



ANAYASAL YORUMLA YASAL YORUM ARASINDAKİ BENZERLİK VE FARKLILIKLAR ÜZERİNE BİR DEĞERLENDİRME

*An Assessment on the Similarities and Differences between Constitutional and
Statutory Interpretation*

Doç. Dr. Oya BOYAR*

ÖZ

Bu incelemede anayasal yorum/yasal yorum arasındaki benzerlik ve farklılıkların ortaya konulmasının temel haklar ya da anayasal haklar açısından ne tür sonuçlar doğurabileceği veya bu farklılıkların temel haklarla ilgisi ele alınmaktadır. Bu doğrultuda öncelikle yorum ve anayasa kavramlarının tanımından yola çıkılarak iki yorum tipi arasında niteliksel ve niceliksel bir fark olup olmadığı incelenmiştir. Birinci bölümdeki inceleme anayasal yorumun kendi yetkisini yorumlayan her organ için bir zorunluluk olduğunu ve çoğunlukla yasal yorumla eş zamanlı olarak gerçekleştiğini ileri sürmektedir. Bu bölümde ayrıca anayasal yorum ve demokrasi ilişkisi ele alınmaktadır. İkinci olarak anayasal yorumun farklı hukuk geçerlilik sistemlerine göre yasal yorumdan ayrılan özelliklerinin olup olmadığı Amerika Birleşik Devletleri örneğinden yola çıkılarak incelenmeye çalışılmıştır. Amerika Birleşik Devletleri örneği anayasal yoruma etki eden tarihsel ve yapısal faktörlerin ortaya konulması açısından önem taşımaktadır.

Anahtar Kelimeler: Anayasal yorum, yasal yorum, demokrasi, anayasa, anayasal haklar.

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, oboyar@marmara.edu.tr, ORCID: 0000-0001-9731-3174.

ABSTRACT

This paper investigates the question of similarities and differences between constitutional and statutory interpretation on the account of their impact on constitutional rights and the relevance of those differences to fundamental rights. Accordingly, first, the question of a distinction between the two types of interpretation, i.e. qualitative and quantitative differences, is addressed on the ground of the definition of the concepts of interpretation and constitution. The review in the first section argues that constitutional interpretation is a requirement for any authority that interprets its mandate, and often occurs simultaneously with statutory interpretation. This section also deals with the relationship between constitutional interpretation and democracy. Secondly, the paper attempts to explore whether constitutional interpretation has features that differ from statutory interpretation according to different legal validity systems, based on the experience of United States of America. The example of the United States of America is significant in terms of revealing the historical and structural factors that affect the constitutional interpretation.

Keywords: Constitutional interpretation, statutory interpretation, democracy, constitution, constitutional rights.

GİRİŞ

“Yorum, antikitenin ve modern zamanların bize bolca bahşettiği büyük modellerin incelenmesiyle öğrenilen bir sanattır. Bu sanatın teorisi konusunda ise o kadar zengin değiliz. Ancak teorisinin (isterse en mükemmeli olsun) değeri konusunda da kendimizi kandırmamak gerekir. Yorum sanatı diğer bütün sanatlarda olduğu gibi kurallarla öğretilmez. Ancak büyük ustaların eserlerini okuyarak, onların üstünlüğünün gizemine vakıf olur, bilimin gerektirdiği melekeleri kullanır ve çalışmalarımızı yönlendirmeyi öğreniriz. Ancak deneyimle öğrenilen pratik tavsiyeler verebilir, hatalı yollara işaret edebiliriz. Bu da yorum teorisini diğer sanatlarınkine indirger¹.”

Anayasal yorum–yasal yorum arasındaki ilişkiler² ele alınmadan önce bu incelemede kullanılan bazı kavramlarla ilgili ön açıklama yapmak uygun olabilir. Öncelikle *anayasal yorum/anayasanın yorumu* ve *yasal yorum/yasanın yorumu* ifadelerini birbirinin yerine geçecek şekilde kullanıyoruz. İkinci olarak karşılaştırmalı örneklerin değerlendirilmesinde içsel³ ve dışsal⁴ bakış açılarını birleştiren bir yöntemin esas alınması gerektiğini düşünüyoruz. Başka bir deyişle seçilen karşılaştırma verileri bir yandan Legrand’ın deyimiyle⁵ hukuki “zihniyeti” anlamaya hizmet etmeli ancak diğer yandan da Pfersmann’ın önerdiği gibi⁶ bütün hukuk sistemlerinde

¹ Savigny, F. C. (1850). *Traité de droit romain*, Tome I, Guenoux C. (Çev.). Paris: Librairie de Firmin Didot Frères, s. 204. Çevirinin alındığı makale için bkz. Boyar, O. (2020). “Bir Anlama İmkânı Olarak Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku”, *Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi*, C. 12, S. 28, ss. 213-253.

² Bu ilişkilerim detaylı incelemesi için bkz. Boyar, O. (2021). *Anayasal Yorumla Giriş*, İstanbul: On İki Levha Yay.

³ “Karşılaştırmalı hukukta, farklı düşünce yapılarının oluşturduğu anlam araştırılmaktadır. Legrand’ın deyimiyle ‘zihniyet’ bir hukuk sistemindeki kuralları ve hukuk metinlerini birbiriyle uyumlaştırarak onlara bir anlam verir. Hukukların karşılaştırılması, düşünce yapılarının çoğulculuğunun incelenmesidir. Ya da Constantinesco’nun deyimiyle farklı bir hukuki görüş açısının, farklı düşünce formunun ve farklı değerler kademelenmesinin incelenmesidir. Hukukları karşılaştırmayı fikir yapılarının karşılaştırılması olarak kavradığımızda, o fikri duruma geçmek gerekmektedir. Daha açık bir ifadeyle, karşılaştırmacı mümkün olduğunca inceleme konusu hukuk sistemini oluşturan bireylerin bakış açısı doğrultusunda ilerleyen içsel bir perspektif uyarınca, başka bir deyişle hukuk kurallarının katılımcıları için teşkil ettiği normatif boyutu dikkate alarak inceleme yapılmalıdır. Bu içsel perspektif uyarınca karşılaştırmacının a priori bir hukuk tanımı ortaya koymaktan ziyade, her hukuk sisteminin kendi kendisini tanımlamasına izin vermesi gerekmektedir.”, Boyar, O. (2020). s. 232 (referanslar ihmal edilmiştir).

⁴ Dışsal bakış açısı ise hukuk sistemlerinin çeşitliliği içinde ulusal hukukların belli kavramlar özelinde objektif olarak tasnif edilmesini gerektirmektedir, bkz. a.g.e. s. 234 (referans ihmal edilmiştir).

⁵ Glanert, S. (2012). “Method?” içinde Monateri, P G. (Der.), *Methods of Comparative Law*, Cheltenham, UK: Edward Elgar, s. 73.

⁶ Pfersmann, O. (2001). « Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit », *Revue internationale du droit comparé*, S. 2, s. 283, https://www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_2001_num_53_2_17976 (Erişim Tarihi: 2/12/2018).

karşılığı olan üst kavramlar temelinde sınıflandırılabilirdir.

Bu bildirinin temel sorusu şudur: Anayasal yorum–yasal yorum arasındaki benzerlik ve farklılıkların ortaya konulması, temel haklar ya da anayasal haklar açısından ne tür sonuçlar doğurabilir? Ya da daha doğru bir ifadeyle, anılan farklılık ya da benzerliklerin temel haklarla ilgisi nedir?

Bu soruya iki yönlü cevap verebilmek mümkündür. Öncelikle anayasal yorumla yasal yorum arasındaki benzerliklerin ve farklılıkların büyük oranda yorum ve anayasa kavramlarını tanımlayış şeklimize bağlı olarak değiştiğini belirtmek gerekir (I).

