

REALİST YORUM TEORİSİ VE MEKANİST ANAYASA ANLAYIŞI

Yard.Doç.Dr. Kemal GÖZLER()*

Burada ilk önce realist yorum teorisini, sonra da bu teorinin doğal deneleyicisi olarak mekanist anayasa anlayışını incelemeye çalışacağız.

I. REALİST YORUM TEORİSİ

Günümüzde Anglosakson hukuk teorisi yorum sorunuyla çok yakından ilgilenmektedir. Hatta Bernard S. Jackson bu konuda bir "obsession"dan bahsetmektedir⁽¹⁾. Aynı şeyi Kita Avrupası için söylemek güçtür. Özellikle Fransız⁽²⁾ ve Türk hukuk literatürlerinde yorum, çok az ilgi görmüş konulardan biridir. Yorum konusunda, genellikle, yasama yorumu, yargı yorumu ve bilimsel yorum olmak üzere "yorum çeşitleri"nden veya lafzi yorum, gai yorum, tarihsel yorum, kavramcı yorum, sistematik yorum, menfaatler içtihadı gibi "yorum metodları"ndan ya da *analogia, argumentum a fortiori, argumentum a contrario* gibi "yorumda kullanılan mantık kuralları"⁽³⁾ndan bahsedilir⁽³⁾.

(*) Uludağ Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Öğretim Üyesi.

(1) Bernard S. Jakson, "Semiotics and Problem of interpretation", in Patrick Nethot (ed.), *Law, Interpretation and Reality*, Dordrecht, Kluwer Academic Publisher, 1990, s. 86.

(2) Fransa'da bu konuya ilgi göstermiş bir kaç yazarın da başka ülke kökenli olması ilginçtir. Örneğin yorum ve hukuk mantığı üzerine çalışmış Fransız yazar Georges Kalinowski Polonya kökenlidir ve bu ülkede yetişmiştir (Georges Kalinowski, "Philosophie et logique de l'interprétation en droit: remarques sur l'interprétation juridique, ses buts et ses moyens", *Archives de la philosophie du droit*, t. XVII, 1972, s. 39-50; Georges Kalinowski, *Introduction à la logique juridique: éléments de sémiotique juridique, logique des normes et logique juridique*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1965).

(3) Örneğin bkz. Jean-Pierre Gridel, *Notions fondamentales de droit et droit français*, Paris, Dalloz, 1992, s. 554-563; Claude du Pasquier, *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit*, Neuchâtel ve Paris, Delachaux & Niestlé S.A. 3. Bası, 1948, s. 181-204; Hermann Bekaert, *Introduction à l'étude du droit*, Bruxelles, Etablissements Emile Bruylants, 1963, s. 217-223.

Türkiye için örneğin bkz. Adnan Güriz, *Hukuk Başlangıcı*, Ankara, Siyasal Kitabevi, 6. Baskı, 1997, s. 58-63, 76-83; A. Şeref Gözübüyük, *Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları*, Ankara, Turhan Kitabevi, 10. Baskı, 1996, s. 70-72; Yavuz Atar et alii, *Hukuk Bilimine Giriş*, Konya, Mimoza, 1997, s. 56-70; Hasan Tahsin Fendoğlu, *Hukuk Bilimine Giriş*, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2. Baskı, 1997, s. 24-30.

Genel olarak yorum konusunda bkz: "L'interprétation en droit", *Archives de la philosophie du droit*, t. XVII, 1972, s. 3-185; Travaux de l'Association Henri Capitant, *L'interprétation par le juge des règles écrites (Journées lousianaises)*, Paris, Economica, 1980; *L'in-*

Yorum konusunu bu şekilde işleyen yazarlar, her ne nedense, yorumun kendisi üzerinde, yorumun niteliği üzerinde pek durmamışlardır. Bu tavır oldukça eski ve yerlesiktir. Bu tavra “klasik yorum teorisi (*théorie classique de l'interprétation*)”⁽⁴⁾ ismini verelim ve ilk önce bu teoriyi kısaca görelim.

Klasik yorum teorisine göre, hakimin yaptığı yorum yeni bir şey ortaya koymaz. Zira bu teoriye göre, gizli de olsa, karanlıkta kalmış da olsa, her hukuki durum için, her hukuki sorun için uygulanabilecek bir hukuk kuralı ortada zaten vardır. Eğer hukuk kuralı böyle karanlıkta ise, hakim yorum yaparak bu kuralı gün ışığına çıkarmalıdır⁽⁵⁾. Bu teoriye göre, hakimin görevi, apaçık ortada bulunan veya yorum ile gün ışığına çıkarılan hukuk kuralını uygulamaktan ibarettir. Hukuk kuralının uygulanmasında hakim yaratıcı değildir⁽⁶⁾. Zira, hakimin kararı şu tip bir akıl yürütmenin ürünüdür:

terprétation en droit, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1978; Henri Batifol, “Questions de l'interprétation juridique”, *Archives de la philosophie du droit*, t. XVII, 1972, s. 9-29; Chaïm Perelman, “L'interprétation juridique”, *Archives de la philosophie du droit*, t. XVII, 1972, s. 29-38; Jerzy Wroblewski, “L'interprétation en droit: théorie et idéologie”, *Archives de la philosophie du droit*, t. XVII, 1972, s. 51-70; Michel Villey, “Modes classiques d'interprétation du droit”, *Archives de la philosophie du droit*, t. XVII, 1972, s. 71-88; J. Adré-Vincent, “L'abstrait et le concret dans l'interprétation”, *Archives de la philosophie du droit*, t. XVII, 1972, s. 135-148; André-Jean Arnaud, “Le médium et le savant: signification politique de l'interprétation juridique”, *Archives de la philosophie du droit*, t. XVII, 1972, s. 165-181; Enrico Paresce, “Interpretazione: Filosofia del diritto e teoria generale”, *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè editore, Varese, vol. XXII, s. 152-238; Pasquale Voci, “Interpretazione: Diritto del romano”, *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè editore, Varese, Vol. XXII, s. 239-227; Antonio Nasi, “Interpretazione della sentenza”, *Encyclopédia del diritto*, Giuffrè editore, Varese, Vol. XXII, s. 293-309; Ludovico Matteo Bentivoglio, “Interpretazione delle norme internazionali”, *Encyclopédia del diritto*, Giuffrè editore, Varese, Vol. XXII, s. 310-325.

Anayasa hukukunda yorum sorunu pek az işlenmiş bir konudur. Michel Troper'in aşağıda kendilerine atıf yapılan çalışmaları dışında bkz. A. Mast, “Interprétation de la Constitution”, *Rapports belges au VIII^e Congrès international de droit comparé*, Bruxelles, 1970, s. 170 vd.; Francis Delpérée, “La Constitution et son interprétation” in *L'interprétation en droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1978, s. 187 vd.; Ricardo Guastini, “Réflexions sur les garanties des droits constitutionnels et la théorie de l'interprétation”, *Revue du droit public*, 1991, s. 1079-1087; Yann Aguila, “Cinq questions sur l'interprétation constitutionnelle”, *Revue française de droit constitutionnel*, no. 21, 1995, s. 7-46; Öner Eyrençi, “Anayasamın Yorumlanması Yöntemlerine Genel Bir Bakış”, *Amme İdaresi Dergisi*, Cilt 14, Sayı 1, Mart 1981, s. 45-57; Bakır Çağlar, “Anayasa Yargısında Yorum Problemi: Karşılaştırmalı Analizin Katkıları”, *Anayasa Yargısı (II): Anayasa Mahkemesinin 23. Kurulús Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler*, Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 1986, s. 163-195. Yukandaki çalışmalar her ne kadar, anayasanın yorumu üzerine ise de, doğrudan doğruya yorumun niteliği üzerine değildirler. Yorumun niteliği sorununa bazıları değinse de, bu değinme bir kaç sayfayı geçmez. Örneğin bkz. Aguila, *op. cit.*, s. 40-43; Çağlar, *op. cit.*, s. 182-183.

(4) H.L.A. Hart bu teoriyi “bicimcilik” (*formalism*) olarak isimlendirmektedir. Bkz. H.L.A. Hart, *Le concept de droit*, trad. par Michel van de Kerchove, Bruxelles, Publications der Facultés universitaires Saint-Louis, 1976, s. 155.

(5) Michel Troper, “Le positivism comme théorie du droit”, in Christophe Grzegorczyk, Françoise Michaut et Michel Troper (sous la direction de-) *Le positivism juridique*, Bruxelles et Paris, E. Story-Scientia et L.G.D.J., 1992, s. 280.

(6) *Ibid.*, s. 279.

Kari kocadan biri evlenme merasimin icrası zamanında evli ise evlenme batıldır (Medeni Kanun, m. 112/2, Büyük önerme).

A, C ile evlenme merasimi yapıldığı sirada B ile evli bulunuyordu (Küçük önerme, somut olay).

O halde A'nın B ile yaptığı evlenme batıldır (Sonuç)⁽⁷⁾.

Burada büyük önerme, uygulanacak olan hukuk kuralıdır (Medeni Kanun, m. 112/2). Küçük önerme ise somut olaydır. Sonuç ise hakimin vereceği hükümdür. Burada hakimin hükmü yeni bir şey ortaya koymaz. Zira, büyük önerme kanunda zaten vardır. Büyük önermeyi hakim mevcut halde bulur. Yargı faaliyeti, büyük önermede ifade edilen hukuk kuralının somut olaya uygulanmasından ibarettir. Dolayısıyla yargı faaliyeti, yeni bir şey ortaya koymaz. İşte bu nedenledir ki, Montesquieu'nün formülüne göre, yargı kuvveti gerçek bir kuvvet değildir, adeta "yok hükmünde"dir⁽⁸⁾.

Buna karşın "realist yorum teorisi (*théorie réaliste de l'interprétation*)"⁽⁹⁾ne göre ise, büyük önerme, yani uygulanacak olan hukuk kuralı, hakime önceden verilmiş değildir. Hakim, kanun metnini yorumlamalı, onun anlamını belirlemelidir. Dolayısıyla hakim, büyük önermenin gerçek yaratıcısı, yani gerçek kanun koyucu haline gelir. İşte realist yorum teorisinin özü buradadır: *Gerçek kanun koyucu, metnin yazarı değil, yorumcusudur*⁽¹⁰⁾.

Realist yorum teorisini daha yakından görmeden önce, şunu belirtmek gerekir: Bu teoride yorum, "hermenöтик (*herméneutique, hermeneutics*)" bir süreç olarak ele alınır⁽¹¹⁾. Bu anlamda, bazen "hukuk hermenötiği (*legal hermeneutics*)"nden de bahsedebilir⁽¹²⁾. Hukuk hermenötiği,

(7) Örnk, Güriz, *op. cit.*, s. 79'dan alınmıştır.

(8) Michel Troper, "Justice constitutionnelle et démocratie", *Revue française de droit constitutionnel*, n°1, 1990, s. 36; Michel Troper, *Pour une théorie juridique de l'Etat*, Paris, s.U.F., Coll. "Léviathan", 1994, s. 334.

(9) Hart bu teoriye "kural şüpheciliği (*rule-scepticism*)" ismini veriyor (Hart, *op. cit.*, s. 169-174).

(10) Troper, "Justice constitutionnelle et démocratie", *op. cit.*, s. 36. Keza bkz. Michel Troper, "Kelsen, la théorie de l'interprétation et la structure de l'Ordre juridique", *Revue internationale de philosophie*, 1981, s. 525; Michel Troper, "Un système pur du droit: le positivisme de Kelsen", in Pierre Bouretz (sous la direction de-), *La force du droit: panorama des débats contemporains*, Paris, Editions Esprit, 1991, s. 133.

(11) Aulis Aarnio, *Le rationnel comme raisonnable: la justification en droit*, Trad. par Geneviève Warland, Bruxelles et Paris, E. Story-Scientia, L.G.D.J., 1992, s. 85.

(12) Gregory Leyh (ed.), *Legal Hermeneutics: History, Theory and Practice*, Berkeley, University of California Press, 1992 (<http://www.unt.edu/lprl/subpages/reviews/leyh.htm>); John Warwick Montgomery, "Legal Hermeneutics and the Interpretation of Scripture", *Premise*, Volume II, Number 9, October 19, 1995, s. 11 (<http://capo.org/premise/95/oct/p950910.htm>). Aulis Aarnio, (*op. cit.*, s. 85), hukuk hermenötiği konusunda bizim görememişiz şu çalışmalarını zikretmektedir: Christiane von Ota Weinberger, *Logik, Semantik und Hermeneutik*, 1979; Aulis Aarnio, "outline of a Hermeneutic Approach in Legal Theory", *Philosophical Perspectives in Jurisprudence*, 1985, s. 47 vd.; Vittorio Villa, "Legal Science and Hermeneutic Point of View", in A. Peczenick et al. (ed.), *Theory of Legal Science*, Dordrecht, 1984, s. 509 vd.; Inge Jonsson, "Rikningar inom 1800-tayets hermeneutik", in *Symposium Proceedings "Tolkning och tolkningstheorier"*, Stockholm, 1982, s. 65 vd.

hermenötiğin genel teorisinin hukuki metinlerin yorumlanması uygulanmasından ibarettir⁽¹³⁾.

Şimdi realist yorum teorisini daha yakından görelim. Bu teoriyi, kullanımca, şu on önermeyle özetleyebiliriz.

1. *Norm, kanunun metni değil, bu metnin anlamıdır*. - Realist yorum teorisinin ilk önce, hukukun genel teorisinden normun ne olduğunu hatırlatır. Hukukun genel teorisinden norm, beşeri irade işleminin ürünüdür⁽¹⁴⁾. Bununla birlikte, bu beşeri irade işleminin *kendisi* değil, onun *anlamı* normdur. Öyleyse, norm ile bu irade işleminin maddi varlığını birbirinden ayırmak gereklidir. Norm “olması gereken (*Sollen*)”, irade işlemi ise “olan (*Sein*)”dır⁽¹⁵⁾. Bundan yola çıkan realist yorum teorisinin de normun içinde yer aldığı *metin* ile *norm* arasında bir ayırım yapar. Kısacası, bu teoriye göre norm, bizatihî kanunun *metni* değil, onun *anlamıdır*.

2. *Yorumun konusu norm değil, metindir*. - Norm ile metin birbirinden farklı şeyler olduğuna göre, ikinci olarak, normun mu yoksa metnin mi yorumuna konu teşkil ettiğini tespit etmek gereklidir. Realist yorum teorisine göre, yorumlanan şey, norm değil, metindir⁽¹⁶⁾. O halde, *hukuk normlarının* yorumlanmasından değil, *hukuki metinlerin* yorumlanmasından bahsetmek daha uygun olur⁽¹⁷⁾. Açıkçası, hukukta yorum sorunu, *normun* değil, *metnin* yorumu sorunudur. Zira, yukarıda da belirtildiği gibi norm, metnin kendisi değil, anlamıdır. Bu anlam ise, metnin yorumlanması ile ortaya çıkacaktır. O halde hukukta yorumun konusu, hukuk normları değil, ama hukuki metinlerdir.

3. *Yorum kaçınılmazdır*. - Realist yorum teorisinin üçüncü olarak, hukuk uygulamasında yorumun kaçınılmazlığını vurgular. Bu teoriye göre, hukuk kuralının uygulanmasından önce mutlaka bir yorum yapı-

(13) Stig Ströholm genel metinlerin yorumlanması ile hukuki metinlerin yorumlanması arasında dört temel fark olduğuna işaret etmektedir: (1) Hukuki metinlerin yorumu sosyal kontekst ile daha yakından ilişkilidir. (2) Hukuki metinlerin yorumcularının rolleri arasında bir hiyerarşik ısbolümü vardır. (3) Hukuki metinlerin yorumu, adalet gibi bazı aksiyolojik amaçları gerçekleştirmektedir. (4) Hukuki yorumun konusu olan metinler, tek başlarına değildirler, bir sistem oluştururlar. Stig Ströholm, "Juridisk tolkningsmetodik före 1800-talets 'moderna genombrott' in Symposium Proceedings 'Tolknings och tolkningstheorie'", Stockholm, 1982, s. 47 vd.'dan aktaran Aarnio, *Le rationnel comme raisonnable*, op. cit., s. 85.

(14) Bkz. Hans Kelsen, *Essays in Legal and Moral Philosophy*, Dordrecht, Reidel, 1973, s. 216-227'den alınan parça in Christophe Grzegorczyk, Françoise Michaut et Michel Troper (sous la direction de-), *Le positivisme juridique*, Paris, Bruxelles, L.G.D.J., Story-Scientia, 1992, s. 295.

(15) Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, Traduction française de la 2e édition de la "Reine Rechtslehre" par Charles Eisenmann, Paris, Dalloz, 1962, s. 7.

