

^HANAYASA MAHKEMELERİNİN NORM ALANINI DARALTMASI VE GENİŞLETMESİ

Arş. Gör. Oğuzcan KUTKAN*

Öz

Anayasa mahkemelerinin en temel görevi kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimini yapmaktır. Anayasa mahkemeleri bu denetimi yaparken anayasayı ve kanunları yorumlarlar. Bu yorumlamaları yaparken anayasa mahkemeleri, yorumladıkları normların anlam ve uygulama alanını daraltabilmekte ve genişletebilmektedir. Bu daraltma ve genişletme üzerinde, denetimin yapıldığı ülkenin benimsediği hukuk sisteminin etkisi olmaktadır. Norm alanının daraltılmasının ve genişletilmesinin bir diğer özelliği ise, daraltma ve genişletme sonucunda anayasal normların birbirleri ile çatışması ihtimalinin ortaya çıkmasıdır.

Bu çalışmada anayasa mahkemelerinin norm alanını daraltma ve genişletme şekilleri, farklı hukuk sistemlerini benimsemiş ülkelerin anayasa mahkemelerinin kararları ışığında karşılaştırmalı olarak incelenmiştir. Bu inceleme yapılırken, modern demokratik hukuk devletlerinin benimsediği Kıta Avrupası hukuk sistemi ve Anglo-Sakson hukuk sistemi esas alınmıştır.

Yapılan inceleme sonucunda anayasa mahkemelerinin, norm alanını daraltırken genellikle anayasaya uygun yorum yöntemini kullandığı, norm alanını genişletirken ise genellikle yargısal aktivizm yoluna başvurduğu sonucuna varılmıştır. Ayrıca anayasa mahkemeleri tarafından yapılan daraltmanın/genişletmenin temel haklar arasında bir çatışmaya sebep olabileceği gibi, temel haklar ile diğer anayasa normları arasında da çatışmaya sebep olabileceği tespit edilmiştir. Buna karşılık anayasa mahkemelerinin başka hiçbir anayasa normunu etkilemeksizin daraltma/genişletme yapmalarının da mümkün olduğu vurgulanmıştır.

Anahtar Kelimeler

Norm Alanının Daraltılması, Norm Alanının Genişletilmesi, Yargısal Aktivizm, Anayasaya Uygun Yorum, Anayasal Normların Çatışması, Kıta Avrupası Hukuk Sistemi, Anglo-Sakson Hukuk Sistemi

^H Hakem incelemesinden geçmiştir.

* Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı (e-posta: okutkan@sakarya.edu.tr) ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5369-5158> (Makalenin Geliş Tarihi: 29.06.2018) (Makalenin Hakemlere Gönderim Tarihleri: 02.07.2018-02.07.2018/Makale Kabul Tarihleri: 12.07.2018-25.09.2018)

LIMITATION AND EXPANSION OF THE SCOPE OF NORMS BY CONSTITUTIONAL COURTS

Abstract

The most basic duty of constitutional courts is to judicially oversee the compliance of laws with the constitution. When conducting this inspection, the constitutional courts interpret the constitution and laws. Constitutional courts might limit and expand the scope of norm's significance and implementation that they are interpreting. The legal system adopted by the jurisdiction where the inspection in question is conducted has an impact on this expansion and limitation. Another aspect of the limitation and expansion of the scope of norms is that there is a probability of conflict between constitutional norms in consequence of this limitation and expansion processes.

In this study, we have comparatively analyzed the constitutional courts' methods for the limitation and expansion of the scope of norms in the light of the constitutional courts' decisions taken in the jurisdictions that adopted different legal systems. This study is based on the Continental European legal system and Anglo-Saxon legal system adopted by modern democratic constitutional states.

As a result of this study, we have concluded that the constitutional courts generally use the interpretation in conformity with the constitution when limiting the scope of norms and generally use the judicial activism when expanding the same. We have further considered that the limitation/expansion by constitutional courts might not only lead to a conflict between fundamental rights, but also between the fundamental rights and other constitutional norms. Nonetheless, we have emphasized that constitutional courts can conduct limitation/expansion processes without impacting any other constitutional norm.

Keywords

Limitation of the Scope of Norms, Expansion of the Scope of Norms, Judicial Activism, Interpretation in Conformity with the Constitution, Conflict of Constitutional Norms, Continental European Legal System, Anglo-Saxon Legal System

GİRİŞ

Norm kavramı genellikle toplumsal yaşamı düzenleyen kuralları ifade etmekte kullanılmaktadır. Hukuk doktrininde, norm kavramına daha farklı bir anlam yükleyen bir görüş de mevcuttur¹. Ancak norm kavramı genellikle kural kavramı ile eşanlamli kullanılmaktadır. Anayasaların, kanunların, düzenleyici idari işlemlerin ve diğer hukuk kurallarının “hukuk normu” ya da kısaca “norm” adı altında değerlendirilmesi mümkündür.

Amerika Birleşik Devletleri’nde (ABD) Marbury v. Madison davası ile başlayan anayasaya uygunluk denetimi, özellikle 2. Dünya Savaşından sonra dünya genelinde yaygınlaşmıştır². Kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi anayasa mahkemeleri tarafından yapılmaktadır³. Bu denetimin yapılması, anayasaların ve kanunların anayasa mahkemeleri tarafından yorumlanmasını da beraberinde getirmiştir. Anayasa mahkemeleri anayasaya uygunluk denetimi yaparken, yorumladıkları normun anlam ve uygulama alanını daraltacak veya genişletecek yorumlar yapabilmektedir.

Anayasa mahkemelerinin anayasal uyumsuzluklara bakış açıları, içinde buldukları hukuk sistemine göre değişmektedir. Ancak norm alanının anayasa mahkemeleri tarafından daraltılması ve genişletilmesi, hem Kıta Avrupası hukuk sistemini benimseyen ülkelerde hem de Anglo-Sakson hukuk sistemini benimseyen ülkelerde görülmektedir⁴.

¹ Fransız hukukçu Michel Troper’in Realist Yorum Teorisi’ne göre norm, kural metninin yorumlanması sonucunda ortaya çıkar. Norm, kural metni değil kuralın anlamıdır (**Gözler**, Kemal: “Realist Yorum Teorisi ve Mekanist Anayasa Anlayışı” Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt: 15, Yıl: 1998, s. 210).

² Kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetiminin tarihsel gelişimi ile ilgili ayrıntılı bilgi için bakınız: **Barın**, Taylan: Anayasa Yargısının Demokratik Meşruiyeti, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2016, s. 128-173.

³ Anglo-Sakson hukuk sistemini benimseyen ülkelerde, anayasaya uygunluk denetimi yapan merci “Yüksek Mahkeme” olarak adlandırılmaktadır. Kıta Avrupası hukuk sistemini benimseyen ülkelerde ise anayasaya uygunluk denetimi yapan merci “Anayasa Mahkemesi” ve benzeri şekilde adlandırılmaktadır. Bu çalışmada da anayasaya uygunluk denetimi yapan mercilerden bahsedilirken “Anayasa Mahkemesi” tabiri kullanılacaktır.

⁴ Birçok ülkenin hukuk düzeni, esas alınan temel hukuk kaynağı bakımından birbirine benzemektedir. Hukukun temel kaynağı bakımından birbirine benzer hukuk düzenlerine sahip olan ülkelerin birlikte hukuk sistemlerini oluşturdukları kabul edilmektedir. Günümüzde dünya genelinde başlıca dört farklı hukuk sistemi varlığını sürdürmektedir. Bu hukuk sistemleri Kıta Avrupası hukuk sistemi, Anglo-Sakson hukuk sistemi, İslam hukuku sistemi ve Sosyalist hukuk sistemidir. (**Gözler**, Kemal: Hukuka Giriş, 14. Baskı, Bursa, Ekin Yayınevi, 2017, s. 137)

Kıta Avrupası hukuk sistemi esas itibarıyla Birleşik Krallık dışındaki diğer Avrupa ülkelerinde uygulanmaktadır. Almanya, Fransa, İtalya, Avusturya gibi Kıta Avrupası ülkelerinin yanında Türkiye’nin de benimsediği bu hukuk sistemi büyük ölçüde Roma Hukuku esaslarından oluşmaktadır. Coğrafi olarak Kıta Avrupası’nda yer almamakla birlikte, Kıta Avrupası ülkelerinin hukuk sisteminden etkilenen diğer ülkelerin de Kıta Avrupası hukuk sistemini

Kıta Avrupası hukuk sistemi ile Anglo-Sakson hukuk sistemi arasında çeşitli farklar bulunmaktadır. Ancak anayasa mahkemelerinin yaklaşım şekline etki eden en önemli fark şudur: Kıta Avrupası hukuk sisteminde kanunlaştırma hareketi yaygındır. Hukuk düzeni, soyut ve genel kurallardan oluşur. Mahkeme kararları hukukun asli kaynağı değil yardımcı kaynağıdır, bağlayıcı değildir (yalnızca anayasa mahkemesi kararları ile içtihadı birleştirme kararları bağlayıcıdır). Anglo-Sakson hukuk sisteminde ise hukuk düzenini büyük ölçüde mahkeme kararları ile örf ve adet hukuku oluşturur. Kanunla düzenlenen konular daha sınırlıdır⁵. Kıta Avrupası hukuk sisteminde belirlilik, öngörülebilirlik ön plandayken; Anglo-Sakson hukuk sisteminde somut olay adaletine daha fazla önem atfedilmektedir. Anayasa mahkemelerinin kararları incelendiğinde bu yaklaşım farkının, iki ayrı hukuk sistemindeki anayasa mahkemelerinin norm alanını genişlettiği ve daralttığı kararlarına yansıdığı görülmektedir.

Anayasa mahkemelerinin norm alanını daraltması ve genişletmesi söz konusu olduğunda bazı hukuki sorunlar ortaya çıkmaktadır. Bu sorunlar temel hakların⁶ kendi aralarında ve diğer anayasa normlarıyla çatışması ile ilgilidir. Söz konusu sorunlar şu şekilde ortaya koyulabilir: Bir temel hakkın lehine olacak şekilde yapılan daraltma/genişletme diğer bir temel hakkın, anayasal ilkenin, anayasal değerinin ya da bir teşkilat normunun (yani diğer bir anayasa normunun) aleyhine mi olur? Veya bir temel hakkın aleyhine olan daraltma/genişletme bir başka anayasa normunun lehine mi olur? Yoksa başka hiç bir anayasa normunu etkilemeksizin (yalnızca tek bir anayasa normunu etkileyecek şekilde) daraltma veya genişletme yapılabilir mi?

Bu çalışmada anayasa mahkemelerinin norm alanını daraltma ve genişletme şekilleri, farklı hukuk sistemlerini benimsemiş olan anayasa mahkeme-

benimsediği görülmektedir. Anglo-Sakson hukuk sistemi, esas itibarıyla İngilizce konuşulan ülkelerde uygulanmaktadır. Birleşik Krallık, Amerika Birleşik Devletleri, Kanada, Avustralya, Yeni Zelanda gibi İngilizce konuşulan ülkelerin benimsediği bu hukuk sistemi büyük ölçüde İngiliz örf ve adetlerinden oluşmaktadır. Nüfusunun çoğunluğu İngilizce konuşmayan ancak eski İngiliz sömürgesi olup İngiliz kültüründen etkilenmiş olan ülkelerde de Anglo-Sakson hukuk sisteminin benimsendiği görülmektedir. İslam hukuku sistemi Suudi Arabistan, İran gibi İslam hukukunu benimsemiş olan ülkelerde uygulanmaktadır. Mezhep farklılıklarından kaynaklanan yorum farkları bulunmakla birlikte bu hukuk sistemini benimsemiş olan ülkelerde hukuk düzeni esas itibarıyla İslam Hukukuna dayanmaktadır. Sosyalist hukuk sistemi ise Küba, Kuzey Kore ve Vietnam gibi Sosyalizmin egemen olduğu ülkelerde uygulanmaktadır. İdeolojik farklılıklar bulunmakla birlikte bu hukuk sistemini benimsemiş olan ülkelerin hukuk düzeni esas itibarıyla Sosyalizm ilkelerine dayanmaktadır (Aybay, Aydın/Aybay, Rona: Hukuka Giriş, 3. Baskı, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2006, s. 87-92).

⁵ **Gözler**, Hukuka Giriş, s. 138-144.

⁶ Bu çalışmada "temel hak" kavramı; anayasalarda yer alan, insan hakları olarak da ifade edilen "temel hak ve özgürlükler"i kısaca ifade etmekte kullanılmıştır.

lerinin kararları ışığında incelenecek⁷ ve gündeme gelen sorulara cevap aranacaktır.

I. NORM ALANININ DARALTILMASI

A. Norm Alanının Daraltılmasının Temel Yöntemi: Anayasaya Uygun Yorum

1. Anayasaya Uygun Yorumun Anlamı

Anayasa mahkemeleri, norm alanını daraltırken genellikle anayasaya uygun yorum (*interpretation in conformity with the constitution*) yöntemini kullanmaktadır. Anayasaya uygun yorum, kanun hükümlerinin hem anayasaya uygun olarak hem de aykırı olarak yorumlanabilmesinin mümkün olduğu durumlarda yapılır⁸. Bu yöntemle, anayasaya uygun olan yorum, anayasa mahkemesi tarafından kabul edilir⁹. Bu yorum yöntemi, sistematik yorum yönteminin bir türüdür¹⁰.

⁷ Bu çalışmada yapılacak olan inceleme bir mikro karşılaştırmalı hukuk incelemesidir. Mikro karşılaştırma; bir hukuk kuralının, kavramının, kurumunun veya bir hukuki sorunun çeşitli hukuk düzenlerinde nasıl ele alındığının karşılaştırılmasıdır (Özsunay, Ergun: “Karşılaştırmalı Hukukun Çeşitli Görünümleri”, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt: 10, Sayı: 3, Yıl: 1976, s. 6; Oğuz, Arzu: “Hukukun Bağımsız Bir Alanı Olarak Karşılaştırmalı Hukukun Konusu ve Metodu”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni: Prof. Dr. Ergin Nomer’e Armağan, Cilt: 22, Sayı: 2, Yıl: 2002, s. 466, dipnot 57). Bu çalışmada da bir hukuki sorun olan “norm alanının anayasa mahkemelerince daraltılması ve genişletilmesi”, karşılaştırmalı olarak incelenecektir. Ancak bu inceleme yalnızca Kıta Avrupası hukuk sistemini ve Anglo-Sakson hukuk sistemini benimseyen ülkeler bakımından yapılacaktır. Çünkü günümüzde modern demokratik hukuk devletleri, bu iki hukuk sisteminden birini benimsemektedir.

Anglo-Sakson hukuk sistemini benimseyen ülkeler arasında norm alanının daraltılması ve genişletilmesi ile ilgili olarak en dikkate değer kararları Birleşik Krallık, Amerika Birleşik Devletleri ve Kanada’nın yüksek mahkemeleri vermektedir. Bu nedenle çalışmamızda bu ülkelerin yüksek mahkemelerinin örnek kararlarına yer verilecektir. Kıta Avrupası hukuk sistemini benimseyen ülkeler arasında norm alanının daraltılması ve genişletilmesine örnek gösterilebilecek en önemli kararların verildiği ülke ise Almanya’dır. Ancak Türkiye uygulamasının da anlaşılması için Almanya ile birlikte Türkiye’den de örnek kararlara yer verilecektir. Çalışmamızda, norm alanının anayasa mahkemeleri tarafından daraltılması ile ilgili olarak, bu konudaki en önemli örneklerden olan “Türban 2”, “Brokdorf”, “X-Citement Video Inc.” ve “Lambert” kararları değerlendirilecektir. Norm alanının anayasa mahkemeleri tarafından genişletilmesi ile ilgili olarak ise bu konudaki en önemli örneklerden olan “367”, “Kürtaj”, “Brown” ve “Andrews” kararları değerlendirilecektir.

⁸ Tanör, Bülent/Yüzbaşıoğlu, Necmi: 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, 10. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, 2011, s. 540.

⁹ Gören, Zafer: Anayasa Hukuku, 1. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2011, s. 30.