İkinci olarak anayasal yorumun farklı hukuk geçerlilik sistemlerine göre yasal yorumdan ayrılan özelliklerinin olup olmadığını Amerika Birleşik Devletleri örneğinden yola çıkarak inceleyebiliriz (II).

I. KURAMSAL KARŞILAŞTIRMA

Yorum ve anayasa kavramlarının tanımlanışından yola çıkılarak anayasal yorumla yasal yorumu karşılaştırmak ve anayasal yorumun kendine özgü bir özelliği olup olmadığını sorgulamak mümkündür.

A. YORUM KAVRAMININ KARŞILAŞTIRMAYA ETKİSİ

Yorum kavramının farklı tanımlanış biçimleri⁷ daha önce incelenmişti⁸. Buna göre yorum terimini üç ayrı şekilde tanımlamak mümkündür.

⁷ Troper, M. (1977). “Le problème de l’interprétation et la théorie de la supralégalité constitutionnelle”, içinde *Recueil d’études en hommage à Charles Eisenmann*, Paris: Éditions Cujas, ss. 133-151; Kerchove, M., Ost, F. (1988). *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris: PUF; Nerhot, P. (1990). “L’Interprétation en sciences juridiques. La notion de cohérence narrative”, *Revue de Synthèse*, C. 111, ss. 299-329; Troper, M. (1994) *Pour une théorie juridique de l’État*, Paris: PUF; Gözler, K. (1998). “Realist Anayasa Teorisi ve Mekanik Anayasa Anlayışı”, *Anayasa Yargısı*, C. 15, ss. 207-242; Ost. (2001). “Retour sur l’interprétation” içinde *Aux confins du droit*, Bâle: Helbing & Lichtenhahn, ss. 111-133, (Erişim Tarihi: 20/12/2020); Troper, M. (2011). *Le Droit et la nécessité*, Paris: PUF; Pfersmann, O., Timsit, G. (2001). *Raisonnement juridique et interprétation*, Paris: Publication de la Sorbonne; Pfersmann. (2002). “Contre le néo-réalisme juridique. Pour un débat sur l’interprétation”, *Revue française du droit constitutionnel*, C. 50, S. 2, ss. 279-334; Troper, M. (2002). “Réplique à Otto Pfersmann”, C. 50, S. 2, *Revue française du droit constitutionnel*, ss. 335-353; Pfersmann, O. (2002). “Une théorie sans objet, une dogmatique sans théorie” C. 52, S. 4, *Revue française du droit constitutionnel*, ss. 759-788; Pfersmann, O. (2002). “Contre le néo-réalisme juridique. Pour un débat sur l’interprétation”, C. 52, S. 4, *Revue française du droit constitutionnel*, ss. 789-836; Troper, M. (2005). “L’interprétation constitutionnelle” içinde Ferdinand Mélin-Soucranian (Ed.), *L’interprétation constitutionnelle*, Paris: Dalloz, ss.13-21; Pfersmann, O. (2005). “Le sophisme onomastique: changer au lieu de connaître. L’interprétation de la Constitution” içinde Ferdinand Mélin-Soucranian (Ed.), *L’interprétation constitutionnelle*, Paris: Dalloz, ss. 33-60.

⁸ Boyar, O. (2021). s. 32-33.

Öncelikle “yorum” terimini bir normun içerdiği anlamlarının keşfedilmesi, bulunması ya da açıklanması olarak ele almak mümkündür; bu şekilde düşünüldüğünde yorum bir bilme işlemidir⁹. Yorumu bir bilme işlemi olarak ele aldığımızda anayasa metninde yorum öncesinde bir normun bulunduğunu, yorum esnasında da metinde mevcut olan anlamın açığa çıkarıldığını düşünürüz. Savigny tarafından sistemleştirilen dörtlü yorum unsurları (gramatik unsur/mantık unsuru¹⁰/tarihsel unsur/sistematik unsur) metinde yer alan bu anlamı bulmaya yönelmiştir.

İkinci olarak yorum terimi, hukuk metninde yer alan ifadelerin anlamının belirlenmesi olarak görülüp irade işlemi şeklinde değerlendirilmektedir¹¹. Troper ve genel olarak realistlere atfedilebilecek bu görüş, yorumdan önce bir normun var olduğu fikrini reddetmektedir.

Üçüncü olarak yorum “otantik yorumcunun yorum çerçevesinde bulunan farklı anlamlar içerisinde seçim yaptığı, ancak yorum çerçevesinin bilme işlemi vasıtasıyla belirlendiği bir irade işlemi” olarak tanımlanabilir¹². Bu son tanım Kelsen’in ve Hart’ın hukuk normuna yaklaşım biçimini ortaya koymakta ve yorumun hem bir bilme hem de irade işlemi olduğu fikrine dayanmaktadır.

Şayet yorum bir bilme işlemi olarak ele alınırsa anayasal yorumla yasal yorum arasındaki farkın söz konusu normların içeriğinden yola çıkarak ayırt edilebileceği ifade edilmiştir (1)¹³. Buna karşılık yorum bir irade işlemi olarak tanımlanırsa anayasanın yorumunun yorumcuların sayısı ve yorumcular arasındaki ilişkiye göre farklılık gösterdiği belirtilmektedir (2)¹⁴.

1. İçerik Açısından

Anayasal yorumla yasal yorumun içerik açısından farklılaştığını söyleyen yazarlar farklı argümanlardan hareket edebilirler. Luciani bu argümanları şu şekilde saymaktadır¹⁵:

⁹ Pfersmann, O. (2005). s. 37.

¹⁰ Savigny’deki “mantık unsurunun” yerini Jhering etkisiyle amaçsal unsurun alması konusunda bkz. Boyar. (2021). s. 9.

¹¹ Troper, M. (2011). *Le droit et la nécessité*, Paris: PUF, s. 155.

¹² Guastini 2004’ten aktaran a.g.e.

¹³ Troper, M. (2005). s. 13.

¹⁴ a.g.e. s. 15 vd.

¹⁵ Luciani, M. (2018). « Les fondements théoriques de l’interprétation des normes par le juge constitutionnel », *Annuaire international de justice constitutionnelle (Juge constitutionnel et interprétation des normes - Le juge constitutionnel face aux transformations de la démocratie)*, C. 33-2017, s. 497 vd.

- Belirsizlik ya da genellik argümanı: Bu görüş, anayasanın yasalara göre çok daha genel hükümler içerdiği ve bu nedenle yorumlanışının da yasalara göre farklı teknikler gerektirdiği düşüncesi üzerine kuruludur. Ancak yine çok genel nitelikteki yasaların mevcudiyeti karşısında bu argümanın ayırt edici olmaktan uzak olduğu da belirtilmektedir¹⁶. Bununla birlikte “belirsizlik” ya da “genellik” argümanlarının bir de birazdan anılacak “değer” argümanı ile desteklendiğinde anayasal yorumun tanımlayıcısı hâline geleceği söylenebilir¹⁷. Amerikan Yüksek Mahkemesinin *McCulloch–Marryland* kararında John Marshall’ın “...anayasayı yorumladığımızı asla unutmamalıyız¹⁸.” ifadesini kullanmadan önce anayasayla yasa arasındaki detay düzeyinin farklılığından bahsettiği de anımsanabilir.
- Siyasal içerik argümanı: Anayasal yorumun siyasi tercihlerle daha fazla ilgili olduğunu söyleyen görüşler bulunmaktadır¹⁹. Aslında her yasa, şu ya da bu şekilde bir siyasi tercihin ürünüdür. Dolayısıyla bu görüş belki de anayasal yorum/yasal yorum farklılığını açıklamak üzere kullanılan en zayıf argümanlardan birisini içermektedir.
- Değer argümanı: Bu görüş uyarınca, devlet şeklinde teşkilatlanmış toplumun aksiyolojik düzenini yasalar değil anayasa göstermektedir. Dolayısıyla anayasanın yorumu, yasaların yorumundan farklıdır²⁰. Anayasada “eşitlik”, “insan onuru”, “sosyal adalet” gibi kavramlar bulunmaktadır. Bunlar değer yüklü kavramlardır.

