, ama o yanlış yeni bir figürün ortaya çıkmasına esin kaynağı olabilir. İşte bu bağlamda aslında Kemal Gözler Hocamız toplantıya bir tezle geldiği için daha çok onun üzerine tabii konuşuldu. Tez baştan aşağı yanlış bile olsa ki öyle değil tabii ki, ama o bir ufuk açıyor, tartışma yaratıyor, insanları düşündürüyor, kafamızda sorular oluşturuyor. Bu bağlamıyla yeni figürler, yeni yaratılar ortaya çıkmasına vesile oluyor. Bu bağlamıyla bile heyecan verici bir şey ve bence böyle şeyler artmalı.

Bizim akademyada eksikliği hissedilen şeylerden birisi yenilik, şimdi inovasyon diyorlar, yeni fikir üretmek. Biz genelde hep derleme yapıyoruz, işte batıyı takip ediyoruz, çeviriler vesaireler, ama bize özgü, bana göre, bize göre diye başlayan akademyada insanlarımızın sayısı çok az. Bunların artması lazım, işte bu anlamda bile beni çok heyecanlandırdı okurken Kemal Hocanın yazdıklarını. Umarım bu artar, yeni gençleri de dinliyorum, çok heyecanlanıyorum, çok iyiler. Konuşmalarıyla, dağarcıklarıyla umut veriyorlar en azından. Bu bağlamda da umut dolarak buradan gidiyorum, moralim yükselerek gidiyorum, o da hoş oluyor.

Bir şey hatırlıyorum mesela Robert Nozick, bu *"Anarşi Devlet Ütopya"* kitabını yazdıktan sonra doktrinde bayağı bir çığır açtı; işte tartışıldı, yazıldı çizildi, üzerine tezler yapıldı. Ancak Nozick'in son zamanlardaki bir röportajını okudum, çok şaşırdım, çok enteresandı. Röportajı yapan kişi kendisine ve daha da fazla kitabına övgüler düzüyordu, ne kadar güzel bir kitap yazdınız, siz çığır açtınız vesaire. Nozick'in söylediği şeydu:

KAMU HUKUKÇULARI PLATFORMU

SEYDİ ÇELİK'İN
KONUŞMASI

“Ben artık o kitaptaki iddialarıma katılmıyorum” dedi. İlk şaşkınlığım geçtikten sonra düşündüm. Bunda bir sorun yoktu. Nozick’in kitabından vazgeçmiş olması önemli değildi. Çünkü kitap artık kamuya mal olmuş bir şeydi, yani yazar kişinin dışındadır artık yazılan şey. O kitap akademik dünyanın ve tüm insanlığın malı olmuştur. Kendisi kitabındaki iddialarını reddetmiş olsa bile, artık ondan bağımsız olarak kitap herkes tarafından yeni açılımlara, yeni düşüncelere açıktır. Bu bağlamıyla Nozick öyle demiş olsa bile, akademyaya yaptığı katkı her zaman devam edecek... Madem katılmıyor, o zaman bu kitabı tarihin çöplüğüne atalım diyemiyoruz. Bu bağlamıyla aslında önemli.

Bir de Kemal Hocanın niyeti de aslında burada önemliydi. Yani daha az keyfilik isteği. Buna katılmamak elde değil. Çünkü biz insanlığın tarihsel sürecine baktığımızda, siyasal tarihe baktığımızda insanlığın en çok rahatsız olduğu şey iktidarı ya da kamu gücünü elinde tutanların keyfiliğe kaçması olmuştur. Yani insanlık devletin sınırlandırılmasını niye yaptı? Keyfi olmasın. Krallıktan niye vazgeçti insanlık? Bütün güçleri elinde tutan bir otoritenin keyfiliğe kaçma ihtimali ve bu gerçekleştiğinde onu durduracak bir başka gücün elde olmayışı korkutucuydu. Kral çünkü nihayetinde büyük yargıçtı, kanun koyucuydu ve yürütücüydü aynı zamanda. ama keyfiliğe kaçtığı zaman insanlar nasıl denetleyecektik bunu? Yani keyfiliğini önlememiz gerekiyordu o kişinin, bütün sorun buydu. Sonuçta kralı keyfilikten uzaklaştırma çabasıdır zaten insanlık tarihi, hukuk tarihi de böyledir. Doğal haklar teorisi, kuvvetler ayrılığı ilkesi, meclis fikri, insan hakları tartışmaları hep otoritenin keyfiliğe kaçmasının önlenmesi ve sınırlarının ne olduğunun belirlenmesi çabalarının ürünleri değil midir? Nihayet hukuk devletinin tanımını da bu kavramlar üzerinden yapmıyor muyuz? Sonuç olarak, siyasal erkin yanında elbette yargı erkinin de keyfiliğe kaçmasının engellenmesi için tedbirler alınmalıdır, ölçüler konulmalıdır.

Yeni anayasa tartışmalarının yaşandığı günümüzde bu yaptığımız tartışmanın anlamı daha çok kendini gösteriyor. Yuka-

ANAYASA HUKUKUNDA YORUM VE NORM SOMUTLAŞMASI

SEYDİ ÇELİK'İN
KONUŞMASI

rıda bahsettiğim iktidarı sınırlayan kavramlar yeni anayasada özenle yer almalıdır, yarın öbür gün kuvvetler ayrılığı ilkesinin bile gereksizliğine inanan bir düşünce biçiminin bütün yetkileri elinde tutacağı bir anayasa hazırlama hevesiyle karşılaşabiliriz, buna asla izin verilmemelidir. Bilinen bir sözdür: “iktidar yozlaştırır, mutlak iktidar mutlaka yozlaştırır”. Bu bağlamda otoriteyi sınırlandıran kavramlar ve mekanizmaların varlığı, “hızlı karar almanın günümüzün gereği olduğu” argümanına kurban edilmemeli, erklerin yetkileri denetimsiz, frensiz ve keyfiliğe cevaz verece şekilde “sınırsız” olmamalıdır. Bunu yeni anayasanın yapım sürecinde tarihe bir not düşmek üzere belirtmek istiyorum.

Benim katkım da bu olsun, ben huzurunuzda saygıyla eğiliyorum. Çok teşekkür ediyorum.

Prof. Dr. RONA AYBAY (Oturum Başkanı)- Çok teşekkürler. Evet Gönül Hanım buyurun siz söz istediniz, şimdi anons edeceğim. Şu anda sırada iki kişi var, biri ben olmak üzere. Sayın Ender Türk ben sizi görmedim, sizin söz hakkınızı geciktirmiş değilim. Kendinizi bana takdim etseydiniz, elbette size söz verecektim. Efendim Sayın Gönül Balkır, buyursunlar efendim.

Prof. Dr. GÖNÜL BALKIR (Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi) - Teşekkür ediyorum. Ben öncelikle hepimizi sevgi ve saygıyla selamlayarak başlamak istiyorum. Üçüncüsü gerçekleşen Kamu Hukukçuları Platformu için Fazıl Sağlam Hocamızın şahsında emeği geçen herkesi kutluyorum, teşekkür ediyorum, sonsuz şükranlarımı sunuyorum. Gerçekten içinde bulunduğumuz durumda hukukun böyle zikzaklar çizdiği bir tarihsel süreç içinde, bu kadar önemli ve değerli bir konunun seçilmesi, bana bazen inatla yaşamak adına seçilmesi gibi görünüyor. O yüzden konu seçimi açısından, biz Türk hukukçularının hâlâ inatla bu konuda çalıştığımızı göstermesi açısından çok önemli ve değerli buluyorum. Onun için tekrar teşekkür ediyorum.

GÖNÜL BALKIR'IN
KONUŞMASI

Ben her üç bildiri sunan arkadaşımızın, hocamızın sunuşla-

KAMU HUKUKÇULARI PLATFORMU

GÖNÜL BALKIR'IN
KONUŞMASI

rını şükranla kabul ediyorum ve kutluyorum kendilerini. Özellikle Bertil Hocanın konuşması ve sunuşu beni çok etkiledi. Çünkü bana ihtiyacım olan olanakları, soruları da yarattı. Biraz önceki değerli Kocaeli Hukuk Fakültesinden arkadaşımız yolu açtı, ben de cesaretlendim sizlerin karşısına çıkmak için. Çünkü ben biraz daha belki üst bir kavram gibi görünüyor, ama hukuk estetiği, adalet estetiği üzerine düşünmeye çalışıyorum. Hukukun bu kadar geniş bir zorlamalı, sınırlı, sancılı bir süreç ve çizgi izlediği günümüzde, her zamankinden daha fazla değerinin öne çıkmasına ihtiyacımız olduğunu düşünüyorum. Daha değerli olması gerektiğini düşünüyorum. Hukukun özünün adalet değeri, eşitlik değeri olduğundan yola çıkarsak, bu kadar mahkemeleştirilmesi, bu kadar tekdüze, belki sadece parasal ölçülerde, siyasete bu kadar alet edilmesi beni dehşete düşürüyor. Çünkü hukukun siyasallaşması açıkçası beni çok korkutuyor ve şu noktaya geldim: Hukukun değeri nedir? Hukukun değerini biz nasıl ölçebiliriz? Hukukun değerini ölçmek için, hukuka değer kazandırmak için...ya da hukukun elimizde bir alet, bir estetik değer. Adalet bir değerse ki, en zor sorumludur, en zor konumuz hukukun adalet değeridir. Bu bir değerse, bunun ölçülmesi gerekiyorsa, bunun ölçülecek değerleri neler olabilir noktasına getirdi beni ve ben bu yüzden, belki Kemal Gözler Hocanın yorumlarının daha nitelikli olması için, daha keskin, daha pozitif hukukun Kelsenvari algısında mı düşünmeliyiz? Yoksa hukukun değer analizi yapılırken anlam bilimsel olarak içerik analizi mi daha değerlidir? Hukukun içerik analizine değer katmak için neler yapabiliriz ya da belki bu içerik analizine değer katmak için daha nesnel elimizde ölçütlemeler, ölçüler olabilir mi sorularına odaklandığımda, bu toplantı fazlasıyla beni zenginleştirerek, daha fazla sorular sormama neden oldu açıkçası.

Benim buraya sizin karşınıza çıkmamın nedeni, bu konuda belki sizler de düşünmek istersiniz diye... Değerli Seydi Hocam ben kendimi göstermek istiyorum dedi, ben de bu konuyu biraz daha gözlerinize ya da yüreklerinize sunmak istiyorum. Belki bildiri sunan hocalarımın da bu konuda bana ve bizlere söyleyecek bir şeyleri vardır diye soruları onlara ve sizlere yö-

neltiyorum ve saygılar sunuyorum.

Prof. Dr. RONA AYBAY (Oturum Başkanı)- Sayın Gönül Balkır'a da katkıları için teşekkür ediyoruz. Şimdi söz sırasını kaçırmış olan Sayın Türk, buyurun.

ENDER TÜRK- Öncelikle söz sıramı kaçırdığım için çok özür diliyorum hepinizden. Ben böyle bir kürsüde soru soracağımı açıkçası bilmiyordum, Fazıl Hocamla konuşurken. Bilsydim açıkçası, gerçekten herhalde sormaktan imtina edebilirdim, ama olsun ben de bütün heyecanıyla beraber hemen direkt sorumu sorup ayrılacağım kürsüden izninizle.

Prof. Dr. RONA AYBAY (Oturum Başkanı)- Buyurun efendim kürsümüz açık, burası bir meslektaşlar ortamı, rahat olun. Bir kısa parantez açacağım. Bu Kamu Hukukçuları Platformu toplantılarının ilk düşünce aşamasında, özellikle Fazıl Sağlam başta olmak üzere hepimizin üzerinde durduğu nokta, genç arkadaşlara bir konuşma ortamı, bir görüş alışverişinde bulunma, işte kendilerinden daha kıdemli hocalarla görüşüp tartışma ortamı yaratmak idi. Onun için siz değerli genç katılımcılar özellikle önem taşıyorsunuz bu toplantılar açısından. Lütfen rahat olun, buyurun.

ENDER TÜRK- Benim sorum Kemal Hocama olacak aslında. Çok kısa hemen şunu sormak istiyorum. Ben özetle Kemal Hocanın sunumundan şunu anladım. İlkelere ihtiyacımız var, hukuk devletini ve aslında hukuk devletini oluşturan diğer unsurları sağlamlaştırmak, somutlaştırmak, ama özünde hukuku bilim yapmak için bu ilkelere ihtiyacımız var diye yorumladım ben Hocamın sunumunu. Yanlış, doğru olabilir, bu sadece benim yorumum.

Hukuku bilim yapmaktan bahsederken, Türkiye eksenli daha çok buna ilişkin örneklerle dolu bir tebliğ oldu. Hukuku bilim yapmak çok evrensel bir yorum, ama tebliğdeki örnekler daha çok Türkiye eksenliydi. Burada benim sorum, yani soruyu soracak olursak, yani yorum ilkeleri açısından hukuk sadece kaide olarak aslında bir bilimdir, Türkiye mi bunun istis-

nasıdır? Yoksa aslında hukuk bir bilim değildir ve Türkiye’de bunun içinde midir? Benim sadece sorum bu olacak. Yani hukuk bir bilimdir de Türkiye’de mi değildir uygulama açısından, yoksa hukuk aslında hiçbir yerde mi bilim değildir? Benim sorum bu olacak Hocama.

Prof. Dr. RONA AYBAY (Oturum Başkanı)- Çok teşekkür ediyoruz Sayın Ender Türk. Şimdi Sayın Ali Şafak Balı buradalar mı efendim

Prof. Dr. ALİ ŞAFAK BALI (Afyon Kocatepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi) Üçüncüsü yapılan bu toplantıya ilk defa katılıyorum ve aslında izleyici olmayı sonuna kadar dinlemeyi düşünerek, konuşma yapmamayı düşünerek katılmışım. Ancak zamanın olması ve söylenecek sözlerin olması beni bu kürsüye çıkarttı. Her şeyden önce ben de toplantıyı düzenleyenlere, bu değerli güzide toplantıyı, hepimizin yararlandığı toplantıyı düzenleyenlere ve katkısı olan herkese yürekten teşekkür etmek istiyorum. Gerçekte çok verimli ve çok faydalandığım toplantı oldu, kendi adıma.

Ben genel olarak birkaç kavramsal analiz yapmak, birkaç pragmatik husustan söz etmek istiyorum. Kavramsal analiz derken yorumla ilgili hukuk ve yorumla ilgili birkaç kavram üzerinde kısaca durmak istiyorum; tabii felsefeci olmanın da belki verdiği bir cesaretle. Hukuk ve yorumdan söz ederken, hukukun kural olduğundan genellikle bahsediyoruz, ama hukuku genel olarak tanımlamaya çalıştığımız pek çok zaman hukukun norm olduğunu söylüyoruz. Acaba hukukun kural olmasıyla, hukukun norm olması arasında nasıl bir ayırım yapmak mümkündür? Ya da acaba kural ve norm aynı şey midir? Kısaca bu kural-norm ayırımından bahsetmenin, yorum ve yorum ilkeleri kavramı konusunda da bir açıklık kazandıracağını, sağlayacağını düşünüyorum.

Kural dediğimizde daha çok örneklendirerek, teorik tanımlamalar yapmak yerine örneklendirerek ifade etmenin daha kısa yol olduğunu düşündüğüm için öyle yapmaya çalışacağım. Kural dediğimizde daha çok doğa yasası, mantık yasası

gibi, içinde değer barındırmayan ve mantıkla daha çok ilişkilendirilebilen ya da matematikte formüle edilebilen şeylerden söz ediyoruz. Norm dediğimizde ise, daha çok içinde değer barındıran, davranış ölçütü bulunan ve bu davranış ölçütü çerçevesinde seçimler yapmaya imkân veren kurallardan bahsediyoruz. İşte doğa yasası, matematik yasası derken, hukuk normu, ahlak normu ya da din normu diyoruz; tabii hukuk kuralı da diyoruz. Acaba gerçekten hukuku nitelendirirken kural demek mi daha doğru, norm demek mi daha doğru? İşte bu yorum konusu tam olarak da bizi bu konuda zorluyor.

Eğer norm demiyorsak kural diyorsak, matematik yasası gibi ya da işte Kemal Hocanın söylediği ilkeler gibi apaçık ve kesin olmaları gerekirdi zaten, yoruma muhtaç olmamaları gerekirdi, ama hukuk norm olduğu içindir ki yoruma muhtaçtır. Dolayısıyla şöyle söyleyebiliriz; hukuk normsa eğer, hukuk bir yorumdur aynı zamanda. Yani kaçınılmaz olarak hukuk yorum olarak algılanmak zorundadır. Yasa koyucu hukuku koyarken de yorum yapmaktadır ki, işte yasama yorumu. Sonra bilim adamı hukuku tartışırken yorum yapmaktadır, bilimsel yorum ve en çok da yorum yargısal faaliyet sürecinde yapılmaktadır. Benim kişisel kanaatim odur ki, hukuk ve yorumdan söz ettiğimiz anda, aslında bizim özü itibariyle söylemeye çalıştığımız şey, hukukun yargısal faaliyet sürecinde ortaya çıkan ihtiyaç çerçevesinde yorumlanmasıdır. Yani kısacası yorum faaliyeti, bilimsel ve yasama yorumu olmanın daha ötesinde, yani onlar yapılsa bile, aslında soyut normla, somut olayın buluşma noktası olan yargısal süreçte gerçekleşmesi gereken bir faaliyettir. Dolayısıyla bir yargıç faaliyettir, hâkim faaliyettir yorum faaliyeti.

Burada şöyle bir sorun var, Kemal Hocam da onu zaten çözmeye gayret eden bir yaklaşım içerisindeydi. Hâkim yorum yaparsa, her hâkim keyfi bir yorum yapabilir ve böylelikle hukuk güvenliği ve hukuk istikrarı ortadan kalkabilir. Bu noktada ise şöyle bir itirazım var ve benim rahatsız olduğum bir husus öğretim üyesi olarak. Şimdi biz hukuk fakültesinde hukukçuları, hâkim, savcı, avukat olarak yetiştirirken, onlara hukuku doğru

KAMU HUKUKÇULARI PLATFORMU

ALİ ŞAFAK BALI'NIN
KONUŞMASI

biçimde uygulayabilmeleri yeteneğinin ötesinde, objektif olarak adaleti gerçekleştirebilme bilgisi de vermeye çalışıyoruz. Hatta bence daha öncelikli olarak yapmamız gereken, mevzuat bilgisi eğitimi değil, adalet bilimi ve adaletin gerçekleştirilebilirliğinin yöntemini belki de hukukçuya öğretmek olmalıdır.

Şimdi bu şekilde, bu amaçla yetiştirdiğimiz bir öğrencinin hâkim olduğunda bu yeteneğini kaybedeceğini ve keyfi hareket edeceğini varsaymak bir defa teorik olarak yanlış. Kaldı ki, yorumlamamız gereken normu koyan yasama organı, her ne kadar teoride genel irade, milli irade gibi kavramlarla ifade ettiğimiz objektif bir irade ya da toplumun temsilini karşılayan bir irade gibi düşünülse de hukukun arkasındaki irade, pratikte genellikle çoğunluğa sahip siyasi partinin iradesi olarak karşımıza çıkar. Siyasi partiler ise, belli ideolojik parti programı çerçevesinde hareket ederler. Yani kısacası şunu söylemek istiyorum: Aslında hukuku yapanların, Mecliste kanunun belli biçimde olmasını isteyenlerin, kendi siyasi ideolojileri çerçevesinde keyfi bir irade sonucu bunu üretmediklerini varsayıyoruz, hâlbuki öyle üretiyorlar, ama profesyonel mesleği hukuku doğru biçimde anlamak, uygulamak, yorumlamak ve adaleti gerçekleştirmek olarak yetişmiş hukukçuların keyfi davranacağını varsayıyoruz yorum yaparken. Bu benim kabul edebileceğim ve anladığım bir şey değil açık söylemek gerekirse. Çünkü hukuku yapanlar zaten kendileri açıkça belli bir ideolojiyi hayata geçirmek iddiasıyla hukuk yapıyorlar. Onlar çok daha keyfi bir tavır içerisindedirler. Dolayısıyla hukuku norm olarak, kural olarak anlamamanın da burada bir değeri ve anlamı olduğunu söyleyebiliriz.

