TÜRKİYE CUMHURİYETİ

ANKARA ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

ANAYASA YARGISINDA ORİJİNALİZM VE DİNAMİK YORUM ANLAYIŞLARI İLE TEMEL HAKLARIN KORUNMASINA ETKİLERİ

Yüksek Lisans Tezi

Efe Orhun ŞAHİN

Ankara, 2023

TÜRKİYE CUMHURİYETİ

ANKARA ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

ANAYASA YARGISINDA ORİJİNALİZM VE DİNAMİK YORUM ANLAYIŞLARI İLE TEMEL HAKLARIN KORUNMASINA ETKİLERİ

Yüksek Lisans Tezi

Efe Orhun ŞAHİN

Tez Danışmanı

Doç. Dr. Ali Ersoy KONTACI

Ankara, 2023

TÜRKİYE CUMHURİYETİ

ANKARA ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

ANAYASA YARGISINDA ORİJİNALİZM VE DİNAMİK YORUM ANLAYIŞLARI İLE TEMEL HAKLARIN KORUNMASINA ETKİLERİ

Yüksek Lisans Tezi

Tez Danışmanı: Doç. Dr. Ali Ersoy KONTACI

TEZ JÜRİSİ ÜYELERİ

Adı ve Soyadı	**İmzası**
1- Doç. Dr. Ali Ersoy KONTACI	
2- Prof. Dr. Selin ESEN	
3- Dr. Öğr. Üyesi Zeynep ÖZKAN GÜNEŞ	

Tez Savunması Tarihi

10/04/2023

TÜRKİYE CUMHURİYETİ

ANKARA ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

Doç. Dr. Ali Ersoy KONTACI danışmanlığında hazırladığım "Anayasa Yargısında Orijinalizm ve Dinamik Yorum Anlayışları ile Temel Hakların Korunmasına Etkileri (Ankara.2023)" adlı yüksek lisans tezimdeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu, başka kaynaklardan aldığım bilgileri metinde ve kaynakçada eksiksiz olarak gösterdiğimi, çalışma sürecinde bilimsel araştırma ve etik kurallarına uygun olarak davrandığımı ve aksinin ortaya çıkması durumunda her türlü yasal sonucu kabul edeceğimi beyan ederim.

10/04/2023

Efe Orhun ŞAHİN

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER ..... **i**
KISALTMALAR CETVELİ ..... **v**
GİRİŞ **1**

BİRİNCİ BÖLÜM
GENEL OLARAK YORUM VE HUKUKTA YORUM

I. YORUM KAVRAMI, YORUMA İLİŞKİN DİĞER KAVRAMLAR VE YORUMUN HUKUKTAKİ ÖZEL ÖNEMİ 6
II. KLASİK YORUM TEORİSİ 12
III. GELENEKSEL YORUM YÖNTEMLERİ 14
A) Sözel Yorum 15
B) Tarihsel Yorum 17
C) Sistematik Yorum 18
D) Amaçsal Yorum 19
IV. YORUM TÜRLERİ 22
A) Yorumcuya Göre Yorum Türleri 23
1. Yasama Yorumu 23
2. Yargısal Yorum 24
3. Bilimsel Yorum 25
B) Yorumun Amacına Göre Yorum Türleri 25
1. Sübjektif Teori 27
2. Objektif Teori 28
3. Kombine (Sübjektif-Objektif) Teoriler 30
V. KLASİK YORUM TEORİSİNİN ALTERNATİFİ: REALİST YORUM TEORİSİ 30

İKİNCİ BÖLÜM
ANAYASA YARGISINDA DİNAMİK YORUM VE ORİJİNALİZM

I. GELENEKSEL YORUM YÖNTEMLERİ İLE KLASİK VE REALİST YORUM TEORİLERİNİN YETERSİZLİĞİ VE ANAYASA HUKUKUNUN ÖZGÜL KARAKTERİ 35

II. DİNAMİK YORUM ANLAYIŞI 48
A) Kavramsal Çerçeve 48
1. Dinamik Yorum Anlayışının Tanımı ve Kavramın Muadilleri 48
2. Dinamik Yorum Anlayışının Niteliği ve Yoruma İlişkin Bazı Teori ve Yöntemlerle İlişkisi 53
B) Dinamik Yorum Öğretisi 57
1. Dinamik Yorum İhtiyacının Temelleri ve Sağladığı Avantajlar 57
2. Dinamik Yorumun Görünüm Biçimleri 65
a) Metinde Açıkça İfade Edilmeyen Hakların Ortaya Çıkarılması ve Hakların Kapsamının Genişletilmesi 65
b) Metnin Yorumlanışının Değiştirilmesi 69
i. Orijinal Niyetin Göz Ardı Edilmesi 69
ii. Mevcut İçtihadın Farklılaştırılması 70
C) Dinamik Yorum Anlayışına Yönelik Eleştiriler 72
1. Dinamik Yorumun Yargıcın Sübjektif Değerlerine Göre Yapıldığı İddiası 73
2. Dinamik Yorumun Demokratik Olarak Meşru Görülemeyeceği İddiası 75
3. Anayasanın Normatif Gücünün Dinamizm Uğrunda Feda Edildiği İddiası 77
4. Anayasanın Tek Meşru Değişiklik Usulünün Şekli Değişiklik Olduğu İddiası 78
5. Dinamik Yorumun Ampirik Açıdan Olumsuz Çıktılar Ürettiği İddiası 78
D) Bir Uluslararası İnsan Hakları Sözleşmesi Olarak AİHS'nin Özel Durumu 80
III. ORİJİNALİZM 86
A) Orijinalizmin Dayandığı Temeller 87
B) Orijinalizmin Türleri 88
1. Orijinal Niyet Orijinalizmi 89
2. Orijinal Metin Orijinalizmi 90
3. Diğer Türler 92
C) Orijinalizme Yönelik Eleştiriler 95
1. Orijinalizmin Tüm Türlerini Kapsayan Eleştiriler 95

a) Yorumun Doğası Gereği Orijinalist Olması Gerektiği İddiasının Eleştirisi.....95
b) Orijinalizmin Ampirik Açıdan Olumsuz Çıktılar Ürettiği İddiası 96
2. Orijinal Niyet Orijinalizmine Münhasır Eleştiriler.....97
a) Orijinal Niyetin Tespiti Hakkındaki Sorunlar.....97
b) Gelecek Nesillerin Orijinal Niyetle Bağlı Olduğu İddiasının Eleştirisi.....100
c) Yargının Orijinal Niyetle Bağlı Kılınmasının Kuvvetler Ayrılığı İlkesini İhlal Ettiği İddiası.....101
3. Orijinalizmin Diğer Türlerine Yönelik Eleştiriler 102
IV. GENEL DEĞERLENDİRME VE DİNAMİK YORUMUN SINIRLARI 103
A) Dinamik Yorum ve Orijinalizm Anlayışlarının Karşılaştırılması 103
1. Dinamik Yorum ile Orijinalizmin Ayrıştığı Hususlar 103
2. Ara Sonuç: Dinamik Yoruma ve Orijinalizme Yöneltilen Eleştirilerin Analizi.....105
B) Dinamik Yorumun Sınırları.....129
1. Dışsal Sınırlar.....134
a) Anayasa Yargıçlarının Seçim Usulü.....134
b) Toplumsal Beklentiler.....135
c) Mekanist Anayasa Anlayışı 137
2. Metodolojik Sınırlar.....138
a) Metnin Semantik Olanakları 139
b) Gerekçelendirme ve Tutarlılık.....142
c) Temel Haklar Alanına Özgülük 144

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
DİNAMİK YORUM ANLAYIŞININ TEMEL HAKLARIN KORUNMASINA ETKİSİ

I. YABANCI VE ULUSLARARASI YARGI KARARLARINDA DİNAMİK YORUM ANLAYIŞI 147
A) ABD Federal Yüksek Mahkemesi.....147
B) Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 152

C) Diğer Ülkeler ……...160

II. TÜRK ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARINDA DİNAMİK YORUM ANLAYIŞI 170

A) Mahkemenin Konuya Genel Yaklaşımı 171

B) Mahkemenin Dinamik Yorum Yöntemini Kullandığı Kararlar 175

C) Mahkemenin Dinamik Yorum Yöntemini Kullanma Fırsatını Kaçırdığı veya Kullanmayı Tercih Etmediği Kararlar 183

SONUÇ 188

KAYNAKÇA.....194

ÖZET 212

ABSTRACT 213

KISALTMALAR CETVELİ

ABD	Amerika Birleşik Devletleri
a.g.e.	Adı Geçen Eser
AİHM	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AÜHF	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
AYM	Anayasa Mahkemesi
Bkz.	Bakınız
B. No.	Başvuru Numarası
BVerfGE	Bundesverfassungsgericht (Federal Alman Anayasa Mahkemesi)
C.	Cilt
çev.	Çeviren
E.	Esas (Sayısı)
ed.	Editör
FAYM	Federal Alman Anayasa Mahkemesi
İBGK	İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu
İÜHF	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
K.	Karar (Sayısı)
KHK	Kanun Hükmünde Kararname
k.t.	Karar Tarihi
LGBT	Lezbiyen Gey Biseksüel Transseksüel
No.	Numara
OHAL	Olağanüstü Hal
s.	Sayfa
S.	Sayı
U.S.	United States
v.	Versus
VAHS	Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesi
Vol.	Volume

GİRİŞ

"*Anayasa bir makine midir, yoksa bir organizma mı?*"[1] Bruce Ackerman'ın sorduğu bu soru anayasa hukuku literatüründe uzun süredir tartışılagelen ve net bir cevabına halen ulaşılamamış bir soru olarak karşımızda durmaktadır. Anayasalar bir taraftan geçici politik heyecanlardan azade olması beklenen temel siyasal değerleri belirlerken diğer taraftan da toplumsal yaşamın anayasa koyucu tarafından öngörülmesi neredeyse olanaksız olan sürekli ve bazen de ani değişimlerinin yeni yorumları gerektirmesi anayasanın yorumlanması konusunda önemli bir gerilim yaratmaktadır.[2] Söz konusu gerilim esasen anayasanın yorumlanmasında başvurulabilecek alternatif yorum yöntemleri ve bakış açıları arasında bir tercihi gerektirmektedir.

Anayasanın, daha doğarken kendisi hakkında ileride oluşabilecek tüm hukuki problemlerin çözümünü içinde barındırdığı ve bu problemlerin çözümü için yaratıcı değil, araştırıcı bir yöntem kullanılması gerektiği düşüncesi, anayasanın adeta bir makine gibi gerekli soruların kendisine sorulması halinde tüm sorunların cevabını otomatik olarak vereceğini ve bu cevapların sadece sorunun sorulduğu an için değil, anayasa yürürlükte olduğu sürece her an için geçerli olduğunu savunmaktadır.

Buna karşılık, anayasanın kendiliğinden, ileride kendisi hakkında oluşabilecek tüm hukuki sorunlara cevap oluşturamayacağını ve söz konusu sorunların çözülebilmesi için anayasanın kendisi harici bir yorumcunun günün koşullarına göre onu yeniden keşfetmesi ve anlamlandırması gerektiğini savunan düşünce, anayasanın adeta yaşayan bir organizma olduğunu, toplumun ve dünyanın değişen koşullarına göre anayasanın da

[1] Bruce ACKERMAN, "The Living Constitution", **Harvard Law Review**, C. 120, No: 7, 2007, s. 1793.
[2] George LETSAS, "The ECHR As A Living Instrument: Its Meaning and Legitimacy", **Constituting Europe: The European Court of Human Rights in a National, European and Global Context**, New York, Cambridge University Press, 2013, s. 106.

kabuk değiştirebileceğini ve yapıldığı andan itibaren sürekli yeni bir form kazanabileceğini iddia etmektedir.

Söz konusu tartışmanın taraflarından, anayasanın yaşayan bir organizma olduğunu savunan dinamik yorum görüşü ile anayasanın her zaman ilk yazıldığı zamanki anlamıyla yorumlanmaya devam edilmesi gerektiğini savunan orijinalizm görüşü ve bu görüşlerin anayasanın temel amaçlarından biri olan temel hakların korunmasına nasıl etkileri olduğunu veya olabileceğini ele almayı amaçlayan bu çalışma üç bölümden oluşmaktadır.

Birinci bölümde, genel olarak yorum ve hukuki yorum kavramlarının açıklığa kavuşturulması amaçlanmıştır. Çalışmaya genel olarak yorum kavramının ne anlama geldiğinin, hukuki yorumun diğer yorum türleriyle ilişkisinin ve en önemlisi de hukuki yorumun nasıl ve ne amaçla yapılması gerektiği noktasında bugüne kadar ileri sürülmüş belli başlı düşüncelerin açıklamasıyla başlanmasının sebebi dinamik yorum ve orijinalizm anlayışlarının tüm diğer yorum yöntemleri ve sistemlerinden ayrı olarak, tek başlarına veya deyim yerindeyse boşlukta durmamasıdır. Onların hukuki yorum yöntem ve teorileri arasındaki yerini tespit edebilmek adına çalışmanın ilk bölümünde öncelikle, genel olarak yorum ve özel olarak hukukta yorum kavramları değerlendirilmiştir.

İkinci bölümde ise önce, ilk bölümde ele alınan konu daha da spesifikleştirilmiş; bir kamu hukuku disiplini ve siyaset bilimiyle yakından ilişkili bir hukuk dalı olarak anayasa hukuku özelinde yorumun genel olarak hukukta yorumla ilişkisi analiz edilmiştir. Anayasa hukukunda kendine özgü yorum yöntemlerine ve bakış açılarına ihtiyaç duyulmasının nedenlerinin açıklığa kavuşturulmasını müteakiben çalışmanın esas konusunu oluşturan dinamik yorum ve orijinalizm anlayışlarının tartışılması aşamasına geçilebilmiştir.

Bu aşamada hem dinamik yorum anlayışının hem de orijinalizm düşüncesinin kavramsal, tarihsel, felsefi ve hukuki analizi geniş kapsamlı olarak yapılmaya çalışılmıştır. İlkin, bu kavramların tarihsel süreçte ayrı ayrı ne anlama geldiği ve nasıl bir gelişim çizgisi izlediği açıklanmaya çalışılmıştır. Bu açıklamalar, ABD, Kanada, Almanya, Avusturya ve AİHM ile sınırlı tutularak yapılmıştır. İncelemenin yalnızca bu sistem ve ülkelerle sınırlı tutulmuş olması bir tercihe dayalı olup başka ülke ve sistemlerde ilgili kavramların veya benzerlerinin kullanılmadığı anlamına gelmemektedir. Bu tercihin sebebi, çalışmanın sınırlarını gereğinden fazla aşmaktan ve anlamsal bütünlüğünü bozup onu yalnızca deskriptif bir çalışmaya dönüştürmekten duyulan endişedir. İnceleme konusu olarak tercih edilen ABD ve Kanada, kavramlara tarihsel olarak kaynaklık etmeleri ve konuya ilişkin tartışmaların en yoğun olarak sürdürüldüğü ülkeler olmaları; Almanya ve Avusturya, kavramlara getirdikleri özgün yaklaşım; AİHM ise kavramların gelişimine önemli katkılarda bulunmuş olması, ülkemizin de dahil olduğu bir sistem olması ve uluslararası niteliğinin ona kazandırdığı kendine özgülük sebebiyle seçilmiştir.

Sayılan sistem ve ülkelerde kavramların anlamı ve tarihsel gelişimi incelendikten sonra hukuki yorum teorileri ve yöntemleri içerisinde tam olarak nereye oturdukları, hangi ihtiyaçlara cevap vermeye çalıştıkları, özellikle temel hakların korunması noktasında gösterebilecekleri işlevler, ne gibi eleştirilerle karşılaştıkları ve haklarındaki tartışmalı hususlar aktarılmaya çalışılmıştır.

Gerek dinamik yorum gerekse de orijinalizm hakkında literatürdeki temel tartışmalar aktarıldıktan sonra söz konusu kavramların birbirleriyle olan ilişkileri incelenmiş, iki yorum anlayışının kıyaslanması sonucu güçlü ve zayıf yanları ortaya konulmaya çalışılmıştır.

