

Yayın Geliş Tarihi: 2024-05-21

Yayın Onay Tarihi: 2024-06-05

DOI No: 10.35343/kosbed.1487511

Buket KARAMAN¹

Anayasa Mahkemesi'nin Norm Denetiminde Metodoloji ve Anayasal Ölçü Normlar

The Methodology of Norm Review by the Constitutional Court and Constitutional Benchmark Norms

Özet

Hukuk metodolojisi; hukukun tanımından, uygulanmasına kadar hukuk bilgisinin üretimini belirleyen bir disiplin olarak Anayasa Mahkemesi'nin norm denetimini de doğrudan etkiler. Anayasa Mahkemesi, kanunların Anayasa'ya uygunluğu denetimini temelde anayasal normları esas alarak yapar. Mahkeme'nin yaptığı argümantasyonda esas aldığı diğer normlar ve ilkeler ise anayasa hukuku yazınında ölçü normlar veya anayasallık bloğu olarak adlandırılır. Anayasa Mahkemesi'nin norm denetimi yaparken Anayasa'da açıkça yer almayan veya Anayasa'da yer almakla birlikte anlamı ve kapsamı belirsiz ölçü normları kullanmasının, hukuka uygunluğu veya meşruluğu tartışmalıdır. Anayasa Mahkemesi'nin, kanunların anayasaya uygunluğunu denetlerken kullandığı metodoloji ve yorum yöntemi ise bu ölçü normların yargısal denetimde kullanılmasının hukuka uygunluğunu veya meşruluğu tartışmasında belirleyici rol oynar.

Anahtar Kelimeler: anayasa yargısı, norm denetimi, anayasallık bloğu.

Jel Kodları: K40, K00, K10.

Abstract

Legal methodology, as a discipline that determines the production of legal knowledge from the definition to the application of law, directly affects the constitutional review by the Constitutional Court. The Constitutional Court primarily conducts the review of the constitutionality of laws based on constitutional norms. Other norms and principles considered by the Court in its argumentation are referred to as benchmark norms or the constitutional block in constitutional law literature. The legality or legitimacy of the Constitutional Court using benchmark norms that are not explicitly mentioned in the Constitution, or whose meaning and scope are unclear despite being included in the Constitution, is debatable. The methodology and interpretive method used by the Constitutional Court when reviewing the constitutionality of laws play a decisive role in the debate over the legality or legitimacy of using these benchmark norms in judicial review.

Keywords: Constitutional jurisdiction, norm review, constitutionality block.

Jel Codes: K40, K00, K10.

¹Buket Karaman, Kocaeli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, buket.karaman@kocaeli.edu.tr, ORCID: 0000-0002-2931-0315

GİRİŞ

Normların Anayasaya uygunluğunun denetiminde yapılan incelemenin niteliği, yargıçların kullandıkları metodoloji ve yorum yöntemleri kararın esasını etkileyen en önemli faktördür. Anayasa yargıcının kullandığı materyal esasında Anayasa olmakla birlikte bunu nasıl kullandığı daha önemli bir sorundur. Olguları ve dış gerçekliği algılayış biçimimizi etkileyen bilgi edinme yöntemleri ve nasıl bilgi elde edineceğimizi belirleyen epistemoloji, yargıcın hüküm verme faaliyetini de etkileyen temel faktördür. Anayasa ve normlara bakarak bir bilgiye, sonuca ulaşan yargıcın bilgi nesnesini nasıl algılama biçimi hukuk normunu yorumlama faaliyetini doğrudan belirler.

Bu çalışmada norm denetiminde metodoloji sorunu ele alınırken, ayrıntılı bir epistemoloji tahlili yapılmadan, sorunun temelde iki farklı epistemolojik (pozitivist-naturalist) duruşa ilişkin olduğuna işaret edilecektir. Bu iki farklı duruşun norm denetimi sürecinin başından sonuna kadar olan süreçte etkin rol oynadığının ve özellikle ölçü normlar ve anayasallık bloğu sorunundaki farklı yaklaşımların da asıl nedenini oluşturduğunun altı çizilecektir. Bu bağlamda her bir Anayasa Mahkemesi kararının başlı başına bir tahlili hak ettiği, her bir kararda ölçü normlar meselesinin farklı boyutlarının tartışılabilme imkanının mevcudiyeti ve her karar için bu tahlili yapmanın fiilen mümkün olamayacağı gerçekliği karşısında ayrıntılı karar tahlillerinden ziyade meselenin kuramsal özü ortaya konmaya çalışılacaktır. Dünyadaki diğer Anayasa Mahkemeleri ile karşılaştırmalı bir analizin her bir ülkenin kendi sistemi açısından detaylı bir araştırmayı gerektirmesi ve çalışmanın boyutlarını aşacağı düşüncesi ile karşılaştırmalı analizlerden mümkün olduğunca kaçınılmıştır. Ölçü normlar ve anayasallık bloğunun kuramsal çerçevesi çizildikten sonra ise anayasallık bloğunda yer alan her bir ilkeler grubu bakımından Anayasa Mahkemesi uygulamalarındaki eğilime değinilerek bir değerlendirme yapılacaktır.

1. Anayasa Yargısında Metodoloji ve “İşin Esası”nın İncelenmesi

1.1. Genel Olarak Hukuk Metodolojisi

Normların anayasaya uygunluk denetiminde işin esasının incelenmesinde en kritik nokta metodoloji ve yorum problemidir. Anayasa Mahkemesi bir normun anayasaya uygunluğunu denetlerken kullandığı metodoloji ve muhakeme tarzı kararın esasını doğrudan etkiler. Aynı veya benzer hukuki olgularla ilgili birbirinden taban tabana zıt kararların ortaya çıkması hukukun, kanun koyucunun lafzından ibaret olmadığının bir göstergesidir.

Diğer tüm bilim veya bilgi alanlarında olduğu gibi anayasa metodolojisinde de doktrindeki farklı bakış açılarının nedeni bilgi edinme yöntemi ve niteliğine ilişkindir. Nasıl bilgi elde edeceğimiz sorusuna verilen cevaplar hukuk metodolojisinde genellikle iki ana hatta toplanır. Bunlardan ilki bilginin, nesnelere ve dış gerçekliklerin duyular aracılığıyla gözlem ve/veya deneye tabi tutulması sonucu elde edildiği argümanına dayanan pozitivist yaklaşımdır. Duyularımızın ve maddi gerçekliğin tek başına bilgi edinmemizi sağlamaya yetmediği; bilginin, duyularımızla algıladığımız olguların zihnimizle bir karşılaşması sonucunda zihin ve duyunun karşılıklı bir etkileşimi neticesinde elde edildiğine ilişkin idealist veya rasyonalist yaklaşımdır. Bilimsel yönetime ilişkin bu iki temel epistemolojinin hukuk alanındaki karşılıkları da hukuki pozitivism ve doğal hukuk anlayışıdır. Hukuki pozitivism, hukukun bilgisinin kanunun kendisinde, yasa koyucunun iradesinde aranması gerektiğini savunurken; doğal hukuk, hukukun bilgisine sadece kanuna veya kanun koyucunun iradesine bakarak ulaşamayacağımızı, hukukun bilgisinin elde edilmesinde aklımız yoluyla ulaştığımız bazı rasyonalist ideallerin yani hukuka ilişkin birtakım “olması gereken” ilkelerin da etkili olduğunu savunur (Keyman, 1978; Ozansoy, 1998; Akbaş; 2015). Anayasa yargısında metodoloji ve ölçü normlar alanındaki tartışmaların temelinde pozitivism- doğal hukuk ayrımında somutlaşan bu epistemolojik farklılık yer alır.