Yorumun metindeki anlamını bilme olarak ele alan yazarlardan bazıları ise Savigny’nin dört yorum unsurunun anayasal yoruma da esas olduğunu ama anayasal yorumun “anayasanın üstünlüğü”, “anayasal yorum sonucunda verilen kararların siyasi sonuçları olması” ve yine “anayasa hükümlerinin genelliği” nedeniyle ek bazı teknikleri gerektirdiğini ileri sürmüşlerdir²¹.

¹⁶ a.g.e. s. 497 ve Troper. (2005). s. 14.

¹⁷ Pfersmann, O. (2005). s. 34-35.

¹⁸ *McCulloch v. Marryland* 17 US 316 (1819), 6.3.1819, <https://www.archives.gov/milestone-documents/mcculloch-v-maryland> (Erişim Tarihi: 4/4/2022).

¹⁹ Luciani, M. (2018). s. 498.

²⁰ a.g.e. s. 498.

²¹ Delpérée F. (2018). “Les méthodes et techniques de l’interprétation des normes par le juge constitutionnel”, *Annuaire international de justice constitutionnelle : Juge constitutionnel et interprétation des normes - Le juge constitutionnel face aux transformations de la démocratie*, C. 33-2017, s. 504 vd. https://www.persee.fr/doc/aijc_0995-3817_2018_num_33_2017_2595 (Erişim Tarihi: 29.04.2019). Ayrıca bkz. Delpérée, F. (1978). “La Constitution et son interprétation”, içinde

2. Yorumcu Açısından

Yorumu irade işlemi olarak tanımlayan yazarlar, anayasal yorumun yorumcuları itibarıyla yasal yorumdan farklılaştığını ifade etmektedirler. Bu doğrultuda anayasanın yorumcusu sadece anayasa mahkemesi değil aynı zamanda anayasanın yetki verdiği durumlarda yasama organı ve yürütme organıdır²². Aynı görüş doğrultusunda anayasal yorumla yasal yorum ikisinin de kaldırılabilir olması açısından birbirine benzemektedir: Bu anlayışa göre nasıl ki olağan mahkemelerin yapmış olduğu yasa yorumları, yasa koyucu tarafından kaldırılabiliriyorsa anayasal yorum da kurucu iktidar tarafından kaldırılabilir²³. Yorumcular arası hiyerarşik unsur her iki yorum tipinde de vardır. Ancak anayasal yorumda anayasal organların birbirleriyle ilişkileri karşılıklıdır. Örneğin cumhurbaşkanının parlamento seçimlerini yenileme yetkisi ya da ilgili anayasalarda sayılan normları referanduma sunma yetkisi anayasal yorum gerektiren karar-normlarla kullanılır. Yasama organı yürütmenin cezai sorumluluğunu gerektiren şartların oluşup oluşmadığını anayasal yorum gerektiren bir karar-normla tespit eder. İşte Troper bu şekilde bir karşılıklı ilişkinin yasal yorumda bulunmadığını söylemektedir.

İradecilere göre anayasal yorumun asıl özelliği, anayasanın ne olduğunu söyleyerek anayasayla diğer hukuk normları arasındaki hiyerarşiyi belirlemesidir²⁴. Fransa'da Anayasa Konseyinin 1971 tarihinde vermiş olduğu ve Anayasa'nın "Başlangıç" bölümü ile orada referans yapılan tüm Kanunları anayasallık bloku içinde yorumladığı karar²⁵, Amerikan Yüksek Mahkemesinin Amerikan modeli anayasa yargısının esaslarını ortaya koyduğu ve yazılı anayasayla *common law*'u birlikte yorumladığı Marbury-Madison kararı²⁶ Troper tarafından bu tezi kanıtlamak için örnek verilen kararlardır²⁷.

Yorum kavramına bu şekilde yaklaşan hukukçuların, anayasanın yorumcularının sayısının çokluğu ve bunların arasındaki ilişkiye dair

Michel Van de Kerchove (Der.), *L'interprétation en droit*, Bruxelles: Presses de l'Université Saint-Louis, ss. 187-210, <https://books.openedition.org/pusl/8906> (Erişim Tarihi: 7/4/2022).

²² Troper, M. (2005). s. 16 vd.

²³ a.g.e. s. 19-20.

²⁴ a.g.e. s. 23 vd.

²⁵ Décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971, Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association, <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1971/7144DC.htm> (Erişim Tarihi: 5/4/2022).

²⁶ *William Marbury v. James Madison, Secretary of State of the United States*, 5 US 137 (1803), 24.02.1803.

²⁷ Troper, M. (2005). ss. 22-23.

saptamaları kuşkusuz çok önemlidir. Ancak bu yaklaşımın asıl önemli sonucu, anayasanın yorum yoluyla tanımlanması sonucuna varmasıdır. Bu durumda şu soru akla geliyor: Hareket edilen anayasa anlayışı, yapılacak yorumu da belirlemez mi?

B. ANAYASA KAVRAMININ KARŞILAŞTIRMAYA ETKİSİ

Anayasal yorumun niteliği, hareket edilen anayasa kavramından ve içinde bulunulan hukuk geçerlilik sisteminden bağımsız olarak belirlenemeyeceğine göre ikinci olarak “anayasa” ifadesinden ne anlaşıldığını ortaya koymak gerekmektedir. Anayasayı içeriğine göre tanımladığımızda iki yorum arasındaki farklılık niteliksel farklılık hâlini alabilir (1). Buna karşılık anayasayı hukuk sistemi içerisindeki yeri ve işlevi doğrultusunda tanımladığımızda iki yorum arasındaki fark daha çok bir nicelik farkı hâline gelir (2).

1. Niteliksel Farklılık Tezi

Anayasa bir yandan devlet organlarının kuruluş, yetki ve sorumluluklarını düzenleyen, diğer yandan temel hakları koruyan bir norm türü olarak ele alındığında onun yorumunun da yasanın yorumundan farklı olduğunu ileri sürmek mümkündür.

Anayasayı Dworkin gibi temel siyasi ahlak ilkelerini düzenleyen ve bu itibarla da özsel olarak değerli bir metin olarak gördüğümüzü varsayalım. Anayasa söz konusu olduğunda hukuki bütünlük fikri, “ahlaki bir okuma” (*moral reading*) yapmayı gerektirmektedir²⁸. Bu açıdan yasaların anayasaya

