

**T.C.**  
**İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ**  
**SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ**  
**KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI**

**DOKTORA TEZİ**

**ANAYASA MAHKEMELERİ ARASI ETKİLEŞİM  
VE YARGISAL DİYALOG**

**ASLI TOPUKCU**

**2502110150**

**TEZ DANIŞMANI**  
**DOÇ. DR. H. BURAK GEMALMAZ**

**İSTANBUL-2019**



T.C.  
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ  
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ



DOKTORA  
TEZ ONAYI

ÖĞRENCİNİN;

Adı ve Soyadı : ASLI TOPUKCU Numarası : 2502110150  
Anabilim Dalı / Anasanat Dalı / Programı : KAMU HUKUKU Danışmanı : DOÇ. DR. H. BURAK GEMALMAZ  
Tez Savunma Tarihi : 20.06.2019 Saati : 11:00  
Tez Başlığı : ANAYASA MAHKEMELERİ ARASI ETKİLEŞİM VE YARGISAL DİYALOG

TEZ SAVUNMA SINAVI, İÜ Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliği'nin 50. Maddesi uyarınca yapılmış, sorulan sorulara alınan cevaplar sonunda adayın tezinin **KABULÜNE** OYBİRLİĞİ / OYÇOKLUĞUYLA karar verilmiştir.

| JÜRİ ÜYESİ                    | İMZA | KANAATI<br>(KABUL / RED / DÜZELTME) |
|-------------------------------|------|-------------------------------------|
| 1- PROF. DR. MEHMET AKAD      |      | Kabul                               |
| 2- PROF. DR. YASEMİN İŞIKTAÇ  |      | Kabul                               |
| 3- PROF. DR. OKTAY UYGUN      |      |                                     |
| 4- PROF. DR. ABDURRAHMAN EREN |      | Kabul                               |
| 5- DOÇ. DR. H. BURAK GEMALMAZ |      | Kabul                               |

| YEDEK JÜRİ ÜYESİ                 | İMZA | KANAATI<br>(KABUL / RED / DÜZELTME) |
|----------------------------------|------|-------------------------------------|
| 1- PROF. DR. MEHMET TEVFİK ÖZCAN |      |                                     |
| 2- DOÇ. DR. DEMİRHAN BURAK ÇELİK |      | Kabul                               |

## ÖZ

### ANAYASA MAHKEMELERİ ARASI ETKİLEŞİM VE YARGISAL DİYALOG

#### ASLI TOPUKCU

Bu çalışmada ulusal anayasa mahkemelerinin kararlarında yabancı anayasa mahkemesi kararlarına yapılan atıflar ele alınmıştır. Mahkemeler arası etkileşimi sağlayan bu diyalog süreci, hukukta küreselleşmenin kaçınılmaz bir sonucu olarak değerlendirilmiştir. Anayasal ödünç alma kavramı ile ortaya konan yabancı anayasa mahkemelerinin kararlarına atıf olgusunun yorum ilkeleri ile bağlantısı tartışılmıştır. Kavramsal açıklamaların ardından anayasal ödünç alma olgusunun meşru olup olmadığı irdelenmektedir. Bu kapsamda, yargı kararlarının hukuki otoritesine ilişkin tartışmalar ortaya konarak anayasal ödünç alma kapsamında bir değerlendirme yapılmaya çalışılmıştır. Son olarak, içtihatların incelenmesi ile elde edilen verilerin sınıflandırılması sonucunda anayasal ödünç alma pratiklerinden örnekler ele alınmıştır. Bu kapsamda anayasal ödünç almanın unsurları, nedenleri ve türlerine ilişkin değerlendirmelere yer verilmiştir.

**Anahtar Kelimeler:** Yorum Yöntemleri, Yabancı Atıflar, Anayasal Ödünç Alma, Yargısal Diyalog, Yargı Kararlarının Hukuki Otoritesi

## **ABSTRACT**

### **INTERACTION BETWEEN CONSTITUTIONAL COURTS AND JUDICIAL DIALOGUE**

**ASLI TOPUKCU**

In this study, the use of foreign precedents by constitutional courts has been examined. The process of dialogue which provides interaction between constitutional courts has been evaluated as an inevitable consequence of globalisation. The phenomenon of references to the decisions of the foreign constitutional courts has been set forth by the concept of constitutional borrowing and the relation between canons of interpretations has been discussed. In pursuit of the theoretical explanations, the legitimacy of constitutional borrowing has been examined. In this context, an evolution on the question of legitimacy has been set forth by introducing debates on the legal authority of judicial decisions. Lastly, constitutional borrowing practices has been discussed as a result of the classification of data obtained by examining case law. In that sense, the legal aim, effects and results of constitutional borrowing has been determined.

**Keywords:** Canons of Interpretation, Foreign Citations, Constitutional Borrowing, Judicial Dialogue, Authority of Judicial Decisions

## ÖNSÖZ

Bu uzun soluklu çalışmanın ortaya çıkmasında birçok kişiye değerli katkılarından ötürü teşekkür etmek benim için zevkli bir görevdir.

Tezin her aşamasında desteğini ve ilgisini esirgemeyen, bana her zaman değerli görüşleriyle yön veren ve kendisinden bir bilimsel çalışmanın nasıl yapılması gerektiğine ilişkin çok şey öğrendiğim tez danışmanım Sayın Doç. Dr. Burak Gemalmaz’a en derin teşekkürlerimi sunarım. Danışman Hocam Sayın Doç. Dr. Burak Gemalmaz tezimi inceliklerle okumak ve eleştirileriyle yol göstermenin yanı sıra, kaynaklara ulaşmam konusunda yardımları ve düşünsel katkısı ile gerçek bir “doktorvater” olarak tüm süreçte varlığıyla bana destek olmuştur. Kendisinin ilk doktora tez öğrencisi olmanın ağırlığı ile hayal kırıklığı yaratmadığımı umarım. Bu vesileyle şimdiden belirtmek isterim ki, çalışmadaki tüm kusurlar, eksikler ve hatalar tarafıma aittir.

Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kamu Hukuku Bölümü’nde verimli ve özgür çalışma atmosferi yaratan ve tez izleme komitemde yer alarak çok değerli ilgisini, yapıcı eleştirilerini ve yönlendirmesini benden esirgemeyen Sayın Prof. Dr. Mehmet Akad’a teşekkürlerimi sunuyorum. Ayrıca, tez izleme komitemde yer alarak bu süreçteki ilgisi için Sayın Prof. Dr. Abdurrahman Eren’e teşekkürü bir borç bilirim.

Doktora tez jürimde yer alarak çok değerli görüşleriyle tez çalışmama yaptıkları incelikli katkı ve eleştirileri için Sayın Prof. Dr. Yasemin Işıқтаç ve Sayın Doç. Dr. Demirhan Burak Çelik’e içtenlikle teşekkür ederim.

Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı Sayın Prof. Dr. Tuğrul Katoğlu’na bu zor süreçte verdiği değerli destekten ötürü sonsuz teşekkürlerimi sunarım.

Tezin hazırlanması ve kürsü çalışmalarımız sırasında gösterdikleri sabır ve hoşgörü için, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Kürsüsü'nde sağladıkları verimli çalışma ortamıyla beni çalışmaya ve üretmeye sevk ederek akademik gelişimime büyük katkı sağlayan Sayın Doç. Dr. Olgun Akbulut'a ve Dr. Öğretim Üyesi Hamide Bağçeci'ye en derin teşekkürlerimi sunarım.

Ekim 2014 – Şubat 2015 tarihleri arasında Bordeaux Montesquieu IV. Üniversitesi, Centre d'Etudes et de Recherches Comparatives sur les Constitutions, les Libertés et l'Etat (CERCCLE) bünyesinde Yurt Dışı Doktora Sırası Araştırma Burs Programı ile konuk araştırmacı olarak tez çalışmalarımı yürütmeme olanak sağlayan TÜBİTAK'a ve bu süreçte tez konumun da sınırlarını aşan akademik desteği için Prof. Dr. Marie-Claire Ponthoreau'ya ayrıca teşekkür ederim.

Akademik hayata başlamaya beni teşvik eden, bana her zaman ışık tutan ve her akademik çalışmamda minnet duyduğum Sayın Hocam Prof. Dr. Oktay Uygun'a içtenlikle teşekkür ederim.

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde öğrencisi olduğum, daha sonra Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde birlikte çalışma şansına eriştiğim ve manevi ve bilimsel desteği ile bana adeta akademik bir aile sunan Doç. Dr. Nilay Arat'a tüm içtenliğimle teşekkürlerimi sunarım.

Burada saymakla bitiremeyeceğim yardımları ve destekleri ile her zaman koşulsuz yanımda oldukları için Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ndeki dostlarım Atakan Uzun, Deniz Ugan Çatalkaya ve Ekin Ömeroğlu, sizlere ne kadar teşekkür etsem azdır!

Zorlu tez sürecindeki ilgisi ve özellikle ilerlemekte güçlük çektiğim zamanlarda verdiği değerli destek için Sayın Dr. İlker Gökhan Şen'e içtenlikle teşekkür ederim.

Son olarak, Fatma Topukcu, Hüseyin Topukcu ve Zehra Berk... Sonsuz sevgimle size minnettarım...

İstanbul, 2019  
Aslı Topukcu



## İÇİNDEKİLER

|                          |      |
|--------------------------|------|
| ÖZ.....                  | iii  |
| ABSTRACT .....           | iv   |
| ÖNSÖZ.....               | v    |
| KISALTMALAR LİSTESİ..... | xiii |
| GİRİŞ .....              | 1    |

### BİRİNCİ BÖLÜM

#### ANAYASA YARGISINDA YORUM KAVRAMI VE ANAYASA MAHKEMELERİ ARASI DİYALOĞUN YORUM İLKELERİ ARASINDAKİ YERİ

|                                                                     |    |
|---------------------------------------------------------------------|----|
| I. YORUMUN HUKUKİ ANLAMI VE YORUM İLKELERİ .....                    | 7  |
| A. Hukuk Kurallarının Yorumu ve Gerekçelendirilmesi.....            | 7  |
| 1. Yorum Kavramı ve Hukuk Kurallarının Yorumlanması .....           | 7  |
| 2. Hukuki Gerekçelendirme .....                                     | 14 |
| 3. Yorumun Gerekçelendirilmesi .....                                | 17 |
| B. Klasik Yorum İlkeleri .....                                      | 18 |
| 1. Sözel Yorum .....                                                | 21 |
| 2. Sistematiik Yorum .....                                          | 25 |
| 3. Tarihsel Yorum .....                                             | 28 |
| 4. Teleolojik Yorum .....                                           | 30 |
| C. Klasik Yorum İlkelerinin Anayasa Hukukunda Yeterliliği .....     | 34 |
| II. ANAYASA HUKUKUNDA ve TEMEL HAKLAR YARGISINDA<br>YORUM.....      | 37 |
| A. Anayasa Hukukunda Yorum İlkelerini Farklılaştıran Unsurlar ..... | 37 |



|                                                                                                             |    |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 1. Anayasanın Hukuki Niteliği.....                                                                          | 37 |
| 2. Anayasanın Normlar Hiyerarşisindeki Yeri.....                                                            | 39 |
| B. Anayasa Hukukuna Özgü Yorum İlkeleri.....                                                                | 42 |
| 1. Anayasaya Uygun Yorum İlkesi .....                                                                       | 42 |
| 2. Anayasanın Bütünlüğü İlkesi .....                                                                        | 46 |
| 3. Pratik Uyuşum İlkesi.....                                                                                | 47 |
| 4. Özgürlük Lehine Yorum İlkesi .....                                                                       | 49 |
| C. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Yorum İlkeleri .....                                                  | 51 |
| 1. Sözleşme Metnine Uygun Yorum.....                                                                        | 53 |
| 2. Sözleşme'nin Konusu ve Amacına Uygun Yorum .....                                                         | 56 |
| 3. Sözleşme'nin Evrimci Yorumu.....                                                                         | 58 |
| III. YARGISAL DİYALOG KAVRAMI VE ANAYASA HUKUKUNDAKİ YERİ .....                                             | 60 |
| A. Karşılaştırmalı Hukukun Anayasal Yorumdaki İşlevi .....                                                  | 60 |
| B. Yargıda Küreselleşme Eğilimi ve Anayasa Hukukuna Etkisi.....                                             | 66 |
| C. Yorum İlkeleri ve Yargısal Diyalog İlişkisi.....                                                         | 70 |
| 1. Yargısal Diyalogun Tanımı.....                                                                           | 70 |
| 2. Yargısal Diyalog Türleri .....                                                                           | 77 |
| a. Dikey Diyalog .....                                                                                      | 77 |
| b. Yatay Diyalog .....                                                                                      | 80 |
| 3. Yargısal Diyalogun Bir Yorum İlkesi Olup Olmadığının Tespiti.....                                        | 82 |
| D. Yargısal Diyalogun Anayasa ve Temel Haklar Yargısında Özel Bir Görünüm Biçimi: Anayasal Ödünç Alma ..... | 86 |

## İKİNCİ BÖLÜM

### ANAYASAL ÖDÜNÇ ALMANIN MEŞRULUĞU

|                                                                                                                                       |     |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| I. YARGI KARARLARINDA MEŞRULUĞUN TEORİK ÇERÇEVESİ.....                                                                                | 94  |
| A. Meşruluk Kavramı .....                                                                                                             | 94  |
| B. Anayasa Yargısının ve Yargı Kararlarının Meşruluğu .....                                                                           | 97  |
| II. ANAYASAL ÖDÜNÇ ALMANIN MEŞRULUK ZEMİNİNİ OLUŞTURAN ARGÜMANLAR .....                                                               | 103 |
| A. Yargı Kararlarının Hukuki Otoritesi .....                                                                                          | 103 |
| 1. Düzenli İçtihat ve <i>Stare Decisis</i> Doktrinleri .....                                                                          | 104 |
| 2. Yargı Kararlarındaki Gerekçelerin Niteliği .....                                                                                   | 110 |
| a. Bağlayıcılık Bakımından.....                                                                                                       | 111 |
| i. Bağlayıcı Otorite (Binding Authority) .....                                                                                        | 111 |
| ii. İkna Edici Otorite (Persuasive Authority) .....                                                                                   | 112 |
| b. Karara Etki Etme Bakımından .....                                                                                                  | 116 |
| i. Ratio Decidendi.....                                                                                                               | 116 |
| ii. Obiter Dictum.....                                                                                                                | 118 |
| 3. Anayasal Ödünç Almanın Meşruluğu Özelinde Yargı Kararının Hukuki Otoritesine ve Türk Anayasa Hukuku'na İlişkin Değerlendirme ..... | 119 |
| B. Yargı Kararlarının Dönüştürücü Etkisi: Yargısal Aktivizm .....                                                                     | 122 |
| C. Yargı Kararlarında Evrensellik Etkisi.....                                                                                         | 125 |

**ÜÇÜNCÜ BÖLÜM**  
**KARŞILAŞTIRMALI ANAYASA HUKUKUNDA YARGISAL DİYALOG**  
**AÇISINDAN ANAYASAL ÖDÜNC ALMA DİNAMİKLERİ**

|      |                                                                                   |     |
|------|-----------------------------------------------------------------------------------|-----|
| I.   | ANAYASAL ÖDÜNC ALMADA ETKİLİ OLAN UNSURLAR .....                                  | 130 |
| A.   | Hukuk Sisteminden Kaynaklanan Unsurlar .....                                      | 130 |
| 1.   | Aynı Hukuk Sistemi İçinde Yer Alma .....                                          | 130 |
| 2.   | Hukuk Normlarında Benzerlik .....                                                 | 135 |
| 3.   | Aynı Sözleşme Sistemi İçinde Yer Alma .....                                       | 139 |
| 4.   | Resepsiyon .....                                                                  | 142 |
| 5.   | Anayasa’da Açık Hüküm Bulunması .....                                             | 145 |
| B.   | Yargıçların Etkisi .....                                                          | 147 |
| C.   | “Çağdaş ve Uygar” Devletlerin ve “Prestijli” Mahkemelerin Etkisi .....            | 153 |
| D.   | Dil Etkisi .....                                                                  | 158 |
| E.   | Tarihsel, Kültürel ve Sosyal Benzerlikler .....                                   | 163 |
| II.  | ANAYASAL ÖDÜNC ALMAYA BAŞVURMA NEDENLERİ .....                                    | 169 |
| A.   | Çetin Davalar ( <i>Hard Cases</i> ) .....                                         | 169 |
| B.   | Mahkemelerin İçtihat Değişikliğine Dayanak Oluşturması .....                      | 180 |
| C.   | Yabancı Bir Anayasal Sistemdeki Kurumun Benimsenmesi .....                        | 187 |
| D.   | Diyaloga Açıklık .....                                                            | 195 |
| III. | ANAYASAL ÖDÜNC ALMANIN TÜRLERİ .....                                              | 198 |
| A.   | Atıflar Bakımından .....                                                          | 198 |
| 1.   | Yabancı Hukuk Normlarına Yapılan Atıflar .....                                    | 198 |
| 2.   | Yabancı Mahkeme Kararlarının Yalnızca İsmen Zikredilmesiyle Yapılan Atıflar ..... | 203 |
| 3.   | Yabancı Mahkeme’nin Muhakemesine İlişkin Atıflar .....                            | 206 |

|                                                                            |     |
|----------------------------------------------------------------------------|-----|
| B. Etkisi Bakımından.....                                                  | 210 |
| 1. Yabancı Mahkeme'nin Geliştirdiği Bir Hukuki Kavramın Benimsenmesi ..... | 210 |
| 2. Yabancı Mahkeme'nin Kararının Esas Alınması.....                        | 214 |
| <b>SONUÇ</b> .....                                                         | 220 |
| <b>KAYNAKÇA</b> .....                                                      | 224 |
| <b>ÖZGEÇMİŞ</b> .....                                                      | 287 |



## KISALTMALAR LİSTESİ

|                 |                                               |
|-----------------|-----------------------------------------------|
| <b>A.e.</b>     | : Aynı Eser                                   |
| <b>a.g.e.</b>   | : Adı Geçen Eser                              |
| <b>a.g.m.</b>   | : Adı Geçen Makale                            |
| <b>a.g.t.</b>   | : Adı Geçen Tez                               |
| <b>AİHM</b>     | : Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi              |
| <b>AİHS</b>     | : Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi             |
| <b>AİHHK</b>    | : Afrika İnsan ve Halkların Hakları Komisyonu |
| <b>AİHHŞ</b>    | : Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı     |
| <b>Ame. İHM</b> | : Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi  |
| <b>App. No.</b> | : Application Number                          |
| <b>AYM</b>      | : Anayasa Mahkemesi                           |
| <b>bkz.</b>     | : Bakınız                                     |
| <b>BM</b>       | : Birleşmiş Milletler                         |
| <b>BM İHK</b>   | : Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi  |
| <b>bs.</b>      | : Bası                                        |
| <b>C.</b>       | : Cilt                                        |
| <b>dp.</b>      | : Dipnot                                      |
| <b>E.</b>       | : Esas                                        |
| <b>Ed.</b>      | : Editör                                      |
| <b>GC</b>       | : Grand Chamber                               |
| <b>K.</b>       | : Karar                                       |
| <b>Md.</b>      | : Madde                                       |
| <b>MSHS</b>     | : Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi          |
| <b>No.</b>      | : Numara                                      |
| <b>par.</b>     | : Paragraf                                    |
| <b>RG</b>       | : Resmi Gazete                                |
| <b>s.</b>       | : Sayfa                                       |
| <b>S.</b>       | : Sayı                                        |

**TBMM** : Türkiye Büyük Millet Meclisi  
**vd.** : Ve Diğerleri  
**Vol.** : Volume



## GİRİŞ

Dünyada II. Dünya Savaşı'ndan sonra ortaya çıkan yasamanın işlemlerinin denetlenmesi düşüncesi özellikle Anayasa Mahkemelerinin kuruluşu ile somutlaşmıştır. Kanunların ve anayasa değişikliklerinin Anayasa'ya uygunluğunu incelemenin dışında günümüzde Anayasa Mahkemeleri özellikle insan haklarının koruyucusu olma niteliği ile de karşımıza çıkmaktadır. İnsan haklarının korunması bağlamında, Türkiye'de 2010 yılında anayasa değişikliği referandumu ile kabul edilen Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru usulü özellikle hatırlanmalıdır. Bireysel başvuru hakkı, anayasa şikayeti gibi kavramlarla anılan bu usul, birçok ülkede kabul edilmekte ve bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin ihlal edildiği iddiasıyla anayasa mahkemelerine başvurmasını ifade etmektedir. Çalışmamızın konusunu oluşturan anayasa mahkemeleri arası etkileşim ve yargısal diyalogun önemi de özellikle bu noktada ortaya çıkmaktadır. İnsan haklarının etkili biçimde korunması mahkemeler arası bir diyalogu da zorunlu kılmaktadır. Öyle ki, günümüzde ulusüstü insan hakları sözleşmeleri ile bağitlanmış devletlerin varlığı, insan hakları alanında asgari düzeyde bir standart oluştuğunun göstergesidir. İnsan hakları bakımından somut ve büyük ölçüde de zorunlu olan sözleşmeler sonucu olan bu diyalogun yanı sıra, ulusal anayasa mahkemelerinin kamu hukukunun temel kavramlarına yaklaşımları veya anayasa hukukuna ilişkin kavramları nasıl yorumladıklarına ilişkin olarak da yargısal diyalogdan yararlanılmaktadır. Burada belirtmek gerekir ki çalışma kapsamında Anayasa Mahkemeleri arasındaki yargısal diyalog nitelendirmesiyle, söz konusu mahkemelerin hüküm veya karar gerekçelerinde başka devletlerin anayasa mahkemelerinin kararlarını kullanması kastedilmektedir.

Anayasalar sıklıkla ve kolaylıkla değişen hukuki metinler değildir. Öyle ki, başarılı bir anayasanın belirlenmesinde toplumla bütünleşmiş olması ve uzun yıllar uygulanması önemli bir ölçüt olarak karşımıza çıkar. Anayasaların bu yapısı onların durağanlığının bir göstergesi olmakla birlikte, anayasalar özellikle temel haklara ilişkin içerdikleri düzenlemelerle aynı zamanda yaşayan belgeler olma niteliğine de

sahiptirler. Günümüzde anayasaların bu niteliğinin dinamiğini yargıçlar ve anayasal yorum oluşturmaktadır. Bu bağlamda yargısal diyalog ve mahkemeler arası etkileşim büyük bir öneme sahiptir. Yakın bir geleceğe kadar demokratik ülkelerin baskın çoğunluğunda mahkemeler, yabancı ve uluslararası hukuka atıf yapmakta isteksiz bir tavır sergilemiştir. Bu mahkemeler iç hukuklarındaki hükümlerle çatışabilecek her türlü yabancı hukuk kaynağına başvuruyu yok sayma eğilimi göstermiştir. Bununla birlikte son yıllarda, birçok demokratik ülkede özellikle uluslararası hukukun yorumlanması ve uygulanmasında bir değişime gidildiği ve diğer ulusal mahkemelerin anayasal içtihatlarının dikkate alındığı görülmektedir.

Çalışmanın konusu büyük ölçüde karşılaştırmalı hukuka dayanmaktadır. Türk hukuk literatüründe fazla çalışılmamış olup<sup>1</sup>, bir monografi çerçevesinde yer verilmemiştir ve sınırlı sayıda makale çerçevesinde<sup>2</sup> ortaya konulmuştur. Uluslararası literatür bakımından ise konu ile ilgili monografiler bulunmaktadır ve özellikle makaleler düzeyinde çalışmalar mevcuttur. Özellikle son yıllarda hukukta küreselleşme eğilimi yaygınlaştıkça ulusal anayasa mahkemesi kararlarının da birbiriyle etkileşim içinde olması ve yargı mercileri arasında belli bir diyalog oluşturulması gerekliliği ön plana çıkmaktadır. *Ius commune* ve *ius gentium* kavramlarıyla hukukun küreselleşmesi çerçevesinde, özellikle insan hakları alanında, anayasa yargısı çerçevesinde bu diyalogun hukuki amaç, etki ve sonuçlarının belirlenmesi gerekmektedir. Daha önce kapsamlı olarak Türkçe literatürde çalışılmamış bu konu, gerek teorik anlamda anayasa hukuku doktrini, gerekse uygulamada yargısal diyalogun aktörleri olan yargıçlar bakımından önem arz etmektedir. Bu ihtiyaç 2010 tarihli referandumla Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru hakkının kabul edilmesiyle daha da belirginleşmiştir. Bu bağlamda uluslararası düzeyde çalışılmış; ancak araştırılacak bölümleri halen mevcut olan

---

<sup>1</sup> Bkz.; Yüksel Metin, **Anayasanın Yorumlanması**, Asil Yayıncılık, 2008, özellikle s. 57-72; Bertil Emrah Oder, **Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri**, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2010, özellikle s. 193-291; İbrahim Ö. Kaboğlu, **Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)**, 9. bs., İstanbul, 2014, s. 45.

<sup>2</sup> Bkz; Esin Örcü, "Ulusal Anayasa Mahkemelerinde 'Yargısal Karşılaştırmacılık' ve Mahkemeler Arası Diyalog", **Anayasa Yargısı**, C. 24, 2007, s. 433-459; Engin Yıldırım – Serdar Gülenler, "Anayasa Mahkemesi Kararlarında Uluslararası ve Karşılaştırmalı Hukuka Yapılan Atıflar: Ampirik Bir Analiz", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 67, No. 1, 2018, s. 105-144.



araştırma konusunun, başta bir karşılaştırmalı hukuk çalışması olmak üzere, yeri geldikçe Türk Anayasa Mahkemesi içtihatları da değerlendirilerek kapsamlı olarak ortaya konması tercih edilmiştir.

Araştırmanın temel amacını diğer yorum ilkelerinin yanında yargısal diyalogun yerinin, gerekli olup olmadığının ve öneminin belirlenmesi, yabancı ulusal anayasa mahkemelerinin kararlarının değerlendirilerek bu diyaloga ne ölçüde yer verdiklerinin araştırılması ve Türk Anayasa Mahkemesi'nin yabancı mahkeme kararlarına atıf pratiği bakımından değerlendirilmesi oluşturmaktadır. 1982 Anayasası'nın 90. maddesinde düzenlenen ve Türk yargısına insan haklarına dair uluslararası sözleşmeleri doğrudan uygulama yükümlülüğü getiren düzenleme ile bu uluslararası sözleşmeler temel haklarla ilgili konularda büyük ölçüde yargısal sürecin belirleyicilerinden olma rolüne sahiptir. Benzer bir diyalogun Türkiye ile aynı sözleşmelere taraf olan yabancı ülkelerdeki anayasa mahkemelerinin çözüm metotları ile kurulup kurulamayacağı ve bu diyalogun geleceği Türk Anayasa Yargısı bakımından yararlı bir inceleme olacaktır. Burada belirtmek gerekir ki, çalışma kapsamı yalnızca ulusal anayasa mahkemelerinin birbiriyle olan yargısal diyalogu ile sınırlı tutulmuş, çalışmada kullanılan teknik anlamıyla, yatay diyalog bakımından inceleme yapılmış, bu kapsamda da ulusüstü sözleşmelerin denetim organları ile olan dikey diyaloga yer verilmemiştir. Yabancı literatür incelendiğinde de anayasa mahkemeleri arası diyalog kavramı ile kastedilenin sözleşmelerle bağitlanma sonucu ortaya çıkan zorunlu diyalog değil, tamamen iradi olarak gerçekleşen yabancı ulusal anayasa mahkemeleri arasındaki diyalog olduğu görülmektedir. Çalışmamızda da bu sınırlama esas alınmıştır ve dikey diyalog çalışma kapsamı dışında kalmaktadır.

Çalışmamız genel anlamıyla bir karşılaştırmalı anayasa hukuku incelemesi olarak ortaya konmaya çalışılmıştır. Temel olarak yargısal diyalog kavramının ne olduğunu belirtmek ve bu kapsamda diyalog teorilerinin açıklanarak başta Türk Anayasa Mahkemesi olmak üzere, ulusal anayasa mahkemelerinin yabancı mahkeme kararlarını kullanma tercihleri ve biçimlerinin incelenmesi araştırmanın ana hatlarını oluşturmaktadır. Son yıllarda giderek arttığı gözlenen bu “diyalog” sürecinin hukuken

meşruluğu, kapsam, metot ve hukuki etkilerinin ayrıntılı olarak incelenmesi amaçlanmıştır.

Çalışmada genel olarak dört ana soruya cevap aranmaktadır. İlk olarak, diyalog ve yargısal diyalog kavramları nelerdir? Bu bağlamda diyalog teorilerinin açıklanması önem arz etmektedir. Diyalogta sistemli ve bilimsel bir metot kullanılıp kullanılmadığı belirlenmeli ve yorum için seçilen kararların ve yapılan araştırmanın niteliğinin diyalogu nasıl etkilediği tartışılmalıdır. Ayrıca yargısal karşılaştırmacılığın bir esinlenme aracı mı, yorum metodu mu yoksa önceden verilmiş bir kararın meşruluğunu sağlayan bir gerekçelendirme aracı mı olduğu tartışması yapılmalıdır.

İkinci olarak, diyalogun hukuki dayanağı nedir? Bu soru bağlamında ius gentium ve ius commune açısından hukukun küreselleşmesinden ve evrensel bir anayasa hukuku anlayışından söz edilip edilemeyeceği tartışılmalıdır.

Üçüncü olarak, diyalogun anayasa yargısı bağlamında hukuki etkileri ve sonuçları nelerdir? Anayasa mahkemeleri arası diyalogun hukuk sistemlerinde nasıl bir etkisinin olacağı, anayasa mahkemelerinin anayasa hukukunun temel ilkelerine ve insan haklarına ilişkin farklı yaklaşımlarının yorumu değiştirip değiştirmeyeceği veya ne yönde değiştireceği incelenmelidir. Bu bağlamda ayrıca, yabancı mahkeme kararlarının alıntı yapan mahkeme bakımından bağlayıcı olup olmadığı tartışması yapılmalıdır.

Dördüncü olarak ise, kanunların veya anayasal kavramların resepsiyonu diyalog sürecini nasıl etkilemektedir? Türkiye örneği bakımından özel hukuk yargılamasında bazı kanunların yabancı ülke kanunlarından iktibasının da neticesinde yabancı mahkemeler arası yargısal diyaloga rastlanmaktadır. Özellikle Yargıtay kararlarında Alman, İsviçre ve Fransız Yüksek Mahkemeleri'nin kararlarına yer verildiği görülmektedir. Özel hukuk ve ceza hukuku yargılaması bakımından uygulanan bu diyalog her ne kadar mehzaz kanunların varlığı ile anayasa yargılamasından ayrılrsa da; anayasa hukuku bakımından benzer bir yoruma ne

ölçüde yer verildiği, anayasa hukukunun temel ilkelerine ve temel haklara ilişkin yaklaşım ve yorumların anayasa yargısında ne ölçüde dikkate alındığı tartışılmalıdır.

Üç ana bölümden oluşan çalışmanın ilk bölümünde “Anayasa Hukuku’nda Yorum Kavramı ve Anayasa Mahkemeleri Arası Diyaloğun Yorum Yöntemleri Arasındaki Yeri” açıklanmıştır. Bu bağlamda genel olarak, yorum kavramı, klasik yorum yöntemleri, anayasa hukukunda yorum kavramı ve anayasa hukukuna özgü yorum yöntemleri açıklanmakta; ardından diyalog kavramı, yargısal diyalog ve bunun anayasa hukukunda bir yorum yöntemi olarak kabul edilip edilemeyeceği üzerine tartışılmaktadır. Bu bölümün sonunda mahkemelerin birbirine atıf yapmaları olgusu, yargısal diyaloğun anayasa hukuku bağlamında anayasa mahkemeleri arası diyaloğun bir görünümü olarak, çalışmada “anayasal ödünç alma” kavramı ile ifade edilmiştir ve bu tercihin sebepleri özel olarak açıklanmıştır.

Çalışmanın ikinci bölümünde anayasal ödünç almanın meşruluğu tartışması yapılmakta ve genel olarak hukukta meşruluk kavramı ile anayasal ödünç almanın meşruluk zeminini oluşturan argümanlar yargı kararının hukuki otoritesi kapsamında açıklanmaktadır. Bu bölümde özellikle *stare decicis* doktrini ve yargı kararlarının gerekçelendirilmesi doktrinleri ortaya konarak, bunların anayasal ödünç almanın meşruluğuna teorik bir dayanak oluşturup oluşturmayacağı tartışması yapılmaktadır.

Son bölümde ise anayasal ödünç almanın karşılaştırmalı hukuk ve anayasa yargısındaki işlevi açıklanarak, bu kapsamda anayasa hukuku bağlamında yargısal diyaloğun somut yansıması olarak yabancı ulusal mahkeme kararlarına atıfların hukuki anlamı tespit edilmektedir. Bu kapsamda, ABD Yüksek Mahkemesi, Güney Afrika Anayasa Mahkemesi, Kanada Yüksek Mahkemesi, Yeni Zelanda Anayasa Mahkemesi, Alman Anayasa Mahkemesi, Fransız Anayasa Konseyi, Macar Anayasa Mahkemesi ve Türk Anayasa Mahkemesi’nin kararları incelenmiştir. Kararlara ulaşmada ilgili mahkemelerin resmi internet sitelerindeki karar arama motorlarından

anahtar sözcüklerle<sup>3</sup> yapılan araştırma esas alınarak İngilizce ve Fransızca dillerinde orijinal veya çeviri kararlardan yararlanılmıştır. Bu bölümde temel olarak anayasal ödünç almada etkili olan unsurlara, anayasal ödünç almaya başvurma nedenlerine ve anayasal ödünç almanın türlerine yer verilmiştir.

Çalışma konuya ilişkin genel değerlendirmeleri içeren bir sonuç bölümü ile sona ermektedir.



---

<sup>3</sup> Anahtar sözcükler olarak, farklı ülke isimleri, Türkçe, Fransızca ve İngilizce dillerinde “*common law*”, “*continental law*”, “*droit continental*”, “*Kıta Avrupası hukuku*”, “*legal systems*”, “*systèmes juridiques*”, “*hukuk sistemleri*”, “*dialogue*”, “*diyalog*”, “*constitutional dialogue*”, “*dialogue constitutionnel*”, “*anayasal diyalog*”, “*cross judicial fertilization*”, “*reception*”, “*resepsiyon*”, “*foreign jurisdictions*”, “*juridictions étrangères*”, “*yabancı mahkemeler*”, “*reference to foreign law*”, “*références à des sources de droits étrangères*”, “*yabancı mahkeme kararlarına atıflar*” sözcükleri kullanılmıştır.

# BİRİNCİ BÖLÜM

## ANAYASA YARGISINDA YORUM KAVRAMI VE ANAYASA MAHKEMELERİ ARASI DİYALOĞUN YORUM İLKELERİ ARASINDAKİ YERİ

### I. YORUMUN HUKUKİ ANLAMI VE YORUM İLKELERİ

#### A. Hukuk Kurallarının Yorumu ve Gerekçelendirilmesi

##### 1. Yorum Kavramı ve Hukuk Kurallarının Yorumlanması

Sözlük anlamıyla yorum, “*bir yazının veya bir sözün, anlaşılması güç yönlerini açıklayarak aydınlığa kavuşturma*” veya “*bir olayı belli bir görüşe göre açıklama, değerlendirme*” olarak tanımlanmaktadır.<sup>1</sup> Bazı yazarlar tarafından ise yorum genel olarak “*bir metnin anlamının belirlenmesi*”<sup>2</sup> ve “*metnin anlamının açığa çıkartılması*”<sup>3</sup> şeklinde ifade edilmektedir.

Bu tanımlar ile yorumun dar ve geniş anlamda olmak üzere iki boyutunun olduğu görülmektedir. Buna göre, geniş anlamda yorum “*anlamak*” demektir. Bu bağlamda, örneğin Fransızca bir hukuk sözlüğünde yorumun “*bir şeye anlam atfetme faaliyeti*” olarak tanımlanması geniş anlamda yorum tanımına örnektir.<sup>4</sup> Dar anlamıyla yorum ise, anlaşılması güç yönlerin açıklanması, kısaca “*açıklamak*” anlamında kullanılmaktadır. Dar anlamda yorum açısından anlaşılması güç noktalar yoksa, bir diğer deyişle anlam açıksa, yoruma gerek yoktur. Öyle ki Latince bir özdeyişle dar

<sup>1</sup> Türk Dil Kurumu, Güncel Türkçe Sözlük, (Çevrimiçi) <http://www.tdk.gov.tr>, 14.10.2015.

<sup>2</sup> Kemal Gözler, **Anayasa Hukukunun Genel Teorisi**, C. 1, Bursa, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2011, s. 225.

<sup>3</sup> Bertil Emrah Oder, **Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri**, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2010, s. 5.

<sup>4</sup> Denis Alland – Stéphane Rials, **Dictionnaire de la Culture Juridique**, Presses Universitaire de France, 2003, s. 843.

anlamda yorum *in claris cessat interpretatio* (açıklık olduğunda yorum durur) olarak ifade edilmektedir.<sup>5</sup>

Bu noktada yorum, sözel olan ya da olmayan ifadelerin genel anlamda yorumunu ifade eden hermeneutik<sup>6</sup> (yorumsama) bilimi<sup>7</sup> kapsamında karşımıza çıkmaktadır. Ricoeur hermeneutiği, bir metnin veya metin olarak kabul edilebilecek işaretler bütünüünün yorumunu yönlendiren kuralların teorisi; kısaca yorum kurallarının bilimi olarak tanımlamaktadır.<sup>8</sup> Gadamer, karşımızda her zaman anlaşılması gereken özellikle teoloji veya hukuka ilişkin kendine özgü nitelikli bir yazın metni olduğunda hermeneutiğin gerekli olduğunu belirtmektedir.<sup>9</sup> Ayrıca bireylerin, metni veya söylemi kavramaya geçmiş yaşantıları ile ilişki kurarak başladığını, ardından sonsuz bir diyalog ile sürekli başka bir anlama alanına girildiğini belirtmektedir. Bu bağlamda hermeneutik göreceli bir yapının aksine evrensel bir niteliğe<sup>10</sup> sahiptir.<sup>11</sup> Palmer hermeneutiğin üç işlevini; söylemek (*to say*), açıklamak (*to explain*) ve tercüme etmek (*to translate*) olarak belirlemektedir.<sup>12</sup> Hermeneutik bu anlamda tüm

<sup>5</sup> Ertuğrul Uzun, **Hukuk Metodolojisi**, Ankara, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, 2014, s. 48-49.

<sup>6</sup> “Hermeneutik” terimine Türk hukuk literatüründe yer veren başlıca yazarlar ve eserleri için bkz.; Öner Eyrenci, “Anayasanın Yorumlanması Yöntemlerine Genel Bir Bakış”, **Amme İdaresi Dergisi**, C. 14, S. 1, Mart 1981, s. 51 vd.; Aydın Uğur, “Hermeneutik: Eski Bir Yorum Yönteminin Yeniden Gündeme Gelişi ve Hukuk Alanına Uygulanması”, **AÜSBF Dergisi**, C. XXXVII, S. 1-4, Ocak-Aralık 1983, s. 181-195; Kemal Gözler, **Hukukun Genel Teorisine Giriş: Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu**, Ankara, US-A Yayıncılık, 1998, s. 152-153; Yüksel Metin, **Anayasanın Yorumlanması**, Asil Yayıncılık, 2008, s. 83; Cengiz Otacı, Hermeneutik (Yorum Bilim) ve Ceza Kanunlarının Yorumu, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, No. 89, 2010, s. 441-447.

<sup>7</sup> Ramberg, Bjørn - Gjesdal, Kristin, "Hermeneutics", **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, Ed.: Edward N. Zalta, Winter 2014, <http://plato.stanford.edu/archives/win2014/entries/hermeneutics/>.

<sup>8</sup> Paul Ricoeur, **From Text To Action Essays in Hermeneutics II**, Çev. Kathleen Blamey – John B. Thompson, Northwestern University Press, 1991, s. 53.

<sup>9</sup> Hans-Georg Gadamer, **Philosophical Hermeneutics**, Trans. David E. Linge, University of California Press, 1977, s. 90.

<sup>10</sup> Gadamer’in hermeneutiğin evrenselliğine ilişkin bu tezi insan hakları hukuku doktrininde de ortaya konmuştur. Buna göre, insan hakları sözleşmelerinin yorumlanmasında, hakların kapsamının anlaşılması bakımından kurumsallaşmış etkileşim ile ortak bir anlayışın uygulanabileceği ileri sürülmüştür. Bkz. Şule Özsoy, **Measuring Compatibility with the European Convention on Human Rights: The Turkish Example in the Free Speech Context**, Galatasaray University Publications, İstanbul, 2006, s. 15.

<sup>11</sup> Hans-Georg Gadamer, “The Universality of the Hermeneutical Problem”, Çev. David Linge, **Contemporary Hermeneutics Hermeneutics as Method, Philosophy and Critique**, Ed. Joseph Bleicher, Routledge & Kegan Paul, 1980, s. 139.

<sup>12</sup> Richard E. Palmer, **Hermeneutics**, Evanston, Northwestern University Press, 1969, s. 14-33.

bilimsel, sanatsal ve hümanistik disiplinleri kapsar ve hukuki yorum da bunlardan biridir.<sup>13</sup>

Hukuki yorumun tanımına ve işlevine değinmeden önce, sosyal bilimlerin metodolojisi bağlamında yorumun yerinin tespit edilmesi gerekmektedir. Bu açıdan, özellikle 1960'lı yıllardan bu yana genel olarak sosyal bilimlerin yalnızca bir betimleme meselesi olmadığı ve yorumun kaçınılmaz olduğu fikrinin kabul edildiği görülmektedir.<sup>14</sup> Gerçekten geleneksel görüşe göre hukuki yorum, örneğin edebi veya dini metinlerin yorumundan bağımsız olarak özel bir niteliğe sahip değildir. Bu görüşe göre yorumun anlama işlevine referans verilerek, genel olarak yoruma yalnızca anlamın açık olmadığı durumlarda ihtiyaç duyulduğu varsayımına dayanılmaktadır. Realist görüş olarak adlandırılan karşıt görüşe göre ise, yorum iradi bir işleve sahiptir ve her ifadenin tek bir anlamı olmadığı, birçok anlam içinden seçilen bir anlama sahip olduğu belirtilmektedir. Bu bağlamda, anlamın seçimi objektif bir gerçekliğe dayanmamakta, yalnızca seçimi yapanın tercihlerini yansıtmaktadır ve doğru ya da yanlış tercihten bahsedilemez. Sonuç olarak anlama ilişkin tartışma, bir diğer deyişle yorum, teorik olarak sonsuza uzayabilir.<sup>15</sup>

Yorumsama, bir diğer deyişle hermeneutik kuramının sosyal bilimlerde gittikçe taraftar bulmasıyla üzerinde uzlaşmış bir yorum tanımına ulaşmak güçleşmektedir ve bu tanım sorunu hukuki yorum açısından da karşımıza çıkmaktadır.<sup>16</sup>

Hukuki yorumu tanımlamaya çalışırken öncelikle klasik yorum teorisi ve realist yorum teorisi arasındaki ayrım ortaya konmalıdır. Klasik yorum teorisi her hukuki duruma uygulanabilecek bir hukuk kuralının halihazırda var olduğu ön kabulüne dayanır. Buna göre yargıcın yaratıcı bir fonksiyonu bulunmamakta ve görevi

---

<sup>13</sup> Gadamer, **a.g.e. (Philosophical Hermeneutics)**, s. 26; Francis J. Mootz III, "The Ontological Basis of Legal Hermeneutics: A Proposed Model of Inquiry Based on the Work of Gadamer, Habermas and Ricoeur", **Boston University Law Review**, C. 68, 1988, s. 525.

<sup>14</sup> Sevtap Metin, "Ronald Dworkin'in Hukuk Teorisinde Yorum Yaklaşımı", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. LXI, S. 1-2, 2003, s. 38.

<sup>15</sup> Alland – Rials, **a.g.e.**, s. 843.

<sup>16</sup> Uzun, **a.g.e.**, s. 49.

yalnızca var olan hukuk kuralını somut olaya uygulamaktan ibaret olmaktadır. Buna karşın, realist yorum teorisine göre yargıç hukuk kuralını somut olayı çözmek üzere yorumlamalı, onu anlamlandırmalıdır. Bu noktada yargıcın adeta kanun koyucu olarak hareket ettiği yaratıcı fonksiyonu ön plana çıkmaktadır.<sup>17</sup>

Klasik yorum teorisine göre yorum bir “bilme” işlemidir (*acte de connaissance, act of cognition*). Hukuk normunun anlamı kendisinde mevcuttur, objektiftir ve okuyucuya göre değişmez. Buna karşın, realist yorum teorisine göre yorum bir “irade” işlemidir (*acte de volonté, act of will*). Hukuk normu objektif bir anlama sahip değildir ve yorum normun uygulanma anında metne yüklenen anlam ile ilgilidir.<sup>18</sup> Bu noktada Kelsen’in hukukta otantik ve bilimsel yorum ayrımına değinmek gerekir. Kelsen’e göre irade işlemi, kanunu uygulayan organın yorumunu diğer tüm organların yorumlarından, özellikle de hukuk bilimi (*the science of law, jurisprudence*) tarafından yapılan yorumdan ayırmaktadır. Bu bağlamda, kanunu uygulayan bir organın yorumu her zaman otantiktir ve hukuk yaratmaktadır. Kanunu uygulayan organın yorumu diğer tüm organların yorumundan bu anlamıyla ayrılır ve diğer yorumlar otantik değildir; çünkü hukuk yaratmazlar.<sup>19</sup> Kelsen, otantik yorumdan söz ederken yorumun yaratıcı işlevini temel almaktadır ve bunun tipik örneğini de yargı faaliyeti oluşturmaktadır. Buna göre otantik yorum, bir standarda göre doğrulanabilir veya yanlışlanabilir olmayan, dolayısıyla hukuken itiraz edilemeyen ve pozitif hukukun sonuç bağladığı yorum türü olarak tanımlanmaktadır.<sup>20</sup>

Yorumu bir irade işlemi değil de bilme işlemi olarak ele aldığımızda ise Kelsen’in bilimsel yorum anlayışı karşımıza çıkmaktadır. Buna göre Kelsen, hukuk normunun anlamının tamamen bilişsel bir faaliyetin ürünü olarak ortaya konduğunu

---

<sup>17</sup> Kemal Gözler, **a.g.e. (Hukukun Genel Teorisine Giriş)**, s. 185-186.

<sup>18</sup> Kemal Gözler, “Realist Yorum Teorisi ve Mekanist Anayasa Anlayışı”, **Anayasa Yargısı**, Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 1998, C. 15, s. 214.

<sup>19</sup> Hans Kelsen, **Pure Theory of Law**, Çev. Max Knight, The Lawbook Exchange, 2009, s. 354.

<sup>20</sup> Gözler, **a.g.e. (Hukukun Genel Teorisine Giriş)**, s. 192. Gözler, otantik yorumu yorum faaliyetini gerçekleştiren organ bakımından değerlendirerek aynı zamanda “yasama yorumu” olarak da adlandırmaktadır. Gözler, **a.g.e. (Hukukun Genel Teorisine Giriş)**, s. 162.



ve yaratıcı bir fonksiyona dayanmadığını kabul etmektedir. Otantik yorumun aksine bilimsel yorumun temel işlevi, yalnızca hukuk normunun olası tüm anlamlarını ortaya koymaktır. Bunun bir sonucu olarak hukuk bilimi tarafından yapılan bu bilişsel yorum hukuk boşluklarını doldurmada yeterli değildir; zira hukuk boşluklarını doldurmak hukuk yaratma işlevini de zorunlu kılar ve ancak hukuku uygulayan organ tarafından bu işlev yerine getirilebilir.<sup>21</sup>

Kelsen yorumu gerektiren nedenleri ise üç farklı olasılığa göre belirtmektedir. İlk olasılıkta hukuku uygulayan işlem göreceli olarak belirsiz (*relative indefiniteness of law-applying act*) olabilir. Buna göre, normlar hiyerarşisi bakımından üst norm uygulandığı işlemi her yönüyle kapsamayabilir ve mutlaka belirli oranda takdir alanını içinde barındırır. Dolayısıyla üst norm, alt normla ilişkisinde içeriğinin doldurulmasına ihtiyaç duyan çerçeve bir role sahiptir. Yorumu gerektiren ikinci olasılık ise hukuku uygulayan işlemin kasıtlı belirsizliği (*intentional indefiniteness of the law-applying act*) olabilir. Bu bağlamda, uygulanacak normun bilinçli olarak onu yaratan organ tarafından muğlak bırakılması söz konusudur. Kelsen'e göre yorumu gerektiren üçüncü ve son olasılık ise hukuku uygulayan işlemin kasıtsız belirsizliğidir (*unintended indefiniteness of the law-applying act*). Bununla ifade edilmek istenen söz konusu işleme uygulanan hukuk kuralının yasa koyucu tarafından öngörülmedik bir sonuca yol açmasıdır.<sup>22</sup>

Sonuç olarak Kelsen, yorumu tanımlarken hukuk yaratma fonksiyonunun yanı sıra tüm normların tek ve eş düzeyde bulunmadığını ortaya koyduğu normlar hiyerarşisi teorisinden de yararlanmaktadır ve yorumu “*hiyerarşik düzenin daha üst bir düzeyinden bu düzeye tabi daha alt bir düzeye doğru giden hukuk-yaratma sürecine eşlik eden entelektüel bir faaliyet*” olarak tanımlamaktadır.<sup>23</sup>

---

<sup>21</sup> Kelsen, **a.g.e.**, s. 355.

<sup>22</sup> Kelsen, **a.g.e.**, s. 349-350.

<sup>23</sup> Hans Kelsen, “Yorum Teorisi Üzerine”, Çev: Melike Belkıs Aydın – Ertuğrul Uzun, **Hukuk Kuramı**, C. 1, S. 5, Eylül – Ekim 2014, s. 46.



Tarihçi Hukuk Okulu'nun kurucularından Savigny ise yorumu “*yasanın gerçekliğinin kavranması amacıyla gerçekleştirilen entelektüel faaliyet*” olarak tanımlamaktadır. Savigny'ye göre muğlaklık yasaların kusurudur ve bunu aşmanın yöntemi yasanın olağan durumunu incelemektir. Bu bağlamda yorum faaliyeti yasaların hayata geçirilmesi bakımından kaçınılmazdır ve yorumun meşruluğu da bu zorunlu niteliğine dayanmaktadır.<sup>28</sup>

Lieber ise yorumu, her formda sözcüğün sahibinin iletmek istediği ve bundan başka her türlü anlamını dışladığı, “*sözcüğün gerçek anlamını bulma sanatı*” olarak tanımlamaktadır.<sup>29</sup>

Whittington, yorumu bir “keşfetme” faaliyeti olarak değerlendirmektedir. Buna göre, halihazırda metinde var olan bir anlamı arama süreci olarak karşımıza çıkan yorum metnin anlamını “keşif”tir.<sup>30</sup>

Türk hukuk literatüründe ise yorum genel olarak pozitif hukuk normlarının anlamlandırılması<sup>31</sup>, yasanın özünün (*ratio legis*), bir diğer deyişle gerçek ve somut anlamının ortaya çıkarılması<sup>32</sup> olarak nitelendirilmektedir.

---

“Empirically Testing Dworkin’s Chain Novel Theory: Studying the Path of Precedent”, **New York University Law Review**, Vol. 80, October 2005, s. 1169.

<sup>28</sup> Friedrich Carl von Savigny, **Traité de Droit Romain**, C. I., Çev. Ch. Guenoux, Paris, Librairie Firmin Didot Frères, 1855, s. 200-201.

<sup>29</sup> Francis Lieber, **Legal and Political Hermeneutics or Principles of Interpretation and Construction in Law and Politics**, Boston, Charles C. Little and James Brown, 1837, s. 23.

<sup>30</sup> Keith E. Whittington, **Constitutional Interpretation Textual Meaning, Original Intent, Judicial Review**, Kansas, University Press of Kansas, 1999, s. 6.

<sup>31</sup> Bülent Nuri Esen, **Anayasanın Anayasa Mahkemesince Yorumlanması Bir İnceleme Özeti**, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No. 301, 1972, s. 5-6; Bakır Çağlar, “Anayasa Yargısında Yorum Problemi Karşılaştırmalı Analizin Katkıları”, **Anayasa Yargısı**, C. II, 1985, s. 185; Fazıl Sağlam, **Anayasa Hukuku Ders Notları**, Lefkoşa, Yakın Doğu Üniversitesi Yayınları, 2013, s. 44.

<sup>32</sup> Mustafa Dural – Suat Sarı, **Türk Özel Hukuku Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri**, C. I., 9. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 2014, s. 124 – 125; Ali Nazım Sözer, **Hukukta Yöntembilim**, 4. bs., İzmir, Beta Yayıncılık, 2013, s. 13; Yasemin Işıktaç – Sevtap Metin, **Hukuk Metodolojisi**, 4. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 2013, s. 179-184.

Yorumun hukuki işlevini açıklarken özellikle gerekçelendirme (argümantasyon) ile birlikte değerlendirmek gerekmektedir. Bu bağlamda, yorumu gerekli kılan asıl etken hukuk normunun açıklıktan yoksun olmasıdır ve yasa koyucu normun uygulanacağı olası somut olayların tümünü önceden öngöremeyecektir. Normun asıl fonksiyonu benzer olgulara atıf yapmak üzere “genelleştirme” ve “basitleştirme”dir ve bu da yorumu zorunlu kılmaktadır. Dworkin’in açık davalar ve çetin davalar ayrımını da göz önüne aldığımızda, özellikle çetin davalar bakımından yorum kesinlikle gereklidir ve bu davalarda yorumun “hesabını veren” bir gerekçelendirmenin de ortaya konması gerekmektedir.<sup>33</sup> Sonuç olarak yorumu normun doğru anlamını bulma süreci olarak değerlendirdiğimizde, bu süreç hem en doğru anlamı aramayı hem de gerekçelendirme aşamalarını içermektedir. Bu noktada yorum ve gerekçelendirme arasındaki ayrımı da ortaya koymak gerekir.

## 2. Hukuki Gerekçelendirme

Hukuki bir iddia ileri sürüldüğünde bu iddianın kabul edilmesi argümanlar vasıtasıyla gerekçelendirilmesine bağlıdır. Argümandan kasıt, bir iddianın doğruluğunu delillerle ispat etmek üzere ileri sürülen önermelerdir. Gerekçelendirme ise iddianın makullüğünün ya da kabul edilebilirliğinin ispatlanması anlamına gelmektedir. Bu bağlamda argümantasyon genel olarak kanıtlama, delillerle tartışma ve muhakeme anlamını taşımakta; gerekçelendirme ise meşrulaştırma anlamında kullanılmaktadır; bununla birlikte her iki kavram da zaman zaman birbirinin yerine kullanılabilir niteliktedir.<sup>34</sup> Hukuk sistemlerinde yargı kararlarının gerekçeli olmasının yasal bir zorunluluk olması da bu meşrulaştırma amacına hizmet etmektedir. Bu bağlamda 1982 Anayasası’nın 141/III. maddesinde de “*Bütün mahkemelerin her türlü kararları gerekçeli olarak yazılır.*” ifadesi ile yargı

---

<sup>33</sup> Eveline T. Feteris, **Hukuki Argümantasyonun Temelleri Yargı Kararlarını Gerekçelendirme Teorileri Üzerine Bir Araştırma**, Çev. Ertuğrul Uzun, İstanbul, Paradigma Yayıncılık, 2010, s. 12-13.

<sup>34</sup> Uzun, **a.g.e.**, s. 11. Burada belirtmek gerekir ki Alexy’nin argümantasyon teorisinde “*Rechtfertigung*” (İng. *Justification*) olarak ifade ettiği kavram gerekçelendirmeyi, “*Begründung*” (İng. *Substantiation*) ise ispat kavramını karşılamaktadır. Her iki kavram da Alexy tarafından birbirinin yerine konulabilir şekilde kullanılmaktadır. Bkz.; Alexy, **a.g.e.**, s. 34, dp. 3.

kararlarının gerekçeli olması zorunluluğu belirtilmiştir. Ulusal hukuklardaki benzer düzenlemelerin yanı sıra, uluslararası insan hakları hukuku bağlamında da adil yargılanma hakkı açısından gerekçeli karar hakkı kabul edilmektedir.<sup>35</sup> Örneğin; adil yargılanma hakkını güvence altına alan AİHS'nin 6. maddesi mahkemelerin gerekçeli karar verme yükümlülüğüne Sözleşme metninde yer vermemektedir; ancak AİHM içtihatlarında gerekçeli karar hakkı tanınmaktadır.<sup>36</sup>

Hukuki yorum, argümantasyon (kanıtlama) aşamalarına dayanır ve yorumun doğruluğunu argümantasyonun ne kadar sağlam kurgulandığı belirler. Gerekçeli karar hakkı, hukuki yorum bakımından yorumu nesnel, tartışılabilir ve doğruluğu sınanabilir kılması nedeniyle hukuk devleti ilkesinin korunmasına da hizmet etmektedir.<sup>37</sup> Bunun yanı sıra, yargı erkinin emredici statüsü yargılama fonksiyonunun kendi kendini idare eden (*self sufficient*) bir sistem olmasına neden olmaktadır. Bu bağlamda demokratik ve şeffaf bir toplumun gereklerinden biri olarak yargı kararları gerekçelendirme yoluyla kamunun denetime açılmaktadır.<sup>38</sup>

Argümantasyonun doğruluğu ve kurgusunun sağlamlığının nasıl belirleneceğinin tartışılması bakımından ise, Alexy'nin hukuki argümantasyon teorisi karşımıza çıkmaktadır. Alexy hukuki tartışmaların; mahkemelerde yargısal müzakere, hukuk profesyonelleri arasındaki tartışmalar, yasama organı tarafından ortaya konması veya medyada ele alınması gibi farklı yollarla ortaya çıkabileceğini belirtmektedir. Bu

---

<sup>35</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihatları bakımından adil yargılanma hakkının bir görünümü olarak gerekçeli karar hakkı konusunda bkz.; Sibel İnceoğlu, "Adil Yargılanma Hakkı", **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme**, Ed.: Sibel İnceoğlu, Avrupa Konseyi, 2013, s. 252.

<sup>36</sup> *H v. Belgium*, App. No. 8950/80, Judgment of 30 November 1987, par. 53; *Case of Ruiz Torija v. Spain*, App. No. 18390/91, Judgment of 9 December 1994, par. 29; *Case of Georgiadis v. Greece*, App. No. 21522/93, Judgment of 29 May 1997, par. 39-43; *Case of Suominen v. Finland*, App. No. 37801/97, Judgment of 1 July 2003, par. 35-38. AİHM ile benzer şekilde Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi ve Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi de gerekçeli karar hakkını tanımaktadır. Bkz.; Inter-American Court of Human Rights, *Case of Apitz Barbera et al. ("First Court of Administrative Disputes") v. Venezuela*, Judgment of 5 August 2008, par. 78; United Nations Human Rights Committee, *Case of Hamilton v. Jamaica*, Communication No. 333/1988, CCPR/C/50/D/333/1988, 23 March 1994, par. 8.3.

<sup>37</sup> Oder, **a.g.e.**, s. 7.

<sup>38</sup> Aulis Aarnio, **The Rational as Reasonable A Treatise on Legal Justification**, D. Reidel Publishing Company, Dordrecht, 1987, s. xv-xvi.

bağlamda hukuki tartışmayı bireylerin bağımsız bir faaliyeti olarak değil, birliktelik içinde gerçekleşen bir diyalog olarak değerlendirmektedir. Alexy'ye göre hukuki tartışmaya “hukuki” niteliğini kazandıran unsur tartışmanın geçerli hukuk düzeni ve normları ile sınırlı olmasıdır. Yalnızca bir hukuki tartışmanın varlığı yargı kararlarının muhakemelerinin rasyonel olmasını sonuçlamaz; aynı zamanda yargı kararındaki önermeler yürürlükteki hukuk düzeninde makul olarak gerekçelendirilebilmelidir.<sup>39</sup> Alexy'nin argümantasyon teorisini şekillendirirken yararlandığı<sup>40</sup> Habermas'ın “*iletişimsel eylem teorisine (theory of communicative action)*” göre, argümantasyon açısından iyi temellendirilmiş bir konsensüse ulaşılması tartışma sonucu ortaya çıkan ifadeleri kabul edilebilir ve rasyonel kılmaktadır. Karşıt görüşlerin savunucuları birbirini ikna etmek ve konsensüse ulaşmak için argümanlarını yarıştırmaktadır, bu diyalektik çaba ortak bir gerçeğe ulaşma arayışının sonucudur.<sup>41</sup>

Gerekçelendirmenin yargı kararlarında kullanımına ilişkin iki boyutundan söz etmek mümkündür. Buna göre dahili gerekçelendirme, kararı gerekçelendirirken kullanılan öncüllerden (pozitif hukuk kuralları, ampirik önermeler veya ne pozitif hukuk kuralı ne de ampirik önerme olan diğer öncüller) karara ulaşılp ulaşılamayacağı ile ilgilidir. Harici gerekçelendirme ise dahili gerekçelendirmede kullanılan öncüllerin gerekçelendirilmesini ifade etmektedir.<sup>42</sup> Burada kastedilen argümantasyon ve yorumun bu öncüllerin ortaya konmasında iki ayrı faaliyet olmasıdır. Bir hukuk kuralının anlamı ve uygulaması tartışılırken, bu kuralın hukuk düzeninde meşru bir kural olduğu gösterilmeli ve aynı zamanda da kuralın yorumu gerekçelendirilmelidir. Burada karşımıza öncüllerin yorumlanması meselesi ve yorumun gerekçelendirilmesi kavramı çıkmaktadır.

---

<sup>39</sup> Alexy, **a.g.e.**, s. 211-214.

<sup>40</sup> Bkz.; Alexy, **a.g.e.**, s. 101-137.

<sup>41</sup> Jürgen Habermas, **Moral Consciousness and Communicative Action**, Çev. Christian Lenhardt - Shierry Weber Nicholsen, MIT Press, 1995, s. 160.

<sup>42</sup> Alexy, **a.g.e.**, s. 221-231.

### 3. Yorumun Gerekçelendirilmesi

Alexy'nin argümantasyon teorisini açıklarken yukarıda harici gerekçelendirme olarak ifade ettiği öncüllerin içinde ne pozitif hukuk kuralı ne de ampirik önerme olan bir gruptan söz edilmektedir. Harici gerekçelendirme kapsamında burada asıl ifade edilmek istenen yorumun gerekçelendirilmesi olgusudur. Alexy'ye göre günümüzde Savigny döneminden beri tartışılan ve ortaya konmaya çalışılan yorum ilkelerinin (*canons of interpretation*) en önemli işlevlerinden biri yorumun gerekçelendirilmesidir.<sup>43</sup>

Aarnio da, Alexy'nin kabul ettiği dahili ve harici gerekçelendirme ayrımını esas alarak yorumun gerekçelendirilmesi olgusunu bir diyalog olarak nitelendirmektedir.<sup>44</sup> Aarnio'ya göre, hazırlık çalışmaları, sistematik yorum, mahkeme kararları, doktrin ve pratik nedenler yorum diyalogunu gerekçelendirmede farklı yollar olarak karşımıza çıkar. Yorumun gerekçelendirmesinin aslen harici gerekçelendirme ile ilgili ve temel sorunun öncüllere ve içeriklerine uyumlu olarak uygulanacak yorum ilkelerinin belirlenmesi olduğunu kabul etmektedir.<sup>45</sup>

Yorumun gerekçelendirilmesinde, pozitif hukuk kuralları ve ampirik önermeler kimi zaman tek başına gerekçe için yeterli olabilir. Hüküm verilirken doğrudan pozitif hukuk kuralına veya bir ampirik önermeye dayanmak gerekçelendirmenin en basit ve temel görünümüdür. Bununla birlikte hukuk kuralları her zaman doğrudan gerekçelendirme olanağı vermez; ancak yorum yoluyla hükme ulaşmak mümkün olur.<sup>46</sup> Bu kapsamda Alexy yorum ilkelerini bir hukuk kuralının, önermenin veya yorumun gerekçelendirilmesini ve sonuç vermesini sağlayan “*argüman şemaları*”

---

<sup>43</sup> Alexy, **a.g.e.**, s. 134.

<sup>44</sup> Aarnio, **a.g.e.**, s. 108.

<sup>45</sup> Aarnio, **a.g.e.**, s. 120.

<sup>46</sup> Ertuğrul Uzun, **Akal Tutkunu Hukuk A. Peczenik'in Hukuki Argümantasyon Teorisi Üzerine Bir İnceleme**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 86-87.

olarak değerlendirmektedir. Alexy'ye göre, yorum ilkeleri hukuki gerekçelendirmenin gramerini, bir diğer deyişle düzeneğini, oluşturmaktadır.<sup>47</sup>

## B. Klasik Yorum İlkeleri

Klasik yorum teorisi her hukuki duruma uygulanabilir bir hukuk kuralının var olduğu ön kabulüne dayanmaktadır ve yargıcın görevi yalnızca yasa koyucunun iradesini ve hukuk kuralının anlamını ortaya çıkarmaktır.<sup>48</sup> Bu irade ve anlamın ortaya konmasında belli başlı yorum ilkelerinden yararlanılmaktadır.

Klasik yorum ilkelerinin belirlenmesinde günümüzdeki yaklaşımı açıklamadan önce yorum öğretisinin kökeninin Roma Hukuku dönemine uzandığı belirtilmelidir. Iustinianus döneminde hazırlanan ve Roma Hukuku'nun temelini aktaran Digesta'nın son kitabının son faslı "Eski Hukukun Çeşitli Kuralları Hakkında (*De diversis iuris regulis antiqui*)" başlığını taşımaktadır. Buna göre, Roma Hukuku'nda hukuk kuralı (*regula iuris*) benzer kavramların kısa ve öz sentezi (*plurium similium collectio brevis*) olarak tanımlanmıştır.<sup>49</sup>

Roma'da hukukçular modern sistemlerden farklı olarak formal hukuk eğitimi görmüyordu; bunun yerine ileri gelen hukukçuların yanında günlük uygulamayı görmek suretiyle hukuku öğreniyorlardı. Hukukta yorum da günümüzdeki anlamıyla teknik bir faaliyet değildi ve önde gelen ailelerin toplum yaşamına katkıları olarak kabul ediliyordu.<sup>50</sup> Bununla birlikte Proculian ve Sabinian ekolleri de günlük hukuk pratiğinin uygulanmasında zaman içerisinde oluşan hukuk ekolleri olarak karşımıza

---

<sup>47</sup> Alexy, **a.g.e.**, s. 245.

<sup>48</sup> Michel Troper, "Le Positivisme Comme Théorie du Droit", **Le Positivisme Juridique**, Ed.: Christophe Grzegorzcyk – Françoise Michaut – Michel Troper, L.G.D.J., Paris, 1992, s. 280.

<sup>49</sup> Michael Lobban, **A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence, A History of the Philosophy of Law in the Common Law World 1600-1900**, Vol. 8, Springer, 2016, s. 140.

<sup>50</sup> Barry Nicholas, **An Introduction to Roman Law**, Oxford University Press, New York, 1962, s. 28-29.



çıkmaktadır.<sup>51</sup> Roma’da erken imparatorluk döneminde hukuk kurallarının yorumu üzerine de bu iki karşıt ekolden söz edilmektedir. Bir yanda Proculian ekolü kuralların uygulanmasında sınırları belirli daha rasyonalist bir eğilim benimserken, diğer yanda Sabinian ekolü mümkün olduğunca esneklik sağlamayı ve somut olaya göre yorumu esas alan bir eğilimi savunmaktadır. Proculian ekolünün kurucusu Labeo’ya göre yazılı bir metnin anlamı sözcüklerin objektif ve kesin anlamına göre belirlenmelidir. Bu yöntem, klasik anlamda yorum ilkelerinden sözel yoruma karşılık geleceğini kabul edebileceğimiz “*verborum interpretatio*” olarak ifade edilmektedir.<sup>52</sup> Bu bağlamda metnin yazarının niyeti ne olursa olsun esas alınması gereken sözcüklerin objektif olarak ne ifade ettiğidir. Sabinus ve taraftarları ise metinlerin yorumunda daha esnek bir yaklaşım benimsemişlerdir.<sup>53</sup> İki farklı ekolün yoruma yaklaşımlarının pratikteki yansıması yargı kararlarının meşrulaştırılmasında karşımıza çıkmaktadır. Buna göre, Proculian ekolü taraftarları kararların meşrulaştırılmasında gerekçe (*ratio*) ölçütüne dayanırken Sabinian ekolü taraftarları önceki kararlara atıf yapma yolunu tercih etmişlerdir. Yargı kararlarının meşrulaştırılmasında bir yandan rasyonellik ölçütü kabul edilirken diğer yandan yerleşik uygulamalara ve önceki içtihatlarla dayanılması kabul edilmektedir.<sup>54</sup> Roma hukukundaki bu yaklaşımlar, çalışmanın ilerleyen kısımlarında ve özellikle ikinci bölümünde yer verilecek olan Amerika Birleşik Devletleri Hukuku’ndaki orijinalistler ve aktivistler arasındaki yorum farkı ile benzerlik göstermektedir. Orijinalist görüşü savunanlar anayasa normunun kabul edildiği zamandaki anlamını ortaya çıkarmayı amaçlarken, aktivistler değişen koşullarla yorumun da zamanla değişebileceğini savunmaktadırlar.<sup>55</sup>

---

<sup>51</sup> Ziya Umut, **Roma Hukuku Ders Notları**, 3. bs., Beta, İstanbul, 1999, s. 98-100; Nicholas, **a.g.e.**, s. 32-33.

<sup>52</sup> D.32.29pr., (Çevrimiçi) [http://droitromain.upmf-grenoble.fr/Anglica/D32\\_Scott.htm](http://droitromain.upmf-grenoble.fr/Anglica/D32_Scott.htm), Son Yararlanma Tarihi: 05.05.2016.

<sup>53</sup> Peter Stein, “Interpretation and Legal Reasoning in Roman Law”, **Chicago – Kent Law Review**, C. 70, No. 4, Haziran 1995, s. 1545-1546.

<sup>54</sup> Stein, **a.g.m.**, s. 1552.

<sup>55</sup> Orijinalist ve aktivist görüşler ile bu görüşlerin Roma Hukuku’na dayanan kökenleri için bkz.; Richard A. Epstein, “Beyond Textualism: Why Originalist Theory Must Apply General Principles of Interpretation to Constitutional Law”, **Harvard Journal of Law & Public Policy**, C. 37, No. 3, 2014, özellikle s. 706-708.

Günümüzde Savigny'nin “*Bugünkü Roma Hukuku'nun Sistemi (System des Heutigen Römischen Rechts)*” eseri yorum ilkelerinin sınıflandırılmasında temel eser olarak kabul edilmektedir ve hala Savigny'nin dörtlü sınıflandırması (“*Savigny kanonları*”, “*Savigny dörtlüsü*”) esas alınmaktadır. Buna göre Savigny, sözel, mantıksal, sistematik ve tarihsel yorum ilkelerini benimsemektedir.<sup>56</sup> Önceden kabul edilen ikili sözel – mantıksal yorum kalıbını, sözel – mantıksal – sistematik ve tarihsel yorum olarak dörtlü bir kalıba dönüştürmesi Savigny'nin yorum ilkelerinin sınıflandırılmasında getirdiği başlıca yenilik olarak kabul görmektedir.<sup>57</sup> Savigny'ye göre yorumda sözel unsur yasaların dilini ifade eder ve konusunu yasa koyucunun düşüncesini iletmede kullandığı sözcükler oluşturur. Mantıksal unsur, düşüncelerin birbiriyle olan mantık ilişkisini, tarihsel unsur yasanın yapıldığı andaki hukuki durumu ve sistematik unsur da hukuk kurumlarının ve ilkelerinin sistemli bütünlüğünü ifade eder. Sonuç olarak, Savigny'ye göre yorumda bu dört unsur birlikte değerlendirilmelidir. Her bir unsur bize yasanın yorumlanmasında birbirinden bağımsız veriler sağlar ve ancak bu unsurların birlikte incelenmesi ile yasanın içeriğine ulaşmak mümkün olur.<sup>58</sup>

Belirtmek gerekir ki, Savigny yasanın yorumlanmasında söz konusu dört unsurun da yetersiz kaldığı bir alan olarak “*kusurlu yasa metinlerini (les lois défectueuses)*” göstermektedir. Bir yasa metninin kusurlu olması belirsiz veya hatalı bir ifade içermesi anlamına gelmektedir. Bu tür metinler için Savigny üç farklı unsurdan daha söz etmektedir. Bunlar; yasanın bütününe incelenmesi, yasanın sebebi bakımından ele alınması ve yasanın yorumu sonucu ulaşılan değerinin takdir edilmesidir. Ayrıca Savigny kusurlu yasalar bakımından incelemenin, kusurlu olmayan yasa metinlerinin aksine bu belirli sıraya göre yapılması gerektiğini ifade etmektedir.<sup>59</sup>

---

<sup>56</sup> Bkz.; Savigny, **a.g.e.**, s. 199- 319.

<sup>57</sup> Oder, a.g.e., s. 10; Altan Heper, “Almanya’da Hukukta Yorum Üzerine Bazı Düşünceler”, **Ankara Barosu Dergisi**, 2012/1, s. 77.

<sup>58</sup> Savigny, **a.g.e.**, s. 206-207.

<sup>59</sup> Savigny, **a.g.e.**, s. 214-232.

Savigny'nin metoda ilişkin konuları esasında anayasa hukukunun sorunları olarak ele aldığı görülmektedir; bu bağlamda Savigny'nin metot tartışmaları “anayasaya uygunluk bilincini geliştirdiği” yönünde yorumlanmıştır.<sup>60</sup> Bu noktada Savigny'nin 1850'li yıllarda yayınladığı eserinde, bağlayıcı karar verecek ve hukuk birliğini ve güvenliğini sağlayacak bir yüksek mahkemenin varlığının zorunluluğuna o yıllardan işaret ettiğini hatırlatmak gerekir.<sup>61</sup>

Günümüzde Savigny'nin oluşturduğu bu yorum sistematigi hukuk doktrininde genel kabul görmüş olmakla birlikte, hukuk metinlerinde düzenlenmesi ve bağlayıcı kabul edilmesi sınırlıdır.<sup>62</sup>

## 1. Sözel Yorum

Bazı yazarlar tarafından “lafzi yorum”, “gramatik yorum”, “dilbilgisel yorum”, “söze göre yorum”, “deyimsel yorum” gibi kavramlarla<sup>63</sup> da belirtilen sözel yorum; bir normda yer alan sözcüklerin ve deyimlerin dildeki sözlük anlamına, söz dizimine, dil bilgisi kurallarına ve noktalama işaretlerine dayanarak yapılan yorumu ifade etmektedir.<sup>64</sup>

Bir normun anlamını belirlemek için ilk olarak metinde yer alan sözel unsurlara başvurulur. Sözel çıkarım, bir diğer deyişle semantik argüman, yorumu meşrulaştırmak, eleştirmek veya yorumun en azından sözel olarak kabul edilebilir olduğunu ortaya koymak için kullanılabilir.<sup>65</sup> Bu bağlamda sözel yorum ilkesi, başka

---

<sup>60</sup> Heper, **a.g.m.**, s. 78.

<sup>61</sup> Savigny, **a.g.e.**, s. 315.

<sup>62</sup> Savigny'nin yorum ilkelerinin hukuki karşılığını bulduğu bir metin olarak Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi verilebilir. İleride “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Yorum Yöntemleri” başlığı altında 1969 Viyana Sözleşmesi ve yorum ilkeleri ile ilgili açıklamalara yer verilmiştir.

<sup>63</sup> Farklı kavramların kullanımı için bkz.; Sağlam, **a.g.e.**, s. 44; Işıқтаç – Metin, **a.g.e.**, s. 194; Gözler, **a.g.e.** (Anayasa Hukukunun Genel Teorisi), s. 230; Oder, **a.g.e.**, s. 33; Metin, **a.g.e.**, s. 15.

<sup>64</sup> Gözler, **a.g.e. (Hukukun Genel Teorisine Giriş)**, s. 166; Sağlam, **a.g.e.**, s. 44.

<sup>65</sup> Robert Alexy, **A Theory of Legal Argumentation The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification**, Çev. Ruth Adler – Neil MacCormick, Oxford University Press, 2010, s. 235.

yorum ilkelerine başvurmak zorunlu olduğunda dahi yorumun temel başlangıç aşaması olarak karşımıza çıkar.<sup>66</sup> Nitekim Lieber'in "sözcüklerin gerçek anlamını ortaya çıkarma sanatı"<sup>67</sup> olarak ifade ettiği yorum tanımında da yorumun ilk önce sözcüklerden başladığı ortaya konmaktadır. Gerçekten de yorumun konusunu; karmaşık, eksik, kapalı veya çelişkili bir metin veya metin benzeri (*text or text-analogue*) sözel bir ifade oluşturmaktadır. Bu bağlamda yorum bilim bakımından bir muhakemenin değerlendirilmesinde, bu muhakemeyi "doğru ve başarılı" yapan ölçütlerin başında öncelikle ifadenin "dilinin" anlaşılması gelmektedir.<sup>68</sup> Dilin anlaşılmasında ise sözcüklerin anlamının belirlenmesinde kullanılacak ölçütün ne olacağı sorunu karşımıza çıkmaktadır. Öznel yaklaşıma göre, yasa koyucunun öznel iradesi sözcüklerin anlamının belirlenmesinde esas alınmaktadır. Nesnel yaklaşıma göre ise, sözcüklerin yasa koyucunun iradesinden bağımsız olarak nesnel anlamlarının ele alınması savunulmaktadır.<sup>69</sup> Bu noktada öznel yorum bakımından, özellikle yasa gerekçeleri ve meclis görüşmeleri yorumda yasa koyucunun iradesinin belirlenmesi kapsamında göz önüne alınabilir.

Sözel yorumda temel kural sözcüklerin olağan anlamıyla yorumlanmasıdır. Bununla birlikte kimi zaman sözcükler teknik, bilimsel veya hukuki<sup>70</sup> anlamlarıyla ya da dilde farklı anlamlarıyla kullanılmış olabilir.<sup>71</sup> Sözel yorumun eksik kaldığı nokta da burada karşımıza çıkmaktadır ve başka yorum ilkeleriyle, özellikle

---

<sup>66</sup> Oder, **a.g.e.**, s. 33; Gözler, **a.g.e.** (**Hukukun Genel Teorisine Giriş**), s. 166.

<sup>67</sup> Lieber, **a.g.e.**, s. 23.

<sup>68</sup> Charles Taylor, "Interpretation and the Sciences of Man", **Interpretive Social Science A Second Look**, Ed. Paul Robinow – William M. Sullivan, University of California Press, 1988, s. 33, 36.

<sup>69</sup> Oder, **a.g.e.**, s. 35.

<sup>70</sup> "Yasalar her şeyden önce, sözü ile uygulanır. Yasa metinlerinin ve sözcüklerinin, **hukuk dilindeki anlamlarına göre** anlaşılmalı gerekir. Yasa kuralının, günün toplumsal ve ekonomik gerekleriyle çeliştiği sanılsa bile, yürürlükte kaldığı sürece uygulanması hukukun gereğidir. Kimi gerekçelerle bu kuralın dışına çıkılması, metinlerin anlamlarından başka biçimlerde yorumlanması, metnin bir tür düzeltilmesine kalkışılması, aslında yasada olmayana yasaya yakıştırmak ve yorum yoluyla amacını değiştirmek ya da yasakoyucunun yerini almak olur." AYM Kararı, E. 1992/21, K. 1992/19, 17.3.1992; AYM Kararı, E. 1993/20, K. 1993/17, 20.4.1993; AYM Kararı, E. 1994/76, K. 1994/73, 13.10.1994; AYM Kararı, E. 1996/6, K. 1996/6, 14.2.1996; AYM Kararı, E. 1999/21, K. 1999/17, 12.5.1999. (Vurgu eklenmiştir.)

<sup>71</sup> Alexy, **a.g.e.**, s. 235; Peczenik, **a.g.e.**, s. 382-383.

sistematik yorum ile desteklenmelidir.<sup>72</sup> Bu noktada “*yorumsal döngü (hermeneutical circle)*”<sup>73</sup> kavramından bahsetmek gerekir. Yorumsal döngü teorisi, yorum bilim bakımından bir metnin bütün olarak anlaşılması için parçalarına bakılması gerektiğini ve aynı zamanda da parçaların anlaşılması için metnin bütününe bakılması gerektiğini ifade etmektedir. Metnin parçaları ve bütünü birbirleri olmaksızın tam olarak anlaşılamaz.<sup>74</sup>

Sözel yorumun eksiklikleri yüksek mahkeme kararlarına da konu olmuştur. Bu kapsamda bir örnek, Amerikan Yüksek Mahkemesi’nin *Green v. Bock Laundry Machine Company* kararında<sup>75</sup> Yargıç Scalia’nın dava konusu hukuk kuralındaki ifadenin yalnızca sözel olarak yorumlanırsa abes ve muhtemelen anayasaya aykırı bir sonuç doğuracağını beyan ettiği muhalefet şerhidir.<sup>76</sup> Sözel yoruma aşırı bağlılık

<sup>72</sup> Sağlam, *a.g.e.*, s. 44; Oder, *a.g.e.*, s. 36.

<sup>73</sup> Yorumsal döngü kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.; Jean Grondin, “What Is the Hermeneutical Circle?”, *The Blackwell Companion to Hermeneutics*, Ed. Niall Keane – Chris Lawn, Wiley Blackwell, 2016, s. 299-306.

<sup>74</sup> Hans-Georg Gadamer, *Truth and Method*, Çev. Joel Weinsheimer – Donald G. Marshall, Bloomsbury Academic, 2013, s. 304; Taylor, *a.g.m.*, s. 36. Anayasa Mahkemesi’nin bir kararında bu görüşün yansımaları şöyle görülmektedir; “*Dâva konusu Yasanın maddeleri teker teker incelenerek Anayasa’ya aykırı olup olmadıkları belli edilmedikçe yalnız birçok maddelerde kararname yapılması öngörülmüş ve yıllık programlara dayanılmış bulunulmasına bakılarak Anayasa’ya aykırılık konusunda bir karara varılamaz; zira, incelenen kanun baştan sona değin tek bir konuyu düzenlemiş olmayıp birbiri ile ilişkisi bulunmayan alanlarda ve değişik nitelikte düzenleme yapan türlü kuralları bir arada toplamış bulunmaktadır. Bu bakımdan bu dâvada, ileri sürülen biçimde bir yorumun benimsenmesi. Anayasa sınırları içinde kararname çıkarılmasını öngörmüş bulunan veya kararnameden söz edilmeyen madde, bent ya da fıkraların dahi iptal edilmesi sonucunu doğurur ki Anayasa Mahkemesi ancak Anayasa’ya aykırı kuralları iptal ile görevli kılınmış olduğundan, böyle bir karar onun görevi sınırlarını aşan bir nitelik kazanır. Demek ki bu Yasanın maddelerini ayrı ayrı inceleyip sonuca göre karar vermek yerinde olur.*” AYM Kararı, E. 1967/41, K. 1969/57, 23,24 ve 25.10.1969. Mahkeme’nin bir diğer kararında ise benzer görüş şu şekilde ifade edilmektedir; “*Özetlemek gerekirse, Kanun Koyucu, Siyasi Partiler Kanunu’nun çeşitli maddelerinde yer alan "Kapatılan siyasi parti" kavramını, fonksiyonel-gai olarak yani yer aldığı maddenin ereğine gözönünde tutarak değişik anlamlarda kullanılmıştır. Bu nedenle, savunmada ileri sürüldüğü gibi kapatılan parti deyiminin geçtiği diğer bir maddeye dayanılarak 96. maddenin ikinci fıkrasındaki "Kapatılan siyasi parti" kavramının yorumlanmasına olanak görülmemiştir.*” AYM Kararı, E. 1984/1, K. 1984/1, 28.9.1984.

<sup>75</sup> *Green v. Bock Laundry Machine Company*, 490 U.S. 504, (1989).

<sup>76</sup> “*We are confronted here with a statute which, if interpreted literally, produces an absurd, and perhaps unconstitutional, result. Our task is to give some alternative meaning to the word "defendant" in Federal Rule of Evidence 609(a)(1) that avoids this consequence; and then to determine whether Rule 609(a)(1) excludes the operation of Federal Rule of Evidence 403.*” (Vurgu eklenmiştir.) *Green v. Bock Laundry Machine Company*, 490 U.S. 504, (1989), Yargıç Scalia’nın muhalefet şerhi.

ABD’de “metinselcilik / textualism” doktrini çerçevesinde değerlendirilmiştir. Bu kapsamda metinselcilik, anayasa koyucunun niyetini (iradesini) esas almak yerine, anayasanın orijinal anlamına dayanan bir yorum yaklaşımı olarak karşımıza çıkmaktadır.<sup>77</sup> *Textualism* sözcüğünün ilk kez bir ABD Yüksek Mahkemesi kararında yer bulması *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*<sup>78</sup> kararına dayanmaktadır. Bu kararda, Yargıç Jackson’ın mutabık görüşünde bazı maddelerin değişen zamana karşı işlemez hale gelmemesi ve esnekliklerinin korunması için metinselciliğin katılığından korunmanın önemi ifade edilmiştir.<sup>79</sup>

Benzer şekilde Güney Afrika Anayasa Mahkemesi’nin 1982 tarihli *Attorney General v. Moagi* kararında, temel hakların “dili elverdiği ölçüde” geniş yorumlanması gerektiği ifade edilmektedir.<sup>80</sup> Aynı ifadeye Mahkeme’nin 1995 tarihli *S v. Zuma ve Diğerleri*<sup>81</sup> kararında da atıf yapılmakta ve yasa koyucunun sözü eğer değerlere genel bir başvuru lehine göz ardı edilirse, bunun yorum değil ancak “tahmin” olarak nitelendirilebileceği ifade edilmektedir. Bu kapsamda temel hakların yorumlanmasında sözel yoruma sıkı sıkıya bağlı bir yorum ilkesi benimsenmemekle birlikte, yasanın sözünün tamamen göz ardı edilmeden, elverdiği ölçüde geniş yorumlanması Güney Afrika Anayasa Mahkemesi tarafından kabul edilmiştir.

---

<sup>77</sup> William Michael Traenor, “Against Textualism”, *Northwestern University Law Review*, Vol. 103, No. 2, 2009, s. 983.

<sup>78</sup> *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, 343 U.S. 579 (1952).

<sup>79</sup> “Some clauses could be made almost unworkable, as well as immutable, by refusal to indulge some latitude of interpretation for changing times. I have heretofore, and do now, give to the enumerated powers the scope and elasticity afforded by what seem to be reasonable, practical implications, instead of the rigidity dictated by a doctrinaire textualism.”, Yargıç Jackson’ın mutabık görüşü.

<sup>80</sup> *Attorney General v. Moagi*, 1982 (2) BLR 124 (CA). “(...) a constitution such as the Constitution of Botswana, embodying fundamental rights, should as far as its language permits be given a broad construction.”

<sup>81</sup> *S v. Zuma and Others*, 1995 (2) SA 642 (CC); 1995 (4) BCLR 401 (SA), bkz.; “(...) We must heed Lord Wilberforce’s reminder that even a constitution is a legal instrument, the language of which must be respected. If the language used by the lawgiver is ignored in favour of a general resort to “values” the result is not interpretation but divination. (...)”

## 2. Sistematik Yorum

Sistematik yorum, bir hukuk normunun anlamlandırılmasında sözel yorumun aksine yalnızca metnin değil, diğer normlarla beraber değerlendirilerek bütünün bağlamından normun yorumlanmasını ifade etmektedir.<sup>82</sup> Sistematik yorumda belirleyici olan normatif bütünlüktür ve yasanın sistematik bir bütünlük teşkil ettiği varsayımından yola çıkılır.<sup>83</sup> Bu bağlamda hukuk normlarını tek başına düşünmek mümkün değildir ve hukuk düzeni normların yığınından öte sistematik bir birliğe dayalı bir düzendir.<sup>84</sup> Yasalar da mantıksal olarak birbirini tamamlayan sistemli bir bütünün parçalarını oluşturur.<sup>85</sup>

Hukuk normunun sistematik yorumunda hukuki sorunu çözmeyi kolaylaştıran, hukuki soruna benzer olayları düzenleyen veya normun yorumlanmasına katkı sağlayan diğer hukuk normlarından yararlanılabileceği gibi yasaların veya maddelerin başlığından da yararlanılabilir. Ayrıca normlarda yer alan kavramlar bakımından da bu kavramların teorik ve hukuk sistemlerindeki yerleri dikkate alınabilir.<sup>86</sup>

Sistematik yorumda, ilgili hukuk normunun diğer normlarla mantıksal bağlantısı tespit edilmelidir. Normlar hiyerarşisi bakımından da hukuk normlarının tutarlı bir bütün olduğu ve bu kapsamda sistematik yorum göz önüne alınmalıdır. Bunun sonucunda alt normu üst norma uygun yorumlamak gerekir.<sup>87</sup>

---

<sup>82</sup> Gözler, **a.g.e. (Anayasa Hukukunun Genel Teorisi)**, s. 233-234; Oder, **a.g.e.**, s.55; Alland – Rials, **a.g.e.**, s. 844.

<sup>83</sup> Sağlam, **a.g.e.**, s. 45.

<sup>84</sup> Işıқтаç – Metin, **a.g.e.**, s. 198.

<sup>85</sup> Eyrenci, **a.g.m.**, s. 48.

<sup>86</sup> Peczenik, **a.g.e.**, s. 384-388.

<sup>87</sup> Işıқтаç –Metin, **a.g.e.**, s. 199.

Türk Anayasa Mahkemesi ise sistematik yorumu şöyle tanımlamaktadır;

*“(...) Sistematik yorum yöntemi gereğince, herhangi bir hukuk kuralının tek başına değil, içinde bulunduğu metnin tümü göz önünde tutularak yorumlanması gerekir. Bu nedenle bir kuralın anlamı, kuralın kanunda yer aldığı kısım ve bölümler, diğer kurallarla ilişkisi, kanunun plan ve sistematigi içerisindeki konumu dikkate alınarak belirlenmelidir.”<sup>88</sup>*

Bu noktada “iç sistematik” ve “dış sistematik” ayrımı ortaya konmalıdır. İç sistematik, yorumda normun anlam bütünlüğünü ifade ederken, dış sistematik ise anlamın sınıflandırmasını belirtmektedir. Burada sınıflandırma ile kastedilen normların düzenlendikleri bölümler, başlıklar veya alt başlıklar gibi unsurlardır. Sistematik yorumda öncelikli olarak dikkate alınacak olan ise, bu sınıflandırma unsurlarının ötesinde, iç sistematigi oluşturan anlam ve kavram bütünlüğüdür.<sup>89</sup>

Sistematik yorum bağlamında iç sistematik, bir diğer deyişle anlam bütünlüğü, anayasa normlarının yorumlanmasında anayasanın bütünlüğü ilkesi çerçevesinde karşımıza çıkmaktadır.<sup>90</sup> Bu bağlamda iç sistematik, Anayasa Mahkemesi kararlarında da özellikle anayasanın bütünlüğü ilkesi çerçevesinde yer bulmuştur. Buna göre, Anayasa Mahkemesi’nin bir kararında anayasanın bütünlüğü ilkesine ilişkin yorum şöyle ifade edilmiştir;

*“(...) Bu hükmünde yer alan 'başvurulamaz' ibaresi, kesin bir önerme olup andlaşmalara karşı Anayasa Mahkemesine başvuru yolunu kapatmaktadır. Anayasa, andlaşmaların denetimine ilişkin istisnai düzenlemelere de yer vermemiş olduğundan bu hükmün aksine bir uygulamanın da yorum yoluyla yapılabilmesi mümkün değildir. Ayrıca, anayasanın bütünlüğü ilkesi açısından bakıldığında, milletlerarası ilişkilerin niteliği gereği andlaşmalar üzerindeki tek denetimin onların onaylanmasını uygun*

---

<sup>88</sup> AYM Kararı, E. 2012/104, K. 2013/87, 10.07.2013.

<sup>89</sup> Oder, **a.g.e.**, s. 59.

<sup>90</sup> Esen, **a.g.e.**, s. 74.



*bulmaya dair kanunun görüşülmesi sırasında TBMM'nin yapabileceği siyasal denetim olduğu açıktır.”<sup>91</sup>*

Anayasa Mahkemesi kararlarında genel olarak da sistematik yorumun izlerini bulmak mümkündür. Örneğin yakın tarihli bir kararda, 6287 sayılı İlköğretim ve Eğitim Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un bazı maddelerinin Anayasa'ya aykırılığı iddiası ile Anayasa Mahkemesi önüne gelmesi sonucunda, Mahkeme'nin kararında laiklik ilkesinin değerlendirilmesinde sistematik yorumdan yararlanılmıştır. Buna göre Mahkeme kararında sistematik yorum aşağıdaki gibi ortaya konulmaktadır;

*“(…) Laiklik, 1937 yılından itibaren anayasalarımızda yer alan temel ilkelerden biridir. Bu kavramı tanımlarken ve unsurlarını ortaya koyarken, sistematik yorum yöntemi kullanmak suretiyle Anayasa'nın konuya ilişkin tüm hükümlerini bütüncül bir yaklaşımla değerlendirmek gerektiği açıktır.”*

*(...) Diğer yandan, Türkiye Cumhuriyeti Devletinin kuruluşu öncesine giden bazı toplumsal ve siyasal olayların azınlık dinlerinin mensuplarına özgü hukuki düzenlemeleri beraberinde getirdiği de bir gerçektir. Dolayısıyla, dava konusu kuralın diğer dinlerin mensupları aleyhine bir eşitsizliğe neden olup olmadığını incelerken, sistematik yorum gereği hukuk düzenini bir bütün olarak ele almak, konuyu mevzuattaki diğer hükümlerle birlikte değerlendirmek gerekecektir.”<sup>92</sup>*

---

<sup>91</sup> AYM Kararı, E. 2010/92, K. 2012/86, 31.05.2012. Aynı yönde başka bir karar için bkz.; AYM Kararı, E. 2011/48, K. 2012/88, 31.05.2012. Ayrıca sistematik yorumda anayasanın bütünlüğü ilkesine ilişkin yaklaşım karşı oy yazılarında da yer almaktadır. Buna göre bir karşı oy yazısında şöyle ifade edilmektedir; “Anayasa hükümlerinin anayasanın bütünlüğü (*Die Einheit der Verfassung*) ilkesi gözönünde tutularak yorumlanması zorunludur. Anayasa hükümlerinden birinin diğeri ile çatışır gözükmesi halinde bunlardan herbirine optimal etkililik sağlayarak, yani birini diğere feda etmeden bir sonuca varmak, pratik uyuşum (*Praktische Konkordanz*) ilkesinin bir gereğidir.” AYM Kararı, E. 2002/143, K. 2004/46, 31.03.2004, Tülay Tuğcu ve Fazıl Sağlam'ın Karşı Oy Yazısı.

<sup>92</sup> AYM Kararı, E. 2012/65, K. 2012/128, 20.09.2012.

### 3. Tarihsel Yorum

Tarihsel yoruma özellikle yasa koyucunun amacının belirlenmesi hedefiyle, normun oluşum ve yapım sürecini, normdan önceki hukuki durumu ve normun gerekçesini ortaya koymak için başvurulmaktadır.<sup>93</sup>

Tarihsel yorum, bazı yazarlar tarafından özellikle sözel yorum ilkesine yardımcı veya sözel yorumun yeterli olmadığı durumlarda başvurulmuş bir yorum ilkesi olarak görülmektedir. Buna göre, hukuk normunun nasıl oluştuğunu, hangi anlamın hedeflendiğini ve yasa koyucunun izlediği amacı belirlemede tarihsel yorumdan yararlanılabileceği kabul edilmektedir.<sup>94</sup>

Tarihsel yorumun uygulaması dar anlamda tarihsel yorum ve genetik yorum olarak ayrılmaktadır. Bu ayrım, norm öncesi durum ve yasa koyucunun normu oluşturmaktaki niyeti arasındaki farklılığa dayanmaktadır. Dar anlamda tarihsel yorum normun ortaya çıktığı dönemdeki olayları, varsa normun eski halini ve değişimleri esas almaktadır. Buna karşılık, genetik yorum yasa koyucunun iradesine dayanmaktadır. Genetik yorum bakımından parlamento görüşmeleri, tutanaklar, yasa ve madde gerekçeleri esas alınır.<sup>95</sup> Tarihsel yorumun bir türü olarak genetik yorum genel anlamıyla hukuk normunun hazırlık çalışmalarına (*travaux préparatoires*) dayanan geçmişine bağlı olarak karşımıza çıkmaktadır.<sup>96</sup> Bu noktada Peczenik, yorumda hazırlık çalışmalarına başvurulmasının gerekliliğine dikkat çekmektedir. Peczenik, yasama faaliyetinin çok hızlı geliştiğini belirtmekte ve yasa koyucunun gerçek niyetinin anlaşılması için hazırlık çalışmalarında formüle edilen ve kayda

---

<sup>93</sup> Oder, **a.g.e.**, s. 74.

<sup>94</sup> Friedrich Müller, **Anayasa Hukukunun Çalışma Yöntemleri**, Ed. Fazıl Sağlam, İstanbul, Maltepe Üniversitesi Yayınları, 2009, s. 37; Işıktaç – Metin, **a.g.e.**, s. 201.

<sup>95</sup> Esen, **a.g.e.**, s. 9; Oder, **a.g.e.**, s. 80-81.

<sup>96</sup> Feteris, **a.g.e.**, s. 14.

geçen bilgilerin, özellikle normun yorumunda meşru bir gerekçelendirme zemini oluşturması bakımından işlevsel olduğunu vurgulamaktadır.<sup>97</sup>

Tarihsel yorum özellikle “*kendi içine dönük*” olarak yapılan genetik yorum ilkesi bakımından eleştirilmektedir. Eleştirilere göre genetik yorum, yasa koyucunun hukuk normunun olduğu andaki iradesi ve motivasyonuna dayanmaktadır; oysa norm sosyal ihtiyaçlara göre değişiklik gösterebilir. Bu bağlamda hukuk normu, ihtiyaçlar çerçevesinde “*dışa dönük*” yorumlanarak yasa bağımsız bir irade olarak ele alınmalıdır. Hukuk normunun yorumunda, normun uygulandığı andaki koşullar esas alınmalı ve yasanın iradesi ile yasa koyucunun iradesi ayrılmalıdır.<sup>98</sup> Böylelikle, özellikle anayasa yargıçlarının “*Anayasa’yı yeniden yapma*” (“*yeniden yapıcılık*”) rolü dikkate alınmalıdır.<sup>99</sup> Bu görüşlere göre anayasalar dinamik ve yaşayan metinler olarak kabul edilmelidir. ABD Hukuku’nda anayasanın yorumlanması konusunda iki zıt görüş olan orijinalizm (*originalism*) ve yaşayan anayasa (*living constitution*) görüşleri arasındaki farklılıklar, tarihsel yorum metoduna ilişkin bu eleştirilerin de temelinde yer alan karşıt savlardır. Orijinalist görüşü savunanlar, anayasa normunun kabul edildiği zamandaki anlamını ortaya çıkarmayı amaçlar, normun yorumunun ancak anayasa değişiklikleri ile farklılaşabileceğini kabul eder ve yargıçların yorum faaliyetleri ile gelişen yaşayan anayasa fikrine karşı çıkarlar.<sup>100</sup> Bununla birlikte, Yüksek Mahkeme’nin kararlarında da ileri sürülen yaşayan anayasa görüşü orijinalist görüşe karşı savunulmaktadır ve Anayasa’nın kabul edildiği zamandan bu yana metninin ötesinde anlamları da içerebileceği kabul edilmektedir.<sup>101</sup>

---

<sup>97</sup> Peczenik, **a.g.e.**, s. 351-355.