¹⁰ İba, Şeref/Kılıç, Abbas: Anayasa Yargısı Dersleri, 2. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, 2018, s. 201. Sistematik yorum yönteminde, yorumlanacak kuralın içinde bulunduğu metnin ve hukuk sisteminin tamamı göz önünde bulundurularak yorum yapılır. Eğer bir kanun hükmü sistematik yorum yöntemiyle yorumlanıyorsa; hükmün içinde bulunduğu madde, diğer mad-

Anayasaya uygun yorum yöntemi, anayasaya uygun ve aykırı şekillerde anlamlandırılabilen bir kanun hükmünün, nasıl anlamlandırılır ve uygulanırsa anayasaya uygun olacağına belirtilmesi suretiyle yapılan yorumdur¹¹. Anayasaya uygun yorumun yapılması sonucunda, normu uygulayacak olanlara yol gösterilir¹². Anayasaya uygun yorum yapan anayasa hâkimleri, normun hangi şekilde yorumlanır ve uygulanırsa anayasaya uygun olacağını belirtirler¹³. Anayasaya uygun yorumu yapılan kanun hükümleri, anayasa hâkimleri tarafından “yorum kaydıyla anayasaya uygun” bulunurlar¹⁴. Bu yöntemle iptal istemi reddedildiği için anayasaya uygun yorum yöntemi kullanılarak verilen kararlara “yorumlu ret kararı” da denilmektedir¹⁵.

Yorumlu ret kararları eğer somut norm denetimi sonucunda verilirse, bir süredir uygulamakta olan bir kanun hükmüne yeni ve anayasaya uygun bir anlam verilmiş olur. Bunun sonucunda söz konusu hükmün uygulanma şekli değişir. Ancak yorumlu ret kararı, soyut norm denetimi sonucunda verilirse, yeni yürürlüğe girmiş (a priori denetim yapılıyorsa henüz yürürlüğe girmemiş), uygulamada bir anlam kazanmamış kanun hükmünün nasıl uygulanacağı belirlenmiş olur¹⁶.

deler, kanunun tamamı ve hukuk düzenini oluşturan diğer normlar da dikkate alınır. Anayasaya uygun yorum yönteminde de yorumlanan norm, anayasa dikkate alınarak yorumlanmaktadır ve anayasa da hukuk sisteminin bir parçasıdır. Bu nedenle anayasaya uygun yorum bir sistematik yorum türüdür (**Metin**, Yüksel: Anayasanın Yorumlanması, Ankara, Asil Yayınları, 2008, s. 22-23, 153).

¹¹ **Memiş**, Emin: Anayasaya Uygun Yorum, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2007, s. 64.

¹² **Boyar**, Oya: Anayasal Uyuşmazlıklarda Yorum, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2008, s. 170.

¹³ **Metin**, s. 73.

¹⁴ **Kaboğlu**, İbrahim Ö.: Anayasa Hukuku Dersleri: Genel Esaslar, 11. Baskı, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2016, s. 361.

¹⁵ **İba**, Şeref: Anayasa Hukuku: Genel Esaslar, 3. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, 2017, s. 318.

¹⁶ **Sabuncu**, Yavuz: Anayasaya Giriş, 16. Baskı, Ankara, İmaj Yayınevi, 2014, s. 305. Somut norm denetimi, uzunca bir süredir uygulanmakta olan bir kanun hükmünün anayasaya aykırı olduğu iddiasının ileri sürülmesiyle yapılır. Bu iddia, mahkemelerde görülmekte olan bir dava sırasında, uyuşmazlığın çözümünde uygulanacak kanun hükmü hakkında ileri sürülür. Anayasaya aykırılık iddiası, mahkeme tarafından veya taraflardan biri tarafından (tarafların iddiası, mahkemenin iddiayı ciddi bulması durumunda dikkate alınır) ileri sürülür. Böyle bir iddianın söz konusu olması üzerine, davadaki uyuşmazlığın çözülebilmesi için öncelikle anayasaya aykırılık sorununun çözülmesi gerekir. Bu nedenle anayasaya uygunluk denetimi yapan merci söz konusu kanun hükmünün anayasa uygun olup olmadığı denetleyip karar verir. İşte bu denetime somut norm denetimi denir. Soyut norm denetimi ise mahkemelerde görülen bir davadan bağımsız olarak doğrudan kanun hükmüne karşı iptal davası açılması üzerine yapılır. Bu davayı açma süresi, kanunun yürürlüğe girmesinden itibaren bir ay, iki ay gibi kısa bir süre ile sınırlı tutulur. Davayı açma yetkisi genellikle siyasi makamlara (örneğin meclisteki ana muhalefet grubu) ait olur. Açılan dava sonucunda anayasaya uygunluk denetimi yapan merci, dava edilen kanun hükmünün anayasa uygun olup olmadığı hakkında karar verir. İşte bu denetime de somut norm denetimi denir. Anayasaya uygunluk denetimi, denetimin yapıldığı zamana göre de a posteriori ve a priori denetim olmak üzere iki şekilde

2. Anayasaya Uygun Yorumun Teorik Temelleri

Anayasaya uygun yorum yönteminin kullanılması, teorik açıdan altı ilkeye dayanır. Bu ilkeler anayasaya uygun yorum yönteminin kullanılmasına dayanak oluştururlar. Anayasaya uygun yoruma başvurulmasının sebepleri bu ilkelerdir. Bu ilkeler; anayasaya uygunluk karinesi, norm lehine davranma, hukuk düzeninin bütünlüğü, anayasanın üstünlüğü, normlar hiyerarşisi ve işlevselliktir¹⁷.

Anayasaya uygun yorumun dayanaklarından biri olan “Anayasaya Uygunluk Karinesi” şu unsurları içermektedir: Kanunun anayasaya aykırı olduğunu iddia eden taraf ispat yükü altındadır. Anayasaya uygunluk iddiasında bulunan taraf ispat yükü altında değildir. Anayasa mahkemesi tarafından iptal edilinceye kadar her kanun anayasaya uygundur. Bir kanuna karşı iptal davası açılmasıyla veya itiraz başvuru yapılmasıyla, o kanunun uygulanması durmaz. Durması için iptal veya yürütmeyi durdurma kararı verilmesi gerekir¹⁸. Kanunun anlamlandırılması konusunda şüphe olduğu takdirde kanunun anayasaya aykırı değil anayasaya uygun olduğu kabul edilmelidir¹⁹. Kanun koyucunun anayasaya uygun işlemler yapmak durumunda olduğu varsayılmalı ve kanunun anayasaya uygun olan yorumu benimsenmelidir²⁰. Bu nitelikleriyle anayasaya uygunluk karinesi, anayasaya uygun yorum yönteminin kullanılmasının sebeplerinden birini oluşturmaktadır.

Norm lehine yorum ilkesi, demokratik devlet ve hukuk devleti ilkeleri ile ilgilidir. Hukuk devleti ilkesi, kanunların anayasaya uygun olmasını gerektirir. Demokratik devlet ilkesi ise yasa koyucunun tercihlerinin geçerliliğinin olabileceğince korunmasını gerektirir. Hukuk devleti ve demokratik devlet ilkelerinin birlikte uygulanabilmesi için norm lehinde davranma ilkesine riayet edilmelidir. Norm lehinde davranma ilkesine göre, anayasaya aykırılık nedeniyle verilen iptal kararları “gerekli” ve “orantılı” olmalıdır. Orantılılığın sağlanabilmesi açısından, kısmen iptal kararı ile anayasaya aykırılığın giderilebildiği durumlarda tamamen iptal yerine kısmen iptal kararı ile yetinilmelidir. Gerekliliğin sağlanabilmesi açısından ise anayasaya uygun yorum ile anayasaya aykırılığın giderilebildiği durumlarda iptal kararı yerine anayasaya uygun yorum yöntemi uygulan-

yapılır. A posteriori (sonradan) denetimde, kanunun yürürlüğe girmesi ve bir süre uygulanmasından sonra anayasaya uygunluk denetimi yapılır. A priori (önceden) denetimde ise kanunun yürürlüğe girmesinden önce anayasaya uygunluk denetimi yapılır ve eğer anayasaya aykırılık tespit edilirse aykırı hükümler yürürlüğe girmez (Ayrıntılı bilgi için bakınız: **Tunç**, Hasan: Karşılaştırmalı Anayasa Yargısı, Ankara, Yetkin Yayınları, 1997).

¹⁷ **Çağlar**, Bakır: “Anayasa Yargısında Yorum Problemi Karşılaştırmalı Analizin Katkıları”, Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt: 2, Yıl: 1985, s. 191; **Oder**, Bertil Emrah: Anayasa Hukukunda Yorum Yöntemleri, İstanbul, Beta Yayınları, 2010, s. 151-152.

¹⁸ **Gözler**, Kemal: Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, 2. Cilt, Bursa, Ekin Yayınları, 2011, s. 811.

¹⁹ **Oder**, s. 152.

²⁰ **Memiş**, Anayasaya Uygun Yorum, s. 90.

malıdır. Norm lehine davranma ilkesi, bu şekilde normun varlığını koruma işlevi üstlenmektedir. Bu ilke de anayasaya uygun yorumun dayanaklarından biri olma konumundadır²¹. Bu ilkeye dayanılarak kullanılan anayasaya uygun yorum yöntemiyle, kanun hükmünün anayasaya uygun yorumlanmasının mümkün olduğu hallerde kanun koyucunun iradesinin gereksiz yere sınırlandırılması önlenmektedir²². Böylelikle anayasa mahkemelerinin siyasal alana müdahalesi ve meclis çoğunluğu ile çatışması azalmaktadır²³.

Hukuk düzeninin bütünlüğü ilkesine göre hukuk düzeni, yürürlükte olan bütün hukuk kurallarının toplamından oluşur ve bu hukuk kurallarının tamamı ayırım yapılmaksızın uygulanmalıdır. Bu ilkeye göre anayasa da kanunlar gibi uyumsuzlukların çözümünde uygulanacak normlardan biridir ve uyumsuzlukların çözümünde bütün normların dikkate alınması gerekir. Ayrıca hukuk düzeninin bütünlüğü ilkesine göre, hukuk düzenini oluşturan hukuk kurallarının birbirleri ile çatışmaması, birbirlerine aykırı olmaması gerekir²⁴. Bu yönleriyle hukuk düzeninin bütünlüğü ilkesi, anayasaya uygun yorum yönteminin kullanılmasının sebeplerinden bir diğeridir.

Anayasanın üstünlüğü ilkesinin iki yönü vardır. Bunlardan birincisi, anayasanın kanunlardan daha zor şekilde (örneğin basit değil nitelikli meclis çoğunluğu ile) yapılabilmesi ve değiştirilebilmesidir. Bu ilkenin ikinci yönü ise anayasa hükmü ile düzenlenmiş bir konu hakkında anayasa hükmü ile çatışan bir kanunî düzenleme yapılarak anayasa hükmünün geçersiz hale getirilememesidir²⁵. Anayasanın üstünlüğü ilkesi, anayasanın bu iki özelliğini ifade eder. Bu nitelikleri ile anayasanın üstünlüğü ilkesi, anayasaya uygun olan yorumun tercih edilmesine dayanak oluşturmaktadır.

Normlar hiyerarşisi ilkesi de anayasaya uygun yoruma dayanak oluşturmaktadır. Normlar hiyerarşisi ilkesi ünlü Avusturyalı hukukçu Hans Kelsen tarafından geliştirilmiştir. Hans Kelsen, bu ilkeyi geliştirdiği teorisine “saf hukuk teorisi” adını vermiştir (salt hukuk teorisi veya normativist teori de denir). Saf hukuk teorisine göre, hukuk kurallarının en üstünde genel ve varsayımsal bir kural vardır. Bu kural “temel norm”dur. Temel norm, pozitif (yürürlükte olan) bir hukuk kuralı değildir fakat pozitif hukuk kurallarının geçerliliğini ve bağlayıcılığını sağlar. Pozitif hukuk kuralları, temel norma uygun oldukları sürece geçerli ve meşru olurlar. Bu yönüyle temel norm bir varsayımdır ve hukuk

²¹ **Oder**, s. 154.

²² Landfried'den aktaran: **Hekimoğlu**, Mehmet Merdan: Alman Hukuku Işığında Türk Anayasa Yargısının Hukuki Boyutları, Ankara, Detay Yayıncılık, 2004, s. 332.

²³ **Kaboğlu**, İbrahim Ö.: Anayasa Yargısı: Avrupa Modeli ve Türkiye, 4. Baskı, İstanbul, İmge Kitabevi, 2007, s. 146.

²⁴ **Memiş**, Anayasaya Uygun Yorum, s. 87.

²⁵ **Gönenç**, Levent: Yasaların Anayasaya Uygunluğunun Denetimi ve Anayasa Yargısı, Türkiye Ekonomi Politikaları Araştırma Vakfı Anayasa Çalışma Metinleri II, 2010, s. 1-2, www.tepav.org.tr/Çalışmalarımız/Anayasa Çalışmaları, (18.08.2018).

ötesidir. Kelsen'e göre bu temel normun, bir devletin tarihindeki ilk monarkın ya da ilk parlamentonun koyduğu anayasa olduğu varsayılabilir. Kelsen'e göre hukuk düzeni, temel normdan başlayarak hiyerarşik (kademeli) biçimde birbirine dayanan ve bu şekliyle bir piramidi andıran normlar bütününden oluşur. Piramide benzeyen hukuk düzeninin en tepesinde temel norm bulunur. Temel normun altında anayasa, anayasanın altında kanunlar, kanunların altında tüzükler ve tüzüklerin altında ise yönetmelikler bulunur. Bu düzendeki her norm, eğer kendinden daha üst kademedeki normlara uygunsuzsa geçerli ve bağlayıcıdır²⁶.

İşlevsellik ilkesi ise anayasaya uygun yorumun işlevsel bir yöntem olmasını ifade eder. Anayasaya uygun yorum iptal ve kısmen iptal kararlarının aksine hukuk düzeninde boşluğa neden olmaz ve hukuk düzeninin bütünlüğünü korur. Böylelikle uygulamada aksaklıkların ortaya çıkmasına ve hukuk güvenliğinin zarar görmesine engel olur. Anayasaya uygun yorum, hukukun sürekliliğine ve öngörülebilirliğine hizmet eder. Anayasaya uygun yorum yoluyla, hâkimin hukuk yaratmasının önüne geçilmiş ve hâkimler sınırlandırılmış olur²⁷. Anayasaya uygun yorum yerine iptal kararı verildiğinde, iptal edilen kanun hükmünün yerine yeni bir düzenleme yapılması uzun zaman alabilir²⁸. Anayasaya uygun yorum, böyle bir sorunun ortaya çıkmasını engelleyecektir. Ayrıca anayasaya uygun yorum sayesinde, bir süre yürürlükte kalıp hukuki sonuçlar doğurmuş bir kanunun iptali nedeniyle kazanılmış hakların tehlikeye düşmesi gibi bir durum söz konusu olmayacaktır²⁹. Tüm bu işlevselliği, anayasaya uygun yorumun kullanılmasına dayanak teşkil etmektedir.

3. Anayasaya Uygun Yorumun Bağlayıcılığı ve Sınırı Tartışmaları

Anayasaya uygun yorum yönteminin meşru, bağlayıcı olup olmadığı ve eğer bağlayıcı olduğu kabul edilirse bu yorumun hangi sınırlar dâhilinde uygulanacağı doktrinde tartışma konusudur. Anayasaya uygun yorumun bağlayıcılığı tartışmaları, anayasa mahkemesi kararlarının gerekçelerinin bağlayıcı olup olmadığı tartışmalarının bir unsurudur. Çünkü anayasaya uygun yorum, anayasa mahkemelerinin kararlarının hüküm fıkrasında değil gerekçe kısmında belirtilmektedir³⁰. Eğer gerekçenin bağlayıcı olmadığı kabul edilirse, anayasaya uygun

²⁶ **Teziç**, Erdoğan: Anayasa Hukuku, 21. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2017, s. 94-95.

²⁷ **Oder**, s. 156.

²⁸ **Memiş**, Anayasaya Uygun Yorum, s. 68.

²⁹ **Kaboğlu**, Anayasa Yargısı, s. 146.

