

İKİ BENZEMEZ?

Güncel Anayasa Yorumu ve Mecelle-i Ahkâm-i Adliye

Cem Tecimer*

“Nitekim muasır medeniyetle Mecelle ahkâmı şüphe yok ki kabil-i telif değildir.”¹ (Mahmut Esat [Bozkurt], 1926)

“Mecelle’nin küllî kaideleri her devir ve zamanda hayata, hukukî hâdiselere tatbiki kabil, felsefî ve dinamik hukuk kaideleridir[.]”² (A. Refik Gür, 1957)

“Mecelle’deki ‘*Ezmanın tagayyürü ile ahkâmın tagayyürü inkâr olunamaz*’ (m.39) kuralı da zamanla hükümlerin değişeceğine işaret etmektedir.”³ (Anayasa Mahkemesi karşı oyundan, 2017)

Ahmet Cevdet Paşa (1822-1895) başkanlığında toplanan bir komisyon tarafından birkaç seneye yayılan bir süreç sonucunda hazırlanan⁴ *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye*,⁵ esasen bugün

* Harvard Hukuk Fakültesi’nde doktora öğrencisi.

¹ *Türk Kanun-i Medenisi*, İstanbul, Sühûlet Kütüphanesi: Ahmed Kâmil Matbaası, 1926, s. 7 (Adliye Vekili Mahmut Esat’ın [Bozkurt] hazırladığı esbâb-ı mucibe layihâsından). Orijinal metin—muhtemelen hatalı basımdan kaynaklanan yanlış ile—şudur: “Nitekim muasır medeniyetle Mecelle ahkâmı ile [sic] şüphe yok ki: kabil-i telif değildir.” *Ibid*.

² A. Refik Gür, *Hukuk Tarihi ve Tefekkürü Bakımından Mecelle*, İstanbul, Çeltüt Matbaası, 1957, s. 99.

³ AYM, E.2017/85, K.2017/64, 15/03/2017, Zühtü Arslan, Engin Yıldırım, Celal Mümtaz Akıncı, M. Emin Kuz, Recai Akyel ve Yusuf Şevki Hakyemez’in karşı oyu, §11.

⁴ Metnin hazırlanması ve genel olarak tarihçesi bu çalışmanın kapsamını aşıyor. Hazırlık çalışmaları ve tarihî seyir hakkında açıklamalar için meselâ bkz. Ebülulâ Mardin, *Medenî Hukuk Cephesinden Ahmet Cevdet Paşa*, İstanbul, Cumhuriyet Matbaası, 1946; Osman Öztürk, *Osmanlı Hukuk Tarihinde Mecelle*, İstanbul, İslami İlimler Araştırma Vakfı Neşriyatı, 1973, s. 17-32; Abdullah Demir, *Mecelle*

medeni hukuk olarak anılan hukuk sahasının bazı meselelerini tanzim eden, bir kısmına ise hiç temas etmeyen⁶ bir Osmanlı hukuk metnidir. Erken Cumhuriyet döneminde kısa bir süre yürürlükte kaldıysa da 1926 senesinde İsviçre Medeni Kanunu'nun bazı küçük farklarla iktibas edilmesi üzerine yürürlükten kaldırılmıştır.⁷ Mecelle, gerek özel hukuka ilişkin ve gerekse de mülga Osmanlı hukukuna ait bir metin olmasına rağmen, yakın tarihli anayasa hukuku eserlerinde ve güncel literatürde kimi zaman zikrediliyor.⁸ Hatta Anayasa Mahkemesi (bilhassa Mahkeme'nin bazı üyeleri) kararlarında nadiren de olsa Mecelle'ye atıfta bulunuyor.⁹ Bu kısa yazıda, özellikle Anayasa Mahkemesi'nin Mecelle atıflarının güncel anayasa yorumu bakımından görünümünü, bu atıfların meşruluğunu ve nihayet

ve *Küllî Kaideler*, İstanbul, Işık Akademi Yayınları, 2011, s. 227-232; Ahmet Kanyılmaz, Enes Uyar ve Mehmet Yaser Antep, *Mecelle ve Karşılaştırmalı Kavaid-i Külliye*, İstanbul, Aristo Yayınevi Yayınları, 2018, s. 40-44; Yasin Kurban, *Mecelle ve Günümüz Hukuku*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2020, s. 21-32.

⁵ Bundan sonra *Mecelle* olarak anılacaktır.

⁶ Mecelle'nin medeni hukukun her dalına temas etmediği, Türk Kanun-i Medenîsinin Mahmut Esat (Bozkurt) tarafından kaleme alınan esbâb-ı mucibe layihasında da zikrediliyordu: "Halihazırda Türkiye Cumhuriyetinin müdevven bir kanunu medenisi yoktur. Yalnız akitlerin küçük bir kısmına temas edebilen Mecelle vardır." Nakleden Gür, *op. cit.*, s. 83.

⁷ Mecelle'yi resmen ilga eden, 1926 senesinde yürürlüğe giren, 864 numaralı Kanun-i Medenînin Suret-i Meriyet ve Şekl-i Tatbiki Hakkında Kanun'un 43. maddesidir: "Kanunu medeniye, borçlar kanununa ve bu tatbikat kanununa muhalif olan hükümler ile mecelle mülğadır."

⁸ Meselâ bkz. Hüseyin Nail Kubalı, *Esas Teşkilât Hukuku Dersleri*, İstanbul, Sıralar Matbaası, 1959, s. 31; Bertil Emrah Oder, *Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri*, İstanbul, Beta, 2010, s. 19, 267; Erdoğan Teziç, *Anayasa Hukuku*, İstanbul, Beta, Tıpkı 21. baskı, 2017, s. 471; Kemal Gözler, *Hukuka Giriş*, Bursa, Ekin Yayınevi, 5. baskı, 2018, s. 319 vd.

⁹ Meselâ kısa bir karar taraması, Anayasa Mahkemesi'nin norm denetimi kararlarından en az sekizinde Mecelle ibaresinin geçtiğini göstermektedir. Bkz. "T.C. Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası: Norm Denetimi Kararları," *Anayasa Mahkemesi*, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Ara?KelimeAra%5B%5D=Mecele> (erişim tarihi: 8 Nisan 2023). Aynı tarama, bireysel başvuru kararlarından dördünde Mecelle ibaresinin geçtiğini göstermektedir. Bkz. T.C. Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası: Bireysel Başvuru Kararları," *Anayasa Mahkemesi*, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Ara?KelimeAra%5B%5D=Mecelle> (erişim tarihi: 8 Nisan 2023).

Mecelle'nin anayasa yorumundaki değerini tartışmaya açmak istiyorum. Böylece, kimi zaman bilhassa eskiye duyulan nostaljinin bir tezahürü olarak abartılı övgülere konu olan, kimi zaman da yine eskiye ait olduğu gerekçesi ile değersiz görülen ve yerilen, yani hakkındaki tartışmaların ifrat ve tefrit arasında gidip geldiği¹⁰ Mecelle'ye dair akademik bakış açıları geliştirilmesine bir nebze de olsa katkıda bulunmayı hedefliyorum.¹¹

Mecelle'nin bugünkü anayasa hukuku literatürü ve muhakemesi bakımından değeri, metnin daha çok iki kısmı ile alakalıdır. Mecelle'nin 2 ilâ 100'üncü maddeleri, hukuk yorumuna ilişkin birtakım genel ilkeler, eski ve orijinal tabirle bazı kavaid-i külliye vaz etmiştir.¹² Akademik literatürün ve Anayasa Mahkemesi'nin Mecelle referansları daha çok bu noktada toplanmaktadır.¹³ Genel ilkelere ilaveten, Mecelle'nin on altıncı kitabı yargılamaya ilişkin olup (Kitâb'ül Kazâ), hâkimlerde bulunması gerekli vasıflar başta olmak üzere yargılama hukukuna dair birtakım prensipleri derlemiştir.¹⁴ Mecelle'ye yapılan atıfların toplandığı ikinci nokta da işte yargılama hukukuna da-

¹⁰ Aynı yönde bkz. Cengiz İlhan, *Günüümüz Türkçesiyle Mecelle*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2011, s. 8: "Mecelle, Türk hukukçuları tarafından çoğu zaman ifrat-tefrit oluşturacak şekilde nitelendirmelere-değerlendirmelere konu edilmiştir." (Yusuf Karakoç'un Sunuşundan). Benzer bir görüş için bkz. Gür, *op. cit.*, s. 83.

¹¹ İslam hukukunun güncel hukuk için bilhassa metodolojik değeri ve bu bakımdan yol göstericiliğine dair benzer bir akademik bakış açısı için genel olarak bkz. Kemal Gözler, *Fıkıh-Hukuk İlişkisi Üzerine*, Bursa, Ekin Yayınevi, 2019.

¹² Bkz. *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye*, İstanbul, Matbaa-i Osmaniye, 1300 [1884], s. 22-38. Mecelle metnine yapılan atıflar bu resmî versiyonadır.

¹³ Anayasa Mahkemesi kararları için meselâ bkz. AYM, E.2017/85, K.2017/64, 15/03/2017, Zühtü Arslan, Engin Yıldırım, Celal Mümtaz Akıncı, M. Emin Kuz, Recai Akyel ve Yusuf Şevki Hakyemez'in karşı oyu, §11; AYM, E.2021/98, K.2022/9, 26/01/2022, Zühtü Arslan'ın karşı oyu, §12. Literatür için meselâ bkz. Kemal Gözler, "Türk Anayasa Hukukunda Teamül Olabilir Mi?," *Türkiye Günü*, Sayı 56, 1999, s. 37; Oder, *Yorum Yöntemleri*, *op. cit.*, s. 19, 267; Kemal Gözler, "Yorum İlkeleri," içinde *Kamu Hukukçuları Platformu: Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması*, s. 28 (Ozan Ergül ed., Ankara, Türkiye Barolar Birliği, 2012); Gözler, *Hukuka Giriş*, *op. cit.*, s. 319 vd.; Kemal Gözler, "İstanbul 14. Ceza Mahkemesi Anayasa Mahkemesine Karşı," *Anayasa.gen.tr*, 15 Ekim 2020, https://www.anayasa.gen.tr/berberoglu-2.htm#_ftnref13 (erişim tarihi: 8 Nisan 2023).

¹⁴ *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye*, *op. cit.*, s. 636-656.

ir bu prensiplerdir.¹⁵ Bazı atıfların ise bu iki sahanın da dışında kaldığı görülmektedir.¹⁶

I. Mecelle'nin Anayasa Yorumunda Kullanılması: Bir İçtihat Taraması

Anayasa Mahkemesi'nin kararlar bilgi bankasının arama motorunda “Mecelle” kelimesini taratınca sekiz norm denetimi, dört bireysel başvuru kararına ulaşıyor.¹⁷ Mecelle'ye atıfta bulunan Anayasa Mahkemesi karar evreninin sadece bunlardan müteşekkil olduğunu iddia etmemekle beraber,¹⁸ anılan on iki

¹⁵ Anayasa Mahkemesi kararlarına örnek olarak bkz. *Mustafa Kılıç* [GK], B. No: 2019/35236, 18/05/2022, Zühtü Arslan'ın farklı gerekçe ve karşı oyu, §9. Literatür için meselâ bkz. Teziç, *op. cit.*, s. 471.

¹⁶ Meselâ bkz. E.1966/19, K.1968/25, 19/06/1968 (Mecelle'nin zilyetlik kurumuna önem verdiğine ilişkin açıklamalar).

¹⁷ Tarama en son 8 Nisan 2023 tarihinde yapılmıştır. Tarama sonucunda elde edilen kararların tabularize bir sunumu için aşağıda s. 28-29'daki “Tablo: Anayasa Mahkemesi'nin Mecelle atıfları”na müracaat ediniz.