<sup>98</sup> Esen, **a.g.e.**, s. 8-13.

<sup>99</sup> Mümtaz Soysal, **Dinamik Anayasa Anlayışı Anayasa Diyalektiği Üzerine Bir Deneme**, Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1969, s. 99.

<sup>100</sup> William H. Rehnquist, “The Notion of a Living Constitution”, **Harvard Journal of Law & Public Policy**, C. 29, No. 2, s. 401-415; Jack M. Balkin, “Framework Originalism and the Living Constitution”, **Northwestern University Law Review**, C. 103, No. 2, 2009, s. 549-554; Lawrence B. Solum, “What Is Originalism? The Evolution of Contemporary Originalist Theory”, **The Challenge of Originalism Theories of Constitutional Interpretation**, Ed.: Grant Huscroft – Bradley W. Miller, Cambridge University Press, New York, 2011, s. 32-41.

<sup>101</sup> *Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551 (2005), Yargıç Stevens’in ayırık oy yazısı. “Eğer 8. Değişiklik kabul edildiği zamanki haliyle yorumlanmaya devam edilseydi, günümüzde yedi yaşında bir çocuğun infaz edilmesinin önünde hiçbir engel olmazdı.”

Tarihsel yorum, özellikle yargı kararının meşruluğuna dair arayışlara yasa koyucunun referans alınması ile hizmet etmektedir. Hukuku yasa koyucunun iradesini esas alarak açıklayan bu görüş için tarihsel referans bir bakıma zorunludur. Oysa hukuk, sözel, sistematik ve amaçsal unsurlarıyla birlikte bir bütün olarak değerlendirildiğinde uyarlanabilirliği, dolayısıyla yaşayabilirliği artar. Bu bağlamda tarihsel yorum dışında kalan yorum ilkelerinin meşruluğu da bu uyarlanma yeteneğine bağlı olarak savunulabilir.<sup>102</sup> Sonuç olarak tarihsel yorum, hukuk normlarının içeriklerinin zaman içinde farklılaşması olasılığını ve uyarlanma yeteneğini göz ardı etmesinden ötürü sınırlı bir yorum ilkesi olarak karşımıza çıkmaktadır.

Türk Anayasa Mahkemesi kararlarında da tarihsel yorum ilkesinin uygulanmasına ilişkin görüşlere yer verilmektedir. Bu bağlamda Mahkeme'nin bir kararında, normun yasalaşması aşamasında yasama belgelerinin yalnızca yasa koyucunun o anki düşüncelerini içerdiği; oysa zamanla yasanın bağımsız olarak yasa koyucunun iradesinin ötesine geçerek kendine özgü anlamlar kazanmasının mümkün olduğu ifade edilmiştir.<sup>103</sup>

#### 4. Teleolojik Yorum

Gai, amaçsal veya fonksiyonel yorum olarak da ifade edilen<sup>104</sup> teleolojik yorum temel olarak, yasanın sözünün ve özünün yorumda birlikte ele alınması gerekliliğini esas alır. 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 1. maddesinde “Kanun sözıyla ve özüyle değindiği bütün konularda uygulanır.” ifadesinde belirtilen “öz”

---

<sup>102</sup> Oder, **a.g.e.**, s. 91-92.

<sup>103</sup> “Öte yandan, 2949 sayılı Yasa'nın Anayasa ile aynı dönemde ve aynı irade tarafından yürürlüğe konulması onun gerekçelerine güç kazandırmaz. Yasalaşma evresine ilişkin subjektif görüşlerin de kurala verilen anlamı doğrulamak gibi belirleyici bir işlevi olamaz. Yorumun amacı, yasama belgelerinden bağımsız olarak Anayasa veya yasa kuralındaki hukuksal gerçekliği saptamaktır. Yasama belgeleri, sadece yasayı yapan gücün o andaki düşüncelerini, amacını ortaya koyması bakımından önemlidir. Ancak, Yasa'nın her zaman bunları aşması veya zaman içinde çok farklı anlamlar kazanması olanaklıdır.” AYM Kararı, E. 2007/84, K. 2007/74, 30.7.2007, Fulya Kantarcıoğlu'nun Değişik Gerekçe Yazısı.

<sup>104</sup> Gözler, **a.g.e.** (Anayasa Hukukunun Genel Teorisi), s. 234; Işıktaç - Metin, **a.g.e.**, s. 201; Sözer, **a.g.e.**, s. 76; Sağlam, **a.g.e.**, s. 47.

kavramı öncelikle yasa metninin amacını içermektedir. Bu bağlamda norm ve norm metni, bir diğer deyişle yasanın sözü, her zaman aynı olmayabilir. Norm gerek sözel ifadesini gerekse amacını içinde barındırmaktadır ve norm yorumlanırken yalnızca sözel yorumdan yararlanmak, amaç unsurunu göz ardı etme sonucu doğuracağından eksik bir yorum faaliyetine sebep olacaktır.<sup>105</sup>

Teleolojik yorumda normun amacı esas alınmaktadır; bu bağlamda normda zamanla farklılaşan toplumsal ihtiyaçlara ilişkin değişimler de dikkate alınmalıdır. Teleolojik yorumu tarihsel yorumdan ayıran en önemli özellik de normun yapıldığı zamanda yasa koyucunun iradesinin değil, bizzat yasanın amacının, bir diğer deyişle *ratio legis*inin, göz önüne alınması gerekir.<sup>106</sup> Hukuki normun yorumunda hazırlık çalışmalarının önemine dikkat çeken Peczenik,<sup>107</sup> *ratio legis* kavramını da hazırlık çalışmalarından yola çıkarak açıklamaktadır. Yasanın yorumlanması faaliyetini “*yasanın sübjektif inşası (subjective construction of statutes)*” olarak ifade eden Peczenik, *ratio legis*in tüm hukuk sistemini kapsayan tek bir birey olarak düşünülen yasa koyucunun görüşü olmadığı gibi, yasama faaliyetine katılanların ayrı ayrı bireysel görüşlerini de ortaya koymadığını savunmaktadır. Bu bağlamda *ratio legis*i, hazırlık çalışmalarına katılan bireylerin lafzından ortaya çıkan norm ifadeleri bütünü/sistemi olarak değerlendirmektedir.<sup>108</sup>

Türk Anayasa Mahkemesi’nin anayasa normlarını yoruma ilişkin yaklaşımı ilk olarak yasama organının hazırlık çalışmalarını, yasanın gerekçesini ve tasarı veya teklif aşamasındaki sürecini teknik olarak değerlendirme şeklinde ortaya çıkarken; 1965 tarihli bir kararı<sup>109</sup> ile başlayarak, Mahkeme’nin zamanla normun getiriliş

---

<sup>105</sup> Sözer, **a.g.e.**, s. 77; Sağlam, **a.g.e.**, s. 47.

<sup>106</sup> Gözler, **a.g.e.**, s. 234-235.

<sup>107</sup> Bkz.; Yukarıda “Tarihsel Yorum” başlığı.

<sup>108</sup> Peczenik, **a.g.e.**, s. 347-348.

<sup>109</sup> “Halbuki 101. maddenin son fıkrası, söz konusu Komisyona, yalnız Senato Genel Kurulunun kararını benimseyen üyeleri vermekle Karma Komisyonda Senato görüşünün sonuna kadar savunulacağı düşüncesini ortaya koymaktadır ki bu da **92. madde ile güdülen amacın tersine** bir yol tutulmak istendiğini gösterir.

amacını araştırma yoluna gittiği de görülmektedir.<sup>110</sup> Anayasa Mahkemesi yakın tarihli bir kararında teleolojik (amaçsal) yorumunun içeriğini şöyle ifade etmektedir:

*“(...) amaçsal yorum yöntemi de kuralın anlamına, düzenlemenin amacına ya da temel gerekçesine, kanunun çıkarılış nedenine göre yorumlanmasını gerekli kılar.”*<sup>111</sup>

Anayasa Mahkemesi’nin amaçsal yorum ilkesinden ilk kez yararlandığı 1965 tarihli kararında sözü geçen “anayasa maddesinin ruhuna aykırılık” ifadesi de temel olarak yorumda amaç unsurunu esas alan bir değerlendirmeye işaret etmektedir. Bu bağlamda, “yasanın ruhu” kavramına bakış açısı tercih edilen yorumun yönteminde belirleyicidir. 1961 Anayasası’nın 11. ve 1982 Anayasası’nın 13. maddesinde temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması bağlamında yer verilen “anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olma” ölçütü sözel yorumun yetersiz kaldığı durumlarda anayasanın ruhunun, bir diğer deyişle özünün, dikkate alınması gerektiğini ifade etmektedir.<sup>112</sup>

Teleolojik yorumun, anlamı açık normlar bakımından uygulama alanı bulamayacağını belirtmek gerekir; yargıcın normun sözüne bağlılığı esastır.<sup>113</sup> Bu

---

*Tüzüğe bu nitelikte bir hüküm koyma yetkisinin var olduğu kabul edilecek olursa aynı yetkiyi Millet Meclisine de tanımak zorunluğu açıktır. Bir an için Millet Meclisinin de bu yetkisinden yararlanarak tüzüğüne bu yolda bir hüküm koyduğunu düşünelim:*

*Bu takdirde 92. maddeye göre uzlaşma amacı ile kurulması gereken Karına Komisyon, birbirine zıt görüşlerin eşit şekilde karşılıklıya getirildiği bir kuruluş olacak ve böyle bir kuruluş karşılıklı anlayışla bir uzlaşmaya varma yerine sonu gelmeyen çekişmelerle uğraşıp duracaktır.*

*Görülüyor ki 101 inci maddenin son fıkrası hükmü; **Anayasa’nın 92 nci maddesinin ruhuna aykırı bir uygulamaya da imkân verecek niteliktedir.**” AYM Kararı, E. 1964/19, K. 1965/11, 02.03.1965. (Vurgu eklenmiştir.)*

<sup>110</sup> Esen, **a.g.e.**, s. 32-34.

<sup>111</sup> AYM Kararı, E. 2012/104, K. 2013/87, 10.07.2013.

<sup>112</sup> Sağlam, **a.g.e.**, s. 47; Oktay Uygun, **1982 Anayasası’nda Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi**, Kazancı, İstanbul, 1992, s. 142-144. Bu konuda bkz.; AYM Kararı, E. 1967/41, K. 1969/57, 23,24 ve 25.10.1969, “(...) zira 11. maddesinin birinci fıkrasında sözden ve ruhtan söz edilmiş olmasından da anlaşıldığı gibi, Anayasa yalnız sözü ile değil, özü ile de bir takım kurallar koyar ve yine Anayasa’nın koyduğu açık kuralların dayandığı hukuk ilkeleri dahi, Anayasa kuralı gibi bağlayıcıdır. (...)”; AYM Kararı, E. 1972/13, K. 1972/18, 06.04.1972, Recai Seçkin, Kani Vrana ve Şevket Müftügil’in Karşı Oy Yazısı, “Anayasamızın özellikle sözü ile sustuğu ve fakat özü ile çözdüğü veya uygun bulduğu bu konudaki sorunu içtihat yolu ile de bir sonuca bağlamak, Anayasa Mahkemesinin görevleri arasındadır. (...)”

<sup>113</sup> 1924 Anayasası’ndan bu yana Anayasalarımızda bu temel kural şöyle yer almaktadır;

kapsamda, teleolojik yorum sözel yorumdan sonra ikincil bir nitelik taşır. Bununla birlikte, 1982 Anayasası'nın 138. maddesinde de belirtildiği gibi yargıç yalnızca yasayla değil, hukukla da bağlıdır. Normun sözünde açıklık yoksa ve “*metin duvarının*” ötesinde bir yoruma muhtaçsa, normun amacının ortaya konması gerekmektedir. Bu noktada da, norm metni yalnızca yazılı bir ifadeden ibaret değildir, norm kimi zaman metnin de ötesinde, amacını da içinde barındıran bir anlam ifade edebilir. Böylece norm metni aşılabacak ve normun dayandığı temel ilkelerden yola çıkılarak hukuka ulaşılmaya çalışılacaktır.<sup>114</sup> Gerek Medeni Kanun'un 1. maddesinde yer alan “kanunun özü”, gerekse Anayasa'nın 13. maddesinde ifade edilen “kanunun ruhu” kavramlarından anlaşılması gereken, normun dayandığı temel ilkeler ve bundan yola çıkılarak ulaşılan hukukun temel ilkeleridir.<sup>115</sup>

Yukarıda açıklananlar kapsamında teleolojik yorum bakımından temel olarak anlaşılması gereken yasa koyucunun norma yüklediği anlam ve o normu koymaktaki amacıdır. Bununla birlikte bazı yazarlar teleolojik yorumun, normun çağdaş toplumlarda optimal etkisini ortaya koyma amacına da hizmet ettiğini savunmakta ve ayrıca, yasa koyucunun amacını dikkate alıp almama tercihinin ideolojik eğilimlerle de bağlantılı olduğunu belirtmektedir. Buna örnek olarak Amerika Birleşik Devletleri'ndeki orijinalizm ve yaşayan anayasa görüşlerinin farklılığını verilmektedir.<sup>116</sup>

---

1924 Anayasası: “*Madde 54- Hâkimler bilcümle dâvaların muhakemesinde ve hükmünde müstakil ve her türlü müdahaleattan âzade olup ancak kanunun hükmüne tabidirler. (...)*”

1961 Anayasası: “*Madde 132- Hâkimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna, hukuka ve vicdanî kanaatlarına göre hüküm verirler. (...)*”

1982 Anayasası: “*Madde 138- Hâkimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre hüküm verirler. (...)*”

<sup>114</sup> Sözer, **a.g.e.**, s. 77.

<sup>115</sup> Kemal Gözler, **Anayasa Normlarının Geçerliliği Sorunu**, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 1999, s. 219-235.

<sup>116</sup> Alland – Rials, **a.g.e.**, s. 844.

## C. Klasik Yorum İlkelerinin Anayasa Hukukunda Yeterliliği

ABD Yüksek Mahkemesi'nin anayasaya uygunluk denetiminin ve bu bağlamda anayasa yargısı düşüncesinin yolunu açtığı ünlü *Marbury v. Madison*<sup>117</sup> kararından on beş yıl önce Hamilton, yasaların yorumlanmasının mahkemelerin esas görevi olduğunu, anayasanın da yargıçlar tarafından temel kanun olarak dikkate alınması gerektiğini ve anayasa ile kanunların çatışması durumunda anayasa normlarına öncelik verilmesi gerektiğini belirtmiştir.<sup>118</sup> Anayasanın kanunlara göre üstün normlardan oluştuğu düşüncesi zamanla anayasanın üstünlüğü ilkesine, böylece de anayasa yargısının kabul edilmesine giden yolu açmıştır. İleride “Anayasa Yargısının Niteliği” başlığı altında açıklayacağımız anayasa yargısının doğuşu, özü itibarıyla anayasanın üstünlüğü ilkesinin ve anayasaların normatif gücünün uygulanması amacına hizmet etmektedir.<sup>119</sup>

İkinci Dünya Savaşı sonrasında anayasa yargısının pek çok ülkede kurumsallaşması ve anayasa hukuku alanında mahkeme içtihatlarının gelişmesiyle yorum ilkeleri anayasa hukuku alanında özel bir önem kazanmıştır.<sup>120</sup> Anayasaya uygunluk denetimi yapan mahkemelerin bu denetimdeki sınırı her şeyden önce normatif anlamda anayasa metni olmakla birlikte, özellikle anlamı açık olmayan normların yorumlanması bakımından hukuk normlarının yorum ilkeleri ile de bağlıdır.<sup>121</sup>

Pek çok hukuk normunun olduğu gibi, anayasa normlarının da içeriği belirsiz, tartışmalı veya açıklanmaya muhtaç olabilir. Örneğin, Türk Anayasası'nın başlangıç

---

<sup>117</sup> *Marbury v. Madison*, 5 US 137, 24.02.1803.

<sup>118</sup> Alexander Hamilton, **The Federalist Papers**, No: 78, Ed. Clinton Rossiter, First Signet Classic Printing, 2003, s. 466.

<sup>119</sup> Metin, **a.g.e.**, s. 27-30.

<sup>120</sup> Çağlar, **a.g.m.**, s. 164.

<sup>121</sup> Metin, **a.g.e.**, s. 30-31.



hükümlerinde geçen bazı ifadeler<sup>122</sup> ve değiştirilmez maddelerinde yer alan bazı ilkeler<sup>123</sup> bakımından Anayasa Mahkemesi'nin bu ifade ve ilkelerin anlamını içtihatları yoluyla açıklığa kavuşturduğu görülmektedir. Bu bağlamda, Çağlar'ın “kurucu yazımlı anayasa” ve “içtihadi yazımlı anayasa” ayrımı, zaman içinde anayasa yargısının ve yargıçlarının etkisiyle anayasalarda meydana gelen değişimleri ifade etmektedir.<sup>124</sup> Anayasal normların yorumunu diğer yasal normlardan ayıran temel özellik de anayasa yargısındaki bu yaratma gücüdür. Anayasanın üstünlüğü ilkesi kapsamında çok sayıda yasanın varlığına karşın bunlarla çatışma durumunda yalnızca anayasaya ve bu bağlamda diğer yargıçlara kıyasla anayasa yargıcına üstünlük tanınmıştır. Anayasa hukukunda yorumun özellik arz etmesinin asli nedeni bu temel farklılıktır.<sup>125</sup> Öyle ki, bu farklılık ilerleyen bölümlerde ayrıca yer verilen anayasa yargısının meşruiyetinin ve yargıçların rolünün sorgulanmasına yol açacak tartışmalara sebep olmuştur.

Anayasaların hukuki niteliği itibarıyla devletin kurumlarını ve birbiriyle ilişkilerini düzenlemesinden ötürü, anayasanın yorumu, siyasal gücün kullanılması ve kurumsal yapı üzerindeki etkileri bakımından da özel bir önem taşımaktadır. Ayrıca anayasaların değiştirilmesi yasalardan daha güç usullere bağlı hukuk metinleri olması da anayasanın yorumunu farklılaştırmaktadır. Bu bağlamda, yasama organı, yargı organının “yanlış” yorumunu bertaraf etmek için kolaylıkla anayasayı

---

<sup>122</sup> Örneğin Anayasa Mahkemesi yabancıların Türkiye’de mülk edinmesine ilişkin bir kararında, başlangıç bölümünün 4. paragrafındaki Türkiye Cumhuriyeti’nin “dünya milletler ailesinin eşit haklara sahip şerefli bir üyesi” olması ile devletin beşeri unsurunu oluşturan milletin diğer milletlerle hak eşitliğine sahip bulunduğu ifade edildiğini açıklamaktadır. Bkz.; AYM Kararı, E. 1984/14, K. 1985/7, 13.06.1985.

<sup>123</sup> Örneğin Anayasa’nın 2. maddesinde cumhuriyetin nitelikleri arasında sayılan “Atatürk milliyetçiliğine bağlı” ifadesi ile bağımsızlığın ve birlikte yaşama iradesinin kastedildiği belirtilmektedir. Bkz.; AYM Kararı, E. 1979/1, K. 1980/1, 08.05.1980, AYM Kararı, E. 1989/1, K. 1989/12, 07.03.1989; AYM Kararı, E. 1993/3, K. 1994/2, 16.06.1994. Doktrinde de, Anayasa’nın 2. maddesinde yer alan Atatürk milliyetçiliği, milli dayanışma ve adalet anlayışı gibi belirsiz kavramların Anayasa Mahkemesi’ne geniş bir yorum yetkisi tanıdığı ifade edilmiştir. Bkz.; Ergun Özbudun, **Türkiye’de Demokratikleşme Süreci Anayasa Yapımı ve Anayasa Yargısı**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2014, s. 162.

<sup>124</sup> Bakır Çağlar, “Anayasa’nın Hukuku ve Anayasa’nın Yargıcı Yenilenen Anayasa Kavramı Üzerine Düşünceler”, **Anayasa Yargısı**, C. 8, Ankara, 1991, s. 15.

<sup>125</sup> Çağlar, **a.g.e. (Anayasa Yargısında Yorum Problemi)**, s. 164-165.

değiştiremeyecek olsa da, anayasaların bu niteliği anayasa yargıcını yasaları yorumlarken olduğundan daha yaratıcı olmaya itebilir.<sup>126</sup>

Anayasa hukukunda yorumu özgün kılan bir diğer unsur da yorumun konusunu temel hak normlarının oluşturmasıdır. Hukuk normları, norm metninin ötesinde nesnel veriler<sup>127</sup> içermektedir. Bu nesnel verilerin somutlaştırılması<sup>128</sup> yorum faaliyetinin asıl amacıdır ve her somut olayda normun anlamı da yeniden somutlaşmaktadır.<sup>129</sup> Temel hak normları nesnel unsurları ağır basan hukuk normlarıdır ve somutlaştırılmaya daha çok ihtiyaç duymaktadır.<sup>130</sup>

Bu genel açıklamalar bağlamında, öncelikle anayasa hukukunda yorum ilkelerini farklılaştıran unsurlara ve temel haklar yargısındaki klasik yorum ilkelerinden ayrılan veya kimi zaman bu ilkelerin dar alanda izdüşümü niteliğindeki yorum ilkelerine yer verilecektir.

---

<sup>126</sup> Jeffrey Goldsworthy, “The Challenges of Constitutional Interpretation”, **Interpreting Constitutions**, Ed.: Jeffrey Goldsworthy, Oxford University Press, New York, 2006, s. 1.

<sup>127</sup> Norm metni, nesnel yaşam ilişkilerinden normun seçtiği bir kesiti ifade etmektedir. Burada nesnel veriler ile kastedilen norm tarafından seçilmiş kesitin ötesindeki genel olgulardır. Bkz. Sağlam, **a.g.e.**, s. 48-49.

<sup>128</sup> Burada belirtmek gerekir ki, yorum faaliyetini nesnel verilerin somutlaştırılması olarak kabul eden Müller, yorum yerine “*norm somutlaşması*” kavramını tercih etmektedir. Norm programı ve norm alanı ayrımını ortaya koyan Müller, norm metnini hukuki buyruk anlamında norm programı olarak kabul etmektedir. Norm alanı ise yapısal unsurların sosyal gerçeklikten ortaya çıkarılarak hukuki biçimde ortaya konması ile oluşmaktadır. Bkz.; Müller, **a.g.e.**, s. 26-27.

<sup>129</sup> Sağlam, **a.g.e.**, s. 49.

<sup>130</sup> Fazıl Sağlam, **Temel Hakların Sınırlanması ve Özü**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1982, s. 48-51; Oder, **a.g.e.**, s. 297.

## II. ANAYASA HUKUKUNDA ve TEMEL HAKLAR YARGISINDA YORUM

### A. Anayasa Hukukunda Yorum İlkelerini Farklılaştıran Unsurlar

#### 1. Anayasanın Hukuki Niteliği

Siyasal iktidarın kuruluş ve işleyişi ile ilgili ilke ve kuralları bir belgede toplama fikri oldukça eskiye dayanmaktadır. 1579 tarihli Felemenk Birleşik Eyaletler Birliği Yasası (Union of Utrecht) bu belgelerin batıdaki öncülerindendir. Siyasal iktidarla ilgili kural ve ilkelerin toplandığı belgenin günümüzdeki anlamıyla “anayasa” olarak adlandırılması, 1787 tarihli Amerika Birleşik Devletleri Anayasası’na<sup>131</sup> ve sonrasında 1791 tarihli Fransa Anayasası’na dayanmaktadır.<sup>132</sup>

Anayasa hukukunda yorumu açıklarken öncelikle anayasanın diğer hukuki metinlerden farklı niteliğini ortaya koymak gerekmektedir ve bu bağlamda doktrinde yer alan farklı tanımlara yer verilecektir.

Anayasaları tanımlarken devletin hukuki niteliğine göre bir değerlendirme yapmak gerekirse, modern devletin siyasi iktidarı elinde bulunduran kurumsallaşmış güç olarak tanımlandığı<sup>133</sup>, bu gücün bir kurum olarak tüzel kişiliği olduğunu ve anayasaların bu tüzel kişiliğin statüsü olarak kabul edildiği görülmektedir. Tüzel kişiliğin statüsü olarak anayasalar yöneticilerin de bağlı oldukları metinler olarak

<sup>131</sup> 1787 tarihli Amerika Birleşik Devletleri Anayasası’nın Başlangıç bölümünde “anayasa (constitution)” sözcüğü geçmektedir ve metin şu şekildedir: “We the people of the United States, in order to form a more perfect union, establish justice, insure domestic tranquility, provide for the common defense, promote the general welfare, and secure the blessings of liberty to ourselves and our posterity, do ordain and establish this **Constitution** for the United States of America.” (Vurgu eklenmiştir.)

<sup>132</sup> Henc van Maarseveen – Ger van der Tang, **Written Constitutions A Computerized Comparative Study**, Oceana Publications, 1978, s. 261; Kenneth Clinton Wheare, **Modern Anayasalar**, 2. bs., Değişim Yayınları, Ankara, 1985, s. 3. Union of Utrecht hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.; J. C. Boogman, “The Union of Utrecht: Its Genesis and Consequences”, **Low Countries Historical Review**, C. 94, No. 3, s. 377-407.

<sup>133</sup> Georges Burdeau, **Traité de Science Politique**, C. 2, “l’Etat”, 3. bs., L.G.D.J., Paris, 1980, s. 169.

ayrıca iktidarın sınırlanması işlevine ve hukuk devleti ilkesine de hizmet etmektedir.<sup>134</sup>

Doktrinde genel olarak üzerinde anlaşılmış anayasa tanımı iki temel ölçüte dayanmaktadır. Bunlar maddi ölçüt ve şekli ölçüt olarak kabul edilmektedir.<sup>135</sup> Maddi ölçüt anayasanın içeriğine ve özüne vurgu yapmaktadır.<sup>136</sup> Bu bağlamda, anayasalar kuvvetlerin kullanımına ilişkin tüm kuralları içeren metinlerdir.<sup>137</sup> Devlet şekline ilişkin kurallar, devletin organları ve bu organlar arası ilişkiler ve temel hak ve özgürlükler anayasaların içeriğini oluşturmaktadır.<sup>138</sup>

Şekli, bir diğer deyişle, organik ölçüte göre; anayasanın yapılış usulü bakımından bir değerlendirme yapılmaktadır. Eğer bir yasa olağan yasaların yapılış usulünden daha zor bir usule göre yapılıyorsa şekli anlamda anayasanın varlığından söz edilir. Bu bağlamda anayasalar normatif anlamda kendi türlerinde tek olmaları bakımından

<sup>134</sup> Olivier Duhamel, **Droit Constitutionnel et Institutions Politiques**, Seuil, 2009, s. 23; Bernard Chantebout, **Droit Constitutionnel**, 27. bs., Dalloz, Paris, 2010, s. 22-23.

<sup>135</sup> Bu klasik ayrımın yanı sıra anayasanın ince (biçimsel) anlamı (*thin constitution*) ve anayasanın kalın (özel) anlamı (*thick constitution*) ayrımından da söz etmek gerekir. Bu bağlamda genel olarak, anayasanın kalın anlamı, anayasanın devlet yönetiminin nasıl kurumsallaşması gerektiğine ilişkin ayrıntılı düzenlemelere yer vermesi anlamına gelirken; anayasanın ince anlamı, anayasanın temel haklara ilişkin güvenceleri içermesi anlamında kullanılmaktadır. Bkz; Mark Tushnet, **Taking the Constitution Away From the Courts**, Princeton University Press, New Jersey, 1999, s. 9-14. Ayrıca yukarıda yer verilen ve genel olarak kamu hukuku-anayasa hukuku ve siyaset bilimi literatüründe kullanılan ince anlam (*thin version*) ve kalın anlam (*thick version*) kavramlarının biçimsel ve özel olarak Türkçeleştirilmesi için bkz.; Bertil Emrah Oder, “Anayasal Düzendeki İdari Yargı Sistemi”, **Danıştay ve İdari Yargı Günü 147. Yıl Sempozyumu**, Danıştay Yayınları No: 89, Ankara, Temmuz 2015, s. 93.

<sup>136</sup> Tarık Zafer Tunaya, **Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku**, 4. bs., Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1980, s. 109; Erdoğan Teziç, **Anayasa Hukuku**, 14. bs., Beta, İstanbul, 2012, s. 171-172; Gözler, **a.g.e. (Anayasa Hukukunun Genel Teorisi)**, s. 106; Bertil Emrah Oder, **Avrupa Birliği’nde Anayasa ve Anayasacılık**, Anahtar Kitaplar Yayınevi, 2004, s. 40-41; Pierre Pactet – Ferdinand Mélin-Soucramanien, **Droit Constitutionnel**, 29. bs., Dalloz, Paris, 2010, s. 61; Jean Gicquel – Jean-Eric Gicquel, **Droit Constitutionnel et Institutions Politiques**, 24. bs., Montchrestien, 2010, s. 182.

<sup>137</sup> Pactet – Mélin-Soucramanien, **a.g.e.**, s. 61.

<sup>138</sup> Gicquel – Gicquel, **a.g.e.**, s. 183; Chantebout, **a.g.e.**, s. 36-38; Pactet – Mélin-Soucramanien, **a.g.e.**, s. 61; Teziç, **a.g.e.**, s. 10. Türk Anayasa Mahkemesi de kararlarında anayasa kavramının içeriğini şöyle açıklamaktadır: “Anayasa Devlet yapısının temelidir. Devlet kuruluşlarının yapısı ve düzeni, bu kuruluşların yetkileri, görevleri ve birbirleriyle olan ilişkileri ile karşılıklı durumları, Devlet ve kişilerin haklarıyla ödevleri, bu hukuksal yapının bütününi oluştururlar.” AYM Kararı, E. 1973/19, K. 1975/87, 26 Şubat 1976; AYM Kararı, E. 1975/167, K. 1976/19, 12 Ağustos 1976; AYM Kararı, E. 1976/38, K. 1976/46, 20 Ocak 1977; AYM Kararı, E. 2008/16, K. 2008/116, 22 Ekim 2008.

ayrıcalıklı ve diğer hukuk normlarının müdahalesine kapalı olmaları bakımından ise korunaklı bir yapıya sahiptir.<sup>139</sup>

Biçimsel anlamda olağan yasalardan farklı olmakla birlikte anayasayı farklılaştıran asıl unsur amacdır. Anayasaların amacı siyasal yaşamın unsurlarını düzenlemek ve bu unsurlar arası denge kurmaktır. Bu açıdan da bir siyasal felsefeye dayanmaktadırlar ve sosyal, ekonomik ve siyasi koşullara bağlı olmaları bakımından diğer yasalardan ayrılır.<sup>140</sup> Burada belirtmek gerekir ki bireyler, kendilerini bir devletin yurttaşı, bir bölgenin yerleşik halkı ve devam ettirmek, son vermek veya tarihiyle yüzleşmek istedikleri bir kültürün mirasçıları olmaları bakımından<sup>141</sup> anayasal söyleme sıklıkla başvururlar.<sup>142</sup>

Anayasa'nın şekli anlamda tanımında kanunlara göre farklı usullerle yapılan ve değiştirilebilen hukuki metinler olduğunu belirtmiştik. Bu bağlamda, gerek usuli nitelikleri, gerekse içeriği bakımından bir devletin hukuk düzeni içinde en üst hukuki normları içeren anayasaların normlar hiyerarşisindeki yerini ortaya koymak gerekmektedir.

## 2. Anayasanın Normlar Hiyerarşisindeki Yeri

Normlar hiyerarşisi, bir diğer ifadeyle kurallar kademelenmesi, Kelsen'in teorisine dayanmaktadır. Kelsen'e göre hukuk normlarının varlığı birbirine bağlıdır ve bu normlar hukuk düzeninde hiyerarşik bir ilişki içinde var olurlar. Bu kapsamda

---

<sup>139</sup> Gicquel – Gicquel, **a.g.e.**, s. 183; Pactet – Mélin-Soucramanien, **a.g.e.**, s. 61; Teziç, **a.g.e.**, s. 173; Gözler, **a.g.e. (Anayasa Hukukunun Genel Teorisi)**, s. 106.

<sup>140</sup> Tunaya, **a.g.e.**, s. 111-112.

<sup>141</sup> Jürgen Habermas, "Struggles for Recognition in the Democratic Constitutional State", Çev. Shierry Weber Nicholsen, **Multiculturalism: Examining the Politics of Recognition**, Ed. Amy Guttmann, Princeton University Press, 1994, s. 125.

<sup>142</sup> Sujit Choudry, "Globalization in Search of Justification: Toward A Theory of Comparative Constitutional Interpretation", **Indiana Law Journal**, C. 74, No. 3, 1999, s. 822. Aynı yönde bkz.; Mark Tushnet, "Constitution", **The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law**, Ed.: Michel Rosenfeld – András Sajó, Oxford University Press, 2012, s. 219.

Kelsen, temel norm (*grundnorm*) adını verdiği bir hipoteze dayanmaktadır.<sup>143</sup> Kelsen temel normun üstün ve mantıksal bir ön kabul olduğunu ifade etmektedir. Bu kapsamda temel norm pozitif anlamda bir norm değildir, varsayılan bir hukuki düşüncedir.<sup>144</sup>

Hukuk sistemindeki bu hiyerarşik, kademeli yapının en üstünde temel norm yer almaktadır. Temel normdan sonra ise meşruiyetini temel normdan alan Anayasa gelmektedir ve ardından diğer tüm hukuk normları kendinden üstte yer alan norma uygun olarak hukuk düzeninde varlık göstermektedir. Sonuç olarak Kelsen'in normlar hiyerarşisi teorisine göre, ana kaynağı temel norma dayanan kademeli bir hukuk kuralları yapısı ortaya çıkmaktadır.

Kelsen'in normlar hiyerarşisi teorisine göre kaynağını temel normdan alan Anayasa en üst hukuk normu olarak karşımıza çıkmaktadır ve Anayasa maddi anlamıyla diğer hukuk kurallarının oluşumunu da düzenlemektedir. Temel norm ise hukuk düzeni içindeki tüm normların meşruluk ve geçerlilik nedenini oluşturmaktadır.<sup>145</sup> Bunun doğal sonucu da “anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı” ilkesidir. Anayasa'nın hukuk düzeninde yer alan tüm kişi ve kurumları bağlaması ve diğer hukuk kurallarından üstün kabul edilmesi anlamına gelen bu ilke<sup>146</sup> 1982 Anayasası'nda da ifadesini bulmuştur. Bu kapsamda, 1982 Anayasası'nın 11. maddesi “*Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü*” başlığını taşımakta ve anayasa hükümlerinin yasama, yürütme, yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kuralları olduğu ve kanunların da anayasaya aykırı

---

<sup>143</sup> Hans Kelsen, **General Theory of Law and State**, Çev. Anders Wedberg, Harvard University Press, 1945, s. 124-125.

<sup>144</sup> Hans Kelsen, **General Theory of Norms**, Çev., Michael Hartney, Clarendon Press, Oxford, 1991, s. 255-256.

<sup>145</sup> Kelsen, **a.g.e. (General Theory of Law and State)**, s. 255.

<sup>146</sup> Anayasanın üstünlüğü kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.; Jutta Limbach, “The Concept of the Supremacy of the Constitution”, **The Modern Law Review**, C. 64, No. 1, Ocak 2001, s. 1-10.

olamayacağını hüküm altına alınmıştır. Bu ilke, benzer şekilde pek çok anayasada yer almaktadır.<sup>147</sup>

Kelsen'in normlar hiyerarşisi teorisi, özellikle 1950 ve 1960'lı yıllarda anayasa hukukuna ilişkin çetin hukuki sorunların çözümünde kötü bir üne sahip olsa da,<sup>148</sup> günümüzde ulusal hukuk sistemlerinin neredeyse tamamında kabul görmüştür. Bununla birlikte, özellikle ulusalüstü insan hakları hukukunun gelişmesi ve ulusalüstü insan hakları sözleşmeleri ile güvence altına alınmasıyla, bu sözleşmelerin ve insan hakları normlarının, normlar hiyerarşisi karşısındaki hukuki durumu tartışma konusu olmaya devam etmiştir.<sup>149</sup>

Çalışmamız bağlamında yargısal diyalog ve özellikle ulusal anayasa mahkemeleri arası etkileşim bakımından da normlar hiyerarşisi teorisi ve insan hakları normlarının uygulanması, ilerleyen bölümlerde ilgili başlıklar kapsamında değerlendirilecektir. Bundan önce, anayasa hukukunun yukarı bahsedilen kendine

<sup>147</sup> Örneğin; 1996 Güney Afrika Anayasası Md. 2: “*Supremacy of Constitution: This Constitution is the supreme law of the Republic; law or conduct inconsistent with it is invalid, and the obligations imposed by it must be fulfilled.*”; 1978 İspanya Anayasası Md. 9: “*1. Citizens and public authorities are bound by the Constitution and all other legal provisions. (...) 3. The Constitution guarantees the principle of legality, the hierarchy of legal provisions, (...)*”; 1993 Rusya Anayasası Md. 4: “*2. The Constitution of the Russian Federation and federal laws shall have supremacy on the entire territory of the Russian Federation.*”; 1999 Finlandiya Anayasası Md. 106: “*Primacy of the Constitution If, in a matter being tried by a court of law, the application of an Act would be in evident conflict with the Constitution, the court of law shall give primacy to the provision in the Constitution.*” Anayasaların İngilizce çevirileri için bkz.; (Çevrimiçi) <http://www.servat.unibe.ch/icl/index.html> , Son Yararlanma Tarihi: 13.10.2016.

<sup>148</sup> T.C. Hopton, “Grundnorm and Constitution: The Legitimacy of Politics”, *McGill Law Journal*, C. 24, 1978, s. 72.

<sup>149</sup> 1982 Anayasası'nın 90. maddesinde 2004 yılında yapılan değişiklik öncesi ve sonrasındaki uluslararası andlaşmaların ve insan hakları sözleşmelerinin iç hukuktaki yeri tartışmaları, Türkiye bakımından konuyla ilgili temel bir örnektir. Çalışma kapsamında bu tartışmalara özel olarak yer verilmeyecek; bununla birlikte literatürde çok sayıda bilimsel çalışma bulunduğu hatırlatılarak seçme eserler listesi ile yetinilecektir. Bkz.; Necmi Yüzbaşıoğlu, **Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku**, İ.Ü. Basımevi ve Film Merkezi, İstanbul, 1993, s. 25-81; Necmi Yüzbaşıoğlu, “Mayıs 2004'te Anayasanın 90'ıncı Maddesine Eklenen Hükmün Türk Anayasallık Blokuna Etkileri Üzerine Bir Değerlendirme”, **Bülent Tanör Armağanı**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2004, s. 782-819; Mehmet Semih Gemalmaz, “Ulusal Yüksek Yargı Yerleri Kararlarında Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgelerinin Kavranışı ve Kullanılışı”, **Fazıl Sağlam 65. Yaş Armağanı**, İmaj Yayınları, Ankara, 2006, s. 117-185; Mehmet Semih Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, 6. bs., Legal Yayıncılık, İstanbul, 2007, s. 977; Sibel İnceoğlu, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Anayasa”, **Demokratik Anayasa**, Ed.: Ece Göztepe – Aykut Çelebi, Metis, 2012, s. 298-339; Olgun Akbulut, “Interaction Between International Human Rights Law and Turkish Domestic Law”, **Humanities and Social Sciences Review**, 2(3) 97, 2013, s. 97-104.

özgü nitelikleri gereği klasik yorum ilkelerinin anayasa hukuku açısından işleyişi ve anayasa hukukuna özgü yorum ilkelerine yer verilecektir.

## B. Anayasa Hukukuna Özgü Yorum İlkeleri

### 1. Anayasaya Uygun Yorum İlkesi

Anayasaya uygun yorum, bir normun benzer ağırlıkta anayasaya aykırı veya uygun olduğunun savunulabildiği hallerde, anayasaya uygun yorumlanabilen normun tercih edilmesini ve bu normun iptali yoluna gidilmemesini ifade eder.<sup>150</sup>

Anayasaya uygun yoruma, özellikle bir normun birden çok anlama geldiği ve farklı yorumlara elverişli olduğu hallerde başvurulur. Burada iki olasılık söz konusudur. İlk olarak normun tüm anlamları anayasaya aykırı olabilir. Bu durumda normun iptal edilmesi yoluna gidilecektir. İkinci olasılıkta ise, normun bazı anlamları ile anayasaya uygun, bazıları ile ise anayasaya aykırı olmasıdır. Bu durumda anayasa koyucunun iradesini en çok esas alan yoruma öncelik verilmelidir.<sup>151</sup>

Sistematik yorumun bir alt türü olarak kabul edilen anayasaya uygun yorum, normlar hiyerarşisini esas almakta ve hiyerarşik olarak üst norma uygun yorumlanabilen alt normun varlığının korunmasını sağlamaktadır. Bu yönüyle anayasaya uygun yorum, hukuk sisteminde normların sistemli ilişkisini ve sürekliliğini teminat altına almakta; bununla birlikte var olan hukuk normlarının uygulanmasında yargıca daha geniş bir yaratma gücü sunmaktadır.<sup>152</sup>

---

<sup>150</sup> Sağlam, **a.g.e.** (Anayasa Hukuku Ders Notları), s. 54.

<sup>151</sup> Metin, **a.g.e.**, s. 74.

<sup>152</sup> Çağlar, **a.g.m.**, s. 191; Oder, **a.g.e.**, s. 121-122.



Anayasaya uygun yorum, başta Almanya, İsviçre ve Avusturya’da olmak üzere Kıta Avrupası yargısında sıklıkla tartışılmıştır.<sup>153</sup> Örneğin İsviçre Federal Mahkemesi anayasaya uygun yorumu kabul ederek, federal yasama organının anayasaya aykırı çözümler önermeyeceği ön kabulünden hareketle, lafzından ve ruhundan aksi açıkça anlaşılmadıkça, federal yasaların anayasaya uygun olarak yorumlanması gerektiğini belirtmiştir.<sup>154</sup> İtalyan Anayasa Mahkemesi’nin anayasaya uygun yoruma ilişkin açıklaması da son derece ilgi çekicidir. İtalyan Anayasa Mahkemesi, yasaların anayasaya aykırı yorumlandığı için değil, anayasaya uygun yorumlanmadığı için anayasaya aykırılıklarına hükmedildiğini belirtmektedir.<sup>155</sup> Fransız Anayasa Konseyi de kararlarında anayasaya uygun yoruma (*interprétation conforme à la constitution*) yer vermektedir. Fransız Anayasa Konseyi’nin *Bléton* kararında,<sup>156</sup> üst düzey kamu görevlilerinin atanmasında hükümete takdir yetkisi veren bir yasa söz konusudur. Kararda, 1789 İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi’nin bir kamu görevine atanacak adayların seçiminde, adayın bu görevin yapılmasında gerekli niteliklere sahip olması gerekliliğini ifade eden 6. maddesindeki ölçütler sağlandıkça, ilgili yasanın anayasaya uygun olduğu hükme bağlanmıştır.<sup>157</sup>

<sup>153</sup> Anayasaya uygun yorumun bu ülkelerdeki ve özellikle Almanya’daki uygulaması açısından bkz.; Oder, **a.g.e.**, s. 123-125; Metin, **a.g.e.**, s. 73-75; Michel Fromont, “Présentation de la Cour Constitutionnelle Fédérale d’Allemagne”, **Cahiers du Conseil Constitutionnel**, No. 15 (Dossier: Allemagne), Janvier 2004, s. 12, (Çevrimiçi) <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/presentation-de-la-cour-constitutionnelle-federale-d-allemande>.

<sup>154</sup> BGE 95 I 330 S. 332, 25 Juin 1969. “(...)on présume que le législateur fédéral ne propose pas des solutions contraires à la constitution, de sorte que les dispositions des lois fédérales doivent être interprétées d’une façon conforme à la constitution, à moins que le contraire ne résulte clairement de la lettre ou de l’esprit d’une loi (...)”

<sup>155</sup> *Conseil Constitutionnel*, Décision No. 356-1996, 14 Octobre 1996; *Conseil Constitutionnel*, Décision No. 379-2997, 5 Novembre 2007; *Conseil Constitutionnel*, Décision No. 147-2008, 7 Mai 2008. Bu kararların ilgili bölümüne yer veren kaynaklar için bkz.; Marie-Claire Ponthoreau, “Réflexions sur le Pouvoir Normatif du Juge Constitutionnel en Europe Continentale sur la Base des Cas Allemand et Italien”, **Cahiers du Conseil Constitutionnel**, No. 24 (Dossier: Le Pouvoir Normatif du Juge Constitutionnel), Juillet 2008, s. 3, (Çevrimiçi) <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/reflexions-sur-le-pouvoir-normatif-du-juge-constitutionnel-en-europe-continentale-sur-la-base-des-cas-allemand-et-italien>; Franco Gallo, “Le Modèle Italien de Justice Constitutionnelle”, **Les Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel**, No. 42, 2014/I, s. 92; Maartje de Visser, **Constitutional Review in Europe A Comparative Analysis**, Hart Publishing, 2014, s. 384; Vittoria Barsotti – Paolo G. Carozza – Marta Cartabia – Andrea Simoncini, **Italian Constitutional Justice in Global Context**, Oxford University Press, New York, 2016, s. 71.

<sup>156</sup> *Conseil Constitutionnel*, Décision No. 84-179 DC, 12 Septembre 1984.

<sup>157</sup> Kararın değerlendirilmesi ve anayasaya uygun yorumun Conseil d’Etat kararlarına etkisi için ayrıca bkz.; Michel Fromont, “Les Progrès de la Protection Juridictionnelle des Droits de l’Homme en France”, **Weitsicht in Versicherung und Wirtschaft Gedächtnisschrift für Ulrich Hübner**, Ed.

Avrupa'daki bu örneklerin dışında ABD Yüksek Mahkemesi de anayasaya uygun yorumu kabul etmektedir. Yüksek Mahkeme ilk kez *Hooper v. California* kararında temel kuralın bir yasayı anayasaya aykırılıktan kurtaracak biçimde yorumlamak olduğunu açıkça belirtmiştir.<sup>158</sup> ABD Anayasa Hukuku literatüründe “*anayasal kaçınma doktrini / kanonu (doctrine / canon of constitutional avoidance)*”<sup>159</sup> olarak kabul edilen ve Kıta Avrupa'sında anayasaya uygun yoruma karşılık gelen bu ilkenin konu olduğu ABD Yüksek Mahkemesi'nin yakın tarihli bir kararından örnek vermek gerekirse; 2014 tarihli *Bond v. United States* kararında<sup>160</sup> Yüksek Mahkeme, kocasıyla ilişki yaşayan komşusunun postasına arsenik koyan bir kadının bu eyleminin Kimyasal Silahlar Sözleşmesi'nin Uygulanmasına Dair Yasa'yı (*Chemical Weapons Convention Implementation Act*) ihlal etmediğine hükmetmiştir. Söz konusu Sözleşme, bir kimsenin kasten herhangi bir kimyasal silah geliştirmesini, üretmesini, başka yollarla ele geçirmesini, doğrudan veya dolaylı olarak taşımasını, teslim almasını, stoklamasını, elinde bulundurmasını, kullanmasını veya kullanmakla tehdit etmesini yasaklamaktadır. Açıkça belirtildiği üzere, Sözleşme'nin lafzından Bond'un suçlu olduğu anlaşılmaktadır. Bununla birlikte ABD Yüksek Mahkemesi bu açık anlamdan kaçınarak bireysel zehirleme eylemleri için söz konusu kuralın uygulanamayacağı yorumunu yapmıştır. Bu yorum Mahkeme'ye, Federal Hükümet'in söz konusu eylemleri bir uluslararası sözleşme ile suç olarak kabul edip edemeyeceği anayasal sorununu tartışmaktan kaçınma olanağı vermiştir.<sup>161</sup>

ABD Anayasa Hukuku'nda ve Yüksek Mahkeme içtihatlarındaki anayasa uygun yorumun bir görünümü olan anayasal kaçınma doktrini yargısal aktivizme yol açması

---

Roland Michael Beckmann – Heinz-Peter Mansel – Annemarie Matusche-Beckmann, C.F. Müller, 2012, s. 686-687.

<sup>158</sup> *Hooper v. California*, 155 U.S. 648, (1895). Bu karara kadar ABD Yüksek Mahkemesi'nin anayasaya uygun yoruma yer verdiği daha eski tarihli kararlar için bkz.; *Parsons v. Bedford*, 3 Pet. 433, (1830); *United States v. Coombs*, 12 Pet. 72, (1838); *Brewer's Lessee v. Blougher*, 14 Pet. 178, (1840); *Grenada County v. Brogden*, 112 U. S. 261, (1884); *Presser v. Illinois*, 116 U. S. 252, (1886).

<sup>159</sup> Anayasal kaçınma doktrini hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.; Lisa A. Kloppenberg, “Avoiding Constitutional Questions”, **Boston College Law Review**, C. 35, No. 5, September 1994, s. 1003-1066; Eric S. Fish, “Constitutional Avoidance as Interpretation and as Remedy”, **Michigan Law Review**, C. 114, No. 7, May 2016, s. 1275-1315; Oder, **a.g.e.**, s. 125-134.

<sup>160</sup> *Bond v. United States*, 572 U.S. (2014).

<sup>161</sup> Fish, **a.g.m.**, s. 1276-1277.

nedeniyle eleştirilmiştir. Bu bağlamda örneğin, *Bond v. United States* kararında Yargıç Scalia, bir ceza hukuku kuralının yasakladığı eylemleri açıkça tanımlaması gerektiğini belirterek söz konusu yasanın “korkunç bir ameliyata” (*gruesome surgery*) maruz kaldığını ve çoğunluk görüşünün kesin biçimde lafzi yorum karşısı olduğunu ifade etmiştir.<sup>162</sup>

Kıta Avrupası ve ABD Anayasa Hukuku’nda yer bulan anayasaya uygun yorum Türk Anayasa Mahkemesi kararlarında da yararlanılan bir yorum ilkesidir. Anayasa Mahkemesi; yükseköğretim kurumlarında türbanı serbest bırakan düzenlemenin iptalinin ardından, Yükseköğretim Kanunu’na kılık kıyafet serbestisini düzenleyen yeni bir kuralın getirilmesi ve buna karşı açılan dava<sup>163</sup> üzerine, madde değişikliğinde yer alan “*yürürlükteki kanunlara aykırı olmamak kaydı ile*” ifadesini, anayasaya aykırı olduğu daha önceki kararında belirtilen türban serbestisini dışlayacak biçimde yorumlamıştır.<sup>164</sup> Ayrıca, bu karar ile Mahkeme’nin yorumlu red kararları akla gelmelidir. Kural olarak Türk Anayasa Mahkemesi iptal veya red kararı verebilir. Bununla birlikte içtihatla kendine tanıdığı bir yetki olarak, yasa maddesinin Mahkeme’nin yorumladığı biçimde uygulanması halinde Anayasa’ya aykırı olmadığına karar verdiği yorumlu red kararları olduğu da görülmektedir.<sup>165</sup> Bununla birlikte, yorumlu red kararları yasa koyucuya direktif veren yönü ve Anayasa Mahkemesi’ni pozitif yasa koyucu haline getirdiği gerekçeleriyle doktrinde kimi yazarlar tarafından eleştirilmektedir.<sup>166</sup>

---

<sup>162</sup> *Bond v. United States*, 572 U.S. (2014), Yargıç Scalia’nın Karşı Oy Yazısı.

<sup>163</sup> AYM Kararı, E: 1990/36, K. 1991/8, 9 Nisan 1991.

<sup>164</sup> “(...) *İncelenen maddenin uygulanmasında, "Yürürlükteki Kanunlara aykırı olmamak" hükmü nedeniyle, "Yükseköğretim Kurumlarında hangi kılık ve kıyafetin yasalara aykırı olduğu"nun belirlenmesi; bu amaçla, 3670 sayılı Yasa'nın söz konusu kuralının, yürürlükteki öteki hukuk kurallarıyla birlikte yorumlanarak değerlendirilmesi gerekir. Böyle bir yorum, kuşkusuz, kurallar sıralamasında en üstte yer alan Anayasa kurallarının ışığında, Anayasa'ya uygun olarak ve Anayasa Mahkemesi kararlarından yararlanılarak yapılmalıdır. (...)*”

<sup>165</sup> Alman Anayasa Hukuku bakımından yorumlu red kararlarının anayasaya uygun yorumlanabilen bir yasanın geçersiz sayılmaması gerektiği ilkesine dayandığı kabul edilmektedir. Bkz.; Andreas L. Paulus, “Almanya Federal Anayasa Mahkemesi Bakış Açısından Anayasanın Yorumlanması”, *Anayasa Yargısı*, C. 30, 2013, s. 32.

<sup>166</sup> Bu eleştiriler için bkz.; Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 11. bs., Yetkin Yayınları, Ankara, 2010, s. 440; Abdurrahman Eren, “Hukuki Yorum Yöntemleri Açısından Bireysel Başvuru Kararlarının Anayasanın Yorumuna Etkileri”, *Anayasa Yargısı*, C. 33, 2016, s. 258-259. Bununla birlikte yorumlu red kararlarını savunan görüşler de mevcuttur, bu görüşler için bkz.; Bülent Tanör –

## 2. Anayasanın Bütünlüğü İlkesi

Anayasanın bütünlüğü ilkesi anayasanın normlarının birbiriyle ve anayasanın temel değerleriyle çatışmayacak şekilde, bütünlük içinde yorumlanması anlamına gelmektedir.<sup>167</sup> Anayasanın bütünlüğü ilkesi klasik yorum ilkelerinden sistematik yorum ile beraber düşünülmelidir.<sup>168</sup> Bu bağlamda her hukuk normunun ait olduğu sistemin bütünlüğü içinde değerlendirilmesi gerekliliğinin anayasa hukukundaki yansıması anayasanın bütünlüğü ilkesi ile açıklanır.<sup>169</sup>

Anayasa kuralları arasında hiyerarşik bir ilişki olmaması ve her anayasa kuralının eş değerde olması da anayasanın bütünlüğü ilkesinin bir sonucudur.<sup>170</sup> Türk Anayasa Mahkemesi de bu yorumu benimsemiştir. Bir kararında<sup>171</sup> anayasa kurallarının etki ve değer bakımından eşit olduğunu ve hangi nedenle olursa olsun birinin ötekine üstün tutulmasına olanak olmadığını belirtmiştir. Bu nitelikleriyle, anayasa kurallarının bir arada ve hukukun genel kuralları göz önünde tutularak uygulanmalarının zorunlu olduğu ifade edilmiştir. Benzer şekilde yakın tarihli

---

Necmi Yüzbaşıoğlu, **1982 Anayasası'na Göre Türk Anayasa Hukuku**, 12.bs., Beta, İstanbul, 2012, s. 540-543; Sağlam, **a.g.e. (Anayasa Hukuku Ders Notları)**, s. 54-56.

<sup>167</sup> Müller, **a.g.e.**, s. 41; Sağlam, **a.g.e. (Anayasa Hukuku Ders Notları)**, s. 53; Metin, **a.g.e.**, s. 75.

<sup>168</sup> Bkz., Yukarıda dp. 91.

<sup>169</sup> Sağlam, **a.g.e. (Temel Hakların Sınırlanması ve Özü)**, s. 39-40, dp. 102.

<sup>170</sup> Burada, ABD Anayasa Hukuku doktrininde Vicki C. Jackson tarafından ortaya konan “*holistic interpretation*” kavramından söz etmek gerekmektedir. Bu yorum anlayışı, anayasanın bütünlüğü ilkesindeki anayasa normları arasında hiyerarşi olmaması yaklaşımına aykırı bir görüşü savunmaktadır. Buna göre, sonra kabul edilen anayasa hükümleri, önce kabul edilenlere oranla daha ağırlıklıdır ve anayasanın diğer hükümleri de bu yeni hükümler esas alınarak yorumlanmalıdır. Jackson, yorumda yeni hükümlere öncelik verilmesinin meşruiyetini, çok eski ve değiştirilmesi güç olan ABD Anayasası özelinde, demokrasinin anayasa-ötesi (*meta-constitutional*) bir değer olmasına dayandırmaktadır. Bkz.; Vicki C. Jackson, “Holistic Interpretation: Fitzpatrick v. Bitzer and Bifurcated Constitution”, **Stanford Law Review**, C. 53, No. 5, May 2001, s. 1259-1310; Vicki C. Jackson, “Holistic Interpretation, Comparative Constitutionalism, and Fiss-ian Freedoms”, **University of Miami Law Review**, C. 58, 2003, s. 265-321, özellikle bkz.; s. 266-267. Jackson’ın anayasanın yorumlanmasına ilişkin bu yeni bakış açısı bakımından, anayasanın diğer normlarının yorumlanmasında yeni normlara öncelik verilmesinin ve bu normlara uygun yorumun, değişen bir anayasa hükmünün çağın gereklerine uygun olarak ortaya çıktığı görüşünden hareketle, anayasanın bütünlüğü ilkesinin gereği olarak değerlendirilebileceği kanaatindeyiz.

<sup>171</sup> AYM Kararı, E. 2006/21, K. 2006/38, 13 Mart 2006.

bireysel başvuru kararlarında da Anayasa Mahkemesi yorumda anayasanın bütünlüğü ilkesine başvurmuştur.<sup>172</sup>

Anayasanın bütünlüğü ilkesi ayrıca, anayasaların kurucu niteliği dolayısıyla değiştirilmez maddelerine bağlı olarak yorumlanması bakımından da başvuru bir ilkedir.<sup>173</sup> Son olarak bu bağlamda, anayasanın bütünlüğü ilkesinin bir yansıması olarak, anayasada korunan temel değerleri göz ardı ederek ve anayasa hükümlerinin birbiriyle çatışır biçimde yorumlanamayacağını işaret eden Anayasa'nın 174. maddesi, normatif anlamda da anayasanın bütünlük içinde yorumlanması gerekliliğini ortaya koymaktadır. Buna göre, anayasanın hiçbir hükmünün Türk toplumunu çağdaş uygarlık seviyesinin üstüne çıkarma ve Türkiye Cumhuriyeti'nin laiklik niteliğini koruma amacını güden, inkılâp kanunlarının ve yürürlükteki Anayasa hükümlerinin Anayasa'ya aykırı olduğu şeklinde anlaşılamayacağı ve yorumlanamayacağı belirtilmektedir.

### 3. Pratik Uyuşum İlkesi

Pratik uyum ilkesi (*praktische Konkordanz*) ilk olarak Alman Anayasa Hukuku'nda ortaya konmuş ve ardından Alman anayasa hukukuna yerleşmiş bir yorum ilkesidir.<sup>174</sup> Anayasanın bütünlüğü ilkesinin tamamlayıcısı olan pratik uyum

---

<sup>172</sup> AYM Kararı, *Sebahat Tuncel Başvurusu*, Başvuru No. 2012/1051, 20 Şubat 2014, par. 71: “(...) Kanun yolu ile sınırlandırmaya açık bırakılan düzenleme ile öngörülen sınırlandırma imkânlarının anayasanın bütünlüğü ilkesi kapsamında yine Anayasa'nın 13. maddesi ile birlikte değerlendirilmesi gerekir. (...)”; AYM Kararı, *Bekir Coşkun Başvurusu*, Başvuru No. 2014/12151, 4 Haziran 2015, par. 32: “(...) Düşünce ve kanaatlerin özel bir ifade biçimini koruyan basın özgürlüğüne ilişkin bireysel başvuruların bu konuyu özel olarak düzenleyen Anayasa'nın 28. maddesi kapsamında incelenmesi gerekmele birlikte anayasanın bütünlüğü ilkesi uyarınca konuya ilişkin diğer maddeler de bu inceleme kapsamında gözetilmelidir. Bu çerçevede 28. madde ile Anayasa'nın ifade özgürlüğüne ilişkin 26. maddesinin somut başvuru yönünden birlikte dikkate alınması gerekmektedir. (...)”

<sup>173</sup> Ulrich K. Preuss, “The Implications of “Eternity Clauses”: The German Experience”, *Israel Law Review*, C. 44, 2011, s. 444-445; Metin, *a.g.e.*, s. 75-76.

<sup>174</sup> Alman Anayasa Hukukunda pratik uyum ilkesinin kullanımı için bkz.; O. Korkut Kanadoğlu, *Türk ve Alman Anayasa Yargısında Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyumlaştırılması*, Beta, İstanbul, 2000, s. 115-117.

ilkesi, çelişen anayasa normlarına “*optimal etki*” sağlayacak dengenin kurularak bu normların yorumlanması anlamına gelmektedir.<sup>175</sup>

Pratik uyuşum ilkesi hakların sınırlandırılmasında, Anayasa’da düzenlenme tekniği bakımından bir yasa maddesine gönderme yapan ve bir sınırlama ölçütü içermeyen haklar söz konusu olduğunda, bu hak başka bir hak veya özgürlükle ya da bir anayasal değerle çatıştığında dengelenmesini meşrulaştırmamızı sağlar. Bununla birlikte, sınırlama ölçütlerine yer verilen haklar bakımından pratik uyuşum ilkesi ile ortaya konacak bir tartıma gerek yoktur, dengeleme ölçülülük denetimi ile yapılmaktadır.<sup>176</sup>

Burada ayrıca, Kıta Avrupası Hukuku’nda ve dolayısıyla Türk Hukuku’nda da kullanılan ölçülülük ile AİHS’de korunan hakların sınırlandırılması bağlamında kullanılan ölçülülük ilkesi bütünüyle aynı unsurlara sahip olmadığı hatırlatılmalıdır. AİHS, Anglosakson Hukuku’ndaki “adil denge” kavramını benimsemiştir ve ölçülülük de adil dengenin kurulması incelemesinde bir alt inceleme unsuru olarak karşımıza çıkar.<sup>177</sup>

Türk Anayasa Mahkemesi’nin kararlarında da pratik uyuşum ilkesi tanımlanmaktadır. Buna göre Mahkeme, anayasa hükümlerinden birinin diğeri ile çatışır gözükmesi halinde bu hükümlerden her birine optimal etkililik sağlanmasının, bir diğeri deyişle birini diğeri feda etmeden bir sonuca varmanın, pratik uyuşum ilkesinin bir gereği olduğunu belirtmektedir.<sup>178</sup>

---

<sup>175</sup> Müller, **a.g.e.**, s. 42; Sağlam, **a.g.e. (Anayasa Hukuku Ders Notları)**, s. 53; Metin, **a.g.e.**, s. 77.

<sup>176</sup> Bertil Emrah Oder, “Anayasa Yargısında Temel Hak ve Özgürlüklerin Somutlaşması Normatif Kurgular, Teloslar ve Uluslararası Hukuka Açıklık”, (Çevrimiçi) <https://www.anayasa.gov.tr/media/4473/2.pdf>, Son Yararlanma Tarihi: 12.05.2019, s. 54-55.

<sup>177</sup> H. Burak Gemalmaz, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açısından Mülkiyet Hakkının Sınırlanmasında “Adil Denge” İlkesi”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. LXIX, S. 1-2, 2011, s. 654, dp. 18.

<sup>178</sup> AYM Kararı, E. 2002/143, K. 2004/46, 31 Mart 2004, Tülay Tuğcu ve Fazıl Sağlam’ın Karşı Oy Yazısı.

Pratik uyuşum ilkesi çatışan hakların dengelenmesi bağlamında da Anayasa Mahkemesi kararlarına konu olmuştur. Bir karşı oy yazısında, kişilik haklarının korunması ile radyo ve televizyon yayını gibi sosyal etki alanı çok yüksek olan bir özgürlük arasında ortaya konması gereken dengenin; çatışan anayasal hakların her birinde optimal bir etki kalacak şekilde birbirini sınırlamasını öngören pratik uyuşum ilkesi ile uyumlu olduğu yorumu yapılmıştır.<sup>179</sup> Benzer şekilde, sigara yasağına ilişkin düzenlemenin anayasaya aykırılığı gerekçesiyle iptali başvurusunda, başkalarının haklarına ve özgürlüklerine zarar verilmesini önlemek için bir hakkın sınırlandırılabilirliği belirtilmiş; tütün ürünü içme özgürlüğü ile diğer haklar ve özgürlükler çatıştığında her iki özgürlüğün de varlık ve etkilerini optimal düzeyde koruyacakları düzenlemeler gerçekleştirilebileceği gerekçesiyle çoğunluk görüşüne katılmadığı ifade edilmiştir.<sup>180</sup>

Alman Anayasa Hukuku'nda ortaya çıkan bu yorum ilkesine İsviçre Federal Mahkemesi ve Fransız Anayasa Konseyi kararlarında da başvurulmuştur. İsviçre Federal Mahkemesi federal vergilere ilişkin bir kararında, anayasalarda birbiriyle çatışan ve istisna yaratmaksızın denkleşemeyen ilkeler olduğunu, bu ilkelerin birbiriyle uyumlaştırılarak yorumlanması gerektiğini ifade etmektedir.<sup>181</sup> Fransız Anayasa Konseyi de kamera ile izleme sistemlerinin kurulmasına ilişkin bir kararında özel yaşama saygı hakkı ile kamu düzeni ve güvenliğinin korunmasının çatışmasında pratik uyuşum ilkesinden yararlanmışır.<sup>182</sup>

#### 4. Özgürlük Lehine Yorum İlkesi

Anayasaların hukuki niteliği bağlamında devletin kurumlarını, bu kurumların birbiriyle ilişkilerini ve temel hak ve özgürlükleri düzenleyen hukuki belgeler olduğunu ifade etmiştik. Türk Anayasa Mahkemesi'nin ifade ettiği üzere,

---

<sup>179</sup> AYM Kararı, E. 2002/100, K. 2004/109, 21 Eylül 2004, Mehmet Erten'in Karşı Oy Yazısı.

<sup>180</sup> AYM Kararı, E. 2010/58, K. 2011/8, 6 Ocak 2011, Engin Yıldırım'ın Karşı Oy Yazısı.

<sup>181</sup> BGer 2C-585/2012, 06.03.2014, par. 7.2. Aynı yönde bkz.; ATF 139 I 16, par. 4.2.2.

<sup>182</sup> Conseil Constitutionnel, Décision No. 94-352 DC, 18 Janvier 1995.

anayasacılık düşüncesi temel olarak devlet iktidarının temel hak ve özgürlükler lehine sınırlandırılması amacına ulaşmak için ortaya çıkmıştır.<sup>183</sup> Latince özdeyişle “*in dubio pro libertate*” olarak da ifade edilen özgürlük lehine yorum ilkesi, anayasalarda güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklere ilişkin düzenlemeler yorumlanırken özgürlüğün kural, sınırlamanın istisna olarak kabul edilmesi anlamına gelmektedir.<sup>184</sup>

Özgürlük lehine yorum bir tercihi yansıtmaktadır. Gücü birbirine yakın; ancak sonuçları farklı iki yorum arasında özgürlüğü koruyan yoruma öncelik verilmektedir.<sup>185</sup> İki yorum arasındaki tercihte denge unsurunun kurulması da zorunludur. Bu açıdan özgürlük lehine yorum ilkesi bir denge mekanizması işlevi de görür.<sup>186</sup>

Özgürlük lehine yorum, temel hakların korunması konusunda bu tercihin yanında, haklara yorum yoluyla yeni sınırlamalar da getirilmesinin önüne geçer. Bu bağlamda, Anayasa Mahkemesi de temel hakları güçlendirecek yorumun tercih edilmesi gerektiğini ve sınırlamaların mümkün olan en dar biçimde yorumlanarak yorum yoluyla yeni sınırlamalar getirilmemesi gerektiğini kabul etmektedir.<sup>187</sup>

Anayasa’da korunan temel hakların çatışması durumunda özgürlük lehine yorumun benimsenmesi, değiştirilmesi zor usullere bağlanmış anayasa metinlerinde

---

<sup>183</sup> AYM Kararı, E. 2010/49, K. 2010/87, 7 Temmuz 2010.

<sup>184</sup> Metin, **a.g.e.**, s. 80.

<sup>185</sup> Sağlam, **a.g.e. (Anayasa Hukuku Ders Notları)**, s. 52.

<sup>186</sup> Robert Alexy, **A Theory of Constitutional Rights**, Oxford University Press, 2002, s. 383-384.

<sup>187</sup> AYM Kararı, E. 2009/31, K. 2011/77, 12 Mayıs 2011. “(...) *Bu durumda Anayasa’nın 2. ve 35. maddeleri ile 43. ve 169. maddelerinin somut durumda farklı çözümleri gerektirdiği, yani bir anlamda çatıştıkları görülmektedir. Şu halde öncelikle yapılması gereken şey, çatışan değerlerin yorum yoluyla birbiriyle uyumlaştırılması ve bu şekilde bir sonuca gidilmesidir. Öğretide de benimsendiği üzere, anayasal yorum ilkelerinden birisi de “temel haklar lehine yorum”dur. Bu ilke, Anayasa’da yer alan temel haklarla ilgili düzenlemeler yorumlanırken, temel hakların etkisini güçlendirecek yorumun seçilmesi gerektiğine işaret eder. Bunun doğal sonucu olarak da, temel hak sınırlamalarına ilişkin kuralların mümkün olduğunca dar yorumlanması ve yorum yoluyla yeni sınırlamalar getirilmemesi gerekir. (...)*”



maddi değişikliklere gitmeden, temel hakların evrensel ilkelere ve demokratik toplumlara uygun olarak yorumlanması yolunu açmaktadır.<sup>188</sup>

### C. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Yorum İlkeleri

İçinde bulunduğumuz çağ, hukuki metinler göz önüne alındığında “sözleşmeler çağı”<sup>189</sup> olarak nitelendirilebilir. Devletlerarası ilişkilerin git gide gelişmesiyle pek çok alanda yetersiz kalan ulusal hukuk normlarının dışında “sözleşme hukuku sistemleri” oluşmuştur. İki veya daha fazla devletin oluşturduğu bu sözleşme sistemlerinin, sözleşme konusu ile ilgili ortak bir hukuk yaratması ve farklı hukuk düzenlerine sahip devletleri bir araya getirmesi sözleşme normlarının yorumlanmasını da özellikli kılmaktadır.

Çalışma özelinde anayasa hukuku bağlamında yorum ilkelerine yer vermemizden ötürü, ulusalüstü temel haklar yargısında yorum ilkeleri ve bu bağlamda da örnek olarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) ele alınacaktır. Bu kapsamda AİHS sisteminin anayasallaşması ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) anayasa mahkemesi niteliğinin olup olmadığı üzerine son yıllardaki tartışmalar<sup>190</sup> da anayasaların yorumlanması bakımından AİHM uygulamasını ortaya koymayı gerekli kılmaktadır. Bununla birlikte, öncelikle uluslararası hukukta andlaşmaların yorumlanmasının genel ilkelerini kısaca ortaya koymak gerekmektedir.

---

<sup>188</sup> Metin, **a.g.e.**, s.81.

<sup>189</sup> Ulf Linderfalk, **On The Interpretation of Treaties The Modern International Law as Expressed in the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties**, Law and Philosophy Library Vol. 83, Springer, Dordrecht, 2007, s. 1.

<sup>190</sup> Bu tartışmalarla ilgili bkz.; Steven Greer, “Constitutionalizing Adjudication under the European Convention on Human Rights”, **Oxford Journal of Legal Studies**, Vol. 23, No. 3, 2003, s. 405-433; Alec Stone Sweet, “Sur la Constitutionnalisation de la Convention Européenne des Droits de l’Homme: Cinquante Ans Après Son Installation, La Cour Européenne des Droits de l’Homme Conçue Comme Une Cour Constitutionnelle”, **Revue Trimestrielle des Droits de l’Homme**, No. 2009/80, s. 923-944; Geir Ulfstein, “The European Court of Human Rights as a Constitutional Court?”, **PluriCourts Research Paper**, No. 14-08, 2014, s. 1-7.

Uluslararası hukukta andlaşmaların yorumlanmasının temel kuralları 1969 Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nde yer almaktadır.<sup>191</sup> Sözleşme'de yorum ilkeleri genel ve tamamlayıcı ilkeler olarak iki grupta düzenlenmiştir. Sözleşme'nin

<sup>191</sup> 1969 Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin yoruma ilişkin ilgileri maddelerinin İngilizce orijinal metni ve Türkçe çevirisi şöyledir;

**“SECTION 3. INTERPRETATION OF TREATIES**

**Article 31. GENERAL RULE OF INTERPRETATION**

1. A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty **in their context and in the light of its object and purpose.**

2. The context for the purpose of the interpretation of a treaty shall comprise, in addition to the text, including its preamble and annexes:

(a) Any agreement relating to the treaty which was made between all the parties in connexion with the conclusion of the treaty;

(b) Any instrument which was made by one or more parties in connexion with the conclusion of the treaty and accepted by the other parties as an instrument related to the treaty.

3. There shall be taken into account, together with the context:

(a) Any subsequent agreement between the parties regarding the interpretation of the treaty or the application of its provisions;

(b) Any subsequent practice in the application of the treaty which establishes the agreement of the parties regarding its interpretation;

(c) Any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties.

4. A special meaning shall be given to a term if it is established that the parties so intended.

**Article 32. SUPPLEMENTARY MEANS OF INTERPRETATION**

Recourse may be had to supplementary means of interpretation, including **the preparatory work of the treaty and the circumstances of its conclusion**, in order to confirm the meaning resulting from the application of article 31, or to determine the meaning when the interpretation according to article 31:

(a) Leaves the meaning ambiguous or obscure; or

(b) Leads to a result which is manifestly absurd or unreasonable.

**Kesim 3 Andlaşmaların yorumu**

**Madde 31- Genel yorum kuralı**

1. Bir andlaşma, hükümlerine **andlaşmanın bütünü içinde ve konu ve amacının ışığında** verilecek alelade manaya uygun şekilde iyi niyetle yorumlanır.

2. Bir andlaşmanın yorumu bakımından, (andlaşmanın) bütünü, girişini ve eklerini içine alan metne ilaveten, aşağıdakileri kapsar:

a- andlaşmanın akdedilmesi ile bağlantılı olarak bütün taraflar arasında yapılmış olan andlaşmayla ilgili herhangi bir anlaşma;

b- andlaşmanın akdedilmesi ile bağlantılı olarak bir veya daha fazla tarafça yapılan ve diğer taraflarca andlaşmayla ilgili bir belge olarak kabul edilen herhangi bir belge.

3. Andlaşmanın bütünü ile birlikte aşağıdakiler (de) dikkate alınır:

a- Taraflar arasında andlaşmanın yorumu veya hükümlerinin uygulanması ile ilgili olarak yapılan daha sonraki (tarihli) herhangi bir anlaşma,

b- Tarafların andlaşmanın yorumu konusundaki mutabakatını tespit eden andlaşmanın uygulanması ile ilgili daha sonraki herhangi bir uygulaması.

c- Taraflar arasındaki ilişkilerde milletlerarası hukukun tatbiki kabil herhangi bir kuralı.

4. Tarafların bir terime özel bir mana vermek istedikleri tespit edilirse, o terime o mana verilir.

**Maddde 32- Tamamlayıcı yorum araçları**

31. maddenin uygulanmasından hasıl olan manayı teyid etmek veya 31. maddeye göre yapılan yorum,

a- manayı muğlak veya anlaşılmasız bırakıyorsa,

b- çok açık bir şekilde saçma olan veya makûl olmayan bir sonuca götürüyorsa, manayı tespit etmek için **andlaşmanın hazırlık çalışmalarına ve yapılma şartları dahil, tamamlayıcı yorum araçlarına başvurulabilir.**” (Vurgu eklenmiştir.)

Türkçe çeviri için bkz.; [http://www.uhdigim.adalet.gov.tr/sozlesmeler/coktaraflioz/bm/bm\\_35.pdf](http://www.uhdigim.adalet.gov.tr/sozlesmeler/coktaraflioz/bm/bm_35.pdf).

31. maddesinde düzenlenen genel yorum kuralı andlaşmanın bütününe ve konu ve amacına uygun yorumu düzenleyerek sözel, sistematik ve teleolojik yoruma işaret etmektedir. Sözleşme'nin 32. maddesinde ise tamamlayıcı yorum bakımından hazırlık çalışmaları ve andlaşmanın yapılma koşulları esas alınmaktadır ve tarihsel yorum ilkesi ifadesini bulmaktadır.<sup>192</sup>

1969 Viyana Sözleşmesi'nin yoruma ilişkin kuralları, uluslararası mahkemeler tarafından evrensel olarak kabul görmüş kurallardır.<sup>193</sup> Bu bağlamda, çalışmamızda yer vereceğimiz AİHS'nin yorumlanmasında da söz konusu kurallardan yararlanılmaktadır.<sup>194</sup> Bununla birlikte, AİHM'nin Sözleşme özelinde bu yorum ilkelerine yaklaşımı ve kullandığı başkaca yorum ilkeleri özel olarak incelenecektir.

## 1. Sözleşme Metnine Uygun Yorum

Metin, yorum ilkeleri bakımından temel olarak dikkate alınan unsur olarak karşımıza çıkmaktadır ve Savigny'nin klasik sınıflandırmasına göre sözel yorum, metnin açık anlamını esas alan yorumu ifade etmektedir.<sup>195</sup> Özellikle uluslararası hukuki metinler söz konusu olduğunda, sözel yorumun ayırt edici unsurunu “*yabancı dil*” oluşturmaktadır. Benzer durum, birden fazla resmi dili olan ve hukuki metinleri bu dillere göre düzenlenmiş ulusal hukuk düzenlerinde de söz konusu olabilir.<sup>196</sup>

---

<sup>192</sup> Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'ne göre yorum yöntemleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.; Linderfalk, **a.g.e.**, s. 61-355; Richard K. Gardiner, **Treaty Interpretation**, 2. bs., Oxford University Press, 2015, özellikle s. 161-413.

<sup>193</sup> Uluslararası mahkemelerin 1969 Viyana Sözleşmesi'nin yorum kurallarına ilişkin uygulamaları hakkında Bkz.; Gardiner, **a.g.e.**, s. 123-141.

<sup>194</sup> *Golder v. United Kingdom*, App. No. 4451/70, Judgment of 21 February 1975, özellikle par. 29-30; *James and Others v. United Kingdom*, App. No. 8793/79, Judgment of 21 February 1986, özellikle par. 61-64; *Mamatkulov and Askarov v. Turkey*, App. Nos. 46827/99 - 46951/99, Judgment of 4 February 2005, özellikle par. 39, 111, 117, 123; *Marguš v. Croatia*, App. No. 4455/10, Judgment of 27 May 2014, özellikle par. 129; *Magyar Helsinki Bizottság v. Hungary*, App. No. 18030/11, Judgment of 8 November 2016, özellikle par. 35, 118-125, 138.

<sup>195</sup> Bkz.; Yukarıda “*Sözel Yorum*” başlığı.

<sup>196</sup> Gözler, **a.g.e. (Hukukun Genel Teorisine Giriş)**, s. 167.

Uluslararası sözleşmeler bakımından, 1969 Viyana Sözleşmesi'nin 33. maddesi, birden fazla dilde kaleme alınan andlaşmaların yorumunda dil farklılıklarına ilişkin düzenlemeler getirmiştir. Buna göre, bir dildeki metnin üstün tutulacağı andlaşmanın kendisi tarafından belirtilmedikçe veya taraflar tarafından kararlaştırılmadıkça, her dildeki metin eşit olarak geçerlidir (*Md. 33/I*). Andlaşmanın resmi olarak kaleme alınmış dillerinden başka bir yabancı dile çevirisi durumunda; ancak andlaşmanın öngörmesi veya taraflar tarafından kararlaştırılmasıyla bu çeviri geçerli kabul edilecektir. (*Md. 33/II*). Ayrıca, andlaşma hükümlerinin her metinde aynı anlama geldiği düzenlenmektedir. (*Md. 33/III*).

AİHS özelinde, Sözleşme'nin en sonunda Fransızca ve İngilizce metinlerin eşit derecede geçerli olduğu belirtilmektedir.<sup>197</sup> *Wemhoff v. Almanya* kararında Mahkeme, tutuklama süresinin başlangıcının belirlenmesinde, Sözleşme'nin İngilizce metninde yer alan “*trial*” ifadesinin hakkın sınırlanmasına yönelik yorumlanmasını reddetmiştir. Gerekçesinde ise İngilizce metnin böyle bir sınırlamaya elverecek biçimde anlaşıldığını kabul etmiş; ancak eşit düzeydeki Fransızca metinden Sözleşme'nin konu hakkında tek bir yoruma izin verdiğini ifade etmiştir.<sup>198</sup>

1969 Viyana Sözleşmesi'nin 31/I. maddesinde kabul edilen sözcüklerin olağan anlamına göre yorumlanması ilkesi, AİHM kararlarında da yer bulmuştur. *Luedicke, Belkacem ve Koç v. Almanya* kararında Mahkeme, Sözleşme'nin 6. maddesi kapsamında bedelsiz olarak tercüman hakkından yararlanma konusunda, “*bedelsiz (free/gratuitement)*” sözcüğünün anlamını incelemiş ve her iki resmi dildeki olağan

---

<sup>197</sup> “*Done at rome this 4th day of november 1950, in English and French, both texts being equally authentic (...)*”

“*Avrupa Konseyi arşivlerinde muhafaza edilecek olup, İngilizce ve Fransızca metinlerinin her ikisi de eşit derecede geçerli bir tek kopya halinde Kasım 1950'nin 4. gününde Roma'da düzenlenmiştir.*” Protokol No. 11 ile Değiştirilmiş Olarak İnsan Haklarını ve Temel Özgürlükleri Koruma Sözleşmesi'nin Türkçe çevirisi için bkz.; Mehmet Semih Gemalmaz, **Ulusüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri**, C. I, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2011, s. 5-27.

<sup>198</sup> *Wemhoff v. Germany*, App. No. 2122/64, Judgment of 27 June 1968, par. 6-7. Aynı yönde bkz.; *Levy v. Germany*, App. No. 6066/73, Report of the Commission of 9 July 1975, Yargıç Trechsel ve Yargıç Welter'in Ayrık Oy Yazısı.

anlama göre bir koşula bağlılık, istisna veya askıya alma içermediğine karar vermiştir.<sup>199</sup>

Burada son olarak kısaca AİHS kapsamında “*otonom kavramlardan*” söz etmek gereklidir. Otonom kavramlar doktrini her ne kadar Sözleşme’de yer alan bir kavramın değil, ulusal hukuklardaki bir kavramın Sözleşme kapsamında yorumlanması açısından önemli olsa da, Mahkeme’nin yoruma ilişkin bakış açısını anlamak bağlamında önemlidir. Buna göre; Sözleşme’de yer alan hukuki kavramlar ulusal hukuklarda sahip oldukları anlamın ötesinde, Sözleşme kapsamında özerk (otonom) anlamlara sahiptir. AİHM’nin Sözleşme’de özerk hukuki kavramların varlığını açıkça ortaya koyduğu *Engel ve Diğerleri v. Hollanda* kararında, “isnad (charge/accusation)” teriminin Sözleşme kapsamında ulusal hukuklardaki anlamından özerk bir anlama sahip olduğu belirtilmiştir.<sup>200</sup>

Otonom kavramlar doktrini, hukuki kavramların taraf devletlerin ulusal hukuklarında farklı anlamlar ifade etmesi bakımından AİHM’nin yeknesak bir uygulama yaratmak istemesinin sonucudur. Bu bağlamda, hukuki kavramların ulusal hukuklardaki anlamları ile değil, Sözleşme kapsamında bağımsız olarak yorumlanması gerektiğine ilişkin olarak otonom kavramlar doktrini, *Engel ve Diğerleri v. Hollanda* kararından bu yana Sözleşme Organlarının pek çok kararında uygulanmaya devam etmiştir.<sup>201</sup>

---

<sup>199</sup> *Luedicke, Belkacem and Koç v. Germany*, App Nos. 6210/73 – 6877/75 – 7132/75, Judgment of 28 November 1978, par. 39-41.

<sup>200</sup> *Engel and Others v. Netherlands*, App. Nos. 5100/71-5101/71-5102/71-5354/72-5370/72, Judgment of 8 June 1976, par.80.

<sup>201</sup> H. Burak Gemalmaz, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı**, Beta, İstanbul, 2009, s. 125-131; George Letsas, “Strasbourg’s Interpretive Ethic: Lessons for the International Lawyer”, **The European Journal of International Law**, C. 21, No. 3, 2010, s. 523-527.

## 2. Sözleşme'nin Konusu ve Amacına Uygun Yorum

1969 Viyana Sözleşmesi'nin 31/I. maddesinde belirtildiği gibi andlaşmaların yorumlanmasındaki bir diğer ölçüt de konu ve amaç ışığında yorum ilkesidir. AİHS'nin konusunu ve amacını belirlerken öncelikle başlangıç bölümünde belirtilen ilkeler dikkate alınmalıdır.<sup>202</sup> Bu bağlamda; demokrasi çerçevesinde insan hakları ve temel özgürlükler konusunda ortak ve evrensel bir anlayışın sağlanması, bu hak ve özgürlüklerin korunması ve gerçekleştirilmesi Sözleşme'nin temel amacını oluşturmaktadır. Başlangıçta yer alan AİHS'nin amacına yönelik bu temel ilkeler AİHM içtihatlarında da ortaya konmuş ve somutlaşmıştır.

*İrlanda v. Birleşik Krallık* kararında, AİHS'nin yorumlanmasında, Sözleşme'nin özel karakteri olarak insan haklarının ve temel özgürlüklerin ortaklaşa (kollektif biçimde) korunması özelliğinin dikkate alınması gerektiği ifade edilmiştir.<sup>203</sup> Mahkeme ayrıca, Danimarka'da uygulanan zorunlu cinsel eğitim derslerine ilişkin *Kjeldsen, Busk Madsen ve Pedersen v. Danimarka* kararında; eğitim faaliyetleri sırasında Sözleşme'nin sistematik telkinleri dışladığı yönündeki yorumun, Sözleşme'nin demokratik toplumun değer ve ideallerini korumaya ve geliştirmeye yönelik genel ruhuna uygun olduğu değerlendirmesini yapmıştır.<sup>204</sup> *Pretty v. Birleşik Krallık* kararında ise, Sözleşme'nin özünün insan onuruna ve özgürlüğe saygı olduğu

---

<sup>202</sup> Uluslararası andlaşmaların başlangıç bölümlerinin andlaşmanın yorumlanmasında dikkate alınacağı 1969 Viyana Sözleşmesi'nin 31. maddesinin 2. fıkrasında hüküm altına alınmıştır. Ayrıca AİHM kararlarında da sözleşmelerin konu ve amacının belirlenmesinde başlangıç bölümlerinin son derece işlevsel olduğu kabul edilmektedir. Bkz.; *Golder v. United Kingdom*, App. No. 4451/70, Judgment of 21 February 1975, par. 34. Uluslararası andlaşmaların konu ve amacının belirlenmesinde başlangıç bölümlerinden yararlanılması ile ilgili olarak ayrıntılı bilgi için bkz.; Max H. Hulme, "Preambles in Treaty Interpretation", **University of Pennsylvania Law Review**, C. 164, 2016, s. 1300-1305.

<sup>203</sup> *Ireland v. United Kingdom*, App. No. 5310/71, Judgment of 18 January 1978, par. 239; *Soering v. United Kingdom*, App. No. 14038/88, Judgment of 7 July 1989, par. 87.

<sup>204</sup> *Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v. Denmark*, App. Nos. 5095/71-5920/72-5926/72, Judgment of 7 December 1976, par. 53.

vurgusu yapılmaktadır.<sup>205</sup> Mahkeme, Belçika Dil Davası'nda ise açıkça Sözleşme'nin amacının, bireylerin temel haklarına özel önem vererek ve bu temel haklar ile kamu yararının korunması arasında denge kurarak insan haklarının etkili biçimde korunması olduğunu belirtmiştir.<sup>206</sup>

Sözleşme'nin yorumlanmasında Sözleşme metninin yanı sıra AİHM içtihatlarında da açıklığa kavuşturulan Sözleşme'nin amacına ilişkin bu ilkelerin değerlendirilmesi gerekmektedir. Örnek olarak Mahkeme, *Lawless v. İrlanda (No. 3)* kararında, öncelikle AİHS'nin 5. maddesinin metin analizini yapmakta, bir diğer deyişle öncelikli olarak sözel yoruma başvurmaktadır. Ardından, metin analizi sonucu ulaştığı anlamın Sözleşme'nin amacı ile uyumlu olduğu tespitini yapmaktadır.<sup>207</sup> Benzer şekilde Mahkeme, *König v. Almanya* kararında da, “kişisel haklar ve yükümlülükler” kavramının iç hukuklardan bağımsız, otonom bir kavram olarak yorumlanmasının Sözleşme'nin konusu ve amacı ile uyumlu olacağını kabul etmektedir.<sup>208</sup>

---

<sup>205</sup> *Pretty v. United Kingdom*, App. No. 2346/02, Judgment of 29 April 2002, par. 65. Aynı yönde bkz.; *Svinarenko and Slyadnev v. Russia*, App. Nos. 32541/08-43441/08, GC Judgment of 17 July 2014, par. 118.

<sup>206</sup> *Case “Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium” v. Belgium*, App. Nos: 1474/62-1677/62-1691/62-1769/63-1994/63-2126/64, Judgment of 23 July 1968, par. 5 (“Interpretation adopted by the Court” başlığı altında). İnsan haklarının yalnızca teorik anlamda değil pratikte de etkili korunması amacını tekrar ettiği aynı yönde örnek kararları için bkz.; *Airey v. Ireland*, App. No. 6289/73, Judgment of 9 October 1979, par. 24; *Artico v. İtalya*, Başvuru No. 6694/74, 13 Mayıs 1980, par. 33; *United Communist Party of Turkey and Others v. Turkey*, App. No. 133/1996/752/951, Judgment of 30 January 1998, par. 33; *İzzettin Doğan and Others v. Turkey*, App. No. 62649/10, GC Judgment of 26 April 2016, par. 114.

<sup>207</sup> “(...) Whereas the meaning thus arrived at by grammatical analysis is fully in harmony with the purpose of the Convention which is to protect the freedom and security of the individual against arbitrary detention or arrest (...)” Bkz.; *Case of Lawless v. Ireland (No. 3)*, App. No. 332/57, Judgement of 1 July 1961, par. 14.

<sup>208</sup> *König v. Germany*, App. No. 6232/73, Judgment of 28 June 1978, par. 88. “(...) it considers that the same principle of autonomy applies to the concept in question; any other solution might lead to results incompatible with the object and purpose of the Convention (...)”

### 3. Sözleşme'nin Evrimci Yorumu

Sözleşmenin evrimci (*evolutive*)<sup>209</sup> veya dinamik (*dynamic*) yorumlanması görüşü Mahkeme'nin *Tyrer v. Birleşik Krallık* kararında belirtildiği üzere AİHS'nin “yaşayan belge (*living instrument*)” olarak kabul edilmesine dayanmaktadır. Kararda Mahkeme, Sözleşme'nin yaşayan bir belge olduğunu ve güncel koşullar ışığında yorumlanması gerektiğini belirtmektedir.<sup>210</sup> Benzer şekilde *Tyrer* kararından sonra, *Guzzardi v. İtalya* kararında da, özgürlükten yoksun bırakmanın birçok biçimde olabileceği ve bunların hukuki standartlardaki gelişmelerden dolayı çeşitlendiği belirtilerek, Sözleşme'nin demokratik devletlerde halihazırda kabul edilen eğilimler ışığında yorumlanması gerektiği belirtilmektedir.<sup>211</sup>

Sözleşme'nin “bugünün şartlarına uygun” yorumlanması anlayışının doğal sonucu olarak, bir dönem Sözleşme kapsamında ihlal oluşturduğu kabul edilmeyen bir işlem veya eylem, daha sonra ihlal olarak nitelendirilebilir.<sup>212</sup> Sözleşme normlarına etkili sonuç sağlama arayışı evrimci yorumun kullanılmasının da önünü açmıştır. Bu kapsamda, evrimci yorum anlayışı AİHS'ye adeta Avrupa insan hakları hukukunun anayasası niteliği kazandırmıştır.<sup>213</sup>

<sup>209</sup> Evrimci (*evolutive*) yorum ifadesi, Mahkeme tarafından dinamik yorum ifadesine tercih edilmektedir. Evrimci yorum kavramının AİHM tarafından kullanılması bakımından bkz.; *Case of Johnston and Others v. Ireland*, App. No. 9697/82, 18 December 1986, par. 53, “(...) *It is true that the Convention and its Protocols must be interpreted in the light of present-day conditions (see, amongst several authorities, the above-mentioned Marckx judgment, Series A no. 31, p. 26, § 58). However, the Court cannot, by means of an evolutive interpretation, derive from these instruments a right that was not included therein at the outset. This is particularly so here, where the omission was deliberate. (...)*” (Vurgu eklenmiştir.) Benzer yönde kullanımlar için bkz.; *Case of Bayatyan v. Armenia*, App. No. 23459/03, Judgment of 27 October 2009, par. 63; *Magyar Helsinki Bizottság v. Hungary*, App. No. 18030/11, Judgment of 8 November 2016, Yargıçlar Sicilianos ve Raimondi'nin Mutabık Oy Yazısı. Evrimci yorum kavramının Türk Hukuk Literatüründe kullanılması bakımından bkz.; H. Burak Gemalmaz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde ve Türk Hukukunda Çocuğun Bedensel Cezaya Karşı Korunması*, Legal, İstanbul, 2005, s. 62, 70-78.

<sup>210</sup> *Case of Tyrer v. United Kingdom*, App. No. 5856/72, Judgment of 25 April 1978, par. 31.

<sup>211</sup> *Case of Guzzardi v. Italy*, App. No. 7367/76, Judgment of 6 November 1980, par. 95. Aynı yönde bkz.; *Case of Van Der Mussele v. Belgium*, App. No. 8919/80, 23 November 1983, par. 32.

<sup>212</sup> Gemalmaz, **a.g.e. (Bedensel Cezaya Karşı Korunma)**, s. 71.

<sup>213</sup> Naz Çavuşoğlu, “İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ni “Yaşayan Belge” Yapan Yorum Teknikleri”, *İnsan Hakları Yılı*, C. 14, 1992, s. 132.



Zaman içinde değişen kavramlara tipik bir örnek olarak *Marckx v. Belçika* kararında AİHM'in, geleneksel aile kavramına ve evlilik dışı çocukların ve bekar annelerin durumuna ilişkin olarak, o günün koşullarında Avrupa Konseyi üyesi diğer devletlerin ve başka uluslararası antlaşmaların yaklaşımına uygun bir yorum benimsemesi örnek verilebilir.<sup>214</sup> Benzer şekilde, yetişkin erkeklerin rızaları ile gerçekleştirdiği eşcinsel eylemlerin suç oluşturmalarına ilişkin *Dudgeon v. Birleşik Krallık* kararında Mahkeme, karara konu olan iç hukuktaki yasaya ilişkin olarak, taraf devletlerin genelinin iç hukuklarındaki yaklaşımın zamanla değiştiğinin görmezden gelinemeyeceğini belirtmiştir.<sup>215</sup>

Mahkeme'nin son dönem içtihatlarına baktığımızda da, toplu sözleşme hakkının Sözleşme kapsamında korunmasına yönelik *Demir ve Baykara v. Türkiye* kararında Sözleşme'nin yaşayan belge niteliği hatırlatılmaktadır.<sup>216</sup> Benzer şekilde vicdani red hakkının Sözleşme kapsamında tanınmasının yolunu açan *Bayatyan v. Ermenistan* kararında da Mahkeme, Avrupa Konseyi üyesi devletlerin iç hukuklarındaki ve uluslararası hukuktaki değişen normların göz önüne alınması gerektiğini belirtmektedir. Ayrıca, AİHS'nin yaşayan bir belge olduğu ve insan haklarının korunmasında yükselen standardı yakalayacak biçimde bugünün koşullarına göre ve uluslararası hukuktaki gelişmelere uygun yorumlanması gerektiği ifade edilmektedir.<sup>217</sup>

Son olarak belirtmek gerekir ki, gerek *Demir ve Baykara* gerekse *Bayatyan* kararlarında Mahkeme, Sözleşme'nin yapıldığı tarihten günümüze güvenceye alınan hakların içeriği ile ilgili dönüşümü yorumlarken, bir diğer deyişle evrimci yoruma

---

<sup>214</sup> *Case of Marckx v. Belgium*, App. No. 6833/74, Judgment of 13 June 1979, özellikle par. 31 ve 41.

<sup>215</sup> *Case of Dudgeon v. United Kingdom*, Judgment of App. No. 7525/76, 22 October 1981, par. 60.

<sup>216</sup> *Case of Demir and Baykara v. Turkey*, App. No. 34503/97, GC Judgment of 12 November 2008, par. 68 ve 146.

<sup>217</sup> *Case of Bayatyan v. Armenia*, App. No. 23459/03, Grand Chamber Judgment of 7 July 2011, par. 102 ve 109.

başvururken, uluslararası belgelerdeki konsensüsten de yararlanmaktadır.<sup>218</sup> Çalışmamızın konusu bakımından özellik arz eden ve özellikle diğer uluslararası insan hakları sözleşmeleri organları kararlarına atıf yapılan bu örneklerle çalışmanın üçüncü bölümünde yer verilecektir.

### III. YARGISAL DİYALOG KAVRAMI VE ANAYASA HUKUKUNDAKİ YERİ

#### A. Karşılaştırmalı Hukukun Anayasal Yorumdaki İşlevi

Karşılaştırmalı hukuk Eski Yunan ve Roma'dan<sup>219</sup> bu yana tarihsel olgularla gelişerek varlığını sürdüren<sup>220</sup> ve bir metot, bağımsız bir hukuk disiplini veya hem bir metot hem de bağımsız bir disiplin olduğu yönünde tartışmaları devam eden<sup>221</sup> bir olgudur. Karşılaştırmalı hukuk genel olarak, benzerlikleri ve farklılıkları ortaya koymak amacıyla hukuk sistemlerini kıyaslama, çelişkilerini bulma ve yan yana

---

<sup>218</sup> *Case of Demir ve Baykara v. Turkey*, par. 85; *Case of Bayatyan v. Armenia*, par. 102: “(...) *The consensus emerging from specialised international instruments may constitute a relevant consideration for the Court when it interprets the provisions of the Convention in specific cases (...)*”

<sup>219</sup> Burada belirtmek gerekir ki, Gaius Roma Hukuku'nun tüm insanlık arasında doğal akla dayalı olarak kurulan ve tüm insanlığın takip ettiği hukuk olarak tanımladığı *ius gentium*'a dayandığını kabul etmektedir. Bunun yanında, bir devlet tarafından kurulan ve bu devletin üyelerine yönelik uygulanan kuralları *ius civile* olarak tanımlamaktadır. Bkz.; Gaius, **Institutiones**, Çev. Edward Poste – Edward Arthur Whittuck, 4. bs., The Clarendon Press, Oxford, 1904, s. 1, §. 1. 1. “*The laws of every people governed by statutes and customs are partly peculiar to itself, partly common to all mankind. The rules established by a given state for its own members are peculiar to itself, and are called jus civile; the rules constituted by natural reason for all are observed by all nations alike, and are called jus gentium.*” Bu kapsamda Roma hukukçuları, yabancılara uygulanan hukuk ile vatandaşlara uygulanan hukuk belirlenirken, uyumsuzluklar karara bağlanırken ve Roma Kurumları ile özellikle Akdeniz havzasında yaşayan ve Yunanca konuşan grupların kurumları arasında karşılaştırmaya başvurmak zorunda kalmışlardır. Bkz.; Charles Donahue, “Comparative Law Before The Code Napoléon”, **The Oxford Handbook of Comparative Law**, Ed. Mathias Reimann – Reinhard Zimmermann, Oxford University Press, New York, 2008, s. 5-6.

<sup>220</sup> Karşılaştırmalı hukukun tarihsel gelişimi ile ilgili bkz.; Ergun Özsunay, “Batı Avrupada Karşılaştırmalı Hukukun Başlangıçtan XIX. Yüzyıla Kadarki Gelişimi”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 41, S. 1-2, 1975, s. 223-234; Konrad Zweigert – Hein Kötz, **An Introduction to Comparative Law**, Çev. Tony Weir, 3. bs., Oxford University Press, 1998, s. 48-62; Donahue, **a.g.e.**, s. 3-32.