(16) Hermenötiğin açısından, yorumun konusunun metinler olduğu apaçıkktır. Bilindiği gibi, hermenötiğin illî konusu dini metinlerin yorumlanmasıdır. Onsekizinci yüzyıldan itibaren hermenötiğ, felsefi, edebi ve bilimsel metinlerin yorumlanmasında da kullanılmıştır. Bazı yazarlar hermenötiğ radyo, televizyon gibi iletişim araçlarına uygulamaya kalkmışlarsa da, hermenötiğin asıl konusu metinlerdir (Nick Szabo, "Commentaires on Hermeunetics", <http://www.besi.com/~szabo/hermeneutics.html>. © 1996, p. 1 of 5).

(17) Aarnio, *Le rationnel comme raisonnable*, op. cit., s. 85.

lir⁽¹⁸⁾. Zira hukuk kuralı, anayasa, kanun, tüzük, yönetmelik, sözleşme gibi bir hukuki metnin içinde bulunur. Bu hukuki metnin bizatihî maddi varlığı itibarıyla uygulanması mümkün değildir. Zira, yukarıda belirtildiği gibi, hukuk normu, bu metin değil, onun anlamadır. Bu anlam ise doğrudan doğruya algılanabilir, bilinebilir bir şey değildir; o ancak yorum ile tespit edilebilir. O halde uygulanacak olan normun belirlenmesi için, kaçınılmaz olarak, bu normun içinde yer aldığı metnin yorumlanması gerekmektedir⁽¹⁹⁾.

4. Bir hukuki metin birden fazla norm içerebilir. - Realist yorum teorisi, dördüncü olarak, bir hukuki metnin anlam bakımından devamlı olarak belirsiz olduğuna işaret eder. Bu belirsizlik Kelsen'in gösterdiği gibi, iradi veya gayri iradi olabilir⁽²⁰⁾. Diğer bir ifadeyle, bir hukuki metin birden fazla anlam taşıyabilir⁽²¹⁾. Açıkçası, Aulis Aarnio'nun belirttiği gibi, kanunun bir metni vardır, ama bu metin birden fazla alternatif normlar ifade eder. Düzenleyici bir metin, aralarında seçim yapılması gereken birden çok norm içerir⁽²²⁾.

5. Yorum, metnin içerdiği alternatif normlar arasında yapılan bir seçimdir. - Eğer bir metin birden fazla norm içerebiliyorsa, somut olaya bu normların hepsi uygulanamayacağından bu alternatif normlardan birisi seçilmek zorundadır. Öyleyse, yorum bir tercih yapılmasını gerektiren bir karardır⁽²³⁾. Diğer bir anlatımla, bir kanun metnini uygulamak ile görevli organ, her şeyden önce, bu metnin anlamını, yani bu metnin içerdiği normu belirlemelidir. Tüm metinler de değişik anlamlar içerebileceği için uygulama organı, uygulayacağı normu seçmek zorunda kalır. İşte yorum bu seçimden ibarettir⁽²⁴⁾.

6. Metinler kendi kendilerini yorumlayamazlar. - Bilindiği gibi, dini hermenötığın temel ilkesine göre, "Kitab-ı Mukaddes kendi kendini yo-

(18) Troper, "Justice constitutionnelle et démocratie", *op. cit.*, s. 34. Bkz. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, s. 453: "Diğer bir ifadeyle bir yargı organı, hukuku uygulayacak ise, kaçınılmaz olarak, uygulayacağı normların anlamını belirlemesi, onları yorumlaması gereklidir".

(19) Troper, "Justice constitutionnelle et démocratie", *op. cit.*, s. 34. Keza bkz. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, s. 453; Troper, "Kelsen, la théorie de l'interprétation et la structure de l'ordre juridique", *op. cit.*, s. 520-521; Aulis Aarnio da aynı gözleme bulunmaktadır: Aulis Aarnio, *Le rationnel comme raisonnable: la justification en droit*, Trad. par Geneviève Warland, Bruxelles et Paris, E. Story-Scientia, L.G.D.J., 1992, s. 77.

(20) Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, s. 454-456.

(21) Michel Troper, "Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité", *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Paris, Editions Cujas, 1975, s. 142. Keza Aarnio'ya göre de "kanunun tek metni birden fazla alternatif normlar ifade eder" Aulis Aarnio, "On the Validity, Efficacy and Acceptability of Legal Norms", in W. Krawietz, Th. Mayer-Mly et. O. Weinberger (ed.), *Objektivierung des Rechtsdenkens: Dedächtnisschrift für Ilmar Tammelo*, Berlin, Duncker & Humblot, 1984, s. 427-437, in Christophe Grzegorczyk, Françoise Michaut et Michel Troper (sous la direction de-) *Le positivisme juridique*, Bruxelles et Paris, E. Story-Scientia et L.G.D.J., 1992, s. 329-330.

(22) Aarnio, "On the Validity, Efficacy and Acceptability of Legal Norms" in Grzegorczyk, Michaut et Troper, *op. cit.*, s. 329-330.

(23) Aarnio, *Le rationnel comme raisonnable*, *op. cit.*, s. 62. Ve eğer, bir kanun metninin birden fazla norm ifade edebileceği kabul edilirse, normun geçerliliği kaçınılmaz olarak metnin yorumuna bağlıdır.

(24) *Ibid.*, s. 143.

rumlamalıdır” (*Scripture must interpret itself*)⁽²⁵⁾. Modern hermenötik ise “metinler kendi kendilerini yorumlayabilir mi” sorusuna olumsuz yanıt verir⁽²⁶⁾. Dini hermenötiğin klasik ilkesine benzer fikirler hukukta da zaman zaman ileri sürülmüştür. Montesquieu’ye göre, “hakimler kanunun sözlerini telaffuz eden bir ağızdan başka bir şey değildir”⁽²⁷⁾. Keza Fransız ihtilalinin ilk dönemlerinde yaygın olan bir anlayışa göre, yargı kuvveti yorum yapmamalı, kanun metnini doğru bir tümdengelim yoluyla somut olaylara uygulamakla yetinmelidir⁽²⁸⁾. Bu doğrultuda Fransa’da 16-24 Ağustos 1790 tarihli kanun, hakimlere kanunları yorumlamayı açıkça yasaklıyordu. Bu kanunun 12’inci maddesine göre, “mahkemeler kanunların yorumlanmasına ihtiyaç duydukları zaman, huküm vermeyecekler, ama yasama organına başvuracaklardır”⁽²⁹⁾. Aslında yorum türlerinden biri olan, “yasama yorumu”nın altında yatan ana fikir, hakimlerin yorum yapmaya yetkileri olmadığı düşüncesidir. Keza, metnin anlamının açık olduğunda yorum yapılamayacağı (*interpretatio cessat in claris*)⁽³⁰⁾, ilkesinin temelinde hep dini hermenötiğin klasik ilkesine (dini metinlerin kendi kendilerini yorumladıkları) benzer bir inanış yatar.

Modern hermenötik, metinlerin kendi kendilerini yorumlayabilecekleri tezini reddeder. Realist yorum teorisi de hukuki metinlerin kendi kendilerini yorumlayamacaklarını, yorumun mutlaka bir yorumcu tarafından yapılabileceğini belirtir.

7. Yorum, yorumcuya bağlıdır. - Eğer bir metin kendi kendini yorumlayamaz ise, yorum kaçınılmaz olarak yorumcu tarafından yapılır. Eğer hukukta yorum, bir metnin içerdeği alternatif normlar arasında yapılan bir seçimden ibaret ise ve metinler de kendi kendilerini yorumlayamıysorsa, yorum bu seçimi yapana, yani yorumcuya bağlıdır⁽³¹⁾. Diğer bir ifadeyle yorum, yorumcunun iradesinin ürünüdür.

8. Yorum, yorumcunun serbest iradesinin ürünüdür. - Eğer bir kanun metninde, yargı organının uygulamak için seçebileceği birden fazla norm mevcutsa ve eğer yorum, metnin içerdeği alternatif normlar arasında yapılan bir seçimse ve eğer bu seçimi de yorumcu yapıyorsa, yorumcu bu seçimi serbestçe yapar. Diğer bir ifadeyle, yorum, yorumcunun serbest

(25) Montgomory, *op. cit.*, s. 15. Bu açıdan Kur'an'ın tefsirini incelemek ilginç olacaktır.

(26) Montgomory, *op. cit.*, s. 11.

(27) Montesquieu, *De l'esprit des lois*, (Ire partie), Livre I, Chapitre II, 6.

(28) Chaim Perelman, *Logique juridique: nouvelle rhétorique*, Paris, Dalloz, 1976, s. 16.

(29) *Ibid.*

(30) Gridel, *op. cit.*, s. 556.

(31) Genel hermenötik de yorumun yorumcuya bağlı olduğunu söyler. Yorumda, yorumcunun ön kabulleri ve nihayet niyeti çok önemlidir. Bu bakımdan yorum bir dönüşündür ve yorumcu bu dönüşümün yönünden sorumludur.

Yorumcunun sorumluluğu konusunda Lord Bacon'ın şu tespitini kayda değerdir: “*Non est interpretatio, sed divinatio, quae recedit a litera. Cum recidicur a litera, iudex transit in legislatorum*” (Metnin harfinden uzaklaşan yorum, yorum değil, kchanettir. Yargıcı harften uzaklaşırsa, kanun koyuec haline gelir.) (Francis Bacon, *The Advancement of Learning*, II. 20. viii'den alınan Montgomory, *op. cit.*, s. 12).

iradesinin ürünüdür⁽³²⁾. Yorumcu, metnin anlamını tespit ederken geniş bir özgürlükten yararlanır. Hiç bir kurala tabi değildir⁽³³⁾. "Yorum metodları" olarak sunulan ilkeler, hukuk kuralı değildir. Hakim karşısında hiç bir bağlayıcılıkları yoktur. Doktrinde geliştirilen, lafzi yorum, gai yorum, tarihsel yorum, kavramcı yorum, sistematik yorum ve menfaatler içtihadi gibi "yorum metodları"nın ya da *analogia*, *argumentum a fortiori*, *argumentum a contrario* gibi "yorumda kullanılan mantık kuralları"nın hiç bir pozitif hukuki değeri yoktur. Kelsen'in gösterdiği gibi, bunlar "sözde" metodlar ve ilkelerdir⁽³⁴⁾. Bunlar doktrinin ürettiği yapılardır. Hukuk kuralı değildirler⁽³⁵⁾. Hukuki geçerlilikten yoksundurlar. Yargıcı karşısında hiç bir hukuki bağlayıcılıkları yoktur⁽³⁶⁾.

9. *Gerçek kanun koyucu, kanununun yazarı değil, yorumcusudur.*
- Yorumdan önce sadece metin varsa, metin de birden fazla norm içerebiliyorsa, bu normlardan uygulanacak olan norm, yorumcunun serbest iradesiyle seçiliyorsa, gerçek kanun koyucu, kanun metnini yazan veya kabul eden değil, onu yorumlayandır. Diğer bir ifadeyle, hukuk normu, bizzat normu uygulayacak organ tarafından konulmaktadır⁽³⁷⁾.

Aslında realist yorum teorisivardığı bu sonuç yeni değildir. Piskopos Hoadly'ye kadar eskiye giden bir doktrindir. Piskopos Hoadly, XVI'ncı yüzyılda şöyle diyordu:

"*Gerçek kanun koyucu, yazılı veya sözlü bir kanunu, yazan veya söyleyen değil, bu kanunu mutlak yorumlama yetkisine sahip olan kişidir*"⁽³⁸⁾.

Düzen yandan bu şüpheli doktrin, özellikle Amerikan realistleri tarafından geliştirilmiştir. Örneğin John Chipman Gray'a göre, tüm hukuk yargısal olarak oluşmuştur. Bir topluma belirli bir davranış biçimini empoze yeden kural, mahkemeler tarafından yorumlanan kuraldır. Mahkemeler kanunların kelimelerine hayat verirler. Kanun koyucu, sadece keli-

(32) Troper, "Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité", *op. cit.*, s. 143.

(33) Aguila, *op. cit.*, s. 42.

(34) Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, s. 458-459.

(35) aguila, *op. cit.*, s. 42.

(36) İstisnaen bazı yorum metodları ve bazı yorum ilkeleri pozitif değere sahip olabilir. Örneğin ceza kanunlarında yer alan kanunılık ilkesi dolayısıyla *analogia* yasağı gibi. Bu durumda, bu yorum ilkesi hakimi bağlar. Bazen de özel hukuk alanında tarafaların yapacağı sözleşme metinlerinin yorumuna ilişkin kurallara rastlanır. Örneğin Borçlar Kanununun 75'nci maddesi, sözleşmede geçebilecek olan "ayın başı, ortası ve sonu" gibi ifadelerden ne anlaşılması gerektiğini bildirmiştir. Anayasalarda genellikle yorum metodları ve ilkeleri konusunda hükmün bulunmaz. 1982 Anayasamızın 153'ncü maddesinin 2'inci fıkrasında yer alan "Anayasa Mahkemesi bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin tamamını veya bir hükmünü iptal ederken kanun koyucu gibi hareketle, yeni bir uygulamaya yol açacak biçimde hükmü tesis edemez" kuralı bu açıdan ilginçtir.

(37) Troper, "Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité", *op. cit.*, s. 142-143.

(38) Aktaran: Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, Translated by Anders Wedberg, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1946, s. 153.

meleri telaffuz eder; mahkemeler bu kelimelerin ne anlamına geldiğini söylerler⁽³⁹⁾.

10. Yorum, tanıma işlemi değil, irade işlemidir. - Klasik yorum teorisine göre yorum, bir “tanıma (bilme) işlemi (*acte de connaissance*)”dır. Yani yorumcunun faaliyeti, bilimsel nitelikte, tamamıyla tasviri bir faaliyettir. Yorum, bir takım “metodlar”ın uygulanarak, metnin anlamının bulunmasından ibarettir. Hukuki önermenin anlamı, yorumu tekaddüm eder. O metinde “objektif” olarak mevcuttur ve okuyucunun dışındadır. Okuyucu onu “müşahade etmek” ile yetinir⁽⁴⁰⁾.

Oysa realist yorum teorisine göre, yorum tanıma işlemi, bir bilme işlemi değil, bir “irade işlemi (*acte de volonté*)”dır⁽⁴¹⁾. Bu ise iki nedenden dolayıdır.

a) Normun tanınabilecek objektif bir anlamı yoktur. - Bir kere, hukuk normunun bilinmeye (tanınmaya) (*connaissance*) elverişli objektif bir anlamı yoktur. Zira metni yapanların her birinin bu metni kabul ederken içinde bulundukları ruhi durumu bilmek imkansızdır⁽⁴²⁾. Bunu bilmek mümkün olsaydı bile, bir anlam değil; bir ruhi, bir psikik durum, bir olgu tanınabilecekti. Bu, bir grup adamın belirli bir dönemde bir metni anlayış şekli değil, ama yürtürlükte olan hukuka göre, bir metnin uygulanması anında, bu metnin nasıl anlaşılması *gerektiği* şekliyle ilgilidir. Anlamın belirlenmesi bir emri ifade eder. Göründüğü gibi bu bir irade fonksiyonudur⁽⁴³⁾.

b) Otantik Yorum. - İkinci olarak, hukuk düzeninin bazı organları tarafından yapılan yorum, *otantik (authentique)* niteliğe sahiptir. Otantik yorum, hukuken kendisine itiraz edilemeyen ve kendisine pozitif hukukun hukuki sonuçlar bağladığı yorumdur⁽⁴⁴⁾. Örneğin, bir yüksek mahkeme veya bir anayasa mahkemesi tarafından yapılan yorum otantiktir. Keza devlet başkanının yorumu da, eğer işlemlerine karşı başvuru yolu yoksa otantiktir. Bu yorum doğru veya yanlış olmaya elverişli değildir. Kimse bu yorumu karşı çıkamaz. Zira bir yandan bu yorumun karşılaşılacağı standart bir yorum yoktur; diğer yandan ise, bu yorum iptal edilemez ve içeriği ne olursa olsun sonuçlarını doğurur. O halde onun sadece geçerli olduğu söylenebilir⁽⁴⁵⁾.

(39) John Chipman Gray, *The Nature and the Sources of the Law*, New York, Columbia University Press, 1916, s. 118-120, in Grzegorczyk, Michaut et Troper, *op. cit.*, s. 356.

(40) Yann Aguila, “Cinq questions sur l’interprétation constitutionnelle”, *Revue française de droit constitutionnel*, no. 21, 1995, s. 40.

(41) Troper, “Justice constitutionnelle et démocratie”, *op. cit.*, s. 35. Bu konuda genel olarak bkz. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, s. 459-462.

(42) Michel Troper, “Le droit, la raison et la politique”, *Le Débat*, n°64, 1991, s. 191.

(43) Troper, “Justice constitutionnelle et démocratie”, *op. cit.*, s. 35-36.

(44) *Ibid.*, s. 36; Keza bkz. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, s. 461; Troper, “Le problème de l’interprétation et la théorie de la supralégalité”, *op. cit.*, s. 142.