¹⁸ Bu iddiada bulunmamamın çeşitli sebepleri var. Evvelâ, Mahkeme'nin bilgi bankasının ne derece kapsamlı olduğu ve arama motorunun sıhhati tartışmaya açıktır. Zira Mahkeme, bilhassa faaliyete geçtiği ilk senelerde kararlarını zamanında ve tutarlı olarak yayınlama pratiğinden yoksundu. Bu yönde meselâ bkz. Silvia von Steinsdorff, Ece Göztepe, Maria Abad Andrade ve Felix Petersen, *The Constitutional Court of Turkey: Between Legal and Political Reasoning*, Baden-Baden, Nomos, 2022, s. 90-91. Ayrıca bkz. Maria Abad Andrade, *Verfassungsgerichtliche Entscheidungsfindung und ihre Folgen: Das Türkische Verfassungsgericht zwischen Mehrheitslogik und Konsensverfahren*, Baden-Baden, Nomos, 2020, s. 132-149. Karar evreninin belirsizliğine bir başka sebep de Mecelle'ye yapıldığı düşünülebilecek olan “gölge atıflar”dır. Bundan kasıt, Mecelle'nin adını zikretmeden ondan bahseden, meselâ onun bir hükmüne referans verip kaynağını zikretmeyen kararların bulunma ihtimalidir. Buna literatürden bir örnek için meselâ bkz. Cem Eroğul, *Anatüzeğe Giriş*, Ankara, İmaj Yayınları, 15. baskı, 2016, s. 254-255: “17 Şubat 1926'da, yurttaşların kişilikten kalıta dek, yaşamsal önemdeki bütün özel ilişkilerini düzenleyen, bu bakımdan da İslam tüzesinden en kesin kopuşu gerçekleştiren Medeni Kanun kabul edildi.” Üzerinde çalıştığım örneklem, şayet bu kabilden Mecelle'ye dolaylı olarak atıfta bulunan kararlar varsa, bunları hariç tutuyor. Ki bu tarz gölge atıflardan biri Mahkeme'nin şu kararıdır: AYM, E.1966/7, K.1966/46, 19/12/1966, Şemsettin Akçoğlu, Fazıl Uluocak, Recai Seçkin ve Lütfi Ömerbaş'ın karşı oyu, §1: “eskilerin dedikleri üzere, zaruretlerin miktarlarıncı takdir olunacağı kuralı uyarınca uzun sürecek zorunluk durumlarının hakkın kötüye kullanılmasını hukukça korunamayacağı kuralına göre gözönünde tutulamayacağı ve bu türlü durumlarda sürenin geçmiş sayılacağı, hakkın kötüye kullanılması yasağının kamu hukuku ve özellikle Anayasa Hukuku alanında da uygulanmasının gerektiği hatırlatılarak bu görüş, çürütülebilir.” Burada, kaynağı ve adı zikredilmese de Mecelle'nin 20.

kararın incelenmesinin, Mecelle'nin güncel anayasa yorumunda nasıl kullanıldığına ilişkin mühim veriler sunacağına inanıyorum. Anılan sekiz norm denetimi kararının dördü, farklı esas ve karar numaralarına sahip olmakla beraber, aynı itiraz davası ile alakalı ve içerik olarak da birbirinin aynı olduğundan bunları toplu hâlde bir karar olarak incelemek mümkündür.¹⁹ Buna ilaveten, bazı kararlardaki Mecelle atıflarının hiçbir şekilde esasa dair ve etkili olmadığı görülmektedir. Meselâ bir karardaki Mecelle atfı, Anayasa Mahkemesi'nin davaya konu olan iddianameyi alıntılanması ve bu iddianamenin de başvuru—başka konular arasında—Mecelle'den de bahsettiği bir yazısına yer vermesi sebebiyledir.²⁰ Bu kararı örnekleme almadım. Benzer şekilde, Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru kararlarının birinde geçen Mecelle atfı, kararda alıntılanan Yargıtay kararında Mecelle'ye atıfta bulunulması sebebiyledir ve anılan atfın, somut bireysel başvuruyu çözmede anlamlı bir etkisi yoktur.²¹ Bundan dolayı, bu bireysel başvuru kararını da

maddesine atfı vardır. Nakleden Oder, *Yorum Yöntemleri*, *op. cit.*, 267-268. Bu kararı bu çalışmada incelemedim.

- ¹⁹ Bu dört kararın künyeleri şöyledir: (1) AYM, E.1990/7, K.1990/11, 21/06/1990; (2) AYM, E.1990/8, K.1990/12, 21/06/1990; (3) AYM, E.1990/9, K.1990/13, 21/06/1990; (4) AYM, E.1990/10, K.1990/14, 21/06/1990. Bu durum, yukarıda dipnot 18'de belirtilen sayım probleminin başka bir tezahürü olarak addedilebilir.
- ²⁰ Bkz. *Ali Bulaç* [GK], B. No: 2017/6592, 03/05/2019. Somut olayda başvuru Ali Bulaç olup, iddianamenin alıntıldığı yazısında, siyasi otoritenin bazı bürokratları devlet kadrolarından tasfiye ederken yeterli derecede dikkatli davranmadığı, topyekûn tasfiyelere gittiği şeklinde eleştiriler dile getirmektedir. Anılan yazıda yazar, oldukça ilginç bir mukayese ile Mecelle ve bir Kur'an hükmünü karşılaştırmakta ve ikincisini üst norm telakki edip, Mecelle'nin hükmünü ihmal etme gibi bir yorumsal sonuç önermektedir: "Zannımca bu ceza Mecelle'nin 26. Maddesine, yani 'Zarar-ı âmîmi def' için zarar-ı hâss ihtiy[a]r olunur" hükmüne değil, İsrâ suresi 15. Ayetin hükmüne girer: 'Hiçbir suçlu bir başkasının suçunu üstlenmez.' Amir hükme göre suç da, ceza da bireyseldir." *Ibid.*, §29. Yazarın bu yorumu hem hukuk tekniği hem kurallar kademelenmesi bakımlarından tenkit edilebilir. Bu yazının konusunu aştığından, bu detaylara değinmiyorum.
- ²¹ Bkz. *Emine Görgülü*, B. No: 2014/5871, 06/07/2017, §24. Kararın 24. paragrafında alıntılanan Yargıtay Kararı, Mecelle'nin 1739. maddesini zikretmiştir. Bu maddenin ilgili kısmı şöyledir: "Mücerret vakfiye ile amel olunmaz." *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye*, *op. cit.*, s. 613. Yargıtay önündeki davaya konu somut olayda, vakfedenin alt soyundan olduğu tespit edilen başvurucuya tevliyet hakkı, salt vakfiyenin metni ile amel edilemeyeceği de göz önüne alınarak verilmemiş,

örneklemimin dışında tuttum. Son kertede incelediğim karar adedi bu sebeplerle yedi oldu.

Bütün bu örnekleme, güncelden geçmişe ters kronolojik bir sıra ile incelemek gerekirse, **kararlardan ilki** olan *Mustafa Kılıç* bireysel başvuru kararına bakılmalıdır.²² Karara konu olan somut hadisede başvuru Kılıç'a, 15 Temmuz 2016 darbe teşebbüsü sonrası, hakkında yürütülen cezai soruşturmaya ilaveten, Yargıtay üyeliği görevinden çekilmeye davet disiplin cezası verilmiş ve Kılıç'ın bu cezaya yaptığı itiraz, Yargıtay Başkanlar Kurulu tarafından reddedilmiştir.²³ Yargıtay mevzuatında, Başkanlar Kurulu kararlarının kesin ve başka bir denetime tâbi olmadığı düzenlenmiş ve somut olayda Kılıç, disiplin cezasına itirazının reddine ilişkin kararı artık dava konusu edememiştir.²⁴ Anayasa Mahkemesi çoğunluğu, Başkanlar Kurulu'nun anılan disiplin cezasını veren kararının aslında yargı kararı olduğuna ve Kurul'un yargı mercii olarak hareket ettiğine hükmetmiştir.²⁵ Farklı gerekçe ve karşı oyunda ise Başkan Zühtü Arslan bu görüşe katılmamış ve anılan işlemin yargısal değil, idari nitelikte olduğunu ifade etmiştir.²⁶ Arslan'a göre, hâkimler, her ne kadar diğer memurlar gibi Anayasa'nın 129. maddesinde yer alan Anayasa ve kanuna sadakat borcu altında olsa da, hâkimlerin sadakat yükümlülüğünü alelade memurlarla eş tutmak, Anayasa'nın hâkimlerin bağımsızlığını düzenleyen pek çok hükmü karşısında doğru olmayacaktır.²⁷ İşte bu noktada, hâkimlerin sadakat mükellefiyetlerinin diğer memurlardan farklı olduğuna işaret etmek için Arslan, Avrupa İnsan Hakları

Anayasa Mahkemesi ise işin esasına girmeden, zaman bakımından yetkisizlik kararı vermiştir. *Emine Görgülü*, §54.

²² Bkz. *Mustafa Kılıç* [GK], B. No: 2019/35236, 18/05/2022.

²³ *Ibid.*, §25-31.

²⁴ *Ibid.*, §25-31.

²⁵ *Ibid.*, §77-78.

²⁶ *Ibid.*, Zühtü Arslan'ın farklı gerekçesi ve karşı oyu, §3.

²⁷ *Ibid.*, Zühtü Arslan'ın farklı gerekçesi ve karşı oyu, §7.

Mahkemesi içtihadı²⁸ ve Anayasa hükümlerine²⁹ ilaveten, Mecelle'den de delil getiriyor:

“Buna karşılık hâkim, ifa ettiği görev gereğince, memurlardan ve diğer kamu görevlilerinden farklı niteliklere sahiptir. (...) Mecelle'nin ‘*Hâkimin adabı*’ kısmında yer alan ‘*Hâkim beyn-el hasmeyn adl ile me'murdur*’ (m. 1799) hükmü de hâkimin davanın tarafları arasında adil ve tarafsız şekilde hükmetmekle görevli olduğunu ifade etmektedir.”³⁰

Arslan, buradan hareketle, idari işlem niteliğinde olduğunu tespit ettiği Yargıtay Başkanlar Kurulu'nun disiplin cezasına itirazın reddine ilişkin kararının yargısal denetime tabi olmasını, hukuk devleti ve idari işlemlerin yargı denetimine tabi olma gerekliliği karşısında anayasal açıdan mahzurlu buluyor.³¹ Özetle, Mecelle'nin hâkimlerin vasıflarını sıralayan ve görev tanımlarını yapan ilgili maddelerinden biri, hâkimlik görevinin adaletin gerçekleştirilmesi ile olan yakın irtibatı sebebiyle alelade memuriyetten farklı olduğu sonucunu pekiştirmek için adeta bir destek ölçü norm gibi kullanılmış oluyor.³²

Mecelle atfının geçtiği **ikinci en güncel karar** ise Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) olası kastı, temel ceza belirlendikten sonra ceza indiriminde göz önünde tutulması gereken bir unsur olarak düzenleyen 61. maddesinin ikinci fıkrasının Anayasa'ya uygun bulunduğu bir norm denetimi kararıdır.³³ Anılan fıkra, uygulamada, olası kast ve doğrudan kast ile işlenen neticesi sebebiyle ağırlaşan yaralama suçlarında aynı cezanın verilebilmesine sebebiyet vermektedir.³⁴ Bu sebeple, anılan TCK hük-

²⁸ *Ibid.*, Zühtü Arslan'ın farklı gerekçesi ve karşı oyu, §12-13.

²⁹ *Ibid.*, Zühtü Arslan'ın farklı gerekçesi ve karşı oyu, §10.

³⁰ *Ibid.*, Zühtü Arslan'ın farklı gerekçesi ve karşı oyu, §9.

³¹ *Ibid.*, Zühtü Arslan'ın farklı gerekçesi ve karşı oyu, §14-15.

³² Destek ölçü norm tasnifini, hukukun biçimsel mantığı karşısında tutarsız bulan eleştirel bir görüş için bkz. Kemal Gözler, “Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloğuna İhtiyaç Var mıdır?,” *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, Sayı 55(3), 2000, s. 97.

³³ AYM, E.2021/98, K.2022/9, 26/01/2022.

