

TOLGA ŞİRİN'İN 1 EKİM 2022 TARİHLİ YAZISI

NORM KAVRAMINA DAİR DÜŞÜNCELER: GÖZLER-ALTIPARMAK TARTIŞMASINA DÖNÜK BİR “SAPTIRMAMA” DENEMESİ

Geçtiğimiz hafta Prof. Dr. Kemal Gözler ve Dr. Kerem Altıparmak'ın Anayasa Mahkemesinin “hükmün açıklanmasının geri bırakılması” (HAGB) kararına dair tartışmalarına katkı sunmak üzere bir yazı kaleme almıştım.¹ Bu yazıda özellikle Kemal Gözler'in AYM kararına dönük eleştirilerine bazı eleştirilerde bulunmuştum.

Kemal Gözler, bu eleştirilere doğrudan yanıt vermeyi değil, bunun yerine Anayasa Mahkemesini kararına dönük eleştirilerini sürdürmeyi yeğlediğini ifade etti.² Bunun nedeni olarak da “tartışmanın asıl konusundan sapmaya başladığı”nı gösterdi. Profesör Gözler, ileri sürdüğümüz eleştirilerin neden ana tartışmayı saptırdığına dair bir gerekçe sunmadığı için bu yeni savının doğru veya yanlış olduğuna dair yeterli açıklama yapmak mümkün görünmüyor.

Ben, eleştirilerimin tartışmayı asıl konusundan saptırdığını düşünmüyorum. Şöyle ki; Kemal Gözler, AYM'nin kararına dönük eleştiriler sundu. Ben de bu eleştirilerdeki tutarsızlıklara dikkat çektim. Böylelikle,

¹ Tolga Şirin, “Yasama İhmali Yoluyla Anayasaya Aykırılık: Kemal Gözler'in Yazısı Vesilesiyle Bir Değerlendirme”, *Tolga Şirin Blog*, https://www.tolgasirin.com/post/yasama_ihmalleri (Erişim tarihi: 01.10.2022).

² Kemal Gözler, “Anayasa Mahkemesinin HAGB Kararı Hakkında Üç Makale İçin Sunuş”, *Türk Anayasa Hukuku Sitesi*, <https://www.anayasa.gen.tr/hagb-sunus.htm> (Erişim tarihi: 01.10.2022). Makalenin devamında üç farklı yazı yayımlanmıştır. Metinler aktardığımız linkten takip edilebilmektedir.

AYM kararına karşı ileri sürdüğü kimi savları yanlışlayarak³ zımnen argümanlarını gözden geçirmesi gerektiğini de ileri sürmüştüm. Bunun tersinden anlamı, aynı zamanda AYM kararını savunmaktı. Uzatmadan söyleysem: AYM kararını, bir eleştirinin eleştirisini yaparak savunmak, tartışmayı saptırmak anlamına gelmez. Bu notu düştükten sonra söz konusu tartışmada eksik kalan bir noktayı biraz daha açmak istiyorum.

I. BU YAZIDA NEYİ AMAÇLIYORUM?

Önceki yazımda, spesifik eleştirilerimin yanı sıra tartışmaya iki kuramsal katkıda bulunmaya çalışmıştım. Bunlardan ilki, söz konusu tartışmada bir kavramsallaştırma eksiğinin bulunduğu gözlemime dayanıyordu. Konunun farklı ülkelerde olduğu gibi “ihmal yoluyla anayasaya aykırılık” kurumu altında ele alınmasının, tartışmanın kuramsal bir zemin bulması ve tek bir kararın ötesinde ilkesel bir boyut kazanması için önemli olduğunu düşünmüştüm. Bu nedenle de bu kurumu tanıtmaya çalışmıştım. Bunu, bir blog yazısının elverdiği ölçüde başardığımı düşünüyorum.

İkincisi ise norm kavramının anlamı ve hukuk normlarının olgulardan ayrılması ve bunun yorum yöntemlerindeki yeriyle ilgiliydi. O yazıda, (i) “norm” kavramının, sözcüğün Kelsenci anlamıyla sadece “düzenleyici işlemleri” değil, yargı kararlarını da kapsayan bir anlamı olduğuna dikkat çekmiş; (ii) ayrıca bir kuralın, uygulanma biçimini dikkate almadan anlamlandırılmasının bizi lafzi yoruma sıkıştıracağı eleştirisini ileri sürmüştüm.

³ Buradaki “yanlışlama” ifadesini Karl Popper’in kullandığı anlamda kullanmadığımı vurgulamak isterim. Popper, özellikle bazı ideolojik nedenlerden da beslenen tek yönlü bir yaklaşımla, her savın yanlışlamaya açık olması gerektiğini ve yanlışlandığında da savın dayandığı kuramın terk edilmesi gerektiğini ileri sürer. Oysa Popper’in iddia ettiğinin aksine bir savın yanlış olması, önceki doğrulanmaya dayanan kuramsal temellerin tamamının terkedilmesini gerektirmez, yanlışlama olsa olsa savın gözden geçirilmesini gerektirir. Karl R. Popper, *Bilimsel Araştırmanın Mantığı*, İ. Aka ve İ. Turan (çev.), Yapı Kredi Yay., İstanbul, 2008. Aksi görüş için bkz. Thomas Kuhn, *Bilimsel Devrimlerin Yapısı*, N. Kuyaş (çev.), Kırmızı Yay., İstanbul, 2018; Imre Lakatos, *Bilimsel Araştırma Programlarının Metodolojisi*, D. Uygun, (çev.), Alfa Yay., İstanbul, 2014.