²⁸ Dworkin, R. (1996, repr. 2005). *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*, Oxford: Oxford University Press, s. 2: “Bu kitabın bir bütün olarak geniş ve genel bir amacı vardır. Bu kitap, benim ahlaki okuma olarak adlandırdığım biçimde, siyasi anayasayı okuma ve uygulamanın özel bir yolunu göstermektedir. Çoğu anayasa, tıpkı Amerika Birleşik Devletleri Anayasası’nın Birinci Değişikliği’ndeki Kongre’nin ‘ifade özgürlüğünü’ ihlal eden yasa yapamayacağı hükmünde olduğu gibi, devlete karşı olan bireysel hakları oldukça geniş ve soyut bir dille beyan etmiştir. Ahlaki okuma, -yargıçlar, avukatlar, vatandaşlar- olarak hepimizin, bu soyut hükümleri, siyasi dürüstlük ve adalete ilişkin ahlaki ilkeleri göz önünde bulunduran bir anlayışla yorumlamamızı ve uygulamamızı önermektedir. Örneğin Birinci Değişiklik, ‘devletin, vatandaşların söylediklerini ya da yayımladıklarını sansür etmesi yanlıştır’ şeklindeki ahlaki ilkeyi tanımakta ve bunu Amerikan hukukunun bir parçası haline getirmektedir. Birinci Değişikliğin pornografiyi yasaklayan yasaya izin verip vermediği gibi yeni bir anayasal uyumsuzluk ortaya çıktığında bu konu üzerine düşünen insanların, soyut bir ahlaki ilkenin en iyi nasıl anlaşılabilirliği konusunda karar vermeleri gerekmektedir. [Yorumcular] sansürü yasaklayan ahlaki ilkenin doğru fikrinin, Amerikan hukukuna dâhil edildiği şekliyle pornografi örneğini kapsayıp kapsamadığı konusunda karar vereceklerdir. Ahlaki okuma, siyasi ahlaki anayasa hukukunun kalbine koymaktadır”, çeviri için bkz. Boyar, O. (2021). s. 37-38. Ancak bu ahlaki okuma, yargıçları aynı zamanda siyaset felsefecisi olmaya ittiği gerekçesiyle eleştirilmiştir. Bkz. Eisgruber, C L. (2006). “Should Constitutional Judges Be Philosophers?”, içinde Herskovitz, S. (Der.), *Exploring Law’s Empire*, Oxford: OUP, ss. 5-22.

uygunluğunu denetlerken “en iyi demokrasi” anlayışından hareket edilmelidir: En iyi demokrasi anlayışı da çoğunluk kuralının adil olması üzerine kuruludur²⁹. Bu teori uyarınca artık ahlak ilkesi hâline gelmiş anayasal “ilkelerin” metinde bulunan en doğru yorumunu aradığımızdan anayasanın konusunu yasalarinkinden farklı düşünüyoruz demektir³⁰.

Anayasayı Mortati ya da Schmitt gibi, anayasa öncesi siyasi ve ahlaki değerler doğrultusunda tanımlıyorsak anayasanın yine bu değerler doğrultusunda yorumlanması gerekmektedir³¹. Bu anlayış doğrultusunda anayasa metni, anayasayı tek başına tanımlamamaktadır. Bu durumda anayasanın yorumuyla yasanın yorumu arasındaki farklılık anayasa öncesi değerlere yapılan referansın neden olduğu ek belirsizlik dolayısıyla da ortaya çıkabilir³². Bu anayasa öncesi “değerler” Schmitt örneğinde olduğu gibi olağanüstü olanı olağan hâle getirebilir, yasaı anayasaı bir tutabilir ya da anayasayı üstün kılabılır, anayasanın nihai yorumcusunun kim olduğunu da belirsiz hâle getirebilir³³. Bu yaklaşımın pratik sonucu kurucu iktidarın hukukdışılığını³⁴, sistem içerisinde hatırlatması ve bunu sürekli hâle getirmesidir.

Ancak buradaki temel problem ise kanımızca şu noktada çıkmaktadır: Anayasal yorum, değer yüklü bazı genel ifadelerin yorumcu tarafından ele alınmasını gerektirmektedir. Bu esnada özsel değer veya anayasa öncesi siyasi ilkeler tezini savunan bir yorumcu, anayasayı anlamlandırırken tek başına olduğunu düşünebilir. Kendi yorumunun “doğru” olduğunu ve diğer yorumların yanlış olduğunu düşünebilir. Oysa anayasal yorumun özelliği kaçınılmaz çeşitliliğidir. Mesele ise bu çeşitlilik içinde birliği görmek ve çatışan yorumlar arasında en uzlaşmacı olanı seçmektir. O yüzden belki de yorumlar hakkında “doğru” ya da “yanlış” belirlemesi yapmaya izin veren görüşler yerine, onları geçerli ya da geçersiz yapan görüşlere değinmeliyiz. Bu da bizi niceliksel farklılık tezine götürüyor.

²⁹ Breyer S. (2006). “Introduction: The International Constitutional Judge”, içinde Hershovitz, S. (Der.), *Exploring Law’s Empire*, Oxford: Oxford University Press, s. 1.

³⁰ Boyar, O. (2021). s. 64.

³¹ Laffaille, F. (2012). « La notion de constitution au sens matériel chez Costantino Mortati - La « zone grise » du droit constitutionnel » *Jus Politicum* Sy. 7, s. 2, http://juspoliticum.com/uploads/pdf/JP7_Laffaille_PDF.pdf (Erişim Tarihi: 2/10/2021).

³² Boyar, O. (2021). s. 64.

³³ a.g.e. s. 65.

³⁴ Burada sadece asli kurucu iktidardan bahsedilmektedir.

2. Niceliksel Farklılık Tezi

Anayasayı Kelsen gibi norm üretme normu olarak tanımladığınızda ve hukuk dinamiğini normlar hiyerarşisinin her aşamasında norm uygulanması/norm üretilmesi olarak düşündüğünüzde anayasa, dışarıda aranıp bulunması gereken özsel bir değere sahip olarak değil diğer hukuk normlarının oluşum şeklini belirlemesi itibarıyla başka bir deyişle öngördüğü usuller itibarıyla önem kazanır³⁵.

“Kelsen’e göre yargıç bir yargılama esnasında iki tür yorum gerçekleştirmektedir: bunlardan ilki üst düzeyde yer alan normların bilinerek uygulanmasına ilişkin yapılan yorumdur³⁶ (...). İkincisi, bilinen üst düzey normların gösterdiği “yorum çerçevesi” içerisinde yer alan anlamlardan birisinin seçilmesi anlamında iradi bir faaliyet olarak yorumdur³⁷ (...)”³⁸.

“Anayasal yorum, anayasa normlarının ya da anayasaya uygunluğu denetlenen yasal “normların ifade ettiği sözceler bütünüünün anlamının belirlenmesi”³⁹ ise, yasal yorum, yasada yer alan sözcelerin anlamlarının belirlenmesidir. Böyle değerlendirildiğinde ikisi arasındaki temel fark, referans alınacak normların sayısının artıp azalmasında kendisini göstermekte ve bu da metot değişimini gerektirecek bir fark oluşturmamaktadır. Bu durumda anayasayı yorumlayan yargıcın takdir yetkisinin yasayı yorumlayan yargıcın takdir yetkisine göre (...) daha geniş olduğundan bahsedilebilir, ancak anayasanın yorumuyla yasanın yorumu arasında niteliksel bir farklılık ortaya çıkmamaktadır^{40,41}.”

Bu kuram aynı zamanda anayasal yorumla yasal yorumun eş zamanlılığını öngörür. Gerçekten de anayasayı son anılan şekilde dinamik yapıda birbirine geçerlilik ilişkisiyle bağlı olan normlardan oluşan hukuk geçerlilik sisteminin en üst düzeydeki pozitif normu olarak tanımladığımızda anayasal yorum, yasaların uygulanması/yorumlanması

³⁵ a.g.e.

³⁶ Kelsen, H. (1928). “La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle)”, *Revue du droit public*, ss. 198 vd (197-257). Türkçe çevirisi için bkz. Kelsen, H. (2015). “Anayasanın Yargısal Teminatı (Anayasa Yargısı)” C. 64, S. 3, Yasin Sönmez (Çev.), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 855-914.

³⁷ a.g.e.

³⁸ Boyar, O. (2021). s. 49.

³⁹ Pfersmann, O. (2005). s. 37.

⁴⁰ Kelsen, H. (2002). *Introduction to the Problems of Legal Theory*, Bonnie Litschewski Paulson, B L. – Paulson, S. (Çev.). Oxford: Clarendon Press, s. 83.