³⁴ *Ibid.*, Zühtü Arslan'ın karşı oyu, §3.

münün, ceza adaletini sağlayamadığı için Anayasa'ya aykırı olduğu iddia edilmiştir. Çoğunluk bu durumu kabul etmekle beraber, anılan muhtemel ceza adaletsizliğinin Yargıtay Ceza Kurulu'nun müstakar içtihadı ile ortadan kaldırıldığına ve dolayısıyla hükmün yargısal içtihatla beraber okunduğunda Anayasa'ya aykırı olmadığına karar vermiştir.³⁵ Açık lafzı ceza adaletsizliğine yol açan bir kanun hükmünün, içtihat yoluyla adeta düzeltilerek Anayasa'ya uygun hâle getirilmesine Başkan Zühtü Arslan, karşı oyunda itiraz etmiştir.³⁶ Geçmişte yaşanan benzer bir örneğe atıfta bulunan Arslan, Yargıtay içtihadı ile lafzına rağmen uygulamada Anayasa'ya uygun hâle getirilen bir kanun hükmünün yine de Mahkeme tarafından iptal edilmesine işaret etmiş,³⁷ bu görüşü desteklemek için ilaveten Mecelle'nin 14. maddesine atıfta bulunmuştur: “Mecelle'nin 14. Maddesine göre ‘*Mevrid-i nassda ictihâda mesâğ yokdur*’. Başka bir ifadeyle şayet hüküm açıkça yorum yaparak içtihad üretilemez.”³⁸

Özetle Arslan, kanun hükmünün açıkça Anayasa'ya aykırı bir adaletsizlik doğurduğu durumlarda, anılan adaletsizliğin yargı içtihadı yoluyla giderilmesine karşı çıkmakta ve hükmün iptalinin doğru çözüm olacağını savunmakta ve Mecelle'yi—başka hukuki argümanlarla beraber—bu savını desteklemek için kullanmaktadır. Şu hâlde, karşı oydaki Mecelle atfı, *in claris non fit interpretatio* kuralını uygulamaya sokarak yorum ihtilafını engelleyici bir fonksiyon görüyor. Bu yönüyle Mecelle'nin, açık hükmün bulunduğu hâlde yoruma başvurulamaya çağını belirten hükmü, yargıcı normun tamamlayıcısı olarak gören dinamik anayasa yorumuna karşı çıkan bir işleve de kavuşmuş oluyor.³⁹ Yine burada kullanıldığı şekliyle Mecelle, as-

³⁵ *Ibid.*, §14-15.

³⁶ *Ibid.*, Zühtü Arslan'ın karşı oyu, §9.

³⁷ *Ibid.*, Zühtü Arslan'ın karşı oyu, §10.

³⁸ *Ibid.*, Zühtü Arslan'ın karşı oyu, §12.

³⁹ Dinamik yorumun, hâkimi normun tamamlayıcısı olarak gördüğü ile alakalı olarak bkz. Oder, *Yorum Yöntemleri*, *op. cit.*, s. 234. Mecelle'nin mazbatasında da dinamik yorumun göz önüne alındığına dair işaretler vardır. Bir örneği zikret-

lında metinsel yorumun yarattığı adaletsizlikleri (yani olası kast ve kastla işlenen neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçlarına aynı cezanın verilebilmesi ihtimalini) teleolojik yorumla gidermek isteyen hamleleri bertaraf etmek ve bu yönüyle metinsel yorumu diğer yorum yöntemlerine öncelemek fonksiyonunu da ifa etmiş oluyor.⁴⁰

Üçüncü karar ise *Mohamed Kashet ve diğerleri* isimli bir bireysel başvuru kararıdır.⁴¹ Karara konu olan olayda, bildirim-siz olarak yurt içine döviz sokmaya teşebbüs eden—toplamda yedi kişi olan—başvurucu ve diğerlerine kabahat işledikleri gerekçesi ile idari para cezası verilmiştir.⁴² Türk Parasının Kıymetini Koruma Kanunu'nun 3. maddesi, teşebbüs hâlinde kabahate konu meblağın yarısı tutarında bir para cezası öngörse de, aynı olaya bu kanunla beraber uygulanan Kabahatler Kanunu'nun kabahatlerde iştiraki düzenleyen 14. maddesi, her bir şerike asıl fail kadar ceza verileceğini düzenlemiştir.⁴³ Anılan iki kanun hükmünün beraberce uygulanma mecburiyeti, somut olayda, ilgili makamlara bildirilmeden yurt içine sokulmaya teşebbüs edilen 630.000 dolar (o zamanki rayiçe 1.426.200 Türk

mekle yetinilebilir: ısmarlama sözleşmelerinden ısmarlayanın dönme hakkı olup olmadığı hususunda bu hakkı tanıyan İmam Azam'ın değil de, ısmarlama tarife uygunsu bu hakkı ısmarlayana bahşetmeyen İmam Ebu Yusuf'un görüşünün benimsenmesi, Mecelle mazbatasında değişen dünya koşulları, toplar, tüfekler yapan fabrikaların varlığına hatırlatma yapılarak meşrulaştırılmıştır: “Şimdi ise alemde pek çok kârgahlar yapılarak bunca toplar ve tüfenkler ve vapurlar mukavele ve sipariş ile yaptırılmalub istisnâ keyfiyeti mesalih-i cesime-i cariyeden olmasıyla mustasni'in akd-i istisnâi feshte muhayyer olması nice mesalih-i cesimeyi ihlal edeceğinden...” *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye, op. cit.*, s. 14-15.

⁴⁰ Somut olayda çoğunluğun anayasa yorumu, teleolojik indirgemeci olarak tarif edilebilir. Bu yorumda, “normun sözünden, normun ‘telos’u lehine saparak uyumsuzluk norm alanından başışık kılınır ve normda uyumsuzluktaki özel durum için bir istisna kuralı yaratılmış olur. Teleolojik indirgemedede, normdan sapılır, çünkü aksine uygulama adaletsiz, işlevsiz ya da anlamsız sonuçlar doğurmaktadır.” Oder, *Yorum Yöntemleri, op. cit.*, s. 269. Arslan ise karşı oyunda bu yöneme karşı çıkarak hükmün metinsel anlamının adaletsiz olduğunu ve bu adaletsizliğin, metnin açıklığı karşısında, yorum yoluyla giderilemeyeceğini ileri sürerek, kanun metninin iptalinden yana oy kullanmıştır. Bkz. AYM, E.2021/98, K.2022/9, 26/01/2022, Zühtü Arslan'ın karşı oyu, §16-19.

⁴¹ *Mohamed Kashet ve diğerleri* [GK], B. No: 2015/17659, 20/06/2019.

⁴² *Ibid.*, §1.

lirası) mukabilinde toplamda 5.006.183 liralık bir idari para cezasına yol açmıştır.⁴⁴ Yani idari para cezası, cezaya sebep olan meblağın kendisinin neredeyse dört katıdır.

Mahkeme çoğunluğu, anılan tutarın cezaya konu olan döviz tutarı karşısındaki aşırılığını ve dolayısıyla orantısızlığını mülkiyet hakkının ihlali olarak görmüşse de ihlalin idari para cezasını onayan yargı kararı sebebiyle oluştuğuna hükmetmiştir.⁴⁵ İhlal tespitine katılmakla beraber, ihlalin doğrudan anılan iki kanun hükmünün açık lafzından kaynaklandığını düşünen Arslan ise, karşı oyunda bu duruma dikkat çekerek, ihlalin giderilmesinin, ilgili kanun metinlerinin yasama organı tarafından gözden geçirilmesine bağlı olduğunu ifade etmiştir.⁴⁶ İhlalin doğrudan mevzuatın açık anlamından kaynaklandığı fikrini desteklemek üzere Mecelle'nin 14. maddesine atıfta bulunan Arslan, şöyle görüş bildirmiştir:

Daha açık ifadeyle ihlal, 5326 sayılı Kanun'un 14. maddesi ile birlikte uygulanması zorunlu olan 1567 sayılı Kanun'un 3. maddesinin sonucu olarak ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla ihlalin kaynağı kurallın yorumlanması değil, bizzat kendisidir. Kanunu uygulamakla görevli yargı mercilerinin yorum yoluyla kanunların açık hükümlerini dikkate almamaları söz konusu olamaz. Yorum kuralların açık ve farklı şekilde anlaşılmaya müsait olduklarında geçerlidir. Mecelle'nin 14. maddesinde ifade edildiği gibi “*Mevrid-*

⁴³ *Ibid.*, Yusuf Şevki Hakyemez'in karşı oyu, §4, 6.

⁴⁴ *Ibid.*, Yusuf Şevki Hakyemez'in karşı oyu, §2.

⁴⁵ *Ibid.*, §72.

⁴⁶ *Ibid.*, Zühtü Arslan'ın karşı oyu, §6. Somut olayda çoğunluğun ihlal olgusunu kanun metninde değil yargısal uygulamada araması, kanun metninden kaynaklanan ihlal durumlarında yasama organına bildirimde bulunulması ve bunun siyasi organlarca Mahkeme üzerinde bir baskı aracına dönüşmesi ile de bağlantılı olabilir. Zira ihlalin sebebinin kanunun yargısal uygulamasında değil *per se* kanunda bulunduğu hâllerde, yasama organına çağrıda bulunma kararı verilmesi ihtimali gündeme gelmekte ve bu da “Anayasa Mahkemesi ile yasama organı arasındaki iş birliği ilişkisinin ya da başka bir deyişle, anayasa mahkemelerinin yasama organı karşısındaki icra gücünün sınırını göster”mektedir. Ece Göztepe, “Bireysel Başvuru Kararlarının İcrası: Anayasa Mahkemesi'nin Doğrudan ve Dolaylı ‘Çağrı Kararları’ Üzerine Bir İnceleme,” *Anayasa Yargısı*, Sayı 38(1), 2021, s. 53

i nasda içtihadada mesâğ yoktur". Başka bir ifadeyle, hükmün açık olduğu durumlarda yoruma ve içtihadada yer yoktur.⁴⁷

Bu alıntıda Mecelle'nin ilgili maddesi, yorum ihtilafını engelleyici bir işlev görmekte, adaletsiz ve hatta hukuka aykırı neticelere yol açsa da, açık kanun metninden çıkan yorumun, başka yorum yöntemleriyle aşılamayacağını ileri sürmekte yorumcuya bir kanıtlama aracı olarak yardım etmektedir.⁴⁸ Arslan'ın Mecelle'nin 14. maddesine müracaatı, yukarıda incelenen ikinci karardaki kullanım ile büyük ölçüde benzerlik arz etmektedir.⁴⁹

Dördüncü karar, itiraz yoluyla Mahkeme önüne gelen bir norm denetimi kararıdır.⁵⁰ Ceza Muhakemesi Kanunu'nun arbuluculuğa ilişkin bir normunun denetlenmesi talebiyle 2017 senesinde yapılan itiraz yollu başvuruda Mahkeme, aynı normu 2009 senesinde bir iptal davası yoluyla denetlediğini ve hükmü Anayasa'ya uygun bulduğunu tespit etmiştir.⁵¹ Bu durumda Mahkeme, Anayasa'nın 152. maddesinin dördüncü fıkrasının yorumunda bir seçime gitmek zorunda kalmıştır: "Anayasa Mahkemesinin işin esasına girerek verdiği red kararının Resmî Gazetede yayımlanmasından sonra on yıl geçmedikçe aynı kanun hükmünün Anayasaya aykırılığı iddiasıyla tekrar başvuru-

⁴⁷ *Mohamed Kashet ve diğerleri* [GK], B. No: 2015/17659, 20/06/2019, Zühtü Arslan'ın karşı oyu, §5.

⁴⁸ Aslında Arslan'ın yoruma yer olmadığına ilişkin tespiti, hukuk metodolojisi bakımından teknik anlamda doğru bir tabir olmayabilir. Zira her norm, anlamının tespit edilebilmesi için, yoruma muhtaçtır. Yorumun gerekliliği başka, bir yorumun sonucunda çıkan anlamın diğer yorumlar sonucunda çıkan anlamlara göre daha doğru veya kabul edilebilir olması başka şeylerdir. Benzer yönde bkz. Gözler, "Yorum İlkeleri," *op. cit.*, s. 17-18. Ayrıca bkz. Bertil Emrah Oder, "Anayasa Yargısında Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu: Düzenleme Biçimleri, Kanıtlama ve Somutlaştırma Sorunları – 2001 Anayasa Değişiklikleri Sonrasına İlişkin Gözlemler," içinde *Kamu Hukukçuları Platformu: Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması*, s. 122 (Ozan Ergül ed., Ankara, Türkiye Barolar Birliği, 2012).