<sup>221</sup> Bu tartışmalar için bkz.; Arzu Oğuz, “Hukukun Bağımsız Bir Alanı Olarak Karşılaştırmalı Hukukun Konusu ve Metodu”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 22, S. 2, 2002, s. 452-480.

koyma faaliyeti olarak görülse de tanımı bundan çok daha geniştir.<sup>222</sup> Bu bağlamda makro ve mikro karşılaştırmadan söz edilebilir. Buna göre, makro karşılaştırmada hukuk düzeninin geneline yönelik bir karşılaştırma söz konusudur ve hukuk düzenindeki tüm normlar, yorum yöntemleri, usuller, içtihatlar, doktrin ve olgular makro karşılaştırmının konusunu oluşturur. Mikro karşılaştırmada ise somut bir hukuki sorunun hukuk düzenlerindeki görünümü sorgulanır.<sup>223</sup> Genel olarak karşılaştırma faaliyeti, hukuk kültürleri, gelenekleri, sistemleri ile hukuki görüşler ve analizler arasındaki benzerliklerin ve farklılıkların “gerçek hikayesinin” ortaya konmasıdır.<sup>224</sup>

Makro karşılaştırma bakımından hukuk sistemi içinde yorum ilkeleri de ele alınmaktadır ve karşılaştırmalı hukukun yorum faaliyetinde de yararlanılan bir yöntem olduğu kabul edilmektedir.<sup>225</sup> Karşılaştırmalı hukukun, hukukta ve çalışmamız kapsamında özellikle anayasa hukukunda yoruma ilişkin işlevi ayrıca tartışılmalıdır.

Karşılaştırmalı hukuk çoğunlukla özel hukuka ilişkin bir yöntem olarak kabul edilmiş olsa da; anayasa hukukçuları karşılaştırmalı yöntemle tarihsel anlamda daha eskiye dayanan bir ilişki içindedir. Anayasa hukukunun konusu ve niteliğinin anayasa hukukçularını “doğuştan karşılaştırmacı” yaptığı söylenebilir. Örneğin Eski Yunan’da demokrasi kavramı üzerine düşünen filozoflar rejimleri sınıflandırmak için araştırmaya yönelmişler ve ister istemez karşılaştırmaya başvurmuşlardır. Benzer şekilde, II. Dünya Savaşı’nın ardından anayasa hukukçuları anayasaların uygulanması açısından siyasetin etkisini araştırmış; liberal ve sosyalist anayasalar

<sup>222</sup> Esin Özücü, “Developing Comparative Law”, **Comparative Law A Handbook**, Ed.: Esin Özücü – David Nelken, Hart Publishing, 2007, s. 44.

<sup>223</sup> Ergun Özsunay, “Karşılaştırmalı Hukukun Çeşitli Görünümleri”, **İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 10, S. 13, 1976, s. 6-8; Zweigert – Kötz, **a.g.e.**, s. 4-5; Arzu Oğuz, **Karşılaştırmalı Hukuk**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003, s. 34; Gerhard Dannemann, “Comparative Law: Study of Similarities or Differences?”, **The Oxford Handbook of Comparative Law**, Ed. Mathias Reimann – Reinhard Zimmermann, Oxford University Press, New York, 2008, s. 387-388.

<sup>224</sup> Vicki C. Jackson – Mark Tushnet, **Comparative Constitutional Law**, 2th Edition, Foundation Press, 2006, s. 149.

<sup>225</sup> Oder, **a.g.e.**, s. 193-204; Metin, **a.g.e.**, s. 57-72; Oğuz, **a.g.e. (Karşılaştırmalı Hukuk)**, s. 44-47.

ayrımı üzerine yoğunlaşmış ve doğal olarak karşılaştırmacılıktan yararlanmışlardır.<sup>226</sup> Bu tarihsel ilişkiye baktığımızda Montesquieu anayasa hukukunda karşılaştırmacılığın kurucusu olarak kabul edilmektedir.<sup>227</sup> Gerçekten, *Kanunların Ruhu Üzerine (De l'Esprit des Lois)* adlı eserinde Montesquieu, daha 1700'lü yılların ortalarında, İngiltere ve Fransa'daki yasaları karşılaştırmış, ayrıca genel olarak yasalar arasındaki benzerlikler ve çelişkilere ilişkin görüşlerini ortaya koymuştur.<sup>228</sup>

Karşılaştırmalı anayasa hukukunun çalışma alanının, yönteminin ve yorum ilkelerine etkisinin ortaya konulabilmesi için öncelikle daha çok özel hukuk dallarıyla ilişkilendirilen karşılaştırmalı hukukun kamu hukukuna ve bu bağlamda anayasa hukukuna özgü olarak nasıl kullanıldığı ortaya konmalıdır. Ardından, karşılaştırmalı anayasa hukukunun inceleme konusu bağlamında benzerlikler ve farklılıklar odağında nasıl bir yöntem benimsediği tartışılmalıdır.

Özel hukuk ve kamu hukuku ayrımı açısından bir değerlendirme yapmak gerekirse, özel hukuk dallarında ve anayasa hukuku dışındaki kamu hukukunun diğer alanlarında karşılaştırmalı hukuk çalışmalarının farklı olduğu genel kabul görmektedir. Anayasa hukukunun karşılaştırmacılığa açık bir alan olması, genel olarak kamu hukuku ve özel hukuk alanlarının farklı niteliklere sahip olmasından kaynaklanmaktadır. Devlet organlarının yetkilerini tanımlamak ve eylemlerini denetlemek kamu hukukunun ana işlevi olduğundan, bu yönüyle kamu hukuku özel hukuktan ayrılmaktadır. Kamu hukukunun bu işlevleri, birçok hukuk sistemine

---

<sup>226</sup> Marie-Claire Ponthoreau, **Droit(s) Constitutionnel(s) Comparé(s)**, Economica, Paris, 2010, s. 33-43.

<sup>227</sup> Robert Launay, "Montesquieu: The Specter of Despotism and the Origins of Comparative Law", **Rethinking the Masters of Comparative Law**, Ed.: Annelise Riles, Hart Publishing, 2001, s. 22 vd.; Mark Tushnet, **Advanced Introduction to Comparative Constitutional Law**, Edward Elgar Publishing, 2014, s. 2-4; Ran Hirschl, **Comparative Matters The Renaissance of Comparative Constitutional Law**, Oxford University Press, 2014, s. 125-133; Ponthoreau, **a.g.e.**, s. 34.

<sup>228</sup> Montesquieu, **De l'Esprit des Lois**, Chez A. Belin Imprimeur – Libraire, Paris, 1817, s. 498-499. Montesquieu'nün çalışmalarının karşılaştırmacılıkla ilgili değerlendirmesi için ayrıca bkz.; Hirschl, **a.g.e.**, s. 125-133.

uygulanabilir olma özelliği ile karşılaştırmaya daha çok olanak vermektedir.<sup>229</sup> Karşılaştırmacılığa açıklığa ilişkin bir diğer sav ise, anayasa yapım süreçlerinin ve kurumların yapısı ile bağlı olarak anayasal devamlılık, değişmez normlar ve denge ve denetlemede anayasanın rolünün git gide artan küresel içeriğidir.<sup>230</sup> Özellikle anayasaların temel hak ve özgürlüklere ilişkin kapsamı bakımından ulusal anayasaların birbirleri ve uluslararası sözleşmeler ile sıkı bir ilişki içinde oldukları görülmektedir.

Anayasaların git gide artan küresel içeriğini belirlerken dayanan unsurların ortaya konmasındaki temel metodun belirlenmesi gerekmektedir. Bu kapsamda karşılaştırmada benzerlikler veya farklılıklardan mı yoksa her ikisinden de mi yararlanılacağı sorusu karşımıza çıkar. Karşılaştırmaya başlarken her türlü benzerlik ve farklılığı göz ardı ederek bu unsurlar arasındaki dengenin tartılması esastır. Bunun sonucunda ise aslında başından beri var olan benzerlikler ve farklılıklar karşılaştırma sürecinin ürünü olarak somutlaşır. Birleştirici (*la comparaison intégrative*) ve ayrıştırıcı (*la comparaison différentielle*) karşılaştırma kavramları ise bu süreci açıklamak için kullanılmaktadır.<sup>231</sup> Birleştirici karşılaştırma hukukun küreselleşmesi ve uluslararasılaşması ile bağlantılandırılmaktadır. Buna tipik bir örnek olarak Avrupa Birliği hukuk entegrasyonu verilebilir; ancak bunun da ötesinde küreselleşmiş hukuk ulusal hukuk sistemlerinin birbirine yaklaştığı, ortak ilke ve kurallarla gelişen anayasaları ifade etmektedir. Hukuk sistemleri arasındaki bu yakınlaşma da temel olarak insan hakları hukukuna ilişkin hukuki belgeler, yargıçların hukuku ve bu ortak belgeleri uygulamadaki rolü ile sağlanmaktadır.<sup>232</sup>

Ayrıştırıcı karşılaştırma ise gelenek ve kültür kavramları temelinde şekillenmektedir. Bu kapsamda ise hukuk kültürü (*culture juridique, legal culture*)

---

<sup>229</sup> John Bell, “Comparing Public Law”, **Comparative Law in the 21st Century**, Ed. Andrew Harding – Esin Öricü, Kluwer Law International, 2002, s. 236.

<sup>230</sup> Rosalind Dixon - Tom Ginsburg, **Comparative Constitutional Law**, Ed. Tom Ginsburg – Rosalind Dixon, Edward Elgar Publishing, 2011, s. 4-5.

<sup>231</sup> Bu ayrım için bkz.; Ponthoreau, **a.g.e. (Droit(s) Constitutionnel(s) Comparé(s))**, s. 103.

<sup>232</sup> Ponthoreau, **a.g.e. (Droit(s) Constitutionnel(s) Comparé(s))**, s. 104-117.

kavramı karşımıza çıkmaktadır. Hukuk kültürü en genel anlamıyla, hukuki anlamda sosyal davranış ve tutumların görece yerleşik modelini ifade etmektedir.<sup>233</sup> Bu kapsamda bir hukuk kuralının mutlaka kültürel bir karakteri olduğu da kabul edilmektedir.<sup>234</sup> Gerçekten tamamen ülkenin sosyal, politik ve ekonomik koşullarına bağlı bir anayasal sorunun çözümünde hukuk kültürü kavramı tüm tarihsel ve sosyal içeriği ile yorumda belirleyici unsur olabilir. Bununla birlikte, hukuk kültürü kavramına sıkı bir bağlılık, yargıcın yorum faaliyetini karşılaştırmalı hukuktan yararlanmaksızın ve çalışmamızın ana konusu bağlamında yabancı anayasa mahkemeleri arası bir diyalogu tamamen göz ardı ederek gerçekleştirmesiyle sonuçlanabilir.<sup>235</sup> Oysa yorumda karşılaştırmalı hukuktan yararlanma ile ilgili temel yaklaşımlardan biri hukuki sorunlar ve bu sorunların çözümlerinin evrensel olduğu görüşüdür (*universalist interpretation*). Ayrıca, anayasa hukukunda karşılaştırmalı hukukun yoruma etkisi bağlamında evrensel yaklaşımın yanı sıra, anayasa mahkemeleri arasında etkileşime dayanan diyalojik yaklaşım (*dialogical interpretation*) ve anayasal bir tercihin kaynağının başka bir devlet anayasasının olabileceği, bir diğer deyişle, bu anayasalar arası tarihsel ve kalıtsal bağlardan kaynaklanan benzerlikleri işaret eden kökenci yaklaşım<sup>236</sup> (*genealogical interpretation*) da etkili olmaktadır.<sup>237</sup>

Karşılaştırmacılığın anayasa hukukuna yorum açısından etkisini değerlendirdiğimizde, öncelikle yorumda karşılaştırmalı hukuktan yararlanmanın yabancı bir uygulama olmadığı belirtilmelidir. Örneğin Türk Hukuku bağlamında, 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 1. maddesinin 2. ve 3. fıkralarında yargıcın

---

<sup>233</sup> David Nelken, "Using the Concept of Legal Culture", **Australian Journal of Legal Philosophy**, Vol. 29, 2004, s. 1.

<sup>234</sup> Pierre Legrand, "What "Legal Transplants"?", **Adapting Legal Cultures**, Ed. David Nelken – Johannes Feest, Hart Publishing, Portland, Oregon, 2001, s. 59.

<sup>235</sup> Gary Jeffrey Jacobsohn, "Constitutional Values and Principles", **The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law**, Ed. Michel Rosenfeld – András Sajó, Oxford University Press, 2012, s. 790.

<sup>236</sup> Bu kavramın kullanımı için bkz.; Oder, **a.g.e.**, s. 195.

<sup>237</sup> Choudhry, **a.g.m.**, s. 833-839.

hukuk yaratması düzenlenmiştir.<sup>238</sup> Yasada uygulanabilecek bir hükmün olmaması durumunda yargıcın öncelikle örf ve adet hukukuna göre; bu da yoksa kendisini yasa koyucu yerine koyarak karar vermesi gerektiğini düzenleyen 1. maddenin 2. fıkrası bağlamında, yasa koyucuların da karşılaştırmalı hukuktan yararlandığı göz önüne alındığında, yargıcın hukuk yaratması bakımından karşılaştırmalı hukuka başvurmak adeta bir zorunluluktur.<sup>239</sup> Anayasa hukuku bağlamında, Türk Hukuku kapsamında Medeni Kanun'da olduğu gibi bir normatif düzenleme söz konusu değildir. Bununla birlikte, yorumda karşılaştırmalı hukuka anayasal düzlemde normatif olarak yer veren bir Anayasa örneği olarak Güney Afrika Anayasası'nın 39/1. maddesindeki düzenleme gösterilebilir. İlgili maddeye göre temel hakların yorumlanmasında uluslararası hukuka ve yabancı hukuka itibar edilmesi gerektiği ifade edilmektedir.<sup>240</sup> Yabancı hukuka itibar edilmesi gerektiğini düzenlemesi bakımından bu madde diğer ülke anayasalarına göre özgün bir düzenleme içermektedir. Bununla birlikte pek çok ulusal anayasada uluslararası antlaşmaların statüsünün ve bu antlaşma normlarının ulusal hukuk düzenlerindeki yerinin normatif olarak yer aldığı görülmektedir.<sup>241</sup>

Sonuç olarak, yargısal karşılaştırmacılık özellikle hukukta küreselleşmenin de etkisiyle günümüzde sıklıkla başvurulan bir yöntem olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu kapsamda, yargıda küreselleşme eğilimi ve anayasa hukukuna etkisi özel olarak ele alınmalıdır.

---

<sup>238</sup> Aynı düzenleme iktibas edilen İsviçre Medeni Kanunu'nun (ZGB) 1. maddesinde yer almaktadır. Bkz.; M. Kemal Oğuzman – Nami Barlas, **Medeni Hukuk**, 15. Bs., Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008, s. 101-108; Rona Serozan, **Hukukta Yöntem**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015, s. 112-113. İsviçre Medeni Kanunu'nda da yer alan aynı düzenlemenin anayasa yorumunda da geçerli olacağına ilişkin ileri sürülmüş bir görüş de mevcuttur. Haberle'nin bu görüşü için bkz.; Peter Haberle, "Grundrechtsgeltung und Grundrechtsinterpretation im Verfassungsstaat: Zugleich zur Rechtsvergleichung als "fünfter" Auslegungsmethode", **Juristenzeitung**, Heft, 20, 1989, s. 916 (Aktaran: Metin, **a.g.e.**, s. 60-61.).

<sup>239</sup> Oğuz, **a.g.e. (Karşılaştırmalı Hukuk)**, s. 45.

<sup>240</sup> Bkz. III. Bölüm'de "*Anayasa'da Açık Hüküm Bulunması*" başlığı.

<sup>241</sup> Örneğin bkz.; 1958 Fransız Anayasası Md. 55, 1975 Yunan Anayasası Md. 28, 1976 Portekiz Anayasası Md. 8, 1978 İspanyol Anayasası Md. 10, 1982 Türk Anayasası Md. 90, 1983 Hollanda Anayasası Md. 93, 1995 Gürcistan Anayasası Md. 6.

## B. Yargıda Küreselleşme Eğilimi ve Anayasa Hukukuna Etkisi

Küreselleşme genel anlamıyla sermayenin ulus çapında hızla hareketini ve ticari şirketlerin ekonomik gücünün ulus devletlere rakip hale gelmesini ifade etmektedir.<sup>242</sup> İlk etapta 1970’lerde başlayarak ekonomik bağlamda etkisini gösteren küreselleşme olgusu zamanla siyasal alana da nüfuz ederek küresel bir toplumun oluşmasına neden olmuştur.<sup>243</sup> Günümüzde küreselleşme kavramı yalnızca ekonomik alanda değil; siyasal, sosyal ve kültürel alanda köklü değişiklikleri ifade eden bir anlamda kullanılmaktadır.<sup>244</sup> Bununla birlikte hukuk ve özellikle yargıçların hukuktaki rolü, halen pek çok disipline göre ulusal niteliğine bağlılığında daha ısrarcı görünmektedir.<sup>245</sup> Buna karşın, yargı erki ve bunun uygulayıcısı yargıçların rolü; uluslararası hukuk, karşılaştırmalı hukuk ve yabancı hukuk bağlamında küreselleşmektedir. Belirtmek gerekir ki, hukukta küreselleşme algısının ilk izleri 19. yüzyılda 1789 İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi’nde bulunabilir.<sup>246</sup> Herkes için geçerli, evrensel ve insanın yalnızca insan olmasından ötürü sahip olduğu haklar anlayışı, aslen “*burjuvazinin hakları*” olarak ilk kez bu metinle ortaya konmuştur. *Hakların evrenselliği* vaadiyle özü itibarıyla burjuvazinin ekonomik hayattaki amaçlarını gerçekleştirmeye yönelik sosyal, siyasal ve hukuki ortamı yaratarak insan hakları kavramı altında korunan haklar olgusu ortak ve herkes için geçerli bir hukuk

---

<sup>242</sup> Mehmet Akad, “Küreselleşme Sürecinde Bir Genel Değerlendirme”, **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 1, Sy. 1, Haziran 2004, s. 43-44.

<sup>243</sup> Küreselleşme olgusu ekonomik anlamının ötesinde çok boyutlu bir olgu olarak kabul edilmektedir. Bu bağlamda Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, küreselleşme ve insan haklarından yararlanmadaki etkisine ilişkin raporunu anmak gereklidir. Raporda küreselleşmenin çok boyutluluğuna değinilmekte ve küreselleşme yalnızca bir ekonomik süreç olarak değil; aynı zamanda sosyal, siyasal, çevresel, kültürel ve hukuki boyutları olan ve insan haklarından yararlanmada etkisi olan bir olgu olarak tanımlanmaktadır. Bkz., United Nations General Assembly, “**Globalization and Its Impact on the Full Enjoyment of All Human Rights**”, Preliminary Report of the Secretary General, A/55/342, 31.08.2000, s.10.

<sup>244</sup> Mehmet Akad – Bihterin Vural Dinçkol, **Genel Kamu Hukuku**, 7. bs., Der Yayınları, İstanbul, 2013, s. 173; Jean-Bernard Auby, **La Globalisation, le Droit et l’Etat**, 2. bs., L.G.D.J, Paris, 2010, s. 34.

<sup>245</sup> Anne-Marie Slaughter, “Judicial Globalization”, **Virginia Journal of International Law**, C. 40, 2000, s. 1103.

<sup>246</sup> Serbest pazar ve rekabetin 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi’ne yansımaları ve bunun Türkiye açısından değerlendirilmesi konusunda bkz. Akad, **a.g.m.**, s. 24 vd.



fikrinin ilk çıkış noktası olarak kabul edilebilir.<sup>247</sup> Habermas “*hukuksallaştırma eğilimleri*” olarak ifade ettiği ve toplumsal durumların hukuksal normlara bağlanmasını belirten bir süreç olarak dört küresel hukuksallaştırma adımından birini 19. yüzyıldaki burjuva sınıfının kendi hukukunu yaratması olarak kabul etmektedir. Burjuva hukuk düzeni de kapitalist ticaret toplumuna dönüşümde, özel mülkiyetin ve bireylerin sözleşme özgürlüklerinin öne çıktığı ve sosyal ve demokratik hukuk devletine uzanan hukuksallaştırma sürecinin ilk adımlarındandır.<sup>248</sup>

Hukukun küreselleşmesi, uzun süre boyunca daha çok özel hukukçuların ilgisini çekmiştir; ancak yakın zamanda kamu hukukçularının da ilgi gösterdiği bir olgu olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu ilgi, örneğin Avrupa’da, özellikle Avrupa Birliği Hukuku’nun öncelikle idare hukuku ve ardından anayasa hukuku kavramları üzerindeki etkisi ile gerçekleşmiştir.<sup>249</sup> Küreselleşme ve internet teknolojisindeki gelişmelerle farklı ülkelerin hukuk sistemleri hakkında bilgi sahibi olmak kolaylaşmış<sup>250</sup> ve daha fazla yargıç yurtdışı ziyaretleri ve bu kapsamda yabancı anayasa mahkemesi yargıçları ve avukatlar ile yüz yüze görüşme fırsatı bularak yargı organları arasındaki etkileşime zemin hazırlamıştır.<sup>251</sup> Küreselleşme olgusu yargıçları evrensel hukuk ilkeleri oluşturmaya ve bunlar üzerinde uzlaşmaya zorlamakta; bu ortak hukuk girişimi “*küresel bir hukuk toplumu*”<sup>252</sup> oluşturmaktadır. Küreselleşmenin bir sonucu olarak hukuki sorunların benzerlik arz etmesi üzerine

---

<sup>247</sup> Mehmet Semih Gemalmaz, **Devlet, Birey ve Özgürlük**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 193-194.

<sup>248</sup> Jürgen Habermas, **İletişimsel Eylem Kuramı**, Çev. Mustafa Tüzel, Kabalcı, 2001, s. 808-814. Habermas’ın bu hukuksallaştırma sürecini dört adımda ifade ettiğini görmekteyiz. Bunlar sırasıyla Avrupa’da mutlakiyetçilik evresindeki hukuk gelişimi, burjuva hukuk devleti aşaması, demokratik hukuk devleti aşaması ve sosyal ve demokratik hukuk devleti aşamasıdır.

<sup>249</sup> Marie-Claire Ponthoreau, “Trois Interprétations de la Globalisation Juridique Approche Critique des Mutations du Droit Public”, **Actualité Juridique, Droit Administratif**, No. 1, 2006, s. 20-25.

<sup>250</sup> Stephen Breyer, “The Supreme Court and the New International Law”, 97th Annual Meeting Speech, 4 April 2003, (Çevrimiçi) [https://www.supremecourt.gov/publicinfo/speeches/sp\\_04-04-03.html](https://www.supremecourt.gov/publicinfo/speeches/sp_04-04-03.html) , Son Yararlanma Tarihi: 28 Aralık 2017.

<sup>251</sup> Melissa A. Waters, “Mediating Norms and Identity: The Role of Transnational Judicial Dialogue in Creating and Enforcing International Law”, **The Georgetown Law Journal**, C. 93, 2005, s. 495-496.

<sup>252</sup> Anne-Marie Slaughter, “The Real New World Order”, **Foreign Affairs**, September-October, 1997, (Çevrimiçi) <https://www.princeton.edu/~slaughtr/Articles/RealNewWorldOrderFA.txt>, Son Yararlanma Tarihi: 12.04.2016.

yargı organlarının uyguladığı hukuki ilke ve çözümlerin de git gide benzeştiği görülmektedir. Böylelikle yargıçları birleştiren ve kimi yazarlar tarafından küreselleşmenin öncelikle ekonomik alandaki etkisine de referans vererek ifade ettikleri “ortak küresel yargı girişimi (*common global judicial enterprise*)”<sup>253</sup> ortaya çıkmaktadır. Yargı organları, özellikle Anglo-Amerikan Hukuk Sistemi’nde ve özellikle insan hakları hukukuna ilişkin meselelerde son yıllarda gittikçe güçlenen bir etkileşim içindedir.<sup>254</sup> Bu kapsamda ABD Temyiz Mahkemesi’nin (*United States Court of Appeals*) *United States v. Then* kararının bir karşı oy yazısında, eskiden anayasa yargısında ABD uygulamasının hukuk dünyasında adeta tekel olduğu ve bir hukuki öğreti veya yöntem ABD uygulamasında sınanmadıysa başvurulacak başka bir örnek olmadığı belirtilmekte; ancak bu durumun artık geçerli olmadığı ifade edilmektedir. İkinci Dünya Savaşı’ndan bu yana pek çok ülkede anayasa yargısının tesis edildiği ve farklılıklara sahip olsa da bu uygulamaların özünde Amerikan anayasa teorisi ve pratiğinden esinlendiğine yer verilmektedir. Kararda bu ülkeler ABD’nin “anayasal evlatları (*constitutional offspring*)” olarak anılmakta ve bu ülkelerin karşılaştıkları anayasal meselelerin ABD hukuku bakımından da tartışılabilir anayasal meseleler kapsamında işlevsel ve yol gösterici olabileceği belirtilmektedir. Kararda bu görüş “bilge ebeveynlerin çocuklarından öğrenmekten tereddüt etmeyecekleri (*Wise parents do not hesitate to learn from their children.*)” ifadesi ile yer almıştır.<sup>255</sup>

Yargısal alandaki bu küreselleşme olgusu, evrensel hukuk ilkeleri ortaya koyarak hukuk pratiğini kolaylaştırmakla birlikte, aynı zamanda Anglo-Amerikan

---

<sup>253</sup> Anne-Marie Slaughter, *A New World Order*, Princeton University Press, 2004, s. 99.

<sup>254</sup> Claire L’Heureux-Dubé, “The Importance of Dialogue: Globalization and the International Impact of the Rehnquist Court”, *Tulsa Law Review*, C. 34, No. 1, 1998, s. 16.

<sup>255</sup> *United States v. Then*, 56 F.3d 464, 469, 2nd Circuit, June 05, 1995, Yargıç Calabresi’nin Karşı Oy Yazısı, bkz.; “At one time, America had a virtual monopoly on constitutional judicial review, and if a doctrine or approach was not tried out here, there was no place else to look. That situation no longer holds. Since World War II, many countries have adopted forms of judicial review, which-though different from ours in many particulars-unmistakably draw their origin and inspiration from American constitutional theory and practice. See generally Mauro Cappelletti, *The Judicial Process in Comparative Perspective* (1989). These countries are our “constitutional offspring” and how they have dealt with problems analogous to ours can be very useful to us when we face difficult constitutional issues. Wise parents do not hesitate to learn from their children.”

kültürünü empoze ettiği yönünde eleştirilmektedir. Bu eleştiri yalnızca batılı olmayan hukuk çevrelerinde değil, Kıta Avrupası hukukunu benimsemiş ülkelerde de dile getirilmektedir. Bu görüşe göre yargısal küreselleşme, bireyleri özgürleştiren bir süreç olarak kabul edilmemekte ve kapitalist düzenin ana organlarının hegemonyasını güçlendirmek için yeni bir araç olarak nitelendirilmektedir.<sup>256</sup>

Özellikle anayasa yargısında küreselleşme olgusuna getirilen bir eleştiri de modern anayasacılık teorisinden kaynaklanmaktadır. Yukarıda, anayasa hukukuna özgü yorum ilkelerinin belirlenmesinde anayasanın tanımına değinilmişti. Burada da tekrar etmek gerekirse, modern anayasacılık teorisine göre anayasalar, ulusların kendine özgü tarihi ve siyasal gelenekleri sonucu ortaya çıkmakta ve bunları anayasa metninde somutlaştırarak devamını sağlamayı hedeflemektedir. Bu anlamda birçok ülkede anayasalar, ulusal kimliğin bütünleyici bir parçası olmakta ve bu kimliğin diğer ulusal kimliklerden ayırt edici özelliklerini barındıran hukuki metinler olarak karşımıza çıkmaktadır.<sup>257</sup> Ayrıca genel anlamda hukuk normları ve bu bağlamda anayasa normları da, yerel bir yasa koyucu organ tarafından yapılmakta ve belirli bir coğrafi alanda, burada yaşayan topluluğa uygulanmaktadır. Kolektif olarak üzerinde uzlaşmaya varılan ve yürürlük alanının önceden belirlendiği bu normlar, aynı zamanda siyasi kararları da ortaya koymaktadır. Bu nedenle, her hukuk sistemi yalnızca temel hakların evrensel içeriğinin bir yansıması değil, aynı zamanda özel bir yaşam biçiminin de ifadesidir.<sup>258</sup> Belirtmek gerekir ki, her ne kadar anayasaların kendine özgü ulusal niteliği göz ardı edilemese de, temel haklar veya hukukun genel ilkeleri bağlamında evrensel değerlerin benimsenmesi anayasaların ulusal niteliği ile bir arada barınabilir. Kaldı ki, pek çok anayasada hukuk devleti, demokrasi gibi ilkeler, evrensel olarak kabul gören içerikleri ile ulusal anayasalarda yerini almıştır. Bu bağlamda, evrensel değerler ve anayasaların ulusal niteliklerine ilişkin özgü değerler birbirini olumsuz etkilemez, birbirinin varlığını tehdit etmezler. Bu değerlerin içeriği çekirdek düzeyde benzeşmektedir.

---

<sup>256</sup> Victor Navarrete, “Judicial Globalisation. A New Model of North-South Relations for the 21st Century?”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, C. VIII, 2008, s. 362-363.

<sup>257</sup> Choudhry, *a.g.m.*, s. 822-823.

<sup>258</sup> Habermas, *a.g.m.*, s. 124.

Yukarıda küreselleşme olgusunun yargısal düzlemde yargıçları ortak hukuk ilkeleri üzerinde uzlaşma zemini sağlamaya zorladığını belirtmiştik. Öyleyse bu uzlaşmanın yöntemleri hukuki boyutta teknik olarak ortaya konmalıdır ve bu bağlamda yargısal diyalog kavramı karşımıza çıkmaktadır. İlerleyen başlıkta tanımlayacağımız yargısal diyalog, kamu hukuku bağlamında doktrinde çoğunlukla beş kategoride değerlendirilmektedir. Bunlar, Avrupa Birliği Adalet Divanı (AAD) ve üye devletlerin ulusal mahkemeleri arası ilişkiler, AİHM ve AİHS'e taraf devletlerin ulusal mahkemeleri arası ilişkiler, uluslararası hukukta uluslararası nezaket çerçevesinde yabancı yargı kararlarının uygulanması (*judicial comity*), anayasa mahkemeleri arası ilişkiler ve dünya çapında yargıçlar tarafından yüz yüze görüşmeler olarak belirtilmiştir.<sup>259</sup>

Çalışmamızın ana konusunu oluşturan anayasa mahkemeleri arası diyalog ikinci bölümde ayrıntılı olarak ele alınacaktır. Bununla birlikte öncelikle, diyalog kavramını açıklamak gerekmektedir.

## C. Yorum İlkeleri ve Yargısal Diyalog İlişkisi

### 1. Yargısal Diyalogun Tanımı

“Yargısal diyalog (*judicial dialogue*)” kavramına yer verilen pek çok akademik çalışma olmakla birlikte<sup>260</sup>, bu çalışmalarda tanım problemi üzerine ayrıntılı olarak odaklanılmadığı görülmekte; dolayısıyla yargısal diyalogun kesin hukuki bir tanımından da söz edilememektedir. Bununla birlikte, genel olarak diyalog kavramından, bazı normatif düzenlemelerden ve yargı organlarının

<sup>259</sup> Slaughter, **a.g.m. (Judicial Globalization)**, s. 1104.

<sup>260</sup> Kavrama yer veren seçme eserlerden örnekler için bkz.; Tara Leigh Grove, “The International Judicial Dialogue: When Domestic Constitutional Courts Join the Conversation”, **Harvard Law Review**, C. 114, 2001, s. 2049-2073; David S. Law – Wen-Chen Chang, “The Limits of Global Judicial Dialogue”, **Washington Law Review**, C. 86, 2011, s. 523-577; Anne Meuwese – Marnix Snel, “‘Constitutional Dialogue’: An Overview”, **Utrecht Law Review**, C. 9, No. 2, Mart 2013, s. 123-140.

pratiğinden yargısal diyalog olgusunun varlığı tespit edilebilmektedir ve bu bağlamda da hukuki içeriğini ortaya koymak mümkün olabilecektir.

Fransızca'dan dilimize geçen “diyalog” sözcüğü, sözlük anlamıyla genel olarak “*karşılıklı konuşma, anlaşma, uyum sağlama veya bu yolda çalışma*”<sup>261</sup>, “*iki veya daha fazla kişi arasında sözlü aktarım, iletişim*” ve “*değerli ve yapıcı müzakere*”<sup>262</sup> olarak ifade edilmektedir. Diyalog öncelikle monoloğun zıt anlamı olarak kullanılmakta ve diyalogun kurulmasında karşılıklılık unsuru ön plana çıkmaktadır. Diyalog iki birey arasında fikirlerin karşılıklı beslendiği bir iletişim sürecidir.<sup>263</sup> Bir başka anlatımla, diyalogun ayırt edici özelliği iletişimin bir bireyin konumuna bağlı olması; ama aynı zamanda başkalarına da kendi iletişim alanlarını oluşturmaya izin vermesidir. Bu kapsamda diyalog, başkalarına karşı çıkmaya veya onların görüşlerini asimile etmeye yönelmeden iletişime ve uzlaşmaya açık bir karakteristik sergiler ve çatışan gündem ve amaçları olan bireyleri bir arada tutar.<sup>264</sup>

Diyalog kavramı sosyal bilimlerde bir iletişim yöntemi olarak kabul edilmesinin yanı sıra, son yıllarda hukuk alanında da yaygın olarak kullanılmaya başlamıştır. Özellikle “*yargıçlar arası diyalog (dialogue between judges)*” yukarıdaki başlıkta açıkladığımız küreselleşme olgusunun hukuk alanına da etki etmesiyle git gide başvurulan bir yöntem olarak karşımıza çıkmaktadır. Dünya çapında mahkemeler birbiriyle “konuşmakta”<sup>265</sup>, haklarla ilgili bir “uluslararası

---

<sup>261</sup> Türk Dil Kurumu, Güncel Türkçe Sözlük, (Çevrimiçi) <http://www.tdk.gov.tr>, Son Yararlanma Tarihi: 18.05.2016.

<sup>262</sup> The Oxford English Dictionary, (Çevrimiçi) <http://www.oed.com/>, Son Yararlanma Tarihi: 18.05.2016.

<sup>263</sup> R. P. Singh, “From Dialogue to Dialectic: Socrates, Kant, Hegel and Marx”, **Indian Philosophical Quarterly**, C. XXVII, No. 3, Temmuz 2000, s. 259.

<sup>264</sup> W. Barnett Pearce – Kimberly A. Pearce, “Taking A Communication Perspective on Dialogue”, **Dialogue Theorizing Difference in Communication Studies**, Ed.: Rob Anderson – Leslie A. Baxter – Kenneth N. Cissna, Sage Publications, 2004, s. 45.

<sup>265</sup> Anne-Marie Slaughter, “A Typology of Transjudicial Communication”, **University of Richmond Law Review**, C. 29, 1994, s. 99.

trafik” oluşturmakta,<sup>266</sup> öyle ki bu diyalogu bir nevi farklı hukuk sistemlerine ziyaret olarak ele alırsak, adeta bir “yargısal turizm”<sup>267</sup> söz konusu olmaktadır.

Belirtmek gerekir ki, yargısal diyaloga giden bu yol bir anda ortaya çıkmamıştır. Mahkemeler arası etkileşim öncelikle “resepsiyon (iktibas)” kavramı ile bağlantılı olarak gelişmiştir.<sup>268</sup> Bu bağlamda resepsiyon genel olarak bir düşünceyi, bir görüşü alma, aynen aktarma anlamına gelmektedir. Hukukta resepsiyon kavramı ise, bir hukuki mevzuatın bir başka devlet tarafından alınması anlamına gelmektedir.<sup>269</sup> Bu kapsamda, hukuki değişim yabancı ülke hukukunun benimsenmesi yoluyla olmaktadır. Resepsiyonun ayırt edici özelliği, bir hukuk kurumu, kavramı veya olgusunun ya da bunların bütününe “iradi” olarak benimsenmesi ve bunun sonucunda benimsenen hukuk ile benimseyen hukuk arasında karşılıklı bir ilişki, “yasal bir hareketlilik” oluşturmastır.<sup>270</sup>

---

<sup>266</sup> Mary Ann Glendon, **Rights Talk: The Impoverishment of American Political Discourse**, Free Press, 1991, s. 158.

<sup>267</sup> Mary Ann Glendon, “Judicial Tourism: What’s Wrong with the U.S. Supreme Court Citing Foreign Law”, **The Wall Street Journal**, 16 Eylül 2005. Belirtmek gerekir ki, burada “judicial tourism / yargısal turizm” ifadesi bizim çalışmamızda genel olarak yargısal diyaloga yaklaşımımızın aksine olumsuz anlamda kullanılmıştır. Nitekim, İngiltere Temyiz Mahkemesi Eski Yargıçlarından Sir Stephen Sedley karşılaştırmalı hukuk pratiğinin yargısal turizme benzetilmesi üzerine, turizmin eğlenceli ve aynı zamanda öğretici bir aktivite olduğunu; ancak dönüşte götürebileceklerimizin dekoratif olmanın ötesine geçemeyeceğini ve turizmin asıl olarak kendi kültürümüzün değerini daha da iyi anlamamızı sağladığını belirtmiştir. Bu kapsamda diyalogun yalnızca “dekoratif” amaçlı, yabancı hukuk sistemleri hakkında bilgi edinme düzeyinde yararlı olduğuna, bunun ötesinde bir anlam yüklemeye gerek olmadığına temas etmektedir. Bkz., Stephen Sedley, “Constitutional Court Judges’ Roundtable, Comparative Constitutionalism in Practice”, **International Journal of Constitutional Law**, C. 3, No.4, Oxford University Press, 2005, s. 569-570, (Çevrimiçi) <http://icon.oxfordjournals.org/content/3/4/569.full.pdf>, Son Yararlanma Tarihi: 25.05.2016. Bu görüşe katılmamakla birlikte, “yargısal turizm” kavramı yargısal diyalog kapsamında kullanılmış bir ifade olduğu için çalışmamız kapsamında yer verilmiş ve açıklanmıştır.

<sup>268</sup> Dubé, **a.g.m.**, s. 16-17.

<sup>269</sup> Gülnihal Bozkurt, **Batı Hukukunun Türkiye’de Benimsenmesi**, Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara, 1996, s. 6.

<sup>270</sup> Yasemin Işıktaç, “Türk Hukuk Devrimi’nin Felsefesi”, **Muğla Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, Atatürk’ün Doğumunun 125. Yılı ve Cumhuriyetimizin 83. Yılı Özel Sayısı, 2006, s. 117.

Mahkemeler arası etkileşim bakımından örneğin, Amerikan Kolonileri'nin<sup>271</sup> ve Kanada'nın İngiliz Hukuku'nu ve Kanada'da Kıta Avrupası Hukuk Sistemi'nin benimsendiği Québec bölgesinin ise Fransız Hukuku'nu resepsiyonu<sup>272</sup> örnek teşkil etmektedir. Bu bağlamda özellikle eski kolonilerin bağlı oldukları devletlerin hukukundan yoğun olarak etkilenmeleri ve hatta İngiliz kolonileri örneğinde olduğu gibi ortak hukukun yeknesaklığı esası kabul edilmiştir. Lordlar Kamarası ve Kraliyet Danışma Meclisi (*Privy Council*) tarafından ortaya konan ortak hukukun ve buna bağlı içtihadın tüm kolonilerde mahkemeler tarafından uygulanacağı kabul edilmiştir.<sup>273</sup>

Mahkemeler arası küresel etkileşim resepsiyondan diyaloga doğru bir gidişat izlemiştir. Yargıçlar artık basitçe diğer yargı organlarının kararlarını alıp kendi kararlarına uygulamamakta, aynı zamanda artan bir karşılıklı iletişim, diyalog halinde olmaktadır. Yargıçlar bir “verici-alıcı” ilişkisinin ötesinde birbirleri üzerinde güçlü bir itibar ve otorite oluşturmaktadır, böylece resepsiyondan diyaloga doğru bir iletişim süreci söz konusudur.<sup>274</sup>

Anayasa hukukunda diyalojik yorum (*dialogical interpretation*) olarak ifade edilen<sup>275</sup> bu yöntem, asıl olarak dilbilim bağlamında ilk kez Mikhail Bakhtin tarafından formüle edilmiştir. Özellikle çokdilliliğin yaygınlaştığı günümüzde, her şey bir bütünün parçası olarak anlaşılmalıdır ve anlamlar arasında sürekli bir etkileşim söz konusudur, diyalojizm (*dialogism*) bu etkileşime işaret eder.<sup>276</sup> Bu anlamda diyalojizm metnin, bir kültürün dilsel pratikleri bakımından açık, sınırsız

---

<sup>271</sup> William B. Stoebuck, “Reception of English Common Law in the American Colonies”, **William & Mary Law Review**, C. 10, No. 2, 1968, s. 393-426.

<sup>272</sup> Dubé, **a.g.m.**, s. 17-21.

<sup>273</sup> Dubé, **a.g.m.**, s. 17; Ezekiel Rediker, “Courts of Appeal and Colonialism in the British Caribbean: A Case for the Caribbean Court of Justice”, **Michigan Journal of International Law**, C. 35, No. 1, 2013, s. 220-221.

<sup>274</sup> Dubé, **a.g.m.**, s. 17.

<sup>275</sup> Choudhry, **a.g.m.**, s. 855.

<sup>276</sup> Mikhail Bakhtin, **The Dialogic Imagination Four Essays by M. M. Bakhtin**, Ed.: Michael Holquist, Çev. Caryl Emerson – Michael Holquist, University of Texas Press, Austin, 1981, s. 426.

olasılıklarını ifade etmektedir.<sup>277</sup> Dilbilimde çokdillilik ile bağdaştırılan bu yaklaşımın anayasa hukukunda diyalog kavramı ele alınırken yorum ilkeleri bakımından diyalojik yorum olarak ifade edilmesi, ulusal yargıcın muhakemesinde karşılaştırmalı hukukun veya yabancı hukukun dikkate alınması çerçevesinde anlamlıdır. Bu bağlamda, yargısal diyalog kavramı farklı hukuk kültürleri ve sistemleri arasındaki ilişki kapsamında daha çok küresel bir olguya işaret etmekte ve yukarıda açıkladığımız yargıda küreselleşme dalgasının hukuki yorum bağlamında karşılığını oluşturmaktadır.

Diyalojik yaklaşım özellikle anayasa hukukunda yorum yöntemine odaklanmakta ve yalnızca mahkemeler arası hiyerarşik ilişkilere dayalı bir yorum öngörmeden çoğulculuğa dayalı, anayasa mahkemeleri arası etkileşimin üst düzeyde olduğu bir ortak yargı girişimine olanak vermektedir.<sup>278</sup>

Yargısal diyalog kavramının normatif düzeyde etkinlik kazanması bakımından ise, güncel bir ulusüstü insan hakları hukuku belgesi olarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek Protokol No. 16'dan özel olarak söz edilmelidir. 1960'lı yılların başında Protokol No. 2 görüşülürken Sözleşme'nin yorumlanması bağlamında, ulusal mahkemelerin bir Sözleşme hükmünün yorumlanması için AIHM'e başvurabilmesi ve Mahkeme'nin bunu bir bekletici sorun olarak incelemesi ile hükümetlerin bir yasa taslağı üzerine Mahkeme'den tavsiye görüşü istemesi tartışılmış; ancak bu öneriler kabul edilmemiştir.<sup>279</sup> 2005 yılında Bilge Kişiler Grubu (The Group of Wise Persons) bu öneriyi Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'ne sunduğu bir raporla yinelemiş ve bu kapsamda yargıçlar arası diyalogu teşvik etmek

---

<sup>277</sup> Robert Stam, "Mikhail Bakhtin and Left Cultural Critique", **Postmodernism and Its Discontents**, Ed.: E. Ann Kaplan, Verso, Londra, 1988, s. 138.

<sup>278</sup> Ruti Teitel, "Book Review: Comparative Constitutional Law in a Global Age", **Harvard Law Review**, C. 117, 2004, s. 2586.

<sup>279</sup> Bkz. Explanatory Report on Protocol No. 2, Further commentary relating to the draft prepared in October, 1962, par. 1, "(...) Article 54(bis) would confer on the Court competence to give a prejudicial ruling, at the request of certain courts or tribunals, on any question of interpretation which might arise before these courts or tribunals. Article 54(ter) would confer on the Court competence to render an advisory opinion, at the request of a government, on any question of interpretation of the Convention which might arise in connection with a draft regulation or decree, a Bill or any projected legislation. (...)”



ve Mahkeme'nin anayasal rolünü güçlendirmek amacıyla, Sözleşme'nin ve ek protokollerinin yorumu ile ilgili olarak ulusal yargı organlarının Mahkeme'den tavsiye görüş isteme sisteminin kurulmasının yararlı olacağını belirtmiştir.<sup>280</sup> 1960'lı yıllarından başından bu yana tartışılan bu öneriler 2013 yılında 16 No'lu Protokol'ün kabul edilmesiyle normatif düzlemde de yer bulmuş ve taraf devletlere Mahkeme'den Sözleşme'nin yorumlanmasına ilişkin tavsiye kararı isteme olanağı tanınmıştır.<sup>281</sup> Protokol No. 16'nın metninde açıkça yargısal diyalog ifadesi geçmemekle birlikte, Açıklayıcı Rapor'da öncelikle 2005 yılında Bilge Kişiler Grubu'nun mahkemeler arası diyalogu teşvik etmek amacıyla Mahkeme'nin tavsiye görüşü verme yetkisine sahip olması önerisine yer verilmiştir.<sup>282</sup> Açıklayıcı raporda özellikle Protokol No. 16'nın 2. maddesinde yer alan ve ulusal bir yargı organından gelen tavsiye görüş talebinin kabul edilebilir olup olmadığına karar verme usulü bakımından, beş yargıçtan oluşan heyetin tavsiye görüş talebini reddedebilmesi için gerekçe göstermesi gerektiğine yer verilmesinin yargısal diyalogun teşvik edilmesi

<sup>280</sup> Bkz. Rapport du Groupe des Sages au Comité des Ministres, CM(2006)203, 15 Novembre 2006, par. 135, “**4. Modalités de coopération entre la Cour et les juridictions nationales – Avis consultatifs** Le Groupe estime qu’il serait utile d’instaurer un régime dans le cadre duquel les juridictions nationales pourraient saisir la Cour de demandes d’avis consultatifs sur des questions juridiques concernant l’interprétation de la Convention et de ses protocoles, de manière à favoriser le dialogue entre les juges et à renforcer le rôle «constitutionnel» de la Cour. Une telle demande d’avis, posée uniquement par les juridictions de dernière instance et les juridictions constitutionnelles serait toujours facultative et l’avis rendu par la Cour n’aurait pas de caractère obligatoire.”

<sup>281</sup> Protokol No. 16, 2 Ekim 2013 tarihinde imzaya açılmıştır; ancak Protokol'ün 8. maddesine göre henüz on taraf devletin onay işlemleri tamamlanmadığından yürürlüğe girmemiştir. Türkiye, Protokol No. 16'yı 20 Aralık 2013 tarihinde imzalamış; ancak henüz onay işlemlerini tamamlamamıştır. Protokol No. 16'nın İngilizce metni için bkz.; (Çevrimiçi) [http://www.echr.coe.int/Documents/Protocol\\_16\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Protocol_16_ENG.pdf), Son Yararlanma Tarihi: 23 Aralık 2016. Protokol No. 16'nın kabul edilme süreci ile ilgili olarak bkz.; William A. Schabas, **The European Convention on Human Rights A Commentary**, Oxford University Press, 2015, s. 31-32 (Schabas, Protokol No 16 ile ilgili açıklamalarında başlıkta doğrudan yargısal diyalog (*judicial dialogue*) kavramına yer vererek Protokol No 16'nın asıl amacına bakış açısını da ortaya koymaktadır. s. 31). Ayrıca Türkiye'nin Protokol No. 16'nın kabul sürecindeki rolü ile ilgili olarak bkz.; Olgun Akbulut, “Turkey: The European Convention on Human Rights as a Tool of Modernisation”, **Criticism of the European Court of Human Rights Shifting the Convention System: Counter-Dynamics at the National and EU Level**, Ed. Patricia Popelier – Sarah Lambrecht – Koen Lemmens, Intersentia, 2016, s. 422-424.

<sup>282</sup> Bkz. Explanatory Report to Protocol No. 16 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (Explanatory Report to Protocol No. 16), 2 October 2013, par. 1. Açıklayıcı Rapor'un İngilizce metni için bkz.; (Çevrimiçi) [http://www.echr.coe.int/Documents/Protocol\\_16\\_explanatory\\_report\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Protocol_16_explanatory_report_ENG.pdf) , Son Yararlanma Tarihi: 23 Aralık 2016.

ve güçlendirilmesi bağlamında kabul edildiği ifade edilmektedir.<sup>283</sup> Burada eklemek gerekir ki, AİHM Protokol No. 16 ile getirilen bu yeni düzenleme kapsamında ilk tavsiye görüşünü Fransız Yargıtayı'ndan gelen bir talep sonucunda yakın zamanda vermiştir.<sup>284</sup>

Protokol No. 16'nın 5. maddesinde ise Mahkeme'den istenecek tavsiye görüşlerinin bağlayıcı olmadığına ilişkin düzenleme yer almaktadır. Açıklayıcı raporda da tavsiye görüşlerin bağlayıcı olmaması hususu, bu görüşlerin yalnızca ulusal yargı organları ve AİHM arasındaki yargısal diyalog kapsamında kabul edildiği belirtilmektedir.<sup>285</sup>

Protokol No. 16 ile AİHM kararlarında da önceden de kararlarda yer almış<sup>286</sup> yargısal diyalog kavramlarının kullanımının sıklaşacağını söylemek yanlış olmayacaktır. Burada belirtmek gerekir ki, yargısal diyalog kavramının AİHM kararlarında kullanımı Sözleşme tarafı devletlerin ulusal mahkemeleri ile AİHM arasındaki dikey diyalogu ifade edecek şekilde gerçekleşmiştir.<sup>287</sup>

---

<sup>283</sup> Explanatory Report to Protocol No. 16, par. 14.

<sup>284</sup> *Advisory Opinion Concerning the Recognition in Domestic Law of a Legal Parent – Child Relationship Between a Child Born Through a Gestational Surrogacy Arrangement Abroad and the Intended Mother*, Requested by the French Court of Cassation, Request No: P16-2018-001, Grand Chamber, 10 April 2019.

<sup>285</sup> Explanatory Report to Protocol No. 16, par. 25.

<sup>286</sup> *Case of Al-Khawaja and Tahery v. United Kingdom*, App. Nos. 26766/05-22228/06, GC Judgment of 15 December 2011, Yargıç Bratza'nın Karşı Oy Yazısı, par. 2. Ayrıca AB üyesi devletlerin mahkemeleri ile Avrupa Birliği Adalet Divanı arasındaki dikey yargısal diyaloga değinilen AİHM kararı olarak bkz.; *Case of Satakunnan Markkinapörssi Oy and Satamedia Oy v. Finland*, App. No. 931/13, GC Judgment of 27 June 2017, par. 150.

<sup>287</sup> *Case of G.I.E.M. S. r. l. and Others v. Italy*, App. No. 1828/06, GC Judgment of 18 June 2018, Yargıç Motoc'un Karşı Oy Yazısı, bkz.; “In this case I voted with the majority, but for reasons related to the coherence of the judicial dialogue between our Court and the Italian domestic courts. Judicial dialogue – on the one hand with all the national authorities who have changed their case-law in line with our Court's decisions, and on the other with the Italian Constitutional Court – is one of the central questions raised by the present case. This case highlights the difficulties inherent in that judicial dialogue, in particular with the domestic courts and especially in an area where, in my view, there has been a departure from precedent and where European or international law have been evolving. The question of judicial dialogue is all the more pertinent as the Protocol “of dialogue”, as it is known – Protocol No. 16 – has recently been ratified by the requisite number of States and is due to enter into force on 1 August 2018.” ve ayrıca par. 68-71; *Case of Ilseher v. Germany*, App. No. 10211/12-27505/14, GC Judgment of 4 December 2018, par. 224, Yargıç Albuquerque ve Yargıç Dedov'un Karşı Oy Yazısı, par. 1.

Bu açıklamalar kapsamında yargısal diyalog kavramı; gerek doktrinde ve normatif düzlemde, gerekse yargı kararlarında kabul edilen ve mahkemeler arası hukuki iletişimi ifade eden bir olgu olarak tespit edilmektedir.

## 2. Yargısal Diyalog Türleri

Yargısal diyalogun yapısı etkileşimin mahkemelerin ulusal veya uluslararası statüsüne göre değişkenlik göstermektedir. Bu bağlamda temel olarak iki tür diyalog biçiminden söz edilebilir ve bunlar dikey diyalog ve yatay diyalog olarak adlandırılmaktadır. Bununla birlikte bazı yazarlar üçüncü bir tür olarak karma diyalogu da benimsemektedir<sup>288</sup>; ancak biz çalışmamızda yalnızca dikey ve yatay diyaloga yer vererek bu yazarların karma diyalog olarak adlandırdıkları durumu da yeri geldikçe bu kapsamda ele alacağız.

### a. Dikey Diyalog

Dikey diyalog genel anlamıyla ulusal ve uluslararası mahkemeler arasındaki iletişimi ifade etmektedir. Dikey diyalogun en gelişmiş biçimi ulusal mahkemeleri aşan bir uluslararası uzmanlaşmış mahkemenin varlığını öngören anlaşma çerçevesinde söz konusu olmaktadır.<sup>289</sup> Bu anlamda dikey diyalog, ulusal yüksek mahkemeler ve uluslararası veya uluslararası mahkemeler arasında yetkili organların resmi ilişkileri nezdinde gerçekleşmektedir.<sup>290</sup>

Avrupa Birliği Adalet Divanı (AAD) ve Avrupa Birliği'ne üye devletlerin ulusal mahkemeleri arasındaki yargısal ilişki dikey diyaloga tipik örnek olarak verilebilir. Bu dikey ilişki, devletlerin üyeliklerinden kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmesi bakımından 25 Mart 1957 Tarihli Roma Anlaşması'nda hüküm

<sup>288</sup> Slaughter, **a.g.m. (Transjudicial Communication)**, s. 103.

<sup>289</sup> Slaughter, **a.g.m., (Transjudicial Communication)**, s. 106.

<sup>290</sup> Elaine Mak, **Judicial Decision-Making in A Globalised World, A Comparative Analysis of the Changing Practices of Western Highest Courts**, Hart Publishing, Oxford, 2013, s. 80.

altına alınmıştır.<sup>291</sup> Ayrıca AAD ve üye devletlerin mahkemeleri arası dikey diyalog ilişkisi “*ön karar usulü (preliminary ruling)*” bağlamında son derece açıktır.<sup>292</sup> Avrupa Birliği Hukuku’na ilişkin özgün bir hukuki sorunun varlığı durumunda, üye devletlerin ulusal mahkemelerinin AAD’ye başvurabilmesi ve hatta temyiz yolu öngörülmemişse AAD’ye başvuru zorunluluğunun olması devamlı bir dikey diyaloga işaret etmektedir.<sup>293</sup>

---

<sup>291</sup> “**Article 169** If the Commission considers that a Member State has failed to fulfil any of its obligations under this Treaty, it shall give a reasoned opinion on the matter after requiring such State to submit its comments.

If such State does not comply with the terms of such opinion within the period laid down by the Commission, the latter may refer the matter to the Court of Justice.

**Article 170** Any Member State which considers that another Member State has failed to fulfil any of its obligations under this Treaty may refer the matter to the Court of Justice. (...)”

**Madde 169** Komisyon, Üye Devletlerden birinin işbu Antlaşma gereğince üzerine düşen yükümlülüklerden birini yerine getirmediği kanısına varırsa bu Devlete kendi görüşlerini sunma imkanı tanıdıktan sonra, bu konuda gerekçeli görüşünü bildirir.

İlgili Devlet, Komisyonun belirlediği süre içinde bu görüşe uygun hareket etmezse Komisyon, Adalet Divanına başvurabilir.

**Madde 170** Bir Üye Devlet, diğer bir Üye Devletin işbu Antlaşma gereğince üzerine düşen yükümlülüklerinden birini yerine getirmediği kanısına varırsa, Adalet Divanına başvurabilir.(...)”

<sup>292</sup> “**Article 177**

The Court of Justice shall be competent to make a preliminary decision concerning:

(a) the interpretation of this Treaty;

(b) the validity and interpretation of acts of the institutions of the Community; and

(c) the interpretation of the statutes of any bodies set up by an act of the Council, where such statutes so provide.

Where any such question is raised before a court or tribunal of one of the Member States, such court or tribunal may, if it considers that its judgment depends on a preliminary decision on this question, request the Court of Justice to give a ruling thereon.

Where any such question is raised in a case pending before a domestic court or tribunal from whose decisions no appeal lies under municipal law, such court or tribunal shall refer the matter to the Court of Justice.

**Madde 177**

Adalet Divanı:

(a) işbu Antlaşmanın yorumu konusunda;

(b) Topluluk kurumlarının işlemlerinin geçerliliği ve yorumu konusunda;

(c) Konsey kararıyla oluşturulan kurumların statülerinde öngörülmesi şartıyla, bu statülerin yorumu konusunda karar verme yetkisine sahiptir.

Böyle bir sorun bir üye Devlet mahkemesi önünde ileri sürüldüğünde bu mahkeme kendi kararını vermek için konuya ilişkin bir ön karara gerek duyarsa, Adalet Divanından bu konuda karar vermesini talep edebilir.

Böyle bir sorun, iç hukuka göre kararlarına karşı kanun yolu kapalı bulunan ulusal bir mahkemede bakılmakta olan bir davada ileri sürülürse, bu mahkeme Adalet Divanına başvurmakla yükümlüdür.”

<sup>293</sup> Allan Rosas, ‘The European Court of Justice in Context: Forms and Patterns of Judicial Dialogue’, **European Journal of Legal Studies**, C. 1, No. 2, 2007, s. 4.

Benzer şekilde AİHM ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne taraf devletlerin ulusal mahkemeleri arasındaki ilişkide de dikey bir iletişim söz konusudur. Bu kapsamda taraf devletler AİHM tarafından verilen kararlara uymayı taahhüt etmektedirler.<sup>294</sup> Bunun dışında Amerikalılar Arası İnsan Hakları Sözleşmesi (Ame.İHS) kapsamında da taraf devletler, Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi'nin (Ame.İHM) yargı yetkisini tanıdıklarını beyan edebilmektedir.<sup>295</sup> Böylece, bu denetim mekanizmaları ve devletlerin ulusal yargı organları arasında sözleşme sistemlerinin etkililiğini sağlayacak, hiyerarşiye dayalı, “zorunlu” bir iletişim kurulmaktadır.<sup>296</sup> Bu yönüyle dikey diyalog, seçmeli ve iradi değil, “zorlayıcı” bir etkileşimden kaynaklanmaktadır.<sup>297</sup> Bu etkileşim bir yönüyle sözleşme sistemleri kapsamında yargıçların “ortak bir hukuki girişimin paydaşları”<sup>298</sup> olma zorunluluğundan ortaya çıkmaktadır.

Dikey diyaloga somut bir örnek olarak Türk Anayasa Mahkemesi'nin AİHM ile olan ilişkisi verilebilir. Bu kapsamda Anayasa'nın 90. maddesi<sup>299</sup> gereği temel

<sup>294</sup> “**Article 46 Binding Force and Execution of Judgments**

1. The High Contracting Parties undertake to abide by the final judgment of the Court in any case to which they are parties. (...)”

**Madde 46 Hükümlerin Bağlayıcılığı ve Uygulanması**

1. Yüksek Sözleşmeci Taraflar, tarafı bulundukları herhangi bir davada Mahkemenin kesin hükmüne uymayı / (bağlı olmayı) taahhüt ederler. (...)” Tükçe çeviri için bkz.; Mehmet Semih Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Belgeleri Cilt 1**, Legal, İstanbul, 2011, s. 23.

<sup>295</sup> “**Article 62**

1. A State Party may, upon depositing its instrument of ratification or adherence to this Convention, or at any subsequent time, declare that it recognizes as binding, ipso facto, and not requiring special agreement, the jurisdiction of the Court on all matters relating to the interpretation or application of this Convention. (...)”

**Madde 62**

1. Bir Taraf Devlet bu Sözleşmeyi onaylama ya da Sözleşmeye katılma belgesini depo ederken ya da herhangi bir müteakip zamanda, bu Sözleşmenin yorumlanmasına ya da uygulanmasına ilişkin tüm meselelerde Mahkemenin yargı yetkisini, ipso facto (kendiliğinden) ve özel anlaşma / (işlem) gerekmezsizin, bağlayıcı olarak tanıdığını beyan edebilir. (...)” Tükçe çeviri için bkz.; Mehmet Semih Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Belgeleri Cilt 1**, Legal, İstanbul, 2011, s. 704-705.

<sup>296</sup> Slaughter, a.g.m. (Transjudicial Communication), s. 107.

<sup>297</sup> Tania Groppi – Marie-Claire Ponthoreau, “The Methodology of the Research: How to Assess the Reality of Transjudicial Communication?”, **The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges**, Ed.: Tania Groppi – Marie-Claire Ponthoreau, Hart Publishing, Oxford, 2014, s. 5.

<sup>298</sup> Slaughter, a.g.m. (A New World Order), s. 68; Mak, a.g.e., s. 83; Alexis Le Quinio, **Recherche sur La Circulation des Solutions Juridiques: Le Recours au Droit Comparé par les Juridictions Constitutionnelles**, Fondation Varenne, Clermont-Ferrand, 2011, s. 177-179.

<sup>299</sup> “**D. Milletlerarası Andlaşmaları Uygun Bulma**

hak ve özgürlüklere ilişkin andlaşmalar kanunlar ile çelişirse andlaşma hükümleri esas alınacaktır. Bu bağlamda, Türkiye'nin taraf olduğu insan hakları andlaşmaları bakımından bu andlaşma hükümleri iç hukukta doğrudan uygulanabilir niteliktedir. Anayasa'nın 90. maddesi AİHS'yi üstün kılmaktadır ve AİHS'in bağlayıcı ifadesini beyan etmeye de münhasıran AİHM yetkilidir; o halde AİHM'in sözü, bir andlaşma olan AİHS hükümlerinin gerçek anlamı olduğundan 90. madde kapsamındadır. Böylelikle Türk mahkemeleri ve AİHM arasında doğrudan, zorunlu bir diyalog gerekliliği oluşmaktadır. Nitekim AİHM de içtihatlarında, ulusal hukuk ve sözleşme sistemi arasında çelişkileri ve bu anlamda yorum farklılıklarını ortadan kaldırmanın gerekliliğine dikkat çekmektedir.<sup>300</sup>

## b. Yatay Diyalog

Yatay diyalog genel anlamıyla ulusal veya uluslararası düzeyde aynı statüdeki mahkemeler arasındaki yargısal iletişimi ifade etmektedir.<sup>301</sup> Bu kapsamda aynı hukuk sistemi içinde iki yüksek mahkeme arasındaki diyalog da, farklı ülkelerde yer alan ulusal mahkemeler arasındaki diyalog da yatay diyalog olarak nitelendirilmektedir.<sup>302</sup> Çalışmamızın ana konusunu oluşturan anayasa mahkemeleri arası yargısal diyalog yatay diyalogun tipik örneğini oluşturmaktadır.<sup>303</sup>

Genel kural olarak yatay diyalogu dikey diyalogdan ayıran en temel etken, yatay diyalogun tamamen iradi ve seçmeli olmasıdır. Bu kapsamda eş düzeyde iki mahkemenin etkileşiminin yatay diyalog olarak nitelendireceğini, ayrıca dikey diyalog bakımından da sözleşmelerle bağitlanan devletlerin sözleşmeden

---

**Madde 90** - (...) Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır. (...)"

<sup>300</sup> Bkz.; *Papamichalopoulos and Others v. Greece* (Art. 50), Judgment of App. No: 14556/89, 31 October 1995, par. 34; *Scozzari and Giunta v. Italy*, App. No: 39221/98 - 41963/98, GC Judgment of 13 July 2000, par. 249.

<sup>301</sup> Slaughter, **a.g.m. (Transjudicial Communication)**, s. 103.

<sup>302</sup> Rosas, **a.g.e.**, s. 13.

<sup>303</sup> Slaughter, **a.g.m. (Transjudicial Communication)**, s. 103.

kaynaklanan yükümlülükleri kapsamında dikey diyalogu sağlamaya mecbur olduğunu yukarıda belirtmiştik. Bu genel açıklamaların istisnası bir devletin uluslararası sözleşmeye taraf olmadığı olasılıktır; çünkü bu olasılıkta uluslararası veya ulusalüstü organlar ile ulusal organlar arasında bir hiyerarşi bulunmamaktadır. Örneğin, AİHS'e taraf olmayan ülkelerden ABD, Kanada, Meksika veya Avustralya Yüksek Mahkemeleri tarafından AİHM kararlarına başvurulması ve atıf yapılması durumunda da yatay diyalog söz konusudur.<sup>304</sup> Bu bağlamda ABD Yüksek Mahkemesi'nin *Lawrence et al. v. Texas* kararı<sup>305</sup> Yüksek Mahkeme'nin AİHM'in kararlarına atıf yaptığı ilk karardır.<sup>306</sup> ABD Yüksek Mahkemesi bu kararda Texas yasalarında suç olarak düzenlenen eşcinsel ilişkiye ilişkin başvuruyu incelemektedir. Kararda Yüksek Mahkeme, kendisinin *Bowers v. Hardwick* kararındaki<sup>307</sup> muhakemenin AİHM tarafından reddedildiğini ve diğer ülkelerin eşcinsel bireylerin cinsel ilişkide bulunmasını koruma altına aldığını belirtmektedir. ABD Yüksek Mahkemesi *Lawrence et al. v. Texas* kararında AİHM'in *Dudgeon/Birleşik Krallık*<sup>308</sup>, *P.G.&J.H./Birleşik Krallık*<sup>309</sup>, *Modinos/Kıbrıs*<sup>310</sup> ve *Norris/İrlanda*<sup>311</sup> kararlarına atıf yapmıştır.

Benzer şekilde Kanada Yüksek Mahkemesi de intihara teşebbüse yardım ve ötanazi hakkındaki *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)* kararında<sup>312</sup> Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'nun (AİHK) *R/Birleşik Krallık*<sup>313</sup> kararına atıf yapmıştır.

---

<sup>304</sup> Groppi – Ponthoreau, **a.g.m.**, s. 5-6.

<sup>305</sup> ABD Yüksek Mahkemesi Kararı, *Lawrence et al. v. Texas*, No. 02-102, 26.06.2003.

<sup>306</sup> Christos L. Rozakis, "The European Judge as Comparatist", **Judicial Recourse to Foreign Law A New Source of Inspiration?**, Ed. Basil Markesinis – Jörg Fedtke, Routledge, 2006, s. 355.

<sup>307</sup> *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986).

<sup>308</sup> *Case of Dudgeon v. United Kingdom*, Judgment of App. No. 7525/76, 22 October 1981.

<sup>309</sup> *P.G. and J.H. v. United Kingdom*, App. No. 44787/98, Judgment of 25 September 2001.

<sup>310</sup> *Modinos v. Cyprus*, App. No. 15070/89, Judgment of 22 April 1993.

<sup>311</sup> *Norris v. Ireland*, App. No. 10581/83, Judgment of 26 October 1988.

<sup>312</sup> Kanada Yüksek Mahkemesi Kararı, *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, Başvuru No. 23476, 30.09.1993.

<sup>313</sup> *R v. United Kingdom*, App. No. 10083/82, Admissibility Decision of 04 July 1983.

Yatay diyalog bağlamında son olarak belirtmek gerekir ki, bazı yazarlar tarafından bu diyalog türü için “eş düzeydekiler arasında önde gelenler (*leadership amongst one's peer*)” ifadesi kullanılmıştır. “Önde gelen” mahkeme ile mahkemeler arası diyalogu etkileyen unsurlar bağlamında ele alacağımız “*prestijli mahkemelerin etkisinin*” kastedildiğini söyleyebiliriz. Bu bağlamda uluslararası ve ulusalüstü hukuk normlarının yorumlanmasında; belirli bir mahkemenin ne kadar nüfuz sahibi olduğu, insan haklarının korunması alanındaki etkisi ve ulusal yüksek mahkemeler benzer hukuki sorunlarla karşılaştıklarında esin kaynağı olup olmadığına göre mahkemeler arası yatay diyalog açısından bir değerlendirme yapılmaktadır.<sup>314</sup>

### 3. Yargısal Diyalogun Bir Yorum İlkesi Olup Olmadığının Tespiti

Çalışmamız bağlamında asıl olarak anayasa mahkemelerinin birbiriyle iradi etkileşimine dayanan yatay diyalog olgusunun ele alındığını belirtmiştik. Bu kapsamda yukarıdaki başlıkta yargısal diyalog türleri de açıklandıktan sonra, öncelikle yargısal diyalogun bir yorum ilkesi olup olmadığının tespit edilmesi gerekmektedir.

Diyalog genel anlamda iki muhatap arasında bir konu üzerinde görüş alışverişi olarak tanımlanırsa, yargısal diyalog da mahkemeler ve yargıçlar arasındaki görüş alışverişini ifade etmektedir. Mahkemeler çoğunluk görüşü çerçevesinde karara esas alınacak biçimde diyalogdan yararlanabileceği gibi, yargıçların bireysel olarak karşı oy ve ayrık oy görüşleri kapsamında da diyalogdan yararlanması mümkündür. Ayrıca yargısal diyalog gerek ulusal hukukun, gerekse uluslararası hukukun yorumlanması kapsamında karşımıza çıkmaktadır.<sup>315</sup> Bu bağlamda yukarıda açıkladığımız anayasa hukukunun küreselleşmesi olgusuyla, anayasacılığın artık yalnızca ulus devletlerin

---

<sup>314</sup> Mak, a.g.e., s. 80.

<sup>315</sup> Antonios Tzanakopoulos, “Judicial Dialogue as A Means of Interpretation”, **The Interpretation of International Law by Domestic Courts: Uniformity, Diversity**, Convergence, Ed. Helmut Philip Aust – Georg Nolte, Oxford University Press, 2016, s. 73.



tekeline bir iç hukuk meselesi olmadığı ve dünya çapında küresel bir kavram olduğu kabul edilmektedir.<sup>316</sup>

Yargıda küreselleşme ve bunun sonucu olarak diyalog halindeki yargı organları ve yargıçlar olgusunun kabulü ile karşımıza yargısal diyalogun hukuki niteliğinin ne olduğu sorusu çıkmaktadır. Çalışmamız kapsamında bu soruyu daha da özelleştirirsek yargısal diyalog tek başına, bağımsız bir yorum ilkesi olarak kabul edilebilecek midir?

Öncelikle belirtmek gerekir ki, Savigny'nin klasik yorum ilkeleri yargısal diyalogun açıklanması için yetersiz kalmaktadır. Bu kapsamda özellikle 19. yüzyılda küresel bir dünya anlayışının henüz oluşmaması ve küreselleşme olgusunun yargısal alana etkisinin yargısal diyalogun oluşumuna temel katkısından ötürü, Savigny'nin yorum ilkeleri çalışmamızda yer verdiğimiz anlamıyla yargısal diyalogu bir yorum ilkesi olarak içinde barındırmaz. Ayrıca, klasik yorum teorisi her hukuki duruma uygulanabilir bir hukuk kuralının var olduğu ön kabulüne dayanmaktadır.<sup>317</sup> Oysa, yargısal diyalogun en önemli işlevi öngörülmemiş ve yeni hukuki durumlara çözüm üretme aşamasında ortaya çıkmaktadır. Bu kapsamda da akla yukarıda AIHM'nin yorum ilkeleri kapsamında söz ettiğimiz evrimci / dinamik yorum gelmelidir. Evrimci yorumun özü, normların hukuk düzeninde var olduğu andan itibaren adeta *“sürekli aynı içeriği tekrar eden yankılar”* gibi olmadığının kabul edilmesidir. Bunun sonucu olarak, normu yorumlayanlar normun geçmişteki anlamını aktaran tarihçiler değil, normun anlamının bizzat yaratıcılarıdır.<sup>318</sup> Böylelikle, yasa koyucu tarafından normun yapılması, normun hukuk düzenindeki varlığı açısından yalnızca başlangıç aşamasını ifade eder. Normun yorumu ve uygulanması evrimci yorumda, yargıçlar tarafından devingen ve değişimci bir hukuk anlayışı ile somutlaştırılır.<sup>319</sup> Evrimci

---

<sup>316</sup> Bruce Ackerman, “The Rise of World Constitutionalism”, **Virginia Law Review**, Vol. 83, 1997, s. 771-772.

<sup>317</sup> Troper, **a.g.m. (Le Positivismisme Comme Théorie du Droit)**, s. 280.

<sup>318</sup> T. Alexander Aleinikoff, “Updating Statutory Interpretation”, **Michigan Law Review**, Vol. 87, No. 1, The Michigan Law Review Association, 1988, s. 57.

<sup>319</sup> Oder, **a.g.e.**, s. 225.

yorumdan anayasa hukuku özelinde yararlanılması bağlamında anayasaların siyasal hayatın değişen koşullarına uyarlanabilir niteliği dolayısıyla, evrimci yorumun anayasa hukuku bakımından elverişliliğine dikkat çekilmiştir. Anayasaların bu niteliği kimi yazarlar tarafından “*Anayasanın uyabilirlik hassası*” olarak ifade edilmiş ve somut olay ile ortaya çıkan gerçeklere uygulanabilirlikte özellikle içtihada dayalı *common law* hukuk sisteminde evrimci yorumun elverişliliğinin daha net görüldüğü belirtilmiştir.<sup>320</sup>

Anayasa normunun tarihsel anlamının ötesinde; siyasi, sosyolojik, ekonomik ve teknolojik değişimleri de esas alan evrimci yorum, bu anlamıyla tarihsel yorumu dışlar. Evrimci yorum zaman bakımından anayasanın *ileriye dönük biçimde uygulanmasını*<sup>321</sup> esas alır. Aynı zamanda ABD Hukuku’nda anayasanın yorumlanması konusunda orijinalizm (*originalism*) ve yaşayan anayasa (*living constitution*) görüşleri tarihsel yoruma ilişkin iki karşıt görüş olarak yer alır<sup>322</sup> ve yaşayan anayasa olgusu anayasanın evrimci / dinamik yönüne işaret ederken, orijinalizm ise tarihsel ve sözel anlamda anayasanın “ilk anlamının” korunması amacına hizmet eder ve evrimci yorumla bağdaşmaz. Aynı şekilde, orijinalist yorumla bağlantılı olarak sözel yoruma aşırı bağlılığı ifade eden metinselcilik (*textualism*) de evrimci yorumu dışlar. Metinselciliğin karşısında yer alan ve anayasa normlarını anayasa koyucunun niyeti ile okumayı ifade eden amaçsalcılık ise evrimci yoruma daha fazla olanak sağlar.<sup>323</sup>

Yargısal diyalogun hukuki niteliğini tartışırken evrimci yorumun niteliklerini dikkate alarak ayrıca, çalışmamızın ilk bölümünde yaptığımız yorum, gerekçelendirme ve yorumun gerekçelendirilmesi ayrımını da tekrar hatırlamak gerekir. Kısaca yorum, bir hukuk normunun anlamını bulma süreci; gerekçelendirme

---

<sup>320</sup> Bülent Nuri Esen, **Anayasanın Anayasa Mahkemesince Yorumlanması Bir İnceleme Özeti**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No. 301, Ankara, 1972, s. 24.

<sup>321</sup> Oder, a.g.e., s. 225, 229.

<sup>322</sup> Bkz., Vicki C. Jackson, “Constitutions as “Living Trees”?, Comparative Constitutional Law and Interpretive Methods”, **Fordham Law Review**, Vol. 75, No. 2, 2006, s. 941-942.

<sup>323</sup> Aleinikoff, **a.g.m.**, s. 22-38.

ise bu anlamın kabul edilebilirliğinin ispatlanması aşamasını ifade etmektedir. Alexy'nin argümantasyon teorisini açıklarken harici gerekçelendirme olarak ifade ettiği ve normun yorumuna dayanak teşkil eden öncüllerin içinde ne pozitif hukuk kuralı ne de ampirik önerme olan bir gruptan söz ettiğini ve harici gerekçelendirmenin esas itibarıyla yorumun gerekçelendirilmesi olgusu olduğunu yukarıda belirtmiştik. Bu kapsamda Alexy'ye göre yorum ilkelerinin en önemli işlevlerinden biri yorumun gerekçelendirilmesidir.<sup>324</sup>

Kanımızca yargısal diyalogun asıl işlevi de yorumun gerekçelendirilmesi olgusunda ortaya çıkmaktadır. Mahkemeler ve yargıçlar arası iletişime dayanan yargısal diyalog, evrimci yorum kapsamında yeni siyasi, sosyal, ekonomik ve teknolojik hukuki ihtiyaçlara cevap vermeye yönelik bir yorumun gerekçelendirilmesi yöntemi olarak değerlendirilmelidir. Bu bağlamda yargısal diyalog genel olarak, anayasal normların evrimci yorumuna ve anayasaların yaşayan bir belge olmasına yardımcı olan bir araç olarak nitelendirilebilir. Bununla birlikte yargısal diyalogun yorumun gerekçelendirilmesi yöntemi olmasından kaynaklı çok daha önemli bir işlevi daha söz konusudur ve bu işlev özünü gerekçelendirmenin amacından almaktadır. Yorumda gerekçelendirme, yorumun kabul edilebilirliğinin ispatlanması kapsamında aslen yorumun meşruluğuna gönderme yapmaktadır; böylelikle yargısal diyalog da bir gerekçelendirme aracı olarak meşruluk amacına hizmet etmektedir. Yorumun ikna edici olması amacıyla gerekçelendirilmesinde anayasa hukukunun küreselleşmesi bağlamında yabancı ve uluslararası mahkemeler ve yargıçlar arası iletişimin, bir diğer deyişle yargısal diyalogun, bu küreselleşme süreci kapsamında öne çıkan bir gerekçelendirme aygıtı olduğu ileri sürülebilecektir.

---

<sup>324</sup> Alexy, **a.g.e.**, s. 134.

## D. Yargısal Diyalogun Anayasa ve Temel Haklar Yargısında Özel Bir Görünüm Biçimi: Anayasal Ödünç Alma

Çalışmamız kapsamında ele alınan asıl olgu, anayasa ve temel haklar yargısı özelinde ulusal anayasa mahkemelerinin yabancı anayasa mahkemelerinin kararlarına yaptığı atıflardır. Bu kapsamda, anayasa mahkemelerinin kararlarını gerekçelendirmesi bakımından yargısal diyalog kapsamında özel görünüm biçimi açıklanmalıdır.

Yabancı mahkeme kararlarına atıf olgusunun doktrinde farklı kavramlarla ifade edildiği görülmektedir. Bu kavramlar; *judicial engagement* (yargısal bağlılık)<sup>325</sup>, *judicial cosmopolitanism* (yargısal kozmopolitlik / çeşitlilik)<sup>326</sup>, *transjudicial deliberation* (yargısal kurumlar arası müzakere)<sup>327</sup>, *cross-jurisdictional exchange* (yargısal kurumlar arası takas)<sup>328</sup>, *constitutional convergence* (anayasal yaklaşma)<sup>329</sup>, *constitutional borrowing* (anayasal ödünç alma / aktarma)<sup>330</sup>, *legal transplants* (yargısal nakiller)<sup>331</sup>, *cross-pollination between jurisdictions* (yargı

---

<sup>325</sup> Vicki Jackson, “Constitutional Comparisons: Convergence, Resistance, Engagement”, **Harvard Law Review**, Vol. 119, No. 1, November 2005, s. 109-128.

<sup>326</sup> Megan Lee, “Judicial Dialogue: Method in the Madness?”, **King’s Inns Law Review**, Vol. V, 2015, s. 125.

<sup>327</sup> Anne-Marie Slaughter, “A Global Community of Courts”, **Harvard International Law Journal**, Vol. 44, No. 1, Winter 2002, s. 202.

<sup>328</sup> Vlad Perju, “Cosmopolitanism in Constitutional Law”, **Cardozo Law Review**, Vol. 35, No. 2, 2013, s. 716.

<sup>329</sup> Zachary Elkins – Tom Ginsburg – Beth Simmons, “Getting to Rights: Treaty Ratification, Constitutional Convergence, and Human Rights Practice”, **Harvard International Law Journal**, Vol. 54, No. 1, Winter 2013, s. 61-95; Perju, **a.g.m.**, s. 711-768.

<sup>330</sup> Mark Tushnet, “Returning with Interest: Observations on Some Putative Benefits of Studying Comparative Law”, **University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law**, Vol. 1, No. 2, Fall 1998, s. 325-349; Wiktor Osiatynski, “Paradoxes of Constitutional Borrowing”, **International Journal of Constitutional Law**, Vol. 1, No. 2, 2003, s. 244-268; Lee Epstein – Jack Knight, “Constitutional Borrowing and Nonborrowing”, **International Journal of Constitutional Law**, Vol. 1, No. 2, Oxford University Press, 2003, s. 196-223; Nelson Tebbe - Robert L. Tsai, “Constitutional Borrowing”, **Michigan Law Review**, Vol. 108, 2010, s. 459-522.

<sup>331</sup> Alan Watson, **Legal Transplants An Approach to Comparative Law**, 2. bs., University of Georgia Press, 1993.

*kurumları arası çapraz aşılama*)<sup>332</sup>, *constitutional cross-fertilization (anayasal çapraz aşılama)*<sup>333</sup>, *transjudicial communication (yargısal kurumlar arası iletişim)*<sup>334</sup> *migration of constitutional ideas (anayasal fikirlerin göçü / yer değiştirmesi)*<sup>335</sup> olarak sıralanabilir.

Yargıda küreselleşme eğiliminin ve bunun sonucunda “*küresel mahkemeler topluluğunun (global community of courts)*” oluşmasıyla yabancı hukuka ve yabancı mahkeme kararlarına atıf olgusunun ortaya çıktığı ve bu uygulamanın giderek arttığı kabul edilmektedir.<sup>336</sup> Doktrinde yabancı hukuka ve mahkeme kararlarına atfı açıklamak için farklı kavramları kullanan yazarlar bu olgunun bir etkileşim sonucu yargısal diyalog kapsamında şekillendiğini kabul etmektedir. Örneğin Kanada Yüksek Mahkemesi eski yargıçlarından L’Heureux-Dubé, yabancı mahkeme kararlarına atfın tarihsel kaynağının resepsiyon olgusuna dayandığını ve günümüzde yabancı mahkeme kararlarına atıf yapılmasındaki motivasyonun resepsiyondan diyaloga evrildiğini, böylelikle yargıçların artık basitçe yabancı yargı makamlarının kararlarını almadığını, kendi yargılamalarına doğrudan veya değiştirerek uyguladıklarını savunmaktadır.<sup>337</sup> Nitekim çalışmamızda da “anayasal ödünç alma” kavramının tercih edilmesinin nedeni, resepsiyon/benimseme olgusunun zamanla genişleyerek anayasal kavramların ve tercihlerin yargı kararlarına atıf olgusunu da içine alacak şekilde genişlemesi ve bir diğer deyişle “yargısal benimseme” halini almasıdır. Burada yargısal benimseme ile kastedilen ulusal bir anayasa mahkemesinin, başka bir ulusal anayasa mahkemesinin içtihatlarında yer alan karar gerekçelerini, muhakemesini veya bu muhakemenin ardından ulaşılan sonucu benimsemesidir. Sonuç olarak, anayasal ödünç alma kavramı yalnızca anayasal

---

<sup>332</sup> L’Heureux-Dubé, **a.g.m.**, s. 17.

<sup>333</sup> Slaughter, **a.g.m. (A Global Community of Courts)**, s. 198.

<sup>334</sup> Slaughter, **a.g.m. (Transjudicial Communication)**, s. 99-137; Ponthoreau – Groppi, **a.g.e.**, s. 1-10.

<sup>335</sup> Sujit Choudry, “Migration as a New Metaphor in Comparative Constitutional Law”, **The Migration of Constitutional Ideas**, Ed. Sujit Choudry, Cambridge University Press, 2006, s. 1-35.

<sup>336</sup> Jackson, **a.g.m. (Constitutional Comparisons)**, s. 109-113.

<sup>337</sup> L’Heureux-Dubé, **a.g.m.**, s. 16-23.

resepsiyon gibi algılanmamalı; ayrıca anayasa mahkemelerinin birbirine yaptığı atıflar olgusunu da içeren bir bütün olarak anlaşılmalıdır.<sup>338</sup>

Ulusal anayasa hukuku normları, sistemleri ve yargı pratikleri arasında var olan “yatay etkilenme ve esinlenme” olgusu sonucunda uluslar etkileşim halindedir ve bu etkileşimde özellikle anayasa yargısı pratiği belirleyicidir.<sup>339</sup> Bu kapsamda, kanaatimizce anayasal ödünç alma yargısal diyalog kapsamında değerlendirilmelidir. Çalışmamız bağlamında yargısal diyalog, yargıda küreselleşmenin bir sonucu olarak farklı hukuk alanlarında tüm mahkemeleri etkileyen ve birbirlerinin kararlarına yaptığı atıflardan her türlü ortak zeminde buluşmaya yönelik mahkemelerin ve yargıçların gerekçelendirme uygulamalarını daha geniş anlamda ifade ederken; anayasal ödünç alma (*constitutional borrowing*) kavramı anayasa hukukuna ve temel haklara ilişkin kavramların, normların ve uygulamaların ulusal anayasa mahkemeleri düzleminde etkileşimini ifade etmektedir ve yargısal diyalogun anayasa yargısındaki özel görünümü olarak değerlendirilebilir.

Yabancı mahkeme kararlarına atıf olgusunun literatürde farklı kavramlarla ortaya konduğunu belirtmiştik. Çalışmamızda anayasa hukuku bakımından bu etkileşimin anayasal ödünç alma kavramı ile ele alınması tercih edilmiştir. Belirtmek gerekir ki, ödünç alma kavramı karşılığında iade olgusunu içerse ve geçicilik algısı yaratsa bile, çalışma bağlamında ödünç alma ifadesi, yabancı anayasa mahkemelerinin kararlarına atıfta dinamizme işaret edecek şekilde kullanılmıştır. Bu nedenle anayasal ödünç alma, hangi yabancı anayasa mahkemelerinin kararlarına atıf yapacağını seçerken ulusal anayasa mahkemelerine, evrimci yorumla özellikle temel hakları en geniş yorumlayabileceği muhakemeyi seçme özgürlüğü vermektedir. Böylelikle, anayasal

<sup>338</sup> Burada belirtmek gerekir ki Türk Anayasa Hukuku literatüründe “anayasal ödünç alma” kavramının ikisi aynı yazara ait olmak üzere, üç eserde doğrudan kullanıldığı tespit edilmiştir; ancak bu çalışmalarda yargı kararları bağlamında özel ve ayrıntılı bir değerlendirme yer almamaktadır. Bu çalışmalar için bkz.; Levent Gönenç, “Anayasal Gelişme”, **Anayasa Yapımı ve Anayasal Değişim Türkiye’de Anayasal Değişim Beklentileri**, Ed. Ozan Ergül, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2011, s. 204; Levent Gönenç, “Anayasal Değişim”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 62, No. 4, 2013, s. 1080; Bertil Emrah Oder, “Anayasal Ödünç Alma Nedir?”, **Türkiye’nin Anayasa Gündemi**, Der. İbrahim Ö. Kaboğlu, İletişim Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 198-199.

<sup>339</sup> İbrahim Ö. Kaboğlu, **Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)**, 9. bs., İstanbul, 2014, s. 45.

ödünç alma pratiği, lafzi anlamda geçici bir ödünç ilişkisi olarak değil, evrimci yorum bağlamında temel hakları genişletici olarak ele alınabilecektir. Burada belirtmek gerekir ki, AİHM'nin de başka yargı organlarının kararlarından yararlanırken bu olguyu “ödünç alma (borrowing, emprunter)” olarak ifade ettiği kararları bulunmaktadır.<sup>340</sup>

Kimi anayasalarda genel olarak ödünç almaya cevaz veren normlar bulunmaktadır. Geçirgenlik normları<sup>341</sup> olarak ifade edebileceğimiz bu normlar anayasal geçirgenliğe olanak sağlamaktadır.

Ulusal anayasalar bağlamında geçirgenlik normlarına tipik bir örnek olarak, Güney Afrika Anayasası'nın 39/1. maddesindeki temel hakların yorumlanmasında uluslararası hukuka ve yabancı hukuka itibar edilmesi gerektiğine ilişkin düzenleme verilebilir.<sup>342</sup> Ayrıca uluslararası antlaşmaların statüsünün ve bu antlaşma normlarının ulusal hukuk düzenlerindeki yerinin normatif olarak düzenlendiği anayasa normları da geçirgenlik normları bağlamında kabul edilebilecektir.

Belirtmek gerekir ki, geçirgenlik normları doğrudan “*insan haklarının bütünselliği ilkesi*” ile ilintilidir. Bütünsellik ilkesi özellikle ulusüstü insan hakları sözleşmeleri kapsamında karşımıza çıkmaktadır. Bu bağlamda sözleşmeler arası

---

<sup>340</sup> *Case of Annenkov and Others v. Russia*, App. No. 31475/10, Judgment of 25 July 2017, par. 82, bkz.; “In assessing evidence in cases concerning Article 3 of the Convention, the Court has generally applied the standard of proof “beyond reasonable doubt”. However, borrowing the approach of the national legal systems which use that standard has never been its purpose. (...)”. *Annenkov and Others v. Russia* kararında AİHM ödünç almayı Mahkeme'nin bir pratiği olarak görmediğini belirtmekle birlikte, ödünç alma kavramının kullanılması bakımından bu karara yer verilmiştir. Ayrıca bkz.; *Case of Merabishvili v. Georgia*, App. No. 72508/13, GC Judgment of 28 November 2017, Yargıçlar Udkişka, Tsotsoria ve Vehabović'in Karşı Oy Yazısı, par. 20, bkz.; “The Court has a long tradition of borrowing hypotheses from other jurisdictions while developing novel concepts. This case is no exception. (...)”.

<sup>341</sup> Anayasal ödünç almaya cevaz veren bu normlara “geçirgenlik normları” dememizde biyoloji biliminde kullanılan ve Fransızca “osmose” sözcüğünden gelen “geçişim” kavramı esin kaynağı olmuştur. Suyun, seçici geçirgen bir zardan az yoğun ortamdan çok yoğun ortama enerji harcanmadan geçişini ifade eden ozmoz kavramı, pek çok yönüyle adeta anayasal ödünç almanın doğadaki görünümüne benzemektedir. Seçici geçirgen zarı, yargıçların çalışmamızın üçüncü bölümünde ele alınan anayasal ödünç alma dinamiklerine göre yabancı mahkeme kararlarını seçmesi olgusuna benzetirsek; enerji harcamaksızın geçiş olgusu da anayasal ödünç almanın tamamen iradi bir sürecin eseri olarak yatay diyalogu ifade etmesi ile özdeşleştirilebilir.

<sup>342</sup> Bkz. III. Bölüm'de “Anayasa'da Açık Hüküm Bulunması” başlığı.

normatif bütünsellik ve sözleşme organları kararlarının bütünselliğinden söz ederken, bir belgenin düzenlediği hak ve özgürlük ile ilgili uyuşmazlığın karara bağlanmasında, denetim organının aynı veya benzer hak ve özgürlüğün düzenlendiği başka bir ulusüstü insan hakları hukuku belgesine veya bu sözleşmelerin denetim organlarının içtihatlarına atıf yapması ifade edilmektedir. İctihatlara yapılan atıflar bakımından özellikle karar üretme süreci bağlamında “*ıctihadi etkileşim*” ve sözleşme hukuklarının uyumlaşması bağlamında da “*ıctihadi standartlaşma*” söz konusu olmaktadır.<sup>343</sup>

Geçirgenlik normlarına somut bir örnek olarak, Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı’nın (AİHHŞ) 60. ve 61. maddelerindeki düzenlemeler<sup>344</sup> verilebilir. AİHHŞ’nin

---

<sup>343</sup> Gemalmaz, a.g.e. (Genel Teoriye Giriş), s. 1678, 1700.

<sup>344</sup> “Chapter IV  
Applicable Principles  
Article 60

The Commission shall draw inspiration from international law on human and peoples' rights, particularly from the provisions of various African instruments on human and peoples' rights, the Charter of the United Nations, the Charter of the Organization of African Unity, the Universal Declaration of Human Rights, other instruments adopted by the United Nations and by African countries in the field of human and peoples' rights as well as from the provisions of various instruments adopted within the Specialized Agencies of the United Nations of which the parties to the present Charter are members.

**Article 61**

The Commission shall also take into consideration, as subsidiary measures to determine the principles of law, other general or special international conventions, laying down rules expressly recognized by member states of the Organization of African Unity, African practices consistent with international norms on human and people's rights, customs generally accepted as law, general principles of law recognized by African states as well as legal precedents and doctrine.

**BÖLÜM IV**

**UYGULANABİLİR OLAN İLKELER**

**Madde 60**

Komisyon, insan ve halkların haklarına ilişkin uluslararası hukuktan; özellikle insan ve halkların haklarına ilişkin çeşitli Afrika belgelerinin, Birleşmiş Milletler Şartının, Afrika Birliği Örgütü Şartının, Evrensel İnsan Hakları Bildirisinin, insan ve halkların hakları alanında Birleşmiş Milletler ve Afrika ülkeleri tarafından kabul edilen diğer belgelerin hükümlerinden olduğu kadar, bu Şartın Taraflarının üyesi bulunduğu Birleşmiş Milletler Uzmanlık Birimlerince kabul edilen çeşitli belgelerin hükümlerinden de esinlenecektir.

**Madde 61**

Komisyon, hukuk ilkelerini belirlemede tamamlayıcı ölçütler olarak, Afrika Birliği Örgütüne Üye Devletler tarafından açıkça tanınmış kuralları düzenleyen diğer uluslararası genel ve özel sözleşmeleri; insan ve halkların haklarına ilişkin uluslararası normlara uygun Afrika pratiklerini, genel olarak hukukiliği kabul görmüş olan teamülleri; Afrika devletlerince tanınmış bulunan genel ilkelerin yanı sıra, emsal kararları ve doktrini göz önüne alacaktır.”

Türkçe çeviri için bkz.; Mehmet Semih Gemalmaz, **Ulusüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri**, C. II, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2011, s. 917.



“Uygulanabilir Olan İlkeler” başlığını taşıyan dördüncü bölümünün 60. maddesinde, Afrika İnsan ve Halkların Hakları Komisyonu’nun (AİHHK), Birleşmiş Milletler belgelerinden ve Afrika ülkeleri tarafından kabul edilen uluslararası insan hakları belgelerinden esinlenebileceği düzenlenmektedir. 61. maddede ise anayasal ödünç alma bakımından özellikle dikkate değer bir düzenleme yer almaktadır. Buna göre; Komisyon’un Afrika devletlerince tanınmış bulunan genel ilkelerin yanı sıra, emsal kararları ve doktrini göz önüne alacağını düzenleyen madde hükmü, bölgesel düzlemde hukuki normları ve pratikleri birbirine bağlayan bir geçirgenlik normu olma niteliğindedir.

AİHHK içtihatlarında da bu geçirgenlik normlarının uygulamalarına rastlanmaktadır. Örneğin; *Priscilla Njeri Echaria v. Kenya*<sup>345</sup> kararında, Şart’ın hükümlerini yorumlamada içtihatlar, doktrin ve uluslararası insan hakları hukukundaki yerleşik uygulamalar gibi çeşitli hukuk kaynaklarından yararlanması için Komisyon’un yetkilendirildiği belirtilmiştir.<sup>346</sup> Benzer şekilde, *Media Rights Agenda v. Nigeria*<sup>347</sup> kararında AİHHK’nin aleni yargılama usulüne ilişkin özel bir hüküm içermediği belirtilirken, Şart’ın 60. ve 61. maddelerinin Komisyon’un uluslararası hukuktan yararlanabileceğini düzenlediği hatırlatılarak, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi’nin 13 No’lu Genel Yorumu’na ve Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi’ne (MSHS) Komisyon tarafından atıf yapılmıştır.<sup>348</sup>

---

<sup>345</sup> *Priscilla Njeri Echaria v. Kenya*, Communication 375/09, 7 November 2011, par. 60.

<sup>346</sup> Bu kararda, AİHHK tarafından *Michael Mujuru v. Zimbabwe* kararına da atıf yapılarak, Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu ve Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi gibi benzer bölgesel insan hakları kurumlarının uygulamaları incelendiğinde, altı aylık başvuru süresinin olağan bir standart olduğunun ifade edildiği belirtilmiştir. Bkz.; *Michael Mujuru v. Zimbabwe*, Communication 308/05, 22 November 2008, par. 109, “The Commission is urged in Articles 60 and 61 of the Charter to consider as subsidiary measures to determine the applicable principles of law “other general or special international instruments, laying down rules expressly recognised by member states of the African Union.” Going by the practice of similar regional human rights instruments, such as the inter-American Commission and Court and the European Court, six months seem to be the usual standard. (...)”

<sup>347</sup> *Media Rights Agenda v. Nigeria*, Communication 224/98, 6 November 2000.

<sup>348</sup> *Media Rights Agenda v. Nigeria*, Communication 224/98, 6 November 2000, par. 51-52.

Belirtmek gerekir ki, genel olarak uluslararası hukuk (AİHS Md. 7), hukukun genel ilkeleri (AİHS Md. 15), uluslararası sözleşmeler (Ame.İHS Md. 22) gibi göndermeler içeren Avrupa Konseyi ve Amerikan Devletleri Örgütü belgeleri düzenlemeleri de bulunmakla birlikte, yukarıda söz ettiğimiz AİHHŞ'nin 60. ve 61. maddeleri geçirgenlik normları bakımından kapsamı en geniş tutulmuş örnek olma özelliğine sahiptir.<sup>349</sup>

Son olarak, geçirgenlik normları bakımından insan hakları sözleşmelerinin bağdaşmazlık sorununa da kısaca değinmek gerekmektedir. Aynı hakları düzenleyen sözleşme maddeleri arasındaki çelişkileri ifade eden bağdaşmazlık sorunu<sup>350</sup> karşısında sözleşmelerde yer alan koruma hükümleri olarak da adlandırabileceğimiz (*safeguard norms*) “*no-pretext*” klotlarının amacı insan haklarının en üst düzeyde korunmasına olanak sağlamaktır.<sup>351</sup> Hemen hemen tüm insan hakları sözleşmelerinde yer alan bu normlara AİHS'nin 53. maddesi, Ame. İHS'nin 29/b maddesi ve MSHS'nin 5/II. maddesi örnek verilebilir.<sup>352</sup> AİHS'nin 53. maddesini ele aldığımızda, Sözleşme'nin hiçbir hükmünün taraf devletin yasaları ve tarafı olduğu başka bir sözleşme ile tanınan hakları ve özgürlükleri sınırlayacak ya da ihlal edecek biçimde yorumlanamayacağını düzenleyen bu maddenin asıl hedefi ulusal otoriteler, özellikle de ulusal mahkemelerdir. Bununla birlikte, taraf devlet AİHS'den daha geniş kapsamlı bir sözleşme ile bağitlanmışsa, bu sözleşme hükümleri ile bağlı olacaktır.<sup>353</sup> Hakları daha geniş ele alan diğer insan hakları sözleşmelerinin hükümleri ile taraf devletlerin bağlı olmasını sağlayan ve böylece sözleşmeler

---

<sup>349</sup> Ulusalüstü insan hakları sözleşmelerindeki geçirgenlik normları ile ilgili genel değerlendirme için bkz.; Gemalmaz, **a.g.e. (Genel Teoriye Giriş)**, s. 1672-1726, özellikle s. 1680.