⁴¹ Boyar, O. (2021). s. 65.

sürecinin bir parçası olarak karşımıza çıkmaktadır. Bir hukuk düzeni içerisinde anayasa kendisinden altta yer alan normların üretim usulünü belirlediğinden yasaların uygulanması/yorumlanması süreci aynı zamanda anayasanın gösterdiği norm üretim esaslarının uygulanması/yorumlanması faaliyetine dönüşür. Bu sistem içerisinde anayasal yorum ve yasal yorum zorunlu olarak eş zamanlıdır ancak aralarında Kelsen'in söylediği gibi niteliksel değil niceliksel bir fark vardır.

Kelsen'in demokrasi anlayışı da çoğunluk kuralının belli bir şekilde yorumuna dayanır: Çoğunluk kuralı, çoğunluk görüşüne katılmayanların anayasal haklarını dikkate aldığı sürece demokratiktir⁴². Bu demokrasi anlayışı, hukuk düzeninin dinamik yapısına ilişkin argümanlarla birleşince karşımıza şu tablo çıkıyor: Norm koyan tüm organlar, anayasanın öngördüğü esaslar dâhilinde, anayasada öngörülen norm üretim usulüne riayet ederek kararlarını vermelidir. Yargı kararları da yargıçların önlerindeki uyumsuzluklar hakkında üretilen normlar olduğuna göre onların da Anayasa'nın norm üretimi için gösterdiği sınırlara dikkat ederek karar vermeleri gerekir. Bu durumda her yasal yorum bir şekilde yargıcın kendi yetkisinin anayasal yorumu hâline dönüşmektedir.

*

**

Yukarıdaki belirlemeleri 1982 Anayasası'na uyguladığımızda şu gözlemlerde bulunabiliriz:

Yargıtay ve Danıştayın temyiz mahkemesi olduğu yargı kollarında yapılan yasal yorum belli düzeyde bir anayasal yorumu da içermektedir. Bu yargı kollarındaki yargıçlar yetkilerini anayasadan almakta ve anayasanın gösterdiği esaslar dâhilinde karar-normlar üretmektedirler⁴³. Dolayısıyla bu yargı kollarında çalışan her düzeydeki yargıcın vermiş olduğu karar, anayasanın bütününün değil ancak kendi norm koyma yetkisinin anayasal yorumudur. Kendi yetkisi de karara bağlayacağı somut dava özelinde somut duruma özgü bir norm koyma yetkisi olduğuna göre Anayasa'da

⁴² Kelsen'de çoğunluk kuralı bir yandan çoğunluğun karar alabilmesini, diğer yandan da çoğunluk görüşüne katılmayanların anayasal haklarının anayasa yargısı yoluyla korunmasını içerir ve iki yönlü çalışır, bkz. Kelsen, H. (2004), *La démocratie : Sa nature - Sa valeur*, Eisenmann, C. (Çev.). Paris: Dalloz, 2. Bası, s. 63 vd. Türkçeye iki defa çevrilmiştir: Kelsen, H. (1938). *Demokrasi Mahiyeti-Kıymeti*, Menemencioglu E. (Çev.). İstanbul: İstanbul Devlet Basımevi; Kelsen, H. (2019), *Demokrasi Doğası-Değeri*, Uysal Y. (Çev.). Ankara: Dost Kitabevi Yay.

⁴³ Bu yaklaşımın özel hukuk alanında uygulanmasına dair bir inceleme yapmıştık, bkz. Boyar, O. (2019). *Anayasa ve Özel Hukuk*, İstanbul: On İki Levha Yayınları, özellikle s. 74 vd.

norm koyma yetkisine yönelik getirilen sınırlandırmalar her düzeydeki yargıç için geçerlidir.

Bu doğrultuda yargıç kararını Anayasa'nın 138. ve devamı hükümlerine binaen verirken aynı zamanda norm koyduğu için temel haklar alanında yasa koyucunun tabi olduğu sınırlara tabidir. O sınırların bir bölümü Anayasa'nın 13. maddesinde gösterilmiştir. Anayasa'nın 13. maddesinde sayılan ölçütlerin en kapsayıcı olanlarından biri kuşkusuz verilen kararın rasyonelliğinin test edildiği ölçülülük ilkesidir⁴⁴. Anayasa'nın 10. maddesi tüm devlet organlarının kanun önünde eşitlik ilkesine uygun hareket edeceğini söylemektedir. Anayasa'nın 11. maddesi ise yargıca davasında uygulayacağı normları Anayasa'yla çelişmeyecek şekilde anlamlandırma yükümlülüğünü yüklemektedir. Başka bir deyişle normlar hiyerarşisi kuramı her düzeydeki yargıca, anayasal hakları dikkate alma, ölçülü olma, eşit davranma ve hukuk düzeninin tutarlı olmasını sağlayacak biçimde anayasanın üstünlüğü ilkesine riayet etme zorunluluğu yüklemektedir⁴⁵. Farklı bir ifadeyle her yasal yorum, belli bir düzeyde anayasal yorumu da içerir. Ancak Anayasa Mahkemesinin yapmış olduğu anayasal yorum, tüm mahkemeleri bağlamaktadır (Any, mad. 153). Normlar hiyerarşisi kuramının gerçek anlamı budur.

Anayasa yetki normlarını da içerdiğinden zorunlu olarak daha genel ifadelerle kaleme alınır. Kuşkusuz genel ifadelerle kaleme alınmış yasal normlar da vardır. Ancak yasama organı temel haklar alanında norm koyarken anasadaki hak ve özgürlükleri somutlaştırmakta ve toplum içinde kullanılabilir hâle getirmektedir⁴⁶. Bu anlamda yasa temel haklar alanında zorunlu olarak bir anayasa somutlaştırmasını içerir. Kaldı ki normlar hiyerarşisi uyarınca da yasa anayasaya göre daha somuttur. Dolayısıyla anayasanın yorumcusu, yasanın yorumcusundan daha geniş bir alanda hareket etmektedir. Ayrıca anayasanın yorumcusunun yorumladığı normun yazarı da bulunmamaktadır⁴⁷. Carpentier bu sözlerle, yasayı yapan organın kim olduğunun anayasa tarafından

⁴⁴ Bu ilke 13. maddede yer alan pek çok ilkeyi, ya ön şart olarak (nedene bağımlılık ilkesi gibi) ya da konu itibarıyla (hakkın özüne dokunma yasağı ve liberal haklara ilişkin değerlendirmelerde demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluk gibi) ilkeleri kapsamaktadır.

⁴⁵ Bobbio benzer sonuçlara iyi bir yargıcın davranış ilkelerinden yola çıkarak varmıştır, bkz. Bobbio, N. (1971). "Le Bon Législateur", *Logique et Analyse*, C. 14, S. 53-54, s. 244.

⁴⁶ 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Beyannamesi'nin 16. maddesini hatırlayalım: "Hakların güvence altına alınmadığı, kuvvetler ayrılığının belirlenmediği **toplumlarda** anayasa da yoktur" (vurgu yazara ait).

⁴⁷ Carpentier, M. (2020). "L'interprétation constitutionnelle est-elle spécifique?", s. 7 http://publications.ut-capitole.fr/42453/1/Carpentier_42453.pdf (Erişim Tarihi: 4/4/2022).

belli edilmiş olduğunu oysa anayasanın yapılması (asli kurucu iktidar) için bu şekilde yetkilendirilmiş bir organ olmadığını, dolayısıyla bu düzenlemeleri kaleme alanların niyetini -ya da niyet olarak gösterilen hususları diyelim- tespit etmek gerektiğinde yasal yorum açısından yasama meclisi çalışmaları doğrultusunda inceleme yapılabileceğini, buna karşılık anayasanın yorumlanmasında bu şekilde bir niyet araştırmasının uygun olmayabileceğini ifade ediyor⁴⁸. Aynı doğrultuda Yann Aguila'ya atıfla, anayasa söz konusu olduğunda araştırılması gereken tek niyetin, kurucu iktidarın kaynağı olarak ulusun niyeti olduğunu söylüyor⁴⁹.