⁴⁹ Bkz. yukarıda dipnot 38 ve alakalı metin.

⁵⁰ Bkz. AYM, E.2017/85, K.2017/64, 15/03/2017.

⁵¹ *Ibid.*, §4.

da bulunulamaz.”⁵² Burada mesele, on senelik denetim yasağına ilişkin hükmün, sadece itiraz davaları neticesinde verilen ret kararlarından sonra mı başladığı yoksa hem itiraz hem de iptal davaları neticesinde verilen ret kararlarını mı kapsadığıdır. Mahkeme çoğunluğu, ikinci yorumu benimsemiş ve önceden açılan iptal davası ve bu dava neticesinde verilen ret kararını, sonraki itiraz davasında aynı normun denetim konusu olması bakımından bir engel olarak yorumlamıştır.⁵³ Çoğunluk; Danışma Meclisi tutanaklarını,⁵⁴ Anayasa koyucunun denetimde genel olarak istikrar amacı güttüğü tespitini⁵⁵ ve ayrıca ilgili Anayasa hükmünde geçen “red kararı”⁵⁶ ibaresinin hem iptal hem itiraz davası neticesinde verilmiş ret kararlarını kapsar nitelikte ve genellikle oluşunu⁵⁷ görüşüne delil olarak göstermiştir.

On yıllık denetim yasağının sadece itiraz davaları bakımından söz konusu olması gerektiğini düşünen muhalif üyelere göreyse, anılan denetim yasağının Anayasa sistematigindeki yeri gözden kaçırılmamalıdır: 152. madde, başlığından da anlaşılacağı gibi, “Anayasaya aykırılığın diğer mahkemelerde ileri sürülmesi” konusu altında, yani münhasıran itiraz davaları bakımından bir denetim yasağı getirmekte, iptal davaları ile ilgili sükût etmektedir.⁵⁸ Muhalif üyeler; doktrin,⁵⁹ Mahkeme’nin evvelki içtihadı⁶⁰ gibi kanıtlara da dayanmakla birlikte, Mecel-

⁵² Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, md. 152.

⁵³ AYM, E.2017/85, K.2017/64, 15/03/2017, §21.

⁵⁴ *Ibid.*, §16, 20.

⁵⁵ *Ibid.*, §17.

⁵⁶ Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, md. 152.

⁵⁷ AYM, E.2017/85, K.2017/64, 15/03/2017, §19.

⁵⁸ *Ibid.*, Zühtü Arslan, Engin Yıldırım, Celal Mümtaz Akıncı, M. Emin Kuz, Recai Akyel ve Yusuf Şevki Hakyemez’in karşı oyu, §2.

⁵⁹ *Ibid.*, Zühtü Arslan, Engin Yıldırım, Celal Mümtaz Akıncı, M. Emin Kuz, Recai Akyel ve Yusuf Şevki Hakyemez’in karşı oyu, §13. Doktriner görüşlerin anayasa yorumunda kanıtlama aracı olarak kullanımına ve içtihat örneklerine ilişkin olarak ayrıca bkz. Oder, *Yorum Yöntemleri*, *op. cit.*, s. 204-212.

⁶⁰ AYM, E.2017/85, K.2017/64, 15/03/2017, Zühtü Arslan, Engin Yıldırım, Celal Mümtaz Akıncı, M. Emin Kuz, Recai Akyel ve Yusuf Şevki Hakyemez’in karşı oyu, §4.

le'den de istifade etmiştir. Muhalif üyelere göre, çoğunluğun on senelik denetim yasağının amacını istikrar olarak tespit etmesi doğru olmakla beraber, “toplumsal hayatın dinamizmi”⁶¹ de göz ardı edilmemelidir. Buna bir kanıt da Mecelle'nin, zamanın değişmesi ile normların da değişeceği gerçeğinin inkâr edilemeyeceğini söyleyen 39. madde hükmüdür:

“Bununla birlikte, toplumsal hayatın dinamizmi dikkate alındığında hukukta istikrar kadar değişimin ve bunun yargısal kararlara yansımalarının da son derece önemli olduğu bilinmektedir. Mecelle'deki '*Ezmanın tagayyürü ile ahkâmın tagayyürü inkâr olunamaz*' (m.39) kuralı da zamanla hükümlerin değişeceğine işaret etmektedir. Bu nedenle istikrar ile değişim arasında belli bir dengenin gözetilmesi gerekir.”⁶²

Dolayısıyla, muhalif üyelere göre, on senelik denetim yasağı sadece itiraz yoluyla açılan davalarda verilen ret kararları ile ilgili bir denetim yasağı olarak anlaşılmalı, iptal davaları neticesinde verilen ret kararları bu süreyi başlatıcı bir işlev görmemelidir.⁶³ Mecelle, muhalif üyelerin kullandığı şekliyle açıkça dinamik yorum yönteminin uygulanmasında bir kanıt-lama aracıdır. Bu yönüyle Mecelle (bilhassa 39. maddesi), Anayasa Mahkemesi'nin dinamik yorumu açıkça benimseyen ilk dönem içtihadını hatırlatmaktadır.⁶⁴ Hatırlanacak olursa, yukarıda bahsedilen kararlarda ise Mecelle (14. maddesi), norm metninin açıklığından bahisle, kanun hükmünün dinamik yorumla yahut teleolojik indirgeme gibi yöntemlere başvuru-

⁶¹ *Ibid.*, Zühtü Arslan, Engin Yıldırım, Celal Mümtaz Akıncı, M. Emin Kuz, Recai Akyel ve Yusuf Şevki Hakyemez'in karşı oyu, §11.

⁶² *Ibid.*, Zühtü Arslan, Engin Yıldırım, Celal Mümtaz Akıncı, M. Emin Kuz, Recai Akyel ve Yusuf Şevki Hakyemez'in karşı oyu, §11.

⁶³ *Ibid.*, Zühtü Arslan, Engin Yıldırım, Celal Mümtaz Akıncı, M. Emin Kuz, Recai Akyel ve Yusuf Şevki Hakyemez'in karşı oyu, §10-13.

⁶⁴ Mesela bkz. E.1963/132, K.1966/29, 28/06/1966. Bu kararın dinamik yorumu örneklediği hakkında bkz. Oder, *Yorum Yöntemleri*, op. cit., s. 244-245. Mecelle'nin 39. maddesi erken dönem Cumhuriyet hukuk literatüründe, metrukiyet müessesesini, yani öteden beri zamanın değişmesi ile uygulaması terk edilmiş kanunun hükmen yürürlükten kalktığı olgusunu savunmak için de kullanılmıştı. Bkz. Mustafa Reşit Belgesay, *Mecellenin Küllî Kaideleri ve Yeni Hukukun Ana Prensipleri*, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1947, s. 28.

rak aşılmasına engel koyucu bir işlev görmüştü.⁶⁵ Bu kararda ise dinamik yorumu benimsemeye kullanılıyor. Bu karşılaştırma, Mecelle'nin farklı maddelerinin, dinamik yorumu hem destekler hem de onu engeller şekilde bir kanıtlama aracı olarak birbirine zıt fonksiyonlar ifa edebileceğini gösteriyor. Aslında bu durum, yorum ilkelerinin bazen birbirine zıt oluşunun tipik bir örneğidir.⁶⁶

Yorum ilkelerinin birbirlerine ters düşebileceğine, en azından tevil gerektirebilecek anlam ihtilaflarına yol açabileceğine ilişkin Mecelle'den bir başka örnek meselâ 19 ve 26. maddelerdir. 19. madde zarar vermek ve zarara zararlar karşılık vermek yoktur mealine gelen “Zarar ve mukabele bi’z-zarar yoktur”⁶⁷ dese de 26. madde, kamusal zarar gidermek için özeline zarara uğratılabileceğini söyleyen “Zarar-ı ammi def için zarar-ı has ihtiyar olunur”⁶⁸ hükmünü içermektedir. Dolayısıyla, 19. maddenin zarara karşılık zarar verilemeyeceği hükmü kati gibi görünse de 26. maddede aslında bu duruma bir istisna söz konusudur.

Nitekim, Mecelle'nin ilk maddesine ilişkin açıklamalarda da Mecelle'nin yorum ilkelerinin zaman zaman birbiri ile çatışabileceği hususuna, anılan ilkelerin “yekdiğerini tahsis ve takyit ettiklerinden”⁶⁹ bahisle dolaylı da olsa işaret edilmiştir.

Beşinci karar, Anayasa Mahkemesi'nin kanun hükmünde kararname (“KHK”) ile ilgili önceki müstakar içtihadından döndüğü bir norm denetimi kararıdır.⁷⁰ Bu norm denetimi kararına kadar Mahkeme, daha evvelki içtihadı yoluyla, KHK dene-

⁶⁵ Bkz. Oder, *Yorum Yöntemleri*, *op. cit.*, s. 269.

⁶⁶ Genel olarak bkz. Karl N. Llewellyn, “Remarks on the Theory of Appellate Decision and the Rules or Canons about How Statutes Are to Be Construed,” *Vanderbilt Law Review*, Sayı 3(3), 1950, s. 395-406.

⁶⁷ *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye*, *op. cit.*, s. 25.

⁶⁸ *Ibid.*, s. 26.

⁶⁹ *Ibid.*, s. 22. Ayrıca bkz. Necmettin Kızılkaya, *Legal Maxims in Islamic Law: Concept, History and Application of Axioms of Juristic Accumulation*, Leiden, Brill, 2021, s. 24.

⁷⁰ AYM, E.2011/60, K.2011/147, 27/10/2011.

timinde kullandığı ve müessesenin düzenleme amacını araştırarak tespit ettiği—literatürde oldukça tartışmalı—üç ilave unsur ihdas etmişti: önemlilik, ivedilik ve zorunluluk.⁷¹ 2011’de ise anılan ölçütlerin Anayasa yorumundan çıkarılamayacağı hükümüne varan Mahkeme çoğunluğu, evvelki içtihadından dönererek, KHK denetiminde bunlara başvurulamayacağına karar vermiştir.⁷²

Karara muhalif kalan üyelerden Osman Alifeyyaz Paksüt, KHK müessesesinin ihdasını incelediği karşı oyunda, bilhassa olağanüstü hâl KHK’larını, olağanüstü hâlin sona erdiği durumda dahi denetim dışı bırakan o zamanın Anayasa hükmü üzerinden eleştirmiş ve bu durumu “bir hukuk ucubesi” olarak tanımlamıştır.⁷³ Üye Paksüt, Mecelle’den de delil getirdiği eleştirisini şöyle sürdürmüştür:

“Kuşkusuz bu düzenleme mutlaka gerekliyse, hiç olmazsa, Anayasa yargısına açık tutulması ancak verilecek bir iptal kararının sıkıyönetim veya olağanüstü halin kalktığı tarihte yürürlüğe girmesi öngörülerek, temel haklara daha saygılı bir yol izlenebilirdi. 1982 Anayasası bu haliyle, Osmanlı Hukukunun temel belgelerinden olan Mecelle-i Ahkamı Adliye'nin, hukukun genel prensiplerini yansıtan '*Zaruretler memnu olanı mubah kılar. Mani zail oldukça yasak avdet eder*' kuralının dahi gerisindedir.”⁷⁴

Anayasa yargılamasının anayasa koyucuyu tenkit etme işlevi olup olmadığı, bunun hukuka uyarlığı bir tarafa bırakılacak olursa, Paksüt’ün, Mecelle’yi iki şekilde kullandığı görülmektedir. Bunlardan ilki, Mecelle’nin içeriğine, yani alıntılanan—

⁷¹ Bu üç şartın anayasallığına ilişkin tartışmalar için meselâ bkz. Necmi Yüzbaşıoğlu, *Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku*, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1993, s. 275-278; Teziç, *op. cit.*, s. 38; Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Bursa, Ekin Yayınevi, 24. baskı, 2019, s. 393.

⁷² AYM, E.2011/60, K.2011/147, 27/10/2011.

⁷³ AYM, E.2011/60, K.2011/147, 27/10/2011, Osman Alifeyyaz Paksüt’ün karşı oyu.