Bir başka sorun, bu daha pratik bir sorun. Biz hukuk ve norm konusunu konuşurken, genellikle kural ya da norm üzerinden yorum yapılması gerektiğini, yani bir başka söyleyişle normu somut olaya uygun olarak nasıl anlamlandırabiliriz? Dolayısıyla her anlamlandırma, karşımızdaki olgudan bağımsız bir biçimde, o normun olaya aynı biçimde uygulanmasını sağlamaya yönelik. Yine Kemal Hocamın tebliğinde gördüğümüz şey, işte bu yorum ilkeleriyle biz normun nesnel, objektif, her hâkim tarafından aynı biçimde anlaşılmasını sağlayacak

ilkelere ulaşmaya çalışıyoruz. Yine unutulmaması gereken bir şey var ki, o da biz o normu uygularken aslında somut olayın adaletini bulmaya çalışıyoruz. Hiçbir somut olay, bir diğeriyle aynı değildir.

Yorum yaparken de aslında bizim kurala odaklanmak yerine, karşımızda adalet bekleyen, somut olarak çözülmesi gereken olaya ve olayın niteliklerine ve özelliklerine odaklanmak gerektiğidir. Açıkçası olay, olgu ve insan odaklı olmayan bir yorum ya da yorum ilkesi ya da yorum faaliyeti amaca elverişli olmayacaktır. Siyasi iradenin diyelim ki art niyetli olduğunu varsaymıyorum, ancak siyasi iradenin ideolojik olarak bir anlamda dayattığı kuralın olaya en iyi biçimde uygulanmasını sağlayacaktır en iyi ihtimalle, ama o kuralın kendisinin adaletsiz olabilme ihtimali de vardır. Bir de o kuralın, o şekilde yorumlandığında, olayın gereklerini ve gerçekleri karşılamama ihtimali söz konusudur. Çünkü kural yapıldıktan sonra şartlar değişmiş olabilir, toplumsal şartlar değişmiş olabilir, ekonomik şartlar değişmiş olabilir, toplumsal kültür bile değişmiş olabilir, insanların ihtiyaçları değişmiş olabilir. Hatta kural yapılırken hata yapılmış, hataya düşülmüş olabilir. Kural iyi ifade edilmemiş olabilir. Dolayısıyla o kuralın nesnel biçimde olaya uygulanmasını ya da uygulanmaya çalışılmasının başlı başına bir adaletsizlik doğurması ihtimali söz konusu olabilir.

Dolayısıyla yorum ilkelerinden ya da yorum kurallarından söz ederken, kurala, norma odaklanmak ve normdan mutlaka belirli nesnel bir anlam çıkarmaya çalışmak yerine, her olay için normu tekrar anlamlandırmak ve olayın niteliklerine uygun adaleti gerçekleştirmeye elverişli bir yorum yapmak daha doğru bir yaklaşım olacaktır diye düşünüyorum. Çünkü her norm doğal olarak içinde insan davranışlarının değerlendirilmesine ilişkin birtakım değerler içermektedir ve bu değerler o somut olaydaki beklentilerle örtüşmediği ya da toplumun o anki beklentileriyle örtüşmediği sürece, örtüşmeyen bir anlama büründürüldüğü sürece, hukukun amacına hizmet etmeyecek ve hukukla adaleti sağlamak yerine, adaletsizliğin ortaya çıkmasına yol açacaktır diye düşünüyorum.

İlginiz ve sabrınız için teşekkür ediyorum.

Prof. Dr. RONA AYBAY (Oturum Başkanı)- Sayın Ali Şafak Balı'ya katkılarından dolayı teşekkür ediyoruz. Şimdi sözü hemen Sayın Sakine Nilüfer Bilgin'e veriyorum. Buyurun.

SAKİNE NİLÜFER BİLGİN (İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi) Teşekkür ediyorum. Ben İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesinde İdare Hukuku Anabilim Dalında araştırma görevlisiyim. Öncelikle böyle bir toplantı düzenlendiği için, toplantıya katkısı olan, bu toplantının yürütülmesini üç yıldır üstlenen Sayın Hocam Prof. Dr. Fazıl Sağlam'a ve arkadaşlarına teşekkür ediyorum.

Ben özellikle burada aslında açıkçası konuşmayı düşünmüyordum, ama burada yapılan konuşmalar benim konuşma ihtiyacı duymama neden oldu. Öncelikle hukuk bir bilim midir? Ben tabii iki hafta oldu Almanya'dan geleli. Doktora yapıyorum kamu hukukunda ve iki dönem Erasmus öğrencisi oldum Almanya'da bir hukuk fakültesinde. Hukuk fakültesinde bölümün adı "hukuk bilimi (Rechtswissenschaft)" örneğin, Giessen'da, Almanya'da. Yani hukuk bir bilim midir? Örneğin, ben Siyasal Bilgiler Fakültesi mezunuyum. Siyasal bilgiler deyimi yanlış bir deyimdir, "Siyasal Bilimler Fakültesi" demek gerekir. Siyaset de bir bilimdir, siyaset bilimi. Siyasal bilimler, tıpkı iktisadi ve idari bilimler terimi gibi ne kadar doğruysa, siyasal bilgiler terimi de o kadar yanlıştır örneğin, "Siyasal Bilimler Fakültesi" demek lâzım. Hukuk da bir bilimdir bence bu anlamda. Yani Türkiye'nin yarattığı bir şey değil bu, hatta Siyasal Bilgiler Fakültesinde de "hukuk bilimleri" bilim dalı olarak, orada hukukçu arkadaşlarımız görev almakta.

Yine Almanya'dan bir örnek, örneğin "içtihat" deyimi için "hukukun yorumlanması (Rechtsprechung)" ifadesi kullanılır, yani bir mahkeme kararı için "hukukun yorumlanması" ifadesi kullanılır. Biz şimdi bir yargıçtan açıkçası sadece yazılı kurallara göre karar vermesini bekleyemeyiz. Bakınız Medeni Kanuna¹, eğer bir kural boşluğu doğduğunda, mahkeme

¹ 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun "Hukukun uygulanması ve kaynakları" başlıklı 1. maddesi şöyledir: "Kanun, sözüyle ve özüyle değindiği bütün konularda uygulanır. Kanunda uygulanabilir bir hüküm yoksa, hâkim, örf ve

hâkimi, yargıç kendisi kural koyucu olsa idi ne karar verecek idiyse, kendisinin o şekilde karar vermesi beklenir. Yani biz tabii anayasalarımıza baktığımızda, her konunun Anayasada düzenlenmesini bekliyoruz ve bazen gereksiz yere, örneğin Türkiye Cumhuriyeti Devleti birçok uluslararası nitelikteki sözleşmeye taraf olmasına rağmen, bunu Anayasada açıklama gereği duyuyoruz ve yanlış ifadelerle kaleme alıyoruz.

Tabii şimdi yasa koyucu yasama organı, Meclis olduğuna göre ve Mecliste de herkesin hukuk fakültesi mezunu olmasını bekleyemeyeceğimize göre ki, olmamalı da bence. Sonuçta nasıl bilirkişiye gidiliyor değil mi? Bir bakıyoruz mesela hukuki konularda bile bilirkişiye gidiliyor, ama hâlbuki teknik konularda gidilmesi lâzım, ama ihtiyaç duyulabiliyor. Neden? Çünkü hukuk fakültesini bitirdiği zaman herkes farklı alanlara yöneliyor. Diyelim ben şimdi idare hukuku çalışıyorum, ama bir idare hukukçusu anayasa hukuku bilgisi olmadan, idare hukuku çalışamaz. Örneğin, Kemal Gözler Hocamın açıkçası kitaplarını okumaktan keyif alıyorum. Bir tez konusu çalışıyorum mesela, tabiat varlıklarını koruma amaçlı planlama. Örneğin, Akın Düren Hocanın "*Kamu Malları*"yla ilgili kitabı. Hocamız 1975 yılında Türk, Alman ve Fransız idare hukukunda kamu mallarını incelemiş. Günümüzde karşılaştırmalı hukuk araştırması yapabilen genç hukukçu sayısı az. Yani karşılaştırmalı hukuk yapmak kötü bir şey değil. Tabii ki öncelikle Türkiye'de, hani Türk hukuku sonuçta bizde nedir? Mahkeme kararlarını inceleriz, mevzuatı inceleriz, ama mevzuatta olmayan hususlar da, sonuçta hukukun genel ilkeleri de var. Her zaman da mevzuatta yer alması gerekmez. Hâkim bunlardan yararlanabilir, yani bu kaçınılmazdır.

Sonuçta, mesela temyiz mercii de olduğuna göre, ilk derece yargııcı haksız bir karar verse, bunun telâfisi mümkündür örneğin ve o kadar çok anlaşmaya imza atmış durumdayız ki zaten, yani iç hukukta bir sonuca varılmadığı zaman, uluslararası

âdet hukukuna göre, bu da yoksa kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiyse ona göre karar verir. Hâkim, karar verirken bilimsel görüşlerden ve yargı kararlarından yararlanır."

KAMU HUKUKÇULARI PLATFORMU

SAKİNE NİLÜFER
BİLGİN'İN
KONUŞMASI

hukukta illâ ki bir sonuca varılabiliyor. Yani adalet sağlanabiliyor kısacası. O nedenle de ben açıkçası yüksek mahkeme hâkimlerine bu şekilde yüklenilmesini doğru bulmadığım gibi, bu toplantıda özellikle şöyle düşündüm: Bazen işte mesela çok yönlü olduğunuz zaman eleştiriye açık olursunuz. Mesela, Kemal Hocamı da ben öyle görüyorum; yani anayasa ve idare hukukçusu, yani hem anayasa hukukçusu, hem idare hukukçusu. Türkiye’de acaba kim hem anayasa hukukçusu, hem idare hukukçusu, çok nadirdir. Mesela, Ülkü Azrak Hocanın öğrencisiydim. Önce Siyasal Bilgileri okudum, sonra hukuk fakültesi okudum. İyi ki öyle okumuşum, çünkü ne kadar alakalı. Yani sadece hukuk gözlüğüyle hayata bakanlar, biraz eksik bakıyor bence. O yüzden mesela herkes sadece işte anayasa hukukçusu, idare hukukçusu değil. Biz şimdi bu toplantıda ne kadar ihtiyaç duyduk örneğin genel kamu hukukçularına, hukuk felsefecilerine.

Yani sadece düzenlemede yer alsın demek yanlış. Mesela, idare hukukundan örnek vermek isterim. Mesela sosyal devlet diyoruz, sosyal devlet ilkesi Anayasada yazılı, ama idare hukuku teorisinde sosyal risk ilkesi var. Dün Hocam da bahsetti. Şimdi aslında sosyal devlet ilkesinin uygulanması, yani sosyal risk ilkesi sosyal devlet ilkesine dayanılarak uygulanan bir ilkedir. Yani bu yönde Danıştay son derece olumlu, hani günümüze ışık tutan kararlar veren bir mahkemedir örneğin. Anayasa Mahkemesi de buna paraleldir aslında ve şu an yapılan değişiklikler de, yani Almanya’da olan, İspanya’da olan bu bireysel şikâyet yolu da olumlu bir gelişme.

Tartışmalar her zaman olacaktır zaten, olmayacak diye bir şey yok. O yüzden hani meyve veren ağaç taşlanır misali, eleştiri yapmaya çok açık bir milletiz diye düşünüyorum. O yüzden genç hukukçuların şevkini kırmadan eleştirirsek, daha yerinde olur diye düşünüyorum. Çok teşekkür ediyorum herkese, sağ olun.

Prof. Dr. RONA AYBAY (Oturum Başkanı)- Sayın Nilüfer Bilgin’e de teşekkür ediyoruz. Sayın Prof. Dr. Durmuş Tezcan, buyurun efendim. Sayın Durmuş Tezcan yorum kuralları ko-

nusunda Anayasa Mahkemesinin yaklaşımının benzer bir yüksek mahkemenin yorumlarıyla karşılaştırılması konusunda bizi aydınlatacak. Değerli meslektaşım, sevgili kardeşim Durmuş Tezcan'ın herhalde bu konuda söyleyeceği önemli şeyler olduğunu tahmin ediyorum.

Prof. Dr. DURMUŞ TEZCAN- Sayın Başkan, değerli meslektaşlar; söz almak hakikaten ben de pek istememiştim, dinlemeye gelmiştim. Dünden beri yapılan konuşmaları dinleyince, özellikle benim de 5 yıl çalıştığım Ankara Siyasal Bilgiler Fakültesinden bir anayasacı meslektaşımın, Anayasa Mahkemesi'nin bir kararını eleştirerek yola çıkması karşısında, acaba aynı dönemlerde başka mahkemeler ne karar vermiş diye baktığımda şunu görüyorum. Gerçekten Anayasa Mahkemesi'nin o tarihte yürürlükte bulunan Türk Ceza Kanunu'nun 438. maddesindeki mağdurun fahişe olması haliyle ilgili üçte iki ceza indiriminin Anayasa aykırı bulmaması eleştiri konusu olmuştu. Normaldir ve zaten kanun koyucu da bu karardan sonra eleştirileri dikkate alarak o hükmü hemen değiştirmiştir.

Aynı dönemlerde ayrımcılık yasağıyla ilgili başka yüksek mahkeme kararlarına bakalım. Sözgelimi bu konuda Avrupa Birliği Adalet Divanının bir yorum kararından söz edebilirim. Karara konu olan olay, Avrupa Birliği Adalet Divanına yorum için İngiltere'den gönderilen bir dava ile ilgili. İngiltere'deki demiryolları şirketinin trenle indirimli seyahat konusunda koyduğu "Demiryolu çalışanlarına, mensuplarına, eşlerine veya karşı cinsten birlikte olduğu kimselere (...) oranında indirim yapılır" şeklindeki düzenleme nedeniyle, şirket çalışanı eşcinsel bir kadın, eşcinselleri içermemesinden dolayı bu kuralın ayrımcılık oluşturduğunu ileri sürerek mahkemeye müracaat etmiş. Bunun üzerine bu kuralın AB Hukuku açısından ayrımcılık oluşturup oluşturmadığını belirlemek açısından İngiliz yerel mahkemesince konu Avrupa Birliği Adalet Divanına yorum için götürülmüş. Bu olayda Avrupa Birliği Adalet Divanı diyor ki; bu bir ayrımcılık sayılmaz. Dayanak olarak da Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin evlenme hakkını düzenleyen 12. Maddesini gösteriyor. Bu maddeye göre, evlilik,

KAMU HUKUKÇULARI PLATFORMU

DURMUŞ TEZCAN'IN
KONUŞMASI

karşı cinsten kişilerin birlikte kurdukları bir birliktelik diyor ve indirim konusunda eşcinsel birlikteliklerini evlilik gibi değerlendirmeyen demiryolu şirkettir, böyle bir ayrımı o şirket yapmış ve bu durum genel kuralı bozan bir durum değildir diyerek bunun o dönemdeki AB mevzuatındaki anlayışa aykırı olmadığını söylüyor.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin aileye ve evlenme hakkına yaklaşımı da bu yöndedir. Ama Hollanda gibi kimi devletler 2001 yılından itibaren bu konudaki yaklaşımlarını ülkelerinin mevzuatında değişiklik yaparak eşcinsel evliliklere de izin vererek değiştirme yoluna gitmiş, başka devletler de bu yolu izlemeye başlamıştır. Bu gelişmeler paralelinde mahkemelerde farklı bir çözüme yönelmiştir. Bu anlatılandan çıkarılacak sonuç ise, mahkeme kararlarıyla ilgili yorum yapılırken, her yorumu kendi döneminin koşulları içinde yapmak gerekir. Şüphesiz Yüksek Mahkemelerin kararları elbette eleştirilebilir, ama eleştiri yaparken onları cahillikle suçlamak veya çok katı kavramların etkisinde kalarak karar verdiğini söylemek bana biraz acımasız değerlendirmeler gibi geliyor. Bunu özellikle belirtmek için bu örnekleri vermek istedim.

Bu vesileyle AİHM'de yıllar önce yapılan bir yargılamayla ilgili bir Ceza Hukukundaki kıyas yasağı ile ilgili bir konuya da değinmek ve AİHM'deki Başkaya Okçuoğlu-Türkiye davası hakkında konuşmak istiyorum. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde o davanın devlet adına avukatı bendim. Bu davada şöyle bir durumla karşılaşmıştım. Bu dava, "*Paradigmanın İflası*" ismiyle basılan kitapta terör propagandası yapıldığı iddiasıyla mahkûm edilen yazarının düşüncüyü açıklama özgürlüğünün ihlal edildiği ve editörünün de suçta ve cezada kanunilik ilkesinin ihlal edildiği gerekçesiyle AİHM'e açtıkları bir dava olup, Türkiye'nin mahkûmiyeti ile sonuçlanmıştır. Bu davanın dosyasında Türkiye'deki yargılama sırasında zamanın Başbakan Yardımcısı rahmetli Erdal İnönü dâhil birçok önemli kişinin, bu kitapta anlatılanların düşüncüyü açıklama özgürlüğü kapsamında olduğu yönünde görüşleri vardı. Yargılamayı yapan o zamanki İstanbul 2 no.lu Devlet Güvenlik

Mahkemesinin başkanı askeri hâkim olmasına rağmen, başkan olarak onun ve bir üyenin oyçokluğuyla beraat kararı verilmişti. Yargıtay 9. Ceza Dairesi ise, bu kararı, bu olayda terör propagandası vardır, ceza verilmesi gerekir diye bozmuştu. Buna uyan 2 no.lu Devlet Güvenlik Mahkemesi yeniden yaptığı yargılamada bozma kararına uyarak aynı yönde karar vermişti.