Bu ikinci katkıda bazı noktaların eksik kaldığını düşünüyorum. Kerem Altıparmak'ın büyük ölçüde katıldığı ilk yazısının özellikle son kısımlarında da sanıyorum ki aslında (eğer haddimi aşmak sayılmayacaksa) anlatmak isteyip kavramsal temele oturtamadığı şeyin bu noktalarla ilgili olduğunu düşünüyordum. Ona dönük muhtemel yazım, bir eleştiriden ziyade bu kavramsallaştırma önerisiyle ilgili olacaktı. Öte yandan, Kemal Gözler'in de devam eden yazılarında, AYM kararına dönük eleştirilerini normatiflik ve olgusalılık farkının üzerinde durarak sürdürmesi, beni bu konuda biraz daha kalem oynatmaya teşvik etmiş oldu.

II. NORM KAVRAMININ ÇOKLU ANLAMI

Bu yazıdaki savlarımı, otoriteye atıfla temellendirme (*argumentum ad verecundiam*) veya “nâm lakırdısı” (*İng. name-dropping*) denilen yöntemlerle sürdürme niyetinde değilim. Fakat Kemal Gözler norm ve olgu arasındaki ayrımını, önemli bir ismin, Avusturyalı hukuki pozitivist Hans Kelsen'in kuramından hareketle temellendirdiği için bu yazarın konuyla ilgili bazı tanımlarına başvurmak ve onun kuramı ekseninde ilerlemek anlamlı görünüyor.

Kelsen'e göre norm, “*bir kimsenin belirli bir şekilde davranması gerektiğini, kimsenin o kişinin o şekilde davranması 'istediğini' ima etmeden ifade eden bir kural*”dır.⁴ Böyle bakıldığında normlar, bünyesinde bir gereklilik (*Alm. sollen: -meli/-malı*) ögesi içerir. Örneğin “toplu taşıma araçlarında yüksek sesle konuşmamalı” dediğimizde, toplumsal yaşamda uyulması beklenen bir gerekliliği ifade etmiş oluruz. Dolayısıyla bu bağlamda ortada bir “norm” vardır. Normlar, onlara uyulmadığında yaptırımlarla ilişkilendirilir. Örneğin otobüste yüksek sesle konuşan kişinin, otobüste bulunan toplulukça kınanması⁵, o kişi için norma uymamasından ileri gelen bir toplumsal yaptırımdır.

⁴ Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, Harvard University Press, Cambridge, 1949, s. 35.

⁵ Hans Kelsen, *Saf Hukuk Kuramı: Hukuk Kuramının Sorunlarına Giriş*, E. Uzun (çev.), Nora Yay., İstanbul, 2016, s. 71 vd.

Bu kurama göre, normların hukuksal ve ahlaki olmak üzere (bazen aralarında içeriksel örtüşme olsa da) iki farklı düzlemi bulunmaktadır. Hukuksal normları ahlaki normlardan ayıran şey, bunların devlet tarafından konulmuş olmasıdır. Fakat bu koyma işlemi başıbozuk biçimde değildir. Her hukuksal norm, geçerliliğini bir başka hukuksal normdan alır. Bu normlar hiyerarşisinin en tepesinde anayasa yer alır. Anayasanın geçerlilik esası da “temel norm” (*Alm. Grundnorm*) denilen, hukukun ilgi alanı dışında yer alan bir normdur. Hukuk normları da genellikle⁶ beraberinde bir yaptırımı getirir. Bu yaptırımları, ahlaki yaptırımlardan ayıran şey, yine devletin zor kullanma gücüdür. Bir hukuk normuna uyulmadığında devlet zorlama gücünü kullanır.

Buraya kadar anlattıklarımız Kelsen’in Türkiye’de de tanınan ve anayasa yargısında da kabul gören “normlar hiyerarşisi” görüşünün özetidir. Fakat tam olarak bu noktada üzerinde durulmayı bekleyen soru şudur: Acaba norm kavramı, yasamanın (örneğin kanunlar) ve yürütmenin (örneğin kararnameler, yönetmelikler vb.) nasıl davranmamız gerektiğine ilişkin, bünyesinde “-meli/-malı” (*sollen*) buyruğu içeren düzenlemeleriyle mi sınırlıdır, yoksa yasama ve yürütmenin koyduğu kuralları uygulayanların, beraberinde yine “-meli/-malı” (*sollen*) buyruklarını barındıran ve uyulmaması durumunda yeni bir yaptırım getiren işlemleri de “norm” kavramının içine dâhil midir?