Temel hakların korunması noktasındaki üstün konumu nedeniyle dinamik yorumun daha detaylı bir analizi yapılmış ve bu tür yoruma ne zaman ihtiyaç duyulduğu ve uygulanması icap ettiğinde nasıl ve ne gibi sınırlara tabi olarak uygulanması gerektiği soruları cevaplanmaya çalışılmıştır.

Çalışmanın temel kuramsal kısmını oluşturan ikinci bölümün tamamlanmasının akabinde, birinci ve ikinci bölümlerdeki gibi salt normatif bir değerlendirme yapmanın yetersiz kalacağı düşüncesiyle, üçüncü bölümde dinamik yorum anlayışının temel hakların korunmasına nasıl bir etkide bulunduğu reel/ampirik verilerle, yani uygulamada gözlemlenen tercih ve eğilimlerin de ortaya konulması sureti yle incelenmiştir. Kuşkusuz, konuya ilişkin tüm somut örneklerin incelenmesi ve analiz edilmesi okuyucuyu gereksiz bir kararlar külliyatına boğmaktan öte bir işlev görmeyecektir. Bu sebeple, konunun anlaşılması açısından "ideal tip"te sayılabilecek ve daha geniş ölçekli etki doğurmuş olan kararlar ele alınmaya çalışılmıştır. Önceki bölümde aktarılan dinamik yorum kuramının ışığında, ilkin ABD Federal Yüksek Mahkemesi'nin, AİHM'nin ve diğer birkaç ülke mahkemesinin kararları analiz edilmiş, ardından Türk Anayasa Mahkemesi'nin dinamik yorum kavramıyla nasıl bir ilişkisi olduğu irdelenerek Mahkemenin konuya bakışı ve dinamik yorumdan kararlarında ne ölçüde ve ne şekilde faydalanabildiği örneklendirilmeye ve açıklanmaya çalışılmıştır.

Çalışmanın, dinamik yorum ve orijinalizm anlayışları hakkında Türkçe literatürde henüz mevcut olmayan düzeyde kapsamlı bir başvuru kaynağı olma ve Türk Anayasa Mahkemesi kararlarının bu açıdan incelenmesi yönünden yenilikçi bir eser olma gayesi bulunmaktadır.

BİRİNCİ BÖLÜM
GENEL OLARAK YORUM VE HUKUKTA YORUM

Yoruma dayalı disiplinler içerisinde yer alan hukuk disiplini hakkında yapılacak herhangi bir bilimsel çalışmanın hukukta yorum problemini açıktan veya örtülü olarak ele almaması mümkün değildir. Yoruma ilişkin bu inceleme, her çalışmada detaylı şekilde ve açıktan yapılmasa da çalışmaların içerisinde yer alan başka tartışmalar kaçınılmaz olarak yoruma ilişkin çeşitli kabuller veya sorunlar içerir. Dinamik yorum ve orijinalizm anlayışlarını tetkik etmeyi amaçlayan bu çalışmada da durum farklı değildir. Dahası, çalışma spesifik bir yorum sorununa ilişkin olduğundan genel olarak yoruma ve özel olarak hukukta yoruma ilişkin yeterli bir inceleme yapılmadan çalışma konusunun başarıyla anlatılmaya çalışılması anlamsız bir uğraşı olmaktan öteye gidemez.

Öte yandan, bu çalışma bir hukuk genel teorisi veya yorum teorisi çalışması da değildir. Dolayısıyla, yoruma ilişkin tüm problemleri bu çalışmada ele almaya çalışmak, incelenecek konunun sınırlarını olması gerekenin çok ötesine taşıma ve asıl incelenmek istenen konunun yetersiz düzeyde incelenebilmesi riski barındırır. Bu sebeple inceleme, hukukta yorumun nispeten dar bir veçhesiyle sınırlı tutulmuştur.

Hukuk alanında yoruma ilişkin sistemli çalışmalar ilk olarak özel hukuk alanında yapılmış, hukuksal yorum öğretisi de bu zeminde gelişmiştir. Dolayısıyla anayasa hukuku özelinde kamu hukukuna ilişkin yorum öğretisinin de kendisine kaynaklık eden özel hukuk alanındaki düşünsel faaliyetlerin izlerini taşıması kaçınılmazdır. Bu nedenle

anayasanın yorumuyla ilgili bir çalışmanın öncelikle genel hukuksal yorum öğretisinin temel sorunlarını ve yapısını ele alan bir incelemeyle başlaması zorunludur.[3]

Söz konusu sebeplerle çalışmanın bu ilk bölümünde genel olarak yorum ve hukukta yorum kavramları özlü bir biçimde ele alınmış, yoruma ilişkin en temel problemler hakkında verilen başlıca cevaplar aktarılmaya çalışılmıştır. Bahsedilen çaba esasen, geleneksel yorum öğretisinin özellikle anayasa hukukunda yorum probleminin çözümü noktasında yetersiz kaldığını ispatlama amacı taşımaktadır. Geleneksel öğretinin yetersizliği ne kadar başarılı biçimde ispatlanabilirse anayasa hukukunda geleneksel yorum yöntemleri dışında kalan yeni ve özgün birtakım yorum yöntem ve yaklaşımlarına duyulan ihtiyacın düzeyi de o kadar iyi anlaşılabilir.

Kısacası, hukukta yorum problemine ilişkin bu ilk kısmın varlığı, hem hukuk araştırmalarında yoruma dair bir değerlendirme yapmaya yönelik zorunluluğa hem de dinamik yorum anlayışına duyulan ihtiyacın nereden kaynaklandığını kavrayabilme yönünde bir ihtiyaca dayalıdır.

I. YORUM KAVRAMI, YORUMA İLİŞKİN DİĞER KAVRAMLAR VE YORUMUN HUKUKTAKİ ÖZEL ÖNEMİ

"Yorum" en genel anlamıyla "bir yazının veya bir sözün, anlaşılması güç yönlerini açıklayarak aydınlığa kavuşturma, tefsir; bir olayı belli bir görüşe göre açıklama, değerlendirme ve gizli veya hayalî olan bir şeyden anlam çıkarma" olarak tanımlanmaktadır.[4] Kelimenin İngilizce karşılığı olan "interpretation" ise "bir şeyin ne anlama geldiğine dair açıklama veya düşünce" olarak tanımlanabilir.[5] Bu tanımlardan

[3] Mithat SANCAR, "Temel Hakların Yorumu", Ankara, Ankara Üniversitesi, Yayınlanmamış Doktora Tezi Tezi, 1995, s. 24.
[4] https://sozluk.gov.tr/ (Erişim Tarihi: 11/10/2022).
[5] https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/interpretation (Erişim Tarihi: 11/10/2022).

yola çıkılarak yorumun unsurlarının yazılı veya sözlü bir metin ve bu metnin anlamının ortaya çıkarılmasına dair faaliyet olduğu söylenebilir.[6]

Kavrama ilişkin hukukçuların yaptığı tanımlamalar da yukarıda yer verilen tanımlardan çok farklı değildir. Bu tanımlara örnek vermek gerekirse, yorum; *"kanunun tümüne egemen olan esaslara göre belirli bir kanun hükmünün ifade ettiği gerçek anlamın ortaya çıkarılması için yapılan faaliyet"*[7], *"bir kanun hükmünün anlamının tespiti"*[8], *"bir hukuk kuralının objektif anlamını bulup çıkarma"*[9], *"bir hukuk kuralının gerçek anlamını ve kapsamını bulmak için yapılan işleme verilen ad"*[10], *"bir hukuk kuralının anlam ve kapsamını belirlemek ve bu şekilde kanunkoyucunun gerçek iradesini ortaya koymak için yapılan zihinsel faaliyet"*[11] gibi ifadelerle tanımlanmıştır.

Yorumun ne olduğuna ilişkin bu açıklamalar yoruma ilişkin temel sorulardan sadece birini cevaplamaya yöneliktir. Ancak, yoruma ilişkin bir başka önemli sorunun da cevaplanması son derece önemlidir. Yorumun ne olduğu sorusu ile bağlantılı olan bu soru yorumun amacının ne olduğuna ilişkindir. Bu soru her ne kadar yorumun ne olduğu sorusundan bağımsız olarak cevaplanması mümkün olmayan bir soru olsa da ondan ayrışan tarafları bulunmaktadır. Bu farklılıkların başında, yorumun ne olduğu sorusuna dair cevapların daha çok "olan"a ilişkin bir tespit denemesi olmasının karşısında yorumun amacının ne olduğu sorusuna verilen cevapların "olması gereken"e ilişkin ve daha çok

[6] Aharon Barak, bu unsurların arasına bir de rasyonelliği (akılcılığı) eklemektedir. Yazar, rasyonellik unsurunu açıklamak için yazı-tura örneğini kullanmaktadır. Buna göre, yazı-tura atarak da yoruma ilişkin farklı olasılıklardan biri tercih edilebilir. Ancak bu tercih rasyonel bir aktiviteye dayanmadığından yorum faaliyeti olarak nitelendirilemez. Aharon BARAK, **Purposive Interpretation in Law**, Princeton, Princeton University Press, 2005, s. 23.

[7] Turgut AKINTÜRK, **Medenî Hukuk: Yeni Medenî Kanuna Uyarlanmış Genişletilmiş**, Onikinci (20.) Bası, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım, 2006, s. 70.

[8] M. Kemal OĞUZMAN, Nami BARLAS, **Medenî Hukuk: Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar**, 27. Bası, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2021, s. 62.

[9] Ergun ÖZSUNAY, **Medeni Hukuka Giriş**, 5. baskı, İstanbul, Güryay Matbaacılık, 1986, s. 189.

[10] Aydın ZEVKLİLER, **Medenî Hukuk**, 6. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2000, s. 86.

[11] Timur DEMİRBAŞ, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 15. baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2020, s. 128.

hukuk politikasını ilgilendiren bir direktifler bütünü olması sayılabilir. Ne var ki bu ciddi farklılığa rağmen öğretide her iki sorunun cevabının birbirine çok benzer olduğu görülmektedir. Örneğin; Köprülü'ye göre, *"kanunun birden fazla anlamı bulunabilir", (yorumun amacı), "bunların tamamını ortaya koymak, sonra bu çözümlerden en iyi, en objektif ve en gerekli, kısaca en uygun olanını olaya uygulamak"(tır)"*.[12] Taner, yorumun amacının kanun koyucunun maksat ve gayesinin neden ibaret olduğunun araştırılarak belirtilmesi olduğunu ifade etmektedir.[13] Demirbaş'a göre ise *"yorumda esas düşünce kanun koyucunun metindeki iradesini ortaya koymaktır"*.[14]

Yorumun amacına dair bu seçkiden de yola çıkılarak geleneksel öğretide yorumun amacının, anlamı açık olmayan metinlerdeki belirsizliği gidermek olduğu söylenebilir. Buna göre, yorum yapmaya gereksinim duyulmasının sebebi hukuk kurallarının ne demek istediklerinin kimi zaman açık olmayışı veya metinlerin farklı biçimlerde ifade edilmesidir.[15] Bu gereksinim esasen birbirimizle iletişim kurmak ve dolayısıyla hukuk metinlerini yazmak için kullandığımız "dil"in eksiksiz veya kusursuz olamayışından kaynaklanır. Dil; muğlak, belirsiz ve farklı bağlamlarda farklı anlamlar taşıyabilen bir yapıya sahiptir.[16] Amerikan Yüksek Mahkemesi yargıcı Oliver Wendell Holmes Jr.'ın şu sözleri bu hususu özetler niteliktedir: *"Kelimeler, kristal, şeffaf ve değişmez değildir; onlar yaşayan bir düşüncenin cildidir ve koşullara ve kullanıldıkları zamana göre değişkenlik gösteren renk ve içeriklere sahip olabilirler."*[17]

Kaldı ki, dili kullanarak iletişim kurmaya çalışan insan da eksiksiz veya kusursuz değildir. Bu sebeple dil mükemmel olsaydı dahi onu mükemmel şekilde kullanmak

[12] Bülent KÖPRÜLÜ, **Medeni Hukuk: Genel Prensipler-Kişinin Hukuku**, 2. baskı, İstanbul, İÜHF Yayını, 1984, s. 99.
[13] Tahir TANER, **Ceza Hukuku: Umumi Kısım**, Üçüncü Basım, İstanbul, İÜHF Yayını, 1953, s. 164.
[14] DEMİRBAŞ, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 128.
[15] Sevtap METİN, "Hukuk Normunun Yorumu", İstanbul, İstanbul Üniversitesi, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2002, s. 144.
[16] BARAK, **Purposive Interpretation in Law**, s. 24.
[17] *Towne v. Eisner*, 245 U.S. 418 (1918).

mümkün olmazdı. Hukukta yorum ihtiyacının bunun da ötesindeki sebebi hayatın akışı sırasında ortaya çıkabilecek somut durumların tamamının soyut hukuk kuralları konulurken öngörülmesinin olanaksızlığıdır. Tüm bu sebeplerden doğan yorum ihtiyacı, soyut metni somutlaştırmayı ve bu somutlaştırma yoluyla hukuki kesinliği ve böylece objektifliği sağlama amacına yöneliktir.

Yorumun tanımı ve amacının böylece açıklandığı noktada çalışmanın ilerleyen kısımlarında yorum kavramı ile bağlantılı olarak kullanılan diğer kavramların da çerçevesinin şimdiden çizilmesinde fayda vardır. Bu bağlamda yorum kavramı ile "yorum sistemi", "yorum teorisi" ve "yorum yöntemi" kavramlarının anlamları ayrı ayrı açıklanıp birbirleriyle olan ilişkileri analiz edilmelidir.

Çalışmada yorum sistemi kavramı, Aharon Barak'ın anladığı şekliyle, metnin semantik (dilsel) olasılıkları arasından hukuki anlamın hangi standartlara dayalı olarak çıkarılması gerektiğine ilişkin birbiriyle yarışan cevaplar olarak[18]; yorum teorisi kavramı, Mithat Sancar'ın kullandığı şekliyle, hukuk kuralının anlamının nerede aranması yani yorumun hedefinin ne olması gerektiğine dair farklı öneriler olarak[19] anlaşılmalıdır. Yoruma ilişkin sözü edilen çeşitli kavramların birbiriyle olan ilişkisine gelince, yukarıda bahsedildiği şekliyle yorum kavramı, yorum nedir sorusunun cevabını vermeye çalışır şekilde ve daha çok "olan"a ilişkin bir tespit olarak; birbirinin muadili sayılabilecek yorum teorisi ve yorum sistemi kavramları, yorumun amacının yani yorum yapılırken ortaya çıkarılmak istenen şeyin ne olması ve yorum aracılığı ile hangi değerlerin korunması gerektiği sorularının cevabını vermeye çalışır şekilde ve daha çok "olması gereken"e ilişkin bir direktifler bütünü olarak; yorum yöntemi kavramı ise yorum teori veya sistemlerinin ortaya koyduğu amaçların hangi yolla gerçekleştirilebileceği

[18] BARAK, **Purposive Interpretation in Law**, s. 8.
[19] SANCAR, "Temel Hakların Yorumu", s. 37.

sorusunun cevabını vermeye çalışır şekilde ve daha çok metodolojik ve araçsal bir kavram olarak ele alınmıştır.