Aslında Aguila'nın açtığı bu kapı, ulus iradesini ve bu anlamda demokrasiyi nasıl ele aldığımıza bağlı olarak iki şekilde yorumlanabilir. Bir yandan tıpkı realistlerin söylediği gibi anayasanın yetkiyi yorumcularına verdiği ve yetkili yorumcunun ürettiği yorumun geçerli olduğu anlamına gelebilir. Diğer yandan yeni sorular sordurabilir: Anayasanın yorumcusu ulus adına her şekilde karar verebilir mi? Anayasa yargıcının açısından yukarıda tüm yargıçlar için sayılan anayasal hakları dikkate alma, ölçülü olma, eşit davranma ve hukuk düzeninin tutarlı olmasını sağlayacak biçimde anayasanın üstünlüğü ilkesine riayet etme zorunluluğu bulunmaktadır. Aynı ilkeler norm koyan diğer anayasal organlar için de geçerlidir⁵⁰.

Yukarıdaki saptamalar, yazılı anayasa sistemini kabul eden ülkeler için şu ya da bu şekilde geçerli olabilir. Ancak farklı hukuk geçerlilik sistemlerinin anayasal yorum konusunda kendilerine özgü yönleri de bulunabilir.

II. BİR YORUM FARKLILAŞMASI ÖRNEĞİ

Bu bölüme kadar yapılan incelemede yazılı anayasayı kabul eden ve Avrupa modelinde anayasa mahkemesi oluşturmuş olan sistemleri dikkate aldık. Bunun temel nedeni kendimizin de böyle bir hukuk sistemi içerisinde bulunması idi.

Buna karşılık yorum ve özellikle anayasanın yorumu konusunda çalışan bir kimsenin ister istemez Amerika Birleşik Devletleri örneğini de incelemesi gerekmektedir. Bunun en önemli nedenlerinden biri, anayasal

⁴⁸ a.g.e. ss. 7-8.

⁴⁹ a.g.e.

⁵⁰ Bobbio da yargıcın davranış ilkelerini iyi yasa koyucunun davranış ilkelerinden çıkarmıştı. Ancak Bobbio'nun iyi yasa koyucunun ve iyi yargıcın özellikleri arasında saydığı ancak bizim bu incelemede anmadığımız bir ilke daha var. O da "tekrara düşmeme" ilkesidir. Bu ilke uyarınca iyi yasa koyucu ve iyi bir yargıç "söylemesi gerekeni söyler, ne bir eksik ne de fazla", bkz. Bobbio, N. (1971). ss. 244-245.

yorum tartışmalarının bu ülkede Avrupa'ya nazaran daha önce başlamış olmasıdır. İkinci olarak ABD örneği, anayasal yorumla yasal yorumun niteliksel olarak farklılaştığı bir örnek olması itibarıyla, bu farklılıkları inceleyen bir kişi tarafından mutlaka ele alınmalıdır. Aslında içinde bulunduğumuz hukuk sistemi ve anayasa yargısı modeli bu hukuk sisteminden ileri ölçüde farklılaşmıştır. Ancak hermenötik ya da kabaca tarihsel model, bu farklılıklardan yola çıkarak kendi hukuk sistemimizi daha iyi anlamaya hizmet edebilir⁵¹.

Amerika Birleşik Devletleri'nde "orijinalizm" ya da "yaşayan anayasa" şeklindeki yorum yaklaşımlarının anayasanın yorumu konusunda ortaya çıkmış olması tesadüf değildir. Aslında kurucu iktidarın niyetine uygunluktan (*intentionalism*), anayasa metninin yazıldığı dönemin diline uygun bir metinselcilğe (*textualism*) uzanan değişik formlarıyla orijinalizm, anayasal yorumun doğasına -ya da ne olduğuna- ilişkin bir belirleme yapmamaktadır⁵².

Bu ülkenin Anayasa'sı hem çok eski hem de çok çerçeve bir metindir. ABD'de anayasanın anlamlandırılması konusunun bu kadar tartışılmasında bu iki faktörün etkisi olabilir⁵³. Greenawalt bu iki özelliğe bir de Anayasa'nın katılığını da eklemektedir⁵⁴. Buradaki hermenötik soru ise şudur: ABD Anayasası 18. yüzyılda kabul edildiği dönemdeki "amaç" ya da "dil" doğrultusunda mı anlamlandırılacak? Dolayısıyla kolonilerin oluşturmuş olduğu anayasal konsensüs bu şekilde mi korunacak? Yoksa iki yüzyıl öncesinin terim ve amaçlarıyla bugünün ihtiyaçlarını bağdaştırmak mı gerekir? ABD'de anayasanın yorumlanmasının bu iki görüşün "kırılğan bir sentezini" oluşturduğu iddia edilmiştir⁵⁵.

ABD'de özellikle federal düzeyde anayasal yorumun yasal yorumdan farklılaştığı ifade edilmekte, bunun nedeni de federal anayasanın oldukça katı olmasına bağlanmaktadır⁵⁶. Farklılaşmanın Amerikan Yüksek Mahkemesinin anayasaya uygunluk denetiminde verdiği kararlarda emsal karar teşkil eden içtihadını kaldırma konusunda daha cesur

⁵¹ Boyar, O. (2020). s. 230.

⁵² Carpentier, M. (2020). s. 7.

⁵³ Troper, M. (2005). s. 21.

⁵⁴ Greenawalt, K. (2004). "Constitutional and Statutory Interpretation" içinde Jules Coleman, Scott J. Shapiro (Der.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford: Oxford University Press, ss. 289-290.

⁵⁵ Ackerman, B. (2007). *The Faillure of the Founding Fathers - Jefferson, Marshall, and the Rise of Presidential Democracy*, Cambridge : Harvard University Press, s. 6.

⁵⁶ Troper, (2005). s. 21.

olabilmesi, buna karşılık yasal yorumda emsal kararlara sıkı biçimde riayet etmesinden kaynaklandığı ifade edilmektedir⁵⁷. Buna karşılık anayasaları daha kolay değiştirilebilen federe devletler, kararları kurucu iktidar tarafından rahatlıkla aşılabileceği için emsal kararlara riayet etmektedirler⁵⁸. Yüksek Mahkemenin Marbury-Madison kararı da aslında Federal Anayasa'nın katılığını ve bu katılığın nedenini vurgulamaktadır:

“Buradaki sorun, anayasaya aykırı olan bir işlemin, ülkenin hukuku haline gelip gelemeyeceğidir. (...) Burada karar vermek için sadece uzun süredir uygulanan ve yerleşmiş olan ilkeleri gözönünde bulundurmak gereklidir. Halkın gelecekteki yönetimler için kendi mutluluğunu sağlayacak ilkeleri kurma orijinal hakkına sahip olması, tüm Amerikan dokusunun üzerine inşa edeceği temeli oluşturur. Bu şekilde kabul edilen ilkeler temel addedilir. Bu ilkelerin doğduğu irade yüce olduğundan ve nadiren ortaya çıktığından, söz konusu ilkeler kalıcı olarak düzenlenmiştir⁵⁹.”

Ancak bu saptamalar Amerikan Yüksek Mahkemesinin emsal kararlara uymadığı anlamına gelmemektedir⁶⁰. Sadece yasal yoruma göre daha esnek bir uygulamanın olduğu söylenebilir. Nitekim son dönem Federal Yüksek Mahkemesinin, insan onuru ve bireysel özerklik üzerine en önemli içtihatlarından biri olan *Roe-Wade*⁶¹ kararından da dönebileceği tartışılmaktadır⁶².