Bu sorunun yanıtını, yazının burasında basitçe bir atıfla verebilirim. Fakat bunun yerine (tartışmada kullanılan gerekçeler uyarınca) Kelsen’in erkler ayrılığı kuramını da aktararak temellendirme yapmanın daha işlevsel olacağı kanaatindeyim.

⁶ Bazı hukuk normları, eksik (*lex imperfecta*) kalabilir, fakat bu durum kendiliğinden onların geçerli olmamasına neden olmaz.

III. Kelsen'in ERKLER AYRILIĞI KURAMI VE YARGI KARARLARININ "NORM" NİTELİĞİ

Erkler ayrılığı teorisi, Türkiye'de genellikle Aydınlanma'nın kimi klasikleriyle ve özellikle de Montesquieu'nün teorisi çerçevesinde tanınır.⁷ Buna göre erkler ayrılığı, yasama, yürütme ve yargı erklerinin ayrılığıdır.

Oysa erkler ayrılığı teorisinin tek biçimi bu değildir. Örneğin Kelsen'in erkler ayrılığı teorisine göre devlet bir "hukuk düzeni"nden ibaret olduğu için, tüm devlet erki ya hukuku yaratır (*Alm. Rechtsschöpfung*) ya da hukuku uygular (*Alm. Rechtsanwendung*). Yazarın saf hukuk kuramı uyarınca sadece ana⁸yasa, hukuku saf biçimde üretir ve sadece yürütme, hukuku saf biçimde uygular. Yasa koyma veya yargıçların etkinlikleri ise yukarıdan bakıldığında bir hukuk uygulaması, aşağıdan bakıldığında bir hukuk yaratımıdır.⁹ Bunun konumuz açısından anlamı, saf biçimde yaratılan şey anayasa iken; saf biçimde uygulama, yürütmenin fiili

⁷ Montesquieu, kuramını ne yazık ki Türkleri sui misal olarak göstererek açıklar. Yeri geldiği için alıntılalım: "Şu üç güç, aynı kişinin veyahut önde gelenlerden veya adillerden veya halktan oluşan aynı kurumun elinde olursa her şey mahvolur: kanun yapma gücü, kamu kararlarını yürütme gücü ile suçlar veya şahıslar arasındaki anlaşmazlıkları yargılama gücü. (...) Avrupa'daki krallıkların çoğunda yönetim ilımlıdır, zira ilk iki güce sahip olan prens, üçüncü gücü uyruklarına bırakır. Üç gücün de sultanın elinde olduğu Türklerde ise korkunç bir istibdat hüküm sürmektedir." Bkz. Montesquieu, *Kanunların Ruhu Üzerine*, B. Günen (çev.), Türkiye İş Bankası Yay., İstanbul, 2019, s. 199. Klasikleşmiş diğer bir erkler ayrılığı kuramı ise John Locke'ın yasama, yürütme ve federatif erk (savaş ve barış yapma, birlikler ve ittifaklar oluşturma, devletsiz kişi ve topluluklarla işlem yapma yetkisi) ayırımına dayanır. Bkz. John Locke, *The Second Treatise of Government*, The Liberal Arts Press, Massachusetts, 1952, s. 82-84. Türkçede bkz. John Locke, *Yönetim Üzerine İkinci İnceleme*, F. Bakırcı (çev.), Serbest Kitaplar, Ankara, 2021, s. 153 vd.

⁸ Örneğin Türkiye'de "militan demokrasi" savı bağlamında tanınan Karl Loewenstein'in erkler ayrılığı kuramına göre devlet erki, devlet politikasını (i) belirleme, (ii) uygulama ve (iii) denetim biçiminde ele alınmalıdır. Bu bakımdan belirleme işi parlamento tarafından olabileceği gibi hükûmetçe de gerçekleştirilebilir. Uygulama açısından da idare ve mahkemeler belirlenmiş politikayı uygulayacaktır. Denetleme konusunda da önem taşıyan şey, bir politika kararının, önceden belirlenmiş kurallara göre yapıldığını doğrulayacak bir başka kamu kurumunun kontrolüdür. Bkz. Karl Loewenstein, *Verfassungslehre*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1975, s. 39. vd.

⁹ Hans Kelsen, *Wer soll Hüter der Verfassung sein?*, Walther Rothschild, Berlin, 1931, s. 15.

pratikleridir.¹⁰ Buna karşılık kanunlar ve yargı kararları, bir yandan bir normun uygulaması iken; diğer yandan bir normun üretimi niteliği taşır.