³⁰ **Memiş**, Emin: Anayasa Hukuku Notları: Türkiye'de Anayasa Gelişimleri Eğrisi (1808-2011), 6. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2011, s. 547. Anayasa Mahkemesi kararları (diğer tüm mahkeme kararları gibi) iki bölümden oluşur. Bu bölümler "hüküm fıkrası" ve "gerekçe" bölümleridir. Hüküm fıkrasında iptal isteminin reddedildiği veya kabul edildiği belirtilir. Gerekçe bölümünde ise kanun hükmünün (veya hükümlerinin) anayasanın hangi maddesine (veya maddelerine) neden aykırı olduğu belirtilir (**Gözler**, Kemal: Türk Anayasa Hukuku, 2. Baskı, Bursa, Ekin Yayınları, 2018, s. 1118).

yorumun da bağlayıcı olmadığı kabul edilecektir. Gerekçenin bağlayıcı olduğunun kabul edilmesi halinde ise anayasaya uygun yorumun da bağlayıcı olduğu kabul edilecektir.

Anayasaya uygun yorum yöntemine yöneltilecek başlıca eleştiri, bu yorum yönteminin yargı erkinin yasama yetkisine müdahale etmesine imkân sağladığı yönündedir. Bu görüşü savunanlar, kanunun içeriğinin yeniden belirlendiği yorumlu ret kararlarının, yasama yetkisine iptal kararlarından daha ağır bir müdahale oluşturduğunu vurgulamaktadır³¹. Bu eleştirileri yöneltenler, anayasaya uygun yorum nedeniyle yasama organının gelecekteki hareket serbestisinin iptal kararlarına göre daha fazla sınırlandırıldığı, anayasa mahkemelerinin negatif kanun koyucu olmaktan çıkıp pozitif kanun koyucu konumuna geldiğini belirtmektedir³².

Doktrinde azınlıkta kalan görüş, anayasaya uygun yorumun meşru ve bağlayıcı olmadığı yönündedir. Ergun Özbudun'a göre, anayasaya uygun yorum kararları birer pozitif kanun koyuculuk işlemidir. Ayrıca gerekçenin bağlayıcılığının kabul edilmesi çeşitli sorunlara yol açacaktır. Özbudun'a göre, anayasa mahkemesi üyelerinin çoğunluk görüşüne değişik gerekçelerle katılması durumunda hangi gerekçenin bağlayıcı olacağı, bir sorun olarak ortaya çıkacaktır. Ayrıca anayasa mahkemelerinin kararlarında uzun felsefi, sosyolojik, tarihsel ve siyasi tahliller yapılması durumunda, bunların tümünün bağlayıcı kabul edilmesi devlet ve toplum hayatını ciddi şekilde sınırlandıracaktır. Bunların dışında Özbudun, anayasa mahkemelerinin diğer yargı kollarının temyiz mercii olmaması nedeniyle gerekçelerin diğer yargı kolları bakımından bağlayıcılığının kabul edilmesinin anlamının ve yaptırımının belirsiz olacağını ifade etmektedir. Bu nedenlerle Özbudun, kararların yalnızca hüküm fıkralarının bağlayıcı olması gerektiği görüşünü savunmaktadır³³.

Aynı yönde görüşe sahip olan Kemal Gözler'e göre, Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcı olmasının tek anlamı, iptal edilen kanun hükmünün yürürlükten kalkmasıdır. Bu nedenle normal ret ve yorumlu ret kararları kesin hüküm teşkil etmez ve bağlayıcı değildir. Ayrıca Anayasa Mahkemesi karar gerekçelerinin bağlayıcılığı kabul edilirse bu durum, Anayasa Mahkemelerinin bütün gerçek ve tüzel kişilere, bütün devlet organlarına (tabii diğer yargı organlarına da) emir ve talimat vermesi anlamına gelir. Böyle bir durum, liberal demokratik bir hukuk sistemine ve hâkimlerin bağımsızlığı ilkesine aykırı olacaktır. Liberal demokratik bir hukuk sisteminde devlet organları ile gerçek ve tüzel kişilerin, anayasa maddelerini anayasa mahkemesi ile aynı şekilde yorumlamaları gibi bir zorunluluk yoktur. Bunların dışında gerekçenin bağlayıcılığının bir diğer sakıncası şudur: Anayasa mahkemesi kararlarında çok sayıda görüş belirtildiği için bu

³¹ Mülller ve Christensen'den aktaran **Oder**, s. 157.

³² **Özbudun**, Ergun: Türk Anayasa Hukuku, 17. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2017, s. 417.

³³ **Özbudun**, Türk Anayasa Hukuku, s. 418-419.

görüşlerin tamamının bağlayıcı kabul edilmesi durumunda anayasa mahkemesinin diktatör olduğu bir sistem oluşacaktır. Bu nedenlerle gerekçenin bağlayıcılığı kabul edilemez. Yalnızca hüküm fıkrası bağlayıcıdır. Gerekçe bağlayıcı olmadığı için yorumlu ret kararı ile normal ret kararı arasında hiçbir fark yoktur. Çünkü Anayasa Mahkemeleri diğer yargı kollarının temyiz mercii olmadığı sürece diğer mahkemeler Anayasa Mahkemelerinin yaptığı yorumlarla bağlı olmayacaktır. Hakkında anayasaya uygun yorum yapılan kanun hükmünün nasıl uygulanacağına, hükmü uygulayan mahkemeler karar verecektir³⁴.

Doktrinindeki hâkim görüşe göre ise anayasaya uygun yorum bağlayıcıdır. İbrahim Kaboğlu'na göre, anayasa mahkemelerinin kararlarının bağlayıcılığı yalnızca hüküm fıkrası ile sınırlı değildir. Kararların gerekçeleri ve anayasaya uygun yorumlar da bağlayıcıdır³⁵. Yılmaz Aliefendioğlu'na göre, hüküm fıkrası ile mahkemeyi bu hükme götüren gerekçe bölümü bir bütünlük arz etmektedir. Bu nedenle bağlayıcılık gerekçeyi de kapsar³⁶.

Oya Boyar'a göre, bir cümlelik hüküm fıkrasının bağlayıcılığının sağlanabilmesi için, kararın neden verildiğinin bilinmesi gerekir. Bu nedenle kararın uygulanması, aslında gerekçenin hayata geçirilmesi anlamına gelmektedir. Ayrıca gerekçede, kararı meşru kılan dayanaklar (kararla hangi hakkın korunduğu, hangi yetki aşımının önlendiği gibi) belirtilir. Bunun dışında, gerekçelerde anayasa maddeleri yorumlanarak somut düzenlemeler ve işlemler için anlaşılmaktadır. Bu nedenlerle gerekçenin ve dolayısıyla anayasaya uygun yorumun bağlayıcılığı kabul edilmelidir³⁷.

Anayasaya uygun yorumun bağlayıcılığı konusundaki bu iki görüşün arasındaki ortalama bir görüşü ise Korkut Kanadoğlu ifade etmektedir. Kanadoğlu'na göre hiçbir mahkeme, kanunun anayasa mahkemesi tarafından anayasaya aykırı bulunan yorumunu, anayasaya uygun bulamaz. Ancak kanun, anayasaya uygun olan birden fazla şekilde yorumlanabiliyorsa ve anayasa mahkemesi ret kararını bu yorumlardan birine veya birkaçına dayandırmışsa, diğer mahkemeler yalnızca bu yorumlarla bağlı olmamalıdır. Mahkemeler, kanunun anayasa mahkemesi tarafından değinilmeyen ama anayasaya uygun olan bir başka yorumunu da benimseyebilmelidirler³⁸. Bu görüşüyle birlikte Kanadoğlu, bir çözüm önerisinde bulunmaktadır. Kanadoğlu'na göre, anayasaya uygun yorumun bağlayıcılığı tartışmalarının sona ermesi için anayasaya uygun yorum hüküm fıkrasında ayrıca belirtilmelidir. Çünkü hüküm fıkrasının bağlayıcılığı tartışmasıdır. Anayasa Mahkemesi tarafından, anayasayla bağdaşmayacak

³⁴ **Gözler**, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, 2. Cilt, s. 825-827, 840-841.

³⁵ **Kaboğlu**, Anayasa Hukuku Dersleri: Genel Esaslar, s. 369.

³⁶ **Aliefendioğlu**, Yılmaz: Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi, Ankara, Yetkin Yayınları, 1996, s. 196-197.

³⁷ **Boyar**, s. 302-303.

³⁸ **Kanadoğlu**, O. Korkut: Anayasa Mahkemesi, İstanbul, Beta Yayınları, 2004, s. 244-245.

yorumların veya sadece anayasaya uygun olan yorumun hüküm fıkrasında da belirtilmesi gerekir³⁹.

Kanaatimce gerekçe içinde yalnızca hükme dayanak oluşturan kısımlar bağlayıcı kabul edilmelidir. Anayasaya uygun yorum da hükmün temel dayanağı olduğu için anayasaya uygun yorumun da bağlayıcı olduğunun kabul edilmesi gerekir. Bu görüş, Federal Almanya Anayasa Mahkemesi'nin (FAYM) (*Bundesverfassungsgericht*) görüşüdür⁴⁰. FAYM'ye göre, "Hükme dayanak olan gerektirici nedenler hüküm fıkrasına dâhildir. Anayasa Mahkemesinin anayasaya uygun yorumu bağlayıcıdır."⁴¹ Böylelikle FAYM, karar gerekçesinin tamamının bağlayıcı olmayacağını, ancak gerekçede yer alan ve hükmün dayanağı olan ifadelerin bağlayıcı olacağını kabul etmektedir⁴².

Anayasaya uygun yorumun meşruluğu ve bağlayıcılığı kabul edildiğinde, bu kez anayasaya uygun yorumun hangi sınırlar dâhilinde yapılacağı sorunu gündeme gelmektedir. Kanaatimce bu soruna da uygulamada en doğru çözümü yine FAYM getirmiştir. Doktrinde anayasaya uygun yorumun sınırı olarak "ölçülülük" ilkesini belirten bir görüş de bulunmaktadır⁴³. Ancak hâkim görüş, daha kapsamlı bir sınırlamanın kabul edilmesi ve FAYM'nin uyguladığı sınırların benimsenmesi gerektiği yönündedir⁴⁴.

FAYM'ye göre anayasaya uygun yorumun sınırı "kanunun açık sözü" ve "kanun koyucunun açık amacı"dır⁴⁵. Bu doğrultuda FAYM'nin çizdiği sınırdan şu sonuçlar çıkarılabilir: Eğer bir kanunun sözü, açık, kesin ve tartışmasız olan tek bir anlam taşıyorsa ve bu anlam anayasaya aykırı ise anayasaya uygun yorum yöntemine başvurulamaz. Benzer şekilde eğer kanun koyucunun amacı

³⁹ **Kanadoğlu**, Anayasa Mahkemesi, s. 244.

⁴⁰ Ayrıca doktrinde Yüksel Metin tarafından bu görüş belirtilmiştir (**Metin**, s. 195-196).

⁴¹ **Memiş**, Anayasaya Uygun Yorum, s. 197. FAYM bu bağlayıcılığı, hüküm fıkrasında şu formülü kullanarak ifade etmektedir: "Madde... karar gerekçesinde beliren anlamıyla anayasa ile bağdaşmaktadır" (BVerfGE 51, 304, 358-359. Aktaran: **Metin**, s. 155).

⁴² Eski FAYM başkanı Wolfgang Zeidler, bu durumu şu şekilde açıklamaktadır: "Bağlayıcı etki yalnızca karar beyanını ve ilgili karar nedenlerini kapsamakta olup, karar gerekçesini açıklamak amacıyla mahkemenin genellikle ayrıntılı açıklamalarla ortaya koyduğu tek tek her ifadeyi içine almamaktadır" (**Zeidler**, Wolfgang: "Federal Almanya Raporu", Anayasa Yargısı: 7. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı -27 Nisan 1987/Lizbon-, Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları 1988, s. 62).

⁴³ **Fendoğlu**, Hasan Tahsin: Anayasa Hukuku, 2. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2017, s. 154; **Memiş**, Anayasaya Uygun Yorum, s. 125. Ölçülülük ilkesi üç unsurdan oluşmaktadır. Bunlar; "Elverişlilik", "Gereklilik" ve "Oranlilik"tır (**Sağlam**, Fazıl: Temel Hakların Sınırlandırılması ve Özü, Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1982, s. 114). Ölçülülük ilkesini sınır kabul eden görüşe göre; yapılan anayasaya uygun yorum, uygulanma amacını gerçekleştirmek bakımından elverişliyse, gerekliyse ve ayrıca bu yöntemin uygulanma amacı ile anayasaya uygun yorum arasında makul bir denge varsa, anayasaya uygun yorum yöntemi uygulanabilir.

⁴⁴ **Metin**, s. 196; **Oder**, s. 157; **Kanadoğlu**, Anayasa Mahkemesi, s. 242.

⁴⁵ BVerfGE 54, 277, 300 (Aktaran: **Oder**, s. 157).

açıkça anayasaya aykırı ise (örneğin kanunî düzenlemenin siyasi rant veya kişisel menfaat için yapıldığı açıkça anlaşılıyorsa) anayasaya uygun yorum yöntemine başvurulamaz. Böyle durumlarda iptal kararı verilecektir⁴⁶. FAYM'ye göre, eğer normun içeriği esaslı biçimde yeniden belirlenirse, anayasaya uygun yorumun sınırı aşılmış olur⁴⁷.

Kanadoğlu'nun belirttiği gibi, kanun koyucu kendi koyduğu normun içeriğini anayasaya uygun yorum sonucunda tanıyamaz hale gelmişse anayasaya uygun yorumun sınırları aşılmış demektir. Anayasaya uygun yorum ile kanun koyucunun temel karar ve amaçlarına müdahale edilmemelidir. Eğer müdahale edilirse, anayasaya uygun yorumun temel dayanaklarından olan norm lehine davranma ilkesine aykırı sonuçlar ortaya çıkabilir. Kanun koyucunun iradesinin korunması yerine tam tersine kanun koyucunun iradesi zedelenmiş olur⁴⁸.

Kanaatimce, FAYM'nin uyguladığı sınırlar dâhilindeki bir anayasaya uygun yorum kanunun uygulanma şeklini değiştirse bile meşru ve bağlayıcı kabul edilmelidir. Çünkü kanunun açık sözü veya kanun koyucunun açık amacı aşılmadığı sürece anayasaya uygun yorum, yasama yetkisine iptal kararından daha ağır bir müdahale oluşturmayacaktır. Böylelikle iptal kararının yaratacağı olumsuzlukların önüne geçilebilecektir.

Anayasaya uygun yorumun bağlayıcılığı ve sınırı konuları tartışmalı olsa da hem Kıta Avrupası hukuk sistemindeki anayasa mahkemeleri tarafından hem de Anglo-Sakson hukuk sistemindeki anayasa mahkemeleri tarafından anayasaya uygun yorum yöntemi kullanılmaktadır. Anayasa Mahkemeleri tarafından norm alanının genellikle anayasaya uygun yorum ile daraltıldığı görülmektedir. Aşağıda incelenecek olan Türban 2, Brokdorf, X-Citement Video Inc. ve Lambert kararları da norm alanının anayasa mahkemeleri tarafından anayasaya uygun yorum yoluyla daraltılmasına örnek teşkil etmektedir.

B. Kıta Avrupası Hukuk Sisteminde Norm Alanının Daraltılması

Kıta Avrupası hukuk sistemini benimsemiş ülkelerden biri olan Türkiye'de, norm alanının anayasa mahkemesi tarafından daraltılmasının en belirgin örneklerinden biri Türk Anayasa Mahkemesi'nin (TAYM) 1991 yılında verdiği Türban 2 kararıdır⁴⁹. Bu kararın verilmesinden önce 1990 yılında, Türk Yükseköğretim Kanununa ek md.17 eklenmişti. Madde ile "Yürürlükteki kanun-

⁴⁶ Oder, s. 157.

⁴⁷ Zeidler, s. 47.

⁴⁸ Kanadoğlu, Anayasa Mahkemesi, s. 242.