<sup>350</sup> Bağdaşmazlık sorunu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.; Mahmut Göçer, “Uluslararası İnsan Hakları Andlaşmalarının Bağdaşmazlığı Sorunu ve Uluslararası Hukuk”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, C. 56, S. 3, 2001, s. 47-70.

<sup>351</sup> Gemalmaz, **a.g.e. (Çocuğun Bedensel Cezaya Karşı Korunması)**, s. 72, dp. 165.

<sup>352</sup> Ayrıntılı bir liste için bkz.; Evert A. Alkema – Rob van der Hulle – Rick van der Hulle, “Safeguard Rules in the European Legal Order: The Relationship Between Article 53 of the European Convention on Human Rights and Article 53 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union”, **Human Rights Law Journal**, Vol. 35, No. 1-8, 2015, s. 8-9.

<sup>353</sup> H. Burak Gemalmaz, “Making Sense of Children Rights: Transforming the Precedents of the European Court of Human Rights Concerning Corporal Punishment of Children”, **Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul**, No. 56, 2007, s. 51-52.

arasında dolaylı da olsa bir etkileşime olanak veren bu normlar da gerçirgenlik normları olarak kabul edilmelidir.



## İKİNCİ BÖLÜM

### ANAYASAL ÖDÜNC ALMANIN MEŞRULUĞU

#### I. YARGI KARARLARINDA MEŞRULUĞUN TEORİK ÇERÇEVESİ

##### A. Meşruluk Kavramı

Meşruluk kavramı sözlük anlamıyla genel olarak yasallık, yasaya ve dine uygunluk olarak tanımlanmıştır.<sup>1</sup> Yasanın, dinin ve kamu vicdanının doğru bulduğu, çoğunluk tarafından onaylanan eylem, tavır veya norm olarak da ifade edebileceğimiz meşruluk olgusunun; tarihsel süreç bağlamında gerek dinsel gerekse siyasal anlamda kullanıldığı ve klasik olarak özellikle yönetime ilişkin bir kavram olarak ele alındığı görülmektedir.<sup>2</sup> Bununla birlikte, meşruluk siyasal anlamının ötesinde, hukuki bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu kapsamda, Kelsen'in hukuk teorisinde meşru hukuk, yetkili organlar tarafından belli usullere uygun olarak konmuş hukuku ifade etmektedir ve normlar hiyerarşisi çerçevesinde ortaya çıkar. Alt normun meşruluğunu üst normdan aldığı normlar hiyerarşisi teorisine göre Kelsen, hukukta meşruluğu usuli kurallara uygunluğa dayandırmıştır.<sup>3</sup> Bununla birlikte, meşruluğun yalnızca usuli kurallara dayandırılması normların içeriğini göz ardı etmesi bakımından eleştirilmektedir.<sup>4</sup>

Hukuku ve geçerliliği olan bir değeri esas alarak oluşan bir kurum veya kural meşru olarak değerlendirilir.<sup>5</sup> Meşruluk kavramı hukuki değerlerden bağımsız olarak

---

<sup>1</sup> Türk Dil Kurumu, **Büyük Türkçe Sözlük**, (Çevrimiçi) <http://www.tdk.gov.tr>, 12.01.2018.

<sup>2</sup> Ahmet Gürbüz, **Hukuk ve Meşruluk Meşru Hukukun Temel Unsurları**, 3. bs., Beta, İstanbul, 2013, s. 7-9.

<sup>3</sup> Hans Kelsen, **Pure Theory of Law**, Çev. Max Knight, The Lawbook Exchange, 2009, s. 205-211.

<sup>4</sup> Niyazi Öktem, "Toplumsal Gelişme ve Hukukta Kalite", **Milletlerarası Hukuk Bülteni**, No. 19-20, 1999-2000, s. 689.

<sup>5</sup> Ender Ethem Atay, "Hukukta Meşruiyet Kavramı", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 1, No. 2, 1997, s. 122.

düşünülemez. Gerçekten de meşruluk bir hukuki geçerlilik anlamını ve “haklı olma” iddiasını içinde barındırır. Bu kapsamda çok daha temel bir sorun olarak “hukukun meşruluğu” karşımıza çıkmaktadır. Bir hukuk düzeninin varlığı tek başına onun meşruluğunu sonuçlamaz. Yürürlükteki normların ve genel olarak hukuk düzeninin de meşru olması gerekmektedir.<sup>6</sup> Hukuk düzenindeki meşruluğun temeli, normların adalet, özgürlük, insan hakları gibi evrensel olgulara dayanması sonucunda oluşur. Bu kapsamda kimi yazarlar hukukun bizzat kendisinin meşruluğu için hukukta kalite kavramını ortaya koymuştur. Hukukta kalite, hukuk sisteminin somutluğunu ve pozitifliğini ifade eden ve hukuk güvenliğini sağlama amacına hizmet eden bir meşruluk unsuru olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu kapsamda meşru hukuk düzeni için insan haklarını, adaleti, özgürlüğü ve toplumsal gelişmeyi güvence altına almak kalitenin özü, kaliteyi sağlayan ise evrensel değerlerdir.<sup>7</sup>

Meşruluk kavramının genel olarak hukuki bir geçerlilik durumunu ve yasallığı ifade ettiğini belirtmiştik. Bununla birlikte meşruluk, yasallık ve hukukilik gibi kendisine yakın ancak daha dar anlamlı kavramlardan farklıdır. Yasallık en basit anlamıyla, belli usullere uyarak yapılan normlara uygunluğu ifade eder. Bir diğer deyişle, yasallık yalnızca “şekli bir meşruluğu” belirtmektedir.<sup>8</sup> Kelsen’e göre meşruluk kavramına ilişkin yukarıda da belirttiğimiz açıklamalar, aslında yasallığın anlamına daha uygundur. Yasallık ve meşruluk kavramını adeta bir gören Kelsen, tamamen yasaların yapılmasındaki usuli süreçleri göz önüne alarak bir meşruluk değerlendirmesi yapmaktadır. Bu kapsamda normlar hiyerarşisine uygun olarak, yetkili makamlar tarafından yapılan yürürlükteki yasaların uygulanmasında dar anlamda meşruluk olgusu mevcuttur. Burada özellikle yasanın yorumlanmasına ilişkin kurallar ve tartışmalar akla gelmelidir; çünkü yasallık tek başına meşruluk olgusunu ifade etmediği gibi, yasallık kavramının bizzat kendi içinde de bir meşruluk olgusu içermesi gerekmektedir.<sup>9</sup> Buna bağlı olarak, yasallık ve meşruluk arasındaki ilişki hukuk devleti olgusu ile de yakından bağlantılıdır. Hukuk devletinde meşruluğu

<sup>6</sup> Meltem Dikmen Caniklioğlu, **Anayasal Devlette Meşruiyet**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010, s. 21.

<sup>7</sup> Öktem, **a.g.m.**, s. 687-689.

<sup>8</sup> Münci Kapani, **Politika Bilimine Giriş**, 19. bs, Bilgi Yayınevi, Ankara, 2007, s. 89.

<sup>9</sup> Caniklioğlu, **a.g.e.**, s. 34-35.

sağlayan asgari unsur yasallık unsurudur; ancak kesinlikle tek başına yeterli değildir. Yasallık kavramının bizzat kendi içinde yer alması gereken meşruluk olgusu, hukuk devletinin unsurları bağlamında insan haklarına uygunluk, anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü, demokrasi, hukukun genel ilkeleri gibi prensiplerdir.<sup>10</sup>

Burada özel olarak belirtmek gerekir ki, hukuk devletinde yukarıda sözü edilenlerin meşruluğu sağlayan ilkeler olması bağlamında, çalışmamız kapsamında bu ilkelerin anayasa yargısı ve meşruluk kapsamında önemi dikkat çekmektedir. Örneğin, meşruluk ve demokrasi ilişkisi çoğunlukla iktidarın veya siyasi rejimin meşruluğu bağlamında ele alınsa da<sup>11</sup>, buna ek olarak demokrasinin temel ilkelerini koruyan “yargıçların hukuku” da meşruluk kavramı kapsamında karşımıza çıkar. Öyle ki, ulusalüstü insan hakları hukukunun gelişmesiyle ulusal anayasa mahkemeleri içtihatları da birbirine yaklaşmakta, birbiriyle benzeşmektedir. Böylece meşruluğunu bahsi geçen demokrasi ve insan haklarına uygunluk gibi temel ilkelerden alan yargıç yapısı bir “milletlerarası içtihadi anayasa hukuku” oluşmuştur.<sup>12</sup>

Son olarak, yasallık ve meşruluk arasındaki benzer bir farklılık “hukukilik” kavramı bakımından da söz konusudur. Hukukilik genel anlamıyla hukuka ve yasalara uygunluk anlamına gelmektedir. Devletin yetkili organlarının yasama faaliyeti çerçevesinde yasa yapma fonksiyonu ve hukukilik kavramı da yasallık ile eş anlamlı kabul edilmiştir. Oysa bu ön kabul, siyasi iktidarın yasalara şekli bir hukukilik görüntüsü altında denetimsiz müdahalesi sonucunu doğurma tehlikesi taşımaktadır. Bu olasılıkta; hukukiliğin yasalara uygun olma hali olarak kabul edildiği ve bu kapsamda yasal olan her şeyin hukuki, hukuki olan her şeyin ise meşru

---

<sup>10</sup> İbrahim Ö. Kaboğlu, **Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)**, 9. bs., İstanbul, 2014, s. 20, 80; Ergun Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, 11. bs., Yetkin Yayınları, Ankara, 2010, s. 132; Bülent Tanör – Necmi Yüzbaşıoğlu, **1982 Anayasası’na Göre Türk Anayasa Hukuku**, 12.bs., Beta, İstanbul, 2012, s. 104-111.

<sup>11</sup> Michel Troper, “The Logic of Justification of Judicial Review”, **International Journal of Constitutional Law**, Vol. I, No. 1, Oxford University Press, 2003, s. 109-115; Kapani, **a.g.e.**, özellikle s. 74-96; Caniklioğlu, **a.g.e.**, s. 121-207.

<sup>12</sup> Bakır Çağlar, “‘Hukuk’la Kavranan ‘Demokrasi’ ya da ‘Anayasal Demokrasi’”, **Anayasa Yargısı**, No. 10, 1993, s. 242.

olduğu sonucu karşımıza çıkar. Oysa, günümüzde hukuk sistemlerinin ortaklaşa kabul ettiği evrensel değerlerin hukukun da üstünde evrensel bir meşruluk algısı oluşturduğu görülmektedir.<sup>13</sup> Bunun sonucunda da yargı kararları bağlamında yeni eğilimler, çalışmamızda da ortaya koymaya çalıştığımız şekliyle anayasa yargısında yorum ve gerekçelendirme faaliyetlerinde yeni meşruluk algıları ortaya çıkmaktadır. Nitekim ilerleyen başlıklarda yargı kararları bağlamında anayasal ödünç almanın meşruluğu üzerine argümanlara ayrıca yer verilecektir.

## B. Anayasa Yargısının ve Yargı Kararlarının Meşruluğu

Meşruluk bağlamında; yasaların, normların ve hukukun bizzat kendisinin meşruluğu dışında, yargı kararlarının meşruluğunun teorik temelleri de tartışılmalıdır. Hukukun rastlantısal ve gelişigüzel olmaması; aksine değişmez ve kesin bir yapıya sahip olması nedeniyle yargı kararlarının meşruluğu tartışması da beraberinde gelmektedir.<sup>14</sup> Hukuk devletinde bir yargı kararının temel nitelikleri olarak; yargı kararının yürürlükteki geçerli hukuki normlara dayanması gerekliliği, hiyerarşik olarak en üst seviyedekiler hariç olmak üzere yargı kararlarının denetime (bir üst merciye götürülmesine, temyize) tabi olması ve bu denetimin yargı kararının meşruluğunu temel alması gerektiği kabul edilmektedir. Sıralanan bu nitelikler, yargı kararına objektiflik güvencesi sağlamaktadır ve objektifliğin en yüksek standardı hukuk kurallarına dayanan küresel toplumlardaki normlara dayanmaktadır.<sup>15</sup> Çalışmamız kapsamında anayasa yargısının meşruluğu özel olarak değerlendirilmelidir.

Anayasa yargısı kavramı kaynağını 1803 yılında ABD’de *Marbury v. Madison* davasından almaktadır. *Marbury v. Madison* davasının etkisi ve XIX. yüzyıldan itibaren Avrupa’da ve Latin Amerika’da yazılı anayasa geleneğinin gelişmesiyle

---

<sup>13</sup> Caniklioğlu, **a.g.e.**, s. 44-46.

<sup>14</sup> Samuel I. Shuman, “Justification of Judicial Decisions”, **California Law Review**, Vol. 59, No. 3, Mayıs 1971, s. 717.

<sup>15</sup> Jerzy Wroblewski, “Legal Decision and Its Justification”, **Logique & Analyse**, Vol. 14, No. 53-54, 1971, s. 409-410.

Norveç, Avusturya-Macaristan İmparatorluğu ve Romanya’da mahkemeler anayasaya uygunluk denetiminin yolunu açtılar. XX. yüzyılda ise Avrupa’nın pek çok devletinde Kelsen modeli anayasa mahkemeleri kuruldu ve bu dalgayı II. Dünya Savaşı sonrası dünya genelinde pek çok anayasa mahkemesinin kurulması (1947 İtalya, 1949 Almanya, 1958 Fransa, 1978 İspanya, 1961 Türkiye, 1982 Kanada, 1993 Rusya, 1994 Güney Afrika, 1995 Bosna Hersek, 1998 Namibya gibi.) ve anayasa yargısının kabul edilmesi izledi.<sup>16</sup>

Anayasa yargısının ve anayasa mahkemelerinin dünya çapında hızla yaygınlaşması tartışmaları da beraberinde getirmiştir. Bu kapsamda anayasa yargısının ve anayasa mahkemelerinin kararlarının meşruluğu hemen hemen her ülkede tartışma konusu olmuştur. Örneğin ABD’de, Yüksek Mahkeme’nin işlevi, Mahkeme’nin halk iradesine karşı müdahalesi olarak değerlendirilen “*çoğunluğa itiraz (counter-majoritarian difficulty)*” yönünden, anayasa yargısının temeli olarak kabul edilen *Marbury v. Madison* davasından bu yana eleştirilmektedir.<sup>17</sup> Türkiye’de de anayasa yargısının meşruluğu *counter-majoritarian difficulty* kavramı yönünden eleştirilmiştir; ancak kavramın ABD Yüksek Mahkemesi uygulamasından devşirildiğinden ötürü Türkiye’de anayasa yargısının meşruiyetini açıklamada yetersiz kalacağı savunulmuştur.<sup>18</sup>

Anayasa yargısının meşruluğunun dayandığı temel ilkelerden biri “*anayasanın üstünlüğü*” ilkesidir. Yukarıda da açıkladığımız bu ilke, Anayasa’nın hukuki bir belge olarak bir devletin hukuk düzeni içindeki en yüksek kurallarını içermesi

---

<sup>16</sup> Didier Maus, “Application of the Case Law of Foreign Courts and Dialogue Between Constitutional Courts”, **Constitutional Law Review**, No. II, s. 4-5.

<sup>17</sup> Bkz.; Alexander M. Bickel, **The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics**, 2. Bs., Yale University Press, 1986; Mark Tushnet, “Policy Distortion and Democratic Debilitation: Comparative Illumination of the Countermajoritarian Difficulty”, **Michigan Law Review**, c. 94, No. 2, Kasım 1995, s. 245-301; Barry Friedman, “The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part One: The Road to Judicial Supremacy”, **New York University Law Review**, C. 73, No. 2, 1998, s. 343-344.

<sup>18</sup> Ece Göztepe, “Anayasa Yargısının Meşruluğu”, **Demokratik Anayasa Görüşler ve Öneriler**, Ece Göztepe – Aykut Çelebi (Ed.), Metis, İstanbul, 2012, s. 388.



anlamına gelmektedir.<sup>19</sup> Anayasanın üstünlüğü ilkesinin en temel sonucu ise kanunların anayasa hükümlerine uygun olması zorunluluğudur ve bu ilke Kelsen'in normlar hiyerarşisi teorisine dayanmaktadır. Bu bağlamda Kelsen, anayasa yargısının işlevini maddi anlamda anayasa tanımına dayanarak açıklamaktadır.<sup>20</sup> Kelsen'in teorisine göre anayasa, bir normun anayasaya aykırı olup olmadığına karar verecek özel bir organı yetkilendirmelidir ve bu organ normun anayasada öngörülmüş yasama usulüne göre yapılıp yapılmadığına ve anayasaya uygun olup olmadığına karar vermelidir.<sup>21</sup> Burada belirtmek gerekir ki; anayasanın üstünlüğü ilkesi özel olarak anayasa hukukunda yorumu diğer hukuki yorumlardan ayıran bir unsur olarak ele alınmaktadır. Anayasanın üstünlüğünün bu niteliği söz konusu hiyerarşinin değiştirilemez olmasından ileri gelmektedir. Bir diğer deyişle, örneğin yasama organı tarafından yasaların değiştirilmesi, idari organlar tarafından yeni yönetmelikler yapılması mümkündür ve buna göre uygulanacak kuralla verilecek öncelik değişebilir. Oysa anayasa bir kez kabul edilmekle, içeriğindeki değişiklikler ne olursa olsun hiyerarşinin en üstünde kalacaktır; dolayısıyla hiyerarşik üstünlük niteliği değişmezdir ve bu özelliği anayasa yorumunu diğer hukuki metinlerin yorumundan ayırır.<sup>22</sup>

Anayasa yargısında Avrupa modeli, Kelsen'in kurguladığı Anayasa Mahkemesi'nden doğmuştur.<sup>23</sup> Bu noktada “*pozitif ve negatif yasa koyucu (positive and negative legislators)*” kavramları ve bunlar arasındaki ayrım karşımıza çıkmaktadır. Kelsen kendi kurallarına göre yasama gücünü kullanan parlamentoları pozitif yasa koyucular olarak nitelendirmektedir. Bununla birlikte anayasa yargıcı, anayasa ile bir çatışmayla karşı karşıya kaldığında yetkisinin yalnızca o normun iptal

---

<sup>19</sup> Tarık Zafer Tunaya, **Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku**, 4. bs., Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1980, s. 135.

<sup>20</sup> Hans Kelsen, **General Theory of Law and State**, Çev. Anders Wedberg, Harvard University Press, 1945, s. 124-125.

<sup>21</sup> Kelsen, **a.g.e. (Pure Theory of Law)**, s. 221-224, 271-276.

<sup>22</sup> Michel Troper, **Le Droit et La Nécessité**, Presses Universitaires de France, Paris, 2011, s. 168.

<sup>23</sup> Alec Stone Sweet, **Governing with Judges Constitutional Politics in Europe**, Oxford University Press, New York, 2000, s. 34.

edilmesiyle sınırlı olmasından ötürü Kelsen tarafından negatif yasa koyucular olarak tanımlanmaktadır.<sup>24</sup>

Anayasa yargısının meşruluğunun sorgulanmasına yol açan bir sav olarak, anayasa yargısının siyasal etkilere açık olması bakımından da anayasa mahkemelerinin statüsü değerlendirilmiştir. Bu kapsamda Kelsen, anayasa mahkemelerinin üye kompozisyonu bakımından siyasal etkiden arındırılması için parlamento üyelerinin bu süreçten dışlanması gerektiğini, hukukçuların ve akademisyenlerin yargıç olarak görev alması gerektiğini belirtmektedir.<sup>25</sup> Türkiye’de de birçok yazar anayasa yargısının siyasal rolünü ve Anayasa Mahkemesi’nin hukuk alanına olduğu kadar siyasal alana da etkisini kabul etmektedir.<sup>26</sup> Bu bağlamda Gören’e göre; anayasa yargısı ve siyasal alan arasındaki ilişki anayasa hukukunun “siyasal meselelerin hukuku” olma niteliğinden kaynaklanmaktadır.<sup>27</sup> Klasik anlamda anayasa hukukunda anayasa kavramının üzerinde genel olarak uzlaşılmış tanımına baktığımızda da, anayasaların genel anlamıyla devletin statüsünü oluşturan ve bu bağlamda devlet organlarını, bu organlar arası ilişkileri ve bireylerin temel hak ve özgürlüklerini düzenleyen hukuki metinler olarak tanımlandıkları görülmektedir. Bununla birlikte, anayasa hukukunun siyasal olanla ilgili bu yakınlığı doğrudan anayasa yargısının siyasallaşması sonucunu doğurmamalıdır. Anayasa yargısının objektif hukuki sınırlarını ise temel olarak Anayasa’da düzenlenen anayasa yargısına ilişkin hükümler oluşturmaktadır.<sup>28</sup>

Anayasa yargısının sınırlarını belirlemek için başvurulacak bir başka yöntem ise anayasa yargıcının serbest politika yapılmasını engellemesi anlamına gelen “yargısal kendi kendini sınırlamadır (judicial self-restraint)”. Bu bağlamda kendi kendini

---

<sup>24</sup> Alec Stone Sweet, “The Politics of Constitutional Review in France and Europe”, **International Journal of Constitutional Law**, C. 5, No. 1, Oxford University Press, 2007, s. 83-84.

<sup>25</sup> Göztepe, **a.g.e.**, s. 395.

<sup>26</sup> Tunaya, **a.g.e.**, s. 148; İl Han Özay, “Anayasa Mahkemeleri (ya da Yargısının) Meşruiyeti”, **Anayasa Yargısı Dergisi**, C. 9, 1992, s. 70.

<sup>27</sup> Zafer Gören, “Siyasal Güç Faktörü Olarak Anayasa Mahkemesi”, **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Yıl: 7, No. 14, Güz 2008, s. 11-12.

<sup>28</sup> Gören, **a.g.m.**, s. 15-16.

sınırlama yargısal aktivizmin karşıtı olarak yer almaktadır ve yargısal aktivistler hukuk ve siyasetin ayrılmaz olduğunu savunurken, sınırlamacılar hukukun her zaman kesin ve daimi bir anlamı olduğunu, bu bağlamda da siyasi algılarla değişmeyeceğini ve yorumlanamayacağını savunurlar.<sup>29</sup> Genel anlamıyla bu farklılık, ABD Hukuku'ndaki orijinalistler ve aktivistler arasındaki temel ayırmadan kaynaklanmaktadır.

Türk hukukunda da anayasa yargısının meşruluğu geniş bir tartışma alanı bulmaktadır ve bu tartışmalar özellikle demokrasi teorisi ve egemenlik kavramı çevresinde yoğunlaşmaktadır. Bu bağlamda Tunaya, parlamentoların genel iradeyi temsil ettiğini ve yasama organının anayasa yargısı tarafından denetlenmesinin, “*yasama organının diktatörlüğünü*”<sup>30</sup> engellemenin ve çoğunluğun kontrolünü sağlamak amacıyla halkın genel iradesine saygıyı tesis etmenin aracı olduğunu belirtmektedir. Bunun yanı sıra, anayasa yargısının anayasanın üstünlüğü ilkesini güvence altına aldığını ve bu bağlamda anayasa mahkemelerinin de parlamentoları değil, anayasaya aykırı kanunları denetlediğini ileri sürmektedir.<sup>31</sup>

Tunaya'nın değerlendirmelerine paralel olarak, Özay da anayasa yargısının meşruluğunun demokratik anayasal düzen ile yakından ilişkili olduğunu ve temel hakların güvencesi olan anayasa mahkemelerinin meşruluğunun bireyi koruma ve temsil etme işlevinden aldığını belirtmektedir.<sup>32</sup> Bununla birlikte Özbudun, anayasa yargısının ikinci bir meclis gibi hareket ettiğini ve siyasallaştığını savunmaktadır. Bunun temel sebebini de Türk Anayasa Mahkemesi özelinde üyelerinin halk tarafından seçilmemesine rağmen politika belirleyici olarak hareket etmek ve denetim mekanizmalarını yeterli düzeyde işletmemek olarak görmektedir. Özbudun anayasa yargısının meşruluğuna kuşkucu yaklaşmakla birlikte, son derece pragmatik

---

<sup>29</sup> Stefanie A. Lindquist – Frank B. Cross, **Measuring Judicial Activism**, Oxford University Press, 2009, p. 1.

<sup>30</sup> “Yasama organının diktatörlüğü” kavramı ile Ran Hirschl tarafından temellendirilen “yargı iktidarı / jüristokrasi (juristocracy)” kavramı için bkz.; Ran Hirschl, **Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism**, Harvard University Press, Cambridge, 2007, s. 32-33.

<sup>31</sup> Tunaya, **a.g.e.**, s. 136, 139.

<sup>32</sup> Özay, **a.g.m.**, s. 70-74.

bir sebebe dayanarak anayasa yargısının meşruluğunun kabul edilebileceğini belirtmektedir. Bu meşru sebep Özbudun'a göre anayasa yargısının temel hakların etkin korunmasına hizmet ettiği ön kabulüdür.<sup>33</sup>

Genel olarak anayasa yargısının meşruluğunu kabul eden bu görüşlerin yanı sıra Gözler, anayasa yargısının meşruluğunu sağlamanın bir yolu olmadığını ileri sürmektedir ve bu savı yargıçların yanılma payının var olmasına dayanmaktadır. Bu bağlamda özellikle mahkeme içtihatlarında değişiklikler olabildiğine<sup>34</sup> ve kimi zaman oybirliği, kimi zaman ise oy çokluğu ile alınan kararlara dikkat çekmektedir.<sup>35</sup>

Bu tartışmalar çerçevesinde anayasa yargısı Türk Anayasa Hukuku doktrininde meşru bir yargı yolu olarak kabul edilmekte; bununla birlikte anayasa yargısının yukarı bahsedilen kendine özgü nitelikleri gereği zaman zaman meşruluk tartışmaları devam etmektedir. Belirtmek gerekir ki, anayasa yargısının meşruluğuna ilişkin tartışmaların odağında özü itibarıyla yargı kararlarının otoritesi problemi yer almaktadır. Bunun sebebi, anayasa yargısının kuvvetlerin birbirini sınırlaması anlamında yasama kuvvetine müdahalede bulunma potansiyeli taşıması ve anayasa mahkemelerinin kararlarının tüm hukuk sistemi üzerinde doğuracağı geniş çaplı sonuçlardır. Bu bağlamda çalışmamız özelinde anayasal ödünç almanın meşruluğunu tartışırken bundan sonraki başlıklarda da esas alacağımız ve özellikle *common law* hukuk sisteminde geniş bir literatürde yer alan yargı kararlarının hukuki otoritesine ilişkin değerlendirmeler, çalışma konumuz bakımından olduğu kadar anayasa yargısının meşruluğu tartışmaları bakımından da yol gösterici olacaktır.

---

<sup>33</sup> Ergun Özbudun, “Anayasa Yargısı ve Demokratik Meşruluk Sorunu”, **Demokrasi ve Yargı**, Ozan Ergül (Ed.), Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2006, s. 336-337, 347.

<sup>34</sup> Gözler bu noktada Anayasa Mahkemesi'nin kısa zamanda değişen içtihadına bir örnek olarak Sayıştay Kanunu'nda Anayasa Mahkemesi önüne getirilen bir maddenin önce anayasaya uygun olarak değerlendirildiğini (AYM Kararı, E. 1972/20, K.1972/55, 17.10.1972); ancak dört ay sonra aynı kanunun aynı maddesinin anayasaya aykırı bulunduğunu (AYM Kararı, E. 1972/56, K. 1973/11, 06.03.1973) vermektedir ve bu içtihat değişikliğini, geçen dört ayda Anayasa Mahkemesi'nin üye kompozisyonunun değişmesine bağlamaktadır. Kemal Gözler, “Anayasa Yargısının Meşruluğu Sorunu”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, C. 61, No: 3, 2006, s. 150.

<sup>35</sup> Gözler, **a.g.m. (Anayasa Yargısının Meşruluğu Sorunu)**, s. 148-151.

## II. ANAYASAL ÖDÜNC ALMANIN MEŞRULUK ZEMİNİNİ OLUŞTURAN ARGÜMANLAR

### A. Yargı Kararlarının Hukuki Otoritesi

Yargı kararlarının meşruluğu ve bu kapsamda kesinlik ve yeknesaklık zorunluluğu açısından içtihatların durumu özel bir önem taşımaktadır. Yargı kararının meşruluğunun sağlanmasındaki genel eğilim objektiflik arayışı olarak ifade edilebilir. Bu bağlamda, tüm hukuk sistemleri hukuki kesinliği yeterli düzeyde sağlamaya çalışmaktadır. Hukuki kesinliğin sağlanmasında asgari ve olmazsa olmaz koşul bireylerin ve kamu görevlilerinin “yasanın” ne olduğundan emin olması gerekliliğidir.<sup>36</sup> Yasama fonksiyonu kapsamındaki bu gerekliliğin yanı sıra, yargı fonksiyonu kapsamında “yargı kararlarının hukuki belirliliğinden” söz edilmelidir. Öyle ki, hukuk devleti ilkesini tam anlamıyla yerleştirebilmiş hukuk düzenlerinde yargı kararının düzenli biçimde süregelen metodolojisi sonucunda yargı kararlarının belirliliği olgusu ortaya çıkmakta; bununla birlikte ilgili metodoloji hukuktaki, toplumdaki veya somut olaylardaki değişimler ile güncellenmektedir. Bu çerçevede, emsal hukuku (precedent law) ve emsal karar kavramları karşımıza çıkmakta ve her yargı kararının hukuk sistemi içinde bir “değeri” bulunmaktadır. Burada kastedilen değer kavramı, yargı kararına ilişkin bir yorumun veya gerekçelendirmenin belli ölçüde bir otoriteye sahip olmasını ifade etmekte ve yargı kararının bağlayıcılığı hakkında bir sonuca varmayı sağlamaktadır.<sup>37</sup> Öyleyse, yargı kararının bağlayıcılığı konusunda öncelikle farklı hukuk sistemlerindeki uygulamalar ve bunların dayandığı öğreti açıklanacaktır.

---

<sup>36</sup> Victor Ferreres Comella, **Constitutional Courts and Democratic Values A European Perspective**, Yale University Press, 2009, s. 20.

<sup>37</sup> Ozan Ergül, **Anayasa Yargısında Stare Decisis Türk Anayasa Mahkemesi Kararlarında İchtihat İstikrarsızlığı**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 1.

## 1. Düzenli İçtihat ve *Stare Decisis* Doktrinleri

Yargı kararının oluşumuna ilişkin metodoloji, Kıta Avrupası ve *common law* hukuk sistemlerinde farklılık göstermektedir. Kıta Avrupası hukukunda yargılama sırasında yargıçlar dava konusuna dair ilkelere ve mevzuata başvurmaktadır. Ardından, bu ilkeler ve mevzuat, uyumsuzlığa konu somut olaya özgü olgulara göre yorumlanmakta ve uygulanmaktadır. Muhakeme süreci genel ilkelerden somut olaya doğru tümdengelim metoduyla ilerlemektedir. Buna karşın, *common law* hukuk sisteminde yargıçlar, önceki kararlarda benzer bir vaka aramakta ve buna göre yönlenmektedir.<sup>38</sup>

Yargı kararlarının hukuki otoritesine ilişkin bir değerlendirme yapmak için öncelikle düzenli içtihat (*jurisprudence constante*) ve *stare decisis* doktrinleri açıklanmalıdır. Tarihsel olarak Kıta Avrupası hukuk sistemi, tekrar eden yargı kararlarına destekleyici bir rol biçen Fransız düzenli içtihat<sup>39</sup> (*jurisprudence constante*) doktrinini takip etmiştir.<sup>40</sup> 19. yüzyılda kuvvetler ayrılığı doktrininin etkisiyle, yeni bir yasa veya düzenleme yapmanın mahkemelerin yetkisinde olmadığı düşüncesi egemen olmuş ve mahkemelerin yetkisinin yalnızca önlerine gelen uyumsuzluğu çözmekle sınırlı olduğu kabul edilmiştir. Kuvvetler ayrılığının katı biçimde kabulünün dayanağı tarihsel bakımdan Fransız Devrimi'nden önce kral tarafından manipüle edilen mahkemelere olan güvensizlikten kaynaklanmaktadır.<sup>41</sup> Bununla birlikte Avrupalı hukukçuların zaman içerisinde yasaların kesin ve eksiksiz

---

<sup>38</sup> Joseph Dainow, "The Civil Law and the Common Law: Some Points of Comparison", **The American Journal of Comparative Law**, Vol. 15, No. 3, Oxford University Press, 1966-1967, s. 431.

<sup>39</sup> Düzenli içtihat kavramının Türk kamu hukuku literatüründe kullanımı için bkz.; Mehmet Akad, "Anayasa Yargısında Düzenli İçtihat", **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2009/2, s. 9-29.

<sup>40</sup> Konrad Zweigert – Hein Kötz, **An Introduction to Comparative Law**, Çev. Tony Weir, 3. bs., Oxford University Press, 1998, s. 82-107, 140-149.

<sup>41</sup> Roberto G. MacLean, "Judicial Discretion in the Civil Law", **Louisiana Law Review**, Vol. 43, No. 1, September 1982, s. 47; Michael Wells, "French and American Judicial Opinions", **Yale Journal of International Law**, Vol. 19, No. 1, 1994, s. 104-106.

olduğu ideali konusunda şüpheli bir tavır geliştirmeleri sonucunda, birbirini izleyen, benzer kararların ikna edici bir hukuk kaynağı olarak kullanıldığı gayri resmi bir emsal karar hukuku ortaya çıkmıştır. Bu kademeli hukuki gelişme sonucunda düzenli içtihat doktrini doğmuştur.<sup>42</sup> Doktrinin ortaya çıktığı Fransa’da emsal karar, daha önceki bir yargılama sürecinde benzer bir vakada veya benzer koşullarda alınmış bir karar olarak tanımlanmıştır.<sup>43</sup> Daha güçlü anlamıyla, Fransız mahkemelerinin üst dereceli bir mahkemenin kararı ile bağlı olmaksızın, bu kararı güvenilir bir argüman olarak kabul ederek çoğunlukla pratik sebeplerle takip etmesini ifade eder. Daha zayıf anlamıyla ise, benzer vakalarda alt dereceli dahi olsa herhangi bir mahkemenin kararına atıf yapılması pozitif veya negatif emsal karar<sup>44</sup> etkisi yaratabilir. Bu yöntemi benimsemek mahkemeleri olguların ve hukuki sorunun detaylı bir muhakemesini yapmaktan çoğunlukla kurtarır ve kanun önünde eşitlik ilkesi varsayımıyla karar meşrulaştırılır.<sup>45</sup>

Günümüze gelene kadar, Kıta Avrupası hukuk sisteminde içtihat hukuku ve bu kapsamda emsal kararın hukuki otoritesi git gide artarak etkili olmuştur. Bunda özellikle 20. yüzyılda Avrupa’da ortaya çıkan iki ulusüstü yargı organının; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Avrupa Birliği Adalet Divanı’nın etkisi büyüktür.<sup>46</sup>

Düzenli içtihat doktrininde yargıçlar kendilerini yalnızca yerleşik kararları izlemekle bağlı görürler. Yargı kararlarının, egemen bir görüşü düzenli olarak

---

<sup>42</sup> Vincy Fon – Francesco Parisi, “Judicial Precedents in Civil Law Systems: A Dynamic Analysis”, **International Review of Law and Economics**, Vol. 26, 2006, s. 522.

<sup>43</sup> Denis Alland – Stéphane Rials, **Dictionnaire de la Culture Juridique**, Presses Universitaire de France, 2003, s. 1185.

<sup>44</sup> Bir talebin tanınmasını reddeden ya da mevcut bir hukuk kuralının kapsamını sınırlayıcı biçimde yorumlayan negatif emsal kararlar, hukuki sorunla ilgili yasal korumayı ortadan kaldıran olumsuz bir hukuk kuralı oluşturabilen kararlardır. Buna karşın, bir talebin tanınmasını kabul eden ya da mevcut bir hukuk kuralının kapsamını geniş olarak yorumlayan pozitif emsal kararlar, yasal koruma sağlayan pozitif bir hukuk kuralı haline gelebilirler. Bkz.; Fon – Parisi, **a.g.e.**, s. 524.

<sup>45</sup> Michel Troper – Christophe Grzegorzcyk, “Precedent in France”, **Interpreting Precedents A Comparative Study**, Ed.: D. Neil MacCormick – Robert S. Summers, Routledge, 2016, s. 111.

<sup>46</sup> Allen E. Shoenberger, “Change in the European Civil Law Systems: Infiltration of the Anglo-American Case Law System of Precedent into the Civil Law System”, **Loyola Law Review**, Vol. 55, 2009, s. 5.

içerecek şekilde olgunlaşması gerekmektedir.<sup>47</sup> Bir başka deyişle, bir dizi yargı kararının aynı gerekçelerle, homojen ve sürekli bir sabit akış (*a constant stream of uniform and homogenous rulings*) oluşturması sonucunda düzenli içtihadın varlığından söz edilir.<sup>48</sup> Böylelikle, ancak mahkemelerin tek nokta üzerinde anlaşmaya varan içtihatlarının tekrarlanmasıyla sabitleşen yargı kararlarının, hukukun kaynağı olarak kabul edilmesi mümkündür.<sup>49</sup>

*Common law* sisteminde benimsenen *stare decisis*<sup>50</sup> doktrini ise, temel olarak aynı hukuki soruna ilişkin alt derece mahkemenin kararlarının yüksek mahkeme kararlarına uygun olması, bir diğer deyişle, yüksek mahkeme kararlarının alt derece mahkemeler için bağlayıcı olması (*bağlayıcı otorite (yetki) / binding authority*) anlamına gelmektedir.<sup>51</sup> Böylece yetkili bir mahkeme tarafından daha önce karara bağlanan bir hukuki mesele, aynı mahkeme veya bu mahkemenin kararlarına uymakla yükümlü diğer mahkemeler tarafından yeni bir yargılamaya konu olmayacaktır.<sup>52</sup> *Stare decisis*'in üst mahkemenin kararına uyma zorunluluğunu ifade eden etkisi dikey etki (dikey emsal karar / *vertical precedent*) olarak adlandırılmaktadır. Bununla birlikte, mahkemelerin bizzat kendilerinin daha önce verdikleri karara – böyle bir zorunluluk olmamasına rağmen - uymaları da yatay etki kapsamında değerlendirilir ve buna *stare decisis*'in yatay etkisi (yatay emsal karar / *horizontal precedent*) adı verilir.<sup>53</sup>

---

<sup>47</sup> Fon – Parisi, **a.g.e.**, s. 520.

<sup>48</sup> James L. Dennis, “Interpretation and Application of the Civil Code and the Evolution of Judicial Precedent”, **Louisiana Law Review**, Vol. 54, No. 1, September 1993, s. 15.

<sup>49</sup> Edouard Lambert – Max J. Wasserman, “The Case Method in Canada and the Possibilities of its Adaptation to the Civil Law”, **Yale Law Journal**, Vol. 39, No. 1, November 1929, s. 15.

<sup>50</sup> Latince olarak “*stare decisis et non quieta movere*” olarak ifade edilen bu ilke, içtihadı riayet etmek ve çözümlenmiş noktaları bozmamak (*to abide by the precedents and not to disturb settled points*) anlamına gelmektedir. Bkz.; H. Campbell Black, “The Principle of Stare Decisis,” **The American Law Register (1852-1891)**, Vol. 34, No. 12, New Series Vol. 25, 1886, s. 745.

<sup>51</sup> Paul M. Perell, “Stare Decisis and Techniques of Legal Reasoning and Legal Argument”, (Çevrimiçi) <http://legalresearch.org/writing-analysis/stare-decisis-techniques/>, Son Yararlanma Tarihi: 20.05.2018; Arzu Oğuz, **Karşılaştırmalı Hukuk**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003, s. 295.

<sup>52</sup> Black, **a.g.e.**, s. 745.

<sup>53</sup> Frederick Schauer, “Has Precedent Ever Really Mattered in the Supreme Court?”, **Georgia State University Law Review**, Vol. 24, 2007, s. 385.



İçtihadada dayalı *common law* hukuk sisteminde bu doktrinin önemi; özellikle hukuk devleti ilkesi, hukuki ilkelerin tarafsız, öngörülebilir ve tutarlı gelişimi ve yargılama sürecinin bütünlüğü bakımından karşımıza çıkmaktadır.<sup>54</sup> Bu bağlamda *stare decisis*, *common law* sisteminde çoğunlukla anayasa hukukunda istikrarı sağlayan bir doktrin olarak kabul edilmektedir.<sup>55</sup> Bununla birlikte söz konusu istikrar olgusu “değişmezlik” olarak anlaşılmamalıdır; aksine gerektiğinde siyasal süreçlerle tersine çevrilmesi zor olacak ancak zorunlu hukuki durumlarda, mahkemelerin daha önceki emsal kararlarını bozabileceği genel olarak kabul edilmektedir.<sup>56</sup> Bu görüş özellikle *stare decisis* doktrininin katı uygulandığı İngiltere’ye oranla daha esnek bir uygulaması olan ABD Yüksek Mahkemesi tarafından ortaya konmuştur.<sup>57</sup> Sonuç olarak, istikrar ile kastedilen hukuk devleti ilkesi çerçevesinde öngörülebilirliktir.

*Stare decisis* doktrini geniş anlamda, yalnızca yargılama faaliyetinin sonucu olarak ortaya çıkan içtihatlarla sınırlı olmayıp, bizzat yargısal karar alma sürecinde etkili bir bakış açısını da ifade etmektedir.<sup>58</sup> Bu kapsamda aynı hukuki konuda

---

<sup>54</sup> Randy J. Kozel, “Stare Decisis as Judicial Doctrine”, **Washington and Lee Law Review**, Vol. 67, 2010, s. 412-413.

<sup>55</sup> Michael J. Gerhardt, “The Role of Precedent in Constitutional Decisionmaking and Theory”, **The George Washington Law Review**, Vol. 60, 1991, s. 76.

<sup>56</sup> *Burnet v. Coronado Oil & Gas Co.*, 285 U.S. 393 (1932), Yargıç Brandeis’in Karşı Oy Yazısı. Bkz.; “(...)Stare decisis is usually the wise policy, because, in most matters, it is more important that the applicable rule of law be settled than that it be settled right. Compare *National Bank v. Whitney*, 103 U. S. 99, 103 U. S. 102. This is commonly true even where the error is a matter of serious concern, provided correction can be had by legislation. But in cases involving the Federal Constitution, where correction through legislative action is practically impossible, this court has often overruled its earlier decisions. The court bows to the lessons of experience and the force of better reasoning, recognizing that the process of trial and error, so fruitful in the physical sciences, is appropriate also in the judicial function. (...)”

<sup>57</sup> *Burnet v. Coronado Oil & Gas Co.*, 285 U.S. 393 (1932), Yargıç Brandeis’in Karşı Oy Yazısı. Bkz.; “ (...)Recently, it overruled several leading cases when it concluded that the states should not have been permitted to exercise powers of taxation which it had theretofore repeatedly sanctioned. **In cases involving the Federal Constitution, the position of this court is unlike that of the highest court of England, where the policy of stare decisis was formulated and is strictly applied to all classes of cases. Parliament is free to correct any judicial error, and the remedy may be promptly invoked. (...)**” (Vurgu eklenmiştir.) Ayrıca bkz.; Rodrigo Camarena González, “From Jurisprudence Constante to Stare Decisis: The Migration of the Doctrine of Precedent to Civil Law Constitutionalism”, **Transnational Legal Theory**, Vol. 7, No. 2, 2016, s. 261.

<sup>58</sup> Shuman, **a.g.e.**, s. 718. Burada belirtmek gerekir ki, ABD Yüksek Mahkemesi’nin *stare decisis* doktrinini “policy” kavramı ile ifade ettiği bazı kararları vardır. Örneğin bkz.: *Agostini v. Felton*, 521 U.S. 203 (1997), “(...)As we have often noted, “[s]tare decisis is not an inexorable command,” *Payne v. Tennessee*, 501 U. S. 808, 828 (1991), but instead reflects a policy judgment that

yüksek mahkemenin içtihadını takip etmeyen bir alt derece mahkemesi kararı kural olarak temyize konu olacaktır. Öyle ki, söz konusu karar temyize konu olmasa dahi, yüksek mahkeme içtihadını takip etmeyen bir karar *stare decisis* doktrini çerçevesinde hukuk düzeninde “hatalı”<sup>59</sup> bir karardır. Bunun sonucu olarak *stare decisis* hukuki anlamda yalnızca bir yetki meselesi olarak değil, mevcut hukuku devam ettirmeyi amaçlayan bir meşruluk meselesi olarak değerlendirilebilir.<sup>60</sup>

Düzenli içtihat ve *stare decisis* doktrinleri arasındaki temel fark nedir sorusuna özellikle Louisiana Yüksek Mahkemesi’nin bir kararındaki ifadesi ile cevap vermek mümkündür. Buna göre, *stare decisis* için mahkemenin tek bir kararı yeterli dayanak olarak kabul edilirken; düzenli içtihat doktrini için karara bağlanmış ardışık davalar silsilesi gerekmektedir.<sup>61</sup> ABD’nin Louisiana Eyaleti’nde Kıta Avrupası Hukuku temelli bir yaklaşımın esas alınmasından dolayı bu eyalet mahkemesi kararlarında

---

*"in most matters it is more important that the applicable rule of law be settled than that it be settled right," Burnet v. Coronado Oil & Gas Co., 285 U. S. 393, 406 (1932) (Brandeis, J., dissenting). (...)"* Ayrıca Yüksek Mahkeme’nin bizzat kendi ifadeleri sonucunda da doktrinin kesin anayasal statüsü tartışılmıştır. Bu tartışmalar için ayrıca bkz.: Richard H. Fallon, Jr., “Stare Decisis and the Constitution: An Essay on Constitutional Methodology”, **New York University Law Review**, Vol. 76, No. 2, May 2001, s. 571-574, 577-585.

<sup>59</sup> Burada belirtmek gerekir ki, içtihadı takip etmeyen kararı kendiliğinden hatalı kabul etmek doğru bir yaklaşım olmayabilir; çünkü mahkemenin önceki kararını *sub silentio* (örtülü olarak) değiştirmesi olasılığı da bulunmaktadır. Bkz.; Chad Flanders, “Toward a Theory of Persuasive Authority”, **Oklahoma Law Review**, Vol. 62, 2009, s. 61 ve özellikle dp. 24.

<sup>60</sup> Flanders, **a.g.m.**, s. 59-60.

<sup>61</sup> Supreme Court of Louisiana, *Bessie Johnson v. St. Paul Mercury Insurance Company et al.*, No. 49732, March 30, 1970. Bkz.; “(...) However, when, by repeated decisions in a long line of cases, a rule of law has been accepted and applied by the courts, these adjudications assume the dignity of jurisprudence constante; and the rule of law upon which they are based is entitled to great weight in subsequent decisions. (...)”; Supreme Court of Louisiana, *Phyllis Kay Roby Doerr, et al. v. Mobil Oil Corporation, et al.*, No. 00-CC-0947, December 19, 2000. Bkz.; “(...) In sum, the chief distinction between jurisprudence constante and stare decisis is this: “A single case affords sufficient foundation for the latter, while a series of adjudicated cases, all in accord, form the basis for the former.” (...)”; Supreme Court of Louisiana, *Minos Borel, Sr. et al. v. Dr. Clinton Young and Louisiana Medical Mutual Insurance Company*, No. 2007-C-0419, November 27, 2007, “(...)Under the civilian tradition, a single decision is not binding on our courts; however, when a series of decisions form a “constant stream of uniform and homogenous rulings having the same reasoning,” jurisprudence constante applies and operates with “considerable persuasive authority.” James L. Dennis, *Interpretation and Application of the Civil Code and the Evaluation of Judicial Precedent*, 54 *La.L.Rev.* 1, 5 (1993); *Doerr*, 00-0947 at 14, 774 So.2d at 128. In this instance, the long line of cases from this court spanning twenty-two years, endorsing the Hebert interpretation of LSA-R.S. 9:5628 as prescriptive in both its features, forms jurisprudence constante, which in the absence of legislative action, or at least a more definitive statement as to the legislative intent, should be respected by this court. (...)”

düzenli içtihat ve *stare decisis* doktrinleri arasındaki farklara dair ifadelere ve emsal kararın hukuki niteliğine ilişkin tartışmalara sıklıkla rastlanmaktadır.<sup>62</sup>

Yukarıdaki genel değerlendirmeler ışığında yasaların daha katı bir hukuk sistemini beraberinde getirdiği görüşünün aksine; *common law* hukuk sisteminin Kıta Avrupası sistemine göre daha karmaşık, düzensiz ve katı bir niteliğe sahip olduğu ileri sürülmüştür.<sup>63</sup> Bu eleştiriyle birlikte, *stare decisis*in belirli düzeyde esneklikle uygulanması için gerekli alan da açık bırakılmıştır. Bu alan, doktrinin biçimsel özellikleri bakımından çok geniş olmasa da, önceki kararların kapsam ve sınırlarının belirlenerek yeni olaylara uygulanmasında dikkate alınmalıdır. Ancak tamamen durağan bir toplum söz konusu olursa bu derece katı bir hukuk sistemi kabul görebilir; bunun dışında belirli sınırlar dahilinde manevralar yapma serbestisi olmaksızın hukuk sistemleri işlemez hale gelecektir.<sup>64</sup>

Bu açıklamalar sonrasında, tıpkı *common law* sistemine sahip ülkelerde olduğu gibi zamanla Kıta Avrupası'ndaki düzenli içtihat doktrininde de yeni arayışlar olmuştur ve sonuç olarak geline nokta metodoloji farklılıkları arası bir değişim ve dönüşümden söz edilebilir. Örneğin, *stare decisis* doktrininin kabul görmediği ve

---

<sup>62</sup> Jason Edwin Dunahoe, “”Jurisprudence Désorientée:” The Louisiana Supreme Court’s Theory of Jurisprudential Valuation, *Doerr v. Mobil Oil and Louisiana Electorate of Gays and Lesbians v. State*”, **Louisiana Law Review**, Vol. 64, No. 3, Spring 2004, s. 690-696. Ayrıca bkz.; Supreme Court of Louisiana, *Phyllis Kay Roby Doerr, et al. v. Mobil Oil Corporation, et al.*, No. 00-CC-0947, December 19, 2000. Bkz.; “(...) *Certainty is a supreme value in the civil law system to which we are heirs. In Louisiana, courts are not bound by the doctrine of stare decisis, but there is a recognition in this State of the doctrine of jurisprudence constante. Unlike stare decisis, this latter doctrine does not contemplate adherence to a principle of law announced and applied on a single occasion in the past. (...)*”. Ayrıca, Louisiana Eyaleti’nin *common law* ve Kıta Avrupası hukuk sistemi ile karma hukuk yapısının özel durumunu anlatmak için, “common law ulusunda bir Kıta Avrupası eyaleti” benzetmesi yapılmıştır. Bkz.; Mary Garvey Algero, “The Sources of Law and the Value of Precedent: A Comparative and Empirical Study of a Civil Law State in a Common Law Nation”, **Louisiana Law Review**, Vol. 65, No. 2, Winter 2005, özellikle s. 798-807.

<sup>63</sup> Öyle ki, Kıta Avrupası sistemi kış aylarındaki yalnızca dallardan ve birkaç yapraktan oluşan kuru bir ağaca benzetilmiştir ve dalların yasaları, az sayıda yaprağın ise düzenli içtihat doktrini tarafından hukuk düzenine eklendiği kabul edilen içtihatları temsil ettiği düşünülebilir. Bununla birlikte *common law* sistemi yaz ayındaki bir ağaca benzer ve dallarının yanısıra birçok yaprak taşımaktadır. Bu yapraklar da yasayı bizzat oluşturan emsal kararlardır. Bkz.; Robert L. Henry, “Jurisprudence Constante and Stare Decisis Contrasted”, **American Bar Association Journal**, Vol. 15, No. 1, January 1929, s. 13.

<sup>64</sup> Michael D. A. Freeman, **Lloyd’s Introduction to Jurisprudence**, 8. Baskı, Sweet & Maxwell, 2008, s. 1538.

düzenli içtihat doktrininin temelini oluşturan Fransa'da bile; zamanla yargıçlarda emsal kararlara uyma, özellikle de yüksek mahkemelerin kararlarını izleme ve bu yönde karar verme eğilimi oluşmuştur. Böylece iki doktrin arasındaki keskin farkın git gide azaldığı savunulmuştur.<sup>65</sup> Benzer şekilde ABD'de Yüksek Mahkeme kararlarında içtihadın bağlayıcı yetkisinin savunulduğu görüşler olduğu gibi<sup>66</sup> yargıçların kendilerinden önce gelen kararlara fazla değer atfetmediklerini ve bu kararların uygulanmasını zoraki bulduklarını ifade ettikleri kararlar<sup>67</sup> da görülebilmektedir. Sonuç olarak, adeta yargı kararlarının metodolojilerinin hukuk sistemleri arasında karşılıklı göçünden söz edilebilecektir.

## 2. Yargı Kararlarındaki Gerekçelerin Niteliği

Düzenli içtihat ve *stare decisis* doktrinlerinin ne anlama geldiğini açıkladıktan sonra, yargı kararlarının bağlayıcı etkisini tespit etmek gerekmektedir. Özellikle *common law* sisteminin içtihadı bağli yapısı sonucunda yargıcı bağlayan içtihadın ne olduğu sorunu gündeme gelmektedir.<sup>68</sup> Gerekçelerin niteliği yalnızca *common law* hukuk sisteminde değil Kıta Avrupası Hukuku'nda da tartışılmaktadır. Bu kapsamda

---

<sup>65</sup> George Mousourakis, **Roman Law and the Origins of the Civil Law Tradition**, Springer, 2015, s. 307.

<sup>66</sup> Örneğin bkz.; *Payne v. Tennessee*, 501 U. S. 808 (1991), Yargıç Marshall ve Yargıç Blackmun'un Karşı Oy Yazısı, bkz.; "***The overruling of one of this Court's precedents ought to be a matter of great moment and consequence. Although the doctrine of stare decisis is not an 'inexorable command,'***" *Burnet v. Coronado Oil & Gas Co.*, 285 U. S. 393, 285 U. S. 405 (1932) (Brandeis, J., dissenting), ***this Court has repeatedly stressed that fidelity to precedent is fundamental to "a society governed by the rule of law,"*** *Akron v. Akron Center for Reproductive Health, Inc.*, 462 U. S. 416, 462 U. S. 420 (1983). (...) ***Consequently, this Court has never departed from precedent without "special justification."*** *Arizona v. Rumsey*, 467 U. S. 203, 467 U. S. 212 (1984). ***Such justifications include the advent of "subsequent changes or development in the law" that undermine a decision's rationale, Patterson v. McLean Credit Union, supra at 491 U. S. 173; the need "to bring [a decision] into agreement with experience and with facts newly ascertained,"*** *Burnet v. Coronado Oil & Gas Co.*, *supra* at 285 U. S. 412 (Brandeis, J., dissenting); ***and a showing that a particular precedent has become a "detriment to coherence and consistency in the law,"*** *Patterson v. McLean Credit Union, supra at 491 U. S. 173.*" (Vurgu eklenmiştir.)

<sup>67</sup> Örneğin bkz.; *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S. 883 (1992), Yargıç Scalia, Yargıç White ve Yargıç Thomas'ın Karşı Oy Görüşü: "(...) *The Court's reliance upon stare decisis can best be described as contrived. It insists upon the necessity of adhering not to all of Roe, but only to what it calls the "central holding."* It seems to me that *stare decisis* ought to be applied even to the doctrine of *stare decisis*, and I confess never to have heard of this new, keep-what-you-want-and-throwaway-the-rest version. (...)"

<sup>68</sup> Oğuz, **a.g.e.**, s. 296.

yargı kararının bağlayıcılığı ve karara etki etmesi bakımından gerekçelerinin niteliğinin ortaya konması gerekmektedir.

#### a. Bağlayıcılık Bakımından

Yargı kararlarındaki gerekçelerin niteliği, bu kararların bağlayıcı otoriteye (*binding authority*) veya ikna edici otoriteye (*persuasive authority*) sahip olması bakımından değerlendirilmelidir.

##### i. *Bağlayıcı Otorite (Binding Authority)*

19. ve 20. yüzyıllar boyunca batıda hukuk düşüncesine “bağlayıcı yasa (*binding law*)” kavramı hükmetmiştir. Bağlayıcı yasa ifadesi, bir ülke sınırları içinde yürürlükte olan resmi olarak ortaya konmuş bağlayıcı nitelikli kurallar anlamına gelmektedir. Devlet kontrolündeki yaptırım gücü de bu tanıma bağlı olarak ortaya konmuştur.<sup>69</sup>

Yargı kararlarının bağlayıcılığı bakımından ise yürürlükteki kurallar kadar kesin bir başlangıç noktası belirlemek mümkün olmamıştır. Bununla birlikte, yargı kararlarının bağlayıcılığının teorik temellerini ortaya koymaya çalışan yazarlar olmuştur. Bu kapsamda Aleksander Peczenik’in ayrımı yol gösterici olabilir. Peczenik yargı kararlarının bağlayıcılığını dört ana grupta sınıflandırmıştır. Bunlardan ilki biçimsel bağlayıcılıktır (*formal bindingness*) ve buna göre bir emsal kararın bağlayıcılığını kabul etmeyip aksi yönde hüküm kuran yargı kararı meşru değildir ve temyize konu olacaktır. İkincisi, biçimsel bağlayıcılığı olmayan ama etkisi / gücü olan kararlardır (*not formally binding but having force*). Bu kararlar hukuka uygun olsa da bir emsal karara uymamasından ötürü meşruluk açısından eleştirilen ve bozulma olasılığı olan yargı kararlarıdır. Bunların yanı sıra, Peczenik iki farklı olasılığa daha yer vermiştir. Biçimsel bağlayıcı olan veya etkisi olan

---

<sup>69</sup> H. Patrick Glenn, “Persuasive Authority”, **McGill Law Journal**, Vol. 32, No. 2, Montréal, 1987, s. 262.

kararlar dışında bu iki bağlayıcılık etkisine de sahip olmayan bir üçüncü kategori olarak, ayrıca destek sağlayan karar (*not formally binding and not having force but providing further support*) kategorisi söz konusudur. Yargı kararına böyle bir desteğin sağlanmaması durumunda yargı kararı hala hukuka uygundur veya hala meşrulaştırılabilir; ancak bu meşruluk bir emsalin kabul edilmesinde olduğu kadar güçlü değildir. Peczenik’in dördüncü ve son kategorisi ise yalnızca açıklayıcılık (*mere illustrativeness*) değerine sahip kararlardır.<sup>70</sup>

Aslında Peczenik’in belirttiği ilk iki kategori olan biçimsel bağlayıcılığa sahip kararlar ve biçimsel bağlayıcılığı olmaksızın etkisi / gücü olan kararlar; *common law*da yargı kararlarının bağlayıcılığı bakımından kabul edilen klasik bağlayıcı otorite ve ikna edici otorite ayrımına tekabül etmektedir.

Sonuç olarak Peczenik’in biçimsel bağlayıcılık olarak ifade ettiği yargı kararının bağlayıcı otoritesi, emsal kararın bağlayıcılığını esas almakta ve bir yargı kararının kendinden önceki emsallere uygun oldukça hukuka uygun ve meşru kabul edilmesi anlamına gelmektedir. Buradan da anlaşılabileceği gibi yargı kararının bağlayıcı otoritesi *common law* sisteminde yukarıdaki başlıklarda açıkladığımız kendinden önceki yargı kararlarını takip etme anlamına gelen *stare decisis* doktrininin doğal bir sonucudur.

## ii. *İkna Edici Otorite (Persuasive Authority)*

Bağlayıcı otorite yargıcın takip etmek ve uygulamak zorunda olduğu otoriteyi belirtirken, yargı kararının ikna edici otoritesi, kararla ilgili olarak yargıç tarafından ele alınan; ancak hukuk sistemi içindeki hiyerarşik kurallar bakımından bağlayıcı olmayan esasları ifade eder.<sup>71</sup>

<sup>70</sup> Aleksander Peczenik, “The Binding Force of Precedent”, **Interpreting Precedents A Comparative Study**, Ed.: D. Neil MacCormick – Robert S. Summers, Routledge, 2016, s. 463.

<sup>71</sup> Christopher McCrudden, “A Common Law of Human Rights?: Transnational Judicial Conversations on Constitutional Rights”, **Oxford Journal of Legal Studies**, Vol. 20, No. 4, 2000, s. 502-503.

İkna edici otorite, bağlayıcı olmayan kaynakların ve özellikle yabancı mahkeme kararlarının anayasal ödünç alma kapsamında yargı kararlarında kullanılmasını meşrulaştırmada sıklıkla kullanılan bir argümandır<sup>72</sup> ve çalışmamız bakımından bu yönüyle özel bir önem taşımaktadır. Anayasal ödünç almayı tamamen reddeden görüşü<sup>73</sup> bir kenara bırakırsak, yabancı mahkeme kararlarına atıf yapma olgusunu kabul edenlerin büyük bir kısmı da, yalnızca ikna edici otoriteye sahip olmalarından ötürü bu kararların kullanılmasının meşruluk sorunu oluşturmayaacağı savına dayanmaktadır.<sup>74</sup> Bu savdan hareketle, dünya üzerinde herhangi bir yargıcın, ikna edici otoritelerini esas alarak yabancı mahkeme kararlarını dikkate alması nedeniyle farklı bir karar vermediğini belirten İngiliz Yargıç Sedley, karşılaştırmalı hukuk kaynaklarının yargıcın zaten vermiş olduğu kararı güçlendireceği görüşünü ileri sürmüştür.<sup>75</sup>

Anayasal ödünç almanın meşruluğunu yabancı mahkeme kararlarının ikna edici otoritesine dayandıran yazarlardan biri olan Waldron, bu kararların ikna edici otoritesini ulusal hukuktaki bağlayıcılığı olmayan yargı kararları ile eş tutmaktadır. Ayrıca ikna edici otoritenin bağlayıcı otoriteye göre gücünün daha az olduğunu; ancak yine de ikna ediciliğinden gelen bağımsız bir otoritesi olduğunun da unutulmaması gerektiğini belirtmektedir.<sup>76</sup>

Kural olarak yabancı hukuk, ulusal hukuk sisteminde otorite iddiasında bulunmaz. Bununla birlikte yabancı hukuka başvuran yargıçlar genellikle yabancı

---

<sup>72</sup> Glenn, **a.g.m.**, s. 261; Frederick Schauer, “Authority and Authorities”, **Virginia Law Review**, Vol. 94, No. 8, December 2008, s. 1931; Jeremy Waldron, “**Partly Laws Common to All Mankind**” **Foreign Law in American Courts**, Yale University Press, 2012, s. 21

<sup>73</sup> Antonin Scalia, “Commentary”, **Saint Louis University Law Journal**, Vol. 40, No. 4, Summer 1996, s. 1119-1122.

<sup>74</sup> Vlad Perju, “Constitutional Transplants, Borrowing, and Migrations”, **Oxford Handbook on Comparative Constitutional Law**, Ed.: Michel Rosenfeld – András Sajó, Oxford University Press, 2012, özellikle s. 1321-1325.

<sup>75</sup> Stephen Sedley, “Constitutional Court Judges’ Roundtable, Comparative Constitutionalism in Practice”, **International Journal of Constitutional Law**, Vol. 3, No.4, Oxford University Press, 2005, s. 570, (Çevrimiçi) <http://icon.oxfordjournals.org/content/3/4/569.full.pdf>, Son Yararlanma Tarihi: 23.09.2018.

<sup>76</sup> Waldron, **a.g.e.**, s. 21.

hukukun otoritesinin varlığından söz ederler. Bu noktada bazı yazarlar tarafından pratik ve teorik otorite ayrımı yapılmakta ve yabancı hukukun ikna edici otoritesinin meşruluğunu teorik otoritesinden alabileceği belirtilmektedir. Yabancı hukukun pratik otoritesini eyleme geçme / uygulama, teorik otoritesini ise bilgi edinme amacına hizmet eden bir ayrıma dayandıran bu görüş, teorik otoriteyi yargı kararının verilmesinde yabancı hukuku kullanmak için dayanılması gereken ve karşıt sebepleri dışlayıcı en iyi sebep olarak kabul etmektedir. Bu kapsamda teorik otorite, muhakeme sürecinde bir başlangıç noktası ve rehber olarak görev yapar.<sup>77</sup>

Güney Afrika Anayasa Mahkemesi'nin *The State v. Makwanyane*<sup>78</sup> kararında Yargıç Chaskalson'un muhakemesi teorik otoriteye örnek olarak gösterilebilir. Kararda ölüm cezasının anayasaya uygunluğu değerlendirilmektedir. Ölüm cezasına ilişkin özel bir düzenleme içermeyen Geçiş Dönemi Anayasası'nda yaşam hakkı, aşağılayıcı, zalimane ve insanlık dışı muamele ve ceza yasağı ve insan onurunun korunması gibi konuyla ilgili başka maddeler yer almaktadır. Yargıç Chaskalson bu kararda "otoriteler" olarak ifade ettiği<sup>79</sup> pek çok yabancı materyalden yararlanmıştır. Karar genelinde yararlanılan bu yabancı materyal bakımından yalnızca ölüm cezasına ilişkin değil, aynı zamanda anayasacılıkla ilgili teknik sorunlara ilişkin referanslar da mevcuttur.<sup>80</sup> Yargıç Chaskalson, ölüm cezası lehine ve aleyhine argümanları değerlendirmeleri ve bu tartışmalı konu ile diğer mahkemelerin nasıl yüzleştiğinin anlaşılması bakımından yabancı otoritelerin görüşlerinin çok değerli olduğunu belirtmektedir.<sup>81</sup> Kararda Macaristan, ABD, Kanada, AİHM, BM İHK

---

<sup>77</sup> Oran Doyle, "Constitutional Cases, Foreign Law and Theoretical Authority", **Global Constitutionalism**, Vol. 5, No. 1, Cambridge University Press, 2016, s. 90-93.

<sup>78</sup> *The State v. Makwanyane*, CCT/3/94, 6 June 1995.

<sup>79</sup> "(...) These arguments for and against the death sentence are well known and have been considered in many of the **foreign authorities** and cases to which we were referred. (...)"; "(...) The international and **foreign authorities** are of value because they analyse arguments for and against the death sentence and show how courts of other jurisdictions have dealt with this vexed issue. (...)\" (Vurgu eklenmiştir.)

<sup>80</sup> *The State v. Makwanyane*, CCT/3/94, 6 June 1995, örneğin par. 16, 104, 108, 132 vd.

<sup>81</sup> *The State v. Makwanyane*, CCT/3/94, 6 June 1995, örneğin par. 34, bkz.; "(...) The international and foreign authorities are of value because they analyse arguments for and against the death sentence and show how courts of other jurisdictions have dealt with this vexed issue. For that reason alone they require our attention. (...)\"



kararlarına yer verilmektedir ve Yargıç Chaskalson bu kararları muhakemesinde bir başlangıç noktası olarak kullanmıştır, bu da yargısal bilginin öğrenilmesi ve teorik otoritenin, bir diğer deyişle ikna edici otoritenin, kullanımına tipik bir örnek oluşturmaktadır.<sup>82</sup>

Bağlayıcı otoritenin, bağlayıcı olma niteliğinden ötürü kendiliğinden gelen bir etkisi söz konusuysa, ikna edici otoritenin böyle bir etkisi olup olmadığı veya bu etkinin nasıl geliştiği de ayrıca ortaya konmalıdır. Bu bağlamda yargı kararlarının ikna edici otoritesi bağlayıcı otoritede olduğu gibi kararların doğasından değil, ne söylediğinden, bir diğer deyişle içeriğinden ve özellikle de “ikna edici” söyleminden kaynaklanır.<sup>83</sup> Burada yargı kararının otoritesi irade ya da buyruğa değil, kararın ikna ediciliğine ve akla yatkinliğine dayanmaktadır. Bu bağlamda ikna edici otoritenin gücü, Habermas’ın ifadesiyle daha iyi bir argümana ulaşma çabasının zorlayıcı olmayan, pasif gücünden ileri gelmektedir.<sup>84</sup>

Tüm bu açıklamaların ardından, yargı kararının ikna edici otoritesine anayasal ödünç alma özelinde nasıl ulaşılacağı da başka bir soru olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu kapsamda; hukuk geleneği, resepsiyon, hukuk sistemi gibi etkenlerin ikna ediciliği ortaya koyduğu görülmektedir. Bu etkenlerin mahkeme kararlarına yansımalarına üçüncü bölümde ayrıntılı olarak ayrıca yer verileceğinden, burada yalnızca adları zikredilmekle yetinilecektir.

Son olarak belirtmek gerekir ki, yabancı hukukun teorik olarak hukuki gücünü kabul ettiğimizde yargıçların nasıl davranmaları konusunda değil, hukuki kavramları anlamaları konusunda bir güçten söz edilmektedir. Yabancı anayasa mahkemelerinin kararları, kendilerine uyulmasını gerektiren bu gücü demokratik bir hukuki sürecin

---

<sup>82</sup> Doyle, **a.g.m.**, s. 95-96.

<sup>83</sup> Schauer, **a.g.m.**, s. 1940-1941.

<sup>84</sup> Flanders, **a.g.m.**, s. 65. Habermas’ın bu ifadesi (“*the unforced force of the better argument*”) için ayrıca bkz.; Jürgen Habermas, **The Inclusion of the Other Studies in Political Theory**, Ed. Ciaran Cronin – Pablo De Greiff, The MIT Press, 1998, s. 37.

ürünü olmalarından almaktadır.<sup>85</sup> Anayasa yargısının hukuk devletinin ve insan haklarının korunmasına hizmet eden demokratik meşruluğundan yola çıkan bu görüş, İkinci Dünya Savaşı sonrasında ortaya çıkan anayasa mahkemelerinin kararlarının demokratik süreçler sonucu ortak bir amaca hizmet eden hukuk kaynakları olarak kabul edilmesine dayanmaktadır.<sup>86</sup>

## b. Karara Etki Etme Bakımından

### i. *Ratio Decidendi*

Yargı kararlarının bağlayıcı niteliği geleneksel olarak *ratio decidendi* kavramı ile ifade edilmektedir.<sup>87</sup> *Ratio decidendi* en basit anlatımla bir yargı kararının sebep unsurudur.<sup>88</sup> Yargı kararları ve özellikle emsal kararlar, kendi içinde bir ilke barındırmaktadır ve kararın bağlayıcılık unsurunu oluşturan temel ilke *ratio decidendi* olarak adlandırılmaktadır. Yargı kararı çoğunlukla somut olarak yalnızca taraflar arasında bağlayıcıdır; ancak *ratio decidendi* tek başına soyut olarak kendinden sonraki yargı kararları için bağlayıcı olan unsuru oluşturur.<sup>89</sup>

Bir yargı kararının *ratio decidendis*inin belirlenmesinde maddi olgulardan yararlanmak esastır ve karar bu olguların üzerine inşa edilmiştir. Maddi olgular daha çok kararın gerekçesinin dayandırılabilceği makul olguları ifade etmektedir.<sup>90</sup> Kararda kişi, yer, zaman, tür ve miktar gibi olguların, kararın niteliğinden kaynaklanan bir gereklilik olmadıkça, maddi olgular olarak kabul edilemeyeceği

---

<sup>85</sup> Doyle, **a.g.m.**, s. 87.

<sup>86</sup> Erdoğan Teziç, **Anayasa Hukuku**, 14. bs., Beta, İstanbul, 2012, s. 215-217; Tanör - Yüzbaşıoğlu, **a.g.e.**, s. 464-467.

<sup>87</sup> H. K. Lücke, “Ratio Decidendi: Adjudicative Rational and Source of Law”, **Bond Law Review**, Vol. 1, No. 1, 1989, s. 38.

<sup>88</sup> Kemal Gözler, **Anayasa Hukukunun Metodolojisi**, 2. bs., Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 1999, s. 74.

<sup>89</sup> John W. Salmond, **Jurisprudence**, 4. bs., Stevens and Haynes, London, 1913, s. 173.

<sup>90</sup> Ian McLeod, **Legal Method**, 3. bs., Macmillan, 1999, s. 144.

belirtilmiştir. Bunun nedeni, mahkemenin yetkisi dahilindeki herkes, her yer ve her zaman için hukukun kural olarak aynı olmasıdır.<sup>91</sup>

Maddi olguların belirlenmesinde bir diğer konu da bu belirlemenin hangi yargıç tarafından yapılacağıdır. Önündeki davaya bakmakta olan yargıç mı bu maddi olguları belirlemelidir, yoksa kendisinden önce benzer bir davaya bakmış olan yargıcın değerlendirmelerini mi esas almalıdır? Doktrinde yargıcın kendinden önceki maddi olguların değerlendirmesiyle bağlı olması ve olmaması bakımından bir ayrıma gidilmiştir. Buna göre eğer yargıç kendisinden önceki maddi olgu değerlendirmesini esas alırsa “tanımlayıcı *ratio*”dan (*descriptive ratio*) söz edilmektedir. “Buyurucu *ratio*” (*prescriptive ratio*) ise kendisinden sonra gelecek yargıca yol gösterecek maddi olgu değerlendirmesini ifade etmektedir.<sup>92</sup> Kanımızca, buradaki esas tartışmanın *stare decisis* üzerine olduğu değerlendirme yapılabilir. Buna göre, *stare decisis* doktrininin bir gereği olarak, benzer bir vaka ile karşılaşan yargıç maddi olguların belirlenmesinde de kendinden önceki kararları takip edecektir. Bununla birlikte, vakaya ilişkin tamamen yeni olgular söz konusu oldukça maddi olguların belirlenmesi de davayı görmekte olan yargıcın yetkisinde olmalıdır.

Bu açıklamaların sonucunda, *ratio decidendi* kavramı kendinden önceki benzer bir karar ile ilişkisi bakımından *stare decisis* doktrini ile bağlantılı olarak değerlendirilmelidir. Aynı şekilde, bu yönüyle bir kararın *ratio decidendi*si, mahkeme kararının bağlayıcı yetkisi (*binding authority*) kapsamında kendisinden sonra gelecek kararlar için de bağlayıcı olacaktır.

---

<sup>91</sup> Arthur L. Goodhart, “Determining the Ratio Decidendi of a Case”, **The Yale Law Journal**, Vol. 40, No. 2, December 1930, s. 169-170.

<sup>92</sup> McLeod, **a.g.e.**, s. 145.

## ii. *Obiter Dictum*

*Ratio decidendi*yi yargı kararının asıl ve bağlayıcı gerekçesi olarak kabul ettiğimizde, karara doğrudan etki etmeyen diğer gerekçeleri ifade eden *obiter dictum* kısmını tali gerekçeler olarak adlandırabiliriz.<sup>93</sup>

*Ratio decidendi* ve *obiter dictum*u birbirinden ayıran temel fark bağlayıcılık açısından ortaya çıkmaktadır. Bununla birlikte, bir yargı kararının *obiter dictum*unun bağlayıcı olmaması tamamen değersiz olduğu anlamına gelmemektedir ve *obiter dictum* ikna edici otorite değerine sahiptir. Böylece kararın *ratio decidendi* kısmı bağlayıcı otorite, *obiter dictum* kısmı ise ikna edici otorite kavramlarıyla bütünleşmektedir.<sup>94</sup>

Burada özel olarak belirtmek gerekir ki, doktrinde bir görüşe göre *obiter dictum* ve *ratio decidendi* arasındaki bu ayrımın ikna edicilik düzeyi bakımından gerçekçi bir ayrım olmadığı savunulmaktadır. Bu görüşe göre *obiter dictum*, *gratis dicta* ve *judicial dicta* olarak iki farklı kategoride değerlendirilmektedir. *Gratis dicta*nın yargıcın çok fazla üzerinde durmadığı süsleme ve dekoratif amaçlı argümanlarının ürünü olduğu; *judicial dicta*nın ise yargıcın kapsamlı bir değerlendirmesinin sonucunda ortaya çıktığı belirtilmektedir. Bu yönüyle *judicial dicta*nın güçlü ikna edici otoritesinin varlığı, *ratio decidendi* ile farklılığını oldukça silikleştirmektedir.<sup>95</sup>

Doktrinde yapılan bu ayrımın çalışmamız bakımından önemi; anayasal ödünç almanın, bir diğer deyişle yabancı mahkeme kararları ve bunların gerekçelerine yer verilmesinin meşruluğu bakımından, bu kararların *obiter dictum* olarak kabul edilmesinde *judicial dicta* olan ve yargıcın kapsamlı değerlendirmesine tabi olan yabancı mahkeme kararları bağlamında, ikna edici otoritesinin de ötesinde adeta bir

---

<sup>93</sup> Gözler, **a.g.e.**, s. 74.

<sup>94</sup> Rupert Cross – J. W. Harris, **Precedent in English Law**, 4. bs., Clarendon Press, Oxford, 2004, s. 72.

<sup>95</sup> McLeod, **a.g.e.**, s. 155.

*ratio decidendi* ve bağlayıcı otorite oluşturacağı sonucuna varmamızı sağlamasıdır. Bu açıklanan görüşler bağlamda, çalışmamız bakımından yabancı anayasa mahkemesi kararlarının yargıcın kapsamlı bir değerlendirmesinin sonucunda ortaya konduğu oranda bağlayıcı otoriteye sahip olduğu görüşü benimsenmektedir.

### 3. Anayasal Ödünç Almanın Meşruluğu Özelinde Yargı Kararının Hukuki Otoritesine ve Türk Anayasa Hukuku'na İlişkin Değerlendirme

*Ratio decidendi* ve *obiter dicta* ilişkin genel teorik açıklamaların ardından Türk Anayasa Hukuku özelinde bir değerlendirmeye de yer vermek gerekmektedir. Yukarıda söz ettiğimiz ve çoğunlukla *common law* hukuk sistemine ait kavramlar Türk Anayasa Hukuku doktrininde çok fazla özel olarak zikredilmemekle birlikte, *anayasallık bloku* ve bu kapsamda *ölçü (referans) norm* kavramlarıyla benzer biçimde ifadelerini bulmaktadır. Ölçü normlar genel olarak anayasaya uygunluk denetiminde kullanılacak hukuk normlarını ifade eder. Bu kapsamda anayasanın kendisi bir ölçü norm olduğu gibi<sup>96</sup>, anayasaların kendileri dışında ölçü normlar belirleyebilmesi de (örneğin, Anayasa Mahkemesi'ne yasaların devletin taraf olduğu uluslararası antlaşmalara uygunluğunu denetleme yetkisi verilmesi gibi) mümkündür. Ayrıca yargı kararlarıyla da anayasada belirtilenler dışında ölçü normların oluşması söz konusu olabilir.<sup>97</sup> Anayasaya uygunluk denetiminde kullanılabilecek tüm ilke ve normlar *anayasallık bloku (bloc de constitutionnalité)* kavramı ile ifade edilmektedir. Anayasallık bloku en geniş anlamıyla anayasal değere sahip tüm normları içermektedir.<sup>98</sup> Bu bağlamda ölçü normlar ifadesi de, anayasa ve anayasal değere sahip tüm ilke ve kuralların oluşturduğu anayasallık blokundaki normlar anlamında kullanılmaktadır.<sup>99</sup> Anayasallık bloku içinde yer alan ölçü normlar Türk Anayasa

<sup>96</sup> Francis Delpérée, "Complementary Sources to Old Constitutional Texts" **Constitutional Justice Under Old Constitutions**, Ed. Eivind Smith, Kluwer Law International, 1995, s. 264.

<sup>97</sup> Tanör – Yüzbaşıoğlu, **a.g.e.**, s. 489.

<sup>98</sup> Louis Favoreu, "Bloc de Constitutionnalité", **Dictionnaire Constitutionnel**, Ed. Olivier Duhamel – Yves Mény, Paris, Presses Universitaire de France, 1992, s. 87.

<sup>99</sup> Mustafa Yıldız, **Anayasa Yargısında Geçici Tedbir Kararı**, Beta, İstanbul, 1998, s. 32.

Hukuku doktrinde *bağımsız ölçü normlar* ve *destek ölçü normlar* ayırımına tabii tutulmaktadır. Bu kapsamda bağımsız ölçü normlar başlı başına, esas olarak kullanılan ölçü normları ifade ederken; destekleyici ve teyit edici nitelikteki ölçü normlara destek ölçü norm adı verilmektedir. Türk Anayasa Hukuku doktrinde uluslararası hukuk normları ve hukukun genel ilkeleri çoğunlukla destek ölçü normlar olarak değerlendirilmektedir.<sup>100</sup>

Çalışmamızın konusu açısından Türk Anayasa Hukuku doktrinde bağımsız ölçü norm ve destek ölçü norm ayrımının *common law* bağlamında bağlayıcı otorite ve ikna edici otorite ayrımı ile; bir yargı kararının gerekçelerinin tespiti bağlamında *ratio decidendi* ve *obiter dictum* ayırımına benzetilip benzetilemeyeceği ve bu ayrımın yabancı anayasa mahkemesi kararlarına atıf yapılmasında bir meşruluk dayanağı oluşturup oluşturamayacağı değerlendirilmelidir. Burada belirtmek gerekir ki Türk Anayasa Mahkemesi bağlamında sorduğumuz bu soru, ülkemizdeki hukuk sisteminin Kıta Avrupası hukuk sisteminin bir parçası olması dolayısıyla aslında başka bir genel soruya işaret etmektedir. Kıta Avrupası hukuk sisteminde yargıçlar git gide artan biçimde hukukun uygulanmasında *common law* sisteminden kavramları ve teknikleri “ödünc almaktadır”. Bir diğer deyişle, Anglo-Amerikan içtihat doktrini, yargısal gerekçeye yaklaşımında daha kuralcı (kanonik) farklı bir hukuki yapısı olan Kıta Avrupası’na göç etmektedir.<sup>101</sup> Bu olgunun tespiti sonucunda yargı kararlarının ikna edici yetkisinin anayasal ödünc almada bir meşruluk dayanağı olabileceği ortaya konmalıdır.

---

<sup>100</sup> Erdoğan Teziç, “Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Esas Açısından Denetimi”, **Anayasa Yargısı**, C. 2, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 1985, s. 29; Yılmaz Aliefendioğlu, **Anayasa Yargısı**, Yetkin Yayınları, Ankara, 1997, s.103-118; Necmi Yüzbaşıoğlu, **Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku**, İÜ Basımevi, İstanbul, 1993, s. 21; Abdurrahman Eren, **Anayasa Hukuku Ders Notları (Genel Esaslar – Türk Anayasa Hukuku)**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 634-638. Bununla birlikte, bağımsız ölçü norm ve destek ölçü norm ayrımının gerekli olmadığını savunan bir görüş de mevcuttur. Bu görüşe göre, destek ölçü norm kavramı yalnızca uluslararası hukuk normlarını ve hukukun genel ilkelerini anayasallık bloğuna dolaylı olarak ekleme çabasının sonucunda ileri sürülmüştür. Bkz.; Kemal Gözler, “Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloğu Kavramına İhtiyaç Var mıdır?”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, C. 55, No. 3, Temmuz-Eylül 2000, s. 96-98.

<sup>101</sup> Camarena González, **a.g.m.**, s. 258.

Günümüzde pek çok anayasa mahkemesinin, anayasallık blokunu oluşturan ölçü normları; anayasa hukukunun küreselleşmesi, insan haklarının evrenselliği ve devletlerin taraf olduğu uluslararası sözleşmeler çerçevesinde içtihatlar aracılığıyla genişletme eğiliminde olduğu gözlenmektedir.<sup>102</sup> Örneğin Avrupa Birliği Hukuku'nun oluşumu ile bir Avrupa Hukuk Devleti anlayışının oluşmasında anayasallık blokuna yeni eklenen milli üstü anayasallık bloku (*bloc de la supranationalité*) kavramı bunun bir sonucudur.<sup>103</sup> Türk Anayasa Hukuku kapsamında ise, anayasallık bloku; hukukun genel ilkelerini, uluslararası belgeleri ve özellikle insan hakları sözleşmelerini, anayasanın başlangıç bölümünü, Atatürk'ün ilke ve devrimlerini, anayasa ilke ve kurallarını ve Anayasa Mahkemesi kararlarını içermektedir.<sup>104</sup>

Bununla birlikte Türk Anayasa Hukuku'nda kullanılan ölçü norm ve destek ölçü norm kavramları *ratio decidendi* ve *obiter dictum* kavramlarını birebir karşılayıp karşılamadığı tartışılabilir. Anayasa Mahkemeleri'nin kararlarının okunması ve değerlendirilmesi bağlamında Türk doktrininde bu gerekçelerin birbirinden ayrılması gerektiği ve yalnızca asıl gerekçenin, bir diğer deyişle, kararın *ratio decidendis*inin bağlayıcı olduğu; bunun dışında kalan tali gerekçelerin ise bağlayıcı olmadığı savunulmaktadır. Öyle ki, Anayasa Mahkeme kararı değerlendirilirken *obiter dictum* kısmı ile zaman kaybedilmemesi gerektiği görüşü ileri sürülmektedir.<sup>105</sup> Bu bağlamda kanaatimizce, yargı kararlarının değerlendirilmesinde yalnızca asli gerekçelerin dikkate alınması gerektiği görüşü; bir yargı kararının metodolojisinin anlaşılmasının ve özellikle içtihat değişikliğine giden yolun izlenmesinin önemi bakımından yanlıştır. Yargı kararlarının dönüşümü, özellikle *obiter dictum* olarak nitelendirilebilecek ve günün şartlarına göre “dekoratif” amaçlı kullanılan gerekçelerin dahi zamanla asıl gerekçeler haline gelmesi potansiyeli ile birlikte değerlendirilmelidir. Bu kapsamda yargı organının,

---

<sup>102</sup> Tanör – Yüzbaşıoğlu, **a.g.e.**, s. 490-491.

<sup>103</sup> Bakır Çağlar, **a.g.m.**, s. 258.

<sup>104</sup> Yüzbaşıoğlu, **a.g.e.**, s. 2-9.

<sup>105</sup> Gözler, **a.g.e.** (**Anayasa Hukukunun Metodolojisi**), s. 74.

kararın gerekçesine ilişkin yer alan her öğeye bir anlam attettiği, bir diğer deyişle abesle iştigal etmediği kabul edilmelidir.

Sonuç olarak, özellikle *stare decisis* doktrini ve bu kapsamda *ratio decidendi* / *obiter dictum* ayrımları bakımından anayasal ödünç almanın meşruluğu, öncelikle yargı kararlarının bağlayıcılığı tartışmasının farklı hukuk sistemleri arasında diyalojik bir yaklaşımla ele alınması açısından kabul edilmektedir. Gerek common law sisteminde etkili *stare decisis* doktrini, gerekse Kıta Avrupası hukuk sisteminde etkili düzenli içtihat doktrini birbiriyle etkileşim içindedir. Bu diyalojik yaklaşım hukuk sistemlerini daha iyi anlamaya yaradığı gibi, aynı zamanda onları dönüştürmede de oldukça etkilidir.<sup>106</sup> Ayrıca, anayasal ödünç alma kapsamında yargı kararlarının bağlayıcılığı bakımından, *obiter dictum* olarak kabul edilebilecek atıfların yalnızca ikna edici otoriteye işaret etmediği *gratis dicta* ve *judicial dicta* ayrımı ile doktrinde kabul görmektedir. Böylece *judicial dicta* olan ve yargıcın kapsamlı değerlendirmesine tabi olan yabancı mahkeme kararları bağlamında, ikna edici otoritenin de ötesinde adeta bir *ratio decidendi* ve bağlayıcı otorite oluşacağı sonucuna varmamız mümkün olacaktır.

## B. Yargı Kararlarının Dönüştürücü Etkisi: Yargısal Aktivizm

Yargısal aktivizm kavramı ilk kez 1947 yılında Fortune Dergisi'nde yayınlanan bir makalede Arthur Schlesinger tarafından kullanılmıştır. Schlesinger makalesinde bazı yargıçları “yargısal aktivistler (*judicial activists*)” olarak tanımlarken, bazılarını ise “yargısal kendini sınırlama şampiyonları (*champions of self restraint*)” olarak tanımlamıştır.<sup>107</sup> Yargısal aktivizm kavramının bir yargı kararında ilk defa kullanılması ise Yargıç Joseph C. Hutcheson Jr. tarafından ABD Temyiz Mahkemesi'nin *Theriot v. Mercer*<sup>108</sup> kararında görülmektedir. Yargısal aktivizm

<sup>106</sup> Sujit Choudry, “Globalization in Search of Justification: Toward A Theory of Comparative Constitutional Interpretation”, *Indiana Law Journal*, C. 74, No. 3, 1999, s. 835-838.

<sup>107</sup> Lindquist – Cross, *a.g.e.*, s. 1.

<sup>108</sup> *Theriot v. Mercer*, 262 F. 2d 754, No: 17214, 23 Ocak 1959, bkz.; “In view of the approach to the law of the case taken by both parties as to the function of judge and jury in a jury tried case, it will not



savunucularına göre hukuk durağan değildir ve sosyal, ekonomik, politik değişikliklerle hukuk da değişebilir. Oysa yargısal kendini sınırlama taraftarları için yasaların her zaman sabit anlamları vardır.<sup>109</sup> Buna göre kendini sınırlama eğilimi yorumu en aza indirmek ve normun original anlamına sadık kalınmasını teşvik etmektedir.<sup>110</sup>

Yargısal aktivizm zengin<sup>111</sup> ve yanlış anlaşılmağa uygun, kaygan<sup>112</sup> bir kavram olarak değerlendirilmiş ve doktrinde farklı şekillerde tanımlanmıştır. Buna göre yargısal aktivizm genel olarak, anayasanın açıkça yasaklamadığı durumlarda diğer kamu görevlileri ve kurumlarının belirlediği politikalara yargıçlar tarafından izin verilmemesi olarak tanımlanabilir.<sup>113</sup> Ayrıca kavrama ölçülebilir bir anlam vermek amacıyla yargı kararları odaklı ve kanımızca yargısal aktivizmin amacına da daha uygun düşen başka bir tanım daha yapılmaktadır. Buna göre yargısal aktivizm bir yargıcın var olan yargı kararını değiştirme (bozma) iradesini ifade etmektedir.<sup>114</sup>

Yargısal aktivizm kavramı ayrıca özellikle ABD Yüksek Mahkemesi özelinde liberal ve muhafazakar görüşler arasındaki ilişkiler bakımından da

---

*be necessary for us to enter here upon a philosophical discussion of the struggle, beginning with the dissent of the activists in the Galloway case, supra, to change the ancient landmarks so that a trial by jury in the federal court will no longer be a trial by judge and jury, with the judge responsible for the just outcome of the trial, but a trial by the jury alone with the judge as a spectator or, at best, a figurehead. We think, however, we should say that in the controversy thus launched and still continuing, we stand firm against the judicial activism back of the struggle and the results it seeks to achieve, and, regarding as we do the guaranties of the Seventh Amendment, as applicable to plaintiff and defendant alike, we cannot understand how protagonists for the change can look upon the amendment, as apparently they do, as intended for the benefit of plaintiffs alone and, so regarding it, as the dissenters in the Galloway case apparently did, advocate doing away with or limiting, beyond the ancient use, the control and guidance of the trial by an informed and experienced judge."*

<sup>109</sup> Keenan D. Kmiec, "The Origin and Current Meanings of Judicial Activism", **California Law Review**, Vol. 92, No. 5, October 2004, s. 1446-1447.

<sup>110</sup> Nihan Yancı Özalp, **Türkiye’de Aktivizm ve Kendi Kendini Sınırlandırma Çerçevesinde Anayasa Mahkemesi’nin Yargısal Yorumu**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 57.

<sup>111</sup> Lindquist – Cross, **a.g.e.**, s. 1.

<sup>112</sup> Frank H. Easterbrook, "Do Liberals and Conservatives Differ in Judicial Activism?", **University of Colorado Law Review**, Vol. 73, 2002, s. 1401.

<sup>113</sup> Lino A. Graglia, "It's Not Constitutional It's Judicial Activism", **Harvard Journal of Law and Public Policy**, Vol.19, 1995-1996, s. 296.

<sup>114</sup> Lori A. Ringhand, "Judicial Activism: An Empirical Examination of Voting Behavior on the Rehnquist Natural Court", **Constitutional Commentary**, Vol. 24, No. 1, Spring 2007, s. 64.

değerlendirilmiştir. Buna göre, yargısal aktivizm yargısal kendini sınırlamanın karşı tezi olarak ortaya konmaktadır. ABD Yüksek Mahkemesi örneğinde, Mahkeme’de liberal yargıçlar çoğunlukta olduğunda muhafazakar yargıçların aktivizme karşı ve sınırlayıcı oldukları; muhafazakar yargıçların çoğunlukta olması durumunda ise liberallerin “muhafazakar yargısal aktivizme” karşı bir duruş sergiledikleri dikkat çekmektedir.<sup>115</sup> Bununla birlikte bazı yazarlara göre, bir yargıcın akvisit olup olmadığının belirlenmesinde politik bir ölçüt yoktur ve yargısal aktivizmi ölçmek için objektif bir dayanak bulmak oldukça zordur.<sup>116</sup>

Türk Anayasa Hukuku ve Anayasa Mahkemesi özelinde yargısal aktivizmin anlaşılmasına ve uygulanmasına bakacak olursak öncelikle 1982 Anayasası’nın aktivizme elverişli pek çok hüküm içerdiğini tespit edebiliriz. Bu kapsamda özellikle Türkiye Cumhuriyeti Devleti’nin felsefesini ve genel ilkelerini ortaya koyan Anayasa’nın değiştirilemez ilk üç maddesi örnek verilebilir. Laiklik, hukuk devleti, sosyal devlet, demokrasi ve insan haklarına saygı gibi nitelikleri ortaya koyan bu maddeler aynı zamanda anayasa hukukunun temel ilkeleri ile açıklanması zor Atatürk Milliyetçiliği, toplum huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı gibi unsurlara da yer vermektedir. Bu karmaşık ve geniş kavramlar ise Türk Anayasa Mahkemesi’ne yargısal aktivizm konusunda geniş bir aralık bırakmaktadır.<sup>117</sup>

Türk Anayasa Mahkemesi’nin yargısal aktivizm pratiğini anlayabilmek için 1961 Anayasası’nın yapılış sürecinde Mahkeme’nin kuruluşundan itibaren süreci dikkate almak gerekmektedir. 1960’lardan bu yana Türk Anayasa Mahkemesi’nin aktivizmi batılı demokrasilerde olduğundan farklı, kendine özgü biçimde ortaya çıktığı ve bu kapsamda bireylerin temel hak ve özgürlüklerini değil; aksine devletin menfaatlerini korumaya yönelik bir tutumu olduğu konusunda eleştirilmiştir.<sup>118</sup>

---

<sup>115</sup> Easterbrook, **a.g.m.**, s. 1401.

<sup>116</sup> Mark Tushnet, “The United States of America”, **Judicial Activism in Common Law Supreme Courts**, Ed. Brice Dickson, Oxford University Press, 2007, s. 417-418.

<sup>117</sup> Ergun Özbudun, **Türkiye’de Demokratikleşme Süreci Anayasa Yapımı ve Anayasa Yargısı**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2014, s. 162.

<sup>118</sup> Ünsal, **a.g.e.**, s. 103. Anayasa Mahkemesi’nin 1961 Anayasası dönemindeki yargısal aktivizmine örnek olarak bazı anayasa değişikliklerini iptal ettiği kararlarından biri verilebilir. 1970 yılında verdiği

Yargısal aktivizm, yasaların durağan değil yaşayan bir olgu olmaları gerçeğine dayanmaktadır. Bu bağlamda orijinalist görüşle değil, yaşayan anayasa görüşü ile uyumludur. Soyut ve genel normlardan oluşan anayasalar, mahkeme kararları aracılığıyla somutlaşmakta ve yargısal aktivizm açıkça düzenlenmeyen konular açısından zenginleşmeye ve temel hak ve özgürlüklerin genişletilmesine katkıda bulunmaktadır.<sup>119</sup> Yargısal aktivizm bağlamında anayasa yargısında gerekçelendirme özel bir önem taşımaktadır; çünkü meşruiyete ilişkin eleştiriler bağlamında gerekçelendirme bir karşı argüman olarak ileri sürülebilir. Bu kapsamda da, yorumun gerekçelendirilmesi açısından anayasal ödünç alma ve yargısal aktivizm ilişkisi karşımıza çıkar. Anayasa Mahkemeleri kararlarını makul ve hukuki argümanlarla destekledikçe ve bu destek özellikle ilkelere dayanan yabancı hukuk normları ve mahkeme içtihatları ile güçlendirildikçe yargısal aktivizmin eleştiriye konu olduğu siyasallaşma riski de en aza indirilebilecektir.

### C. Yargı Kararlarında Evrensellik Etkisi

Anayasal ödünç almanın meşruluk zeminini oluşturan argümanlardan bir diğeri de evrensellik argümanıdır ve temel olarak anayasal değerlerin evrenselleşmesi kavramı ile ifade edilmektedir. Anayasal değerlerin evrenselleşmesi, ulusal ve ulusüstü farklı hukuk düzenleri arasındaki etkileşim sonucu anayasal değerlerin evrensel bir nitelik kazanmasını belirttiği gibi, ulusal anayasalarda yer alan

---

bir kararda, anayasayı değiştiren kanunda yer alan milletvekillerinin seçilme yeterliliklerine ilişkin düzenlemeyi ve bununla ilintili maddeleri iptal etmiştir. İptal kararı bir anayasa değişikliğinin 1961 Anayasası'nın 2. maddesinde yer alan Cumhuriyet'in niteliklerine ve 9. maddesinde yer alan devletin şeklinin cumhuriyet olduğunu düzenleyen değiştirilemez maddeye aykırı olamayacağı yorumuna dayandırılmıştır. Buna göre, Anayasa Mahkemesi anayasa değişikliklerinin gerek şekil, gerekse esas bakımından denetlenebileceğini kabul etmiştir. Bkz.; AYM Kararı, E. 1970/1, K. 1970/31, 16.06.1970. 1971 yılında yapılan anayasa değişikliği ile anayasa değişikliklerinin Anayasa Mahkemesi tarafından denetimi şekil denetimi ile sınırlı olarak kabul edilmiştir. Bununla birlikte, Anayasa Mahkemesi daha önce verdiği kararı izleyerek, 1971 yılında yapılan Anayasa değişikliğine rağmen şekil ve esas denetimlerine devam etmiştir. Bkz.; AYM Kararı, E. 1973/19, K. 1975/87, 15.4.1975; AYM Kararı, E. 1976/38, K. 1976/46, 12.10.1976; AYM Kararı, E. 1976/43, K. 1977/4, 27.1.1977; AYM Kararı, E. 1977/82, K. 1977/117, 27.9.1977. Öyle ki, bunun sonucunda 1982 Anayasası'nın anayasal denetime ilişkin sınırlayıcı hükümleri Mahkeme'nin 1971 değişiklikleri sonrasındaki bu activist tutumuna bir tepki olarak değerlendirilmiştir. Bkz.; Özbudun, **a.g.e.** (Türkiye'de Demokratikleşme Süreci) , s. 163-164.