Örneğin yasama organının, Anayasa'nın md. 67/2 hükmünün güvence altına aldığı "yurt dışındaki vatandaşların oy kullanma hakkı"nın gereği olarak çıkardığı bir kanun, bir bakıma Anayasa'nın uygulamasıdır. Öte yandan, söz konusu kanun, bir gereklilik (*Alm. sollen*: -meli/-malı) getirdiği için de diğer bir bakıma bir normdur. Bu gri ve iki yönlü özellik, yasananın kanunlarının (i) bir "norm" mu yoksa (ii) normun uygulamasının yarattığı bir "olgu" (*Alm. sein*: -dir/-dır) mu olduğu sorununu da tartışmalı kılmaktadır. Fakat buna göre daha az tartışmalı olan şey şudur ki; bir anayasa hükmünün ne anlama geldiği açıklanırken, o hükmün normlar dünyasında somutlandığı bir kanunu dikkate almak mümkündür.¹¹

Bu söylediklerimiz, yargı için de söz konusu olmaktadır. Mesela bir yargı organının, bir kişiyi bir cezaya mahkûm ettiği bir karar, bir bakıma kanunun uygulamasıdır. Öte yandan, söz konusu karar, bir gereklilik (*Alm. sollen*: -meli/-malı) getirdiği için diğer bir bakıma normdur. Geçerliliğini bir başka normdan (örneğin yargıcın nasıl karar vermesi gerektiğini söyleyen ve bu kararın bağlayıcı olduğunu öngören bir normdan) alan bu karar, konu ettiği kişi yönünden bir "olması gereken" (örneğin para ödemesi veya doğrudan yahut belli bir hükmün açıklanmasının geri bırakıldığı sürede bazı eylemlerde bulunması durumunda hapse girmesi gerektiği kuralı) getirmektedir. Üstelik kendisine uyulmaması durumunda başka bir yaptırımın (örn. yargı kararını uygulamama suçu) beraberinde geldiği bu kararları "norm" olarak görmek durumundayız.¹²

¹⁰ Yürütmenin düzenleyici işlemleri ve birel işlemlerini, bundan ayırmak gerekebilir. Kelsen bu konuda gelgitli gibidir.

¹¹ Bunun bir zorunluluk olmadığını da kaydetmek gerekiyor. Özerk kavramlar öğretisi (*the doctrine of autonomous concept*) uyarınca Mahkeme, bu kavramları yorumunda dikkate alabilirse de bunda zorunlu değildir. Almanya'da buna "Anayasa Mahkemesinin usuli özerkliği" de denir. Bkz. Günther Zembach, *Verfahrensautonomie des Bundesverfassungsgerichts*, Carl Heymann Verlag, Köln, 1971.

¹² Kelsen, *General Theory of Law and State*, s. 144.

Hâl böyleyken norm kavramı, pekâlâ yargı kararlarını da içermektedir. Öte yandan, nasıl ki Anayasa'nın bir hükmünü o hükümle ilgili kanunlara da bakarak anlamaya çalışıyorsak; bir kanun hükmünü de o kanunla ilgili yargı kararlarına bakarak anlamamız mümkündür.

Burada, “konuyu saptırır sayılma” pahasına örnek vermem, işlevsel olabilir. Mesela Kemal Gözler, İnsan Hakları Hukuku kitabında Anayasa'daki hak öznelerinin kimler olduğu sorusuna yanıt ararken, Türk Medeni Kanunu'nda yer alan, ceninin hukuki durumuna ilişkin 28'inci maddesine bakarak çıkarım yapmaktadır.¹³ Bunda bir sorun yoktur.

İşte Kemal Gözler'in bu çıkarımı ne kadar sorunsuz ise; bir mahkemenin de bir kanun hükmünün anlamını, o hükmü uygulayan (hatta yaygın biçimde Anayasa'yı ihlal eden sonuçlar üretecek şekilde uygulayan) yargı kararlarından hareketle vermesi de o kadar sorunsuzdur.

IV. NORM-OLGU İKİLEMİ VE SİSTEMATİK YORUM YÖNTEMİ

Profesör Gözler'in birden fazla makalesinde ısrarla savunduğu şey, bir kanun hükmünün nasıl uygulandığını dikkate almanın, “olgudan norm türetmek” anlamına geldiğidir. Önceki başlıkta, yargı kararlarının da birer norm olduğunu ve bu bakımdan söz konusu kararları dikkate almanın, hukuk düzenindeki diğer normları dikkate almak anlamına geldiğini ileri sürerek buna karşı çıktım. Bu başlıkta ise savımı biraz daha ileri götürecek, bunun klasik yorum yöntemlerinin bir gereği olduğunu ileri süreceğim.¹⁴

¹³ Kemal Gözler, *İnsan Hakları Hukuku*, Ekin Yay., Bursa, 2017, s. 177-178. Gözler atıfta bulunmasa da temel haklar yönünden böylesi bir kategorileştirmeyi “temel hak sahipleri” perspektifiyle ilk kez doktora tezimde yapmıştım. Bkz. Tolga Şirin, *Türkiye’de Anayasa Şikâyeti (Bireysel Başvuru) İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Almanya Uygulaması ile Mukayeseli Bir İnceleme*, On İki Levha Yay., İstanbul, 2013. Sonradan izleyen çalışmalarında realist bir perspektifle ve içtihatla temellendirerek sürdürdüm. Bkz. Tolga Şirin, *Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Bireysel Başvuru Hakkı*, On İki Levha Yay., İstanbul, 2015; Tolga Şirin, *Bireysel Başvuru Usul Hukuku*, Avrupa Konseyi Yay, Ankara, 2018, s 14 vd.