Tarihsel olarak metinlerin belirli bir düzen ve disiplin altında yorumlanmasına dair uğraş, Antik Yunan'da başlamış, Hıristiyan dünyada Ortaçağ süresince varlığını korumuş, Rönesans'ın, edebi metinler hakkındaki filolojik araştırmalarının getirdiği birikim ve Reform hareketleriyle Protestanlığın kutsal metinlere karşı olan eleştirisinin etkisiyle bilimsel bir disiplin halini almaya başlamıştır.[20] Kısacası insanlık yorum yapmaya tarihsel olarak edebiyat, filoloji, teoloji ve felsefe gibi alanlarda ihtiyaç duymuştur.[21]

Yorum yukarıda sayılan pek çok farklı disiplin tarafından kullanılsa da hukuk alanında yorum faaliyetinin kendine has bir önemi vardır. Zira örneğin edebi bir metindeki geniş yorum olanağı, edebiyattan alınan hazzı artırır. Edebi metinlerin doğru yorumunu bulamamış olmak, insan hayatı üzerinde ciddi bir etki yaratmaz. Fakat hukukun şiddetle, zulümle, güvenlikle ve diğer ciddi meselelerle yakından ilişkili olduğu düşünülürse durumun edebiyattakinden ne derece farklı olduğu ortaya çıkar. Zira yorum yoluyla hukuk; öldürebilir, kişinin hakkını elinden alabilir, özgürlüğünü kısıtlayabilir, iflas ettirebilir ve bunların dolaylı etkileriyle hayatını altüst edebilir. Bu sonuçlara ancak, yorum "doğru" olduğunda katlanılabilir.[22] Hukuki yorumun bu kadar önemli olmasının yanı sıra hukuk aynı zamanda yorum faaliyetinden ayrılması mümkün olmayan bir

[20] Cengiz OTACI, "Hermeneutik (Yorum Bilim) ve Ceza Kanunlarının Yorumu", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, No: 89, 2010, s. 441-442.
[21] Sururi AKTAŞ, "Hukukta Yorum Çabaları", **Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 15, No: 3-4, 2011, s. 1.
[22] Ertuğrul UZUN, "Hukuk Yorumdur", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 72, No: 1, 2014, s. 103. Yazar her ne kadar hukukun kendine has bir önemi olduğuna işaret etse de "hukuki yorum" adı altında kendine özgü bir yorum türü olamayacağını ve hukuki yorumun da yorum faaliyetinin gerçekleştirildiği tüm diğer alanlardaki yorumla aynı şekilde yapıldığını savunmaktadır. Tartışmanın detayı için bkz. Ertuğrul UZUN, "Yorumu Hukuktan Kurtarmak", **Ankara Barosu Dergisi**, No: 2, 2016.

disiplindir de. Ronald Dworkin, hukukun kendisini yoruma ilişkin bir süreç olarak tanımlamaktadır.[23]

Yorumun hukuktaki bu ayrıcalıklı yeri ve önemi göz önünde bulundurulursa, keyfi olarak yapıldığı takdirde ne kadar ciddi sorunlara yol açabileceği de anlaşılmış olur. Georges Burdeau'nun *"İnsan, insana itaat etmemek için devleti icat etti."*[24] sözü Hans Kelsen'in devleti hukukla eş tutan anlayışına istinaden *"İnsan, insana itaat etmemek için hukuku icat etti."* sözüne uyarlanırsa yorumun keyfileşmesi nispetinde insanın hukuka değil, hukuk metinlerini yorumlayan hâkimlere itaat eder hale geleceği söylenebilir.[25] Bu sonuç ise bizi hukuki yorum sonucunda yaşanabilecek olan ve yukarıda bahsedilen olumsuz durumların tamamen keyfi olarak gerçekleşmesi olasılığıyla karşı karşıya bırakır ki, bu durum toplumsal hayatı tamamen belirsiz ve çekilmez bir hale getirebilir. Buradan çıkan netice, hukukta yorumun tamamen sınırsızca değil, belli kurallara bağlı olarak yapılmasının son derece önemli olduğudur.

Yorumun sınırları ise ancak yorum kavramını tanımlayacak olasılıklar belirlenerek ortaya konulabilir. Michel Troper'ye göre yorum faaliyeti, bir şeyin anlamını ya "belirtmek" ya da "belirlemek"tir. Yorumun bir şeyin anlamını belirtmek olduğunu ifade eden tanım, anlamı bilmenin olanak dahilinde olduğunu ve yorumun bilginin bir fonksiyonu olduğunu ima eder; yorumu, anlamayı belirlemek olarak ifade eden tanım ise, yorumun iradi bir faaliyet olduğunu. Bu bağlamda yorumun sınırlarına dair iki yaklaşımdan söz etmek mümkündür: klasik yorum teorisi ve realist yorum teorisi.[26]

---

[23] Ronald DWORKIN, "Law as Interpretation", **Texas Law Review**, C. 60, No: 3, 1982, s. 527-529.
[24] *"L'homme a inventé l'État pour ne pas avoir à obéir à l'homme".*
[25] Kemal GÖZLER, "Yorum İlkeleri", Kamu Hukukçuları Platformu Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2013, s. 15-19.
[26] Troper'den aktaran: Ömer GEDİK, "Norm Denetimi Bakımından Otorite Özgürlük Sarmalındaki Türk Anayasa Mahkemesinin Yorum Yöntemlerine İlişkin Bazı Değerlendirmeler", **Anayasa Yargısı Dergisi**, C. 39, No: 1, 2022, s. 297.

II. KLASİK YORUM TEORİSİ

Klasik yorum teorisine göre, yargıcın misyonu hukuku yorumlamak değil, onu yalnızca uygulamaktır. Bu görüşe göre, hukuk kuralının anlamlandırılmasıyla ortaya çıkan hukuk normu, yorumcu metni okuyup onu anlamlandırmadan önce de objektif olarak bilinebilir şekilde metnin içinde mevcuttur.[27] Yorumcu, halihazırda metnin içerisinde mevcut olan anlamı yalnızca ortaya çıkarır, yani yaptığı faaliyet tamamen açıklayıcıdır, yaratıcı değildir. Yorum faaliyeti yeni hiçbir şey yaratmaz, sadece karanlıktaki norm gün ışığına çıkarılmış olur.[28] Bu yönüyle yorum esasen bilinenin tekrar bilinmesinden ibarettir.[29] Başka bir deyişle, yorum verili bir anlamın keşfedilmesi ve yeniden üretilmesine dayalı bir bilgi sürecidir. Yani yorum özünde bir tercüme sürecinden başka bir şey değildir.[30] Buradan çıkan sonuç, yorumun irade alanında değil, bilme alanında kaldığıdır.[31]

Klasik teorinin yukarıda açıklanan mantığı, yorum sürecinde "altlama" veya "subsumtion" olarak adlandırılan sürecin işletilmesiyle hayata geçirilir. Altlama denilen süreç, büyük önerme olan soyut hukuk kuralının küçük önerme olan somut hukuki probleme mantıksal tasıma dayalı olarak uygulanmasıdır.[32] Büyük ve küçük önerme birbiri ile karşılaştırılırken küçük önermedeki somut olayı meydana getiren parçaların tek tek büyük önerme denilen hukuk kuralının özelliklerini taşıyıp taşımadığına bakılır. Eğer

[27] Yılmaz ALİEFENDİOĞLU, "Anayasal Yargıda Yorum", **Amme İdaresi Dergisi**, C. 28, No: 3, 1995, s. 3.
[28] Troper'den aktaran: Kemal GÖZLER, "Realist Yorum Teorisi ve Mekanist Anayasa Anlayışı", **Anayasa Yargısı Dergisi**, C. 15, 1998, s. 208.
[29] METİN, "Hukuk Normunun Yorumu", s. 148.
[30] Hassold'dan aktaran: SANCAR, "Temel Hakların Yorumu", s. 33.
[31] Oya BOYAR, "Anayasal Yorumla Yasal Yorum Arasındaki Benzerlik ve Farklılıklar Üzerine Bir Değerlendirme", **Anayasa Yargısı Dergisi**, C. 39, No: 1, 2022, s. 271; METİN, "Hukuk Normunun Yorumu", s. 152.
[32] SANCAR, "Temel Hakların Yorumu", s. 25; Kemal GÖZLER, **Hukukun Genel Teorisine Giriş: Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu**, Ankara, Us-A Yayıncılık, 1998, s. 161.

buna olumlu cevap veriliyorsa kuraldaki hukuki netice küçük önermedeki somut olay için uygulanır.[33]

Klasik yorum teorisine ilişkin tüm bu önermelerin, bir kuralın yalnızca tek bir anlamı olabileceği ve dolayısıyla her somut hukuki sorunun yalnızca tek bir doğru çözümünün olabileceği çıkarımlarını dayattığını not etmekte fayda vardır. Nitekim klasik yorum teorisinin amacı da her yorumcunun yorum faaliyeti sonunda aynı sonuca ulaşmasını sağlamaktır. Böylelikle yorum sonucunun doğruluğu güvence altına alınmak istenir.[34]

Klasik teorinin hukuku iradenin değil, bilmenin konusu yapıp onu bilimsel ve nesnel bir temele çekmek amacıyla başvurduğu araçlar ise Carl von Savigny'nin sistemleştirdiği dörtlü geleneksel yorum kanonu (sözel, tarihsel, sistematik ve amaçsal yorum yöntemleri)[35], özel kanıtlama araçları (kıyas, evleviyet, zıt kavram vs.)[36] ve çeşitli yorum ilkeleridir.[37]

Özetle, klasik yorum teorisine göre, hukuk normu, metinde yazılı olan kuralın içerisinde en başından beri mevcuttur ve tüm yorumlayıcıların keşfetmesine ve açıklamasına hazır halde beklemektedir. Buradan çıkan sonuç yorumun bir bilme işlemi olduğudur. Yorumcuya düşen, altlama yoluyla büyük önerme olan hukuk normunun küçük önerme olan somut hukuki probleme uygulanması yoluyla hukuki sorunun çözülmesidir. Yorumcu, altlama faaliyetini gerçekleştirirken klasik biçimsel mantık dahilinde çalışmasını yürütür. Bu bağlamda, yorumcunun metinde mevcut olan anlamı

[33] METİN, "Hukuk Normunun Yorumu", s. 140.
[34] Esser'den aktaran: SANCAR, "Temel Hakların Yorumu", s. 35.
[35] BOYAR, "Anayasal Yorumla Yasal Yorum Arasındaki Benzerlik ve Farklılıklar Üzerine Bir Değerlendirme", s. 271.
[36] Bertil Emrah ODER, "Anayasa Yargısında Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu: Düzenleme Biçimleri, Kanıtlama ve Somutlaştırma Sorunları -2001 Anayasa Değişiklikleri Sonrasına İlişkin Gözlemler-", Kamu Hukukçuları Platformu Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2013, s. 122-123.
[37] GÖZLER, "Yorum İlkeleri", s. 18.

ortaya çıkarmak için kullanması gereken yöntemler ise Savigny'nin sistemleştirdiği geleneksel dörtlü yorum yöntemleri, özel kanıtlama araçları ve çeşitli yorum ilkeleridir.

III. GELENEKSEL YORUM YÖNTEMLERİ

Yorumun sonucunu objektifleştirme amacı taşıyan klasik teorinin bu amaca ulaşabilmek adına başvurduğu araçların neler olduğundan yukarıda bahsedildi. Ancak çalışmanın amacı daha önce de belirtildiği üzere genel yorum teorisine ilişkin kapsamlı bir değerlendirme yapmak olmadığından Savigny'nin geliştirdiği geleneksel yorum yöntemlerinin değerlendirilmesiyle yetinilecektir.

Söz konusu yorum yöntemlerinin neler olduğu, özünde yukarıda değinilen yorumun amacı sorunuyla yakından ilgilidir. Geleneksel öğretiye göre, hukuki yorumun amacının anlamı açık olmayan metinlerin belirsizliğini gidermek olduğu daha önce belirtilmişti.[38] Söz konusu belirsizliğin üç farklı kaynaktan doğduğu söylenebilir: kural metninin dilindeki belirsizlik, kural koyucunun iradesindeki belirsizlik ve kuralın koruduğu hukuki değerin ne olduğu hakkındaki belirsizlik.[39] Belirsizliğin kaynağına ilişkin bu sınıflandırma, yorumun amacı olan belirsizliğin giderilmesi idealine ulaşmada ilkel olarak hangi metotların kullanılabileceği sorusuna da ışık tutar. Metnin dilindeki belirsizliği gidermeyi amaçlayan yöntemin sözel yorum yöntemine, kural koyucunun iradesindeki belirsizliği gidermeyi amaçlayan yöntemin tarihsel yorum yöntemine, korunan hukuki değerin ne olduğunu saptamayı amaçlayan yöntemin ise amaçsal yorum yöntemine karşılık geldiği söylenebilir. Ayrıca, yorum faaliyeti sırasında hukuk sisteminin ve bir hukuk alanının içerisinde ve kuralın bütünlüğünde tutarlılığa dikkat

[38] bkz. yukarıda, s. 8.
[39] Abdurrahman EREN, "Hukuki Yorum Yöntemleri Açısından Bireysel Başvuru Kararlarının Anayasanın Yorumuna Etkileri", **Anayasa Yargısı Dergisi**, C. 33, 2016, s. 255.

edilmesi gerektiği kabul edilirse sistematik yorum yöntemi de sayılan yöntemler arasına eklenir.[40]

Nitekim, yorum yöntemleri arasında geleneksel öğreti içerisinde birtakım farklılıklar olsa da birbirinden farklılık gösteren önerilerin hepsinde Savigny'nin sistemleştirdiği ve yukarıda sözü edilen yöntemlerin ortak bir çekirdek oluşturduğu görülebilir.[41]

A) Sözel Yorum

Belki de başka hiçbir disiplin için hukukta olduğu kadar geçerli olmayan *"Önce söz vardı."*[42] deyişinin vurguladığı üzere hukuki yorumda doğal olarak ilk başvurulan yöntem sözel yorum yöntemidir.[43] Kuralı anlamaya ve uygulamaya kelimeleri okuyarak başlamak mecburi olduğundan sözel yorum yöntemi diğer bütün yorum yöntemlerince de her hâlde kullanılmak zorundadır.[44]

Yorum yöntemleri arasında bu sebeple öncelikli bir yeri olan bu yöntem, kuralın anlamını, kural metnindeki kelimelere, bu kelimelerin cümle içindeki yerlerine, kuralın sözdizimine ve noktalama işaretlerine bakarak saptamaya yöneliktir.[45]

Sözel yorumu diğer yorum yöntemlerinden ayıran husus yorumu kuralın sözünden hareketle gerçekleştirmesi değil, kuralın sözü ile bağlı kalınması ve onun dışına

[40] GEDİK, "Norm Denetimi Bakımından Otorite Özgürlük Sarmalındaki Türk Anayasa Mahkemesinin Yorum Yöntemlerine İlişkin Bazı Değerlendirmeler", s. 297.
[41] SANCAR, "Temel Hakların Yorumu", s. 43. Yine de, öğretide bu dörtlü sınıflandırma dışında örneğin mantıksal yorum yöntemi veya menfaatler içtihadı yöntemi gibi farklı yorum yöntemlerinin varlığından da söz eden yazarlar mevcuttur. Bu konuda bkz. GÖZLER, **Hukukun Genel Teorisine Giriş**, s. 169-171. Ayrıca, amaçsal yorum yönteminin Savigny yerine Jhering'e atfedildiği bir çalışma için bkz. Oya BOYAR, **Anayasal Yoruma Giriş**, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2021, s. 9.
[42] *"In principio erat verbum".*
[43] SANCAR, "Temel Hakların Yorumu", s. 44.
[44] GEDİK, "Norm Denetimi Bakımından Otorite Özgürlük Sarmalındaki Türk Anayasa Mahkemesinin Yorum Yöntemlerine İlişkin Bazı Değerlendirmeler", s. 308; GÖZLER, **Hukukun Genel Teorisine Giriş**, s. 166.
[45] Du Pasquier'den aktaran: GÖZLER, **Hukukun Genel Teorisine Giriş**, s. 166.