Hukuki pozitivizm hukukun tanımını yasa koyucunun iradesi ile sınırlı olarak yaptığı için kanunun yorumunda da kanunun lafzının dışına çıkılmasını hukuk dışı ilan ederek, yapılan yoruma “siyasi” etiketi yapıştırır. Bunu nedenle hukuk normunun anlamının her zaman salt kanunun lafzından anlaşılacağı gerçekliğini göz ardı eder. Hukuki pozitivizm için önemli olan hukukun belirliliği ve kesinliğidir. Egemenin koyduğu yasanın “adil olmadığı” veya mevcut toplumsal ihtiyaçlara cevap vermediği veya maddi gerçekliğe uygun olmadığı durumlarda bile “kanun, kanundur”, yargıç sadece bu kanunu uygulayan bir mekanistten ibarettir. Böylesi katı pozitivist hukuk mekaniğinde hukuk, kanun koyucunun çıkarı veya yararına özgülenebilir ve işlevselliğini ve anlamını yitirerek egemenin çıkarının amaçlandığı formüllere indirgenerek, sınıfsal, oligarşik, militarist, monarşik bir karakter kazanabilir (Kutlu, 2011: 76-77).

Hukuki pozitivizmde hukuki biçim içeriği veya özü belirleyen şeydir (Kennedy, 2015: 1710). Bir normun, hukuk normu olması için egemenin iradesine dayanması yani biçime uygun olması, sadece ve sadece o normun hukuki geçerlilik veya tanınma sorununa ilişkindir. Toplumsal normun hukuk normu sayılabilmesi için geçerli olarak yürürlüğe girmiş olması tek başına yeterli bir kriter değildir. *"Hiçbir şey açıklamayan gerçeklere, yani toplumsal hayata daha baştan sırtını dönen ve kökleriyle veya maddi çıkarlarla olan bağlantılarıyla ilgilenmeden sadece hukuk kurallarıyla böyle bir genel hukuk teorisi, 'kuram' sıfatını ancak, örneğin satranç kuramından söz ettiğimiz anlamda taşıyabilir."* (Pasukanis, 2011: 46-47). Pasukanis'e göre *"Hukukun bilimi, hukuk biliminin bittiği yerde başlar."* (Pasukanis, 2011: 43). Çünkü hukuk bilimi olarak dayatılan hukuk yalnızca, egemenin iradesi ve dolayısıyla liberal hukuk sisteminde burjuva sınıfının çıkarlarına hizmet eden bir hukuk anlayışıdır. Bu nedenle “hukuk bilimi” denen şeyin kendisi bir dogmadır. Frankfurt Okulu düşünürlerinin pozitivizm eleştirisi de hukukun bu dogmatik yapısının tehlikelerine işaret eder. *"Pozitivizm sadece var olanı temel almış ve mevcut düzeni kutsallaştırmıştır. Dolayısıyla pozitivizm radikal değişimleri ve dönüşümleri engellemiş ve siyasal dinginciliğe kaynaklık etmiştir"* (Kızılçelik, 2008: 205). Pozitivist hukuk bilimi, kendi dogmatığı içinde farklı herhangi bir hukuk yorumuna izin vermemektedir. Pozitivistler karşı oldukları dogmatığe saplanarak gerici bir duruma düşmüş ve *"adeta bir modern mitoloji üreticileri"* olmuşlardır (Kızılçelik, 2008: 248). Bu nedenle hukukun bilimi ancak dogmatik burjuva hukukunun sorgulanması yoluyla ona dışarıdan bakan bir bakış açısıyla mümkün olabilir.

Doğal hukuk yaklaşımının metodolojik farklılığı, hukukun bilgisini, yasaların üzerinde insanların doğuştan sahip oldukları birtakım haklarının bulunduğu iddiasıyla yürürlükteki hukukun dışında bir hukukun aramasıdır. Bu arayışa genellikle “adalet” gibi birtakım doğal hukuk ilkeleri veya hukukun genel ilkeleri denen birtakım ilkeler eşlik eder. Dolayısıyla doğal hukuk dediğimizde yürürlükteki hukukun dışına çıkarak onu eleştirdiğimiz bir çizgide yer alırız. Ancak bu eleştiri hattının kaynağı “insan doğasına” ilişkin çoğunlukla spekülatif varsayımlar olduğu için “insan doğası” kavramına yaslanan bu alan birbirine yüz seksen derece zıt argümanların kol gezebileceği kaygan bir zemindir. Bu nedenle doğal hukuk yaklaşımı hukukun açıklanmasından apriori veya metafizik argümanlara yaslanması nedeniyle eleştirilir. Salt akla dayanan bir doğal hukuk anlayışı, pozitivizmin ve Aydınlanma sonrası modern toplumun, bilim alanından aforoz ettiği metafizik kavramların, açık bırakılan kapıdan yeniden bilim alanına sızmasına neden olabilir.

Marx hukukun matematiksel bir dogmatizm içinde ele alındığını bunun kaynağında da Kantçı ve Fichteci bir idealizme dayalı doğal hukuk kavramsallaştırmasının yer aldığını savunur (Marx, 2010: 10-21). Hukuk bilgisinin kaynağı ne saf akıldır ne de vicdandır. Hukuk bilgisi deneyimden türer. Marx'a göre *"doğal hukukun soyut kural ve kaidelerini cisme kavuşturan sermayedir."* (Yelkenci, 2013: 13). Hukukun öznelerden ve tarihten bağımsız ele alınması metafizik yaklaşımlara kapı aralar. (Karahanoğulları, 2015: 273) Bu nedenle hukuku toplumsal gerçeklikten ve üretim ilişkilerinden bağımsız ele almak, hukuk bilgisine ulaşma konusunda yanılsamalara neden olur. Hatta bu yöntem hukukun bir ideoloji olarak algılanmasına neden olur. Hukukun ideolojik saptırması sadece doğal

hukuka özgü değildir ideolojinin taşıyıcısı çoğu zaman daha çok hukuka biçimci, pozitivist yaklaşımdır (Çataloluk, 2021: 36).

“Toplum daha fazla geliştiğinde, yasa da dar veya geniş kapsamlı bir hukuk sistemine dönüşür. Bu hukuk sistemi daha da karmaşıklaştığı zaman, sistemin terminolojisi de toplumsal yaşamın sıradan ekonomik koşullarını dile getiren terminolojiden uzaklaşır. Bu hukuki sistem, varoluşunun ve sonraki gelişiminin nedenlerini süregelen ekonomik koşullarda değil de kendi iç mantığında ya da isterseniz ‘irade kavramı’nda bulan bağımsız bir öge olarak görünür. İnsanlar, tıpkı hayvanlardan türemiş olduklarını unuttukları gibi, hukuklarının da kendi ekonomik yaşam koşullarından kaynaklandığını unuturlar... Bu bilim, daha sonraki gelişiminde, çeşitli halkların ve çeşitli zamanların yasal sistemlerini, belli ekonomik ilişkilerin bir yansıması olarak değil, ama varlık nedenlerini bizzat kendilerinde bulan sistemler olarak kıyaslar. Kıyaslama, ortak noktalar varsaymakta, ve bunlar bütün bu yasal sistemlerde aşağı yukarı ortak olan şeyleri toplayan ve bunu doğal hak olarak adlandıran hukukçular tarafından bulunmaktadır. Ve neyin doğal hukuk olup, neyin olmadığını ölçmek için kullanılan birim, bizzat hakkın en soyut ifadesi olan adalettir. Dolayısıyla bundan böyle hakkın gelişmesi, hukukçular için ve her konuda onların sözüne güvenenler için, insan koşullarını, yasal terimlerle ifade edildiği sürece, adalet, sonsuz adalet idealine daha da yaklaşırma çabasından başka bir şey değildir. Ve her zaman için bu adalet, bazen tutucu bazen devrimci açıdan, mevcut ekonomik ilişkilerin ideolojileştirilmiş, yüceltilmiş ifadesinden başka bir şey değildir.”, (Engels,1992: 93).