⁴⁹ Esas Sayısı: 1990/36, Karar Sayısı: 1991/8, Karar Günü: 9.4.1991, R.G. Tarih-Sayı: 31.07.1991-20946. (www.anayasa.gov.tr/Kararlar/Kararlar Bilgi Bankası/Genel Kurul Kararları)

TAYM bu karardan önce de türban serbestisi ile ilgili bir karar verdiği için bu karar doktrinde "2. Türban Kararı" veya "Türban 2 Kararı" şeklinde adlandırılmaktadır.

lara aykırı olmamak kaydı ile; yükseköğretim kurumlarında kılık ve kıyafet serbesttir.” şeklinde bir düzenleme yapılmıştı. Bunun üzerine, bu düzenlemenin iptali için açılan davada TAYM, iptal istemini reddetmiş ancak “kanunlar” kavramının yürürlükteki hukuk düzenini ifade ettiğini ve dolayısıyla anayasanın da “kanunlar” kavramının kapsamına girdiğini ifade etmiştir. Bu doğrultuda, yükseköğretim kurumlarına türban ile girilmesinin Türk Anayasasındaki laiklik ilkesine aykırı olduğu gerekçesi ile söz konusu düzenlemenin yükseköğretim kurumlarına türban ile girilmesine izin verecek şekilde anlaşılamayacağını belirtmiştir. Bu yorumla söz konusu hükmün iptali istemini reddetmiştir.

TAYM Türban 2 kararında, iptal isteminin konusu olan düzenlemenin yükseköğretim kurumlarında türban serbestisini getirmediği için anayasaya uygun olduğunu belirtmiştir. Kanun koyucunun anayasaya uygun davrandığını varsaymıştır⁵⁰. Başka bir ifade ile TAYM, söz konusu düzenlemenin yükseköğretim kurumlarına türban ile girilmesine izin vermeyecek şekilde yorumlanması ve uygulanması durumunda anayasaya uygun olacağını belirtmiştir⁵¹.

⁵⁰ Oder, s. 153.

⁵¹ Kararın ilgili kısmı şu şekildedir: “...İncelenen maddenin uygulanmasında, “Yürürlükteki Kanunlara aykırı olmamak” hükmü nedeniyle, “Yükseköğretim Kurumlarında hangi kılık ve kıyafetin yasalara aykırı olduğu”nun belirlenmesi; bu amaçla, 3670 sayılı Yasa’nın söz konusu kuralının, yürürlükteki öteki hukuk kurallarıyla birlikte yorumlanarak değerlendirilmesi gerekir. Böyle bir yorum, kuşkusuz, kurallar sıralamasında en üstte yer alan Anayasa kurallarının ışığında, Anayasa’ya uygun olarak ve Anayasa Mahkemesi kararlarından yararlanılarak yapılmalıdır. Anayasa’nın 153. maddesinin son fıkrası, Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığını öngörürken, kuşkusuz Mahkemenin Anayasa’ya aykırılık konusunda vardığı yargıya uyulması zorunluluğunu vurgulamaktadır. Anayasa Mahkemesi’nin ...7.3.1989 günlü, Esas 1989/1, Karar 1989/12 sayılı kararında yükseköğretim kurumlarında kılık ve kıyafetin Anayasa kurallarının dayandığı temel görüş ve esaslara uygun olması gerektiği, dini inanç sebebiyle boyun ve saçların örtü ve türbanla kapatılmasının bu temel görüş ve esaslara uygun bulunmadığı belirtilerek “... incelenen kural, kamu kuruluşlarından sayılan Yükseköğretim Kurumlarındaki bayanların giyimlerini düzenlerken, ... başörtüsü kullanımına dinsel inanç nedeniyle geçerlik tanımakla, kamu hukuku alanındaki bir düzenlemeyi dinsel esaslara dayandırmak suretiyle lâiklik ilkesine aykırılık oluşturmuştur...” denilmektedir. ...Yukarıya kimi bölümleri alınan karara göre, yükseköğretim kurumlarında dini inanç sebebiyle boyun ve saçların örtü veya türbanla kapatılması Anayasa’nın lâiklik ...ilkesine aykırıdır. Bu durumda, dava konusu kuralda öngörülen yükseköğretim kurumlarındaki kılık kıyafet serbestisi, “... dini inanç sebebiyle boyun ve saçların örtü ve türbanla kapatılması ...” ve dinsel nitelikli giysileri kapsamaz. ...Çünkü, maddeyle getirilen serbesti “Yürürlükteki Kanunlara aykırı olmamak” koşuluna bağlıdır. Dini inanç sebebiyle boyun ve saçların örtü ve türbanla kapatılmasının, öncelikle Anayasa’ya aykırı olduğu, Anayasa Mahkemesi’nin yukarıda belirtilen kararıyla belirlenmiştir. Dolayısıyla maddedeki “Yürürlükteki Kanunlara aykırı olmamak” koşulu Anayasa’ya aykırılığı saptanmış olan “Dini inanç sebebiyle boyun ve saçların örtü ve türbanla kapatılması” durumunu, kılık kıyafet serbestisi kapsamı dışında tutmaktadır. ... Anayasa Mahkemesi, 7.3.1989 günlü kararıyla Yükseköğretim Yasası’na eklenen “Ek Madde 16”yı bu maddenin içerdiği, özellikle, “Dini inanç sebebiyle boyun ve saçların örtü ve türbanla kapatılması serbesttir.” kuralını Anayasa’ya aykırı bularak iptal etmiştir. ... Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen Ek 16. Madde ile dava konusu Ek 17. Madde aynı ya da özdeş nitelikte kurallar değildir. Anayasa Mahkemesi’nin

Böylelikle TAYM, özellikle hukuk düzeninin bütünlüğü ve anayasanın üstünlüğü ilkelerine dayanarak anayasaya uygun yorum yapmıştır⁵².

Bu kararı ile TAYM, Yükseköğretim Kanunu ek md.17'nin getirdiği kılık kıyafet serbestisinin kapsamından türban serbestisini çıkarmış ve bu normun anlam ve uygulama alanını anayasaya uygun yorum yöntemi ile daraltmıştır. Bu karar ile birlikte TAYM tarafından Yükseköğretim Kanunu ek md.17'nin anlam ve uygulama alanı, anayasal bir ilke olan "laiklik ilkesi" lehine daraltılmıştır. Ancak diğer taraftan söz konusu norm, anayasal bir temel özgürlük olan "din özgürlüğü" aleyhine daraltılmıştır.

Kıta Avrupası hukuk sistemini benimsemiş bir başka ülke olan Almanya'da ise norm alanının anayasa mahkemesi tarafından daraltılmasının en ünlü örneklerinden biri Federal Almanya Anayasa Mahkemesi'nin 1985 yılında verdiği Brokdorf kararıdır⁵³. FAYM, bu kararı ile Alman Toplantı Kanunu'nun toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkına getirdiği sınırlamanın kapsamını daraltmıştır.

Anayasaya aykırılığı iddia edilen Alman Toplantı Kanunu'nun 14. maddesine göre, bir açık hava toplantısı veya gösteri yürüyüşü düzenlemek isteyenlerin en geç 48 saat önceden yetkili makamlara bildirimde bulunmaları gerekir. Eğer bu bildirim yapılmazsa aynı kanunun 15/2 maddesi uyarınca toplantı veya gösteri dağıtılabılır. Söz konusu bildirim yükümlüğünün plansız olarak kendiliğinden gelişen toplantı ve gösteri yürüyüşlerini de kapsayıp kapsamadığı, 14. maddenin metninden açıkça anlaşılamamaktadır. Bazı toplantılar, tepki çeken bir olayın akabinde vatandaşların sokağa çıkması ile aniden ve kendiliğinden gelişmektedir. Dava konusu olayda da bu şekilde kendiliğinden gelişen bir toplantı söz konusudur. Bu tür toplantıların ön bildirimsiz yapılıp yapılamayacağı sorununun FAYM, norm alanını anayasaya uygun yorum yöntemi ile daraltarak çözmüştür⁵⁴.

FAYM, Alman Toplantı Kanunu'nun 14. maddesini yorumlarken plansız toplantıların bazı yönlerine vurgu yapmıştır. FAYM'ye göre ani gelişen, plansız toplantılarda bildirim yapmak için zaman bulunmamaktadır. Ayrıca bu tür toplantıların bir düzenleyicisi ya da düzenleyicileri olmadığı için bildirim yapılabilecek herhangi bir kişi yoktur. Böyle toplantılar için ön bildirim zorunluluğu getirilmesi, fiilen bu toplantıların yasaklanması anlamına gelir. FAYM'ye göre

iptal kararının etkisiz kılındığı savı da bu nedenlerle yerine bulunmamıştır. Lâiklik konusunda, Anayasa Mahkemesi'nin önceki bölümlerde sözü edilen kararlarıyla belirlenen ilkeler ve Anayasa'ya uygunluğun koşulları, geçerliliğini ve Anayasa'nın 153. maddesinin son fıkrasının öngördüğü anlamda bağlayıcılığını devam ettirmektedir. Açıklanan nedenlerle dava konusu kuralın, Anayasa'nın 153. maddesine aykırı bir yönü bulunmamaktadır."

⁵² **Oder**, s. 155.

⁵³ BVerfGE 69, 315 (Aktaran: **Metin**, s. 153-154).

⁵⁴ **Metin**, s. 153-154.

bu tür toplantıların yasaklanması, kamu yararı gerekçesi ile de meşrulaştırılmaz. Çünkü böyle bir sınırlama ölçülü değildir. Bu nedenlere dayanarak FAYM 14. maddenin, plansız ve ani gelişen bir tepki şeklindeki toplantıları kapsamayacak şekilde uygulanması durumunda anayasaya uygun olacağına karar vermiştir⁵⁵.

Bu kararıyla FAYM, 14. maddenin anlam ve uygulama alanını, yalnızca önceden planlanmış toplantı ve gösteri yürüyüşlerini kapsayacak şekilde daraltmıştır. Böylelikle 14. madde hükmü anayasal bir değer olan “kamu düzeninin korunması” aleyhine daraltılmıştır. Ancak diğer taraftan söz konusu norm, anayasal bir temel hak olan “toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı”nın ise lehine olacak şekilde daraltılmıştır.

C. Anglo-Sakson Hukuk Sisteminde Norm Alanının Daraltılması

Anglo-Sakson hukuk sisteminin uygulandığı Amerika Birleşik Devletleri’nde⁵⁶ norm alanının daraltılmasının önemli bir örneği Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi’nin (ABDYM) (*The Supreme Court of the United States*) 1994 yılında verdiği X-Citement Video Inc. kararında⁵⁷ görülmüştür. ABDYM bu kararıyla, çocuk pornosu sevki yapması durumunda cezalandırılacak olan kişilerin kapsamını anayasaya uygun yorum yöntemi ile daraltmıştır.

Karara konu olan ve anayasaya aykırılığı iddia edilen kanun hükmü, çocuk pornosu sevkıyatı yapanların cezalandırılmasını öngörmektedir. Söz konusu kanun hükmünde, “eyaletler arası veya uluslararası ticarete, bilgisayar veya posta ya da herhangi bir yolla bilerek çocuk pornosu taşıyan veya yollayan kişilerin cezalandırılacağı” düzenlenmiştir. Bu düzenlemenin etki alanının çok geniş olduğu ve bu nedenle ifade özgürlüğünü aşırı ölçüde sınırlandırdığı iddia edilmiştir. Bu iddia ile düzenleme ABDYM’nin önüne gelmiştir⁵⁸.

ABDYM, dava edilen kanun hükmünde düzenlenen suçun oluşabilmesi için görüntülerdeki kişilerin çocuk olduğunun da fail tarafından bilinmesi gerektiğini belirtmiştir. ABDYM’ye göre eğer söz konusu hüküm, görüntülerdeki kişilerin yaşını bilmeyen ve bilebilecek durumda olmayan kişileri kapsamayacak şekilde anlaşılır ve uygulanırsa anayasaya uygun olur. İfade özgürlüğüne aykırı-

⁵⁵ **Metin**, s. 153-154.

⁵⁶ ABD federal yapılı bir devlettir. Bu nedenle ABD’yi oluşturan her eyaletin kendi hukuk düzeni bulunmaktadır. ABD’nin Louisiana eyaleti 1803 yılına kadar Fransa’nın egemenliği altında kaldığı için bu eyalette Fransız kültürü halen baskın konumdadır. Bu nedenle Louisiana eyaletinde halen Kıta Avrupası hukuk sistemi uygulanmaktadır. Ancak Louisiana eyaleti hariç ABD’deki diğer bütün eyaletlerde Anglo-Sakson hukuk sistemi uygulanmaktadır. (**Aybay/Aybay**, s. 87)

⁵⁷ 93 U.S. 273 (1994), X-Citement Video Inc. v. United States (Aktaran: **Yüksel**, İsmail: Anayasa Yargısında Yorumlu Ret Kararı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2013, s. 24-25).

⁵⁸ **Yüksel**, s. 24.

rılık teşkil etmez⁵⁹. Bu kararıyla ABDYM, görüntülerdeki kişilerin yaşını bilmeyen ve bilebilecek durumda olmayan kişileri, suçun faili olabilecek kişiler arasından çıkarmıştır. Bu şekilde çocuk pornosu sevkiyatını suç kabul eden normun anlam ve uygulama alanını daraltmıştır.

ABDYM X-Citement Video Inc. kararında, aslında norm metnindeki ifadelerin kapsamını daraltmamıştır. ABDYM bu kararında kanun hükmündeki kast unsurunun ilk derece mahkemesi tarafından nasıl anlaşılması gerektiğini tayin etmiştir. Bu şekilde ilk derece mahkemelerinin söz konusu kanun hükmü ile ilgili olarak nasıl karar vermesi gerektiğini belirtmiştir. Böylelikle ABDYM, çocuk pornosu sevkiyatı yapan kişiler ile ilgili olarak ilk derece mahkemelerinin karar verme alanını daraltmıştır. Kıta Avrupası hukuk sisteminde ilk derece mahkemelerinin vereceği kararlar üzerinde yapılan bir daraltmanın norm alanını daraltmak anlamına gelmediği söylenebilir. Çünkü Kıta Avrupası hukuk sisteminde mahkeme kararları (anayasa mahkemesi kararları ile içtihadı birleştirme kararları hariç) hukukun yardımcı kaynağıdır ve bağlayıcı değildir. Ancak Anglo-Sakson hukuk sisteminde mahkeme kararları hukukun asli kaynağıdır ve bağlayıcıdır. Anglo-Sakson hukuk sisteminde mahkeme kararları kanun gücündedir ve bir hukuk normu olarak uygulanır⁶⁰. Bu nedenle ilk derece mahkemeleri dava konusu olan hüküm hakkında ne şekilde karar verirse söz konusu hüküm o şekilde uygulanacaktır. Dolayısıyla ABDYM, dava konusu olan kanun hükmü hakkında ilk derece mahkemelerinin karar verme alanını daraltarak norm alanını daraltmış olmaktadır.

ABDYM'nin X-Citement Video Inc. kararının bir diğer önemli özelliği de çatışan temel hak ve özgürlükler ile ilgilidir. ABDYM bu kararı ile çocuk pornosu sevkiyatına ilişkin kanun hükmünü, sevkiyatı yapanların ifade özgürlüğü lehine daraltmıştır. Ancak diğer taraftan ABDYM, söz konusu normu çocuk pornosu ile istismar edilen çocukların özel yaşamının gizliliği hakkı ve işkence yasağı aleyhine daraltmıştır. Böylelikle bir temel özgürlük lehine genişletilen norm aynı zamanda iki temel hak aleyhine daraltılmıştır.

Anayasa mahkemeleri tarafından norm alanının daraltılmasının örneklerine Anglo-Sakson hukuk sisteminin uygulandığı Birleşik Krallık'ta da rastlanılmaktadır⁶¹. Birleşik Krallık'ta norm alanının daraltılmasının açık bir örneği, Lordlar

⁵⁹ **Yüksel**, s. 24-25.

⁶⁰ **Gözler**, Hukuka Giriş, s. 143.

⁶¹ Birleşik Krallık'ta 2000 yılında İnsan Hakları Kanunu'nun (İHK) (*The Human Rights Act*) yürürlüğe girmesi ile birlikte, parlamentonun tarihinde ilk kez kanunlar yargısal denetime açılmıştır. Bilindiği gibi Birleşik Krallık'ın yazılı anayasası yoktur. Yargısal denetim ile kanunların Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne (AİHS) uygunluğu denetlenir. Yani ölçü norm AİHS'dir. Yargısal denetimi yapan organ ise 2009 yılına kadar Lordlar Kamarası idi. 2009 yılında Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi'nin (BKYM) (*The Supreme Court of the United Kingdom*) kurulması ile birlikte yargısal denetim görevini BKYM devralmıştır.