ABD’de Federal Anayasa’nın çerçeve bir metin olması itibarıyla da yazılı anayasa yanında bir de yazılı olmayan anayasanın var olduğu ileri sürülmektedir. Belz bu konuda şu saptamayı yapıyor:

“Her ne kadar yazılı anayasa yazılı olmayan İngiliz anayasasına tepki olarak ortaya çıkmışsa da yazılı olmayan anayasanın yazılı temel hukuka⁶³ zorunlu olarak aykırı olmadığı yönünde bir anlayış vardır. Yazılı anayasanın yasalar, kararnameler (executive orders), yargı

⁵⁷ a.g.e.

⁵⁸ a.g.e.

⁵⁹ U.S. Reports Volume 5 (1 Cranch) (1801-1803) 175 (vurgular yazara ait). Çeviri için bkz. Boyar, O. (2021). ss. 95-96.

⁶⁰ Rosenfeld, M. (2004). “Constitutional Adjudication in Europe and the United States: paradoxes and contrasts”, *I-CON*, C. 2, S. 4, ss. 636-637.

⁶¹ *Roe v. Wade*, 410 US 113 (1973), 22.01.1973.

⁶² Gersen, J. S. (2022). “If *Roe v. Wade* is overturned, What’s Next?”, *The New Yorker*, 17.04.2022, <https://www.newyorker.com/magazine/2022/04/25/if-roe-v-wade-is-overturned-whats-next> (Erişim Tarihi: 20/4/2022).

⁶³ Burada kastedilen Anglo-Sakson sistemindeki “fundamental law’dur.

kararlarıyla yapılandırılması yazılı anayasanın anlamını oluşturur. Bu yapı, birleştirilmiş olmadığı için “yazılı olmayan” ancak uygulamada olan temel hukuk olarak düşünülebilir. Bu yapı ve yorumlar çeşitlendikçe başlangıçtaki metinle bağımlılık azalır ve bir noktada yeni bir biçimde isimlendirilir. Yazılı anayasanın karşı-anlamıyla yazılı olmayan anayasa olarak adlandırılır ve böylece yargı kararlarıyla gelişmiş İngiliz anayasal tarihine benzer bir gelişim göstermiş olur⁶⁴.”

Bu yazılı olmayan anayasa, ABD’nin *common law* kökenlerinden doğmakta ve Schweber tarafından ifade edildiği şekliyle belli eyaletlerde diğerlerine göre daha güçlü bulunmaktadır⁶⁵. Bu durum eyalet farkının da yoruma etkisi olduğunu gösteriyor. Daha doğru bir ifadeyle ABD’de yargıç, kendi yetkisini federal devlet-federe devlet arasındaki yetki paylaşımı açısından da yorumlamaktadır.

*

**

ABD’deki anayasal yorum/yasal yorum farklılığının incelenmesi şu hususları ortaya koymaktadır:

Anayasal yorumu etkileyen pek çok faktör vardır. Devlet biçimi, içinde bulunulan hukuk sistemi, benimsenen anayasa yargısı modeli, anayasaların katılığı, detaylı olup olmaması, yapılış koşulları ve eski ya da yeni olmaları anayasaların yorumunu etkilemektedir.

Common law sistemi, yargıç yaratısı bir hukuku öngörmesine rağmen emsal karar uygulamasının olması anayasal yorumla yasal yorumu birbirine yaklaştırmaktadır. Ancak Troper, Yüksek Mahkemenin anayasal yorum söz konusu olduğunda emsal kararlardan ayrılabilirdiğini söylüyordu. Troper’in bu açıdan verdiği örnekse *Planned Parenthood* kararıydı⁶⁶. Görüldüğü gibi anayasal yorum tartışmaları, Dworkin’in “hard cases” olarak isimlendirdiği⁶⁷, “üzerinde uzlaşmaya varılmamış”

⁶⁴ Belz, H. (1998). “Written constitutionalism as the American Project”, *A Living Constitution or Fundamental Law - American Constitutionalism in Historical Perspective*, Rowman & Littlefield, § 20, <https://constitution.org/1-Constitution/cmt/belz/lcfl.htm> (Erişim Tarihi: 4/2/2020). Çeviri için bkz. Boyar, O. (2021). s. 93.

⁶⁵ Schweber, H. (2018). “Constitutional Judgement”, içinde Orren, K. - Compton J W (Ed.), *The Cambridge Companion to the United States Constitution*, Cambridge: Cambridge University Press, s. 340. Schweber bunun nedenini kölelik geçmişine bağlıyor. Boyar, *Anayasal Yorumu Giriş*, s. 61.

⁶⁶ *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Robert P. Casey*, 505 US 833, 29.06.1992.

⁶⁷ Dworkin, R. (1975). “Hard Cases”, *Harvard Law Review*, C. 8, S. 6, ss. 1057-1109.

konularda ortaya çıkıyor. Bugün de *Roe* kararının bütünüyle aşılp aşılmayacağı tartışılıyor. Detaylı düzenlemeler içermeyen çerçeve bir anayasayı kabul etmiş sistemde, içtihadi olarak anayasaya uygunluk denetimi gelişmiş olsa bile mahkeme çoğunluğunun değişimine göre emsal kararlar vesilesiyle tanınmış haklar da ortadan kalkabiliyor. “Judicial activism”(yargısal aktivizm) eleştirisi de hatırlanacağı üzere *Griswold v. Connecticut* kararının verilmesi üzerine çıkmıştı⁶⁸.

Bu örnekler bize “Anayasal Yorum” başlığı altında tartışılan konuların aslında metoda ilişkin olmadığını, anayasanın ne olduğu konusunda bir ayrışmaya dayandığını anlatıyor. Bu ayrışma özgürlük-demokrasi-anayasa ilişkisinin nasıl kurulduğuna ilişkin olarak ortaya çıkıyor. Özgürlüğü insanların başka insanlarla beraber kendi kararları doğrultusunda yaşamaları olarak tanımlıyorsak anayasal haklar söz konusu olduğunda bir toplum içerisinde ortaya çıkabilecek yorum farklılıklarını dikkate alarak ve onları dikkate aldığımızı da göstererek karar vermeye çalışabiliriz. Bu durumda çoğunluk kuralı adil de olur. Anayasal hakların ne olduğu ve nasıl korunması gerektiğine dair diğer yorumları yok saymak ise çoğunluk kuralının demokratik olmayan ve aynı zamanda anayasaya aykırı olan bir yorumu olur.

Özgürlük-demokrasi-anayasa üçlüsünü birbirine bağlayan başlıca kurum olan Anayasa Mahkemesinin 60. yılı kutlu olsun.

⁶⁸ Vroom, C. (2018). “Etats-Unis”, *Annuaire international de justice constitutionnelle : Juge constitutionnel et interprétation des normes - Le juge constitutionnel face aux transformations de la démocratie*, C. 33-2017, ss. 265-305 vd. https://www.persee.fr/doc/aijc_0995-3817_2018_num_33_2017_2584 (Erişim Tarihi: 7/3/2022).