⁷⁴ *Ibid.*, Osman Alifeyyaz Paksüt’ün karşı oyu.

ve hatta yanlış alıntılanan⁷⁵—ama Mecelle içindeki yeri zikredilmeyen 24. maddesine ilişkindir. Anılan madde, engelin ortadan kalktığı durumda, engellenenin de ortadan kalkacağını düzenlemektedir. Başka bir ifadeyle, “muayyen bir şeyin yapılmasını men eden bir kanun yürürlükten kaldırılınca, onun men ettiği şey artık yapılabilir. Engelin (mâniin) zail olması men edilen işin veya şeyin geri dönmesini intaç eder.”⁷⁶ Mecelle, bu yönüyle, şimdi mülga olağanüstü hâl KHK müessesesi ile ilgili arzu edilen hukuka dair, *lex ferenda* yorumlar yapılabilmesine dayanak olmuştur: engel kalkınca engellenen geri dönmeli ise, olağanüstü hâl kalktıktan sonra, olağanüstü hal KHK’sının engellediği şeyler de geri gelmeli, yani KHK’nın yasakları ve kısıtları ortadan kalkmalıdır—en azından anayasallık denetimine izin verilerek bu ihtimal sağlanmalıdır. Üye Paksüt’ün Mecelle’yi ilk kullanma şekli budur.

İkinci ve daha ilginç kullanım ise, Paksüt’ün, Mecelle’nin “bile” böyle bir uygulama öngörmesi vefakat olağanüstü hâl KHK’larının anayasallık denetimi yasağı bakımından anayasa hukukunun, Osmanlı hukuk metni olan Mecelle’nin “dahi gerisinde” bir düzenlemeye sahip olmasına ilişkin açıklamalarında aranmalıdır.⁷⁷ Burada Mecelle’nin, metnine ilaveten, tarihî bir Osmanlı hukuk belgesi oluşuna gönderme yapıldığı ve bunun üzerinden evleviyet esasına dayalı bir kanıtlanma aracı olarak kullanıldığı gözlemlenebilir. Buradaki akıl yürütme şöyle özetlenebilir: Mecelle gibi eski hukuka ait bir metin *bile* engel kalkınca engellenin geri geleceğini düzenleyen bir hükmü içeriyorsa, çağdaş anayasa hukuku *evleviyetle* aynı kuralı içermelidir.

⁷⁵ Mecelle’nin anılan hükmünün doğrusu, “Zaruretler memnu olanı mubah kılar. Mani zail oldukça yasak avdet eder” değil, “Mani zail oldukça memnu avdet eder”dir. *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye, op. cit.*, s. 26. Öte yandan, “Zaruretler memnu olanı mubah kılar” diye alıntılanan kural başka bir Mecelle (md. 21) hükmü olup, doğrusu “Zaruretler memnu olanı şeyleri mubah kılar”dır. *Ibid.*

⁷⁶ Mukbil Özyörük, *Hukuka Giriş*, Ankara, Ege Matbaası, 1959, s. 150.

⁷⁷ AYM, E.2011/60, K.2011/147, 27/10/2011, Osman Alifeyyaz Paksüt’ün karşı oyu.

Başka bir ifadeyle, “çağın gerisinde” kalmış bir belgede dahi bulunan bir kuralın, çağın belgesi olan Anayasa’da yer almaması, hatta Anayasa’nın bunun gerisine düşmesi söz konusu olamaz. Bu akıl yürütmeyi altlayan önkabulün; Mecelle’yi ilerencilik-gericilik gibi daha çok günlük siyasetin kavramları ile anlayan, bir ölçüde arkaik ve hukukî olmayan bir anlayışın mahsulü olduğu söylenebilir.⁷⁸

Altıncı karar, Mecelle’nin benzer bir evleviyetle kanıtlanma aracına konu olduğu bir norm denetimi kararıdır.⁷⁹ 3194 sayılı İmar Kanunu’nun davaya konu olan maddesi; belediyelere, binalı veya binasız arazileri, malik veya diğer hak sahiplerinin muvafakati aranmaksızın birleştirme ve ayırma hakkı vermekte, bu işlemler neticesinde arsa yüzölçümlerinin azami yüzde otuz beş nispette düşmesine izin vermekte, fakat bu düşme payının yol, meydan, park, otopark gibi kamu hizmetlerine özgülenmesini mecburi tutmaktaydı.⁸⁰ Somut olayda, idareye kamulaştırma bedeli ödemedi kamulaştırma yetkisi tanındığı ve dolayısıyla kamulaştırmayı ancak bedel mukabilinde caiz gören Anayasa hükmüne aykırılık olduğu iddia edilmişti.⁸¹ İddiayı reddeden ve anılan kanun hükmünü Anayasa’ya uygun bulan Mahkeme çoğunluğu, mülkiyet hakkının sınırsız olmadığı önkabulünden yola çıktığı gerekçesinde Mecelle’ye de atıfta bulunmuştu:

“Eski hukukumuzda, Mecelle’nin 1192. maddesinde de ‘...herkes mülkinde keyf-i mâyeşa (dilediği gibi) tasarruf eder’ hükmüyle mutlak egemenlik ilkesi kabul edilmişti. Mutlak subjektif olarak düşünülen bu hak, yumuşatılarak mülkiyet

⁷⁸ Bu yönüyle, anılan karşı oyda kullanılan *argumentum a fortiori* kanıtlanma aracının yukarıda ifrat-tefrit olarak ele aldığım siyasi çekişmelerin mahsulü olduğu düşünüldüğünde ikna ediciliği ve hukuksal sinanabilirliği de o ölçüde azalacaktır. Bkz. yukarıda dipnot 10 ve alakalı metin.

⁷⁹ AYM, E.1990/10, K.1990/14, 21/06/1990. Yukarıda ifade ettiğim üzere, bu kararın metni aynı olan fakat farklı esas ve karar numaraları olan üç kararı da bu karar üzerinden inceliyorum. Bkz. yukarıda dipnot 19 ve alakalı metin.

⁸⁰ AYM, E.1990/10, K.1990/14, 21/06/1990 (özellikle “III. Yasa Metinleri” altındaki açıklamalara bakınız).

⁸¹ *Ibid.*

hakkının sağladığı tasarruf yetkisi toplum düzeni ve sosyal işlevler yönünden sınırlanmıştır. Bireyci temellere dayanan Mecelle'nin 1197. maddesinde bile, malike tanınmış bulunan geniş tasarruf yetkisi, başkası için aşırı bir zarar doğurmamak koşuluyla sınırlanmıştır.”⁸²

Bireyci hukuk anlayışının yansıması olarak düşünülen Mecelle'nin “bile” mülkiyet hakkını sınırsız tutmadığı, 1192 ve 1197. maddelerinin⁸³ birlikte yorumlanması ile ortaya konmuş ve Mecelle kadar pür-bireyci olmadığı düşünülen Anayasa'nın, Mecelle'nin mülkiyet hukuku sınırlamalarını evleviyetle içermesi gerektiği ima edilmiştir.⁸⁴

Yedinci ve örnekleme aldığım en erken karar, 1968 senesine aittir.⁸⁵ Tapulama Kanunu'nun zilyetlik yoluyla gayrimenkul iktisabına izin veren bazı hükümlerinin anayasallığının tartışıldığı kararda, ilgili hükümlerin Anayasa'ya aykırı olmadığına karar veren çoğunluk, Mecelle'yi de kullanarak, zilyetliğin hukuk tarihinde öteden beri hak doğurabilen bir müessese olarak kabul edildiğine dikkat çekmiştir:⁸⁶

“Türk müsbet hukuku ötedenberi zilyedliğe hukukî bir değer vermiş ve bunun hak doğurucu bir durum olduğunu kabul etmiştir. Bu konuda eski hukukta Mecelle ile 7 Ramazan 1274 tarihli Arazi Kanunnamesinin bazı hükümleri örnek olarak gösterilebileceği gibi...”⁸⁷

Bu kararda Mecelle, tarihî devamlılığa kanıt olarak ve zilyetlik kurumunun—mülkiyet de dâhil olmak üzere—hak doğurucu niteliğini kabul eden Anayasa koyucunun bu amacını teyit edecek şekilde kullanılmaktadır. Bu yönüyle Mecelle, tarihsel ve amaçsal yorumda bir destek argüman olarak kullanılmıştır denebilir.

⁸² *Ibid.*

⁸³ Bkz. *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye, op. cit.*, s. 392, 394.

⁸⁴ AYM, E.1990/10, K.1990/14, 21/06/1990.

⁸⁵ AYM, E.1966/19, K.1968/25, 19/06/1968.

⁸⁶ *Ibid.*

⁸⁷ *Ibid.*

II. Mecelle Atıflarının Meşruluğu Sorunu

Özü itibariyle, Anayasa'ya uygunluğun sınındığı anayasa muhakemesinde Mecelle atıfları meşru görülebilir mi? Bir başka ifadeyle, Mecelle, “anayasallık bloku”na mu dâhildir ki,⁸⁸ zaman zaman karar metinlerinde zikredilebilmektedir? Bilhassa, Anayasa denetiminde yegâne kaynak salt Anayasa'ya indirgenecekse,⁸⁹ Mecelle'nin karar metinlerinde tam veya destek ölçü norm olarak kullanılması mahzurlu görülebilir. Her halükârda, çoğu kere oldukça dolaylı da olsa, Mahkeme'nin yorum pratiklerini kısmen ve nadiren de olsa etkilediği yukarıdaki içtihat taramasından anlaşılan Mecelle'nin, anayasa muhakemesinde kullanılmasının meşru olup olmadığı cevaba muhtaç bir sorudur.

Mecelle'nin yorum ilkeleri bir yana, daha genel manada yorum ilkeleri çoğu kere pozitif hukukta kendine yer bulmaz. Bilhassa anayasa hukuku bakımından durum böyledir. Anayasa'da bazı metinsel dayanakların belirli yorum yöntemlerini öncelediği yahut bazılarına cevaz verdiği düşünülebilirse de, yorumla ilgili direktiflerin hukuk metinlerinde açıkça yer bulunduğu hâllerde bile bunların kendileri dahi yoruma tâbi olduğundan ortaya çetrefil bir tablo çıkar. Hukukçuların bazen regresyon problemi olarak adlandırdığı bu hâl, yorumun kaçınılmaz oluşundan kaynaklanmaktadır. Özetlemek gerekirse, yorum yöntemlerine dair normlar çoğunlukla anayasalarda bulunmaz. Bulunsa bile, bu normların dahi anlamlarının araştırılması gerekmekte ve böyle olunca yorum normlarının kendileri de yoruma konu olmaktadır. Öbür taraftan, Anayasa altı mevzuatta düzenleme altına alınan yorum ilkelerinin, pozitif hukukun parçası olsalar dahi, normlar kademelenmesi dikkate alındığında, Anayasa'nın yorumunda kullanılmaları sorunludur.

⁸⁸ Tanım denemeleri ve derlemeleri için bkz. Yüzbaşıoğlu, *op. cit.*, s. x; Kemal Gözler, “Anayasallık Bloğuna İhtiyaç Var mıdır?,” *op. cit.*, s. 82-88 (eleştirel bir tanım derlemesi); Cem Tecimer, “The Use of Foreign Law in Turkish Constitutional Adjudication,” *Anayasa Yargısı*, Sayı 36(2), 2019, s. 118.

Bu meyanda, Medeni Kanun'un metinsel ve amaçsal yorumu bir arada zikreden yorum hükmünün,⁹⁰ anayasa yorumunda kullanılıp kullanılmayacağı tartışmalı olmak gerekir.

Bununla birlikte, yorum ilkelerinin mantıkî çıkarımlar veya eşyanın tabiatından kaynaklanan rehber normlar oldukları şeklinde tabii hukuk ekolüne yaklaşan kabullerden hareketle, Mecelle'de ifadesini bulan kavaid-i külliye'nin aslında genel yorum ilkeleri oldukları, bu yönüyle Mecelle'yi aşan bir muhtevaya sahip oldukları, yorumda kullanılmalarının kaçınılmaz olduğu da ileri sürülebilir.⁹¹ Nitekim Mecelle'nin kendisi de genel ilkelerinin adeta kabulü zorunlu postülalar gibi olduğunu, bunları "müsellemtan"⁹² diye tarif ederek kabul etmiştir.