Konu Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine götürüldüğünde, 7. maddenin ihlali konusu da gündeme geldi; yani suçta ve cezada kanunilik ilkesinin ihlali de iddia edildi. Ben mahkûmiyet kararının 7. Maddeyi de ihlal ettiği konusundaki iddia ile ilgili olarak, olaydaki geniş yorum ve hatta yorumdan öte yapılan kıyas konusunda şunu söyledim. Hâlâ da aynı düşüncedeyim, o da şu: Kişisel olarak, ceza hukukunda yeni TCK m. 2/3'deki kıyas ve geniş yorum yasağının sadece şüpheli veya sanığın aleyhine olan durumlar için geçerli olduğunu, buna karşılık, şüpheli veya sanık lehine geniş yorumun, hatta kıyasın dahi mümkün olduğunu düşünüyorum. Neden böyle düşünüyorum? Çünkü kıyas yasağı şüpheli veya sanığın temel hak ve özgürlüklerine zarar veren bir sonuç doğmaması için konulmuştur. Eğer yapılan yargılamada, benim katıldığım görüşe göre, şüpheli ya da sanığın lehine bir sonuç doğacaksa, lehe kıyas dahi kabul edilmelidir. Nitekim bu olayda şöyle bir durum vardı. 2 no.lu DGM, Yargıtay 9.CD'nin bozma kararı üzerine verdiği makûmiyet kararında, kitabı basan editöre o zamanki eski Basın Kanununa göre 2 yıl hapis cezası vermesi gerekirken, Terörle Mücadele Kanunu'nun 8. maddesinde mevcutelerle ilgili olarak yani sürekli basılan gazete ve dergi gibi mevcutelerin yazı işleri müdürlerine hapis cezası yerine para cezası verildiğini dikkate alarak, bu kitabı basan editörü de Terörle Mücadele Kanununun 8. maddesine göre para cezasına çarptırmıştı. Zira mahkeme açısından mevcutelerin yazı işleri müdürleri ile kitap basımı yapan editörler arasında suçun ağırlığı yönünden bir fark yoktu. Fakat dosyanın tek zayıf tarafı, o da Terörle Mücadele Kanununun 8. Maddesindeki suç kapsamında sanki editörlerde yer almış gibi davranılarak bu kararın verilmiş olmasıydı. Oysa uygulanan Terörle Mücadele Kanununun

8. maddesinde editörlerin durumu düzenlenmemiştir. Fakat daha önceki yıllarda bu konu benzer bir olayda 9. Ceza Dairesinde tartışılmış ve varılan sonuçta, kitap basanın (editörün) durumunu, mevkutelerin yazı işleri müdürlerinden farklı olmadığı sonucuna varılarak, editörün lehine olduğu için, onlara da adeta kıyas yapılarak Terörle Mücadele Kanununun 8. Maddesindeki daha hafif cezanın uygulanması yoluna gidilmiştir. Bu eski karardaki gerekçeye yer vermeden, bu davada gerek Yargıtay 9.CD'nin ve gerekse ona uyan mahkemenin kararında, bu içtihat artık bir yasa metniymiş gibi, doğrudan mahkemece uygulanmıştır. Bu tutum nedeniyle AİHM yaptığımız açıklamalara ve gösterdiğimiz kararlara rağmen 7.maddeyle ilgili olarak da mahkumiyet kararı verdi. Eğer mahkeme eski içtihat gibi gerekçe koysaydı 7.maddeden ihlal kararı çıkmayabilir ve sanıklar lehine önemli bir gelişme olurdu. Bu kararın AİHS'nin 7. maddeyle ilgili kısmına bakarsanız mahkeme benim yaptığım savunma çerçevesinde ihlal kararı verirken çok zorlanmıştır. Çünkü o kararları savunmaya eklemiş ve mahkeme bunu sanığın lehine yapmaya çalışmıştır. Çünkü ilk zaten sanıkları beraat ettirmiş, arkasından Yargıtay'ın bozma kararı üzerine bu yola gitmiş ve yine de editöre daha az ve hafif cezayı verebilmek ve o cezayı da paraya çevirmek gibi bir anlayışla hareket ettiğini, bunun da cezanın benzer durumlarda orantılı olması düşüncesine uygun düştüğünü ileri sürmüştüm. Yani demek istediğim aslında, sanık lehine yapılan bir uygulama bile yasalara uygun olmazsa ihlal nedeni olabiliyor. Oysa mahkeme kararında mevkute yazı işleri müdürüne uygulanan lehe kanun ile kitap basan editöre uygulanan o tarihteki Basın Kanununu karşılaştırarak sanık lehine bu çözümü benimsediğini ifade etseydi, AİHM'de benimsenen ceza hukukunda sanık lehine geniş yorum ve hatta kısmen de kıyasa sıcak bakan bir anlayış ortaya çıkacaktı. Malesef bu sağlanamadı.

Bu anlattığım Ceza Hukukuna ilişkin bir sorunun AİHM bağlamında gündeme gelişiyle ilgili bir konu. Burada yapılan toplantı, yorum ile ilgili Anayasa Hukukçularının ağırlıkta olduğu

bir Kamu Hukukçuları toplantısı. Aslında biz cezacılar kamu hukukçusu muyuz o da ayrı bir tartışma konusu olabilir. Çünkü biliyorsunuz bazı ülkelerde mahkemenin türüne göre hukuk dalları ayrılıyor. Mesela ceza hukuku bu çerçevede Fransız sistemine bakarsanız özel hukuk alanıdır. Fakat bizim ülkemizde, Almanya'da vb ülkelerin eğitim sistemlerinde ceza hukuku kamu hukuku içinde sayılan bir hukuk dalıdır. Benim için bir sorun yok, çünkü bir taraftan uluslararası ceza hukukunda doktora yaptığım, 13 sene hoca sıkıntısı nedeniyle ceza hukuku yanında idare hukuku da okuttuğum için, her iki ayrımda da kamu hukuktan uzak değilim. Birileri demin bir şeyler söyledi, biz nerede boş ders bulsak, her dersi verdik. Belki o yönden çok eleştiriye açtığım, ama bir kamu hizmeti olarak öğrencilerin mağduriyetini gidermek amacıyla ceza hukuku dışındaki bazı dersleri vermeyi de bir süre sürdürdüm. Daha sonraları İnsan Hakları alanındaki çalışmalarda bu birikimin yararını gördüm. Şimdi biraz önce bir meslektaşımın duydum, kendisi Afyon'da Hukuk Fakültesinde hoca olduğunu söyledi. Kaç tane hocaları var bilmiyorum, ama onlara Allah yardım eylesin, verdikleri diploma inşallah orada okuyan gençleri yetiştiren, doyuran bir diplomadır. Çünkü iş öyle bir çığırdan çıktı ki, önce hoca yetiştir, ondan sonra fakülte kur yerine tam tersi bir uygulama mevcut. Saldım çayıra, Tanrı kayıra misali önce fakülte kurulup öğrenci alınıyor, arkasından öğretim üyesi yetiştirilmeye çalışılıyor. Bu arada gençler kendi gayretleriyle yetişmeye çalışıyor. Belki Afyon'un olumlu yönü, başlangıçta Eskişehir'deki Üniversiteye bağlı olarak kurulan İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi'nin bulunması. Ama orada da kaç tane hukuk hocası vardı bilmiyorum. Biraz sonra kendisi özel sohbetinde belki söyler, fakat çok fazla sayıda olduğunu zannetmiyorum. Türkiye'de başlangıçta, 1960'lı yılların sonuna kadar iki tane hukuk fakültesi ve bir de Siyasal Bilgiler Fakültesi ile İstanbul'daki İktisat Fakültesinden (ayrıca birkaç İktisadi ve Ticari Bilimler Akademisini de unutmamalıyız) sonra bugün kaç hukuk fakültesi sayısına ulaştık bilemiyorum. Galiba alt yapı hazırlanmadan çok hızlı bir artış olduğunu söylemek haksız olmaz.

Çok teşekkür ederim. Fakülte açma konusunda oldukça önemli bir gelişme içerisinde olduğumuzu sonuç olarak söyle-

KAMU HUKUKÇULARI PLATFORMU

DURMUŞ TEZCAN'IN
KONUŞMASI

yebiliriz. Fakat Türkiye bu sorunların hepsini aşacaktır. Önemli olan mantıklı düşünerek yola çıkmaktır. Bu kapsamda değerli konuşmacı Kemal Bey gibi nice değerli bilim insanının da yetiştiğini görmek isteriz. Kendisi benim de 1988-1997 arası yılda bir ay 10 sene boyunca derse gittiğim Bordeaux Üniversitesinde yetişmiş, çok donanımlı ve çalışkan bir arkadaşımız olarak, bugün Türk Hukukuna çok güzel eserler kazandırdığını görmek bizlere ayrı bir keyif veriyor. Bu günkü sunumu da kendisinin konuya hâkimiyetini ve ustalığını çok güzel sergiliyor. Saygılarımla.

Prof. Dr. RONA AYBAY (Oturum Başkanı)- Teşekkür ederiz. Sayın Ali Şafak Balı Afyon Kocatepe Üniversitesi Hukuk Fakültesini çok yetkin ve düzeyli bir şekilde temsil ettiğinize inanıyorum. Buna ekleyecek sözünüz varsa söyleyin, ama ben söylenmiş sayın lütfen. Peki, o zaman isminiz geçtiği için çok kısa bir-iki cümle, ama lütfen uzatmayın.

ALİ ŞAFAK BALI'NIN
KONUŞMASI

Prof. Dr. ALİ ŞAFAK BALI (Afyon Kocatepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi-Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı Öğretim Üyesi)- Afyon Kocatepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi yeni kurulmakta olan bir hukuk fakültesi, henüz öğrenci almış değil, öncelikle bunu düzeltmek istiyorum. Zaten öğrenci alınabilmesi için YÖK'ün ön şartı, 6 farklı anabilim dalından öğretim üyesi bulunması kadrolu olarak. Dolayısıyla biz henüz işte dekan ve iki öğretim üyesi dışında öğretim üyesi yok. Öğrenci ve öğretim programımız da yok henüz. Fakat şunu da belirtmek istiyorum. Genel olarak üniversite açılması, eğitim fakültesi açılmasının alternatifinin düşünülmesi. Türkiye'de liselerden mezun 800 bin öğrenci yaklaşık her yıl, üniversite talep öğrenci sayısı ise 1 milyon 700, 1 milyon 800 binlere ulaşıyor zaman zaman, talep böyle. Talep varken üniversitede çok elitist bir anlayışla çok sınırlı sayıda tutarsak, liseden mezun bu gençlerimiz üniversiteye gidebilmek hayaliyle 2-3 yıl sonra da askerliği düşünürseniz yaklaşık bir 5 yıllık bir işgücü kaybı olur. Bu yıl her yıl yaklaşık 350 bin kişi. Yani 350 bin kişiyi üretime katılmadan atıl bir durumda dışarda bırakmaktansa kampüslere taşımak daha doğru değil midir?

Prof. Dr. RONA AYBAY (Oturum Başkanı)- Konumuz yorum, onun için bu, tabii gerek sevgili kardeşim, değerli meslektaşım Durmuş Tezcan'ın, gerek genç arkadaşımız Sayın Şafak Balı'nın değindiği konular son derece önemli ve yurdumuzun hakikaten genç nüfusu açısından duruma baktığımızda, gerçekten gelecek açısından çok büyük önem taşıyan bir konu, ama konumuz o değil, konumuz yorum. O işe girersek, işin içinden çıkamayacağız.

Şimdi dün söz istemiş olup da, bugün tekrar konuşmak arzusu gösteren üç kişi var. Onları en sona bıraktım, bir tanesi de benim. En sona bıraktım, çünkü hiç konuşmamış arkadaşların söz hakkını ihlal etmekten endişe ettim. Son birkaç dakikamızı isterseniz, siz de uygun görürseniz bu dünden söz alıp da, bugün ekleme yapmak isteyenlere tahsis edelim. İlk olarak ben sırada kendimi görüyorum, çünkü bu konuyu ilk ben söylemiştim.

Şimdi konumuz yorum, şimdi yorum olmadan hukuk, özellikle hukuk uygulamasından bahsetmek mümkün değil. Hukuk oldukça, yorum da olacaktır. Unutmayın, en açık seçik gibi görünen hukuk kuralları bile *-ben norm kelimesini sevmiyorum, onun için kural diyeceğim-* belli bir olayda, somut olayda uygulama gerektirdiğinde, yorum olmadan uygulanmaz. Hani bilirsiniz 1924 Anayasasına göre, kanunları yorumlamak Meclisin görevleri arasında idi. O yorum kararlarını değerli ağabeyim, Profesör Ülkü Azrak çok iyi hatırlayacaktır, bize idare hukuku derslerinde bunu öğretmişlerdi, rahmetli İsmet Giritli filan. Nasıl başlardı o yorum kararları biliyor musunuz? İşte madde açıktır, yoruma ihtiyaç yoktur, ama deyip, ondan sonra iki-üç sayfa yorum yapardı. Yani en yoruma muhtaç olmayan gibi görünen hukuk kuralında bile, en az iki-üç sayfalık yorumu o zaman Meclis yapardı.

Evet, yani tabii onun için 61 Anayasasına alınmadı, bu tarih oldu, ama konumuz bakımından önemi şu: Yoruma ihtiyaç göstermeyen bu hüküm diye başlayıp, ondan sonra iki-üç sayfa uzun yorum yapılırdı. Evet, şimdi yorumu kim yapacak arkadaşlar? Yorumu vallahi herkes yapar. Hukukçular da de-

KAMU HUKUKÇULARI PLATFORMU

RONA AYBAY'IN
KONUŞMASI

ğil hatta bankacı da yorum yapar, noter de yorum yapar, diplomatlar da yorum yapar. Hiçbir mesleği olmayan bir kimse de yorum yapar. Bütün mesele o kuralın nasıl anlaşılıp, eldeki olaya nasıl uygulanacağıdır. İster hukukçu olsun, ister bankacı olsun, ister diplomat olsun, sonuç olarak yorumu insan yapar. Yani bugün çok gelişmiş bilgi sunarlarımız var, kompüter karşılığı ben bilgi sunar diyorum. Bilgi sunarlarımız var, ama hiçbir zaman bu noktada insanın yerini alamayacak. Bir bilgisayara ne güzel, verin verileri, basın düğmesine alın sonucu, bu olmayacaktır hiçbir zaman benim düşünceme göre. Dolayısıyla insan yapacaktır. Dolayısıyla yorum yöntemleri konusunda ne kadar konuşsak yeridir.

Sayın Balı haklı olarak bir noktaya değindi, yani öğrencileri yetiştirirken yorum yöntemleri konusunda da onları teçhiz etmek, eğitmek, bilgi vermek önemli dedi. Gerçekten hukukun vazgeçilmez önemli bir konusudur yorum yöntemleri. Bir arkadaş değindi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi deyim yerindeyse durumdan vazife çıkararak, kendisinde yürütmeyi durdurma kararı verme yetkisini yarattı birtakım, bu bir yorum örneğidir. Bizim Bosna Hersek İnsan Hakları Mahkemesi kurulurken, bundan esinlenerek, bizim kuruluş belgemize mahkememizin yürütmeyi durdurma kararı verme yetkisi olduğu da açıkça yazıldı. Strazburg'daki şeyden ilham alarak. Yani önce yorum gelip, arkadan pozitif hukuk kuralının geldiğinin de bir örneğidir bu. Bizim Anayasa Mahkemesi de aynı şeyi, yorum yoluyla yürütmeyi durdurma kararı çıkardı.

Şimdi dün Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesinden bahsettim, siyasi sorun bağlamında. Amerikalılara sorarsanız, Amerikalı hukukçuların çok sevdiği bir tekerleme vardır. İşte Amerika Birleşik Devletleri Anayasası biliyoruz, dünyanın en eski yürürlükte olan yazılı Anayasası. Peki, Amerikan Anayasası nedir diye sorarsanız ne cevap verirler biliyor musunuz? Yüksek mahkeme ne diyorsa, bizim Anayasa odur. Yani Anayasa, yazılı metin gayet tabii, fakat onun ne olduğu yüksek mahkemece belirlenir, orada yazılanın ne olduğu. Bunu çok Amerikalıların sevdiği bir tekerlemedir; Amerikan Anayasası nedir dersenez, yüksek mahkeme ne diyorsa odur derler.

Ben söz hakkımı suiistimal etmeyeyim, dünden kalan, içimde kalan bir-iki şeyi de böylece söylemiş oldum. Şimdi söz sırası Sayın Muhlis Öğütçü' de. Buyurun efendim. Sayın Gözler bir 10 dakika geç başladık, izninizle iki konuşmacıya da kısaca söz vereyim. O kadar dakik olamıyoruz. Akademik çeyrek olsun, bize bir müsamaha gösterin.

Yrd. Doç. Dr. MUHLİS ÖĞÜTÇÜ (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi)- Sayın Başkan, değerli katılımcılar; öncelikle saygılarımı sunuyorum. Bu toplantının düzenlenmesine katkı sağlayan tüm yetkililere de teşekkür ediyorum. Şimdi ben bir idare hukukçusu olmakla birlikte, pür idare hukukundan söz etmeyeceğim. Biraz önce kürsüye verdiğim notta yazdığım gibi Sayın Prof. Dr. Kemal Gözler'in tebliği üzerinde, hem idare hukuku, hem de şu meşhur doğal hukuk anlayışı-pozitif hukuk anlayışı arasındaki nokta üzerinde duracağım.

Tabii bu konulara değinirken, aslında yaklaşık 7 yıl önce yazdığım *"Doğal Hukuk ve Pozitif Hukuk Işığında İnsan Hakları Alanındaki Bazı Kavramlar"* adlı makalemde de çok kısa bir şekilde, bu 10 dakikalık süre içinde yararlanacağım. Bu vesileyle Sayın Gözler'in hem belki yarın sözlü katkılarını almayı, hem de eğer kendileri uygun görürlerse, daha önce kendilerine takdim ettiğim, gönderdiğim makale hakkında değerli görüşlerini yazılı olarak da görmeyi ümit ediyorum.

Sayın Prof. Dr. Kemal Gözler'in, "Yorum İlkeleri" adlı tebliğinin teknik olan pek çok hususuna katıldığımı öncelikle ifade etmek isterim. Tekin Akıllıoğlu'nun ya da başka idare hukukçularının çizdiği yoldan gitmeye, insan hakları hukuku alanından idare hukukuna girmeye ve orada kalmaya çalışan, özgürlüğünü bu yönde kullanmak isteyen bir kişi olarak; genel kamu hukukçusu ya da hukuk felsefecisi olmasam da, hukuktaki iki temel yaklaşımın varlığını sözlerime başlangıç noktası olarak alıyorum.

Tabii burada özgürlük kavramı üzerinde kısaca, Sayın Kemal Gözler'in tebliği çerçevesinde durmam gerekiyor. Özgürlük hukuk tarafından müsaade edilen, ama aynı zamanda yasaklanmayan, özgürlük insanın kendisi olması, bir yeti, me-

leke. Bu anlamda tabii özgürlükle hak arasında çeşitli farklılıklar ya da benzerlikler genel kamu hukuku, hukuk felsefesi kitaplarında, eserlerinde dile getirilmiş. Aslında belki bunların bir paranın iki farklı yüzünü ifade ettiği de söylenebilir. Bu çerçevede ben örneğin Sayın Gözler'in tebliğinin 8. sayfasındaki birinci paragrafta yer alan "*pozitif hukuk*"-"*tabii hukuk*" karşıtlığı ifadesi üzerinde durmak istiyorum. Belki burada bir karşıtlık mı var, yoksa günümüzde bir tamamlayıcılıktan söz edilebilir mi? Yanılmıyorsam, Ahmet Mumcu'nun da insan hakları hakkındaki bir kitabında yazdığı gibi, hukuk devleti, pozitif hukukunu ve bu arada giderek pozitif hukuk uygulamasını doğal hukuka yaklaştıran devletin adıdır. Bu anlamda belki bir karşıtlıktan değil de, tamamlayıcılıktan söz etmek belki daha uygun olur diye düşünüyorum.

Bu çerçevede yine Anayasa Mahkemesinin de hem doğal hukuk, hem pozitif hukuk anlayışına yer veren kararlarını, sadece hatırlatmakla yetiniyorum. Bunlar daha önce yazmış olduğum makalemde, örnekleri gösterilerek verilmiş durumda. Aynı şekilde 1982 Anayasası doğal hukuk anlayışını mı, pozitif hukuk anlayışını mı yansıtıyor sorusunu sorduğumuzda; 1982 Anayasası'nın 1924 Anayasası'ndan şüphesiz ki farklı olduğunu, ama gerek 1961 Anayasası'nda, gerek 1982 Anayasası'nda herkesin doğuştan, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel haklara sahip olduğu yönünde bir ifadenin bulunduğunu görüyoruz. Bunu, belki doğal hukuk anlayışının, yine de gerek 1961 Anayasası'nda, gerekse 1982 Anayasası'nda devam ettiğini göstermek açısından anlamlı bulmak mümkün.