<sup>119</sup> Aliefendioğlu, **a.g.e.**, s. 246.

değerlerin de yalnızca ulusal anlamı ile sınırlı olmadığı; aynı zamanda evrensel bir niteliği de olduğu kabulüne dayanır.<sup>120</sup> Bu bağlamda, çok sayıda uluslararası insan hakları belgesinin varlığı söz konusu evrensel değerlerin tanımına ve gereklerine ilişkin kayda değer oranda bir konsensüsü işaret etmektedir.<sup>121</sup> Örneğin, Evrensel İnsan Hakları Bildirisi'nde düzenlenen genel hak kataloğunun insan hakları bağlamında evrensel bir standart oluşturduğu uzun yıllardır kabul görmektedir.<sup>122</sup> Evrensellik iddiası karşısında kültürel farklılıkların evrenselliğin önünde engel oluşturacağını savunan kültürel rölativistlerin iddiaları yer almaktadır.<sup>123</sup>

Evrensellik denildiğinde, anayasa yargısının temel taşlarından birini oluşturan insan haklarının evrenselliği olgusu da akla gelmektedir. Bu kapsamda evrensellik etkisi ile kastedilen insan haklarının evrenselliği ve bunun yargı kararlarına yansımalarıdır. Genel olarak insan haklarının, kişinin sırf insan olduğu için sahip olduğu haklar olarak tanımlanması ve kaynağının insan doğasına dayandırılması evrenselliğinin kabul edilmesi sonucunu doğurmaktadır.<sup>124</sup> Bununla birlikte, kültürel rölativistlerin görüşüne göre, insan haklarının belirli bir tarihsel aşamada batıda ortaya çıkmış bir kavram olması bakımından tarihsel özgüllüğü, onun evrensel olma iddiasını çürütmekte ve sosyal ve hukuki emperyalizme neden olmasından dolayı eleştirilmektedir. Benzer bir eleştiri anayasal ödünç alma bağlamında “prestijli” ve “çağdaş” mahkemelerin etkisi bağlamında da görülebilir. Çalışmamızın üçüncü bölümünde ele alınan yabancı anayasa mahkemelerinin kararlarına atıflar bakımından “prestijli” ve “çağdaş” mahkemelerin kararlarının ön planda tutulması ve anayasal ödünç almaya etkisi rölativizm iddiasını tamamen dışlar niteliktedir. Bu

---

<sup>120</sup> Egidijus Küris, “Anayasal Değerlerin Evrenselleşmesi Üzerine (Orta ve Doğu Avrupa Ülkelerinin Anayasal İçtihatları ve AİHM Kararları Bağlamında)”, **Anayasa Yargısı**, No. 24, 2007, s. 197.

<sup>121</sup> Douglas Lee Donoho, “Relativism Versus Universalism in Human Rights: The Search for Meaningful Standards”, **Stanford Journal of International Law**, No. 27, 1991, s. 345.

<sup>122</sup> Myres S. McDougal – Harold D. Lasswell – Lung-Chu Chen, **Human Rights and World Public Order The Basic Policies of an International Law of Human Dignity**, Oxford University Press, 2019, s. 274.

<sup>123</sup> Bu iddialar için bkz.; Esra Demir, “İnsan Haklarının Evrenselliği Görüşü Karşısında Kültürel Rölativizm”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 14, S. 3, 2008, s. 210-227.

<sup>124</sup> Oktay Uygun, “İnsan Hakları Kuramı”, **Kamu Hukuku İncelemeleri İnsan Hakları, Demokrasi, Hukuk Devleti, Egemenlik**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011, s. 21.

kapsamda kültürel rölativistlerin hukuki emperyalizm eleştirisine karşı, günümüz modern devletlerinin artık yalnızca batı kültürüne özgü bir kurum olmaktan çıkması ve modernleşmenin küreselleşme ile birlikte tüm devletleri etkisine alan yapısından ötürü ekonomik, sosyal, kültürel ve hukuki değişimler sonucunda insan onuruna yönelik artan tehditlerin evrenselliği zorunlu kıldığı görüşü savunulmaktadır.<sup>125</sup>

İnsan haklarının evrenselliği ilkesinin başlangıç ve varış noktası insan onuru kavramıdır.<sup>126</sup> Nitekim anayasal ödünç almaya meşruluk veren unsurlardan biri de insan onurudur. İnsan onuru felsefî anlamda insanın değerine ve bunun farkındalığına işaret etmektedir. İnsan türünün doğasından kaynaklanan yapısal özelliklerine sahip olmanın sonucu olarak, insanın değerinin farkında olmayanlara dahi bu değere uygun muamele etmeyi gerekli kılmaktadır.<sup>127</sup> Sonuç olarak insan onuru kavramı, insanın yalnızca insan olmasından kaynaklanan ve her koşulda saygıyı hak eden insani özü ifade etmektedir, tüm insanların eşit olarak sahip olduğu insani değerler insan onuru kavramı ile hukuki olarak ifade edilir.<sup>128</sup> İnsanı diğer canlılardan ayıran ahlaki seçimler yapabilme kapasitesi üzerine insan onuru kavramına felsefî temelini veren Immanuel Kant'ın felsefesidir. Kantçı yaklaşımın hukuki metinlere yansımalarının en temel örneğini Evrensel İnsan Hakları Bildirisi'nin birinci maddesi oluşturmaktadır.<sup>129</sup>

---

<sup>125</sup> Uygun, a.e. (**İnsan Hakları Kuramı**), s. 23-25.

<sup>126</sup> Mehmet Semih Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, 6. bs., Legal Yayıncılık, İstanbul, 2007, s. 1509-1514.

<sup>127</sup> İoanna Kuçuradi, **İnsan Hakları: Kavramları ve Sorunları**, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, Ankara, 2011, s. 72.

<sup>128</sup> Oktay Uygun, "Çağımızın İnsan Onuruna Yönelttiği Tehditler Karşısında İnsan Haklarının Önemi", **Kamu Hukuku İncelemeleri İnsan Hakları, Demokrasi, Hukuk Devleti, Egemenlik**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011, s. 46.

<sup>129</sup> Paolo G. Carozza, "Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights: A Reply", **The European Journal of International Law**, Vol. 19, No. 5, 2008, s. 358-360.

Buna göre;

“Madde 1

*Bütün insanlar özgür ve onur ve haklar bakımından eşit doğarlar. Akıl ve vicdan sahibidirler ve birbirlerine karşı kardeşlik anlayışı ile davranmalıdırlar.”<sup>130</sup>*

Ayrıca Birleşmiş Milletler Şartı’nın başlangıç bölümünde de insan onuru ve insanın değerine atıf yapılmaktadır.<sup>131</sup>

Genel olarak ulusal düzenlemelere baktığımızda ise örneğin ABD Anayasası’nda insan onuru kavramı özel olarak yer almamaktadır, ayrıca insan kavramı yerine yurttaşlar, bireyler gibi ifadeler yer verilmektedir. İnsan onuru kavramına ilk kez ABD Yüksek Mahkemesi’nin *In re Yamashita* kararında Yargıç Murphy’nin karşı oy yazısında rastlanmaktadır.<sup>132</sup> Bununla birlikte örneğin Alman Anayasa Hukuku bakımından insan onuru kavramı anayasa yargısının ana bileşenlerinden birini oluşturmaktadır. Alman Anayasa Hukuku bakımından insan onuru hakların en temel ve kurucu ögesi kabul edilmektedir.<sup>133</sup> Bu kapsamda Alman Anayasası’nın insanın onur ve haysiyetinin korunması başlığını taşıyan 1. maddesinin birinci fıkrasında insanın onur ve haysiyetinin dokunulmaz olduğu ve devletin saygı gösterme ve koruma yükümlülüğü düzenlenmektedir.

Bu genel açıklamaların ardından, insan onuru kavramının anayasal ödünç almanın meşruluk zeminini oluşturan argümanlardan biri olarak değerlendirmesini

---

<sup>130</sup> Evrensel İnsan Hakları Bildirisi’nin Türkçe çevirisi için bkz.; Mehmet Semih Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri Uluslararası Sistemler**, C. II., İstanbul, Legal Yayıncılık, 2010, s. 3-19.

<sup>131</sup> “We the peoples of the United Nations determined to save succeeding generations from the scourge of war, which twice in our lifetime has brought untold sorrow to mankind, and to reaffirm faith in fundamental human rights, **in the dignity and worth of the human person** (...)” (Vurgu eklenmiştir.)

<sup>132</sup> *In re Yamashita*, 327 U.S. 1, 29 (1946), bkz.; “If we are ever to develop an orderly international community based upon a recognition of human dignity, it is of the utmost importance that the necessary punishment of those guilty of atrocities be as free as possible from the ugly stigma of revenge and vindictiveness.” Bkz.; Vicki C. Jackson, “Constitutional Dialogue and Human Dignity: States and Transnational Constitutional Discourse”, **Montana Law Review**, Vol. 65, 2004, s. 16.

<sup>133</sup> Donald P. Kommers, **The Constitutional Jurisprudence of The Federal Republic of Germany**, Duke University Press, 1997, s. 298.

yapmak gerekirse, öncelikle üçüncü bölümde de yer verdiğimiz çetin davalar bakımından hukuki muhakemenin oluşturulmasında temel bir unsur olarak kullanıldığını belirtmek gerekmektedir. Bu kapsamda konusu kürtaj, eşcinsel evlilik, ötanazi gibi tartışmalı olan davalarda insan onuruna, hukuki muhakemede konsensüsün asgari özünü oluşturan bir kavram olarak yer verildiği görülmektedir.<sup>134</sup> Örneğin, özellikle hukuki muhakemede insan onuru kavramını esas alan Alman Anayasa Mahkemesi kararları Macar Anayasa Mahkemesi<sup>135</sup> kararları üzerinde etkili olmaktadır. Ayrıca, Alman Anayasa Mahkemesi'nin Macar Anayasa Mahkemesi üzerinde bu etkisi de common law devletleri mahkemelerine sıçramış ve Güney Afrika Anayasa Mahkemesi kararlarına da yansımıştır.<sup>136</sup> Böylece insan onuru kavramı mahkemelerin birbiri ile diyalogunda ortak bir meşruluk zemini oluşturmaktadır.

---

<sup>134</sup> Christopher McCrudden, "Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights", **The European Journal of International Law**, Vol. 19, No. 4, 2008, s. 380-391.

<sup>135</sup> Catherine Dupré, **Importing the Law in Post-Communist Transitions The Hungarian Constitutional Court and the Right to Human Dignity**, Hart Publishing, 2003, s. 65-79.

<sup>136</sup> *The State v. Makwanyane*, CCT/3/94, 6 June 1995, par. 172, bkz.; "Article 102 of the German Basic Law declares that capital punishment is abolished. The German Federal Constitutional Court considered the constitutionality of life imprisonment in 1977. The provision in the criminal code which prescribes life imprisonment for murder was challenged on the basis that it conflicted with the protection afforded to human dignity (art 1.1) and personal freedom (art 2.2) in the German Basic Law. The Court upheld the law on the basis that it was not shown that the serving of a sentence of life imprisonment leads to irreparable physical or psychological damage to the prisoner's health. The Court did however find that the right to human dignity demands a humane execution of the sentence. This meant that the existing law, which made provision for executive pardon, had to be replaced by a law laying down objective criteria for the release of prisoners serving life sentences. In the course of its judgment, the Court made clear that there is nothing constitutionally objectionable to executing a life sentence in full in cases where the prisoner does not meet the criteria. (...)"

## ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

### KARŞILAŞTIRMALI ANAYASA HUKUKUNDA YARGISAL DİYALOG AÇISINDAN ANAYASAL ÖDÜNÇ ALMA DİNAMİKLERİ

#### I. ANAYASAL ÖDÜNÇ ALMADA ETKİLİ OLAN UNSURLAR

##### A. Hukuk Sisteminden Kaynaklanan Unsurlar

##### 1. Aynı Hukuk Sistemi İçinde Yer Alma

Karşılaştırmalı hukuk kapsamında hukuk düzenlerinin gruplara, hukuk ailelerine ve hukuk çevrelerine göre sınıflandırılması, belirli bir sistematik altında inceleme yapılması ihtiyacından doğmuştur. Pek çok yazar hukuk sistemlerini sınıflandırma çabasına katkıda bulunmuştur<sup>1</sup>; bununla birlikte genel kabul gören<sup>2</sup> sınıflamaya göre modern hukuk sistemlerinin dış koşullara göre değil, içeriklerine göre sınıflandırılmasını kabul eden Arminjon, Nolde ve Wolff'un yedili sınıflandırması, dünya üzerindeki hukuk sistemlerini Fransız, Germen, İskandinav, İngiliz, Rus, İslam ve Hindu olarak belirlemektedir.<sup>3</sup> Çalışmamızın metodolojisi bakımından özellikle Kıta Avrupası ve Anglosakson hukuk sistemleri<sup>4</sup> arasındaki farklılıklar veya benzerlikler incelenmekte ve bu ayrımın anayasal ödünç almaya başvurma bakımından etkili olduğu görülmektedir.

---

<sup>1</sup> Doktrindeki bu sınıflama çabalarının ayrıntılı açıklaması için bkz.; Arzu Oğuz, **Karşılaştırmalı Hukuk**, Yetkin, Ankara, 2003, s. 109-118.

<sup>2</sup> Hukuk sistemlerinin genellikle özel hukuka göre sınıflandırılmasına ilişkin eleştirel bir yaklaşım için bkz.; Marie-Claire Ponthoreau, **Droit(s) Constitutionnel(s) Comparé(s)**, Economica, Paris, 2010, s. 33-58; Anayasal modeller ve sınıflandırmalar bakımından kamu hukukuna ilişkin hukuk sistemleri üzerine düşünceler için ayrıca bkz.; s. 175-196.

<sup>3</sup> Pierre Arminjon – Baron Boris Nolde – Martin Wolff, **Traité de Droit Comparé**, C. I, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1950, s. 42-53.

<sup>4</sup> Bkz.; H. Patrick Glenn, **Legal Traditions of the World: Sustainable Diversity in Law**, 4. bs., Oxford University Press, 2010, s. 133-181 ve s. 237-288.



ABD Yüksek Mahkemesi'nin çocuğun velayetine ilişkin *Abbott v. Abbott* kararı<sup>5</sup> hukuk sistemlerinin anayasal ödünç almaya etkisine örnek olarak verilebilir. Karara göre; Bay ve Bayan Abbott evli bir çift iken Şili'ye taşınmış ve ayrılmışlardır. Küçük çocuklarının velayeti Bayan Abbott'a verilmiş ve Bay Abbott'ın çocuğunu görme ve ziyaret hakkı da mahkeme tarafından tesis edilmiştir. Ayrıca Bayan Abbott'ın küçük çocuklarını Şili dışında bir ülkeye götürmek istediğinde Bay Abbott'ın onayını alması gerekecektir. Bununla birlikte Bayan Abbott küçük çocuklarını Bay Abbott'ın veya mahkemenin izni olmaksızın Texas'a götürmüştür ve bunun üzerine Bay Abbott mahkemeye başvurarak 25 Ekim 1980 Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönlere Dair Lahey Sözleşmesi'ni ve The International Child Abduction Remedies Act (ICARA) (Uluslararası Çocuk Kaçırma Hukuki Çareler Yasası)<sup>6</sup> ileri sürmüş ve çocuğunun geri dönmesini talep etmiştir. Ancak bu talebi Federal Bölge Mahkemesi tarafından reddedilmiş, bu karar da 5. Daire tarafından onaylanmıştır. Red gerekçesinde Bay Abbott'un yurtdışına çıkış izni hakkının (*ne exeat right*) 1980 tarihli Lahey Sözleşmesi bakımından velayet hakkı çerçevesinde yorumlanamayacağı ve mahkemeden geri dönüşün talep edilemeyeceği belirtilmiştir.

Çocuğun yurtdışına çıkışına izni verilmesine ilişkin ebeveynlere tanınan bu hak (*ne exeat right*) common law sistemine özgü bir haktır. ABD Yüksek Mahkemesi önüne gelen bu vakada, *ne exeat* hakkının velayet hakkı çerçevesinde yorumlanıp yorumlanamayacağı üzerine tartışmaktadır. Bu kapsamda, yabancı ülkelerin anayasa mahkemelerinin ve yüksek mahkemelerinin kararlarına atıf yapan ABD Yüksek Mahkemesi; İngiltere<sup>7</sup>, İsrail<sup>8</sup>, Avusturya<sup>9</sup> ve Kanada<sup>10</sup> Yüksek Mahkemeleri ile Güney Afrika ve Alman Anayasa Mahkemeleri'nin kararlarına başvurmuştur.

<sup>5</sup> *Abbott v. Abbott*, 560 U.S. 1 (2010).

<sup>6</sup> ICARA, Lahey Sözleşmesi'nin uygulanması için usuller öngören bir federal yasadır.

<sup>7</sup> İngiltere Yüksek Mahkemesi erken dönem içtihatlarından birinde somut olayda, çocuğun Avustralya'da kalması veya Avustralya'dan başka bir yerde yaşamasını sağlama hakkının çocuğun Avustralya'ya dönmesini talep etmek bakımından yeterli ve velayet hakkı kapsamında olduğu kabul edilmektedir. Bkz.; *C. v. C.*, [1989] 1 W. L. R. 654, 658 (C. A.). Benzer şekilde Lordlar Kamarası da Birleşik Krallık'ın common law sisteminde kabul edilen görüş olduğunu belirterek bu karara katılmıştır. Bkz.; *In re D (A Child)*, [2007] 1 A. C. 619, 628, 633, 635 (2006), [2006] UKHL 51, 16 November 2006.

<sup>8</sup> İsrail Yüksek Mahkemesi de velayet sözcüğünün geniş anlamda yorumlanması gerektiğini belirterek İngiltere'deki içtihatla aynı görüşü savunmaktadır ve ebeveynlerden birinin çocuğu başka bir ülkeye

ABD Yüksek Mahkemesi velayet hakkı kapsamında değerlendirilebilecek olan ve common law çerçevesinde korunmuş *ne exeat* hakkını yorumlarken, Avusturya Yüksek Mahkemesi ve Alman Federal Anayasa Mahkemesi kararları dışında common law hukuk sistemine dahil yabancı ülkelerin yüksek mahkemelerinin ve anayasa mahkemelerinin kararlarını değerlendirdiği görülmektedir.

ABD Yüksek Mahkemesi'nin hukuk sistemi benzerliğini yabancı mahkeme kararlarına atıfta tercih sebebi olarak gördüğü daha açık bir başka karar ise Guantanamo tutuklularına ilişkin *Boumediene v. Bush* kararıdır.<sup>11</sup> Karar, Afganistan veya yurtdışında başka bir yerde ele geçirilmiş ve Muharip Statüsü Denetim Mahkemeleri (*Combatant Status Review Tribunals – CSRT*) tarafından düşman muharip olarak kabul edilmiş Guantanamo'da tutuklu yabancılara ilişkindir. Somut olayın kısa özetine göre; 11 Eylül saldırılarını gerçekleştiren El Kaide terör örgütü ve onu destekleyen Taliban rejimi ile bağlantılarını yalanlayan başvuruçular, Bölge Mahkemesi'ne yakalama emrine ilişkin taleplerini iletmışlerdir, Mahkeme Guantanamo'nun ABD toprakları dışında olmasından ötürü yetkisizlik nedeniyle bu talebi reddetmiştir. Mahkeme'nin bu kararı D.C. Dairesi tarafından onaylanmıştır; ancak ABD Yüksek Mahkemesi, Guantanamo'da genişletilmiş yargı yetkisini kabul

---

götürmesiyle diğer ebeveynin onayına ihtiyaç duyulması durumunda, her zaman velayetin geniş kapsamlı anlaşılması gerektiğini belirtmektedir. Bkz.; CA 5271/92 Foxman v. Foxman, [1992].

<sup>9</sup> ABD Yüksek Mahkemesi kararında ayrıca, İsrail Yüksek Mahkemesi'nin görüşünü; Avusturya Yüksek Mahkemesi'nin (*Oberster Gerichtshof [O. G. H.]* [Supreme Court] Feb. 5, 1992, 2 Ob 596/91, Güney Afrika Anayasa Mahkemesi'nin (*Sonderup v. Tondelli*, 2001(1) SA 1171, 1183) ve Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin (*BVerfG* 18 July 1997, 2 BvR 1126/97, par. 15) de kabul ettiğini belirtmektedir.

<sup>10</sup> Amerikan Yüksek Mahkemesi bazı mahkemelere göre ise aksi görüşün kabul edildiğini ve velayetin daha dar yorumlanması gerektiğini belirtmektedir. Bu kapsamda öncelikle Kanada Yüksek Mahkemesi'ne atıf yapmaktadır. Kanada Yüksek Mahkemesi *ne exeat* hakkına ilişkin kararın genelde erişim haklarının korunması için verildiğini kabul etmektedir. (*Thomson v. Thomson*, [1994] 3 S. C. R. 551, 589–590, 119 D. L. R. (4th) 253, 281; see *D. S. v. V. W.*, [1996] 2 S. C. R. 108, 134 D. L. R. (4th) 481.) Bununla birlikte Amerikan Yüksek Mahkemesi Thomson kararının tam olarak somut olayla uyuşmadığını, Thomson kararında geçici bir *ne exeat* kararına karşı geri götürmeye karar verildiğini; ayrıca kararda yargıcın *in dicta* olarak (bir diğer deyişle yargıcın karardan farklı olarak yorumunu belirtmesi ile) kalıcı bir *ne exeat* kararı söz konusu ise geri götürme kararının verilmeyebileceğini ifade etmiştir. (*Thomson* [1994] 3 S. C. R., at 589–590, 119 D. L. R. (4th), at 281.) D. S. kararında ise bir ebeveynin kesinleşmiş *ne exeat* kararına ilişkin başvurusu üzerine Kanada Yüksek Mahkemesi farklı bir temele dayanarak geri dönmeye ilişkin karar vermiştir. ([1996] 2 S. C. R., at 140–141, 142, 134 D. L. R. (4th), at 503–504, 505.)

<sup>11</sup> *Boumediene v. Bush*, 553 U.S. (2008), 12 June 2008.

etmektedir.<sup>12</sup> ABD Yüksek Mahkemesi kararda *habeas corpus*'u tartışırken common law sistemini de hatırlatarak, İngiltere'den pek çok mahkeme kararına<sup>13</sup> atıfta bulunmuştur.<sup>14</sup>

Bazı durumlarda da, common law sistemindeki farklılıklara dikkat çekmek için hukuk sistemlerinden yararlanılmıştır. Örneğin yine ABD Yüksek Mahkemesi'nin *Golan v. Holder* kararında<sup>15</sup> başvuruçular orkestra şefleri, müzisyenler, yayıncılar gibi *Uruguay Round Agreements Act (URAA)* (telif hakkı korumasına ilişkin ABD'de bir yasa) kapsamındaki sonradan kamuya açık niteliklerini yitiren eserlere serbest erişimden yararlanmış kişilerdir. Başvuruçular bu yasanın telif hakkı maddesi ile Kongre'nin yetkisini aştığını ve ifade özgürlüğüne ilişkin 1. Değişiklik'in sınırlamalarını ihlal ettiğini ileri sürmektedir. Bu kapsamda Yargıç Breyer, karşı oy yazısında telif haklarına yaklaşım bakımından Kıta Avrupası Sistemi ile karşılaştırma yapmaktadır; "*Jefferson ve Madison tarafından kabul edilen telif ve patente ilişkin faydacı görüş, Kıta Avrupası Telif Hukuku'nun "doğal haklar" görüşü ile karşıttır(...).*"<sup>16</sup> Breyer bu görüşü Fransa'daki ilk telif yasaları ve Avrupa'da telif haklarına ilişkin literatürdeki görüşlerle, bilimsel eserlere atıf yaparak desteklemiştir.

---

<sup>12</sup> *Rasul v. Bush*, 542 U. S. 466, 473.

<sup>13</sup> Bkz.; "See, e.g., *Sommersett's Case*, 20 How. St. Tr. 1, 80–82 (1772) (ordering an African slave freed upon finding the custodian's return insufficient); see generally *Khera v. Secretary of State for the Home Dept.*, [1984] A. C. 74, 111 ("Habeas corpus protection is often expressed as limited to 'British subjects.' Is it really limited to British nationals? Suffice it to say that the case law has given an emphatic 'no' to the question")."

"We know as well that common-law courts entertained habeas petitions brought by enemy aliens detained in England—"entertained" at least in the threshold question of entitlement to the writ. See *Case of Three Spanish Sailors*, 2 Black. W. 1324, 96 Eng. Rep. 775 (C. P. 1779); *King v. Schiever*, 2 Burr. 765, 97 Eng. Rep. 551 (K. B. 1759); *Du Castro's Case*, Fort. 195, 92 Eng. Rep. 816 (K. B. 1697).

In *Schiever and the Spanish Sailors' case*, the courts denied relief to the petitioners. Whether the holdings in these cases were jurisdictional or based upon the courts' ruling that the petitioners were detained lawfully as prisoners of war is unclear. See *Spanish Sailors*, supra, at 1324, 96 Eng. Rep., at 776; *Schiever*, supra, at 766, 97 Eng. Rep., at 552. In *Du Castro's Case*, the court granted relief, but that case is not analogous to petitioners' because the prisoner there appears to have been detained in England. See *Halliday & White* 27, n. 72."

<sup>14</sup> *Boumediene v. Bush*, 553 U.S. 16, 17 (2008), 12 June 2008. Bkz.; "Common law sisteminde bir başvuruçunun yabancı olarak statüsü, habeas corpus bakımından kategorik bir engel değildir. (We know that at common law a petitioner's status as an alien was not a categorical bar to habeas corpus relief.)"

<sup>15</sup> *Golan v. Holder*, 565 U.S. (2012), 18 January 2012.

<sup>16</sup> *Golan v. Holder*, 565 U.S. 5 (2012), 18 January 2012, Yargıç Breyer'in Karşı Oy Yazısı.

Hukuk sistemlerinin anayasal ödünç alma pratiğine yansımalarının açıkça görüldüğü bir başka örnek ise Kanada örneğidir. Bu bağlamda bazı yazarlar tarafından, Kanada mahkemelerinin yabancı unsurların kullanılmasına karşı olumsuz bir duruşu olmadığı ve bunun da büyük oranda Britanya ve Fransa hukuk gelenekleri ile olan ilişkilerinden kaynaklandığı ifade edilmiştir. Bu anlamda Kanada, Britanya dolayısıyla common law ve Fransa dolayısıyla da Kıta Avrupası hukuk sistemleri ile yakın ilişki içindedir.<sup>17</sup> Kanada Yüksek Mahkemesi pek çok kararında, gerek Kıta Avrupası hukukunu, gerekse common law sistemini benimsemiş ülkelerin anayasa mahkemelerinin veya yüksek mahkemelerinin içtihatlarına ve bu ülkelerdeki normatif anayasal düzenlemelere atıf yapmaktadır.<sup>18</sup>

Belirtmek gerekir ki, common law ülkelerinin genelinde özellikle insan hakları hukuku bağlamında ABD Yüksek Mahkemesi kararlarına yönelme söz konusudur. Britanya’da yazılı anayasa olmaması ve 1998 tarihli Human Rights Act’e kadar insan haklarına ilişkin özel bir yasa da bulunmaması, common law sistemini benimseyen devletlerin mahkemeleri bakımından da boşluk doğmasına neden olmuştur. Common law mahkemeleri bu boşluğu çoğunlukla ABD Yüksek Mahkemesi kararlarından yararlanarak kapatma yolunu tercih etmişlerdir.<sup>19</sup>

Anayasal ödünç alma kapsamında hukuk sistemi vurgusunun göze çarptığı bir diğer örnek de Macar Anayasa Mahkemesi kararlarıdır. İfade özgürlüğü hakkına ilişkin bir kararın karşı oy yazısında Yargıç Kukorelli, çeşitli ülkelerin hukukuna ilişkin karşılaştırmalı analizden cevap hakkının düzeltme amacıyla kullanılan ve en demokratik ülkelerde bile istisnai bir hukuki olgu olduğunu ifade ederek, common law ve Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde cevap ve düzeltme hakkına yaklaşımı

---

<sup>17</sup> Gérard V. La Forest, “The Use of American Precedents in Canadian Courts”, **Maine Law Review**, Vol. 46, 1994, s. 212.

<sup>18</sup> Başlıca örnek kararlar için bkz.; *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; *Edmonton Journal v. Alberta*, [1989] 2 S.C.R. 1326; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697.

<sup>19</sup> Andrew Harding, “Comparative Case Law in Human Rights Cases in the Commonwealth: The Emerging Common Law of Human Rights”, **Judicial Comparativism in Human Rights Cases**, Ed. Esin Örucü, United Kingdom Comparative Law Series Vol. 22, The United Kingdom National Committee of Comparative Law, 2003, s. 183-187.

açıklamıştır. Buna göre karşı oy yazısında, Birleşik Krallık, ABD ve Avusturalya gibi common law ülkelerinin cevap ve düzeltme hakkını garanti etmediğini; Kıta Avrupası hukuk sistemi içindeki ülkelerde ise (Almanya, İsviçre, Avusturya, Hollanda ve 1989'daki İspanyol AYM kararından sonra İspanya gibi) basında düzeltme hakkının tanındığını belirtmektedir.<sup>20</sup>

Kıta Avrupası hukuk sistemi kapsamındaki benzerliklere atıf yapan bir başka örnek de Fransız Anayasa Konseyi'nin Önleyici Gözaltı ve Akıl Hastalığından Kaynaklanan Cezai Sorumsuzluk Beyanı'na İlişkin Yasa'nın konu olduğu karardır. Bu kararda Hükümet'in Gözlemleri kapsamında, öncelikle Hollanda, Kanada ve Almanya'daki uygulamalardan söz edilmiştir. Ardından Alman Federal Anayasa Mahkemesi kararına yer verildikten sonra, önleyici gözaltı hakkında yararlanılan karşılaştırmalı hukuk öğelerinin incelenmesi ile "Fransız hukuk sistemine yakın komşu ülkelerde", özellikle Alman Federal Anayasa Mahkemesi kararı ile paralel olarak, ilgili yasa ile alınan önlemlere benzer önlemlerin cezai değil önleyici olduğu değerlendirilmesinin yapıldığı belirtilmiştir.<sup>21</sup> Bu kapsamda kararda Fransız Anayasa Konseyi'nin, benzer hukuk sistemlerinde mahkemelerin muhakamelerinde de paralellik olacağına ilişkin görüşü yer almaktadır.

## 2. Hukuk Normlarında Benzerlik

Anayasal ödünç almada etkili hukuk düzeninden kaynaklanan unsurlardan biri yabancı hukuk düzenlerinde yer alan hukuk normlarının benzerlik taşımasıdır. Burada benzerlikten kasıt normun hiyerarşik anlamda niteliği değil, içeriğinin benzer olmasıdır; bu bağlamda yabancı mahkeme içtihatlarında normun nasıl yorumlandığı dikkate alınmaktadır.

---

<sup>20</sup> Macar Anayasa Mahkemesi Kararı, Decision 57/2001 (XII. 5.) AB, Yargıç István Kukorelli'nin Karşı Oy Yazısı.

<sup>21</sup> *Conseil Constitutionnel*, Décision No. 2008-562 DC, 21 Février 2008, Observations du Gouvernement, bkz.; "Ces éléments de droit comparé, qui inspirent en partie le mécanisme de la rétention de sûreté tel qu'il est organisé par la loi déférée, montrent que dans des Etats voisins dont le système juridique est proche du système français, des mesures équivalentes ont été jugées comme constitutives de mesures de sûreté et non de peines. C'est parce que, comme pour le dispositif institué par la loi déférée, la finalité de la mesure n'est pas d'ordre punitif mais préventif."

Örneğin Macar Anayasa Mahkemesi, Avrupa Birliği hukukunun uygulanmasına ilişkin bir kararında birçok üye ülkenin Avrupa Birliği direktifleri ile ilgili anayasal zorluklarla karşılaştığını belirterek Fransız, İtalyan, Avusturya ve Alman Anayasa Mahkemeleri'nin kararlarından örnekler vermektedir. Burada Fransız Anayasa Konseyi'nin bir kararına atıf yaparken Fransız Anayasası'ndaki hüküm ile Macar Anayasası'ndaki hükmün benzerliğine dikkat çekmektedir.<sup>22</sup>

Anayasal ödünç almada hukuk normlarında benzerlik unsuru, resepsiyon unsuru ile bağlantılı olarak da etkili olmaktadır. Bu kapsamda, özellikle sömürgecilik hareketlerinin etkisini yitirmesiyle common law ülkeleri arasında anayasa hukuku ve insan hakları hukuku alanlarında ABD Yüksek Mahkemesi içtihatları öne çıkmıştır. ABD Yüksek Mahkemesi'nin *Marbury v. Madison* kararı ile yasamanın yargı denetimine tabii olması fikrinin temelini oluşturmuş, ayrıca Amerikan Haklar Bildirgesi (*U.S. Bill of Rights*) başka ülkelerin kendi anayasalarındaki insan hakları normlarını oluşturmasında ve yorumlamasında rehber kabul edilmiştir.<sup>23</sup> Bu kapsamda örneğin 1950 Hindistan Anayasası büyük ölçüde ABD'deki anayasal metinlerden alınmıştır ve Hindistan'da yalnızca anayasa metni bağlamında etkileşim değil, ABD Mahkemeleri'nin içtihatlarından da yararlanma ve anayasal ödünç almaya başvurma sonucunu doğurmuştur. Bu durum uluslararası literatürde Hindistan Anayasası'nın yürürlüğe girmesinin hemen ardından, 1950'li yıllardan itibaren tespit edilmiştir.<sup>24</sup> Benzer bir etkiyi Hindistan Anayasası'ndaki kadar olmasa da, Kanada Haklar ve Özgürlükler Şartı'nda da görmek mümkündür. Şart çoğunlukla ulusalüstü insan

---

<sup>22</sup> Macar Anayasa Mahkemesi Kararı, Decision 72/2006 (XII.15.) AB, Yargıç Péter Kovács'ın Mutabık Oy Yazısı, bkz.; "(...) *The French Constitutional Council elaborated a possible approach – receiving several comments in the European legal professional literature – on the basis of Article 88-1 of the French Constitution – which is very similar to Article 2/A of the Hungarian Constitution – significantly changing its former moderate position.* (...)” (Vurgu eklenmiştir.)

<sup>23</sup> Claire L'Heureux-Dubé, “The Importance of Dialogue: Globalization and the International Impact of the Rehnquist Court”, **Tulsa Law Review**, C. 34, No. 1, 1998, s. 18; Julian Go, “Modeling States and Sovereignty: Postcolonial Constitutions in Asia and Africa”, **Making A World After Empire: The Bandung Moment and Its Political Afterlives**, Ed. Christopher J. Lee, Ohio University Press, Athens, 2010, s. 127-128; Valentina Rita Scotti, “India: A ‘Critical’ Use of Foreign Precedents in Constitutional Adjudication”, **The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges**, Ed. Tania Groppi – Marie-Claire Ponthoreau, Hart Publishing, Oxford, 2014, s. 76.

<sup>24</sup> Charles Henry Alexandrowicz-Alexander, “American Influence on Constitutional Interpretation in India”, **The American Journal of Comparative Law**, Vol. 5, No. 1, 1956, s. 98-105; Scotti, **a.g.m.**, s. 85-95.

hakları belgelerinden esinlense de bazı bölümlerinde Amerikan Haklar Bildirgesi'nin etkisi daha yoğundur.<sup>25</sup> Bu kapsamda Kanada Yüksek Mahkemesi de, Şart'ın yorumlanmasında ABD Yüksek Mahkemesi içtihatlarına atıf yapmıştır.

Türk Anayasa Mahkemesi özelinde örneklerle bakacak olursak, Mahkeme'nin patente ve bu bağlamda mülkiyet hakkına ilişkin bir kararında Danıştay 12. Dairesi Anayasa Mahkemesi'ne itiraz yoluna başvurmuştur. Davacının Anayasa'ya aykırılık konusundaki gerekçelerine ilişkin Danıştay 12. Dairesi'ne verdiği dilekçede şu ifadeler yer verilmiştir:

*“Malûm olduğu üzere yeni Anayasamız'ın tedvininde kendisine en fazla müracaat edilen Alman Bonn Anayasa'sı olmuştur. Anayasamız'ın 36. maddesinin İlk fıkrası, Alman Anayasası'nın 14. maddesinin ilk fıkrasının tamamen ve lafzen aynıdır. Bu hal bizi araştırmalarımızda Alman kazaî ve ilmî içtihatlarını tetkike sevketmiştir.”*

Danıştay 12. Dairesi'nin anayasaya aykırılık gerekçesinde de mülkiyet hakkının bireyin tüm malvarlığını kapsadığı belirtilmiş ve Anayasa'nın prensiplerine çok yakın bulunan Bonn Anayasası'nın 14'üncü maddesinin ilk fıkrasında da aynı terim ve ibarelerin kullanıldığı belirtilmiştir. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi, normatif düzenlemelerin benzerliğini kabul etmemiş ve ayrıca bir yabancı devlet anayasasına ilişkin tartışmanın ve uygulamaların Anayasamızda yer alan normatif düzenlemenin amacına aykırı bir yorumu haklı kılmayacağını belirtmiştir.<sup>26</sup>

Benzer bir yorum Macar Anayasa Mahkemesi kararına da konu olmuştur. Bu bağlamda, suçta ve cezada kanunilik ilkesi ve adil yargılanma hakkına ilişkin bir

<sup>25</sup> Peter W. Hogg, “Canada's New Charter of Rights”, **The American Journal of Comparative Law**, Vol. 32, No. 2, Spring 1984, s. 283-305.

<sup>26</sup> AYM Kararı, E: 1967/10, K: 1967/49, 28.12.1967, bkz.; “(...) Öte yandan Almanya'daki Anayasa hukuku nazariyatında ve mahkemelerin uygulamalarında, ileri sürüldüğü üzere, Bonn Anayasası'nın 14. maddesindeki "mülkiyet hakkı" kavramına fikrî hakların da dahi! sayılmakta olması, Anayasa'mızın 36. maddesi hükmünün de aynı doğrultuda yorumlanması için yeter bir neden değildir. Zira bir kez Anayasa'mızın 36. maddesi hükmü ile Alman Anayasa'sının 14. maddesi hükümleri, ileri sürüldüğünün tersine, niteliği etkileyecek derecede, farklı olarak düzenlenmişlerdir. Öte yandan yukarıda da değinildiği üzere; **Anayasa koyucunun, 36. madde hükmünü ne erekle düzenlediği ortada iken, bir yabancı devlet anayasası üzerindeki tartışmalar ve o anayasanın uygulanış biçimi, bu ereğe aykırı bir yorumu haklı ve makbul kılamaz.** (...)” (Vurgu eklenmiştir.)

kararında Macar Anayasa Mahkemesi yorumda öncelikle Macar hukukunun esas alınacağını belirtmektedir.<sup>27</sup> Bununla birlikte Mahkeme, bir başka kararında<sup>28</sup> diğer Avrupa ülkelerinde kullanılan benzer anayasal terimler arasında uyuma atıf yaptığını da hatırlatmaktadır. Karardaki bir mutabık oy yazısına göre ise normlar arasında benzerlik söz konusu olsa bile yabancı hukuka karşı argüman kendini daha net göstermektedir. Buna göre mutabık oy yazısında Yargıç Paczolay, yabancı hukuka karşıdır ve lafzi yorumu savunmuştur. Suçta ve cezada kanunilik ilkesinin geleneksel ve tarihsel temellerinden söz ettikten sonra Macar Anayasa Mahkemesi'nin bir anayasal normu nasıl yorumlaması gerektiği üzerine tartışmıştır. Bu bağlamda, Anayasa Mahkemesi'nin anayasa normunu, metni temel alarak yorumlaması gerektiğini; ceza hukuku normlarını, ilkeye ilişkin tarihsel yorumları ve yabancı anayasalardaki benzer normları esas almamak gerektiğini ifade etmiştir.<sup>29</sup>

Yukarıda yer alan karardan da anlaşılacağı üzere Türk Anayasa Mahkemesi, tıpkı Macar Anayasa Mahkemesi gibi, yabancı devlet anayasalarındaki hükümlerle benzeşmenin, bu anayasalardan kaynaklanan uygulamalara başvurmayı meşru kılmadığını kabul etmektedir. Bununla birlikte zamanla, karşı oy yazılarında normatif benzerlik argümanına başvurulduğu görülmektedir.

Bu kapsamda, Türk Anayasa Mahkemesi'nin önüne gelen seçimlerle ilgili yasaların bazı maddelerinin yürürlükten kaldırılması ve 306 sayılı Milletvekili Seçimi Kanunu'na bazı maddeler eklenmesi ile ilgili Anayasa'ya aykırılık başvurusunda yer alan bir karşı oy yazısında Alman Federal Anayasa Mahkemesi kararlarına atıf yapılırken, özellikle Türk Anayasası ile benzer hükümler olduğuna dikkat çekilmesi önemlidir.<sup>30</sup> Bu karara yakın tarihlerde verilen siyasi partilere mali

<sup>27</sup> Macar Anayasa Mahkemesi Kararı, Decision 32/2008. (III. 12.) AB.

<sup>28</sup> Macar Anayasa Mahkemesi Kararı, Decision 11/1992. (III. 5.) AB (ABH 1992, 77).

<sup>29</sup> Macar Anayasa Mahkemesi Kararı, Decision 32/2008. (III. 12.) AB, Yargıç Péter Paczolay'ın Mutabık Oy Yazısı par. 3.

<sup>30</sup> AYM Kararı, E: 1968/15, K: 1968/13, 3, 4 ve 6 Mayıs 1968, Hakkı Ketenoğlu'nun Karşı Oy'a Ek Yazısı, bkz.; "(...) *Bahis konusu sistem verimlidir. Çünkü parlâmentodaki siyasî partilerin aşırı ölçüde çoğalmasına engel olmakta ve böylece icra kuvvetinin Anayasa'ya dayanarak memleketi idare etmesini mümkün kılmaktadır...*) demek suretiyle kendi görüşünü ve Alman Anayasa Mahkemesinin kararını ortaya koymakta ve böylece azınlık görüşü, bir daha teyit edilmiş bulunmaktadır. **Alman**



yardım yapılması ile ilgili bir başka kararda da yine Alman Federal Anayasa Mahkemesi kararlarına atıf yapılmış ve o dönem yürürlükte olan Anayasamıza benzer hükümlerine karşı oy yazılarında dikkat çekilmiştir.<sup>31</sup>

### 3. Aynı Sözleşme Sistemi İçinde Yer Alma

Uluslararası sözleşmelerle bağitlanan devletler, bu sözleşmelerin gereklerini yerine getirme yükümlülüğü ile bir sözleşme sisteminin parçası haline gelmektedir. Aynı sözleşme sistemi içinde yer alan devletlerin, sözleşmede düzenlenen normları ilgilendiren iç hukuklarındaki uyuşmazlıkları çözümlerken diğer taraf devletlerin mahkemelerinde benzer hukuki probleme yaklaşımlarını dikkate alması anayasal ödünç almada etkili olan unsurlardan biridir.

ABD Yüksek Mahkemesi'nin *Abbott v. Abbott* kararında Yüksek Mahkeme *ne exeat* hakkının velayet hakkı çerçevesinde yorumlanıp yorumlanamayacağı üzerine tartışmaktadır. Yüksek Mahkeme, uzun süredir *ne exeat* hakkını velayet hakkı kapsamında değerlendirdiğini ve aynı sözleşmenin<sup>32</sup> tarafı kardeş devletlerin (*sister contracting states*) görüşleri hakkında önemli derecede bilgi sahibi olduğunu belirtmektedir.<sup>33</sup> Kararda sözleşme tarafı bir devletin, diğer taraf devletlerin sözleşmenin içeriği ile ilgili uygulamalarına yönelik mahkeme kararlarına atıf yapıp yapılamayacağı tartışması yapılmıştır. Nitekim ABD Yüksek Mahkemesi'nin kardeş sözleşmeciler taraflar (*sister signatories*) ifadesiyle kastedilen; sözleşme tarafı devletlerin sözleşmenin düzenlediği içeriğe ilişkin bir bütünün parçalarını

---

*Anayasa Mahkemesine açılan dâvada geçen Alman Anayasa'sının 3., 21. ve 38. maddeleri Anayasa'mızın 12., 55., 56., ve 57 maddeleri hükümlerine benzemektedir. (...)*" (Vurgu eklenmiştir.)

<sup>31</sup> AYM Kararı, E: 1968/26, K: 1969/14, 18 ve 19 Şubat 1969, Salim Başol, Muhittin Taylan ve Recai Seçkin'in Karşı Oy Yazısı, bkz.; "(...) Alman Anayasa Mahkemesinin 2. Dairesinin yukarıda özetlenen gerekçelere benzeyen gerekçelere dayanan 19/7/1966 günlü kararı *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts* 20. Band 1967 J. G. B. Mohr. Tübingen S 98 ve sonu.) ile **bizim Anayasa'mızdaki benzeyen Batı Almanya Anayasa'sının hükümlerine dayanarak** siyasal partilere devlet bütçesinden para ödenmesinin Anayasa'ya aykırı olduğunun benimsenmiş bulunması dahi, burada savunulan görüşün doğruluğunu belirten ayrı bir kanıttır. (...)" (Vurgu eklenmiştir.)

<sup>32</sup> Burada kastedilen 25 Ekim 1980 Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönlerine Dair Lahey Sözleşmesi'dir.

<sup>33</sup> Aynı yönde bkz.; *El Al Israel Airlines, Ltd. v. Tsui Yuan Tseng*, 525 U. S. 155, 176.

oluşturdukları ve sözleşmeden kaynaklanan somut olaylara yönelik yargısal çözümlerine başvurulabileceğidir. Bunda ICARA'nın (*The International Child Abduction Remedies Act* (Uluslararası Çocuk Kaçırma Hukuki Çareler Yasası) Sözleşme'nin uluslararası yeknesak yorumlanmasının Sözleşme sisteminin bir parçası olduğu düzenlemesi de etkili olmuştur. Bu kapsamda Mahkeme kararında, Yüksek Mahkeme'nin görüşünün; sözleşme metni, sözleşmenin amacı ve ABD Dışişleri Bakanlığı'nın görüşlerinin yanı sıra, velayet hakkının hukuki anlamına ilişkin diğer sözleşme tarafı devletlerin mahkeme kararları çerçevesinde şekilleneceğini belirtmektedir.<sup>34</sup> Bir karşı oy yazısında, Yüksek Mahkeme'nin Kongre'nin Sözleşme'nin yeknesak uluslararası yorumunun Sözleşme'nin çerçeve düzenlemesinin bir parçası olması bakımından, Lahey Sözleşmesi'nin taraflarının (*sister signatories*) görüşlerinin özel bir dikkat gerektirdiği görüşünün doğru olabileceği belirtilmiştir. Bununla birlikte, diğer mahkemelerin kararlarının Yüksek Mahkeme kararları yerine geçirilemeyeceği belirtilmiştir.<sup>35</sup> Ayrıca, Yüksek Mahkeme'nin atfı yaptığı yabancı mahkemelerin az sayıda kararının Sözleşme'nin anlamını belirlemek açısından yeterli gerekçe sağlamadığı ifade edilmektedir.<sup>36</sup>

Benzer atıflar Avrupa Birliği hukukunun uygulanması çerçevesinde Birlik'e üye devletlerin anayasa mahkemeleri kararlarında da karşımıza çıkmaktadır. Örneğin Fransız Anayasa Konseyi'nin Avrupa Birliği Anayasası'nı kabul eden andlaşmaya ilişkin kararında Avrupa Birliği hukukunun üstünlüğüne ilişkin Alman Federal Anayasa Mahkemesi kararına<sup>37</sup> yer verilmiştir.<sup>38</sup> Benzer şekilde, Fransız Anayasa Konseyi'nin Uluslararası Bir Fransız Kütüğü Oluşturulmasına Dair Yasa ile ilgili olarak denizcilerin statüsünün tartışıldığı bir kararında Avrupa Birliği üyesi devletlerin (Danimarka, Hollanda, İspanya, İtalya, Almanya, Lüksemburg ve Belçika) iç hukuklarından ve uygulamalarından söz edilmiş ve Alman Federal

<sup>34</sup> *Abbott v. Abbott*, 560 U.S. 1 (2010).

<sup>35</sup> Aynı yönde bkz.; *Olympic Airways v. Husain*, 540 U. S. 644, 655, n. 9 (2004).

<sup>36</sup> *Abbott v. Abbott*, 560 U.S. 1 (2010), Yargıç Stevens, Yargıç Thomas ve Yargıç Breyer'in Karşı Oy Yazısı.

<sup>37</sup> *BVerfG*, 2 BvR 2134/92, 12.10.1993.

<sup>38</sup> *Conseil Constitutionnel*, Décision No. 2004-505 DC, 19 Novembre 2004, Dossier Documentaire s. 32.

Anayasa Mahkemesi'nin denizcilere uygulanacak kuralların belirlenmesinde ikametgahlarının esas alınmasının eşitlik ilkesine aykırı olmadığını belirten bir kararına<sup>39</sup> atıf yapılmıştır.<sup>40</sup>

Doğrudan Avrupa Birliği hukukuna ilişkin bir sorunun tartışıldığı ve Fransız Anayasa Konseyi'nin pek çok Avrupa ülkesinin anayasa mahkemelerinin kararına yer verdiği 2013 tarihli bir kararda ise, Avrupa tutuklama emrinin uzatılması halinde başvuru yolunun olmaması temel hukuki sorunu oluşturmaktadır. Aynı zamanda Avrupa Birliği Adalet Divanı önünde de ön karar usulü çerçevesinde başvuruya konu olan bu sorun üzerine Fransız Anayasa Konseyi, Avrupa Birliği üyesi devletlerden Polonya, Almanya, Güney Kıbrıs, Belçika, İspanya ve Finlandiya mahkemelerinin konuyla ilgili kararlarına yer vermiştir.<sup>41</sup>

Bir sözleşme sistemi içinde yer almanın dışında kimi durumlarda dünya devletleri arasında genel olarak kabul edilmiş bir sözleşmenin tarafı olmamak da mahkemelerin somut olayı yorumlamasında etkili olabilir. ABD Yüksek Mahkemesi'nin ölüm cezasına ilişkin *Graham v. Florida* kararındaki analizi buna örnek olarak verilebilir. Kararda ABD Yüksek Mahkemesi, başvurucunun BM Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 37(a) maddesine vurgu yaptığını ve Sözleşme'yi onaylamayan iki devletin yalnızca ABD ve Somali olduğunu ifade etmektedir. Sözleşme'de 18 yaşın altındaki kişilerin suçlarından ötürü salıverilme olanağı olmaksızın, ömür boyu hapsin yasaklandığı belirtilmektedir. Yüksek Mahkeme'nin

<sup>39</sup> BVerfG, 1 BvF 1/90, 1 BvR 342/90, 1 BvR 348/90, 10.01.1995.

<sup>40</sup> Conseil Constitutionnel, Décision No. 2005-514 DC, 25 Avril 2005, Observations du Gouvernement, s. 4, bkz.; “On peut aussi observer que d'autres pays européens ont mis en place des dispositifs analogues à celui qui résulte de la loi déferée. Tous les Etats membres de l'Union européenne ont adopté des mesures d'ordre fiscal ou social ou mis en place des registres-bis, afin de rendre leur pavillon attractif sur un plan économique. Il en va ainsi du Danemark, des Pays-Bas, de l'Espagne, de l'Italie, de l'Allemagne, du Luxembourg ou de la Belgique. Ces législations étrangères prennent souvent en considération le critère de la résidence des marins pour déterminer les règles qui leur sont applicables. C'est le cas notamment de la législation allemande, qui a été jugée conforme au principe d'égalité par la Cour constitutionnelle fédérale de Karlsruhe (BVerfG, 10 janvier 1995, TranspK 6-95 p.246).” ve Commentaire, s. 6 vd., bkz.; “(...)La cour constitutionnelle allemande a statué sur la constitutionnalité de la loi fédérale du 23 mars 1989 créant le registre international allemand, et notamment sur la conformité de cette loi au principe d'égalité (10 janvier 1995, 1 BvF 1/90, 1 BvR 342, 348/90). (...)”

<sup>41</sup> Conseil Constitutionnel, Décision No. 2013-314P QPC, 4 Avril 2013, Commentaire, s. 9-11.

daha önce küçüklerin ölüm cezasına ilişkin *Roper v. Simmons* kararında<sup>42</sup> ifade ettiği gibi, insan öldürme dışında suç işleyen küçüklere şartlı salıverilme olanağı tanımaması bakımından da, bu uygulamaya karşı duran bir dünyada ABD'nin tek başına kaldığı ortaya konmaktadır.<sup>43</sup> Sonuç olarak ABD Yüksek Mahkemesi, bir devletin olası bir salıverilmeyi garanti etmesinin zorunlu olmadığını; ancak ömür boyu söz konusu bir cezanın varlığı halinde, sürenin öncesinde gerçekçi bir salıverilme olasılığı ortaya koymak zorunda olduğunu belirtmiştir.

#### 4. Resepsiyon

Resepsiyon kavramının, bir toplumun hukuki mevzuatının bir başka toplum tarafından alınması anlamına geldiğini; bir başka anlatımla yabancı ülke hukukunun benimsenmesi yoluyla hukuksal değişime ve özü itibariyle bir reform olgusuna işaret ettiğini çalışmamızın birinci bölümünde belirtmiştik.<sup>44</sup>

Bir hukuk düzeninde yer alan hukuk kurumunun, kavramının ya da olgusunun veya bunların bütününe başka bir hukuk düzenine alınarak benimsenmesi resepsiyon olgusunu oluşturmaktadır.<sup>45</sup> Yabancı bir hukukun benimsenmesinde benimseyen ülkenin iradi olarak bu iki yanlı ilişkiyi oluşturması söz konusudur.<sup>46</sup> Dünyada resepsiyon örneklerine baktığımızda pek çok hukuk sisteminde yabancı unsurların bulunduğu görülmekte ve saf bir hukuk sisteminin varlığından söz edilememektedir. Resepsiyon da hukuk sistemleri arası bu ilişkiyi başlatan temel olgulardan biridir.<sup>47</sup> Hukuk sistemindeki bu yabancı etki, anayasa mahkemelerinin kararlarında kendini anayasal ödünç alma olarak gösteren bir unsur olarak karşımıza çıkmaktadır.

---

<sup>42</sup> *Roper v. Simmons*, 543 U. S. 551 (2005), 1 March 2005.

<sup>43</sup> *Graham v. Florida*, 560 U.S. (2010), 17 May 2010.

<sup>44</sup> Bkz.; I. Bölüm'de *Yargısal Diyalogun Tanımı* başlığı.

<sup>45</sup> Ergun Özsunay, **Karşılaştırmalı Hukuka Giriş**, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1976, s. 271.

<sup>46</sup> Işıқтаç, **a.g.m.**, s. 117.

<sup>47</sup> Bozkurt, **a.g.e.**, s. 7.

Dünyada bir hukuk modelinin geniş çapta yayılması bağlamında en bilindik resepsiyon süreci örneği Avrupa kıtası genelinde Roma Hukuku'nun resepsiyonudur. Bu geniş kapsamlı resepsiyon süreci XI. yüzyılda Bologna'da yapılan çalışmaların sonucu olarak ortaya çıkmış ve XIX. yüzyıldaki kanunlaştırma hareketlerine kadar sürmüştür. Bu uzun süre boyunca Roma Hukuku, Avrupa çapında ortak hukuk (*ius commune*) olarak kullanılmıştır.<sup>48</sup>

Common law kapsamında ise, Britanya'nın ticaret alanında dünya çapında büyümesi ve kolonilerin artmasıyla *common law*'un yayılması söz konusudur.<sup>49</sup> Britanya'da Lordlar Kamarası ve Privy Council *common law*'un yeknesaklığını kabul etmiş ve içtihatlarının dünya çapında tüm koloni mahkemelerinde de uygulanacağını ifade etmiştir; bir diğer deyişle Privy Council kararlarının bağlayıcı otoritesi kabul edilmiştir. Bu bağlamda örneğin, Kanada'da yabancı mahkeme kararlarının kullanılması açısından Privy Council'ın 1949 yılına kadar temyiz mahkemesi olarak kabul edilmesinin etkisi dikkate alınmalıdır. Böylece Kanada Yüksek Mahkemesi'nde *common law* etkisi ve bu bağlamda öncelikle Privy Council kararlarından başlayarak, zaman içinde özellikle ABD Yüksek Mahkemesi kararlarına başvurmaya evrilen bir süreç dikkat çekmektedir.<sup>50</sup>

Türkiye, resepsiyon hareketleri ve bu kapsamda batı hukukunun benimsemesi bakımından önemli ve özgün bir örnektir. 4 Ekim 1926 tarihinde yürürlüğe giren Türk Medeni Kanunu'nun İsviçre Medeni Kanunu'ndan alınması Türk Hukuk Devrimi sürecinde en önemli resepsiyon adımlarından biridir.<sup>51</sup> Türk Hukuk Devrimi

---

<sup>48</sup> Alan Watson, "Comparative Law and Legal Change", **Cambridge Law Journal**, C. 37, No.2, 1978, s. 313-316; Peter Stein, **Roman Law in European History**, Cambridge University Press, 11. bs., 2012, s. 38-128; George Mousourakis, **Roman Law and the Origins of the Civil Law Tradition**, Springer, 2015, s. 260-277.

<sup>49</sup> Michele Graziadei, "Comparative Law as the Study of Transplants and Receptions", **The Oxford Handbook of Comparative Law**, Ed. Mathias Reimann – Reinhard Zimmermann, Oxford University Press, 2008, s. 451-453.

<sup>50</sup> La Forest, **a.g.m.**, s. 212-216; L'Heureux-Dubé, **a.g.m.**, s. 17-18. ABD Yüksek Mahkemesi kararlarına başvurmaya evrilen bu süreçte resepsiyon dışında, özellikle insan hakları hukuku bağlamında anayasal ödünç alma açısından, aynı hukuk sistemi içinde yer alma unsuru da dikkat çekmektedir.

<sup>51</sup> Türk Hukuk Devrimi kapsamında resepsiyon çalışmaları ve Medeni Kanun'un resepsiyonu için ayrıca bkz.; Bozkurt, **a.g.e.**, s. 190-198. Resepsiyon çalışmaları kapsamında ayrıca Ceza Kanunu

bu anlamda Avrupa’da yabancı bir hukukun farklı bir sosyal yapıda resepsiyon yoluyla başarılı uygulanarak yeni bir hukuk yaratılmasının tek örneğidir.<sup>52</sup> Türk Medeni Kanunu’nun resepsiyonu Türk Anayasa Mahkemesi kararlarına da yansımaktadır. Örneğin, 743 Sayılı Türk Medeni Kanunu’nun birbirleriyle evlenmeleri yasak olanlardan veya evli erkek ve kadınların zinasından doğan çocuğun tanınamayacağını düzenleyen 292. maddesinin iptaline ilişkin Türk Anayasa Mahkemesi kararının gerekçesinde, Medeni Kanun’un resepsiyonu olgusuna ve bu bağlamda İsviçre hukukuna yer verilmiştir. Kararda, İsviçre Medeni Kanunu’ndan alınan hükme atıf yapılmış ve maddede yer alan evlilik içi ve evlilik dışı çocuk ayrımının, 1961 Anayasası’nda kabul edilen eşitlik ilkesine uygun olup olmadığı tartışılmıştır. Bu bağlamda Mahkeme, itiraz konusu kuralın alındığı İsviçre’de 1978 yılında yürürlüğe giren yasa değişikliği ile evlilik içi ve evlilik dışı çocuk ayrımına son verildiğini belirtmiştir.<sup>53</sup> Anayasa Mahkemesi bu kararla, resepsiyonu yapılan Medeni Kanun’un model alındığı ülke hukukundaki gelişmeleri dikkate alarak yorum yapmıştır.

Model alınan yasanın düzenlemelerinin toplumun gelişimine uyum sağlayamadığı durumlar da söz konusu olabilir. Türk Anayasa Mahkemesi’nin, 743 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun eşlerden kadın olanın meslek ve sanatını icra etmek için kocasından izin alması gerektiğini düzenleyen 159. maddesinin, anayasada yer alan eşitlik ilkesine aykırılığından ötürü iptali için yapılan başvuruya ilişkin kararında, Medeni Kanun’un İsviçre’den alındığı; ancak çağdışı kalmış hükümleri olduğu belirtilmektedir. Bu bağlamda Mahkeme, İsviçre’de evli kadının statüsüne getirilen ve eşitliği bozan bazı kısıtlamaların, Medeni Kanun’un resepsiyonu ile Türk

---

(İtalya), Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu (İsviçre), Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu (Almanya), İcra ve İflas Kanunu (İsviçre) gibi pek çok yasa yabancı yasalardan alınmıştır.

<sup>52</sup> Arzu Oğuz, “Türk Medeni Hukukunun Gelişim Çizgisi ve Karşılaştırmalı Hukukun Rolü”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 55, S. 1, 2006, s. 202.

<sup>53</sup> AYM Kararı, E: 1990/15, K: 1991/5, 28 Şubat 1991, Bkz., “(...) İtiraz konusu kuralın İsviçre Medeni Yasası’nda yer alması gerekçe olarak meşru ailenin korunması gösterilmişti. Bu metin, yasadaki çıkarılmakla İsviçre yasakoyucusunun aileyi korumaktan vazgeçtiği düşünülemeyeceğine göre tek olasılık bu kuralın ailenin korunması ile doğrudan ilişkisi yönündeki görüşlerin değişmesidir.(...)” Aynı yönde değerlendirme için bkz., AYM Kararı, E: 1980/29, K: 1981/22, 21 Mayıs 1981.

aile hukukuna da geçtiğini ve günümüzde bu kısıtlamaların kadın erkek eşitliğine aykırı olduğunu ifade etmektedir.<sup>54</sup>

## 5. Anayasa’da Açık Hüküm Bulunması

Anayasal kavramların, kurumların veya yorum ilkelerinin ödünç alınmasında etkili olan normatif unsurların başında anayasaların yabancı hukukun doğrudan dikkate alınabileceğine ilişkin açık hüküm içermesi gelmektedir. Bunun tipik örneğini 1996 Güney Afrika Anayasası’nın 39/1. maddesindeki düzenleme oluşturmaktadır. Bu düzenlemeye göre;

“39. *Temel Hakların Yorumlanması*

1. *Bir mahkeme temel hakları yorumlarken*

a. *İnsan onuru, eşitlik ve özgürlüğe dayanan demokratik ve açık bir toplumun temelini oluşturan değerleri teşvik etmelidir;*

b. *uluslararası hukuka itibar etmelidir;*

c. *yabancı hukuka itibar edebilir (yabancı hukuku incelemeye alabilir).”<sup>55</sup>*

Bu düzenlemenin temeli 27 Nisan 1994 tarihinde yürürlüğe giren Güney Afrika Geçiş Dönemi Anayasası’na dayanmaktadır. Geçiş Dönemi Anayasası’ndaki düzenlemede yer alan temel hakların yorumlanması bağlamında yabancı hukukun ne

---

<sup>54</sup> AYM Kararı, E: 1990/30, K: 1990/31, 29 Kasım 1990, bkz.; “Türk Medeni Yasası 1926 yılında İsviçre Medeni Yasasından alındığı (iktibas edildiği) zaman, şeriat hükümlerine göre düzenlenmiş olan aile hukukundaki kadın erkek eşitsizliği kimi yönleriyle terkedilmiş oldu. Örneğin, kocanın karısını dövme hakkı, dört kadına kadar evlenebilmesi, velayet hakkına tek başına sahip olması, dilediği zaman eşini boşayabilmesi gibi ayrıcalıklara yalnız koca sahipti. Medeni Yasa, Türk aile hukukuna tek evlilik (monogami) kuralını getirdi ve eski hukuktaki erkeğe tanınan öbür üstünlükleri kaldırdı. Türk Medeni Yasası bu yönüyle ilericiydi. Ancak, İsviçre’de evli kadının statüsüne getirilen ve kocanın hukuksal konumuna göre iki cins arasındaki eşitliği bozan bazı kısıtlamalar, Medeni Yasa’nın kabulü ile Türk aile hukukuna da aynen getirilmiş oldu. Bu gün bu kısıtlamalar yönünden Medeni Yasa’nın karı kocanın hukuksal konumlarını düzenleyen kimi hükümleri, kadın erkek eşitliği kuralına ters düşmekte ve çağdışı sayılmaktadır.”

<sup>55</sup> “39. *Interpretation of Bill of Rights*

1. *When interpreting the Bill of Rights, a court, tribunal or forum*

a. *must promote the values that underlie an open and democratic society based on human dignity, equality and freedom;*

b. *must consider international law; and*

c. ***may consider foreign law.***” (Vurgu eklenmiştir.)

ölçüde dikkate alınacağına ilişkin olarak “*may have regard (göz önünde tutabilir)*” ifadesi 1996 Güney Afrika Anayasası’nın düzenlemesinde yer alan “*may consider (itibar edebilir/ dikkate alabilir)*” ifadesinden daha zayıftır.<sup>56</sup>

1996 Güney Afrika Anayasası’nda yabancı hukuktan yararlanmaya doğrudan izin veren 39. madde düzenlemesi dışında “Anayasa Mahkemesi” başlıklı 167. maddenin 7. fıkrası da dikkate alınmalıdır. İlgili fıkra aşağıdaki gibidir;

“Anayasal bir mesele (dava) Anayasa’nın uygulanması, korunması veya yorumlanmasını içeren her konuyu içerir.”<sup>57</sup>

İlgili düzenleme kapsamında Güney Afrika Anayasası, 167. maddenin 3. fıkrasında<sup>58</sup> geçen “anayasal mesele / dava (*constitutional matter*)” ibaresinin ne olduğunun tanımını yapmıştır. Anayasanın yorumlanmasının da anayasal bir mesele/dava kapsamında olduğunun özel olarak normatif olarak ifade bulması, 39. madde ile birlikte okunduğunda anlam taşımaktadır.

<sup>56</sup> Ayrıca Geçiş Dönemi Anayasası’ndaki düzenleme, yorumda yararlanılabilecek yabancı unsurları karşılaştırılabilir yabancı içtihat hukuku (*comparable foreign case law*) ile sınırlandırmışken, 1996 tarihli düzenlemede yabancı hukukun (*foreign law*) incelemeye alınabileceği belirtilmiştir. Bu bağlamda yabancı hukuk ibaresi içtihat hukukunu da kapsayan, yabancı hukukun tüm unsurlarını genel olarak içinde barındıran çok daha geniş bir anlama gelmektedir. 1993 tarihli Güney Afrika Geçiş Dönemi Anayasası’nın 35/I hükmünün tarafımızdan yapılan Türkçe çevirisi ve orijinal metni için bkz.; “*Mahkeme bu bölümdeki hükümleri yorumlarken, özgürlük ve eşitliğe dayanan demokratik ve açık topluma temel oluşturan değerleri geliştirecek ve uygulanabildiği yerde, bu bölümde hüküm altına alınmış olan hakların korunmasında uluslararası hukuku dikkate alacak, karşılaştırılabilir yabancı içtihat hukukunu da göz önünde tutabilecektir.*” “(1) In interpreting the provisions of this Chapter a court of law shall promote the values which underlie an open and democratic society based on freedom and equality and shall, where applicable, have regard to public international law applicable to the protection of the rights entrenched in this Chapter, and **may have regard to comparable foreign case law.**” (Vurgu eklenmiştir.) Ayrıca Geçiş Dönemi Anayasası’nda uluslararası hukukun yalnızca dikkate alınacağı belirtilirken, bir diğer deyişle uluslararası hukuktan yararlanmaya izin verirken; 1996 Anayasası’ndaki düzenleme uluslararası hukuka itibar edilmesini bir zorunluluk olarak düzenlemiştir. Bkz; Heinz Klug, **The Constitution of South Africa A Contextual Analysis**, Hart Publishing, Portland, 2010, s. 78-79.

<sup>57</sup> “A constitutional matter includes any issue involving the interpretation, protection or enforcement of the Constitution.”

<sup>58</sup> “3. The Constitutional Court

a. is the highest court in all constitutional matters;

b. may decide only constitutional matters, and issues connected with decisions on constitutional matters; and

c. makes the final decision whether a matter is a constitutional matter or whether an issue is connected with a decision on a constitutional matter.”



Güney Afrika Anayasa Mahkemesi'nin anayasal hükümlerin yatay etkisine ilişkin *Du Plessis and Others v. De Klerk and Others* kararında Yargıç Kriegler, Anayasa'yı yapanın Mahkeme olmadığını, Mahkeme'nin görevinin Anayasa'yı yorumlamak, korumak, savunmak (Güney Afrika Anayasası Md. 98/2) ve (yargıçların yemininden bir ifade ile) korkusuz, tarafsız ve önyargısız uygulamak olduğunu belirtmiştir. Ayrıca Anayasa'nın açık hedeflerini gözerek, bir bütün olarak ve amaca uygun yorumlanması gerektiğini ifade etmektedir. Bu bağlamda Anayasa'nın, anayasa koyucunun ortak aklından saf olarak ortaya çıkmadığını, araştırmalar ve başka kaynaklara başvurulması sonucu oluştuğunu; bu nedenle Anayasa'yı yorumlayanların içtihatları ve diğer hukuk sistemlerindeki uygulamaları dikkate alması gerektiğini belirtmektedir.<sup>59</sup>

## B. Yargıçların Etkisi

Anayasal ödünç almada etkili olan unsurlardan biri de ulusal anayasa mahkemelerindeki yargıçların tutumu olarak karşımıza çıkmaktadır. Belirtmek gerekir ki, yargıçların tutum ve değerleri yalnızca anayasal ödünç alma bakımından değil; genel olarak yargısal karar alma sürecinde etkili unsurlardan biridir. Yargıçların eğitim özellikleri, nasıl bir çevrede yetiştikleri, yaşları, gelir düzeyleri, siyasal eğilimleri gibi pek çok unsur tutum ve değerlerin oluşmasında belirleyicidir.<sup>60</sup> Çalışmamız kapsamında ise anayasal ödünç alma bakımından yargıçların tutum ve değerlerinin etkisi üzerine bir değerlendirme yapılmaya çalışılacaktır. Bu bağlamda; ulusal anayasa mahkemelerinin üye kompozisyonu kapsamında kimi yargıçların, özellikle çalışmamız genelinde de ele aldığımız “çetin davalar” unsuru bakımından, ortak küresel hukuki sorunların çözümünde en iyi yoruma ulaşmak için yabancı hukuklardan esinlenmeye eğilimli oldukları görülmektedir.<sup>61</sup>

<sup>59</sup> *Du Plessis and Others v. De Klerk and Others*, 1996(3) SA 850, 15.05.1996, par. 123.

<sup>60</sup> Yargıçların tutum ve değerleri üzerine Türk Anayasa Mahkemesi özelinde yapılmış bir çalışma için bkz.; Artun Ünal, **Siyaset ve Anayasa Mahkemesi “Siyasal Sistem” Teorisi Açısından Türk Anayasa Mahkemesi**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, No. 443, S.B.F. Basın ve Yayın Yüksekokulu Basımevi, 1980, s. 180-233.

<sup>61</sup> Elaine Mak, **Judicial Decision-Making in A Globalised World, A Comparative Analysis of the Changing Practices of Western Highest Courts**, Hart Publishing, Oxford, 2013, s. 30.

Yargıçların yorumda etkisi bakımından öncelikle “*yargılama felsefesi (judicial philosophy)*” kavramından söz etmek gerekmektedir. İsrail Yüksek Mahkemesi Eski Başkanı Aharon Barak yargılama felsefesinin, her yargıcın çetin davalardaki sorunları çözümleme yöntemine ilişkin sistemli görüşlerini ifade ettiğini ve çoğu yargıcın bir yargılama felsefesi olduğunu belirtmektedir. Ayrıca yargılama felsefesinin yargıçların bireysel deneyimleri ile sıkı sıkıya bağlantılı olduğunu ve yargıcın eğitiminden ve kişiliğinden etkilendiğini ortaya koymaktadır. Yargılama felsefesinin “*bir yargıcın bireysel deneyiminin meyvesi*” olduğunu ifade eden Barak, yargıcın yargılama felsefesinin etkisinin; yalnızca yargıcın takdir yetkisini kullanabileceği birden fazla çözümü olan hukuki sorunlarda ve yargıcın optimal çözüme ulaşmayı hedeflediği çetin davalarda söz konusu olabileceğini kabul etmektedir.<sup>62</sup>

Yargıçların genel karakterinin mahkeme kararlarına etkisine ilişkin bu görüşler, anayasal ödünç alma bağlamında değerlendirildiğinde ABD Yüksek Mahkemesi’nde Yargıç Antonin Scalia ve Yargıç Stephen Breyer’in yaklaşımları dikkat çekicidir. Karşılaştırmalı hukukun kullanılması ve anayasal ödünç alma karşıtı olan Yargıç Scalia, yargıçların kendi halklarının yasalarını uygulamakla görevli oldukları, özgür ve bağımsız yurttaşlara kendi yasaları ile çelişen ulusüstü değerleri empoze etme gibi bir yetkileri olmadığını ifade etmektedir.<sup>63</sup> Ayrıca, yetişkinler arası eşcinsel ilişkinin suç olarak kabul edilip edilemeyeceğine ilişkin *Lawrence v. Texas* kararında, anayasal hakların yabancı devletlerin suç olmaktan çıkarması ile birdenbire doğamayacağını, ABD Yüksek Mahkemesi’nin yabancı yargı makamlarının kararlarını tartışmasının gereksiz olduğunu ve Yüksek Mahkeme’nin yabancı adetleri ve modaları Amerikalılara aşılamayacağını belirtmiştir.<sup>64</sup> Yargıç Scalia’nın bu

---

<sup>62</sup> Aharon Barak, **The Judge in a Democracy**, Princeton University Press, Princeton, New Jersey, 2006, s. 117-119.

<sup>63</sup> Antonin Scalia, “Commentary”, **Saint Louis University Law Journal**, Vol. 40, No. 4, Summer 1996, s. 1119, 1121.

<sup>64</sup> *Lawrence et al. v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003), Yargıç Scalia’nın Karşı Oy Yazısı. Bkz.; “*The Court’s discussion of these foreign views (ignoring, of course, the many countries that have retained criminal prohibitions on sodomy) is therefore meaningless dicta. Dangerous dicta, however, since “this Court . . . should not impose foreign moods, fads, or fashions on Americans.” Foster v. Florida, 537 U. S. 990, n. (2002) (Thomas, J., concurring in denial of certiorari).*”

yaklaşımı *Atkins v. Virginia* kararında da ifadesini bulmuştur ve dünya toplumunun uygulamalarının karara konu olayla ilgisiz olduğunu ve farklı ülkelerin adalet nosyonlarının ABD hukuku ile aynı olmadığını belirtmiştir.<sup>65</sup> Küçüklerin ölüm cezasına ilişkin *Stanford v. Kentucky* kararında da Yargıç Scalia, “terbiyenin (decency)” bir Amerikan kavramı olarak ele alınması gerektiğini belirtmiş ve yabancı mahkeme kararlarına atıf yapılmasını olumsuz karşıladığını açıkça ortaya koymuştur.<sup>66</sup>

Yargıç Breyer ise anayasal ödünç almaya olumlu yaklaşımını, *Printz v. United States* kararında, ABD Yüksek Mahkemesi yargıçlarının ABD Anayasası’nı yorumladığını, başka ülke sistemleri ve anayasaları ile ABD’nin sistemi arasında farklılık olabileceğini; ancak bunun ortak hukuki sorunlara ve bunların çözümlerine deneysel anlamda yol gösterici olabileceğini belirterek ifade etmiştir.<sup>67</sup> Yargıç Breyer, *Knight v. Florida* kararındaki karşı oy yazısında da Hindistan, Zimbabwe, Kanada Yüksek Mahkemeleri ve AİHM kararlarına atıf yapmış ve yabancı mahkemelerin, benzer hukuki sorunları benzer hukuki standartlar ışığında çözüme kavuşturdukları tespitini yapmıştır.<sup>68</sup>

---

<sup>65</sup> *Atkins v. Virginia*, 536 U.S. 304 (2002), Yargıç Scalia’nın Karşı Oy Yazısı. Bkz.; “(...) *I agree with The Chief Justice, ante, at 325–328 (dissenting opinion), that the views of professional and religious organizations and the results of opinion polls are irrelevant.6 Equally irrelevant are the practices of the “world community,” whose notions of justice are (thankfully) not always those of our people. (...)*”

<sup>66</sup> *Stanford v. Kentucky*, 492 U.S. 361 (1989), Yargıç Scalia’nın Karşı Oy Yazısı. Bkz.; “*We emphasize that it is American conceptions of decency that are dispositive, rejecting the contention of petitioners and their various amici (accepted by the dissent, see post at 492 U. S. 389-390) that the sentencing practices of other countries are relevant. (...)*”

<sup>67</sup> *Printz v. United States*, 521 U.S. 898 (1997), Yargıç Breyer’in Karşı Oy Yazısı. Bkz.; “*Of course, we are interpreting our own Constitution, not those of other nations, and there may be relevant political and structural differences between their systems and our own. Cf. The Federalist No. 20, pp. 134-138 (C. Rossiter ed. 1961) (J. Madison and A. Hamilton) (rejecting certain aspects of European federalism). But their experience may nonetheless cast an empirical light on the consequences of different solutions to a common legal problem—in this case the problem of reconciling central authority with the need to preserve the liberty-enhancing autonomy of a smaller constituent governmental entity. Cf. id., No. 42, at 268 (J. Madison) (looking to experiences of European countries); id., No. 43, at 275, 276 (J. Madison) (same).*”

<sup>68</sup> *Knight v. Florida*, 120 S. Ct. 459 (1999), Yargıç Breyer’in Karşı Oy Yazısı. Bkz.; “*In these cases, the foreign courts I have mentioned have considered roughly comparable questions under roughly comparable legal standards.*”

Yargıçların anayasal ödünç alma kapsamında etkisi Türk Anayasa Mahkemesi örneğinde değerlendirildiğinde ise; yargıçların eğitime, bildikleri yabancı dil veya dillere ve diğer kişisel unsurlara ilişkin gözlemler yapabiliriz. Bu kapsamda Türk Anayasa Mahkemesi'nin erken dönem kararlarına baktığımızda anayasal ödünç alma kapsamında öne çıkan yargıçlar olduğunu görebiliriz. Örneğin, çalışmamız kapsamında Türk Anayasa Mahkemesi kararlarını anayasal ödünç alma bağlamında taradığımızda, 1966-1972 yılları arasında Anayasa Mahkemesi üyeliği ve uyuşmazlık mahkemesi başkanlığı yapmış Recai Seçkin'in karşı oy yazıları dikkat çekmektedir. Döneminde yönlendirici bir anayasal hüküm olmamasına rağmen karşılaştırmacılığa eğilimli bakış açısı kuşkusuz bu yargıcın yargılama felsefesinin de dışavurumudur. Bu kapsamda, karşı oy yazılarında gerek uluslararası insan hakları belgelerindeki gerekse ulusal anayasalardaki düzenlemelerden yararlandığı<sup>69</sup>, benzer hükümlere dikkat çektiği<sup>70</sup>, diğer ulusal anayasa mahkemelerinin kararları ile hukuki argümanlarını desteklediği<sup>71</sup> ve bir ilke olarak karşılaştırmalı hukuktan yararlanılması gerektiğini ifade ettiği ve dinamik anayasa anlayışını benimsediği<sup>72</sup>

<sup>69</sup> AYM Kararı, E: 1969/8, K: 1969/37, 19 Haziran 1969, Recai Seçkin'in Gerekçenin Yazılışına İlişkin Karşı Oy Yazısı; "(...) Eşitlik ilkesini yalnızca Anayasa'nın 12. maddesinin 1. fıkrasında öngörülen durumlar dolayısıyla ayırım gözetmekten kaçınma anlamında yorumlayıp orada sayılan durumlar dışında herhangi bir duruma dayanarak yapılacak ayırmalar sözü edilen fıkra kuralının kapsamı dışında saymak, hem Türk Anayasa hukukunun tarihsel gelişmesine, hem de tartışma konusu kurala ilişkin yasama belgelerindeki yazılara ve maddenin her iki fıkrasının birlikte ve herkes sözcüğü üzerinde durularak incelenip tümü bakımından yapılacak yorumda çıkan sonuca, **hem de insan haklarına ilişkin uluslararası belgelerle Alman, Avusturya, Fransa Anayasalarındaki metinlerdeki yazılışlara, uygun düşmemektedir.** (...)” (Vurgu eklenmiştir.)

<sup>70</sup> AYM Kararı, E: 1968/26, K: 1969/14, 18 ve 19 Şubat 1969, Salim Başol, Muhittin Taylan ve Recai Seçkin'in Karşı Oy Yazısı; "(...) **Alman Anayasa Mahkemesinin 2. Dairesinin yukarıda özetlenen gerekçelere benzeyen gerekçelere dayanan 19/7/1966 günlü kararı Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts 20. Band 1967 J. G. B. Mohr. Tübingen S 98 ve sonu.) ile bizim Anayasa'mızdaki benzeyen Batı Almanya Anayasa'sının hükümlerine dayanarak** sayasal partilere devlet bütçesinden para ödenmesinin Anayasa'ya aykırı olduğunun benimsenmiş bulunması dahi, burada savunulan görüşün doğruluğunu belirten ayrı bir kanıttır. (...)” (Vurgu eklenmiştir.)

<sup>71</sup> AYM Kararı, E: 1970/12, K: 1971/13, 2 Şubat 1971, Recai Seçkin'in Kararın Gerekçesinin Yazılışına İlişkin Karşıoy Yazısı; "**l- Federal Almanya Anayasa Mahkemesinin ikinci Dairesinin 19/7/1966 günlü iptal karar, mahkememizin siyasal partilere devletçe akçalı yardım yapılmasının ilke olarak Anayasaya aykırı bulunduğu yollu görüşünü destekleyen bir bilimsel kaynak olarak kararımızın gerekçesinde yer alması gerekli iken bu yönün kurulca kabul edilmeyip gerekçenin eksik bırakılması üzerine anılan karara ve bizim kararımızın gerekçesinin doğrultusunda bulunan gerekçelerine özet olarak bu karşıoy yazımda yer veriyorum.** (...)” (Vurgu eklenmiştir.)

<sup>72</sup> AYM Kararı, E: 1972/13, K: 1972/18, 6 Nisan 1972, Recai Seçkin, Kani Vrana ve Şevket Müftügil'in Karşı Oy Yazısı; "**Anayasamızın özellikle sözü ile sustuğu ve fakat özü ile çözdüğü veya uygun bulduğu bu konudaki sorunu içtihat yolu ile de bir sonuca bağlamak, Anayasa Mahkemesinin görevleri arasındadır. Yargısal uygulamaların tümünde, içtihatlarda birlik ve kararlılığın korunması**

unsurlara rastlanmaktadır. Bu unsurların kararlara yansması bakımından yargıcın sahip olduğu niteliklerine baktığımızda; yurtdışında hukuk eğitimi aldığı<sup>73</sup>, bu kapsamda yabancı dil bilgisine sahip olduğu ve lisansüstü çalışmalarını tamamladığı gözlenmektedir.<sup>74</sup>

Yakın zamanda Türk Anayasa Mahkemesi kararlarında karşılaştırmalı hukuka ve yabancı anayasa mahkemesi kararlarına atf yapan Anayasa Mahkemesi üyelerinden biri ise Engin Yıldırım'dır.<sup>75</sup> Anayasal ödünç alma bağlamında Yıldırım'ın daha çok ABD Yüksek Mahkemesi ve Alman Anayasa Mahkemesi'ne atf yaptığı görölmektedir.<sup>76</sup> Ayrıca Barak'ın yalnızca yargıcın takdir yetkisini kullanabileceği birden fazla çözümü olan hukuki sorunlarda ve çetin davalarda yargıcın yargılama felsefesinin etkili olabileceğini kabul ettiği görüşüne ilişkin olarak Yıldırım'ın karşı ve ayrık oy yazılarındaki aktivist yaklaşımı dikkat çekicidir. Bu bağlamda daha önce de Anayasa Mahkemesi önüne gelmiş olan Anayasa Mahkemesi'nin Medeni Kanun'da evli kadının soyadı düzenlemesinin iptaline ilişkin kararı örnek

---

*temel olmakla beraber, diğer yönden içtihatların kalınlaşarak, toplum ve insan yaşantısının oluşum ve gelişiminin doğurduğu ihtiyaçları izlemesi gereken hukuk anlayış ve kurallarının dondurulmasına yol açmaması ve dolayısıyla hukukun, çağın gittikçe deşicin gelişen gerekçelerini yakından izliyerek çağdaş uygar memleketlerdeki ölçü ve yükseklikte oluşup ilerlemesini engelleyici bulunmaması ilkesi de vardır. O halde, yasalarda boşluk olan yerlerde, hukukun üstün kuralları, bütün tarihsel gelişim ve oluşum evre ve aşamalarda geçtiği üzere, mahkemelerin, vicdanî kanıları ile oluşacak olan içtihatlarında uygulama yeri bulmalıdır.”*

<sup>73</sup> Burada belirtmek gerekir ki yargıçların eğitiminin anayasal ödünç alma kapsamında etkisine ilişkin Kanada'da ABD Yüksek Mahkemesi kararlarının etkisine ilişkin yapılan eski bir çalışmada, Amerikan hukuk tedrisatından geçmiş altı yargıcın Amerikan kararlarını kullanmada ve bu kararlara atıfta sayısal üstünlük kurduğu tespit edilmiştir. Bkz.; S.I. Bushnell, “The Use of American Cases”, **University of New Brunswick Law Journal**, C. 35, 1986, s. 168-170.

<sup>74</sup> Bkz.; Türk Anayasa Mahkemesi Yargıcı Recai Seçkin'in özgeçmişı; (Çevrimiçi) <http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/uyeler/emekliuyeler/ahmetrecaiseckin.html> , Son Yararlanma Tarihi: 15 Aralık 2016.

<sup>75</sup> Anayasa Mahkemesi üyesi Engin Yıldırım'ın özgeçmişine baktığımızda yurtdışında lisansüstü çalışmalarını tamamladığı, yabancı dil bilgisine sahip olduğu ve akademik geçmişı yargısal felsefesinin oluşmasında dikkate alınmalıdır. (Çevrimiçi) <http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/uyeler/uyeler/enginyildirim.html> , Son Yararlanma Tarihi: 15 Aralık 2016.

<sup>76</sup> Bkz.; AYM Kararı, E: 2010/58, K: 2011/8, 6 Ocak 2011; AYM Kararı, E: 2009/85, K: 2011/49, 10 Mart 2011; AYM Kararı, E: 2010/40, K: 2012/8, 19 Ocak 2012; AYM Kararı, E: 2013/99, K: 2014/61, 27 Mart 2014.

verilebilir.<sup>77</sup> Medeni Kanun'un evli kadının eşinin soyadını alacağına ilişkin düzenlemesinin, kadının yalnızca kendi soyadını kullanmasına engel olarak Anayasa'ya aykırılığının iddia edildiği; ancak Anayasa Mahkemesi'nin ilgili yasa maddesini Anayasa'ya uygun bulduğu bu karardaki karşı oy yazısında Yıldırım öncelikle karşılaştırmalı hukuktan yararlanmaktadır. Bu kapsamda öncelikle Japonya, İsviçre, İngiltere ve ABD'deki yasal düzenlemeleri ortaya koymuş ve Avrupa Konseyi üyesi devletler içinde evli kadının yalnızca kendi soyadını kullanabilme olanağını yasal olarak ortadan kaldıran tek ülkenin Türkiye olduğunu belirtmiştir.<sup>78</sup> Ardından Alman Federal Anayasa Mahkemesi kararına<sup>79</sup> ve ABD'deki uygulamalara atıf yapmıştır.<sup>80</sup>

<sup>77</sup> Anayasa Mahkemesi evli kadının soyadına ilişkin Medeni Kanun düzenlemelerine ilişkin verdiği kararlar için bkz.; AYM Kararı, E: 1997/61, K: 1998/59, 29.9.1998; AYM Kararı, E: 2009/85, K: 2011/49, 10 Mart 2011; AYM Kararı, *Sevim Akat Eşki Başvurusu*, Başvuru No. 2013/2187, 19 Aralık 2013; AYM Kararı, *Ayşe Sena Sezgin Arslan Başvurusu*, Başvuru No. 2014/13367, 15 Nisan 2015; AYM Kararı, *Neşe Aslanbay Akbıyık Başvurusu*, Başvuru No. 2014/5836, 16 Nisan 2015.

<sup>78</sup> AYM Kararı, E: 2009/85, K: 2011/49, 10 Mart 2011, Engin Yıldırım'ın Karşı Oy Yazısı; *"Mukayeseli hukuka baktığımızda soyadı ile ilgili çeşitli düzenlemeler olduğunu görmekteyiz. Avrupa Konseyi'ne üye devletler arasında kadının evlendiğinde kendi soyadını kaybetmesini yasayla öngören tek ülke Türkiye'dir. Bazı ülkelerde de evlenmeyle soyadının değişmesi yasal bir zorunluluktur. Mesela, Japon Medeni Kanun'u evli çiftlerin eşlerden birinin soyadını almasını zorunlu tutmuş ancak burada hangi eşin soyadının alınacağını belirtmemiş, tarafların kendilerine bırakmıştır. Benzer bir düzenleme İsviçre hukukunda da yer almaktadır. Ortak Hukuk (Common Law) sisteminin olduğu ülkelerde, örneğin İngiltere'de eşlerden biri, diğer eşin soyadını kullanmak istiyorsa bunu evlendirme cüzdanına yazdırması yeterlidir. ABD'de konuyla ilgili federal bir düzenleme olmadığından, konu eyaletlerin takdirine bırakılmıştır. ABD'yi meydana getiren 50 eyaletin tamamında kadınlara evlendiklerinde soyadlarını muhafaza etme veya kocalarının soyadlarını alma hususunda tercih hakkı tanınmıştır."*

<sup>79</sup> Bkz.; AYM Kararı, E: 2009/85, K: 2011/49, 10 Mart 2011, Engin Yıldırım'ın Karşı Oy Yazısı; *"Almanya Federal Anayasa Mahkemesi'nin, Alman Medeni Kanun'un 1355/2. maddesine ilişkin iptal kararı, soyadına ilişkin hükümler açısından Alman Hukuku'nda tam anlamıyla kadın erkek eşitliğinin sağlanmasında önemli rol oynamıştır. İlgili fıkra da yer alan 'eşler bir evlilik adı seçmemişlerse, kocanın soyadı evlilik adı olur' hükmü Anayasanın (Art. 3/II) eşit haklara sahip olma ilkesine aykırılık oluşturduğu gerekçesiyle Alman Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilmiştir. (...)"*

<sup>80</sup> Engin Yıldırım ayrıca karşı oy yazısında konuya ilişkin ABD'deki yargı organlarının genel yaklaşımlarını ortaya koymuş ve Tennessee Eyalet Yüksek Mahkemesi'nin *Dunn v. Palermo* kararına yer vermiştir. Atıf yapılan bu karar için bkz.; *Dunn v. Palermo*, 522 S.W.2d 679 (1975).

### C. “Çağdaş ve Uygar” Devletlerin ve “Prestijli” Mahkemelerin Etkisi

Anayasa Mahkemeleri arasında ödünç alma pratiklerinin gelişmesine katkıda bulunan unsurlar incelendiğinde, devletlerin tabii olduğu hukuk sistemlerinin ve bu bağlamda tarihsel ve hukuk kültürüne ilişkin yapılarının, kullanılan dilin ve mahkemelerin diğer mahkemelerin nezdinde konumunun, bir diğer deyişle “prestijinin” etkili olduğu görülmektedir.<sup>81</sup>

Ödünç alma kapsamında özellikle daha üstün olduğu kabul ediliyorsa başkalarının sahip olduğundan yararlanma ve ona sahip olma arzusu tetikleyici olmaktadır ve bu kapsamda anayasal ödünç alma bir dayatma sonucu değil iradi bir sürecin sonucu olarak ortaya çıkmaktadır. Bu kapsamda “prestij” olgusu, iradi süreci etkileyen bir unsurdur ve mahkemeleri daha iyi yorumu / hukuku üreten ve uygulayan mahkemeden esinlenme yönünde motive etmektedir.<sup>82</sup>

Kararlarına atıf yapılan prestijli mahkemelerin etkisi, Anayasa Mahkemeleri kararlarında çoğunlukla “çağdaş ve uygar devletler” nitelemesi ile karşımıza çıkmaktadır. Bu bağlamda hemen her ülkenin hukuki anlamda belirli standartlara sahip olduğunu kabul ettiği, gelişmişlikte örnek aldığı ülkeler olduğu görülmektedir. Örneğin, ABD Yüksek Mahkemesi’nin küçüklere verilen ölüm cezalarına ilişkin *Roper v. Simmons* kararında Mahkeme, ABD’nin küçüklere ölüm cezası öngören dünyadaki tek ülke olduğunu belirterek; *Trop v. Dulles* kararından bu yana 8. Değişiklik’in zalim ve olağandışı cezaları yasaklamasına ilişkin yorumlarında, diğer ülkelerin yasalarına ve uluslararası otoritelere atıf yapıldığını belirtmektedir.<sup>83</sup> Savaş zamanı askerlik hizmetini bırakma sonucunda vatandaşlıktan çıkarılma cezası

---

<sup>81</sup> Jean-Sylvestre Bergé, *L’Application du Droit National, International et Européen*, Dalloz, Paris, 2013, s. 63-67; Mak, *a.g.e.*, s. 206.

<sup>82</sup> Graziadei, *a.g.e.*, s. 457-458.

<sup>83</sup> *Roper v. Simmons*, 543 U. S. 551 (2005).

verilmesinin anayasaya aykırı olup olmadığının tartışıldığı *Trop v. Dulles* kararında “dünyadaki çağdaş milletlerin” vatandaşlıktan çıkarılmanın bir ceza olarak uygulanamayacağı üzerine anlaşmış görüldüğü ifade edilmiştir.<sup>84</sup> Benzer şekilde Yüksek Mahkeme’nin küçüklerin ölüm cezası verilip verilemeyeceğine ilişkin *Thompson v. Oklahoma* kararında da “Batı Avrupa topluluğunun önde gelen üyelerinin” de küçüklerin ölüm cezasını yasakladığına yer vermiştir.<sup>85</sup>

Anayasal ödünç almada “çağdaş ve uygar devletler” vurgusu Türk Anayasa Mahkemesi’nin de sıklıkla başvurduğu bir unsurdur. Bu bağlamda Mahkeme’nin yabancı anayasa mahkemelerinin kararlarına başvururken dayandığı benzer norm bulunması unsurunun, kimi zaman da yabancı hukuklarda benzer bir hükmün bulunmaması biçiminde kendini göstermesi ile bağlantılı olarak değerlendirme yaptığı bir kararı örnek gösterilebilir. 743 Sayılı Türk Medeni Kanunu’nun 169. maddesine göre, eşlerden kadın olanın yargıçtan izin almadan kefil olması üzerine icra takibinin iptali istemiyle açılan davada, Medeni Kanun’un ilgili maddesinin anayasaya aykırılığı ileri sürülmüştür. Mahkeme’nin bu kararındaki bir karşı oy yazısında itiraz konusu kurala benzer bir düzenlemeye, “çağdaş uygarlık düzeyine ulaşmış diğer ülkelerde” rastlanmadığı belirtilmiştir. Ayrıca, Anayasa kurallarının yorumlanmasında Anayasa’nın, Türk toplumunu çağdaş uygarlık düzeyine ulaştırma amacının gözetilmesini vurgulayan hükümlerinin, bu düzeye ulaşmayı engelleyecek

---

<sup>84</sup> *Trop v. Dulles*, 356 U.S. 102-103 (1958); “**The civilized nations of the world** are in virtual unanimity that statelessness is not to be imposed as punishment for crime. It is true that several countries prescribe expatriation in the event that their nationals engage in conduct in derogation of native allegiance. Even statutes of this sort are generally applicable primarily to naturalized citizens. But use of denationalization as punishment for crime is an entirely different matter. **The United Nations’ survey of the nationality laws of 84 nations of the world reveals that only two countries, the Philippines and Turkey, impose denationalization as a penalty for desertion.** In this country, the Eighth Amendment forbids this to be done.” (Vurgu eklenmiştir.)

<sup>85</sup> *Thompson v. Oklahoma*, 487 U. S. 815 (1988); “Relevant state statutes -particularly those of the 18 States that have expressly considered the question of a minimum age for imposition of the death penalty, and have uniformly required that the defendant have attained at least the age of 16 at the time of the capital offense- support the conclusion that it would offend civilized standards of decency to execute a person who was less than 16 years old at the time of his or her offense. That conclusion is also consistent with the views expressed by respected professional organizations, by other nations that share the Anglo-American heritage, and by **the leading members of the Western European Community.**” (Vurgu eklenmiştir.)



biçimde yorumuna olanak vermediği ifade edilmiştir.<sup>86</sup> Bu kararda yargısal karşılaştırmacılığa başvururken, normatif benzerlik taşımanın anlamlı olduğu unsur, “çağdaş” ve “uygar” devletlerin uygulamalarının yol gösterici etkisi ile birlikte değerlendirilmiştir.

Türk Anayasa Mahkemesi’nin, 743 Sayılı Medeni Kanun’un evlilik içi ve evlilik dışı çocuk ayrımı gözeten hükmüne ilişkin kararında ise Mahkeme değerlendirmesinde, çağdaş ve uygar ülkelerin yasalarına bakıldığında evlilik içi ve evlilik dışı çocuk ayrımına son verildiği belirtilmiştir.<sup>87</sup> Alman Federal Anayasa Mahkemesi’nin konu ile ilgili bir kararına<sup>88</sup> atıf yapılan Mahkeme’nin bu kararında ayrıca, Anayasa’nın genel ilkeleri yönünden yapılan incelemede, anayasal ödünç almanın unsurlarından resepsiyon ile bağlantılı olarak Türk Hukuk Devrimi’nin niteliğinden kaynaklı çağdaş uygarlık düzeyi vurgusu dikkat çekmektedir. Bu kapsamda iptale konu maddenin çağdaş anlayışla ve toplumun değişen değer yargılarıyla Medeni Kanun’un kabulünde güdülen amaca uygun olarak ele alınması gerektiği belirtilmektedir.<sup>89</sup>

Anayasal ödünç alma bağlamında çağdaş ve uygar devletler vurgusu demokrasi düşüncesi ile de bağlantılı olarak ele alınmaktadır. Kanada Yüksek Mahkemesi’nin ifade özgürlüğü hakkına ilişkin *Grant v. Torstar Corp.* kararında diğer common law

<sup>86</sup> AYM Kararı, E: 1999/47, K: 1999/46, 28.12.1999, Yalçın Acargün, Mustafa Bumin, Mustafa Yakupoğlu ve Fulya Kantarcıoğlu’nun Karşı Oy Yazısı.

<sup>87</sup> AYM Kararı, E: 1980/29, K: 1981/22, 21/5/1981, bkz.; “Uygar ülkeler, nesebi sahih ve nesebi gayri sahih çocuklar arasındaki tüm eşitsizlikleri kaldırmışlar. Anayasa üstü normlar olarak niteleyebileceğimiz sözleşmeler de çocuklar arasında her türlü ayrımcılığa son vermişlerdir.” Aynı yönde benzer bir karar için bkz.; AYM Kararı, E: 1990/15, K: 1991/5, 28.2.1991.

<sup>88</sup> Bkz.; “(...) Nitekim benzer bir konuda Alman Anayasa Mahkemesi, görüşlerini “Belirli bir grup insanın kendi iradeleri dışında kalmış bir nedenle, salt bir doğum yanlısı yüzünden aşağılanmalarının - horlanmalarının... eşitlik ilkesi ve kişiliğin serbestçe oluşumu, gelişimi temel hakkı ile bağdaşmayacağı açıktır.” biçimindeki sözlerle belirtilmiştir (Alman Federal Anayasa Mahkemesi Kararları, Sh. 9. 1970).”