Buna ilaveten, hukukun genel ilkelerinin anayasallık blokuna dâhil olduğunu kabul eden görüş—Anayasa'da yer alan bazı pozitif dayanakların da desteği ile⁹³—benimsendiğinde,⁹⁴ Mecelle'de ifadesini bulan pek çok yorum ilkesinin aslında hukukun genel ilkelerinden olduğu düşünülerek, bu ilkelerin anayasallık denetiminde kullanılmaları mümkün olur.⁹⁵

Mecelle, yukarıda işaret edildiği gibi, aslında özel hukukun bazı meselelerini tanzim için tedvin edilmiş bir hukuk metni ise

⁸⁹ Bu görüşte meselâ bkz. Gözler, "Anayasallık Bloğuna İhtiyaç Var mıdır?," *op. cit.*, s. 98-99; Gözler, *Anayasa Hukuku Dersleri*, *op. cit.*, s. 438-439.

⁹⁰ Medeni Kanun'un 1. maddesinin ilk fıkrası: "Kanun, sözüyle ve özüyle değındiğı bütün konularda uygulanır."

⁹¹ Benzer yönde bkz. Gözler, "Yorum İlkeleri," *op. cit.*, s. 31-32.

⁹² *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye*, *op. cit.*, s. 22.

⁹³ Bazı metinsel dayanaklar için bkz. Tecimer, *op. cit.*, s. 140. Ayrıca bkz. Oder, *Yorum Yöntemleri*, *op. cit.*, s. 284. Hukukun genel ilkelerinin metinsel dayanaklara dayandırılma gereğı hakkında bkz. Gözler, "Anayasallık Bloğuna İhtiyaç Var mıdır?," *op. cit.*, s. 96: "Anayasa Mahkemesi kararlarında 'hukukun genel ilkesi' olarak bahsedilen ilkeler anayasal metinlere bağlanabilir."

⁹⁴ Hukukun genel ilkelerinin anayasa denetiminde kullanılıp kullanılmayacağı hakkında akademik tartışmaları için bkz. Tecimer, *op. cit.*, s. 140-141, dipnot 87-90 ve alakalı metin.

⁹⁵ Bu görüş kabul edilse bile, Mecelle'nin diğeri kullanımlarının (meselâ hâkimlerin vasıfları ile ilgili hükümlerine yapılan atıfların) meşruluğı hakkında bir şey söylenmiş olmaz.

de,⁹⁶ genel prensiplerinin özel hukuku aşan bir boyutu olduğu kabul edilmelidir. Mecelle'nin şârihlerinden Ali Haydar Efendi de en mühim Mecelle şerhi sayılan⁹⁷ *Dürer'ül Hükkâm* isimli eserinde bunu destekler nitelikte şöyle yazmaktadır: “Bu kavaid[,] ilm-i celil-i fıkhnın muamelat kısmına kavaid olduğu gibi ibadet ve münakehat ve ukubat aksamına dahi kavaid olup...”⁹⁸

İlaveten, Mecelle'yi hazırlayan heyette yer alan üyelerden bazıları sonradan Osmanlı-Türk anayasal tecrübesinin ilk anayasası olan Kanun-i Esasi'nin de yazımında rol oynamıştır.⁹⁹ Bu da, Mecelle'de yer alan genel prensiplerin, maddi hukukun anayasa hukuku da dâhil olmak üzere pek çok dalının ortak keseni olduğuna dolaylı bir işaret olarak alınabilir.

Bu noktada akla gelen bir soru da şudur: hukukun genel ilkelerinin, Mecelle'deki yorum ilkelerinin anayasa yorumunda kullanılmasını meşru kıldığı kabul edilse bile, bu yorum ilkelere neden soyut ilkeler olarak kullanıma sokulmamakta, onun yerine Mecelle'de tedvin edildikleri şekilde zikredilmektedir? Başka bir anlatımla, örneğin, Mecelle'nin “Mevrid-i nassda içtihadı mesağ yoktur” diyen 14. maddesindeki kural¹⁰⁰ neden Mecelle'de geçen falanca kural diye Mahkeme kararına dayanak oluyor fakat aynı anlama geldiği söylenebilecek olan *in claris non fit interpretatio* ilkesi yoluyla zikredilmiyor? Gerçekten de Mecelle'nin pek çok kaidesi, İslam ve Roma ve genel olarak eski hukuklardan bugüne gelmiş olduğu¹⁰¹ gibi, bazı

⁹⁶ Bkz. yukarıda dipnot 6 ve alakalı metin.

⁹⁷ Aynı yönde bkz. Öztürk, *op. cit.*, s. 113; Demir, *op. cit.*, s. 233.

⁹⁸ Ali Haydar Efendi, *Dürer'ül Hükkâm Şerh-i Mecellet'ül Ahkâm*, Cilt 1, İstanbul, A. Asaduryan Şirket-i Mürettebiye Matbaası, 2. baskı, 1317 [1899], s. 43.

⁹⁹ Bkz. Aylin Koçunyan, *Negotiating the Ottoman Constitution 1839-1876*, Leuven, Peeters, 2018, s. 228.

¹⁰⁰ *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye*, *op. cit.*, s. 24.

¹⁰¹ Mecelle'nin genel ilkelerini İslam hukukundaki öncüllerine bağlayan bazı çalışmalar için bkz. Belgesay, *op. cit.*, s. 7; Hilmi Ergüney, *İzahlı ve Mukayeseli Mecelle Küllî Kaideleri*, İstanbul, Yenilik Basımevi, 1965, s. 33; Demir, *op. cit.*, s. 31-36; Kurban, *op. cit.*, s. 22. Benzer şekilde Mecelle'yi Roma hukuku öncülleri

ilkeleri de yaygın söyleyişte kendine yer etmiş atasözleri ve darbimeseller hüviyetine bürünmüştür. Şu hâlde, Mecelle'nin bu genellikteki ve ortak hukuk ve hatta kültür mirasına dahi mâl olduğu söylenebilecek yorum ilkelerinin, bilhassa Mecelle zikredilerek anayasa yargılamasında kendine yer etmesinin sebebini, hukuka için gerekçelerde aramak isabetli olmayabilir. Mecelle'nin Osmanlı-Türk hukuk hareketleri içinde—istisnai olarak—otantik bir tedvin faaliyeti olduğu şeklindeki anlayış,¹⁰² Mecelle referanslarının, İslam hukuku yahut Roman hukuku referanslarına nazaran daha yerel olarak algılanmasını temin etmiş olabilir. Bu da Mecelle'deki genel ilkelerin soyut olarak değil de Mecelle maddesi yoluyla zikredilmesinin bir sebebi olabilir. Buna ilaveten, yorum ilkelerinin somutlanmasında, bu ilkeleri anayasa yargılamasına ithalinde kullanılan vasıtanın Roma hukuku veya daha genel İslam hukuku atıfları değil de Mecelle olması, otokton ve yerel bir anayasal kültürün tahkimi ve gelişmesi için önemli sayılmış olabilir.¹⁰³

Öte yandan, Mahkeme'nin yargısal tutumlarını anlamada üyelerinin eğitimlerini, sosyal ve kültürel arka planlarını ve bireysel tutumlarını uzamsal olarak yani tarihî seyir içinde anlamının önemine işaret eden tutumsal model (*attitudinal model*),¹⁰⁴ Mecelle atıflarını açıklamada bir parça açıklayıcı güce

ile ilişkilendirme denemeleri için bkz. İlhan, *op. cit.*, 9 (Yusuf Karakoç'un Sunuşundan). Cf. Gözler, “Yorum İlkeleri,” *op. cit.*, s. 21.

¹⁰² Bu yönde bkz. Öztürk, *op. cit.*, 14 vd. (Tanzimat kanunlaştırma hareketlerini “Millî vasfı ağır basan” ve “Garplı olma vasfı ağır basan kanunlar” diye tasnif denemesi); Ali Himmet Berki, *Açıklamalı Mecelle: Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye*, İstanbul, Hikmet Yayınları, 1985, s. viii (Mecelle'den “Millî Kanun” olarak bahsedilen açıklamalar).

¹⁰³ Cf. Carlos F. Rosenkrantz, “Against borrowings and other nonauthoritative uses of foreign law,” *International Journal of Constitutional Law*, Sayı 1(2), 2003, s. 292-293 (yabancı hukukların anayasa yargılamasında kullanımının endojen, yerli bir anayasa kültürünün oluşumunu engelleyeceği yönünde açıklamalar).

¹⁰⁴ Bu yöntemi benimseyen Türk anayasa hukukunun öncü bir eser için bkz. Artun Ünsal, *Siyaset ve Anayasa Mahkemesi: Siyasal Sistem Teorisi Açısından Türk Anayasa Mahkemesi*, Ankara, Siyasal Bilgiler Fakültesi Basın ve Yayın Yürsek Okulu Basımevi, 1980. Tutumsal modelin Anayasa Mahkemesi'nin yargısal davranışlarını açıklamadaki gücü ve sınırları için ayrıca bkz. von Steinsdorff et al., *op. cit.*, s. 25-27.

sahip olabilir. Yukarıdaki karar taramasına konu olan yedi karardaki Mecelle atıflarının dördünde (yani takriben %57 gibi oldukça yüksek bir nispette) Zühtü Arslan'ın imzasının olması bu bakımdan dikkat çekicidir.¹⁰⁵

Son kertede, şunu da belirtmek gerekir ki, taranan kararların hiçbirinde Mecelle, bağımsız bir ölçü norm olarak kullanılmamıştır. Nitekim Mecelle'yi hazırlayan heyet dahi, Mecelle'nin yoruma ilişkin genel ilkelerinin somut olayların yargısal çözümünde bağımsız olarak kullanılmayacağını, Mecelle metninde şöyle hatırlatıyordu: “hükkâm-i şer’ bir nakl-i sarih bulmadıkça yalnız bunlarla hükmedemez.”¹⁰⁶ Hatta salt Mecelle'nin küllî kaidelerine dayanarak hüküm tesisinin eski hukukta temyizde bozma sebebi olduğu dahi nakledilmektedir.¹⁰⁷

Buradan hareketle, Mecelle atıflarının yargısal sürece eşlik eden analitik faaliyette ancak birer yardımcı unsur oldukları kabul edilmelidir. Yukarıda taranan Anayasa Mahkemesi kararlarında da durum böyledir. Fakat taranan yedi kararın yedisi de Mecelle'yi aynı derecede yahut ona aynı önemi atfederek kullanmıştır da denilemez. Sözgelimi, Mecelle'yi, eski hukukta dahi zilyetliğin önemli bir hukuki müessese olduğuna delil olarak kullanan atıf¹⁰⁸ ile onu dinamik anayasa yorumunun açık bir dayanağı olarak kullanan atıf,¹⁰⁹ Mecelle'yi eş değerde bir hukuki kanıtlama aracı olarak kullanmıştır denemez. Demek ki,

¹⁰⁵ Arslan'ın Mecelle'yi konuşma ve mülakatlarında da kullanmayı tercih ettiği anlaşılıyor. Meselâ bkz. Zühtü Arslan, “Anayasa Mahkemesi'nin 54. Kuruluş Yıldönümünde Yapmış Olduğu Açış Konuşması,” *Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi*, 25 Nisan 2016, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/baskan/konusmalar/anayasa-mahkemesinin-54-kurulus-yildonumunde-yapmis-oldugu-acis-konusmasi/> (erişim tarihi: 10 Nisan 2023).

¹⁰⁶ *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye*, *op. cit.*, s. 8. Benzer açıklamalar için ayrıca bkz. Kızılkaya, *op. cit.*, s. 166, 263.

¹⁰⁷ Bkz. Mustafa Yıldırım, *Mecelle'nin Küllî Kaideleri*, İzmir, İzmir İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, 2001, s. 21.

¹⁰⁸ AYM, E.1966/19, K.1968/25, 19/06/1968.

¹⁰⁹ AYM, E.2017/85, K.2017/64, 15/03/2017, Zühtü Arslan, Engin Yıldırım, Celal Mümtaz Akıncı, M. Emin Kuz, Recai Akyel ve Yusuf Şevki Hakyemez'in karşı oyu.