Yine Sayın Kemal Gözler'in, gerek bu tebliğinde, gerek çeşitli kitaplarında, makalelerinde bahsettiği bir düşünce üzerinde durmak istiyorum: "*Bir hak pozitif hukuk tarafından benimsenmekle, doğal hukuk kökenli de olsa, artık tamamıyla pozitif hukuk kaidesi haline dönüşür.*" Buna elbette ki katılırız, ama bu dönüşme o hakkın doğal hukuk kökenli olduğu özünü ortadan kaldırmaz. Virginia Haklar Bildirisi de, Amerikan Bağımsızlık Bildirisi de, Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi de, bütün bunlar aslında doğal hukuk anlayışını yansıtan bildirilerdir,

ama bütün bunlarda ve bizim Anayasamızda, giderek Avrupa kıtasında, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde doğal hukuk anlayışı, bu pozitif hukuk metinlerine artık bürünmüştür, onun içine yerleşmiştir.

İdare hukuku açısından Sayın Kemal Gözler'in tebliğinde, özellikle görmek istediğim, göstermek istediğim bir nokta var: Anayasanın 105. maddesi, tebliğinin 26. sayfasında. Şimdi tabii ki Cumhurbaşkanının tek başına yapacağı işlemlerden bahsedene maddede, gerçekten hangi işlemleri Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı belirtilmemiştir. Tamam, ama Sayın Prof. Dr. Kemal Gözler buradan hareket ederek, tırnak içinde aynen şu ifadeye yer veriyor: *"Cumhurbaşkanının istisnasız bütün kararları karşı imza kuralına tabidir."* Benden önce sayın hocalarım, sanırım Sayın Aybay, Sayın Fazıl Sağlam da dile getirdiler. Ben burada idari yargıdan ve idare hukukundan bir örnek vermek istiyorum: Resmi Gazeteyi taradığımızda şunu görüyoruz: Sayın Cumhurbaşkanı, Türkiye Cumhuriyeti Devlet Demiryolları Genel Müdürünü örneğin, Danıştay üyesi olarak seçiyor. Anayasanın ve Danıştay Kanunu'nun kendisine tanıdığı yetkiye dayanarak seçiyor, tek başına yapıyor, başka hiç kimsenin imzası yok. Resmi Gazetenin metnine baktığımızda, orada ne ilgili Bakanın, ne Başbakanın imzasını görüyoruz. Bu doğru mu, yanlış mı ayrı bir konu, ama bir şekilde Anayasanın 105. maddesi var. Cumhurbaşkanı, Danıştay Kanununun ilgili hükümleri çerçevesinde, Danıştay'a üye seçim işlemini yaparken; üniversite rektörlerinin seçiminde olduğu gibi, başka makamların, kurumların, birimlerin işlemlerine daha önceki aşamalarındaki işlemlerine katılmıyor. Bunu dilediği gibi yapıyor. Şüphesiz kendisine birtakım bilgiler geliyor. Devlet Demiryolları Genel Müdürü var, işte onu Danıştay üyesi olarak seçebilirsiniz ya da bir vali var, belki sevdiği bir vali, onu korumak için Danıştay üyeliğine seçiyor. Bunu bilemeyiz, ama bunu tek başına yapıyor.

Dolayısıyla burada olan ve olması gereken açısından, Sayın Gözler yorumu çerçevesinde haklı olabilir, ama belki hepimizin hayran olduğu pozitif hukuk açısından Resmi Gazete'ye

KAMU HUKUKÇULARI PLATFORMU

MUHLİS ÖĞÜTÇÜ'NÜN
KONUŞMASI

baktığımızda, Cumhurbaşkanı Danıştay'a üye seçimini tek başına yapıyor. Dolayısıyla burada olanla, olması gerekeni ayırt etmemiz gerekiyor. Belki Sayın Gözler'in gerek tebliğinde, gerekse hakikaten çok değerli olan, hepimizin yararlandığı Anayasa ve idare hukuku kitaplarında, olanla olması gereken arasındaki ayrıma, en azından bakmasında naçizane fayda olabilir diye düşünüyorum.

Bu çerçevede kendisine gerçekten içten saygılarımı, teşekkürlerimi sunuyorum. Dinlediğiniz için teşekkür ederim. (Alkışlar)

Yrd. Doç. Dr. MUHLİS ÖĞÜTÇÜ (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi)- Öncelikle tekrar söz verildiği için teşekkür ederim. Dün söylediklerimi tekrar etmeyeceğim. Not aldığım, fakat bir şekilde atladığım, ihmal ettiğim birkaç nokta vardı, çok kısa hemen onları söyleyeceğim. Hem belki böylece Sayın Gözler de benim açıklamalarımın sonra fırsat bulabilecektir.

Öncelikle Sayın Profesör Gözler'in tebliğinin 46. sayfasında geçen bir söz üzerinde durmak istiyorum. Bu, aslında doğru bir söz; temel hak ve hürriyetler yönetmelikle sınırlandırılmaz. Son derece doğru, evrensel hukuk ilkelerinin, Anayasanın 13. maddesinin gereği. Ancak bu söz ancak şu şekilde doğru; nasıl ki Anayasa Mahkemesinin iptal kararları geriye yürümez ibaresi ne kadar doğruysa, belki bu söz de o kadar doğru. Çünkü sayın Yıldırım Uler'in, "Bahri Savcı'ya Armağan" da ismiyle yazdığı "Anayasa Mahkemesi İptal kararları Geri Yürür" adlı makalesinde, özellikle itiraz yolunda bunun nasıl geriye yürüdüğünü ve Anayasa Mahkemesi iptal kararlarının geçmişe etkisini gösterdiği gibi. Sayın Hocam Ülkü Azrak'ın Anayasa Mahkemesinin çeşitli toplantılarında Anayasa Mahkemesinin iptal kararlarının etkisini pek çok kez dile getirdiği gibi, temel hak ve hürriyetler de aslında kanunun izin verdiği çerçevede pekâlâ yönetmelikle de sınırlandırılabilir.

Bunu ilk kim yazmış, en azından Türk hukuku bakımından? Ragıp Sarıca, sanırım 1943'te, "Türkiye'de İcra Uzununun

Tanzim Salâhiyeti” adlı kitabında, her hukuk kaidesi, ya bir borç yükler ya da bir yetki bahşeder. Borç yükleyen hukuk kaidesi, kaçınılmaz olarak hak ve hürriyeti de sınırlar demiştir. Bu sınırlama bir kanun hükmü ile olabilir, tüzük hükmü ile olabilir, yönetmelik hükmü ile olabilir. Yine İstanbul’daki idare hukuku hocalarımızdan, Sait Güran “*İfade Hürriyeti Üzerinde İdarenin Yetkileri*” adlı tezinde; kanun koyucu, Meclis, en hurda teferruatına kadar en küçük teferruatına kadar her şeyi düzenleyemez demiştir. Elbette temel hak ve özgürlükler kanunla sınırlanacaktır. Ancak kanun koyucu çerçeveyi çizdikten sonra, pekâlâ örneğin iş hukuku açısından, anayasa hukuku açısından, Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu, bunun tüzüğü var. Daha sonra, tüzükler şimdi günümüzde giderek tek tek yürürlükten kaldırılıyor, çünkü Danıştay incelemesi gerekiyor. Siyasal iktidar Danıştay incelemesini istemiyor, o nedenle bu kanun hükümlerini tek tek ayıklıyor. Bugün pek çok husus artık yönetmelikle düzenleniyor. Yönetmelikle dahi kanunun izin verdiği çerçevede, günümüzde çıkan pek çok yönetmelikte, hak ve hürriyetlerin sınırlanması mümkün.

Hatta daha alta inelim, düzenleyici işlemlerin altında idare bizzat somut birel işlemleriyle, hatta idari eylemlerle hak ve özgürlüklerimizi sınırlandırıyor. Dışarı çıktığınızda, hükümete *hayır* dediğinizde, herhangi bir protesto gösterisinde bulunduğunuzda, hak ve hürriyetimizi başta sınırlandıran, biber gazı sıkarak, gaz sıkarak, cop sallayarak kamu görevlileri, onlar görevlerini yaptıklarını düşünüyorlar. Dolayısıyla idari eylemlerle dahi aslında hak ve özgürlüklerimiz sınırlandırılıyor. Hukuka uygun bir şekilde olabilir bu hareket, hukuka aykırı olur, o ayrı.

İkinci nokta, Danıştay’a üye seçiminde, Cumhurbaşkanı tek başına yapıyor evet, ama anayasa hukukundan da bunun iki örneği var. Çok tartışmalı örnekler, ama burada da Cumhurbaşkanı’nın tek başına yapması gerekiyor. Bir, Anayasa Mahkemesinde iptal davası açmak; iki, Meclisin kabul ettiği kanunları yeniden görüşülmek üzere Meclise geri göndermek.

Bir başka nokta, Fransız hukukunda, İsviçre hukukunda bir söz var: “*principes à géométrie variable*”. Burada sayın

KAMU HUKUKÇULARI PLATFORMU

MUHLİS ÖĞÜTÇÜ'NÜN
KONUŞMASI

Gözler'in tebliğinde bahsettiği "Öklit'in geometrisi"ne gidiyorum. Salonda Fransızcanın üstatları var, bir şey söylemek haddime düşmez, ancak Fransızca bilmeyen geniş bir kitlenin de var olduğunu düşünerek şunu söyleyeceğim: Değişen geometrideki ilkeler. Yani bazı ilkelerin yere, duruma, zamana göre esneyebilmesi, gevşeyebilmesi, değişebilmesi. Son olarak, evet şair olmamız gerekmez hukukçu olmak için, ama şair de olan hukukçular var. Eğer bir hukukçuda şiir yazma yeteneği varsa ya da o yetenek olmasa bile şiir okuyabiliyorsa mesele yok. Özgürlük açısından yaklaşacağım, özgürlük gerektiğinde bir ağaç gibi tek ve hür, bir orman gibi kardeşçesine yaşamaktır. Burada farklı düşüncede olan hocalarımız da var. Gerek Nazım'dan ilham alalım, gerek Necip Fazıl'dan ilham alalım, şair olmak, en azından şiir okumak bence kötü bir şey değil. Son bir söz, meyve veren ağaç taşlanır derler, aslında Kemal Gözler son derece verimli, ılımlı bir yazar. Dolayısıyla bizim kendi bahçesine girip, meyve veren ağaçtan meyve toplamamıza, çeşitli vesilelerle her zaman izin veriyor. Kendilerine tekrar teşekkür ediyor, saygılar sunuyorum. (Alkışlar)

Prof. Dr. RONA AYBAY (Oturum Başkanı)- Çok teşekkür ediyoruz. Son 5 dakikayı da Kemal Gözler'in müsahahasına sığınarak, 15 dakika gecikerek bitireceğimiz toplantımızı. Bu oturumu kapatalım ağabey seninle, lütfen buyurun. Sayın Prof. Dr. Ülkü Azrak, bu salonda en kıdemlimiz, o söz hakkını lütfen kullansın.

Prof. Dr. ÜLKÜ AZRAK- Kemal Beyin sabrını tüketmeye-
lim. Ben şimdi lafı uzatırsam vicdan azabı çekeceğim doğrusu
yani. Evet, şimdi benim üzerinde durmak istediğim bir sorun
şu: bir yorum yöntemi olarak burada pek fazla söz konusu edil-
medi. Sözüünü ettiğim yorum yöntemi *Anayasaya uygun yorum*.

Burada esas sorun şu: Eğer bir kanun hükmünün lafzı bir-
den fazla yorumla açıksa, bu yorumlardan sadece Anayasaya
uygun olanı seçilir ve uygulanır. Şu kadar ki, Anayasaya uy-
gun yorumun da sınırı vardır. Şöyle ki; Anayasaya uygun bir
yorum, yorumlanacak yasa hükmünün açık ifadesiyle ve yasa

koyucunun iradesiyle bağdaşmıyorsa, hükmün normatif içeriği yeniden belirlenecek ve yasa koyucunun hedefi de önemli ölçüde saptırılacak biçimde olamaz. Gerçekten Anayasaya uygun yorum yönteminin yarattığı tek tehlike, yasa koyucunun hiç amaçlamadığı bir çözümün dayatılmasıdır. Bu hususun Anayasa uygun yorum yapılırken göz önüne bulundurulması elzemdir.

Alman Federal Anayasa Mahkemesi, yasa koyucunun bir sosyal gruba bazı edimler sağlarken, benzer durumdaki diğer bir sosyal gruptan bu edimleri esirgediği durumlarda, bunun eşitlik kuralını ihlal ettiğini kararında belirtmekle birlikte, çok açık bir nedenle iptal yoluna gitmemiştir. Gerçekten o edimden yararlananlara, iptal nedeniyle o edimden zarar verilmesi gibi bir sonuç ortaya çıkabileceğini düşünerek iptal kararı vermekten kaçınmıştır. İptal kararı verseydi, o edimin sağlandığı grup da bu edimden mahrum kalacaktı. ama işte burada Alman Federal Anayasa Mahkemesi kararında, iptalden söz etmemekle birlikte, bunun Anayasanın eşitlik kuralına aykırı olduğunu ve eşitlik doğrultusunda bir düzenleme yapılmasının gerekliliğini ifade etmek suretiyle yasa koyucuya yol göstermektedir. Burada yasa koyucuya eşitlik kuralı hatırlatılmaktadır. Böyle bir yorumun, yasa koyucuya eşitlik kuralına uyan bir düzenleme yapma yükümlülüğü yüklemek gibi bir Anayasaya uygunluğu sağlayıcı bir fonksiyonu var, ama bu yükümlülük bir direktif anlamında şüphesiz ki değil.

Şimdi ben biraz Türkiye'ye de dönerek, bunun örnekleri üzerinde çok kısa durmak istiyorum. Her şeyden önce şunu işaretlemek isterim: *Anayasaya uygun yorum yöntemi, iftihar edebiliriz ki Avrupa'dan daha önce Türkiye'de uygulanmıştır.* Çünkü 50'li yılların ortalarında, hem de bir taşra adliye mahkemesi, Konya Akşehir Adliye Mahkemesi Anayasaya aykırı bir kanunu, Anayasaya uygun yorum yapmak suretiyle uygulamama yoluna gitmiştir. Maalesef bu bir içtihat biçiminde yerleşmiş değildir. Zaten Yargıtay da bunu onaylamamıştır; ama o mahkemenin Anayasaya uygun yorum yöntemini kendi başına uygulaması, bunun Avrupa'da henüz daha söz konusu değilken ortaya atılması bizim için bir iftihar vesilesidir.

İkincisi, 1950'deki iktidar değişikliğinde, (sonraki her iktidar değişikliğinde de olduğu gibi) yandaşlar kamu görevlisi olarak atanarak, kadrolaşma hareketi başlatıldı. Yeni iktidar daha önceki iktidarın atamış olduğu memurları hızlı bir biçimde tasfiye yoluna gitti. Kimisini emekliye sevketti, emeklilik yaşı gelmemiş olanları da “*vekâlet emrine alma mekanizması*”nu işleterek pasifize etti. Bütün bunlara karşı açılan davaları, Emekli Sandığı Kanununun 39. maddesinin (b) fıkrasına dayandıran iktidarın bu tavrı karşısında açılan idari davalarda Danıştay örnek bir davranış takındı ve dedi ki, kanun yanlış biçimde yorumlanmış ve Anayasaya aykırı biçimde uygulanmıştır. Böylece idarenin bu kararlarını sistematik bir biçimde iptal etti. Şimdi tabii bu kadrolaşma politikasını uygulayamayan iktidarı fevkalade rahatsız etti ve hemen karşı hücumla geçmeye yöneltti ve yargı yolunu kapatan bir hüküm koydu. İşte burada çok kritik bir durum ortaya çıktı ve Danıştay Anayasaya uygun yorum yaparak, bu kanun yolunu kapatan hükmü aştı. Şöyle ki; bu sadece idare hukuku bakımından söz konusu olabilecek bir şeydir, ama Anayasa Mahkemesi de sonra benimsedi Danıştay'ın bir unsur tahlilini, o da yaptı buna benzer şeyler. Bunun karşısında Danıştay, yeni düzenlemenin, emekliye sevk ve vekâlet emrine alma kararlarının ancak sebep unsurunda yarısal denetimi önleyen bir idari takdir yetkisi yarattığını, ama sözü geçen işlemlerin amaç unsuru bakımından yargı yolunun kapatılması mümkün olmadığını karar altına aldı. Danıştayın kararında üzerinde durduğu husus, idari işlemlerin amaç unsurunun kamu yararı olduğu ve idarenin sözü edilen kararlarının objektif olarak kamu yararına değil, açıkça siyasi amaçlara yönelmiş olduğunu. Bu nedenle kanun koyucunun yaptığı yargı yolu yasaklamasının, Anayasadaki “*idari işlemlere karşı yargı yolunun açık olduğu*”nu kabul eden hükmüne aykırı olduğu ve kanunun anayasaya uygun biçimde yorumlanmasının ancak yargı yolu yasağının sadece sebep unsuruna ilişkin olduğunun kabulüyle mümkün olacağını vurgulayan Danıştay, bu kararları amaç unsuru bakımından inceleyerek iptal kararı vermeye devam etti. Danıştay bu suretle, Anayasaya uygun yorum yöntemini cesaretle uygulayarak yargı denetimini gerektiği biçimde yü-

rütmek suretiyle hukuk devleti ilkesinin gerçekleştirilmesine çok önemli bir katkıda bulunmuş oldu.

Son olarak da, işte Rona Aybay dostumuzun da maruz kaldığı 1402'lik olarak anılan kamu görevlilerine uygulanan haksız davranış ve bunun Danıştay tarafından Anayasaya uygun yorum yöntemiyle aşıldığını kısaca açıklamak istiyorum. 1980 askeri müdahalesini izleyen dönemde Sıkıyönetim Yasası'nda 1402 sayılı yasayla yapılan değişiklik sonucunda idarenin kamu hizmetinde tutulmasını sakıncalı bulduğu kamu görevlilerinin, görevden uzaklaştırmasını ve idarenin buna ilişkin kararlarına karşı yargı yoluna da gidilemeyeceğini ön gören bir hüküm kabul edilmişti. Bu düzenlemeden zarara uğrayan meslektaşlarımız Rona Aybay ve Aydın Aybay, askeri yönetim son bulup ta sıkıyönetim kaldırıldıktan sonra yargı yolunu kapatan hükmün yargı yoluyla aşılması için çok çaba harcadılar. Sonunda Danıştay'ın İçtihatları Birleştirme Kurulu 7 Aralık 1989 tarihli kararında dedi ki, *"Sıkıyönetim rejimi için ön görül-müş usullerle alınan kamu hizmetinden uzaklaştırma kararını, sıkı-yönetimin kalkmasından sonraki dönemi kapsar nitelikte görülmesi, yurttaşların kamu hizmetinin gerektirdiği niteliklerden tamamen ayrı nedenlerle ömür boyu kamu hizmeti dışında bırakılması anlamı-na geleceğinden Anayasanın eşitlik ilkesine aykırı düşer"*. Yüksek Mahkeme bu mantıkla Sıkıyönetim Yasasının 2. Maddesinin dava yolunu kapatan hükmünü *Anayasaya Uygun Yorum* yöntemine başvurmak suretiyle uygulamamış ve davacıların lehine karar vermiştir. Görülüyor ki, Türk yargı organları bu yolda iyi sınavlar verdiler. Yani bunların değerini bilmek lazım.