(45) Troper, “Justice constitutionnelle et démocratie”, *op. cit.*, s. 36. Diğer bir ifadeyle bu otantik yorumlar, yasal metinlerin “resmi” anlamını belirlerler. Bkz. Troper, “Le droit, la raison et la politique”, *op. cit.*, s. 191.

Bundan şu sonuç çıkmaktadır: Hukuku uygulayan organ, otantik yorumu aracılığıyla hukuk yaratır. Bu açıdan Kelsen'in belirttiği gibi, otantik yorum yolu sadece uygulanacak normun çeşitli yorum imkanlarından birinin gerçekleştirilemesine, aynı zamanda uygulanacak normun oluşturduğu çerçeveyenin tamamen dışında kalan yeni bir normun ortaya konulmasına da yol açabiliir⁽⁴⁶⁾.

Düger bir ifadeyle, Michel Troper'in gözlemlediği gibi, eğer hukuk kuralı, kanun koyucunun kabul ettiği ve resmi gazetedede yayınlanan metin değil, ama bu metnin içeriği norm ise, bu normun ne olduğunu söyleyen kanun koyucu değil, hakimdir⁽⁴⁷⁾. Sonuç olarak "*artik ne hakim kanuna, ne de kamu makamları anayasaya tabidir. O halde hukuk normları hiyerarşisini yeniden değerlendirmek gerekmektedir*"⁽⁴⁸⁾.

Dahası, realist yorum teorisi ışığında hukuk normlarının geçerliliği teorisini yeniden değerlendirmek gereklidir. Zira, kanun koyucunun işleminin anlamı, yani norm, uygulama organı tarafından belirleniyorsa, bir kanunun hukuki geçerliliği anayasaya uygun olmasından değil, hakimin yorumundan kaynaklanır. *Geçerlilik, üst normdan gelmez, tersine alt normların üretilmesi sürecinden kaynaklanır*⁽⁴⁹⁾. Yani eğer "geçerli norm" ifadesi, bir normun objektif anlamını ifade ediyorsa, bu normun geçerliliği, onun bir üst norma uygun olmasından değil, sadece bu normun yetkili makam tarafından öyle yorumlanmasından kaynaklanır⁽⁵⁰⁾. Açıkçası, geçerlilik süreci Kelsen'in belirttiği gibi yukarıdan aşağıya olan bir süreç değil, tersine aşağıdan yukarıya doğru işleyen bir süreçtir⁽⁵¹⁾.

En azından, bir normun geçerliliği onun yorumlanmasına bağlıdır. Bir norm, bir üst norma uygun ise geçerlidir. Norm bir metnin kendisi değil onun anlamıdır. Ve bir metnin anlamı, bu metni uygulayan organ tarafından serbestçe belirlenmektedir. Eğer bir metin, aralarında seçim yapılacak birden fazla alternatif normlar ifade ediyorsa, normun geçerliliği, metnin yorumuna bağlıdır, zira bu yorum ile o norm seçilmiştir.

Aulis Aarnio da geçerlilik sorununun bir yorum sorunu olarak ortaya çıktığına işaret etmektedir⁽⁵²⁾. Aarnio bunu Finlandiya miras hukukundan aldığı bir örnek ile öbeklendirmektedir. Murisin Mameliki Hakkındaki Finlandiya Kanununun 17'nci başlığının 3'ncü bölümü mamelekin bir kısmının devredileceğini hükmeye bağlamakta, ama bu devrin "yazılı"

(46) Kelsen, *Théorie pure du droit*, op. cit., s. 451.

(47) Troper, "Un système pur du droit: le positivisme de Kelsen", op. cit., s. 133.

(48) Troper, "Justice constitutionnelle et démocratie", op. cit., s. 36-37.

(49) Michel Troper, "Kelsen, la théorie de l'interprétation et la structure de l'ordre juridique", *Revue internationale de philosophie*, 1981, s. 526.

(50) *Ibid.*

(51) Troper, "Un système pur du droit: le positivisme de Kelsen", op. cit., s. 133.

(52) Aarnio, *Le rationnel comme raisonnable*, op. cit., s. 77.

olması gerektiğini belirtmektedir. "Yazılı" ifadesi, imzasız bir belgeden, usulüne uygun olarak onaylanmış bir belgeye kadar bir çok alternatifte izin verir. Hangi koşullarda bu alternatiflerden birinin, örneğin N⁽¹⁾, alternatifinin biçimsel olarak geçerli olduğunu söyleyebiliriz? Biçimsel geçerlilik teorisinden hareket ederek, "üst norma uygun olan alternatif" cevabını vermek hiçbir sorunu çözmez. Zira Murisin Mameliki Hakkındaki Finlandiya Kanununun 17'nci başlığının 3'ncü bölümünün gerekli olan tüm kurallara uygun olarak kabul edildiği açıklıktır. O halde o geçerlidir⁽³³⁾. Göründüğü gibi, biçimsel geçerlilik, yani bir normun yetkili bir organ tarafından ve üst normlara uygun olarak konulması, bir metnin içерdiği alternatif normlar arasında bir başka normun değil de, neden bu normun seçildiği sorusuna tatmin edici bir cevap oluşturmaz. İşte bu nedenle, bir normun geçerliliği sorunu, bu normun içerisinde yer alan metnin yorumu sorununa bağlıdır. Diğer yandan ise, bir normun geçerli olup olmadığını belirlemek için, yani bir üst norma uygun olarak konulup konulmadığını, dolayısıyla hukuk düzenine ait olup olmadığını belirlemek için dahi, öncelikle bu normun içeriğini belirlemek gereklidir. Oysa bu sadece yorum ile yapılabılır⁽³⁴⁾.

Marc Vanquickenborne da bir normun geçerliliğinin onun yorumuna bağlı olduğunu belirtmektedir. Ona göre, bir *normun yorumu ile geçerliliği arasında bir ilişki* vardır. Realist yorum teorisi dikkate alınmaksızın her normun geçerliliğinin tespit edilebileceğini iddia edilebilir. Bu iddia, tamamen mekanize ve hukukun uygulamasının tüm "yaraticılığı" dışlayan saf bir uygulamadan ibaret olduğu yönünde zimmi bir varsayıma dayanır⁽³⁵⁾. Zira üst norm, alt norm yapıcısının aralarında seçim yapabileceği geniş bir imkan sahnesini belirler. Diğer bir ifadeyle alt norm koyucusu, mümkün olan çözümlerden bir tanesini *seçer*. Dolayısıyla alt norm koyucusunun kararı, basit bir *uygulama* değil; bir *yaratmadır*. Bu nedenle şunu iyi anlamak gereklidir ki, alt norm koyucusunun tercihi, üst norm açısından devamlı keyfi olacaktır⁽³⁶⁾. Dolayısıyla bütün normlar, normun koyucusunun tercihine göre, potansiyel olarak geçerli olabilirler, zira bu tercihin geçersizliğini ispat etmek mümkün değildir⁽³⁷⁾. Hatta bu tercihin doğruluğunun sınanması yetkisi bir yüksek mahkemeye veya bir anayasa mahkemesine verilse bile durum değişmez. Zira, bu takdirde, yüksek mahkeme yahut anayasa mahkemesi bu tercihi doğru bulursa onu geçerli kılar; yanlış bulursa iptal eder. Ama bu, yüksek mahkeme veya anayasa mahkemesi kararının geçerli olduğu varsayımlına dayanır. Bu varsayımlı

(53) Aarnio, "On the Validity, Efficacy and Acceptability of Legal Norms", in Grzegorczyk, Michaut et Troper, *op. cit.*, s. 330.

(54) Troper, "Le positivisme comme théorie du droit", *op. cit.*, s. 281. Keza bkz. Aulis Aarnio, "Linguistic Philosophy and Legal Theory", *Rechtstheorie*, Beiheft 1, 1979, s. 19-20, in Grzegorczyk, Michaut et Troper, *op. cit.*, s. 368.

(55) Marc Vanquickenborne, "Quelques réflexions sur la notion de validité", *Archives de philosophie du droit*, 1968, s. 193.

(56) *Ibid.*, s. 192.

(57) *Ibid.*

da ispat edilmesi ilk varsayımin ki kadar güçtür. Dolayısıyla bir normun geçerli olup olmadığını belirlemek imkansızdır⁽⁵⁸⁾.

Realist Yorum Teorisi Işığında Anayasanın Yorumlanması

Anayasaya realist yorum teorisi açısından bakarsak şunları söyleyebiliriz. Anayasanın içeriği, anayasayı uygulama organlarının yorumlarıyla koyulan normlardan oluşur. Ve anayasayı uygulama organları sadece ve sadece kendi iradelerine bağlıdır. Dahası bu organlar kendi yetkililerini belirleyen hükümleri de yorumlamaktadır. Dolayısıyla kendi kendilerinin yetkilerini belirlemektedirler⁽⁵⁹⁾. Diğer bir ifadeyle norm, anayaşa metninin anlamıdır. Bu anlam ise yorumcunun, yani anayasa hakiminin serbest iradesi ile belirlenir. O halde, anayasa normu, anayasa hakimi için önceden mevcut olan bir veri değildir; zira, *yorumdan önce norm yoktur*"⁽⁶⁰⁾.

Michel Troper, anayasa normlarını bizzat anayasayı uygulayan organların koyduğunu belirtmektedir. Bununla birlikte, bu organlar da anayasa tarafından kurulmuş ve teşkilatlandırılmıştır. Diğer yandan, anayasa koyucunun irade işlemi, bir normun subjektif anlamına sahiptir. Ama, ancak hukuk düzeni bu irade işleminin ihlaline bir takım hukuki sonuçlar bağlarsa bir normun objektif anlamına sahip olabilir. Oysa anayasa koyucunun iradesinin ihlal edilip edilmediğini ve ihlal edilmişse öngörülen müeyyidelerin uygulanıp uygulanmayacağıni belirleyecek olan şey, yine bizzat anayasayı uygulama organlarının yapacakları yorumdur. O halde, anayasal düzenlemelere normların objektif anlamını kazandıran şey, yorumdur, yani anayasanın uygulanmasıdır. O halde anayasa, bir hukuk normları bütünü olarak değil, normların subjektif anımlarına sahip düzenlemeler bütünü olarak görülmektedir. *Anayasa koyucu gerçek anlamda normlar koymaz*⁽⁶¹⁾. O sadece belirli kişilerin, belirli makamların, belirli kurulların belirli bir şekilde örgütlenmelerini, belirli tip işlemler yapabilmelerini, belirli tarzda karşılıklı ilişkilere sahip olmalarını düzenler. O halde "anayasa" (*constitution=esas teşkilat*) terimi, ilk anlamıyla ele alınmalıdır: Bu bir kurallar bütünü değil, bir "teşkilat", bir örgütler sistemidir⁽⁶²⁾.

Michel Troper, Fransız pozitif hukuku çerçevesinde realist yorum teorisini kanunların anayasaya uygunluk denetimine sorununa uygular. Yazar ilk önce Anayasa ile Fransız Anayasa Konseyi kararları arasında

(58) *Ibid.*, s. 192-193.

(59) Troper, "Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité", *op. cit.*, s. 143.

(60) Troper, "Le droit, la raison, la politique", *op. cit.*, s. 191.

(61) Bu anlamda keza bkz. Troper, "Un système pur du droit: le positivisme de Kelsen", *op. cit.*, s. 134: "Anayasanın anmasını yorumcu belirler. O halde anayasa normu, objektif ve doku-nulmaz bir şekilde kurucu iktidar tarafından konulmuştur. Anayasa normu, otantik yorumcu tarafından, yani anayasa yargısı tarafından sürekli olarak tekrar ve tekrar yaratılır".

(62) Troper, "Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité", *op. cit.*, s. 143.

hiç bir hiyerarşinin var olmadığını gözlemler. Anayasa Konseyinin kara-ri, gerçekte bir norm üzerine kuruludur, ama bu norm bizatîhi Anayasâ-nın metni değil, Anayasa Konseyinin bu metne atfettiği anlamadır. Diğer bir ifadeyle, Konsey, kurucu iktidardan çıkan bir norma tabi değildir⁽⁶³⁾.

Klasik teoride, anayasanın bağlayıcılığı açısından, kanunların anaya-saya uygunluğu denetiminin olduğu sistemler ile böyle bir denetimin ol-madığı sistemler arasında bir ayrim yapılmaktadır. Bu ayrima göre, ana-yasallık denetiminin olduğu sistemlerde anayasa bağlayıcıdır, anayasa ile kanunlar arasında bir hiyerarşi vardır. Anayasallık denetiminin olmadığı sistemlerde ise, anayasanın bağlayıcılığı ve anayasa ile kanunlar arasın-daki hiyerarşî sözde kalır. Zira, anayasa aykırı bir kanun çıkarılırsa bu kanunun geçersiz hale getirilebilmesi mümkün değildir.

Realist yorum teorisi, anayasaya uygunluk denetiminin bulunduğu sistemler ile böyle bir denetimin bulunmadığı sistemler arasında yapılan bu tür ayrimi kabul etmez. Bu teoriye göre, anayasaya uygunluk deneti-minin bulunmadığı sistemlerde kanun ile anayasa arasında bir hiyerarşî yoktur. Zira, kanun koyucu serbestçe anayasayı yorumlar. Dolayısıyla, kanun koyucu anayasaya tabi değildir⁽⁶⁴⁾. Ne var ki realist yorum teorisine göre, anayasaya uygunluk denetiminin bulunduğu sistemlerde de değişen bir şey yoktur. Anayasa ile kanun arasında yine hiyerarşî yoktur. Zira, böyle bir sistemde, kanun koyucu, anayasanın metnine değil, anayasa yargıcı tarafından yaratılan norma tabidir⁽⁶⁵⁾. Diğer bir ifadeyle kanun ko-yucunun tabi olduğu anayasa, kurucu iktidarın yaptığı metin değil, anaya-sanın otantik yorumcusunun, yani anayasa yargıcının bu metne atfettiği anlamadır⁽⁶⁶⁾.

Bu gözlemlerden yola çıkarak, 1975'te Michel Troper şu sonuca ulaşmıştır.

"Anayasallık denetimiyle görevli bir organ olsun ya da olmasın, anayasa, kanun-lara ve kamu otoritelerinin diğer işlevlerine üstün değildir. Bunlar -adlı veya adlı olmayan otoriteler- anayasayı uygulamak için onu yorumlamak, yani yeniden ya-ratmak zorundadırlar. Bu faaliyetin içrasında ise, hiç bir hukuk normuna tabi de-gildirler. Sadece, kendi içinde bulundukları karşılıklı ilişkiler sistemi ile bağlıdır-lar"⁽⁶⁷⁾.

1990'da Michel Troper bu tezi üzerine tekrar dönmüştür. Ona göre, anayasaya uygunluk denetiminin bulunduğu sistemler ile bulunmadığı sistemler arasındaki böyle bir ayrim, aslında "kanun koyucu" olarak isimlendirilen şeyin sadece "parlamento" olduğu varsayımini gerektir-

(63) Troper, "Justice constitutionnelle et démocratie", *op. cit.*, s. 37. Michel Troper'e göre, ka-nunların anayasaya uygunluk denetimi ile görevli organ, aslında bir "kurucu organ"dır (Tro-per, "Un système pur du droit: le positivisme de Kelsen", in Bouretz (ed.), *op. cit.*, s. 134).

(64) Troper, "Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité", *op. cit.*, s. 136; *Id.*, "Justice constitutionnelle et démocratie", *op. cit.*, s. 39.

(65) Troper, "Justice constitutionnelle et démocratie", *op. cit.*, s. 39.

(66) Troper, "Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité", *op. cit.*, s. 145.

(67) *Ibid.*, s. 150.

rir⁽⁶⁸⁾. Ona göre, “gerçek kanun koyucu, kanunun yaratıcısı, parlamento değildir. Bu, anayasa yargıçının dahil olmak üzere, kanunun yapılmasına katılanların bütünüdür”⁽⁶⁹⁾. Orneğin, Michel Troper'e göre. Fransız anayasal sisteminde, Anayasa Konseyi, “eş-yasakoyucu (*co-législateur*)” veya “kanunun eş-yapıcısı (*co-auteur de la loi*)”dır. Bu nitelik, Charles Eisenmann tarafından ifade edilen basit bir formül yardımıyla belirlenebilir:

“Bir işlemin yapılması sürecine kesin (*décisionnelle*) bir şekilde katılan her otorite, diğer bir ifadeyle, işlemin oluşumu için rızası kaçınılmaz olan her otorite, o işlemin ‘yapıcısı veya eş-yapıcısı (*auteur ou co-auteur*)’dır”⁽⁷⁰⁾.

Bu kritereye göre, bir işlemin yapılmasına karar verme yetkisiyle (*décisionnelle*) katılmayan kimseler, örneğin, bu süreçte fikri olarak katılan uzmanlar veya işlemin kaleme alınmasına katılan sekreterler, işlemin “eş-yapıcı (*co-auteur*)”sı değildirler. Buna karşın bir işlemin ısdarına karşı çıkabilecek ve keza yürürlüğe girmiş bir işlemi iptal edebilecek her makam bu işlemin “eş-yapıcı (*co-auteur*)”ıdır.