Pozitivizm, kesinlik “ideali” uğruna egemene her şartta boyun eğilmesini savunmakla totalitarizme açık kapı bırakırken; doğal hukuk da salt rasyonel a priori önermelerle metafizik bataklığına saplanma tehlikesi taşır. Sonuç itibarıyla hukuk metodolojisinde yaygın olan bu iki yaklaşım da toplumsal gerçekliğe dayalı bir hukuk bilgisi inşa etmek için tek başına elverişli olamaz. Tam bu noktada eleştirel hukuk yaklaşımı, hukukun politik olduğunu ilan ederek var olan hukuk dogmatizmini yapı sökümüne uğratar (Akman, 2016: 83). Hukukun belirsiz bir yapı olduğu, taraflı olduğu ve hukukun hem bir ideolojisi olduğu hem de kendisinin bir ideoloji olduğunu ileri sürer (Akbaş, 2015: 75). Eleştirel hukuk okulunun bazı temsilcileri hukukun politik olduğu savının altında hukukun üretim ilişkilerinden türeyen ve alt yapının yeniden üretimini sağlayan bir kurum olma işlevine dikkat çekerken; bazı eleştirel hukukçular da hakimin rolüne ve öznelerin psikanalitik özelliklerine, hukukun sosyolojik boyutuna vurgu yapar. Marksizmle ortak paydada buluşan eleştirel hukukçular hukukun sınıfsal boyutuna vurgu yaparken Hunt’a göre eleştirel hukukçuların pek çoğunun Marksizmden ayrıldıkları nokta politik ve kültürel olgulara ekonomiden daha çok ağırlık vermeleri ile ideoloji kavramını üretim ilişkilerinden bağımsız ve onun önüne geçecek şekilde ele almalarıdır (Hunt, 1986: 11).

Yasallık ve yasadışılık fikrinin manipüle edilmesi iktidarın hukuk aracılığıyla hegemonya kurmasını sağlar (Kennedy, 2007: 178-179). Hukukun tarafsızlığı söylemi bu ideolojik fonksiyonu işleten en önemli araçlardan biridir. Böyle bir düzlemde hukukun artık normatifleştirdiği eşitlik, hukuk devleti gibi kavramlar egemen sınıfın ileri sürdüğü ideolojik bir manipülasyon olarak “yoksulluğu, hukuk sistemine erişim imkanlarını ve yargının tarafsızlığını” gizlemeye hizmet eder (Çataloluk, 2021: 38). Bu nedenle hukukun bilgisine ulaşmakta izlenen tarihsel materyalist yaklaşım gerçek toplumsal ihtiyaçların hukukuna erişilmesinde kanonikleşmiş pozitivist ve doğal hukukçu yaklaşımdan çok daha etkilidir.

1.2. Anayasanın Yorumu ve Metodoloji

Norm denetiminde metodoloji ve esasın incelenmesi anayasanın yorumuyla yakından ilişkilidir. Anayasa normunun anlamını belirleme faaliyeti esasında yorum yöntemleriyle ilgilidir. Anayasa yargısında kullanılan geleneksel yorum yöntemleri, sözel (lafzi), sistematik, tarihsel ve teleolojik yorum yöntemleri olarak sayılabilir (Oder, 2010: 9-13). Anayasa yargısında kullanılan yorum yöntemleri yargıcın ölçü normlara bakışını da etkiler. Yargıç lafzi yorum, tarihsel yorum metotları ile

sınırlı kaldığında yasa koyucunun iradesini araştırmakta ve anayasaya uygunluk denetimini anayasanın lafzına ve anayasa koyucunun iradesine indirger. Bu nedenle pozitivist hatta seyreden yazarlar ve anayasa yargıçları, yasa koyucunun iradesi, milli irade, demokrasi gerekçeleriyle norm denetiminde teleolojik- amaçsal yoruma karşı çıkarlar. Oysa ki, bir normun anlamı, norm hukuk dünyasında var olmaya başladıktan sonra normu koyan iradeden bağımsız hale gelir. Zaman içerisinde toplumsal değişimler öyle bir noktaya gelir ki norm çok başka içerikle varlığını sürdürebilir. Bunun en somut örneği olarak insan haklarının evrimci gelişim çizgisinde hakların niteliğinin ve koruma kapsamının giderek genişleme eğilimi, gösterilebilir. Bu nedenle Anayasayı yorumlamak gerçeklikten kopmayı gerektiren bir masa başı işi olarak düşünülemez (Esen, 1972: 9). “Anayasa yorumu demek, Anayasada yazılı bulunan kural ile belli bir zamandaki anayasal gerçeği bağdaştırma işi demektir.” (Esen, 1972: 32).

Nitekim Soysal’a göre Anayasa Mahkemesi bir yasa kuralının yorumunu yaparken o kuralın yasama organında hazırlanması ve varlık kazanması sırasında ortaya atılmış düşüncelerle ve kanunun gerekçesiyle kendisini bağlı saymamaktadır. Soysal’a göre anayasa koyucunun iradesi ve görüşleri zamanla ve zamanın şartlarıyla sınırlıdır. Bu nedenle anayasa koyucunun herhangi bir konu hakkında parlamentoda savunduğu düşünceler tarihsel olarak ilginç olabilir ancak güncel sorunların çözümü için elverişli değildir (Soysal, 1969: 93-94).

Anayasa Mahkemelerinin, anayasayı yorumlama ve anlamlandırma faaliyetlerinde konumlandığı iki temel pozisyon söz etmek mümkündür. Bunların ilki norm denetiminin yalnızca anayasada açıkça düzenlenmiş normlara göre ve bu normların lafzına sadık kalınarak yapıldığı pozitivist yaklaşım, diğeri ise norm denetimine anayasadaki açık normlar yanında birtakım değerlerin, doğal hakların dahil edildiği doğa hukuk yaklaşımıdır (Çağlar, 1985: 170). Realist yorum teorisi ve mekanist anayasa anlayışı arasındaki fark da bu ayrımın bir benzeridir (Gözler, 1988: 210-222).¹

Çağlar’a göre günümüzde anayasa yargısının “büyük problemi açık pozitif tanımlı olmayan “eşitlik”, “adalet”, “adil yargılanma” gibi “muğlak” yargıcın rolünü genişleten normlar ve bu aktif yargıç figürünün demokratik meşruluğu problemidir (Çağlar, 1985: 165). Bu problem, normların anayasaya uygunluğunun denetiminde en çetrefilli konu olan ölçü normlar ve anayasallık bloğu kavramını da bu denli tartışmalı hale getirir.