<sup>89</sup> Bkz.; “Türk Hukuk Devriminin temel yasasını oluşturan ve Adliye Encümeni Mazbatasını gereğince Türk Ulusunu “çağdaş uygarlık düzeyinde” bir hukuk düzenine kavuşturması amacıyla İsviçre Medeni Yasası’ndan aktarılan Türk Medeni Yasası’nın kimi hükümlerinin; çağdaş anlayışla ve toplumun değişen değer yargılarıyla Medeni Yasa’nın kabulünde güdülen amaca uygun bir biçimde ele alınarak Anayasal denetime bağlı kılınması toplumun dinamikliğine ve Anayasa’nın benimsediği Türk Ulusunun daima yücelmesi ve çağdaş uygarlık düzeyine ulaşması biçimindeki ereğine uygun düşmektedir.” (Vurgu eklenmiştir.)

demokrasileri incelendiğinde başkalarının şan ve şöhretinin korunması ile basın özgürlüğü arasındaki dengenin sağlanmasında ifade özgürlüğünden yana tutumlarının dikkat çektiği belirtilmiştir.<sup>90</sup> Bu kapsamda ABD, Avustralya, Yeni Zelanda, Güney Afrika ve Birleşik Krallık'tan anayasa mahkemesi ve yüksek mahkeme kararlarına atıf yapılmıştır.<sup>91</sup> Benzer şekilde Macar Anayasa Mahkemesi de doğum kontrol yöntemlerinin kullanılmasına ilişkin bir kararında kendi geleceğini belirleme hakkı ve kısırlaştırma arası anayasal ilişkiyi incelerken konuyla ilgili anayasal demokrasilerdeki eğilimleri göz önüne alacağını belirtmektedir. Bu kapsamda Macar Anayasa Mahkemesi ABD, İspanya, Almanya ve Birleşik Krallık'tan yargı kararlarına atıf yapmış ve günümüzde demokratik hukuk sistemine sahip Birleşik Krallık, Japonya, Kanada, İsviçre, İspanya gibi ülkelerin çoğunda (*in many countries with a democratic legal order*), bireylerin yaşına, medeni durumuna veya sahip oldukları çocuk sayısına bakmaksızın kısırlaştırma veya doğum kontrolü uygulamasına yönelik olarak yasal düzenlemelerde veya mahkeme kararlarında bir tartışma yapılmadığını belirtmiştir.<sup>92</sup> Macar Anayasa Mahkemesi'nin suçta ve cezada kanunilik ilkesini de tartıştığı adil yargılanma hakkı ile ilgili bir kararında ise, daha önce verdiği başka bir kararda<sup>93</sup> öncelikle Mahkeme'nin suçta ve cezada kanunilik ilkesini (*nullum crimen et nulla poena sine lege*) ceza hukukunun meşruluğunun anayasal temeli olarak yorumladığını ve bu bağlamda *Avrupa'nın anayasal demokrasilerinin* (*European constitutional democracies*) anayasalarının karşılaştırmalı bir incelemesini yaptığını belirtmiştir.<sup>94</sup>

“Prestijli mahkemeler” olgusunun bazı hallerde ise ulusalüstü mahkemeleri kapsadığı görülmektedir. Burada yinelemek gerekir ki, çalışmamız kapsamında

---

<sup>90</sup> *Grant v. Torstar Corp.*, 2009 SCC 61, File No. 32932, 2009: April 23; 2009: December 22, par. 66, bkz.; “**A consideration of the jurisprudence of other common law democracies favours replacing the current Canadian law governing redress for defamatory statements of fact on matters of public interest, with a rule that gives greater scope to freedom of expression while offering adequate protection of reputation.**” (Vurgu eklenmiştir.)

<sup>91</sup> *Grant v. Torstar Corp.*, 2009 SCC 61, File No. 32932, 2009: April 23; 2009: December 22, par. 67-87.

<sup>92</sup> Macar Anayasa Mahkemesi Kararı, Decision 43/2005 (XI. 14.) AB, II, par. 2.

<sup>93</sup> Macar Anayasa Mahkemesi Kararı, Decision 11/1992 (III. 5.) AB (ABH 1992, 77).

<sup>94</sup> Macar Anayasa Mahkemesi Kararı, Decision 32/2008. (III. 12.) AB, V, par. 2.1.

diyalog kavramı altında sadece yatay diyalog anlayışını benimsediğimizden dolayı uluslararası sözleşmelere taraf devletlerin yüksek mahkemeleri tarafından, sözleşmeden kaynaklanan yükümlülükleri yerine getirme kaygısıyla sözleşme organı içtihatlarına yapılan zorunlu atıflardan değil, sözleşme tarafı olmayan devletlerin mahkemeleri tarafından yapılan iradi atıflardan söz etmekteyiz. Bu kapsamda, Kanada Yüksek Mahkemesi'nin AİHM kararlarını dikkate alması ve bu kararlara yaptığı atıflar örnek verilebilir. AİHM'in *Sanoma Uitgevers v. Hollanda* kararında başvuru şirket, otomobille ilgilenen okuyucular için çıkarılan *Autoweek* dergisinin yayımını ve pazarlamasını yapmaktadır. Yasadışı bir sokak yarışına ilişkin olarak dergide yayınlanmak üzere katılan otomobillerin ve kişilerin fotoğraflarının çekilmesine, katılımcıların kimliklerinin açığa çıkarılmama güvencesiyle izin verilmiştir. AİHM'in kararında söz konusu araçlardan birinin daha sonra bir suça karıştığı gerekçesiyle dergiden istenen kaynakların açıklanmamasına ilişkin görüşü ifade edilmektedir. Mahkeme kararda somut olayın, gazetecilerin haber kaynaklarını açığa çıkarabilecek materyalin zorla teslim edilmesine ilişkin olduğu değerlendirmesini yapmıştır ve bu zorunluluğun Sözleşme'nin ifade özgürlüğünü düzenleyen 10. maddesinde yer alan bilgi alma ve verme özgürlüğüne müdahale oluşturduğunu tespit etmiştir. Söz konusu müdahalenin ise hukuken öngörülmediği kararına varan Mahkeme, 10. maddenin ihlal edildiğine hükmetmiştir.<sup>95</sup>

Kanada Yüksek Mahkemesi'nin *R. v. National Post* kararında ise gazeteci M, dönemin Kanada Başbakanı C'nin federal olarak fonlanan bir bankadan uygunsuz biçimde kredi aldığını ve C'nin aile yatırım şirketine borcu olduğu iddia edilen, C yönetiminde bir otele aktardığı bilgilerini araştırmaktadır. M'nin kaynağı X, mutlak bir gizlilik anlaşması ile söz konusu iddialara ilişkin bilgileri M'ye sağlamıştır. M daha sonra gizli bir zarfta iddiaları doğrulayan bir banka belgesi almıştır ve bu belgenin kopyalarını bankaya, Başbakanlık Ofisi'ne ve Başbakanın avukatına fakslamıştır. Belgeyi alan ilgililer belgenin sahte olduğunu ileri sürmüştür; ancak bir süre sonra M ile irtibata geçen gizli kaynak X belgeyi gerçek olduğunu düşünerek kendisinin gönderdiğini; ancak DNA veya parmak izi ile kimliğinin tespit

<sup>95</sup> *Sanoma Uitgevers B.V. v. Netherlands*, App. No. 38224/03, GC Judgment of 14 September 2010, par. 64-72 ve par. 81-100.

edilmesinden korktuğu için M'nin belgeyi ve zarfı yok etmesini istediğini belirtmiştir. Bununla birlikte M, X'e kendisini yanıltmadıkça aralarındaki gizlilik anlaşmasının geçerli olduğunu söyleyerek belgeyi yok etmeyi reddetmiştir. Bu sırada banka polise sahtecilik dolayısıyla şikayette bulunmuş ve polis zarfa ve belgelere delil olarak el koymak istemiştir; ancak M buna izin vermemiş ve kaynağını da açıklamayı reddetmiştir. Bunun üzerine polis memuru arama emri için başvurmuş ve mahkeme arama kararı vermiştir. Dava, Yüksek Mahkeme önüne arama emrinin verilmesinin Kanada Haklar ve Özgürlükler Şartı'na aykırılığı iddiasıyla gelmiştir.<sup>96</sup>

Yargıç Binnie tarafından kaleme alınan çoğunluk görüşünde Yüksek Mahkeme'nin suçun önlenmesi ve bilginin serbest yayılması arasında bir denge kurması gerektiği ifade edilmiştir.<sup>97</sup> AİHM ve Kanada Yüksek Mahkemesi'nin kararlarındaki bu denge arayışı metodolojik bir benzerliğe işaret etse de, uygulanan hukuki normların farklılığı nedeniyle, iki mahkemenin farklı sonuçlara ulaşmasına engel olmamıştır.<sup>98</sup> AİHM Sözleşme'nin ifade özgürlüğü hakkını düzenleyen 10. maddesinin ihlal edildiğine karar verirken<sup>99</sup>, Kanada Yüksek Mahkemesi davayı reddetmiştir. Bununla birlikte, kararda davacı tarafın getirdiği bir argüman olarak ve menfaatlerin dengelenmesindeki yönteme ilişkin AİHM'in kararından yararlanıldığı görülmektedir.<sup>100</sup>

#### D. Dil Etkisi

Anayasal ödünç alma kapsamında dil etkisi dendiğinde öncelikle karşılaştırmalı hukuk çalışmaları ile bağlantılı olarak yabancı dillerin ve bu dillerde üretilen hukuki metinlerin anlaşılması akla gelmektedir. Bu bağlamda yabancı dilin hukuk alanında etkisinin temel olarak üç ana kapsamda karşımıza çıktığı söylenebilir. İlk olarak,

---

<sup>96</sup> *R v. National Post*, 2010 SCC 16, File No. 32601, 7 Mayıs 2010.

<sup>97</sup> *R v. National Post*, 2010 SCC 16, File No. 32601, 7 Mayıs 2010, par. 28.

<sup>98</sup> Mak, **a.g.e.**, s. 208-209.

<sup>99</sup> AİHM'nin değerlendirmesi için bkz.; *Sanoma Uitgevers B.V. v. Netherlands*, App. No. 38224/03, GC Judgment of 14 September 2010, özellikle par. 81-100.

<sup>100</sup> *R v. National Post*, 2010 SCC 16, File No. 32601, 7 Mayıs 2010, özellikle par. 67-68.

günümüzde çoğunlukla İngilizce'nin her anlamda ortak bir dil haline gelmesi ile uluslararası fikir alışverişlerinde İngilizce'nin baskın etkisi söz konusudur. Bunun yanı sıra, hukuk eğitiminde eğitimcilerin mesleki olarak kullandığı yabancı dilin özellikle izlenen hukuk kültürü bağlamında etkili olduğu görülmektedir. Son olarak ise, özellikle çeviri hukuk metinleri açısından kavramların anlamının tespit edilmesi ve yabancı hukuk sisteminde karşılığının bulunması bakımından dil etkisi göze çarpmaktadır.<sup>101</sup>

Evrenselci anlayışın egemen olduğu küreselleşen dünyada, coğrafi mesafelerden bağımsız olarak İngilizce'nin ortak dil haline gelmesi<sup>102</sup> dünya çapında iletişimi ve hukuk bakımından da uluslarüstü yapıların önemini artırmıştır.<sup>103</sup> Ayrıca hukuk kültüründeki farklılıkların dile yansması da karşılaştırmalı hukukta ve dolayısıyla anayasal ödünç alma kapsamında dil etkisini ortaya çıkarmaktadır. Hukuk alanında İngilizce, common law hukuk sistemi ile doğrudan ilişkilidir ve hatta bu sistem farklılığı özellikle Kara Avrupası Hukuk sistemleri söz konusu olduğunda kullanılan kavramlara, çeviriye ve dolayısıyla dile ilişkin sorunlara sebep olabilmektedir.<sup>104</sup>

Dil unsuru, anayasal ödünç almada özellikle yabancı hukuki kaynakların seçimi bakımından önem taşımaktadır. Bu kapsamda *cherry-picking* kavramı akla gelmektedir. *Cherry-picking* temel olarak, yargıçların yararlanacağı yargı kararlarını seçerken adeta bir pastanın en üstündeki kirazların servis edilmeden önce alınmasına benzetilmekte ve yargıçların önemli görülen kararları seçmesi ile ortaya çıkan bir

---

<sup>101</sup> Vivian Grosswald Curran, "Comparative Law and Language", **The Oxford Handbook of Comparative Law**, Ed. Mathias Reimann – Reinhard Zimmermann, Oxford University Press, New York, 2008, s. 676-677.

<sup>102</sup> Burada belirtmek gerekir ki, İngilizce'nin dünya dili haline gelmesi dolayısıyla Birleşik Krallık'taki hukukçular bakımından, common law materyallerine kolaylıkları ulaşabilmelerinden ötürü yabancı dil öğrenme gerekliliği duymadıkları tespiti yapılmaktadır. Bkz. Esin Örüçü, "The Courts and The Legislator", **Comparative Law A Handbook**, Ed. Esin Örüçü – David Nelken, Hart Publishing, 2007, s. 414.

<sup>103</sup> Grosswald Curran, **a.g.e.**, s. 677.

<sup>104</sup> Sjef van Erp, "Comparative Private Law in Practice", **Comparative Law A Handbook**, Ed. Esin Örüçü – David Nelken, Hart Publishing, 2007, s. 403.

göreceliliği ifade etmektedir.<sup>105</sup> Dil unsuru da atıf yapılacak yabancı yargı kararlarının seçilmesinde, gerek yabancı dil bilmeyen yargıçlar bakımından doğrudan kararlara ulaşamama ve ancak çevirisi yapılan kararlar arasından bir seçime yönelme, gerekse çevirisi yapılan kararların çoğunlukla evrensel nitelikli sayılan dillerden seçilmesi bu göreceliliğe sebep olmaktadır.<sup>106</sup> Öyle ki, çevirisi yapılan kararların evrensel sayılan İngilizce, Fransızca, Almanca, İspanyolca gibi dillerde olması yargıçlara ancak halihazırda seçilmiş bir grup içinden daha dar bir seçim yapma olanağı sunmaktadır.

Dil unsurunun anayasal ödünç alma kapsamında etkisine bir örnek Güney Afrika Anayasa Mahkemesi'nin *Du Plessis and Others v. De Klerk and Others* kararında görülebilir. Bu kararda; yabancı dil engeli, atıf yapılacak hukuk hakkında bilgi sahibi olma ve kaynaklara ulaşma ile ilgili olarak ayrıntılı bir tartışmaya yer verilmiştir. Kararın konusunu oluşturan anayasal hükümlerin yatay etkisine ilişkin Alman içtihadının, özellikle Almanca bilmeyenler için özetlenmesinin hiç kolay olmadığı; bununla birlikte Güney Afrika literatüründe Alman yaklaşımına ilişkin çalışmalar bulunduğu ifade edilmekte ve kararda bu çalışmalardan ve Alman hukukundaki içtihatlardan yararlanılmaktadır.<sup>107</sup>

Dil etkisi hukuk sistemi etkisi ile de son derece bağlantılıdır. Örneğin İngiltere, Avustralya, Yeni Zelanda, Kanada ve Amerika Birleşik Devletleri gibi common law hukuk sistemini benimseyen ülkelerin yüksek mahkemeleri arasındaki etkileşim, içtihatlara erişim kolaylığı sonucunda daha fazladır. Buna karşılık, yargıçların common law dışında kaynaklardan ve bu sistemi benimseyen ülkelerdeki yüksek mahkeme içtihatlarından yararlanması özellikle dil engeli sebebiyle sık görülmemektedir.<sup>108</sup>

---

<sup>105</sup> Julie Allard – Arnaud Van Waeyenberge, “De la bouche à l’oreille? Quelques Réflexions Autour du Dialogue des Juges et de la Montée en Puissance de la Fonction de Juge”, **Revue Interdisciplinaire d’Etudes Juridiques**, C. 61, 2008/2, s. 119.

<sup>106</sup> Esin Örcü, “Ulusal Anayasa Mahkemelerinde ‘Yargısal Karşılaştırmacılık’ ve Mahkemeler Arası Diyalog”, **Anayasa Yargısı**, C. 24, 2007, s. 435.

<sup>107</sup> *Du Plessis and Others v. De Klerk and Others*, 1996(3) SA 850, 15.05.1996, par. 39-42.

<sup>108</sup> Mak, **a.g.e.**, s. 206.

Hukuk sistemi ile olan birlikteliğinin dışında dil etkisi, kültürel ve sosyal benzerliklerle de paralel ilerlemektedir. Bu kapsamda Kanada örneği dikkat çekicidir. Kanada Yüksek Mahkemesi İngilizce odaklı çalışmaktadır ve dile ilişkin sorunlar özellikle İngilizce'nin resmi dil olmadığı devletlerin yargı organlarının içtihatlarında karşımıza çıkmaktadır. Bununla birlikte kimi zaman, örneğin Kanadalı yargıçlar tarafından saygı duyulan Alman Federal Mahkemesi içtihatlarına yapılan atıflarda olduğu gibi, bu içtihatların çevirilerinin dikkate alındığı görülmektedir. Kültürel ve sosyal benzerliklerin dil etkisi ile paralelliği ise özellikle Québec bölgesinden gelen davalar bakımından çoğunlukla Fransızca kararlara atıf yapılmasıyla kendini göstermektedir. Bu kapsamda Kanada'daki Fransız azınlık bakımından paylaşılan bu dil ve kültürün etkisi içtihatlara da yansımaktadır.<sup>109</sup>

Son olarak belirtmek gerekir ki, özellikle hukuk sistemleri ve buna bağlı olarak özellikle hukuki kavramların ve kurumların o sistemdeki yeri bağlamında dil etkisine ilişkin olarak Fransa'daki bir uygulama örnek verilebilir. 2008 yılında Fransız Danıştay (Conseil d'Etat) bünyesinde bir Karşılaştırmalı Hukuk Birimi (Cellule de Droit Comparé) oluşturulmuştur. Bu birimin kuruluş amacı, Fransız Danıştay'ının idari ve yargısal görevlere ilişkin dairelerine karşılaştırmalı hukuk konusunda rehberlik etmektir.<sup>110</sup> Benzer bir yapılanma anayasa mahkemeleri düzeyinde İtalyan Anayasa Mahkemesi'nde de bulunmaktadır. Araştırma Birimi içerisinde karşılaştırmalı hukuk araştırmalarına özgülenmiş bu bölümde, farklı ülkelerden genç hukukçular çalışmaktadır ve yargıçların talebi üzerine tartışılan hukuki sorunlara ilişkin karşılaştırmalı hukuk raporları ve farklı ülkelerdeki anayasa yargısı sistemlerine ilişkin raporlar hazırlanmaktadır.<sup>111</sup>

Türk Anayasa Mahkemesi bakımından da, Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 26. maddesi çerçevesinde, Mahkeme bünyesinde bir *Araştırma ve İchtihat Birimi (Ar-İç)*

---

<sup>109</sup> Mak, a.g.e., s. 207.

<sup>110</sup> Aurélie Bretonneau – Samuel Dahan – Duncan Fairgrieve, “Comparative Legal Methodology of the Conseil d'Etat: Towards an Innovative Judicial Process?”, **Courts and Comparative Law**, Ed. Mads Andenas – Duncan Fairgrieve, Oxford University Press, 2015, s. 242-252.

<sup>111</sup> Aldo Sandulli, “The Use of Comparative Law Before the Italian Public Law Courts”, **Courts and Comparative Law**, Ed. Mads Andenas – Duncan Fairgrieve, Oxford University Press, 2015, s. 267.

kurulmuştur. İÇTÜZÜK'ün 3/I. maddesinde Araştırma ve İctihat Birimi'nin, Mahkeme kararlarını izleyerek içtihadın geliştirilmesi ve tanıtımı için çalışmalar yapmak, içtihat farklılıklarının önlenmesine yönelik önerilerde bulunmak ve bu amaçlarla istatistikler ve araştırma raporları hazırlamakla görevli birim olarak tanımlandığı görülmektedir. 26. maddede ise Araştırma ve İctihat Birimi'nin görevleri özel olarak sayılmıştır.<sup>112</sup> Bu görevler arasında, AİHM ile diğer uluslararası yargı organları ve diğer yüksek mahkemelerin içtihatlarını takip etmek ve Mahkeme içtihadı açısından önemli görülen konularda bilgi notları hazırlamak anayasal ödünç alma bakımından özellikle önemlidir. Araştırma ve İctihat Birimi, 2010 yılında yapılan anayasa değişikliği çerçevesinde Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru usulünün kabul edilmesi sonucunda 2012 tarihli İÇTÜZÜK ile kurulmuştur ve düzenlenmiştir. Bu kapsamda, Birim'in ana işlevi Anayasa Mahkemesi'nin kurumsal kapasitesini arttırmak ve bireysel başvuru usulünün kabul edilmesiyle Mahkeme'nin karşılaşması olası zorluklarla başa çıkmak olarak kurgulanmış ve AİHM bünyesinde faaliyet gösteren birimlerden esinlenilmiştir.<sup>113</sup> Bununla birlikte, İÇTÜZÜK'ün 26. maddesinde özel olarak “diğer yüksek mahkemelerin içtihadını takip etme” ifadesi, bireysel

<sup>112</sup> *Araştırma ve İctihat Birimi (Ar-İç)*

**MADDE 26-** (1) Bir başraportörün gözetiminde yeterli sayıda raportör, raportör yardımcısı ve personelden oluşan Araştırma ve İctihat Birimi oluşturulur.

(2) Araştırma ve İctihat Biriminin görevleri şunlardır:

a) Rapor ve karar taslaklarını, Genel Kurulda ve Bölümlerde görüşülmesinden önce içtihat uyumluluğu ve gelişimi ile hukuk dili ve yazım kuralları yönünden inceleyerek gerekli gördüğünde ilgili rapor ya da karar taslağı ile birlikte Genel Kurul ya da Bölüme sunulmak üzere, bunların Birime ulaştırılmasından itibaren bir hafta içinde görüş hazırlamak.

b) Komisyonlar veya Bölümlerce kabul edilen kararlar arasında içtihat uyumsuzluğunu tespit ettiği takdirde durumu, bir rapor ile ilgili Bölüm Başkanının ve Başkanın dikkatine sunmak.

c) Başkan ya da Başkanvekillerinin talebi üzerine, rapor ve kararların hazırlanmasına yönelik araştırma ve inceleme raporları hazırlamak ve bunları tüm üye, raportör ve raportör yardımcılarının yararlanmasına sunmak.

ç) Genel Kurul, Bölümler ve Komisyonlarca verilen ve içtihat açısından önem arz eden kararları takip ederek, bu konuda Mahkeme birimlerinde görev yapanların bilgilendirilmesi için dokümanlar hazırlamak ve gerekli çalışmaları yapmak.

d) Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ile diğer uluslararası yargı organları ve diğer yüksek mahkemelerin içtihatlarını takip etmek, Mahkeme içtihadı açısından önemli görülen konularda bilgi notları hazırlamak.

e) Her yıl yayımlanmak üzere Genel Kurul, Bölümler veya Komisyonlar tarafından verilen ilkesel nitelikteki ve önemli kararları tespit etmek

<sup>113</sup> Araştırma ve İctihat Birimi'nin kuruluşu ve işleyişi ile ilgili bir inceleme için bkz.; Musa Sağlam, “İctihat Kalitesi ve Tutarlılığının Sağlanmasında Yeni Bir Yöntem Olarak Anayasa Mahkemesi Araştırma ve İctihat Birimi”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XIX, No. 4, 2015, s. 323-352.



başvuru usulünün insan hakları yargılaması olması ve bu kapsamda insan haklarının evrenselliği ilkesi sonucunda, ulusal ve yabancı yüksek mahkemeler olarak anlaşılmalıdır.

Fransız Danıştay, İtalyan Anayasa Mahkemesi ve Türk Anayasa Mahkemesi bakımından örneklendirdiğimiz içtihat birimleri ile karşılaştırmalı hukuka ve özel olarak anayasal ödünç almaya başvurmada hukuk kültürü farklılığı ve yabancı dilin olumsuz etkilerinin mümkün olduğunca ortadan kaldırılması hedeflenmektedir. Hukuk sistemleri hakkında yargıçları bilgilendirme ve düzenli olarak yabancı mahkemelerin içtihatları hakkında rehberlik etme açısından benzer birimlerin anayasa mahkemeleri bünyesinde kurulması, anayasal ödünç almanın etkili biçimde kullanılması için son derece önemlidir.<sup>114</sup>

## E. Tarihsel, Kültürel ve Sosyal Benzerlikler

Anayasal ödünç alma kapsamında tarihsel, kültürel ve sosyal benzerlikler de ödünç almayı etkileyen unsurlar olarak karşımıza çıkmaktadır. Çalışmamızın birinci bölümünde hukukta karşılaştırma faaliyetini açıklarken hukuk kültürleri, gelenekleri, sistemleri ile hukuki ideler ve analizler arasındaki benzerliklerin ve farklılıkların ortaya konmasının karşılaştırmının temeli olduğunu ifade etmiştik.<sup>115</sup> Bu hukuk kültürünün, geleneklerin ve sistemlerin oluşmasında ise tarihsel ve sosyolojik etkenler rol oynamaktadır. Ülkenin sosyal, siyasal ve ekonomik koşullarına bağlı bir anayasal sorunun çözümünde, tarihsel ve sosyal içeriği ile hukuk kültürü kavramı yorumda belirleyici olabilir.<sup>116</sup> Bununla birlikte, hukuk kültürü kavramına sıkı bir

<sup>114</sup> Doktrinde benzer bir öneri Fransız Anayasa Konseyi için ileri sürülmüştür. Bkz.; Josselin Rio, Le Conseil Constitutionnel et l'Argument de Droit Comparé", *Revue Juridique de l'Océan Indien*, No. 21, 2015, s. 39-40.

<sup>115</sup> Bkz., I. Bölüm, "Karşılaştırmalı Hukukun Anayasal Yorumdaki İşlevi" başlığı.

<sup>116</sup> Bu kapsamda hukuk ve sosyal değişimin etkileşimi üzerine çalışmamızın kapsamını aşan; ancak yabancı hukuk düzenleri arasındaki etkileşimi de ortaya koyan ayrıntılı çalışmalar için bkz.; David Nelken, "Towards a Sociology of Legal Adaptation", *Adapting Legal Cultures*, Ed. David Nelken – Johannes Feest, Hart Publishing, Portland, Oregon, 2001, s. 7-54; Annelise Riles, "Comparative Law and Socio-Legal Studies", *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Ed. Mathias Reimann – Reinhard Zimmermann, Oxford University Press, New York, 2008, s. 775-813.

bağıllık, yorumun karşılaştırmalı hukukun ve çalışmamızın ana konusu bağlamında yabancı anayasa mahkemeleri arası bir diyalogun göz ardı edilmesiyle sonuçlanması çelişisini içinde barındırsa da,<sup>117</sup> yargı kararları incelendiğinde hukuk kültüründeki ortak noktalar vurgusuna birleştirici bir unsur olarak sıklıkla başvurulduğu görülmektedir.

Sosyal benzerliklerin yabancı anayasa mahkemelerinin kararlarından ödünç almada dikkate alınması gereken bir unsur olduğu Türk Anayasa Mahkemesi'nin 743 Sayılı Medeni Kanun'un evlilik içi ve evlilik dışı çocuk ayrımı gözetilen hükmüne ilişkin kararında yer alan bir karşı oy yazısında ifadesini bulmaktadır. Karşı oy yazısında; kararda yabancı ülkelerde bu ayrıma ilişkin yasal düzenlemelerin değişikliği yoluna gidildiğinin belirtilmesinin ölçü olamayacağı ve devletin sosyal politikasını ilgilendiren böyle bir konuda değişikliğe gerek olup olmadığının belirlenmesinde, toplumsal koşulların belirleyici olması gerektiği ifade edilmiştir.<sup>118</sup>

Bazı hallerde de anayasa mahkemelerinin kararlarında ortak bir kültürü paylaşmanın anayasal ödünç almada etkisine vurgu yapan ifadeler rastlamak mümkündür. Örneğin, ABD Yüksek Mahkemesi'nin küçüklerin ölüm cezasının infazına ilişkin *Thompson v. Oklahoma* kararında, Anglo-Amerikan kültürünü / mirasını (*Anglo – American heritage*) paylaşan diğer ulusların da küçüklerin ölüm cezasını yasakladığına yer vermiştir.<sup>119</sup> *Thompson v. Oklahoma* kararındaki bu görüşü destekleyen bir diğer karar olan *Roper v. Simmons* kararında ise Yüksek Mahkeme, yabancı hukuklardaki uygulamaların incelenmesinde Birleşik Krallık'a özel bir önem vermiştir. Bunun ana gerekçesi küçüklere ölüm cezası verilmesini

---

<sup>117</sup> Gary Jeffrey Jacobsohn, "Constitutional Values and Principles", **The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law**, Ed. Michel Rosenfeld – András Sajó, Oxford University Press, 2012, s. 790.

<sup>118</sup> AYM Kararı, E: 1980/29, K: 1981/22, 21 Mayıs 1981, Hüseyin Karamüstantikoğlu'nun Karşı Oy Yazısı, bkz.; "İsviçre'de Ocak 1978 de yürürlüğe giren 25/6/1976 günlü değişiklikle evlilik içi, evlilik dışı çocuk ayrımına son verilmiştir. İngiltere, Fransa, Batı Almanya, İtalya ve Lüksemburg'da da bu yol izlenmiştir. Ancak, batıdaki bu tutum toplumumuz bakımından bir ölçü olamaz. Devletin, sosyal politikasını ilgilendiren bu konuda, değişikliğe gerek olup olmadığını toplum koşullarına göre takdir edeceği açıktır.(...)"

<sup>119</sup> *Thompson v. Oklahoma*, 487 U. S. 815 (1988). Aynı yönde bkz.; *Atkins v. Virginia*, 536 U. S. 304 (2002); *Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551 (2005).

yasaklayan uluslararası sözleşmelerin<sup>120</sup> ortaya çıkmasından önce Birleşik Krallık'ın bu yasağı uygulamada öncü ülkelerden olmasıdır. Bunun da ötesinde kararda, İngiliz hukukunun ABD hukukuna tarihsel yansımalarına dikkat çekilmektedir. ABD ile tarihsel bağlarından ve karara konu olan 8. Değişiklik'in köklerinin 1689 Tarihli İngiliz Haklar Bildirisi'ne dayanmasından ötürü Birleşik Krallık uygulamasının özel bir önemi olduğu ifade edilmiştir.<sup>121</sup> Burada belirtmek gerekir ki, Yargıç Scalia karşı oy yazısında Yüksek Mahkeme'nin özel olarak Birleşik Krallık hukukuna dayanmasını kararın en savunulamayacak kısmı olarak nitelendirmektedir. Bununla birlikte her ne kadar İngiliz Hukuku'ndaki uygulamanın ABD Yüksek Mahkemesi tarafından yanlış yorumlandığını ifade etse de, Birleşik Krallık ile ortak bir tarih paylaştıklarını ve Anayasa metnini daha iyi anlamak için İngiliz kaynaklarına sıkça başvurulduğunu kabul etmektedir.<sup>122</sup>

Anayasal yorum yoluyla bir temel hakkın tanınmasında yabancı hukuktan yararlanma bakımından tarihsel ve geleneksel olguların benzerliğinin önemine değinen ABD Yüksek Mahkemesi'nin bir başka kararı ise eşcinsel ilişkinin anayasal koruma altında olup olmadığının tartışıldığı *Lawrence et al. v. Texas* kararıdır. Yargıç Scalia karşı oy yazısında bir temel hakkın tanınması için ortaya çıkan farkındalık bakımından, ulusun tarihinde ve geleneğinde kökleşmiş olma koşulunun bulunması gerektiğini ifade etmektedir. Bu kapsamda *Lawrence et al. v. Texas* kararından önce Yüksek Mahkeme'nin eşcinsel ilişki yasağının anayasaya uygun bulunduğu *Bowers v. Hardwick* kararında eşcinsellere cinsel ilişkiyi serbest kılan bu hakkın ulusun tarihinde ve geleneğinde kökleşmemiş olmasına dayanıldığına<sup>123</sup> dikkat çekmiştir. Bu sebeple de, Yüksek Mahkeme'nin eşcinsel ilişkiyi yasaklayan

<sup>120</sup> Bu kapsamda ABD Yüksek Mahkemesi, *Roper v. Simmons* kararında Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'ne, Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'ne, Amerikalılar Arası İnsan Hakları Sözleşmesi'ne ve Afrika Çocuk Hakları ve Esenliği Şartı'na atıf yapmaktadır.

<sup>121</sup> *Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551 (2005), bkz.; “(...) *The United Kingdom's experience bears particular relevance here in light of the historic ties between our countries and in light of the Eighth Amendment's own origins. The Amendment was modeled on a parallel provision in the English Declaration of Rights of 1689, which provided: “[E]xcessive Bail ought not to be required nor excessive Fines imposed; nor cruel and unusuall Punishments inflicted.” 1 W. & M., ch. 2, §10, in 3 Eng. Stat. at Large 441 (1770) (...)*” (Vurgu eklenmiştir.)

<sup>122</sup> *Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551 (2005), Yargıç Scalia'nın Karşı Oy Yazısı.

<sup>123</sup> *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986).

hükümleri devam ettiren yabancı ülkeleri göz ardı ederek yaptığı yabancı hukuka ilişkin tartışmaların anlamsız vecizeler (*meaningless dicta*) olduğunu belirtmektedir.<sup>124</sup>

Toplumsal farklılıkları yaratan tarihsel değişkenler ve mevzuata etkilerinin anayasal ödünç alma kapsamında doğrudan ortaya konduğu bir karar da Güney Afrika Anayasa Mahkemesi'nin anayasal hükümlerin yatay etkisine ilişkin *Du Plessis and Others v. De Klerk and Others* kararıdır. Yargıç Madala karşı oy yazısında, özel hukuk ilişkilerine temel hakların nasıl uygulandığına ilişkin olarak yabancı mahkeme kararlarından yararlandığını belirtmektedir. Bununla birlikte, kararda başvuru ülkelerin (Kanada, ABD, Almanya) mevcut anayasalarının gerek yapım süreçlerinin, gerek içeriğinin ve gerekse bu ülkelerin toplumsal yapılarının homojen olmaları bakımından sorunsuz olması nedeniyle Güney Afrika'dan farklı olduğunu belirtmektedir. Bu kapsamda örneğin; Almanya'da anayasanın soykırımı karşı tepki sonucu ortaya çıktığını ifade etmiştir. Güney Afrika toplumunun ise farklı etnik köken, dil ve kültüre sahip bireylerden oluştuğunu ve Anayasa'nın da yoğun bir eşitsizliğin ve zararın yaşandığı apartheid rejiminin ağır tahribatı sonucu ortaya çıktığını belirtmiştir. Bu baskıcı rejim deneyimi Güney Afrika'da yalnızca devlet – birey ilişkilerinin değil, eşit şekilde birey – birey ilişkilerinin de belli sınırlar altında korumaya alınması sonucunu doğurduğunu ifade ederek toplumsal farklılıkların ve bunun anayasal hükümlere ve anayasanın yorumlanmasına etkisini ortaya koymuştur.<sup>125</sup>

Güney Afrika Anayasa Mahkemesi'nin yabancı mahkeme kararlarından yararlanmanın önemini kabul etmekle birlikte, kültürel farklılıklardan yola çıkarak

---

<sup>124</sup> *Lawrence et al. v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003), Yargıç Scalia'nın Karşı Oy Yazısı.

<sup>125</sup> *Du Plessis and Others v. De Klerk and Others*, 1996(3) SA 850, 15.05.1996, Yargıç Madala'nın Karşı Oy Yazısı, par. 162-163, bkz.; “[162] I have had the benefit of perusing the learning of a few foreign jurisdictions on the application of their Bills of Rights to private relations. In most instances, and that is why direct horizontality has been rejected, there were no problems in the relationships of the citizens inter se as they were from relatively homogeneous societies. On this issue our Bill of Rights, because of the peculiar circumstances and the period within which it was drafted, cannot be properly or fairly compared to oft quoted instruments such as the Canadian Charter, the United States Constitution and the German Basic Law. (...)”

Güney Afrika kültürüne uygun bir karar oluşturma vurgusu yaptığı kararları da bulunmaktadır. Bu kapsamda, Güney Afrika vatandaşlarının göçmen eşlerine, eşcinsel partnerlerinden daha avantajlı davranılmasının ayrımcılık kabul edilip edilmeyeceğine ilişkin *National Coalition for Gay and Lesbian Equality v. Minister of Home Affairs* kararında<sup>126</sup> öncelikle Kanada Yüksek Mahkemesi kararlarına atıf yapılmıştır. Hükümet ayrımcılığa sebep olan yasa ile ilgili olarak bir Güney Afrika vatandaşının hemcinsi ile evlenmesinin yasak olmadığını ileri sürerek medeni halden kaynaklı bir ayrımcılık olmadığını ileri sürmüştür. Bununla birlikte Güney Afrika Anayasa Mahkemesi bu argümanı anlamsız bir soyutlama (*meaningless abstraction*) olarak değerlendirmiş ve Kanada Yüksek Mahkemesi'nin de böyle bir görüşü reddettiğini belirtmiştir.<sup>127</sup> Güney Afrika Anayasa Mahkemesi ayrıca aile ilişkilerinde geniş kapsamlı bir dönüşüm yaşandığını ve bu dönüşümün Güney Afrika gibi çokkültürlü bir toplum yapısına iyi uyum sağladığını ortaya koymuştur.<sup>128</sup> Aynı görüş, *Minister of Home Affairs and Another v. Fourie and Another* kararında da Mahkeme tarafından tekrar edilmiştir. Eşcinsel evliliğinin tartışıldığı bu kararda, Hükümet'in Kuzey Amerika'nın tartışmalı literatürüne ve dini metinlere yaptığı atıfların Mahkeme tarafından reddedilmesi gerektiği belirtilmiş ve son yıllarda aile kavramındaki toplumsal ve hukuki değişimin göz önüne alınması gerektiği vurgusu yapılmıştır.<sup>129</sup>

Anayasal ödünç almada ortak tarihi ve felsefi unsurları paylaşma konusu Kanada Yüksek Mahkemesi kararlarına da konu olmuştur. Bu bağlamda Yüksek Mahkeme'nin *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada*, kararında Yargıç Wilson'ın karşı oy yazısı dikkat çekicidir. Kararda, ABD Hukuku'na ve buna bağlı içtihatlarla

---

<sup>126</sup> *National Coalition for Gay and Lesbian Equality v. Minister of Home Affairs*, 2000 (2) SA 1 (CC).

<sup>127</sup> *National Coalition for Gay and Lesbian Equality v. Minister of Home Affairs*, 2000 (2) SA 1 (CC), par. 34 ve 39, bkz.; “[39] There is much to be said for the view that the discrimination in section 25(5) is on the ground of sexual orientation. As previously pointed out, the section 25(5) protection is not extended to the only form of conjugal relationship in which gays and lesbians are able to participate in harmony with their sexual orientation, namely, same-sex life partnerships. A similar conclusion was reached by the Canadian Supreme Court in *Canada (Attorney-General) v Mossop, Egan v Canada and M v H*.”

<sup>128</sup> *National Coalition for Gay and Lesbian Equality v. Minister of Home Affairs*, 2000 (2) SA 1 (CC), par. 47-48.

<sup>129</sup> *Minister of Home Affairs and Another v. Fourie and Another*, 2006 (1) SA 524 (CC), par. 48 ve 52.

atıf yapılması karşısında Yargıç Wilson, Kanada Haklar ve Özgürlükler Şartı'nın arama emir olmaksızın arama ve evraklara el koyma karşısında korumayı düzenleyen 8. maddesine ilişkin değerlendirmesinde, *Hunter v. Southam Inc.*<sup>130</sup> kararını hatırlatarak Şart'ın 8. maddesinin kendine özgü olduğunu ve ABD'deki 4. Değişiklik'ten oldukça farklı yazıldığını; ayrıca, 4. Değişiklik ile aynı tarihi, siyasi ve felsefi unsurları paylaşmadığını belirtmiştir.<sup>131</sup>

Macar Anayasa Mahkemesi'nin de Seçim Usulü Yasası'nın (Act of Election Procedure) bazı maddelerinin anayasaya aykırılığı ile ilgili yakın tarihli bir kararında, karşılaştırmalı hukuktan ve bu bağlamda anayasal ödünç almadan yararlandığını ve bunun tarihsel arka plana göre değişkenlik gösterebileceğini ifade etmiştir. Bu kapsamda Mahkeme'nin içtihatlarında birçok kez karşılaştırmaya başvurduğunu belirterek kararlarından örnekler sıralamıştır. Mahkeme'nin ifadesiyle, karşılaştırmalarda genellikle özel hukuki kurumların tanıtılmasını, ortak ve karşıt unsurları ortaya konmuş ve çoğu kez yalnızca denizaşırı ve Avrupalı ülkeler arasında değil, Avrupa içinde de aynı içeriğe ilişkin düzenlemelerin son derece farklı olduğu tespit edilmiştir. Başka bir ülkedeki özel bir hukuki kurumun anayasallığı söz konusu ülkenin anayasasına, hukuk sistemine uyumuna ve tarihsel ve siyasi arka planına göre değişmektedir.<sup>132</sup>

---

<sup>130</sup> *Hunter et al. v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, bkz.; “As is clear from the arguments of the parties as well as from the judgment of Prowse J.A., the crux of this case is the meaning to be given to the term “unreasonable” in the s. 8 guarantee of freedom from unreasonable search or seizure. The guarantee is vague and open. The American courts have had the advantage of a number of specific prerequisites articulated in the Fourth Amendment to the United States Constitution, as well as a history of colonial opposition to certain Crown investigatory practices from which to draw out the nature of the interests protected by that Amendment and the kinds of conduct it proscribes. There is none of this in s. 8. There is no specificity in the section beyond the bare guarantee of freedom from “unreasonable” search and seizure; nor is there any particular historical, political or philosophic context capable of providing an obvious gloss on the meaning of the guarantee.”

<sup>131</sup> *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada*, [1990] 1 SCR 425, 29.03.1990, Yargıç Wilson'ın Karşı Oy Yazısı, par. 8, bkz.; “In *Hunter v. Southam Inc.* this Court discussed the general nature of the s. 8 right. Dickson J. (as he then was) noted that s. 8, **unlike its rough equivalent in the Fourth Amendment to the United States Constitution, is totally lacking in specificity and has no historical, political or philosophic context to assist in its interpretation** (pp. 154-55). American jurisprudence, while a guide, is not determinative of the way in which s. 8 and in particular the word “unreasonable” should be interpreted.” (Vurgu eklenmiştir.)

<sup>132</sup> Macar Anayasa Mahkemesi Kararı, 1/2013. (I. 7.) AB, par. 3.4, bkz.; 3.4., bkz.; “The constitutionality of a specific legal institution in another country depends on the constitution of the given state, the fitting into the legal system, and on the historical and political background. Therefore,

## II. ANAYASAL ÖDÜNÇ ALMAYA BAŞVURMA NEDENLERİ

### A. Çetin Davalar (*Hard Cases*)

Somut olay açık bir hukuk kuralı kapsamında dava edilemediğinde, olay hakkında karar verilebilmesi için yargıcın takdir yetkisi<sup>133</sup> söz konusudur. Dworkin, yargıcın kanaatinin davanın taraflarından birinin hukuk düzeni tarafından korunan ve daha önceden var olan hakkını kabul ettiğine yönelik bir dille yazılmış görünse de, gerçekte bunun bir kurgudan ibaret olduğunu kabul etmektedir. Bu kapsamda özü itibariyle yargıç, yeni hukuki hakları “yasalaştırmakta” ve bunları geriye dönük olarak somut olaya uygulamaktadır.<sup>134</sup> Benzer şekilde Peczenik’in ayrımına göre de açık davalar somut olayın hukuk sisteminde yer alan bir kuralın uygulanması ile karara bağlanabilirken; çetin davalarda açık bir hukuk kuralının olmaması kararın değerlerin, normların veya başka tür öncüllerin sonucunda ortaya çıkmasına yol açmaktadır.<sup>135</sup> Çetin davalarda somut olayın karara bağlanması için hukuki yorum yapılması ve bu yorumun desteklenmesi gerekir.<sup>136</sup>

Çetin davalar özelinde yorumun gerekçelendirilmesini ve bu kapsamda anayasal ödünç almaya başvurma nedenini tartışmadan önce, Dworkin ve Peczenik’in

---

*the Constitutional Court - though acknowledging that taking into account foreign experiences may help to evaluate certain regulatory solutions - does not consider the example of any foreign country in itself as a determining factor with regard to the review of constitutionality (compliance with the Fundamental Law)."* Gerçekten de, örneğin birçok önemli alanda Macar Anayasası Alman Anayasası'nı temel almaktadır. Bununla birlikte normatif benzerliğin yetersiz olduğu ve uygulamada farklılıklar olduğu kabul edilmektedir. Bu farklılıklara ilişkin bir değerlendirme için bkz.; Jeffrey Seitzer, "Experimental Constitutionalism: A Comparative Analysis of the Institutional Bases of Rights Enforcement in Post-Communist Hungary", **Constitutional Dialogues in Comparative Perspective**, Ed. Sally J. Kenney – William M. Reisinger – John C. Reitz, Palgrave Macmillan, 1999, s. 45-53.

<sup>133</sup> Genel anlamıyla takdir yetkisi, hukuk sisteminde açıkça düzenlenmeyen bir alanda farklı olasılıklar arasında seçim yapma olanağını ifade etmektedir. Bkz.; Nilay Arat Özkaya, **Türk İdare Hukuku'nda İdarenin Hukuk Sınırları İçinde Hareket Serbestisi "Takdir Yetkisi" ve Bunun Sınırları Üzerine Bir İnceleme**, Beta, İstanbul, 2015, s. 3.

<sup>134</sup> Ronald Dworkin, **Taking Rights Seriously**, Harvard University Press, 1977, s. 81.

<sup>135</sup> Aleksander Peczenik, **On Law and Reason**, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, 1989, s. 19-21.

<sup>136</sup> Ertuğrul Uzun, **Akil Tutkunu Hukuk**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 185-186.

argümanlarına dayanarak, hukuk sisteminde açık bir kuralın var olmamasının bir çetin davanın varlığından söz etmek için yeterli olup olmadığını tespit etmek gerekmektedir. Bu kapsamda öncelikle hangi davalar çetin davalar olarak nitelendirilebilir sorusu yanıtlanmalıdır. Yasa kurallarının soyut ve genel olma özelliği ve yasa yapma tekniği bakımından kazuistik düzenlemelere yer verilmemesi dikkate alındığında, her davanın potansiyel bir çetin dava olduğu kabul edilebilecektir. Bir davanın açık veya çetin dava olması bir hukuk kuralının niteliğinden kaynaklanmamakta; içtihatlardaki uyuma, tarihsel bağlam ve toplumsal denge gibi somut olayın arka planındaki olgulardan ileri gelmektedir.<sup>137</sup> Öyleyse her hukuk kuralı somut olayın ve günün koşullarına göre değişken ve dinamik yorumlanma kapasitesine sahip olduğundan teorik olarak her somut olay bir çetin dava yaratma potansiyeli taşır.

Dworkin'in belirttiği çetin davalarda yargıcın fonksiyonu bakımından yeni hukuki hakları "yasalaştırma" etkisi kapsamında ortaya çıkan, "yeni hukuk kuralının" iyi veya kötü hukuk kuralı olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği hususu ve bu bağlamda meşruluğu da, gerek yargı kararlarında, gerekse doktrinde tartışılmıştır. ABD Yüksek Mahkemesi'nin *Northern Securities Co. v. United States* kararında Yargıç Holmes karşı oy yazısında, çetin davalar gibi önemli davaların kötü yasalar yaratacağını ("*Great cases, like hard cases, make bad law*") ifade ederek yargıcın çetin davalardaki yaratıcı işlevine karşı çıkmıştır. Ayrıca önemli davalar olarak ifade ettiği bu davaların öneminin; geleceğin yasalarını şekillendirmekten değil, duygulara hitap eden bir ilgi yaratmasından ve kararı saptırmasından kaynaklandığını belirtmiştir. Yargıç Holmes'a göre bu ani uygulama, açık olan hukuk kuralının anlamını şüpheli hale getirmekte ve hukukun yerleşik ilkelerini saptırmaktadır. Dinamik yorum yöntemi yerine sözel yoruma öncelik veren bu görüşe göre Yargıç Holmes, sözcüklerin basit anlamının bulunması gerektiğini ifade etmektedir.<sup>138</sup>

<sup>137</sup> Allan C. Hutchinson, **Toward an Informal Account of Legal Interpretation**, Cambridge University Press, New York, 2016, s. 147

<sup>138</sup> *Northern Securities Co. v. United States*, 193 U.S. 197 (1904), Yargıç Holmes'un Karşı Oy Yazısı, bkz.; "(...) *Great cases, like hard cases, make bad law. For great cases are called great not by reason of their real importance in shaping the law of the future, but because of some accident of immediate*



Çetin davaların kötü yasalara neden olduğu görüşünün karşısında ise bu davalar sonucu iyi yasalar yaratıldığı görüşü savunulmaktadır. Bu görüş, var olan bir hukuk kuralının doğrudan uygulanmasının somut olay bakımından adaletsizlik yaratabileceği düşüncesine dayanmakta ve bu durumda yaratılan hukuk kuralının toplumda genel kabul gören yerleşik görüşlerin aksine bir karar verilmesi sonucunu doğuracağı ifade edilmektedir. Özellikle common law sisteminin içtihadı dayalı yapısından da kaynaklanan, çetin davalar geliştiren hukuk kuralları karşısında, bu kuralların varsayım, istisna, imtiyaz yoluyla veya doğrudan bozulması ile değiştirilmesi söz konusudur.<sup>139</sup>

Çetin davalar zamana ve yere göre farklılık gösterebilir, bir hukuk sisteminde çözüm arayışı devam eden anayasal bir sorun, başka hukuk sistemlerinde çözüme kavuşturulmuş veya çözümlenmese bile benzer somut olaylara farklı muhakemeler çerçevesinde yaklaşmış olabilir. Böylelikle Anayasa Mahkemeleri için birbirlerinin içtihatlarından ve muhakeme yöntemlerinden yararlanma ve dolayısıyla anayasal ödünç alma zemini oluşur.<sup>140</sup>

Çalışmamız kapsamında incelediğimiz kararlarda, çetin dava olgularının özellikle küçüklere ölüm cezası verilmesi, kürtaj, eşcinsel ilişki ve ötanazi gibi konularda ortaya çıktığını görmekteyiz. İlk olarak Alman Anayasa Mahkemesi ve ABD Yüksek Mahkemesi'nin kürtaj ile ilgili kararlarındaki farklılıklar örnek verilebilir.<sup>141</sup> Bu kapsamda öncelikle ABD Yüksek Mahkemesi'nin *Roe v. Wade*<sup>142</sup> kararı ele alınmalıdır. Başvurucu Roe Texas'ta yaşayan Roe'nin bekar ve gebe bir kadındır;

---

*overwhelming interest which appeals to the feelings and distorts the judgment. These immediate interests exercise a kind of hydraulic pressure which makes what previously was clear seem doubtful, and before which even well settled principles of law will bend. What we have to do in this case is to find the meaning of some not very difficult words. (...)*"

<sup>139</sup> Arthur Corbin, "Hard Cases Make Good Law", **Yale Law Journal**, Vol. 79 1923-1924, s. 78.

<sup>140</sup> Bkz.; Sujit Choudry, "Migration as a New Metaphor in Comparative Constitutional Law", **The Migration of Constitutional Ideas**, Ed. Sujit Choudry, Cambridge University Press, 2006, s. 4.

<sup>141</sup> BVerfGE 39, 1, 25.02.1975. Kararın İngilizce çevirisi için bkz.; Robert E. Jonas - John D. Gorby, "West German Abortion Decision: A Contrast to *Roe v. Wade*", **The John Marshall Journal of Practice and Procedure**, C. 9, No. 3, 1976, s. 605 vd.

<sup>142</sup> *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

ancak Texas Eyalet Yasaları ruhsatlı bir hekimin onayı ile gebeliğin annenin sağığında bir sorun yarattığı belgelenmedikçe kürtajı cezalandırmaktadır. Uzman bir hekim tarafından, klinik ortamında güvenli biçimde gebeliğinin sonlandırılmasının hukuka aykırı kabul edilmesinin özel yaşama saygı hakkını ihlal etmesinden dolayı anayasaya aykırılığının tartışıldığı *Roe v. Wade* kararında, ABD Yüksek Mahkemesi başvurucunun iddiasını kabul ederek anayasaya aykırılık yönünde karar vermiştir. Alman Federal Anayasa Mahkemesi’nin kararı ise *Roe v. Wade* kararından iki yıl sonra verilmiştir. Belirtmek gerekir ki, ABD Yüksek Mahkemesi’nin kararı ile Alman Federal Anayasa Mahkemesi’nin kararı arasında belirgin farklılıklar mevcuttur. Bu bağlamda Alman Federal Anayasa Mahkemesi, fetüsün yaşamını korumak ve geliştirmek için gebelik sürecinde devletin pozitif yükümlülükleri olduğunu kabul etmektedir. ABD Yüksek Mahkemesi ise devletin fetüsü korumak için olumlu eylemde bulunmasını gerektirecek bir pozitif yükümlülüğü olmadığını kabul etmektedir. Bu bağlamda ABD’de Anayasa’nın fetüsü “kişi” olarak tanınaması da rol oynamaktadır.<sup>143</sup>

Kürtaj meselesi ile ilgili olarak, gerek *Roe v. Wade* kararına ve daha sonraki tarihli ABD Yüksek Mahkemesi kararlarına, gerekse Alman Anayasa Mahkemesi kararlarına atıf yaparak anayasal ödünç almaya başvuran bir diğer Anayasa Mahkemesi de Macar Anayasa Mahkemesi’dir. Mahkeme 1998 yılında verdiği ve kadının kürtaj hakkı karşısında fetüsün yaşam hakkını tartıştığı bir kararda<sup>144</sup>  ncelikle gebe kadının ve fetüsün haklarına ABD hukukundaki yaklaşımı açıklamaktadır. ABD’de kürtaj hakkının anayasal dayanağı olarak özel yaşam hakkının kabul edildiği, fetüsü’ n korunmasına ilişkin başka bir hak ortaya konmadığı belirtilmiştir. Bu noktada öncelikle doğum kontrol haplarının kullanılması bakımından özel yaşam hakkının temel alındığını ifade ederek ABD Yüksek Mahkemesi’nin *Griswold v. Connecticut* kararına<sup>145</sup> atıf yapmış ve ardından özel

---

<sup>143</sup> ABD Yüksek Mahkemesi ve Alman Federal Anayasa Mahkemesi’nin yaklaşımı arasındaki farklılıklar için ayrıca bkz.; Samantha Halliday, **Autonomy and Pregnancy A Comparative Analysis of Compelled Obstetric Intervention**, Routledge, 2016, s. 96-97.

<sup>144</sup> Macar Anayasa Mahkemesi Kararı, *Decision 48/1998* (XI. 23.) AB.

<sup>145</sup> *Griswold v. Connecticut*; 381 U.S. 479 (1965).

yaşama saygı hakkı kapsamında tartışılan bu hakkın kürtaj hakkına doğru evrildiğini açıklamıştır. Ardından kadının gebeliğinin ilk üç aylık döneminde kürtaja karar vermesinin anayasal bir hak olarak kabul edildiği *Roe v. Wade* kararına atıf yapmıştır. Bununla birlikte, 1992 yılında annenin özel yaşam hakkına fetüsün yararı doğrultusunda müdahalenin, gebeliğin ilk üç aylık döneminde dahi kabul edildiği ABD Yüksek Mahkemesi'nin *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*<sup>146</sup> kararına da yer verilerek kürtaj meselesi ile ilgili ABD Yüksek Mahkemesi kararlarındaki dönüşümü ortaya konmuştur.

Macar Anayasa Mahkemesi, ABD Yüksek Mahkemesi kararlarına benzer şekilde Alman Federal Anayasa Mahkemesi kararlarına ve diğer Avrupa ülkelerindeki kürtaj meselesine yaklaşıma da yer vermiştir. Bu kapsamda birçok Avrupa ülkesinde kürtaj uygulamasının, gebe kadının beyanını esas alan bir anlayışa doğru evrildiğini belirterek, en belirgin değişikliğin 1975 ve 1993 yılları arasında verilmiş ve sürecin yasa değişikliği ile sonuçlandığı Alman AYM kararlarında<sup>147</sup> görülebileceğini ifade etmiştir. Ardından Macar Anayasa Mahkemesi, Belçika ve Norveç'teki kadının isteklerini dolayısıyla özel yaşam ve kürtaj hakkını fetüsün yaşam hakkının üstünde tutan benzer yasal düzenlemelerden örnek vermektedir. Yalnızca Polonya Anayasa Mahkemesi'nin aksi görüşte kararları olduğu ve 5 Mayıs 1997 tarihli kararında gebe kadının ekonomik ve sosyal zorunluluklarına göre kürtaja karar verilmesinin / izin verilmesinin “anayasal değerlerin ölçülülüğü” ilkesini ihlal edeceğinin kabul edildiği belirtilmiştir. Bu bağlamda Macar Anayasa Mahkemesi, Polonya Anayasa Mahkemesi'nin gebe kadının (özellikle finansal ve sosyal zorlukları temelli) istekleri ile fetüsün yaşam hakkı çatıştığında fetüsten yana bir tavır belirlediğini ortaya koymuştur.

Çetin davalar bağlamında anayasal ödünç almaya başvurulması ile ilgili yine Macar Anayasa Mahkemesi'nin, hastalıklarının terminal döneminde insan onuruna uygun biçimde yaşamlarını sonlandırmak isteyen hastaların başvurusunu birleştirerek

---

<sup>146</sup> *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S. 883 (1992).

<sup>147</sup> BVerfGE 39, 1, 25.02.1975; BVerfGE 88, 203, 28.05.1993.

incelediği ötanazi ile ilgili 2003 tarihli bir kararı<sup>148</sup> örnek gösterilebilir. Bu kararda Macar Anayasa Mahkemesi yabancı hukuka ilişkin olarak öncelikle başvuruçuların Macar Anayasası'nın insan onuruna ilişkin düzenleme içeren 54. maddesine dayanarak Mahkeme'ye başvurdıklarını; genelde bu somut olaya benzer başka davalarda uluslararası ve yabancı ulusal mahkemelerde olduğunun aksine diğer insan haklarını ileri sürmediklerini tespit etmiştir.<sup>149</sup> Ardından başvuruların içeriğini uluslararası bağlamda incelemenin gerekli olduğunu belirtmektedir. Macar Anayasa Mahkemesi bu kapsamda, hastanın tedaviyi red hakkının başka ülkelerde nasıl düzenlendiğini açıklamaktadır ve Macaristan'da olduğu gibi bazı ülkelerde bu hakkın yasalarla düzenlenirken, Birleşik Krallık<sup>150</sup> ve ABD<sup>151</sup> gibi bazı ülkelerde ise içtihatla kabul edildiğini ifade etmiştir.

Ötanaziye yardım konusunda da farklı ülke örneklerini ortaya koyan Macar Anayasa Mahkemesi, ötanaziye yardımın insan öldürme suçu kapsamında kabul edilip edilmeyeceği ile ilgili olarak Birleşik Krallık'ta temyiz mahkemesinin *Dianne Pretty v. Director of Public Prosecution*<sup>152</sup> kararında, hastalığının son aşamasında hareket yeteneğinden tamamen yoksun kalan hastanın ölme hakkının tanınmaması üzerine bunun yaşam hakkını ve kötü muamele yasağını ihlal ettiği iddiası üzerine Mahkeme, 29 Kasım 2001 tarihli kararında hastanın eşinin ölümüne yardımcı olmasının cinayetten yargılanmasına engel olmayacağı yönünde tutum sergilediğini ve böylece bu tip bir cinayetin yargı eliyle yasallaşmasının reddedildiğini ifade etmiştir. Ayrıca dünya genelinde ötanaziye yardımı düzenleyen az sayıda hukuki düzenleme olduğu ve bunu kabul eden ülkelerde dahi halen bu düzenlemelerin anayasallığı üzerine tartışmalar yaşandığı belirtilmiştir. Bu bağlamda Hollanda uygulaması örnek verilmektedir. 1984 yılında Hollanda Yüksek Mahkemesi'nin

<sup>148</sup> Macar Anayasa Mahkemesi Kararı, *Decision* 22/2003 (IV. 28.) AB.

<sup>149</sup> Macar Anayasa Mahkemesi bu kapsamda örnek olarak AİHM'nin *Pretty v. Birleşik Krallık* kararında başvuruçunun işkence ve zalimane, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele yasağını, özel yaşama saygı hakkını, inanç özgürlüğü hakkını ve ayrımcılık yasağını ileri sürdüğünü belirtmiştir. Bkz.; *Pretty v. United Kingdom*, App. No. 2346/02, Judgment of 29 April 2002.

<sup>150</sup> *Ms B. v. an NHS Hospital Trust*, Court of Appeal, 22 Mart 2002.

<sup>151</sup> *Cruzan by Cruzan v. Director, Missouri Department of Health*, 497 U.S. 261, (1990).

<sup>152</sup> *The Queen on the Application of Mrs. Dianne Pretty v. Director of Public Prosecutions and Secretary of State for the Home Department*, [2001] UKHL 61, 29 Kasım 2001.

verdiği bir kararda<sup>153</sup> hangi koşullarda doktorun ötanaziye yardım edebileceğinin ortaya konduğu ve ardından 1994 yılında da yasal değişikliklerin yapıldığı belirtilmiştir.

Hastanın kendi geleceğini belirleme hakkı bağlamında da yabancı Anayasa Mahkemelerinin uygulamalarına değinen Macaristan Anayasa Mahkemesi bu kapsamda Kanada Yüksek Mahkemesi'nin *Rodriguez v. the Attorney General of Canada*<sup>154</sup> kararına atıf yapmış ve ölümcül hastalığı olan bir hastanın doktor tarafından hayatına son verilmesinin hastanın kendi geleceğini tayin hakkının sınırını oluşturduğunun kabul edildiği ifade edilmiştir.

Çetin davalara ilişkin bir başka hukuki tartışma da eşcinsel ilişkinin yasaklanması ve eşcinsel evliliği konularında yaşanmaktadır. Eşcinsel evliliği, ABD'de kürtaj konusu ile birlikte en tartışmalı anayasal sorunlardan biridir.<sup>155</sup> Bu kapsamda ABD Yüksek Mahkemesi'nin yorumun gerekçelendirilmesi kapsamında anayasal ödünç almaya başvurduğu ve yabancı mahkeme kararları ile AİHM kararlarından yararlandığı görülmektedir. Yüksek Mahkeme *Lawrence et al. v. Texas* kararında<sup>156</sup> Texas yasalarına göre suç olarak düzenlenen eşcinsel ilişkiye ilişkin başvuruyu incelerken kendisinin *Bowers v. Hardwick* kararındaki<sup>157</sup> muhakemenin AİHM tarafından reddedildiğini ve diğer ülkelerin eşcinsel bireylerin cinsel ilişkide bulunmasını koruma altına aldığını belirtmektedir. ABD Yüksek Mahkemesi *Lawrence et al. v. Texas* kararında AİHM'in *Dudgeon/Birleşik Krallık*<sup>158</sup>,

---

<sup>153</sup> *Schoonheim*, N.J. 1985, No. 106, 27 Kasım 1984. Bu kararın İngilizce çevirisi için bkz.; John Griffiths – Alex Bood – Heleen Weyers, **Euthanasia & Law in Netherlands**, Amsterdam University Press, Amsterdam, 1998, s. 322-329.

<sup>154</sup> *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519.

<sup>155</sup> Mark S. Kende, **Constitutional Rights in Two Worlds South Africa and the United States**, Cambridge University Press, 2009, s. 133.

<sup>156</sup> *Lawrence et al. v. Texas*, No. 02-102, 26.06.2003.

<sup>157</sup> *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986).

<sup>158</sup> *Case of Dudgeon v. United Kingdom*, Judgment of App. No. 7525/76, 22 October 1981.

*P.G.&J.H./Birleşik Krallık*<sup>159</sup>, *Modinos/Kıbrıs*<sup>160</sup> ve *Norris/İrlanda*<sup>161</sup> kararlarına atıf yapmıştır.

Belirtmek gerekir ki 2003 yılındaki *Lawrence et al. v. Texas* kararından önce, Güney Afrika Anayasa Mahkemesi'nin eşcinsel bireylerin cinsel ilişki yasağını değerlendirdiği 1999 tarihli *National Coalition for Gay and Lesbian Equality and Another v. Minister of Justice and Others* kararında da AİHM kararlarına ve ayrıca Kanada Yüksek Mahkemesi kararlarına atıflar yer almaktadır. Kararda *Dudgeon/Birleşik Krallık* ve *Norris/İrlanda* kararları zikredilerek, AİHM'in ulusal tercihlere saygı göstererek belirli bir takdir marjını kabul etmesine rağmen, eşcinsel cinsel ilişkiyi yasaklayıp cezalandıran ulusal yasalara karşı bir tutum takındığı vurgulanmıştır.<sup>162</sup> Ayrıca, genel olarak bu yasaların aleyhine bir uluslararası eğilim olduğu ifade edilerek Almanya, Avustralya, Kanada ve Yeni Zelanda'daki yasal düzenlemelerden söz edilmektedir.<sup>163</sup> Kararda oldukça dikkat çekici olan ise, bu uluslararası eğilimin aksi bir uygulamanın olduğu belirtilerek ABD örneğinin verilmesi ve o dönemde henüz *Lawrence et al. v. Texas* kararı ile bozulmamış olan *Bowers v. Hardwick*<sup>164</sup> kararına atıf yapılmasıdır. Bununla birlikte *Bowers v. Hardwick* kararı Güney Afrika Anayasa Mahkemesi tarafından anayasanın uygulanmasında başvurulamayacak bir kaynak olarak nitelendirilmiş ve Güney Afrika Anayasası'nın ABD Anayasası'nın aksine; özel yaşama, insan onuruna ve cinsel yönelimden kaynaklanan ayrımcılığı önlemeye ilişkin güvenceler içerdiğine dikkat çekilmiştir.<sup>165</sup>

---

<sup>159</sup> *P.G. and J.H. v. Birleşik Krallık*, Başvuru No. 44787/98, 25 Eylül 2001.

<sup>160</sup> *Modinos v. Cyprus*, App. No. 15070/89, Judgment of 22 April 1993.

<sup>161</sup> *Norris v. Ireland*, App. No. 10581/83, Judgment of 26 October 1988.

<sup>162</sup> *National Coalition for Gay and Lesbian Equality and Another v. Minister of Justice and Others*, 1999 (1) SA 6 (CC), par. 40-41.

<sup>163</sup> *National Coalition for Gay and Lesbian Equality and Another v. Minister of Justice and Others*, 1999 (1) SA 6 (CC), par. 42-52.

<sup>164</sup> *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986).

<sup>165</sup> *National Coalition for Gay and Lesbian Equality and Another v. Minister of Justice and Others*, 1999 (1) SA 6 (CC), par. 55, bkz.; "For purposes of the present case I consider it unnecessary to consider such criticism nor what the present standing of *Bowers* is in the United States. Our 1996 Constitution differs so substantially, as far as the present issue is concerned, from that of the United States of America that the majority judgment in *Bowers* can really offer us no assistance in the

Eşcinsel evliliğinin tartışıldığı ve bu kapsamda yabancı mahkeme kararlarına yer verilen bir başka örnek olarak Fransız Anayasa Konseyi'nin Aynı Cinsiyetten Bireylere Evlenme Hakkı Tanınması Hakkında Yasa'ya ilişkin 2013 tarihli bir kararı verilebilir. Bu kararda öncelikle eşcinsel bireylerin evliliğine farklı ülkelerdeki hukuki yaklaşım ele alınmıştır. Ardından Fransa'da evlilik kavramının tartışılmadığı, iki yüzyıldan fazla süredir aynı anlamıyla süregeldiği ifade edilmiş ve İspanyol Anayasa Mahkemesi'nin evlilik kavramında değişiklikler olabileceğini değerlendirdiği eşcinsel evliliğine ilişkin kararına atıf yapılmıştır.<sup>166</sup> Ayrıca geniş bir karşılaştırmalı hukuk dosyasına yer verilmiş ve bu kapsamda Belçika Anayasa Mahkemesi, İspanyol Anayasa Mahkemesi ve Portekiz Anayasa Mahkemesi'nin konuya ilişkin kararları ayrıntılı olarak ortaya konmuştur.<sup>167</sup> Fransız Anayasa Konseyi'nin toplumsal bir hukuki soruna ilişkin olarak karar vermeden önce, diğer anayasa mahkemelerinin kararlarını öğrenme niyetiyle ciddi bir karşılaştırmalı hukuk çalışması yaptığı görülmektedir.

Benzer şekilde eşcinsel evliliğe ilişkin yakın tarihli önemli bir karar da ABD Yüksek Mahkemesi tarafından verilen ve eşcinsel evlilik yasağının anayasaya aykırı bulunduğu *Obergefell v. Hodges*<sup>168</sup> kararıdır. Kararda doğrudan yabancı mahkeme

---

*construction and application of our own Constitution. The 1996 Constitution contains express privacy and dignity guarantees<sup>80</sup> as well as an express prohibition of unfair discrimination on the ground of sexual orientation, which the United States Constitution does not. (...)*

<sup>166</sup> Conseil Constitutionnel, Décision No. 2013-669 DC, 17 Mai 2013, La Saisine par 60 Sénateurs, s. 2 ve 5 par. 4-4. Bkz.; “*Cette conception n'a jamais été remise en cause depuis 1804 puisque le mariage est un principe fondamental reconnu par les lois de la République. Depuis plus de deux siècles, aucune loi n'a d'ailleurs touché à la définition du mariage, à savoir l'union d'un homme et d'une femme en vue de créer une famille. Ainsi, on ne peut remettre en cause le mariage qu'en vertu de la Constitution. C'est d'ailleurs, ce qui s'est produit en Espagne; la Cour constitutionnelle espagnole a rendu un arrêt sur la constitutionnalité du mariage homosexuel, en jugeant que le mariage pouvait être modifié, étant donné que la Constitution avait prévu cette éventualité, par son article 32. Toutefois, ce n'est pas le cas dans le droit français, la pérennité et la constance de cette institution lui confèrent dès lors une valeur constitutionnelle. Le législateur ne s'est jamais départi, jusqu'à aujourd'hui, du principe d'altérité des sexes dans l'institution du mariage, non pas parce qu'il se croyait libre de s'y rallier, mais parce qu'il répondait à une exigence« constitutionnelle» au sens fort.*”

<sup>167</sup> Conseil Constitutionnel, Décision No. 2013-669 DC, 17 Mai 2013, Dossier Documentaire (Annexe). Burada atıf yapılan kararlar için bkz.; Belçika Anayasa Mahkemesi Kararı, No: 26/2012 - 5134, 1 Mart 2012; İspanyol Anayasa Mahkemesi, No: 198/2012, 6 Kasım 2012; Portekiz Anayasa Mahkemesi Kararı, No: 121/2010, 9 Nisan 2010.

<sup>168</sup> *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. (2015).

kararları veya hukuk normlarına atıf yapılmamakla birlikte, söz konusu kararın uzun yıllardır devam eden *Bowers v. Hardwick*, *Lawrence et al. v. Texas* kararlarından günümüze bir birikimin sonucu olarak<sup>169</sup> ortaya çıktığını değerlendirdiğimizde çalışmamız kapsamında yer vermek gerekmektedir. *Obergefell v. Hodges* kararında çoğunluk görüşünü kaleme alan Yargıç Kennedy, *due process* kapsamında temel bir hak olan evlenme hakkından eşcinsel bireylerin dışlanmasıyla ayrımcılık yasağı bağlamında ele alınıp alınamayacağını tartışmıştır. Buna göre, Mahkeme'nin eşcinsel evlilik hakkını araştırmayacağı, evlenme hakkından yararlanamayan belirli bir grup açısından meşru gerekçelerin olup olmadığını tespit etmesi gerektiği belirtilmiştir.<sup>170</sup> Ayrıca karardaki önemli bir unsur da, Yargıç Kennedy'nin dinamik yorum yöntemini benimsediğini gösteren ifadeleridir. Bu bağlamda evlenme hakkının tarihsel ve geleneksel olarak içeriğinin yerleşik olduğunu; ama hakların yalnızca eski kaynaklardan ileri gelmediğini belirtmiştir. Hakların da günümüz koşullarına göre “ilerlediğini” ifade etmiştir.<sup>171</sup>

Çetin davalar bağlamında bir diğer tartışma da ölüm cezasına ilişkin karışımıza çıkmaktadır. ABD Yüksek Mahkemesi'nin zihinsel engellilerin ölüm cezasının infazına ilişkin *Atkins v. Virginia*, küçüklerin ölüm cezasının infazına ilişkin *Roper v. Simmons*, zehirli iğne ile ölüm cezasının infazına ve bunun 8. Değişiklik'e aykırı insanlık dışı ve zalimane ceza olup olmadığına ilişkin *Glossip v. Gross* ve küçükler için şartlı tahliye olanağı olmadan müebbet hapis cezasına ilişkin *Graham v. Florida*

---

<sup>169</sup> ABD Yüksek Mahkemesi'nin *Obergefell v. Hodges* kararına giden süreçteki içtihatlarının özlü açıklamaları için bkz.; Berke Özenç, “Yüksek Mahkeme'nin Eşcinsel Evlilik Kararı Işığında Eşitlik, Demokrasi ve Yargısal Denetim”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. 73, No. 2, 2018, s. 553-562.

<sup>170</sup> *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. (2015), Yargıç Kennedy tarafından kaleme alınan çoğunluk görüşü bkz.; “(...) *The limitation of marriage to opposite-sex couples may long have seemed natural and just, but its inconsistency with the central meaning of the fundamental right to marry is now manifest. With that knowledge must come the recognition that laws excluding same-sex couples from the marriage right impose stigma and injury of the kind prohibited by our basic charter. (...)*”

<sup>171</sup> *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. (2015), Yargıç Kennedy tarafından kaleme alınan çoğunluk görüşü bkz.; “(...) *The right to marry is fundamental as a matter of history and tradition, but rights come not from ancient sources alone. They rise, too, from a better informed understanding of how constitutional imperatives define a liberty that remains urgent in our own era. (...)*”



kararlarında yabancı hukuka atıf yapılmış ve ayrıca yabancı hukukun kullanılıp kullanılmayacağına ilişkin tartışmalara yer verilmiştir.<sup>172</sup>

Ölüm cezasına ilişkin anayasal ödünç almaya başvurulmuş bir diğer örnek ise AİHM tarafından, Ame. İHS düzenlemelerine ve Ame. İHM kararlarına yapılan atıflardır. Bu kapsamda örneğin AİHM'nin *Öcalan/Türkiye* kararında, Ame. İHM'nin *Hilaire, Constantine and Benjamin et al. v. Trinidad and Tobago* kararına<sup>173</sup> atıf yapılmıştır. Kararda Ame. İHM'nin ölüm cezasının çok ağır ve telafi edilemez niteliğini ortaya koyarak, tüm usuli hak ve güvenceleri ile kanun yollarına başvuru sürecine uyulmasının daha da önem kazandığı görüşünden yararlanılmıştır.<sup>174</sup> Kararda ayrıca, Ame. İHS'nin ilgili maddelerinden, bu maddelerin uygulanmasına ilişkin raporlardan yararlanılmış<sup>175</sup> ve başvurucunun Kanada Yüksek Mahkemesi, Güney Afrika, Macaristan, Ukrayna, Arnavutluk, Litvanya ve Sırbistan Anayasa Mahkemeleri'nin içtihatlarına yer verdiğinden söz edilmiştir.<sup>176</sup>

Sonuç olarak tüm bu örnek davalarda hukuk sistemlerinde tartışmalı hukuki sorunların çözümüne, bir diğer deyişle çetin davalara yönelik olaral anayasal ödünç almaya yoğun olarak başvurulduğu görülmektedir. Ulusal Anayasa Mahkemeleri

---

<sup>172</sup> *Atkins v. Virginia*, 536 U.S. 304 (2002); *Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551 (2005); *Glossip v. Gloss*, 576 U.S. (2015); *Graham v. Florida*, 560 U.S. (2010).

<sup>173</sup> *Hilaire, Constantine and Benjamin et al. v. Trinidad and Tobago*, Series C, No. 94, 21 Haziran 2002.

<sup>174</sup> *Öcalan v. Turkey*, App. No.46221/99, GC Judgment of 12 May 2005, par. 60, 166.

<sup>175</sup> *Öcalan v. Turkey*, par. 60, 166.

<sup>176</sup> *Öcalan v. Turkey*, par. 159, bkz.; “Developments in international and comparative law showed that the death penalty could also be seen to be contrary to international law. In that respect, reference was made, inter alia, to a judgment of the South African Constitutional Court in which it was held that the death penalty was contrary to the South African Constitution's prohibition of cruel, inhuman or degrading treatment (see *S. v. Makwanyane* (1995) (6) *Butterworths Constitutional Law Reports* 665), and to the judgment of the Canadian Supreme Court in *United States v. Burns* [2001] *Supreme Court Reports* 283, where that court, in a case concerning the extradition of a fugitive to the United States of America, considered capital punishment to amount to cruel and unusual punishment. The United Nations Human Rights Committee had also held that execution of a death sentence constituted cruel and inhuman treatment contrary to Article 6 of the International Covenant on Civil and Political Rights (see paragraph 60 above). Reference was also made to similar statements by the Hungarian Constitutional Court and the Constitutional Courts of Ukraine, Albania, Lithuania and Republika Srpska (within Bosnia and Herzegovina).”

yorumun anayasal ödünç alma yoluyla gerekçelendirilmesi ile yabancı hukukta adeta kendilerine “yandaş” aramakta, uluslararası toplumda dayanak bulmaya çalışmakta veya farklılıkları ortaya koyarak kendi muhakemelerini güçlendirmeyi amaçlamaktadır.

## B. Mahkemelerin İçtihat Değişikliğine Dayanak Oluşturması

Hukuki yargılar hukuk sisteminde yer alan kurallardan ve bu kuralların yorumundan ortaya çıkar. Benzer somut olaylarda yargıçlar daha önceki içtihat örgüsünü takip ederek karar verirler ve Dworkin’in deyimiyle bir hukuk zinciri<sup>177</sup> oluştururlar. Bu anlayış hukuki yargıların istikrar göstermesi bağlamında hukuk devleti ve eşitlik ilkelerine dayanır.<sup>178</sup>

Hukuk kurallarının değişmesi, yorumun yeni kural bağlamında değişmesi sonucunu doğuran akla gelebilecek ilk olasılıktır. Hukuk kuralında bir değişkenlik olmadığı olasılıkta ise hukuki yargılarda değişiklik, toplumsal değişim ve gelişmelerle paralel olarak ortaya çıkmaktadır. Bu kapsamda Peczenik’in hukuki muhakemeyi değer yargılarıyla bağlantılı olarak kabul ettiği hukuki sıçramalar (*legal jumps*) teorisi hukuki yargıları ilkesel olarak bir sıçrama olarak nitelendirir. Teorik ifadelerden pratik yargılara, hukuki anlamda ise soyut kurallardan hukuki yargılara “dönüştürmeyi (*transformation*)” sağlayan bu eylem hukuki sıçramalara yol açar.<sup>179</sup> Öyleyse Peczenik’in hukuki sıçrama ve dönüştürme teorisi anayasal ödünç almaya başvurma nedenleri kapsamında mahkemelerin içtihat değişikliğine başvururken dayanak oluşturması bağlamında uygulanabilecek midir? Bu kapsamda Peczenik hukuki dönüştürmeyi hukuka dönüştürme (*transformation into the law*) ve hukuk içinde dönüştürme (*transformation inside the law*) olarak iki şekilde ele almaktadır. Hukuka dönüştürmede geçerli hukuka ilişkin olmayan öncüller içinden çıkan yargılar söz konusudur. Bununla birlikte hukuk içinde dönüştürme, geçerli hukuk sistemi

<sup>177</sup> Bkz. I. Bölüm, dp. 27.

<sup>178</sup> Michael D. A. Freeman, **Lloyd’s Introduction to Jurisprudence**, 8. Baskı, Sweet & Maxwell, 2008, s. 1543.

<sup>179</sup> Peczenik, **a.g.e. (On Law and Reason)**, s. 114-115.

içindeki öncüllerden geçerli bir hukuki yargıya varmayı ifade etmektedir. Peczenik hukuk içinde dönüştürme kapsamında; kaynak dönüştürmesi (*source transformation*), genel norm dönüştürmesi (*general norm transformation*) ve tekil norm dönüştürmesi (*individual norm transformation*) veya karar dönüştürmesi (*decision transformation*)<sup>180</sup> olarak üçlü bir ayrıma gitmiştir.<sup>181</sup> Hukuk içinde dönüştürme bağlamında bu üçlü ayrımda yer alan unsurların ortak noktası geçerli hukuk düzeni içinde yer alan hukukun kaynakları ve normlar gibi hukuken geçerli öncüllerden hareket etmesidir. Oysa hukuka dönüştürmede çok daha radikal bir adım söz konusudur ve bir hukuk sisteminin varlığı ve bu sistemin bağlayıcılığına ilişkin yargıların da ortaya konması gerekmektedir. Öyle ki bu yargıları ortaya koymak için var olan hukukun dışına çıkılır.<sup>182</sup> Bu kapsamda hukuka dönüştürme teorisi anayasal ödünç alma bakımından anlamlıdır; çünkü başka bir hukuk sisteminin anayasası başta olmak üzere bu hukuk sisteminden doğan içtihatlar gibi hukuk kaynaklarına da hukuki geçerlilik kazandırır. Anayasal ödünç alma bu kapsamda içtihadın değişikliğini destekleyen argümanlar sunması bakımından özel bir önlem taşır.

Mahkemelerin içtihat değişikliğine dayanak oluşturması bağlamında anayasal ödünç almaya başvurulmasının tipik örneğini ABD Yüksek Mahkemesi'nin daha önce atıf yapılan *Lawrence et al. v. Texas*<sup>183</sup> kararı oluşturmaktadır. Özet olarak eşcinsel ilişkinin yasaklanmasının anayasaya uygun olup olmadığının tartışıldığı 2003 yılında verilen bu karar, kendisinden önce 1986 yılında verilen *Bowers v. Hardwick*<sup>184</sup> kararı ile birlikte okunmalıdır.

*Lawrence et al. v. Texas* kararında Houston polisi ihbar edilen bir silahlı kargaşa üzerine özel mülkiyet olan başvuru Lawrence'ın apartmanına girmiş ve burada

<sup>180</sup> Bu ifadenin kullanımı için bkz.; Aulis Aarnio – Robert Alexy – Aleksander Peczenik, “The Foundation of Legal Reasoning”, **Rechtstheorie**, C. 12, 1981, s. 152.

<sup>181</sup> Aleksander Peczenik, “Rationality of Legal Justification”, **Archiv für Rechts und Sozialphilosophie**, C. 68, No. 2, 1982, s. 142-149.

<sup>182</sup> Peczenik, **a.g.m. (Rationality of Legal Justification)**, s. 142-143; Uzun, **a.g.e.**, s. 148.

<sup>183</sup> *Lawrence et al. v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003). *Lawrence et al. v. Texas* kararı ile ilgili kapsamlı genel bir değerlendirme için bkz.; Catharine A. MacKinnon, “The Road Not Taken: Sex Equality in *Lawrence v. Texas*”, **Ohio State Law Journal**, C. 65, No. 5, 2004, s. 1081-1094.

<sup>184</sup> *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986).

Lawrence'ı diğer başvuru Garner ile rızaya dayalı cinsel birliktelik sırasında görmüştür. Başvurucular tutuklanmış ve aynı cinsiyette iki bireyin cinsel ilişkiye girmesini yasaklayan Texas Yasası'nı ihlalden hüküm giymiştir.<sup>185</sup> Eyalet Temyiz Mahkemesi, 14. Değişikliğin yasal prosedür hükmü (*Due Process Clause of the Fourteenth Amendment*) gereğince bu yasanın anayasaya aykırı olduğuna karar vermiştir.

Bu dava başvuruçuların, due process hükmü kapsamında ek 14. maddedeki mahremiyet ve özel yaşamın korunması haklarını kullanmada serbest olup olmadıkları ile ilgilidir.<sup>186</sup> Yüksek Mahkeme bu bağlamda *Bowers* kararını da dikkate almak gerektiği kanısındadır. *Bowers* kararının başlangıcında Yüksek Mahkeme'nin "konunun Federal Anayasa'nın sodomi bakımından eşcinsellere temel bir hak tanıyıp tanımadığı olduğu" ifadesinin, söz konusu hakkın kapsamını takdir etmekteki yetersizliği açığa vurduğu belirtilmiştir. *Bowers* kararında mesele, adeta evli bir çiftin evliliğinin yalnızca cinsel ilişkide bulunma hakkı sağlamasına indirgenmesi gibi, yalnızca cinsel ilişkide bulunma üzerine tartışılmış ve bu konuya indirgenmiştir. Oysa mesele bunun ötesinde, en mahrem insan ilişkisine – cinsel ilişkiye - ve bunun en özel alanda – konutta - gerçekleştirilmesine ilişkindir. Anayasa'da korunan hak eşcinsel bireylere özel yaşamlarında, konutlarında cinsel ilişkiye girme hakkı tanımakta ve özgür bireyler olarak onurlarını korumaktadır.<sup>187</sup>

---

<sup>185</sup> "Texas Ceza Yasası 21.06(a) (2003): Aynı cinsten bir başka bireyle sapkın cinsel ilişkiye giren kişi suç işlemiş sayılır. Yasa "deviate sexual intercourse" (sapkın cinsel ilişkiyi) şöyle tanımlamaktadır: (A) Bir başkasının genital organları, ağzı veya anüsü ile herhangi bir temas veya, (B) Başkasının genital organlarına veya anüsüne bir cisimle penetrasyon. § 21.01(1)."

<sup>186</sup> ABD Yüksek Mahkemesi içtihatlarında due process clause'un evliliğe, üremeye, doğum kontrolüne, aile ilişkilerine, çocuk yetiştirmeye ve eğitime ilişkin kişisel kararları koruduğu kabul edilmektedir. Bkz.; *Romer v. Evans*, 517 U. S. 620 (1996).

<sup>187</sup> Burada belirtilmelidir ki, *Bowers v. Hardwick* kararındaki somut olay ile *Lawrence et al. v. Texas* kararındaki somut olay benzerlik göstermektedir; ancak *Bowers*'a konu olan olayın geçtiği Georgia Eyaleti'nde sodomi bireyler aynı cins olsa da olmasa da cezalandırılmaktadır; oysa Texas'ta cezai yaptırım yalnızca aynı cins bireyler bakımından geçerlidir. Ayrıca *Hardwick* hakkında kovuşturma yapılmamıştır; ancak *Hardwick* eyalet yasasının geçersiz olduğuna ilişkin eşcinsel olduğunu ve yasağın Anayasa'da güvenceye alınan haklarını ihlal ettiğini ileri sürerek Federal Mahkeme'de dava açmıştır. Mahkeme ise Georgia'daki bu yasayı anayasaya uygun bulmuştur.

*Lawrence et al. v. Texas* kararında Yüksek Mahkeme, *Bowers* kararında hakkın yanlış değerlendirildiğini ve sodominin yasaklanmasının çok eski kökenleri olduğunu belirtildiğini ifade etmektedir. Bununla birlikte *Lawrence* kararında Mahkeme, ABD’de eşcinsel ilişkiye özgü yasaların tarihinin eskiye dayanmadığını ortaya koymaktadır. Erken dönem Amerikan sodomi yasaları eşcinsel cinsel ilişkiye özgü değil, genel olarak doğum hedefi olmayan (nonprocreative) cinsel ilişkiye ilişkin düzenlemeler içermektedir. Ayrıca, küçüklerle, hayvanlarla ve zorla cinsel ilişkiye dair hükümler yer almaktadır. Amerikan yasaları 20. yüzyılın üçüncü çeyreğine kadar eşcinsel çiftleri hedeflememiştir. Davanın görüldüğü tarihte bile yalnızca 9 eyalette eşcinsel cinsel ilişkiye özgü ceza yaptırımı öngörüldüğü belirtilmiştir.

Yüksek Mahkeme, *Bowers* kararının verildiği dönemde, kararda yüzyıllardır eşcinsel ilişkinin ahlaksızlığını kabul eden görüşlere geniş yer verildiğini; oysa bu Mahkeme’nin görevinin kendi ahlaki yargılarını empoze etmek değil, herkesin özgürlüklerini tanımlamak olduğunu bir kez daha belirtmiştir.<sup>188</sup> Geçtiğimiz yüzyılın son yarısında ulusun yasa ve geleneklerinin Mahkeme’nin fonksiyonuna ilişkin bu görüşte belirleyici olduğunu; bu özgürlüğün yetişkin bireylere cinselliğe dair konuları özel yaşamlarında nasıl sürdüreceklerine ilişkin önemli bir koruma sağladığı konusunda toplumda farkındalık geliştiği belirtilmiştir.<sup>189</sup>

Kararda, *Bowers* kararının eksikliklerinin ilerleyen yıllarda daha da belirgin hale geldiği belirtilmektedir. Nitekim *Bowers* kararı döneminde kararda atıf yapılan eşcinsel ilişkiyi yasaklayan yasalar ABD’nin 25 eyaletinde yürürlükte iken, *Lawrence* kararındaki veriye göre karar döneminde bu sayı 13’e düşmüştür. ABD’de *Bowers* kararının muhakemesi yalnızca tarihsel açıdan değil, her yönüyle önemli derecede ve sürekli olarak eleştirilmiştir. *Bowers* kararının her ne kadar ABD’de paylaşılan değerlere dayansa da davanın muhakemesi her yerde kabul görmemektedir ve örneğin AIHM tarafından reddedilmiştir. Kararda ayrıca diğer ulusların da

<sup>188</sup> Aynı yönde bkz.; *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey*, 505 U. S. 833 (1992).

<sup>189</sup> Aynı yönde bkz.; *County of Sacramento v. Lewis*, 523 U. S. 833 (1998).

eşcinsel yetişkinlerin rızaya dayalı mahrem ilişkileri bakımından söz konusu hakkın korunması yönünde uygulama izledikleri belirtilmiştir.

Sonuç olarak başvuruçular yasanın 14. Değişikliğinin eşit koruma normunu (*equal protection clause*) ve Texas Anayasası'ndaki benzer hükmünü ihlal ettiğini iddia etmiştir; fakat bu iddialar reddedilmiştir. Temyiz Mahkemesi iddiaları reddederken Yüksek Mahkeme'nin *Bowers v. Hardwick* kararını da dikkate almıştır.

Çalışmamız kapsamında Mahkeme'nin yaptığı inceleme anayasal ödünç alma ve içtihat değişikliğine etkisi odağında incelenmelidir. ABD Yüksek Mahkemesi kararda öncelikle, yukarıda yer verdiğimiz şekilde ABD'de ve genel olarak eşcinsel ilişkiye dair tarihsel gelişimi açıklamış ve daha sonra yabancı mahkeme kararlarından örnekler vermiştir. Bu kapsamda özellikle *Bowers v. Hardwick* kararından da önceki tarihli AİHM'nin *Dudgeon v. Birleşik Krallık*<sup>190</sup> kararına atıf yapmıştır. Karar, Kuzey İrlanda'da yaşayan yetişkin bir eşcinsel erkek olan başvuruçunun, Kuzey İrlanda yasalarının eşcinsel cinsel ilişkide bulunmayı yasaklamasından ötürü AİHS'nin 8. maddesinde düzenlenen özel yaşama saygı hakkının ihlal edildiğini ileri sürmesine ilişkindir. Başvurucu sorgulandığını, evinin arandığını ve kovuşturmaya uğramaktan korktuğunu öne sürmüştür. AİHM eylemi yasaklayan yasaların AİHS'nin 8. maddesini ihlal ettiğine karar vermiştir. Yüksek Mahkeme kararda, Avrupa Konseyi üyesi tüm devletler bakımından emredici olan bu kararın, *Bowers* kararı ile çeliştiğini ifade etmektedir. Ayrıca *Bowers* kararındaki eksikliklerin kararın verildiği tarihten bu yana ABD anayasa hukuku sistemi bakımından daha da fazla görünür olduğu belirtilmiştir.

Yüksek Mahkeme kendilerinin de paylaştığı *Bowers* kararının dayandığı değerlerin birçok medeniyet tarafından kabul görmekte birlikte, başka yerlerde bu kararın muhakemesi ve dayanağının reddedildiğini belirtmektedir. Bu kapsamda AİHM, *Bowers* kararını değil, kendi içtihadını, *Dudgeon v. United Kingdom* kararını

---

<sup>190</sup> *Case of Dudgeon v. United Kingdom*, Judgment of App. No. 7525/76, 22 October 1981

takip etmektedir.<sup>191</sup> Ayrıca ABD Yüksek Mahkemesi, BM İHK'nin *Toonen v. Australia*<sup>192</sup> kararına atıf yapmakta ve bu kararın da AİHM'in *Dudgeon* kararını izlediğini, *Bowers* kararını ise reddettiğini belirtmektedir.

*Lawrence et al. v. Texas* kararında AİHM'nin içtihatlarına yer veren Yüksek Mahkeme ayrıca başka ülkelerde de eşcinsel yetişkinlerin cinsel ilişkiye girmesine engel olmayan tutarlı uygulamalar olduğunu belirtmiştir. Yüksek Mahkeme başka ülkelerdeki bu uygulamalar için *Lawrence et al. v. Texas* kararı kapsamında *amici curiae*'den yararlanmıştır.<sup>193</sup>

ABD Yüksek Mahkemesi'nin *amici curiae*'ye yaptığı atıflarda öncelikle başta *Dudgeon v. İrlanda* kararı olmak üzere yukarıda söz ettiğimiz AİHM kararlarına yer verilmektedir. Ardından Kanada'da 1969'da, Yeni Zelanda'da 1986'da ve İsrail'de 1988'de eşcinsel ilişkiyi yasaklayan hükümlerin yürürlükten kaldırıldığı belirtilmiştir.

Güney Afrika'da common law ve yasalar tarafından yasaklanan erkekler arası eşcinsel ilişki, Anayasa Mahkemesi tarafından 1996 Güney Afrika Anayasası'nın herkesin özel yaşam hakkına sahip olduğunu düzenleyen hükmü gereğince oybirliğiyle serbest kılınmıştır. *National Coalition for Gay and Lesbian Equality v. Minister of Justice* kararında Güney Afrika Anayasa Mahkemesi; AİHM ve BM İHK'nin kararlarında da belirtildiği gibi, bir yetişkinin aynı cinsten bir partnerle cinsel

---

<sup>191</sup> Bkz.; *Norris v. Ireland*, App. No. 10581/83, Judgment of 26 October 1988; *Modinos v. Cyprus*, App. No. 15070/89, Judgment of 22 April 1993; *P.G. and J.H. v. United Kingdom*, App. No. 44787/98, Judgment of 25 September 2001, özellikle par. 56.

<sup>192</sup> *Toonen v. Avustralya*, Communication No: 488/1992, UN Doc. CCPR/C/50/D/488/1992, 31 Mart 1994. Bu kararın sonucunda Tazmanya ve Avustralya Parlamentoları eşcinsel ilişkiyi yasaklayan yasaları yürürlükten kaldırmıştır.

<sup>193</sup> *Lawrence et al. v. Texas*, Brief Amici Curiae of Mary Robinson, Amnesty International U.S.A., Human Rights Watch, Interights, The Lawyers Committee for Human Rights and Minnesota Advocates for Human Rights, No. 02-102. *Amici curiae* raporunda; 1. Texas'taki eşcinsel ilişkiyi yasaklayan düzenlemeler bakımından başvurularda verilen cezai hükmün 14. Değişiklikte korunan yasaların eşit koruma güvencesini ihlal edip etmediği, 2. Başvurucuların cinsel ilişkiye girmelerinden ötürü hüküm giymelerinin 14. Değişiklikte yer alan *due process clause* ile korunan mahremiyetlerini ve özgürlüklerini ihlal edip etmediği, 3. *Bowers v. Hardwick* kararının bozulup bozulamayacağı tartışılmaktadır.

ilişkide bulunup bulunmayacağına ilişkin mahrem ve özel kararını da kapsayan içtihadi bir özel yaşama saygı hakkı teorisini açıkça ifade etmiştir.<sup>194</sup> Ayrıca, *Bowers v. Hardwick* kararındaki argümanlara karşı görüşlerin yer aldığı Kolombiya Anayasa Mahkemesi ve İsrail Yüksek Mahkemesi'nin kararlarına yer verilmiştir.

Yabancı hukuklara ilişkin düzenlemelerin ve mahkeme kararlarının yer aldığı *amici curiae*'ye atıf yapılan kararda, başvuruçuların talep ettiği hakkın diğer birçok ülkede insan haklarının ayrılmaz bir parçası olarak kabul edildiği belirtilmektedir. Ayrıca ABD'de söz konusu kişisel tercih bakımından hükümetin çıkarının daha acil veya meşru olduğuna ilişkin bir gösterge olmadığı ifade edilmiştir.

Karara ilişkin tüm bu açıklamalar kapsamında *Bowers v. Hardwick*'ten beri süren içtihadın değiştirilmesi hakkında Yüksek Mahkeme, öncelikle *stare decisis* (emsal karara uyma zorunluluğu) tartışması yapmıştır ve önceki içtihatlarla uyma zorunluluğunun Mahkeme'ye duyulan saygı ve hukukun güvenilirliği / istikrarı bakımından esas olmasıyla birlikte değiştirilemez bir buyruk olmadığını ifade etmiştir.<sup>195</sup> Yüksek Mahkeme *Bowers v. Hardwick* kararının kendinden önceki ve sonraki kararlarla çelişerek belirsizliğe yol açtığını ve Mahkeme'nin daha önce verdiği *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey* kararına da atıf yaparak özgürlüğün şüpheli bir içtihatla sığınacak yer bulamayacağını ("*Liberty finds no refuge in a jurisprudence of doubt*") belirtmiştir.<sup>196</sup>

Sonuç olarak, ABD Yüksek Mahkemesi *Lawrence et al. v. Texas* kararı ile eşcinsel ilişkiye dair daha önce verdiği *Bowers v. Hardwick* kararını bozma kararı almıştır ve yorumunun gerekçelendirilmesinde anayasal ödünç almaya başvurarak

---

<sup>194</sup> *National Coalition for Gay and Lesbian Equality and Another v. Minister of Justice and Others*, 1999 (1) SA 6 (CC), par. 32, bkz.; "[32] Privacy recognises that we all have a right to a sphere of private intimacy and autonomy which allows us to establish and nurture human relationships without interference from the outside community. **The way in which we give expression to our sexuality is at the core of this area of private intimacy.** If, in expressing our sexuality, we act consensually and without harming one another, invasion of that precinct will be a breach of our privacy. (...)" (Vurgu eklenmiştir.)

<sup>195</sup> Aynı yönde bkz.; *Payne v. Tennessee*, 501 U. S. 808 (1991).

<sup>196</sup> *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992).



gerek AİHM kararlarından, gerekse Güney Afrika Anayasa Mahkemesi, İsrail Anayasa Mahkemesi gibi yabancı Anayasa Mahkemelerinin kararlarından ve yabancı ulusal hukuk sistemlerindeki uygulamalardan yararlanmıştır.

### C. Yabancı Bir Anayasal Sistemdeki Kurumun Benimsenmesi

Anayasa mahkemelerini anayasal ödünç almaya iten bir neden de yabancı bir anayasal sistemde yer alan bir kurumun benimsenmesidir. Burada “kurum” kavramıyla kastedilen çalışmamızın sınırları ile de bağlantılı olarak, anayasa hukuku bakımından anayasa tanımında da yer alan ve anayasanın “*devletin kurumları, bunların işleyişi ve aralarındaki ilişkiyi düzenleyen bir belge*” olması bağlamında anayasal kurumlar ve bunların işleyişi çerçevesindeki usuller ve düzenlemelerdir. Gerçekten de, bu başlık altında inceleyeceğimiz Türk Anayasa Mahkemesi’ne ve Macar Anayasa Mahkemesi’ne ilişkin kararlar, yabancı hukuklarda yer alan bu anayasal kurumların ulusal hukuklardaki uygulamaları üzerine tartışmalar içermektedir.