KAYNAKÇA

- ACKERMAN, Bruce (2007). *The Faillure of the Founding Fathers - Jefferson, Marshall, and the Rise of Presidential Democracy*, Cambridge : Harvard University Press.
- BELZ, Herman (1998). "Written constitutionalism as the American Project", *A Living Constitution or Fundamental Law - American Constitutionalism in Historical Perspective*, Lanham: Rowman & Littlefield, <https://constitution.org/1-Constitution/cmt/belz/lcfl.htm> (Erişim Tarihi: 4/2/2020).
- BOBBIO, Norberto (1971). "Le Bon Législateur", *Logique et Analyse*, C. 14, S. 53-54, ss. 243-249.
- BOYAR, Oya (2019). *Anayasa ve Özel Hukuk*, İstanbul: On İki Levha Yayınları.
- BOYAR, Oya (2020). "Bir Anlama İmkânı Olarak Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku", *Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi*, C. 12, S. 28, ss. 213-253.
- BOYAR, Oya (2021). *Anayasal Yorumla Giriş*, İstanbul: On İki Levha Yayınları.
- BREYER, Stephen (2006). "Introduction: The International Constitutional Judge", içinde Hershovitz, S. (Der.), *Exploring Law's Empire*, Oxford: Oxford University Press, ss. 1-4.
- CARPENTIER, Mathieu (2020). "L'interprétation constitutionnelle est-elle spécifique?", s. 7, http://publications.ut-capitole.fr/42453/1/Carpentier_42453.pdf (Erişim Tarihi: 4/4/2022).
- DELPÉRÉE, Francis (1978). "La Constitution et son interprétation", içinde Michel Van de Kerchove (Ed), *L'interprétation en droit*, Bruxelles: Presses de l'Université Saint-Louis, ss. 187-210, <https://books.openedition.org/pusl/8906> (Erişim Tarihi: 7/4/2022).
- DELPÉRÉE, Francis (2018). "Les méthodes et techniques de l'interprétation des normes par le juge constitutionnel", *Annuaire international de justice constitutionnelle : Juge constitutionnel et interprétation des normes - Le juge constitutionnel face aux transformations de la démocratie*, C. 33-2017, ss. 502-509, https://www.persee.fr/doc/aijc_0995-3817_2018_num_33_2017_2595 (Erişim Tarihi: 29/4/2019).
- DWORKIN, Ronald (1975). "Hard Cases", *Harvard Law Review*, Vol. 8, n. 6, ss. 1057-1109.
- DWORKIN, Ronald (1996, repr. 2005). *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*, Oxford: Oxford University Press.

- EISGRUBER, Christopher L. (2006). "Should Constitutional Judges Be Philosophers?", içinde Hershovitz, S. (Der.), *Exploring Law's Empire*, Oxford: Oxford University Press, ss. 5-22.
- GERSEN, Jeannie Suk. "If Roe v. Wade is overturned, What's Next?", *The New Yorker*, 17.04.2022, <https://www.newyorker.com/magazine/2022/04/25/if-ro-v-wade-is-overturned-whats-next> (Erişim Tarihi: 20/4/2022).
- GLANERT, Simone (2012). "Method?", *Methods of Comparative Law*, Pier Giuseppe Monateri (Ed), Cheltenham, UK: Edward Elgar, ss. 61-81.
- GÖZLER, Kemal (1998). "Realist Anayasa Teorisi ve Mekanik Anayasa Anlayışı", *Anayasa Yargısı*, C. 15, ss. 207-242.
- GREENAWALT, Kent (2004). "Constitutional and Statutory Interpretation" içinde Coleman, Jules – Shapiro, Scott J. (Ed), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford: Oxford University Press, ss. 269-310.
- KELSEN, Hans (1928). "La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle)", *Revue du droit public*, ss. 197-257.
- KELSEN, Hans (1938). *Demokrasi Mahiyeti-Kıymeti*, Menemencioğlu E. (Çev.). İstanbul: İstanbul Devlet Basımevi.
- KELSEN, Hans (2002). *Introduction to the Problems of Legal Theory*, Bonnie Litschewski Paulson, B L. – Paulson, S. (Çev.). Oxford: Clarendon Press.
- KELSEN, Hans (2004). *La démocratie : Sa nature - Sa valeur*, Eisenmann, C. (Çev.), 2. Bası, Paris: Dalloz.
- KELSEN, Hans (2015). "Anayasanın Yargısal Teminatı (Anayasa Yargısı)" C. 64, S. 3, Yasin Sönmez (Çev.), *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, ss. 855-914.
- KELSEN, Hans (2019), *Demokrasi Doğası-Değeri*, Uysal Y. (Çev.). Ankara: Dost Kitabevi Yay.
- KERCHOVE, Michel v d. - OST, François (1988). *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris: PUF.
- LAFFAILLE, Franck (2012). « La notion de constitution au sens matériel chez Costantino Mortati - La « zone grise » du droit constitutionnel » *Jus Politicum* n. 7, s. 2, http://juspoliticum.com/uploads/pdf/JP7_Laffaille_PDF.pdf (Erişim Tarihi: 2/10/2021).

- LUCIANI, Massimo (2018). « Les fondements théoriques de l'interprétation des normes par le juge constitutionnel », *Annuaire international de justice constitutionnelle (Juge constitutionnel et interprétation des normes - Le juge constitutionnel face aux transformations de la démocratie)*, C. 33-2017, ss. 495-501.
- NERHOT, Patrick (1990). "L'Interprétation en sciences juridiques. La notion de cohérence narrative", *Revue de Synthèse*, Vol. 111, ss. 299-329.
- OST, François. (2001). "Retour sur l'interprétation" içinde *Aux confins du droit*, Bâle: Helbing & Lichtenhahn, ss. 111-133, <http://archive-ouverte.unige.ch/unige:91627> (Erişim Tarihi: 20/12/2020).
- PFERSMANN, Otto, TIMSIT, Gérard (2001). *Raisonnement juridique et interprétation*, Paris: Publication de la Sorbonne.
- PFERSMANN, Otto (2001). « Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit », *Revue internationale du droit comparé*, n. 2, s. 275-288, https://www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_2001_num_53_2_17976 (Erişim Tarihi: 2/12/2018).
- PFERSMANN, Otto (2002). "Contre le néo-réalisme juridique. Pour un débat sur l'interprétation" (2002) *Revue française du droit constitutionnel*, Vol. 50, n. 2, ss. 279-334.
- PFERSMANN, Otto (2002). "Contre le néo-réalisme juridique. Pour un débat sur l'interprétation", Vol. 52, n. 4, *Revue française du droit constitutionnel*, ss. 789-836.
- PFERSMANN, Otto (2002). "Une théorie sans objet, une dogmatique sans théorie" Vol. 52, n. 4, *Revue française du droit constitutionnel*, ss. 759-788.
- PFERSMANN, Otto (2005). "Le sophisme onomastique: changer au lieu de connaitre. L'interprétation de la Constitution" içinde Ferdinand Mélin-Soucramanien (Ed.), *L'interprétation constitutionnelle*, Paris: Dalloz, ss. 33-60.
- ROSENFELD, Michel (2004). "Constitutional Adjudication in Europe and the United States: paradoxes and contrasts", *I-CON*, C. 2, S. 4, ss. 633-668.
- SAVIGNY, F Carl (1850). *Traité de droit romain*, Tome I, Guenoux C. (Çev.). Paris: Librairie de Firmin Didot Frères.
- SCHWEBER, Howard (2018). "Constitutional Judgement", içinde Orren, K. - Compton J W (Der.), *The Cambridge Companion to the United States Constitution*, Cambridge: Cambridge University Press, ss. 331-359.

- TROPER, Michel (1977). “Le problème de l’interprétation et la théorie de la supralégalité constitutionnelle”, içinde *Recueil d’études en hommage à Charles Eisenmann*, Paris: Éditions Cujas, ss. 133-151.
- TROPER, Michel (1994) *Pour une théorie juridique de l’État*, Paris: PUF.
- TROPER, Michel (2002). “Réplique à Otto Pfersmann”, Vol. 50, n. 2, *Revue française du droit constitutionnel*, ss. 335-353.
- TROPER, Michel (2005). “L’interprétation constitutionnelle” içinde Ferdinand Mélin-Soucramanien (Der.), *L’interprétation constitutionnelle*, Paris: Dalloz, ss. 13-21.
- TROPER, Michel (2011). *Le Droit et la nécessité*, Paris: PUF.
- VROOM, Cynthia (2018). “Etats-Unis”, *Annuaire international de justice constitutionnelle* : Juge constitutionnel et interprétation des normes - Le juge constitutionnel face aux transformations de la démocratie, C. 33-2017, ss. 265-305 vd. https://www.persee.fr/doc/aijc_0995-3817_2018_num_33_2017_2584 (Erişim Tarihi: 7/3/2022).