¹⁴ Aslında Kelsenci bir perspektifle yaklaşacak olursak bir norma içkin çoklu olanaklardan birini seçme faaliyeti olarak yorum, tıpkı kanun koymak gibi, bir hukuk teorisi meselesi olmaktan çok bir hukuk politikası meselesidir. Fakat her yorumun mevcut

Bilindiği üzere, tarihsel hukuk ekolünün (özellikle Friedrich Carl von Savigny'nin) derinleştirdiği klasik yorum yöntemleri (i) lafzi yorum, (ii) tarihsel yorum, (iii) amaçsal yorum ve (iv) sistematik yorum biçimindedir.¹⁵

Bunlardan sistematik yorum, konumuz açısından özellikle önem taşımaktadır. Makalenin burasında söz konusu yorum yönteminin ne anlama geldiği konusunda kendi tanımımı ortaya koyabilirim. Fakat “konudan sapma riski”ne binaen, sistematik yorum kavramını, Kemal Gözler'den uzunca bir alıntı yaparak tanımlamanın daha yerinde olacağını düşünüyorum:

“Sistematik yorum yöntemi, tek tek hukuk kurallarının anlamlandırılmasından ziyade, tüm hukuk kurallarının tutarlı bir bütün oluşturacak şekilde yorumlanmasını önerir. Hukuk kurallarını birbirleriyle tutarlı hâle getiren bağıntılar üzerinde durur. Yorumlanacak hükmü bir hükmün içinde bulunduğu sistemin üst normlarını da dikkate alarak yorumlar. Yorumlanacak bir hükmün anlamı, o hüküm ile ilgili bütün hükümler göz önüne alınarak tespit edilmelidir. (...) Sistematik yorum yönteminin altında şu Latince ilke yatar: “*Nemo aliquam partem recte intelligere potest antequam totum perlegit* (Kimse, bütünü okumadan, bir parçayı doğru olarak anlayamaz.)”¹⁶

Kemal Gözler, (yanlış anlamıyorsam) yaklaşık iki haftadır Anayasa Mahkemesi kararının neden yanlış olduğunu anlatırken, bizi, denetlenen

normlardan yeni bir norm yaratmak anlamına gelebileceğine ilişkin görüşü de göz ardı etmemek gerekir. Bkz. Rudolf von Jhering, *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*, Linde, Wien, 2009.

¹⁵ Almanya’da Häberle, karşılaştırmalı anayasa hukuku yorum yönteminin de yeni bir yorum biçimi olduğunu ileri sürmekte, onun bu savı yabana atılmayacak sayıda kişi tarafından kabul görmektedir. Bkz. Peter Häberle, “Grundrechtsgeltung und Grundrechtsinterpretation im Verfassungsstaat. Zugleich zur Rechtsvergleichung als ‘fünfter’ Auslegungsmethode”, *Juristenzeitung*, Vol. 44(20), 1989, s. 913-919. Yorum yöntemleri konusunda bkz. Frederich Müller, “Anayasa Hukuku Metodiği Taslağı”, in *Anayasa Hukukunun Çalışma Yöntemleri*, F. Sağlam (haz.), Korkut Kanadoğlu, O. Can ve F. Sağlam (çev.), Maltepe Üniversitesi Yay., İstanbul, 2009, s. 22-55.

¹⁶ Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, C. I, Ekin Yay., İstanbul, 2011, s. 234. Vurgular bana aittir.

kanun hükmünün sadece o kanun hükmündeki sözcüklere bakılarak anlamlandırılması gerektiğine ikna etmeye çalışıyor. Fakat yine Kemal Gözler'in yukarıdaki alıntısında da ifade ettiği üzere, kimse hukuk düzeninin bütününe okumadan (yani sadece denetime konu olan hükmü okuyarak) bir parçayı (yani o kanun hükmündeki cümleyi) anlayamaz. Bu iki çıkarım arasında bir tutarsızlık vardır.

Bana öyle geliyor ki; bir düzenlemenin ne anlama geldiğini, o düzenlemeyle ilgili yargı kararlarına gözümüzü yumarak söylemek zorunda olduğumuzu savunmak, sistematik yorum yöntemini yok saymak anlamına gelir. Anayasa Mahkemesi, her biri birer norm olan yargı kararlarını dikkate alarak sistematik yorum yapmaktadır. Bunda bir sorun olmasa gerekir.

Bana kalırsa bu etkinlik, sadece ulusal düzeyde de yapılmamaktadır. Anayasa Mahkemesi bunu bazen (yine birer norm olan) İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin ilgili hükümle ilişkili değerlendirmelerde bulunduğu kararlarını da dikkate alarak yapmaktadır.¹⁷ Mahkemenin bu etkinliği, sistematik yorumun bir türü olan “uluslararası sisteme uygun yorum”dur.¹⁸

Ben bunda da bir sorun olmadığı kanaatindeyim. Hatta aksi bir yaklaşımda ısrarın, sadece teorik bir tartışma anlamına gelmediğini, bilakis Anayasa Mahkemesinin etkili bir hukuk yolu olmaktan çıkarma riskini beraberinde getirdiğini ileri sürüyorum. Dahası, Kemal Gözler'in (OHÂL KHK'ları ile ilgili olarak ve Türkiye'de az bilinse de Kelsen'in yaklaşımıyla¹⁹ da mutlak bir uyum içinde olmayan) önceki bazı teorik

¹⁷ Çoğu kez bu çıkarım, İHAM içtihadı bireysel başvuru kararlarına uyarlandıktan sonra gerçekleşmektedir. Örn. bkz. AYM, E: 2021/48, K: 2022/7, 26.01.2022. Fakat doğrudan dikkate alınan söz konusu olduğu kararlar da vardır. Mesela bkz. AYM, E: 2014/101, K: 2017/142, 28.09.2017, § 50 vd.