Son olarak, bizim öğrencimiz Sakine'nin ilginç iki noktaya değinen açıklamaları hakkında birkaç şey söylemek istiyorum. Birincisi bilirkişiler sorunu. Gerçekten bizim yargı organlarımızın bir kötü alışkanlığı var. Hukuk sorunlarını bilirkişiye soruyor. Sen niye orada oturuyorsun yargıç olarak? Hukuk sorunlarını çözmek senin fonksiyonun. Merhum hocam Sıddık Sami Bey birkaç tane bilirkişilik istemini geri çevirirken dedi ki bu hukuki bir sorundur, hukuki sorunu mahkemeniz çözecektir, bilirkişi olarak bizim söyleyecek lafımız yoktur. Ben de

KAMU HUKUKÇULARI PLATFORMU

ÜLKÜ AZRAK'IN
KONUŞMASI

böyle bir şeyle karşılaştım. Bir belediye başkanının görevini suiistimal edip etmediği konusunda bilirkişi sıfatıyla bana sordular, aynı şekilde geri çevirdim. Siz bunu takdir edeceksiniz, ben bir hukukçu olarak bilirkişi sıfatıyla bunun hakkında bir şey söyleyemem dedim.

Sakine ilginç bir şey daha söyledi. Alman sisteminde, Anayasa hukuku, yani kamu hukuku alanında anayasa hukukçularıyla idare hukukçuları kardeşler. Hatta idare hukukçuları anayasa hukukunu bilmeden, idare hukukunu da öğretmezler. Onun için bu alanlar bir bütündür, bunu böyle kabul etmekte yarar vardır diye düşünüyorum.

RONA AYBAY'IN
KONUŞMASI

Prof. Dr. RONA AYBAY (Oturum Başkanı)- Çok teşekkür ediyoruz Sayın Ülkü Azrak'a. Katkıda bulunanlara çok teşekkür ediyorum. Bir tek kısa cümle söyleyeceğim. Refik Gür'dü adı değil mi? Doğru hatırladım, demin yanlış söyledim. Anayasa Mahkemesinde bir konuşmada bunu da önerdim. Refik Gür'ün adının Anayasa Mahkemesinde bir salona verilmesi veya bir büstünün Anayasa Mahkemesine konulması çok güzel olur dedim, ama hiçbir tepki almadım.

Değerli dostlar, sayın meslektaşlar; oturumu kapatıyorum, gecikme için özür diliyorum. Özellikle öğleden sonra, bundan sonraki oturumda eleştirilere, sorulara yanıt verecek konuşmacılardan özür diliyorum, ama ne yapalım ki burası bir akademik kurul, o kadar kesin giyotin kullanamam. Saygılar efendim, görüşmek üzere.

(Ara verildi)

KAMU HUKUKÇULARI PLATFORMU

Anayasa Hukukunda Yorum
ve Norm Somutlaşması

İKİNCİ GÜN

İkinci Oturum

Prof. Dr. FAZİL SAĞLAM (Oturum Başkanı)- Sevgili arkadaşlar, oturumumuza devam ediyoruz. Aslında heyecanlı bir bölüme geldik. Tartışma için ayrılan 6 saat, yetmedi. Ben şaşırırmaya başladım. Yoksa toplantımızı iki güne mi çıkarmak gerekir diye düşünüyorum. Şaşırdığım bir nokta da, en son oturumun başında söz alma talepleri azken, sonradan taleplerin giderek artmaya başlaması. Katılımcıların aktif katkısı ve onlara yeterince konuşma olanağının sağlanması, bu toplantıların çok önemli bir özelliğidir ve bunu gördüğüm için de mutlu oluyorum. Ama bir yerde de artık katkıları bitirmemiz ve bildiri sunanlara katkılar üzerinde değerlendirme yapma imkanı vermemiz gerekiyor. Bildiri sahipleri için ayırdığımız 20'şer dakikalık sürenin 6 saat devam eden konuşmalara oranla arkadaşlarımız açısından, biraz haksızlık olabileceğini düşündüm. Bu süreyi 25'er dakikaya çıkarmak uygun olur. Tabii kendileri isterse 20 dakikada da bitirirler, ama biz 25'şer dakika ile sınırlayalım diyorum.

Belki son oturumumuza sarkabilir, ama ileriki toplantılar için dile getirilecek düşünceleri bize e-posta ile de ulaştırabilirsiniz.

Evet, şimdi ilk sözü Emrah Oder'e veriyorum. Çünkü uçağına yetişebilmesi için 12.00'de buradan ayrılmak zorunda. Ondan sonra genç arkadaşımıza ve üçüncü olarak da soruların ve konuşmaların odak noktası olarak gözüken Kemal Gözler'e. Buyurun Emrah Hanım.

Prof. Dr. BERTİL EMRAH ODER- Teşekkür ederim. Çok kısaca, yapılan yorumlar ve sorulara ilişkin yanıtlarımı ve değerlendirmelerimi sizlerle paylaşacağım, ama öncelikle şu açıklamayı yapmayı gerekli görüyorum izninizle. Burada sunduğum tebliğ, aslında çok daha geniş bir çalışmanın -2010 yılında Kasım ayında basılmış olan "Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri"nin- temel kuramsal bilgisi üzerine dayanan bir çalışmadır. Bununla birlikte, burada sunduğum tebliğde "Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri" başlıklı çalışmamın bir özeti sunmadım. O kitabı edinmiş olan değerli meslektaşlarımız veya edinecek olan değerli meslektaşlarımız, yorum yöntemle-

KAMU HUKUKÇULARI PLATFORMU

BERTİL EMRAH
ODER'İN
KONUŞMASI

ri bakımından geleneksel yorum yöntemleri dediğimiz sözel, tarihsel, sistematik, teleolojik yorum yöntemlerine ilişkin görüşlerimi ve değerlendirmelerimi; dinamik yorum ve hukuk yaratma tekniklerinin kuramsal arka bahçesine yaklaşımımı ayrıca öğrenebilirler.

Dolayısıyla aslında buradaki tartışmalara bakınca, bazı noktalarda o kadar temel tartışmalar yaptığımızı gördüm ki, acaba kitaptaki bu kuramsal bilgi üzerine, yani hukuksal yöntemliliğe (metodoloji) ve hukuk metodolojisiyle anayasa hukukunun buluşması konusuna eğilseydim, acaba daha mı faydalı olurdu diye de düşünmedim değil. Ancak bireysel başvuru sürecini ve temel hak ve özgürlüklere ilişkin yorum sorunlarının önümüzdeki dönemde oldukça yakıcı bir şekilde karşımıza çıkacağı gerçeğini düşününce de, zannediyorum özellikle temel hak ve özgürlüklerin yorumu konusunda iki gündür yapılan tartışmalar -ki bununla sadece burada ileri sürülen görüşleri değil, aynı zamanda bireysel veya birkaç kişi birlikte tartıştığımız noktaları da kastediyorum- daha da derinleşecektir.

Ancak bu noktada tabii bir açıklama daha yapmam faydalı olacak ve Hüseyin Pazarcı Hocamızın da dile getirdiği noktaya değinme fırsatım olacak. Şimdi hem kitapta, hem de benim 2007 yılında yaptığım bir çalışmada, uluslararası insan hakları hukukuna uygun yorum tekniğini veya uluslararası insan hakları hukuku odaklı yorumu, Anayasa Mahkemesinin nasıl algıladığı aslında ele alınmıştı. Dolayısıyla tebliğde bu konuda ayrıca değerlendirme yapmayı gereksiz buldum ve “*Prof. Dr. Ali Ülkü Azrak’a Armağan*” da 2007’deki çalışmam yayınlandığı için tekrar etme gayreti içinde olmadım. Akademisyen, belirli bir konuda çok yoğun bir şekilde çalıştıysa, hep aynı konulara değinen ve sürekli kendisini yineleyen bir konuma düşmek istemiyor. Hem bu çok sıkıcı hale gelebiliyor -yazan ve konuşan açısından-, hem de o yazarın veya konuşmacının yenilikçi bir bakış açısına sahip olmasını engelliyor diye düşünüyorum. Dolayısıyla ilgilenen meslektaşlar “*Ali Ülkü Azrak’a Armağan*” başlıklı çalışmadaki makaleye bakabilirler. “*Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri*” başlıklı eserde de, “*Sisteme Uygun Yorum*”

başlığı altında uluslararası insan hakları hukukuna uygun yorum ayrı bir kategori oluşturuyor.

Bir başka nokta, özellikle şu anda aramızda olmayan Galatasaray Üniversitesinden değerli bir genç meslektaşım Özge'nin dile getirdiği durum. O da özellikle idare hukuku ve hemen ardından ceza hukuku açısından değer taşıyan temel hak odaklı yorum. Yani, Yargıtay'ın ve Danıştay'ın Anayasadaki temel hak kategorilerine ilişkin bakış açıları; özellikle mahkemelelerin kanunları Anayasadaki temel hak ve özgürlüklere ilişkin normatif kurgular ışığında yorumlaması, bu konudaki becerisi. Ben bu noktaya da kitapta değindiğim için, hem Yargıtay açısından, hem de Danıştay açısından tebliğde bir analize ayrıca yer vermedim, ama önümüzdeki gelişmeler bakımından *-bireysel başvuruyu kastediyorum-* Danıştay'ın ve Yargıtay'ın tutumlarının çok önemli olacağını düşünüyorum. Eğer bireysel başvuru aşamasının etkili olmasından söz ediyorsak, bireysel başvurunun diğer hukuk alanlarındaki bu öğretici etkisini önemsemeliyiz. Başka bir anlatımla, temel hak ve özgürlüklere ilişkin Anayasa normlarının öz amaçlarını dikkate alan yorumları diğer yüksek yargı yerlerinin de yapması kaçınılmaz. Ancak bu şekilde bireysel başvuruların sayısı azaltılabilir ya da bireysel başvuru değişik bir biçimde, Anayasa Mahkemesi çok fazla öne çıkmadan da etkili hale gelebilir. Nitekim bugün Almanya'da özellikle karşılaştığımız budur.

Bunun dışında *Alexy*, *Müller* ve *Dworkin* bakımından söylenilen değerlendirmelerde bir noktaya ışık tutmak istiyorum. Sunduğum tebliğde ne *Alexy*ci, ne *Müllerci*, ne *Dworkinci*, yani belirli bir yazara bağlılık ve o yazarın düşünceleri ışığında yapılandırılmış bir yöntem var. Bu aşamadan sonra, yaklaşık 25 yıl boyunca, özellikle karşılaştırmalı yargı ve içtihat alanında çalışmış, neredeyse bu alanda çıkan hemen her şeyi okumuş, değerlendirmiş ve üzerinde düşünmüş biri olarak, Türkiye için yeni bir kuramsal bakış açısı geliştirmeye çalışıyorum. Geliştirdim demiyorum, geliştirmeye çalışıyorum. O yüzden de burada gördüğünüz normatif kurgulara dayalı, bu 9'lu skala bir sınıflandırma denemesidir: bir sınıflandırmadır da demi-

KAMU HUKUKÇULARI PLATFORMU

BERTİL EMRAH
ODER'İN
KONUŞMASI

yorum, bir sınıflandırma denemesidir. Bunun üzerinde daha fazla düşünerek ve daha fazla çalışarak, Anayasa yargısının temel hak ve özgürlük alanında gerçekten hukuk devletiyle bağlı, hukuksal kararlar verebilmesinin önünü açabilmemizin mümkün olabileceğini düşünüyorum.

Gelen yorumlar ve eleştiriler temelinde bazı ilhamlara kavuştum. O yüzden katkı sunan, çok farklı ölçeklerde, çok farklı bakış açılarıyla katkı sunan bütün meslektaşlarımıza içtenlikle teşekkür ediyorum. Çünkü bu toplantılar yazarların da zihninde olan soru işaretlerini daha fazla kurcalamalarını, daha az düşündükleri noktalara daha fazla ağırlık vermelerini sağlayabiliyor. Bu noktada, özellikle teleolojik yorum bakımından, çalışmalarımı daha da genişleteceğim ve derinleştireceğim. Kitapta her ne kadar bu konuda uzun uzun yazmış olsam da, temel hak ve özgürlük boyutu bakımından orada daha derin bir analiz yaparak, bu bölümü de kitaba eklemeyi düşünüyorum.

Bu nokta niye çok önemli? Tabii çok kısıtlı bir süre içinde sunumda dile getirme fırsatını bulamadım, ama temel hak ve özgürlük alanında normun *telosu*, yani özgürlüğün öz amacına odaklı bir yorum yapamadığımız sürece, o yorum özgürlükçü veya özgürlüklerin dengelenmesine yol açan bir yorum türü olamaz zaten. Dolayısıyla öncülümüz, zaten o normun *telosu* nun koruduğu değerın öne çıkartılmasına yönelik olmalıdır. Bu değerın saptanmasında tikel olarak, o norma odaklanmanın dışında, o normun oluşturduğu büyük bağlamı, Anayasa düzeyinde, uluslararası insan hakları hukuku düzeyinde ve karşılaştırmalı veriler düzeyinde ele almamız kaçınılmazdır. Böyle bir sonuca, özellikle insan onuruna odaklanmış bir anayasacılık anlayışından, yani anayasacılığın öz amacına, sınırlı siyasal iktidar düşüncesi ve insan onurunun korunmasına odaklanmış anayasacılıktan yola çıkarsak ulaşabiliriz.

Dolayısıyla kanımca, aslında yargıçların birbirine yakın kararlar verebilmesinden çok, anayasacılığın öz amacına uygun bir yorum yapılabilmesi için, ortak bir teleolojik ön anlayıştan harekete geçilmesi zorunludur. Bu teleolojik ön anlayış, zaman zaman bizlere romantik veya duygusal ya da siyasal gibi gö-

züklen, hiç kuşkusuz bu tarzda temelleri de olan insan onurunun korunmasıdır. İnsan onurunun korunma biçimleri, temel hak ve özgürlüklerde çok değişik biçimlerde normatif boyuta kavuşturulmuş olabilir ve sistematik olarak temel hakların bütünselliği ilkesinden yola çıkmadığımız sürece, temel hak ve özgürlüklerin öz amaçlarına yönelik, bu öz amaçları, öz değerleri koruyan bir yorum sonucuna ulaşmamız mümkün değildir. O yüzden teleolojik ön anlayışın çok önemli olduğunu düşünüyorum ve bunu da daha derinleştirmeye gayret edeceğim.

Tabii teleolojik ön anlayış, insan onuruna ve temel hak ve özgürlüklerin öz amaçlarına dayalı olarak kurgulandığı zaman, tercihler konusunda yargıcın söz gelimi cinsiyetçilik açısından, cinsiyetçi tercih yapabilme gibi bir seçeneği yoktur. Yani cinsiyetçilik, zaten anayasacılığın öz amacı ve diğer hak ve özgürlükler bakımından eşitlik ilkesinin aslında nesnel bir değerler düzeni yaratması nedeniyle mümkün değildir.

Özetlersem; teleolojik ön anlayışların ne olduğu, insan onuru ve temel hak ve özgürlüklerin bütünselliği ilkesi -ki bu da Anayasanın bütünlüğü ilkesinden türemektedir- Türkiye'de de geçerlidir; bu açıklamayı Altan Hocam'ın ifade ettiği görüşlere yönelik olarak ekleme biçiminde yapıyorum. Buradan yola çıktığımız sürece, ulaşacağımız sonuçlar özgürlükçü ve çoğulcu değerler temelinde farklı yorum tercihleri olabilir. Özgürlükçü ve çoğulcu değerlerin dışında farklı yorum tercihlerinin hukuksal bir değeri de o zaman olamaz.

Bir başka nokta, Anayasa Mahkemesinden çok şey beklemediğimize yönelik bir değerlendirme oldu. Anayasa Mahkemesinin yaşına baktığımda, bir de kendi yaşına baktığımda -1968 doğumluyum-; böyle bir beklentiye hakkımız olduğunu düşünüyorum. Anayasa Mahkemesinden bu erişkinliği, kanıtlamanın asgari standartları bakımından, yöntembilime bağlılık yönünden beklemeye hakkımız olduğu kanısındayım. Türkiye'nin özgürlükçü ve çoğulcu değerlere onca örselenmeye rağmen yıllar boyu uyum sağlamaya çalışan anayasal dip akıntısının oluşturduğu birikim bunu gerektiriyor. Mahkeme'nin ve Türkiye'nin hukuksal birikimini düşününce,

yurttaş olarak da, anayasa hukukçusu olarak da bunu beklemeye hakkımız olduğunu düşünüyorum.

Bir başka nokta, yöntembilim ve yorumun zor bir konu olduğudur. Bu gerçekten çok çok zor bir alan. Tespitimi, hukuk felsefecisi meslektaşlarım belki şu anda çok daha derinden ayırt edebilirler. Çünkü özellikle anayasa hukukunda bu sorunlar çok fazla, çok kapsamlı çalışmalara konu olmadığı için, şimdi sorunu belki de bilinç düzeyine çıkardığımız ilk toplantıyı yapıyor olabiliriz diye düşünüyorum. Bu konu zordur ve zor konularda yüksek çıtalar belirlemek de zorunludur. Çünkü çıtayı yükseğe koymadığınız ve kendinizi zora alıştırmadığınız sürece; *Alexy*, *Müller*, *Dworkin* ve diğer bütün çağdaş kuramcıları gerçek anlamda okuyup, özümseyip, ondan sonra tartışıp, eleştirmediğiniz sürece de aslında sağlıklı bir değerlendirme yapamazsınız diye düşünüyorum. Belki bu tartışma veya bu çalışma ortamı bizi, bu büyük çağdaş kuramcıları daha iyi kavrayacak, daha iyi anlayacak ve ondan sonra eleştirecek; kuramların uygulanma biçimlerini daha fazla konuşacak başka çalışmalara, başka oturumlara da yönlendirebilir.

Sunumda bu kuramların eleştirilerine sadece bir dipnotta yer verdim. Basım aşamasında bunları zenginleştirmeye fırsatım olabilir mi bilemiyorum; çünkü onları yapmak da ayrı bir çalışma. Yani burada örneğin "*Arguing Fundamental Rights*" isimli tebliğimin dipnotunda da olan kitap, tamamen *Alexy'e*, *Alexy* eleştirilerine özgülenmiş bir kitaptır. Tabii *Alexy*'i iyi anlamanın yolu da öncelikle onu Almanca okuyabilmektir. *Dworkin* için de İngilizce okumak o lezzeti verecektir; zaman zaman bu tür özgün yazarların yapıtlarında, özgün dilleri dışına çıkıldığında sıkıntılar doğmaktadır.

Şimdi bir başka husus şu: bazı değerlendirmelerde kendimin de yorumlandığını gördüm. Fakat bu yorumlarda bazı büyük eksiklikler veya yanlış anlamalar olduğunu düşündüğüm için, o noktalara ağırlık vermek istiyorum. Bunlardan birincisi, şu anda aramızda var mı bilemiyorum, ama Yalova Üniversitesinden genç bir meslektaşım Faruk Türinay'ın yaptığı değerlendirme. Genel sınırlama nedenlerinin 2001 Anayasa değişikliklerinde kaldırılması konusunda memnuniyetsizliğimi

dile getirdi. Genel sınırlama nedenlerinin kaldırılmasına tepki duyduğumu söyledi, yanlış hatırlamıyorsam. Böyle bir şey asla söylemediğim gibi, kesinlikle bu kanıda değilim. Tam tersine, genel sınırlama nedenlerinin kaldırılması son derece olumlu bir gelişmedir. Ben kademeli sınırlama sisteminin temel hak ve özgürlükler bakımından korunma ve koruma standardı açısından çok önemli olduğunu düşünüyorum. O yüzden de 2001 Anayasa değişikliklerinin etkisini ölçebileceğim bir çalışma yapmayı uygun gördüm zaten.

