

Anayasa Mahkemeleri Norm Denetiminde “Olgu”yu Ölçü Alabilir Mi?*

Dr. Öğr. Üyesi Semih Batur KAYA**

Öz

Anayasa hukuku yerleşik ilke, norm ve kurumlardan oluşmaktadır. Bu doğrultuda geliştirilen bir anayasal kurum kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimidir. Anayasa yargısı bir yandan devletin yerleşik temel kurumları arasındaki ihtilafları karara bağlarken diğer yandan devletin temel kurumları ile vatandaşlar arasındaki uyumsuzlukları çözer. İşte buradaki yetki birer anayasa yargısı kurumu olan anayasa mahkemelerine aittir. Anayasa mahkemeleri anayasalarda kendilerine çizilen sınırlar içinde anayasal denetim gerçekleştirirler. Çalışmamıza konu edilen esas sorun, anayasa mahkemelerinin kanunların anayasaya uygunluk denetiminde normatiflik kapsamına toplumsal gerçekliği, yani olgusal olanı dâhil edip edemeyeceğine dairdir. Elbette anayasa mahkemeleri yetki alanları zorunlu olarak sınırlı yargısal kurumlardır. Ancak bu mahkemelerin anayasa hukuku açısından yargısal inceleme yetkisine sahip olduğu durumda normatifliği belirlemede ve bunu değiştirmede yetkili bir organ olduğu söylenmelidir. Aksi takdirde anayasal denetimin işlevsel bir şekilde gerçekleştirilmesi imkân dâhilinde olmaz. Öte yandan Türk doktrininde de bu bakımdan bir boşluk bulunmaktadır. Dolayısıyla bu çalışmadaki konuyu ele almak kaçınılmaz olmuştur. Bu sebeple aşağıda önce temel oluşturmak bakımından pozitivistin temel kavramları olan “olgu” ve “norm” incelenmiştir. Ardından hukuksal pozitivism meselesi ele alınmış ve daha sonra normativist pozitivism konu edinilmiştir. Daha sonra ise tüm bu operasyonel kavramların anayasa yargısındaki işlevsel değeri sorgulanmıştır. Nihayet Türk Anayasa Mahkemesinin güncel bir kararı tüm bu bağlamlarda tartışılmıştır.

Anahtar Kelimeler

Pozitivism, Hukuksal Pozitivism, Normativist Pozitivism, Anayasa Yargısı, Türk Anayasa Mahkemesi.

(*) Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 02.06.2024 - Kabul Edildiği Tarih: 01.09.2024.

Atıf Şekli: Semih Batur Kaya, ‘Anayasa Mahkemeleri Norm Denetiminde “Olgu”yu Ölçü Alabilir Mi?’ (2024) 14(2) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1013, 1045.

DOI: 10.52273/sduhfd..1494558.

(**) Balıkesir Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, Balıkesir, Türkiye.

E-posta: semih.batur@yahoo.com.

Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-5888-1750>.

Can Constitutional Courts Take “Fact” as a Measure in Norm Supervision?

Abstract

Constitutional law consists of established principles, norms and institutions. A constitutional institution developed in this direction is the judicial review of the constitutionality of laws. The constitutional judiciary, on the one hand, decides disputes between the established basic institutions of the state, and on the other hand, resolves disputes between the basic institutions of the state and citizens. The authority here belongs to the constitutional courts, which are constitutional judicial institutions. Constitutional courts carry out constitutional review within the limits drawn for them in the constitutions. The main problem that is the subject of our study is whether constitutional courts can include social reality, that is, the factual, within the scope of normativity in the constitutionality review of laws. Of course, constitutional courts are judicial institutions whose jurisdictions are necessarily limited. However, it should be said that these courts are an authorized body to determine normativity and change it in cases where they have the authority to review in terms of constitutional law. Otherwise, it would not be possible to carry out constitutional review in a functional manner. For this reason, below, “fact” and “norm”, which are the basic concepts of positivism, are examined first to provide a basis. Then, the issue of legal positivism was discussed and then normativist positivism was discussed. Later, the functional value of all these operational concepts in constitutional jurisdiction was questioned. Finally, a current decision of the Turkish Constitutional Court has been discussed in all these contexts.

Keywords

Positivism, Legal Positivism, Normativist Positivism, Constitutional Judiciary, Turkish Constitutional Court.

Extended Summary

Legal positivism necessarily starts with a theory about the existence of a legal system. This may mean the internal cycle of a normative whole. But the normative complex ultimately regulates people’s actions and transactions. Even so, authorization is required to establish norms and principles. Those who are authorized regulate the implementation of the rules. In order for this mechanism to function, authorized persons must refer to social rules. Therefore, the basis of legal positivism is a series of factual relations. This also ensures that rule enforcers comply with the set rules.

In this regard, the explanation of constitutional jurisdiction within legal positivism is a popular starting point. However, in our opinion, if the constitutional judiciary claims to be comprehensive within the above framework, it cannot separate the norms that have the capacity to correct any behavior from the factual reality. Likewise, if the constitutional judiciary claims constitutional superiority, that is, if it has the power to regulate the establishment and implementation of operational and operational institutionalized mechanisms through its own judicial activity, it cannot keep the factual reality separate. Finally, if the constitutional judiciary has the characteristics of clarity and discrimination, that is, if it wants to eliminate norms that do not belong to the legal system, then it must take into consideration the factual reality as well as the norm.

In this case, constitutional control has to be based on social reality, that is, the phenomenon, and take it as a reference. In fact, legal positivism can only truly function through the social facts that source the norm (i.e. certain speech acts, actions, etc.) in addition to legal norms. This has been the case at least since Roman law. Indeed, if, for example, those who apply Roman norms recognize Consul Aquilio as the social lawgiver and he expresses his will in the appropriate framework by saying “I declare this rule providing for the payment of compensation to such and such victims”, such a declaration of will is accepted as a reality before normative statement. As such, the existence of legal norms appears as a social phenomenon. This reality should not be ignored in the constitutional judicial review.

As a result, constitutional courts should be able to perform judicial review of socially based reality, as well as how to interpret social facts that recognize (non-socially based) moral standards such as human dignity or due process. Because the constitutional judge cannot exclude the place of the participants, that is, social actors, in determining normativity. Ultimately, legal contents point to a problem regarding social realities.

As a result, constitutional law consists of established principles, norms and institutions. A constitutional institution developed in this direction is the judicial review of the constitutionality of laws. The constitutional judiciary, on the one hand, decides disputes between the established basic institutions of the state, and on the other hand, resolves disputes between the basic institutions of the state and citizens. The authority here belongs to the constitutional courts, which are constitutional judicial institutions. Constitutional courts carry out constitutional review within the limits drawn for them in the constitutions. The main problem that is the subject of our study

is whether constitutional courts can include social reality, that is, the factual, within the scope of normativity in the constitutionality review of laws. Of course, constitutional courts are judicial institutions whose jurisdictions are necessarily limited. However, it should be said that these courts are an authorized body to determine normativity and change it in cases where they have the authority to review in terms of constitutional law. Otherwise, it would not be possible to carry out constitutional review in a functional manner. For this reason, below, “fact” and “norm”, which are the basic concepts of positivism, are examined first to provide a basis. Then, the issue of legal positivism was discussed and then normativist positivism was discussed. Later, the functional value of all these operational concepts in constitutional jurisdiction was questioned. Finally, a current decision of the Turkish Constitutional Court has been discussed in all these contexts.

In this respect, returning to the subject again, of course, as per normative positivism, the validity of a norm requires its definition in terms of another norm. However, as we mentioned in the explanations above, it cannot be said that this issue reveals an irrefutable postulate. Therefore, the relationship between the norm and the phenomenon cannot be said to be as strict as claimed. The norm is not static and the law does not have a status quo structure. Indeed, if the opposite were always true, the “living document” interpretation method of the European Court of Human Rights (ECtHR) would have no function. In many of its decisions and the interpretation method it uses in these decisions, the ECHR examines the practice, that is, the phenomenon, in the member countries. A similar situation also applies to the constitutional judiciary. Therefore, a correct understanding of the norms subject to constitutional review may be possible by monitoring the implementation of the norms. As a matter of fact, in this regard, for example, the 1787 US Constitution cannot be expected to respond to the needs of the day in an abstract manner, independently of its implementation.

Giriş

Anayasa hukuku hukuk içinde yerleşik ve asli normlar, ilkeler ve kurumlar dizisini uhdesinde barındırır¹. Anayasa hukukunun bu bağlamdaki en temel kurumlardan birisi de anayasa yargısıdır.

Sıradan anlamda yargı, devletin yurttaşları arasındaki anlaşmazlıkları çözme yetkisi ise, anayasa yargısı, devletin, ana kurumları arasındaki veya devletin ana kurumları ile yurttaşları arasındaki, çözülebilecek anlaşmazlıkları çözme yetkisidir. O halde bu yetki, gerektiği gibi, bu temel kurumlardan birine, yani anlaşmazlıkları hukuka başvurarak çözmekle görevli kuruma, yani anayasa mahkemelerine devredilir². Anayasal denetim yoluyla anayasa mahkemeleri anayasalarda belirlenen yetki çerçevesinde çözülebilecek her türlü anlaşmazlığı (başta norm denetimi ve bireysel başvuru olmak üzere) çözme konusunda devletin orijinal yetkisini kullanmaktadırlar.

Çalışmamıza konu teşkil eden sorun, anayasa mahkemelerinin anayasal denetimde normatiflik kapsamına toplumsal gerçekliği, yani olgusal olanı dâhil edip edemeyeceğine ilişkindir. Elbette anayasa mahkemeleri yetki alanları zorunlu olarak sınırlı yargısal kurumlardır. Fakat bu mahkemelerin anayasa hukuku açısından yargısal inceleme yetkisine sahip olduğu durumda normatifliği belirlemede ve bunu değiştirmede yetkili bir organ olduğu söylenmelidir. Aksi halde anayasal denetimin işlevsel bir şekilde gerçekleştirilmesi mümkün olmaz.

Öte yandan temel gündemi anayasal hakların uygulanması olan ve hatta bu yüzden kuvvetler ayrılığı gibi devletin yapısal organlarına yetki ve görev dağılımının denetimini gerçekleştiren anayasa mahkemeleri yargısal denetimini yaparken hukuksal formalizmin³ kısıncasında kalmadan sosyal ve bunun hukuksal yansımalarını yorum kisvesi altında dikkate alarak işlevlerini yerine getirmelidir. Bu durum anayasa yargıcının hakları garanti edici ve gerçekleştirci rolünü de pekiştirecektir.

¹ John Gardner, 'Can There be a Written Constitution?' (2011) (1) Oxford Studies in Philosophy of Law 1, 12.

² Dan Mafora, 'Whose Constitutional Jurisdiction Is It Anyway? Courts of a Similar Status to the High Court and Other Tribunals' (2023) 13 Constitutional Court Review 327, 331.

³ Hukuksal formalizm hukuk düzeninin yalnızca normlardan müteşekkil olduğunu varsaymaktadır. Buna göre yargıç, yalnızca yürürlükteki normların sözcüsü konumundadır. Haliyle yargıç hukuk yaratmamalıdır. Böyle olunca da dinamik ve değişen koşullara rağbet edilmemelidir. Bkz. Sercan Gürler, 'Çağdaş Hukuki Formalizm ve Ernest Weinrib'in Yaklaşımı' (2008) LXVI (2) İÜHF 91, 91.

İşte çalışmamız tüm bağlamlarda anayasa yargısının denetim yetkisini sorgulamakta ve anayasal denetimde olgusal gerçekliğin de dikkate alınabileceğini ileri sürmektedir.

I. Pozitivizmin Operasyonel Bir Aracı Olarak “Olgu” ve “Norm”

A. Ön Mesele: Pozitivizm

Pozitivizmin genellikle iki farklı anlamı vardır. Birincisi, insan bilimleri alanında doğa bilimlerinin bir taklidi biçimini ifade eder. Bu tanımlamaya göre Hobbes muhtemelen ilk pozitivisttir. Pozitivizm ayrıca daha geniş anlamda metafizik karşıtı bilgi anlayışlarına da atıfta bulunabilir. Buradaki fikir, “ilk nedenler” veya “nihai nedenler” hakkında hiçbir bilginin olamayacağı, şeylerin “özü” hakkında olumlu bir bilginin olamayacağı ve tüm bu tür soruların bilimden yasaklanması gerektiğidir⁴. Bu bağlamda pozitivizmin kuramlaştırıp somutlaştıran düşünür August Comte olarak karşımıza çıkmaktadır. Her ne kadar daha sonraki mantıksal pozitivistten farklı olan pozitivistliğe ilişkin kendi konumu artık kendi başına geniş çapta anlaşılmasa da, o aynı zamanda pozitivist felsefenin temel kurucularından biri olarak felsefe tarihindeki önemli konumuyla da geniş çapta tanınmaktadır. Şu halde sosyoloji pozitivist ilkeleri tanıyan ilk disiplin değildir; ancak Comte kendisini doğuracak matrisi yaratmak için “pozitivizm” adını verdiği, bunları tamamen bilinçli bir şekilde uygulayan ilk kişidir⁵.