çıkılmasını istememesidir. Neticede, diğer yorum yöntemleri uygulanırken de sözel yorum kaçınılmaz olarak kullanılır ancak onlar sözel yorum ile ulaşılan "ilk anlam"dan başka anlamlara da ulaşırlar.[46]

Sözel yorumun, 19. yüzyılın başlarından 20. yüzyıla değin, hukuksal yorum öğretisinde öncelik taşıdığı söylenebilir. Bunun sebebi, bu dönemde klasik yorum teorisinin kanunların kusursuz olduğu ve boşluk içermeyecek şekilde tüm olası sorunları çözdüğü yaklaşımıdır. Bu yaklaşımın gerekçesi ise anılan dönemde yargıcın rolünün kanunda öngörülen kusursuz çözümleri somut olaya altlama yoluyla uygulayan bir çeşit "makine" olduğu düşüncesidir.[47]

Türk Anayasa Mahkemesi de çeşitli kararlarında, çelişkili de olsa sözel yorum yöntemine yer vermiştir. Örneğin bir kararında, *"Yasalar her şeyden önce, sözü ile uygulanır. Yasa metinlerinin, kullanılan sözcüklerin hukuk dilindeki anlamlarına göre anlaşılması gerekir. Yasa kuralının, günün sosyal ve ekonomik gerekleriyle çeliştiği sanılsa bile yürürlükte kaldığı sürece uygulanması, hukukun gereğidir."*[48] ifadelerini kullanarak sözel yorumun üstünlüğüne vurgu yapmışsa da bir başka kararında *"Görülüyor ki hukuk açısından en yetersiz yorum metodu olan 'lafzi yorum' dahi mahkemelerin bağımsızlığı ilkesiyle ilgili 132. maddenin üçüncü fıkrasının, TBMM denetleme yetkilerini kısıtlayan bir biçimde anlaşılmasını kesinlikle gidermeğe yeterlidir."*[49] değerlendirmesinde bulunarak sözel yorumu en yetersiz yorum yöntemi olarak nitelendirmiştir.

[46] GÖZLER, **a.g.e.**, s. 166-167.
[47] Bertil Emrah ODER, **Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri**, 1. Bası, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2010, s. 33.
[48] AYM, E. 1991/31, K. 1991/27, k.t. 12/09/1991.
[49] AYM, E. 1970/25, K. 1970/32, k.t. 18/06/1970.

B) Tarihsel Yorum

Tarihsel yorum yöntemine, kuralın yapım süreci ve oluşumundaki etkenleri, kural öncesi durumu ve kuralın kanun koyucu tarafından belirlenen amacını ortaya çıkarmak için başvurulur.[50] Bunun içinse metnin hazırlık çalışmalarına, yani komisyon ve genel kuruldaki görüşme ve tartışmalara ve kanunun gerekçesi gibi kanun koyucunun tarihsel iradesini ortaya çıkarmaya aday olduğu düşünülen araçlara başvurulur.[51]

Tarihsel yorum yönteminin kanun koyucunun iradesini ve metnin doğduğu andaki koşulları dikkate alan "genetik yorum yöntemi" ve kuralın zaman içerisinde kazandığı anlamı araştıran "dar anlamda tarihsel yorum yöntemi" olmak üzere iki türü olduğu belirtilmektedir. Genetik yorum yöntemi, doğrudan kanun koyucunun iradesine yöneldiği için sübjektif iken, dar anlamda tarihsel yorum yöntemi normdaki kavramların "objektif anlam"ı ile tarihsel kanun koyucunun bu kavramlara yüklediği "sübjektif anlam" her zaman özdeş olmadığından objektif bir yaklaşımdır.[52]

Türk Anayasa Mahkemesi'nin tarihsel yorum yöntemini kullandığı kararlarına örnek olarak, somut norm denetiminde "görevli mahkeme" unsurunu saptarken "irtibat" sözcüğünü yorumladığı kararı verilebilir. Bu kararında Mahkeme, açıkça ve tamamen maddenin gerekçesine dayalı olarak yorum yapmış, böylelikle yorum sırasında tamamen tarihsel yoruma dayanmıştır.[53]

[50] ODER, **Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri**, s. 74.
[51] Du Pasquier'den aktaran: GÖZLER, **Hukukun Genel Teorisine Giriş**, s. 168.
[52] Oya BOYAR, "Anayasal Uyuşmazlıklarda Yorum", İstanbul, Marmara Üniversitesi, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2008, s. 144; ODER, **Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri**, s. 81.
[53] AYM, E. 1979/18, K. 1979/26, k.t. 05/06/1979.

C) Sistematik Yorum

Sistematik yorum yöntemine göre, yorumlanacak bir kuralın anlamı, hukuk düzeni içerisinde o kural ile ilgili görülen bütün kurallar göz önünde bulundurularak tespit edilmelidir. Başka bir deyişle, kuralların tek tek yorumlanmasındansa tutarlı bir bütünlük oluşturacak şekilde yorumlanması önerilir.[54] Bu önermenin iki sebebinin olduğu söylenebilir: Birincisi, hukuk kurallarının oluşturduğu bağlamın kuralların birbirini tamamladığı bir kurgu olması, ikincisi ise bu kurgunun oluşturduğu "normatif bütünlüğün", kuralların anlamlarının ortaya çıkarılmasında belirleyici olmasıdır.[55]

"*Savigny'ye göre, sistematik yorum, yasanın münferit hükümleri arasındaki içsel bağlantıya değil, bütün hukuksal kurum ve kuralları büyük bir birlik içinde toplayan içsel bağlantıya ilişkindir ve yorumlanması söz konusu olan yasanın hukuk düzeninin bütünüyle nasıl bir ilişki içinde olduğunu araştırma amacına hizmet eder.*"[56]

Sistematik yorum, temel hak ve özgürlüklerin yorumunda özellikle öne çıkar. Temel hak ve özgürlüklerin yorumunda sistematik yorumu zorunlu kılan sebeplerin hak ve özgürlüklerin birbiriyle bağlantılı bir bütünlük oluşturması ve her bir temel hak ve özgürlüğün etki alanını koruyabilmesi zorunluluğu olduğunu söylemek mümkündür.[57] Esasen, bir hakkın korunabilmesi çoğunlukla diğer bazı hakların korunabilmesine de bağlı olduğundan hak ve özgürlüklerin yorumunda sistematik yorum mecburidir. Ayrıca sistematik yorumun başlıca amacının normları bir bütünlük içerisinde ve tutarlı olarak

[54] GÖZLER, **Hukukun Genel Teorisine Giriş**, s. 169.
[55] ODER, **Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri**, s. 55.
[56] Savigny'den aktaran: SANCAR, "Temel Hakların Yorumu", s. 48.
[57] ODER, "Anayasa Yargısında Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu: Düzenleme Biçimleri, Kanıtlama ve Somutlaştırma Sorunları -2001 Anayasa Değişiklikleri Sonrasına İlişkin Gözlemler-", s. 127.

anlamlandırmak olması, bu yorum yönteminin hukuki kesinlik ilkesinin hayata geçirilmesine de aracılık etmesini sağlar.[58]

Türk Anayasa Mahkemesi'nin bir kararında kullandığı şu ifadeler Mahkemenin sistematik yorum anlayışını özlü biçimde yansıtmaktadır: *"Anayasa'ya uygunluk denetimi yapılırken, Anayasa'nın konuyla ilgili tüm hükümlerinden yararlanmak zarureti vardır. Çünkü, her yasa gibi Anayasa da bir bütündür ve tek bir kuralın yeterince açıklık getirmediği durumlarda bütün metnin göz önünde tutulması, başka bir anlatımla, sözünde açıklık olmayınca özüne gidilmesi ve bunun için de kuralların tümünün incelenmesi, öz yönünden yorum yapılırken ileriye dönük ve gerçekçi bir yolun izlenmesi gerekir."*[59]

D) Amaçsal Yorum

Her ne kadar Savigny, kuralın amacının, kuralın içeriğinden kesin olarak ayrılması ve amacın kuralın bir unsuru olarak görülmemesi gerektiğini açık bir şekilde ifade ederek amaçsal yorumu açıkça reddetmiş olsa da klasik yorum öğretisinde amaçsal yorum yöntemi de geleneksel yorum kanonuna dahil edilmiştir. Genel bir formülasyonla denebilir ki, amaçsal yorum, kuralın; "telos"una, yani amacına ve "ratio legis"ine, yani düzenleme hedefine göre yorumlanmasıdır.[60]

Amaçsal yorum yönteminin kuralın anlam ve amacını; kanun koyucunun düzenleme niyetlerine ve kurala yüklediği hedeflere bağlı kılan "sübjektif amaçsal yorum" ve bu niyet ve hedefleri önemsemeyerek ya da aşarak, kuralı çevreleyen hukuk

[58] BOYAR, "Anayasal Uyuşmazlıklarda Yorum", s. 145.
[59] AYM, E. 1990/4, K. 1990/6, k.t. 12/04/1990.
[60] Hassold'dan aktaran: SANCAR, "Temel Hakların Yorumu", s. 48-49.

düzeni veya genel kabul gören sosyal değerler gibi nesnel birtakım ölçütlere bağlayan "objektif amaçsal yorum" olmak üzere iki türü bulunmaktadır.[61]

Amaçsal yorumun önemine ve üstünlüğüne dikkat çeken Aharon Barak'a göre, hukuk normları yalnızca sosyal amaçları hayata geçirmenin bir aracıdır ve bu nedenle de yorumda normun amacı ön planda tutulmalıdır. Asıl sorun, sübjektif amacın mı yoksa objektif amacın mı esas alınması gerektiğine ilişkindir.[62]

Amaçsal yorumun önemine ilişkin bir diğer gerekçe ise kuralların zaman geçtikçe günün ihtiyaçlarına cevap verebilme yetisini kaybetme hususunda taşıdıkları riskin artış göstermesidir. Hukuk, yaşayan bir düzen olmakla her neslin ve her devrin değişen ihtiyaçlarına cevap vermeye devam etmek durumundadır. Bu ihtiyaç, kanun koyucunun kanunun yapıldığı zaman gibi sadece belli bir zamandaki düşüncesinin yerine kanunun objektif amacının dikkate alınmasını gerektirir.[63]

Kuralların kanun koyucunun tarihsel sübjektif iradesi ve değer yargılarıyla bağlı kalması gerektiğini savunmak, kuralların yalnızca kural koymak için yapıldığı anlayışını doğurur. Ne var ki, hukukun kesinlik ve güvenliğin yanı sıra toplumsal yaşamda ortaya çıkan uyuşmazlıkları çözmek veya bireysel hakları korumak gibi belli pratik amaçlara da hizmet ettiği göz önünde bulundurulursa amaçsal yorumun önemi daha iyi anlaşılabilir.[64]

---

[61] ODER, **Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri**, s. 104-110. Yazar, sübjektif amaçsal yorum yönteminin ayrı bir yorum yöntemi olarak benimsenmesinin tarihsel yorum ile ulaşılan sonucu desteklemekten öte bir işlev göremeyebileceğinden bahisle amaçsal yorumun salt objektif amaçsal yorum olarak anlaşılmasının yorum yöntemlerinin özgüllüğünün korunması açısından daha uygun olduğunu savunmaktadır.

[62] Yüksel METİN, **Anayasanın Yorumlanması**, Ankara, Asil Yayın, 2008, s. 6.

[63] GÖZLER, **Hukukun Genel Teorisine Giriş**, s. 171.

[64] METİN, "Hukuk Normunun Yorumu", s. 69-70; Selahattin KEYMAN, **Hukuka Giriş ve Metodoloji**, 1. Baskı, Ankara, Doruk Yayınları, 1981, s. 79; Aharon BARAK, "Hermeneutics and Constitutional Interpretation Comparative Constitutionalism: Theoretical Perspectives on the Role of Constitutions in the Interplay between Identity and Diversity", **Cardozo Law Review**, C. 14, No: Issues 3-4, 1992, s. 769.

ABD Federal Yüksek Mahkemesi de bir kararında amaçsal yorumun sosyal işlevine şu ifadelerle değinmiştir: *"(...) olgun ve gelişmiş bir öğretinin güvenilir göstergelerinden biri sözlüklerden kaleler yapmak değil, kanunların her zaman yerine getirecek bir amacı ya da hedefi olduğunu ve bunları anlayışlı ve yaratıcı biçimde keşfetmenin kanunların anlamına ulaşmada en emin rehber olduğunu anımsamaktır."*[65]

Yukarıda bahsedilen tüm bu avantajları dolayısıyla amaçsal yorum yönteminin geleneksel yorum yöntemleri arasındaki önemi yadsınamaz. Amaçsal yorum yönteminin daha önce de bahsedildiği üzere asıl olarak kuralın objektif amaçları dikkate alınarak yapılması daha işlevseldir. Öte yandan, söz konusu objektif amacın tespit edilmesi sürecinde yorumcunun kişisel tercihlerinin egemen olması riski objektif amaçsal yorum faaliyeti esnasında önemli bir tehlike olarak karşımıza çıkar. Bu tehlikeyi önleyebilmek adına Oder'in önerisi kuralın objektif amaçlarının belirlenmesi sırasında "adaletin gerekleri", "toplumun üzerinde anlaştığı adalet anlayışı" veya "toplumsal etik" gibi muğlak ahlaki değerler yerine anayasal ilkelere ya da hukukun genel ilkelerine dayanılması gerektiğidir. Yazar, hukukun genel ilkelerinin değerlendirilmesi ve somutlaştırılması sırasında ortaya çıkması muhtemel olan öznelliğin ise akılcı bir gerekçelendirme süreci ile ve bu ilkelerin anayasanın bütününden çıkarılmış pozitif ilkeler olmasına özen gösterilmesi sayesinde önlenebileceğini belirtmektedir.[66]

Her ne kadar, amaçsal yorumun, hukukun değişen koşullara uyum sağlayabilmesi adına önemli bir işlev üstlendiği belirtilmiş olsa da amaçsal yorum kategorik olarak ilerici olmak zorunda değildir.[67] Aksine amaçsal yorum, yeri geldiğinde hukuk kurallarının bireysel hak ve özgürlükleri koruyucu işlevini bertaraf etmek amacıyla da kullanılabilmektedir. Bu duruma örnek olarak, Nazi Almanyası'nda 1934 yılında

[65] *Public Citizen v. United States Department of Justice*, 491 U.S. 440 (1989).
[66] ODER, **Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri**, s. 106-107.
[67] GÖZLER, **Hukukun Genel Teorisine Giriş**, s. 172.

yürürlüğe giren ve Almanlar ile Yahudiler arasındaki evlilik dışı cinsel ilişkileri suç sayan bir yasanın, yargıçlar tarafından amaçsal yorum yoluyla, cinsel ilişki boyutuna varmayan basit erotik hareketleri dahi cezalandırma yetkisini kendilerine verdiği sonucuna ulaşmaları gösterilebilir.[68]

Türk Anayasa Mahkemesi amaçsal yoruma kararlarında sıklıkla yer vermektedir. Örneğin bir kararında *"Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın, yasaların, hukukun ve yargı işlevinin özünü göz ardı edip, kendini yalnız yazılı kuralların sözüyle bağlı sayamaz. Kuşkusuz, kural dışılık savunulamaz. Ancak, kuralların yorumu ile soruna, amaca en uygun çözümün bulunması gerekir."*[69] ifadeleriyle amaçsal yorumun önemine vurgu yaparken bir diğer kararında ise *"Sağlıklı bir sonuca ulaşılabilmesi için bir kuralın yorumunda, onun lafzı kadar amacının da gözetilmesi gerektiğinde duraksama bulunmamaktadır."*[70] diyerek amaçsal yorum olmadan sağlıklı bir yorum faaliyeti gerçekleştirmenin mümkün olmadığına dikkat çekmektedir.

IV. YORUM TÜRLERİ

Çalışmanın buraya kadarki kısmında, yorumun ne olduğu ve hangi yöntemlere dayalı olarak yapılabileceği soruları cevaplanmaya çalışıldı. Şimdi ise yoruma dair çeşitli sınıflandırmalar ele alınacaktır.

Çalışma konusunun dışına çıkmamak adına yorum türlerine ilişkin sınıflandırma yorumu kimin yaptığına ve yorum yapılırken amacın ne olabileceğine ilişkin olarak iki farklı türle sınırlı tutulacaktır.

[68] Baratta'dan aktaran: KEYMAN, **Hukuka Giriş ve Metodoloji**, s. 79.
[69] AYM, E. 1993/33, K. 1993/40, k.t. 21/10/1993.
[70] AYM, E. 2007/45, K. 2007/54, k.t. 1/5/2007.