Anayasa yargısında, normların anayasaya uygunluk denetiminde yargıcın anayasa normunun anlamını belirlerken anayasada yer alan soyut ve pozitif olarak açıkça düzenlenmemiş kavramları birtakım “değerler” yoluyla açıkladığı yaklaşım “value protecting approach “(değer koruyucu yaklaşım) olarak adlandırılmıştır (Çağlar, 1985: 169). Bu görüşün tam aksi bir metodolojik tutum sergileyenler ise anayasa yargısında “value protecting approach “(değer koruyucu yaklaşım) yaklaşımının meşruiyet sıkıntılılarıyla dolu olduğunu söylemişlerdir. Buna göre değer koruyucu yaklaşım benimsendiği takdirde anayasa yargısı denetiminde korunacak değerlerin kaynağının ne olduğu, kimin değerleri olacağı ve bu değerlerin meşruiyetinin nasıl sağlanacağı sorularını yanıtlamak gerekir. Değer koruyucu yaklaşım, bu sorulara cevap vermekte zorlandığı noktada, bu değerleri bulma metodunun demokrasi ideali ile bağdaşmayacağı gerekçesiyle eleştirilmiştir. Buna karşıt olarak

¹ Gözler’e göre realist yorum teorisinin özellikleri: “a) Norm kanununun metni değil, bu metnin anlamıdır. b) Yorumun konusu norm değil, metindir. c) yorum kaçınılmazdır. d) Bir hukuki metin birden fazla norm içerebilir. Yorum metnin içerdiği alternatif normlar arasında yapılan bir seçimdir. e) Metinler kendi kendilerini yorumlayamazlar. f) Yorum, yorumcuya bağlıdır. g) Yorum yorumcunun serbest iradesinin ürünüdür. h) Gerçek kanun koyucu, kanunun yazarı değil, yorumcusudur. i) Yorum, tanıma işlemi değil, irade işlemidir.” Mekanist anayasa anlayışı ise bütün bunların tam tersine yasanın anlamının yalnızca yasanın kendisinde bulunabileceği, yorumun da ancak lafzi yorum ve tarihi yorumla sınırlı kalabileceği saf biçimci hukuk anlayışının uzantısıdır. Gözler, “Anayasa normunun gerçek koyucusu, onu yorumlayan Anayasa Mahkemesi ise, bu organın faaliyeti meşru değildir.” gerekçesiyle hukukun hiçbir zaman saf hukuk olamayacağı gerçeğini görmezden gelerek mekanist ve pozitivist metodolojiyi savunmaktadır (Gözler, 1998: 227).

yargıcın rolünün yalnızca “uygun usul denetimi” ve “anayasanın kurucularının iradesine göre yorum”la sınırlı olması gerektiğini savunulmuştur (Çağlar, 1985: 169). Esasında bu iki yaklaşım sosyal bilimlerdeki temel metodoloji probleminin yansımından başka bir şey değildir. Bir tarafta “yasa yasadır ve tamdır” diyen pozitivist paradigma bir tarafta ise hukukun değerden bağımsız olamayacağını ve bu değer alanının da hukukun inceleme alanına istesek de istemesek de dahil olduğunu savunan, içine tabii hukuk okulunu ve sosyolojik hukuk kuramlarını alan, anti pozitivist paradigma yer almaktadır. Anayasa yargısının metodolojisi ve sınırları konusunda yapılan temel tartışmalar da bu sarkaçta gidip gelir.

Anayasa yargısı denetimini bünyesinde barındıran ülkelere baktığımızda Avusturya Anayasa Mahkemesi pozitivist bir konum sergilemesine rağmen, başta Fransız Anayasa Konseyi olmak üzere Federal Alman Anayasa Mahkemesi, Federal İsviçre Anayasa Mahkemesi, İtalyan Anayasa Mahkemesi pozitif hukuk hükümleriyle beraber “hukukun genel prensipleri”, “insan hakları” gibi kavramlarla beraber daha etkin ve yaratıcı bir norm denetimi yapma eğilimindedirler (Çağlar, 1985: 170-175).

2. Ölçü Normlar veya Anayasallık Bloğu

Anayasa yargısında ölçü normlar ve anayasallık bloğu, anayasaya uygunluk denetiminde denetimi yapan Anayasa Mahkemesi'nin anayasaya uygunluğu hangi normlar çerçevesinde denetleyeceği, hangi normları denetimde ölçü olarak kullanacağı sorundur. “İster anayasanın kendisiyle sınırlı olsun, ister ona Anayasa veya yargı kararları yoluyla eklenen diğer ilke ve kuralları da içine alsın anayasaya uygunluk denetiminde kullanılan ölçü normların tümü, anayasallık bloku adı verilen normlar kümesini oluşturmaktadır.” (Özbudun, 2005: 381) “Anayasallık bloğu” kavramı Teziç ve Çağlar tarafından ilk olarak kullanılmış daha sonra Yüzbaşıoğlu'nun “Anayasallık Bloğu” adlı eseriyle özdeşleşmiştir (Teziç, 1986:28; Çağlar, 1987: 169, 176, 178-179; Yüzbaşıoğlu, 1993). Aliefendioğlu ise anayasallık bloğu kavramı ile aynı anlamda “ölçü normlar” kavramını tercih etmiştir (Aliefendioğlu, 1996: 95). Anayasa hukuku yazınında anayasallık bloğu ve ölçü normlar kavramları farklı yazarlar tarafından aynı anlama gelecek şekilde kullanılmıştır.

Hemen belirtmek gerekir ki normların anayasaya uygunluğu denetiminde esas alınacak temel norm Anayasa metninin kendisidir ve bu konuda herhangi bir kuşku yoktur. Normların anayasaya uygunluk denetiminde ölçü normlar veya anayasallık bloğu kavramı esas olarak, pozitif bir düzenleme olarak Anayasa metni dışında olup ancak Anayasa'nın kendisinin referanslarda bulunduğu, Atatürk ilke ve inkılapları, uluslararası hukuk ve hukukun genel ilkeleri gibi çeşitli normlar bakımından tartışmalı bir özellik arz eder.

Öncelikle Anayasa Mahkemesi'nin anayasallık denetimi yaparken, Anayasada pozitif bir temele sahip olduğu sürece doğrudan ve açıkça Anayasa'da yer almayan birtakım normları ölçü norm olarak kullanmasına hiçbir engel olmadığını belirtmek gerekir. Aksine anayasa yargısının amacı ve kişi hak ve hürriyetlerinin korunmasının bir gerekliliği olarak, hukukun genel ilkeleri ve uluslararası hukuk normlarının ölçü norm olarak kullanılması bir zorunluluk olarak karşımıza çıkar (Hekimoğlu, 2004: 162-163). Bu zorunluluk anayasa yargısında yargıçların izlediği metodoloji ile doğrudan ilişkili olup, Anayasayı yorumlayan yargıcın salt pozitivist başka bir deyişle biçimci bir metodolojik tavır içinde bulunmaması gerekliliği üzerine inşa edilir. Zira anayasalar ayrıntılı, kazuistik düzenlemeler içermeyen, çerçeve niteliğinde normlardır ve Kelsen'in saf hukuk teorisine imkan tanıyan metinler değildir. Bu bağlamda yorumlanmaya ve açıklanmaya muhtaç olan anayasa normlarının salt lafzından veya tarihsel yorumundan hareketle pozitivist bir biçimde algılanması mümkün olmadığından birtakım ilkeler ve üst normlarla açıklanmaya ihtiyacı vardır (Esen, 1972: 48).

Anayasallık bloğu veya ölçü normlar arasında; hukukun genel ilkeleri, uluslararası hukuk kuralları, Atatürk ilke ve inkılapları, Anayasanın başlangıç kısmındaki ifadeler, cumhuriyetin niteliklerine ilişkin ilkeler sayılır (Yüzbaşıoğlu, 1993: 15-129).