Pozitivizm, nedensel ve açıklayıcı faktörler (bağımsız değişkenler) ve sonuçlar (bağımlı değişkenler) arasında işlevsel ilişkilerin türetilebildiği, genellikle niceliksel olarak ifade edilen *a priori* (önsel) hipotezleri doğrulamak için *hipotetik-dedüktif* yöntem⁶ dayanır. Ancak pozitivist araştırmalar her zaman niceliksel yöntemlere dayanmaz. Örneğin, bir müdahalenin etkilerini nitel analiz yoluyla inceleyen deneysel bir çalışma, pozitivist paradigmaya uymaktadır. Pozitivist paradigmanın⁷ temel amacı, sonuçta söz konusu fenomenin tahmin edil-

⁴ Johan Heilbron, ‘Auguste Comte and Modern Epistemology’ (1990) 8 (2) *Sociological Theory* 153, 154.

⁵ Mike Gane, *Auguste Comte* (Routledge 2017) 51.

⁶ Bu yöntem, söz konusu hipotezin, tümevarımsal olarak kurulmuş daha üst düzey hipotezlerden çıkarmak olarak tanımlamak şeklinde açıklanabilir. Bkz. Walter L. Wallace, *The Logic of Science in Sociology* (Routledge 1971).

⁷ Kuhn’a göre paradigma temelde teorik bir çerçevedir. Bilimsel araştırma için bir dizi hipotez, ontoloji, epistemoloji ve yöntemlerin toplamını sağlar ve araştırmacılar tarafından genel olarak kabul edilir. Bkz. Thomas S. Kuhn, *The Structure of Scientific Revolutions* (The University of Chicago Press 2015).

mesine ve kontrol edilmesine yol açan açıklayıcı ilişkiler veya nedensel ilişkiler üretmektir⁸. Öyle ki Kant, “akıl yasaları doğada bulmaz, tam tersine doğaya dikte eder⁹” diyerek fenomenin tahmin ve kontrol edilmesine yönelik yasanın özne-dışı bir salt mutlaklıktan arı olduğunu ima eder.

Görüldüğü gibi pozitivism, teorilerin doğruluğunun ampirik olarak doğrulanması gerektiğine inanan ampirist felsefeden kaynaklanmaktadır. Ayrıca buna göre, pozitivismin doğa bilimi kavramına bağlı olduğunu, nesnelere içinde ve arasında mantıksal ilişkilerin olması gerektiğini, nesnelere araştırılmasının bu ilişkileri bulmak ve bunları rasyonel araçlarla bilimsel olarak doğrulamak olduğunu söyleyebiliriz. Bu, araştırmacıya tekrarlanan istatistiksel sonuçlara ve genellemelere dayanarak evrensel yasalar ve sonuçlar çıkarma konusunda rehberlik eder. Ne var ki buna karşılık, “yorumlayıcılığın (interpretivism)” kökleri sembolik etkileşimciliğin yanı sıra, değer ve teori açısından tarafsız gerçeklerin var olmadığına ve insanların nesnelere bakış şeklinin nesnelere doğasını belirlediğine inanan fenomenolojiye dayanır. Bu paradigmanın araştırmacıları arayışa motive ettiğini söylenmektedir. Bu bağlamda daha fazla derinlik kazanmak için belirli sosyal bağlamların farklı yorumlarını dikkate almak gerekir¹⁰. Bu da bizi fenomene ilişkin ontolojik¹¹ yaklaşımların farklılığını kabule götürmektedir.

Öte yandan Comte’un sosyolojiye pozitivism ile birlikte katkıları yadsınamaz. Fakat bir o kadar Comte’un etki ettiği disiplin hukuktur. Burada daha sistematik ve daha ayrıntılı kavramlar formüle edilmiştir. Comte’un Newton fiziğinden esinlenerek geliştirdiği pozitivist kuram hukukta kayda değer atılımlar gerçekleştirmiştir. Bu sayede hukuk daha da akademik bir disiplin haline gelmiştir ve hukuksal pozitivism gelişmiştir. Bu doğrultuda hukuksal pozitivism sosyolojik pozitivismin ötesine geçmiştir; zira hukuksal pozitivism bilimsel ifadelerin bilimsel olmayan ifadelerden ayırt edilebilmesini sağlayacak evrensel kriterlerin mevcut olduğu fikrini ve yine indirgemeci ideali de reddetmiştir. Buna göre hukuksal bilginin temeli tarih dışı bir

⁸ Yoon Soo Park, Lars Konge ve Anthony R. Artino, ‘The Positivism Paradigm of Research’ (2020) 90 (5) *Academic Medicine* 690, 690-691.

⁹ Aktaran Özün Çetinkaya, ‘Karl Popper’in Yönteminde Hipotetik-Dedüktif Formun Bilimsel İnşası’ (2014) (19) *Pamukkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi* 103, 110.

¹⁰ Ma Junjie ve Ma Yingxin, ‘The Discussions of Positivism and Interpretivism’ (2022) 4 (1) *Global Academic Journal of Humanities and Social Sciences* 10, 10.

¹¹ Heidegger’e göre ontoloji, gerçekliğin özü olarak tanımlanabilir. Dolayısıyla ontoloji, belirli bir olgunun varlığının doğasını belirlemekle ilgilidir. Epistemoloji ise gerçeğin bilim adamları tarafından nasıl bilindiğini ifade etmektedir. Bkz. Martin Heidegger, *Being and Time*, (John Macquarrie ve Edward Robinson edn, Blackwell 1962).

fenomende değildir; hukuk bilimi diğer bilimlerle mantıksal bir temelde birleşmez. Dolayısıyla hukukta hakikat, esasen zamandan bağımsız ve evrensel bir kriterde aranmaz. Bu nedenle hukuk bilimi, olgusal bir süreç olarak görülmelidir. Kuramlar ve kavramlar değişir; şu halde hukuk bilimi ile ilgili herhangi bir ifade evrensel ile ilgili değil, olgusal süreçlerle ilgili bir ifade olmalıdır.

B. Pozitivizmin Hukuka Aktarılması: Hukuksal Pozitivizm

Reisman'ın belirttiği üzere, "*Hukuk teorisi veya içtihat, ancak mesleğimiz ve toplumumuz için sorunların çözümüne katkıda bulunuyorsa önem taşır. Aksi takdirde, bunun hukuk fakültesi müfredatına dâhil edilmesinin ve topluluklarına ve yurttaşlarına hizmet etmeye hazırlananların dikkatini gerçekten önemli konulardan uzaklaştırmasının hiçbir nedeni yoktur*¹²." Bu bağlamda Mirfield "*Ortalama bir hukukçunun sürdürdüğü genel olarak oldukça sıradan yaşamı, bir rahibin ofisinden ziyade bir tesisatçının işine daha yakın olarak kabul etmenin daha doğru olduğunu düşünüyorum*¹³." demektedir. Bu ifadeler hukukun pozitivist yaklaşımla ele alınmasını gerektirmektedir.

Peki hukuki pozitivizm nedir ve ne iddia eder? Hukuki pozitivizmin aldığı iddia edilen çeşitli biçimlerin incelenmesi başlı başına bir kitabı doldurabilir ancak bu biçimlerden ikisi özellikle önem arz etmektedir.

Tarihsel olarak pozitivizm doğal hukuka zıt olarak gelişmiştir; dolayısıyla pozitivizmin kökenini anlamak için onun karşı çıktığı iddiaları anlamamız gerekir. Doğal hukukun kendisi, öne sürdüğü iddialarda pek açık değildir; bu belirsizlik, doğal hukukun çoğu zaman basitçe ahlakın ontolojisinin bir açıklaması olarak anlaşılması ve hukukun karakterini daha dar bir anlamda açıklamakla büyük ölçüde ilgilenmemesi gerçeğiyle daha da kötüleşir. Pek çok teoriyene göre "doğal hukuk", sıklıkla "ahlaki gerçekçilik" bayrağı altında yürüyen nesnelci meta-etik iddialar kümesi için yararlı bir etikettir¹⁴. Böyle olmakla doğal hukuk, kategorik olmayan ve yasal kaynaklık da eden ahlaki zorunluluklardan ileri gelir. Ne var ki hukuk sistemi olarak düşündüğümüz modern sosyal kurumların karakteri hakkında çok az iddiada bulunduğunu da belirtmek gerekir.

¹² W. Michael Reisman, *Jurisprudence: Understanding and Shaping Law: Cases, Readings, Commentary* (Printing Edition 1987) 11.

¹³ Peter Mirfield, 'In Defense of Modern Legal Positivism' (1989) 16 (4) Florida State University Law Review 985, 986.

¹⁴ Bkz. Lloyd L. Weinreb, 'Natural Law and Rights', in Robert P. George (ed), *Natural Law Theory: Contemporary Essays* (Clarendon Press 1992), 278-280.

Ayrıca Lon Fuller'in doğal hukukun usule ilişkin versiyonunda hukuk, yine esas itibarıyla ve tesadüfi olarak değil, Fuller'in maddi ahlaka araçsal olarak yardımcı olduğuna inandığı usul adaletinin özellikleri tarafından tanımlanmaktadır. Yine de, tüm usule ilişkin kadrosuna ve Fuller'in usul adaleti ile maddi adalet arasındaki ilişkiye ilişkin iddialarının kabul edilen tüm ampirik olumsuzluğuna rağmen, Fuller hâlâ ahlak olarak düşündüğü şeyin belirli özelliklerinin hukukun temel bileşenleri olduğunu savunur¹⁵ ve dolayısıyla bizzat hukuk fikrinin temel özellikleri buna entegre eder. Gerçi yine de, ister maddi ister usuli olsun, ahlakın, tüm olası dünyalardaki tüm olası hukuk sistemlerinde yasallığın doğruluk koşullarından biri olduğu iddiası, ahlakın bazı (olası) hukuk sistemlerinde yasallığın bir kriteri olmadığını gösterilmesiyle basitçe yanlışlanmaktadır. Nitekim Coleman, bunun, pozitivistizmin bir normun ahlakının mutlaka onun yasallığının bir koşulu olmadığı görüşüne bağlı olduğu anlamına geldiğini belirtmektedir. Ancak sonuçta pozitivistizm, bazı yasal rejimlerde bir normun yasallığının o normun ahlakına bağlı olabileceği ihtimalini göz ardı etmez. Ancak burada önemli bir fark, pozitivistizmin bir normun ahlakının, onun yasallığının gerekli bir koşulu olduğunu reddetmesidir¹⁶.

Dolayısıyla bazı hukuk sistemlerinde ahlakın yasallığın bir kriteri olduğu ortaya çıksa bile bu gerçek, doğal hukuk teorisinin temelinde yatan kavramsal ve koşulsuz iddiaları ortaya koymak için yeterli değildir. Örneğin Jules Coleman, David Lyons, Philip Soper ve Wil Waluchow gibi teorisyenlere ve onların bu konudaki en önemli ataları Hans Kelsen'e göre hukuki pozitivistizm, bu temel doğal hukuk iddiasını reddetmesinde var olur ve bu nedenle kendisini bulur. Ahlakın hukuk fikrinin zorunlu (ya da olumsal olmayan, esaslı ya da *a priori*) bir bileşeni olmadığı iddiası olarak tanımlanır¹⁷. Başka bir deyişle, hukuk ve ahlak kavramsal olarak ayrı kalır; hukuki pozitivistizmin bu versiyonunun savunduğu tek şey budur.

Böyle bir hukuki pozitivistizm anlayışı pekâlâ ahlaki nedenlerden dolayı geliştirilmiş olabilir ve bazı modern pozitivistlerin paylaştığı ortak amaç, kavramsal düzeyde hukukta zorunlu olarak veya doğası gereği iyi olan bir şeyin olduğu fikrini çözmeye çalışmaktır. Bu (ahlaki) amacı paylaşanlar için, hukuk kavramının tarihsel, ampirik veya mantıksal olarak gerekçelendirilenden daha fazla

¹⁵ Lon L. Fuller, *The Morality of Law* (Yale University Press 1969) 30-106.

¹⁶ Jules L. Coleman, 'Rules and Social Facts' (1991) 14 (3) Harvard Journal of Law and Public Policy 703, 716.

¹⁷ Frederick Schauer, 'Legal Positivism as Legal Information' (1997) 82 (5) Cornell Law Review 1080, 1085-1086.

ahlaki iş yapmak olarak anlaşılması konusunda ısrar etmek önemlidir¹⁸. Böyle olmakla pozitivist argümanın karşı karşıya olduğu paradoksun güçlendiği söylenebilir. Ahlak dışı durumun bir kısmıyla ilgili olarak ahlaki bir tartışma yapmak zorunda kalılabileceğini yukarıda ortaya koymuştuk. Öyle ki MacCormick, “Şimdi şunu da ekliyorum ki, pozitivist tez için, yani hukuk ve ahlakın aynı olması gerektiği tezi için bile, bizim argümanımız (ya da argümanımızın temel bir parçası), hukuku belirli bir şekilde kavramsallaştırmaya yönelik pratik ve ahlaki bir argümandır.” demektedir¹⁹. Hukuki ahlak dışılığın pozitivist yönüne ilişkin en iyi durumun en azından bazı ahlaki argümanlar içerdiğini belirttikten sonradır ki, ahlaki düzenin yıkılması tezi için pozitivism, yapması gerekenleri hukuksal pozitivism yaklaşımıyla açıklamaktadır.