Öncelikle, Macar Anayasa Mahkemesi’nin Seçim Usulü Yasası’nın (*Act on Election Procedure*) bazı maddelerinin anayasaya aykırılığı ile ilgili 2013 yılında verdiği kararda yabancı hukuklardaki farklı kurumların ve usullerin Macar Anayasa Mahkemesi açısından bağlayıcı olup olmayacağına ilişkin tartışmalar bu kapsamda örnek verilebilir. Bu kararda Mahkeme, muhakemeleri sırasında birçok kez uluslararası hukuki karşılaştırma yaptığını ve karşılaştırmalarda genellikle özel hukuki kurumların tanıtıldığını ifade etmiştir. Bu karşılaştırmalar sırasında hem ortak, hem de karşıt unsurların ortaya konduğunu ve çoğu kez yalnızca denizaşırı ve Avrupalı ülkeler arasında değil, Avrupa içinde de aynı içeriğe ilişkin düzenlemelerin son derece farklı olduğunun tespit edildiğini belirtmiştir. Mahkeme’ye göre başka bir ülkedeki özel bir hukuki kurumun anayasallığı söz konusu ülkenin anayasasına, hukuk sistemine uyumuna ve tarihsel ve siyasi arka planına göre değişmektedir. Buna bağlı olarak Anayasa Mahkemesi, yabancı deneyimlerin bazı düzenlemelerin değerlendirilmesine yardımcı olabileceğini belirtmekle birlikte, anayasaya uygunluk

denetiminde hiçbir yabancı ülkeyi belirleyici unsur olarak kabul etmemektedir.<sup>197</sup> Bu söylenenler ışığında, bir veya daha fazla yabancı ülkede ve demokratik Avrupa ülkelerinde dahi, hukuki bir kurum veya mevzuatın varlığı durumunda, anayasaya uygunluk denetiminde bu durumun kesin/belirleyici gücü (*decisive force*) yoktur; çünkü bu Anayasa’da güvence altına alınmış bir hakkın sınırlandırılmasına yeterli bir meşruiyet kazandırmaz. Buna göre, Anayasa Mahkemesi söz konusu düzenlemenin Anayasa’ya uygunluğunu Anayasa hükümleri temelinde, Anayasa Mahkemesi’nin içtihatlarını ve uluslararası hukuk çerçevesinde Macaristan’ın yükümlülüklerini dikkate alarak incelediğini belirtmiştir.”<sup>198</sup>

Türk Anayasa Mahkemesi’nin yabancı hukukta var olan bir kurumun veya usulün benimsenmesi doğrultusunda, anayasal ödünç almaya etkisini incelemek açısından tipik kararları ise Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuru ile ilgilidir. 12 Eylül 2010 tarihinde yapılan referandum ile 5982 Sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun hükümleri kabul edilmiş ve bu anayasa değişiklikleri çerçevesinde 1982 Anayasası’nın 148. maddesinde yapılan değişiklikle Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuru usulü hukuk sistemimizin bir parçası haline gelmiştir. 2010 yılında kabul edilmesine kadar bireysel başvuru usulü Türkiye’de hukuk öğretisinde yer bulan ve öğretilde özellikle Almanya uygulamasından esinlenen bir kurumdur.<sup>199</sup> Anayasa Mahkemesi’nin

<sup>197</sup> Mahkeme ayrıca, erken dönem kararlarının birine de atıf yaparak bu kararda uygulanan çözümün, uluslararası alanda emsali olmadığına ve uluslararası pratiğe başvurmadağına; ama yabancı uygulamaya dayandığına ilişkin dilekçede yer alan iddia Anayasa’nın 7. maddesinin 1. paragrafı bağlamında ilgisiz olduğuna ve buna göre anayasaya aykırılığın bu temele dayanarak kabul edilemeyeceğinin belirtildiğini [32/1991 (VI. 6.) AB, ABH 1992, 146, 159] ifade etmiştir.

<sup>198</sup> Macar Anayasa Mahkemesi Kararı, Decision 1/2013. (I. 7.) AB, par. 3.4, özellikle bkz.; “(...) Taking the above aspects into account, one may also establish that: the mere fact that a legal institution or a regulatory solution exists in one or more foreign countries (even in democratic European ones) does not have a decisive force with regard to establishing its compliance with the Fundamental Law, thus it cannot be the sufficient justification of restricting a right granted in the Fundamental Law. With due account to the above, the Constitutional Court judged upon the compliance of the challenged regulation with the Fundamental Law on the basis of the provisions of the Fundamental Law, the Constitutional Court’s established practice with regard to these, in line with the petition, by taking into account the obligations of Hungary under the international law.”

<sup>199</sup> Bireysel başvuru usulü 1982 Anayasası’nda düzenlenene kadar olan süreçte öğretilde yer alan ve Almanya uygulamasına yer veren başlıca eserler için bkz.; Servet Armağan, “Federal Almanya’da Anayasa Şikayeti”, *İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 5, S. 7, 1971, s. 53-75; Yavuz Sabuncu, “Federal Almanya’da Anayasa Şikayeti”, *Ankara Üniversitesi*

bireysel başvuruları karara bağlamaya başladığı 23 Eylül 2012 tarihinden bu yana içtihatlarında da bu esinlenmenin izleri görülmektedir.

Anayasa Mahkemesi kararlarında bireysel başvuru kararları açısından Alman Federal Anayasa Mahkemesi kararları kapsamında anayasal ödünç almaya başvurulmasını incelemeyen önce, Almanya’da bu kurumun tarihsel gelişimi bakımından da bir görüşe göre ABD’den etkilendiğinin kabul edildiğini de belirtmek gerekmektedir. Bu kapsamda öncelikle ABD’de anayasal geleneğin temel haklar (Alman Hukuku’ndaki ifadesi ile sübjektif haklar) odaklı bir anlayışa dayandığı ve bunun yalnızca felsefi vaatler içeren Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi’nden farklı olduğu ortaya konmuş ve Alman sübjektif haklar görüşünün de daha köklü ve uzun bir gelenekten gelen Anglo-Amerikan anlayışa yakın olduğu kabul edilmiştir. Bununla birlikte, anayasa yargısı bakımından adem-i merkeziyetçi (*decentralised*) Amerikan Anayasa Yargısı modeli yerine Avusturya modelini benimseyen Alman anayasa yargısı, bu anlamda Kıta Avrupası Hukuku temelli merkezi (*centralised*) anayasa yargısı sistemini temel almıştır. Almanya’da kabul edilen Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuru usulü’nün ABD’deki temel haklar koruması sisteminden farklı olması bu teknik farklılıklara dayansa da, özünde her iki ülkenin hukuk sisteminde de temel haklar odaklı ortak bir paydayı paylaştıkları görülmektedir.<sup>200</sup>

Almanya’da temel haklar ve buna bağlı olarak Federal Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuru usulünün benimsenmesindeki bu hukuk sistemleri ve yabancı hukuklar arası etkileşim anayasal ödünç alma pratiği bakımından anlamlıdır. Temel haklar anlayışı bakımından Anglo-Amerikan Hukuk Sistemi’ne, anayasa yargısı bakımından ise Kıta Avrupası sistemine dayandırılan bu kurum, Almanya’da 1951

---

**Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, C. 37, S. 3-4, Eylül – Aralık, 1982, s. 139-152; Zafer Gören, “Anayasa Mahkemesi’ne Kişisel Başvuru”, **Anayasa Yargısı Dergisi**, C. 11, Ankara, 1995, s. 97-134; Ece Göztepe, **Anayasa Şikayeti**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No. 530, Ankara, 1998; Fazıl Sağlam, “Anayasa Şikayeti Kurumunun Türk Hukukuna Kazandırılması ile İlgili Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, **Anayasa Yargısı İncelemeleri 1**, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2006, s. 71-111.

<sup>200</sup> Martin Borowski, “The Beginnings of Germany’s Federal Constitutional Court”, **Ratio Juris**, Vol. 16, No.2, June 2003, s. 180-181.

yılında federal bir yasa ile hukuk sistemine dahil edilerek dünya genelinde uygulamalar bağlamında uzun yıllardır devam eden kapsamlı ve başarılı bir örnek ve esin kaynağı olarak kabul edilmektedir.<sup>201</sup> Bu kapsamda Türk Anayasa Mahkemesi'nin kararlarında da bireysel başvuru usulünün uygulanmaya başlamasıyla Alman Federal Anayasa Mahkemesi'ne atıflara yer verilmiştir.

Ceza soruşturması sürecinde birtakım usuli haklarının ihlal edildiği iddiası ile ilgili *Günay Dağ ve Diğerleri Başvurusu*'nda başvuruclardan İstanbul Barosu, soruşturmanın savunma hakkının engellenmesine yönelik olmasını ve Baro adına gerek savunma haklarının, gerekse üyelerinin avukatlık meslek haklarının ihlal edildiğini ileri sürerek bireysel başvuruda bulunmuştur. Anayasa Mahkemesi, kamu tüzel kişilerinin bireysel başvuru yapamayacaklarını düzenleyen 6216 sayılı Kanun'un 46/II. maddesinin birinci cümlesine dayanarak İstanbul Barosu'nun kamu tüzel kişiliğine sahip kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşu olması nedeniyle bireysel başvuru ehliyeti bulunmadığı değerlendirmesini yapmıştır. Bu kapsamda İstanbul Barosu'nun başvurusunu kişi bakımından yetkisizlik nedeniyle kabul edilemez bulmuştur.<sup>202</sup> Kararda bir farklı gerekçe yazısında ise kamu tüzel kişilerinin bireysel başvuru usulünde başvuru olup olmayacaklarına ilişkin olarak Alman Hukuku'nda usule ilişkin temel haklar kapsamında kamu tüzel kişilerinin de başvuru olmasının olanaklı olduğu belirtilmektedir. Ayrıca devletten nispeten bağımsız olarak görevlerini yerine getiren kamu tüzel kişiliğine sahip dini kurumlar, üniversiteler ve yayın kuruluşlarının da yerine getirdikleri hizmete ilişkin temel haklarının ihlal edildiği hallerde de bireysel başvuruda bulunabileceklerinin kabul edildiği farklı gerekçede dipnotta yer almıştır.<sup>203</sup> Nitekim, aynı değerlendirme başvuruclunun hissedar olduğu taşınmaza kamulaştırmasız el attığı iddiasıyla açılan

<sup>201</sup> Ece Göztepe, "Türkiye'de Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Hakkının (Anayasa Şikayeti) 6216 Sayılı Kanun Kapsamında Değerlendirilmesi", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, c. 95, 2011, s. 17.

<sup>202</sup> *Günay Dağ ve Diğerleri Başvurusu*, Başvuru Numarası: 2013/1631, 17 Aralık 2015, par. 63-73.

<sup>203</sup> *Günay Dağ ve Diğerleri Başvurusu*, Celal Mümtaz Akıncı ve Erdal Tercan'ın Farklı Gerekçe Yazısı, bkz.; "(...) Nitekim Alman hukukunda da, kamu tüzel kişilerinin, kamu gücü kullandıkları sürece bireysel başvuruda (anayasa şikayetinde) bulunmaları kural olarak yasak olmakla birlikte, istisnaen yargılamaya ilişkin (yahut usule ilişkin) temel haklara (Anayasa m. 101,1; 103,1 gibi) ilişkin olarak, örneğin kanuni hakim ilkesi, hak arama özgürlüğü, adil yargılanma hakkı gibi konularda bireysel başvuruda bulunabilecekleri kabul edilmektedir. (...)”

dava sonucunda tazminata hükmedilmesinin mülkiyet ve adil yargılanma haklarını ihlal ettiğini iddiasını ileri sürdüğü 2013 tarihli *İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Başvurusu* kararında da farklı gerekçe yazısında ortaya konmuştur. Bu başvuru da Anayasa Mahkemesi tarafından üniversitelerin kamu tüzel kişiliğine sahip olması nedeniyle kişi yönünden yetkisizlik gerekçesiyle kabul edilemez bulunmuş; ancak daha sonra Günay Dağ ve Diğerleri Başvurusu’nda da tekrarlanan karşı oy yazısında Alman Hukuku örnek gösterilerek başvurunun kişi yönünden yetkisizlik nedeniyle reddedilemeyeceği belirtilmiştir.<sup>204</sup>

Türk Anayasa Mahkemesi yönünden gerek bireysel başvurunun son derece yeni bir kurum olmasından, gerekse Mahkeme’nin genel olarak anayasal ödünç alma pratiğinin yerleşik olmamasından kaynaklı olarak örnekleri çoğaltmak henüz mümkün olmamaktadır. Bununla birlikte, anayasa yargısında bireysel başvuru uygulaması yerleştikçe, konusu temel haklar olan bu usulde Mahkeme’nin önüne gelen hukuki sorunların muhakemesinde bireysel başvuruyu uzun yıllardır uygulayan, bugüne kadar öğretilerdeki çalışmalarda örnek olarak gösterilen yabancı ülkelerdeki anayasa mahkemelerinin eğilimlerini göz önüne almaktan kaçınmayacağı ve hatta dikkate almasının bir zorunluluk oluşturacağı değerlendirilmesi yapılabilir. Nitekim bireysel başvuruya ilişkin düzenlemeleri içeren 6216 Sayılı Kanun’un genel gerekçesinde de “*çağdaş ülkeler anayasa mahkemelerinin uygulamalarını dikkate alınmak*” suretiyle yasa tasarısının hazırlandığı belirtilmiş ve bireysel başvuru ile ilgili Alman ve İspanyol hukukundaki düzenlemelere yer verilmiştir. Genel gerekçede ayrıca temel hak ihlalleri konusunda AİHM’e yapılan başvuruların azaltılması ve hak ihlallerinden doğan mağduriyetlerin iç hukuk yoluyla giderilmeye çalışılması da bireysel başvurunun benimsenmesinin temel sebeplerinden biri olarak gösterilmiştir.<sup>205</sup> Burada ayrıca belirtmek gerekir ki, hukukta küreselleşme sürecinde en etkili unsurlardan biri AİHM içtihatlarıdır.

<sup>204</sup> *İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Başvurusu*, Başvuru Numarası: 2013/1430, 21 Kasım 2013, Erdal Tercan’ın Karşı Oy Yazısı.

<sup>205</sup> Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun Tasarısı ile Anayasa Komisyonu Raporu (1/993), 11 Ocak 2011. Raporun tam metni için bkz.; (Çevrimiçi) <http://www.kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamaları/Kanunlasarı/2011Yılı/kanmetni/6216-1ss.pdf> , Son Yararlanma Tarihi: 23 Aralık 2016.

AİHS'nin 46. maddesi kapsamında taraf devletler AİHM'in verdiği kesinleşmiş kararlara uyma taahhüdü altındadır. Bir diğer deyişle, AİHM kararları taraf devletler için bağlayıcıdır. Bu kararlar taraflar arası etki doğurmakla birlikte, Sözleşme sisteminin bütüncül bir eğilimle kavranması gerekmektedir. Bu kapsamda Türkiye'nin taraf olduğu davalar bakımından eğer bir tazminat kararı varsa bunun ödenmesi ve sübjektif hak ihlalinin giderilmesi yeterlidir. Türkiye'nin taraf olmadığı davalar bakımından ise içtihatların tamamen bağlayıcı olmadığı yorumu yapılamaz. AİHM içtihatlarının işlevi yalnızca uyuşmazlıkları çözmek değildir, burada AİHM kararlarının *erga omnes* etkisi ayrıca zikredilmelidir.<sup>206</sup> AİHS adeta bir "Avrupa Temel Haklar Anayasası" niteliği taşımaktadır ve Mahkeme Sözleşme'de yer alan hükümleri aydınlatmak, geliştirmek, korumak ve taraf devletlerin iç hukuklarında etkili biçimde koruyabilecekleri bir ortak zemin yaratma işlevlerine sahiptir. Bu kapsamda Sözleşme ortak bir Avrupa kamu düzeni yaratmayı amaç edinmiş bir anayasal metindir. AİHS'nin bu niteliği gereği taraf devletler içtihatların ortaya koyduğu asgari sınırları gözeterek ulusal hukuklarını buna uygun hale getirme yükümlülüğü altındadır.

Taraf devletler, Sözleşme'nin 1. maddesi gereği Sözleşme'de yer alan haklara saygı göstermeyi, onları korumayı ve uygulamayı taahhüt etmektedir. Devletin bu yükümlülükleri Sözleşme'ye taraf olmakla başlar, bu yükümlülüğün başlaması için ihlal oluşması gerekmemektedir. Aksine, esas olan ihlal oluşmadan önleyici tedbirler alınmasıdır. Dolayısıyla, yalnızca ihlal kararı verilen devletin değil, tüm taraf devletlerin ulusal hukuklarını bu karar doğrultusunda gözden geçirmesi ve

---

<sup>206</sup> Bkz.; Oddný Mjöll Arnardóttir, "Res Interpretata, Erga Omnes Effect and the Role of the Margin of Appreciation in Giving Domestic Effect to the Judgments of the European Court of Human Rights", **The European Journal of International Law**, Vol. 28, No. 3, 2017, s. 819-843. AİHM kararlarının erga omnes etkisi ayrıca 19 Şubat 2010 tarihli Interlaken Deklarasyonu'nda da yer almıştır. Bkz.; "B. Implementation of the Convention at the national level

4. The Conference recalls that it is first and foremost the responsibility of the States Parties to guarantee the application and implementation of the Convention and consequently calls upon the States Parties to commit themselves to: (...)

c) taking into account the Court's developing case-law, also with a view to considering the conclusions to be drawn from a judgment finding a violation of the Convention by another State, where the same problem of principle exists within their own legal system; (...)" (Vurgu eklenmiştir.)

gerekiyorsa güncellemesi gerekmektedir, bu niteliği ile AİHM'in taraf devletler üzerinde yönlendirici bir etkisi bulunmaktadır.<sup>207</sup>

Tüm bu açıklamalardan yola çıkarak, özellikle AİHM içtihatlarının her ne kadar davaya taraf olmayan devletleri dolaylı yoldan etkileme özelliği söz konusu olsa da, Sözleşme'nin bütüncül bir eğilimle kavranması gerekliliği ve 6116 Sayılı Kanun'un düzenlenmesindeki motivasyona ve amacına uygun olması bakımından da Türkiye'de bireysel başvuru usulü kapsamında anayasal ödünç alma pratikleri git gide önemli hale gelecektir.

Son olarak, Türk Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru ile ilgili olarak Alman Federal Anayasa Mahkemesi kararlarından yararlanmasına benzer olarak, Sözleşme sistemleri arası atıflar da dikkat çekmektedir. Bu kapsamda her ikisi de bölgesel insan hakları sözleşmelerinin denetim organları olan AİHM ve Ame. İHM kararları arasındaki atıflar örnek verilebilir. Özellikle başvuru usulü ile ilgili olarak zaman ve kişi bakımından usuli koşullar, iç hukuk yollarının tüketilmesi ve geçici önlemler gibi konularda AİHM kararlarında Ame. İHM kararlarına atıf yapıldığı görülmektedir.

AİHM'e bireysel başvuruda bulunmak için zaman koşulunun yerine getirilmesi bakımından *Silih/Slovenya* kararında, 3 Mayıs 1993 tarihinde bulantı ve vücudunda kaşıntı şikayetiyle gittiği hastanede enjekte edilen ilaç sonucunda komaya girmesi ve 19 Mayıs 1993 günü ölmesi üzerine, Sözleşme'nin 2. maddesinin ihlal edildiğine ilişkin bir başvuru söz konusudur. Slovenya Hükümeti'nin, Slovenya'nın Sözleşme ile bağışlanma tarihi olan 28 Haziran 1994 tarihinden önce gerçekleşen bu olayın zaman bakımından kabul edilemez bulunması gerektiği savunmasını yapmıştır. Buna karşın AİHM, asıl olarak Sözleşme'nin 2. maddesi kapsamında etkili soruşturma yükümlülüğüne vurgu yaparak ölümün gerçekleştiği tarihten sonra da devletin bu yükümlülüğünün devam ettiğini ifade etmiştir. Bu savını desteklemek üzere de, BM

---

<sup>207</sup> Tolga Şirin, *Türkiye'de Anayasa Şikayeti (Bireysel Başvuru) İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Almanya Uygulaması ile Mukayeseli Bir İnceleme*, 12 Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 429-439.

İHK ve Ame. İHM içtihatlarına atıf yapmıştır.<sup>208</sup> Benzer şekilde, *Silih/Slovenya* kararından sonra AİHM tarafından verilen, 1974'te Kuzey Kıbrıs'ta Türkiye tarafından yapılan askeri operasyonlar sırasında kaybolan Kıbrıslı Rumların durumuyla ilgili bir başvuru olan *Varnava ve Diğerleri/Türkiye* kararı da örnek verilebilir. Bu kararda da Sözleşme'nin 2. maddesi kapsamında ölümlerle ilgili etkili soruşturma yapma yükümlülüğünün başlı başına bağımsız bir usuli yükümlülük olarak kabul edildiği belirtilmiştir. Ölüm AİHS'nin ilgili devlet bakımından yürürlüğe girmesinden önce meydana gelmiş olsa bile, söz konusu usuli yükümlülük devlete yüklenebilecek "ayrılabilir bir yükümlülük" olarak değerlendirilecektir. Dolayısıyla Hükümet'in davanın zaman bakımından AİHM önüne getirilemeyeceğine ilişkin iddiası reddedilmiştir.<sup>209</sup> Bu kapsamda da, Ame. İHS'nin kaybolan kişilere ilişkin *Blake v. Guatemala*<sup>210</sup>, *Serrano-Cruz Sisters v. El Salvador* ve *Heliodoro Portugal v. Panama* kararlarına atıf yapılmıştır.

Başvuru usulü ile ilgili olarak AİHM kararlarında ayrıca iç hukuk yollarının tüketilmesine<sup>211</sup> ve kişi bakımından yetkiye<sup>212</sup> ilişkin olarak da Ame. İHM

---

<sup>208</sup> *Case of Silih v. Slovenia*, App. No. 71463/01, GC Judgment of 9 April 2009, par. 159-160, bkz.; "159. Against this background, the Court concludes that the procedural obligation to carry out an effective investigation under Article 2 has evolved into a separate and autonomous duty. Although it is triggered by the acts concerning the substantive aspects of Article 2 it can give rise to a finding of a separate and independent "interference" within the meaning of the *Blečić* judgment (cited above, § 88). In this sense it can be considered to be a detachable obligation arising out of Article 2 capable of binding the State even when the death took place before the critical date.

160. This approach finds support also in the jurisprudence of the United Nations Human Rights Committee and, in particular, of the Inter-American Court of Human Rights, which, though under different provisions, accepted jurisdiction *ratione temporis* over the procedural complaints relating to deaths which had taken place outside their temporal jurisdiction (see paragraphs 111-18 above)." Kararda atıf yapılan Ame. İHM'nin içtihatları için bkz.; *Case of Velasquez-Rodriguez v. Honduras*, Series C, No. 4, 29 Temmuz 1988; *Case of Godinez-Cruz v. Honduras*, Series C, No. 5, 20 Ocak 1989; *Case of Serrano-Cruz Sisters v. El Salvador*, Series C, No. 118, 23 Kasım 2004; *Case of Moiwana Community v. Suriname*, Series C, No. 124, 15 Haziran 2005.

<sup>209</sup> *Case of Varnava and Others v. Turkey*, App. Nos. 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90 ve 16073/90, GC Judgment of 18 September 2009, par. 94-98 ve 147.

<sup>210</sup> *Case of Blake v. Guatemala*, Series C, No. 27, 2 Temmuz 1996; *Case of Serrano-Cruz Sisters v. El Salvador*, Series C, No. 118, 23 Kasım 2004; *Case of Heliodoro Portugal v. Panama*, Series C, No. 186, 12 Ağustos 2008.

<sup>211</sup> *Case of Akdivar and Others v. Turkey*, App. No. 21893/93, GC Judgment of 16 September 1996, par. 68. Bu kararda Ame. İHM'nin *Velasquez-Rodriguez v. Honduras* kararına atıf yapılmıştır. Bkz.; *Case of Velasquez-Rodriguez v. Honduras*, Series C, No. 4, 29 Temmuz 1988.



kararlarından yararlanılmıştır. Başvuru usulünün dışında ise bazı usuli önlemlerin uygulanmasına yönelik olarak da, geçici önlemlere ilişkin Ame.İHM kararlarından yararlanılması örnek gösterilebilir.<sup>213</sup>

#### D. Diyaloğa Açıklık

Anayasal ödünç almada etkili olan unsurlar kapsamında yukarıda yargıçların etkisinden söz edilmiştir. Bu kapsamda yargıçların etkisi, yargılama felsefesi (*judicial philosophy*) kavramıyla da bağlantılı olarak “bireysel bir etkiyi” ifade etmektedir. Yukarıda da açıklandığı üzere yargıçların bu bireysel etkisi; yargıcın eğitiminden bildiği yabancı dillere, metodolojik kabullerine ve yoruma bakış açısına göre oluşturduğu yargılama felsefesi sonucunda Anayasa Mahkemeleri içtihatlarında karşılaştırmacılığa başvurmaya eğilimli olması bağlamında değerlendirilmiştir. Bununla birlikte, yargıçların bireysel etkisinin dışında, bu bireysel etkinin oluşmasına katkıda bulunan anayasa mahkemeleri arası örgütlenme ve toplantı faaliyetlerinden söz etmek gerekmektedir.

Çalışmamız kapsamında diyaloğa açıklık olarak ifade ettiğimiz anayasal ödünç almaya başvurma nedeni, kolektif bir faaliyet karşımıza çıkmaktadır. Kolektif yönünün yanı sıra, elbette yargıçların bireysel etkisi bağlamında da ele alırsak; karşılaştırmacı bir bakış açısı geliştirilmesinde yabancı ülkelerdeki anayasa yargıçıları ile etkileşim kurma olanaklarının yaratılması son derece önemlidir. Bu kapsamda, mahkemeler ve yargıçlar arası ilişkilerin geliştirilmesi amacıyla gerek bölgesel, gerekse uluslararası düzeyde; küresel yargı ağının ve mahkemeler arası işbirliğinin

---

<sup>212</sup> *Case of Centre for Legal Resources on Behalf of Valentin Campeanu v. Romania*, App. No. 47848/08, GC Judgment 17 July 2014, par. 70-72. Bu kararda atıf yapılan Ame. İHKom kararları için bkz.; *Gomes Lund et al. (“Guerrilha do Araguaia”) v. Brazil*, Series C, No. 219, 24 Kasım 2010; *Teodoro Cabrera Garcia and Rodolfo Montiel Flores v. Mexico*, Series C, No. 220, 26 Kasım 2010; *Escher et al. v. Brazil*, Series C, No. 200, 6 Haziran 2009. Bu kararda atıf yapılan Ame. İHM kararları için bkz.; *Las Dos Erres” Massacre v. Guatemala*, Series C, No. 211, 24 Kasım 2009; *Case of the “Street Children” (Villagrán Morales et al.) v. Guatemala*, Series C, No. 63, 19 Kasım 1999; *Baena-Ricardo et al. v. Panama*, Series C, No. 72, 2 Şubat 2001.

<sup>213</sup> Örneğin bkz.; *Mamatkulov and Askarov v. Turkey*, App. Nos. 46827/99 - 46951/99, Judgment of 4 February 2005, par. 53, 112, 113, 116. İlgili Ame. İHM kararları için bkz.; *Case of Loayza-Tamayo v. Peru*, Series C, No. 33, 17 Eylül 1997; *Hilaire, Constantine and Benjamin et al. v. Trinidad and Tobago*, Series C, No. 94, 21 Haziran 2002.

somutlaşmasının bir görünümü olarak nitelendirebileceğimiz bağlantılar oluşturulmuştur.

Anayasa Mahkemeleri arasındaki ilişkiyi kurumsallaştırma çalışmaları düzenleyen bu kuruluşları incelediğimizde; coğrafi etkileşim üzerinden bölgesel kuruluşlar<sup>214</sup>, dil etkileşimi üzerinden aynı dili kullanan mahkemelerin oluşturduğu kuruluşlar<sup>215</sup> ve uluslararası çapta kuruluşlar<sup>216</sup> olarak ayrıştıkları görülmektedir. Bu kapsamda, ilk kez 1972 yılında Dubrovnik'te gerçekleştirilen bir konferans ile bir araya gelen ve Avrupa'da anayasallık denetimi gerçekleştiren 40 Anayasa Mahkemesi ve muadili kurumun temsilcilerinin oluşturduğu Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı<sup>217</sup>, 2010 yılında kurulan Asya Anayasa Mahkemeleri ve Muadil Kurumlar Birliği<sup>218</sup>, Avrupa Konseyi bünyesinde Venedik Komisyonu tarafından ilk kez 2009 yılında düzenlenen ve günümüzde 104 üye ülkesi bulunan Dünya Anayasa Yargısı Konferansı<sup>219</sup> Türk Anayasa Mahkemesi'nin de üyesi olduğu bölgesel ve uluslararası nitelikli oluşumlardır.

Anayasa mahkemeleri arasındaki etkileşimi sağlamaya yönelik bu oluşumların statüleri incelendiğinde genel olarak temel amacın, anayasa yargısına ilişkin içtihadî ve yöntemsel verilerin karşılıklı paylaşımı olarak belirtildiği görülmektedir.

Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı'nın Statüsü'nün 3. maddesinde Konferans'ın amacının kamu hukuku ve anayasa yargısına ilişkin kurumsal, yapısal ve işlevsel verilerin dolaşımının, üye mahkemeler arası içtihat ve çalışma

---

<sup>214</sup> Bkz.; Conference of European Constitutional Courts, Association of Asian Constitutional Courts and Equivalent Institutions, Union of Arab Constitutional Courts and Councils, Ibero-American Conference of Constitutional Justice, Conference of Constitutional Jurisdictions of Africa.

<sup>215</sup> Bkz.; Association of Constitutional Courts using the French Language, Conference of Constitutional Courts of Countries of Portuguese Language.

<sup>216</sup> Bkz.; World Conference on Constitutional Justice.

<sup>217</sup> Bkz.; *Conference of European Constitutional Courts*, (Çevrimiçi) <http://www.confeuconstco.org/en/common/home.html> , Son Yararlanma Tarihi: 21 Aralık 2016.

<sup>218</sup> Bkz.; *Association of Asian Constitutional Courts and Equivalent Institutions*, (Çevrimiçi) <http://www.aaccci.org/ccourt?act=index> , Son Yararlanma Tarihi: 21 Aralık 2016.

<sup>219</sup> Bkz.; *World Conference on Constitutional Justice*, (Çevrimiçi), [http://www.venice.coe.int/WebForms/pages/?p=02\\_WCCJ](http://www.venice.coe.int/WebForms/pages/?p=02_WCCJ) , Son Yararlanma Tarihi: 21 Aralık 2016.

yöntemlerine ilişkin bilgi alışverişi kapsamında teşvik edilmesi olduğu ifade edilmiştir. Aynı maddede ayrıca, özellikle insan haklarının korunmasının güvence altına alınması bağlamında, hukuk devleti ilkesinin ve demokrasinin gerçekleştirilmesinde ana unsur olan anayasa mahkemelerinin bağımsızlığını geliştirmek için girişimlerde bulunmak da Konferans'ın amacı olarak belirtilmiştir. Son olarak, Avrupa Anayasa Mahkemeleri ve muadil kurumlar arasında düzenli irtibatın sağlanması konusunda gerekli desteğin sağlanması da 3. madde kapsamında sayılan amaçlardan biridir.<sup>220</sup>

Afrika Anayasa Yargısı Konferansı'nın Statüsü'nün konferansın amaçlarına ilişkin 3. maddesinde ise Konferans'ın amaçları; Afrika'da anayasaya uygunluk denetiminden sorumlu yargı organlarını biraraya getirmek, diyalog ve müzakere ile Afrika'da anayasa yargısını geliştirmek, üyeler arası dayanışma ve yardımlaşmayı teşvik etmek, anayasa yargısı ile ilgili deneyimlerin ve bilgilerin paylaşımını teşvik etmek, hukuk camiası ve özellikle üniversiteler ile ilişkiler kurmak, dünya çapında Konferans'a benzer kurumlarla ilişkiler geliştirmek ve Afrika'ya anayasa yargısı alanında uluslararası düzeyde katkı sağlamak olarak belirtilmiştir.<sup>221</sup>

Dünya Anayasa Yargısı Konferansı'nın temel amacı ise Venedik Komisyonu'nun ifadesi ile “küresel düzeyde anayasa yargıçıları arasındaki yargısal diyalogun kolaylaştırılması” olarak tanımlanmaktadır. Bu kapsamda, yargısal sınırlama (*judicial restraint*) zorunluluğu nedeniyle anayasa yargıçılarının, ülkelerinde anayasal ilkeler üzerine yapıcı / yaratıcı bir diyalog kurmakta çok az şansa sahip oldukları ve Konferans bünyesinde dünyanın değişik bölgelerinden gelen yargıçlarla fikir alışverişinde bulunulmasının, ulusal anayasalarda güvence altına alınan temel ilkeleri teşvik eden tartışmalar üzerine düşünmeye yardımcı olacağı belirtilmektedir. Ulusal anayasalar içerik olarak çoğunlukla değişkenlik gösterse de, anayasal kavramları

---

<sup>220</sup> 17 Mayıs 1999 tarihinde Varşova'da kabul edilen Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı'nın Statüsü'nün İngilizce metni için bkz.; (Çevrimiçi) <http://www.confconstco.org/en/status/Statuten-EN.pdf> , Son Yararlanma Tarihi: 23 Aralık 2016.

<sup>221</sup> 8 Mayıs 2011 tarihinde Cezayir'de kabul edilen Afrika Anayasa Yargısı Konferansı'nın Statüsü'nün İngilizce metni için bkz.; <http://www.cjca-conf.org/statutes/> , Son Yararlanma Tarihi: 23 Aralık 2016.

temel alan tartışmaların, dünyanın farklı ülkelerinden yargıçları birleştirici bir unsur olarak işlev gördüğü ifade edilmiştir.<sup>222</sup>

Ayrıca son olarak belirtmek gerekir ki, Türk Anayasa Mahkemesi internet sitesi üzerinden takip edilebileceği üzere sıklıkla uluslararası toplantı ve ziyaret duyuruları paylaşmakta ve “*Anayasa Yargısı*” dergisinde bu toplantılarda sunulan tebliğlere ve yabancı mahkemelerin yargıçlarının makalelerine yer verilmektedir.<sup>223</sup>

### III. ANAYASAL ÖDÜNÇ ALMANIN TÜRLERİ

#### A. Atıflar Bakımından

##### 1. Yabancı Hukuk Normlarına Yapılan Atıflar

Mahkeme kararlarında anayasal ödünç alma en temel olarak yabancı hukuk normlarına yapılan atıflar biçiminde karşımıza çıkmaktadır. Çalışmamız kapsamında yabancı hukuk normlarına yapılan atıflar ile kastedilen anayasa yargısı fonksiyonu icra eden mahkemenin yabancı hukuklardaki anayasal normlara atıf yaparak kararlar kapsamında bunlardan yararlanmasıdır.

Örneğin, Kanada Yüksek Mahkemesi’nin gizli bilgilerin yayınlanması kapsamında ifade özgürlüğü hakkına ilişkin *R v. National Post* kararında<sup>224</sup> gazeteci M, dönemin Kanada Başbakanı C’nin federal olarak fonlanan bir bankadan uygunsuz biçimde kredi aldığını ve C’nin aile yatırım şirketine borcu olduğu iddia edilen C

<sup>222</sup> Bkz; (Çevrimiçi) [http://www.venice.coe.int/WCCJ/WCCJ\\_E.asp](http://www.venice.coe.int/WCCJ/WCCJ_E.asp) , Son Yararlanma Tarihi: 23 Aralık 2016. Ayrıca Dünya Anayasa Yargısı Konferansı’nın 23 Mayıs 2011 tarihinde Bükreş’de kabul edilen Statüsü’nün İngilizce metni için bkz.; (Çevrimiçi) [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-WCCJ\(2011\)001-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-WCCJ(2011)001-e) , Son Yararlanma Tarihi: 23 Aralık 2016.

<sup>223</sup> Anayasa Yargısı Dergisi’nin yıllar bazında içeriğine ulaşmak için bkz.; (Çevrimiçi), <https://www.anayasa.gov.tr/tr/yayinlar/anayasa-yargisi-dergisi/?yil=2017&q=> , Son Yararlanma Tarihi: 15.5.2019.

<sup>224</sup> *R v. National Post*, 2010 SCC 16, File No. 32601, 7 Mayıs 2010.

yönetiminde bir otele aktardığı bilgilerini araştırmaktadır. M'nin kaynağı X, mutlak bir gizlilik anlaşması ile söz konusu iddialara ilişkin bilgileri M'ye sağlamıştır. Gizli bilgilerin yayınlanmasına ilişkin Yargıç Abella karşı oy yazısında farklı ülkelerdeki yasal düzenlemelerden bahsetmektedir. ABD'de yaklaşık 36 eyalette basını korumaya yönelik yasalar olduğunu ve gazetecinin kaynağının gizli tutulmasını da içeren hükümlere yer verildiğini belirtmektedir. Ayrıca, benzer mevzuatın Birleşik Krallık, Avustralya, Avusturya, Fransa, Almanya, Japonya, Norveç ve İsveç'te de olduğuna yer vermiştir.<sup>225</sup>

ABD Yüksek Mahkemesi'nin *Obb Personenverkehr Ag, Petitioner v. Carol P. Sachs* davasının sözlü yargılaması esnasında yabancı hukuk normlarına yapılan atıflar kapsamında, somut olayın normatif temeline ilişkin yabancı hukuku ortaya koymak üzere yargıçların teşviki özellikle dikkat çekmektedir. Yargıç Ginsburg'un sözlü yargılama sırasında Yabancı Egemenlik Bağışıklıkları Yasası'na (*Foreign Sovereign Immunities Act*) benzer yasal düzenlemeler olan başka ülkeler olup olmadığını ve bu davanın benzer yasal düzenlemelerle Kanada, Almanya veya Fransa'da nasıl sonuçlanacağına ilişkin yönlendirici soruları yabancı ülkelerin normatif düzenlemelerinden yararlanmaya teşvik etmektedir. Ardından Yargıç Breyer'in da yönlendirmesi ile Hollanda ve İsviçre örnekleri verilmektedir.<sup>226</sup> Bununla birlikte karara bu örneklerin yansımadığı görülmektedir.<sup>227</sup>

Benzer şekilde Macar Anayasa Mahkemesi kararlarında da yabancı ülkelerin normatif düzenlemelerine atıf yapıldığı görülmektedir. 2001 yılında başvuruçuların birleştirilerek görülen isim hakkına ilişkin başvurularında ilk başvuruçucu çocuğuna aile geleneklerine göre vermek istediği ismin Macar İsim Sözlüğü'nde (*Hungarian Book of Forenames*) bulunmaması gerekçesiyle çocuğuna istediği ismi verememesi

<sup>225</sup> *R v. National Post*, 2010 SCC 16, File No. 32601, 7 Mayıs 2010, Yargıç Abella'nın Karşı Oy Yazısı, par. 119.

<sup>226</sup> *Obb Personenverkehr Ag, Petitioner v. Carol P. Sachs*, Official Transcript, 5 Ekim 2015, Bkz.; "JUSTICE GINSBURG: Mr. Kneedler, before you -- before you finish, you bring up an interest in relations with other nations. Do you know I mean, there are other nations that have similar legislation to the Foreign Sovereign Immunities Act. Do we know how this case would come out, say, in Canada, Germany, or France under similar legislation?"

<sup>227</sup> *Obb Personenverkehr Ag, Petitioner v. Carol P. Sachs*, 577 U. S. (2015).

nedeniyle temel haklarının ihlal edildiğini ileri sürmektedir. Bu kapsamda Macar Anayasa Mahkemesi, Almanya, Fransa, İtalya, Yunanistan gibi birçok Avrupa ülkesinde çocuklara verilebilecek isimlere ilişkin düzenlemelerini inceleyerek kararda yer vermiştir.<sup>228</sup>

Macar Anayasa Mahkemesi'nin insan onuru çerçevesinde ötanazi hakkını tartıştığı bir kararında ise ötanaziye yardım bağlamında dünya genelindeki düzenlemelerden söz edilmektedir. Bu kapsamda dünya genelinde ötanaziye yardımı düzenleyen az sayıda hukuki düzenleme olduğu ve bunu kabul eden ülkelerde dahi halen bu düzenlemelerin anayasallığı üzerine tartışmalar yaşandığı belirtilmiştir.<sup>229</sup>

Uyuşturucu madde kullanımının yasaklanmasının temel hakları ihlal ettiği iddiası ve bu kapsamda insan onuru ve kişinin kendi geleceğini tayin hakkı ile ilgili bir Macar Anayasa Mahkemesi kararında ise ABD, Kanada, Avusturalya, Latin Amerika ülkeleri, Avrupa ülkeleri, Asya ülkeleri ve Afrika ülkelerinde uyuşturucu düzenlemelerinin nasıl olduğu açıklanmıştır.<sup>230</sup>

Yine Macar Anayasa Mahkemesi'nin seçim hukuku ile ilgili bir kararında ise kamuoyu anketlerinin açıklanması yasağına ilişkin yabancı ülkelerdeki düzenlemelerden söz edilmiştir. Bu kapsamda, düzenlemelerin çok çeşitli olduğu ve örneğin, Avusturya, Almanya veya Birleşik Krallık'ta benzer bir yasak bulunmadığı, bununla birlikte; Fransa, İtalya veya İspanya gibi batı demokrasilerinde ve Merkez ve Doğu Avrupa ülkelerinde ise kampanya yasağı dönemlerinde seçim sonuçlarının yayınlanmasına ilişkin normatif yasaklar uygulandığı belirtilmiştir.<sup>231</sup> Bu karardaki Yargıç Kovács'ın karşı oy yazısında da Avrupa genelindeki seçim yasakları uygulamasından bahsedilmekte ve İtalya, Polonya, Portekiz, Belçika, Güney Kıbrıs ve Fransa düzenlemelerine yer verilmektedir. Ayrıca uluslararası uygulamada tüm ülkeleri bağlayan genel bir norm olmadığı gibi Avrupa genelinde de böyle bir norm

---

<sup>228</sup> Macar Anayasa Mahkemesi Kararı, *Decision* 58/2001 (XII. 7.) AB.

<sup>229</sup> Macar Anayasa Mahkemesi Kararı, *Decision* 22/2003 (IV. 28.)

<sup>230</sup> Macar Anayasa Mahkemesi Kararı, *Decision* 54/2004 (XII. 13.) AB.

<sup>231</sup> Macar Anayasa Mahkemesi Kararı, *Decision* 6/2007 (II. 27.) AB.

olmadığı ve farklı Avrupa kurumlarında da kamuoyu anketleri, medya ve kampanya yasakları ilişkisinin karmaşık bir sorun olduğu tespitini yapmıştır.<sup>232</sup>

Macar Anayasa Mahkemesi'nin eşcinsel bireylerin evlenme hakkı ile ilgili bir kararında ise başka ülkelerde aynı cins bireylerin evlenmesi hakkındaki yasal düzenlemeler ve uygulamak hakkında ayrıntılı bilgiye yer verilmiştir. Bu kapsamda kararda özellikle, Danimarka, Norveç, İsveç ve Finlandiya gibi İskandinav ülkelerinin hukuklarındaki düzenlemeler ile Fransa, Almanya, Hollanda, Belçika, İspanya, Güney Afrika ve ABD'deki düzenlemeler ele alınmıştır.<sup>233</sup>

Türk Anayasa Mahkemesi kararlarında da yabancı hukukun zikredilmesi sıklıkla yabancı hukuk normlarına yapılan genel atıflar şeklinde ortaya çıkmaktadır. Örneğin, tanıma işleminin varlığına veya babalık hükmü verilmiş olmasına rağmen evlilik içi ve evlilik dışı doğan çocukların hukuksal statüsünde farklılığa neden olan Medeni Kanun hükmünün iptaline ilişkin bir kararında yer alan karşı oy yazısında karşılaştırmalı hukuka bakıldığı ifade edilmiştir. Bu kapsamda genel biçimde Almanya, İsviçre, Hollanda, Fransa ve Anglo-Amerikan hukukundaki düzenlemeler örnek verilmiştir.<sup>234</sup> Ayrıca belirtmek gerekir ki, bu karşı oy yazısında söz konusu yabancı hukuka ilişkin düzenlemelerden evlilik içi ve dışı çocuk ayrımının soyadının belirlenmesinde kabul edilebileceği görüşünü meşru olarak temellendirmek için yararlanılmıştır. Kararda ise Anayasa Mahkemesi ilgili düzenlemenin Anayasa'da yer alan eşitlik ilkesine aykırı olduğuna ve yasa maddesinin iptaline karar vermiştir.

---

<sup>232</sup> Macar Anayasa Mahkemesi Kararı, *Decision 6/2007* (II. 27.) AB, Yargıç Dr. Péter Kovács'ın Karşı Oy Yazısı, par. 3. Bkz.; "Although in international practice there is no general norm that would bind every State in the world and there are no common rules even in Europe, it is apparent that the different European organizations regard the relationships of public opinion polls, media and silence periods as complex problems."

<sup>233</sup> Macar Anayasa Mahkemesi Kararı, *Decision 154/2008*. (XII. 17.) AB, IV, par. 2.1.

<sup>234</sup> AYM Kararı, E: 2005/114, K: 2009/105, 2.7.2009, Sacit Adalı ve Serruh Kaleli'nin Karşı Oy Yazısı, bkz.; "Soyadı Kanunu'nda düzenleme serbestliği olmayan Türk Hukukunda somut olaylara yönelik birden çok çözüm şekli hukuk ve sosyal devlet ilkesine daha uygun olsa da, karşılaştırmalı hukuka bakıldığında Almanya, İsviçre, Hollanda'da evlilik dışı çocuk kural olarak ana soyadını taşımakta anglo-Amerikan hukukunda dileyenin ikisini birden ya da yeni yaratılan bir soyadı bile olabileceği gibi Fransa ve yukarıda sayılan diğerlerinde ana-babanın birlikte beyan halinde tanımda erkeğin soyadını alabilmektedir."

Türk Anayasa Mahkemesi'nin evli kadının soyadına ilişkin verdiği bir kararın karşı oy yazısında ise karşılaştırmalı hukuk kapsamında Avrupa Konseyi üyesi devletler bakımından bir değerlendirme yapılarak, bu devletler arasında kadının evlendiğinde kendi soyadını kaybetmesini yasayla öngören tek devletin Türkiye olduğu tespit edilmiştir. Ayrıca Japonya, İsviçre, İngiltere ve ABD'deki yasal düzenlemelere yer verilmiştir.<sup>235</sup>

Son olarak, AİHM kararlarında da diğer bölgesel insan hakları sözleşmelerinin yalnızca maddelerine yapılan atıflar yer almaktadır.<sup>236</sup> Örneğin, AİHM'in *Bouyid/Belçika* kararında, ilgili olmadıkları olaylardan dolayı polis tarafından sorgulanan ve polis memurlarının yüzlerine birer kez tokat attığını iddia eden başvuru sahiplerinin şikayetçi olmaları; ancak açtıkları davalarda olumlu sonuç elde edememeleri üzerine Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlaline ilişkin bir başvuru söz konusudur. Kararda, uluslararası belgeler kapsamında insan onuru kavramına yaklaşım belirtilirken Ame. İHS'nin ve AİHHS'nin ilgili maddelerine de yer verilmiştir.<sup>237</sup>

---

<sup>235</sup> AYM Kararı, E: 2009/85, K: 2011/49, 10.3.2011, Engin Yıldırım'ın Karşı Oy Yazısı, bkz.; "Mukayeseli hukuka baktığımızda soyadı ile ilgili çeşitli düzenlemeler olduğunu görmekteyiz. Avrupa Konseyi'ne üye devletler arasında kadının evlendiğinde kendi soyadını kaybetmesini yasayla öngören tek ülke Türkiye'dir. Bazı ülkelerde de evlenmeyle soyadının değişmesi yasal bir zorunluluktur. Mesela, Japon Medeni Kanun'u evli çiftlerin eşlerden birinin soyadını almasını zorunlu tutmuş ancak burada hangi eşin soyadının alınacağını belirtmemiş, tarafların kendilerine bırakmıştır.[4] Benzer bir düzenleme İsviçre hukukunda da yer almaktadır. Ortak Hukuk (Common Law) sisteminin olduğu ülkelerde, örneğin İngiltere'de eşlerden biri, diğer eşin soyadını kullanmak istiyorsa bunu evlendirme cüzdanına yazdırması yeterlidir. ABD'de konuyla ilgili federal bir düzenleme olmadığından, konu eyaletlerin takdirine bırakılmıştır. ABD'yi meydana getiren 50 eyaletin tamamında kadınlara evlendiklerinde soyadlarını muhafaza etme veya kocalarının soyadlarını alma hususunda tercih hakkı tanınmıştır."

<sup>236</sup> Bu kararların kapsamlı bir listesi için bkz.; Gemalmaz, Mehmet Semih Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, 6. bs., Legal Yayıncılık, İstanbul, 2007, 1679-1720.

<sup>237</sup> *Case of Bouyid v. Belgium*, App. No. 23380/09, GC Judgment of 28 September 2015, par. 47.



## 2. Yabancı Mahkeme Kararlarının Yalnızca İsmen Zikredilmesiyle Yapılan Atıflar

Mahkemelerin anayasa yargısı bağlamında anayasal ödünç almaya başvurmasında karşımıza çıkan bir diğer yöntem de yalnızca yabancı hukuk normlarına atıfla yetinilmeyerek yabancı mahkeme kararlarına yapılan atıflardır. Bu atıflar karar metninin içinde yer alabileceği gibi dipnotlarda da yer alabilmektedir.

Örneğin, ABD Yüksek Mahkemesi'nin küçükler için şartlı tahliye olanağı olmadan müebbet hapis cezasını (ağırlaştırılmış müebbet) tartıştığı *Graham v. Florida*<sup>238</sup> kararında, Yargıç Thomas karşı oy yazısında mevzuat ve söz konusu cezanın uygulanma sıklığı gibi objektif etkenlerin Mahkeme'nin değerlendirmesinde ancak aksesuar ve hükme eşlik eden süslemeler olduğunu belirtmiştir. Ardından yabancı hukukun kullanılmasına ilişkin görüşlerine yer vermiştir. Buna göre; Yargıç Thomas yabancı hukuktan yararlanılmasına ilişkin görüşlerini iki noktayı esas alarak açıklamaktadır. İlk olarak, Mahkeme'nin diğer ülkelerde insan öldürme dışında şartlı tahliye olanağı olmaksızın ömür boyu hapis cezası verilen küçüklerin sayısını belirleme girişimine rağmen, on bir ülkedeki yasalar küçüklere bu cezanın verilmesine izin vermektedir. İkinci olarak, var olan mevzuata rağmen, dünyadaki demokrasiler uygun görürlerse küçüklere şartlı tahliye olanağı olmaksızın ömür boyu hapis cezasını kabul etmekte serbesttir. Yargıç Thomas ABD Yüksek Mahkemesi'nin *Graham v. Florida* davasındaki söz konusu cezanın anayasaya aykırılığını kabul etmesi kararı ile, ABD demokrasisinin seçmenlerin bu seçimi yapmasını yargı hükmü ile önleyen ülkeler arasında sayılacağını ifade etmiştir.<sup>239</sup> Yargıç Thomas karşı oy yazısında bir dipnotta yabancı hukuktan yararlanmaya ilişkin yorumuna yer vermiş ve burada ülke isimlerini dahi zikretmeden yalnızca on

---

<sup>238</sup> *Graham v. Florida*, 560 U.S. (2010), 17 May 2010.

<sup>239</sup> *Graham v. Florida*, 560 U.S. (2010), 17 May 2010, Yargıç Thomas'ın karşı oy yazısı.

bir ülkede yasaların küçüklere şartlı tahliye olanağı olmaksızın ömür boyu hapis cezası öngörüldüğünü belirtmiştir.<sup>240</sup>

Türk Anayasa Mahkemesi kararlarına baktığımızda da yabancı mahkeme kararlarının çoğunlukla ismen zikredildiği ayrıntılı açıklanmasına ve yorumlanmasına yer verilmediği görülmektedir. Öyle ki, 2012 tarihli kişisel verilerin korunması ile ilgili bir kararında Yargıç Engin Yıldırım karşı oy yazısında Alman Anayasa Mahkemesi'nin kararlarına ismen dahi olsa doğrudan atıf yapmamakta; ancak 1983 ve 2006 tarihli iki kararın içeriğine bilimsel eserlerden yararlanarak yer vermektedir.<sup>241</sup> Benzer şekilde yine aynı yargıç kapalı alanlarda sigara yasağı ile ilgili yasa maddesinin iptaline ilişkin kararda öncelikle doğrudan Alman Anayasa Mahkemesi'nin bir kararına yer vermiş<sup>242</sup>; ardından yorumunu gerekçelendirmek amacıyla ABD Yüksek Mahkemesi'nin eski tarihli bir kararından da söz etmiş<sup>243</sup>; ancak bu karara doğrudan atıf vermemiş bilimsel bir eserden yararlanmıştır.<sup>244</sup> Aynı kararda Osman Alifeyyaz Paksüt'ün karşı oy yazısında da, Alman Anayasa

<sup>240</sup> *Graham v. Florida*, 560 U.S. (2010), 17 May 2010, Yargıç Thomas'ın karşı oy yazısı, dp. 11.

<sup>241</sup> *AYM Kararı*, E: 2010/40, K: 2012/8, 19.1.2012, Engin Yıldırım'ın karşı oy yazısı. Burada belirtmek gerekir ki, Engin Yıldırım karşı oy yazısında ilk olarak AİHM kararlarına yer verdikten sonra ulusal anayasa mahkemelerinin kararlarından da söz etmenin gerekliliğine dikkat çekmektedir. Bkz.; “*AİHM'nin kararları kadar ulusal anayasa mahkemelerinin, özellikle de Almanya Federal Anayasa Mahkemesi'nin, konumuz bağlamında verdiği önemli bazı kararlardan da bahsetmek yerinde olacaktır.*”

<sup>242</sup> *AYM Kararı*, E: 2010/40, K: 2012/8, 19.1.2012, Engin Yıldırım'ın karşı oy yazısı, dp. 1, bkz.; “*Diğer taraftan, tütün ürünleri kullanımını kapalı mekânlarda yasaklama yönündeki eğilime aykırı bazı yeni gelişmelerde ortaya çıkmaya başlamıştır. Mesela Almanya Federal Anayasa Mahkemesi iki ret oyuna karşı altı oyla, Baden-Württemberg ve Berlin eyaletlerindeki sigara içme yasağını, 'birahane ve diskotek sahiplerinin temel haklarını ihlal ettiği' gerekçesiyle Alman Anayasa'sının 12. maddesinde yer alan 'herkesin özgürce mesleğini icra etme hakkına sahip olduğu' hükmüne aykırı bulmuştur. İlgili düzenleme birçok işletmenin aksine, diskoteklere sigaralı bölme hakkı tanımamıştı. Alman Anayasa Mahkemesi kararında eyalet yönetimlerinin hem birahane ve diskotek sahiplerinin çalışma özgürlüğünü hem de sigara içmeyenleri koruyacak daha az sıkı düzenlemeler yapabileceklerini belirtmeyi de ihmal etmemiştir. (Bkz. <http://www.bundesverfassungsgericht.de/pressemitteilungen/bvg08-078en.html>, erişim tarihi 07.02.2011).*”

<sup>243</sup> *AYM Kararı*, E: 2010/40, K: 2012/8, 19.1.2012, Engin Yıldırım'ın karşı oy yazısı, bkz.; “*Amerikan Federal Yüksek Mahkemesi üyelerinden Yargıç Brandeis 1928'de bir karşı oy yazısında 'hükümetin amaçları hayırsever olduğunda özgürlüğü korumak için çok dikkatli olmamız gerektiğini tecrübeler bize göstermiştir' derken yukarıda değinilen noktalara dikkati çekmekteydi.*”

<sup>244</sup> *AYM Kararı*, E: 2010/58, K: 2011/8, 06.01.2011, Engin Yıldırım'ın karşı oy yazısı.

Mahkemesi'nin kararına yer verilmiş; ancak kararın künyesine veya bilimsel bir esere herhangi bir atıf verilmemiştir.<sup>245</sup>

Yabancı mahkemelerin kararlarına doğrudan atıf verilmeyip, genellikle bilimsel eserlerin incelenmesi yoluyla ulaşılan kararlardan yararlanma usulü doğrudan karara ulaşamama veya yabancı dil engeli ile ortaya çıkabilir. Yukarıda Türk Anayasa Mahkemesi kararı örneğinde olduğu gibi, örneğin Fransız Anayasa Konseyi'nin Avrupa Birliği Anayasası'nı kabul eden andlaşmaya ilişkin kararında da, Avrupa Birliği hukukunun üstünlüğüne ilişkin Alman Federal Anayasa Mahkemesi kararına<sup>246</sup> atıf yaparken doğrudan karara ulaşmadığı, bilimsel bir makale aracılığıyla karardan yararlandığı görülmektedir.<sup>247</sup>

Son olarak, kimi zaman yabancı mahkeme kararına ismen dahi atıfta bulunulmayıp somut olayın konusuna ilişkin içtihatlar bağlamında, genel bir değerlendirme ile yabancı mahkemenin yaklaşımına atıf yapılan kararlar da söz konusu olabilir. Bu bağlamda özel bir karar adı zikredilmemekte; ancak yabancı mahkemenin hukuki olaya bakışı ortaya konmaktadır.<sup>248</sup>

---

<sup>245</sup> AYM Kararı, E: 2010/58, K: 2011/8, 06.01.2011, Osman Alifeyyaz Paksüt'ün karşı oy yazısı.

<sup>246</sup> BVerfG, 2 BvR 2134/92, 12.10.1993.

<sup>247</sup> Conseil Constitutionnel, Décision No. 2004-505 DC, 19 Novembre 2004, Dossier Documentaire s. 32, bkz.; “*Décision de la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne, 12 octobre 1993, "Maastricht", commentaire de Hugo J. Hahn, Revue générale de droit international public, 1994 (1), pp. 107-126 (extraits)*”

<sup>248</sup> *Erdem Gül ve Can Dündar Başvurusu*, Başvuru No: 2015/18567, 25 Şubat 2016, Hicabi Dursun'un karşı oy yazısı, par. 26, bkz.; “*Somut olayda ifade ve basın özgürlüğünün sınırlama ölçütlerinden öne çıkan husus, gizli bilgilerin açıklanmasından öte “milli güvenlik” kriteridir ve bu sadece “devlet sırrı” olarak nitelendirilen gizli bilgilerin açığa çıkarılması olarak tanımlanamaz. Milli güvenlik, bugüne kadar tanımı yapılmamış, uygulandığı olaylarda çerçevesi somut olaya göre değişiklik göstermiş bir ölçüdür. Özgürlük lehine yaklaşımı ile öne çıkan ABD Yüksek Mahkemesinin kararlarında da geniş yorumlandığı zamanlar olmuştur.*” Burada belirtmek gerekir ki, karşı oy yazısında yabancı mahkeme kararlarına yapılan bu genel atıftan, somut kararda kişi özgürlüğü ve güvenliği ve ifade özgürlüğü haklarını sınırlandırma bağlamında yararlanılmıştır.

### 3. Yabancı Mahkeme'nin Muhakemesine İlişkin Atıflar

Yabancı mahkeme kararlarından yararlanmada atıflar bakımından karşılaşılan en geniş kapsamlı yöntem ise, ulusal bir anayasa mahkemesinin yabancı anayasa mahkemesinin muhakemesine ilişkin atıf verdiği olasılıktır. Bu durum özellikle çetin davaların çözülmesi bağlamında karşımıza çıkmaktadır. Ulusal Anayasa Mahkemeleri karşılaştıkları çetin davalarda, ilk defa karşılaştıkları yeni bir hukuki duruma çözüm ararken veya daha önceki kararlarından farklı bir karar verecekleri zaman yabancı mahkemelerin muhakemesinden özellikle yararlanmakta ve kararlarında atıf vermektedir.

Macar Anayasa Mahkemesi'nin hastalığının son döneminde bireylerin insan onuruna uygun biçimde yaşamlarına son verme istemlerine ilişkin 2003 yılında verdiği bir kararı ulusal anayasa mahkemelerinin yabancı anayasa mahkemelerinin kararlarındaki muhakemelerden yararlanmasına örnek teşkil etmektedir. Kararda öncelikle, genel olarak yabancı ülke hukuk sistemlerindeki düzenleme ve uygulamaların öneminden bahsedilmektedir. Macar Anayasa Mahkemesi, başvuruçuların Macar Anayasası'na dayandıklarını, somut olaya benzer davalar bakımından yabancı ulusal mahkemelere ve uluslararası mahkemelere dayanmadıklarını tespit etmiş<sup>249</sup> ve ardından daha sonra ayrıntılı olarak yer vereceği *Pretty* kararından<sup>250</sup> söz etmiştir. Ardından Mahkeme, başvuruların içeriğini uluslararası bağlamda incelemenin gerekli olduğunu belirtmiştir ve hastanın tedaviyi red hakkının başka ülkelerde nasıl düzenlendiğini açıklamıştır. Bu bağlamda

---

<sup>249</sup> Macar Anayasa Mahkemesi Kararı, Decision 22/2003 (IV. 28.) AB, bkz.; “*The Constitutional Court also emphasises that basically the petitioners hold the current provisions to be incompatible with Article 54 para. (1) of the Constitution. They do not refer to other human rights granted by the Constitution as well the violation of which is usually claimed in complaints filed – with contents similar to those of the petitions – to the courts of foreign countries and international courts. For example, in the Case Pretty mentioned later on, the petitioner claimed that the statutory provision prohibiting the termination of the patient’s life with dignity as construed by the patient was incompatible with the prohibition of torture and cruel, inhuman or humiliating treatment or punishment, with the right to respect for privacy, with the right to the freedom of conscience and religion, and with the prohibition of negative discrimination.*” (Vurgu eklenmiştir.)

<sup>250</sup> *Dianne Pretty v. Director of Public Prosecutions*, [2001] UKHL 61, 29 November 2001.

Macaristan’da olduğu gibi bazı ülkelerde bu hakkın yasalarla düzenlendiğini, Birleşik Krallık ve ABD gibi bazı ülkelerde ise içtihatla kabul edildiğini ifade ederek bu kararlara atıf yapmıştır.<sup>251</sup>

Macar Anayasa Mahkemesi kararda ayrıca ötanaziye yardımın insan öldürme suçu kapsamında kabul edilip edilmeyeceğine ilişkin bir değerlendirme yapmış ve bu kapsamda yabancı mahkeme kararlarına yer vermiştir. Bu kapsamda, Birleşik Krallık’ta temyiz mahkemesinin *Dianne Pretty v. Director of Public Prosecution* kararında, hastalığının son aşamasında hareket yeteneğinden tamamen yoksun kalan hastanın ölme hakkının tanınmaması sonucunda, bunun yaşam hakkını ve kötü muamele yasağını ihlal ettiği iddiası üzerine Mahkeme, 29 Kasım 2001 tarihli kararında hastanın eşinin ölümüne yardımcı olmasının cinayetten yargılanmasına engel olmayacağı yönünde tutum sergilediği ve böylece bu tip bir cinayetin yargı eliyle yasallaşmasının reddedildiği ifade edilmiştir. Ayrıca, dünya genelinde ötanaziye yardımı düzenleyen az sayıda hukuki düzenleme olduğu ve bunu kabul eden ülkelerde dahi halen bu düzenlemelerin anayasallığı üzerine tartışmalar yaşandığı belirtilmiştir. Bu bağlamda Macar Anayasa Mahkemesi, Hollanda uygulamasını örnek vermektedir. 1984 yılında Hollanda Anayasa Mahkemesi’nin verdiği bir kararda hangi koşullarda doktorun ötanaziye yardım edebileceğinin ortaya konduğu, ardından 1994 yılında da yasal değişikliklerin yapıldığı belirtilmiştir.

Macar Anayasa Mahkemesi son olarak ABD<sup>252</sup>, Kanada<sup>253</sup>, Almanya<sup>254</sup> ve Birleşik Krallık<sup>255</sup> uygulamalarından söz ederek mahkeme kararlarına atıf yapmaktadır.

---

<sup>251</sup> Macar Anayasa Mahkemesi Kararı, Decision 22/2003 (IV. 28.) AB. İlgili kararlar için bkz.; Birleşik Krallık için: *Ms B. v. an NHS Hospital*, Court of Appeal Judgment of 22 March 2002; ABD için: *Cruzan v. Director*, Missouri Department of Health.

<sup>252</sup> *Cruzan v. Director*, Missouri Department of Health 497 U.S. 261 (1990); *Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 702 (1997); *Vacco v. Quill*, 521 U.S. 793 (1997).

<sup>253</sup> *Rodriguez v. the Attorney General of Canada* [1994] 2 LRC 136. Macar Anayasa Mahkemesi, Kanada Yüksek Mahkemesi’nin ölümcül hastalığı olan bir hastanın doktor tarafından hayatına son verilmesinin hastanın kendi geleceğini tayin hakkının sınırını oluşturduğu ifadesine yer vererek bu karara atıf yapmıştır.

<sup>254</sup> *BGHSt* 42, 305, 15.11.1996. Macar Anayasa Mahkemesi, 1996 yılında Alman Federal Yüksek Mahkemesi tarafından, hastalığının son aşamasında olan bir bireyin isteği üzerine acılarını dindirmek

Macar Anayasa Mahkemesi'nin doğum kontrol yöntemlerinin kullanımına ilişkin bir kararında<sup>256</sup> ise, kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı ve kısırlaştırma arasındaki anayasal ilişkiyi incelerken ABD Yüksek Mahkemesi kararlarına atıf yapmıştır. Buna göre, 1942 yılında ABD Yüksek Mahkemesi'nin mükerrer suç işleyen bazı mahkumların kısırlaştırılmalarını öngören düzenlemeyi anayasaya aykırı bulduğu *Skinner v. Oklahoma* kararına<sup>257</sup> atıf vermiştir. Bu kararda ABD Yüksek Mahkemesi serbest olarak çocuk sahibi olmaya karar vermenin bir temel hak olduğunu belirtmiştir. Ardından Macar Anayasa Mahkemesi, ABD Yüksek Mahkemesi'nin evli çiftlerin ve birlikte yaşayan farklı cinsiyette bireylerin doğum kontrolü uygulamasının özel yaşam hakkı kapsamında değerlendirileceğini kabul ettiği iki farklı kararına<sup>258</sup> da atıf yapmıştır.

İnanç özgürlüğüne ilişkin bir kararında ise Macar Anayasa Mahkemesi, yemin kavramının Alman ve İtalyan Anayasa Mahkemeleri tarafından yorumuna yer vermekte ve bu mahkemelerin kararlarına atıf yapmaktadır.<sup>259</sup>

---

için verilen ağrı kesicilerin engellenemeyen, öngörülebilir ama hastanın ölümünü hızlandıran bir sonucu olmasının hukuka aykırı bulunmamasına karar verildiğini belirtmektedir.

<sup>255</sup> *Re J (A Minor) (Wardship: Medical Treatment)*[1991] Fam 33, 19.10.1990, yukarıda dp. 588 ile birlikte bkz.; “There is no question of the court approving a course aimed at terminating life or accelerating death even in the case of the most horrendous disability. The court is only concerned with the circumstances in which steps should not be taken to prolong life (post, pp. 44C-D, 46B-C, 51D, 53B).”

<sup>256</sup> Macar Anayasa Mahkemesi Kararı, Decision 43/2005 (XI. 14.) AB.

<sup>257</sup> *Skinner v. Oklahoma*, 316 U.S. 535 (1942).

<sup>258</sup> *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965); *Eisenstadt v. Baird*, 405 U.S. 438 (1972).

<sup>259</sup> Macar Anayasa Mahkemesi Kararı, Decision 47/2009, (IV. 21.) AB. Macar Anayasa Mahkemesi öncelikle “swear” yemin etmek fiilinin anlamının gelişimi ve içeriğinin yabancı hukuklardaki yorumunun önemli bir konu olduğu tespitini yapmaktadır. Ardından Alman Federal Anayasa Mahkemesi'ne göre, eğer yasa tanığa yemin etmeyi zorunlu kılıp söz vermeye veya aynı derecede bir teyide olanak vermiyorsa inanç özgürlüğü hakkı bakımından tanıklık etmenin reddedilebileceğinin kabul edildiğini belirtmektedir. (BVerfGE 33, 23, 22-23) Ayrıca benzer şekilde, İtalyan Anayasa Mahkemesi'nin de bir hukuk davası sırasında doğruyu söyleme sözü verdirirken, tanığa yemin etmek yerine teyit etme olanağı tanıdığını ifade etmektedir. (149/1995) İtalyan Anayasa Mahkemesi'nin bir başka kararında ise, hukuk davalarında diğer hukuki beyanlara kıyasla yeminin kanıtlayıcı ve kesin gücünün anayasaya aykırı olduğunu karar bağladığına yer vermiştir. (34/1996) Aynı kararda İtalyan Anayasası'nın yemin etmeye karşı bir yasak içermediği ve hatta bazı hallerde yeminin zorunlu tutulduğu belirtilmektedir. Örneğin, İtalyan Anayasası'nın 54. maddesine göre meclis kararında gerekli görülmesi halinde devlet memuriyeti yapacaklar için bu zorunluluğun yer aldığı açıklanmaktadır. Bu bağlamda İtalyan Anayasası'nın ve yorum pratiğinin kamu görevlileri ve tanıklar için farklı gereklilikler öngördüğü belirtilmiştir. Çeşitli resmi beyanların anayasal değerlendirmesi

Türk Anayasa Mahkemesi de oldukça sınırlı da olsa bazı kararlarında özellikle karşı ve ayrık oy yazılarında yabancı anayasa mahkemelerinin kararlarına, muhakemelerini esas alarak atıf yapmıştır. Türk bayrağını ve Türkiye Cumhuriyeti askeri teşkilatını aşağılama eyleminden ötürü açılan kamu davasında, itiraz konusu kuralların Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan derece mahkemesinin Anayasa Mahkemesi'ne bu kuralların iptalleri için başvurduğu ifade özgürlüğü hakkına ilişkin bir kararının karşı oy yazısında, ABD Yüksek Mahkemesi<sup>260</sup>, Alman Anayasa Mahkemesi<sup>261</sup> ve İsrail Yüksek Mahkemesi'nin<sup>262</sup> kararlarına atıf yapılmıştır. Burada belirtmek gerekir ki, karşı oy yazısında yalnızca ABD Yüksek Mahkemesi'nin bazı kararlarına doğrudan atıf verilmiştir. Alman Anayasa Mahkemesi ve İsrail Yüksek Mahkemesi kararlarının muhakemesinden söz edilirken ise bilimsel eserler aracılığıyla atıf yolu tercih edilmiştir. Kanaatimizce bunda özellikle kararların aslına ulaşmakta gerekli olan yabancı dil bilgisi eksikliği rol oynamaktadır.

Türk Anayasa Mahkemesi'nin 2015 tarihli daha yeni bir kararında ise basın özgürlüğü hakkı çerçevesinde, cevap ve düzeltme hakkının basın özgürlüğünün

---

öncelikle Anayasa metnine göre değiştiği ve söz konusu beyanın kime ait olduğunun (tanıklar, vatandaşlığa kazanan bireyler, kamu görevlileri vs.) da önem arz ettiği ortaya konmuştur.

<sup>260</sup> AYM Kararı, E: 2013/99, K: 2014/61, 27.03.2014, Engin Yıldırım'ın Karşı Oy Yazısı. Bkz.; *"Amerikan Yüksek Mahkemesi de ifade özgürlüğünün sembolik bir biçimi olarak değerlendirdiği bayrak yakılmasıyla ilgili Texas v. Johnson davasında, "kararımız, bayrağın en iyi şekilde yansıttığı özgürlük ve kucaklayıcılık ilkelerinin Johnson'un ki gibi eleştirileri hoş görmenin gücümüzün işareti ve kaynağı olduğuna dair inancın teyididir", demekten kaçınmamıştır. Yüksek Mahkeme istikrarlı bir şekilde önüne gelen bayrağa yönelik yakmayı da içeren fiziksel saldırıları ve alenen aşağılamayı Birinci Değişiklik kapsamındaki ifade özgürlüğünün sembolik biçimlerinden biri olarak değerlendirmiştir."* Engin Yıldırım'ın değerlendirmesinde atıf yaptığı kararlar için bkz.; *Street v. New York* 394 U.S. 576 (1969); *Spence v. Washington*, 414 U.S. 815 (1973); *Smith v. Gougen*, 415 U.S. 566 (1974); *Texas v. Johnson*, 491 U.S. 397 (1989); *U.S. v. Eichman*, 496 U.S. 310 (1990).

<sup>261</sup> AYM Kararı, E: 2013/99, K: 2014/61, 27.03.2014, Engin Yıldırım'ın Karşı Oy Yazısı. Bkz.; *"Almanya Federal Anayasa Mahkemesi de fotoğraf kolajlaması yoluyla bir askeri yemin töreni sırasında Alman bayrağının üzerine küçük abdestini yapan insanları kitap kapağı olarak basan yayıncının cezalandırılmasının Alman Anayasası'nın 5. maddesinde güvence altına alınan sanat özgürlüğünün ihlali olarak değerlendirmiştir. Devletin bayrağı korumadaki anayasal çıkarı ile bireyin sanatsal özgürlük anayasal çıkarını karşılaştıran Mahkemeye göre bayrak temel haklar karşısında en yüksek anayasal değere sahip değildir."*

<sup>262</sup> AYM Kararı, E: 2013/99, K: 2014/61, 27.03.2014, Engin Yıldırım'ın Karşı Oy Yazısı. Bkz.; *Bunlara karşılık İsrail Yüksek Mahkemesi bayrakla ilgili saldırgan ve aşağılayıcı ifadelerin kullanılmasıyla ilgili bir davada bayrağın, "tüm İsrail halkının kolektif haysiyetini temsil etmesi nedeniyle anayasal koruma altında olduğunu" söyleyerek devletin toplum adına bayrağı korumadaki anayasal çıkarını temel haklardan üstün görmüştür.*

sınırını oluşturmaları ile ilgili değerlendirmesinde Mahkeme ABD Yüksek Mahkemesi'nin kararına atıf vermiştir.<sup>263</sup> Türk Anayasa Mahkemesi özelinde bu karar Mahkeme'nin kararda doğrudan yabancı anayasa mahkemesinin kararına atıf yaptığı ender örneklerden biridir.<sup>264</sup>

## B. Etkisi Bakımından

### 1. Yabancı Mahkeme'nin Geliştirdiği Bir Hukuki Kavramın Benimsenmesi

Anayasal ödünç almanın etkisi bakımından yapılan ayrıma göre karşımıza çıkan olasılıklardan ilki yabancı anayasa mahkemesi tarafından geliştirilen bir hukuki kavramın diğer anayasa mahkemesi tarafından benimsenmesidir. Bazı yazarlar tarafından şimdiye kadar yayınlanmış karşılaştırmalı hukuka ve anayasal ödünç almaya en çok yer veren karar olarak nitelendirilen<sup>265</sup> Güney Afrika Anayasa

<sup>263</sup> Ahmet Oğuz Çinko ve Erkan Çelik Başvurusu, Başvuru Numarası: 2013/6237, 2 Temmuz 2015, par. 52. Bkz.; "(...) Zira basın, istediğini yayımlamak ya da yayımlamamak konusunda serbesttir. Fakat basının, cevap metni karşısında serbestliği bulunmamakta, cevap metnini yayımlaması gerekmektedir. Nitekim Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi, basının sorumlu olması istenilen bir durum olsa da bu sorumluluğu devlet eliyle sağlamaya çalışmanın anayasaya uygun olmadığına karar vermiştir. Mahkeme, cevap hakkının devlet eliyle basına ulaşma hakkı olduğu ve kamusal tartışmanın çeşitliliği ve çoğulculuğu üzerinde kaçınılmaz bir biçimde sınırlama ve zayıflatma etkisi yaratacağı sonucuna varmıştır (Miami Herald Publication Corporation/Tornillo, 418 U.S. 241, 25/6/1974)."

<sup>264</sup> Bu örnekler için bkz.; Tuğba Arslan Başvurusu, Başvuru Numarası: 2014/256, 25 Haziran 2014, par. 72, bkz.; "Aynı şekilde başvuru sahiplerinin kendi dinleri ile ilgili yorumlarını ve "alışıldık dini uygulamaların" neler olduğunu sorgulamak yargı organlarının ilgisi dışındadır. Aksine bir yaklaşım mahkemelerin veya kamu gücünü kullanan organların kendi değer yargılarını fiilen başvuru sahiplerinin vicdani değerlendirmesinin yerine koyarak, onların din veya inancın uygulamaları konusunda neye inanmalarının "yerinde" olduğunu belirlemeleri anlamına gelecektir. Amerikan Yüksek Mahkemesinin bir kararında belirtildiği gibi mahkemeler veya kamu gücünü kullanan diğer organlar dinsel bir iddianın inandırıcılığına karar vermeye cüret etmemelidirler (bkz. Amerikan Yüksek Mahkemesi, Employment Division, Department of Human Resources of Oregon/Smith, 494 U.S. 872, 6/11/1989). Ancak tekrar etmek gerekirse böyle bir tutum, Anayasa'nın 24. maddesinin bir din veya inançtan kaynaklanan veya esinlenen her davranışı koruyacağı ve kamusal alanda bir inancın gerektirdiği biçimde davranma hakkını her durumda garanti edeceği anlamına gelmez (bkz. § 50)." ABD Yüksek Mahkemesi'nin aynı karara atıf yapılan bir başka bireysel başvuru kararı için bkz.; Esra Nur Özbey Başvurusu, Başvuru No: 2013/7443, 20 Mayıs 2015, par. 60.

<sup>265</sup> Basil Markesinis – Jörg Fedtke, **Judicial Recourse to Foreign Law A New Source of Inspiration**, Routledge, 2006, s. 96.



Mahkemesi'nin *Du Plessis and Others v. De Klerk and Others* kararı<sup>266</sup> anayasal hükümlerin yatay etkisi ile ilgili olarak özellikle Alman Anayasa Mahkemesi'nin geliştirdiği “*drittwirkung*” kavramı ile bu kavramla ilgili pek çok kararına atıf yapılmıştır.<sup>267</sup> Ayrıca kararda, anayasal hükümlerin yatay etkisi ile ilgili olarak Güney Afrika ve Almanya'daki düzenleme ve uygulamalarla ilgili değerlendirmelere de yer verilmiştir. Anayasal hakların dolaylı olarak yatay uygulanması ile ilgili olarak Almanya'daki gibi anayasa yargısının ayrı olduğu sistemlerde daha uygun olduğu ve Alman Anayasa Mahkemesi tarafından kabul edilen ilkelere körü körüne yer verilmemesi gerektiği; bununla birlikte bu ilkelerin örnek oluşturacağı ortaya konmuştur.<sup>268</sup>

Yabancı mahkeme tarafından geliştirilen bir karara yer vermenin dışında kimi zaman da yabancı hukukta var olan bir usulün ulusal anayasa mahkemesi kararında yer alması söz konusu olabilir. Bu kapsamda, bazı ülkelerde anayasa mahkemelerinin görev ve yetkileri arasında sayılan ve bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddiası ile başvuru yapmasına olanak veren bireysel başvuru usulü örnek verilebilir.

Türk Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru uygulamasının mehz ülkesi olarak nitelendirebileceğimiz<sup>269</sup> Alman Anayasa Mahkemesi kararlarına yapılan atıflar bunun göstergesidir. Örneğin, Türk Anayasa Mahkemesi'nin gözaltı ve onur kırııcı muamele ile ilgili bir kararında, kamu tüzel kişilerinin anayasa şikayetinde başvuru olup olmayacaklarına ilişkin olarak<sup>270</sup>; devletten bağımsız olarak

---

<sup>266</sup> *Du Plessis and Others v. De Klerk and Others*, 1996(3) SA 850, 15.05.1996.

<sup>267</sup> *Du Plessis and Others v. De Klerk and Others*, 1996(3) SA 850, 15.05.1996, par. 39-41.

<sup>268</sup> *Du Plessis and Others v. De Klerk and Others*, 1996(3) SA 850, 15.05.1996, par. 60, bkz.; “(...) The model of indirect application or, if you will indirect horizontality, seems peculiarly appropriate to a judicial system which, as in Germany, separates constitutional jurisdiction from ordinary jurisdiction. This does not mean that the principles evolved by the German Constitutional Court must be slavishly followed. They do however afford an example of how the process of influencing the common law may work in practice. (...)” Bu açıklamanın ardından Mahkeme, Alman hukukundaki hükmü alıntılanarak örnek vermiş ve bu hükmün Güney Afrika'dan farklı olduğunu belirtmiştir.

<sup>269</sup> Şirin, **a.g.e.**, s. 437.

<sup>270</sup> Belirtmek gerekir ki, söz ettiğimiz karardan önce, mülkiyet ve adil yargılanma haklarına ilişkin olarak Türk Anayasa Mahkemesi'nin *İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Başvurusu* (Başvuru

görevlerini yerine getiren kamu tüzel kişiliğine sahip dini kurumların, üniversitelerin ve yayın kuruluşlarının, yerine getirdikleri hizmete ilişkin olarak bir hak ve özgürlüğü ihlal edildiyse başvuru olabileceklerinin Almanya’da kabul edildiği belirtilmektedir.<sup>271</sup>

Anayasa Mahkemeleri’ne bireysel başvuru bağlamında Türkiye ve Almanya uygulaması arasındaki benzerlik Macaristan ve Almanya uygulamaları arasında da yer almaktadır. Çoğu anayasa mahkemesinde olduğu gibi Macar Anayasa Mahkemesi’nin de temel görevi norm denetimi yapmaktır. Bunun yanı sıra, II. Dünya Savaşı sonrası anayasa mahkemelerinin denetim rolünü işletmeyi yalnızca devlet yetkilileri ile sınırlandırmayıp bireyleri de sürece dahil etmesiyle, Alman Anayasa Mahkemesi’nin bu özelliğinin Macar Anayasa Mahkemesi tarafından da izinden gidildiği görülmektedir.<sup>272</sup>

Bireysel başvuru usulünün genel olarak Alman uygulamasından esinlenmesinin yanında, Macar Anayasa Mahkemesi’nin hukuki kurumlara ilişkin yabancı anayasa mahkemelerinin kararlarından yararlanılabileceğine ilişkin görüşünü ifade ettiği bir kararında konu seçim usulü yasasının bazı maddelerinin Macar Anayasası’na aykırılığıdır. Bu kararda Macar Anayasa Mahkemesi genel olarak yabancı hukuka yaklaşımını ortaya koymakta ve bu kapsamda özel hukuki kurumlar bakımından da

---

Numarası: 2013/1430, 21 Kasım 2013) kararında Erdal Tercan karşı oy yazısında, kamu tüzel kişilerinin başvuru olabileceğine ilişkin Almanya’daki uygulamayı belirtmiştir. *Günay Dağ ve Diğerleri Başvurusu* (Başvuru Numarası: 2013/1631, 17 Aralık 2015) kararında ise aynı görüşünü yinelemiştir. (Bkz.; dp. 554)

<sup>271</sup> *Günay Dağ ve Diğerleri Başvurusu*, Başvuru Numarası: 2013/1631, 17 Aralık 2015, Celal Mümtaz Akıncı ve Erdal Tercan’ın farklı gerekçe yazıları. Bkz.; “(...) Nitekim Alman hukukunda da, kamu tüzel kişilerinin, kamu gücü kullandıkları sürece bireysel başvuruda (anayasa şikayetinde) bulunmaları kural olarak yasak olmakla birlikte, istisnaen yargılamaya ilişkin (yahut usule ilişkin) temel haklara (Anayasa m. 101,1; 103,1 gibi) ilişkin olarak, örneğin kanuni hakim ilkesi, hak arama özgürlüğü, adil yargılanma hakkı gibi konularda bireysel başvuruda bulunabilecekleri kabul edilmektedir. (...).” (Dipnotta atıflar şöyledir: “Theodor Mainz/ Dürig Günter: Grundgesetz Kommentar, Bd. IV, Art.93, München 2012, Art 93, Nr.66. ve “Ayrıca, devletten nispeten bağımsız olarak görevlerini yerine getiren kamu tüzel kişiliğine sahip dini kurumlar (kilise gibi), üniversiteler ve yayın kuruluşları, yerine getirdikleri hizmete ilişkin olarak bir sınırlama, ihlâl varsa, örneğin üniversitenin bilimsel araştırma, eğitim ve bilim özgürlüğü ihlâl edilmişse vb. hallerde de anayasa şikayetinde bulunabilecekleri kabul edilmektedir;”Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethe: Bundesverfassungs- gerichtsgesetz, Kommentar, Bd.2, München 2012, §.90, Nr. 147 vd.)”

<sup>272</sup> Seitzer, **a.g.m.**, s. 55.

yabancı mahkeme kararlarının ve yabancı uygulamaların belirleyici olmasa da yardımcı olabileceğini kabul etmiştir.<sup>273</sup>

Son olarak bir başka örnek ise, Fransız Anayasa Konseyi'nin Önleyici Gözaltı ve Akıl Hastalığından Kaynaklanan Cezai Sorumsuzluk Beyanı'na İlişkin Yasa'nın konu olduğu karardır. Bu kararda önleyici gözaltı usulüne ilişkin düzenlemeler tartışılırken Alman Federal Anayasa Mahkemesi kararına atıf yapılmış ve ölçülülük denetimi kapsamında Alman Federal Anayasa Mahkemesi tarafından ortaya konan üçlü denetim (elverişlilik, gereklilik ve orantılılık testleri) benimsenmiştir.<sup>274</sup> Böylelikle Fransız Anayasa Konseyi, Alman hukukunda geliştirilen anlamıyla ölçülülük denetimini kendi içtihadına da aktarmıştır.

<sup>273</sup> Macar Anayasa Mahkemesi Kararı, Decision 1/2013. (I. 7.) AB; bkz. “Anayasa Mahkemesi, uygulaması sırasında birçok kez uluslararası hukuki karşılaştırma yapmıştır. (Ardından bu kararlardan örnekleri sıralamıştır.) (...) Karşılaştırmalarda Anayasa Mahkemesi genellikle özel hukuki kurumların tanıtılmasını, ortak ve karşıt unsurları ortaya koymuş ve çoğu kez yalnızca denizası ve Avrupalı ülkeler arasında değil, Avrupa içinde de aynı içeriğe ilişkin düzenlemelerin son derece farklı olduğunu tespit etmiştir. Başka bir ülkedeki özel bir hukuki kurumun anayasallığı söz konusu ülkenin anayasasına, hukuk sistemine uyumuna ve tarihsel ve siyasi arka planına göre değişmektedir. Buna bağlı olarak Anayasa Mahkemesi, yabancı deneyimlerin bazı düzenlemelerin değerlendirilmesine yardımcı olabileceğini kabul etmekle birlikte, anayasaya uygunluk denetiminde hiçbir yabancı ülkeyi belirleyici unsur olarak kabul etmemektedir. Erken dönem kararlarının birinde Anayasa Mahkemesi şöyle karar vermiştir: “uygulanan çözümün, uluslararası alanda emsali olmadığına ve uluslararası pratiğe başvurmadığına; ama yabancı uygulamaya dayandığına ilişkin dilekçede yer alan iddia Anayasa'nın 7. maddesinin 1. paragrafı bağlamında ilgisizdir (...) buna göre anayasaya aykırılık bu temele dayanarak kabul edilemez.” [32/1991 (VI. 6.) AB, ABH 1992, 146, 159] Bu söylenenler ışığında, bir veya daha fazla yabancı ülkede (demokratik Avrupa ülkelerinde dahi) hukuki bir kurum veya mevzuatın varlığı durumunda dahi, anayasaya uygunluk denetiminde bu durumun kesin/belirleyici gücü (decisive force) yoktur; çünkü bu Anayasa'da güvence altına alınmış bir hakkın sınırlandırılmasına yeterli bir meşruiyet kazandırmaz. Buna göre, Anayasa Mahkemesi söz konusu düzenlemenin Anayasa'ya uygunluğunu Anayasa hükümleri temelinde, Anayasa Mahkemesi'nin içtihatlarını ve uluslararası hukuk çerçevesinde Macaristan'ın yükümlülüklerini dikkate alarak incelemiştir.”, s. 7-8, par. 3.4.

<sup>274</sup> Conseil Constitutionnel, Décision No. 2008-562 DC, 21 Février 2008, Commentaire, s. 5, bkz.; “A l'instar de la pratique d'autres cours constitutionnelles, notamment la Cour constitutionnelle allemande, il a vérifié que la rétention de sûreté, pour être proportionnée, satisfaisait à une triple exigence d'adéquation, de nécessité et de proportionnalité au sens strict. (...) Jusqu'à la décision n° 2007-562 DC, le Conseil n'avait jamais utilisé ensemble les trois éléments de ce triple test mais séparément ou deux par deux.”

## 2. Yabancı Mahkeme'nin Kararının Esas Alınması

Anayasal ödünç almanın etkisi bakımından yapılan ayrıma göre karşımıza çıkan olasılıklardan ikincisi ise yabancı mahkeme kararlarının ulusal anayasa mahkemeleri tarafından esas alınmasıdır. ABD Yüksek Mahkemesi'nin zihinsel engellinin ölüm cezasının infazı hakkındaki *Atkins v. Virginia* kararı bu olasılığa örnek gösterilebilir. Bu kararda, saygıdeğer meslek kuruluşlarının ve diğer ülkelerin de katıldığı, Anglo-Amerikan kültürünü / mirasını (heritage) paylaşan diğer ulusların ve Batı Avrupa topluluğunun önde gelen üyelerinin de küçüklerin ölüm cezasını yasakladığı görüşünün *Thompson v. Oklahoma*<sup>275</sup> kararında paylaşıldığı belirtilmiştir. Yargıç Rehnquist'in kaleme aldığı Mahkeme'nin çoğunluk görüşünde, bu etkenlerin bağlayıcı olmamakla birlikte, yasal kanıtlarla uyumlu olduğu ölçüde Mahkeme'nin ulaştığı sonucun desteklenmesine yardımcı olacağı belirtilmiştir.<sup>276</sup> Bununla birlikte, Yargıç Rehnquist karşı oy yazısında, Mahkeme'nin hüküm verirken yabancı hukuka, mesleki ve dini kuruluşların görüşlerine ve kamuoyu yoklamalarına yer vermesinin olumsuzluklarını belirtmektedir. Mahkeme'nin bu kaynakların davadaki anayasal sorunla ilgili olduğu yönündeki iddiasının ABD Yüksek Mahkemesi içtihadında çok az destek bulduğunu belirtmektedir.<sup>277</sup>

Ayrıca Yargıç Rehnquist karşı oy yazısında diğer ülkelerin vatandaşlarını cezalandırmaya ilişkin görüşlerinin Mahkeme'nin nihai kararında nasıl destek sağlayacağını görmekte güçlük çektiğini belirtmiştir. Mahkeme'nin önceki bazı görüşlerinde “uluslararası kamuoyu iklimine (*the climate of international opinion*)”

---

<sup>275</sup> *Thompson v. Oklahoma*, 487 U. S. 815 (1988).

<sup>276</sup> *Atkins v. Virginia*, 536 U.S. 304 (2002), Bkz. dp. 21; “Although these factors are by no means dispositive, their consistency with the legislative evidence lends further support to our conclusion that there is a consensus among those who have addressed the issue. See *Thompson v. Oklahoma*, 487 U. S. 815, 830, 831, n. 31 (1988) (considering the views of “respected professional organizations, by other nations that share our Anglo-American heritage, and by the leading members of the Western European community”)”

<sup>277</sup> *Atkins v. Virginia*, 536 U.S. 304 (2002), Bkz. Yargıç Rehnquist'in Karşı Oy Yazısı.

baktığını kabul etmektedir.<sup>278</sup> Örneğin *Trop v. Dulles* kararında, vatandaşlıktan çıkarılmanın bir cezai yaptırım olmasının dünyanın medeni milletleri tarafından kabul edilmediği belirtilmiştir; Birleşmiş Milletler tarafından 84 ülke içinde yalnızca Filipinler ve Türkiye’de bu cezanın uygulandığının ortaya konduğu ifade edilmiştir.<sup>279</sup> Bu bağlamda diğer devletlerin cezalandırma uygulamalarının Amerikan halkı tarafından kabul edilen bir uygulamanın ön koşulunu oluşturmaya hizmet edebileceğine ilişkin görüşün açıkça reddedildiğini belirterek<sup>280</sup>, ilgili karardaki muhakemeyi doğru bulmakta ve karşı oy yazısının devamında ulusal bir konsensusa kanıt aramak için diğer ülkelerin görüşlerinin ilgisiz olduğunu ileri sürmektedir. *Thompson v. Oklahoma*<sup>281</sup>, *Enmund v. Florida*<sup>282</sup>, *Coker v. Georgia*<sup>283</sup> ve *Trop v. Dulles*<sup>284</sup> kararlarında ise bunun aksinin önerildiğini; *Trop v. Dulles* kararı ile başlayan çoğunluk görüşünün diğer ülkelerin cezalandırma tercihlerine ilişkin bir otorite kabul edildiğini, yalnızca yabancı ve uluslararası hukuka kuru kuruya atıflara (*bare citation of international laws*) dayandığını ifade etmiştir. Bununla birlikte, *Trop v. Dulles* kararındaki çoğunluk görüşün kendi atıflarına bir açıklama getirmediğini ve de *Stanford v. Kentucky* kararında reddedilen bu savı yeniden canlandırmanın bir anlamı olmadığını belirtmiştir. Sonuç olarak *Atkins v. Virginia* kararında, daha önce yabancı hukuka atıfları da esas alarak verilmiş *Trop* kararı ve bu kararı takip eden diğer kararların eleştirildiği ve karara esas alınmadıkları görülmektedir.

Benzer şekilde *Graham v. Florida* kararında da ABD Yüksek Mahkemesi, insan öldürme suçunu işlemeyen küçüklere şartlı tahliye olanağı olmaksızın yaşamayı dayatmanın dünyaca reddedilmiş; ancak ABD tarafından bağlı kalınan bir uygulama olduğunu belirtmektedir. Bununla birlikte Mahkeme, dünyadaki uygulamaya ilişkin

---

<sup>278</sup> *Thompson v. Oklahoma*, 487 U. S. 815 (1988); *Enmund v. Florida*, 458 U. S. 782 (1982); *Coker v. Georgia*, 433 U. S. 584 (1977); *Trop v. Dulles*, 356 U.S. 102-103 (1958).

<sup>279</sup> *Trop v. Dulles*, 356 U.S. 102-103 (1958).

<sup>280</sup> *Stanford v. Kentucky*, 492 U.S. 361 (1989).

<sup>281</sup> *Thompson v. Oklahoma*, 487 U. S. 815 (1988).

<sup>282</sup> *Enmund v. Florida*, 458 U. S. 782 (1982).

<sup>283</sup> *Coker v. Georgia*, 433 U. S. 584 (1977).

<sup>284</sup> *Trop v. Dulles*, 356 U.S. 102-103 (1958).

bu gözlemin kararını kontrol etmediğini, diğer milletlerin ve uluslararası toplumun yargılarının 8. Değişiklik'in anlamı ve yorumu bakımından bağlayıcı (*dispositive*) olmadığını kabul etmektedir. Öte yandan, özel bir cezanın kabul edilmesine ilişkin uluslararası kamuoyunun ikliminin (*the climate of international opinion*) tamamen ilgisiz olmadığını ifade ederek, Mahkeme'nin bir cezanın zalimane ve insanlık dışı olup olmadığına karar verirken kendi bağımsız kararını desteklemek için ulus sınırları ötesine baktığını belirtmektedir.<sup>285</sup>

Mahkeme ayrıca, günümüzde küçüklerin şartlı tahliyesine ilişkin söz konusu hükmün uygulanmasına karşı eskiden beri süregelen bir küresel konsensüsü belirtmeye devam ettiğini, yakın zamandaki bir araştırmanın yalnızca on bir devletin küçükler için şartlı tahliye olanağı olmadan müebbet hapis cezasına yer verdiğini ve bunlar arasında yalnızca ABD ve İsrail'in uygulamada bu cezayı sürekli biçimde uyguladığını; ayrıca İsrail yasalarının belirtilen istisnaların varlığı durumunda şartlı tahliyenin mümkün olabileceğini düzenlediğini belirtmiştir. Bunun yanında, başvurucunun BM Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 37 (a) maddesine vurgu yaptığı ve Sözleşme'yi onaylamayan yalnızca ABD ve Somali'nin kaldığının ortaya konduğu görülmektedir. Sözleşme'de 18 yaşın altındaki kişilerin suçlarından ötürü salıverilme olanağı olmaksızın ömür boyu hapsin yasaklandığı belirtilmektedir. Mahkeme'nin daha önce küçüklerin ölüm cezasına ilişkin *Roper v. Simmons*<sup>286</sup> kararında ifade ettiği gibi ABD'nin insan öldürme dışında suç işleyen küçükler bakımından şartlı salıverilme olanağı tanımaması bakımından da buna karşı bir dünyada tek başına kaldığını ortaya koymaktadır.

Ayrıca belirtmek gerekir ki kararda *amici curiae*, küçüklerin şartlı tahliye olanağı olmaksızın ömür boyu hapis cezasına çarptırılmamasını engelleyen ABD'yi bağtlayan bir uluslararası antlaşma olmadığı ve bunun uluslararası konsensüsün tanınmamasına sevk ettiği ifade edilmektedir. Mahkeme ise bu savın yanlış olduğunu belirterek davadaki asıl sorunun, bu cezanın zalimane ve insanlık dışı ceza olup

---

<sup>285</sup> *Graham v. Florida*, 560 U.S. (2010), 17 May 2010.

<sup>286</sup> *Roper v. Simmons*, 543 U. S. 551 (2005), 1 March 2005.

olmadığı tartışmasına dayandığını ifade etmiştir. Bu konuda da büyük çoğunlukla uluslararası olarak kabul edilen görüşün saygı duyulması gereken ve kaydadeğer / önemli (*respected and significant confirmation*) bir dayanak olduğunu kabul etmiştir.<sup>287</sup> Bunun yanısıra, söz konusu ceza hükmü üzerine bağlayıcı bir jus cogens norm olup olmadığı tartışması yapılmıştır ve bu bağlamda Mahkeme 8. Değişiklik ile ilişkili diğer devletlerin yasalarının ve uygulamalarının ve uluslararası antlaşmaların bağlayıcı veya denetleyici (*binding or controlling*) olmasından değil; özel bir ceza uygulamasının dünya devletlerinin kararlarının genel ahlak ilkeleri ile bağdaşmaması nedeniyle, Mahkeme'nin gerekçesinin bunu destekleyen muhakemeye saygı duymasını kanıtladığını belirtmektedir.<sup>288</sup>

Macar Anayasa Mahkemesi'nin adil yargılanma hakkı bağlamında suçta ve cezada kanunilik ilkesine (*nullum crimen et nulla poena sine lege*) ilişkin bir kararında<sup>289</sup> ise Mahkeme, yorum açısından öncelikle Macar hukukunun esas alınacağını belirtmiştir. Bununla birlikte Mahkeme, “nitelik ölçütüne” (*quality criteria*) ve diğer Avrupa ülkelerinde kullanılan benzer anayasal terimler arasında uyuma atıf yaptığı bir kararını<sup>290</sup> hatırlatarak farklı ülkelerdeki uygulamalardan da yararlanabileceğini ortaya koymuştur. Nitekim söz konusu kararda Macar Anayasa Mahkemesi, suçta ve cezada kanunilik ilkesini ceza hukukunun meşruluğunun anayasal temeli olarak yorumlamaktadır. Bu bağlamda Mahkeme, Avrupa'nın anayasal demokrasilerinin anayasalarının karşılaştırmalı bir incelemesini yapmıştır.<sup>291</sup> Buna karşılık, bir farklı gerekçeyle mutabık oy yazısında yabancı

<sup>287</sup> Mahkeme burada *Roper v. Simmons* kararına atıf yapmaktadır, bkz.; *Roper v. Simmons*, 543 U. S. 551 (2005), 1 March 2005.

<sup>288</sup> *Graham v. Florida*, 560 U.S. (2010), 17 May 2010.