Doktrinde anayasallık bloğu kavramına ilişkin başka bir yaklaşım sergileyen Gözler, normların anayasaya uygunluk denetiminde ölçü norm olarak yalnızca ve yalnızca Anayasa metninin kullanılabilmesini savunmuş ve “anayasallık bloğu” kavramına Anayasa’da pozitif olarak düzenlenmemiş norm ve ilkelerin dahil olmadığını söylemiştir. Bu bağlamda, Atatürk ilke ve inkılaplarından Anayasa’da pozitif temeli olan, cumhuriyetçilik, laiklik ve milliyetçiliğin, Anayasanın başlangıç bölümünde ifade edilen ilkelerin ve Anayasanın 2. maddesinde sayılan Cumhuriyetin temel niteliklerine ilişkin ilkelerin ölçü norm olarak kullanılabilmesini belirtmekte, bunlar dışında hukukun genel ilkelerinin, uluslararası hukuk kurallarının ise anayasaya uygunluk denetiminde ölçü norm olarak kullanılmayacağını ifade etmiştir (Gözler, 2000: 883). Bu nedenle kararlarında genel ilkeler, Atatürk ilke ve inkılapları ve uluslararası hukuku referans alan Anayasa Mahkemesi’ni yetkilerini aşarak yasama yetkisini gasp ettiği, yerindelik denetimi/siyasi denetim yaptığı yönünde eleştirmiştir. Anayasa’nın başlangıç bölümünde zikrettiği hukuk devleti ilkesi ve 138. maddesinde yargıçların anayasaya, kanunlara ve “hukuka” uygun karar vermelerini emreden hükmü anayasa yargıcına hukukun genel ilkelerini göz önünde bulundurma yükümlülüğü getirmiştir. Ayrıca Anayasa’nın 90. maddesi gereğince uluslararası sözleşmelerin temel hak ve hürriyetlere ilişkin olanlarının anayasaya aykırılığı dahi ileri sürülemezken; kanunların bu sözleşmelerle çatışması durumunda temel hak ve hürriyetlere ilişkin sözleşmenin esas alınacağı hükmü öngörülmüşken uluslararası hukuk normlarının ölçü norm olarak kullanılmayacağı iddiası hukuk düzenimizde geçerli bir iddia değildir.

Öte yandan Anayasa Mahkemesi zaten norm denetiminde Anayasa hükümlerini göz ardı ederek sadece ve doğrudan ölçü normlara ve ilkelere dayanarak karar vermemektedir. Bu nedenle, Anayasa Mahkemesi’nin ölçü normları kararlarında kullanmakla anayasal yetkilerini aştığı, keyfi karar verdiği yahut yasama yetkisini gasp ettiği iddialarının hiçbir gerçekliği bulunmadığı söylenmiştir (Hekimoğlu, 2004: 164). Esasında Anayasa Mahkemesi’nin kararlarında keyfi davranması veya yetkilerini aşması, norm denetiminde ölçü normları kullanmasından kaynaklanmaz. Başka bir ifade ile keyfiliğe neden olan şey tek başına ölçü normlar olamaz. Anayasa Mahkemesi’nin yorum yaparken kullandığı metodolojide tutarlılık göstermemesi ve yargıç bağımsızlığının güvencelerinin zayıflığı nedeniyle siyasi iktidarın müdahalesine açık olmasından kaynaklanır.

Ölçü normlar Anayasa Mahkemesi’nin norm denetiminde başvurduğu anayasal normların etki gücüne “bağımsız ölçü norm”, “destek ölçü norm” olarak ikiye ayrılmaktadır. Bağımsız-destek ölçü norm ayrımı, Anayasa Mahkemesi’nin norm denetiminin ölçüsü olarak kullandığı anayasal değerde kural ve ilkelerin kendi başlarına bağımsız bir denetim ölçüsü olarak mı kullanılacağı yoksa Anayasa’da yer alan hükümleri pekiştirici, destekleyici, anlamını belirlemeye yardımcı nitelikte mi algılayacağı sorunu temeline dayanır.

Bağımsız-destek ölçü norm ayrımının gereksiz olduğunu savunan bazı yazarlara göre anayasaya uygunluk denetiminde esas alınacak normların yalnızca anayasanın açıkça düzenlediği pozitif hukuk normları olabileceği, anayasa düzenlenmemiş herhangi bir kural ya da ilkenin anayasaya uygunluk denetimine asla esas alınamayacağıdır. Dolayısıyla anayasada açıkça düzenlenmemiş bir norm anayasaya uygunluk denetiminde ne bağımsız ne destekleyici hiçbir şekilde kullanılmayacağı için bunları bağımsız ve destek ölçü norm olarak ayırmanın bir anlamı olmadığından bahsedilmiştir (Gözler, 2000: 885-887). Nitekim bu görüşü savunan Gözler, Anayasa Mahkemesi’nin hukukun genel ilkeleri ve anayasanın açıkça düzenlemediği uluslararası hukuk normlarını ve Atatürk ilke ve inkılaplarını ölçü norm olarak kullandığı kararlarını yetki gaspı olarak değerlendirmiştir (Gözler, 2000: 883).

2.1. Anayasa'nın Başlangıç Kısmı, Atatürk İlke ve İnkıpları ve Cumhuriyetin Temel Nitelikleri

1982 Anayasası'nın "Başlangıç ve Kenar Başlıklar" üst başlıklı 176. maddesine göre Anayasanın dayandığı temel görüş ve ilkeleri belirten başlangıç kısmı, Anayasa metnine dahildir. Söz konusu Anayasa hükmüne dayanan Anayasa Mahkemesi başlangıç kısmından yer alan ilkeleri ölçü norm olarak kullanmaktadır.

"Anayasa'nın 176. maddesine göre, Anayasa'nın dayandığı temel görüş ve ilkeleri belirten Başlangıç kısmı Anayasa metni kapsamındadır. Başlangıç, Anayasa'nın dayandığı temel görüş ve ilkeleri içermekle Anayasa maddelerinin amacını ve yönünü belirleyen bir kaynaktır. Anayasa'nın başlangıcında, Atatürk'ün belirlediği milliyetçilik anlayışı ve O'nun inkılap ve ilkeleri doğrultusunda; Türkiye Cumhuriyetinin çağdaş medeniyet düzeyine ulaşma azmi yönünde; hiçbir düşünce ve görüşün Atatürk milliyetçiliği, ilke ve inkıplarıyla medeniyetçiliği karşısında korunma göremeyeceği ve laiklik ilkesi gereği kutsal din duygularının Devlet işlerine ve politikaya kesinlikle karıştırılmayacağı; her Türk vatandaşının medeniyet ve hukuk düzeni içinde onurlu bir hayat sürdürme maddi ve manevi varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu fikir, inanç ve kararıyla anlaşılması, sözüne ve ruhuna bu yönlerde de saygı gösterilmesi, mutlak bir sadakatle yorumlanıp uygulanması gerektiğini bildirmesi bu niteliğinin kanıtıdır."²

Anayasa Mahkemesi, Atatürk ilke ve inkıpları ölçü norm olarak kullanırken, pozitif hukuktaki dayanaklarını gösterdikten sonra, bu normların diğer Anayasa normlarına göre daha öncelikli ve özel bir görünüm sergilediklerini belirtmiştir (Özbudun, 2005:384). Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın başlangıç kısmına ve Atatürk ilke ve inkıplarına atfettiği bu özel konumu nedeniyle bu ilkeleri bağımsız ölçü norm olarak kullanmıştır. Özbudun'a göre Atatürk ilke ve inkıpları Anayasa'da pozitif olarak düzenleme bulan ve ayrıca korunan ve anlamı belirtilen laiklik, milliyetçilik, cumhuriyetçilik gibi ilkelerin bağımsız ölçü norm olarak kullanılmaları ile Anayasa'da içeriği belirlenmemiş inkılapçılık, devletçilik gibi ilkelerin belirli bir tarihsel dönemdeki kavranışlarının mutlak, tek doğru olarak ölçü norm yapılması arasında fark vardır (Özbudun, 2005: 384-385).