Nihayetinde, olumsuzlanmasına dayanan her kavramda olduğu gibi hukuki pozitivismin bu şekli anlaşılması da ancak karşı çıktığı doğal hukuk paradigması kadar önem arz etmektedir. Fakat hukuki pozitivismin bu portresinin fonksiyonel değeri, onun karşı karşıya getirildiği doğal hukuk paradigmasının hukuk evrenindeki işlevsizliğine bağlıdır, ne var ki bu tezin geçerli olup olmadığı henüz açık değildir. Her ne kadar ahlakın hukukun özünde arzu edilir olduğu yönündeki iddialar modern hukuk teorisinde neredeyse hiç eksik olmasa da, “ahlak dışı hukuk” ifadesinin tezat teşkil ettiği husus; (a) kültürlerarası bir olgusal ahlakın var olduğu ve (b) bu kültürlerarası olgusal ahlakın bileşenlerinden birinin, tam anlamıyla hukukun temelinde iyiliğini istediğidir.

C. Hukuksal Pozitivismin Özel Bir Görünümü: Normativist Pozitivism

Hukuki pozitivism teorisine ilk sistematik açıklamasını veren on dokuzuncu yüzyıl İngiliz ahlak ve hukuk filozofu John Austin, iradeci hukuk ile normativist hukuk arasında ayırım yapmıştır. Analitik hukuk, “olduğu haliyle hukukun” kavram ve yapılarının analiziyle ilgilenir. Normatif içtihat, hukukun değerlendirici eleştirisini içerir ve dolayısıyla “olması gerektiği gibi hukuk” hakkındaki iddiaları temsil eder. Austin’in bu ayrımı yapması, onun hukuk felsefesi anlayışının tamamının doğal hukuk teorisinin reddini içerdiğini açıkça göstermektedir²⁰. Hu-

¹⁸ Frederick Schauer, ‘Rules and the Rule of Law’ in Tom D. Campbell (ed), *Legal Positivism* (Routledge 1999) 695.

¹⁹ Neil MacCormick, ‘A Moralistic Case for A-Moralistic Law’ (1985) 20 (1) *Valparaiso University Law Review* 1, 11.

²⁰ Jeffrie G. Murphy ve Jules L. Coleman, *Philosophy of Law: An Introduction to Jurisprudence* (Westview Press 1990) 19.

kuksal pozitivizm geleneği esasen “olduğu şekliyle hukuk” olarak adlandırılır; çünkü buna göre hukuk, insan otoritesi tarafından belirlenir, öne sürülür veya konumu verilir. Ne var ki normativist pozitivizm²¹ bundan bazı noktalarda ayrılsa da esas özünü her zaman için korumaktadır.

Bu bakımdan pozitivist hukuk anlayışı ekseninde normatif pozitivizmin erdemlerine değinmek gerekir. Bu doğrultuda Finnis’e göre²² ilk olarak, “*Hukuk, insan etkileşimlerine tanım, özgüllük, açıklık ve dolayısıyla öngörülebilirlik getirir...*”. İkinci olarak bu anlayış, kuralların hukuken geçerli olarak tanımlanabileceği bir araç sağlar. Üçüncüsü, hukuk kuralları, bireylerin hukuki etkisi olan hukuki işlemleri gerçekleştirmelerine olanak tanır (örneğin, bir kişi bir sözleşme yapabilir, satış veya satın alma yapabilir, vb.). Dördüncüsü, hukuk özel bir teknikle insan etkileşimleri düzenine “kesinlik ve öngörülebilirlik” getirir. Beşincisi, bu teknik, her pratik sorunun geçerli olduğu çalışma varsayımıyla güçlendirilir ve bu şekilde koordinasyon sorunu, her bakımdan bazı hukuki işlemler tarafından sağlanır. Finnis’e göre bu noktaların tümü, normatif pozitivist hukuk anlayışının erdemlerini temsil etmektedir.

Bir normun içeriğinin esas olarak izin verilen, yasaklanan veya zorunlu eylem türlerinden oluştuğu varsayılır. Bu varsayım, pozitivizminin dayandığı temel önermeyi, yani hukukun normatif bir fenomen olduğunu ortaya koymaktadır. Normatifliğin hukukun gerekli ama yeterli olmayan özelliklerinden biri olduğuna dair teorik hipotez de söz konusudur. Bu doğrultuda Zorzetto şunu demektedir²³:

²¹ Waldron’a göre “normatif pozitivizm”, yalnızca hukuki pozitivizm doktrinine ilişkin bir iddiadır. Bu iddia, pozitivist içtihadın erdeminin, değerlendirmeden kaçınması ve hukuk sistemlerini ideal olarak olması gerektiği gibi değil, olduğu gibi tanımlaması olduğudur. Bkz. Jeremy Waldron, ‘Kant’s Legal Positivism’ (1996) 109 (7) Harvard Law Review 1535, 1540. Esasen normatif hukuki pozitivizm yeni bir doktrin değildir. Gerçekten de bu etiketleme, hem Kelsen’in hem de Hart’ın çalışmalarında daha gelişmemiş bir biçimde bulunabilir. Bkz. Hans Kelsen, *Pure Theory of Law* (Max Knight, California University Press 1967); HLA Hart, *The Concept of Law* (Clarendon Press 1961). Fakat Waldron, bunu kendi başına teorik bir konum olarak geliştirme görevini üstlenmiştir. Bunu yapmak için Kant’ın çalışmalarını pozitivist hukuk anlayışının onaylanması olarak yorumlamıştır. Waldron’un normatif hukuki pozitivizm formülasyonu, özüne göre özetlemek gerekirse, kimliği prensipte tartışmaya konu olmayan sabit bir otoriter normlar dizisi sağlaması yoluyla, pozitivist hukuk anlayışının bir erdemi olduğu iddiasıdır. Buna göre bu normlar dizisi yoluyla ihtilaflar çözüme kavuşturulur. Şu halde bu husus Waldron’a göre pozitivist hukuk anlayışının “erdemi”dir.

²² John Finnis, *Natural Law and Natural Rights* (Oxford University Press 2011) 268269.

²³ Silvia Zorzetto, ‘Normative Legal Positivism: from Metaphysics to Politics’ (2021) (54) *Isonomia* 134, 134-166, s. 140-141.

“Olası yanlış yorumlamaları önlemek için: Hukuki pozitivist görüşüme göre, hukukun normatif bir şey olduğu yönündeki bu teorik hipotez, esasen tanımlayıcı bir metafizik tezdır. Sağduyuya dayalı inançlar, yürürlükteki yasayı bulmak için sosyal gerçekliğin hangi alanına bakmamız gerektiğini bize söyler. Bu ortak deneyim, gözlerin ve ellerin yerini alan çok sayıda maddi ipucuyla destekleniyor. Görme ve dokunma gibi duyularımız, maddi nesnelere bilme sürecimizle ilgilidir, ancak metafor biçimi dışında yasanın varlığıyla ilgili değildir. Bu görüş, bireyler için var olanın gerçekçi (yani tanımlayıcı metafiziksel) açıklayıcı duruşuyla tutarlıdır. Hukukun bir şey olduğu ve insan davranışını düzenlemek için tasarlandığı, hukuk teorisinin (özellikle pozitivistimin) yüzleşmesi gereken genel ve ampirik bir gerçektir. Bu nedenle, hiçbir özcü anlamı yoktur. Bu, bir yerlerde normatifliğin veya hukukun özünün var olduğu fikrine bağlılık anlamına gelmez. Hukukun zorunlu olarak normatif olduğu varsayımı, onu başka yollarla veya başka bakış açılarından inceleme olanağını engellemez.”

Ancak normatifliğin hukukun gerekli, ancak yeterli olmayan özelliklerinden biri olduğu yönündeki teorik hipotezin, hukuk ile ahlak arasında zorunlu bir bağlantı anlamına gelmediğini de açıkça belirtmek gerekir. Normatiflik ahlaki alana çökmez ve basitçe etikle özdeşleştirilemez (dolayısıyla “normativite kavramı zorunlu olarak ve yalnızca ahlaki bir özelliğe gönderme yapmaz²⁴”). Normatiflik evreni birçok alandan oluşur. Hukuki normatiflik bunlardan biridir. Bu bakış açısına göre ahlak (veya etik) ve hukukun spesifikasyonları olduğu genel bir kategori olarak normatiflik -yani pratik akıl- fikri ortaya konulabilir. Bu kurgudan tutarlı bir şekilde “hukuk normlarının bir yanda sosyal gerçeklere, diğer yanda ahlaki normlara indirgenemezliği” tezi türemektedir²⁵.

Belirtildiği gibi burada normatif hukuki pozitivismi, hukuk normlarıyla ilgili olarak ontolojik ve epistemik konuların karıştırılmasına karşı uyarıda bulunarak tanımlamak gerekir. Bu bağlamda normativizmin, normların varlığı sorununun normların bilgisi sorununa dönüştüğü veya tam tersi anlamına gelmediğini belirterek bu ayrım savunulabilir²⁶. Bununla birlikte, normativizme bağlılığın, varoluş ile araştırılan veya üzerinde spekülasyon yapılan şeyin bilgisi arasındaki ilişkinin nasıl tasarlandığını etkilediğini belirtmek gerekir. Belirtildiği gibi, nor-

²⁴ ibid 141.

²⁵ ibid 141.

²⁶ Aktaran ibid 142.

matif hukuk pozitivizminin metafizik varsayımı, yani hukuk normlarının varlığının doğası gereği pratik-kavramsal olduğu yönündeki varsayım, bunları bilmek için kullanılabilir yöntem temelden etkilemektedir²⁷.

Şu halde hukuk normlarının varlığını ampirik veya mantıksal/biçimsel olarak kanıtlamanın veya doğrulamanın bir yolu olmadığı gibi, ilgili bilişsel yetenek, ampirik fenomenlere veya mantıksal-biçimsel sorulara uygulanan yöntem ve araçlara göre tasarlanamaz. Normatif bir perspektiften hukuk normlarının varlığına ve anlaşılmasına ilişkin herhangi bir açıklama, hukuku toplumsal pratiğin ve onun kurumsal boyutunun bir parçası olarak ele alınarak başlamalıdır; burada hukuk normları eylem temelidir²⁸. Dolayısıyla normatif yükümlülüklerin ve daha genel olarak normların varlığının toplumsal bir uygulamaya bağlı olduğuna katılmak gerekir.

Kaldı ki, sosyal işleyişteki aktörlerin belirli bir zaman ve mekânda kendi kazanımları olmayan şeyler hakkındaki inançları (örneğin, geçmiş tarihsel deneyimler, farklı hukuk sistemleri, bazı kendine özgü ahlaki inançlar vb.) hukukun kendisini etkilemektedir. Ayrıca insanlar, sürekli bir norm koyma süreci içinde zaman zaman pozitif hukukun belirli sınırlarının ve içeriğinin belirlenmesine katkıda bulunurlar. Bu bakımdan Zorzetto şunu ortaya koymaktadır²⁹:

“Bu aktivite doğa bilimlerinde ve formel bilimlerde kullanılan herhangi bir ispat, tümdengelim, tümevarım veya başka herhangi bir yöntemle karşılaştırılmaz. Hukuku ayırt etme yeteneği neredeyse ilkel ve düşüncesiz olsa da, kültürel olarak yüklü olsa bile, bir hukuk normunu tanımlama yeteneği karmaşık ve yansıtıcıdır. Uygulamada takip edilen kararlılığa adanmış çok sayıda sözleşme, kural ve kriterin kavranmasını ve anlaşılmasını gerektirir. Hukuk kurallarının belirlenmesi, hem hukuk uzmanları hem de uzman olmayanlar tarafından yaparak öğrenme yolunu izleyen yansıtıcı bir faaliyettir.”

Öte yandan elbette hukukun normatifliği sorununu, hukuki zorunluluk veya hukukun normatif gücünün doğasıyla veya deyim yerindeyse eyleme yönelik hukuki nedenlerin doğasıyla ilgili bir sorun olarak görmek gerekir. Fakat hemen vurgulamak gerekir ki burada söz konusu olan genel olarak normatiflik değil, hukuki normatifliktir. Hukuki normatifliğin, özellikle ahlaki normatiflik hariç, diğer

²⁷ ibid 142.

²⁸ ibid 142.

²⁹ ibid 142-143.

normatiflik türlerinden daha güçlü olduğu söylenebilir. Bunun nedeni, hukukun, zorunlu olarak ahlaki ve diğer eylem nedenlerini gölgede bıraktığını iddia etmesidir. Yani, hukuk, aşırı durumlar dışında, yasal ve ahlaki eylem nedenleri arasındaki çatışmaları hukuka uygun olarak kabul etmez. Ne var ki bu husus, mahkemelelerin bakış açısına göre, hâkime belirli ahlaki argümanları dikkate alma yetkisi veren yasal bir norm bulunmadığı sürece bu böyledir³⁰. Bu bakımdan kanaatimizce hukuki bir kararın, aynı zamanda ahlaki ve olgusal açıdan da gerekçelendirilmediği sürece hukuki olarak gerekçelendirilemeyeceğini söylemek gerekir. Gerçekten de normatif gerekçelendirmeye ilişkin bu ahlaki anlayış önemlidir; çünkü normatif kararların çoğu zaman insanların yaşamları üzerinde önemli bir etkisi vardır ve bu nedenle ahlaki gerekçelendirmeye ihtiyaç duyarlar³¹. Elbette ahlaki anlayışla ilgili sorun, Michael Moore'un belirttiği gibi, "söz konusu kurala ilişkin her şeyin dikkate alındığı bir değer yargısını" içerdiğinden, yargıcın hiçbir zaman nihai sonuca ulaşamayacak gibi görünmesidir³². Keza kararlar için aranan gerekçenin genel anlamda ve sınırsız bir gerekçe değil, yerleşik ve iyi kurumsallaşmış bir hukuk düzeni içindeki gerekçe olması, uyumsuzlukların makul ölçüde belirli ve nihai şartlarda çözülmesinin makul olasılığı konusunda bazı iyimserlikleri teşvik eden bir gerçektir³³. Ne var ki açık olgusal durumların belirlediği bir ortamda normatifliğin katı uygulaması daha büyük sorunlar getirebilir. Ayrıca mantıksal açıdan kolay bir davada mahkemenin sorumluluğunun ahlaki açıdan çoğu zaman olduğundan daha basit olduğunu varsaymaya teşvik etmesi sorunu basite indirgeyebilmektedir. Oysaki hukuki sorunlar her zaman için içinden rahatça çıkabilecek gibi olmaz. Dolayısıyla her zaman için Raz'ın söylediği üzere, "Hukukun normatifliği sorunu, hukuku veya hukuki durumları tanımlarken normatif dilin kullanımını açıklama sorunudur"³⁴ diyemeyiz.