A) Yorumcuya Göre Yorum Türleri

Yorumu kimin yaptığına göre sınıflandırılan yorum türleri öğretide genellikle üçlü bir ayrıma tabi tutulmaktadır.[71] Bunlar yasama yorumu, yargısal yorum ve bilimsel yorumdur. Çalışmanın konusuna daha uygun bir ayrım olduğundan burada da sözü edilen üçlü ayrıma göre konu ele alınacaktır.

1. Yasama Yorumu

Kuralları koyan makam olarak kanun koyucunun kendisinin yaptığı yorum türüne "yasama yorumu" veya eski adıyla "*teşrii tefsir*" denilmektedir. Bu yorum türünün varlığı bir metnin veya kuralın yorumunu, ancak onu yazanın veya yapanın en iyi şekilde yapabileceği varsayımına dayanmaktadır.[72]

1789 Devrimi sonrası Fransa'da ortaya çıkan şekliyle yasama yorumu ("*référé législatif*") iki boyutludur: Birincisi, yargıçların hüküm verirken "yorum" yapmalarına dair bir tür *yasak* iken; ikincisi ise, yargıçların bir kuralda boşluk veya yoruma açıklık tespit ettiği durumlarda yasa koyucuya başvurmalarına dair bir *yükümlülük* olarak görülebilir. Devrim sonrası Fransa'da böyle bir ihtiyacın hissedilmesinin sebebi güçler ayrılığı ilkesinin katı bir biçimde algılanmasından kaynaklanmaktadır. Sözü edilen dönemde, yasanın "yorumlanması" ile "uygulanması" birbirinden ayrı kavramlar olarak görüldüğünden yasayı yalnızca "uygulamakla" görevli olan yargı organının onu yaratan ve yine yaratıcı bir faaliyet olduğu düşünülen yorum faaliyetini gerçekleştirebilecek olan yasama organının yetki alanına girerek yasayı "yorumlaması" istenmemiştir. Bu durum kuşkusuz, dönemin "meclis üstünlüğü" anlayışıyla da bağlantılıdır. Yorum, tamamıyla

[71] Dörtlü sınıflandırma için bkz. Ömer GEDİK, "Anayasa Mahkemesi Kararlarının Yorum Yöntemleri Açısından İncelenmesi", İstanbul, Marmara Üniversitesi, Doktora Tezi Tezi, 2013, s. 15; Beşli sınıflandırma için bkz. ODER, **Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri**, s. 8.
[72] İsmail KÖKÜSARI, "Osmanlı-Türk Anayasal Tarihinde Yasama Yorumu ve Uygulaması", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 67, No: 4, 2018, s. 808.

yaratıcı bir faaliyet olarak görüldüğünden bu yetkinin yalnızca üstün konumdaki yasama organına ait olması gerektiği düşünülmüş ve yasama yorumu sayesinde yargının yorum yoluyla yasamanın yetkilerini "gasp etmesi"nin önüne geçilmeye çalışılmıştır.[73]

Geçmişte sözü edilen gerekçelerle en gözde yorum türü olsa da günümüzde yasama yorumunun eskisi gibi öncelikli görülmediği söylenebilir.[74] Artık yasama yorumunun yerini almış olan yorum türü "uygulayıcı"nın öne çıktığı yargısal yorumdur.

2. Yargısal Yorum

Yargısal yorum, somut hukuki sorunların çözümü için mahkemelerin yaptığı yorumdur. Mahkemelerin bu iş için yorum yapması kaçınılmazdır. Yani yorum, yargı faaliyetinin ayrılmaz bir parçasıdır.[75]

Yargısal yorumun diğer bir özelliği, yalnızca yargıcın önündeki somut olay bağlamında geçerli olması, yani aynı yargıcın baktığı sonraki davalar veya diğer mahkemeler için bağlayıcı olmamasıdır. Türk hukuku açısından bu kuralın tek istisnası Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu kararlarıdır.

Tarihsel olarak yasama yorumunun yerini neredeyse tamamen yargısal yoruma bırakmasının sebeplerine gelince, bu durumun bir tercihe dayalı olduğu görülmektedir. Bu tercihin sebepleri arasında öncelikle, hukukun statik değil dinamik olmasının istenmesi, sosyal hayatın değişen ihtiyaçlarına uyabilecek yorumun ancak yargı organı tarafından yapılabileceğinin düşünülmesi gelir.[76] Ardından, bilhassa anayasa hukuku özelinde, yargısal yorumun siyasal hırs ve beklentiler ile partizan eğilimlerin dışında

[73] Paolo ALVAZZI del FRATE, "The Origins of the Référé Législatif and the Cahiers de Doléances of 1789", s. 305-307, (04.11.2022), (Çevrimiçi) http://www.rmoa.unina.it/5190/1/Ascheri_4-AlvazzidelFrate.pdf, (Erişim Tarihi: 04.11.2022).
[74] GEDİK, "Anayasa Mahkemesi Kararlarının Yorum Yöntemleri Açısından İncelenmesi", s. 19.
[75] GÖZLER, **Hukukun Genel Teorisine Giriş**, s. 164.
[76] Necip BİLGE, **Hukuk Başlangıcı: Hukukun Temel Kavram ve Kurumları**, 36. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, 2019, s. 211.

kalacağına inanılması; anayasa hükümlerinin bir kısmının soyut ve genel oluşu sebebiyle, bunların geçici politik çoğunluklar tarafından gündelik politikaların aracı haline gelmesi tehlikesine karşı tarafsız yargısal yorumun zorunlu olduğunun kabul edilmesi ve anayasal normların salt siyasal olmaktan çıkıp normatif bir nitelik kazanmasının yargısal yorum yoluyla sağlanabileceğinin düşünülmesi diğer sebepler olarak gösterilebilir.[77]

3. Bilimsel Yorum

Bilimsel yorum ya da diğer adıyla "*doktrin (öğreti) yorumu*", "olan" ve "olması gereken" hukukun, hukukçu bilim insanları tarafından yorumlanmasıdır. Yasama yorumu ve yargısal yorumdan farkı, iki noktada ortaya çıkar: Birincisi, somut bir olaya yönelmekten çok soyut çözümlerle sınırlı kaldığından teorik yönü ön plandadır. İkincisi, herhangi bir bağlayıcılığı yoktur.[78]

Her ne kadar bilimsel yorumun bir bağlayıcılığı olmasa da, bağlayıcı yorum yapma yetkisine sahip olan yargı organı tarafından bilimsel yoruma bir "yardımcı kaynak" olarak başvurulabilir.[79] Bu sebeple, doğrudan olmasa da dolaylı yoldan bağlayıcı hale gelmesi her zaman mümkündür ve bu da bağlayıcı olmaması sebebiyle önemsiz görülmesinin bir yanılgı olacağına işaret eder.

B) Yorumun Amacına Göre Yorum Türleri

Yorum türlerine dair yapılabilecek ikinci ayrım yorumun amacına ilişkindir. Yukarıda, geleneksel öğretide yorumun amacının ne olması gerektiğine dair verilen farklı cevaplara değinilmişti.[80] Bu cevaplar dikkatle incelenirse görülecektir ki, her ne kadar

[77] ODER, **Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri**, s. 9.
[78] GÖZLER, **Hukukun Genel Teorisine Giriş**, s. 165; GEDİK, "Anayasa Mahkemesi Kararlarının Yorum Yöntemleri Açısından İncelenmesi", s. 24.
[79] GÖZLER, **Hukukun Genel Teorisine Giriş**, s. 165; ODER, **Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri**, s. 8.
[80] bkz. yukarıda, s. 7-8.

temel amaç kurala ilişkin belirsizliğin giderilmesi olarak anlaşılıyorsa da giderilecek bu belirsizliğin neye ilişkin olduğu noktasında birbirinden farklı görüşler ortaya çıkmaktadır.

Bu farklılığın kaynağı Barak'a göre hukuki yorum sırasında ortaya çıkan dört temel problemden kaynaklanmaktadır. Bunların birincisi ve en temel olanı, kural metninin "biçim"i ile "öz"ü arasındaki ilişkidir. Bu sorun, yorum sırasında anlamın şekilci bir yaklaşımla yalnızca metnin içinden mi yoksa realist ve özcü bir yaklaşımla metin ile birlikte onu çevreleyen bağlamdan da mı çıkarılması gerektiğine dair bir tercih yapılması gereksiniminden kaynaklanır. Bu soru eğer bağlamın da denkleme dahil edilmesi gerektiği şeklinde cevaplanacak olursa ek olarak bu bağlamın hangi bağlam olduğu sorusu da doğar. Yoruma ilişkin ikinci sorun, biçime anlam veren özün ne olduğudur. Bu sorunun cevabı olmaya aday tercih ise yine ikilidir. Söz konusu öz, ya metnin yazarının sübjektif niyeti ya da kurgusal bir "makul kural koyucu"nun objektif amacı olabilir. Cevap ikincisiyse bir ek soru daha doğar: Söz konusu objektif amaç nedir? Kurallar, kanun koyucunun niyetlerine göre mi, yoksa modern değerlere ve güncel ihtiyaçlara göre mi yorumlanmalıdır? Üçüncü sorun, kural koyucunun sübjektif niyetinin herhangi bir kaynaktan öğrenilebilecek "gerçek" niyeti mi yoksa yalnızca metin içerisinde kullanılan sözlerden öğrenilebilecek "ifade edilmiş" niyeti mi olduğudur. Başka bir deyişle, eğer kanun koyucunun niyetini göz önünde bulundurarak yorum yapacaksak onun murat ettiği niyete mi yoksa yazıya döktüğü niyete mi itibar etmeliyiz? Yoruma ilişkin son sorun ise kuralın objektif özünü ortaya çıkarmak amacıyla yorum yapılacaksa bu özün neye dayanılarak belirlenebileceğine ilişkindir. Bu sorunun cevabı olmaya aday kriterler nereden elde edilebilir?[81]

[81] BARAK, **Purposive Interpretation in Law**, s. 26-30.

Bu dört sorunun nasıl cevaplanması gerektiğine ilişkin ortaya atılan öneriler, yorum yapılırken korunmaya çalışılan değerlere ve dolayısıyla hukuk politikasına ilişkindir ve daha önce belirtildiği üzere[82], "yorum sitemleri" veya "yorum teorileri" adıyla karşımıza çıkmaktadır. Klasik yorum teorisinde yorum teorileri geleneksel olarak sübjektif ve objektif teoriler olarak ikiye ayrılmaktadır. Bu teorilerin ideal tiplerinin günümüzde saf şekilde savunulmadığı görülmektedir. Bunun yerine, iki teorinin argümanları birbiriyle kaynaştırılarak "kombine teoriler" adı altında benimsenebilmektedir.[83]

1. Sübjektif Teori

"İrade teorisi" veya Anglo-Amerikan dünyadaki karşılığıyla "niyetselcilik" ("*intentionalism*") olarak da adlandırılan sübjektif teoriye göre, yorum yapılırken ortaya çıkarılmaya çalışılması gereken şey yasa koyucunun tarihsel-sübjektif iradesidir. Bu anlayış, kuralların, yaratıcısının irade beyanından başka bir şey olamayacağı varsayımından hareket eder. Bu itibarla, kural, yasa koyucunun tarihsel olarak spesifik bir anda ortaya çıkmış ve o andan itibaren asla değişemeyecek olan psikolojik bir tezahürüdür. Bu sebeple de söz konusu irade yeniden oluşturulamaz, ancak başından beri ne olduğu araştırılabilir.[84] Bu bakımdan, kural koyucu ile yorumcunun aynı hat üzerinde ancak zıt yönlerde ilerlediği söylenebilir. Yorumcu, bu hat üzerinde geriye doğru gidip kural koyucunun kuralı yarattığı ana ulaşmalı ve kural konulurken ona verilen anlamın aynısını yorum yapılırken de ona vermeye çalışmalıdır.[85]

Sübjektif teori kapsamında üç çeşit yorum sisteminin varlığından söz edilebilir. Birinci tür, kural koyucunun her spesifik hukuki durumda somut olarak neyi murat ettiğini

[82] bkz. yukarıda, s. 9.
[83] SANCAR, "Temel Hakların Yorumu", s. 37.
[84] *ibid.*
[85] BARAK, **Purposive Interpretation in Law**, s. 32.

tespit etmeyi amaçlayanlarla kural koyucunun kuralı yaratırken dayandığı soyut ve genel amacı tespit etmeyi amaçlayanlar arasındaki ayrıma dayanır. İkinci ayrım, kural koyucunun sübjektif niyetinin yalnızca metne bakılarak mı yoksa metin dışı unsurlar da göz önünde bulundurularak mı tespit edilebileceğine dairdir. Bu ikinci anlayışa göre, metnin dili muğlak ve belirsizse yorumcu kural koyucunun sübjektif niyetini tespit etmek amacıyla metin dışındaki unsurlara da dikkat etmelidir. Sübjektif teorinin üçüncü türü ise kural koyucunun hangi zaman dilimindeki sübjektif iradesinin dikkate alınması gerektiği noktasında bir ayrım yapar. Başka bir deyişle, örneğin kural koyucu parlamentonun yalnızca kuralı koyarkenki iradesi mi belirleyici olmalıdır, yoksa, eğer değişikliğe uğradıysa, yorumun yapıldığı sıradaki iradesi mi?[86]

2. Objektif Teori

Objektif teori, "yasanın içkin anlamı teorisi" veya daha bilinen şekliyle "metincilik" (*"textualism"*) olarak da adlandırılmaktadır. Bu teori, sübjektif teorinin yorum faaliyeti sırasında öne çıkardığı kural koyucunun sübjektif-tarihsel iradesi yerine kural metninin objektif anlamını koyar. Kural koyucunun sübjektif iradesi bu teoriyi savunanlara göre hiçbir önem taşımaz.[87] Bu anlayış, kural koyucuyla kural metni arasındaki bağlantının metnin yazıldığı anda koptuğu varsayımına dayanır. Kural koyucu, metni yazdığı anda görevini tamamlamış olur ve onun metni yazarken taşıdığı niyet yorumda daha fazla yardımcı olamaz.[88] Daha açık bir ifadeyle, kural metni, söylenmiş ve yazılmış bütün sözcükler gibi, bir kez yazılmakla beraber kendi bağımsız varlığını kazanır ve onu yazanların sübjektif niyet ve düşüncelerinden farklılaşan ve hatta onu aşan bazı

[86] BARAK, **a.g.e.**, s. 32-33.
[87] AKTAŞ, "Hukukta Yorum Çabaları", s. 8; SANCAR, "Temel Hakların Yorumu", s. 39.
[88] BARAK, **Purposive Interpretation in Law**, s. 33.

anlamlar yüklenir.[89] Metin, yazıldıktan sonra tıpkı ateşlenmiş bir mermi, yayından fırlamış bir ok gibi kendi yoluna girer ve bir daha asla kaynağına geri döndürülemez.[90]

ABD'de metincilik anlayışının en önde gelen isimleri iki Federal Yüksek Mahkeme yargıcı, Antonin Scalia ve Frank Easterbrook'tur. Scalia, metinciliğin temellerini şöyle ifade eder: *"Objektifleştirilmiş versiyonu seçmemizdeki neden, yasa koyucunun ilan ettiklerini bırakarak, yasa koyucun niyetini araştırmanın demokratik yönetim ve hatta şeffaf yönetimle bağdaşmayacağı anlayışında yatmaktadır."* Ona göre, yönetmesi gereken bağımsız olarak hukukun kendisidir, yasa koyucunun sübjektif iradesi değil.[91] Easterbrook'a göre ise, *"Biz yasanın yapısına bakmalıyız ve sözcükleri, yetenekli, makul, ve objektif bir kullanıcının zihninde yankılandığı gibi işitmeliyiz. Sözcükler, makul bir insana seslenmelidir; özel dil ve subjektif niyetler bir tarafa bırakılmalıdır. Yasaların anlamı, Kongrenin çoklu ve sübjektif iradesinde değil, objektif olarak makul bir insanın kavrayışında bulunmalıdır."*[92]