Bu bakımdan, anayasaya uygunluk denetimi yapmakla görevli organ da anayasa metninde geçen kelimelelere şu ya da bu anlamda verek bir kanunun geçerliliğini ortadan kaldırabilmektedir. Öyleyse, anayasaya uygunluk denetimi yapan organ, kanunların “eş-yasakoyucu (*co-législateur*)” olarak kabul edilmelidir⁽⁷¹⁾.

Sonuç olarak Michel Troper'e göre, Fransız V'inci Cumhuriyetinde, yasama fonksiyonu karma bir organ tarafından kullanılmaktadır. Bu karma organın bir tarafını, hükümet ve parlamento, diğer tarafını ise Anayasa Konseyi ve Anayasa Konseyine başvurma yetkisine sahip makamlar oluşturmaktadır. Bütünlükle dikkate alınan bu kanun koyucu, III'ncü Cumhuriyyette parlamentonun anayasaya tabi olduğundan daha fazla anayasaya tabi değildir⁽⁷²⁾.

Diger yandan, anayasaya uygunluk denetimi ile görevli organın yorumundan önce norm yoksa ve bu organ da serbestçe yorumlar yapabiliyorsa ve yaptığı yorum ne olursa olsun geçerli ise, anayasa yargısının meşruluğu sorunu kaçınılmaz olarak ortaya çıkmaktadır. Zira anayasa yargısının meşruluğu, normlar hiyerarşisi varsayımlına, kısacası, anayasaya aykırı bir kanunun geçerli olamayacağı tezine dayanmaktadır. Oysa realist yorum teorisinin gösterdiği gibi, anayasa normunun gerçek koyucusu, onu yorumlayan anayasa yargıçı organı ise ve bu organ da halk tarafından seçilmeyen, ama atanınan yargıçlardan oluşuyorsa, bu organın faktiyesi meşru değildir.

(68) Troper, “Justice constitutionnelle et démocratie”, *op. cit.*, s. 39.

(69) *Ibid.*

(70) *Ibid.*

(71) *Ibid.*, s. 37-38.

(72) *Ibid.*, s. 40.

Sonuç olarak, bir kanun maddesinin veya anayasa maddesinin içeriği şey, *norm* değil, *metin*dir. Diğer bir ifadeyle, bir maddenin metninde *norm* değil, kelimeler vardır. Norm ise kelimelerin kendileri değil, anımlarıdır. Şüphesiz bu kelimelerden herkes başka bir şey anlayabilir. Bu değişik anımlardan sadece bir tanesi hukuken geçerlidir; diğerleri sadece kişisel görüş niteliğindedir. Geçerli olan anlam ise, otantik anlamdır. Yani yetkili organın yaptığı yorumdan çıkan anlamdır. Bu anlamın içeriği ne olursa olsun, yetkili organın belirlediği anlama hukuken itiraz edilemez ve pozitif hukuk sadece bu anlama hukuki sonuçlar tanır.

Ne var ki, yetkili organın maddenin metnine verdiği anlam, her zaman genel kabul görmüş bir anlam olmayıpabilir. Hatta kanun koyucunun kesinlikle arzulamadığı bir anlam dahi olabilir. Yetkili organın otantik yorumu sonucu oluşan anlamın içeriği ne olursa olsun, norm bu anlamdır. Her halukarda geçerlidir. Dolayısıyla realist yorum teorisi, otantik yorumcunun her yorumuna meşruluk kazandırmaktadır. Bu teorinin gözünde, otantik yorumcunun yetkisi sınırsızdır. Bu yorumcunun yaptığı yorumlar, doktrin tarafından yanlış bulunabilir. Keza bu otantik yorumlar, birçoklarına göre kanunun bizzat sözüne bile aykırı olabilir. Ancak tüm bunlar yorumun geçerliliğini etkilemez. Otantik yorumun geçerliliği etkilenmese de, otantik yorum yetkisinin ortaya çıkaracağı sonuçlar anayasal sisteme dengelenmelidir. Bu dengelenme, anayasal sistemin diğer organlarının göstereceği tepkiler ile olur. Bu tepkiler de aslında bu organların kendilerine verilen yetkileri kullanmalarından ve kendi alanlarında yaptıkları otantik yorumlardan ibarettir. İşte realist yorum teorisinin dengeleyicisi olarak şimdî *mekanist anayasa anlayışını* göreceğiz.

II. MEKANİST ANAYASA ANLAYIŞI

İlk önce mekanist anayasa anlayışının karşıtı olan hukuki anayasa anlayışını görelim.

“Hukuki anayasa anlayışı (*conception juridique de la constitution*)”⁽⁷³⁾nda, anayasa kamu iktidarları için bağlayıcı hukuk normları bütünü olarak kabul edilir⁽⁷⁴⁾. Diğer bir ifadeyle, bu anlayışta anayasa, bağlayıcı hukuki bir metin olarak algılanır.

(73) Hukuki anayasa anlayışı ifade etmek için bazen “norm olarak anayasa” (*constitution comme norm*), “hukuki kurallar bütünü olarak anayasa” (*constitution comme ensemble de règles juridiques*) de denmektedir. Aynı anlamda bazı yazarlar da, “normatif anayasa” (*constitution normative*), “anayasanın normatif içeriği” (*contenu normatif de la constitution*) veya “anayasanın hukuki okunuşu” (*lecture juridique de la constitution*)dan bahsetmektedirler.

(74) Michel Troper, “La Constitution et ses représentations sous la V^e République”, *Pouvoirs*, n°4, 1978, s. 62.

Buna karşılık, “mekanist anayasa anlayışı (*conception mécaniste de la constitution*)”⁽⁷⁵⁾nda, anayasa, devlet içinde siyasi iktidarın organizasyonu olarak algılanır. Bu organizasyon içinde, anayasal organlar, öylesine dengeli ve karşılıklı yetkilere ve eylem araçlarına sahiptirler ki, isteseler de iktidarlarını aşamazlar. Onlar gerçek anlamda “yükümlülükler (*obligations*)” değil, karışık bir sistem içinde bulunmalarından kaynaklanan “güçlülere (*contraintes*)” tâbidirler⁽⁷⁶⁾. Michel Troper’ın belirttiği gibi, kamu iktidarlarının davranışları, *bağlayıcı hukuk normlarının uygulanması* veya ihlali olarak değil, ama içinde anayasal düzenlemelerin ve onların karşılıklı ilişkilerinin bulunduğu karışık nedenler bütününe ürünü olarak algılanır. Mesele bir kamu makamının ne yapması gerektiği veya neyi yapmasına *izin verildiği* değil, ama neyi yapmasının *mمmkün olduğunu*ndur⁽⁷⁷⁾. Diğer bir ifadeyle, anayasa hükümleri tek başına değil, ama karşılıklı ilişkileri içinde değerlendirilirse, onların bir şeye emretmediği veya bir şeye yetki vermediği, ama çeşitli stratejilere olanak verdikleri gözlemlenebilir. Eğer anayasa, kurallar bütünü ise, bu kurallar hukuk kuralları değil, “oyun” kurallarıdır: Her oyuncu, kuralların dilbilgisel ifadeleri nedeniyle değil, ama kendi davranışının öbür oyuncularda yol açacağı tepkileri düşünerek mümkün olan değişik davranışlar arasında bir seçim yapar⁽⁷⁸⁾.

Michel Troper şu sonuca varmaktadır: Anayasa bağlayıcı değildir, ama bütün kamu iktidarlarını karşılıklı ve karmaşık ilişkiler yumağına soktuğu ölçüde, her birinin kendi yetkilerini tek başına belirleme yetkisini sınırlamaktadır. Bu sınırlama hukuki nitelikte değildir. Bir yükümlülük değil, bir zorlama söz konusudur⁽⁷⁹⁾.

Mekanist anayasa anlayışınınlığında, otantik yorum yetkisine sahip organın yorumlarının, bu organın partneri durumundaki diğer organların tepkisi ile dengeleneceği söylenebilir. Otantik yorum yapan yetkili organ yapacağı yorumun her halukarda geçerli olduğunu varsayıarak tamamen keyfine göre yorum yapmayacaktır. Bu yorumu yaparken, bu yorumun diğer anayasal organlarda yol açacağı tepkileri de hesaba katacaktır. Tartışmalı yorumlar yaparsa diğer organların tepkisini çeker. Bunun sonunda, zamanla, mevcut yetkilerinde bir kısılma ortaya çıkabilir.

Şimdi Türk Anayasa Mahkemesi kararlarından bazlarının nasıl realist yorum teorisini ve bu kararlara gösterilen tepkilerin de nasıl mekanist anayasa anlayışını teyid ettiklerini göreceğiz.

(75) Mekanist anayasa anlayışını ifade etmek için bazen “kurumsal anayasa” (*constitution institutionnelle*) veya “fikir olarak anayasa” (*constitution comme idée*) ifadeleri de kullanılmaktadır. Aynı anlamda bazı yazarlar da, “anayasanın siyasi içeriği” (*contenu politique de la constitution*) veya “anayasanın siyasi okunuşu” (*lecture politique de la constitution*)ndan bahsetmektedirler.

(76) Troper, “La Constitution et ses représentations sous la Ve République”, *op. cit.*, s. 62.

(77) *Ibid.*, s. 68.

(78) *Ibid.*, s. 70.

(79) Troper, “Le problème de l’interprétation et la théorie de la supralégalité”, *op. cit.* s. 150.

III. REALİST YORUM TEORİSİ VE MEKANİST ANAYASA ANLAYIŞININ TÜRK ANAYASAL PRATİĞİ TARAFINDAN TEYİDİ

Şimdi realist yorum teorisini ve mekanist anayasa anlayışını Türk anayasa hukukuna uygulamaya çalışacağız. Bu teori ışığında Türk Anayasa Mahkemesinin 1961 Anayasası döneminde anayasa değişiklikleri üzerine verdiği ve hayli tartışmalara yol açmış kararlarını tekrar değerlendirmeye çalışacağız.

1. 1971 Öncesi

Önce Anayasa Mahkemesinin içtihadını, sonra bu içtihada tali kuru-
cu iktidarın gösterdiği tepkiyi göreceğiz.

a) Anayasa Mahkemesinin Anayasa Değişiklikleri Üzerine İctihadi: Realist Yorum Teorisinin Teyidi

Bilindiği gibi, 1961 Anayasasının 68'inci maddesi 6.11.1969 tarih ve 1188 sayılı kanun ile değiştirilmiş, bu anayasa değişikliğinin iptali istemi ile Türkiye İşçi Partisi tarafından Anayasa Mahkemesinde iptal davası açılmıştır.

Anayasa Mahkemesinin bu davada cevaplamak zorunda olduğu ilk soru, anayasa değişiklerinin anayasaya uygunluğunu denetleme yetkisine sahip olup olmadığı sorusu idi. Bu soruya ise değişik cevaplar verilebilirdi. Zira, bu konuda Anayasa Mahkemesinin yetkisini düzenleyen Anayasanın 147'inci maddesinin metni değişik şekillerde yorumlanabilirdi. 147'inci madde şöyle diyordu:

"Anayasa Mahkemesi, kanunların ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İctüzyüklerinin Anayasaya uygunluğunu denetler".

Göründüğü gibi, 147'inci madde "kanunlar"ın Anayasaya uygunluğunu denetlemek konusunda Anayasa Mahkemesine yetki veriyor, ancak "anayasa değişiklikleri"nden veya "anayasal kanunlardan" hiç bir şekilde bahsetmiyordu. O halde Anayasa Mahkemesinin cevaplamak zorunda olduğu ilk soru, 147'inci maddenin metninde geçen "kanunlar" kelimesinin "anayasa değişiklikleri"ni de kapsayıp kapsamadığı sorusuydu.

Bu soruya değişik cevaplar verilebilirdi. Bir kere denilebilirdi ki, bu madde metninde açıkça "anayasa değişiklikleri" denmediğine göre, Anayasa Mahkemesinin anayasa değişiklerini denetlemeye yetkisi yoktu. İkinci olarak Anayasa Mahkemesinin anayasa değişiklerini denetleme yetkisinin olduğu da düşünülebilirdi. Zira, anayasa değişiklikleri de bireysel bakımından birer "kanun"dur. 147'inci madde ise "kanunlar"ın anayasaya uygunluğu denetimini Anayasa Mahkemesine vermektedir.

Göründüğü gibi, ortada Anayasa Mahkemesinin yetkisini düzenleyen bir Anayasa maddesi *metni* olmasına rağmen, uygulanacak olan anayasa *normu* yoktur. Söz konusu norm, Anayasanın 147'inci maddesi metninde geçen "kanunlar" kelimesinin ne anlamına geldiğinin tespit edilmesinden, yani yorumlanmasıından sonra ortaya çıkmaktadır. 147'inci maddedeki "kanun" kelimesi de, yukarıda belirtildiği gibi, değişik şekillerde yorumlanabilir. Birinci yorum'a göre, "kanun" kelimesi "anayasa değişiklikleri"ni, "anayasal kanunları" kapsamaz. İkinci bir yorum'a göre ise, "kanun" kelimesi "anayasal kanunları" da içerir.

Anayasa Mahkemesi bu muhtemel yorum tarzlarından ikincisini benimsemiştir:

"1961 Anayasasında yapılacak değişikliklerin, Anayasanın 155. maddesinde yer alan usul ve şartlara uyulmak suretiyle çıkarılacak kanunlarla mümkün olabileceğİ ortadadır. Nitekim söz konusu 1188 sayılı metnin adı da, başlığında açıkça görüleceği üzere 'kanun'dur. Esasen 155. maddedede Anayasa değişikliklerinin bazı kayıt ve şartlar dışında, kanunların görüşülmesi ve kabulü hakkındaki hükümlere uyulmak suretiyle Meclislerden geçirileceği ilkesi konubnak suretiyle bunların 'kanun' nitelikleri de ayrıca belirtilmiş bulunmaktadır"⁽⁸⁰⁾.

Göründüğü gibi, Anayasa Mahkemesinin yorumuna göre, anayasa değişiklikleri de 147'inci madde anlamında bir 'kanun'durlar. Dolayısıyla, özel yetki ile yetkilendirilmesine gerek olmaksızın, 147'inci madde kapsamında anayasa değişikliklerini de denetleyebilir.

Anayasa Mahkemesinin bu cevabı şüphesiz eleştirilebilir. Anayasa Mahkemesinin kararını destekleyenler olduğu gibi⁽⁸¹⁾, bu karara karşı çıkanlar da olmuştur. İlk eleştiri muhalif üye Fazıl Uluocak'ın yazdığı muhalefet şerhinde yer almıştır:

"Anayasa Mahkemesinin görevi kanunların ve yasama meclislerinin içtüzüklerinin Anayasa'ya uygunluğunu denetlemektir. Anayasa'nın değiştirilmesi teklifi ve bu teklifi meclislerce kabulü Anayasa'da gösterilen usul ve şartlara tabidir. Buna göre, yapılmış anayasa metnine giren bir hükmü iptali hakkındaki davaların görüşülmesi Anayasa Mahkemesinin görevi dışında olduğu kanısındayım"⁽⁸²⁾.

Böylece Fazıl Uluocak, "kanunlar" ile "anayasa değişiklikleri" arasında bir nitelik farkı görmekte, bu nedenle de 147'inci maddedede geçen kanun teriminin "anayasa değişiklikleri"ni kapsamadığını düşünmektedir. Bu arada şunu da belirtelim ki, kurul halinde verilen mahkeme kararlarında bulunan karşı oy yazıları, bir metnin nasıl değişik şekillerde yorumlanabileceğini açıkçası, bir metnin nasıl birden fazla norm içermeye elverişli olduğunu en mükemmel kanıtlıdır. Ancak yinede otantik yorum, muhalif üyelerin yorumu değil, çoğunuğun yorumudur.

(80) Anayasa Mahkemesinin 16.6.1970 Tarih ve E. 1970/1 ve K. 1970/31 Sayılı Kararı, *Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi*, Sayı 8, 1971, s. 322.

(81) Örneğin bzk. Rona Serozan, "Anayasayı Değiştirme Yetkisinin Sınırları", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt XXXVII, no. 1-4, 1972, s. 140.

(82) Fazıl Uluocak'ın Muhalefet Şerhi, in Anayasa Mahkemesinin 16.6.1970 Tarih ve E. 1970/1 ve K. 1970/31 Sayılı Kararı, *Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi*, Sayı 8, 1971, s. 334.