³⁰ Torben Spaak, 'Legal Positivism, Law's Normativity, and the Normative Force of Legal Justification' (2003) 16 (4) Ratio Juris 469, 478.

³¹ David Lyons, *Moral Aspects of Legal Theory* (Cambridge University Press 1993) 133-134.

³² Michael Moore, 'Law as Justice' in E. F. Paul, F. D. Miller ve J. Paul (eds), *Natural Law and Modern Moral Philosophy* (Cambridge University Press 2001) 144.

³³ Neil MacCormick, 'Why Cases Have Rationes and What These Are' in L. Goldstein (ed), *Precedent in Law* (Clarendon 1987) 16167.

³⁴ Raz'a göre, "Kanunların geçerli normlar olduğu gerçeğinin hiçbir zaman bir açıklama olarak kabul edilemeyeceği pekâlâ ileri sürülebilir. Normatif dilin yaygın kullanımının açıklaması, o dili kullananların (haklı veya haksız) inançlarında bulunmalıdır. Hukuk kuralları eylem için geçerli neden olabilir veya olmayabilir. Ancak bunun, normatif dilin hukuki bağlamda kullanımının açıklanmasıyla ilgisi yoktur." Bkz. Joseph Raz, *Practical Reason and Norms* (Princeton University Press 1990) 170.

II. Hukuk Kuramı Açısından Anayasa Yargısının Anlam ve Amacı: “raison d’etre”

A. Anayasa Yargısının Ortaya Çıkışı ve Gelişimi

1610 Tarihli Bonham Davası’na yönelik uyuşmazlık, Cambridge mezunu Thomas Bonham’ın Londra’da görev yapacak hekimlerin çalışma izinlerini veren, bu alana ilişkin düzenlemeler yapmaya ve gerektiğinde ceza vermeye yetkili London Royal College of Physicians’ın (LRPC) lisans vermemesine rağmen Londra’da çalışmak istemesi sonucunda tutuklanarak cezaevine konması ve bir de para cezasına çarptırılması karşısında bu karara karşı bir yargı yerine başvurulmasından doğar. LRPC, yetki alanı içinde ve mesleki konularda düzenleme ve cezalandırma yetkisini haiz bir meslek birliği niteliğindedir. Bonham’ın açmış olduğu davada LRPC yetkilileri, vermiş oldukları kararın yasal bir temelini bulduğunu, ilgili kanunun kendilerine görev alanları dâhilinde düzenleme ve cezalandırma yetkisini verdiği belirtmişlerdir. İlgili kanun ayrıca düzenlenmiş olan para cezasının bir kısmının da onu düzenleyenlere ait olacağını emretmektedir. Önüne gelen davada Yargıç Coke hiç kimsenin kendi davasında aynı zamanda müşteki, savcı ve hâkim olamayacağını bu tür bir düzenlemenin tarafsızlık ilkesi ile de bağdaşmayacağını, “kendi davasında yargıç olamamak” ilkesinin “common law (ortak hukuk)” ilkesi olduğunu ortaya koymuştur. Yargıç Coke’a göre, “Common Law”a uygunluk, kanunların, yani yasama iradesinin geçerliliğinin ön koşuludur. Ne zaman ki bir kanun ortak yarara ve akla aykırı olur veya hukukun amacına aykırılık oluşturur veya gerçekleştirilmesi imkânsız bir konuyu düzenlerse artık kanunun “Common Law”a uygunluğu sorgulanabilecek ve geçersizliği de ilan edilebilecektir³⁵.

Coke Bonham kararında yasama iradesini üstün bir hukuk kuralı karşısında ikinci nitelikte görmüş ve ortak yarar ve akılla bağdaşmayan normlarının geçerli olmadığını düşüncesini ortaya koymuştur³⁶. Yargıç Coke’a göre, “*Hukuk anlayışımızda birçok durumda, ‘ortak hukukun’ Parlamento Kanunlarını kontrol edeceği ve bazen bunları tamamen geçersiz olduğuna hükmedeceği anlaşılmaktadır. Çünkü bir Parlamento Kanunu ortak hukuk ve akla aykırı olduğunda veya gerçekleştirilmesi imkânsız bulunduğu, ortak hukuk bunu kontrol edecek ve*

³⁵ Onur Sır, *Hukuk Devleti Açısından Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Yargısal Denetimi* (Adalet Yayınevi 2011) 218. Ayrıca bkz. F. T. Theodore Plucknett, ‘Bonham’s Case and Judicial Review’ (1926) 40 (1) Harvard Law Review 30, 32-34.

³⁶ Raoul Berger, ‘Doctor Bonham’s Case: Statutory Construction or Constitutional Theory’ (1969) 117 (4) University of Pennsylvania Law Review 521, 521-522.

*yargıç bu doğrultuda bu tür Kanunların geçersiz olduğuna karar verecektir*³⁷.” Rowles v. Mason Davası sırasında Coke, bir kez daha ortak hukukun “*hem yasa hem de geleneği düzelttiğini, çünkü yasada bir aykırılık veya gelenekte mantıksızlık varsa, Bonham Davasında olduğu gibi ortak hukukun buna izin vermediğini*” ileri sürmüştür.

Sir Edward Coke tarafından rapor edilen Bonham Davası (1610), genellikle mevzuatın yargısal denetiminin ilk örneği olarak kabul edilmiştir. Hukukçular, özellikle de Amerika Birleşik Devletleri’ndekiler, yargıçların anayasaya aykırı kanunları iptal etmelerine izin veren bir genel hukuk emsali olarak bunu ele aldılar³⁸. İngiliz ve Kıta Avrupası hukuk çalışmalarından elde edilen güncel kanıtları kullanıldığında, Bonham Davasının esasen o zamanlar yaygın olarak kabul edilen doğal hukuk ilkelerine dayandığını ve bu ilkelerin modern anlamda yargısal incelemeyi benimsemekten uzak olmadığını söylemek gerekir. Bu argümanımız dört noktaya dayanmaktadır. Birincisi, Coke’un doğal hukukun varlığını kabul etmesi ve bunu kendi yazılarında kullanması; ikincisi, Bonham Davası’ndaki olguların doğal olarak doğa hukukunun parlamento kararlarına uygulanmasına elverişli olması; üçüncüsü, o dönemde anlaşıldığı üzere, doğal hukuk, kanunların yargı yoluyla geçersiz kılınmasına kapı aralaması. Bu nedenle çağdaş ortamında Coke doktrini, Parlamentonun üstünlüğüyle uyumlu ve fakat doğal hukukçu yaklaşımla ortak hukuku önceleyen bir anlayışa dayanmaktaydı. Dolayısıyla buradaki durum, doğal hukuk kanunlarının ve tatbikî bu doğrultuda geliştirilen olguların somut olaylarda³⁹ nasıl uygulandığını iyi bir şekilde göstermektedir.

³⁷ R. A. Edwards, ‘Bonham’s Case: The Ghost in the Constitutional Machine’ (1996) 11 (1) The Denning Law Journal 63, 63.

³⁸ R. H. Helmholz, ‘Bonham’s Case, Judicial Review, and the Law of Nature’ (2009) 1 (1) Journal of Legal Analysis 325, 325.

³⁹ Hukuki realizm bakımından olgusal gerçeklik, genellikle Thucydides, Machiavelli ve Nietzsche ile ilişkilendirilebilen oldukça farklı bir entelektüel geleneği yansıtır. Bu bağlamda olgusal gerçekliğin iki temel bileşeni söz konusudur. Buna göre olgular, şeylerin gerçekte ne şekilde olduğunu romantik veya ahlaki yanılsamalar olmadan tanımlamayı ve ele almayı amaçlar. Hukukun ve yasal kurumların gerçekte nasıl olduğunu bilmek istiyorsak bunları olgusal olarak ele almalıyız. Olgular normatif bir canlandırmaya konu edilebilirler, ancak bunlar olguların izahını tam anlamıyla karşılamazlar. Kısacası, buradaki olgusal olan fizikselcilğe, yani yalnızca fiziksel olayların ve özelliklerin gerçek olduğu görüşüne de bağlı değildir. Çünkü olgusal bakımdan başarılı deneysel bilimlerin ontolojileri üzerinde bir kısıtlama olarak alındığını ve artık indirgenmemiş psikolojik veya zihinsel olguların davranışçılığın aksine insan fenomenlerinin bilimsel anlayışının merkezinde olduğunu söyleyebiliriz. Bkz. Brian Leiter, ‘What is Realist Theory of Law’ (2020) 6 (1) Journal of Institutional Studies 334, 335. Örneğin hukuksal bağ-

Öte yandan 1803 tarihli “Marbury v. Madison” davasında ABD Yüksek Mahkemesi normların anayasaya aykırılığına hükmetme yetkisini eline aldı⁴⁰. Amerika Yüksek Mahkeme Yargıçlarından John Marshall 1803 tarihli “Marbury v. Madison” davasında anayasanın üstünlüğü ilkesine gönderme yaparak Amerikan Anayasasında açıkça öngörülmediği halde, anayasaya aykırı normların mahkemeler tarafından uygulanmaması gerektiğine karar vermiştir. Bu tarihten sonra Birleşik Devletlerde bütün yargıçların bakmakta oldukları davalarda uyguladıkları normların anayasaya aykırı olup olmadığını inceleme yetkisine sahip oldukları kabul edilmiş bu şekilde Birleşik Devletlerde normların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi yaygınlaşarak devam etmiştir⁴¹.

Marbury v. Madison kararı anayasacılık doktrini açısından en temel kilometre taşlarından biridir. Çünkü bu karar anayasa yargısının var oluş gereçlerini günümüzde bile çürütülmesi mümkün olmayan sağlam bir mantıksal tutarlılık içinde ortaya koymuştur. Kararı kaleme alan Yargıç Marshall, anayasal bir demokrasinin gereklerini oldukça başarılı bir şekilde formüle etmiş anayasal demokrasilerin çoğunlukçu bir niteliğe bürünmesini önleyecek güvenceleri tek tek sıralamış ve anayasa yargısını bu bağlam içerisine oturtmayı başarmıştır⁴².

Marbury v. Madison davasına konu olan olaylar Korucu izlenerek⁴³ özetle şu şekilde ortaya konulabilir: 1800 yılında yapılan genel seçimlerde Federalistler yenilgiye uğramış ve Cumhuriyetçi Partinin adayı Thomas Jefferson Başkan seçilmiştir. Yeni seçilen başkan görevi eline almak üzere olduğu sırada Şubat 1801’de Federalistler yeni bir kanun (Judiciary Act) çıkartarak kimi yargı mercilerine atama yapma hakkı elde etmişlerdir. Başkanlık görevini devretmek üzere olan John Adams, bu kanuna dayanarak sulh hâkimliğine 42 kişinin atamasını yapmış ve bu atamalardan bir kısmı ilgililerine tebliğ edildiği halde bir kısmı tebliğ edilememiştir. Başkan Jefferson göreve başladığında, son dakika nitel-

lamda Hart, hukukun çoğunlukla mahkemelerin dışında işlediğini; mahkemelerin içinde bazı kararların hukuken belirsiz olduğunu; hukukun doğasının, özellikle yetkililerin davranışları ve tutumları hakkındaki psiko-sosyal gerçekler açısından doğal olarak açıklanabilir olduğunu vurgulamıştır. Bkz. Brian Leiter, *Naturalizing Jurisprudence: Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy* (Oxford University Press 2007) 17-18.

⁴⁰ Saikrishna B. Prakash ve John C. Yoo, ‘The Origins of Judicial Review’ (2003) 70 *The University of Chicago Law Review* 887, 887.

⁴¹ Levent Gönenç, ‘Yasaların Anayasaya Uygunluğunun Denetimi ve Anayasa Yargısı’ (2010) 2 *Tepav Anayasa Çalışma Metinleri* 1, 7.

⁴² Serdar Korucu, *Yargısal Aktivizm* (Seçkin Yayıncılık 2014) 26.

⁴³ ibid 27-28.