Birleşik Krallık'ta kanunların yargısal denetime açık olmasına rağmen, denetim sonucunda iptal kararı verilememektedir. Denetim sonucunda bir kanun hükmünün AİHS'e uygun olarak

Kamarası'nın (*House of Lords*) 2001 yılında verdiği Lambert kararıdır⁶². Karara konu olan olayda Bay Lambert içinde yüklü miktarda kokain bulunan bir çanta ile yakalanmıştır. Bunun üzerine İlaçların Amaç Dışı Kullanımı Kanunu'na (İADKK) muhalefetten mahkûm olmuştur. Ancak Bay Lambert savunmasında, taşıdığı çantanın içinde kokain olduğunu bilmediğini iddia etmiştir⁶³.

İADKK md.5'e göre, kontrol altında tutulan ilaçların bulundurulması suçtur ve kokain de bu tür ilaçlardan biri olarak kabul edilmektedir. Ancak aynı kanunun 28.maddesine göre eğer sanık, "ilacı üzerinde bulundurduğunu" veya "bulundurduğu ilacın kontrol altındaki ilaçlardan biri olduğunu" bilmediğini, bundan şüphelenmediğini ve şüphelenmek için bir nedeni olmadığını ispatlarsa ceza almayacaktır. 28.maddenin Birleşik Krallık mahkemelerindeki yerleşik uygulaması ve yorumuna göre, sanığın suçsuzluğunu makul şüpheye yer bırakmayacak şekilde ispat etmesi gerekmektedir. Yani sanık; bilmediğini, şüphelenmediğini, şüphelenmesinin beklenemeyeceğini makul şüpheye yer bırakmayacak şekilde ispatlamalıydı. Sanık ancak bu durumda beraat edebilmekteydi⁶⁴.

İADKK'nın 28.maddesi, AİHS md.6'da düzenlenen masumiyet karanesi ilkesine aykırı olduğu iddiasıyla Lordlar Kamarası'nın önüne gelmiştir. Lordlar Kamarası, İADKK md.28'de öngörülen ispat külfetine yüklenen anlamı anayasaya uygun yorum yöntemi ile daraltmıştır. Lordlar Kamarası kararında, sanığın ispat yükünün iddia makamından daha hafif olduğunu belirtmiştir⁶⁵. Lordlar Kamarasına göre, "ispatlamak" ifadesine yüklenen mevcut anlam, savunmanın

yorumlanmasının mümkün olmadığı anlaşılırsa "uyumsuzluk bildirim" yapılır (İHK md. 4). Ancak bu bildirim bir bağlayıcılığı yoktur. Söz konusu kanun hükmü, düzeltilmezse aynen yürürlükte kalır. Bununla birlikte, eğer bir kanun hükmü hakkında uyumsuzluk bildirim yapılır bu kanun hükmünün düzeltilmesi kolaylaşmaktadır. Hükümetin vereceği bir "düzeltici emir" ile söz konusu kanun hükmü, diğer kanunlara göre daha hızlı şekilde değiştirilip AİHS'e uygun hale getirilebilmektedir (İHK md. 10). Ancak düzeltici emir vermek de yine hükümetin takdirindedir. Lordlar Kamarası, uyumsuzluk bildirimının istisnai durumlarda yapılacağını ve son çare olduğunu kararlarında belirtmiştir. Yargısal denetimi yapılan ve AİHS'e aykırı olduğu tespit edilen kanun hükümlerinin AİHS'e uygun şekilde yorumlanabilmesinin de mümkün olduğu durumlarda ise anayasaya (AİHS'e) uygun yorum yöntemi kullanılmaktadır (İHK md. 3). Yapılacak yorum; AİHS'e aykırı kanun hükmünün geçerliliğini ve yürürlüğünü etkileyemez. Ancak anayasaya (AİHS'e) uygun yorumun mümkün olduğu durumlarda uyumsuzluk bildirimini yerine anayasaya (AİHS'e) uygun yorum yöntemi kullanılarak kanun hükmünün AİHS'e uygun hale gelmesi sağlanabilmektedir. Bu yorum, yasama organını bağlamasa da diğer herkesi bağlamaktadır. Yani AİHS'e uygun şekilde yorumu yapılan kanunlar, bu yorum doğrultusunda uygulanmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bakınız: **Yüksel**, s. 49-80.

⁶² R. v. Lambert, 05.07.2001, UKHL, 37 (Aktaran: **Yüksel**, s. 72-73, dipnot 170).

⁶³ **Yüksel**, s. 71-72, dipnot 170.

⁶⁴ **Yüksel**, s. 72, dipnot 170.

⁶⁵ Lordlar Kamarasının bu yorumu yapmasının sebebi bireylerin iddialarını kanıtlamak bakımından devletle aynı imkânlarla sahip olmaması, devletin daha geniş imkânlarla sahip olmasıdır (Can, Osman: Marmara Üniversitesi Kamu Hukuku Yüksek Lisans Programı, "Yasaların Anayasaya Uygunluğu Işığında Anayasal Yorum" dersi, Ders Notları).

sonuç vermesi bakımından ölçüsüzdür. İADKK md.28'deki ispat külfetini, “*ma-kul şüpheye yer bırakmayacak şekilde ispatlamak*” şeklinde değil de “*davada değerlendirilmesini gerektirecek derecede ispatlamak*” şeklinde anlamak gerekir. Eğer böyle yorumlanır ve uygulanırsa İADKK md.28 AİHS'e uygun olur⁶⁶. Bu kararın Lordlar Kamarası, İADKK md.28 hükmünün anlam ve uygulama alanını, masumiyet karinesi ve dolayısıyla adil yargılanma hakkı lehine daraltmıştır. Lordlar Kamarası bu daraltmayı herhangi bir anayasa (AİHS) normunun aleyhine olacak şekilde de yapmamıştır.

Lordlar Kamarasının Lambert kararında, İADKK md.28 hükmünün ilk derece mahkemeleri nezdindeki yerleşik uygulaması ve yorumu üzerinde daraltma yapmıştır. Ancak daha önce belirtildiği gibi Anglo-Sakson hukuk sisteminde ilk derece mahkemelerinin kararları hukukun asli kaynağıdır ve bağlayıcıdır⁶⁷. Dolayısıyla İADKK md.28 hükmü, ilk derece mahkemelerinin kararları doğrultusunda uygulanmaktadır. Bu nedenle Lordlar Kamarası, ilk derece mahkemelerinin İADKK md.28'deki ispat külfeti ile ilgili yorumunu daraltarak söz konusu normun anlam ve uygulama alanını daraltmış olmaktadır.

II. NORM ALANININ GENİŞLETİLMESİ

A. Norm Alanının Genişletilmesinin Temel Yöntemi: Yargısal Aktivizm

1. Yargısal Aktivizmin Anlamı

Anayasa Mahkemeleri norm alanını genişletirken genellikle yargısal aktivizm (*judicial activism*) yoluna başvurmaktadır⁶⁸. Yargısal aktivizmin yaygın kabul gören kesin bir tanımı yoktur. Bu kavram doktrinde farklı şekillerde tanımlanmaktadır. Ancak bu tanımlar genellikle, hâkimlerin kararlarında hukukun kendilerine tanıdığı sınırları aşmaları olgusu etrafında şekillenmektedir⁶⁹. Kanaatimce yargısal aktivizm, “hâkimlerin, hukuk kurallarının dışına çıkarak, siyasi amaçlarla, siyasi görüşlerine dayanan kararlar vermeleri” olarak ifade edilebilir.

Her hatalı karar, yargısal aktivizm niteliğinde değildir. Hangi kararların yargısal aktivizm kavramına uyduğu görecelidir. Anayasa mahkemeleri tama-

⁶⁶ Yüksel, s. 73, dipnot 170.

⁶⁷ Gözler, Hukuka Giriş, s. 143.

⁶⁸ Yargısal aktivizm adli ve idari yargıda da görülebilmekle birlikte çoğunlukla anayasa yargısında görülmektedir. Bu nedenle yargısal aktivizm kavramı genellikle anayasa mahkemelerinin tutumları ile ilgili olarak kullanılmaktadır (Hakyemez, Yusuf Şevki: Hukuk ve Siyaset Ekseninde Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2009, s. 34). Bu çalışmada da yargısal aktivizm kavramı, idari yargı organlarının değil anayasa mahkemelerinin tutumlarını ifade etmek için kullanılmıştır.

⁶⁹ Öztürk, Fatih: Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Politik Sorun ve Yargısal Aktivizm Doktrini: Anayasal Yargı Denetimi Gerekli Mi?, 2. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, 2014, s. 124.

men kendilerine tanınan sınırlar içinde karar vermiş olsalar bile kararlarının siyasi sonuçları (kanunun iptal edilmesi, iptal isteminin reddi gibi) olmaktadır. Ancak yargısal aktivizm, kararların siyasi sonuçlar doğurması değil kararların siyasi görüşe göre verilmesi demektir. Anayasa mahkemeleri siyasi organların işlemlerini denetledikleri için verdikleri kararlar da doğal olarak siyasi sonuçlar doğurmaktadır. Bu nedenle hangi kararların aktivist nitelikte olduğu konusu, kararı yorumlayan kişinin siyasi görüşüne göre değişmektedir. Uygulamada bazen kişilerin beğenmedikleri kararları ifade etmek için yargısal aktivizm kavramını kullandıkları görülmektedir⁷⁰.

Yargısal aktivizm kavramının zıttı ise “yargısal kendi kendini sınırlama” (*judicial self-restraint*)’dır. Yargısal kendi kendini sınırlama kavramı, yargının yasama ve yürütme organlarının siyasi kararlarına karışmamasını ifade eder⁷¹. Ronald Dworkin, yargısal kendi kendini sınırlamanın temel özelliğini şu şekilde belirtmektedir: Sınırlı bir yargı, haklılaştırmaya daha az metnin lafzına uygunluğa daha çok ağırlık verir⁷².

Yargısal aktivizm ve yargısal kendi kendini sınırlama kavramları özellikle Amerikan anayasa hukukunda sıklıkla kullanılmaktadır. Amerikan doktrininde; ABDYM’nin yerleşik hukuk ilkelerini benimsememesi, onları değiştirmesi, yasama yetkisine müdahale etmesi gibi durumlar ortaya çıktığında yargısal aktivizm kavramı kullanılmaktadır. Buna karşılık ABDYM’nin emsal kararlara uyması, siyasi kararlar almaması halinde yargısal kendi kendini sınırlama kavramı kullanılmaktadır⁷³.

2. Yargısal Aktivizmin Sebepleri

Yargısal aktivizmin en temel nedeni, anayasa mahkemesi hâkimlerinin yargısal aktivizm yönünde bir tutum içinde bulunmalarıdır. Bu doğrultuda hâkimlerin tarafsızlıkları, bağımsızlıkları, siyasi görüşleri, psikolojik durumları ve eğitim düzeyleri yargısal aktivizme doğrudan etki etmektedir⁷⁴. Yargısal aktivizmin ortaya çıkıp çıkmaması esas itibarıyla hâkimlere bağlıdır. Bu nedenle yargısal aktivizmin önüne geçilmesinin en etkin yolu hâkimlerin kendi kendilerini sınırlamasıdır⁷⁵.

⁷⁰ **Ergül**, Ozan: “Berraklaştırılmayan Bir Kavram: ‘Yargısal Aktivizm’”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 104, Yıl: 2013, s. 39.

⁷¹ **Gülsoy**, Mehmet Tefik: Özgürlüklerin Korunmasında Anayasa Yargısının Yeri ve Meşruluğu, Ankara, Yetkin Yayınları, 2007, s. 241.

⁷² Dworkin’den nakleden: **Ergül**, s. 50.

⁷³ **Ergül**, s. 39.

⁷⁴ **Hüner**, Mehmet Fatih: Demokrasinin İşleyişinde Yargının Rolü ve Meşruiyeti, Ankara, Adalet Yayınevi, 2012, s. 131; **Kaya**, Semih Batur: “Hukuk Devleti, Demokrasi ve Anayasacılık Ekseninde Anayasa Yargısı ve Yargısal Aktivizm”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 19, Sayı: 3, Yıl: 2015, s. 384.

⁷⁵ **Hüner**, s. 131.

Yargısal aktivizmin bir diğer sebebi, anayasaların siyasi nitelikli normlar olmasıdır. Bu durum, anayasayı yorumlayacak olan hâkimlerin siyasi amaçlarla karar verme ihtimalini arttırmaktadır. Anayasalar bir ülkedeki siyasi düzeni belirleyen, siyasi metinler oldukları için anayasayı yorumlayan anayasa hâkimleri, yetkilerinin sınırlarını aşarak halkın çoğunluğunun siyasi tercihleri üzerinde önemli değişiklikler yapacak veya bu tercihleri tamamen tersine çevirecek kararlar verebilmektedir⁷⁶.

Anayasalardaki soyut, geniş, belirsiz kavramlar da yargısal aktivizme zemin hazırlamaktadır⁷⁷. Laiklik, demokrasi, milli menfaatler gibi soyut kavramlar içeren anayasalara sahip olan ülkelerde aktivist yorumlara rastlanılmaktadır⁷⁸.

Yargısal aktivizmin bir başka sebebi, ülkenin siyasi kültürüdür. Bir toplumun siyasi konulardaki bilgisi, görgüsü, alışkanlıkları, tutum ve davranışlarının tümü, o toplumun siyasi kültürünü oluşturmaktadır. Demokrasi kültürünün yerleşmediği ülkelerde, anayasa mahkemelerinin anti demokratik uygulamaları daha sık görülmektedir. Bu nedenlerle ülkenin siyasi kültürünün yargısal aktivizmin oluşmasına etki ettiği söylenebilir⁷⁹. Ayrıca anayasa mahkemesi hâkimleri ülkedeki siyasi koşullardan etkilenirler⁸⁰. Bir ülkede yaşanan siyasi gelişmeler, anayasa mahkemesinin yargısal aktivizme başvurmasına sebep olabilir.

Yargısal aktivizmin diğer bir sebebi ise, anayasa mahkemelerinin kararlarının denetlenememesidir. Anayasa yargısının kabul edildiği ülkelerde genellikle anayasa mahkemesi kararları kesin kabul edilmekte ve meclis ya da başka bir organ tarafından geçersiz kılınmamaktadır. Anayasa mahkemelerinin kararlarının denetlenememesi, mahkemelerin aktif bir tutum benimsemek konusunda daha rahat davranmalarına neden olabilmektedir.

Son olarak yargısal aktivizm ortaya çıkmasının sebebi, anayasa koyucunun bunu tercih etmesi de olabilir. Böyle bir tercihin nedeni, (varsa) devletin resmi ideolojisinin korunmasının istenmesi veya güçlü konumda bulunan siyasal elitlerin üstünlüklerini korumak istemeleri gibi nedenler olabilir. Anayasa koyucu, resmi ideolojinin anayasa hükümlerine egemen olmasını sağlayarak resmi ideoloji yönündeki bir yargısal aktivizme zemin hazırlayabilir. Aynı şekilde anayasa koyucu, siyasal elitlerin üstün konumunu anayasanın birçok hükmü ile güvence alarak bu konumun korunması yönündeki bir yargısal aktivizme zemin hazırlayabilir⁸¹.

⁷⁶ **Erdoğan**, Mustafa: Anayasal Demokrasi, 13. Baskı, Ankara, Siyasal Kitabevi, 2017, s. 98-99.

⁷⁷ **Özbudun**, Türk Anayasa Hukuku, s. 76.

⁷⁸ **Küçük**, Adnan: "Batıda ve Türkiye Örneğinde Yargısal Aktivizm Tartışmaları ve Yargısal Aktivizmin İyi ya da Kötü Bir Tutum Olup Olmadığı Meselesi", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Sayı: 31, Yıl: 2017, s. 275.

⁷⁹ **Hüner**, s. 136-137.

⁸⁰ **Teziç**, s. 229.

⁸¹ **Hüner**, s. 135.