Anayasa Mahkemesi Atatürk ilke ve inkıpları ve başlangıçta yer alan genel ilkeleri referans norm olarak kullandığı siyasi parti kapatma davasında Atatürk ilke ve inkıpları pozitif anayasal dayanağı olduğunu belirtmiştir:

"Atatürk devrimlerinin hareket noktasında laiklik ilkesi yatar ve devrimlerin temel taşı bu ilke oluşturur. Başka bir anlatımla laiklik ilkesi açısından verilecek en küçük bir ödün Atatürk Devrimlerini yörüngesinden saptırarak, yok olması sonucunu doğurabilir. Bu nedendir ki Anayasanın "Hiçbir düşünce ve mülahazanın... Atatürk milliyetçiliği, ilke ve inkıpları ve medeniyetçiliğinin karşısında korunma göremeyeceği ve laiklik ilkesinin gereği kutsal din duygularının, devlet işlerine ve politikaya kesinlikle karıştırılmayacağı" yolunda kesin buyruğa başlangıçta yer vermek zorunluluğunu duymuş bulunmaktadır."³

2.2. Hukukun Genel İlkeleri

Anayasaları yorumlamak, anlamını belirlemek, ilkelere hak ve özgürlükleri çıkararak yeni anayasal haklar keşfetmek Anayasa Mahkemelerinin görev ve yetkisindedir (Kaboğlu, 1993: 391). Türkiye Anayasa Mahkemesi hukuk devleti kavramından hukukun genel ilkelerini çıkarmakta ve bunları kararlarında destek ölçü norm olarak kullanmaktadır (Kaboğlu, 2007: 132). Anayasa

² AYM., E. 1989/1, K. 1989/12, Karar Tarihi: 07.03.1989.

³ AYM., E. 1983/2, K.1983/2, Karar Tarihi: 25.10.1983.

mahkemesi bazı kararlarında hukukun genel ilkelerinin Anayasa'nın üstünde yer aldığını, bu ilkelerin bilinen ve bütün uygar memleketlerde kabul edilen prensipler olduğunu, yasa koyucunun takdir yetkisini sınırladığını ifade etmiştir. Bununla birlikte bazı kararlarında da hukukun genel ilkelerinin en azından anayasal değerde normlar olduğunu ve bu ilkelerle toplumun vicdanı ve değer yargıları arasında sıkı bir bağlantı bulunduğunu belirtmiştir.⁴

Anayasa Mahkemesi hukuk devleti ilkesinin Anayasa üstü hukukun genel ilkelerini içerdiğini söylemiş ve "*Hukuk devleti, hukukun genel ilkelerinin geçerli olduğu devlettir.*" şeklinde bir özdeşlik kurmaktadır (Kaboğlu, 1991: 314). Anayasa Mahkemesi anayasal değerde genel ilkeleri anayasaya uygunluk denetiminde ölçü norm olarak kullanmakta; Başlangıçta yer alan ilkelere pozitif hukuk değeri tanıyarak "anayasallık bloğu" ve bu ilkelerin içeriğini belirleme yetkisini kendisine tanımaktadır (Kaboğlu, 1991: 314).

Anayasa Mahkemesi hukukun genel ilkelerini referans norm olarak kullandığı bazı kararlarında hukuk ve yasa kavramları arasındaki farka işaret ederek kanunların "hukuka" uygun olması gerektiğinin altını çizmektedir.

"Kanunlarımızın Anayasanın açık hükümlerinden önce hukukun bilinen ve bütün uygar memleketlerde kabul edilen prensiplerine uygun olması şarttır."⁵, "Hukukun ana prensiplerine dayanmayan ve sadece belli bir anda hasıl olan geçici çoğunluğun sağladığı kuvvete dayanılarak çıkarılan kanunlar toplum vicdanında olumsuz tepkiler yaratır."⁶, "Kanun koyucunun bu görevi yerine getirirken sınırsız bir takdir yetkisine sahip olmadığı, bütün yasama tasarruflarında olduğu gibi burada da, genel hukuk esasları ve özellikle Anayasanın ilkeleri ile bağlı olduğu aşikardır."⁷

2.3. Uluslararası Hukuk Normları

Anayasa yargısının var oluşunun temelinde yatan amaçlardan biri, insan haklarının korunması; ikincisi ise, hukuk devleti ve anayasanın üstünlüğünün sağlanmasıdır (Kaboğlu, 1992: 135). İnsan haklarının evrimci veya devrimci niteliğine, bir başka deyişle toplumsal değişime hukuk normlarının ayak uydurma hızı son derece yavaştır. Bu noktada anayasa yargıcının insan haklarının gelişmeci özelliğini göz önünde bulundurarak anayasaya uygunluk denetimini anayasanın ve insan haklarının dinamik yapısını yadsımadan yorum yapması gerekliliği bir kat daha önem kazanır. Kaboğlu insan haklarının anayasa yargısında norm denetimine esas olarak kullanılabilmesinin üç farklı imkanından bahsetmiştir. Buna göre, ilk olarak gelişmekte olan insan hakları Anayasa tarafından tanınmış ise, pozitif hukuk olarak yargıç tarafından kullanılabilirdiğinden, burada ölçü norm tartışması zaten yoktur. İkinci olarak, bu haklara ilişkin Anayasa'da pozitif bir tanıma söz konusu değilse, anayasa yargıcı bu normları Anayasa'da vücut bulan diğer haklardan türetme imkanına sahiptir. Üçüncü olarak hukuk sistemimizde uluslararası belgelerin Anayasa seviyesinde bir koruma oluşturulmasına rağmen, iç hukuk normlarını yorumlarken bu uluslararası belgeleri destek ölçü norm olarak kullanabileceği söylenebilir. Anayasa yargıcının bu şekildeki tutumu, sürekli gelişmekte olan insan haklarının sözde kalması ve güvenceden yoksunlaşması riski karşısında bir zorunluluktur (Kaboğlu, 1992: 135).

Özbudun'a göre pozitif hukuk bakımından Anayasa'da uluslararası hukukun anayasaya uygunluk denetiminde bağımsız ölçü norm olarak kullanılabilirdiğini söylemek güçtür. Ancak ve

⁴AYM., E. 1963/166, K. 1964/76, Karar Tarihi: 22.12.1964; AYM., E. 1963/124, K. 1963/243, Karar Tarihi: 11.10.1963; AYM., E.1990/17, K.1990/23; AYM., E. 1990/32, K. 1990/25; AYM., E. 1990/7, K. 1990/11, Karar Tarihi: 21.06.1990.

⁵ AYM., E. 1963/166, K. 1964/76, AYMKD, Sayı 2, s. 288-291.

⁶ AYM, E. 1963/124, K. 1963/243, AYMKD, Sayı 1, s.349.

⁷ AYM., E. 1963/138, K. 1964/71, AYMKD, Sayı 2, s. 256-277.

ancak 1982 Anayasası'nın pozitif olarak düzenlediği dört alanda (m. 15, 16, 42, 92) uluslararası hukuk doğrudan bağımsız ölçü norm olarak kullanılabilir (Özbudun, 2005: 382). Bununla birlikte insan haklarına ilişkin uluslararası metinler ayrı bir yer tutar. Anayasa'nın 2. maddesinde sayılan Cumhuriyetin temel niteliklerinden olan "insan haklarına saygı" ilkesinin bir gereği ve uzantısı olarak insan hakları sözleşmelerinin, diğer genel nitelikteki anlaşmalara göre bulunduğu özel ve ayrıcalıklı konumu, onların anayasal düzeyde ölçü normlar yani bağımsız ölçü normlar olarak kullanılmalarını gerekli kılar (Kaboğlu, 2007: 128). Ayrıca 90. maddede 2004 yılında yapılan değişiklik ile birlikte "temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalar"ın kanunla çatışması durumunda milletlerarası andlaşmanın esas alınacağı olgusu karşısında artık temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası hukuk normlarının bağımsız ölçü norm olarak kullanılmayacağını söylemek güçtür (Kaboğlu, 2007:130).