Mecelle atıflarının sonuca etki etmeleri bakımından aralarında bir derece farkı olduğunu gözlemlemek mümkündür.

III. Mecelle'nin Potansiyel Değeri

Mecelle'nin özellikle genel yorum ilkeleri içeren 2 ilâ 99. maddelerinin, yukarıdaki karar taramasında zikredilenler dışın-da da anayasa yorumunda kullanılabilir pek çok hükmü vardır. Bunların büyük kısmı, anayasa yorumunu amaçsal yorum yöntemine yakınlaştırmak işlevini görebilecek mahiyettedir. Tüketici olmak iddiasında bulunmaksızın, örnek kabilinden dördünü aşağıda sıralıyorum:

- (1) Mecelle md. 2: “Bir işten maksat ne ise hüküm ona göre-dir.”¹¹⁰ Bu madde amaçsal yoruma açık bir destek norm olarak telakki edilebilir. Nitekim Ali Haydar Efendi de Mecelle şerhinde, lafız veya metinden bahsetmeyerek bu hüküm, amacı karşılayan maksut, murat ve matlup kelimelerini kullanarak izah etmiştir: “Yani bir failin işlediği bir iş üzere-rine terettüp edecek hüküm-i şer’î ol işten failinin maksud-u muradı ve matlubu her ne şey ise ona göre olur.”¹¹¹
- (2) Mecelle md. 3: “Ukudda itibar makaasıt ve maaniyedir, elfaz ve mebâniye değildir.”¹¹² Bu madde, amaçsal yorumu benimsemede, 2. maddeden daha da ileri gitmiştir denebilir. Zira burada, 2. maddeyi teyiden kastedilene ve anlama iti-bar edileceği söylenmekle beraber, daha da ileri gidilerek, aynı itibarın sözlere ve söz yapılarına *gösterilmeyeceği* de hükme bağlanmış, amaçsal yorumun metinsel yoruma ter-cih edilmesi gerektiği ifade edilmiştir.¹¹³ Bu bakımdan bu-

¹¹⁰ *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye, op. cit.*, s. 22.

¹¹¹ Ali Haydar, *op. cit.*, s. 45.

¹¹² *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye, op. cit.*, s. 23.

¹¹³ Karş. Medeni Kanunun 1. maddesi, yukarıda dipnot 90. Medeni Kanun’un sö-züyle ve özüyle ibaresinden, bilhassa ve bağlacının kullanımından, metinsel ve amaçsal yorumu eş değerde gördüğü sonucu çıkarılabilir. Buna mukabil, sözün özden evvel zikredilmiş olmasına bir mana verilerek metinsel yoruma öncelik tanınmıştır diye bir yoruma gidilebilir mi? Esasen bu soru evvelce ifade edilen yorum kurallarının dahi yoruma kaçınılmaz olarak tâbi oluşlarını örnekler.

rada, yorum ihtilafına ilişkin bir öncelik kuralı vardır denebilir.¹¹⁴ Belirtmek gerekir ki, bu maddeyi yorumlayan şârihler, daha mutedil bir yorum benimseyerek, amaçsal yorum yoluyla metnin tamamen aşılmasının uygun olmayacağını beyan etmektedirler. Meselâ Ali Haydar Efendi'ye göre bu hükümden anlaşılması gereken, hem söze hem amaca itibar edilmesi, ancak bu ikisi arasında bir çelişme tespit edilmesi durumunda amacın sözden üstün tutulması gereğidir.¹¹⁵

- (3) Mecelle md. 12: “Kelamda aslolan mana-i hakikidir.”¹¹⁶ Burada Mecelle'nin, gerçek ve basit anlamı önceleyen bir yorum kuralı (*plain meaning canon*) getirdiği görülüyor. Bu hükmün, metinsel yorumun kendi içindeki ihtilaflarını gidermede değeri olabilir. Zira bu hükümde; gerçek anlam, mecaz anlam, terimsel anlam gibi farklı metin okumalarının birbiri ile çelişebileceği durumlarda önceliğin gerçek anlama verilmesi gerektiği ifade ediliyor. Mecelle şârihleri, benzer şekilde, maksadın dış dünyaya ifade edilmesinde birden çok yol olduğunu ve bunlardan ilki olan gerçek anlamın diğer anlamlara yeğ tutulması gerektiğini ifade etmişlerdir.¹¹⁷

¹¹⁴ Yorum yöntemlerinde öncelik sorununa ilişkin bkz. Oder, *Yorum Yöntemleri*, *op. cit.*, s. 294-302.

¹¹⁵ Bkz. Ali Haydar, *op. cit.*, s. 56-57: “Mananiye itibar vacib olmağla beraber (...) elfazın ilgası dahi caiz olmaz. Bu surette hem elfaza hem de manaya itibar edilmeli şu kadar ki bu vechile ikisinin beyni cem yani hem elfaza itibar hem de manaya müracaat mümkün olamaz ise o halde manaya itibar edilmeli...” Nitekim erken dönem Cumhuriyet devri anayasa hukuku literatüründe de amacı metne önceleyen yorumsal tutumlara rastlanmaktadır. Meselâ bkz. Ali Fuat Başgil, *Esas Teşkilât Hukuku*, Cilt 1, İstanbul, Baha Matbaası, 1960, s. 59-60: “Kanun vâzı bir hükmü ve bir kaideyi ifade etmek için birtakım kelime ve tâbir kullanmıştır. Bunların mânalarını aramak ve bundan kanun vâzınının maksadına intikal etmek tefsir usulünün ilk basit şeklidir.”

¹¹⁶ *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye*, *op. cit.*, s. 24.

¹¹⁷ Meselâ bkz. Ali Haydar, *op. cit.*, s. 102 vd.: “Turuk-ı eda-i maksut ind-i ehl'ul belâğa üçdür. Hakikat ve mecaz ve kinayedir.”

- (4) Mecelle md. 60: “Kelamın imali ihmalinden evladır.”¹¹⁸ Mecelle’nin bu hükmü, hukuksal bir metinde geçen her sözün oraya bir sebeple konduğu kabulünden hareket etmekte, bu sebeple metinleri işlevsiz kılacak yahut metnin hiç yazılmamış gibi addedilmesi sonucunu yaratacak yorumlara itibar edilmemesi gerektiğini ifade etmektedir. Şârih Ali Haydar Efendi’ye göre, “bir kelamın hakiki ya mecaziden bir manaya hamli mümkün oldukça ihmal yani manasız itibar olunmamalıdır.”¹¹⁹ Buradaki yorum hükmü, amaçsal yorumla metnin aşılmasını sınırlayıcı bir işlev görmekte ve yorumcunun hukuk metninden uzaklaşarak yorum alanını genişletebilmesine sınır çizici bir işlev görmektedir. Metne hakiki veya mecazi (ve yukarıda 12. madde uyarınca, tercihan hakiki) bir mana vermek mümkünse, bu mananın verilmemesine yol açacak yorumlara gidilmemelidir. İlâveten, bu yorum hükmünün, “kanun koyucunun hazırlayıp yürürlüğe koyduğu her metinsel ibarenin bir manası vardır” kabulüne dayandığı ve bu yönüyle, kanun koyucunun abesle iştilgal etmeyeceğini öne süren yorum anlayışıyla da örtüştüğü söylenebilir.¹²⁰

IV. Sonuç Yerine

Mecelle, en kuru tarifıyla, İslam hukukuna dayanan, Tanzimat kodifikasyon hareketinin bir sonucu olması bakımından şeklen modern hukukun bir ürünü olan,¹²¹ 1926’dan bu yana Türkiye’de pozitif hukuk bakımından yürürlükte bulunmayan bir hukuk metnidir. Bu kısa çalışmada, bu kuru tanımı aşmak istedim. Mecelle’nin, gerek literatür, gerekse bazı Anayasa Mahkemesi kararlarının gösterdiği üzere, yaşayan anayasa hukukunun—küçük de olsa—bir parçası olduğu görülüyor. Mecelle’nin maddi hukuk dallarının pek çoğunu kesen ve hukukun

¹¹⁸ *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye, op. cit.*, s. 31.

¹¹⁹ Ali Haydar, *op. cit.*, s. 228.

¹²⁰ Benzer yönde bkz. Oder, *Yorum Yöntemleri, op. cit.*, s. 19.

¹²¹ Mecelle’nin bu sebeple en azından şeklen modern olduğu yönünde açıklamalar için bkz. Koçunyan, *op. cit.*, s. 40. Karş. Kızılkaya, *op. cit.*, s. 180-181.

genel ilkelerinin hatta daha genel bir ifadeyle insan muhakemesinin ürünü olan bazı düşünüş biçimlerini yorum ilkeleri olarak derlemiş oluşu bunda en başlıca etken olsa gerektir. Bu bakımdan, eski tabirle, vehle-i ûlâda iki benzemez gibi görünen genel anayasa yorumu ve Mecelle, bazen birbiri ile kesişebilmektedir. Hatta, Mecelle'nin henüz anayasa yorumu ve yargılamasında kullanılmamış pek çok yorum hükmünden yukarıda alıntılıdığım ve tartıştığım bazılarının da gösterdiği üzere bu kesişmenin daha da ilerletilmesi ve derinleştirilmesi mümkündür.

5 Kasım 1925 günü, genç Cumhuriyet, bugün Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi olarak anılan Ankara Hukuk Mektebi'ni açtı. Açılış sırasında kendine has coşkulu üslubuyla bir konuşma yapan devrin adalet bakanı Mahmut Esat (Bozkurt), nutkunda eleştirel bazı sözlerle Mecelle'ye de temas etti:

“İslâm Hukukunun zamanımıza kadar sürüklene, sürüklene gelen (...) en aksak bir mesnedi vardır ki, ona Arapça (kale)¹²² derler (...) bu esas asırlarca ve asırlarca Türk milletinin mukadderatını kurunu vustaya [Orta Çağ'a] bağladı (...). Bizdeki Mecelle ve buna mümasil bâzı kanunlarımız bu zihniyetin en sarih bir e[n]muzecidir [örneğidir].”¹²³

Mahmut Esat'ın bu konuşmasını, yeni kurulan Ankara Hukuk Mektebi'nin o sırada ilk öğrencilerinden biri olarak dinleyen—sonradan hukukçu ve hâkim olacak—Refik Gür (1907-1986), heyecanla alkışlayacak,¹²⁴ fakat aradan otuz seneyi aşkın bir zaman geçtikten sonra, 1957'de bir muhasebe yapma ihtiyacı hissedecekti:

“O gün, açılıшта bulunan bir talebe sıfatıyla o zamanki duyuş ve düşünüş ölçülerimize göre, alkışladığımız bu sözleri, tarih olmuş bir çeyrek yüz yıldan sonra ve bugünkü yaşayışımızın,

¹²² Kale (قال) Arapça'da “o dedi” (müzekker) manasındadır. Hadisler başta olmak üzere, hukuk otoritelerinden sadır olan sözlerin naklinde sıkça kullanılan bir kalıptır.

¹²³ Nakleden Gür, *op. cit.*, s. 84.

¹²⁴ *Ibid.*, s. 85.

tecrübemizin, tekâmülümüzün verdiği insaf ve takdir ölçüle-riyle yeniden tartmak lüzumunu duyuyoruz.”¹²⁵

İşte Mahmut Esat’ın ateşli nutkunu seneler sonra tekrar de-ğerlendiren Hâkim Gür’e göre Mecelle, laik Türkiye hukuk müktesabatında elbette yürürlükteki herhangi bir kanun gibi uygulama alanı bulmayacaktı. Fakat Mecelle’nin özellikle yo-rum ilkelerini derleyen kısmı, Gür’e göre, “Türk hâkimlerine içtihad tesisinde en kıymetli yardımlardan birini temin”¹²⁶ et-meye devam edecekti. Bu kısa çalışma, Gür’ün temenni ve tes-pitinin yerindeliğini ve doğruluğunu teyit etmeye çalıştı.