3. Yargısal Aktivizmin Temel Görünüş Biçimleri

Anayasa mahkemelerinin anayasaya aykırı olan yasama işlemlerini iptal etmesi yargısal aktivizm niteliğinde değildir. Çünkü bu işlem, anayasama mahkemelerinin en temel görevidir. Anayasa mahkemeleri genellikle, denetim yetkilerinin dışına çıkıp yasama organının siyasi tercihlerine müdahale etmek suretiyle aktivist kararlar vermektedirler. Ancak yargısal aktivizmin tek görünüş biçimi, çoğunluğun iradesini geçersiz hale getirerek çoğunluk karşıtı bir tutum içinde bulunmak değildir. Çeşitli ülkelerin iç hukuklarına özgü yargısal aktivizm biçimleri olsa da evrensel olarak yargısal aktivizmin beş temel görünüş biçimi olduğu söylenebilir. Bunlar bizim de katıldığımız şekilde doktrinde “çoğunluk karşıtı aktivizm”, “çoğunlukçu aktivizm”, “içtihadî maksimalizm”, “anayasanın orijinal anlamının göz ardı edilmesi”, “içtihadın göz ardı edilmesi” şeklinde ifade edilmektedir⁸².

Çoğunluk karşıtı aktivizmde, denetim yetkisinin dışına çıkılarak siyasi karar alma süreçlerine müdahale edilmektedir. Bu yargısal aktivizm türünde, halkın çoğunluğunun siyasi iradesi anayasa mahkemesi tarafından zedelenmektedir. Bu aktivizm türü genellikle, anayasaya aykırı olmayan yasama işlemlerinin iptal edilmesi sonucunda ortaya çıkmaktadır. Çoğunlukçu aktivizm ise çoğunluk karşıtı aktivizmin tam tersidir. Bu aktivizm türünde yasama çoğunluğu ile aynı ideolojik eğilimi benimseyen anayasa mahkemesi, anayasaya aykırı olduğu için iptal edilmesi gereken yasama işlemine karşı hiçbir yaptırım (iptal, ihmal, yorumlu ret, uyumsuzluk bildirim, çağrı kararı ve benzeri) uygulamaz⁸³. Anayasaya aykırı olan düzenlemenin yürürlükte kalmasını sağlar. Bu doğrultuda yargının yasama işlemine karışmamasının her durumda “yargısal kendi kendini sınırlama” sayılamayacağı söylenebilir.

İçtihadî maksimalizmde, anayasaya uygunluk denetiminin yapılması sırasında itiraz konusu maddelerin dışında başka maddeler hakkında da karar verilir veya davanın çözümü için karar verilmesi gereken konulardan başka konular hakkında da karar verilir. İçtihadî maksimalizm kavramı anayasa mahkemesi kararının sonucu ile ilgili değil kapsamı ve içeriği ile ilgili bir kavramdır. Denetim sırasında eğer anayasaya aykırılığı iddia edilmemiş maddeler hakkında veya uyumsuzluğun konusu olmayan konular hakkında karar verilmişse, bu karar doğru olsa bile içtihadî maksimalizm türünde bir yargısal aktivizm ortaya çıkmış olacaktır⁸⁴.

Anayasanın orijinal anlamının göz ardı edilmesi, anayasa metninin veya anayasa koyucunun iradesinin yorum yoluyla bertaraf edildiği durumlarda

⁸² **Korucu**, Serdar: Yargısal Aktivizm: Anayasal Sınırların Yargısal Yollarla Belirlenmesi Sorunu, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2014, s. 54-57. Korucu, monografik eserinde bu beşli sınıflandırmayı yapmaktadır. Biz de bu sınıflandırmanın doğru olduğu görüşündeyiz.

⁸³ **Korucu**, s. 57, 71.

⁸⁴ **Korucu**, s. 72-73.

ortaya çıkar. Bu yargısal aktivizm türünde anayasa hükümlerine yorum yoluyla farklı bir anlam verilir ve bu anlam doğrultusunda aktivist kararlar verilir. İçtihadın göz ardı edilmesi ise anayasa mahkemesinin daha önceki kararlarında benimsediği yönelimi terk etmesi sonucunda ortaya çıkar. Bu yargısal aktivizm türünde anayasa mahkemeleri, geçerli bir sebep olmaksızın yerleşik içtihatları ile çelişen kararlar alırlar⁸⁵.

Bu beşli sınıflandırmanın dışında yargısal aktivizmin görünüş biçimlerinin “olumlu yargısal aktivizm” ve “olumsuz yargısal aktivizm” olmak üzere ikiye ayrılması da mümkündür. Doktrinde de bu yönde bir ayırım yapıldığı, bazı yargısal aktivizm uygulamalarının olumlu bazılarının ise olumsuz olarak değerlendirildiği görülmektedir⁸⁶. Yargısal aktivizm uygulamaları genellikle olumsuz sonuçlar doğurmaktadır, ancak olumlu yönde sonuç doğuran bir yargısal aktivizm de mümkündür. Kanaatimce temel hak ve özgürlükleri koruyan, geliştiren ve anayasayı değişen toplumsal şartlara uyumlu hale getiren yargısal aktivizm olumludur. Diğer yargısal aktivizm uygulamaları ise olumsuzdur.

⁸⁵ **Korucu**, s. 79, 111.

⁸⁶ **Yılmaz**, Safiye: Anayasa Mahkemesinin Norm Denetimi Yetkisinin Sınırları, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2016, s. 304-305; **Gülener**, Serdar: Türkiye’de Anayasa Yargısının Demokratik Meşruluğu, 2. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017, s. 258-259. **Öztürk**, s. 119; **Hakyemez**, s. 37.

Yargısal aktivizm her şeklinin olumsuz olduğunu ve her şeklinin olumlu olduğunu savunan görüşler de bulunmaktadır. Yargısal aktivizmin bütünüyle yanlış olduğunu savunanlar genel itibarıyla anayasa mahkemelerinin yetkilerine ve üyelerinin niteliklerine vurgu yapmaktadır. Bu görüşe göre, yargısal aktivizmin sonuçları ne olursa olsun anayasa mahkemelerinin denetim sınırlarını aşma yetkileri olmadığı için yargısal aktivizme başvurulmamalıdır. Denetim sınırları aşıldığı takdirde bu durum, yasama yetkisinin gaspına ve hukuki öngörülebilirliğin ortadan kalkmasına yol açacaktır. Ayrıca anayasa mahkemelerinin deneyimi ve uzmanlığı hukukilik denetimi ile ilgilidir. Anayasa mahkemelerinin politika üretmek ve bu politikanın sonuçlarını değerlendirmek konularında uzmanlıkları yoktur. Bu nedenlerle anayasa mahkemelerinin hiçbir şekilde aktif bir tutum benimsememesi gerekir.

Yargısal aktivizmin bütünüyle doğru olduğunu savunan görüşler ise genel itibarıyla yasama organının niteliğine ve toplumsal şartların değişmesine vurgu yapmaktadır. Bu görüşe göre, yasama organı seçimle işbaşına geldiği için seçmene karşı siyasi sorumluluğu ve oy kaygısı vardır. Anayasa mahkemelerinin ise siyasi sorumluluğu ve oy kaygısı yoktur. Bu nedenle anayasa mahkemeleri, halkın çoğunluğunun onayını alamamaktan çekinmeyeceklerdir. Bu çekinceleri olmadığı için de halkın çoğunluğunun tepkisine rağmen anayasal hakları koruyabilecek ve daha isabetli siyasi kararlar alabileceklerdir. Ayrıca yargısal aktivizm yoluyla anayasa hükümleri, değişen toplumsal şartlara uyumlu hale getirilir. Bu uyumlulaştırma, yasama organının anayasa değişikliği yapmasından çok daha pratik bir yöntemdir. Bu nedenlerle yargısal aktivizm her şekilde meşru ve doğru bir yöntemdir.

Yargısal aktivizmin bazı durumlarda olumlu bazı durumlarda ise olumsuz sonuç doğuracağını savunanlar ise genel itibarıyla şu olguları vurgulamaktadır: Temel hak ve özgürlüklerin lehinde olan ve anayasanın değişen toplumsal şartlara uyumlu hale getirilmesini sağlayan yargısal aktivizm olumludur. Buna karşılık salt yasama yetkisine müdahale teşkil eden ve hukuki öngörülebilirliği zedeleyen yargısal aktivizm olumsuzdur (Bu görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bakınız: **Korucu**, s. 125-143).

4. Yargısal Aktivizmin Sonuçları

Yargısal aktivizmin söz konusu olduğu durumlarda anayasa mahkemeleri tarafından yapılan anayasa yorumu, anayasa yapımına dönüşmektedir⁸⁷. Anayasa mahkemeleri, Hans Kelsen'in ifade ettiği "negatif kanun koyucu"⁸⁸ konumundan pozitif kanun ve anayasa koyuculuk konumuna gelmektedir. Yapılan denetim, hukukilik denetimi olmaktan çıkıp yerindelik denetimi haline gelmektedir. Yargısal aktivizm ile anayasadaki kurallar olağan anlamlarından çok farklı bir şekilde anlamlandırılabilir. Böylelikle yasama organının hiçbir şekilde öngörmediği ve amaçlamadığı uygulamalar ortaya çıkabilmektedir⁸⁹. Böyle durumlarda anayasa mahkemeleri, hem yetkilerini aşarak hukuka aykırı davranmış hem de siyasallaşmış olmaktadır⁹⁰.

Aktivist tutumları nedeniyle anayasa mahkemelerinin siyasallaşmaları, anti demokratik sonuçlar ortaya çıkarabilmektedir. Çünkü böyle bir durumda, halkın temsilcilerinin alması gereken kararlar, atanmış hâkimler tarafından alınmıştır. Böylelikle eğer söz konusu yargısal aktivizm olumlu bir yargısal aktivizm değilse demokratik toplum düzeni zedeleneyecektir. Böyle durumlarda, anayasal demokratik düzenin yerini "hâkimler hükümeti"nin (*juristocracy*) alması tehlikesi doğmaktadır⁹¹. Anayasa mahkemeleri, siyasallaştıkları takdirde tarafsızlıklarını da kaybetmektedirler⁹².

Yargısal aktivizmin bir başka sonucu, bu tutumu benimseyen anayasa mahkemelerinin toplum nezdindeki itibarının azalmasıdır⁹³. Anayasa mahkemelerinin aktivist tutumu, toplumun mahkemeye olan güvenini azaltabilmektedir. Bu güven ve itibar kaybı sonucunda anayasa mahkemelerine yönelik siyasi baskılar artmakta⁹⁴ ve mahkemelerin bağımsızlığı zarar görmektedir.

Anayasa mahkemeleri aktivist bir tutum benimsediklerinde öngörülebilirlik sorunu da ortaya çıkmaktadır. Anayasa mahkemeleri içtihat değişikliğine gidip benzer konularda birbirleri ile çelişen kararlar verdiklerinde bu durum, kararları öngörülebilir olmaktan çıkarmaktadır. Ayrıca çelişkili kararlar verilmesi adaletsiz sonuçlara yol açmaktadır⁹⁵. Öngörülebilirlik sorununu ortaya çıkaran tek durum içtihat değişikliği de değildir. Anayasa mahkemelerinin içtihat değişikli-

⁸⁷ Erdoğan, s. 99.

⁸⁸ Arslan, Zühtü: Anayasa Teorisi, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2008, s. 257.

⁸⁹ Hakyemez, s. 33, 35.

⁹⁰ Hüner, s. 138.

⁹¹ Hesse'den aktaran: Kanadoğlu, Anayasa Mahkemesi, s. 14. "Hâkimler Hükümeti" kavramı, iktidarın halka değil yargı organına ait olduğu, yargı organının yasama ve yürütme organları üzerinde vesayete sahip olduğu sistemi ifade etmektedir (Fendoğlu, Hasan Tahsin: Anayasa Yargısı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2017, s. 84).

⁹² Hüner, s. 138-139.

⁹³ Erdoğan, s. 100.

⁹⁴ Kanadoğlu, Anayasa Mahkemesi, s. 13.

⁹⁵ Korucu, s. 113.

ğinden başka yollarla aktivist tutumda bulunmaları durumunda da çıkacak kararlar, üyelerin siyasi görüşlerine göre değişmektedir. Üyelerin değişmesiyle birlikte mahkemenin ideolojik eğilimi değişikçe benzer durumlar için verilen kararlar da değişmektedir. Bu durumda da öngörülebilirlik ortadan kalkmaktadır⁹⁶.

Yargısal aktivizm, temel hak ve özgürlükler lehine sonuçlar da doğurabilmektedir⁹⁷. Yargısal aktivizm yoluyla temel hak ve özgürlüklerin kapsamı ve uygulama alanı genişletilebilmekte, etkisi kuvvetlendirilebilmektedir. Ayrıca yargısal aktivizm, anayasayı değişen toplumsal şartlara uyumlu hale getirebilmektedir. Anayasa hükümleri soyut ve genel ilke ve kurallardan oluşmaktadır. Toplumsal hayat değişime uğradıkça bu soyut ve genel kurallara da toplum nezdinde farklı anlamlar yüklenebilmektedir. Bu doğrultuda anayasanın bu yeni şartlara uyum sağlaması gerekmektedir. Anayasa mahkemeleri de bu uyumlu-laştırmayı yargısal aktivizm yoluyla gerçekleştirebilmektedir⁹⁸.

Bu sonuçların yanında, yargısal aktivizmin dolaylı bir sonucu olarak norm alanının daraltılması veya genişletilmesi olguları da ortaya çıkabilmektedir. Yargısal aktivizm içeren her kararda norm alanının daraltılması veya genişletilmesi söz konusu olmamaktadır. Ancak anayasa mahkemeleri norm alanını genişletme eğiliminde olduklarında sıklıkla yargısal aktivizm yoluna başvurmaktadır. Norm alanının yargısal aktivizm yoluyla genişletilmesi hem Kıta Avrupası hukuk sistemindeki anayasa mahkemeleri tarafından hem de Anglo-Sakson hukuk sistemindeki anayasa mahkemeleri tarafından gerçekleştirilmektedir. Aşağıda incelenecek olan 367, Kürtaj, Brown ve Andrews kararları da norm alanının anayasa mahkemeleri tarafından yargısal aktivizm yoluyla genişletilmesine örnek teşkil etmektedir.

B. Kıta Avrupası Hukuk Sisteminde Norm Alanının Genişletilmesi

Türkiye’de TAYM’nin 2007 yılında verdiği 367 kararı⁹⁹, norm alanının anayasa mahkemeleri tarafından genişletilmesinin önemli bir örneğidir. Söz konusu kararın verilmesinden önce, görev süresi dolan 10. Cumhurbaşkanı Ahmet Necdet Sezer’in yerine 11. Cumhurbaşkanı’nın meclis tarafından seçilmesi gündemde idi¹⁰⁰.

⁹⁶ **Korucu**, s. 126.

⁹⁷ **Hakyemez**, s. 36.

⁹⁸ **Korucu**, s. 129-130.

⁹⁹ Esas Sayısı: 2007/45, Karar Sayısı: 2007/54, Karar Günü: 1.5.2007, R.G. Tarih-Sayı: 27.06.2007-26565. (www.anayasa.gov.tr/Kararlar/Kararlar Bilgi Bankası/Genel Kurul Kararları)

¹⁰⁰ **Eroğul**, Cem: “2007 Cumhurbaşkanı Seçimi Bunalımından Çıkarılabilecek Dersler”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Yavuz Sabuncu’ya Armağan, Cilt: 62, Sayı: 3, Yıl: 2007, s. 168.

O dönemde Türk Anayasası'nın 96.maddesinde “Anayasada, başkaca bir hüküm yoksa, Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının en az üçte biri ile toplanır ve toplantıya katılanların salt çoğunluğu ile karar verir...” şeklinde bir hüküm vardı. 102. maddede ise “Cumhurbaşkanı, Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının üçte iki çoğunluğu ile ve gizli oyla seçilir. ...yapılacak oylamaların ilk ikisinde üye tamsayısının üçte iki çoğunluk oyu sağlanamazsa üçüncü oylamaya geçilir, üçüncü oylamada üye tamsayısının salt çoğunluğunu sağlayan aday Cumhurbaşkanı seçilmiş olur. Bu oylamada üye tamsayısının salt çoğunluğu sağlanmadığı takdirde üçüncü oylamada en çok oy almış bulunan iki aday arasında dördüncü oylama yapılır, bu oylamada da üye tamsayısının salt çoğunluğu ile Cumhurbaşkanı seçilemediği takdirde derhal Türkiye Büyük Millet Meclisi seçimleri yenilenir.” şeklinde bir düzenleme vardı. Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM) İçtüzüğü md. 121'deki düzenleme ise “Cumhurbaşkanı, ...Anayasanın 102 nci maddesi hükümlerine göre seçilir.” şeklindeydi.