Anayasa Mahkemesi'nin uluslararası hukuk normlarını destek ölçü norm başka bir ifade ile referans norm olarak kabul ettiğini "Anayasaya uygunluk denetiminde dayanılmamakla beraber değerlendirilmede gözetilen uluslararası belgelerin, cinsiyete dayalı ayrımı ya da eşitsizliği reddeden bu hükümleri ile Anayasanın "Kanun önünde eşitlik" başlıklı 10. maddesi arasında özde bir farklılık bulunmamaktadır."⁸ ifadelerinden çıkarmak mümkündür. Anayasa Mahkemesi, bu ve bunun gibi birçok kararında dayandığı anayasa normlarını uluslararası hukuk metinleriyle destekleme, onları referans alma eğilimindedir (Gemalmaz, 2006: 117-183). Ancak Anayasa Mahkemesi kararlarında uluslararası insan hakları belgelerini kullanma konusunda bir çifte standart uygulamaktadır. Mahkeme eğer bir hükmü anayasaya aykırı bularak iptal etmeye karar vermişse bu kararını desteklemek üzere uluslararası belgelere atıfta bulunmakta ve kararını desteklemekte; buna karşılık, ulusal norm esas itibarıyla uluslararası standartlara ve çağdaş gelişmelere uyumlu olmamasına rağmen mahkemede ulusal normu iptal etmeme yönünde bir görüş baskın olduğunda ise Mahkeme, uluslararası belgeleri görmezden gelebilmektedir (Gemalmaz, 2006: 155).

3. Ölçü Normlar ve Anayasa Yargısının Sınırları, "Self Restrain" ve "Political Question" Doktrini

Anayasa mahkemeleri, norm denetiminde anayasa dışı birtakım ilkelere başvurduğu noktada yetkilerini aştığından, yerindelik denetimi yaptığından, yargısal aktivizmden ve yargıçlar hükümetinden ve bunların sonucunda meşruiyetini yitireceğinden bahisle eleştirilmiştir (Hakyemez, 2009: 32-44; Arslan, 2008: 59-89). Tüm bu eleştirilerin temelinde gözden kaçırılan nokta, hukuki gerçekliğin bilgisine salt yasa koyucunun iradesiyle ulaşılabileceği düşüncesi temeline inşa edilmiş olan pozitivist hukuk anlayışıdır. Bu yaklaşım, anayasa yargısının etkililiğinin içini boşaltmaktan öte, anayasa yargısının gerekliliğini bile tartışılır hale getirmiştir.

Oysa ki, hukuk normunun tek başına bir anlam ifade ettiği durumlar oldukça sınırlıdır. Norma anlamını veren çoğu zaman uygulayıcının yorum faaliyetidir. Üstelik anayasalar son derece soyut ve çerçeve metinler iken anayasa normlarının bir "kendinde şey" olduğunu iddia etmek, hayal yahut olsa olsa "wishful thinking"tir. Kaldı ki anlamı açık ve net olan bir yasanın salt yasa koyucunun iradesinin ürünü olması nedeniyle hukuk olacağı düşüncesi de son derece problemlidir. Ayrıca bu denli katı pozitivist tutum, başta Nazi deneyimi olmak üzere sözde yasalara uygun işleyen totaliter iktidarlar karşısında hukuku ve kişi hak ve özgürlüklerini savunmasız bırakır.

Öte yandan anayasa mahkemelerinin yerindelik denetimine varacak ölçüde siyasi kararlar verdiği eleştirileri, anayasaya uygunluk denetiminin anlamını göz ardı etmekle birlikte hukukun siyasetten bağımsız bir yapı olduğu varsayımına dayanan ideolojik bir yanılısamadır. Anayasa yargıçlarının kendilerini siyasi sorunlar karşısında kısıtlamaları eğilimi olarak karşımıza çıkan "self restraint" kavramı ve siyasi sorun (*political question*) doktrininin yargıcın ne zaman yerindelik denetimi

⁸ AYMKD, Sayı 32, 2. Cilt, 1997, s.807.

yaparak siyasi karar vermiş olacağı sorusuna verilmiş somut bir cevap yoktur (Çağlar, 1986: 139). Çağlar, siyasi sorun doktrininin, “kemanlar küçük çellolardır ve çellolar büyük kemanlardır.” şeklindeki totolojik önermeye benzer olarak “siyasi sorunlar kazai usulle çözülemeyen konular, kazai usulle çözülemeyen konular da siyasi sorunlardır” şeklinde tanımlandığını belirterek anlamının ne denli belirsiz olduğuna işaret etmiştir (Çağlar, 1986: 139). Her anayasa yorumu, az veya çok, bir siyasi sonuç doğurur. Dolayısıyla bu gerekçeyle anayasa mahkemesinin siyasi sorunları norm denetimi dışında bırakabileceği argümanının kabulü halinde anayasa yargısını bütünüyle ortadan kaldırmamız gerekir (Çağlar, 1986: 140).

Anayasa Mahkemesi, “Onda birlik baraj uygulamalı nisbi temsil sistemi”ni getiren 2972 sayılı “Mahalli İdareler ile Mahalle Muhtarlıkları ve İhtiyar Heyetleri Seçimi Hakkında Kanun”un bazı hükümlerinin Anayasaya aykırılığı iddiası ile açılan iptal davasında, söz konusu düzenlemeyi siyasi sorun olarak görmüş ve “self restrain” in tipik bir örneğini sergilemiştir. Oysa ki seçim sistemine ilişkin tercihler, Anayasa’da yer alan demokratik devlet, hukuk devleti ve cumhuriyetçilik ilkeleriyle sıkı sıkıya ilişkili olan meselelerden biri olup, bir hukuk sistemini baştan aşağı değiştirmeye, hatta demokrasiyi topyekun ortadan kaldırmaya muktedir nadir alanlardandır (Çağlar, 1985: 189). Anayasa Mahkemesi’nin burada davayı “siyasi sorun” olarak nitelendirip davaya bakmaktan çekinmesi sorumluluk almaktan kaçındığını göstermekle birlikte anayasa yargısı sisteminin benimsendiği bir hukuk düzeninde, kendisine Anayasa’yla verilen görevi ihmal etmesi anlamına da gelebilir.

SONUÇ

Türk Anayasa Mahkemesi’nin, her somut olaya göre hukuk normunun anlamını belirlemeye çalışarak çeşitli yorum yöntemlerini bir arada kullandığı görülmektedir (Çağlar, 1985: 187). Bu bağlamda Anayasa Mahkemesi’nin norm denetiminde belirli ve tutarlı bir metodolojik tutumu olmadığını, kimi zaman saf biçimci bir yaklaşım sergileyip Anayasa’nın lafzına ve kurucu iradesine sadık kaldığını, kimi zaman ise birtakım genel prensiplere yollama yapmak suretiyle doğal hukukçu bir yaklaşım sergilediğini söylemek yanlış olmaz. (Çağlar, 1985: 189).