<sup>289</sup> Macar Anayasa Mahkemesi Kararı, *Decision 32/2008*. (III. 12.) AB.

<sup>290</sup> Macar Anayasa Mahkemesi Kararı, *Decision 11/1992*. (III. 5.) AB (ABH 1992, 77).

<sup>291</sup> Macar Anayasa Mahkemesi Kararı, *Decision 32/2008*. (III. 12.) AB, V, par. 2.1; bkz.; “The Constitutional Court reminds that in the *Decision 11/1992*. (III. 5.) AB (ABH 1992, 77) the Court has already made a reference to quality criteria and the consonance with similar constitutional terms used in other European states. “The Constitutional Court interprets the principle of *nullum crimen et nulla poena sine lege* on the basis of the constitutional principle of the legality of criminal law. In connection with this task the Court has undertaken a comparative review of the constitutions of European constitutional democracies. The Court has concluded that these constitutions do not merely state that criminal offences must be prohibited only by statute, and the threat of punishment must likewise be determined by statute, but they require that criminal responsibility, sentencing and

hukukun Mahkeme'nin kararlarında kullanılmasına karşı görüş yer almakta ve ilgili yargıç lafzi yorumu savunmaktadır. Bu bağlamda mutabık oy yazısında ilk olarak suçta ve cezada kanunilik ilkesinin geleneksel ve tarihsel temellerinden söz edilmesinin ardından Macar Anayasa Mahkemesi'nin bir anayasal normu nasıl yorumlaması gerektiği üzerine tartışılmıştır. Sonuç olarak ise, Anayasa Mahkemesi'nin anayasa normunu metnini temel alarak yorumlaması gerektiği, ceza hukuku normlarının, ilkeye ilişkin tarihsel yorumların ve yabancı anayasalardaki benzer normların esas almaması gerektiği savına yer verilmiştir.<sup>292</sup>

Fransız Anayasa Konseyi'nin Uluslararası Bir Fransız Kütüğü Oluşturulmasına Dair Yasa ile ilgili olarak denizcilerin statüsünün tartışıldığı bir kararında ise Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin denizcilere uygulanacak kuralların belirlenmesinde ikametgahlarının esas alınmasının eşitlik ilkesine aykırı olmadığını belirten kararına<sup>293</sup> atıf yapılmıştır.<sup>294</sup> Fransız Anayasa Konseyi Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin bu kararından ciddi ölçüde yararlanmış ve gerekçesini kurmada ilgili kararı esas almıştır.<sup>295</sup> Benzer şekilde, 2006 Yılı Maliye Yasası'na ilişkin kararında Fransız Anayasa Konseyi, verginin gelirlerin yarısından fazla olamayacağına ilişkin Alman Federal Anayasa Mahkemesi kararının<sup>296</sup> gerekçesini esas almıştır.<sup>297</sup>

---

*punishment must all be lawful and prescribed by the law. That is, they all do what Article 57 para. (4) of our Constitution prescribes.” (ABH 1992, 77, 86)”*

<sup>292</sup> Macar Anayasa Mahkemesi Kararı, *Decision* 32/2008. (III. 12.) AB., Yargıç Péter Paczolay'ın Mutabık Oy Yazısı.

<sup>293</sup> BVerfG, 1 BvF 1/90, 1 BvR 342/90, 1 BvR 348/90, 10.01.1995.

<sup>294</sup> *Conseil Constitutionnel*, Décision No. 2005-514 DC, 25 Avril 2005, Observations du Gouvernement, s. 4 ve Commentaire, s. 6 vd.

<sup>295</sup> Rio, **a.g.m.**, s. 76.

<sup>296</sup> BVerfG, 2 BvL 37/91, 22.06.1995.

<sup>297</sup> *Conseil Constitutionnel*, Décision No. 2005-530 DC, 29 Décembre 2005, Commentaire, s. 14, bkz.; “S’il n’a pas été aussi loin que le tribunal constitutionnel allemand, pour lequel l’impôt ne doit pas absorber plus de la moitié des revenus (BvG 37/91, 22 juin 1995), le Conseil constitutionnel a condamné l’impôt spoliateur (...)” Fransız Anayasa Konseyi, Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin bu görüşünü aynı kararına atıf yaparak 2007 yılında çalışma, istihdam ve alım gücüne ilişkin yasayı incelerken de esas almıştır. Bkz.; *Conseil Constitutionnel*, Décision No. 2007-555 DC, 16 Août 2007, Dossier Documentaire, s. 25.



Yukarıda söz edilen kararların yanı sıra yabancı mahkemelerin kararlarının esas alınması olgusunun net olarak tartışıldığı örnek bir karar Güney Afrika Anayasa Mahkemesi'nin *Ferreira v Levin NO and Others; Vryenhoek and Others v Powell NO and Others* kararıdır. Bu kararda, karşılaştırmalı yabancı içtihat hukukunun farklı bir sonuca yönlendirip yönlendirmeyeceğinin dikkate alınmasının yerinde olduğu kabul edilmektedir. Doğrudan karşılaştırma zor olsa ve hak ve özgürlükler diğer ülkelerin anayasalarında ve uluslararası ve bölgesel belgelerde farklı düzenlense de dikkatle yapıldığı sürece yabancı içtihat hukukundan yararlanılabileceği kabul edilmektedir. Ayrıca, Güney Afrika Anayasası'nın 33 (1) maddesinin, yorumda bunların dikkate alınmasını emrettiği ve 35 (1) maddesinin de özgürlük ve eşitliğe dayalı açık ve demokratik bir toplumun değerlerini geliştirmeyi zorunlu kıldığı ve karşılaştırmalı yabancı hukukun dikkate alınması için teşvik ettiği belirtilmektedir. Bunun yanı sıra anayasayı uygularken ve yorumlarken sürekli daha evrensel nitelikli temel hukuk normları ile ilgilenildiği tespiti yapılmaktadır. Bu kapsamda da örnek olarak ABD Yüksek Mahkemesi'nin bir yasa hükmünün *due process* ile uyumlu olup olmadığına karar vermesi gerektiğinde veya Kanada Yüksek Mahkemesi özgürlükten yoksun bırakmanın adaletin temel ilkelerine uygun olmadığına hüküm verdiğinde, doğrudan kıyas yapmak bakımından değil; ama özgürlük ve eşitliğe dayanan başka demokratik toplumlarda uygulanan normları kurumsallaştırmak amacıyla temel mantığı belirlemek bakımından, bu bulguların dikkate alınması gerektiği ortaya konmaktadır.<sup>298</sup>

---

<sup>298</sup> *Ferreira v Levin NO and Others; Vryenhoek and Others v Powell NO and Others*, 1996 (1) SA 984 (CC); 1996 (1) BCLR 1 (CC), par. 72.

## SONUÇ

Çalışmamız özel olarak, ulusal anayasa mahkemeleri tarafından yabancı anayasa mahkemelerinin kararlarına atıf yapılarak bu kararların bir gerekçelendirme unsuru olarak kullanılıp kullanılamayacağı üzerine kurgulanmıştır. Küreselleşme sosyal bilimlerin her alanında olduğu gibi anayasa hukuku bilimi bakımından da etkisini göstermekte ve dünya çapında hukuki fikirlerin hareket halinde bulunması olgusu göze çarpmaktadır. Uluslararası sözleşmeler ile bağitlanmış olmanın veya Avrupa Birliği Hukuku gibi ortak hukuk sistemlerine tabi olmanın etkisi, uzun yıllardır gerek Türkiye’de gerekse dünya genelinde uygulamasına sıkça rastlanan zorunlu bir hukuki etkileşimi beraberinde getirmektedir. Çalışma konumuzun özelliği ise bu noktada karşımıza çıkmakta ve çalışmamızda “anayasal ödünç alma” kavramıyla ifade ettiğimiz anayasa mahkemeleri arasındaki diyalog tamamen iradi bir olguyu ifade etmektedir. Bu da diyalog teorileri bağlamında yatay diyalog olarak kabul edilmektedir.

Çalışmamızda öncelikle yabancı mahkeme kararlarına atıf olgusunun teorik temellerini ortaya koyabilmek için hukukta yorum, gerekçelendirme ve yorumun gerekçelendirilmesi kavramları açıklanmış; ardından yargısal diyalogun bir yorum ilkesi olarak kabul edilip edilemeyeceği tartışılmıştır. Özel olarak anayasa mahkemeleri arasında birbirlerinin kararlarına atıf yapma olgusunu ifade etmeyi tercih ettiğimiz “anayasal ödünç alma” kavramı ile başlı başına bir yorum ilkesinin değil; ancak yargıçların karar verirken yorumlarını gerekçelendirme aracı olarak kullanıldığı bir nosyonun söz konusu olduğu ortaya konmuştur.

Görülmektedir ki, yabancı mahkeme kararlarına atıf yapılmasındaki motivasyon ilk olarak resepsiyon olgusu ile başlamıştır. Zaman içerisinde, özellikle hukukta küreselleşmenin etkisiyle yabancı mahkeme kararlarına atıf olgusu diyaloga evrilmiş ve böylelikle resepsiyon motivasyonu anayasal kavramların ve tercihlerin yargı kararlarına atıf olgusunu da içine alacak şekilde genişleyerek “anayasal ödünç alma” kavramının ortaya çıkması sonucunu doğurmuştur. Burada hukukun

küreselleşmesi bağlamında belirtmek gerekir ki, karşılaştırmacılığın özünde yer alan ana düşüncelerden biri değişen küresel dünyada insan haklarının geniş yorumlanması gerektiğidir. Anayasa hukukunun temel ilkelerinden insan onuru, eşitlik, özgürlük, hukuk devleti, demokrasi gibi kavramların tanımları uluslararası toplumun üzerinde anlaştığı değerlere göre şekillenmektedir. Yaşayan ve objektif normatif değerler barındıran anayasaların, karşılaştırmacılık ve diyalog yoluyla gelişmesi mümkün olabilecektir.

Teorik arka planın açıklandığı ilk bölümün ardından çalışmanın ikinci bölümünde anayasal ödünç almanın meşruluğu ortaya konmuştur. Temel olarak mahkeme kararının otoritesi teorilerinden yola çıkarak anayasal ödünç almanın meşruluğunun bu teoriler kapsamında savunulabilir olup olmadığı tartışması yapılmıştır. Bu kapsamda yargı kararının bağlayıcı otoritesi ve ikna edici otoritesi ile mahkeme kararının *ratio decidendi* ve *obiter dictum* kavramları açıklanmıştır. Yargıcın kapsamlı değerlendirmesine tabi olan yabancı anayasa mahkemesi kararlarının, anayasa mahkemeleri bakımından ikna edici otoritesinin de ötesinde *ratio decidendi* ve bağlayıcı otorite oluşturacağı sonucuna varılmıştır. Böylelikle çalışmamız bakımından yabancı anayasa mahkemesi kararlarının yargıcın kapsamlı bir değerlendirmesinin sonucunda ortaya konduğu oranda bağlayıcı otoriteye sahip olduğu görüşü benimsenmiştir.

Son bölümde ise anayasal ödünç almanın dinamiklerine yer verilmiştir. Bu dinamikler anayasal ödünç almada etkili olan unsurlar, yargıçları anayasal ödünç almaya başvurmaya yönelten nedenler ve anayasal ödünç almanın türleri olarak üç ayrı grupta toplanmıştır. Anayasal ödünç almada etkili olan unsurlar bakımından aynı hukuk sistemi içinde yer alma, hukuk normlarında benzerlikler bulunması, aynı sözleşme sistemi içinde yer alma, resepsiyon ve anayasada açık hüküm bulunması gibi hukuk düzeninden kaynaklanan unsurların yanında sosyal ve psikolojik unsurlar da yer almaktadır. Bunlar da yargı kararlarına ve literatüre ulaşma ile yüz yüze görüşmelerde doğrudanlık bakımından dil etkisi, prestijli mahkemeler olarak adlandırabileceğimiz yargıçlar için saygı duyulan mahkemeler niteliği kazanmış mahkeme kararlarının psikolojik etkisi, tarihi, kültürel ve ekonomik benzerliklere

sahip olma ve yargıçların geldiği sosyo-kültürel çevre ve gördükleri eğitimin etkisi gibi unsurlar olarak ele alınmıştır.

Son bölümde ayrıca, yargıçları anayasal ödünç almaya iten nedenler ortaya konmuş ve özellikle yargıçların ilk kez önlerine gelen ve kimi zaman daha önce benzer vakalarda üzerinde anlaşılan içtihadın değiştirilmesi gereğini doğuran çetin davalar bakımından anayasal ödünç almaya başvurmaya eğilimli oldukları tespit edilmiştir. Anayasal ödünç almaya başvuran yargıçların, yabancı devletlerde benzer vaka ile karşılaşmış yargıçların kullandıkları yorum ilkelerine ve muhakemelerine atıf yaparak kendi gerekçelerini güçlendirmeye ve meşrulaştırmaya çalıştığı gözlenmektedir.

Üçüncü bölümde son olarak, anayasal ödünç almanın türlerine yer verilmiştir ve yargı kararlarında anayasal ödünç almanın ne şekilde yer aldığı açıklanmıştır. Bunlar yabancı anayasal normlara atıflar olabileceği gibi, yabancı anayasa mahkemelerinin kararlarının yalnızca ismen zikredilmesi ile yapılan veya bu kararların muhakemesine yapılan atıflar da olabilir. Ayrıca, anayasal ödünç almaya başvurunun sonucunda yabancı mahkemenin geliştirdiği bir hukuki kavramın benimsenmesi veya kararın doğrudan esas alınması söz konusu olabilir.

Çalışmamızda yer verdiğimiz unsurları ana hatlarıyla açıkladıktan sonra çalışmanın bütününe ilişkin bir değerlendirme yapmak yerinde olacaktır. Yargıda küreselleşme eğilimi, özellikle ulusüstü insan hakları sözleşmeleri ile adeta evrensel hukuk normlarının oluşması ve bu sözleşmelerin denetim organları tarafından etkili korunma çabası, zaman içinde temel hak ve özgürlüklerin korunması görevine sahip anayasa mahkemelerine de yayılmıştır. Ulusüstü insan hakları sözleşmelerinin denetim organları ile sözleşme tarafı devletlerin yüksek mahkemeleri arasındaki dikey diyalog olgusu uzun yıllardır var olan ve Türkiye’de olduğu gibi pek çok ülkede öğretilde incelenmiş bir olgudur. Bununla birlikte benzer bir diyalogun anayasa mahkemeleri arasında yatay olarak kurulması görece yeni; ancak git gide artan bir olgudur.

Sözleşmelerin yorumlanmasında özellikle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi özelinde yakında gözlemleyebileceğimiz yaşayan belge doktrininin zayıflama eğilimi, anayasa mahkemelerinin temel hak ve özgürlüklerin korunmasındaki rolünü tekrar düşünmeye yöneltmektedir. Yaşayan belge doktrininin zayıflama eğilimi sonucunda dinamik / evrimci yorumu kararlarına yansıtabilecek anayasa mahkemelerinin ve yargıçların varlığı temel hak ve özgürlüklerin korunması bakımından son derece önemlidir. Ayrıca belirtmek gerekir ki, örneğin ülkemizde en çok başvurulmuş ulusüstü insan hakları hukuku denetim organı olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin git gide artan iş yükü sebebiyle kabul edilebilirlik kriterlerini zaman içinde ağırlaştırması, bazı davalar bakımından tarafları iç hukukta çözüme yönlendirmesi ve Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvurunun teşvik edilmesi gibi durumlar göz önüne alındığında iç hukukta temel hak ve özgürlüklerin korunması bakımından etkili bir yargılama faaliyetinin yürütülmesi esastır. Bu bağlamda, yorumun gerekçelendirilmesi aracı olarak anayasal ödünç almanın dinamik / evrimci yoruma ve çetin davaların iç hukukta çözümüne olabilecek katkısı bakımından önemi özellikle dikkate alınmalıdır.

Son olarak ifade etmeliyiz ki, çalışma konusu, Türk Anayasa Hukuku literatüründe ilk kez ele alınan bir konu olması dolayısıyla bir başlangıç çalışması niteliği taşımaktadır. Çalışma ile ilk etapta hedeflenen dünya genelinde git gide gelişen yabancı anayasa mahkemesi kararlarına atıf olgusunun ve buna ilişkin kavramların tanıtılması, yabancı literatürde de ele alınan meşruluk tartışmasının ortaya konması, anayasal ödünç almanın dinamiklerinin tespit edilmesi ve yabancı anayasa mahkemelerinin yargı kararları ile Türk Anayasa Mahkemesi'nin kararlarının bu bağlamda incelenmesidir. Ayrıca çalışmamız yatay diyalog ile sınırlı tutulmuştur. Bununla birlikte, özellikle Türk Anayasa Mahkemesi özelinde dikey diyalog ile de karşılaştırmalı daha geniş analizler yapmaya elvermesi bakımından çalışma konusu, yeni tartışma konuları ile araştırmaya olanak sağlayan yönü ile konuyla ilgili araştırmacılara yol gösterebilecektir.

## KAYNAKÇA

### Kitap ve Makaleler:

- Aarnio, Aulis: **The Rational as Reasonable A Treatise on Legal Justification**, D. Reidel Publishing Company, Dordrecht, 1987.
- Aarnio, Aulis  
Alexy, Robert  
Peczenik, Aleksander: "The Foundation of Legal Reasoning", **Rechtstheorie**, C. 12, 1981, s. 133-158.
- Ackerman, Bruce: "The Rise of World Constitutionalism", **Virginia Law Review**, Vol. 83, 1997, s. 771-797.
- Akad, Mehmet: "Anayasa Yargısında Düzenli İçtihat", **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2009/2, s. 9-29.
- Akad, Mehmet  
Vural Dinçkol, Bihterin: "Küreselleşme Sürecinde Bir Genel Değerlendirme", **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 1, Sy. 1, Haziran 2004, s. 23-50.
- Akad, Mehmet  
Vural Dinçkol, Bihterin: **Genel Kamu Hukuku**, 7. bs., Der Yayınları, İstanbul, 2013.

Akbulut, Olgun: “Interaction Between International Human Rights Law and Turkish Domestic Law”, **Humanities and Social Sciences Review**, 2 (3) 97, 2013, s. 97-104.

“Turkey: The European Convention on Human Rights as a Tool of Modernisation”, **Criticism of the European Court of Human Rights Shifting the Convention System: Counter-Dynamics at the National and EU Level**, Ed. Patricia Popelier, Sarah Lambrecht, Koen Lemmens, Intersentia, 2016, s. 413-446.

Aleinikoff, T. Alexander: “Updating Statutory Interpretation”, **Michigan Law Review**, Vol. 87, No. 1, The Michigan Law Review Association, 1988, s. 20-66.

Alexandrowicz-Alexander, C. H.: “American Influence on Constitutional Interpretation in India”, **The American Journal of Comparative Law**, Vol. 5, No. 1, 1956, s. 98-105.

Alexy, Robert: **A Theory of Constitutional Rights**, Oxford University Press, 2002.

**A Theory of Legal Argumentation The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification**, Çev. Ruth Adler, Neil MacCormick, Oxford University Press, 2010.

Aliefendioğlu, Yılmaz:

**Anayasa Yargısı**, Yetkin Yayınları, Ankara, 1997.

Alkema, Evert A.–

van der Hulle, Rob –

van der Hulle, Rick:

“Safeguard Rules in the European Legal Order: The Relationship Between Article 53 of the European Convention on Human Rights and Article 53 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union”, **Human Rights Law Journal**, Vol. 35, No. 1-8, 2015, s. 8-20.

Alland, Denis

Rials, Stéphane:

**Dictionnaire de la Culture Juridique**, Presses Universitaire de France, 2003.

Allard, Julie

van Waeyenberge, Arnaud:

“De la bouche à l’oreille? Quelques Réflexions Autour du Dialogue des Juges et de la Montée en Puissance de la Fonction de Juger”, **Revue Interdisciplinaire d’Etudes Juridiques**, C. 61, 2008/2, s. 109-129.

Arat Özkaya, Nilay:

**Türk İdare Hukuku’nda İdarenin Hukuk Sınırları İçinde Hareket Serbestisi “Takdir Yetkisi” ve Bunun Sınırları Üzerine Bir İnceleme**, Beta, İstanbul, 2015.

Armağan, Servet:

“Federal Almanya’da Anayasa Şikayeti”, **İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 5, S. 7, 1971, s. 53-75.



Arminjon, Pierre

Nolde, Baron Boris

Wolff, Martin:

**Traité de Droit Comparé**, C. I, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1950.

Arnardóttir, Oddný Mjöll:

“Res Interpretata, Erga Omnes Effect and the Role of the Margin of Appreciation in Giving Domestic Effect to the Judgments of the European Court of Human Rights”, **The European Journal of International Law**, Vol. 28, No. 3, 2017, s. 819-843.

Atay, Ender Ethem:

“Hukukta Meşruiyet Kavramı”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 1, No. 2, 1997, s. 121-166.

Auby, Jean-Bernard:

**La Globalisation, le Droit et l'Etat**, 2. bs., L.G.D.J, Paris, 2010.

Bakhtin, Mikhail:

**The Dialogic Imagination Four Essays by M. M. Bakhtin**, Ed. Michael Holquist, Çev. Caryl Emerson, Michael Holquist, University of Texas Press, Austin, 1981.

Balkin, Jack M.:

“Framework Originalism and the Living Constitution”, **Northwestern University Law Review**, C. 103, No. 2, 2009, s. 549-614.

Barak, Aharon:

**The Judge in a Democracy**, Princeton University Press, Princeton, New Jersey, 2006.

- Barsotti, Vittoria  
Carozza, Paolo G.  
Cartabia, Marta  
Simoncini, Andrea: **Italian Constitutional Justice in Global Context**, Oxford University Press, New York, 2016.
- Bell, John: “Comparing Public Law”, **Comparative Law in the 21st Century**, Ed. Andrew Harding, Esin Örüçü, Kluwer Law International, 2002.
- Bergé, Jean-Sylvestre: **L’Application du Droit National, International et Européen**, Dalloz, Paris, 2013.
- Bickel, Alexander M.: **The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics**, 2. bs., Yale University Press, 1986.
- Black, H. Campbell: “The Principle of Stare Decisis” **The American Law Register (1852-1891)**, Vol. 34, No. 12, New Series Vol. 25, 1886, s. 745-756.
- Boogman, J. C.: “The Union of Utrecht: Its Genesis and Consequences”, **Low Countries Historical Review**, C. 94, No. 3, s. 377-407.
- Borowski, Martin: “The Beginnings of Germany’s Federal Constitutional Court”, **Ratio Juris**, Vol. 16, No.2, June 2003, s. 155-186.

Bozkurt, Gülnihal:

**Batı Hukukunun Türkiye’de Benimsenmesi**,  
Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara, 1996.

Bretonneau, Aurélie

Dahan, Samuel

Fairgrieve, Duncan:

“Comparative Legal Methodology of the  
Conseil d’Etat: Towards an Innovative Judicial  
Process?”, **Courts and Comparative Law**, Ed.  
Mads Andenas – Duncan Fairgrieve, Oxford  
University Press, 2015.

Breyer, Stephen:

“The Supreme Court and the New International  
Law”, 97th Annual Meeting Speech, 4 April  
2003,(Çevrimiçi)  
[https://www.supremecourt.gov/publicinfo/speeches/sp\\_04-04-03.html](https://www.supremecourt.gov/publicinfo/speeches/sp_04-04-03.html) , Son Yararlanma  
Tarihi: 28 Aralık 2017.

Burdeau, Georges:

**Traité de Science Politique**, C. 2, “l’Etat”, 3.  
bs., L.G.D.J., Paris, 1980.

Bushnell, S.I.:

“The Use of American Cases”, **University of  
New Brunswick Law Journal**, C. 35, 1986, s.  
157-181.

Carozza, Paolo G.:

“Human Dignity and Judicial Interpretation of  
Human Rights: A Reply”, **The European  
Journal of International Law**, Vol. 19, No. 5,  
2008, s. 931-944.

Chantebout, Bernard:

**Droit Constitutionnel**, 27. bs., Dalloz, Paris,  
2010.

Choudry, Sujit:

“Globalization in Search of Justification: Toward A Theory of Comparative Constitutional Interpretation”, **Indiana Law Journal**, C. 74, No. 3, 1999, s. 819-892.

“Migration as a New Metaphor in Comparative Constitutional Law”, **The Migration of Constitutional Ideas**, Ed. Sujit Choudry, Cambridge University Press, 2006, s. 1-37.

Comella, Victor Ferreres:

**Constitutional Courts and Democratic Values A European Perspective**, Yale University Press, 2009.

Corbin, Arthur:

“Hard Cases Make Good Law”, **Yale Law Journal**, Vol. 79 1923-1924, s. 78-82.

Cross, Rupert

Harris, J. W.:

**Precedent in English Law**, 4. bs., Clarendon Press, Oxford, 2004.

Çağlar, Bakır:

“Anayasa Yargısında Yorum Problemi Karşılaştırmalı Analizin Katkıları”, **Anayasa Yargısı**, C. II., 1985, s. 163-195.

“Anayasa’nın Hukuku ve Anayasa’nın Yargıcı Yenilenen Anayasa Kavramı Üzerine Düşünceler”, **Anayasa Yargısı**, C. 8, Ankara, 1991, s. 13-62.

“”Hukuk”la Kavranan “Demokrasi” ya da “Anayasal Demokrasi””, **Anayasa Yargısı**, No. 10, 1993, s. 233-276.

Çavuşoğlu, Naz:

“İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’ni “Yaşayan Belge” Yapan Yorum Teknikleri”, **İnsan Hakları Yıllığı**, C. 14, 1992, s. 131-146.

Dainow, Joseph:

“The Civil Law and the Common Law: Some Points of Comparison”, **The American Journal of Comparative Law**, Vol. 15, No. 3, Oxford University Press, 1966-1967, s. 419-435.

Dannemann, Gerhard:

“Comparative Law: Study of Similarities or Differences?”, **The Oxford Handbook of Comparative Law**, Ed. Mathias Reimann, Reinhard Zimmermann, Oxford University Press, New York, 2008, s. 383-421.

Delpérée, Francis:

“Complementary Sources to Old Constitutional Texts”, **Constitutional Justice Under Old Constitutions**, Ed. Eivind Smith, Kluwer Law International, 1995, s. 253-267.

Demir, Esra:

“İnsan Haklarının Evrenselliği Görüşü Karşısında Kültürel Rölativizm”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 14, S. 3, 2008, s. 209-242.

- Dennis, James L.: “Interpretation and Application of the Civil Code and the Evolution of Judicial Precedent”, **Louisiana Law Review**, Vol. 54, No. 1, September 1993, s. 1-17.
- Dikmen Caniklioğlu, Meltem: **Anayasal Devlette Meşruiyet**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010.
- Dixon, Rosalind  
Ginsburg, Tom: **Comparative Constitutional Law**, Ed. Tom Ginsburg, Rosalind Dixon, Edward Elgar Publishing, 2011.
- Donahue, Charles: “Comparative Law Before The Code Napoléon”, **The Oxford Handbook of Comparative Law**, Ed. Mathias Reimann, Reinhard Zimmermann, Oxford University Press, New York, 2008, s. 3-35.
- Donoho,  
Douglas Lee: “Relativism Versus Universalism in Human Rights: The Search for Meaningful Standards”, **Stanford Journal of International Law**, No. 27, 1991, s. 345-391.
- Doyle, Oran: “Constitutional Cases, Foreign Law and Theoretical Authority”, **Global Constitutionalism**, Vol. 5, No. 1, Cambridge University Press, 2016, s. 85-108.

Duhamel, Olivier:

**Droit Constitutionnel et Institutions Politiques**, Seuil, 2009.

Dunahoe, Jason Edwin:

“”Jurisprudence Désorientée:” The Louisiana Supreme Court’s Theory of Jurisprudential Valuation, *Doerr v. Mobil Oil and Louisiana Electorate of Gays and Lesbians v. State*”, **Louisiana Law Review**, Vol. 64, No. 3, Spring 2004, s. 679-698.

Dupré, Catherine:

**Importing the Law in Post-Communist Transitions The Hungarian Constitutional Court and the Right to Human Dignity**, Hart Publishing, 2003.

Dural, Mustafa  
Sarı, Suat:

**Türk Özel Hukuku Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri**, C. I., 9. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 2014.

Dworkin, Ronald:

**Taking Rights Seriously**, Harvard University Press, 1977.

**A Matter of Principle**, Harvard University Press, 1985.

Easterbrook, Frank H.:

“Do Liberals and Conservatives Differ in Judicial Activism?”, **University of Colorado Law Review**, Vol. 73, 2002, s. 1401-1416.

Elkins, Zachary

Ginsburg, Tom

Simmons, Beth:

“Getting to Rights: Treaty Ratification, Constitutional Convergence, and Human Rights Practice”, **Harvard International Law Journal**, Vol. 54, No. 1, Winter 2013, s. 61-95.

Epstein, Lee

Knight, Jack:

“Constitutional Borrowing and Nonborrowing”, **International Journal of Constitutional Law**, Vol. 1, No. 2, Oxford University Press, 2003, s. 196-223.

Epstein, Richard A.:

“Beyond Textualism: Why Originalist Theory Must Apply General Principles of Interpretation to Constitutional Law”, **Harvard Journal of Law & Public Policy**, C. 37, No. 3, 2014, s. 705-720.

Eren, Abdurrahman:

“Hukuki Yorum Yöntemleri Açısından Bireysel Başvuru Kararlarının Anayasanın Yorumuna Etkileri”, **Anayasa Yargısı**, C. 33, 2016, s. 231-301.

**Anayasa Hukuku Ders Notları (Genel Esaslar – Türk Anayasa Hukuku)**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.

Ergül, Ozan:

**Anayasa Yargısında *Stare Decisis* Türk Anayasa Mahkemesi Kararlarında İctihat İstikrarsızlığı**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.



- van Erp, Sjef: “Comparative Private Law in Practice”, **Comparative Law A Handbook**, Ed. Esin Örücü – David Nelken, Hart Publishing, 2007.
- Esen, Bülent Nuri: **Anayasanın Anayasa Mahkemesince Yorumlanması Bir İnceleme Özeti**, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No. 301, 1972.
- Eyrenci, Öner: “Anayasanın Yorumlanması Yöntemlerine Genel Bir Bakış”, **Amme İdaresi Dergisi**, C. 14, S. 1, Mart 1981, s. 45-57.
- Fallon, Jr., Richard H.: “Stare Decisis and the Constitution: An Essay on Constitutional Methodology”, **New York University Law Review**, Vol. 76, No. 2, May 2001, s. 570-597.
- Favoreu, Louis: “Bloc de Constitutionnalité”, **Dictionnaire Constitutionnel**, Ed. Olivier Duhamel – Yves Mény, Paris, Presses Universitaire de France, 1992.
- Feteris, Eveline T.: **Hukuki Argümantasyonun Temelleri Yargı Kararlarını Gerekçelendirme Teorileri Üzerine Bir Araştırma**, İstanbul, Paradigma Yayıncılık, 2010.
- Fish, Eric S.: “Constitutional Avoidance as Interpretation and as Remedy”, **Michigan Law Review**, C. 114, No. 7, May 2016, s. 1275-1315.

- Flanders, Chad: “Toward a Theory of Persuasive Authority”, **Oklahoma Law Review**, Vol. 62, 2009, s. 55-88.
- Fon, Vincy  
Parisi, Francesco: “Judicial Precedents in Civil Law Systems: A Dynamic Analysis”, **International Review of Law and Economics**, Vol. 26, 2006, s. 519-535.
- Freeman, Michael D. A.: **Lloyd’s Introduction to Jurisprudence**, 8. Baski, Sweet & Maxwell, 2008.
- Friedman, Barry: “The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part One: The Road to Judicial Supremacy”, **New York University Law Review**, C. 73, No. 2, 1998, s. 333-433.
- Fromont, Michel: “Présentation de la Cour Constitutionnelle Fédérale d’Allemagne”, **Cahiers du Conseil Constitutionnel**, No. 15 (Dossier: Allemagne), Janvier 2004.
- “Les Progrès de la Protection Juridictionnelle des Droits de l’homme en France”, **Weitsicht in Versicherung und Wirtschaft Gedächtnisschrift für Ulrich Hübner**, Ed. Roland Michael Beckmann, Heinz-Peter Mansel, Annemarie Matusche-Beckmann, C.F. Müller, 2012, s. 673-692.

Gadamer, Hans-Georg:

**Philosophical Hermeneutics**, Trans. David E. Linge, University of California Press, 1977.

“The Universality of the Hermeneutical Problem”, Çev. David Linge, **Contemporary Hermeneutics Hermeneutics as Method, Philosophy and Critique**, Ed. Joseph Bleicher, Routledge & Kegan Paul, 1980.

**Truth and Method**, Çev. Joel Weinsheimer, Donald G. Marshall, Bloomsbury Academic, 2013.

Gaius:

**Institutiones**, Çev. Edward Poste – Edward Arthur Whittuck, 4. bs., The Clarendon Press, Oxford, 1904.

Gallo, Franco:

“Le Modèle Italien de Justice Constitutionnelle”, **Les Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel**, No. 42, 2014/I, s. 89-106.

Gardiner, Richard K.:

**Treaty Interpretation**, 2. bs., Oxford University Press, 2015.

Garvey Algero, Mary:

“The Sources of Law and the Value of Precedent: A Comparative and Empirical Study of a Civil Law State in a Common Law Nation”, **Louisiana Law Review**, Vol. 65, No. 2, Winter 2005, s. 775-822.

Gemalmaz, Mehmet Semih:

“Ulusal Yüksek Yargı Yerleri Kararlarında Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgelerinin Kavranışı ve Kullanılışı”, **Fazıl Sağlam 65. Yaş Armağanı**, İmaj Yayınları, Ankara, 2006, s. 117-183.

**Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, 6. bs., Legal Yayıncılık, İstanbul, 2007.

**Devlet, Birey ve Özgürlük**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2010.

**Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri**, C. I, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2011.

**Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri**, C. II, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2011.

Gemalmaz, H. Burak:

**Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde ve Türk Hukukunda Çocuğun Bedensel Cezaya Karşı Korunması**, Legal, İstanbul, 2005.

“Making Sense of Children Rights: Transforming the Precedents of the European Court of Human Rights Concerning Corporal Punishment of Children”, **Annales de la Faculté de Droit d’İstanbul**, No. 56, 2007, s. 37-70.

**Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı**, Beta, İstanbul, 2009.

“Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açısından Mülkiyet Hakkının Sınırlanmasında “Adil Denge” İlkesi”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. LXIX, S. 1-2, 2011, s. 649-674.

Gerhardt, Michael J.:

“The Role of Precedent in Constitutional Decisionmaking and Theory”, **The George Washington Law Review**, Vol. 60, 1991, s. 68-159.

Gicquel, Jean

Gicquel, Jean-Eric:

**Droit Constitutionnel et Institutions Politiques**, 24. bs., Montchrestien, 2010.

Glendon, Mary Ann:

**Rights Talk: The Impoverishment of American Political Discourse**, Free Press, 1991.

“Judicial Tourism: What’s Wrong with the U.S. Supreme Court Citing Foreign Law”, **The Wall Street Journal**, 16 Eylül 2005.

Glenn, H. Patrick:

**Legal Traditions of the World: Sustainable Diversity in Law**, 4. bs., Oxford University Press, 2010.

“Persuasive Authority”, **McGill Law Journal**, Vol. 32, No. 2, Montréal, 1987, s. 261-298.

- Go, Julian: “Modeling States and Sovereignty: Postcolonial Constitutions in Asia and Africa”, **Making A World After Empire: The Bandung Moment and Its Political Afterlives**, Ed. Christopher J. Lee, Ohio University Press, Athens, 2010, s. 107-140.
- Goldsworthy, Jeffrey : “The Challenges of Constitutional Interpretation”, **Interpreting Constitutions**, Ed. Jeffrey Goldsworthy, Oxford University Press, New York, 2006, s. 1-6.
- González, Rodrigo Camarena: “From Jurisprudence Constante to Stare Decisis: The Migration of the Doctrine of Precedent to Civil Law Constitutionalism”, **Transnational Legal Theory**, Vol. 7, No. 2, 2016, s. 257-286.
- Göçer, Mahmut: “Uluslararası İnsan Hakları Andlaşmalarının Bağdaşmazlığı Sorunu ve Uluslararası Hukuk”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, C. 56, S. 3, 2001, s. 47-70.
- Gönenç, Levent: “Anayasal Değişim”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 62, No. 4, 2013, s. 1063-1086.

“Anayasal Gelişme”, **Anayasa Yapımı ve Anayasal Değişim Türkiye’de Anayasal Değişim Beklentileri**, Ed. Ozan Ergül, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2011, s. 203-209.

Gören, Zafer:

“Siyasal Güç Faktörü Olarak Anayasa Mahkemesi”, **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Yıl: 7, No. 14, Güz 2008, s. 1-24.

“Anayasa Mahkemesi’ne Kişisel Başvuru”, **Anayasa Yargısı Dergisi**, C. 11, Ankara, 1995, s. 97-134.

Gözler, Kemal:

**Hukukun Genel Teorisine Giriş: Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu**, Ankara, US-A Yayıncılık, 1998.

“Realist Yorum Teorisi ve Mekanist Anayasa Anlayışı”, **Anayasa Yargısı**, Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 1998, C. 15, s. 207-243.

“Anayasa Yargısının Meşruluğu Sorunu”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, C. 61, No: 3, 2006, s. 131-166.

**Anayasa Hukukunun Genel Teorisi**, C. 1, Bursa, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2011.

**Anayasa Hukukunun Metodolojisi**, 2. bs.,  
Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 1999.

“Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloğu Kavramına İhtiyaç Var Mıdır?”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, C. 55, No. 3, Temmuz-Eylül 2000, s. 81-101.

Göztepe, Ece:

“Anayasa Yargısının Meşruluğu”, **Demokratik Anayasa Görüşler ve Öneriler**, Ece Göztepe – Aykut Çelebi (Ed.), Metis, İstanbul, 2012.

**Anayasa Şikayeti**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No. 530, Ankara, 1998.

“Türkiye’de Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Hakkının (Anayasa Şikayeti) 6216 Sayılı Kanun Kapsamında Değerlendirilmesi”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, c. 95, 2011, s. 13-40.

Graglia, Lino A.:

“It’s Not Constitutionalism It’s Judicial Activism”, **Harvard Journal of Law and Public Policy**, Vol.19, 1995-1996, s. 293-300.

Graziadei, Michele:

“Comparative Law as the Study of Transplants and Receptions”, **The Oxford Handbook of Comparative Law**, Ed. Mathias Reimann – Reinhard Zimmermann, Oxford University Press, 2008, s. 441-477.



- Greer, Steven: "Constitutionalizing Adjudication under the European Convention on Human Rights", **Oxford Journal of Legal Studies**, Vol. 23, No. 3, 2003, s. 405-433.
- Griffiths, John  
Bood, Alex  
Weyers, Heleen: **Euthanasia & Law in Netherlands**, Amsterdam University Press, Amsterdam, 1998.
- Grondin, Jean: "What Is the Hermeneutical Circle?", **The Blackwell Companion to Hermeneutics**, Ed. Niall Keane, Chris Lawn, Wiley Blackwell, 2016, s. 299-305.
- Groppi, Tania  
Ponthoreau, Marie-Claire: "The Methodology of the Research: How to Assess the Reality of Transjudicial Communication?", **The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges**, Ed. Tania Groppi, Marie-Claire Ponthoreau, Hart Publishing, Oxford, 2014, s. 1-10.
- Grosswald Curran, Vivian: "Comparative Law and Language", **The Oxford Handbook of Comparative Law**, Ed. Mathias Reimann – Reinhard Zimmermann, Oxford University Press, New York, 2008, s. 675-707.

Grove, Tara Leigh:

“The International Judicial Dialogue: When Domestic Constitutional Courts Join the Conversation”, **Harvard Law Review**, C. 114, 2001, s. 2049-2073.

Gürbüz, Ahmet:

**Hukuk ve Meşruluk Meşru Hukukun Temel Unsurları**, 3. bs., Beta, İstanbul, 2013.

Habermas, Jürgen:

“Struggles for Recognition in the Democratic Constitutional State”, Çev. Shierry Weber Nicholzen, **Multiculturalism: Examining the Politics of Recognition**, Ed. Amy Guttman, Princeton University Press, 1994, s. 107-149.

**Moral Consciousness and Communicative Action**, Çev. Christian Lenhardt - Shierry Weber Nicholzen, MIT Press, 1995.

**İletişimsel Eylem Kuramı**, Çev. Mustafa Tüzel, Kabalcı, 2001.

**The Inclusion of the Other Studies in Political Theory**, Ed. Ciaran Cronin – Pablo De Greiff, The MIT Press, 1998.

Halliday, Samantha:

**Autonomy and Pregnancy A Comparative Analysis of Compelled Obstetric Intervention**, Routledge, 2016.

Hamilton, Alexander:

**The Federalist Papers**, No: 78, Ed. Clinton Rossiter, First Signet Classic Printing, 2003.

- Harding, Andrew: “Comparative Case Law in Human Rights Cases in the Commonwealth: The Emerging Common Law of Human Rights”, **Judicial Comparativism in Human Rights Cases**, Ed. Esin Örucü, United Kingdom Comparative Law Series Vol. 22, The United Kingdom National Committee of Comparative Law, 2003.
- Henry, Robert L.: “Jurisprudence Constante and Stare Decisis Contrasted”, **American Bar Association Journal**, Vol. 15, No. 1, January 1929, s. 11-13.
- Heper, Altan: “Almanya’da Hukukta Yorum Üzerine Bazı Düşünceler”, **Ankara Barosu Dergisi**, 2012/1, s. 73-85.
- Hirschl, Ran: **Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism**, Harvard University Press, Cambridge, 2007.
- Hirschl, Ran: **Comparative Matters The Renaissance of Comparative Constitutional Law**, Oxford University Press, 2014.
- Hogg, Peter W.: “Canada’s New Charter of Rights”, **The American Journal of Comparative Law**, Vol. 32, No. 2, Spring 1984, s. 283-305.
- Hopton, T.C.: “Grundnorm and Constitution: The Legitimacy of Politics”, **McGill Law Journal**, C. 24, 1978, s. 72-91.

- Hulme, Max H.: “Preambles in Treaty Interpretation”, **University of Pennsylvania Law Review**, C. 164, 2016, s. 1281-1343.
- Hutchinson, Allan C.: **Toward an Informal Account of Legal Interpretation**, Cambridge University Press, New York, 2016.
- Işıқтаç, Yasemin: “Türk Hukuk Devrimi’nin Felsefesi”, **Muğla Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, Atatürk’ün Doğumunun 125. Yılı ve Cumhuriyetimizin 83. Yılı Özel Sayısı, 2006, s. 117-131.
- Işıқтаç, Yasemin  
Metin, Sevtap: **Hukuk Metodolojisi**, 4. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 2013.
- İnceoğlu, Sibel: “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Anayasa”, **Demokratik Anayasa**, Ed.: Ece Göztepe – Aykut Çelebi, Metis, 2012.
- “Adil Yargılanma Hakkı”, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme**, Ed.: Sibel İnceoğlu, Avrupa Konseyi, 2013.
- Jackson, Vicki C.: “Holistic Interpretation: Fitzpatrick v. Bitzer and Bifurcated Constitution”, **Stanford Law Review**, C. 53, No. 5, May 2001, s. 1259-1310.

“Holistic Interpretation, Comparative Constitutionalism, and Fiss-ian Freedoms”, **University of Miami Law Review**, C. 58, 2003, s. 265-321.

“Constitutional Comparisons: Convergence, Resistance, Engagement”, **Harvard Law Review**, Vol. 119, No. 1, November 2005, s. 109-128.

“Constitutions as “Living Trees”?, Comparative Constitutional Law and Interpretive Methods”, **Fordham Law Review**, Vol. 75, No. 2, 2006, s. 921-960.

“Constitutional Dialogue and Human Dignity: States and Transnational Constitutional Discourse”, **Montana Law Review**, Vol. 65, 2004, s. 15-40.

Jackson, Vicki C.

Tushnet, Mark:

**Comparative Constitutional Law**, 2th Edition, Foundation Press, 2006.

Jacobsohn, Gary Jeffrey:

“Constitutional Values and Principles”, **The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law**, Ed. Michel Rosenfeld – András Sajó, Oxford University Press, 2012, s. 777-791.

Jonas, Robert E.

Gorby, John D.:

“West German Abortion Decision: A Contrast to *Roe v. Wade*”, **The John Marshall Journal of Practice and Procedure**, C. 9, No. 3, 1976, s. 605-684.

Kaboğlu, İbrahim Ö.:

**Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)**, 9. bs., İstanbul, 2014.

Kanadoğlu, O. Korkut:

**Türk ve Alman Anayasa Yargısında Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyumlaştırılması**, Beta, İstanbul, 2000.

Kapani, Münci:

**Politika Bilimine Giriş**, 19. bs, Bilgi Yayınevi, Ankara, 2007.

Kelsen, Hans:

**General Theory of Law and State**, Çev. Anders Wedberg, Harvard University Press, 1945.

**General Theory of Norms**, Çev., Michael Hartney, Clarendon Press, Oxford, 1991.

**Pure Theory of Law**, Çev. Max Knight, The Lawbook Exchange, 2009.

“Yorum Teorisi Üzerine”, Çev. Melike Belkıs Aydın – Ertuğrul Uzun, **Hukuk Kuramı**, C. 1, S. 5, Eylül – Ekim 2014, s. 45-51.

- Kende, Mark S.: **Constitutional Rights in Two Worlds South Africa and the United States**, Cambridge University Press, 2009.
- Kloppenber, Lisa A.: “Avoiding Constitutional Questions”, **Boston College Law Review**, C. 35, No. 5, September 1994, s. 1003-1066.
- Klug, Heinz: **The Constitution of South Africa A Contextual Analysis**, Hart Publishing, Portland, 2010.
- Kmiec, Keenan D.: “The Origin and Current Meanings of Judicial Activism”, **California Law Review**, Vol. 92, No. 5, October 2004, s. 1441-1477.
- Kommers, Donald P.: **The Constitutional Jurisprudence of The Federal Republic of Germany**, Duke University Press, 1997.
- Kozel, Randy J.: “Stare Decisis as Judicial Doctrine”, **Washington and Lee Law Review**, Vol. 67, 2010, s. 411-466.
- Kuçuradi, İoanna: **İnsan Hakları: Kavramları ve Sorunları**, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, Ankara, 2011.
- Küris, Egidius: “Anayasal Değerlerin Evrenselleşmesi Üzerine (Orta ve Doğu Avrupa Ülkelerinin Anayasal İçtihatları ve AİHM Kararları Bağlamında)”, **Anayasa Yargısı**, No. 24, 2007, s. 197-213.

- La Forest, Gérard V.: “The Use of American Precedents in Canadian Courts”, **Maine Law Review**, Vol. 46, 1994, s. 211-220.
- Lambert, Edouard  
Wasserman, Max J.: “The Case Method in Canada and the Possibilities of its Adaptation to the Civil Law”, **Yale Law Journal**, Vol. 39, No. 1, November 1929, s. 1-21.
- Launay, Robert: “Montesquieu: The Specter of Despotism and the Origins of Comparative Law”, **Rethinking the Masters of Comparative Law**, Ed. Annelise Riles, Hart Publishing, 2001, s. 24-40.
- Law, David S.  
Chang, Wen-Chen: “The Limits of Global Judicial Dialogue”, **Washington Law Review**, C. 86, 2011, s. 523-577.
- Le Quinio, Alexis: **Recherche sur La Circulation des Solutions Juridiques: Le Recours au Droit Comparé par les Juridictions Constitutionnelles**, Fondation Varenne, Clermont-Ferrand, 2011.
- Lee, Megan: “Judicial Dialogue: Method in the Madness?”, **King’s Inns Law Review**, Vol. V, 2015, s. 125-142.
- Legrand, Pierre: “What “Legal Transplants”?”, **Adapting Legal Cultures**, Ed. David Nelken, Johannes Feest, Hart Publishing, Portland, Oregon, 2001.



- Letsas, George: “Strasbourg’s Interpretive Ethic: Lessons for the International Lawyer”, **The European Journal of International Law**, C. 21, No. 3, 2010, s. 509-541.
- L’Heureux-Dubé, Claire: “The Importance of Dialogue: Globalization and the International Impact of the Rehnquist Court”, **Tulsa Law Review**, C. 34, No. 1, 1998, s. 15-40.
- Lieber, Francis: **Legal and Political Hermeneutics or Principles of Interpretation and Construction in Law and Politics**, Boston, Charles C. Little and James Brown, 1837.
- Limbach, Jutta: “The Concept of the Supremacy of the Constitution”, **The Modern Law Review**, C. 64, No. 1, Ocak 2001, s. 1-10.
- Linderfalk, Ulf: **On The Interpretation of Treaties The Modern International Law as Expressed in the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties**, Law and Philosophy Library Vol. 83, Springer, Dordrecht, 2007.
- Lindquist, Stefanie A.  
Cross, Frank B.: “Empirically Testing Dworkin’s Chain Novel Theory: Studying the Path of Precedent”, **New York University Law Review**, Vol. 80, October 2005, s. 1156-1206.

**Measuring Judicial Activism**, Oxford University Press, 2009.

Lobban, Michael:

**A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence, A History of the Philosophy of Law in the Common Law World 1600-1900**, Vol. 8, Springer, 2016.

Lücke, H. K.:

“Ratio Decidendi: Adjudicative Rational and Source of Law”, **Bond Law Review**, Vol. 1, No. 1, 1989, s. 36-51.

van Maarseveen, Henc

van der Tang, Ger:

**Written Constitutions A Computerized Comparative Study**, Oceana Publications, 1978.

MacKinnon, Catharine A.:

“The Road Not Taken: Sex Equality in Lawrence v. Texas”, **Ohio State Law Journal**, C. 65, No. 5, 2004, s. 1081-1095.

MacLean, Roberto G.:

“Judicial Discretion in the Civil Law”, **Louisiana Law Review**, Vol. 43, No. 1, September 1982, s. 45-56.

Mak, Elaine:

**Judicial Decision-Making in A Globalised World, A Comparative Analysis of the Changing Practices of Western Highest Courts**, Hart Publishing, Oxford, 2013.

- Maus, Didier: “Application of the Case Law of Foreign Courts and Dialogue Between Constitutional Courts”, **Constitutional Law Review**, No. II, s. 3-20.
- McCrudden, Christopher: “Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights”, **The European Journal of International Law**, Vol. 19, No. 4, 2008, s. 655-724.
- McDougal, Myres –  
Lasswell, Harold D. –  
Chen, Lung-Chu: **Human Rights and World Public Order The Basic Policies of an International Law of Human Dignity**, Oxford University Press, 2019.
- McCrudden, Christopher: “A Common Law of Human Rights?: Transnational Judicial Conversations on Constitutional Rights”, **Oxford Journal of Legal Studies**, Vol. 20, No. 4, 2000, s. 499-532.
- McLeod, Ian: **Legal Method**, 3. bs., Macmillan, 1999.
- Goodhart, Arthur L.: “Determining the Ratio Decidendi of a Case”, **The Yale Law Journal**, Vol. 40, No. 2, December 1930, s. 161-183.

Meuwese, Anne

Snel, Marnix:

“‘Constitutional Dialogue’: An Overview”,  
**Utrecht Law Review**, C. 9, No. 2, Mart 2013,  
s. 123-140.

Metin, Sevtap:

“Ronald Dworkin’in Hukuk Teorisinde Yorum  
Yaklaşımı”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk  
Fakültesi Mecmuası**, C. LXI, S. 1-2, 2003, s.  
35-83.

Metin, Yüksel:

**Anayasanın Yorumlanması**, Asil Yayıncılık,  
2008.

Mootz III, Francis J.:

"The Ontological Basis of Legal Hermeneutics:  
A Proposed Model of Inquiry Based on the  
Work of Gadamer, Habermas and Ricoeur",  
**Boston University Law Review**, C. 68, 1988,  
s. 523-617.

Montesquieu:

**De l’Esprit des Lois**, Chez A. Belin Imprimeur  
– Libraire, Paris, 1817.

Mousourakis, George:

**Roman Law and the Origins of the Civil  
Law Tradition**, Springer, 2015.

Müller, Friedrich:

**Anayasa Hukukunun Çalışma Yöntemleri**,  
Ed. Fazıl Sağlam, İstanbul, Maltepe  
Üniversitesi Yayınları, 2009.

Navarrete, Victor:

“Judicial Globalisation. A New Model of North-South Relations for the 21st Century?”, **Anuario Mexicano de Derecho Internacional**, C. VIII, 2008, s. 361-397.

Nelken, David:

“Using the Concept of Legal Culture”, **Australian Journal of Legal Philosophy**, Vol. 29, 2004, s. 1-26.

Nicholas, Barry:

**An Introduction to Roman Law**, Oxford University Press, New York, 1962.

Oder, Bertil Emrah:

**Avrupa Birliği’nde Anayasa ve Anayasacılık**, Anahtar Kitaplar Yayınevi, 2004.

**Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri**, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2010.

“Anayasal Düzendeki İdari Yargı Sistemi”, **Danıştay ve İdari Yargı Günü 147. Yıl Sempozyumu**, Danıştay Yayınları No: 89, Ankara, Temmuz 2015.

“Anayasal Ödünç Alma Nedir?”, **Türkiye’nin Anayasa Gündemi**, Der. İbrahim Ö. Kaboğlu, İletişim Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 198-199.

“Anayasa Yargısında Temel Hak ve Özgürlüklerin Somutlaşması Normatif Kurgular, Teloslar ve Uluslararası Hukuka Açıklık”,(Çevrimiçi)<https://www.anayasa.gov.tr/media/4473/2.pdf>, s. 54-55.

Oğuz, Arzu:

“Hukukun Bağımsız Bir Alanı Olarak Karşılaştırmalı Hukukun Konusu ve Metodu”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 22, S. 2, 2002, s. 451-508.

**Karşılaştırmalı Hukuk**, Yetkin, Ankara, 2003.

“Türk Medeni Hukukunun Gelişim Çizgisi ve Karşılaştırmalı Hukukun Rolü”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 55, S. 1, 2006, s. 195-206.

Oğuzman, M. Kemal

Barlas, Nami:

**Medeni Hukuk**, 15. bs., Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008.

Osiatynski, Wiktor:

“Paradoxes of Constitutional Borrowing”, **International Journal of Constitutional Law**, Vol. 1, No. 2, 2003, s. 244-268.

Otaç, Cengiz:

“Hermeneutik (Yorum Bilim) ve Ceza Kanunlarının Yorumu”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, No. 89, 2010, s. 439-491.

Öktem, Niyazi:

“Toplumsal Gelişme ve Hukukta Kalite”, **Milletlerarası Hukuk Bülteni**, No. 19-20, 1999-2000, s. 685-698.

Örücü, Esin:

“Developing Comparative Law”, **Comparative Law A Handbook**, Ed.: Esin Örücü – David Nelken, Hart Publishing, 2007.

“The Courts and The Legislator”, **Comparative Law A Handbook**, Ed. Esin Örücü – David Nelken, Hart Publishing, 2007.

“Ulusal Anayasa Mahkemelerinde ‘Yargısal Karşılaştırmacılık’ ve Mahkemeler Arası Diyalog”, **Anayasa Yargısı**, C. 24, 2007, s. 433-459.

Özay, İl Han:

“Anayasa Mahkemeleri (ya da Yargısının) Meşruiyeti”, **Anayasa Yargısı Dergisi**, C. 9, 1992, s. 31-39.

Özbudun, Ergun:

“Anayasa Yargısı ve Demokratik Meşruluk Sorunu”, **Demokrasi ve Yargı**, Ozan Ergül (Ed.), Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2006, s. 336-351.

**Türkiye’de Demokratikleşme Süreci Anayasa Yapımı ve Anayasa Yargısı**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2014.

**Türk Anayasa Hukuku**, 11. bs., Yetkin Yayınları, Ankara, 2010.

Özenç, Berke:

“Yüksek Mahkeme’nin Eşcinsel Evlilik Kararı Işığında Eşitlik, Demokrasi ve Yargısal Denetim”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, C. 73, No. 2, 2018, s. 543-573.

Özsoy, Şule:

**Measuring Compatibility with the European Convention on Human Rights: The Turkish Example in the Free Speech Context**, Galatasaray University Publications, İstanbul, 2006.

Özsunay, Ergun:

“Batı Avrupada Karşılaştırmalı Hukukun Başlangıçtan XIX. Yüzyıla Kadarki Gelişimi”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 41, S. 1-2, 1975, s. 223-234.

“Karşılaştırmalı Hukukun Çeşitli Görünümleri”, **İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 10, S. 13, 1976, s. 3-13.

**Karşılaştırmalı Hukuka Giriş**, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1976.

Pactet, Pierre

Mélin-Soucramanien, Ferdinand:

**Droit Constitutionnel**, 29. bs., Dalloz, 2010, s. 29. bs., Dalloz, Paris, 2010.



- Palmer, Richard E.: **Hermeneutics**, Evanston, Northwestern University Press, 1969.
- Paulus, Andreas L.: “Almanya Federal Anayasa Mahkemesi Bakış Açısından Anayasanın Yorumlanması”, **Anayasa Yargısı**, C. 30, 2013, s. 21-47.
- Pearce, W. Barnett  
Pearce, Kimberly A.: “Taking A Communication Perspective on Dialogue”, **Dialogue Theorizing Difference in Communication Studies**, Ed. Rob Anderson, Leslie A. Baxter, Kenneth N. Cissna, Sage Publications, 2004, s. 39-57.
- Peczenik, Aleksander: **On Law and Reason**, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, 1989.
- “Rationality of Legal Justification”, **Archiv für Rechts und Sozialphilosophie**, C. 68, No. 2, 1982, s. 137-163.
- “The Binding Force of Precedent”, **Interpreting Precedents A Comparative Study**, Ed.: D. Neil MacCormick – Robert S. Summers, Routledge, 2016.
- Perell, Paul M.: “Stare Decisis and Techniques of Legal Reasoning and Legal Argument”, (Çevrimiçi) <http://legalresearch.org/writing-analysis/stare-decisis-techniques/>, Son Yararlanma Tarihi: 20.05.2018.

Perju, Vlad:

“Cosmopolitanism in Constitutional Law”, **Cardozo Law Review**, Vol. 35, No. 2, 2013, s. 711-768.

“Constitutional Transplants, Borrowing, and Migrations”, **Oxford Handbook on Comparative Constitutional Law**, Ed.: Michel Rosenfeld – András Sajó, Oxford University Press, 2012, s.1304-1327.

Ponthoreau, Marie-Claire:

“Trois Interprétations de la Globalisation Juridique Approche Critique des Mutations du Droit Public”, **Actualité Juridique, Droit Administratif**, No. 1, 2006, s. 20-25.

“Réflexions sur le Pouvoir Normatif du Juge Constitutionnel en Europe Continentale sur la Base des Cas Allemand et Italien”, **Cahiers du Conseil Constitutionnel**, No. 24 (Dossier: Le Pouvoir Normatif du Juge Constitutionnel), Juillet 2008, (Çevrimiçi) <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/reflexions-sur-le-pouvoir-normatif-du-juge-constitutionnel-en-europe-continentale-sur-la-base-des>

**Droit(s) Constitutionnel(s) Comparé(s)**, Economica, Paris, 2010.

Preuss, Ulrich K.:

“The Implications of “Eternity Clauses”: The German Experience”, **Israel Law Review**, C. 44, 2011, s. 429-448.

Ramberg, Bjørn

Gjesdal, Kristin:

"Hermeneutics", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Edward N. Zalta (ed.), Winter 2014,(Çevrimiçi)

<http://plato.stanford.edu/archives/win2014/entries/hermeneutics/>.

Rediker, Ezekiel:

"Courts of Appeal and Colonialism in the British Caribbean: A Case for the Caribbean Court of Justice", **Michigan Journal of International Law**, C. 35, No. 1, 2013, s. 213-251.

Rehnquist, William H.:

"The Notion of a Living Constitution", **Harvard Journal of Law & Public Policy**, C. 29, No. 2, s. 401-416.

Ricoeur, Paul:

**From Text To Action Essays in Hermeneutics II**, Çev. Kathleen Blamey, John B. Thompson, Northwestern University Press, 1991.

Riles, Annelise:

"Comparative Law and Socio-Legal Studies", **The Oxford Handbook of Comparative Law**, Ed. Mathias Reimann – Reinhard Zimmermann, Oxford University Press, New York, 2008, s. 775-813.

Ringhand, Lori A.:

"Judicial Activism: An Empirical Examination of Voting Behavior on the Rehnquist Natural Court", **Constitutional Commentary**, Vol. 24, No. 1, Spring 2007, s. 43-102.

- Rio, Josselin: “Le Conseil Constitutionnel et l’Argument de Droit Comparé”, **Revue Juridique de l’Océan Indien**, No. 21, 2015.
- Rosas, Allan: “The European Court of Justice in Context: Forms and Patterns of Judicial Dialogue”, **European Journal of Legal Studies**, C. 1, No. 2, 2007, s. 1-16.
- Rozakis, Christos L.: “The European Judge as Comparatist”, **Judicial Recourse to Foreign Law A New Source of Inspiration?**, Ed. Basil Markesinis, Jörg Fedtke, Routledge, 2006, s. 338-358.
- Sabuncu, Yavuz: “Federal Almanya’da Anayasa Şikayeti”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, C. 37, S. 3-4, Eylül – Aralık, 1982, s. 139-152.
- Sağlam, Fazıl: **Temel Hakların Sınırlanması ve Özü**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1982.
- Anayasa Hukuku Ders Notları**, Lefkoşa, Yakın Doğu Üniversitesi Yayınları, 2013.
- “Anayasa Şikayeti Kurumunun Türk Hukukuna Kazandırılması ile İlgili Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, **Anayasa Yargısı İncelemeleri 1**, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2006, s. 71-111.

- Sağlam, Musa: “İçtihat Kalitesi ve Tutarlılığının Sağlanmasında Yeni Bir Yöntem Olarak Anayasa Mahkemesi Araştırma ve İçtihat Birimi”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XIX, No. 4, 2015, s. 323-352.
- Salmomd, John W.: **Jurisprudence**, 4. bs., Stevens and Haynes, London, 1913.
- Sandulli, Aldo: “The Use of Comparative Law Before the Italian Public Law Courts”, **Courts and Comparative Law**, Ed. Mads Andenas – Duncan Fairgrieve, Oxford University Press, 2015.
- von Savigny, Friedrich Carl: **Traité de Droit Romain**, Çev. Ch. Guenoux, C. I., Paris, Librairie Firmin Didot Frères, 1855.
- Scalia, Antonin: “Commentary”, **Saint Louis University Law Journal**, Vol. 40, No. 4, Summer 1996, s. 1119-1122.
- Schabas, William A.: **The European Convention on Human Rights A Commentary**, Oxford University Press, 2015.
- Schauer, Frederick: “Has Precedent Ever Really Mattered in the Supreme Court?”, **Georgia State University Law Review**, Vol. 24, 2007, s. 381-401.

“Authority and Authorities”, **Virginia Law Review**, Vol. 94, No. 8, December 2008, s. 1931-1961.

Scotti, Valentina Rita:

“India: A ‘Critical’ Use of Foreign Precedents in Constitutional Adjudication”, **The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges**, Ed. Tania Groppi – Marie-Claire Ponthoreau, Hart Publishing, Oxford, 2014, s. 69-96.

Sedley, Stephen:

“Constitutional Court Judges’ Roundtable, Comparative Constitutionalism in Practice”, **International Journal of Constitutional Law**, C. 3, No.4, Oxford University Press, 2005, s. 569-571, (Çevrimiçi)  
<http://icon.oxfordjournals.org/content/3/4/569.full.pdf>, 25 Mayıs 2016.

Seitzer, Jeffrey:

“Experimental Constitutionalism: A Comparative Analysis of the Institutional Bases of Rights Enforcement in Post-Communist Hungary”, **Constitutional Dialogues in Comparative Perspective**, Ed. Sally J. Kenney – William M. Reisinger – John C. Reitz, Palgrave Macmillan, 1999, s. 42-61.

Serozan, Rona:

**Hukukta Yöntem**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015.

Shoenberger, Allen E.: “Change in the European Civil Law Systems: Infiltration of the Anglo-American Case Law System of Precedent into the Civil Law System”, **Loyola Law Review**, Vol. 55, 2009, s. 5-21.

Shuman, Samuel I.: “Justification of Judicial Decisions”, **California Law Review**, Vol. 59, No. 3, Mayıs 1971, s. 715-732.

Singh, R. P.: “From Dialogue to Dialectic: Socrates, Kant, Hegel and Marx”, **Indian Philosophical Quarterly**, C. XXVII, No. 3, Temmuz 2000, s. 259-275.

Slaughter, Anne-Marie: “A Typology of Transjudicial Communication”, **University of Richmond Law Review**, C. 29, 1994, s. 99-137.

“The Real New World Order”, **Foreign Affairs**, September-October, 1997, (Çevrimiçi) <https://www.princeton.edu/~slaughtr/Articles/RealNewWorldOrderFA.txt>, 12 Nisan 2016.

“Judicial Globalization”, **Virginia Journal of International Law**, C. 40, 2000, s. 1103-1124.

“A Global Community of Courts”, **Harvard International Law Journal**, Vol. 44, No. 1, Winter 2002, s. 191-219.

**A New World Order**, Princeton University Press, 2004.

Solum, Lawrence B.:

“What Is Originalism? The Evolution of Contemporary Originalist Theory”, **The Challenge of Originalism Theories of Constitutional Interpretation**, Ed.: Grant Huscroft – Bradley W. Miller, Cambridge University Press, New York, 2011, s. 12-42.

Soysal, Mümtaz:

**Dinamik Anayasa Anlayışı Anayasa Diyalektiği Üzerine Bir Deneme**, Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1969.

Sözer, Ali Nazım:

**Hukukta Yöntembilim**, 4. bs., İzmir, Beta Yayıncılık, 2013.

Stam, Robert:

"Mikhail Bakhtin and Left Cultural Critique", **Postmodernism and Its Discontents**, Ed. E. Ann Kaplan, Verso, Londra, 1988.

Stein, Peter:

“Interpretation and Legal Reasoning in Roman Law”, **Chicago – Kent Law Review**, C. 70, No. 4, Haziran 1995, s. 15539-1556.

Peter Stein, **Roman Law in European History**, Cambridge University Press, 11. bs., 2012.



Stoebuck, William B.: “Reception of English Common Law in the American Colonies”, **William & Mary Law Review**, C. 10, No. 2, 1968, s. 393-426.

Sweet, Alec Stone: **Governing with Judges Constitutional Politics in Europe**, Oxford University Press, New York, 2000.

“The Politics of Constitutional Review in France and Europe”, **International Journal of Constitutional Law**, C. 5, No. 1, Oxford University Press, 2007, s. 69-92.

“Sur la Constitutionnalisation de la Convention Européenne des Droits de l’Homme: Cinquante Ans Après Son Installation, La Cour Européenne des Droits de l’Homme Conçue Comme Une Cour Constitutionnelle”, **Revue Trimestrielle des Droits de l’Homme**, No. 2009/80, s. 923-944.

Şirin, Tolga: **Türkiye’de Anayasa Şikayeti (Bireysel Başvuru) İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Almanya Uygulaması ile Mukayeseli Bir İnceleme**, 12 Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013.

Tanör, Bülent  
Yüzbaşıoğlu, Necmi: **1982 Anayasası’na Göre Türk Anayasa Hukuku**, 12.bs., Beta, İstanbul, 2012.

- Taylor, Charles: “Interpretation and the Sciences of Man”, **Interpretive Social Science A Second Look**, Ed. Paul Robinow, William M. Sullivan, University of California Press, 1988, s. 33-82.
- Tebbe, Nelson
- Tsai, Robert L.: “Constitutional Borrowing”, **Michigan Law Review**, Vol. 108, 2010, s. 459-522.
- Teitel, Ruti: “Book Review: Comparative Constitutional Law in a Global Age”, **Harvard Law Review**, C. 117, 2004, s. 2570-2597.
- Teziç, Erdoğan: **Anayasa Hukuku**, 14. bs., Beta, İstanbul, 2012.
- “Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Esas Açısından Denetimi”, **Anayasa Yargısı**, C. 2, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 1985, s. 21-38.
- Traenor, William Michael: “Against Textualism”, **Northwestern University Law Review**, Vol. 103, No. 2, 2009, s. 983-1006.
- Troper, Michel: “Le Positivisme Comme Théorie du Droit”, **Le Positivisme Juridique**, Ed.: Christophe Grzegorczyk – Françoise Michaut – Michel Troper, L.G.D.J., Paris, 1992, s. 273-285.

**Le Droit et La Nécessité**, Presses  
Universitaires de France, Paris, 2011.

“The Logic of Justification of Judicial Review”,  
**International Journal of Constitutional Law**,  
Vol. I, No. 1, Oxford University Press, 2003, s.  
99-121.

Troper, Michel

Grzegorzczuk, Christophe:

“Precedent in France”, **Interpreting  
Precedents A Comparative Study**, Ed.: D.  
Neil MacCormick – Robert S. Summers,  
Routledge, 2016.

Tunaya, Tarık Zafer:

**Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku**, 4.  
bs., Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1980.

Tushnet, Mark:

“Policy Distortion and Democratic Debilitation:  
Comparative Illumination of the  
Countermajoritarian Difficulty”, **Michigan  
Law Review**, c. 94, No. 2, Kasım 1995, s. 245-  
301.

“Returning with Interest: Observations on  
Some Putative Benefits of Studying  
Comparative Law”, **University of  
Pennsylvania Journal of Constitutional Law**,  
Vol. 1, No. 2, Fall 1998, s. 325-349.

**Taking the Constitution Away From the  
Courts**, Princeton University Press, New  
Jersey, 1999.

“Constitution”, **The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law**, Ed. Michel Rosenfeld – András Sajó, Oxford University Press, 2012.

**Advanced Introduction to Comparative Constitutional Law**, Edward Elgar Publishing, 2014.

“The United States of America”, **Judicial Activism in Common Law Supreme Courts**, Ed. Brice Dickson, Oxford University Press, 2007, s. 415-436.

Tzanakopoulos, Antonios:

“Judicial Dialogue as A Means of Interpretation”, **The Interpretation of International Law by Domestic Courts: Uniformity, Diversity, Convergence**, Ed. Helmut Philip Aust, Georg Nolte, Oxford University Press, 2016.

Uğur, Aydın:

“Hermeneutik: Eski Bir Yorum Yönteminin Yeniden Gündeme Gelişi ve Hukuk Alanına Uygulanması”, **AÜSBF Dergisi**, C. XXXVII, S. 1-4, Ocak-Aralık 1983, s. 181-195.

Ulfstein, Geir:

“The European Court of Human Rights as a Constitutional Court?”, **PluriCourts Research Paper**, No. 14-08, 2014.

Umur, Ziya:

**Roma Hukuku Ders Notları**, 3. bs., Beta, İstanbul, 1999.

United Nations General Assembly: **“Globalization and Its Impact on the Full Enjoyment of All Human Rights”**, Preliminary Report of the Secretary General, A/55/342,31.08.2000.

Uygun, Oktay: **1982 Anayasası’nda Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi**, Kazancı, İstanbul, 1992.

**“İnsan Hakları Kuramı”, Kamu Hukuku İncelemeleri İnsan Hakları, Demokrasi, Hukuk Devleti, Egemenlik**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011, s.

**“Çağımızın İnsan Onuruna Yönelttiği Tehditler Karşısında İnsan Haklarının Önemi”, Kamu Hukuku İncelemeleri İnsan Hakları, Demokrasi, Hukuk Devleti, Egemenlik**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011, s.

Uzun, Ertuğrul: **Hukuk Metodolojisi**, Ankara, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, 2014.

**Akıl Tutkunu Hukuk A. Peczenik’in Hukuki Argümantasyon Teorisi Üzerine Bir İnceleme**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010.

- Ünsal, Artun: **Siyaset ve Anayasa Mahkemesi “Siyasal Sistem” Teorisi Açısından Türk Anayasa Mahkemesi**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, No. 443, S.B.F. Basın ve Yayın Yüksekokulu Basımevi, 1980.
- de Visser, Maartje: **Constitutional Review in Europe A Comparative Analysis**, Hart Publishing, 2014.
- Waldron, Jeremy: **“Partly Laws Common to All Mankind” Foreign Law in American Courts**, Yale University Press, 2012.
- Waters, Melissa: “Mediating Norms and Identity: The Role of Transnational Judicial Dialogue in Creating and Enforcing International Law”, **The Georgetown Law Journal**, C. 93, 2005, s. 487-574.
- Watson, Alan: **Legal Transplants An Approach to Comparative Law**, 2. bs., University of Georgia Press, 1993.
- “Comparative Law and Legal Change”, **Cambridge Law Journal**, C. 37, No.2, 1978, s. 313-336.
- Wells, Michael: “French and American Judicial Opinions”, **Yale Journal of International Law**, Vol. 19, No. 1, 1994, s. 81-133.

- Wheare, Kenneth Clinton: **Modern Anayasalar**, 2. bs., Değişim Yayınları, Ankara, 1985.
- Whittington, Keith E.: **Constitutional Interpretation Textual Meaning, Original Intent, Judicial Review**, Kansas, University Press of Kansas, 1999.
- Wroblewski, Jerzy: “Legal Decision and Its Justification”, **Logique & Analyse**, Vol. 14, No. 53-54, 1971, s. 409-419.
- Yancı Özalp, Nihan: **Türkiye’de Aktivizm ve Kendi Kendini Sınırlandırma Çerçevesinde Anayasa Mahkemesi’nin Yargısal Yorumu**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.
- Yıldırım, Engin –  
Gülener, Serdar: “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Uluslararası ve Karşılaştırmalı Hukuka Yapılan Atıflar: Ampirik Bir Analiz”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 67, No. 1, 2018, s. 105-144.
- Yıldız, Mustafa: **Anayasa Yargısında Geçici Tedbir Kararı**, Beta, İstanbul, 1998.
- Yüzbaşıoğlu, Necmi: **Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku**, İ.Ü. Basımevi ve Film Merkezi, İstanbul, 1993.

“Mayıs 2004’te Anayasanın 90’ıncı Maddesine Eklenen Hükmün Türk Anayasallık Blokuna Etkileri Üzerine Bir Değerlendirme”, **Bülent Tanör Armağanı**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2004, s. 782-819.

Zweigert, Konrad

Kötz, Hein:

**Introduction to Comparative Law**, Çev. Tony Weir, 3. bs., Oxford University Press, 1998.

### **Elektronik Kaynaklar:**

Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun Tasarısı ile Anayasa Komisyonu Raporu (1/993), 11 Ocak 2011.

<http://www.kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamalari/Kanunlasan/2011Yili/kanmetni/6216-1ss.pdf> , Son Yararlanma Tarihi: 23 Aralık 2016.

Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı’nın Statüsü

<http://www.confconstco.org/en/status/Statuten-EN.pdf> , Son Yararlanma Tarihi: 23 Aralık 2016.

Afrika Anayasa Yargısı Konferansı’nın Statüsü <http://www.cjca-conf.org/statutes/> , Son Yararlanma Tarihi: 23 Aralık 2016.

[http://www.venice.coe.int/WCCJ/WCCJ\\_E.asp](http://www.venice.coe.int/WCCJ/WCCJ_E.asp), Son Yararlanma Tarihi: 23 Aralık 2016.

Dünya Anayasa Yargısı Konferansı’nın Statüsü

[http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-WCCJ\(2011\)001-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-WCCJ(2011)001-e) , Son Yararlanma Tarihi: 23 Aralık 2016.



Türk Dil Kurumu, Büyük Türkçe Sözlük, <http://www.tdk.gov.tr>, Son Yararlanma Tarihi: 12.01.2018.

D.32.29pr., [http://droitromain.upmf-grenoble.fr/Anglica/D32\\_Scott.htm](http://droitromain.upmf-grenoble.fr/Anglica/D32_Scott.htm), Son Yararlanma Tarihi: 05.05.2016

<http://www.servat.unibe.ch/icl/index.html> , Son Yararlanma Tarihi: 13.10.2016.

The Oxford English Dictionary, <http://www.oed.com/>, Son Yararlanma Tarihi: 18.05.2016.

Conference of European Constitutional Courts,  
<http://www.confeuconstco.org/en/common/home.html>, Son Yararlanma Tarihi: 21 Aralık 2016.

Association of Asian Constitutional Courts and Equivalent Institutions,  
<http://www.aaccei.org/ccourt?act=index>, Son Yararlanma Tarihi: 21 Aralık 2016.

World Conference on Constitutional Justice,  
[http://www.venice.coe.int/WebForms/pages/?p=02\\_WCCJ](http://www.venice.coe.int/WebForms/pages/?p=02_WCCJ), Son Yararlanma Tarihi: 21 Aralık 2016.

[www.anayasa.gov.tr](http://www.anayasa.gov.tr)

<https://hudoc.echr.coe.int/eng>

## **Mahkeme Kararları:**

### **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi**

*H v. Belgium*, App. No. 8950/80, Judgment of 30 November 1987

*Case of Ruiz Torija v. Spain*, App. No. 18390/91, Judgment of 9 December 1994

*Case of Georgiadis v. Greece*, App. No. 21522/93, Judgment of 29 May 1997

*Case of Suominen v. Finland*, App. No. 37801/97, Judgment of 1 July 2003

*Golder v. United Kingdom*, App. No. 4451/70, Judgment of 21 February 1975

*James and Others v. United Kingdom*, App. No. 8793/79, Judgment of 21 February 1986

*Mamatkulov and Askarov v. Turkey*, App. Nos. 46827/99 - 46951/99, Judgment of 4 February 2005

*Marguš v. Croatia*, App. No. 4455/10, Judgment of 27 May 2014

*Magyar Helsinki Bizottság v. Hungary*, App. No. 18030/11, Judgment of 8 November 2016

*Wemhoff v. Germany*, App. No. 2122/64, Judgment of 27 June 1968

*Levy v. Germany*, App. No. 6066/73, Report of the Commission of 9 July 1975

*Luedicke, Belkacem and Koç v. Germany*, App Nos. 6210/73 – 6877/75 – 7132/75, Judgment of 28 November 1978

*Engel and Others v. Netherlands*, App. Nos. 5100/71-5101/71-5102/71-5354/72-5370/72, Judgment of 8 June 1976

*Golder v. United Kingdom*, App. No. 4451/70, Judgment of 21 February 1975

*Ireland v. United Kingdom*, App. No. 5310/71, Judgment of 18 January 1978

*Soering v. United Kingdom*, App. No. 14038/88, Judgment of 7 July 1989

*Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v. Denmark*, App. Nos. 5095/71-5920/72-5926/72, Judgment of 7 December 1976

*Pretty v. United Kingdom*, App. No. 2346/02, Judgment of 29 April 2002

*Svinarenko and Slyadnev v. Russia*, App. Nos. 32541/08-43441/08, GC Judgment of 17 July 2014

*Case “Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium” v. Belgium*, App. Nos: 1474/62-1677/62-1691/62-1769/63-1994/63-2126/64, Judgment of 23 July 1968

*Airey v. Ireland*, App. No. 6289/73, Judgment of 9 October 1979

*United Communist Party of Turkey and Others v. Turkey*, App. No. 133/1996/752/951, Judgment of 30 January 1998

*İzzettin Doğan and Others v. Turkey*, App. No. 62649/10, GC Judgment of 26 April 2016

*Case of Lawless v. Ireland (No. 3)*, App. No. 332/57, Judgement of 1 July 1961

*König v. Germany*, App. No. 6232/73, Judgment of 28 June 1978

*Case of Johnston and Others v. Ireland*, App. No. 9697/82, 18 December 1986

*Case of Bayatyan v. Armenia*, App. No. 23459/03, Judgment of 27 October 2009

*Case of Tyrer v. United Kingdom*, App. No. 5856/72, Judgment of 25 April 1978

*Case of Guzzardi v. Italy*, App. No. 7367/76, Judgment of 6 November 1980

*Case of Van Der Mussele v. Belgium*, App. No. 8919/80, 23 November 1983

*Case of Marckx v. Belgium*, App. No. 6833/74, Judgment of 13 June 1979

*Case of Dudgeon v. United Kingdom*, Judgment of App. No. 7525/76, 22 October 1981

*Case of Demir and Baykara v. Turkey*, App. No. 34503/97, GC Judgment of 12 November 2008

*Case of Bayatyan v. Armenia*, App. No. 23459/03, Grand Chamber Judgment of 7 July 2011

*Case of Al-Khawaja and Tahery v. United Kingdom*, App. Nos. 26766/05-22228/06, GC Judgment of 15 December 2011

*Case of Satakunnan Markkinapörssi Oy and Satamedia Oy v. Finland*, App. No. 931/13, GC Judgment of 27 June 2017

*Case of G.I.E.M. S. r. l. and Others v. Italy*, App. No. 1828/06, GC Judgment of 18 June 2018

*Case of Ilınseher v. Germany*, App. No. 10211/12-27505/14, GC Judgment of 4 December 2018

*Papamichalopoulos and Others v. Greece (Art. 50)*, Judgment of App. No: 14556/89, 31 October 1995

*Scozzari and Giunta v. Italy*, App. No: 39221/98 - 41963/98, GC Judgment of 13 July 2000

*P.G. and J.H. v. United Kingdom*, App. No. 44787/98, Judgment of 25 September 2001

*Modinos v. Cyprus*, App. No. 15070/89, Judgment of 22 April 1993

*Norris v. Ireland*, App. No. 10581/83, Judgment of 26 October 1988

*R v. United Kingdom*, App. No. 10083/82, Admissibility Decision of 04 July 1983

*Case of Annenkov and Others v. Russia*, App. No. 31475/10, Judgment of 25 July 2017

*Case of Merabishvili v. Georgia*, App. No. 72508/13, GC Judgment of 28 November 2017

*Öcalan v. Turkey*, App. No.46221/99, GC Judgment of 12 May 2005

*Case of Silih v. Slovenia*, App. No. 71463/01, GC Judgment of 9 April 2009

*Case of Varnava and Others v. Turkey*, App. Nos. 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90 ve 16073/90, GC Judgment of 18 September 2009

*Case of Akdivar and Others v. Turkey*, App. No. 21893/93, GC Judgment of 16 September 1996

*Case of Centre for Legal Resources on Behalf of Valentin Campeanu v. Romania*, App. No. 47848/08, GC Judgment 17 July 2014

*Case of Bouyid v. Belgium*, App. No. 23380/09, GC Judgment of 28 September 2015

*Advisory Opinion Concerning the Recognition in Domestic Law of a Legal Parent – Child Relationship Between a Child Born Through a Gestational Surrogacy Arrangement Abroad and the Intended Mother*, Requested by the French Court of Cassation, Request No: P16-2018-001, Grand Chamber, 10 April 2019

### **Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi**

*Case of Apitz Barbera et al. (“First Court of Administrative Disputes”) v. Venezuela*, Judgment of 5 August 2008

*Hilaire, Constantine and Benjamin et al. v. Trinidad and Tobago*, Series C, No. 94, 21 June 2002

*Case of Velasquez-Rodriguez v. Honduras*, Series C, No. 4, 29 July 1988  
*Case of Godinez-Cruz v. Honduras*, Series C, No. 5, 20 January 1989  
*Case of Serrano-Cruz Sisters v. El Salvador*, Series C, No. 118, 23 November 2004  
*Case of Moiwana Community v. Suriname*, Series C, No. 124, 15 June 2005  
*Case of Blake v. Guatemala*, Series C, No. 27, 2 July 1996  
*Case of Heliodoro Portugal v. Panama*, Series C, No. 186, 12 August 2008  
*Gomes Lund et al. ("Guerrilha do Araguaia") v. Brazil*, Series C, No. 219, 24 Kasım 2010  
*Teodoro Cabrera Garcia and Rodolfo Montiel Flores v. Mexico*, Series C, No. 220, 26 Kasım 2010  
*Escher et al. v. Brazil*, Series C, No. 200, 6 Haziran 2009  
*Las Dos Erres" Massacre v. Guatemala*, Series C, No. 211, 24 Kasım 2009  
*Case of the "Street Children" (Villagrán Morales et al.) v. Guatemala*, Series C, No. 63, 19 Kasım 1999  
*Baena-Ricardo et al. v. Panama*, Series C, No. 72, 2 Şubat 2001  
*Case of Loayza-Tamayo v. Peru*, Series C, No. 33, 17 Eylül 1997  
*Hilaire, Constantine and Benjamin et al. v. Trinidad and Tobago*, Series C, No. 94, 21 Haziran 2002

#### **Afrika İnsan ve Halkların Hakları Komisyonu**

*Media Rights Agenda v. Nigeria*, Communication 224/98, 6 November 2000  
*Priscilla Njeri Echaria v. Kenya*, Communication 375/09, 7 November 2011  
*Michael Mujuru v. Zimbabwe*, Communication 308/05, 22 November 2008

#### **Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi**

*Toonen v. Avustralya*, Communication No: 488/1992, UN Doc. CCPR/C/50/D/488/1992, 31 March 1994

## **Türkiye**

AYM Kararı, E. 1964/19, K. 1965/11, 02.03.1965  
AYM Kararı, E: 1967/10, K: 1967/49, 28.12.1967  
AYM Kararı, E: 1968/15, K: 1968/13, 3, 4 ve 6.5.1968  
AYM Kararı, E: 1968/26, K: 1969/14, 18 ve 19.2.1969  
AYM Kararı, E: 1969/8, K: 1969/37, 19.06.1969  
AYM Kararı, E. 1967/41, K. 1969/57, 23,24 ve 25.10.1969  
AYM Kararı, E. 1970/1, K. 1970/31, 16.06.1970  
AYM Kararı, E. 1973/19, K. 1975/87, 15.4.1975  
AYM Kararı, E. 1976/38, K. 1976/46, 12.10.1976  
AYM Kararı, E. 1976/43, K. 1977/4, 27.1.1977  
AYM Kararı, E. 1977/82, K. 1977/117, 27.9.1977  
AYM Kararı, E: 1970/12, K: 1971/13, 02.02.1971  
AYM Kararı, E. 1972/13, K. 1972/18, 06.04.1972  
AYM Kararı, E. 1973/19, K. 1975/87, 26.02.1976  
AYM Kararı, E. 1975/167, K. 1976/19, 12.08.1976  
AYM Kararı, E. 1976/38, K. 1976/46, 20.01.1977  
AYM Kararı, E: 1980/29, K: 1981/22, 21.05.1981  
AYM Kararı, E. 1984/1, K. 1984/1, 28.9.1984  
AYM Kararı, E. 1984/14, K. 1985/7, 13.06.1985  
AYM Kararı, E. 1979/1, K. 1980/1, 08.05.1980  
AYM Kararı, E: 1980/29, K: 1981/22, 21.05.1981  
AYM Kararı, E. 1989/1, K. 1989/12, 07.03.1989  
AYM Kararı, E: 1990/30, K: 1990/31, 29.11.1990  
AYM Kararı, E: 1990/36, K. 1991/8, 9.04.1991  
AYM Kararı, E: 1990/15, K: 1991/5, 28.02.1991  
AYM Kararı, E. 1993/3, K. 1994/2, 16.6.1994  
AYM Kararı, E. 1992/21, K. 1992/19, 17.3.1992  
AYM Kararı, E. 1993/20, K. 1993/17, 20.4.1993  
AYM Kararı, E. 1994/76, K. 1994/73, 13.10.1994  
AYM Kararı, E. 1996/6, K. 1996/6, 14.2.1996

AYM Kararı, E. 1999/21, K. 1999/17, 12.5.1999  
AYM Kararı, E. 2002/100, K. 2004/109, 21.9.2004  
AYM Kararı, E. 2006/21, K. 2006/38, 13.3.2006  
AYM Kararı, E. 2008/16, K. 2008/116, 22.10.2008  
AYM Kararı, E. 2010/58, K. 2011/8, 6.1.2011  
AYM Kararı, E. 2009/31, K. 2011/77, 12.5.2011  
AYM Kararı, E. 2010/92, K. 2012/86, 31.5.2012  
AYM Kararı, E. 2012/104, K. 2013/87, 10.7.2013  
AYM Kararı, E. 2011/48, K. 2012/88, 31.5.2012  
AYM Kararı, E. 2002/143, K. 2004/46, 31.3.2004  
AYM Kararı, E. 2012/65, K. 2012/128, 20.9.2012  
AYM Kararı, E. 2007/84, K. 2007/74, 30.7.2007  
AYM Kararı, E: 2005/114, K: 2009/105, 2.7.2009  
AYM Kararı, E. 2010/49, K. 2010/87, 7.7.2010  
AYM Kararı, E: 2009/85, K: 2011/49, 10.03.2011  
AYM Kararı, E: 2010/40, K: 2012/8, 19.01.2012  
AYM Kararı, E: 2013/99, K: 2014/61, 27.03.2014  
AYM Kararı, E: 1997/61, K: 1998/59, 29.9.1998  
AYM Kararı, E: 1999/47, K: 1999/46, 28.12.1999  
*Sebahat Tuncel Başvurusu*, Başvuru No. 2012/1051, 20.2.2014  
*Bekir Coşkun Başvurusu*, Başvuru No. 2014/12151, 4.6.2015  
*Sevim Akat Eşki Başvurusu*, Başvuru No. 2013/2187, 19.12.2013  
*Ayşe Sena Sezgin Arslan Başvurusu*, Başvuru No. 2014/13367, 15.04.2015  
*Neşe Aslanbay Akbıyık Başvurusu*, Başvuru No. 2014/5836, 16.04.2015  
*Günay Dağ ve Diğerleri Başvurusu*, Başvuru Numarası: 2013/1631, 17.12.2015  
*İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Başvurusu*, Başvuru Numarası: 2013/1430, 21.11.2013  
*Erdem Gül ve Can Dündar Başvurusu*, Başvuru No: 2015/18567, 25.02.2016  
*Ahmet Oğuz Çinko ve Erkan Çelik Başvurusu*, Başvuru Numarası: 2013/6237, 02.07.2015  
*Tuğba Arslan Başvurusu*, Başvuru Numarası: 2014/256, 25.06.2014

## **Amerika Birleşik Devletleri**

*Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803)  
*Parsons v. Bedford*, 3 Pet. 433 (1830)  
*United States v. Coombs*, 12 Pet. 72 (1838)  
*Brewer's Lessee v. Blougher*, 14 Pet. 178 (1840)  
*Grenada County v. Brogden*, 112 U. S. 261 (1884)  
*Presser v. Illinois*, 116 U. S. 252, (1886)  
*Hooper v. California*, 155 U.S. 648 (1895)  
*Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, 343 U.S. 579 (1952)  
*Green v. Bock Laundry Machine Company*, 490 U.S. 504 (1989)  
*Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551 (2005)  
*Bond v. United States*, 572 U.S. (2014)  
*United States v. Then*, 56 F.3d 464, 469, 2nd Circuit, June 05, 1995  
*Lawrence et al. v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003)  
*Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986)  
*Abbott v. Abbott*, 560 U.S. 1 (2010)  
*Boumediene v. Bush*, 553 U.S. (2008)  
*Rasul v. Bush*, 542 U. S. 466 (2004)  
*Golan v. Holder*, 565 U.S. (2012)  
*El Al Israel Airlines, Ltd. v. Tsui Yuan Tseng*, 525 U. S. 155, 176  
*Olympic Airways v. Husain*, 540 U. S. 644, 655, n. 9 (2004)  
*Graham v. Florida*, 560 U.S. (2010)  
*Atkins v. Virginia*, 536 U.S. 304 (2002)  
*Stanford v. Kentucky*, 492 U.S. 361 (1989)  
*Printz v. United States*, 521 U.S. 898 (1997)  
*Knight v. Florida*, 120 S. Ct. 459 (1999)  
*Dunn v. Palermo*, 522 S.W.2d 679 (1975)  
*Trop v. Dulles*, 356 U.S. 102-103 (1958)  
*Thompson v. Oklahoma*, 487 U. S. 815 (1988)  
*Northern Securities Co. v. United States*, 193 U.S. 197 (1904)  
*Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973)



*Griswold v. Connecticut*; 381 U.S. 479 (1965)  
*Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S. 883 (1992)  
*Cruzan by Cruzan v. Director, Missouri Department of Health*, 497 U.S. 261, (1990)  
*Glossip v. Gloss*, 576 U.S. (2015)  
*Romer v. Evans*, 517 U. S. 620 (1996)  
*County of Sacramento v. Lewis*, 523 U. S. 833 (1998)  
*Payne v. Tennessee*, 501 U. S. 808 (1991)  
*Obb Personenverkehr Ag, Petitioner v. Carol P. Sachs*, 577 U. S. (2015)  
*Cruzan v. Director, Missouri Department of Health* 497 U.S. 261 (1990)  
*Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 702 (1997); *Vacco v. Quill*, 521 U.S. 793 (1997)  
*Skinner v. Oklahoma*, 316 U.S. 535 (1942)  
*Eisenstadt v. Baird*, 405 U.S. 438 (1972)  
*Street v. New York* 394 U.S. 576 (1969)  
*Spence v. Washington*, 414 U.S. 815 (1973)  
*Smith v. Gougen*, 415 U.S. 566 (1974)  
*Texas v. Johnson*, 491 U.S. 397 (1989)  
*U.S. v. Eichman*, 496 U.S. 310 (1990)  
*Enmund v. Florida*, 458 U. S. 782 (1982)  
*Coker v. Georgia*, 433 U. S. 584 (1977)  
*Burnet v. Coronado Oil & Gas Co.*, 285 U.S. 393 (1932)  
*Agostini v. Felton*, 521 U.S. 203 (1997)  
*Theriot v. Mercer*, 262 F. 2d 754, No: 17214, 23 January 1959  
 Supreme Court of Louisiana, *Bessie Johnson v. St. Paul Mercury Insurance Company et al.*, No. 49732, March 30, 1970  
 Supreme Court of Louisiana, *Phyllis Kay Roby Doerr, et al. v. Mobil Oil Corporation, et al.*, No. 00-CC-0947, December 19, 2000  
 Supreme Court of Louisiana, *Minos Borel, Sr. et al. v. Dr. Clinton Young and Louisiana Medical Mutual Insurance Company*, No. 2007-C-0419, November 27, 2007  
*Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. (2015)

## **Kanada**

*Attorney General v. Moagi*, 1982 (2) BLR 124 (CA)

*Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, Başvuru No. 23476, 30.09.1993

*Thomson v. Thomson*, [1994] 3 S. C. R. 551, 589–590, 119 D. L. R. (4th) 253, 281

*D. S. v. V. W.*, [1996] 2 S. C. R. 108, 134 D. L. R. (4th) 481

*R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30

*Edmonton Journal v. Alberta*, [1989] 2 S.C.R. 1326

*R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697

*Grant v. Torstar Corp.*, 2009 SCC 61, File No. 32932, 2009: April 23; 2009

*R v. National Post*, 2010 SCC 16, File No. 32601, May 7, 2010

*Hunter et al. v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145

*Thomson Newspapers Ltd. v. Canada*, [1990] 1 SCR 425, 29.03.1990

*Rodriguez v. the Attorney General of Canada* [1994] 2 LRC 136

## **Güney Afrika**

*S v. Zuma and Others*, 1995 (2) SA 642 (CC); 1995 (4) BCLR 401 (SA)

*Sonderup v. Tondelli*, 2001(1) SA 1171, 1183

*Du Plessis and Others v. De Klerk and Others*, 1996(3) SA 850, 15.05.1996

*National Coalition for Gay and Lesbian Equality v. Minister of Home Affairs*, 2000 (2) SA 1 (CC)

*Minister of Home Affairs and Another v. Fourie and Another*, 2006 (1) SA 524 (CC)

*Ferreira v Levin NO and Others; Vryenhoek and Others v Powell NO and Others*, 1996 (1) SA 984 (CC); 1996 (1) BCLR 1 (CC)

*The State v. Makwanyane*, CCT/3/94, 6 June 1995

## **Fransa**

Décision No. 356-1996, 14 Octobre 1996

Décision No. 379-2997, 5 Novembre 2007

Décision No. 147-2008, 7 Mai 2008

Décision No. 84-179 DC, 12 Septembre 1984

Décision No. 94-352 DC, 18 Janvier 1995  
Décision No. 2008-562 DC, 21 Février 2008  
Décision No. 2004-505 DC, 19 Novembre 2004  
Décision No. 2005-514 DC, 25 Avril 2005  
Décision No. 2013-314P QPC, 4 Avril 2013  
Décision No. 2013-669 DC, 17 Mai 2013  
Décision No. 2005-530 DC, 29 Décembre 2005  
Décision No. 2007-555 DC, 16 Août 2007

### **İsviçre**

BGE 95 I 330 S. 332, 25 Juin 1969  
BGer 2C-585/2012, 06.03.2014  
ATF 139 I 16

### **Hollanda**

*Schoonheim*, N.J. 1985, No. 106, 27 November 1984

### **Birleşik Krallık**

*C. v. C.*, [1989] 1 W. L. R. 654, 658 (C. A.)  
*In re D (A Child)*, [2007] 1 A. C. 619, 628, 633, 635 (2006). [2006] UKHL 51, 16 November 2006.  
*Ms B. v. an NHS Hospital Trust*, Court of Appeal, 22 March 2002  
*The Queen on the Application of Mrs. Dianne Pretty v. Director of Public Prosecutions and Secretary of State for the Home Department*, [2001] UKHL 61, 29 November 2001  
*Ms B. v. an NHS Hospital*, Court of Appeal Judgment of 22 March 2002  
*Re J (A Minor) (Wardship: Medical Treatment)*[1991] Fam 33, 19.10.1990

## **İsrail**

CA 5271/92 Foxman v. Foxman, [1992].

## **Avusturya**

*Oberster Gerichtshof [O. G. H.]* [Supreme Court] Feb. 5, 1992, 2 Ob 596/91

## **Almanya**

*BVerfG* 18 July 1997, 2 BvR 1126/97

*BVerfG*, 2 BvR 2134/92, 12.10.1993

*BVerfG*, 1 BvF 1/90, 1 BvR 342/90, 1 BvR 348/90, 10.01.1995

*BVerfGE* 39, 1, 25.02.1975

*BVerfGE* 88, 203, 28.05.1993

*BGHSt* 42, 305, 15.11.1996

*BVerfG*, 2 BvL 37/91, 22.06.1995

## **Macaristan**

Decision 57/2001 (XII. 5.) AB

Decision 72/2006 (XII.15.) AB

Decision 32/2008 (III. 12.) AB

Decision, 1/2013 (I. 7.) AB

Decision 11/1992 (III. 5.) AB

Decision 43/2005 (XI. 14.) AB

Decision 32/2008 (III. 12.) AB

Decision 48/1998 (XI. 23.) AB

Decision 22/2003 (IV. 28.) AB

Decision 58/2001 (XII. 7.) AB

Decision 54/2004 (XII. 13.) AB

Decision 6/2007 (II. 27.) AB

Decision 154/2008. (XII. 17.) AB

Decision 47/2009, (IV. 21.) AB

## ÖZGEÇMİŞ

Aslı Topukcu, 1987 yılında Ankara’da doğmuştur. İlköğretim ve liseyi Ankara Özel Tevfik Fikret Lisesi’nde tamamlamıştır. 2004 yılında lisans eğitimine başladığı İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nden 2008 yılında mezun olmuştur.

2008 yılında İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Yüksek Lisans Programı’nda yüksek lisans eğitimine başlamıştır ve 2011 yılı Haziran ayında “*Kuramsal ve Hukuksal Açıdan Doğrudan Demokrasi*” başlıklı tez çalışmasını tamamlayarak mezun olmuştur. 2011 yılında İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Doktora programında doktora eğitimine başlamıştır. Bu süreç içinde, 2013-2015 yılları arasında, Academy of European Public Law, Atina/Yunanistan’da “*A Study on the Case-Law of Turkish Constitutional Court in the Light of the Interaction Between Political and Judicial Reasoning*” başlıklı tez çalışması ile Intensive International Master of Laws in European Public Law (I.I. LL.M) programını tamamlamıştır.

2009 yılından bu yana Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı’nda araştırma görevlisi olarak görev yapmaktadır.