Soruna realist yorum teorisi açısından bakılırsa şunlar söylenebilir: Olayda Anayasa Mahkemesine önceden verilmiş bir norm yoktur. Yüksek Mahkemeye verilmiş olan şey *norm* değil, Anayasanın 147'inci maddesinin *metnidir*. Sorunun çözümü 1961 Anayasasının 147'inci maddeinde geçen "kanun" kelimesinin yorumuna bağlıdır. eğer "anayasa değişiklikleri" de 147'inci madde anlamında bir "kanun" olarak kabul edilirlerse, Anayasa Mahkemesinin denetimine tâbi tutulabilirler. O halde 147'inci maddede geçen "kanun" kelimesini *yorumlamak* gereklidir. Şüphesiz herkes bu kelimeyi istediği gibi yorumlayabilir. Hukukta bu yorumlardan sadece bir tanesi geçerlidir. Diğerleri kişisel görüş niteligidir. O halde otantik yorumu, yani hukuka itiraz edilemeyen ve pozitif hukukun sadece kendisine hukuki sonuçlar bağlılığı yorumu tespit etmek gereklidir.

1961 Anayasası sisteminde Anayasa metninin Anayasa Mahkemesi tarafından yapılan yorumu otantiktir. Zira, 1961 Anayasasının 152'inci maddesine göre, "Anayasa Mahkemesi kararları kesindir... ve devletin yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzel kişileri bağlar". Diğer bir ifadeyle, kimse Anayasa Mahkemesi kararlarının geçerliliğine hukucken karşı çıkamaz. Zira, bu kararların iptal edilebilmesi imkansızdır. İçerikleri ne olursa olsun hukuki sonuçlarını doğururlar. Kaldı ki, bu yorumun kendisiyle karşılaşılıp Anayasa Mahkemesinin yorumunun yanlış olduğunu söyleneceği bir standart yorumda yoktur.

Anayasa Mahkemesi de 147'inci madde de geçen "kanun" kelimesini yorumlamış, bu kelimenin sadece adı kanunları değil, "anayasayı değiştiren kanunları" da kapsadığını söylemiştir. O halde, realist yorum teorisi açısından 1961 anayasasının ilk şeklinde anayasa değişiklerinin de Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenebileceğini söylemekten başka bir sey kalmyor.

Anayasa Mahkemesi 16 Haziran 1970 gün ve E. 1970/1, K. 1970/31 sayılı kararında anayasa değişiklerini sadece şekil bakımından değil, esas bakımından da denetlemeye yetkili olduğuna karar vermiştir. Zira Mahkemeye göre, "devlet şeklinin cumhuriyet olduğu yolundaki hükmün değiştirilemez" olduğu hükmünü getiren 1961 Anayasasının 9'uncu maddesi anayasa değişiklerini öz bakımından da sınırlırmaktadır.

Anayasa'nın 9'uncu maddesinin metninde "devlet şeklinin cumhuriyet olduğu yolundaki hükmün" değiştirilemeyeceği ve 1'inci maddesinin metninde de "Türkiye Devletinin bir Cumhuriyet olduğu" yazılı idi. Ama bu "cumhuriyet"in bir tanımı Anayasada yapılmamıştı. Dolayısıyla "cumhuriyet" anayasa metninde geçen bir kelimedenden başka bir şey değildi. 9'uncu maddeden bir norm çıkarabilemek için bu maddenin metninde geçen "cumhuriyet" kelimesinin yorumlanması gerekiyordu.

“Cumhuriyet” kelimesi ise, değişik şekillerde yorumlanabilirdi. Biliindiği gibi, sadece Türkiye’de değil, başka ülkelerde de “cumhuriyet” kelimesinden farklı farklı şeyler anlaşılmıştır. Mesela, benzer bir anaya-sayı değiştirme yasağının bulunduğu Fransa’da da bu konu tartışılmış, “cumhuriyet”ten değişik şeyler anlaşılmış ve bu değiştirme yasağının kapsamı da değişik şekilde algılanmıştır. Örneğin Jean-Marie Pontier, “cumhuriyet” kelimesinin, hukuki, siyasi, tarihi, felsefi anlamının bulunduğu gibi, hatta duygusal bir anlamının dahi bulunduğuunu yazar⁽⁸³⁾. Diğer anlamları bir yana bırakılsa bile, Fransız yazarlar hükümet şekli olarak dahi “cumhuriyet”in tanımında uzlaşmış degillerdir. Bir grup yazara göre, bu “cumhuriyet” kavramı *dar* yorumlanmalıdır. Onlara göre cumhuriyet, devlet başkanlığının veraset yoluyla intikal etmediği bir hükümet şeklidir⁽⁸⁴⁾. Göründüğü gibi bu tanımda, “cumhuriyet”, monarşinin karşıtı olarak tanımlanmıştır. Özette Georges Vedel’in belirttiği gibi, bu anlaşıta,

“*ırsı olarak intikal eden bir devlet başkanlığı, ihdas edilmedikçe, cumhuriyet vardır. Politik olarak ve duygusal olarak, cumhuriyet kelimesi bu negatif tanımından başka bir şeyi ifade edebilir. Ama hukuken cumhuriyet şeklini değiştirme yasağı bir monarşinin veya veraset yoluyla intikal eden bir imparatorluğun ihdasını engeller.*”

Buna karşın *geniş yorum* taraftarlarına göre, “cumhuriyet” kavramı, demokratik düzenin temel prensiplerini de içerir⁽⁸⁵⁾. Bu yorumu göre, cumhuriyet şekli, genel oy, temsili rejim, kuvvetler ayrılığı gibi ilkeleri de içerir⁽⁸⁶⁾. Özette geniş anlamda cumhuriyet, sadece monarşinin karşıtı değil, aynı zamanda demokrasinin eş anlamlısıdır.

Türk Anayasa Mahkemesi de 16 Haziran 1970 tarihli kararında “cumhuriyet” kelimesini *geniş anlamda* yorumlamıştır. Yüksek Mahkemeye göre:

-
- (83) Jean-Marie Pontier, “La république”, *Recueil Dalloz Sirey*, 1992, 31^e Cahier, Chronique, XLVII, s. 239-246. Bu konuda keza bkz. Jean-Louis Quermonne, “République”, in Olivier Duhamel et Yves Meny (sous la direction de), *Dictionnaire constitutionnel*, Paris, s.U.F., 1992, s. 921; Michel Henry Fabre, *Principes républicains de droit constitutionnel*, 4^e édition, Paris, L.G.D.J., 1984, s. 3.
- (84) Dar yorum taraftarları için bkz: Julien Laferrière, *Le nouveau gouvernement de la France: les actes constitutionnels de 1940-1942*, Paris, Sirey, 1942, s. 40; Georges Vedel, *Droit constitutionnel*, Paris, Sircy, 1949, (réimpression, 1989), s. 278, 318; Daniel Gaxie, “Article 89”, in François Luchaire et Gérard Conac (sous la direction de), *La Constitution de la République française*, Paris, Economica, 2^e édition, 1987, s. 1329; Bernard Branchet, *La révision de la Constitution sous la Ve République*, Paris, L.G.D.J., 1994, s. 64.
- (85) Didier Maus, “Sur ‘la forme républicaine du gouvernement’”, *Commentaire sous C.C., n°92-312 DC du 2 septembre 1992, (Maastricht II)*, *Revue française de droit constitutionnel*, n°11, 1992, s. 412. Maurice Agulhon cumhuriyeti, “ne kralı, ne diktatörü olan bir rejim, bir hukuk devleti, bir liberal demokrasi” olarak tanımlamaktadır (Maurice Agulhon, *La République: 1880 à nos jours*, Paris, Hachette 1990”dan nakleden Quermonne, op. cit., s. 923. Keza Maurice Hauriou da cumhuriyetten “tamamen seçime dayalı bir hükümet şekli” anlıyordu (Maurice Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 2^e édition, 1929, (reprint par C.N.R.S., Paris, 1959, s. 343)).
- (86) Maus, op. cit., s. 412. Keza bkz. Louis Favoreu, *Commentaire sous C.C., n°92-312 DC du 2 septembre 1992, (Maastricht II)*, *Revue française de droit constitutionnel*, 1992, s. 738.

"Buradaki değişmezlik ilkesinin sadece 'cumhuriyet' sözcüğünü hedef almadığını söylemek bile fazladır. Yani, Anayasada sadece 'cumhuriyet' sözcüğünün değişmezliğini kabul ederek, onun dışındaki bütün ilke ve kurulların değiştirebileceğini düşünmenin Anayasanın bu ilkesi ile bağdaştırılması mümkün değildir. Zira, 9. maddedeki değişmezlik ilkesinin amacının, Anayasanın 1., 2., maddelerinde ve 2. maddenin gönderme yaptığı başlangıç bölümünde yer alan temel ilkelerle niteliği belirtilmiş, 'cumhuriyet' sözcüğü ile ifade edilen devlet sistemidir"⁽⁸⁷⁾.

Özetle bu kararda Anayasa Mahkemesi "cumhuriyet" kelimesini geniş anlamda yorumlamış, bu yorumla göre de değişmezlik yasağı sadece 1'inci maddeyi değil, 2'inci maddede ifade edilen ilkeleri de içermektedir.

Bilindiği üzere, Anayasa Mahkemesinin cumhuriyet kelimesini geniş anlamda yorumlaması Türk anayasa hukuku doktrininde derin tartışmalarla yol açmuştur. Örneğin Rona Serozan, Muammer Aksoy ve Yıldızhan Yaya gibi yazarlar Anayasa Mahkemesinin yorumunu doğru bulurken⁽⁸⁸⁾, bir çok yazar da Anayasa Mahkemesinin bu yorumunu şiddetle eleştirmiştir. Onlara göre, cumhuriyetin değiştirilemezliği ilkesi, sadece iktidarın ırsı intikalini yasaklıyor. Keza, 9'uncu maddede belirtilen yasak, değiştirilebilirlilik kuralının istisnası niteliğindeydi ve hukukun bir genel ilkesi gereğince istisnai hükümler genişletici yorumu tabi tutulamazlardı⁽⁸⁹⁾. Dahası, bu yorum Anayasa Mahkemesine sınırsız bir yetki tanıtmaktaydı. Zira Anayasanın 2'inci maddesini ilgilendirmeyen anayasa değişikliği düşünmek mümkün değildi. Nihayet böyle bir yorum, hukukiğin denetimi değil, yerindelik denetimine yol açıyordu⁽⁹⁰⁾.

Her ne kadar Anayasa Mahkemesinin cumhuriyet kelimesine verdiği geniş anlam eleştirilebilirse de, realist yorum teorisilığında söylenebile-

(87) Anayasa Mahkemesinin 16.6.1970 Tarih ve E. 1970/1 ve K. 1970/31 Sayılı Kararı, *Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi*, Sayı 8, 1971, s. 323.

(88) Rona Serozan, "Anayasayı Değiştirme Yetkisinin Sınırları", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt XXXVII, n°1-4, 1972, s. 134; Muammer Aksoy, *Devrimci Öğretmenin Kıyımı ve Mücadelesi* (sic!), Ankara, Orsel Matbaası, 1975, Cilt II, s. 1262; Yıldızhan Yaya, "Anayasa Mahkemesine Göre Cumhuriyetin Özü", *Hıfzı Timur'un Anısına Armağan*, İstanbul, İ.Ü. Hukuk Fakültesi Milletlerarası Münasebetler Enstitüsü Yayımları, 1979, s. 1012-1013.

(89) Yukarıda da not ettigimiz gibi yorum metodları ve kuralları "sözde" ilkelerdir. Hiç bir pozitif hukuki değere sahip değildirler. İstisnai hükümlerden dar yorumlanacağı yolundaki kuralda doktrinin ürünüdür. Hiç bir şekilde bir hukuk kuralları değildir. Hakimleri bağlamaz. Bunun en güzel örneği Anayasa Mahkemesinin yukarıda incelenen kararıdır.

(90) Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara, Yetkin Yayınları, 3. Baskı, 1993, s. 134-137; Cem Eroğlu, *Anayasayı Değiştirme Sorunu: Bir Mukayeseli Hukuk İncelemesi*, Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1974, s. 168; Mümtaz Soysal, *100 Soruda Anayasanın Anlamı*, İstanbul, Gerçek Yayınevi, 4. Baskı, 1977, s. 219; Mehmet Turhan, "Anayasaya Ayrımı Anayasa Değişiklikleri", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt XXXIII, 1976, n°1-4, s. 98; Erdal Onar, *1982 Anayasasında Anayasayı Değiştirme Sorunu*, Ankara, 1993, s. 9-10; Tahsin Türkçapar, "Anayasa Mahkemesinin Anayasa'da Yapılan Değişiklikleri Denetleme Yetkisi", *Yargıtay Dergisi*, Cilt IV, 1978 (Ocak-Nisan), n°1-2, s. 28-29; Orhan Aldıkaçı, *Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası*, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1982, s. 362; Burhan Kuzu, *1982 Anayasasının Temel Nitelikleri ve Getirdiği Yenilikler*, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1990, s. 182-183.

cek tek şey bu eleştirilerin sadece kişisel görüş olduklarıdır. Pozitif hukuk açısından, 9'uncu maddede öngörülen cumhuriyeti değiştirmeye yasağının kapsamının ne olduğu sorusuna verilebilecek muhtemel cevaplar bizi ilgilendirmez. Bizi ilgilendiren sadece bu cevaplardan otantik olandır; yani hukuken itiraz edilemeyen ve pozitif hukukun kendisine hukuki sonuçlar tanıdığı cevaptır. Otantik cevap ise, 1961 Anayasası sisteminde Anayasa Mahkemesinin verdiği cevaptır. Zira, bu Anayasanın 152'inci maddesine göre. "Anayasa Mahkemesi kararları kesindir... ve devletin yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzel kişileri bağlar". Diğer bir ifadeyle, kimse Anayasa Mahkemesinin yaptığı yorumu hukuken karşı çıkamaz ve bu yorum içeriği ne olursa olsun sonucunu doğurur; bu yorumun iptal edilebilmesi söz konusu değildir. Ayrıca, bu mantıken de tutarlı bir sonuçtur; zira, Anayasa Mahkemesinin yorumun yanlış olduğunu söyleyebilmek için bu yorumun standart bir yorumla karşılaşılması gereklidir. Oysa elde böyle bir standart yorum yoktur.

Eğer bu böyleyse, yani Anayasa Mahkemesinin yorumundan önce norm yok ise ve Anayasa Mahkemesi de serbestçe yorumlar yapabiliyorrsa ve yaptığı yorum da ne olursa olsun geçerli ise, Anayasa Mahkemesinin meşruluğu sorunu kaçınılmaz olarak ortaya çıkmaktadır. Zira anayasa yargısının meşruluğu, normlar hiyerarşisi varsayımlına, kısacası, anayasa ya aykırı bir kanunun geçerli olamayacağı tezine dayanmaktadır. Oysa realist yorum teorisinin gösterdiği gibi, anayasa normunun gerçek kocusedusu, onu yorumlayan Anayasa Mahkemesi ise, bu organının faaliyeti meşru değildir. Dahası bu organ kurucu iktidarın iradesi ile bağlı değildir. Hatta Michel Troper'den esinlenerek, Anayasa Mahkemesinin "esz-kurucu iktidar (*co-pouvoir constituant*)" olduğunu dahi söyleyebiliriz.

b) Kurucu İktidarın Tepkisi: Mekanist Anayasa Anlayışısının Teyidi

Anayasa Mahkemesinin yukarıda incelenen 16 Haziran 1970 tarihli kararıyla yaptığı otantik yorum anayasal sistemin diğer organlarında tepki yaratmıştır. 20 Eylül 1971 tarihinde yapılan Anayasa değişikliği ile Anayasa Mahkemesinin yetkilerini düzenleyen 1961 Anayasasının 147'inci maddesi şu şekilde değiştirilmiştir:

"Anayasa Mahkemesi, kanunların ve Türkiye Büyük Millet Meclisi içtüzüklerinin Anayasaya, Anayasa değişikliklerinin de Anayasada gösterilen şekil şartlarına uygunluğunu denetler".

Bu hükmle artık Anayasa Mahkemesinin anayasa değişikliklerinin denetlenmesi konusunda yetkili olup olmadığı sorunu açıkça çözümlenmiş oluyordu. Tali kurucu iktidarın arzusu, Anayasa Mahkemesinin anayasa değişiklikleri üzerindeki denetimi şekil ile sınırlırmaktı. Diğer bir ifadeyle tali kurucu iktidar, Anayasa Mahkemesine anayasa değişiklikleri konusunda esas denetimi yapmasını açıkça yasaklıyordu.

Özetle Anayasa Mahkemesi, 1970 yılında, kendisini esas denetimi yapmaya yetkili görmüş özellikle de “cumhuriyet” kelimesini geniş anlamda yorumlamıştır. Anayasa Mahkemesinin bu yorumu her ne kadar eleştirilse de geçerli olmuştur. Böylece realist yorum teorisi teyid edilmiştir. Diğer yandan, aşırı gittiği düşünülen bu otantik yoruma 1971 değişikliği ile tali kurucu iktidar tepki göstermiş, Anayasa Mahkemesinin anayasa değişiklikleri konusundaki yetkisini kısmıştır. Gösterilen tepki de mekanist anayasa anlayışını teyid etmektedir.