Görüldüğü gibi Türkiye anayasa hukuku yazınında ölçü normlar veya anayasallık bloğu tartışması hukuki pozitivizm ve doğal hukuka yaslanan iki yaygın metodolojik tercihe indirgenmiştir. Söz konusu iki yaklaşımda da sağlanmak istenen “ideal”, yargısal denetimin tarafsızlığı ve etkililiğidir. Pozitivist çizgide yer alan yazarlar yargı denetiminin tarafsız olması gerekliliğine üstünlük tanıyarak, yargıcın rolünü minimize edecek yorum yöntemini tercih ettikleri için ölçü normların kullanılmasına karşı çıkmıştır. Hukukun “değerlerden” bağımsız olmadığını düşünen doğal hukuka yakın yaklaşımı benimseyenlerse yargısal denetimin etkililiğine öncelik vererek ölçü normlarının kullanılabileceğini savunmuştur. İki yaklaşımın da ortak noktası ise hukukla siyaset arasında keskin bir sınır çizme çabasıdır. Hukukun siyasetten ayrı kanonik bir yapı olduğuna ilişkin bu uzlaşma, Türkiye’de yargısal denetimin bağımsız ve tarafsızlık perdesi arkasındaki ideolojik karakterinin açığa çıkmasını engeller. Yargıcın, yargısal denetimde ne kadar aktif olacağına ilişkin kazananı olmayan bu tartışma; akla Marx’ın, gençlik dönemine ait eserlerden, Rheinische Zeitung’ta yayımladığı “Odun Hırsızlığı Yasası Üzerine” adlı makalesinde söylediklerini getirir:

"Yasakoyucu tarafsız değilken tarafsız yargı düşüncesi ne kadar aptalca ve kullanışlı olmayan bir yanılsamadır!... Kanun özel çıkarı kayırırken, çıkarsız hükmün ne işlevi vardır! Yargıç sadece bağnazca yasanın özel çıkarını formüleştirebilir, sadece kuşku duymadan onu uygulayabilir. Tarafsızlık, bu nedenle sadece şekilseldir, hükmün içeriğinde yer almaz. İçerik kanun tarafından önceden eyleme geçirilir. Eğer duruşma boş bir şekilden başka bir şey değilse böylesine değersiz resmiyetin hiçbir bağımsız değeri yoktur..." (Marx, 2005: 61-62).

ETİK BEYAN /ETHICAL STATEMENT

Araştırma etik bazlı izin gerektirmemektedir.

YAZAR KATKI ORANI /AUTHOR CONTRIBUTIONS

Çalışma tek yazarlı olduğu için yazarın katkı oranı %100'dür.

FİNANSAL DESTEK / FUNDING

Bu çalışma mali açıdan desteklenmemiştir.

ÇIKAR ÇATIŞMASI / CONFLICT OF INTEREST

Çıkar çatışması yoktur.

Kaynakça

- Akbaş, K. (2015). *Hans Kelsen: "Hukukun Saf Kuramı"* (E. Uzun Ed.). İthaki Yay.
- Akbaş, K. (2015). *Hukukun büyü bozumu*. Notabene Yay.
- Akman, Ş. T. (2016). *Hukuk ve politika ilişkisi*. İmge Kitabevi.
- Aliefendioğlu, Y. (1996). *Anayasa yargısı ve Türk anayasa mahkemesi*. Yetkin Yay.
- Arslan, Z. (2008). *Anayasa Mahkemesi'nin yorum tekeli, yargısal üstünlük ve demokrasi*. Ergun Özbudun'a Armağan. Yetkin Yay. 59-89.
- Çağlar, B. (1985). *Anayasa yargısında yorum problemi karşılaştırmalı analizinin katkıları*. *Anayasa Yargısı*, 2, 163-195.
- Çağlar, B. (1986). *Parlamentolar ve anayasa mahkemeleri, teori ve pratikte anayasa yargısının sınırları problemi*. *Anayasa Yargısı*, 3, 137-187.
- Çağlar, B. (1993). *Hukukla kavranan demokrasi ya da anayasal demokrasi*. *Anayasa Yargısı*, 10, 233-276.
- Çataloluk, G. (2021). *Bir hukuk paradoksu olarak güven*. On İki Levha Yay.
- Engels, F. (1992). *Konut sorunu*. Çev. Güneş Özdural. Sol Yay.
- Esen, B. N. (1972). *Anayasanın anayasa mahkemesince yorumlanması*. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yay.
- Gemalmaz, M. S. (2006). *Ulusal yüksek yargı kararlarında ulusalüstü insan hakları hukuku belgelerinin kavranışı ve kullanılışı*. *Fazıl Sağlam 65. Yıl Armağanı*. Türk-Alman Kamu Hukukçuları Forumu Yay. 117-183.
- Gözler, K. (1998). *Realist yorum teorisi ve mekanist anayasa anlayışı*. *Anayasa Yargısı*, 15, 207-242.
- Gözler, K. (2000). *Türk anayasa hukuku*. Ekin Kitabevi.
- Hakyemez, Y. Ş. (2009). *Anayasa mahkemesinin yargısal aktivizmi ve insan hakları anlayışı*. Yetkin Yay.
- Hekimoğlu, M. M. (2004). *Alman Hukuku ışığında Türk anayasa yargısının hukuki boyutları*. Detay Yay.
- Hunt, A. (1986). *The theory of critical legal studies*. *Oxford Journal of Legal Studies*, 6, 1-45.
- Kaboğlu, İ. Ö. (1991). *Hukukun genel ilkeleri ve anayasa yargısı*. *Anayasa Yargısı*, 8, 291- 322.
- Kaboğlu, İ. Ö. (1992). *İnsan haklarının gelişmeci özelliği ve anayasa yargısı*. *Anayasa Yargısı*, 9, 121- 136.

- Kaboğlu, İ. Ö. (1993). Kelsen modeli sınırlarında demokratikleşme sürecinde anayasa yargıçları. *Anayasa Yargısı*, 10, 381-404.
- Kaboğlu, İ. Ö. (2007). *Anayasa Yargısı-Avrupa Modeli ve Türkiye*. İmge Kitabevi.
- Karahanooğulları, O. (2015). Diyalektik hukuk bilimi notları. *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, 5(2), 271-288.
- Keyman, S. (1978). Hukuki pozitivizm. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 35(1), 17-56.
- Kennedy, D. (2007). Antonio Gramsci ve Hukuk Düzeni. Çev. Kasım Akbaş. *Mülkiye Dergisi*, 31(257), 175-180.
- Kennedy, D.(2017). Form and substance in private law adjudication. *Harvard Law Review*, 89, 1685-1778.
- Kızılçelik, S. (2008). *Frankfurt Okulu*. Anı Yay.
- Kutlu, M. (2011). Hukuksal romantizm. *Türkiye Barolar Birliđi Dergisi*, 97, 75-92.
- Marx, K. (2005). *Orman kaçakçılığı yasası üzerine özel mülkiyet ve suç siyasetine dair ilk yazılar*. Çev. Selin Ceyhan. Kalan Yay.
- Marx, K. (2010). Letter From Marx to His Father in Trier- 10.11.1837, at: *Marx Engels Collected Works I*. Lawrence and Wishart Electric Book, 10-21.
- Oder, B. E. (2010). *Anayasa yargısında yorum yöntemleri*. Beta Yay.
- Ozansoy, C. (1998). Bilimde değer sorunu ve pozitivizm üzerine bazı gözlemler. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 47(1), 37-48.
- Özbudun, E. (2005). *Türk anayasa hukuku*. Yetkin Yay.
- Pasukanis, E. B. (2011). *Genel hukuk teorisi ve Marksizm*. Çev. Onur Karahanoođulları. Birikim Yay.
- Soysal, M. (1969). *Dinamik anayasa anlayışı*. Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yay.
- Teziç, E. (1986). Kanunların anayasaya uygunluğunun esas açısından denetimi. *Anayasa Yargısı*, 2, 21.38.
- Yelkenci, T. (2013). *Marksist devlet ve hukuk teorisi* (T. Yelkenci Ed.). Notabene Yay.
- Yüzbaşıoğlu, N. (1993). *Türk anayasa yargısında anayasallık bloğu*. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yay.