Cumhurbaşkanlığı seçiminin birinci tur oylaması, meclis genel kurulunda meclis üye tam sayısının üçte ikisinden (367'den) az sayıda milletvekilinin katılımıyla (357) yapılmış ve 367 milletvekilinin oyunu alan bir aday çıkmadığı için seçim ikinci tura kalmıştır¹⁰¹.

Birinci tur Cumhurbaşkanlığı seçimine 367 milletvekilinin katılmaması üzerine, ana muhalefetteki Cumhuriyet Halk Partisi (CHP), Cumhurbaşkanlığı seçiminin iptali ve yürürlüğünün durdurulması için TAYM'ye başvurmuştur. CHP, başvurusunda Anayasanın 102. maddesinde, 96. maddede belirtilen anlamda bir “başkaca hüküm” bulunduğunu iddia etmiştir. CHP'ye göre 102. maddenin ilk cümlesinin devamında yer alan ve dört tur oylama için düzenlenen karar yeter sayıları, ilk cümledeki üçte ikilik sayının toplantı yeter sayısı olduğunu göstermektedir. Aksi halde ilk cümlede bir anlamı ve işlevi olmaz. Anayasa koyucu Cumhurbaşkanlığı seçiminde uzlaşma istediği için bu nitelikli toplantı yeter sayısını kabul etmiştir. Bu gerekçelerle CHP, 102. maddenin ilk cümlesindeki karar yeter sayısının, aynı zamanda toplantı yeter sayısı olduğunu belirtmiştir¹⁰². Ayrıca CHP, TBMM İçtüzüğü md.121 uyarınca Cumhurbaşkanlığı seçiminin anayasa md.102 hükmüne göre yapılması gerektiğini, bu nedenle 367'den daha az sayıda milletvekili ile oylama yapılmasının bir eylemli içtüzük değişikliği olduğunu ve anayasaya aykırı olduğunu iddia etmiştir¹⁰³.

¹⁰¹ Onar, Erdal: “1982 Anayasasının 2017 Yılında 5678 Sayılı Kanunla Değiştirilmesi Süreci Üzerine Düşünceler”, Prof. Dr. Ergun Özbudun'a Armağan, Cilt 2: Anayasa Hukuku, Ankara, Yetkin Yayınları, 2008, s. 488.

¹⁰² Göztepe, Ece: “Muhakeme Etmek ya da Karar Vermek: ‘367 Kararı’ İçin Kavramsal Bir Çerçeve Denemesi”, Prof. Dr. Ergun Özbudun'a Armağan, Cilt 2: Anayasa Hukuku, Ankara, Yetkin Yayınları, 2008, s. 342.

¹⁰³ TAYM'nin Cumhurbaşkanlığı seçimini denetleme yetkisinin olup olmadığı da o dönem tartışma konusu olmuştu. 1982 Türk Anayasasının o dönemde ve halen yürürlükte bulunan 85. maddesi hükmüne göre, anayasaya uygunluk denetimine tabi olan TBMM kararları,

TAYM ise CHP'nin istemini haklı bularak, Cumhurbaşkanlığı seçimi için karar yeter sayısının aynı zamanda toplantı yeter sayısı olduğu şeklinde bir yorum yapmıştır. TAYM, toplantı yeter sayısının meclis üye tam sayısının en az üçte ikisi (367) olduğunu ve bu sayının her oylama için geçerli olduğunu kabul etmiştir. Bu gerekçe ile TAYM, toplantı yeter sayısının 184 (meclis üye tamsayısının üçte biri) olduğu yönündeki görüşün (bu görüşü dönemin meclis başkanı Bülent Arınç dile getirmiştir) kabul edilmesine ilişkin TBMM kararı, bir eylemli içtüzük değişikliği niteliğinde görerek iptaline ve yürürlüğünün durdurulmasına karar vermiştir¹⁰⁴.

TAYM bu kararıyla, karar yeter sayısı için yapılmış olan anayasal düzenlemeyi, toplantı yeter sayısı için de uygulamış ve söz konusu normun anlam ve uygulama alanını yargısal aktivizm yoluyla genişletmiştir¹⁰⁵. TAYM'nin geniş-

milletvekili dokunulmazlığının kaldırılması ve milletvekilliğinin düşürülmesi kararlarıdır. 148. maddeye göre ise TBMM İçtüzüğü değişiklikleri anayasaya uygunluk denetimine tabidir. CHP, birinci tur oylamanın bir eylemli içtüzük değişikliği niteliğinde olduğunu belirterek anayasaya uygunluk denetimine tabi olduğunu iddia etmiştir (**Uluşahin**, Nur: "Cumhurbaşkanı Seçiminin Düşündürdükleri ya da Hukukun Siyasallaşması", Ankara Barosu Dergisi, Sayı: 2, Yıl: 2007, s. 19, dipnot 3).

¹⁰⁴ **Özbudun**, Ergun: "Türk Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve Siyasal Elitlerin Tepkisi", Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Yavuz Sabuncu'ya Armağan, Cilt: 62, Sayı: 3, Yıl: 2007, s. 266.

Kararın ilgili kısmı şu şekildedir: "TBMM İçtüzüğü'nün 121. maddesinin ilk fıkrasında, "Cumhurbaşkanı, Anayasanın 101 inci maddesinde yazılı nitelikleri taşıyan adaylar arasından, Anayasanın 102 nci maddesi hükümlerine göre seçilir."; Anayasa'nın 102. maddesinin ilk fıkrasında da "Cumhurbaşkanı, Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının üçte iki çoğunluğu ile ve gizli oyla seçilir." denilmektedir. ...Anayasa'nın 102. maddesinin ilk fıkrasında Cumhurbaşkanlığı'nın seçimi için öngörülen üçte iki çoğunluk, dava konusu Meclis kararına ilişkin birinci oylama yönünden hem toplantı hem de karar yetersayısını kapsamaktadır. Bu nedenle, İçtüzüğün 121. maddesinde de yapılan gönderme doğrultusunda aynı yetersayının benimsenmiş olduğunun kabulü gerekmektedir. Oysa TBMM'nin 27.4.2007 günlü, 96. Birleşiminde 11. Cumhurbaşkanlığı seçimiyle ilgili birinci oylamaya geçilmeden önce Cumhurbaşkanı seçiminde uygulanması gereken toplantı yetersayısının Anayasa'nın 96. maddesinde öngörülen toplantı yetersayısı olduğu Meclis kararıyla saptanmıştır. Böylece, Anayasa'nın 102. maddesine yapılan gönderme nedeniyle, Cumhurbaşkanı seçimine ilişkin toplantı ve karar yetersayısının ilk oylamada TBMM üye tamsayısının üçte ikisini oluşturan 367 olduğunu öngördüğü sonucuna varılan İçtüzüğün 121. maddesi dava konusu Meclis kararına ilişkin birinci oylama yönünden değiştirilerek toplantı yetersayısı konusunda, Anayasa'nın 96. maddesindeki genel kural doğrultusunda TBMM üye tamsayısının en az üçte birini oluşturan 184 oyun yeterli olduğu kabul edilmiştir. Toplantı ve karar yetersayısının ilk oylamada TBMM üye tamsayısının üçte iki çoğunluğu, bu bağlamda 367 olduğunu öngördüğü sonucuna varılan Anayasa'nın 102. maddesinin ilk fıkrası karşısında, bu çoğunluğun 184 olarak uygulanması sonucunu doğuran eylemli İçtüzük değişikliği niteliğindeki dava konusu TBMM Kararı Anayasa'nın 102. maddesine aykırıdır. İptali gerekir."

¹⁰⁵ Ancak bu karardan sonra anayasa koyucu, meclis genel kurulunun toplantı yeter sayısı ile ilgili tereddütleri ortadan kaldırmak için aynı yıl (5678 sayılı kanunla) anayasa değişikliğine gitmiş ve 96. madde yeniden düzenlenmiştir. Değişikle birlikte 96. maddede, "Türkiye Büyük Millet Meclisi, yapacağı seçimler dahil bütün işlerinde üye tamsayısının en az üçte biri ile toplanır..." şeklinde bir düzenleme yapılmıştır. Böylelikle toplantı yeter sayısı ile ilgili tereddütler sona ermiştir. Aynı anayasa değişikliği ile Cumhurbaşkanının halk tarafından

lettiği md. 102 hükmü bir teşkilat normudur. TAYM, 367 kararıyla bir teşkilat normu lehine genişletme yapmıştır. Ancak diğer taraftan TAYM, söz konusu normu anayasal bir temel hak olan seçilme hakkı aleyhine genişletmiştir.

Almanya’da ise FAYM’nin 1975 yılında verdiği kürtaj kararı¹⁰⁶, norm alanının anayasa mahkemeleri tarafından yargısal aktivizm yoluyla genişletilmesinin açık bir örneğidir. Bu kararda FAYM, anne ve çocuk sağlığı bakımından hiçbir sakınca bulunmasa bile belirli bir süre içinde kürtaja izin veren yasal düzenlemeyi iptal etmiştir¹⁰⁷. FAYM bu yasal düzenlemeyi, Federal Alman Anayasası’nda öngörülen yaşam hakkına aykırı bulmuştur. FAYM kararında, yaşam hakkının devlete yüklediği sorumluluğun yalnızca bireylerin yaşam hakkını ihlal etmemekle sınırlı olmadığını belirtmiştir. FAYM’ye göre devlet bireylerin yaşamına saygı gösterdiği gibi bireyin yaşam hakkının korunması için gerekli önlemleri almalı ve üçüncü kişiler tarafından gerçekleştirilebilecek ihlallere de engel olmalıdır. Bu doğrultuda devlete düşen görev; sağlık engeli olmadığı halde kürtaja izin vermek değil, kürtajı yasaklamak ve bu yasağı ihlal edenleri cezalandırmaktır. FAYM’ye göre ceninin yaşam hakkının devlet tarafından ihlal edilmemesi yeterli değildir aynı zamanda devlet, üçüncü kişilerin gerçekleştireceği ihlalleri engellemek için kürtajı kural olarak yasaklamalıdır. Yalnızca annenin sağlığını tehlikeye düşüren durumlarda kürtaja izin verilebilir. Aksi halde anayasaya aykırılık sonucu ortaya çıkar¹⁰⁸.

FAYM kürtaj kararıyla, yaşam hakkının yalnızca doğmuş insanları değil henüz doğmamış olan ceninleri de kapsadığına ve anayasada öngörülen yaşam hakkının kürtaj yasağını gerektirdiğine hükmetmiştir. Böylelikle Federal Almanya Anayasası’ndaki yaşam hakkına ilişkin düzenlemenin anlam ve uygulama alanı, FAYM tarafından ceninleri de kapsayacak şekilde genişletilmiştir. FAYM bu genişletmeyi yaşam hakkının lehine, kişinin maddi varlığını koruma ve geliştirme haklarının ise aleyhine olacak şekilde yapmıştır.

C. Anglo-Sakson Hukuk Sisteminde Norm Alanının Genişletilmesi

ABD’de norm alanının yüksek mahkeme tarafından genişletilmesinin en belirgin örneklerinden biri, yüksek mahkemenin 1954 yılında verdiği Brown

seçilmesi usulü de getirilmiştir (Yavuz, Bülent: “2007 Anayasa Değişikliğinin Doğurduğu Tereddütler ve Çözüm Yolları”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 7, Sayı: 1-2, Yıl: 2008, s. 1176-1177).

¹⁰⁶ BVerfGE 39, 1, 42 (Aktaran: **Kanadoğlu**, O. Korkut: Türk ve Alman Anayasa Yargısında Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyumlaştırılması, İstanbul, Beta Yayınları, 2000, s. 74).

¹⁰⁷ Richter ve Schuppert’ten aktaran **Kanadoğlu**, Türk ve Alman Anayasa Yargısında Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyumlaştırılması, s. 75.

¹⁰⁸ **Kanadoğlu**, Türk ve Alman Anayasa Yargısında Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyumlaştırılması, s. 74-75. FAYM, bu kararında yaşam hakkının korunması yönünde devletin pozitif yükümlülükleri olduğuna dikkat çekmektedir (**Can**, Marmara Üniversitesi Kamu Hukuku Yüksek Lisans Programı, “Yasaların Anayasaya Uygunluğu Işığında Anayasal Yorum” dersi, Ders Notları).

kararıdır¹⁰⁹. ABDYM, bu kararı ile önceki içtihadını değiştirmiş ve ABD Anayasasındaki eşitlik hakkının anlam ve uygulama alanını yargısal aktivizm yoluyla genişletmiştir.

ABDYM'nin Brown kararı siyahiler ve beyazlar arasındaki eşitlik ile ilgilidir. ABDYM'nin konu ile ilgili daha önceki kararı¹¹⁰ siyahilerin ve beyazların tren yolculuğu yapma hakkını düzenleyen bir kanun ile ilgiliydi. Söz konusu kanunda, siyahilere ve beyazlara trenlerde aynı eşitlikte yer ayrılması öngörülmüştü. Ancak siyahi ve beyazların birlikte değil ayrı ayrı vagonlarda oturması kabul edilmişti. ABDYM bu kanunu anayasadaki eşitlik hakkına aykırı bulmamıştı. ABDYM, trende ayrı vagonlarda oturma zorunluluğu getirirse bile siyahilere ve beyazlara trende yolculuk yapmak bakımından aynı imkânı tanıdığı için söz konusu kanunun eşitlik hakkına uygun olduğuna hükmetmişti. ABDYM'nin bu formülasyonuna “ayrı ama eşit doktrini” (*separate but equal doctrine*) denilmektedir¹¹¹.

ABDYM'nin Brown kararı ise siyahilerin ve beyazların aynı okullarda ve aynı sınıflarda eğitim görmesi ile ilgilidir. ABDYM bu kararında, ayrı ama eşit doktrini kesin olarak terk etmiştir ve uygulamada da bu kural yürürlükten kalkmıştır¹¹². Kararda, siyahilerin ve beyazların aynı eğitim hakkına sahip olmasının eşitlik hakkının korunması bakımından yeterli olmadığını belirtmiştir. ABDYM'nin Brown kararında belirttiğine göre, eşitlik hakkı sadece eğitim alma hakkı bakımından değil eğitim görülen yer bakımından da siyahiler ve beyazlar arasında ayırım yapılmamasını gerektirir. Siyahilerin ve beyazların ayrı okullarda veya aynı okulun farklı sınıflarında eğitim görmeye zorlanması da başlı başına eşitlik hakkı ihlalidir¹¹³. Bu kararıyla ABDYM, ABD Anayasasındaki eşitlik hakkını genişletmiştir. ABDYM bu genişletmeyi ne bir teşkilat normunun ne bir anayasal ilkenin ne bir anayasal değer ne de başka bir temel hak ya da özgürlüğün aleyhine olacak şekilde yapmamıştır. ABDYM bu genişletmeyi yalnızca anayasal bir temel hak olan eşitlik hakkı lehine yapmıştır.

Anglo-Sakson hukuk sisteminin uygulandığı bir başka ülke olan Kanada'da¹¹⁴ ise Kanada Yüksek Mahkemesi'nin (KYM) (*The Supreme Court*

¹⁰⁹ 347 U.S. 483 (1954), *Brown v. Board of Education of Topeka*. (Aktaran: **Gözler**, Kemal: Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, 2. Cilt, Bursa, Ekin Yayınları, 2011, s. 728).

¹¹⁰ 163 U.S. 537 (1896), *Plessy v. Ferguson* (Aktaran: **Gözler**, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, 2. Cilt, s. 728.)

¹¹¹ **Fendoğlu**, Anayasa Yargısı, s. 169.

¹¹² **Fendoğlu**, Anayasa Yargısı, s. 170-171.