2. 1971 Sonrası

Ne var ki Anayasa Mahkemesi, mekanist anayasa anlayışını sezmemiş, 1971 Anayasa değişikliğinden sonraki dönemde de anayasal partnerlerinin tepkisini çekebilecek yorumlar yapmaktan kaçınmamıştır.

a) Anayasa Mahkemesi Kararları: Realist Yorum Teorisinin Teyidi

Yukarıda açıklandığı gibi, artık 1961 Anayasası, anayasa değişikliklerinin esas bakımından denetlenmesine imkan vermiyor. Denetleme sadece şekil bakımından mümkün idi. Ancak bu dönemde de şekil denetiminin kapsamının tespitinde mesele çıktı.

Zira 1961 Anayasasının 147'inci maddesi “Anayasada belirtilen şekil şartlarına uygunluğunu” denetleme görevini Anayasa Mahkemesine veriyordu. Maddenin metninde geçen “şekil şartları” ifadesinden ne anlaşılması gerekiyordu. Ortada sadece bir metin vardı. Bunun anlamının “yorum” ile tespit edilmesi gerekiyordu. Anayasa Mahkemesi bu ifadeyi öyle yorumladı ki, Anayasanın 9'uncu maddesinde öngörülen cumhuriyetin değişmezliği kuralı da bu yoruma göre bir şekil şartı haline geldi. Yüksek Mahkemeye göre:

“Kanun ve o nitelikte bulunan anayasa değişikliklerini teklif etmeye düzenleyen Anayasa hükümleri birer biçim kuralı olduklarına göre, bunu yasaklayan bir kuralın dahi bir biçim kuralı olduğundan hiç kuşku yoktur. Çünkü bu yasak, belli sayadaki Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelerinin esasında kendileri için hak teşkil eden ve niteliği bakımından da bir yasama işlemi olan Anayasa değişikliği teklif etmelerini önlemektedir. Başka bir deyimle, değişiklik teklifi değişmezlik ilkesiyle çatışmıyorsa, Anayasaada gösterilen şekil şartlarına uygun olarak yöntemi içinde yürüyecek ve şayet çatıştıyorsa, hiç yapılamayacak, yapılmış ise, yöntemi içinde yürütülemeyecek, yürütülmüş ise kabul edilip kanunlaşamayacaktır”⁽⁹¹⁾.

Anayasa Mahkemesinin bu kararı Türk anayasa hukuku doktrininde şiddetle eleştirilmiştir. Bu doktrinin ezici çoğunluğuna göre, Anayasa Mahkemesi bu kararında,

“şekil görüntüsü altında, esas denetimi yapmıştır. Bir anayasa değişikliğinin Cumhuriyetin temel niteliklerine aykırı olup olmadığıının saptanması, ancak konunun esasına girmekle mümkündür. Oysa, Anayasanın 1488 sayılı Kanunla değiş-

(91) Anayasa Mahkemesinin 15 Nisan 1975 gün ve E. 1973/19 ve K. 1975/87 Sayılı Karan, *Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi*, Sayı 13, 1976, s. 430-431.

rilmış 147'inci maddesi, Anayasa Mahkemesine esas yörüntünden bir denetleme yapma yetkisi vermemiştir”⁽⁹²⁾.

Yazarlar ilk önce 147'inci maddenin 1971 değişikliği gerekçesini hatırlatırlar. Bu gerekçede açıkça, Anayasa Mahkemesine tanınan denetim yetkisi, “Anayasa değişikliğinin sadece teklif, müzakere ve kabul edilmesine ait Anayasa hükümlerine uygun olarak yapılmış bulunup bulunmadığı noktasına münhasır olduğu” belirtilmiştir⁽⁹³⁾. Dolayısıyla, şekil denetiminin kapsamı anayasa koyucunun hazırlık çalışması ile belirtilmiştir. Ne var ki Anayasa Mahkemesi hazırlık çalışmalarına itibar etmemiştir. Kanımızca etmediğinden dolayı da eleştirilemez. Zira, yukarıda da belirtildiği gibi “yorum metodları”nın, keza “tarihi yorum metodu”nun, hiç bir pozitif hukuki değeri yoktur. Öbür yorum metodları gibi, tarihi yorum metodu da, bir hukuk kuralı değildir. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesini bağlamaz. Yüksek Mahkemenin bu kararı da, tarihi yorum metodunun bağlayıcı bir değerinin olmadığını güzel bir şekilde göstermektedir.

Her ne kadar Anayasa Mahkemesinin şekil denetimin kapsamını esas denetimini içerecek şekilde geniş tanımlaması eleştirilebilse de, realist yorum teorisinin ışığında söylenebilecek tek şey bu eleştirilerin sadece kişisel görüş niteliğinde olduklardır. 20 Eylül 1971 değişikliğinden sonra 147'inci maddenin metninde geçen “şekil denetimi” ibaresinin ne anlamı geldiği sorusuna verilebilecek muhtemel cevaplar bizi ilgilendirmez. Bizi ilgilendiren sadece bu cevaplardan otantik olandır, yani hukuken itiraz edilemeyen ve pozitif hukukun kendisine hukuki sonuçlar tanıdığı cevaptır. Otantik cevapsa, 1961 Anayasasının 152'inci maddesine göre ise, Anayasa Mahkemesinin verdiği cevaptır. Anayasa Mahkemesinin otantik yorumuna göre ise şekil denetimi cumhuriyetin değişmezliği ilkesini de içerir.

Özetle, 20 Eylül 1971 değişikliği ile 1961 Anayasasının 147'inci maddesi değiştirilmiştir. Ama değiştirilen şey *norm* değil, bu maddenin *metnidir*. Zira realist yorum teorisine göre, bir maddenin metninde norm değil, kelimeler vardır. Bu kelimelerin kendisi değil, anamları normdur. Bu anlam ise ancak yetkili organ tarafından tespit edilebilir. Bu anlam ise 147'inci madde bağlamında yukarıda belirtildiği gibi tespit edilmiştir.

Şunu da belirtelim ki, bu denetimin şekil görüntüsü altında esas denetimi olup olmaması veya açıkça esas denetimi olması Anayasa Mahkemesinin yaptığı yorumun geçerliliğini etkilemez. Kaldı ki, Yüksek Mahkeme, ilk kararında her ne kadar şekil denetimi yaptığını iddia etmişse

(92) Özbudun, *op. cit.*, s. 137. Aynı yönde bkz: Onar, *op. cit.*, s. 142-144; Soysal, *op. cit.*, s. 220-221; Türkçapar, *op. cit.*, s. 35; Yayıla, *op. cit.*, s. 980; Mehmet Akad, “Anayasa Yargısı Üzerine Gözlemler”, *Yargı*, n°37, Mayıs 1979, s. 39-43.

(93) Millet Meclisinin 27.8.1971 s.li 156. Birleşim tutanağı sonuna ekli, Tarih Sayısı 419, s. 16-17, *Millet Meclisi Tutanak Dergisi*, Dönem 3, C. 17, Aktaran: Onar, *op. cit.*, s. 144.

de, daha sonraki kararlarında, bu incelemeyi yaptığı bölümlere, açıkça esas denetimi yaptığı yolunda başlıklar atmıştır. İlk önce, 23 Mart 1976 gün ve E. 1975/167 ve K. 1976/19 sayılı kararında cumhuriyetin değişmezliği ilkesi açısından inceleme yaptığı bölümde, “*Anayasanın 9. maddeindeki biçim koşuluna aykırılık sorunu*”⁽⁹⁴⁾ başlığı altında; 12 Ekim 1976 ve 27 Ocak 1977 tarihli kararında ise, “*esasin biçim yönünden incelemesi*”⁽⁹⁵⁾ ve nihayet 27 Eylül 1977 tarih ve E. 1977/82 ve K. 1977/117 sayılı kararında açıkça “*esasin incelemesi*”⁽⁹⁶⁾ başlığını verebilmiştir. Açıkça görüldüğü gibi, Anayasa Mahkemesi, bu yaptığı şeyin baştan bir şekil denetimi olduğunu düşünürken, daha sonra buna hiç gerek duymamış, ilk önce, “*esasin biçim yönünden incelemesi*”⁽⁹⁷⁾ gibi anlaşılması güç bir ifadeye başvurmuş, daha sonra ise yaptığı işe açıkça “*esasin incelemesi*” demekte hiç bir sakınca görmemiştir.

Oysa, tali kurucu iktidarın hazırlık çalışmalarından çıkan anlama ve doktrinin ezici çoğunluğunun bu madde hakkında yaptığı yorumdan çıkan anlama göre, 20 Eylül 1971 değişikliğinden itibaren 1961 Anayasasının 147’inci maddesi esas denetimini dışlıyordu. Burada Türk Anayasa Mahkemesinin kendisini Anayasanın açık hükümleri ile pek bağlı hissetmediği gözlemlenebilir. Bu nedenle bu dönemde Türk Anayasa Mahkemesi hakimlerinin anayasa koyucuya itaat duygularının varlığından şüphelenebilir. Diğer bir ifadeyle Türk anayasa yargılarının bir “normatif ideoloji”ye sahip olup olmadıkları, yani “kendilerini kurallarla bağlı görüp görmedikleri” sorusu kaçınılmaz olarak ortaya çıkmaktadır.

Alf Ross hukukun geçerliliğinin gerçekte “yargıların manevi hayatıyla ilgili varsayımlar” üzerine kurulu olduğunu yazar. Ross, “yargıların kanun koyucuya itaat”inden veya “yargıların kurallar ile bağlı olma duygusu”ndan bahseder⁽⁹⁸⁾. Aynı anlamda Aulis Aarnio da “yargıların normatif ideolojisi”nden söz eder⁽⁹⁹⁾. Alf Ross'a göre hukuk, yargıcın düzenli bir davranışının olacağını ve “kurallar ile bağlı olma duygusuna” sahip olduğunu varsayar. Yani yargı kanun koyucuya itaat etmelidir. Bu böyle olmazsa, kanun koyucu tarafından konulan normlar geçerli olamaz. Örneğin varsayılmı ki yargıç, çocuk düşürme halinde ceza vermektedir. Eğer bir gün kanun koyucu çocuk düşürmeyi suç olmaktan çıkarırsa, yargıcın davranışını birden bire değiştir; artık çocuk düşürenleri cezaya çaptırılamaz. Yeni kanun geçerlidir, zira yargıç davranışını değiştirmiştir. Eğer

(94) *Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi*, Sayı 14, 1977, s. 134.

(95) *Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi*, Sayı 14, 1977, s. 265-294.

(96) *Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi*, Sayı 15, 1978, s. 456.

(97) *Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi*, Sayı 14, 1977, s. 265-294.

(98) Alf Ross, *On Law and Justice*, London, Steven & Sons, 1958, s. 36-38 in Christophe Grzegorczyk, Françoise Michaut et Michel Troper (sous la direction de-) *Le positivisme juridique*, Bruxelles et Paris, E. Story-Scientia et L.G.D.J., 1992, s. 325.

(99) Aarnio, *Le rationnel comme raisonnable...*, op. cit., s. 53. Keza bkz. Aulis Aarnio, “On the Validity, Efficacy and Acceptability of Legal Norms”, in Grzegorczyk, Michaut et Troper, op. cit., s. 328: “Eğer ve sadece eğer bir norm, bir makamı zorlayan bir normatif ideolojiye ait ise yürürlüktedir. Daha basit bir ifadeyle, bir makamın kendini bir hukuk normu ile bağlı hissedeceği varsayılabiliyorsa, bundan dolayı, bu hukuk normu yürürlüktedir”.

yeni kanuna rağmen yargıç, hala çocuk düşürme halinde müeyyide uygunlamaya devam ederse, yeni kanunun geçerli olmadığına hükmetmek gereklidir, zira bu kanun etkililikten mahrumdur. O halde yeni bir kanunun geçerliliği, yargıçların normatif ideolojisi üzerine de kuruludur. Bu ideoloji, yargıçların kanun koyucuya itaatinden, diğer bir deyişle, kendilerini kuralarla bağlı hissetmelerinden ibarettir⁽¹⁰⁰⁾.

Kanımızca aynı şey anayasa değişiklikleri alanında da söylenebilir; ve denilebilir ki, bir anayasa değişikliği eğer anayasa yargıçları kendilerini bu anayasa değişikliği ile bağlı görürlerse geçerli olabilir. Alf Ross'un açıklamalarını kendi alanımıza uyarlayarak, biz de "anayasa yargıçlarının kurucu iktidara itaatı"nden veya "anayasa yargıçlarının anayasa değişiklikleri ile bağlı olma duygusu"ndan bahsedebiliriz. Keza, Aulis Aarnio'dan esinlenerek "anayasa yargıçlarının normatif ideolojisi"nden söz edebiliriz. Böyle bir bağlılık duygusunun yahut ideolojinin mevcut olması halinde anayasa değişikliklerinin geçerli olamayacağını iddia edebilir. Bu açıklamalar ışığında, Türk Anayasa Mahkemesinin 1971 sonrası içtihiadına bakarsak, Türk anayasa yargıçlarının "normatif ideoloji"ye sahip olup olmadıklarından kuşku duyulabileceği ve "kurucu iktidara itaat etme duyguları"nın zayıf olduğu düşünülebilir. Zira verdikleri kararlar, anayasal organlar ve anayasa hukuku doktrini tarafından, Anayasa Mahkemesi üyelerinin kendilerini anayasa değişiklikleri ile pek de bağlı hissetmedikleri yolunda algılanmıştır. 20 Eylül 1971 tarihli anayasa değişikliğinden sonra da Anayasa Mahkemesi bu değişiklikten önceki içtihiadını devam ettirmiştir. Oysa yukarıda da belirtildiği gibi, kurucu iktidar onlara 20 Eylül 1971 tarihli anayasa değişikliği ile anayasa değişikliklerinin esas bakımından denetlenmesini açıkça yasaklamıştır. Eğer, Türk anayasa yargıçlarında, "anayasa değişiklikleri ile bağlı olma hissi" mevcut olsa idi, davranışlarını değiştirip, anayasa değişikliklerinin esas denetimi konusunda yetkisiz olduklarına karar vermeleri gerektiği düşünülebilir. Türk anayasa yargıçlarının tali kurucu iktidara itaat duygularının zayıflığından 20 Eylül 1971 tarihli anayasa değişikliği etkililiğini ve dolayısıyla geçerliliğini kaybetmemiştir. Böylece Türk Anayasa Mahkemesinin, ülkede gerçek tali kurucu iktidar haline geldiği düşünülebilir.

b) Aslı Kurucu İktidarı Tepkisi: Mekanist Anayasa Anlayışının Teyidi

Anayasa Mahkemesi 1971 sonrası dönemde de anayasal partnerlerinin tepkisini çekebilecek yorumlar yapmaktan kaçınmamıştır. Diğer anayasal organların ve doktrinin, 1971 tali kurucu iktidarinin açıkça Anayasa Mahkemesine esas denetimi yapma yetkisini vermediğini kabul etmelerine rağmen, Yüksek Mahkeme tartışma yaratıcı yorumuyla esas denetimi yapmaya devam etmiştir.

(100) Ross, *On Law and Justice*, op. cit., s. 36-38 in Grzegorczyk, Michaut et Troper, op. cit., s. 325. Keza bkz. Aarnio, "On the Validity, Efficacy and Acceptability of Legal Norms", op. cit., s. 427-437 in Grzegorczyk, Michaut et Troper, op. cit., s. 328.

Anayasa Mahkemesinin bu dönemde de mekanist anayasa anlayışını sezemediğini gözlemleyebiliriz. Kendisinin de bir siyasal sisteme çalıştığını, bu sistemin diğer kurumlarının tepkilerini devamlı olarak almakta kaçınması gerektiğini anlayamamıştır. Üstelik bu konuda Anayasa Mahkemesinin dikkati bir çok anayasa hukukçusu tarafından çekilmeye çalışılmıştır. Örneğin Mümtaz Soysal şunları yazmıştır:

"Bu aslında çok tehlikeli bir gerekçe. Sonunda, toplumu 'yargıclar devleti' denen bir anlayışa götürmesi, halkın oylarıyla kurulmuş bir parlamentonun elindeki değiştirmeye yetkisini hice indirgemesi mümkün. Anayasa Mahkemesindeki yargıçlar, Cumhuriyetin temel niteliklerini belirli bir yönde yorumluyorlar diye, o tutuma aykırı düşen bütün anayasa değişiklikleri iptal edilecek ve dolayısıyla ulus bu alandaki yetkisini, kendi temsilcileri aracılığıyla da olsa, kullanamaz duruma mu gelecektir"⁽¹⁰¹⁾?

Keza yazarla göre, Anayasa Mahkemesinin bu tutumu,

"sonucunun nerelere kadar varabileceği pek kolay kestirilemeyen yeni bir çığır içine girmek ve Anayasa Mahkemesinin kendi durumunu tehlkiye sokmak demek"dir⁽¹⁰²⁾.

Orhan Aldıkaçı da Anayasa Mahkemesinin bu tutumunu eleştirmektedir:

"Anayasa Mahkemesi, anlaşıldığına göre, kendini anayasanın da üstünde bir organ olarak görmekte, dolayısı ile anayasal iradeye de egemen olabileceğini düşünmektedir"⁽¹⁰³⁾.