Bir başka nokta yine üzerinde durmak istediğim; özgülleşmiş özel sınırlama nedenleri konusu. Burada da yanlış anlaşılmalardan kaçınarak vurgulamak istiyorum. Türkiye’de sistematik temel hak ve özgürlük ihlallerinin olduğu basın özgürlüğü, hak arama özgürlüğü, adil yargılanma hakkı gibi özel nitelikli hak ve özgürlüklerde, özgülleşmiş sınırlama nedenlerini yeniden düşünmeli ve tartışmalıyız diyorum. Eğer genel sınırlama nedenlerini kaldırırken, siz anayasa koyucu olarak genel sınırlama nedeni olarak tanımlanmış şeyleri, özel birtakım temel hak kategorilerine serpiştirmekle yetinirseniz -yani, her yerde kamu düzeni, her yerde milli güvenlik, her yerde genel sağlığa zaten gönderme yaparsanız- genel sınırlama rejiminden çok farklı bir yere gitmezsiniz. İşte, bunu söylemeye çalışıyorum. Mülkiyet hakkı bakımından, kamu yararı, elbette en uygun olan sınırlama nedenidir. Fakat mülkiyet bakımından sevgili Ülkü Hocam benim düşüncem; Bonn Anayasasında olduğu gibi bir düzenlemenin daha uygun olacağıdır. Açıklarsam, mülkiyetin sosyal işlevinin özel olarak vurgulanması, mülkiyetin içeriğinin ve sınırlarının yasa koyucuya bırakılması, hatta 1961 Anayasası’nda olduğu gibi mülkiyet hakkının sosyal ve ekonomik haklar bağlamında düzenlenmesi ve kamu yararına uygun kullanımı esasının benimsenmesi bu hakkın evrimine ve doğasına daha uygundur.

1961 Anayasası’nın 1971 değişikliklerine kadar geçerli olan metnindeki temel hak ve özgürlük alanındaki düzenleme teknikleri çok daha başarılıdır. Hem dil açısından, hem de normatif kurgu açısından. Orada daha yetkin bir hukukçulukla karşı karşıyayız.

Şimdi tüm bunun dışında, tabii burada çok güzel kavramlar da duydum. Hukuk estetiği veya adalet estetiği gibi. Aslında yöntembilim bize karar estetiği açısından oldukça zengin araçlar sunmaktadır ve bu araçların, yine kitapta söylediğim, ama bu tebliğde yeterince sözlü olarak vurgulayamadığım üzere, hepsinin kullanımını asıldır. Yorum dediğiniz süreç, yorum döngüsü dediğimiz bir temele dayanır, ama bu döngü tek boyutlu yatay bir döngü değildir. Bu bir helezon şeklindedir ve çok boyutlu bir döngüdür. Bu döngüde sözel yorumdan başlarsınız ve sözel yorum sınır çizici bir işlev görür. Yani sözün dışında yorum yapacak bir alanınız yoktur, ama bu sözel yorumdan başlayarak, o normun bağlamına -diğer normlarla oluşturduğu bağlama, temel hak ve özgürlüklerde Anayasanın sözgelimi laiklik ilkesini yorumlarken, mutlaka Anayasanın 24. maddesine veya Diyanet İşleri Başkanlığına ilişkin maddesine bakmanız gerektiği gibi veya eşitliğe ilişkin 10. maddeye veya 5. maddeye odaklanmanız gerektiği gibi- büyük sistematik anayasal bağlama bakarsınız. Oradan bütün bu normların öz amaçlarına, teleolojik yoruma bakarsınız. Tarihsel yorum ancak bu saydığımız üç tane yorum yöntemi bakımından destekleniyorsa geçerlidir. Tarihsel yorumun, bugün karşılaştırmalı kuramda ve uygulamada yeri zayıftır. Tarihsel yorum, norm yeniyse değerlidir, ama norm eskiyse tarihsel yorum daima geriler. Bütün bu bağlam içinde uluslararası insan hakları hukuku, karşılaştırmalı hukukun verileri gibi, başka verileri de bütün bu helezonda, yani şu sözel yorumla başladığımız sarmalda genişleterek ve birbiriyle iç içe geçirerek bir sonuca ulaşmaya çalışırsınız.

Dolayısıyla yorumda değişkenler çok fazladır ve yorum yöntemleri doğrultusunda ilkelerin bir değeri vardır. Kemal Beyin sunumunda dile getirilen ilkelerde, istisna nedir, kural nedir, yetki nedir, ne zaman dar yorumlanır, ne zaman geniş yorumlanır, özgürlük nedir, politika ilkesi nedir, program norm nedir gibi sorular yanıtlanmaya muhtaçtır. Bunları ancak yorum yöntemleriyle saptayabilirsiniz ki, daha sonra bir ilkenin uygulamasını yapın. Unutmayalım ki, ilkeler, kural olmadıkları için daima görecelidir. Bu yorum sarmalında, bu karmaşık değişkenlerin oluşturduğu bağlamda, en son aşama-

da karşımıza çıkarlar ve o noktada tabii ki bazı yargısal tercihler olabilir. Bu yargısal tercihleri mutlak olarak algılamamak gerekir.

Bir başka nokta yine değinmek istediğim, Prof. Dr. Ali Ulvi Türkbağ'ın sorusu. Acaba tutarlı bir hikâye oluşturmak açısından "chain novel" / "zincir roman" metaforu Anayasa Mahkemesi içtihadında esas alınabilir mi? Evet, alınabilir. Bu çok yerinde bir soru aslında. Kendisi *Dworkin* üzerine de çalışmış ve *Dworkin*'i Türkçeye kazandırmış bir meslektaşımız olarak anlamlı bir soru sordu. "Chain novel" / "zincir roman" yaklaşımına yakınlık duyan birisiyim. Bu özellikle dinamik yorum bakımından tabii bize çok güzel bir metafor sunmaktadır. Ayrıntıları "Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri" başlıklı kitabımda dinamik yorum bakımından açıklıyorum. Bu konuda şunları ekleyebilirim: Normatif kurguya baktığımızda, norm aslında norm metni değildir. Her bir somut olayda, somut olay adaletini sağladığınız zaman anlam kazanan bir varlıktır ve norm süreklilik içindedir. Dolayısıyla bir zincir roman oluşturur normlar. Yargısal kararların yığılmasıyla, tıpkı mercan adalarının oluşması gibi, normlar da giderek dallanır, budaklanır, bazen bu mercanlar çok güzel, çok canlı ve çok cazip olur; bazen çok karanlık ve çok da kötü gözükabilir gözümüze. Dolayısıyla norm aslında süreklilik içinde kavranması gereken bir yapıdır.

Normun içindeki kurallar için de şunları eklemeliyim. Kurallar -ki bizim anayasa hukukumuzdaki doğrudan etkili hükümler ve pozitifleşmiş öz öğeleri- yargıcın ve yasa koyucunun da keyfiliğini önleyebilecek, hak lehine yasaklar kurdukları için değerlidirler. O yüzden bunlara odaklanmalıyız, o yüzden bunları önemsemeliyiz, o yüzden normatif kurguların yapısına göre temel hak ve özgürlük alanında özellikle yorum sonuçlarına gitmeliyiz.

Bunun dışında, değişik Anayasa Mahkemelerine veya anayasa yargısı işlevini üstlenmiş yüksek mahkemelere baktığımızda da, zaman zaman derinlik sorunlarıyla karşılaşırız, ama o mahkemelerin öz ilkesi gibi -özellikle Almanya örneğin-

de- bir ilkeyi çok fazla kurcalamamalarının veya irdelememelerinin sebebi, yasa koyucularının öze açıkça dokunan işlemler yapmaktan kaçınmalarıdır. Böyle de bir olgu var. Türkiye öze dokunan yasa koyucu işlemleriyle karşı karşıya kalıyoruz, ama buna rağmen Anayasa Mahkemesi, öze dokunmayı saptadığı kararlarda bile, öz tanımına ilişkin kuramsal yapı taşlarını berraklaştırmada zorluk çekiyor. Bunu anlayabilmek mümkün değil. Almanya bakımından da, öz nedir, öz bir öncül müdür, dokunulmaz bir öz alanı var mıdır, yoksa her seferinde ölçülülük ilkesiyle mi özün sınırları belirlenir tartışması çok uzun yıllardır yapılmaktadır. Türkiye öze dokunma konusunda daha zengin bir fırsat sunmakla birlikte, bizim anayasa yargımızda özün kuramsallaştırılması ve kavramsallaştırılmasına ilişkin sıkıntılar olduğunu söylemeye çalışıyorum.

Kanıtlanma konusundaki yargısal performansımızın düşüklüğü kuşkusuz hukuk öğretimimizin profili ile ilintili sayılmalıdır. Bu noktada öğretim üyesi olarak kişisel sorumluluğumu fazlasıyla yerine getirmeye çalışıyorum. Hiçbir zaman metin sorusu soran bir öğretim üyesi değilim. Anayasa hukuku sınavlarında, benim derslerim açısından daima varsayımsal olaylar vardır. Osmanlı-Türk anayasal gelişmeleri de buna dâhildir. Her sene temel hak ve özgürlüklere ilişkin geniş ve uzun bir varsayımsal olay sınavlarımda yer alır ve öğrencilerimiz de bu soruları yanıtlarlar. Bu sorunun yanıtlanmasında da bir yöntem çalışması, daha önceki derslerde mutlaka yapılır. Sınavların çözümlenmesi olmasına ve ciddi hukuksal kanıtlamaya dayanmasını önemseyen öğretme-öğrenmeye vakit harcamazsak yargısal kararları eleştirmeye devam edeceğiz.

Kendi öğrencilerimin kanıtlanma bakımından tek tek sınanarak sınırlamanın sınırına ilişkin ilkeleri başarılı biçimde uyguladığı gördükçe, aynı ayrıntılı performansı yargıçlarımızdan da beklemek yine hakkımızdır diye düşünüyorum. Hukuk fakültesi öğrencilerinin gösterdiği başarıyı ve beceriyi Anayasa Mahkememizin göstermesi gerektiğini vurgulamak istiyorum.

Bunun dışında, somutlaşma bakımından da birkaç şey söylemek mümkün. Zannediyorum, somutlaşma bu şekilde yer-

leşik bir kullanıma sahip olduğu için konferans başlığı olarak tercih edildi. Yanılmıyorsam meslektaşımız Dr. Ozan Ergül, norm somutlaşması bütünüyle mümkün değil diye bir ifade kullandı. Eğer yanlış not aldıysam, beni lütfen düzeltin. Norm somutlaşması her bir tikel olay bakımından, bu norma ilişkin bütün normatif olgular ve norm dışı olgular dikkate alınarak yapılması gereken bir süreç ve öncelikle, bu bir süreç. Bir seferde, tabii ki norm bütünüyle somutlaşmayacak, ama buna süreçsel somutlaşma olarak bakmak mümkün. Norm somutlaşması bütünüyle mümkündür şeklinde bir ifade kesinlikle kullanmadım, o şekilde bir algılama olduysa onun düzeltilmesini isterim.

Yine notlarıma şöyle hızlıca baktığımda; pratik uyum konusuna değinildi. Pratik uyum nedir? İşte bu çok zor ve her bir somut olayda yanıtlanması gereken bir sorudur ve pratik uyumu hakkıyla yapabilmek için, normların gerçekten öz amaçlarına (*telos*) ilişkin derinlemesine bir inceleme yapmanız gerekir. Normların öz amaçları bakımından çok özenli olmak, çatışmayı çatışan tüm unsurları esaslı biçimde değerlendirerek dengelemek ve çatışan unsurları mümkün olduğunca optimum hale getirme gayreti içinde olmanız gerekir. Bunun karşılaştırmalı örneklerde başarılı biçimde yapılıp yapılmadığı, başlı başına tartışmalı bir alandır. Bunları söylerken, bütün bu bilgileri, kuramsal bilgileri paylaşırken, tabii uygulamada geldiğimiz en üst nokta budur diyerek anlatıyorum. Bunlar mükemmeldir, iyidir, kusursuz yöntemlerdir diye bir iddiamız elbette olamaz.

Pratik uyumdaki en büyük sıkıntı, pratik uyum görüntüsü altında, aslında pratik uyum yapmamak, bir temel hak ve özgürlüğe veya bir anayasal değere kolayca ve hemen üstünlük sağlamaktır. Anayasa Mahkemelerinin zaman zaman bunu da yaptığı gözlenmektedir. Dolayısıyla pratik uyum, belki başlı başına ayrıca bir konferansa, bir tartışmaya da konu olabilir diye düşünüyorum.

Bir başka nokta, değinmeden geçemeyeceğim toplumsal cinsiyet konusu olacak. Toplumsal cinsiyet meselesi Anayasa Mahkemesi kararlarında karşılaştığımız cinsiyetçi örüntü-

KAMU HUKUKÇULARI PLATFORMU

BERTİL EMRAH
ODER'İN
KONUŞMASI

ler düşünülünce, en fütursuzca ileri sürülen mesele. Anayasa Mahkemesinin tümel olarak bütün içtihadına baktığınızda, bazı kritik alanlarda böyle bir fütursuzluğun olduğunu görebilirsiniz. Toplumsal cinsiyet bunlardan birincisidir. Anayasa Mahkemesinin kadın-erkek eşitliğine ilişkin içtihadında bazı olumlu örnekler, özellikle karşılaştırmalı hukuk ve CEDAW'ın zaman zaman kullanıldığını görüyoruz, ancak mahkemenin içtihadı genel olarak cinsiyet eşitliğinin temeli olan cinsiyetçi tutum ve kalıpların tasfiyesine yönelmiyor, dolayısıyla kadınların ve erkeklerin insan onurunu esas alan bir yapıya ve bakış açısına sahip değil.

Toplumsal cinsiyet meselesi, Türkiye'nin yorum gibi bilinç düzeyine çıkartması gereken ve özellikle yargısal pratikte üzerinde hassasiyetle durulması gereken başka bir sorunsalına karşılık gelmekte. Toplumsal cinsiyet, bizim kendi kişisel yaşam deneyimlerimiz ve biyolojik anlamda erkek veya kadın oluşumuzun sonuçlarıyla yargısal karara yansıtılamaz. Ancak ve ancak, toplumsal cinsiyet eşitliği eşitlik ilkesinin cinsiyetçi kalıplara karşı koyacak biçimde yaşama geçirilmesi ve biyolojik farklılıkların zorunlu olarak haklı kıldığı nedenlerin çok sınırlı şekilde dikkate alınmasıyla anlam kazanabilir.

Son olarak şunu söylemek istiyorum. Elbette, yoruma ilişkin değişik bakışlar olabilir, ama bu değişik bakışlar bakımından, özellikle temel hak ve özgürlük yorumunda, her ne kadar hukuksal yorumun özgüllüğü söz konusu olsa da, *Shakespeare*ci bir bakışın bulunması zorunludur. Çünkü *Shakespeare*, *Goethe*'den farklı olarak "güldür önemli olan, gülün adı değildir" diyor. Bizim için "gül", temel hak ve özgürlüğün telosudur. Gülü-telosu, korumadığımız sürece de özgürlükçü ve çoğulcu değerlere ve yüksek koruma standardına uygun bir yargısal koruma düzeyi gerçekleştirilemez.

Çok teşekkür ediyorum.

Prof. Dr. FAZIL SAĞLAM (Oturum Başkanı)- Emrah'a çok teşekkür ediyoruz. Bu toplantının en güzel yanı, bildirile-

rin arkasından 6 saat boyunca canlı bir tartışma yaşıyoruz ve tartışma bölümündeki konuşmaları göz önünde tutan bir değerlendirilmeye ulaşıyoruz. Bunlar birbirini tamamlayan şeyler, ama cevaba cevap, o değerlendirmeye de cevap vermek söz konusu değil. Yani söz almak isteyen o arkadaştan özür diliyorum. Kuşkusuz diğer arkadaşlarımızın da daha söyleyecekleri şeyler vardır. Her şeyi bir toplantıda tüketici olarak söyleyemeyiz, konuşamayız. Ama size şunu söyleyeyim: İçinde bir şey kalan arkadaş, kitap aşamasında düşüncelerini yazılı olarak ortaya koyabilir. Bant çözümleri tamamlandıktan sonra, konuşmalar ilgililere gönderilecek. Orada gerekli değişiklik ve eklemeler yapılabilir.

Ayrıca şunu da hatırlatayım. Buradaki tartışma ve değerlendirmelerin, söz almamış olan katılımcılar üzerinde uyarıcı etkisi olacaktır. Bu durumda olup düşüncelerini dile getirmek isteyen bir arkadaşımız varsa, lütfen o da görüşlerini yazılı olarak göndersin, onu da ayrı bir kategori olarak kitabın içinde alma imkânımız var. Tabii Rona Hoca'nın şu anki müdahalesi haklıdır. Kuşkusuz bu tür eklemelerin cevap hakkı doğurmayacak içerikte yapılması gerekir

Yrd. Doç. Dr. BÜLENT YÜCEL (Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi) - Tekrar merhaba. Dün aslına bakarsanız Anayasa Mahkemesi kararlarına çok ayrıntılı bir şekilde giremediğimi fark ettim. Konuyu belli bir çerçeveye oturtmaya çalışıyordum ve zaman da açıkçası çok fazla yetişmedi. Dolayısıyla şöyle bir izlenim de doğmuş gibi hissettim ben. Yani Anayasa Mahkemesi kararlarını çok sert eleştiriyoruz ve Mahkemenin neredeyse hiç doğru dürüst kararı yok mu havası doğdu. Oysa öyle değil, ben bildiriye yazarken de mümkün olduğunca haksızlık etmemeye çalıştım. Çünkü odaklandığım bir nokta var, o da şu: Tek başına cinsiyet ayrımcılığını tartışmıyorum. Anayasa Mahkemesi kararları üzerinden cinsiyet ayrımcılığının Türk mevzuatındaki izini de sürmeye çalışıyorum. Anayasa Mahkemesi norm incelemesi yaptığı için, bunun dolaylı uzantısı olarak yasama organının da bu meseleye bakışını görmeye çalıştım. Ancak kararların bazıları ister istemez es geçildi.

Örneğin çok eski bir karardan bahsedeceğim, onunla başlamak isterim. 1963 yılında 1631 Sayılı Askeri Muhakeme Usulü Kanununun 165. maddesi var. Bu madde, kadınların aleni duruşmada bulunmalarının yasaklanmasına ilişkin bir hüküm içeriyor ve bu mahkemenin önüne geliyor. Mahkeme bunun doğrudan cinsiyet ayrımcılığı oluşturduğunu ve eşitlik ihlali oluşturduğunu tespit edip, oybirliğiyle iptal ediyor. Bu çok güzel bir karar ve sene 63, henüz yeni başlamış görevine mahkeme.

Aynı yıl mahkemenin verdiği bir başka karar tezat bir yaklaşımın ifadesidir. 788 sayılı Memurun Kanunu'nun 6. maddesindeki "*Kadınların memur ve müstahdem olmaları caizdir*" düzenlemesi ile yine aynı madde hükmünde "*Ne gibi memuriyet ve hizmetlerde istihdam edilebilecekleri, her vekâletin memurlarına ait kanunlarda tespit olunur.*" Anayasa Mahkemesi'nin önüne getiriliyor. Şimdi burada bir kere "*caiz*" sözcüğü çok rahatsız edici bir sözcük. Uygundur, uygun buluyoruz. Kimi? Kadınları. Neye? Memurluğa ya da işte müstahdem olmaya. İşte cinsiyetçi yaklaşım bu. Yani toplumsal cinsiyet burada kendini gösteriyor zaten. Ancak bu düzenlemeyi Anayasa Mahkemesi Anayasaya aykırı bulmuyor. İptal ediyor olsaydı, aynı çizgide gittiğini söylememiz çok daha rahat olacaktı.