Yargıç Easterbrook'un ifade ettiği bu yaklaşım esasen metinciliğin yalnızca bir türünü açıklamaktadır. Bu tür, kural koyucunun metni kaleme alırken neyi amaçladığından veya gerçek niyetinin ne olduğundan ziyade metin yazıldığı sırada onu okuyup yorumlayacak makul bir okurun metinden anlayacağı objektif anlamı tespit etmeyi amaçlar. Bu tür, "yeni metincilik" yani "new textualism" olarak adlandırılmaktadır. Bu türün bir adım gerisinde kalarak sübjektif teoriye daha yakın duran "eski metincilik" yani "old textualism" anlayışına göre ise sübjektif teoriye benzer şekilde kural koyucunun niyetinin yorumda dikkate alınması gerektiğini belirtir ancak sübjektif

[89] SANCAR, "Temel Hakların Yorumu", s. 39.
[90] D. V. COWEN, "Prolegomenon to a Restatement of the Principles of Statutory Interpretation", **Journal of South African Law**, C. 1976, No: 2, 1976, s. 157.
[91] Antonin SCALIA, "Common-Law Courts in a Civil Law System: The Role of United States Federal Courts in Interpreting the Constitution and Laws", **A Matter of Interpretation-Federal Courts and The Law**, ed. Amy GUTMANN, Princeton, Princeton University Press, 1997, s. 17.
[92] Frank H. EASTERBROOK, "The Role of Original Intent in Statutory Construction", **Harvard Journal of Law and Public Policy**, C. 11, 1988, s. 65.

teoriden farklı olarak kural koyucunun sübjektif niyetini değil, makul bir insanın sübjektif niyetten anlayacağı kurgusal niyeti öne çıkarır. Objektif teorinin üçüncü türü ise metnin objektif anlamını metnin ulaşmaya çalıştığı objektif amaca bakarak tespit etmeyi önerir. Bu amacın örneğin hukuk sisteminin dayandığı temel değerlere dayanılarak bulunabileceğini savunur.[93]

3. Kombine (Sübjektif-Objektif) Teoriler

Kombine teoriler, temelde sübjektif ve objektif teoriler arasında keskin bir ayrım yapmayarak hem sübjektif teorinin hem de objektif teorinin birbiri yerine değil, birlikte uygulanması gerektiğini savunan teorilerdir. Örneğin Sauer'a göre, yoruma başlarken ilk önce kural koyucunun sübjektif iradesi araştırılmalıdır. Zira, kuralın anlamı onun yaratıcısının iradesi bir kenara bırakılarak anlaşılamaz. Fakat yorumcu yalnızca kural koyucunun sübjektif iradesini tespit etmekle yetinmemelidir. Hukuk, dinamik bir yapıya sahip olduğundan kuralın anlamı zaman içerisinde değişime uğrayacak ve nihayetinde yorumda kuralın uygulanacağı sıradaki anlamı, yani objektif anlamı belirleyici olacaktır.[94]

V. KLASİK YORUM TEORİSİNİN ALTERNATİFİ: REALİST YORUM TEORİSİ

Klasik yorum teorisinin yorumu irade alanında değil, bilme alanında gördüğü daha önce açıklanmıştı.[95] Realist yorum teorisinin klasik teoriden ayrıldığı temel nokta tam da bu konuya ilişkindir. Realist teori, klasik teorinin anlamın metinde en başından beri objektif ve hazır şekilde bulunduğu yaklaşımından farklı olarak, Kelsen öğretisinin etkisiyle yorumun saf olarak bir bilme veya anlama işlemi değil, bir irade işlemi olduğunu

[93] BARAK, **Purposive Interpretation in Law**, s. 34-35.
[94] Sauer'den aktaran: SANCAR, "Temel Hakların Yorumu", s. 40.
[95] bkz. yukarıda, s. 11.

savunmaktadır.[96] Realist teorinin bu iddiası, hukuk normunun bilinmeye elverişli objektif bir anlamı olmadığı kabulüne dayanır.[97] Bunun sebebi ise metin veya "hukuk kuralı" ile "hukuk normu" arasındaki farkla ilişkilidir. Sıklıkla birbirine karıştırılsa da kural metni yalnızca kâğıdın üzerinde yazan çeşitli harflerden veya söylenmiş çeşitli sözcüklerden ibaret olan, tıpkı cansız bir beden iken; hukuk normu denilen kavram yorum süreci sonunda elde edilen, metnin yorumcu tarafından anlam ve adeta bir ruh kazandırılmış halidir.[98] Bu haliyle norm, aslında metnin kendisi değil, yorum sürecinin son bulgusu, yoruma yönelik düşünsel etkinliğin sonuç değeri, yani onun anlamıdır.[99] İşte tam da normun ancak metnin yorumu sonucunda ortaya çıkabilecek bir vargı olması sebebiyle, yorumdan önce metnin bilinebilecek veya keşfedilebilecek herhangi bir anlamının olduğu söylenemez. Metinler kendi kendilerini yorumlayamayacaklarına göre, yorum yorumcuya bağlıdır, yani onun serbest iradesinin ürünüdür ve bu nedenle bir bilme işlemi olmayıp bir irade işlemidir.[100]

Yorumun bilme alanında değil, irade alanında kalması, gerçek kanun koyucunun metnin yazarı değil, onun yorumcusu olduğu çıkarımını yapmamıza izin verir. Zira, esasen yorum, metinden sonra gelir ve yorum öncesinde metin birden fazla olası anlam barındırır.[101] Yorum, metnin içerdiği bu olası anlamlar arasında yapılan bir değerlendirme ve seçim sürecidir.[102] İşte realist teori, kuralın hangi anlama geldiğine dair seçimin

[96] ODER, "Anayasa Yargısında Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu: Düzenleme Biçimleri, Kanıtlama ve Somutlaştırma Sorunları -2001 Anayasa Değişiklikleri Sonrasına İlişkin Gözlemler-", s. 123 Yazara göre, "hukuku uygulayan, yorum sonucunu saptarken, nesnel yorum yöntemlerini ve diğer nesnel araçları kullandığı sürece bilme/anlama sürecinin sonucu olan yorum seçenekleri arasında iradi bir işlemle tercih yapar."; GÖZLER, "Realist Yorum Teorisi ve Mekanist Anayasa Anlayışı", s. 214; METİN, **Anayasanın Yorumlanması**, s. 5.

[97] GÖZLER, "Realist Yorum Teorisi ve Mekanist Anayasa Anlayışı", s. 214.

[98] Aydın İPEK, "Metinden Norma Anayasa Yorumu", **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, No: 5, 2015, s. 931.

[99] GÖZLER, "Realist Yorum Teorisi ve Mekanist Anayasa Anlayışı", s. 210; ODER, "Anayasa Yargısında Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu: Düzenleme Biçimleri, Kanıtlama ve Somutlaştırma Sorunları -2001 Anayasa Değişiklikleri Sonrasına İlişkin Gözlemler-", s. 124; UZUN, "Hukuk Yorumdur", s. 103.

[100] GÖZLER, "Realist Yorum Teorisi ve Mekanist Anayasa Anlayışı", s. 211-212; METİN, "Hukuk Normunun Yorumu", s. 153-154.

[101] GÖZLER, "Realist Yorum Teorisi ve Mekanist Anayasa Anlayışı", s. 211.

[102] Zippelius'tan aktaran: ODER, **Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri**, s. 7.

tamamen yorumcunun serbest iradesiyle belirlendiğini savunduğundan gerçek kanun koyucunun metnin yazarı değil, yorumcusu olduğunu da savunur.[103] Böylece klasik teorinin yorum sürecini açıklamak için kullandığı altlama kavramındaki büyük önermenin de gerçek yaratıcısının metni kaleme alan kanun koyucu değil, onu yorumlayan yargıcın bizzat kendisi olduğu ortaya çıkar.[104] Realist teori taraftarları, kuralların yargıçların kararlarını vermelerinde belirleyici olmadığını ve özünde hukuk kuralları dikkate alınmadan verilen kararların sonradan onanmasında kullanıldığını savunmaktadırlar.[105]

Kuralın her farklı okunuşunun aynı derecede geçerli olma potansiyeli taşımasının ve yorumun "yarışan" anlamlardan birinin seçiminden ibaret oluşunun sonucu yorum sonucunda tek bir objektif doğru sonuca ulaşılabileceği önermesinin reddedilmesini gerektirir.[106] Klasik teorinin metnin yorumlanması sırasında kullanılması gerektiğini savunduğu geleneksel yorum yöntemlerinin, mantık kurallarının veya yorum ilkelerinin hiçbir pozitif hukuki değeri yoktur. Yorumcu, yorum yaparken hiçbir kurala tabi değildir ve tamamen özgürce yorum yapar. Yorumun bilme işlemi olmadığı ve normun metinde başından beri gizli olmadığı önermeleriyle birlikte düşünüldüğünde bu durum, yorum sonucunda tüm yorumcuların aynı sonuca ulaşacağı kabulünün yıkılmasına sebep olur.[107]

Realist teorinin savunduğu bir başka argüman ise metinden norma giden süreçte yorum faaliyetinin kaçınılmaz oluşudur. Bu durum, normun metnin kendisi değil, onun anlamı oluşundan kaynaklanır. Bu anlam, doğrudan doğruya algılanabilir, bilinebilir bir şey olmadığına göre metin bir yorumcu tarafından yorumlanmadan normun ne olduğunun

[103] GÖZLER, "Realist Yorum Teorisi ve Mekanist Anayasa Anlayışı", s. 213; METİN, "Hukuk Normunun Yorumu", s. 106.
[104] METİN, "Hukuk Normunun Yorumu", s. 154.
[105] Frederick F. SCHAUER, **Playing by The Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life**, Oxford, Clarendon Press, 2002, s. 192.
[106] Söz konusu düşünce tarzı "kural şüpheciliği" olarak da adlandırılmaktadır. METİN, "Hukuk Normunun Yorumu", s. 109.
[107] GÖZLER, "Realist Yorum Teorisi ve Mekanist Anayasa Anlayışı", s. 213.

tespit edilmesi ve uygulanması mümkün değildir. Bu da yorumun kaçınılmaz olduğunu gösterir.[108]

Oder, yorum zorunluluğunu ortaya çıkaran nedenleri şöyle sıralar: hukuk normlarındaki sözcüklerin anlamlarının norm içerisinde tanımlanmamış olması, aynı sözcüğün aynı norm içerisinde farklı anlamlara gelecek şekilde kullanılmış olması, sözcüklerin anlamlarının normun yapıldığı zaman ile yorumun yapıldığı zaman arasında değişmiş olması, normun koruduğu hukuksal değerin zaman içinde değişim göstermesi, normun yapılış nedenindeki etkenlerin zaman içinde değişmesi veya ortadan kalkması.[109] Kural metnindeki tüm bu belirsizlikler, metnin kendi içerisinde eksiksiz ve boşluksuz biçimde bir anlam oluşturamayacağını ispatlar ve metne dışarıdan bakıp onu yorumlayacak bir yorumcunun varlığını zorunlu kılar.

Neticede, realist teorinin özellikleri şöyle sıralanabilir: pozitivist, sosyolojik, ampirik ve işlevsel. Pozitivisttir, çünkü hukuku olduğu gibi ele alır, olması gerekenle ilgilenmez. Sosyolojiktir, çünkü hukuku çeşitli sosyal etkenlerin bir ürünü olarak kabul eder. Ampiriktir, çünkü yorumcunun hukuku uygularken seçtiği davranışları hukuk olarak kabul eder. İşlevseldir, çünkü önem verdiği şey uygulanan hukukun ne olduğudur.[110]

[108] Troper'den aktaran: GÖZLER, **a.g.e.**, s. 211.
[109] ODER, **Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri**, s. 5.
[110] Ülker GÜRKAN, **Hukukî Realizm Akımı**, Ankara, AÜHF Yayınları, 1967, s. 147.

İKİNCİ BÖLÜM
ANAYASA YARGISINDA DİNAMİK YORUM VE ORİJİNALİZM

Çalışmanın ilk bölümünde genel hukuki yorum teorisi hakkında temel düzeyde bir çerçeve oluşturulmaya çalışıldı. Bu kapsamda, yorumun ne olduğu, ne amaçla yapıldığı ve nasıl yapıldığı sorularına öğretide hangi yanıtların verildiğinden bahsedildi. Ancak, buraya kadar ele alınan tanım, teori ve yöntemler daha çok özel hukuk kaynaklılardı. Bunların anayasa hukukunda yoruma ilişkin sorunlara ne ölçüde cevap verebildiği henüz incelenmedi.

Bu sebeple çalışmanın bu bölümünde, öncelikle yasaların yorumuna kıyasla çeşitli kendine özgü nitelikler barındıran anayasanın yorumu sorunu ele alınacak, özel hukuk kapsamındaki yasaların yorumu için tasarlanan teori ve sistemlerin anayasanın yorumlanmasında ne düzeyde etkili olabilecekleri sorusu cevaplanmaya çalışılacaktır.

Anayasanın yorumlanması konusunda bazı ek yöntem ve bakış açılarının gerekliliği saptandıktan sonra, bunlar arasından çalışmanın asıl konusunu oluşturan dinamik yorum ve orijinalizm yaklaşımları incelenecektir. Bu yaklaşımların ayrı ayrı ele alınmasının ardından birbirleriyle olan ilişkileri incelenecek ve hangi yaklaşımın temel hakların korunması noktasında daha etkili olduğu konusunda bir sonuca varılmaya çalışılacaktır. Bölüm, dinamik yorum anlayışının ne gibi sınırlar dahilinde işletilmesi gerektiğine dair bazı tespitlerle sonlandırılacaktır.

Bahsedilen incelemelere geçilmeden önce şu akılda tutulmalıdır ki, dinamik yorum ve orijinalizm esasında yalnızca anayasanın yorumlanmasına ilişkin veya sadece yargısal yorumda kullanılabilecek bakış açıları olmak zorunda değildir. Örneğin anayasanın dışında başka kanun formundaki metinlerin yorumunda da dinamik yoruma

veya orijinalizme başvurulmasının mümkün olduğu savunulabileceği gibi yargı organı dışında söz gelimi yürütme organının da dinamik yorumu veya orijinalizmi kullanması mümkün kabul edilebilir.[111] Çalışmada yalnızca anayasa yargısında dinamik yoruma ve orijinalizme ilişkin bir değerlendirme yapılmış olması, bir zorunluluğun değil bir tercihin sonucudur.

Son olarak, bu bölümde "anayasa yargısı" kavramıyla karşılanmak istenen yargı organlarının yalnızca ulusal anayasa mahkemelerinden ibaret olmadığı ve uluslararası insan hakları mahkemelerini de kapsamına aldığı not edilmelidir.

I. GELENEKSEL YORUM YÖNTEMLERİ İLE KLASİK VE REALİST YORUM TEORİLERİNİN YETERSİZLİĞİ VE ANAYASA HUKUKUNUN ÖZGÜL KARAKTERİ

Anayasanın yorumlanmasının kendine özgü hususlarından bahsetmeden önce klasik yorum teorisi, realist yorum teorisi ve geleneksel yorum yöntemlerinin kendi içlerinde ne düzeyde yeterli ve tutarlı olduklarını incelemekte fayda vardır. Zira, ancak bu sayede anayasanın yorumlanması sırasında ihtiyaç duyulacak yöntemlerin hangi nitelikleri taşıması gerektiği daha iyi anlaşılabilir.