ğindeki bu işlemlerin kimilerini iptal etmiştir. Atama işlemleri tamamlandığı halde, kendisine tebligat yapılmadığı için göreve başlama imkânı bulamayan William Marbury ise Federal Yüksek Mahkemeye başvurarak, tayin kararlarının ilgililere tebliğ edilmesine yönelik emredici bir karar alınmasını talep etmiştir. Senato ve Temsilciler Meclisinde çoğunluğu ele geçiren Cumhuriyetçiler ise açılan bu davaya oldukça sert bir tepki göstermişler ve davanın aleyhlerine sonuçlanması durumunda kararı uygulamayacaklarını belirtmişler ve bu arada 1801 tarihli Kanunu ilga etmişlerdir. Konuyla ilgili hukuki tartışmalar ve siyasi gerginliğin yoğun bir şekilde geliştiği bu tür bir ortamda toplanan Federal Yüksek Mahkeme davacı Marbury'nin hakkının ihlal edildiğini ve taleplerinde haklı olduğunu tespit etmiştir. Daha sonra davacının doğrudan Yüksek Mahkemeye başvurmasına olanak sağlayan 1789 tarihli Kanunun anayasaya aykırı olduğuna karar vermiştir ve bu kanunu uygulamayı reddetmiştir. Dolayısıyla Yüksek Mahkeme bir taraftan Federalistler tarafından atanan ancak göreve başlatılamayan Marbury'nin haklı olduğuna karar vermiş bir taraftan da talebin dayanağını teşkil eden kanunu anayasaya aykırı bulmuş ve Cumhuriyetçilere yönelik herhangi bir yaptırım uygulamaktan kaçınmıştır. Federal Yüksek Mahkemenin bu kararıyla birlikte Cumhuriyetçiler davayı kaybetmemiş ancak Federalistler çok daha büyük bir kazanım elde ederek Cumhuriyetçilerin ağırlıkta olduğu yasama organının yargısal denetime tabi olmasını sağlamışlardır.

Marshall kanunların anayasaya aykırı olup olamayacaklarını ve olması durumunda yargısal denetimin yapılacağını ve dolayısıyla anayasanın üstünlüğünü bu kararında oldukça etkin bir biçimde ortaya koymuştur. Marshall tezini şu şekilde ortaya koymuştur:

“Anayasa ya alelâde kanunlar gibi değiştirilemeyen üstün bir kanundur yahut da yasama kuvvetinin dilediği zaman değiştirebileceği, alelâde kanunlarla aynı seviyede bir tasarruftur. Bu şıklardan birincisi doğru ise, yasama organının Anayasaya aykırı olan tasarrufları kanun değildir. İkinci şık doğru ise, yazılı Anayasalar, mahiyeti icabı sınırlandırılması imkânsız olan bir kuvveti sınırlandırmak üzere milletlerin giriştiği manasız teşebbüslerdir. Yasama organının selâhiyetleri muayyen ve mahduttur ve bu hudutların karıştırılmasını ve unutulmasını imkânsızlaştırmak içindir ki, yazılı bir anayasa yapılmıştır. Bu hudutlar sınırlandırılmak istenilen kuvvet tarafından istenildiği gibi aşılabilecekse kuvvetleri sınırlandırmanın ve bu sınırları yazılı olarak göstermenin ne manası kalır? Kanun yapan kimseler için bu sınırlara riayet mecburî olmazsa, yasak olan tasarruflarla caiz ve meşru olan tasarruflar aynı bağlayıcı kuvvete malik

bulunursa, selâhiyetleri mahdud bir hükümet ile selahiyetleri hudutsuz mutlak bir hükümet arasındaki fark ortadan kalkar. Şu hakikat, aksi iddia edilemeyecek kadar aşikârdır: Ya Anayasaya aykırı olan her teşrii tasarruf (yasama tasarrufu) murakebeye tabidir yahut da yasama organı Anayasayı alelâde bir kanunla değiştirebilir. Kaza kuvvetinin başlıca vazife ve selâhiyeti hukukun ne olduğunu beyan etmektir. Bir hukuk kaidesini muayyen hadiselere tatbik eden kimseler, ister istemez bu kaideyi tefsir edeceklerdir. Birbiriyle çarpışan iki kanun karşısında kalınca, mahkeme bunlardan her birinin tatbik sahasını ayırmaya mecburdur. Bir kanun Anayasaya aykırı olursa, muayyen bir hadise hakkında kanunda da Anayasada da tatbik edilecek hüküm varsa, mahkeme ya bu davayı kanuna göre hallederek Anayasayı ihmal edecek yahut da Anayasaya göre hallederek kanunu ihmal edecektir. Bu, doğrudan doğruya kaza vazifesinin kendisidir, özüdür. Şu halde, mahkemeler Anayasayı nazarı itibare alacaklarsa ve Anayasa yasama uzvunun alelâde tasarruflarından üstünse, kanunla Anayasanın çarpışması halinde, hadise kanuna göre değil Anayasaya göre çözülmelidir⁴⁴.”

Görüldüğü gibi Coke, Bonham Davası’nda parlamenter yasaları uyulması gereken “üstün hukuk” olarak görmüş ve “Coke doktrini” doğal hukuk düşüncesi ile bütünleşerek Birleşik Devletlerde anayasa yargısını kuran Yargıç Marshall’ın 1803 tarihli “Marbury v. Madison” kararının kaynakları arasında yerini almıştır. Dolayısıyla Çağlar’ın da belirttiği gibi bu oluşun altının çizilmesi, kanunların anayasaya uygunluğunun denetimi formülünün anayasa teorisine bir “amerikan katkısı” olmadığını da gösterir. Marshall’ın kararı şüphesiz önemli bir yeniliktir ancak gerisinde özellikle orta çağ düşüncesinin geliştirdiği üstün hukuk teorisi ve bu teorinin yasama iradesinin üstünlüğünün ve pozitif hukukun üstünlüğünü getiren 1688’in “Glorious Revolution”u ve bir yüzyıl sonrasının Fransız İhtilaline kadar, sayısız uygulaması da vardır⁴⁵.

Marbury v. Madison Kararı “olgu temelli” bir hukuksal çıkarıma işaret etmektedir. Burada olgusal gerçekliğin tespitinin bir muhakeme yolu kullanılmıştır. Çünkü Marbury’deki olguların ne olduğu düşünüldüğüne bağlı olarak bu dava, yargı bağımsızlığının ve hukukun siyasetten ayrılmasının sembolü, diğer yandan

⁴⁴ *Marbury v. Madison* kararının Türkçe çevirisi için bkz. Turhan Feyzioğlu, *Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Kazai Murakebesi* (Ankara Üniversitesi SBF Yayınları 1951) 169-171.

⁴⁵ Bakır Çağlar, ‘Yeni Anayasacılık Üzerine Notlar’ (1985) 6 (1-3) *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi* 29, 31-32.

siyasetin kaçınılmaz etkisine dair aydınlatıcı bir vaka çalışmasıdır. Dolayısıyla vaka, gerçekten de yargısal karar alma süreci, mahkemelerin hukuku siyasetten tamamen ayırma konusundaki yetersizliklerini, her ne kadar kendi yargısal retoriklerinde bu gerçeği defalarca gizlemeye çalışsalar da, ortaya koymaktadır. Bu, Marbury'deki gerçeklerin tamamen geleneksel bir açıklamasıdır. Peki, burada mahkemelerin “yasanın ne olduğunu söylemesi” mi gerekir, yoksa demokratik bir toplumda mahkemelerin rolü hakkında oldukça farklı bir şey mi ortaya koyar? Marbury'ye yol açan siyasi anlaşmazlığın, olgusal gerçekliğin hukuki önemiyle oldukça ilgili olduğunu söylemek gerekir. Şu halde kanaatimizce davaya ilişkin normatif olanın yanında olguların dikkate alınması gerekliliği karşısında; mahkeme tarafından, yazılan metnin okunmasından elde edilebilecek normatif muhakemenin yeterli olması fikrinde ısrar etmek ve normatifliği dış olgularla desteklememek hukuki argümantasyonun sağlanmasında zayıflığa işaret edecektir.

B. Anayasa Yargısının Kurucu Hedefi

Amerikan ve Fransız devrimci hareketlerini destekleyen siyasi değerler, Thomas Paine'in *İnsan Hakları* adlı eserinde somut ve popüler bir ifadeye kavuşmuştur. Paine, halk egemenliği ilkesi ve ticaretin hızla gelişmesiyle yönlendirilen ve bizi “evrensel uygarlığa” yönlendiren yeni bir hükümet sisteminin artık hayata geçmekte olduğunu savundu. Eski hükümet sisteminin, “bir varsayım olduğunu” öne süren Paine, gücün kendini gerçekleştirmek için yeni düzende toplumun ortak yararı için bir yetki devrini öngörmek zorunda olduğunu vurgulamaktaydı. Buna göre eski sistem “savaş sistemini sürdürmekteydi”, yeni sistem ise “barışı teşvik etmektedir”; eskisi “ulusal önyargıları teşvik etmekteken” ve yenisi “evrensel toplumu teşvik etmektedir⁴⁶.” Bununla birlikte doğal haklar doktrini 18. yüzyılın sonlarında gelişmesine rağmen sürekli saldırılara da maruz kalmıştır. Gerçekten de Jeremy Bentham, bu fikre “retorik saçmalık” diyerek alay etmiştir⁴⁷, ancak retorik saçmalığın çoğu zaman ideolojik ve kurumsal anlam ifade edebileceği de göz ardı edilmiştir.

Bu doğrultuda anayasa yargısının hedefi hak ve özgürlükleri gerçekleştirmektir⁴⁸. Nitekim Hekimoğlu'na göre insan haklarına dayanan bir sistemde,

⁴⁶ Bkz. Thomas Paine, *Rights of Man* (Oxford University Press 1995) 83.

⁴⁷ Aktaran Martin Loughlin, *Sword and Scales: An Examination of the Relationship between Law and Politics* (Hart Publishing 2000) 200.

⁴⁸ Gücün genişletilmesi özgürlüğün kısıtlanmasını gerektirdiğinden, anayasacılığın amacının özgürlüklerin korunmasını sağlamak amacıyla gücün kullanılması üzerinde kontroller sağla-

değerler hiyerarşisinin en üstünde üstün bir kural niteliğinde olmak üzere temel hak ve özgürlükler bulunur ve devlet organlarının tüm tasarruflarının ona uygun olarak gerçekleştirilmesi zorunluluğu vardır. Bu zorunluluğun doğal bir neticesi olarak yalnızca yürütme organının değil, yasama organının işlemlerinin de anayasada yer alan hak ve özgürlüklere uygun şekilde yapılması gerekmektedir. İşte devlet organlarının otoritesi karşısında bireylerin hak ve hürriyetlerinin etkili bir biçimde korunması maksadıyla ilgili organlarca ve özellikle yasama organı tarafından yapılan işlemlerin anayasaya uygunluğunun denetlenmesine anayasa yargısı denir. Zira anayasa mahkemesinin temel varlık sebebi (raison detre) siyasi otoriteye karşı bireylerin temel hak ve özgürlüklerini koruma fonksiyonunu yerine getirmek ve böylelikle hem halkın özgürlüğünün hem de hukuk devletinin güvencesini temin etmektir. Bağımsız bir merci olarak anayasa mahkemesi, yine anayasada bulunan hak ve özgürlüklerin geçerliliğini sağlamak görevini yerine getirecektir. Şu hâlde temel hak ve özgürlüklerin korunmasını sağlayarak, hukuki güvenliği ve barışı gerçekleştirmek anayasa yargısının varoluş nedenini oluşturur. Bu bakımdan anayasa yargısının var oluş nedeni özgürlükleri koruma işlevinde saklı bulunmaktadır⁴⁹.

Öte yandan, “*Hangi anayasaya sahip olursak olalım, anayasal teori önemli olacaktır. Sahip olduğumuz Anayasa, en iyi şekilde belirsiz olarak tanımlanan hükümlerle doludur. Ulusun dilini ve yasalarını anlayan kişi, açık bir yorum kuralları dizisi sağlanmadıkça bu cümlelerde yine de birçok farklı anlam bulabilir. Bu kuralları sağlamak ve dolayısıyla anayasa yargısına esaslı desteği sağlamak muhtemelen anayasa teorisinin yerine getirmesi gereken en hayati görevdir*”⁵⁰. İşte anayasa teorisinin bunu ortaya koymak için kullandığı iki temel parametre de norm ve olgudur.

Anayasa yargısı siyasal ve hukuksal olanın kesişiminde işlev gören kuruma işaret etmektedir. Fakat anayasal denetim, ne denli siyasal olana yaklaşırsa

mak olması gerektiği savunulur. Ancak siyaset ve hukuk üzerine gerçekleştirilen kapsamlı tartışmalarda (örneğin Montesquieu) hak kavramına pek değinilmemekteydi. Ne var ki geriye dönüp bakıldığında haklar oldukça önemli görünmektedir, çünkü günümüzde anayasacılığın genellikle hakların korunmasıyla bağlantılı olduğu varsayılmaktadır. Loughlin ise anayasacılık idealinin sınırlı hükümet kaygısından bireysel hakların korunmasına doğru kaydığını belirtmektedir. ibid 197.

⁴⁹ Mehmet Merdan Hekimoğlu, *Türk Anayasa Yargısının Hukuki Boyutları* (Detay Yayınları 2004) 14.

⁵⁰ Stephen L. Carter, ‘Constitutional Adjudication and the Indeterminate Text: A Preliminary Defense of an Imperfect Muddle’ (1984-1985) 94 (4) Yale Law Journal 821, 821.

hukukun üstünlüğü ile ihtilaf yaşama ihtimali o derece artar. Burada hemen belirtelim ki, “insanın değil, hukukun üstünlüğü⁵¹” formülü aynı zamanda siyasetin de hukuk karşısında altta kaldığını söylemektedir.