¹⁸ Bu kavram uluslararası hukuka uygun yorum (*völkerrechtskonforme Auslegung*) veya uluslararası hukukla dost yorum (*völkerrechtsfreundliche Auslegung*) gibi isimler de alabilmektedir. Bunun nüanslı biçimi de “uluslararası hukuk odaklı yorum” (*völkerrechts orientierte Auslegung*) olmaktadır. Örnekler ve literatür için bkz. Alexander Proelß, “Der Grundsatz der völkerrechtsfreundlichen Auslegung im Lichte der Rechtsprechung des BVerfG”, in H. Rensen ve S. Brink (Hrsg.), *Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, De Gruyter, Berlin, 2009, s. 553 vd.

¹⁹ Hans Kelsen'e göre anayasa mahkemesine yalnızca kanunları inceleme yetkisi verilmişse ve hükümet, anayasaya göre, sadece kanunla düzenlenebilecek bir konuyu

çıkarımlarının²⁰ Türkiye pratiğinde yüz binlerce kişiye etki edecek sonuçları²¹ da hesaba katıldığında bu savımın altını kalınca çizme gereği duyuyorum. Ulusal ve uluslararası sistematik yorum hukuka uygun, meşru ve gereklidir.

V. DİĞER YORUM YÖNTEMLERİ YÖNÜNDEN YANIT BEKLEYEN SORULAR

Konunun bir de diğer yorum yöntemleriyle ilgili bir yönü bulunmaktadır. Burada soru şudur: Acaba, Kemal Gözler'in "olgu" saydığı şeyleri dikkate almamak, tarihsel ve amaçsal yorum yöntemlerini de bir ölçüde açığa düşürmez mi?

Örneğin bir kanun hükmünün nasıl ortaya konulduğuna ilişkin meclis görüşme tutanakları olgusalılık taşıyor iseler, bu tutanakları dikkate alarak yapılacak anlam verme faaliyetleri (yani genetik yorum) hukuka aykırı mıdır? Bence değildir. Tarihsel yorum, belki bağımsız bir yorum yöntemi sayılmaz ama bir düzenlemenin ne anlama geldiğini ifade ederken, bu destekleyici yorum yöntemine başvurmakta bir sorun olmasa gerekir.

Yine örneğin bir kuralın "anlam ve amaçları"nın saptanması için, kural koyucunun pratik aklını (niyetlerini) veya kuralın kural koyucudan bağımsız nesnel işlevlerini hesaba katmak veya daha somut söylersek maddenin gerekçesine, yargı kararlarına, yargı kararlarındaki gelişime, idari uygulamalara ve öğretideki görüşlere başvurmadan, "olgudan norm türetiyorum" diyerek vazgeçmek gerekmez mi? Yanıtım yine hayır. Sözel ve

anayasallık denetiminden kaçınmak için kararname ile düzenlemiş olursa bu düzenlemenin anayasallık denetimine tabi tutulması gerekir. AYM'nin 2016 yılından önceki içtihadına yansıyan bu net görüş için bkz. Hans Kelsen, "Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit", in Hans R. Klecatsky, R. Marcic, ve H. Schambeck (Hrsg.), *Die Wiener rechtstheoretische Schule. Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross*, Vol. II, Verlag Österreich, Wien, 2010, s. 1508-1509. Kelsen, söz konusu çalışmasında olağanüstü hâl kararnamelerinin denetiminin önemini, bu dönemlerde anayasaya aykırılığının yaygınlığına da dikkat çekerek, özellikle vurgular.

²⁰ Bkz. Kemal Gözler, *Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukuki Rejimi*, Ekin Yay., Bursa, 2000, s. 212 vd.

²¹ AYM'nin kararı için bkz. AYM, E: 2016/167, K: 2016/160, 12.10.2016.

sistematik unsurlardan ayrı düşünölemeyecek amaçsal yorum, normlara anlam verme faaliyetinin vazgeçilmezlerinden biridir.

Benim bildiğim kadarıyla aslında sayın Kemal Gözler de bu yorum yöntemlerini yok saymamaktadır. Fakat HAGB kararına dönük eleştirilere baktığımızda savlarının yolu buraya çıkar gibidir. O kadar ki yazarın son makalelerinde gömülü olan sav, AYM’nin diğer yorum yöntemlerine kendisini bir ölçüde kapatıp esasen “lafzi yorum” yapabileceğidir. Acaba Profesör Gözler gerçekten bunu mu savunmaktadır? Eğer bunu savunmuyorsa, norm saymadığı faktörlerden hareketle yapılacak çıkarımların diğer üç yorum yönteminden birine asla girmedğini nasıl tutarlı biçimde temellendirebilir?