Her ne kadar klasik yorum teorisinin eleştirisi daha önce realist yorum teorisi açıklanırken belli açılardan yapılmış olsa da konu daha detaylı bir incelemeyi hak etmektedir. Klasik teorinin belki de en çok eleştirilen tezi yorumun yalnızca açıklayıcı bir faaliyet olduğu ve normun metnin içinde yorumdan önce de mevcut olduğuna ilişkindir. Bu teze realist teorinin yukarıda sözü edilen argümanları dışında getirilebilecek eleştiri,

[111] Örneğin Jack Balkin, yaşayan belgeci düşüncenin yasama ve yürütme organlarından oluşan politik erkler tarafından yargı organına oranla daha fazla kullanıldığını savunmaktadır. Jack M. BALKIN, "Framework Originalism and the Living Constitution", **Northwestern University Law Review**, C. 103, No: 2, 2009, s. 561.

söz konusu önermenin, kural metni yazılırken gelecekte meydana gelebilecek olayların tamamının çözümünün metin içerisine sığdırılabileceğine dair bir kabule dayalı olmasından kaynaklanır. Hukuk kurallarını koyan kişilerin de birer insan oldukları gerçeği karşısında normun kapsamına girebilecek tüm somut olayları öngörebilmeleri ihtimalinin ne kadar gerçek dışı olduğu kolaylıkla anlaşılabilir. Bu durumda, hukuk kurallarının yorumlanmadan önce de normu içinde barındırdığı varsayımı hatalı bir öncüldür ve bu öncülün üstüne inşa edilecek ilke veya yöntemler de aynı hatanın izlerini taşıyacaklardır. Bunun yerine, normun yorumla birlikte oluştuğunu ve yorumun tamamıyla biçimsel mantığa dayanan bir matematik işlemi değil de doğasında yaratıcılığın içkin olduğu bir süreç olduğunu kabul etmek daha isabetli bir yaklaşım olacaktır.[112]

Normun metnin içinde yorumdan önce de mevcut olduğu argümanı ile aynı mantıksal öze sahip olan, yorum yoluyla ulaşılabilecek tek bir doğru hukuki sonuç olduğu tezi de eleştiriyi hak eder. Doğrusu, yorum zorunlu olarak birden fazla anlamın imkânına işaret eder.[113] Üstelik bu mümkün yorumların birbiriyle çeliştiği de sıkça görülür. "Doğru" yorumun peşine düşen bir yorum teorisinin tüm çabaları nafiledir. *"Anlama ve anlayışa ulaşmanın bedeli, kesinlikten vazgeçmektir. (...) Hukuki sorunlar için bulunabilecek yahut daha önceden formüle edilmiş 'tek bir doğru cevap' yoktur."*[114] Esasında, hukuki yorumun tek bir doğru cevaba ulaşma gayesiyle yapılması şaşırtıcı bir durum değildir. Zira hukuki karar verme sürecinin iki önemli tarafından biri olan yargıcın verdiği kararlara meşruluk kazandırmak için kendi yorumunun ulaşılabilecek tek doğru yorum olduğunu savunması da olağandır, diğer önemli taraf olan kendileri hakkında karar

[112] SANCAR, "Temel Hakların Yorumu", s. 50-51.
[113] ALİEFENDİOĞLU, "Anayasal Yargıda Yorum", s. 6.
[114] UZUN, "Hukuk Yorumdur", s. 101-102; BARAK, "Hermeneutics and Constitutional Interpretation Comparative Constitutionalism", s. 769; Umberto ECO, **Yorum ve Aşırı Yorum**, 3. bası, İstanbul, Can Yayınları, 2003, s. 44-45.

verilen muhatapların, kaderlerini belirleyen yorum faaliyetinin başka türlü bir sonuca imkân tanımadığına inanması da.[115] Ne var ki bir şeye duyulan ihtiyaç veya onun doğru veya gerçek olduğuna dair beklenti, o şeyin doğru veya gerçek kabul edilmesi için yeterli bir sebep oluşturmaz.

Böylelikle gerekçesi açıklanmış bulunan "tek bir doğru cevabın olmaması" kuralının herhangi bir istisnası da bulunmamaktadır. Klasik teorinin benimsediği "metnin sözde açıklığı" tezine göre bir kuralın sözü yeterince açıksa ancak tek bir doğru cevabı olabilir ve yoruma ihtiyaç yoktur.[116] Bu durumda metindeki tam ve açık anlama sahip sözcükler doğal ve olağan anlamlarına uygun biçimde anlaşılmak zorundadır.[117] Ancak bu görüş yerinde değildir. Bunun en önemli sebebi, bir kuralın anlamının açık olduğunu söyleyebilmek için de öncelikle onu yorumlamanın gerekmesidir.[118] Bir metnin açık olmamasına dair tespit yorum sürecinin ancak bir ara sonucu olabilir, yorum sürecini başlatmak için bir gerekçe veya daha doğru bir deyişle sebep olamaz.[119] Kurallar ne kadar açık ve detaylı olursa olsun, her zaman anlamları hakkında birbirinden farklı ve hatta birbiriyle çelişen yorumlar ortaya çıkması mümkündür.[120] "Yazılı olsun veya olmasın, bütün yasaların yorumlanmaya ihtiyacı vardır."[121]

Bütün yasaların yorumlanmaya ihtiyacının olması, hukukun uygulanmasının onun yorumlanmasından ayrılamayacağı anlamına gelir.[122] Çağdaş yorum anlayışında yargıç,

---

[115] UZUN, "Yorumu Hukuktan Kurtarmak", s. 236.
[116] Bu yaklaşım, geleneksel olarak öğretide ve yargı kararlarında egemen olan yaklaşımdır. Bu konuda bkz. KEYMAN, **Hukuka Giriş ve Metodoloji**, s. 136-137.; *"Kanunun açık olduğu durumlarda yoruma ve gerekçeye başvurulamaz."* (Yargıtay İBGK, E. 2005/1, K. 2007/1, k.t. 19/1/2007).
[117] Bu yaklaşım ayrıca, Mecelle'de "*Mevrid-i nass'da içtihada mesağ yoktur.*", Latincede "*In claris non fit interpretatio*" ilkeleriyle ifade edilmekte yabancı hukuk sistemlerinde de "*acte clair doktrini*" veya "*plain meaning rule*" kavramlarıyla karşılanmaktadır.
[118] ALİEFENDİOĞLU, "Anayasal Yargıda Yorum", s. 3; BARAK, **Purposive Interpretation in Law**, s. 4; SANCAR, "Temel Hakların Yorumu", s. 53.
[119] BARAK, **Purposive Interpretation in Law**, s. 13.
[120] METİN, **Anayasanın Yorumlanması**, s. 2 Yazar, çelişkili şekilde, anayasa hükmünün ancak sözel anlamı kuşkuya yol açıyorsa yorumlanabileceğini savunmaktadır. METİN, **a.g.e.**, s. 3.
[121] Thomas HOBBES, **Leviathan**, Onüçüncü baskı, İstanbul, Yapı Kredi Yayınları, 2014, s. 208.
[122] ALİEFENDİOĞLU, "Anayasal Yargıda Yorum", s. 3.

artık Montesquieu'nün bir zamanlar betimlediği gibi "kanun koyucunun ağzı" olarak nitelendirilemez, yargıç kuralı yorumlayan, uyarlayan ya da yeniden tasarlayarak somutlaştıran ve böylelikle siyasal ve toplumsal yaşam üzerinde önemli bir etki yaratan kişidir.[123] Kaldı ki, yargıcın kanunun ağzı olduğunu savunmak, sanılanın aksine, hukuk güvenliğine daha çok zarar veren bir iddia olarak da görülebilir. Zira, bu anlayışa göre yargıç, yorum yaparken vardığı sonuçlara tamamen sübjektif değerlendirmelerine göre varmış olsa da yorumunun yalnızca kanunun emrettiği şeyin somut olaya intibakı olmakla sınırlı kaldığını, kendisinin sadece kanunun ağzı olduğunu iddia ederek yaptığı "yöntemsel çarpıtma"yı[124] gizleyebilir ve hukuk güvenliği tamamen sarsılmış olur. Kararların norm metinlerinin otomatik sonuçları olduğu ya da yargıçların sadece yasanın dili işlevini gördüğü iddiası, gerçekliğin çarpıtılmasıdır.[125] Sancar, bu durumu şöyle açıklamaktadır: *"Yorumun ön şartlarının ve yorum sürecini belirleyen faktörlerin göz ardı edilerek, bütün vurgunun yönteme yapılması, bu vurguya rağmen yöntem konusunda doyurucu ilkelerin geliştirilememesi; geleneksel öğretinin başlıca varsayım ve araçlarının, hukuksal temellendirme modelinde gizleme teknikleri işlevi gördükleri şüphesini uyandırmaktadır. Başka bir deyişle, geleneksel yorum öğretisi, yorum sürecinin sağlıklı bir işleyişe kavuşması ve rasyonel karar üretme imkanlarının yaratılmasına değil; yorum sürecinin kurucu unsurlarının "maskelenmesi"ne hizmet etmektedir."*[126]

Sancar'ın bu ifadeleri, geleneksel yorum araçları konusunda doyurucu ilkelerin geliştirilememesine ilişkin vurgusu bakımından da önemlidir. Kuşkusuz, yorumun

[123] ODER, **Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri**, s. 1; İPEK, "Metinden Norma Anayasa Yorumu", s. 933; METİN, **Anayasanın Yorumlanması**, s. 4.
[124] Yorum yöntemlerinin hukukta nesnel bir sonuca ulaşmak amacıyla kullanılmasından ziyade, yorumdan önce ulaşılmak istenen öznel amaçların meşrulaştırılması için kullanılmasına yöntemsel çarpıtma; görünüşte (pseudo) kanıtlama ya da kanıtlanması gerekeni kanıt olarak kullanma yani *"petitio principii"* denir. ODER, "Anayasa Yargısında Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu: Düzenleme Biçimleri, Kanıtlama ve Somutlaştırma Sorunları -2001 Anayasa Değişiklikleri Sonrasına İlişkin Gözlemler-", s. 123-124.
[125] Mithat SANCAR, **"Devlet Aklı" Kıskacında Hukuk Devleti**, 7. Baskı, İstanbul, İletişim, 2014, s. 192.
[126] SANCAR, "Temel Hakların Yorumu", s. 58.

objektifleştirilebilmesi adına metodolojik bazı güvenceler geliştirilmesi son derece önemlidir. Ancak bu güvenceler, anlamanın kurucu faktörleri olarak değil, yorum sırasında ortaya çıkan çeşitli sorunları düzeltmeye çalışan araçlar olarak görülmelidir.[127]

Klasik teorinin yöntem açısından eleştirilmesinin bir diğer nedeni ise başat hedef olarak belirlediği hukuki kesinliği sağlamak amacıyla kullandığını iddia ettiği yorum yöntemleri arasında bir sıra düzeninin önsel olarak (a priori) mevcut olmayışı sebebiyle yorumun keyfiliğine engel olamamasıdır.[128] Her bir yorum yöntemi, metne yöneltilecek spesifik bir soruya cevap verir ve bu sorunun türüne göre, yorum süreci de farklı bir seyir izleyebilir. Bu durum klasik teorinin tutarsız yanını ortaya koymak açısından önemlidir. Zira, her ne kadar klasik teori normun verili ve tek bir anlamı olduğunu iddia edip yorum yöntemleri vasıtasıyla yorumcunun bu tek anlamı ortaya çıkarmaya çalışması gerektiğini iddia etse de her yorum yönteminin yorumcuyu birbirinden farklı anlamlara götürme potansiyeline sahip olması klasik teorinin "verili ve tek doğru cevap" tezini bir kez daha çürütmüş olur.

Geleneksel yorum yöntemlerinin pratikte, çoğunlukla, önceden belirlenmiş anlama bir temellendirme çerçevesi sunma işlevi görmesi geçerlilikleri konusunda da soru işaretleri uyandırır. Kriele'ye göre, "bir yöntem kuralına bazen uyulur, bazen uyulmazsa, bu o kuralın geçerli olmadığı anlamına gelir."[129]

Geleneksel yorum yöntemlerinin ayrı ayrı kendi içlerinde de eleştiriye açık yönleri vardır. Bu eleştirilerin ne olduğu sorusuna sözel yoruma yöneltilen eleştirilerle başlanacak olursa, ilk itirazın sözel yorumun tek başına kullanıldığında ortaya çıkarması mümkün olan absürt sonuçlara ilişkin olduğu görülür. Başka yorum yöntemleriyle

[127] SANCAR, **a.g.e.**, s. 55-56.
[128] SANCAR, **a.g.e.**, s. 56.
[129] Kriele'den aktaran: SANCAR, **a.g.e.**, s. 57.

desteklenmez ve sözel yorumla ulaşılan ilk anlamla yetinilirse yorum eksik ve dolayısıyla hatalı olmaya mahkûmdur. Bu durum, bir ABD Federal Yüksek Mahkemesi kararında şöyle dile getirilmiştir: *"Bir şeyin kanunun sözünde yer alması, ancak ruhunda ve yasa koyucunun niyetinde bulunmadığı için kanunda yer almaması alışılmış bir kuraldır."*[130] Türk Anayasa Mahkemesi'nin 1982 Anayasası'nın darbe yönetimine "çıkış garantileri" de sağlayan geçici 15. maddesinin sağladığı güvenceyle çıkarılan çeşitli temel kanunların anayasaya uygunluk denetimini yaparken ve Siyasi Partiler Kanunu'nu yorumlarken katı bir şekilde sözel yoruma bağlı kalması, sözel yorum tek başına bir yorum yöntemi olarak kullanıldığında ne denli olumsuz sonuçlar doğurabileceğine dair örnekler olarak karşımızda durmaktadır.[131] Metnin dilinin yorumun sınırını oluşturduğu görüşü kabul edilse dahi yoruma dair en önemli hususun metnin dili olduğu söylenemez. Yorum faaliyeti, metnin sözel içeriğiyle başlar ancak sözel içeriğiyle son bulmaz. Yine de yorumun son bulduğu yerin metnin sözel sınırlarının içinde kalması gerektiği savunulabilir.[132]

Tarihi yorum yöntemi ise toplumsal yaşamdaki değişimleri göz ardı ettiği[133] ve kuralın bir defa yapılmakla onu yapanlardan bağımsız bir nitelik kazandığı düşüncesini hiçe saydığı gerekçeleriyle eleştirilmektedir. Bir diğer sebep ise tarihi yorum sırasında başvurulabilecek bir araç olarak görülen kanuna dair hazırlık çalışmalarının kendisinin de diğer hukuki metinler gibi yoruma muhtaç olması sebebiyle yoruma kaynaklık edecek bir araç olarak seçilmesinin yorum sorununu çözmek için yeterli görülemeyeceğidir.[134] Tarihi yorum yöntemine yapılan en önemli eleştirilerden biri de yasa koyucunun gerçek

[130] *Church of the Holy Trinity v. United States,* 143 U.S. 457 (1892).
[131] Söz konusu kararlar hakkında detaylı bilgi için bkz. GEDİK, "Norm Denetimi Bakımından Otorite Özgürlük Sarmalındaki Türk Anayasa Mahkemesinin Yorum Yöntemlerine İlişkin Bazı Değerlendirmeler", s. 309-311.
[132] BARAK, **Purposive Interpretation in Law**, s. 19.
[133] ALİEFENDİOĞLU, "Anayasal Yargıda Yorum", s. 5.
[134] Aarnio'dan aktaran: GÖZLER, **Hukukun Genel Teorisine Giriş**, s. 168.

iradesini keşfetmenin zorluğu noktasındadır.[135] Herhangi bir konuda herhangi bir karar alan herhangi bir kişinin iradesini keşfetmek hukukun değil, psikolojinin işidir. Hatta psikolojinin dahi bu tarz bir iradeyi keşfetme konusunda kesin bir başarı göstermesi beklenemez. Kurul halinde çalışan parlamento gibi organların "gerçek" iradesini tespit etmeye yönelik bir çaba ise hem kurulların kolektif bir irade göstermesinin imkansızlığı sebebiyle mantıksız, hem de *"kamu tercihi kuramı" (public choice theory)* gibi siyasal karar alma süreçlerini ekonomik bakış açısıyla ele alarak eleştiren yaklaşımlara göre yararsızdır.[136] Son olarak kuralın konduğu zaman ile yorumlandığı zaman arasında toplumsal ihtiyaçlar ve kuraldan beklenen fayda değişikliğe uğramış olabilir. Bu sebeple, kanun koyucunun niyetini açıkladığı zamanın ihtiyaçlarına göre kuralları yorumlamak uygun olmayan sonuçlar doğurabilir. Keza, ilan edilmiş kural metni yerine kanun koyucunun ilan edilmemiş ve belirsiz "gerçek" iradesini koymaya çalışmak hukuk güvenliği bakımından da tehlikeli sayılabilir.[137] Tarihi yorumun en önemli çelişkilerinden biri de normların güncel koşullara uyarlanarak yaşamalarına izin vermeyerek Anayasa'ya aykırı hale gelmiş yasa koyucunun iradesi karşısında normların iptaline neden olabilmesidir. Bu sonucun tarihi yorumun vurguladığı yasa koyucunun üstünlüğü düşüncesiyle bağdaştırılabilmesi mümkün değildir.[138]