Erdoğan Teziç de benzer endişeleri dile getirmiştir⁽¹⁰⁴⁾.

Keza aynı yazarlar, bu yorum tarzının bizzat Yüksek Mahkemenin kendi varlığına da zarar verebileceğini belirtmişlerdir. Tahsin Türkçapar, bu yorumun "Anayasa Mahkemesinin saygılılığını ve yüceliğini tartışıma konusu yapmaya neden olacağından" endişe duymuştur⁽¹⁰⁵⁾. Cem Eroğul da Anayasa Mahkemesinin bu tutumunun yüksek mahkemenin "vazgeçilmezliğinin tartışılmasına kapıları aralamakta" olduğunu belirtmiştir⁽¹⁰⁶⁾. Keza Ergun Özbudun da benzer endişeleri haklı olarak dile getirmiştir:

(101) Mümtaz Soysal, *100 Soruda Anayasanın Anlamı*, İstanbul, Gerçek Kitabevi, 4. Baskı, 1977, s. 218-219.

(102) Mümtaz Soysal, "Türkiye'de Anayasa Yargısının İşlevi ve Konumu", in *Anayasa Yargısı* (I), Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 1984, s. 92.

(103) Orhan Aldıkaçı, *Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası*, İstanbul, İ.Ü. Hukuk Fakültesi Yayınları, 1978, s. 362.

(104) Erdoğan Teziç, *Türkiye'de 1961 Anayasasına Göre Kanun Kavramı*, İstanbul, İ.Ü. Hukuk Fakültesi Yayınları, 1972, s. 134.

(105) Tahsin Türkçapar, "Anayasa Mahkemesinin Anayasada Yapılan Değişiklikleri Denetleme Yetkisi", *Yargıtay Dergisi*, Cilt IV, 1978 (Ocak-Nisan), n°1-2, s. 39.

(106) Cem Eroğul, "Anayasa Mahkemesinin Yirminci Yıldönümü ve Birkaç Öneri", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, Cilt XXXVII, 1982, n°3-4, s. 134.

"Anayasa Mahkemesinin, anayasa değişikliklerinin denetimi konusunda benimsediği tutum, uzun vadede bizzat Yüce Mahkemenin kurumsal menfaatlerine zarar verebilecek niteliktedir. Tecrübeler, anayasa yargısı ile toplumun coğanlığını temsil eden siyasal güçler arasında derin ve sürekli görüş ayrılıklarının belirmesi halinde, sonuçta anayasa yargısının yetkilerinin kısıtlaması tehlikesinin söz konusu olabileceğini göstermektedir"⁽¹⁰⁷⁾.

Ne var ki Anayasa Mahkemesinin bu uyarıları pek dikkate aldığına söylemek oldukça güçtür. Nihayet, pek gecikmeden, mekanist anayasa anlayışını doğrular nitelikte, 1982 kurucu iktidarı, Anayasa Mahkemesinin 1961 Anayasası döneminde anayasa değişikliklerinin denetlenmesi konusunda yaptığı yorumlara tepki göstermiş Anayasa Mahkemesinin yetkilerini düzenlerken, bu Mahkemenin anayasa değişikliklerinin denetlenmesine ilişkin olan yetkilerini daha da kısıtlamıştır.

148'inci maddeye göre, Anayasa Mahkemesi, *"anayasa değişikliklerini sadece şekil bakımından inceler ve denetler"*. 1982 Anayasası ayrıca şekil denetiminin neden ibaret olduğunu da açıkça belirtmiştir. Yine aynı maddenin 2'inci fikrasına göre, anayasa değişikliklerinde şekil denetimi, "teklif ve oylama coğanlığına ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlıdır". Böylece anayasa koyucu, 1961 Anayasası döneminde Anayasa Mahkemesinin şekil denetiminin anlamı konusunda yaptığı yorumu reddetmiş, şekil denetiminin nelerden oluştuğunu daraltıcı bir şekilde belirtmiştir. Artık bu düzenleme karşısında cumhuriyetin değişmezliği ilkesinin de bir şekil kuralı olduğunu savunmak mümkün değildir. Dolayısıyla, anayasa koyucunun bu düzenlemesi, bir tepki olarak, mekanist anayasa anlayışını doğrulamaktadır.

Dahası, 1982 Anayasası şekil denetiminin kapsamını hayli daraltıcı bir şekilde tanımlamıştır. Şekil denetimi artık teklif ve oylama coğanlığına ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı hususlarını incelemek ile sınırlıdır. Oysa anayasa değişikliği usulünün düzenleniği 175'inci maddede daha bir çok şekil kuralı öngörülmüştür. Örneğin gizli oylama ilkesi vardır. Bu da bir şekil kuralıdır. Ancak bunun denetlenmesi artık mümkün değildir. Oysa, 1961 Anayasasına göre bunu denetlemek, Anayasa Mahkemesinin aşırı yorumlarına gerek olmaksızın dahi, her zaman mümkün idi. Göründüğü gibi, Anayasa Mahkemesi, 1961 Anayasası döneminde mevcut olan bir yetkisini yaptığı otantik yorumlar ile aşırı şekilde genişletmiş, bunun karşılığı olarak ise, 1982 Anayasası döneminde mevcut olan normal şekil denetimi yetkisinden dahi kayıplar vermiştir. Mekanist anayasa anlayışı açısından şunu söyleyebiliriz ki, başka organların tepkisini düşünmeksizin, kendi yetkilerini aşırı genişleten organların aşırı olarak genişletilen yetkileri zamanla elliinden alındığı gibi, normal yetkileri dahi kısıtlanmaktadır. O halde bir anayasal organın, bizzat kendi yorumlarıyla, mevcut yetkisinin sınırlarını genişletmesi, aslında, uzun vadede, kendi yetkisinin normal sınırının altına inilmesi sonucunu dahi doğurabilir.

(107) Özbudun, *op. cit.*, s. 137.

Bunların dışında 1982 Anayasa koyucusu, Anayasa Mahkemesinin anayasa değişikliklerini denetleme yetkisini sınırlamak bakımından 149'uncu maddenin 1'inci fıkrasında hayli ilginç bir kural daha koymustur: "Anayasa değişikliklerinde iptale karar verilebilmesi için üçte iki oy çokluğu şarttır".

Anayasanın bu kuralı doktrinde eleştirilmiştir⁽¹⁰⁸⁾. Her ne kadar, mahkeme kararları için nitelikli çoğuluk aranması oldukça alışılmadık bir durum ise de, biz bu düzenlemenin yerinde olduğunu düşünüyoruz.

İlk önce 1961 Anayasası döneminde, halkın oyları ile seçilen parlamentonun üçte iki çoğuluğu ile kabul ettiği bir çok anayasa değişikliğinin Anayasa Mahkemesinde 7'ye karşı 8 oy ile iptal edildiğinin altın çizelim. Ayrıca hatırlatalım ki, bu dönemde aynı anayasa değişikliği üzerine Anayasa Mahkemesi 6 ay içinde birbiriyile tamamen ters iki karar almıştır. Anayasa Mahkemesi, 10 Eylül 1971 tarih ve 1488 sayılı anayasa değişikliği ile anayasanın değiştirilen 38'inci maddesindeki kamulaştırmada vergi değerinin esas alınacağına ilişkin hükmü, ilk önce cumhuriyetin değişmezliği ilkesine uygun bulmuş ve başvuruyu 7'ye karşı 8 oy ile reddetmiştir⁽¹⁰⁹⁾. Bundan 6 ay geçtikten sonra yine aynı düzenleme önüne gelmiş, bu seferse, bu hükmü cumhuriyetin değişmezliği ilkesine aykırı bularak 7'ye karşı 8 oy ile iptal etmiştir⁽¹¹⁰⁾. Anayasa Mahkemesinin böylesine önemli bir konuda 6 ay zarfında birbiriyile çelişen iki karar vermesi, ilk karara katılan iki üyenin (İhsan Ecemış ve Mehmet Akar) ikinci kararda başka iki üye (Fahrettin Uluç ve Adil Esmer) ile değiştirilmiş olması ile açıklanabilir⁽¹¹¹⁾. Bu nedenle 1982 Anayasa koyucusunun Anayasa Mahkemesinin içtihadına belirli bir istikrar kazandırmak istediği düşünülebilir.

Aslında anayasa koyucunun iptal kararları için nitelikli çoğuluk arasının altında, 148'inci maddenin 1'inci fıkrasında (esas denetimi yasağı) ve 2'inci fıkrasında (şekil denetiminin teklif ve oylama çoğulğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı hususları) konulan sınırlamaların, 1961 Anayasası döneminde olduğu gibi, 1982 Anayasası döneminde de, Anayasa Mahkemesinin yapacağı otantik yorumlar ile ortadan kaldırılabilceği, etkisiz kılınabileceği korkusu yatkınlardır. 1982 asli kurucu iktidarı bu korkusunda haksız da değildir. Zira, yukarıda görüldüğü gibi, benzer yasaklar 1971 tali kurucu iktidarı tarafından da

(108) Onar, *op. cit.*, s. 179-180. Bu konuda bkz. Özbudun, *op. cit.*, s. 392.

(109) Anayasa Mahkemesinin 23 Mart 1976 Tarih ve E. 1975/167 ve K. 1976/19 Sayılı Kararı, *Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi*, Sayı 14, 1977, s. 118-160.

(110) Anayasa Mahkemesinin 12 Ekim 1976 tarih ve E. 1976/38 ve K. 1976/46 Sayılı Kararı, *Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi*, Sayı 14, 1977, s. 252-285.

(111) Burada şunu da not edelim ki, yukarıda zikredilen birbiriyile çelişen ve 7 ye karşı 8 oy ile alınan kararlar, realist yorum teorisinin bir metin birden fazla alternatif normlar içerebileceği ve yorumun yorumcuların serbest iradesinin ürününün olduğu yolundaki önermelerin ne kadar doğru olduğunu göstermektedir.

konulmuş, ama yasaklar Anayasa Mahkemesinin yorumlarıyla bertaraf edilmiştir. Pek muhtemelen, 1982 kurucu iktidarı, 1971 deneyiminden ders alarak, Anayasa Mahkemesinin aşırı yorumlarıyla, sadece onun denetim kapsamını sınırlandırıcı kurallar koyarak baş edemeyeceğini, daha etkili teknikler bulmasının gereklığının farkına varmıştır.

Mekanist anayasa anlayışının sunduğu çerçeve açısından kurucu iktidarın getirdiği bu sınırlama anlaşılırdır. Bu Anayasa Mahkemesinin yaptığı yorumda çok ileri gitmesine gösterilen bir tepkiden ibarettir. Bu tepkiye bizatihî Anayasa Mahkemesinin aşırı tavrı yol açmıştır.

Diğer yandan, kanımızca, anayasa değişikliklerinin iptali için Anayasa Mahkemesinde üçe iki oy çokluğu kuralının anayasa değişikliklerinin denetimi konusundaki mantık olduğu da düşünülebilir. Zira, Anayasa, adı kanunların değiştirilmesi için basit bir çoğunluk ile yetinirken, Anayasanın Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından değiştirebilmesi için üçe iki çoğunluk aramaktadır. Parlamentoda nitelikli bir çoğunluk ile kabul edilen bir anayasa değişikliği kanununun aynı nitelikli çoğunluk ile iptal edilebilmesi son derece normaldir.

Yukarıda Anayasa Mahkemesinin içtihadının realist yorum teorisini teyid ettiğini belirttik. Ve bu teoriye göre, kanun koyucunun sadece metni kabul eden değil, bu kanunu denetleme organını da dahil olmak üzere, onun yapımına katılanların bütünü olduğunu daha önce belirtmiştim. Anayasa Mahkemesi, burada anayasa değiştirmeye iktidarına ortaktır. Zira bu anayasa değişikliklerini iptal ederek anayasal normların ihdası sürecine katılmıştır.

O halde, madem ki, anayasa değişikliklerinin ortak yapıcılardan bir tanesi, yani Türkiye Büyük Millet Meclisi anayasa değişikliklerinin kabulu için üçe ikilik çoğunluk kuralına tabidir, anayasa değişikliklerinin diğer ortak yapıcısının da, yani Anayasa Mahkemesinin de aynı çoğunluk şartına tabi olması son derece normaldir. Eğer bu koşullar arasında eşitlik yok ise, anayasal dengeler yıkılabilir. Zira, anayasal organlardan biri üyelerinin salt çoğunluğu ile tutumunu belirleyebilmekte, buna karşın onun partneri olan diğer anayasal organ bu tutuma karşı olan tepkisini ancak üyelerinin üçe iki çoğunluğu ile gösterebilmektedir. Oysa yukarıda görüldüğü gibi, mekanist anayasa anlayışına göre, anayasal organlar hukuki yükümlülüklerde değil, karışık bir sistem içinde bulunmalarından kaynaklanan zorluklara tabidirler. Diğer bir ifadeyle, anayasa devlet içinde siyasi iktidarın organizasyonu olarak algılanır. Bu organizasyon içinde, anayasal organlar öylesine dengeli ve karşılıklı yetkilere ve eylem araçlarına sahiptirler ki, isteseler de iktidarlarını aşamazlar. Öyleyse, Türkiye Büyük Millet Meclisinin anayasa değişikliklerinin kabulu için nitelikli bir çoğunluğa tabi olduğu halde, Anayasa Mahkemesinin bu değişiklikleri salt çoğunluğu ile iptal edebilmesi anayasal sistemin organlarının karşı-

ılıklı eylem araçları arasında bir dengesizlige yol açar. Oysa, 1982 Anayasasında olduğu gibi, anayasa değişikliklerinin iptali için Anayasa Mahkemesinin, Türkiye Büyük Millet Meclisinin bu değişiklikleri kabulü için tâbi olduğu aynı koşula tâbi olması, anayasal organların, isteseler de iktidarlarını aşamayacakları, öylesine dengeli ve karşılıklı yetkilere ve eylem araçlarına sahip oldukları bir sisteme vücut verir. Bu nedenle kanımızca, 1982 Anayasasının 147'inci maddesinin 1'inci fıkrasında öngörülen anayasa değişikliklerinin iptali için üste iki oy çoğunluğu kuralı yerindedir.

Son olarak, 1982 Anayasası döneminde Anayasa Mahkemesinin anayasa değişiklikleri üzerine karar verme imkanını bulduğu 18 Haziran 1987 tarihli kararına deşinelim.

17 Mayıs 1987 tarih ve 3361 sayılı anayasa değişikliği kanununun 4'üncü maddesinin 1'inci fıkrası 1982 Anayasasının eski siyasilere bir takım yasaklar getiren geçici 4'üncü maddesini ilga ediyordu. Söz konusu anayasa değişikliği 175'inci maddenin ilk şeklinde göre yapılmıştı. Ve bu şekilde göre ise, bu değişiklik Cumhurbaşkanı tarafından geri gönderilmemişine göre, Resmi Gazetede yayımlanlığı gün yürürlüğe girmesi gerekiyordu. Oysa söz konusu anayasa değişikliği, kendi yürürlüğe girmesini "halkoylaması" ile kabul edilmesi şartına bağlıyordu. Yukarıda da belirtildiği gibi, 175'inci maddenin ilk şeklinde anayasa değişikliklerini halkoyuna sunma imkanı yoktu.

Bu anayasa değişikliği hakkında Anayasa Mahkemesinde iptal davası açılmıştır. İptal davasını açan 90 milletvekili de bu anayasa değişikliğinin biçim bakımından yukarıdaki gerekçe ile Anayasaya aykırı olduğunu iddia ediyorlardı.

Anayasa Mahkemesi bu davayı yetki yönünden reddetmiştir. Mahkemeye göre:

"Anayasa Mahkemesinin görev ve yetkilerini belirleyen Anayasanın 148. maddesinde, Anayasa değişikliklerine ilişkin kanunların esas bakımından denetimine yer verilmemiş gibi, bunların biçim yönünden denetimleri de; teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlı tutulmuştur. İptal istemi bu sınırlı sebeplerin herhangi birine ilişkin bulunmadığı sürece davanın dinlenmesi olanağı yoktur. Dava dilekçesinde ileri sürülen hususlar Anayasanın 148. ve Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunun 21. Maddeinde sayı ve sınırlı olarak belirlenen şekil bozuklıklarından değildir. Bu itibarla işin esasına girilmeden yetkizilik nedeniyle davanın reddine karar verilmesi gereklidir."⁽¹²⁾

Kanımızca, ortada şekil bakımından anayasaya aykırılık vardı. Ne var ki, Anayasa Mahkemesinin çözmesi gereken ilk sorun, böyle bir sakatlığın olup olmadığı sorunu değil, kendisinin bu sakatlığı inceleme yet-

(112) Anayasa Mahkemesinin 16 Haziran 1987 Tarih ve E. 1987/9 ve K. 1987/15 Sayılı Kararı, *Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi*, Sayı 23, 1989, s. 285-287.

kisinin bulunup bulunmadığı sorunu idi. Anayasa Mahkemesi de bu soruyu sormuş, iddia edilen sakatlığın 148'inci maddede belirtilen sınırlı sayıdaki sakatlıklardan (teklif ve oylama çoğunluğu ve ivedilikle görüşülememe kuralı) birine girmediği dolayısıyla yetkisiz olduğuna karar vermiştir.