Başka bir deyişle, hukukun üstünlüğü, keyfi ya da sınırlanmamış güçle ve salt siyasal iktidarla tezat oluşturur; dolayısıyla anayasal yargının meşru olabilmesi için hukukun üstünlüğü ilkesine uygun olması gerekir. Ayrıca belirtelim ki, Amerika’nın hukukun üstünlüğü (rule of law) anlayışı, Almanya’nın *Rechtsstaat* ve Fransızların *fiat de droit* anlayışından (hukuk devleti) farklıdır. Bu nedenle, hukuka uygun olmak için, anayasal yargının Amerika Birleşik Devletleri’nde Fransa veya Almanya’dakinden farklı gereklilikleri yerine getirmesi gerekebilir. Elbette kanun yapmak siyasidir ve demokratik olarak çıkarılan kanunlar da çoğunluğun iradesini temsil etmeleri bakımından siyasidir. Ayrıca, belirli yasaların uygulanması ve icrası yoluyla belirli bir siyasi vizyon veya gündem daha da ileriye götürülebilir⁵². Ancak siyasetin ötesinde kalması gereken, hukukun öngörülebilirliği, uygulanabilirliği, yorumlanması ve icrasidir.

Yukarıda değinilen ideal anayasal denetim, Alman *Rechtsstaat* ile Amerikan hukukun üstünlüğü ilkesi çerçevesinde kurulmasına göre farklı şekilde değerlendirilecektir. En iyi uyum, 1848’de Almanya’da başlatılan burjuva devriminin başarısızlıkla sonuçlanmasıyla ortaya çıkan Alman ideal *Rechtsstaat* anlayışı olacaktır. Anayasal bir demokrasi kurma çabalarında hayal kırıklığına uğrayan Alman burjuvazisi, devlet yönetiminin garanti altına alınmasına karar verdi. Hükümdarın keyfi veya kişisel yönetiminin aksine hukuksal yönetimde karar kılındı. Bu nedenle, ideal biçimiyle *Rechtsstaat*’ın pozitivist “hukukun üstünlüğü” yerine ideal anlamda “hukuk yoluyla devlet yönetimi” olarak belirtilmesi daha uygundur⁵³. Gerçi pozitivist yönüyle *Rechtsstaat*, Almanların kanunlar

⁵¹ Örnek için bkz. *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137, 163 (1803).

⁵² Michel Rosenfeld, ‘Constitutional Adjudication in Europe and the United States: Paradoxes and Contrasts’ (2004) 2 (4) I-CON 633, 639.

⁵³ Özbudun’a göre, hukuk devleti ve onun bir unsuru olarak anayasa yargısı, pekişmiş bir demokrasinin temel şartlarından biridir. Hukuk devleti ve dolayısıyla anayasa yargısı pekişmiş bir demokrasinin diğer şartları olan sivil toplumun ve siyasi toplumun özerkliği açısından vazgeçilmez bir unsurdur. Ergun Özbudun, ‘Demokrasiye Geçiş ve Demokrasinin Pekişmesi Sürecinde Anayasa Mahkemelerinin Rolü’ (2007) 24 Anayasa Yargısı Dergisi 359, 361. Nitekim Duran da bu bağlamda “...anayasa yargısı denilen denetim yolu, bilindiği gibi, ‘hukuk devleti’ ilkesini tümüyle gerçekleştirmesini amaçlayan bir yaptırım oluşturur” demektedir. Lütfi Duran, ‘Türkiye’de Anayasa Yargısının İşlevi ve Konumu’ (1984) 1 Anayasa Yargısı Dergisi 57, 57. Yine Özbudun anayasa yargısını “hukuk devletinin gelişiminde son ve en önemli merhale” olarak belirtmektedir. Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku* (Yetkin Yayınları 2016) 403.

yoluyla yönetilmesinde ve yargılama işlevinin yasama organından ayrı olmasında ısrar ederek, yukarıda bahsedilen ideale, yani hukukun siyasetten ayrı olması idealine zemin hazırlamaktadır. Dolayısıyla normatif *rule of law*'a göre *Rechtsstaat*, mevzuata yönelik anayasal itirazlara kapı kapatmamanın yanında olgusal olanın referans alınmasını da içermektedir.

Bu bağlamda siyasal olanın anayasallaştırılması, tamamen biçimsel anayasal kısıtlamalardan ağırlıklı olarak maddi anayasal normlara doğru bir geçişle teşvik edilir. Dolayısıyla burada anayasanın yalnızca şekli sınırlamalara bağlı biçimde tasavvuru anayasal denetimin siyasileşme fırsatını en aza indirecektir. Ne var ki insan onurunu öncelikli bir anayasal “değer” olarak yücelten Alman Anayasası gibi bir anayasada, ifade özgürlüğü ve eşitlik hakları gibi çok çeşitli temel haklar korunmaktadır. Ayrıca anayasal ilkelerin dikey olduğu kadar yatay etkilere de sahip olduğu düşünülür. Böyle olmakla da dar anlamıyla hukukun üstünlüğü bağlamında siyasete bırakılacak olanların çoğu anayasal bir boyut kazanacak ve dolayısıyla anayasal yargıya konu olacaktır. Sonuç olarak temel anayasal ilke ve değerler veya bunların yorumlanması konusunda bir bölünme olduğunda olgusal gerçeklikler de⁵⁴ referans noktaları oluşturacaktır.

Anayasal denetim “hak temelli” yaklaşım⁵⁵ dikkate alındığında yalnızca normatif bir incelemeyle yetinememektedir. Zaten olgusal gerçekliğin incelen-

Anayasa Mahkemesi de bir kararında “Anayasa’nın 2. maddesinde sözü geçen hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygı gösteren, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa’ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayıp işlem ve eylemleri yargı denetimine açık olan, yasaların üstünde yasakoyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri bulunduğu bilincinde olan devlettir. Hukuk devleti ilkesinin gerçekleşmiş sayılabilmesi için, yasaların Anayasa’ya uygunluğunun yetkili organlarca denetlenebilmesi gerekir. Bu denetim engellenmiş ise, temel hak ve özgürlüklerin tam anlamıyla güvence altına alınmış olduğundan söz edilemez.” biçiminde değerlendirmede bulunmuştur. E 2002/121 K 2002/62, 9.7.2002.

⁵⁴ Doktrinde bunun tersi de savunulmuştur. Buna göre anayasal devletin esas temeli anayasanın normatifliğinden ve bu bağlamda anayasal üstünlüğün sağlanmasından ileri gelir. Anayasanın normatifliği, anayasanın yazılı olarak bir bildirge ya da bir siyasal program olmayıp bağlayıcı niteliği haiz temel kurallar olduğunu belirtir. Burada anayasanın üstünlüğü ile ise de anayasanın normlar hiyerarşisinde en üstte bulunmasını ifade eder. Bkz. Yüksel Metin, ‘Anayasal Demokrasi İçinde Anayasa Mahkemesinin Konumu’ (2012) 2 (1) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 89, 92. Gözler’e göre de anayasa yargısı normların anayasa-ya uygun olması zorunluluğunun bir neticesi olarak görülebilir. Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi Cilt II* (Ekin Yayınları 2011) 699-700.

⁵⁵ Bkz. Mehmet Turhan, ‘Anayasanın Hak Temelli Yorumu ve Anayasa Yargısı’ (2007) 62 (3) Ankara Üniversitesi SBF Dergisi 379, 379-404.

mesi görüşünü mahkemeler özellikle “ölçülülük ilkesi⁵⁶” bağlamında yaptığı denetimle de ortaya koymaktadır. Keza haklar modelinin yanında başlıca anayasal dayanağı olan egemenlik⁵⁷ ve yetki paylaşımı da olgusal incelemeye konu olabilmektedir. Bu hususlar, anayasal denetime kaynaklık eden felsefi doktrinlerin özel işlevleriyle de tamamen tutarlıdır.

III. Anayasa Mahkemesinin “HAGB Kararı” Üzerine Değerlendirme

Anayasa Mahkemesi, 20 Temmuz 2022 Tarihli ve E. 2021/121, K. 2022/88 sayılı kararı ile 5237 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 231. maddesinin 12. fıkrasındaki “hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına itiraz edilebilir” hükmünü iptal etmiştir. Söz konusu bu iptal kararı doktrinde tartışmaya yol açmıştır.

Her şeyden önce bu çalışmayı kaleme almamıza neden olan ve doktrinde tartışma konusu yapılan Anayasa Mahkemesinin ilgili kararındaki paragrafı olduğu gibi alalım. Anayasa Mahkemesi şunu demektedir⁵⁸:

*“Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararlarına karşı itiraz yolunun açık olduğunu düzenleyen kural; bu kanun yoluna başvuranların iddia ve delillerinin dikkate alınmasında, çatışan menfaatlerin dengelenmesinde, temel hak ve özgürlüklere yapılan müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluğunun ve ölçülülüğünün belirlenebilmesinde belirli ve etkili bir denetim yolu öngörmemektedir. Bu durum temel hak ve özgürlüklere yapılan müdahalelerin giderilmesinde ve kamu gücünü kullananların keyfi davranışlarının önüne geçilmesinde bireye tanınmış olan yetkili makama başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkını ihlal etmektedir. **Nitekim kuralın anılan hususları karşılayacak şekilde uygulanamadığı da görülmektedir.** Doğrudan temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması rejimi ile ilgili olan bu tür bir muhakemenin yokluğu etkili başvuru hakkıyla bağdaşmamaktadır.”*

Mevcut tartışmada Kemal Gözler’e göre, “‘Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına itiraz edilebilir’ fıkrasının nesi Anayasaya aykırıdır? Anayasa-

⁵⁶ Özellikle ölçülülük ilkesinin alt ilkeleri için bkz. Yüksel Metin, ‘Temel Hakların Sınırlandırılması ve Ölçülülük: Ölçülülük İlkesi Evrensel Bir Anayasal İlke Midir?’ (2017) 7 (1) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1, 1-74.

⁵⁷ Ayrıca bkz. Henry P. Monaghan, ‘Constitutional Adjudication: The Who and When’ (1973) 82 (7) The Yale Law Journal 1363, 1386-1389.

⁵⁸ E 2021/121 K 2022/88, 20.7.2022.

ya aykırı olan şey, bu fıkra değil, TBMM'nin hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararlarına karşı etkili bir başvuru yolu öngörmemesidir. Bu 'öngörme-me' hâli, yani düzenleme yokluğu ise bir norm değil, bir olgudur. Olgudan normatif sonuç çıkarılamaz. Böyle bir şey, olgusal dünya ile normatif dünya arasında geçiş olmadığı yolundaki Hume kanununa aykırıdır⁵⁹." Bu, ayrımların daha önce bilinmediği anlamına gelmesi de gerçekten de Hume, sadece olan cümlelerinden olması gereken cümlelerini türetmenin mümkün olmadığını ünlü bir şekilde öne sürmüştür⁶⁰. İşte buradan hareketle Kelsen, olgular ve normlar arasındaki ayrımı saf hukuk teorisinin başlangıç noktalarından biri haline getirmiştir. Ne var ki Hume Kanunu eleştiriye açıktır. Nitekim Maattanen şunu ileri sürmektedir⁶¹:

⁵⁹ Bkz. Kemal Gözler, 'Anayasa Mahkemesinin Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararı Üzerine' (2023) <https://www.anayasa.gen.tr/hagb.htm> Erişim Tarihi 29 Aralık 2023.

⁶⁰ Bkz. David Hume, *A Treatise of Human Nature* (OUP 1978) Book III Part I Section I.