Bunun gibi daha yeni tarihli, bu arada dün söyleyebildiğim kararlar da var. İşte önce 60 ve 70'lerde zina kararları, sonra o kararların çok ters yönünde 90'lardaki zina kararları. Bakın yine bir olumlu ve olumsuz kararlar bunlar. Dün çok güzel hatırlatıldı, ben onu bildiriye koymayı unutmuşum, TCK 438. Madde hükmü hakkındaki karar aslında bu anlamda cinsiyet ayrımcılığı açısından bir "*tepe*" noktası. Yani düşünsenize, fuhuş mesleğini icra eden kadınlara yönelik bir tecavüz söz konusu olduğunda, fail için ceza indirimi söz konusu oluyor. Bu bugünün dünyası için kabul edilebilecek bir şey değil. Dolayısıyla ben bunu dönemin koşullarına, dönemin mevzuatına ya da uluslararası paralel düzenlemelere veya yargı uygulamalarına bakarak, oralarda da böyleydi, burada da olması normaldir biçiminde algılayamıyorum açıkçası. O gün için de benim açımdan bu bir cinsiyet ayrımcılığı, bugün için deyledir.

Evet sonradan yasama organının kanunu değiştirmesiyle sorun çözülmüştür, ama yargı organının o gün o müdahaleyi yapması çok yerinde olurdu.

Bunun dışında, işte mesela şundan da pek bahsetme imkânım olmadı, Örneğin bir Medeni Kanun hükmü olan *“Evliliğin feshi veya boşanma hallerinde çocuk anasına tevdi edilmiş olsa bile, babasının seçtiği veya seçeceği adı alır.”* Düzenlemesi 2010 yılında ilginç bir karara konu oluyor. Şöyle ki; Siirt Asliye Hukuk Mahkemesi itiraz yoluyla başvuruyor ve bu itirazında bunun Anayasaya aykırı olduğunu, eşitlik ilkesini ihlal ettiğini söylüyor ve özellikle de kadınlara karşı her türlü ayrımcılığın önlenmesi sözleşmesini, Birleşmiş Milletler Siyasi ve Medeni Haklar Sözleşmesiyle, İnsan Hakları Sözleşmesinin, kadın-erkek eşitliğini düzenleyen hükümlerine yollama yapıyor. Yani 90. maddenin son fıkrasına gidiyor. Onu, uluslararası hukukun iç hukuka dâhil olmuş hali olarak sözleşme düzenlemeleri ile Medeni Kanunun ilgili normu arasında bir çatışma olduğunu saptıyor. Bu Anayasaya aykırılığın Anayasa Mahkemesi tarafından tespitini ve iptal edilmesini, mevcut Soyadı Kanununun ilgili hükmünün iptal edilmesini istiyor. Anayasa Mahkemesi de benzer şekilde düşünüp, normu iptal ediyor. Bu da çok olumlu bir karar.

Sonuçta şuna kanaat getirdim: Anayasa Mahkemesi ya kompozisyon değişikliğinden kaynaklanan, ya dönemin koşullarından ve/veya siyasetinden kaynaklanan, bir şekilde çok uzun süre yürürlükte kalmış bu normları farklı farklı yorumlayıp, onlara karşı farklı farklı tutumlar sergileyerek, iptal ediyor ya da iptal etmekten kaçınıyor ve iptal talebinin reddine karar veriyor. Asıl temel olarak söylemek istediğim husus bu.

Dün Ozan Ergül Hocamız burada tutanaklarla ilgili bir husus söylemişti. Doğrudur, belki daha ayrıntılı verilebilir metin içerisinde, yedirilebilir o tartışmalar, çünkü çok kıymetlidir o anlamda. Fakat ben şunu söylediğimi çok iyi hatırlıyorum. 2004 yılındaki değişiklik, zayıf bir değişikliktir. Yani 2004 yılında yapılan Anayasa yazımı, olumlu ayrımcılığı zihnimizde netleştiren bir Anayasa yazımı değildir. Onu netleştiren dü-

KAMU HUKUKÇULARI PLATFORMU

BÜLENT YÜCEL'İN
KONUŞMASI

zenleme 2010'da yapılabilmıştır. 2004'deki tartışmalarda, Ana Muhalefet Partisi CHP'nin bütün taleplerine ve itirazlarına rağmen, iktidar partisi AKP bunları görmemiştir. Gerekli karşılığı vermemiştir ve o haliyle çıkmasına yol açmıştır. 2010'da, 2004'deki değişikliği güçlendiren, daha anlamlı hâle getiren düzenlemeyi, aynı iktidar partisinin çoğunluğunu oluşturduğu yasama organı gerçekleştirmiş ve referandum sürecine kadar taşımıştır. 2010, o anlamda, o madde itibarıyla olumlu bir değişikliktir. Onun da hakkını vermek gerekir, ama önemli bir zaman kaybının da yaşandığını kabul etmek gereklidir. 2004'de bu değişiklik yapılabileseydi Türkiye'deki cinsiyet ayrımcılığına ilişkin farkındalık açısından daha fazla mesafe kat edilebilecekti.

Değınmem gereken bir başka husus, Anayasa Mahkemesi'nin cinsiyet ayrımcılığına ilişkin olarak geliştirdiği bu tavra ilişkin olacak. Biz nereye doğru bu süreci devam ettirebiliriz? Mesele, anayasa şikâyeti uygulamasında biraz daha somut olaylara indirgenebilecektir. Böylece Mahkeme'nin cinsiyet ayrımcılığı, eşitlik ilkesi çerçevesinde daha çok yorum yapacağını ve mesai harcayacağını düşünüyorum. Bu noktada da Anayasa Mahkemesi'nin bu algıdan uzaklaşmasını kişisel olarak bekliyorum, ama o çok kolay bir şey değil. Üye durumunuz önemli bir etkidir. Kastettiğim üyelerin erkek olması meselesi değildir. Üyenin bu sorunu nasıl algıladığı meselesidir. Buna ilişkin olarak da mahkeme yine kararlarıyla konuşacağına göre, yasama organının oluşturduğu ve bir biçimde önüne gelmiş bu normları uluslararası ilkeleri de gözeten bir perspektiften değerlendirmesini ve o şablonik ayrımcılık yasağı mantığından uzaklaşmasını ve daha gelişkin bir eşitlik anlayışına sahip olmasını gerekli görüyorum.

Ayrıca bir soru geldi, ama soruyu açıkçası çok da iyi anlayabildiğimi söyleyemiyorum. Aydın Aydın Bey notla bana bunu ilettiler. "Eşitlik kavramı yerine bütünlük kavramı için ne dersiniz?" diye sormuş. Şimdi bu soru biraz felsefi geldi bana. Çok net bir şey söyleyemiyorum bu konuda. Dün, arada, konuştuk kendisiyle. "Hani insanlar bir bütünün iki parçasıdır, ben yarısıyım

ANAYASA HUKUKUNDA YORUM VE NORM SOMUTLAŞMASI

BÜLENT YÜCEL'İN
KONUŞMASI

eşimin" dedi. Doğrudur, böyle bir bakış açısı tabii ki kurabilirsiniz. Ancak ben daha hukuksal bir tayin yapmaya çalışıyorum. Devamında da NY niye zindanda diye sormuş. Herhalde bir NY davası var, ama ben ondan haberdar değilim açıkçası. Bunu niye söylemiyorsunuz biçiminde de bir serzenişte bulunmuştu. Doğrudur, çok aktüel bir olay olabilir. Buna ilişkin bir şey söyleyemem, ama en azından buradan seslendirmeyi bir borç bildim.

Hepinize saygılar sunar ve beni dinlediğiniz için çok teşekkür ederim.

Prof. Dr. KEMAL GÖZLER- Benim saatim 12.35, 20 dakikada

Prof. Dr. FAZIL SAĞLAM (Oturum Başkanı)- 25 dakika izniniz var.

Prof. Dr. KEMAL GÖZLER- Ben kurallara uyuyorum Hocam, önceden ilan edilmiş kural 20 dakika, önceden ilan edilmiş kuralı da daha sonra değiştirmemek lazım. Dün dediğim gibi, kurallara uymazsak hayat çekilmez hale gelir. Kurallara uymadan medeni hayatı sürdüremeyiz.

KEMAL GÖZLER'İN
KONUŞMASI

Neyse ben 6 saat boyunca yöneltilen eleştirilere nasıl 20 dakikada cevap vereceğimi bilmiyorum, ama her halükârda teşebbüs edeceğim.

Dün yapılan eleştirilere cevap vermekle başlamak lazım, ama ben sıcağı sıcağına bugün yöneltilen eleştirilere cevap vermekle başlamak istiyorum.

İlk önce bir teknik konunun altını çizmek istiyorum. Burada konuşulanların, kusura bakmayın, yüzde 60'ı yorumla ilgili şeyler değildi. Eşitlik ilkesinin, kadın-erkek eşitliğinin yorumla ne alakası var? Bertil Hanımı istisna tutuyorum, o temel hak ve hürriyetlerin uygulanmasında yorumla ilgili meselelere değindi. Söz alan katılımcıların dile getirdiği bazı hususların yorumla bir ilgisi yok.

İkinci olarak, hukuk kurallarının yorumlanması terimi bolca kullanıldı. Hukuk *kuralı* yorumlanmaz, değerli meslektaşlarım. Yorumlanan şey hukuk *kuralının metnidir*. Yani beyaz üzerinde siyah harflerle yazılı olan kelimelerdir. Yorumun konusu metindir. Norm değil. Zaten norm denilen şey, biz yorum yaptıktan sonra ortaya çıkıyor. Kelsen, norm, metnin spesifik anlamıdır diyor. Yani metni okuyacağım, benim kafamda bir anlam belirecek, işte norm, benim kafamda beliren o anlam. Hukuk normunun yorumlanması ifadesi bir abesle iştigal örneği. Zaten ortada hukuk normu varsa yorum yapmaya gerek yoktur. Metin yorumlanır, yani beyaz üzerinde siyah harfler yorumlanır. Yorum sorunu bundan ibarettir.

Üçüncü olarak, yorum başka, hâkimin hukuk yaratması başkadır. Dün bir arkadaşımız idarî yargıda hâkimin hukuk yaratmasından bahsetti. Yorumla bir alakası yok o konunun. Hâkimin hukuk yaratması başka şeydir, yorum başka şeydir.

Dördüncü olarak, şu hususun -ki benim bildirimde de varlığını çizmek isterim: Yorum ilkeleri, *norm* değil, *meta norm*dur yahut *ikincil norm*lardır. Kelsen'in dediği şekilde. Yani birincil normlar vatandaşlara hitap eder; ikincil normlar, meta normlar, norm üzerine normdur ve hâkime hitap eder. Benim burada saydığım yorum ilkelerinin muhatabı vatandaşlar değil, hâkimlerdir. O nedenle bu hususu dile getiren Altan Bey, yerden göğe haklı. Zaten ben de aynı şeyi diyorum.

Diğer yönden Altan Bey, yorum ilkelerinin bazılarının pozitif değerden uzak olmadığını, bunların bazılarının, başka ülkelerde de, Türkiye'de de kanunlarla tanındığını ve dolayısıyla pozitif değere sahip olduğunu söyledi. Tam tamına ben de aynı şeyi söylüyorum. Bildirim başlarında, 5 no.lu başlığın altında, bazı ilkelerin pozitif temelinin olduğunu ben de söylüyorum. Örnek olarak suç ve cezaların ancak kanunla konulabileceği yolunda ilke, Anayasa madde 38, TCK madde 2, kıyas yasağı ilkelerini veriyorum. Bununla birlikte pozitif temele sahip ilkelerin sayısı çok azdır. Kırk tane ilke yoktur. Bildirimde yine ben aynı paragrafın devamında acaba bu yorum ilkelerini Ceza Kanununun ve Medeni Kanunun başlangıç hükümleri-

ne koysak nasıl olur sorusunu soruyorum. Hatta Mecelledeki 99 ilkenin bu nitelikteki ilkeler olduğu hususunu belirtiyor ve soruyorum: Acaba biz de Mecelleyi izleyerek, Medeni Kanuna böyle yorum ilkelerini koysak mı? Bildirimde var bunlar. Dolayısıyla ben bu ilkelerin pozitif değere sahip olabileceğini tartıştım.

Bunlar düzeltme ve açıklama olarak söyleyeceğim şeylerdi. Şimdi asıl bana yöneltilen sorular ve bana yöneltilen eleştirilere cevap olarak söyleyeceklerime geçeyim.

Tek tek eleştirilere geçmeden önce genel olarak şunu söyleyeyim: Katı pozitivist olmakla nitelendirmek beni üzmüyor. Ben yıllardır bu nitelendirmeyle karşılaştım. Bu nitelendirmeler karşısında da geri çekilmiş değilim. Dün sunduğum tebliğ, aslında benim pozitivistimden bir uzaklaşmamı içeriyor. Bu tebliğ dolayısıyla benim takip edenlerin, dün şaşıracaklarını bekliyordum. Diyecektiler ki, Kemal Gözler de nihayet tabii hukuk şerbetini tatmış. Yani dünkü tebliğimle bir ölçüde ben tabii hukuka yaklaştım. Bunu yazmaktan da çekinmedim. Açıkça 14 yıl önceki "Realist Yorum Teorisi" başlıklı bildirimden bugün farklıyım ve o bildiriden ayrılmış durumdayım dedim. Yani realist yorum teorisi konusunda söylediklerimden bugün farklı bir şey söylüyorum. 14 yıl önce yazdıklarımla çelişiyor olmak çok da umurumda değil. Pozitivist, yahut tabii hukukçu olarak nitelendirilmek beni ilgilendirmiyor. Ben aklımın buyurduğunu söylemeye çalışıyorum. Şimdiye kadar söylediklerimle pozitivist olarak nitelendirilmiş olsam da, bugün söylediklerim tabii hukukçu olarak nitelendirmeme yol açacak ise, yol açsın. Tabii hukukçu olarak nitelendirilmekten korkmuyorum.

Şimdi Murat Sevinç arkadaşım bana yönelttiği eleştirilere geçeyim. Murat Sevinç'in geçmişte bana yönelttiği bazı eleştirilerden istifade ettim. Kendisiyle birkaç defa e-posta yoluyla yazışmıştık. Murat Sevinç, dün "ne bekliyorsunuz, kuralları uzaylılar mı gelip koyacak" dedi. İnanın Türkiye'de kuralları uzaylılar gelip koysa ben mutlu olurum. En azından yani kanun koyucu düzeyinde keyfilik ortadan kalkar. İkinci bir şey daha söyleyeyim, uzaylıların koyduğu kanunları Türkiye'de

KAMU HUKUKÇULARI PLATFORMU

KEMAL GÖZLER'İN
KONUŞMASI

Türk hâkimler değil, ithal hâkimler uygulasa daha da mutlu olurum. Türkiye'de büyük bir sorun var, kalitesiz hâkim sorunu. Çeşitli mesleklerde yurtdışından adam ithal ediliyor. Türkiye'de hâkim de ithal etmek lazım. Emrah Hanım az önce hâkimlerin kalitesi konusundaki endişelerini çok güzel açıkladı. Ben de aynı şeyi düşünüyorum. Kaliteli hâkimlere sahip olmak bizim hakkımız değil mi? Neden hâkimlerimiz bu kadar kalitesiz?

Daha teknik konulara geleyim. Ozan Ergül arkadaşımız çok güzel bir benzetme yaptı. Burada sayılan yorum ilkeleri olsa olsa bir takım çantasındaki çeşitli aletlere benzetilebilir dedi. Bununla birlikte öyle sorunlar olabilir ki, bu aletlerle bu sorun çözülemeyebilir dedi. Yorum ilkelerinin takım kutusundaki aletlere benzetilmesi çok güzel bir benzetme. Evinizde bozuk bir musluk var. Musluğu takım çantasındaki aletler, ne kadar mükemmel olurlarsa olsunlar kendiliğinden tamir edemezler. Musluğu tamir etmek için bu aletleri kullanacak bir ustaya ihtiyaç var. Musluğu aletler değil, usta tamir eder. Dolayısıyla musluğu tamir etmek için usta çağırarak lazım. Ama takım çantasını atölyede unutup gelen bir usta, ne kadar işinde usta olursa olsun, bizim bozuk musluğumuzu tamir edemez. Hatta musluğu çözdükten sonra gerekli alet ve gereçleri getirmemiş ise evimizi su basabilir. Bizim aslında ustaya, ustanın da aletlere ihtiyacı var.

Tabir caizse Türk hâkimleri takım çantasını dükkanda unutmuş ustalar gibi veya bu hâkimlerin hiçbir zaman takım çantası olmamış. Emrah Hanımın söylediklerinden ben bunu anladım. Bozuk musluğumuzu tamir etmek için evimize çağırdığımız ustalardan takım çantasını unutmadan gelmelerini istemek bizim hakkımız değil mi?

İşte bu nedenle ben dün tekrar tekrar şunu dedim: Benim saydığım bu yorum ilkeleri mükemmel olmayabilir, geliştirilmesi gerekir, eksik olabilir, ama böyle ilkelere ihtiyacımız var. Bu ilkeler sorunu çözmeyebilir. Çözecek demek çok büyük bir iddia. Ama bu ilkeler karşılaştığımız sorunların yarısını çöze yeter. Bu ilkeler vasıtasıyla hâkimler, bir ölçüde olsa, objektif-

leşse yeter. Bu ilkelerin fonksiyonu bu. O nedenle Ozan'ın bu takım çantası benzetmesi çok güzel bir benzetme. İzin verirse bu benzetmeden ben bildirimle son hâlini verirken istifade etmek isterim.

Fazıl Hocam, yorum ilkelerinin zaten apaçık ilkeler olduğunu, bunların kabulünde bir problem olmadığını, asıl meselenin bunların uygulanmasında olduğunu söyledi. Herkes tarafından kolaylıkla kabul edilen ortak bir ilkenin hâkimlerin elinde farklı farklı uygulanabileceğini söyledi. Doğru, ama burada yine usta ve takım çantası benzetmesine dönersek, burada artık sorun ustanın maharetinde. Yani biz sadece bir usta çağırmakla yetinmemeliyiz, ehil bir usta çağırmamız gerekir. Fazıl Hocamın dediğinin aksi yönde söyleyecek hiçbir şeyim yok. Ama bu sorunu teknik bir sorun olarak görüyorum. Hâkimin ehliyetiyle aşılabilecek bir mesele olarak görüyorum.

Bildirimde verdiğim çeşitli somut örnekler üzerinden çeşitli değerlendirmeler de yapıldı. Bunlardan bir kaçına değinmek isterim.

Ben Anayasa Mahkemesinin bazı parlamento kararlarını eylemli iç tüzük olarak görüp denetleyemeyeceğini söylüyorum. Sebebi şu: Parlamento kararları kural olarak Anayasa Mahkemesinin denetimine tabi değil, kaidemiz bu. İstisnası ne? Üç tane istisnası var: TBMM İç Tüzüğü, yasama dokunulmazlığının kaldırılması kararı ve milletvekilliğinin düşmesi kararı. Bu üç parlamento kararı, istisnaen Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenebilir. Dolayısıyla bu üç parlamento kararının denetlenebilmesi bir istisnadır. İstisna ise dar yorumlanır. Eğer bir parlamento kararının TBMM İç Tüzüğü niteliğinde olup olmadığı konusunda bir tereddüt hasıl olursa, bu parlamento kararının TBMM İç Tüzüğü niteliğinde olmadığı sonucuna ulaşılır.