Oysa ortada gerçekten de bir şekil sorunu vardı ve eğer 1982 Anayasasında şekil denetiminin kapsamı sınırlanmasayıdu bunu Anayasa Mahkemesi doğal olarak denetleyebilirdi. Yine burada görülmektedir ki, eğer 1961 Anayasası döneminde Anayasa Mahkemesi şekil denetiminin kapsamını tartışma götürür yorumlarıyla genişletmeseydi, yani şekil denetimi adı altında esas denetimi yapmasaydı, 1982 Anayasa koyucusu muhtemelen şekil denetiminin kapsamını bu derece sınırlamayacak ve yukarıda zikredilen 1987'deki Anayasa değişikliğindenki şekil sakatlığını muhtemelen inceleyip iptal edebilecekti. Dolayısıyla 1961 Anayasası döneminde, Anayasa Mahkemesinin şekil denetimi yorumunda aşırıya gitmesi, 1982 Anayasası döneminde normal şekil denetiminin dahi aşırı ölçüde sınırlanmasına yol açmıştır. Buda mekanist anayasa anlayışını doğrulamaktadır.

Yukarıdaki karar 1'e karşı 10 oy ile verilmiştir. Artık, Anayasa Mahkemesinin anayasa değişiklikleri alanında 1961 Anayasası dönemindeki aşırı yorumlarından ders çıkardığı ve mekanist anayasa anlayışı çerçevesinde davranışlığı söylenebilir.

Ne var ki Anayasa Mahkemesi, 1982 Anayasası döneminde de, zaman zaman toplumda derin tartışmalar yaratınan kararlar vermiyor değil. Hatta Anayasa Mahkemesinin hala otantik yorum yetkisine güvenerek çok aşırı yorumlar yaptığı da zaman zaman gözlemlenmektedir. Örneğin, Anayasada kendisine bu konuda bir yetki verilmemiği halde, 21 Ekim 1993 tarihli kararıyla Anayasa Mahkemesinin kendisine tanıdığı yürütmeyi durdurma kararı verme yetkisi, Türk kamuoyunda ve Türk anayasa hukuku doktrininde derin tartışmalara yol açmıştır. Bu sorunun içeriğine ilişkin tartışmalara hiç bir şekilde deşinmeden şunu belirtelim ki, Anayasa Mahkemesinin söz konusu kararı, realist yorum teorisi açısından geçerlidir. Ortada Anayasa Mahkemesinin otantik bir yorumu vardır. Ne var ki, Anayasa Mahkemesinin bu yorumu yaparken anayasa partnerlerinden alabileceği tepkiyi çok iyi hesapladığı söylenemez. Gelecekte, mekanist anayasa anlayışı şeması içinde, Anayasa Mahkemesinin yeni bir tepki alarak bir takım yetkilerinin kısıtlabileceğinden endişe duyulabilir.

Sonuç olarak şunları söyleyebiliriz: Anayasa Mahkemesi otantik yorum yetkisine sahiptir. İçerikleri ne olursa olsun kararları geçerlidir. Türk Anayasa Mahkemesinin 1961 Anayasası döneminde, anayasa değişikliklerinin denetlenebileceği konusundaki içtihadı realist yorum teorisi ni doğrulamaktadır. Ne var ki Anayasa Mahkemesi yaptığı otantik yo-

rumlarda, bu yorumların yol açabileceği tepkileri gözönünde bulundurmalıdır. Aksi takdirde kendi yetkileri zamanla kısıtlanabilir. 1971 anaya-sa değişikliği ve 1982 Anayasası ile de Anayasa Mahkemesinin anaya-sa değişiklikleri konusundaki yetkilerinin kısıtlanması buna örnektir. 1971 tali kurucu iktidarının ve 1982 aslı kurucu iktidarın tepkisi ise mekanist anayasa anlayışını doğrulamaktadır. Dolayısıyla, Anayasa Mahkemesinin otantik yorum yapma yetkisi, diğer anayasal organların gösterecekleri tepkilerle dengelenmiştir. Diğer bir ifadeyle realist yorum teorisi ile mekanist anayasa anlayışı birbirinin dengeleyicisidirler.

—O—

BİBLİYOGRAFYA

- AARNIO (Aulis), "Linguistic Philosophy and Legal Theory", *Rechtstheorie*, Beiheft 1, 1979, s. 19-20, in Christophe Grzegorczyk, Françoise Michaut et Michel Troper (sous la direction de-) *Le positivisme juridique*, Bruxelles et Paris, E. Story-Scientia et L.G.D.J., 1992, s. 368-369.
- AARNIO (Aulis), *Le rationnel comme raisonnable: la justification en droit*, Trad. par Geneviève Warland, Bruxelles et Paris, E. Story-Scientia, L.G.D.J., 1992.
- ADRE-VINCENT (I.), "L'abstrait et le concret dans l'interprétation", *Archives de la philosophie du droit*, t. XVII, 1972, s. 135-148.
- AGUILA (Yann), "Cinq puestions sur l'interprétation constitutionnelle", *Revue française de droit constitutionnel*, no. 21, 1995, s. 5-46.
- AKAD (Mehmet), "Anayasa Yargısı Üzerine Gözlemler", *Yargı*, n°37, Mayıs 1979, s. 39-43.
- ALDIKAÇTİ (Orhan), *Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası*, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1978, 1982.
- ARNAUD (André-Jean), "Le médium et le savant: signification politique de l'interprétation juridique", *Archives de la philosophie du droit*, t. XVII, 1972, s. 165-181.
- ATAR (Yavuz), et alii, *Hukuk Bilimine Giriş*, Konya, Mimoza, 1997.
- BACON (Francis), *The Advancement of Learning*.
- BATIFFOL (Henri), "Questions de l'interprétation juridique", *Archives de la philosophie du droit*, t. XVII, 1972, s. 9-29.
- BEKAERT (Hermann), *Introduction à l'étude du droit*, Bruxelles, Etablissements Emile Bruylants, 1963.
- BRANCHET (Bernard), *La révision de la Constitution sous la Ve République*, Paris, L.G.D.J., 1994.
- ÇAĞLAR (Bakır), "Anayasa Yargısında Yorum Problemi: Karşılaştırmalı Analizin Katkıları", *Anayasa Yargısı (II): Anayasa Mahkemesinin 23. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler*, Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 1986, s. 163-195.
- DELPÉRÉE (Francis), "La Constitution et son interprétation" in *L'interprétation en droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1978, s. 187 vd.

DU PASQUIER (Claude), *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit*, Neuchâtel ve Paris, Delauchaux & Niestlé S.A. 3. Bası, 1948.

DUHAMEL (Oliver) ve MENY (Yves) (sous la direction de), *Dictionnaire constitutionnel*, Paris, S.U.F., 1992.

ENRICO (Paresce), "Interpretazione: Filosofia del diritto e teoria generale", *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè editore, Varese, Vol. XXII, s. 152-238.

EROĞUL (Cem), *Anayasayı Değiştirme Sorunu: Bir Mukayeseli Hukuk İncelemesi*, Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1974, s. 168.

EROĞUL (Cem), "Anayasa Mahkemesinin Yirminci Yıldönümü ve Birkaç Öneri", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, Cilt XXXVII, 1982, n°3-4, s. 131-137.

EYRENÇİ (Öner), "Anayasaların Yorumlanması Yöntemlerine Genel Bir Bakış", *Amme İdaresi Dergisi*, Cilt 14, Sayı 1, Mart 1981, s. 45-57.

FABRE (Michel Henry), *Principes républicains de droit constitutionnel*, 4^e édition, Paris, L.G.D.J., 1984.

FAVOREU (Louis), Commentaire sous C.C., n°92-312 DC du 2 septembre 1992, (Maastricht II), *Revue française de droit constitutionnel*, 1992, s. 738.

FENDOĞLU (Hasan Tahsin), *Hukuk Bilimine Giriş*, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2. Baskı, 1997.

GAXIE (Daniel), "Article 89", in François Luchaïre et Gérard Conac (sous la direction de), *La Constitution de la République française*, Paris, Economica, 2^e édition, 1987, s. 1325-1357.

GÖZÜBÜYÜK (Seref), *Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları*, Ankara, Turhan Kitabevi, 10. Baskı, 1996.

GRAY (John Chipman), *The Nature and the Sources of the Law*, New York, Columbia University Press, 1916, s. 118-120, in Christophe Grzegorczyk, Françoise Michaut et Michel Troper (sous la direction de-) *Le positivisme juridique*, Bruxelles et Paris, E. Story-Scientia et L.G.D.J., 1992, s. 356.

GRIDEL (Jean-Pierre), *Notions fondamentales de droit et droit français*, Paris, Dalloz, 1992.

GRZEGORCZYK (Christophe), MICHAUT (Françoise) et TROPER (Michel) (sous la direction de-), *Le positivisme juridique*, Paris, Bruxelles, L.G.D.J., Story-Scientia, 1992.

GUASTINI (Ricardo), "Réflexions sur les garanties des droits constitutionnels et le théorie de l'interprétation", *Revue du droit public*, 1991, s. 1079 vd.

GÜRİZ (Adnan), *Hukuk Başlangıcı*, Ankara, Siyasal Kitabevi, 6. Baskı, 1997.

HART (H.L.A.) *Le concept de droit*, trad. par Michel van de Kerchove, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1976.

HAURIOU (Maurice), *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 2^e édition, 1929, (reprint par C.N.R.S., Paris, 1969).

INTERPRETATION *L'interprétation en droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1978.

INTERPRETATION "L'interprétation dans le droit", *Archives de la philosophie du droit*, t. XVII, 1972, s. 3-184.

KALINOWSKI (Georges), "Philosophie et logique de l'interprétation en droit: remarques sur l'interprétation juridique, ses buts et ses moyens", *Archives de la philosophie du droit*, t. XVII, 1972, s. 39-50.

KELSEN (Hans), *Essays in Legal and Moral Philosophy*, Dordrecht, Reidel, 1973, s. 216-227'den alıntılanan parça in Christophe Grzegorczyk, Françoise Michaut et Michel Troper (sous la direction de), *Le positivisme juridique*, Paris, Bruxelles, L.G.D.J., Story-Scientia, 1992, s. 295.

KELSEN (Hans), *General Theory of Law and State*, Translated by par Anders Wedberg, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1946.

KELSEN (Hans), *Théorie pure du droit*, Traduction française de la 2e édition de la "Reine Rechtslehre" par Charles Eisenmann, Paris, Dalloz, 1962.

KUZU (Burhan), *1982 Anayasasının Temel Nitelikleri ve Getirdiği Yenilikler*, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1990.

LAFERRIÈRE (Julien), *Le nouveau gouvernement de la France: les actes constitutionnels de 1940-1942*, Paris, Sirey, 1942.

LEYH (Gregory) (ed.), *Legal Hermeneutics: History, Theory and Practice*, Berkeley, University of California Press, 1992 (<http://www.unt.edu/lpr/subpages/reviews/ley.htm>).

MAST (A.), "Interprétation de la Constitution", *Rapports belges au VIIe Congrès international de droit comparé*, Bruxelles, 1970, s. 170 vd.

MATTEO (Ludovico Bentivoglio), "Interpretazione delle norme internazionali", *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè editore, Varese, Vol. XXII, s. 310-325.

MAUS (Didier), "Sur 'la forme républicaine du gouvernement'", Commentaire sous C.C., n°92-312 DC du 2 septembre 1992, «Maastricht II», *Revue française de droit constitutionnel*, n°11, 1992, s. 412.

MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*.

MONTGOMORY (John Warwick), "Legal Hermeneutics and the Interpretation of Scripture", *Premise*, Volume II, Number 9, October 19, 1995, s. 11 (<http://capo.org/premise/95/oct/p950910.html>).

NASI (Antonio), "Interpretazione della sentenza", *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè editore, Varese, Vol. XXII, s. 293-309.

ONAR (Erdal), *1982 Anayasasında Anayasayı Değiştirme Sorunu*, Ankara, 1993.

ÖZBUDUN (Ergun), *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara, Yetkin Yayımları, 3. Baskı, 1993.

PERELMAN (Chaïm), "L'interprétation juridique", *Archives de la philosophie du droit*, t. XVII, 1972, s. 29-38.

PERALMAN (Chaïm), *Logique juridique: nouvelle rhétorique*, Paris, Dalloz, 1976.

PONTIER (Jean-Marie), "La république", *Recueil Dalloz Sirey*, 1992, 31^e Chaier, Chronique, XLVII, s. 239-246.

QUERMONNE (Jean-Louis), "République", in Oliver Duhamel et Yves Meny (sous la direction de), *Dictionnaire constitutionnel*, Paris, s.U.F., 1992, s. 921.

ROSS (Alf), *On Law and Justice*, London, Steven & Sons, 1958, s. 36-38 in Christophe Grzegorczyk, Françoise Michaut et Michel Troper (sous la direction de-) *Le positivisme juridique*, Bruxelles et Paris, E. Story-Scientia et L.G.D.J., 1992, s. 325.

SEROZAN (Rona), "Anayasayı Değiştirme Yetkisinin Sınırları", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt XXXVII, no. 1-4, 1972.

SOYSAL (Mümtaz), "Türkiye'de Anayasa Yargısının İslevi ve Konumu", in *Anayasa Yargısı (I)*, Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 1984, s. 92.

SOYSAL (Mümtaz), *100 Soruda Anayasanın Anlamı*, İstanbul, Gerçek Kitabevi, 4. Baskı, 1977.

SZABO (Nick), "Commentaires on Hermeunetics", <http://www.best.com/~szabo/hermeneutics.html>. © 1996.

TEZİÇ (Erdoğan), *Türkiye'de 1961 Anayasasına Göre Kanun Kavramı*, İstanbul, İ.Ü. Hukuk Fakültesi Yayınları, 1972.

TRAVAUX DE L'ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *L'interprétation par le juge des règles écrites (Journées louisianaises)*, Paris, Economica, 1980.

TROPER (Michel), "Justice constitutionnelle et démocratie", *Revue française de droit constitutionnel*, n°1, 1990, s. 31-48.

TROPER (Michel), "Kelsen, la théorie de l'interprétation et la structure de l'ordre juridique", *Revue internationale de philosophie*, 1981, s. 518-529.

TROPER (Michel), "La Constitution et ses représentations sous la V^e République", *Pouvoirs*, n°4, 1978, s. 61-72.

TROPER (Michel), "Le droit, la raison et la politique", *Le Débat*, n°64, 1991, s. 186-192.

TROPER (Michel), "Le positivisme comme théorie du droit", in Christophe Grzegorczyk, Françoise Michaut et Michel Troper (sous la direction de-) *Le positivisme juridique*, Bruxelles et Paris, E. Story-Scientia et L.G.D.J., 1992, s. 273-286.

TROPER (Michel), "Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité", *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Paris, Editions Cujas, 1975, s. 133-151.

TROPER (Michel), "Un système pur du droit: le positivisme de Kelsen", in Pierre Bouretz (sous la direction de-), *La force du droit: panorama des débats contemporains*, Paris, Editions Esprit, 1991, s. 117-137.

TROPER (Michel), *Pour une théorie juridique de l'Etat*, Paris, s.U.F., Coll. "Léviathan", 1994.

TURHAN (Mehmet), "Anayasaya Aykırı Anayasa Değişiklikleri", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt XXXIII, 1976, n°1-4, s. 63-104.

TÜRKÇAPAR (Tahsin), "Anayasa Mahkemesinin Anayasada Yapılan Değişiklikleri Denetleme Yetkisi", *Yargıtay Dergisi*, Cilt IV, 1978 (Ocak-Nisan), n°1-2, s. 28-29.

VANQUICKENBORNE (Marc), "Quelques réflexions sur la notion de validité", *Archives de philosophie du droit*, 1968, s. 185-194.

- VEDEL (Georges), *Droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1949, (réimpression, 1989).
- VILLEY (Michel), "Modes classiques d'interprétation du droit", *Archives de la philosophie du droit*, t. XVII, 1972, s. 71-88.
- VOCI (Pasquale), "Interpretazione: Diritto del romano", *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè editore, Varese, Vol. XXII, s. 239,227.
- WROBLEWSKI (Jerzy), "L'interprétation en droit: théorie et idéologie", *Archives de la philosophie du droit*, t. XVII, 1972, s. 51-70.
- YAYLA (Yıldızhan), "Anayasa Mahkemesine Göre Cumhuriyetin Özü", *Hıfzı Timur'un Anısına Armağan*, İstanbul, İ.Ü. Hukuk Fakültesi Milletlerarası Münasebetler Enstitüsü Yayımları, 1979, s. 1012-1013.