⁶¹ David Hume olgular ve normatif değerler arasındaki keskin ayrımıyla ünlüdür. Bizden kasıtlı bir cinayeti düşünmemizi istemekte ve bunu incelerken kişinin yalnızca belirli tutkuları, güdüleri, iradeleri ve düşünceleri bulabileceğini, ancak "nesneyi düşündüğünüz sürece kötülüğün sizden tamamen kaçtığını" iddia etmektedir. Yani ahlaksızlık, ölüyü incelerken görülebilecek bir gerçek değildir. Dolayısıyla değerler gerçekler dünyasına ait değildir. Bir sonraki sayfada Hume, değerlerin gerçeklerden çıkarılamayacağı ilkesini sunuyor: olan ya da olmayandan olmamalı. Eğer öncüller herhangi bir değer bildirimini içermiyorsa, o zaman bu tür ifadeler sonuçlara eklenemez. Doğru. Bunu haklı çıkaracak hiçbir çıkarım kuralı yoktur. Ancak Hume'un argümanı sorgulanabilir. Hume'un tutumundaki zayıflık, Hume'un argümanın bu iki kısmı arasında yazdıkları incelenerek bulunabilir. Ona göre kötülük ve erdem, "modern felsefeye göre nesnelardaki nitelikler değil, zihindeki algılar olan" seslere, renklere, sıcağa ve soğuğa benzetilebilir. Dikkat edilmesi gereken ilk şey, ısı ve soğuğa ilişkin bu görüşün, ısının moleküler hareket olarak çağdaş tanımına pek uymadığıdır. Daha önemli bir nokta, Hume'un burada kendisini dışsal ve içsel arasında keskin bir ikileme adanmıştır. Olgular dünyası "dışarıdadır" ve deneyimler (algılar) dış dünyadan kesin olarak ayrılmış olan zihindedir. Gerçekler ve değerler arasındaki ikilik, dışsal ve içsel arasındaki ikiliğe dayanmaktadır. İkinci ikilik iyi nedenlerle sorgulanabilir. Dahası Hume'un duyu algısı olarak deneyim kavramı iki açıdan hatalıdır. Birincisi, o günlerde duyu organlarına ilişkin genel anlayış, onların pasif bir şekilde dünyadan girdiler almasıydı. Çağdaş standartlara göre bu kesinlikle yanlıştır. Duyu algısı aktif ve yapıcı bir süreçtir ve diğer zihinsel kapasitelerden ayrı olarak işlemez. İkincisi, Hume, yalnızca dünyayı algılamakla kalmayıp aynı zamanda olayların gidişatına aktif olarak katılan bedenlenmiş varlıklar olduğumuz gerçeğini görmezden gelir. Duyu algısı olarak deneyim kavramı çok dardır. Eylemin rolü dikkate alınmalıdır. Şu halde gereksiz ikilemlerin reddedilmesi bizi farklı işaretleme araçlarının aracılık ettiği organizma çevre etkileşimiyle karşı karşıya bırakır. Felsefi natüralizm, ayırma ve bölümlere ayırma yerine süreklilikler ve bağlantılar arar. Sürekliliklerden biri doğa ile doğanın bir ürünü olarak anlaşılan kültür arasındadır. Faaliyet, evrimin erken evrelerinde aracılı hale gelir. Kültürel aracılık bazı şeyleri kökten değiştirir ama dil ve diğer sembolik sistemler, en yüksek matematiğe kadar, özel bir sosyal ve kültürel çevre olarak tek bir hayvan türü tarafından yaratılır. Diğer bir süreklilik ise bilgi edinmenin çeşitli düzeyleri arasındaki sürekliliktir. Operasyonel bilgi anlayışı, Isaac Newton'dan Albert Einstein'a ve nükleer fiziğe ka-

“David Hume’a göre değerler, olgular dünyasına ait değildir ve olgulardan türetilmez. Ancak Hume’un argümanı şüpheli varsayımlara dayanmaktadır. Onun duyu algısı olarak deneyim anlayışı hatalıdır. Çağdaş standartlara göre bu tamamen yanlıştır çünkü duyu organları pasif olarak dünyadan girdi alan kanallar değildir. Eylemin rolünü dikkate almadığı için çok dardır. Dahası, Hume’un argümanı dışsal ve içsel arasındaki ikiliğe dayanmaktadır. Zihin, gerçeklerin dış dünyasından kesinlikle ayrılmıştır. Bu, deneyimlerin, ağların ve fikirlerin gerçekler dünyasına ait olmadığını gerektirir. Nedensellik ve değerler tam anlamıyla algılanamaz. Bu nedenle ampirik bilgiin kapsamı dışındadırlar. Hume’un varsayımları reddedilebilir. Sonuç olarak zihin cisimleşmiştir ve bedenler gerçekler dünyasına aittir. Bedenleşmiş zihinler de öyle. Deneyim kavramının genişletilmesi, deneyim kapsamına nedensellik ve değerleri getirir. Günlük olarak çeşitli uygulamalarla deneyimlenirler. Yaşamsal ihtiyaçlara ilişkin değerler biyolojik gerçeklere dayanmaktadır. Daha genel olarak, eğer kişi bilginin nesnesi olarak algıların gizli nedenlerini reddederse, gerçekler ve değerler arasındaki ilişki analiz edilebilir. Bunun alternatifi bilginin operasyonel anlayışıdır. Bilmek sorunlu bir durumdan, sorunların çözüleceği gelecekteki koşullara ilerlemek için ne yapılmasını gerektiğini bilmektir.”

Kanımızca olgu ve norm arasında boşluklar olmasa da ayrımlar hakkındaki tartışma metodolojik açıdan önemlidir, çünkü sorunun olgularla mı yoksa normlar ve değerlerle mi ilgili olduğuna bağlı olarak farklı yöntemlerin mevcut olduğu görülmektedir. Örneğin, olgusal konuların ampirik bilimler tarafından ele alınabileceği, normatif ve değerlendirmeye yönelik konuların ise ampirik olmayan bir bilim gerektirdiği veya hiçbir şekilde bilimsel bir şekilde ele alınmayacağı varsayılır. Ne var ki söz konusu bu dikotomi anayasal denetimde her zaman geçerlilik taşımamaktadır. Hage’nin belirttiği üzere⁶², ayrımların önemi ve bunlara bağlı metodolojik sonuçlara rağmen olguların, normların ve de-

dar fiziğin ilerleyişini analiz edilerek geliştirilmiştir. Ancak bu analizin sonucunun günlük deneyimlerden sosyal çalışmalara ve doğa bilimlerine kadar her düzeyde uygulanabilir olduğu varsayılmaktadır. Aynı şey, şüpheli inançları daha iyi inançlarla değiştirmek için yinelenen çıkarıcı çıkarımlar hakkındaki görüşler için de geçerlidir. Olgular ve değerler arasındaki bağlantı, deneyimlerin dünyadaki gerçekler olduğunu kabul ettiğimizde netleşir. Dünyayı deneyimleyenler için deneyimlerin bir değeri vardır. Pentti Mattanen, ‘Facts and Values After David Hume’, (2023) (36) Int. J. Semiot Law 17, 17-18.

⁶² Jaap Hage, ‘Facts, Values and Norms’ (2023) <https://www.jaaphage.nl/pdf/FactsValuesNorms.pdf> Erişim Tarihi 29 Aralık 2023.

ğlerin doğasına ilişkin yeterli açıklık bulunmadığı görülmektedir. Örneğin normlar, davranışı emretmeleri anlamında her zaman normatif midir? Güç veren normlar olamaz mı? Peki, Birleşik Krallık'ta soldan araç kullanılması gerektiği bir gerçek olabilir mi? Bu ve benzeri soruları cevaplamak için en azından olgular, değerler ve normlarla ilgili iyi bir kavramsal çerçeveye ihtiyacımız var.

Ertuğrul Uzun'un da belirttiği üzere⁶³, “Bir normun hukuk normu olduğunu söylememize yarayan her şey, bir hukuk kaynağıdır. Dolayısıyla yazılı hukuk kurallarının varlığına ilişkin kaynak kurallarından dilbilgisine, yorum ilkelerinden mantık ve informel mantık ilke ve kurallarına ve hatta değer yargılarına ilişkin pratik tartışmanın kurallarına kadar pek çok argüman hukuk kaynağı olarak nitelenebilir. Bu kaynakların bağlayıcılıkları ve birbirlerine nispetle ağırlıkları da hukukun kaynağı doktrininin çözmeyi vaat ettiği konulardandır.” Hukuk kaynağının bu denli çeşitliliği karşısında anayasal denetimde hukuk normunun uygulanma biçiminin de bir karşılığı olması gerekir. Zaten bu bakımdan norm da, kişilerin içselleştirilmiş bir yükümlülük dolayısıyla, dâhili yasal yaptırımlardan ileri gelen ve her ikisinden ötürü takip etmek zorunda hissettikleri biçimsel ve maddi değeri olan sosyal düzenliliklere atıfta bulunur.

Elbette bu şekilde tanımlanabilen normun, tek bir sosyal bilim yapısının dahi bu denli çok farklı davranışı aydınlatmaya muktedir olup olmadığı makul olarak merak edilebilir. Hukuk teorisyenleri, dinsel, cinsel, etnik ve ideolojik gelenekler gibi farklı sorunları ele almak için normları kullandıklarından, belki de norm kavramını farklı olgusal geçişe işaret etmek için ortaya koyduklarından söz edebiliriz. Gerçekten de normlar, kafa karıştırıcı olan olguları açıklamak için formüller sundukları söylenmelidir. Bu bağlamda hukuksal normların toplumsal olgulara yaptığı atıfların görünüşte anormal olan sonuçlara nihai bir yanıt haline gelmesi riski de vardır⁶⁴. Başka bir deyişle, aslında hiçbir şeyi açıklamamaları tehlikesi var.

Bununla birlikte tam bu konuda Tolga Şirin'in norm kavramına ilişkin yaklaşımını da ortaya koymakta fayda vardır. Şirin'e göre⁶⁵, “Mesela bir yargı organının, bir kişiyi bir cezaya mahkum ettiği bir karar, bir bakıma kanunun uygulama-

⁶³ Ertuğrul Uzun, ‘Hukuk Normu Üzerine Bir Not’ (2014) 1 (6) Hukuk Kuramı 38, 41.

⁶⁴ Bu konuda bkz. Cass R. Sunstein, ‘Social Norms and Social Rules’ (1996) 96 Columbia Law Review 903, 945.

⁶⁵ Tolga Şirin, ‘Norm Kavramına Dair Düşünceler: Gözler-Altıparmak Tartışmasına Dönük Bir ‘Saptırmama’ Denemesi’ (2022) <https://www.tolgashirin.com/post/normveolgu> Erişim Tarihi 30 Aralık 2022.

masıdır. Öte yandan, söz konusu karar, bir gereklilik (sollen: -meli/-malı) getirdiği için diğer bir bakıma normdur. Geçerliliğini bir başka normdan (örneğin yargıcın nasıl karar vermesi gerektiğini söyleyen ve bu kararın bağlayıcı olduğunu öngören bir normdan) alan bu karar, konu ettiği kişi yönünden bir 'olması gereken' (örneğin para ödemesi veya doğrudan yahut belli bir hükmün açıklanmasının geri bırakıldığı sürede bazı eylemlerde bulunması durumunda hapse girmesi gerektiği kuralı) getirmektedir. Üstelik kendisine uyulmaması durumunda başka bir yaptırımın (örn. yargı kararını uygulamama suçu) beraberinde geldiği bu kararları 'norm' olarak görmek durumundayız. Hal böyleyken norm kavramı, pekala yargı kararlarını da içermektedir. Öte yandan, nasıl ki Anayasa'nın bir hükmünü o hükümle ilgili kanunlara da bakarak anlamaya çalışıyorsak; bir kanun hükmünü de o kanunla ilgili yargı kararlarına bakarak anlamamız mümkündür."

Öte yandan Kelsen'in esas gayesi hukuksal olanı siyasal olandan ayırmak olmuştur. Buna göre hukuk bilimi, kendisel olarak hukuk normunun şekli yapısını incelemelidir. Normun muhtevasında sosyal, ekonomik ve düşünsel unsurlar yer alabilir. Ne var ki bu unsurlar görecelidir ve siyasal olana göre konum alabilir. Dolayısıyla hukuk bilimi normun muhtevası ile ilgilenmemeli ve bu sayede politikacının aracı olmamalıdır. Şu halde hukukun gayesi ve muhtevası türünden metajuridik (hukuk ötesi) problemlerle ilgilenilmemelidir. Hukuk bilimi, hukukun normatif yapısını dikkate alıp uygulamaya dâhil ederken hukuku göreceli unsurların dışında değerlendirerek geçerli ve etkili olup olmadıklarına bakar⁶⁶. Gerçekten de hukuk kuralı kesin (emperatif) bir buyruk değil, varsayımsal (hipotetik) buyruklara işaret etmektedir. Ne var ki hipotetik buyrukların uygulamadaki işleyişi esasen normun biçimsel yapısının bir uzantısı konumdadır. Aksi bir yaklaşım teknik-robotik bir anlayışa neden olur ki bu da olgusal gerçeklikle bağdaşmaz. Hemen belirtelim ki bu kanımızla biz *Kelsenci* normlar hiyerarşisi düzeneğini reddetmemekteyiz. Elbette normlar hiyerarşisine harfiyen uymak zorunludur. Fakat anayasal denetim söz konusu olduğunda ve yorum mefhumu söz konusu olduğunda "işleyişin" teknik bir yapıdan öte sonuçlar doğuracağını söylemek gerekir. Anayasa Mahkemesi, bir yasanın geçerli ve etkili olabilmesi için anayasaya uygunluğu denetler. Bu, Kelsen'in çekincesindeki politik menfaat ve irrasyonelliğe varan çatışmaları içermek anlamına gelmez. Aslında Anayasa Mahkemesinin "uygulama"yı dikkate alıp değerlendirmesi ilgili

⁶⁶ Niyazi Öktem, 'Hukuk Felsefesi ve Anayasa Yargısı' (1991) 8 Anayasa Yargısı Dergisi 265, 266-267.

hukuk normunu rasyonelleştirme çabasıdır. Ayrıca bu husus metajuridik kapıyı açmamasının yanında keyfiliği de önler. Haliyle bu da *Kelsenci* hukuk devletinin gerçekleşmesine aracılık dahi eder.

Konuya yeniden dönersek, elbette normatif pozitivizm gereği bir normun geçerliliği bir diğer norm üzerinden tanımlanmasını gerektirir. Ancak yukarıdaki açıklamalarda da değindiğimiz üzere bu husus aksi ileri sürülemez bir postulat ortaya koyduğu söylenemez. Kerem Altıparmak'ın da belirttiği üzere norm ile olgu arasındaki ilişki ileri sürüldüğü denli katı olduğu söylenemez. Norm statik değildir ve hukuk da statükocu bir yapı arz etmez. Gerçekten de aksi her zaman için geçerli olsaydı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AİHM) “yaşayan belge” yorum yönteminin hiçbir işlevi kalmazdı. AİHM pek çok kararında ve bu kararlarda kullandığı yorum yönteminde üye ülkelerdeki uygulamayı, yani olguyu incelemeye almaktadır⁶⁷. Benzer durum anayasa yargısı için de geçerlidir. Dolayısıyla da anayasal denetime konu alınan normların doğru bir şekilde anlaşılabilmesi için de normların uygulanmasının izlenmesi ile olanaklı olabilir. Nitekim bu hususta örneğin 1787 ABD Anayasasının uygulamadan bağımsız olacak şekilde ve soyut manasıyla günün gerekliliklerine yanıt oluşturması beklenemez.