Öte yandan, bir an için AYM’nin sadece lafzi yorumla hareket edileceğini düşünsek dahi bunda bile “olgusal” yönler yok mudur? Örneğin kimse bir kanun hükmünde yer alan cümlelerdeki sözcüklerin ne anlama geldiğini, gaipden sesler duyarak veya kendisinden malum olmasına dayanarak söyleyemez. Yapacağımız işlerden biri, sözlüklere bakmak olabilir. Eğer yanlış anlamadıysam Kemal Gözler, bir kitabında sözlüklerin hukuksal bağlayıcılığının olmadığını savunuyordu.²² Demek ki sözlüklerde yazılanlar da hukuk normu gücünde değildir. Eğer kanun hükmüne lafzi yorum bağlamında anlam verme etkinliğimiz bile, hukuksal bağlayıcılığı olmayan ve hukuk normu sayılmayan bazı belirlemelerden hareketle oluyorsa, bağlayıcılığı olan ve Kelsenci anlamda norm niteliği taşıyan yargı kararlarından hareket etmek neden sorun teşkil etmektedir?

Bu soruyu daha da ileri götürebiliriz. Lafzi yorum sırasında, eğer bir sözlüğe bakmıyor ve fakat kendi Türkçe dil bilgimize dayanıyorsak, bu durumda, anadili Türkçe olanların belli kavramlara dönük mutabakatına dayanmış olmuyor muyuz? Bu dilsel mutabakat da (eğer ahlak normu

²² Kemal Gözler, *Hukuk Dilinin Öz Türkçeleşmesi Üzerine*, Ekin Yay., Bursa, 2021, s. 142.

sayılmayacaksa) bir olgudur. Şu hâlde bu, lafzi yorumda bile olgulardan kaçamadığımız anlamına gelmez mi?²³

Bana kalırsa Kemal Gözler, pozitivistlerin normun geçerliliğini açıklarken “olgudan norm türetilmeyeceğine” ilişkin “hukuk teorisi” ile ilişkili savlarını, AYM kararını çürütmek amacıyla, “hukuk politikası” alanında yer alan yorum teorisine teşmil ediyor. Oysa yine bana kalırsa “geçerlilik” sorunu ile “anlam” sorununun parametreleri farklıdır. Bu ikisini iç içe geçirmek, bazı tutarsızlıklara neden olmaktadır.

Sonuç itibarıyla bu ve buna benzer soruların, süregelen tartışmada dikate alınmasının bir zorunluluk olduğunu düşünüyorum. ve bu düşüncenin bir “saptırma” olmadığını yineliyorum.

²³ Kavramların zaman içinde değişen anlamaları onların tarihine odaklanmamızı zorunlu kıldığı gerçeği karşısında bu evleviyetle geçerlidir. Kavramlar, önemli dönüşüm süreçlerinden sonra şeklen aynı kalsalar da zihinlerde uyandırdıkları yönünden sürekli bir devinim içindedir. Yaşanan tarih ile yazılan tarih arasındaki diyalektiğe dayalı bu devinim, Almanya’da özel bir disiplinin oluşmasına yol açmıştır. Bu konuda bkz. Reinhart Koselleck, *Kavramlar Tarihi: Politik ve Sosyal Dilin Semantiği ve Pragmatigi Üzerine Araştırmalar*, A. Dirim (çev.), İletişim Yay., İstanbul, 2009. Anayasa sözcüğünün kavramsal tarihi için özellikle bkz. Ibid., 379 vd. Fazıl Sağlam da bu tartışmayla ilgili bir yazışmamızda, Frederich Müller’in “*norm alanındaki değişime dayalı norm değişimi*” (“*Normwandel aufgrund eines Wandels im Normbereich*”) belirlemesinden hareketle ileri sürdüğü “yapılandırılmış yöntem”i bu tartışmayla ilgili görmektedir. Sağlam’a göre: “Her biri ayrı bir temel hak ve özgürlüğün konusu olan ‘düşünce’, ‘bilim’, ‘sanat’, ‘dernek’, ‘siyasal parti’, ‘sendika’, ‘aile’ gibi kavramlar, nesnel yaşam ilişkilerinin birer kesiti olarak kendilerini düzenleyen kuralların maddi içeriğini oluşturmaktadır. Bu kuralların anlamı, düzenledikleri nesnel (maddi) alanın nitelik ve özellikleriyle belirlenir. Başka bir deyişle bir anayasa kuralının anlamı, sözel görünümünden çok, düzenlediği yaşam ilişkileri üzerinde somutlaşmakla ortaya çıkar. Bu yaşam ilişkilerinin sürekli değişime uğraması ve hızla gelişmesi, doğal olarak kuralın anlamına yansır. Bu bağlamda bir anayasa kuralı metninin, düzenlediği alandan bağımsız, kendine yeterli bir anlamından söz etmek doğru değildir.” (Fazıl Sağlam ile 01-02/10/2022 tarihli görüşmeler).