Yine Anayasa madde 105, Cumhurbaşkanının tek başına yapacağı belirtilen işlemleri dışında, Cumhurbaşkanının bütün işlemleri karşı imza kuralına tabidir diyor. Kaidemiz ne? Karşı imza kuralı. İstisnamız ne? Anayasada Cumhurbaşkanı

nın tek başına yapacağı belirtilen işlemler. Anayasaya madde 105'te Cumhurbaşkanının şu şu işlemleri tek başına yapabilir diye bir liste var mı? Yok. Başka maddeler de böyle bir liste var mı? Yok. O hâlde karşı imza kuralının istisnası yok. Ben yorum yoluyla istisna üretemem. Bu istisnayı ancak anayasa koyucu getirebilir. Dolayısıyla madde 105'te öngörülen karşı-imza kuralının istisnası yoktur. İstisnası olmadığına göre, Cumhurbaşkanının istisnasız bütün kararları, Anayasa Mahkemesine, yüksek mahkemelere üye seçme, Anayasa Mahkemesinde iptal davası açma işlemi dahi karşı imzaya tâbidir.

Bu ulaştığım sonucun yerinde olup olmaması beni ilgilendirmiyor. Ben aklımın erdiğini söylüyorum. Ben Öklidyen bir akıl yürütmeyle, geometrik bir akıl yürütmeyle, prensip neyi gerektiriyorsa oraya kadar gidiyorum. Bu ulaştığım sonuç memleketin yararına mı, zararına mı bu beni ilgilendirmiyor. Bu sonuç yüzünden Türkiye yıkacaksa da yıkılsın. Benim için prensipler önemli. Yani adalet yerini bulsun, gök çökecekse çöksün. Ben hocayım. Benim Türkiye'yi kurtarmak, düzeni sağlamak gibi bir görevim yok. Benim ulaştığım sonuca göre, Cumhurbaşkanıyla yürütme arasındaki ilişkiler nasıl olur? Bana ne? Kurucu iktidar doğru düzgün madde yazsaymış. Ben onun hatalarını düzeltmek zorunda mıyım? Madde 105 hakkındaki söylediklerime yönelik eleştirilere bu cevabı vereyim.

Anayasa madde 4'dün değiştirilip değiştirilemeyeceği sorununa gelelim. Anayasa madde 4, ilk 3 madde değiştirilemez diyor. Kendisinin değiştirilemez olduğunu söylemiyor. Yani değiştirilmezlik tezini savunanlar da kabul ediyorlar ki, 4. maddenin kendisinde kendisinin değiştirilmesini yasaklayan bir hüküm yok. Şimdi aynı kuralı uyguluyorum. Anayasanın maddelerinin değiştirilebilirliği konusunda kaide nedir? Değiştirilebilirliktir. Anayasanın herhangi bir maddesinin değiştirilebilir olması kaidedir. Üç maddenin değiştirilemez olması ise istisnadır. Zira Anayasanın 177 maddesinden 174 maddesi değiştirilebilirken üç maddenin değiştirilemez olması istisnai bir şeydir. İstisnalar ise dar yorumlanır. Herhangi bir maddenin bu değiştirilemeyecek üç madde arasına girip girmediği

konusunda tereddüt varsa, ki tereddüt vardır, o zaman dar yorum yapılır. Yani 4'üncü maddenin değiştirilemez hükümler arasına girmediği kabul edilir. Bu sonuç felaket bir sonuç olabilir. Hileyi şeriyeye yol açan bir sonuç olabilir, bu beni ilgilenmez. Ben Öklid gibi prensibimi koyuyorum, bu prensipten sonuç istihraç ediyorum. Biz bilim adamıyız. Bizi iç tutarlılığımız ilgilendirir. Ben iç tutarlılığımı yitirdiğim zaman, bana yöneltilen eleştirilerden utanıyorum, ama iç tutarlılığımı korudukça, devlet yıkılsın umurumda değil.

Bir bilim adamı olarak, bizim için en yüksek değer, kendi iç tutarlılığımızdır ve hiçbir siyasi düşünceden etkilenmemizdir. Kendi aklımızın koyduğu prensipler nelerse, o prensiplerden çıkan sonuçlar nelerse onları söylemekten çekinmemiz lazım. Öklid'in teoremleri misali, kendi prensiplerimizin gerektirdiği bütün sonuçları çıkarmamız lazım. Eğer kendi prensiplerimizi koyup, bu prensiplerden korkmadan sonuçlar istihraç edebiliyorsak, rahatça konuşabiliriz, bize sorulan sorulara rahatça cevaplar verebiliriz. Verdiğimiz cevapları çok kişi beğenmeyebilir, ama verdiğimiz cevap Öklid'in teoremleri gibi kendi içinde tutarlı ise, kendi prensiplerimizden tutarlı sonuçlar çıkarıyorsak kimsenin bize diyebileceği bir şey olamaz. Benim bakış açım budur.

Bildirime daha pek çok noktada eleştiriler yöneltildi, çeşitli değerlendirmeler yapıldı. Ben onlara küçük küçük cevaplar hazırlamıştım. Ama bunlara tek tek değinecek zamanım kalmadı. O nedenle, sonuç niteliğinde bir-iki şey söylemek istiyorum: Dün bildirimde sunduğum yorum ilkeleri kabul edilir veya edilmez. Kimse de kabul etmek zorunda değil bu ilkelere. Doktrinin bir üyesi olarak bizler, bir resmî otoriteye sahip değiliz. Bizler kanun koyucu değiliz, yahut hâkim gibi otantik kararlar verme yetkisine sahip değiliz. Bizim gücümüz, söylediğimiz şeylerin gücünden kaynaklanıyor. Bir şeyi, o şekilde söylüyoruz ki karşı taraf ikna oluyor. Onu ikna etmek için argümanlar ileri sürüyoruz, söylediklerimizi delillendirmeye çalışıyoruz. Neticede karşı taraf ikna oluyor veya olmuyor. Söylediklerimizin gücü ikna kabiliyetinde.

KAMU HUKUKÇULARI PLATFORMU

KEMAL GÖZLER'İN
KONUŞMASI

Eğer Öklid matematikçilerin çoğunluğunu ikna edemeseydi, Öklid'in teoremlerin geçerliliği olmazdı. Ben o şekilde açık şeyler söylemeye çalışıyorum ki, dinleyenler ikna olsun istiyorum. 1998 yılında yazmaya başladım, o gün de başkalarını ikna etmek için çeşitli şeyler söyledim. Ama gördüm ki, 1998 yılında pek başarılı olamadım. Neticede *Anayasa Hukukunun Metodolojisi* isimli kitabımın ilk sayfasına Max Planck'tan şu alıntıyı koydum: “Yeni bir bilimsel gerçeklik, rakiplerini ikna ederek veya onlara aydınlığı göstererek zafer kazanmaz. O zafer kazanır; çünkü, rakipleri ölerək yok olurlar ve yeni bir kuşak, yeni bir düşünce eskisinin yerini almakta tereddüt etmez.” 1998'den bu yana 14 yıl geçti. Bugün 1998'de beni dinlemeyenlerin artık beni daha ciddi bir şekilde dinlediklerini görüyorum. En azından bu son yıllarda yetişen genç hukukçuların benim fikirlerimi önemsediklerini görüyorum. İnanmış şeyleri söyleyip, okuyucuları ikna etmeye çalışıyorum. Bununla birlikte tek bir doğru olduğunu iddia etmiyorum. Ama kendi doğru bildiğim şeyi söylüyorum ve okuyucularımı buna ikna etmek içinde çeşitli argümanlar ileri sürüyorum. Ben, benim burada ileri sürdüğüm yorum ilkelerimin tartışılmaz doğru ilkeler olduğunu iddia etmiyorum, ama çeşitli argümanlar ileri sürerek bu ilkelerin doğru olduğu konusunda sizleri ikna etmeye çalışıyorum. Zaten doktrinin bir üyesi olarak yapabileceğim bir başka şey de yok.

Ben şunu düşünüyorum: Bizim doktrinin üyeleri olarak, birer meslektaş olarak, siyasî mülahazalardan uzaklaşmamız gerekiyor. Salt hukukî argümantasyon içinde bulunalım. Yaptığımız argümantasyon siyasî değil, hukukî nitelikte ise, ulaşacağımız sonucun farklı olmasının bir önemi yok. Yeter ki sonuç çıkarırken yaptığımız istidlal hukukî olsun. Akıl yürütme hukukî oldukça, meslektaşlarımın ulaştıkları sonucun benim ulaştığım sonuçtan farklı olması beni üzmüyor. Belli bir sorun karşısında, önce dayandığımız hukukî ilkeleri söyleyelim; sonra bu hukukî ilkelerden sonuçlar çıkaralım. Böylece hukukî ilkeler bazında fikirlerimizi çarpıştıralım. İlkelere itaat edelim; siyasî mülahazalara değil!

ANAYASA HUKUKUNDA YORUM VE NORM SOMUTLAŞMASI

Son 5 dakika içinde söylediğim şeyleri söylemek aklımın ucundan geçmemiştir. Böyle kendiliğinden oldu. Haddimi aşan bu sözler için hepinizden özür diliyorum.

KEMAL GÖZLER'İN
KONUŞMASI

Sizler gibi seçkin bir topluluğa hitap etmekten dolayı büyük gurur duydum. Çok teşekkür ediyor, saygılarımı sunuyorum.

Prof. Dr. FAZIL SAĞLAM (Oturum Başkanı)- Şimdi Kemal Gözler 98'den bu yana konuşma yapmıyor.

Prof. Dr. KEMAL GÖZLER- 2002'den beri.

Prof. Dr. FAZIL SAĞLAM (Oturum Başkanı)- Özür dileirim 2002'den beri olacak. Kendisine bu konuşmayı yapmasını önerdiğimde de, aynı şeyi söylemişti. Ama iyi ki ısrar etmişim ve kendisini ikna etmişim. Bazen böyle oluyor. Toplantımızın ilk oturumunda Hüseyin de kendisinin konuşmasından beni sorumlu tutmuştu. İyi ki o sorumluluğu üstlenmişim. Aynı şeyi şimdi Kemal Gözler için söylüyorum. Ama bu toplantının onun konuşmasıyla zenginleşeceğini zaten bekliyordum, o amaçla ısrar ettim. Kendisi de beni kırmadı, teşekkür ediyorum.

FAZIL SAĞLAM'IN
KONUŞMASI

Şimdi programımıza göre aslında bir 15 veya 20 dakikamız var, ama bir maratonun sonunda insanlar fazla yorulmuş olabilir. Son maddemiz şöyle; Kamu Hukukçuları Platformunun dördüncü ve müteakip toplantıları için görüş ve önerilerinin alınması. Ben şimdi soruyorum, gündemimizin bu maddesine devam edelim mi? Yoksa bu konudaki görüşlerinizi e-posta ile bize ulaştırmanızı mı bekleyelim? Bu konuda hazırlıklı olup, şimdi konuşmak isteyen arkadaşlar, bir kere ellerini kaldırsın, kaç kişi olduklarını görelim: Ozan Ergül, en arkadan bir arkadaş, isminizi söyler misiniz? Sedat Çal. Bir tane daha var. Sinan Kocaoğlu, başka var mı? Rona Aybay gibi ısrar etmeyeceğim ben. Rona Aybay demin dört-beş kez söz almak isteyen var mı? diye sordu, Ama sonra önünü alamadı. Tamam, Ronacığım iyi yaptın, hem de çok iyi yaptın. Evet, şimdi bu üç arkadaşımıza sırayla söz veriyorum. Zaman yeter onlar için. Ozan lütfen.

KAMU HUKUKÇULARI PLATFORMU

OZAN ERGÜL'ÜN
KONUŞMASI

Yrd. Doç. Dr. OZAN ERGÜL (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)- Hocam bu bir buçuk günlük toplantımız gösterdi ki, en azından kendimde oluşan kanaati söylemek adına, temel hak ve özgürlükler teorisiyle ilgili, uygulamasıyla ilgili çok ciddi açığımız var. Yani benim de işte arızı olarak ilgilenmediğim, anayasa hukukçularının, ama pek çoğunun kendilerini kurumsal anayasa hukukuna vakfetmeleri nedeniyle göz ardı ettikleri, çok ciddi bir teori açığı var. Emrah Hocanın bildirisini de ben bu nedenle çok önemsedim, çok mutlu oldum, Hocanın ifadesiyle çıtayı yukarı çekmemiz gerektiğini, yorum konusunda veya işte temel hak ve özgürlüklerle ilgili teorik ve pratik sorunlarla ilgili uyarının bize tekrar hatırlatılmasını sağladığı için, bu konunun ben çok isabetli olduğunu gördüm.

Yine bence bu damardan devam etmeliyiz. Benim önerim, önümüzdeki yıl temel hak ve özgürlüklerin özel hukuk ilişkilerine uygulanması sorununun platform tarafından ele alınmasıdır. Özel hukukçularla konuştuğumda, gerçekten bu konuda ciddi bir açıkları olduğunu düşünüyorum. Temel hak ve özgürlüklerin yatay ilişkilere uygulanması konusunun, sadece kamu hukuku platformunun doğal parçası olan kamu hukukçularını değil, bu vesileyle özel hukukçuları da aydınlatacak, onların zihinlerindeki sorunlara da cevap verecek bir konu olduğunu düşünüyorum.

Bunun yanında bireysel başvurunun başlaması nedeniyle, Anayasa Mahkemesinin karşılaştacağı kimi sorunlara da ışık tutabilecek bir birikimin ortaya konabileceği inancındayım. Bütün bu gerekçelerle benim önerim, önümüzdeki yıl temel hak ve özgürlüklerin yatay ilişkilere etkisi veya özel hukuk ilişkilerine uygulanması, adını nasıl koyarsak, bu konunun platform tarafından ele alınmasıdır. Teşekkür ederim.

SEDAT ÇAL'IN
KONUŞMASI

Doç. Dr. SEDAT ÇAL (Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)- Benim önermek istediğim konu var. Belki birisi, hatta ikisi de yine temel hak ve özgürlükler konusuyla ilgili olacak. Birincisi, ceza hukuku bağlamında temel hak ve özgürlüklerin daha bir iyice irdelenmesi gereği, olan biten çerçevesinde, herhalde çok mantıklı olurdu diye düşünüyorum. İkincisi, temel

hak ve özgürlükler bizde genelde siyasi ya da başka bağlam-
larda ele alınıyor, ama ekonomik tarafı çok yeterince gündeme
gelmiyor kanısındayım. Onun için ekonomik hak ve özgürlük-
ler çerçevesine giren bir analiz ya da toplantı, bence ekonomi
hukuku perspektifinin hukuk fakültelerinde yüksek lisans çer-
çevesinde çok rağbet gördüğü de dikkate alınır ve ülkedeki
ekonomik özgürlükler anlamındaki ihlaller de dikkate alınır,
çok yerinde bir girişim olacağı kanısındayım. Teşekkür ederim.

Prof. Dr. FAZIL SAĞLAM (Oturum Başkanı)- Sinan Ko-
caoğlu.

Yrd. Doç. Dr. SİNAN KOCAOĞLU- Gerçi Sedat benim tek-
lif edeceğim şeyi söyledi, ama ben de rahmetli Faruk Erem'in
dediği gibi “*Ceza adaleti kimdeyse, siyasi iktidar ondadır*” diyor.
Bu ülkede senelerdir süren bir sıkıntı var. Sırf bu hükümetten
değil, evvel ki hükümetlerden de kaynaklanan. Bu biz kamu
hukukçuları açısından Anayasa, hukuk felsefesi, insan hakla-
rı ve ceza hukukunun kesişiminde bir alan. Özellikle bu bağ-
lamda bir konu olmasını önümüzdeki sene diliyorum, bu bir.
İkincisi, ben geçen dönem Ankara Barosunun yönetim kurulu
üyesiydim, hâlihazırda da uluslararası hukuk kurultayını ben
yapıyorum, işte editörüüz aynı zamanda Baro Dergisinin de.
Bunu bir kurumsal çatı altında, aslında bu kamu hukukçuları-
nın toplantısını yapsak, Ankara Barosuyla, yani ben o aracılığı
yaparım. Bundan sonraki şeyleri Ankara Barosunun çatısının
altında yapsak, gayet güzel bir konferans salonumuz var, eko-
nomik durumumuz da fena değildir yani, bakarız yani sizlere,
hiç sorun yapmayın. Hocam eğer derseniz böyle bir şey yapa-
biliriz. Çıkışta iletişim bilgilerini alıp verebiliriz.

Konuyu teklif ettim, kurumsallığı teklif ettim, bir de ufak bir
reklâm yapayım. Bizim Baro Dergimiz 15 bin basan tek hakemli
ve ULAKBİM’de taranan bir dergi. Akademik terfilere esastır,
Cumhuriyet felsefesinden yan, Milliyet’inden Zaman’ına, siya-
si görüş ayırt etmeden her köşe yazarına yolluyoruz, yüksek
yargıya yolluyoruz, Cumhurbaşkanına, bakanlara yolluyoruz,
üniversitelere yolluyoruz. Dolayısıyla kanaat önderlerimizin,
sizlerin fikirlerinin yayılması esastır. Bana her zaman barodan

ulaşabilirsiniz. Saygılarımı arz ediyorum, ellerinize sağlık Hocam böyle bir şeye elverdiğiniz için saygılar sunarım.

Prof. Dr. FAZIL SAĞLAM (Oturum Başkanı)- Çok teşekkür ediyorum özellikle Sinan arkadaşımıza. O yani konu önerisi dışında önemli bir şey söyledi. Tabii Ankara Barosu yetkilileri ile de bunu somutlaştırmak gerek diye düşünüyorum, ama Ankara Barosunun tabii bir önemli çalışması var. İki yılda bir uluslararası bir hukuk kurultayı düzenliyor, çok da başarılı oluyor o kurultay. Bilmiyorum bu yıl, önümüzdeki yıl mı olacak? Eğer önümüzdeki yıl olacaksa bu zor olur.

Yrd. Doç. Dr. SİNAN KOCAOĞLU- Yok, önümüzdeki yıl değil, ondan sonraki yıl olacak. Dolayısıyla önümüzdeki sene yapabiliriz.

Prof. Dr. FAZIL SAĞLAM (Oturum Başkanı)- Tamam, onu öğrendiğim iyi oldu. Baro Başkanı Metin Feyzioğlu Bey de ilk başvuracağımız kişilerden biri olmalı. İyi bir ışık yaktınız, teşekkür ederim.

Evet, sonuna geldik, konuşma yapmayacağım, gayet kısaca şu tespiti yapacağım: Biz artık saatlere sığamaz hale geldik, bu çok önemli. Bir önceki oturumda gördünüz. Rona Hoca söz alma taleplerini sınırlamakta güçlük çekti. Bu yoğun katılma isteği, bugün ulaştığımız noktayı simgeliyor. Bir başka nokta olarak, yoğun katılım yanında yapılan konuşmaların doyurucu içeriğini de vurgulamam gerekir. Kıbrıs'taki toplantıda da doyurucu konuşmalar yapılmıştı. Ama Kıbrıs'ta hatamız, aynı anabашlık altında da olsa, dört ayrı konuyu programa yüklememizdi. Dört bildiri ve ona eklenen yorumlar bir buçuk güne sığmadı. Katılımcılar yeterli bir tartışma olanağı bulamadılar. O bizim programlama hatamızdı. Bu yıl o hataya düşmedik. Bu yıl bir de formatımıza uygun bir yönetim yönergesini hazırladık. Sanıyorum toplantımızın düzenli ve verimli geçmesinde onun da etkisi oldu. Böylece bu yıl çok verimli bir toplantı yaşadığımızı düşünüyorum. Ve bu duygularla hepimizi saygı ve sevgi ile selamlayarak toplantıyı kapatıyorum.