Sonuç

Hukuki pozitivizm mecburi olarak bir hukuk sisteminin varlığına dair bir kurum ile yola koyulur. Bu normatif bir bütünün kendi içindeki döngüsü anlamına gelebilir. Fakat normatif kompleks netice itibarıyla kişilerin eylem ve işlemlerini düzenler. Böyle olmakla da norm ve ilkelerin oluşturulması için yetkili kılınma gerekir. Yetkili kılınanalar oluşan kuralların uygulanmasını düzenler. Bu mekanizmanın işleyebilmesi için de yetkilendirilen kişilerin sosyal kuralları referans alması zorunludur. Haliyle hukuksal pozitivizmin temelini olgusal ilişkiler dizisi teşkil etmektedir. Bu aynı zamanda kural uygulayıcılarının belirlenen kurallara uyumunu da sağlamaktadır.

Bu doğrultuda anayasa yargısının hukuksal pozitivizm içindeki izahı popüler bir çıkış noktasıdır. Fakat anayasa yargısı kanaatimizce yukarıdaki çerçevede kapsamlılık iddiasını taşıyorsa herhangi bir davranışı düzelleme kapasitesine sahip normları olgusal gerçeklikten koparamaz. Keza anayasa yargısı anayasal

⁶⁷ Kerem Altıparmak, ‘Anayasa Mahkemesinin HAGB Kararı Neden Doğru? -Kemal Gözler’e Bir Cevap’ (2022) https://blog.insanhaklariokulu.org/anayasa-mahkemesinin-hagb-iptal-karari-neden-dogru-kemal-gozlere-bir-cevap/#_ftnref14 Erişim Tarihi 30 Aralık 2023.

üstünlük iddiasını da ileri sürüyorsa, yani eylemsel ve işlemsel kurumsallaşmış mekanizmaları kendi yargısal faaliyeti ile kurulmasını ve uygulanmasını düzenleme gücünü barındırıyorsa, yine olgusal gerçekliği ayırık tutamaz. Nihayet anayasa yargısı eğer açıklık ve ayrıştırıcı vasfını haiz ise, yani hukuk sistemine ait olmayan normları ayıklamak istiyorsa, bu durumda da normun yanında olgusal gerçekliği dikkat almak zorundadır.

Şu halde anayasal denetim toplumsal gerçekliğe, yani olguya da dayanmak ve bunu referans almak zorunda kalır. Zaten hukuksal pozitivizm, hukuksal normların yanında norma kaynaklık eden toplumsal olgular (yani belirli söz edimlerini, eylemleri vb.) aracılığıyla ancak gerçek anlamda işlerlik gösterebilir. Bu en azından Roma hukukunda beri böyledir. Gerçekten de örneğin eğer Roma normlarını uygulayan kişiler, Konsül Aquilio'yu toplumsal yasa koyucu olarak tanıyor ve o da buna uygun çerçevede “şu veya bu mağdurlara tazminat ödenmesini öngören bu kuralı beyan ediyorum” şeklinde iradesini ortaya koyuyorsa, bu tür bir irade beyanı, söz konusu normatif ifadeden önce bir gerçeklik olarak kabul edilmektedir⁶⁸. Böyle olunca da hukuksal normların varlığı, sosyal bir olgu olarak karşımıza çıkmaktadır. İşte anayasa yargısı denetiminde bu gerçekliği göz ardı etmemelidir.

Netice olarak insan onuru veya yasal süreç gibi (sosyal temelli olmayan) ahlaki standartları tanıyan sosyal gerçeklerin nasıl yorumlanacağı konusunun yanında sosyal temelli gerçekliğin yargısal denetimini de anayasa mahkemeleri gerçekleştirebilmelidir. Çünkü anayasa yargıcı normatifliği belirlemede katılımcıların, yani sosyal aktörlerin yerini dışlayamaz. Nihayetinde hukuki içerikler sosyal gerçekliklere dair bir soruna işaret eder.

⁶⁸ Örnek için bkz. Jorge Luis Fabra-Zamora, ‘Legal Positivism as a Theory of Law’s Existence: A Comment on Margeret Martin’s *Judging Positivism*’ (2021) (55) *Isonomia* 193, 198.

Kaynakça

- Altıparmak K, 'Anayasa Mahkemesinin HAGB Kararı Neden Doğru? -Kemal Gözler'e Bir Cevap' (2022) https://blog.insanhaklariokulu.org/anayasa-mahkemesinin-hagb-iptal-karari-neden-dogru-kemal-gozlere-bir-cevap/#_ftnref14 Erişim Tarihi 30 Aralık 2023
- Berger R, 'Doctor Bonham's Case: Statutory Construction or Constitutional Theory' (1969) 117 (4) University of Pennsylvania Law Review 521-545
- Carter S L, 'Constitutional Adjudication and the Indeterminate Text: A Preliminary Defense of an Imperfect Muddle' (1984-1985) 94 (4) Yale Law Journal 821-872
- Coleman J L, 'Rules and Social Facts' (1991) 14 (3) Harvard Journal of Law and Public Policy 703-725
- Çağlar B, 'Yeni Anayasacılık Üzerine Notlar' (1985) 6 (1-3) İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi 29-42
- Çetinkaya Ö, 'Karl Popper'in Yönteminde Hipotetik-Dedüktif Formun Bilimsel İnşası' (2014) (19) Pamukkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi 103-119
- Duran L, 'Türkiye'de Anayasa Yargısının İşlevi ve Konumu' (1984) 1 Anayasa Yargısı Dergisi 57-87
- Edwards R A, 'Bonham's Case: The Ghost in the Constitutional Machine' (1996) 11 (1) The Denning Law Journal 63-90
- Fabra-Zamora J L, 'Legal Positivism as a Theory of Law's Existence: A Comment on Margeret Martin's *Judging Positivism*' (2021) (55) Isonomia 193-211
- Feyzioğlu T, *Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Kazai Murakebesi* (Ankara Üniversitesi SBF Yayınları 1951)
- Finnis J, *Natural Law and Natural Rights* (Oxford University Press 2011)
- Fuller L L, *The Morality of Law* (Yale University Press 1969)
- Gardner J, 'Can There be a Written Constitution?' (2011) (1) Oxford Studies in Philosophy of Law 1-42
- Gönenç L, 'Yasaların Anayasaya Uygunluğunun Denetimi ve Anayasa Yargısı' (2010) 2 Tepav Anayasa Çalışma Metinleri 1-29
- Gözler K, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi Cilt II* (Ekin Yayınları 2011)
- Gözler K, 'Anayasa Mahkemesinin Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararı Üzerine' (2023) <https://www.anayasa.gen.tr/hagb.htm> Erişim Tarihi 29 Aralık 2023
- Gürler S, 'Çağdaş Hukuki Formalizm ve Ernest Weinrib'in Yaklaşımı' (2008) LXVI (2) İÜHF 91-128
- Hage J, 'Facts, Values and Norms' (2023) <https://www.jaaphage.nl/pdf/FactsValuesNorms.pdf> Erişim Tarihi 29 Aralık 2023
- Hart HLA, *The Concept of Law* (Clarendon Press 1961)
- Hekimoğlu M M, *Türk Anayasa Yargısının Hukuki Boyutları* (Detay Yayınları 2004)

- Helmholz R H, 'Bonham's Case, Judicial Review, and the Law of Nature' (2009) 1 (1) Journal of Legal Analysis 325-354
- Heidegger M, *Being and Time*, (John Macquarrie ve Edward Robinson edn, Blackwell 1962)
- Heilbron J, 'Auguste Comte and Modern Epistemology' (1990) 8 (2) Sociological Theory 153- 162
- Hume D, *A Treatise of Human Nature* (OUP 1978)
- Junjie Ma J ve Yingxin M, 'The Discussions of Positivism and Interpretivism' (2022) 4 (1) Global Academic Journal of Humanities and Social Sciences 10-14
- Kelsen H, *Pure Theory of Law* (Max Knight, California University Press 1967)
- Korucu S, *Yargısal Aktivizm* (Seçkin Yayıncılık 2014)
- Kuhn T S, *The Structure of Scientific Revolutions* (The University of Chicago Press 2015)
- Leiter B, *Naturalizing Jurisprudence: Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy* (Oxford University Press 2007)
- Leiter B, 'What is Realist Theory of Law' (2020) 6 (1) Journal of Institutional Studies 334
- Loughlin M, *Sword and Scales: An Examination of the Relationship between Law and Politics* (Hart Publishing 2000)
- Lyons D, *Moral Aspects of Legal Theory* (Cambridge University Press 1993)
- Määttänen P, 'Facts and Values After David Hume' (2023) (36) Int. J. Semiot Law 17-29
- MacCormick N, 'A Moralistic Case for A-Moralistic Law' (1985) 20 (1) Valparaiso University Law Review 1-43
- MacCormick N, 'Why Cases Have Rationes and What These Are' in L. Goldstein (ed), *Precedent in Law* (Clarendon 1987)
- Mafora D, 'Whose Constitutional Jurisdiction Is It Anyway? Courts of a Similar Status to the High Court and Other Tribunals' (2023) 13 Constitutional Court Review 327-362
- Metin Y, 'Anayasal Demokrasi İçinde Anayasa Mahkemesinin Konumu' (2012) 2 (1) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 89-130
- Metin Y, 'Temel Hakların Sınırlandırılması ve Ölçülülük: Ölçülülük İlkesi Evrensel Bir Anayasal İlke Midir?' (2017) 7 (1) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1-74
- Mike G, *Auguste Comte* (Routledge 2017)
- Mirfield P, 'In Defense of Modern Legal Positivism' (1989) 16 (4) Florida State University Law Review 985-999
- Monaghan H P, 'Constitutional Adjudication: The Who and When' (1973) 82 (7) The Yale Law Journal 1363-1397
- Moore M, 'Law as Justice' in E. F. Paul, F. D. Miller ve J. Paul (eds), *Natural Law and Modern Moral Philosophy* (Cambridge University Press 2001)
- Murphy J G ve Colman J L, *Philosophy of Law: An Introduction to Jurisprudence* (Westview Press 1990)

- Öktem N, 'Hukuk Felsefesi ve Anayasa Yargısı' (1991) 8 Anayasa Yargısı Dergisi 265-318
- Özbudun E, 'Demokrasiye Geçiş ve Demokrasinin Pekişmesi Sürecinde Anayasa Mahkemelerinin Rolü' (2007) 24 Anayasa Yargısı Dergisi 359-364
- Özbudun E, *Türk Anayasa Hukuku* (Yetkin Yayınları 2016)
- Paine T, *Rights of Man* (Oxford University Press 1995)
- Park Yoon Soo, Konge Lars ve Artino Anthony R, 'The Positivism Paradigm of Research' (2020) 90 (5) Academic Medicine 690-694
- Plucknett F T, 'Bonham's Case and Judicial Review' (1926) 40 (1) Harvard Law Review 30- 70
- Prakash S B ve Yoo J C, 'The Origins of Judicial Review' (2003) 70 The University of Chicago Law Review 887-982
- Raz J, *Practical Reason and Norms* (Princeton University Press 1990)
- Reisman W M, *Jurisprudence: Understanding and Shaping Law: Cases, Readings, Commentary* (Printing Edition 1987)
- Rosenfeld M, 'Constitutional Adjudication in Europe and the United States: Paradoxes and Contrasts' (2004) 2 (4) I-CON 633-668
- Schauer F, 'Legal Positivism as Legal Information' (1997) 82 (5) Cornell Law Review 1080- 1110
- Schauer F, 'Rules and the Rule of Law' in Tom D. Campbell (ed), *Legal Positivism* (Routledge 1999)
- Sır O, *Hukuk Devleti Açısından Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Yargısal Denetimi* (Adalet Yayınevi 2011)
- Şirin T, 'Norm Kavramına Dair Düşünceler: Gözler-Altıparmak Tartışmasına Dönük Bir 'Saptırmama' Denemesi' (2022) <https://www.tolgasirin.com/post/normveolgu> Erişim Tarihi 30 Aralık 2022
- Spaak T, 'Legal Positivism, Law's Normativity, and the Normative Force of Legal Justification' (2003) 16 (4) Ratio Juris 469-485
- Sunstein C R, 'Social Norms and Social Rules' (1996) 96 Columbia Law Review 903-968
- Turhan M, 'Anayasanın Hak Temelli Yorumu ve Anayasa Yargısı' (2007) 62 (3) Ankara Üniversitesi SBF Dergisi 379-404
- Uzun E, 'Hukuk Normu Üzerine Bir Not' (2014) 1 (6) Hukuk Kuramı 38, 38-41
- Zorzetto S, 'Normative Legal Positivism: from Metaphysics to Politics' (2021) (54) Isonomia 134-166
- Waldron J, 'Kant's Legal Positivism' (1996) 109 (7) Harvard Law Review 1535-1566
- Wallace W L, *The Logic of Science in Sociology* (Routledge 1971)
- Weinreb L L, 'Natural Law and Rights', in Robert P. George (ed), *Natural Law Theory: Contemporary Essays* (Clarendon Press 1992)