Tablo: Anayasa Mahkemesi’nin Mecelle atıfları

No.	Karar künyesi	Atıf metni	Atfın işlevi
1.	<i>Mustafa Kılıç</i> [GK], B. No: 2019/35236, 18/05/2022	“Buna karşılık hâkim, ifa ettiği gö-rev gereğince, memurlardan ve di-ğer kamu görevlilerinden farklı nite-liklere sahiptir. (...) Mecelle’nin ‘ <i>Hâkimin adabı</i> ’ kısmında yer alan ‘ <i>Hâkim beyn-el hasmeyn adl ile me’murdur</i> ’ (m. 1799) hükmü de hâkimin davanın tarafları arasında adil ve tarafsız şekilde hükmetmek-le <i>görevli</i> olduğunu ifade etmekte-dir.”	- Hâkimleri diğer memurlardan ay-rıştırmak
2.	AYM, E.2021/98, K.2022/9, 26/01/2022	“Mecelle’nin 14. Maddesine göre ‘ <i>Mevrid-i nassda ictihâda mesâğ yokdur</i> ’. Başka bir ifadeyle şayet hüküm açıksa yorum yaparak içtihad üretilemez.”	- Normun anlamı-nın açık olduğu hâllerde yorum ihtilaflarına son vermek
3.	<i>Mohamed Kashet ve diğere-leri</i> [GK], B. No: 2015/17659, 20/06/2019.	“Yorum kuralların açık ve farklı şekilde anlaşılmaya müsait oldukla-rında geçerlidir. Mecelle’nin 14. maddesinde ifade edildiği gibi ‘ <i>Mevrid-i nasda içtihadı mesağ yoktur</i> ’. Başka bir ifadeyle, hükmün açık olduğu durumlarda yoruma ve	- Normun anlamı-nın açık olduğu hâllerde yorum ihtilaflarına son vermek - Dinamik yorumu engellemek ve

¹²⁵ *Ibid.*

¹²⁶ *Ibid.*, s. 99.

		ıçtihadada yer yoktur.”	yargısal uygulama ile normun anlamının düzeltilmesini önlemek
4.	AYM, E.2017/85, K.2017/64, 15/03/2017.	“Mecelle’deki ‘ <i>Ezmanın tagayyürü ile ahkâmın tagayyürü inkâr olunamaz</i> ’ (m.39) kuralı da zamanla hükümlerin deęiŖeçeđine iŖaret etmektedir. Bu nedenle istikrar ile deđiŖim arasında belli bir dengenin gözetilmesi gerekir.”	- Dinamik yorumu benimsemek
5.	AYM, E.2011/60, K.2011/147, 27/10/2011.	“1982 Anayasası bu haliyle, Osmanlı Hukukunun temel belgelerinden olan Mecelle-i Ahkamı Adliye’nin, hukukun genel prensiplerini yansıtan ‘Zaruretler memnu olanı mubah kılar. Mani zail oldukça yasak avdet eder’ kuralının dahi gerisindedir.”	- İstisna hâllerinin dar yorumlanmasını sağlamak - Evleviyet ilkesini uygulamak
6.	AYM, E.1990/10, K.1990/14, 21/06/1990	“Eski hukukumuzda, Mecelle’nin 1192. maddesinde de ‘...herkes mülkinde keyf-i mâyeŖa (dilediği gibi) tasarruf eder’ hükmüyle mutlak egemenlik ilkesi kabul edilmiŖti. Mutlak subjektif olarak düşünölen bu hak, yumuŖatılarak mülkiyet hakkının sağladığı tasarruf yetkisi toplum düzeni ve sosyal iŖlevler yönünden sınırlanmıŖtır. Bireyci temellere dayanan Mecelle’nin 1197. maddesinde bile, malike tanınmıŖ bulunan geniŖ tasarruf yetkisi, baŖkası için aŖırını bir zarar doğurmamak koŖuluyla sınırlanmıŖtı....”	- Mülkiyet hakkının sınırlanabileceğini ifade etmek - Evleviyet ilkesini uygulamak
7.	AYM, E.1966/19, K.1968/25, 19/06/1968.	“Türk müsbet hukuku ötedenberi zilyedliğe hukukî bir değer vermiŖ ve bunun hak doğurucu bir durum olduğunu kabul etmiŖtir. Bu konuda eski hukukta Mecelle (...) örneği olarak gösterilebileceği gibi....”	- Zilyetliğin hak doğurucu boyutunu tarihsel yorumla desteklemek

KAYNAKLAR

- Abad Andrade, Maria, *Verfassungsgerichtliche Entscheidungsfindung und ihre Folgen: Das Türkische Verfassungsgericht zwischen Mehrheitslogik und Konsensverfahren*, Baden-Baden, Nomos, 2020.
- Ali Haydar Efendi, *Düer'ül Hükkâm Şerh-i Mecellet'ül Ahkâm*, Cilt 1, İstanbul, A. Asaduryan Şirket-i Mürettebiye Matbaası, 2. baskı, 1317 [1899].
- Arslan, Zühtü, “Anayasa Mahkemesi’nin 54. Kuruluş Yıldönümünde Yapmış Olduğu Açış Konuşması,” *Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi*, 25 Nisan 2016, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/baskan/konusmalar/anayasa-mahkemesinin-54-kurulus-yildonumunde-yapmis-oldugu-acis-konusmasi/> (erişim tarihi: 10 Nisan 2023).
- Başgil, Ali Fuat, *Esas Teşkilât Hukuku*, Cilt 1, İstanbul, Baha Matbaası, 1960.
- Belgesay, Mustafa Reşit, *Mecellenin Küllî Kaideleri ve Yeni Hukukun Ana Prensipleri*, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1947.
- Berki, Ali Himmet, *Açıklamalı Mecelle: Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye*, İstanbul, Hikmet Yayınları, 1985.
- Demir, Abdullah, *Mecelle ve Küllî Kaideler*, İstanbul, Işık Akademi Yayınları, 2011.
- Ergüney, Hilmi, *İzahlı ve Mukayeseli Mecelle Küllî Kaideleri*, İstanbul, Yenilik Basımevi, 1965.
- Eroğul, Cem, *Anatüzeğe Giriş*, Ankara, İmaj Yayınları, 15. baskı, 2016.
- Gözler, Kemal, *Fıkıh-Hukuk İlişkisi Üzerine*, Bursa, Ekin Yayınevi, 2019.
- — *Hukuka Giriş*, Bursa, Ekin Yayınevi, 5. baskı, 2018.
- — “İstanbul 14. Ceza Mahkemesi Anayasa Mahkemesine Karşı,” *Anayasa.gen.tr*, 15 Ekim 2020, <https://www.anayasa.gen.tr/berberoglu-2.htm#ftnref13> (erişim tarihi: 8 Nisan 2023).
- — *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Bursa, Ekin Yayınevi, 24. baskı, 2019.
- — “Türk Anayasa Hukukunda Teamül Olabilir Mi?,” *Türkiye Günlüğü*, Sayı 56, 1999, s. 36-44.
- — “Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloğuna İhtiyaç Var mıdır?,” *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, Sayı 55(3), 2000, s. 81-101.
- — “Yorum İlkeleri,” içinde *Kamu Hukukçuları Platformu: Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması*, s. 15-119 (Ozan Ergül ed., Ankara, Türkiye Barolar Birliği, 2012).
- Göztepe, Ece, “Bireysel Başvuru Kararlarının İcrası: Anayasa Mahkemesi’nin Doğrudan ve Dolaylı ‘Çağrı Kararları’ Üzerine Bir İnceleme,” *Anayasa Yargısı*, Sayı 38(1), 2021, s. 43-83.
- Gür, A. Refik, *Hukuk Tarihi ve Tefekkürü Bakımından Mecelle*, İstanbul, Çeltüt Matbaası, 1957.
- İlhan, Cengiz, *Günümüz Türkçesiyle Mecelle*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2011.
- Kanyılmaz, Ahmet, Enes Uyar ve Mehmet Yaser Antep, *Mecelle ve Karşılaştırmalı Kavaid-i Külliye*, İstanbul, Aristo Yayınevi Yayınları, 2018.
- Kızılkaya, Necmettin, *Legal Maxims in Islamic Law: Concept, History and Application of Axioms of Juristic Accumulation*, Leiden, Brill, 2021.
- Koçunyan, Aylin, *Negotiating the Ottoman Constitution 1839-1876*, Leuven, Peeters, 2018.
- Kubalı, Hüseyin Nail, *Esas Teşkilât Hukuku Dersleri*, İstanbul, Sıralar Matbaası, 1959.
- Kurban, Yasin, *Mecelle ve Günümüz Hukuku*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2020.

- Llwellyn, Karl N., “Remarks on the Theory of Appellate Decision and the Rules or Canons about How Statutes Are to Be Construed,” *Vanderbilt Law Review*, Sayı 3(3), 1950, s. 395-406.
- Mardin, Ebululâ, *Medenî Hukuk Cephesinden Ahmet Cevdet Paşa*, İstanbul, Cumhuriyet Matbaası, 1946.
- Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye*, İstanbul, Matbaa-i Osmaniye, 1300 [1884].
- Oder, Bertil Emrah, Oder, “Anayasa Yargısında Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu: Düzenleme Biçimleri, Kanıtlama ve Somutlaştırma Sorunları – 2001 Anayasa Değişiklikleri Sonrasına İlişkin Gözlemler,” içinde *Kamu Hukukçuları Platformu: Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması*, s. 121-213 (Ozan Ergül ed., Ankara, Türkiye Barolar Birliği, 2012).
- — *Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri*, İstanbul, Beta, 2010.
- Öztürk, Osman, *Osmanlı Hukuk Tarihinde Mecelle*, İstanbul, İslami İlimler Araştırma Vakfı Neşriyatı, 1973.
- Özyörük, Mukbil, *Hukuka Giriş*, Ankara, Ege Matbaası, 1959.
- Rosenkrantz, Carlos F., “Against borrowings and other nonauthoritative uses of foreign law,” *International Journal of Constitutional Law*, Sayı 1(2), 2003, s. 269-295.
- “T.C. Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası: Bireysel Başvuru Kararları,” *Anayasa Mahkemesi*, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Ara?KelimeAra%5B%5D=Mecelle> (erişim tarihi: 8 Nisan 2023).
- “T.C. Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası: Norm Denetimi Kararları,” *Anayasa Mahkemesi*, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Ara?KelimeAra%5B%5D=Mecele> (erişim tarihi: 8 Nisan 2023).
- Tecimer, Cem, “The Use of Foreign Law in Turkish Constitutional Adjudication,” *Anayasa Yargısı*, Sayı 36(2), 2019, s. 111-154.
- Teziç, Erdoğan, *Anayasa Hukuku*, İstanbul, Beta, Tıpkı 21. baskı, 2017.
- Türk Kanun-i Medenisi*, İstanbul, Sühûlet Kütüphanesi: Ahmed Kâmil Matbaası, 1926.
- Ünsal, Artun, *Siyaset ve Anayasa Mahkemesi: Siyasal Sistem Teorisi Açısından Türk Anayasa Mahkemesi*, Ankara, Siyasal Bilgiler Fakültesi Basın ve Yayın Yüksek Okulu Basımevi, 1980.
- von Steinsdorff, Silvia, Ece Göztepe, Maria Abad Andrade ve Felix Petersen, *The Constitutional Court of Turkey: Between Legal and Political Reasoning*, Baden-Baden, Nomos, 2022.
- Yıldırım, Mustafa, *Mecelle'nin Küllî Kaideleri*, İzmir, İzmir İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, 2001.
- Yüzbaşıoğlu, Necmi, *Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku*, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1993.

BU MAKALEYE AŞAĞIDAKİ ŞEKİLDE ATIF YAPILMASI ÖNERİLİR:

Cem Tecimer, "İki Benzemez? Güncel Anayasa Yorumu ve Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye", www.anayasa.gen.tr/tecimer-3.pdf (Yayın Tarihi: 12 Nisan 2023).

(c) Cem Tecimer, 2023.

Bu Sayfa: www.anayasa.gen.tr/tecimer-3.pdf

Bu Sayfanın Yayın Tarihi: 12 Nisan 2023

Ana Sayfa: www.anayasa.gen.tr

Ana Sayfa Editör: Kemal Gözler

Ana Sayfa Editörü Adresi:

[kgozler\[at\]hotmail.com](mailto:kgozler[at]hotmail.com)