KAYNAKÇA

- Gözler, Kemal, “Anayasa Mahkemesinin HAGB Kararı Hakkında Üç Makale İçin Sunuş”, *Türk Anayasa Hukuku Sitesi*, <https://www.anayasa.gen.tr/hagb-sunus.htm> (Erişim tarihi: 01.10.2022).
- Gözler, Kemal, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, C. I, Ekin Yay., İstanbul, 2011.
- Gözler, Kemal, *Hukuk Dilinin Öz Türkçeleşmesi Üzerine*, Ekin Yay., Bursa, 2021.
- Gözler, Kemal, *İnsan Hakları Hukuku*, Ekin Yay., Bursa, 2017.
- Gözler, Kemal, *Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukuki Rejimi*, Ekin Yay., Bursa, 2000.
- Häberle, Peter, “Grundrechtsgeltung und Grundrechtsinterpretation im Verfassungsstaat. Zugleich zur Rechtsvergleichung als ‚fünfter‘, fünfter‘ Auslegungsmethode”, *Juristenzeitung*, Vol. 44(20), 1989.
- Kelsen, Hans, “Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit”, in Hans R. Klecatsky, R. Marcic, ve H. Schambeck (Hrsg.), *Die Wiener rechtstheoretische Schule. Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross*, Vol. II, Verlag Österreich, Wien, 2010.
- Kelsen, Hans, *General Theory of Law and State*, Harvard University Press, Cambridge, 1949.
- Kelsen, Hans, *Saf Hukuk Kuramı: Hukuk Kuramının Sorunlarına Giriş*, E. Uzun (Çev.), Nora Yay., İstanbul, 2016.
- Kelsen, Hans, *Wer soll Hüter der Verfassung sein?*, Walther Rothschild, Berlin, 1931.

- Koselleck, Reinhart, *Kavramlar Tarihi: Politik ve Sosyal Dilin Semantiği ve Pragmatiği Üzerine Araştırmalar*, A. Dirim (çev.), İletişim Yay., İstanbul, 2009.
- Kuhn, Thomas, *Bilimsel Devrimlerin Yapısı*, N. Kuyaş (çev.), Kırmızı Yay., İstanbul, 2018.
- Lakatos, Imre, *Bilimsel Araştırma Programlarının Metodolojisi*, D. Uygun, (çev.), Alfa Yay., İstanbul, 2014.
- Locke, John, *The Second Treatise of Government*, The Liberal Arts Press, Massachusetts, 1952.
- Locke, John, *Yönetim Üzerine İkinci İnceleme*, F. Bakırcı (çev.), Serbest Kitaplar, Ankara, 2021.
- Loewenstein, Karl, *Verfassungslehre*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1975.
- Montesquieu, *Kanunların Ruhu Üzerine*, B. Günen (çev.), Türkiye İş Bankası Yay., İstanbul, 2019.
- Müller, Frederich Müller, “Anayasa Hukuku Metodiği Taslağı”, in *Anayasa Hukukunun Çalışma Yöntemleri*, F. Sağlam (haz.), Korkut Kanadoğlu, O. Can ve F. Sağlam (çev.), Maltepe Üniversitesi Yay., İstanbul, 2009.
- Popper, Karl R., *Bilimsel Araştırmanın Mantığı*, İ. Aka ve İ. Turan (çev.), Yapı Kredi Yay., İstanbul, 2008.
- Proelß, Alexander, “Der Grundsatz der völkerrechtsfreundlichen Auslegung im Lichte der Rechtsprechung des BVerfG”, in H. Rensen ve S. Brink (Hrsg.), *Linien der Rechtssprechung des Bundesverfassungsgerichts*, De Gruyter, Berlin, 2009.
- Şirin, Tolga, “Yasama İhmali Yoluyla Anayasaya Aykırılık: Kemal Gözler’in Yazısı Vesilesiyle Bir Değerlendirme”, *Tolga Şirin Blog*, https://www.tolgasirin.com/post/yasama_ihmalleri (Erişim tarihi: 01.10.2022).

- Şirin, Tolga, *Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Bireysel Başvuru Hakkı*, On İki Levha Yay., İstanbul, 2015.
- Şirin, Tolga, *Bireysel Başvuru Usul Hukuku*, Avrupa Konseyi Yay, Ankara, 2018.
- Şirin, Tolga, *Türkiye’de Anayasa Şikâyeti (Bireysel Başvuru) İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Almanya Uygulaması ile Mukayeseli Bir İnceleme*, On İki Levha Yay., İstanbul, 2013.
- Von Jhering, Rudolf, *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*, Linde, Wien, 2009.
- Zembsch, Günther, *Verfahrensautonomie des Bundesverfassungsgerichts*, Carl Heymann Verlag, Köln, 1971.
- AYM, E: 2014/101, K: 2017/142, 28.09.2017.
- AYM, E: 2016/167, K: 2016/160, 12.10.2016.
- AYM, E: 2021/48, K: 2022/7, 26.01.2022.