¹¹³ **Gözler**, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, 2.Cilt, s. 728. ABDYM hâkimi John Harlan, ABDYM'nin bu kararını gerekçelendirirken “Bizim anayasamız renk körüdür” ifadesini kullanmıştır. Bu nedenle ABDYM'nin geliştirdiği bu formülasyona “renk körü doktrini” (*color-blind doctrine*) denilmektedir (**Fendoğlu**, Anayasa Yargısı, s. 171).

¹¹⁴ Kanada da ABD gibi federal yapıya sahip bir devlettir. Kanada'nın Fransızca konuşulan eyaleti Quebec'te geçerli olan hukuk sistemi, Fransa'da olduğu gibi Kıta Avrupası hukuk sistemidir. Kanada'nın diğer eyaletlerinde ise Anglo-Sakson hukuk sistemi uygulanmaktadır

of Canada) 1989 yılında verdiği Andrews kararı¹¹⁵, norm alanının anayasa mahkemeleri tarafından yargısal aktivizm yoluyla genişletilmesine önemli bir örnek teşkil etmektedir. KYM'nin Andrews kararı da ABDYM'nin Brown kararı gibi eşitlik hakkının kapsamı ile ilgilidir.

Andrews kararına konu olan olayda, mülteci olarak Kanada'da yaşayan ve Kanada vatandaşlığı olmayan bir Birleşik Krallık vatandaşı, Kanada'nın British Columbia eyaletinin barosuna kayıt olarak avukatlık yapmayı talep etmiştir. Birleşik Krallık vatandaşı Avukat Andrews'un bu talebi British Columbia Barosu tarafından reddedilmiştir. Talebin reddedilmesinin sebebi ise British Columbia Avukatlık Kanunu'nda avukatlık yapma şartlarından biri olarak vatandaş olma şartının aranmasıdır. Andrews, kanunda aranan diğer şartları sağlamış olmasına rağmen vatandaşlık şartını sağlayamamıştır. Söz konusu vatandaşlık şartını öngören kanun hükmü, eşitlik hakkına aykırılık iddiasıyla KYM'nin önüne gelmiştir. KYM ise verdiği kararda, eşitlik hakkının yabancılara da avukatlık yapma hakkı verilmesini gerektirdiğine hükmetmiştir. KYM'ye göre avukatlık yapma hakkı da vatandaş-yabancı ayrımı yapılmaksızın herkese tanınması gereken haklardandır. Bu ayrım yapılırsa eşitlik hakkı ihlal edilmiş olur¹¹⁶. Bu kararıyla KYM, eşitlik hakkının anlam ve uygulama alanını Kanada'da yabancılara da avukatlık yapabilmesine imkân tanıyacak şekilde genişletmiştir.

Kamu hizmeti yapma hakkı siyasal haklardan biridir ve siyasal haklar vatandaşlara mahsustur. Ancak KYM, Andrews kararında avukatlık yapmayı bir kamu hizmeti olarak kabul etmemiştir¹¹⁷. KYM, Andrews kararı ile anayasal bir temel hak olan eşitlik hakkı lehine genişletme yapmıştır. Ancak genişletilen norm, anayasal bir değer olan "siyasal hakların vatandaşlara ait olması" aleyhine genişletilmiştir.

SONUÇ

Anayasa mahkemeleri norm alanını daraltırken genellikle anayasaya uygun yorum yöntemini kullanmaktadır. Anayasa mahkemeleri tarafından norm alanının genişletilmesi söz konusu olduğunda ise genellikle yargısal aktivizm yoluna başvurulmaktadır.

Kıta Avrupası hukuk sistemini benimsemiş ülkelerin anayasa mahkemeleri soyut ve genel hukuk normlarının alanını genişletip daraltırken, Anglo-Sakson

(Özkes, Muhammet: Temel Hukuk Bilgisi, 3. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2012, s. 80-81).

¹¹⁵ 1 SCR 143; 56 DLR (4th) 1, Andrews v. Law Society of British Columbia (Aktaran: Öztürk, s. 163).

¹¹⁶ Öztürk, s. 163. Azınlıkta kalan görüşü savunan KYM üyeleri ise karşı oy yazılarında, avukatlık yapma hakkının yalnızca vatandaşlara tanınmasının makul olduğunu belirtmişlerdir. (Öztürk, s. 163)

¹¹⁷ Can, Marmara Üniversitesi Kamu Hukuku Yüksek Lisans Programı, "Yasaların Anayasaya Uygunluğu İşığında Anayasal Yorum" dersi, Ders Notları.

hukuk sistemini benimsemiş ülkelerde (X-Citement Video Inc. ve Lambert kararlarında görüldüğü gibi) anayasa mahkemeleri ilk derece mahkemelerinin karar verme alanını daraltacak/genişletecek kararlar da verebilmektedir. Çünkü Anglo-Sakson hukuk sisteminde mahkeme kararları hukukun asli ve bağlayıcı kaynaklarından. Anglo-Sakson hukuk sisteminin uygulandığı ülkelerde mahkeme kararları birer hukuk normu gücündedir¹¹⁸. Bu nedenle Anglo-Sakson hukuk sistemini benimsemiş ülkelerin anayasa mahkemeleri, ilk derece mahkemelerinin karar verme alanı üzerinde daraltma/genişletme yaparak da norm alanını daraltabilmekte ve genişletebilmektedir.

Anayasa mahkemelerinin norm alanını genişlettikleri ve daralttıkları kararları incelendiğinde, bir temel hak lehine yapılan genişletmenin/daraltmanın başka bir temel hakkın aleyhine olabileceği görülmektedir. Örneğin, Kürtaj kararında yapılan “genişletme” bir temel hakkın (yaşam hakkı) lehine, bir başka temel hakkın (kişinin maddi varlığını koruma ve geliştirme hakkı) ise aleyhine olmuştur. X-Citement Video Inc. kararında yapılan “daraltma” ise yine bir temel hakkın (ifade özgürlüğü) lehine olurken başka temel hakların (özel yaşamının gizliliği hakkı ve işkence yasağı) aleyhine olmuştur.

Anayasa mahkemelerinin bir temel hakkın lehine olacak şekilde yaptıkları genişletmenin/daraltmanın, temel haklar dışındaki diğer anayasa normlarının aleyhine olması da mümkündür. Örneğin Andrews kararında bir temel hak (eşitlik hakkı) lehine olan “genişletme”, bir anayasal değer (siyasal hakların vatandaşlara ait olması) aleyhine olmuştur. Brokdorf kararında da bir temel hak (toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı) lehine yapılan “daraltma”, yine bir anayasal değer (kamu düzeninin korunması) aleyhine olmuştur.

Anayasa mahkemelerinin bir temel hakkın aleyhine olacak şekilde yaptıkları genişletmenin/daraltmanın, temel haklar dışındaki başka bir anayasa normunun lehine olması da mümkündür. Örneğin 367 kararında bir temel hak (seçilme hakkı) aleyhine yapılan “genişletme”, bir teşkilat normunun (meclis karar yeter sayısı) lehine yapılmıştır. Türban 2 kararında ise, bir temel hak (din özgürlüğü) aleyhine yapılan “daraltma”, bir anayasal ilkenin (laiklik) lehine yapılmıştır.

Bu örneklerin varlığına karşılık, anayasa mahkemelerinin başka hiçbir anayasa normunu etkilemeksizin (yalnızca tek bir anayasa normunu etkileyecek şekilde) genişletme/daraltma yapmaları da mümkündür. Örneğin Brown kararında, başka hiçbir anayasa normu etkilenmeksizin norm alanı genişletilmiştir. Lambert kararında ise başka hiçbir anayasa normu etkilenmeksizin norm alanı daraltılmıştır.

¹¹⁸ **Gözler**, Hukuka Giriş, s. 143.

KAYNAKÇA

- Aliefendioğlu**, Yılmaz: Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi, Ankara, Yetkin Yayınları, 1996.
- Arslan**, Zühtü: Anayasa Teorisi, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2008.
- Aybay**, Aydın/**Aybay**, Rona: Hukuka Giriş, 3. Baskı, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2006.
- Barın**, Taylan: Anayasa Yargısının Demokratik Meşruiyeti, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2016.
- Boyar**, Oya: Anayasal Uyuşmazlıklarda Yorum, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2008.
- Can**, Osman: Marmara Üniversitesi Kamu Hukuku Yüksek Lisans Programı, “Yasaların Anayasaya Uygunluğu Işığında Anayasal Yorum” dersi, Ders Notları.
- Çağlar**, Bakır: “Anayasa Yargısında Yorum Problemi Karşılaştırmalı Analizin Katkıları”, Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt: 2, Yıl: 1985, s. 163-195.
- Erdoğan**, Mustafa: Anayasal Demokrasi, 13. Baskı, Ankara, Siyasal Kitabevi, 2017.
- Ergül**, Ozan: “Berraklaştırılmayan Bir Kavram: ‘Yargısal Aktivizm’”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 104, Yıl: 2013, s. 37-54.
- Eroğul**, Cem: “2007 Cumhurbaşkanı Seçimi Bunalımından Çıkarılabilecek Dersler”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Yavuz Sabuncu’ya Armağan, Cilt: 62, Sayı: 3, Yıl: 2007, s. 167-181.
- Fendoğlu**, Hasan Tahsin: Anayasa Hukuku, 2. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2017.
- Fendoğlu**, Hasan Tahsin: Anayasa Yargısı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2017.
- Gönenç**, Levent: Yasaların Anayasaya Uygunluğunun Denetimi ve Anayasa Yargısı, Türkiye Ekonomi Politikaları Araştırma Vakfı Anayasa Çalışma Metinleri II, 2010, [www.tepav.org.tr/Çalışmalarımız/Anayasa Çalışmaları](http://www.tepav.org.tr/Çalışmalarımız/Anayasa_Çalışmaları)
- Gören**, Zafer: Anayasa Hukuku, 1. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2011.
- Gözler**, Kemal: Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, 2. Cilt, Bursa, Ekin Yayınları, 2011.
- Gözler**, Kemal: Hukuka Giriş, 14. Baskı, Bursa, Ekin Yayınevi, 2017.
- Gözler**, Kemal: “Realist Yorum Teorisi ve Mekanist Anayasa Anlayışı”, Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt: 15, Yıl: 1998, s. 207-242.
- Gözler**, Kemal: Türk Anayasa Hukuku, 2. Baskı, Bursa, Ekin Yayınları, 2018.
- Göztepe**, Ece: “Muhakeme Etmek ya da Karar Vermek: ‘367 Kararı’ İçin Kavramsal Bir Çerçeve Denemesi”, Prof. Dr. Ergun Özbudun’a Armağan, Cilt 2: Anayasa Hukuku, Ankara, Yetkin Yayınları, 2008, s. 339-363.

- Gülener**, Serdar: Türkiye’de Anayasa Yargısının Demokratik Meşruluğu, 2. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017.
- Gülsoy**, Mehmet Tefvik: Özgürlüklerin Korunmasında Anayasa Yargısının Yeri ve Meşruluğu, Ankara, Yetkin Yayınları, 2007.
- Hakyemez**, Yusuf şevki: Hukuk ve Siyaset Ekseninde Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2009.
- Hekimoğlu**, Mehmet Merdan: Alman Hukuku Işığında Türk Anayasa Yargısının Hukuki Boyutları, Ankara, Detay Yayıncılık, 2004.
- Hüner**, Mehmet Fatih: Demokrasinin İşleyişinde Yargının Rolü ve Meşruiyeti, Ankara, Adalet Yayınevi, 2012.
- İba**, şeref: Anayasa Hukuku: Genel Esaslar, 3. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, 2017.
- İba**, şeref/**Kılıç**, Abbas: Anayasa Yargısı Dersleri, 2. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, 2018.
- Kaboğlu**, İbrahim Ö.: Anayasa Hukuku Dersleri: Genel Esaslar, 11. Baskı, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2016.
- Kaboğlu**, İbrahim Ö.: Anayasa Yargısı: Avrupa Modeli ve Türkiye, 4. Baskı, İstanbul, İmge Kitabevi, 2007.
- Kanadoğlu**, O. Korkut: Anayasa Mahkemesi, İstanbul, Beta Yayınları, 2004.
- Kanadoğlu**, O. Korkut: Türk ve Alman Anayasa Yargısında Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyumlaştırılması, İstanbul, Beta Yayınları, 2000.
- Kaya**, Semih Batur: “Hukuk Devleti, Demokrasi Ve Anayasacılık Ekseninde Anayasa Yargısı ve Yargısal Aktivizm”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 19, Sayı: 3, Yıl: 2015, s. 355-401.
- Korucu**, Serdar: Yargısal Aktivizm: Anayasal Sınırların Yargısal Yollarla Belirlenmesi Sorunu, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2014.
- Küçük**, Adnan: “Batıda ve Türkiye Örneğinde Yargısal Aktivizm Tartışmaları ve Yargısal Aktivizmin İyi ya da Kötü Bir Tutum Olup Olmadığı Meselesi”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Sayı: 31, Yıl: 2017, s. 259-314.
- Memiş**, Emin: Anayasaya Uygun Yorum, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2007.
- Memiş**, Emin: Anayasa Hukuku Notları: Türkiye’de Anayasa Gelişimleri Eğrisi (1808-2011), 6.Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2011.
- Metin**, Yüksel: Anayasanın Yorumlanması, Ankara, Asil Yayınları, 2008.
- Oder**, Bertil Emrah: Anayasa Hukukunda Yorum Yöntemleri, İstanbul, Beta Yayınları, 2010.
- Oğuz**, Arzu: “Hukukun Bağımsız Bir Alanı Olarak Karşılaştırılmalı Hukukun Konusu ve Metodu”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk

- Bülteni: Prof. Dr. Ergin Nomer'e Armağan, Cilt: 22, Sayı: 2, Yıl: 2002, s. 451-508.
- Onar**, Erdal: "1982 Anayasasının 2017 Yılında 5678 Sayılı Kanunla Değiştirilmesi Süreci Üzerine Düşünceler", Prof. Dr. Ergun Özbudun'a Armağan, Cilt 2: Anayasa Hukuku, Ankara, Yetkin Yayınları, 2008, s. 487-546.
- Özbudun**, Ergun: Türk Anayasa Hukuku, 17.Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2017.
- Özbudun**, Ergun: "Türk Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve Siyasal Elitlerin Tepkisi", Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Yavuz Sabuncu'ya Armağan, Cilt: 62, Sayı: 3, Yıl: 2007, s. 257-268.
- Özekes**, Muhammet: Temel Hukuk Bilgisi, 3. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2012.
- Özsunay**, Ergun: "Karşılaştırmalı Hukukun Çeşitli Görünümleri", İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt: 10, Sayı: 3, Yıl: 1976, s. 3-13.
- Öztürk**, Fatih: Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Politik Sorun ve Yargısal Aktivizm Doktrini: Anayasal Yargı Denetimi Gerekli Mi?, 2. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, 2014.
- Sabuncu**, Yavuz: Anayasaya Giriş, 16.Baskı, Ankara, İmaj Yayınevi, 2014.
- Sağlam**, Fazıl: Temel Hakların Sınırlandırılması ve Özü, Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1982.
- Tanör**, Bülent/**Yüzbaşıoğlu**, Necmi: 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, 10.Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, 2011.
- Teziç**, Erdoğan: Anayasa Hukuku, 21. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2017.
- Tunç**, Hasan: Karşılaştırmalı Anayasa Yargısı, Ankara, Yetkin Yayınları, 1997.
- Uluşahin**, Nur: "Cumhurbaşkanı Seçiminin Düşündürdükleri ya da Hukukun Siyasallaşması", Ankara Barosu Dergisi, Sayı: 2, Yıl: 2007, s. 18-30.
- Yavuz**, Bülent: "2007 Anayasa Değişikliğinin Doğurduğu Tereddütler ve Çözüm Yolları", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 7, Sayı: 1-2, Yıl: 2008, s. 1173-1214.
- Yılmaz**, Safiye: Anayasa Mahkemesinin Norm Denetimi Yetkisinin Sınırları, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2016.
- Yüksel**, İsmail: Anayasa Yargısında Yorumlu Ret Kararı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2013.
- Zeidler**, Wolfgang: "Federal Almanya Raporu", Anayasa Yargısı: 7. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı (27 Nisan 1987 - Lizbon), Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları 1988.