Amaçsal yorum yönteminin yorum öğretisinde önemli ve ayrıcalıklı bir konumda görüldüğünden daha önce bahsedildi. Ancak amaçsal yorumun da herhangi bir eleştiriden muaf olduğu söylenemez. Amaçsal yoruma dair eleştiriler temel olarak iki kümede toplanabilir: Birincisi, bir kuralın tek bir amacının değil, birbiriyle yarışan ve hatta çatışan

[135] AKTAŞ, "Hukukta Yorum Çabaları", s. 14.
[136] "Boudreau, McCubbins ve Rodriguez'e göre, yasa koyucu, şirketler, mahkemeler ve jüriler gibi kolektif bir yapıya sahip olduğu için gerçek iradesini belirlemeye çalışmak çok anlamlı değildir. Normatif tartışmalarda anlamlı olan bu tür kollektivitelerin eylemlerinin ne anlama geldiğini belirlemektir. Cherly BOUDREAU, Mathew D. MCCUBBINS, Daniel B. RODRIGUEZ, "Statutory Interpretation and the Intentional(Ist) Stance", **Loyola of Los Angeles Law Review**, C. 38, 2005, s. 2143. Kamu tercihi kuramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ODER, **Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri**, s. 100-102.
[137] AKTAŞ, "Hukukta Yorum Çabaları", s. 15; ODER, **Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri**, s. 87.
[138] ODER, **Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri**, s. 229.

birden fazla amacının olabilmesinden kaynaklıdır. "Amaç çoğulluğu" olarak adlandırılabilecek bu olasılıkta yarışan veya çatışan amaçlardan birini seçmek, yorumcunun öznel kanaatlerinin yorum sırasında etkili olmasına sebep olabilir ve bu durum hukuk güvenliğinin sarsılmasıyla sonuçlanır. İkinci olarak, kuralın amacının diğer yorum yöntemlerinin desteği olmadan belirlenmesinin mümkün olmadığı iddia edilmiştir. Müller'e göre, kuralın amacı ancak diğer yorum yöntemleri ile kanıtlanıp desteklenerek ortaya konabilir.[139]

Buraya kadar klasik teori ve geleneksel yorum yöntemlerinin eleştirilmesinin sebepleri ele alındı. Ancak bu konudaki eleştirilerin sayıca fazlalığı realist yorum teorisinin her iddiasında haklı olduğu ve eleştirilemeyeceği anlamına gelmez. Realist teorinin eleştirilebileceği en önemli husus yorumun tamamen serbest şekilde yapıldığına yönelik argümanıdır. Realist teorinin bu konudaki akıl yürütmesini Gözler şöyle özetlemektedir: *"Eğer bir kanun metninde, yargı organının uygulamak için seçebileceği birden fazla norm mevcut ve eğer yorum, metnin içerdiği alternatif normlar arasında yapılan bir seçimse ve eğer bu seçimi de yorumcu yapıyorsa, yorumcu bu seçimi serbestçe yapar."*[140] Halbuki, bu akıl yürütme sonucunda söz konusu çıkarıma ulaşmak zorunlu değildir. Gerçekten, kural metni, norma ilişkin birden fazla olasılık içerir ve yorum da bu olası anlamlar arasından birinin seçimidir. Ancak seçimin yorumcu tarafından iradi olarak yapılıyor olması bu seçimin tamamen serbest şekilde yapılmak zorunda olduğu anlamına gelmez. Yorum yaparken her ne kadar eksik ve yetersiz yanları olursa olsun yorum yöntemleri ve yorum ilkeleri gibi çeşitli yorum araçlarının yardımından faydalanılması mümkündür. Mümkün olması bir yana, bu araçlardan faydalanılması, yani yoruma dair bir metodoloji geliştirilmesi hukuk devleti idealinin gerçekleştirilebilmesi için son derece

[139] ODER, **a.g.e.**, s. 112-113.
[140] GÖZLER, "Realist Yorum Teorisi ve Mekanist Anayasa Anlayışı", s. 212.

önemlidir de. "*Akılcı, denetlenebilir ve tartışılabilir bir metodoloji, günümüz endüstri toplumlarında gerekli olan öngörülebilme ve yargı kararlarının eleştiri ve denetimi için yeri doldurulamaz bir gerekliliktir.*"[141] Bundan daha da ileri giden bir görüşe göre ise bir metodoloji ve kanıtlama süreci içermeyen yargı kararlarında hukuki yorumun varlığından dahi söz edilemez. Zira, kanıtlama aşamaları sağlam ve açık biçimde oluşturulmaz veya bu aşamalar yargısal kararda açıkça saptanamazsa yorum, nesnel ve kamuya açık biçimde sınanabilir olmaktan çıkar. Bu durumda da yargının hukuk devleti ilkesine uygun davrandığı söylenemez.[142] Realizmin benimsediği metodolojisiz yaklaşımın yaratabileceği bir diğer olumsuz sonuç ise hukukun çok fazla defa gözden geçirilmesi ve bunun sonucunda düzensizliği beraberinde getirme tehlikesidir. Realistlerin hukukun formel içeriklerini adeta yalnızca kararı dekore etmek için kullanmaları, yargının denetlenemezliğine yol açar. Realizmin eleştiriyi hak eden bir diğer yönü de hukuki yorumun tamamen "değer"lere dayalı bir uğraşı olduğu gerçeğini göz ardı etmesidir. Nitekim, yargı kararlarında da sıklıkla çeşitli değerlere gönderme yapılarak inceleme yapılmaktadır. Realizm tutarlı olmak istiyorsa hukukun gerçekte nasıl işlediğine önem verdiğini iddia ederken mahkemelerin değerlere dayalı olarak inceleme yaptığı gerçeğini de göz önünde bulundurmalıdır. Yorumda esas alınacak unsurlar arasından değerleri dışlayıp tamamen olgulara dayalı bir değerlendirme yapmak realizmi tutarsız hale getirir.[143]

Peki klasik ve realist yorum teorilerinin kendi içindeki bu tutarsızlık ve yetersizliklerinin anayasanın yorumlanması konusunda ne tür etkileri olabilir? Acaba tutarsız ve eksik olsalar da bu teoriler ve kullandıkları yorum yöntemlerinin anayasanın

[141] Öner EYRENCİ, "Anayasanın Yorumlanması Yöntemlerine Genel Bir Bakış", **Amme İdaresi Dergisi**, C. 14, No: 1, 1981, s. 46.
[142] ODER, "Anayasa Yargısında Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu: Düzenleme Biçimleri, Kanıtlama ve Somutlaştırma Sorunları -2001 Anayasa Değişiklikleri Sonrasına İlişkin Gözlemler-", s. 123-124.
[143] METİN, "Hukuk Normunun Yorumu", s. 111-114.

yorumlanması için ne olursa olsun tek çare olduğu söylenebilir mi? Bu soruların cevabını verebilmek için öncelikle anayasaların yorumu ile yasaların yorumu arasında niteliksel bir farklılığın bulunup bulunmadığı sorusu cevaplanmalıdır.

Alman hukukçu Ernst Forsthoff, yazılı anayasaların biçimsel olarak birer yasa oldukları gerekçesiyle, anayasanın da diğer yasaların yorumunda kullanılan geleneksel yorum yöntem ve ilkelerine göre yorumlanması gerektiğini savunmuştur.[144] Ona göre, anayasanın anlam bakımından belirlenebilir, uygulama bakımından da denetlenebilir olmasının tek yolu budur. Aksi halde keyfilik önlenemez ve hukuk devletinin yargıçlar devletine dönüşmesi kaçınılmaz hale gelir.[145] Ancak, yasaların yorumunda başvurulan geleneksel yorum yöntemlerini geliştiren Savigny'nin anladığı anlamda yasa kavramı ile anayasa normları arasında önemli düzeyde niteliksel farklar vardır.[146] Nitekim Savigny'nin kendisi de öğretisinin özel hukuka ilişkin olarak geliştirildiğini açıkça ifade etmiş ve görüşlerini kamu hukukuna bilinçli olarak teşmil etmemiştir.[147]

Aslında ilk bakışta, biçimsel açıdan yasanın da anayasanın da birer hukuk kuralı olduğu göz önünde bulundurulduğunda anayasanın da bir yasa olduğu sonucuna varılabilir ve bu mantık yürütmenin metodolojik sonucu olarak da anayasanın da bir yasa gibi yorumlanmasının zorunlu olduğu düşünülebilir. Ne var ki, maddi açıdan yasalar hukuk kuralı karakterinin ötesinde, belli bir normatif-içeriksel yapıya sahiptir. Bu yapı, bir "hedef-program"dan ziyade bir "şartlı program" olarak formüle edilir ve altlamanın unsurları olan büyük önerme ile küçük önerme arasında görece somut bir bağlantı içerir. Yasaların bir başka özelliği, çıkarıldıktan sonra, kendilerine benzer yapılar gösteren kuralların oluşturduğu (mevcut) bir yasalar evrenine dahil olmalarıdır. Bu evrenin bir

[144] Forsthoff'tan aktaran: EYRENCİ, "Anayasanın Yorumlanması Yöntemlerine Genel Bir Bakış", s. 47.
[145] Forsthoff'tan aktaran: SANCAR, "Temel Hakların Yorumu", s. 89-90.
[146] EYRENCİ, "Anayasanın Yorumlanması Yöntemlerine Genel Bir Bakış", s. 47; BOYAR, "Anayasal Uyuşmazlıklarda Yorum", s. 1.
[147] Savigny'den aktaran: SANCAR, "Temel Hakların Yorumu", s. 95.

unsuru olmak, yasanın içeriğinin belirginleştirilmesi ve gerekirse tamamlanmasını daha da kolaylaştırır.

Yasanın bu özelliklerine karşılık; anayasanın metinsel ve normatif yapısı parçalıdır.[148] Anayasanın yetki paylaşımı, organizasyon, usul, atıf ve süre gibi konulara ilişkin hükümleri genellikle ayrıntılı ve görece somut hükümler içerirler.[149] Nispeten teknik sayılabilecek bu hükümler, normatif-içeriksel açıdan yasa kavramına oldukça yakındırlar. Fakat, anayasanın genel esaslar ve temel haklar bölümleri çok daha genel, soyut, kısa, öz ve muğlak hükümler olarak karşımıza çıkarlar. Bu durum "anayasanın açıklığı" olarak adlandırılır.[150]

Anayasanın bu tür muğlak ve geniş kapsamlı hükümler içermesinin birçok nedeni vardır. Bu durum hem anayasa yapım sürecinin kendine has özelliklerinden hem de aşağıda açıklanacak olan yapısal zorunluluklardan kaynaklanır. Anayasa yapım sürecinin metnin açıklığına etkisini Metin şöyle açıklamaktadır: *"Uzlaşmacı ve oydaşmacı anayasa yapımında siyasal grupların hepsi veya çoğu, anayasanın kaleme alınmasına katılırlar. Anayasa yapımı sürecinde görece bir siyasal sorumluluk duygusu hâkim olur; dogmatik çözümlerden kaçınılır, pazarlık, ödünleşme ve uzlaşma yoluyla anlaşmalara varılır. Bu ödünleşmeler nedeniyle anayasanın özellikle belirsiz yazılmış hükümler taşıması mümkündür."*[151] Anayasa yapım sürecinin anayasal sorunların çözümünü zorlaştıran bir başka özelliği de özellikle bölünmüş toplumlarda üzerinde uzlaşmanın zor olduğu bazı

[148] SANCAR, **a.g.e.**, s. 90-91.
[149] BOYAR, "Anayasal Uyuşmazlıklarda Yorum", s. 142.
[150] METİN, **Anayasanın Yorumlanması**, s. 33; ODER, "Anayasa Yargısında Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu: Düzenleme Biçimleri, Kanıtlama ve Somutlaştırma Sorunları -2001 Anayasa Değişiklikleri Sonrasına İlişkin Gözlemler-", s. 127.
[151] METİN, **Anayasanın Yorumlanması**, s. 34.

önemli anayasal konuların düzenlenmesinden kaçınılması ve bu konulara dair tartışmaların olağan yasama süreçlerine havale edilmesidir.[152]

Çağdaş anayasacılık anlayışında öne çıkan kazuistik düzenleme eğilimi de söz konusu açıklığın giderilmesi açısından önemli bir farklılık yaratmaz. Çünkü genel esaslara ve temel haklara ilişkin hükümleri detaylandırma isteği ne kadar kuvvetli olursa olsun, normatif-içeriksel açıdan yasalardaki tekniklik ve belirginlik düzeyine ulaşmak yine de mümkün değildir. Zira, anayasanın barındırdığı özgürlük, eşitlik, hukuk devleti, sosyal devlet, demokrasi gibi kavramlar, siyaset bilimi ve felsefenin en tartışmalı kavramlarına işaret eder ve tamamıyla değer yüklüdürler. Tam da bu sebeplerle, bu ve benzer kavramların pozitif bir metinde ayrıntılı olarak tanımlanması mümkün değildir; mümkün olsa dahi işlevsiz ve sakıncalıdır.[153] Bu uğraşının neden işlevsiz ve sakıncalı olduğuna daha sonra dinamik yorum ve orijinalizm anlayışları tartışılırken değinilecektir.

Yasaların yorumu ile anayasanın yorumu arasındaki farklılığın bir başka sebebi de anayasanın ortaya çıkış şekli ile normlar hiyerarşisinde sahip olduğu konumun da yasalardan farklı olmasıdır. Anayasa normlar hiyerarşisi içerisinde sahip olduğu konumda tamamıyla yalnızdır, kendisiyle eş düzeyde başka hiçbir norm bulunmaz. Sancar'ın deyişiyle, *"Anayasa kendisi içindir ve zorunlu olarak tek başınadır"*. Bu sebeple de yasalar gibi kendisiyle aynı bağlamı paylaşan başka normlarla sistematik bir ilişki kurarak yorumlanma imkanına sahip değildir.[154]

Özetle, anayasanın "siyasal" niteliği, anayasal kural ve kurumların önemli felsefi ve siyasal tartışmaların odağında yer almaları ve özellikle temel haklara ilişkin olan ve

[152] Bu konuda ayrıntılı bilgi ve örnekler için bkz: Hanna LERNER, **Making Constitutions in Deeply Divided Societies**, 1. bs, Cambridge University Press, 2011.
[153] SANCAR, "Temel Hakların Yorumu", s. 92; BOYAR, "Anayasal Yorumla Yasal Yorum Arasındaki Benzerlik ve Farklılıklar Üzerine Bir Değerlendirme", s. 272.
[154] Böckenförde'den aktaran: SANCAR, "Temel Hakların Yorumu", s. 92.

genel esasları düzenleyen anayasa normlarının esnek ve belirsiz yapıları geleneksel yorum öğretisinin yukarıda da açıklanmış bulunan mevcut eksiklik ve yetersizliklerinin anayasa hukukunda iyice belirginleşmesine sebep olur ve bu hukuk alanı bakımından kendine özgü bir metodoloji ve yorum yöntemleri bütünü oluşturma ihtiyacı yaratır. Kuşkusuz bu tespit, geleneksel yorum öğretisinin hiçbir değerinin ve işlevinin olmadığı anlamına gelmez. Geleneksel öğretinin anayasanın yorumlanması sırasında da kaçınılmaz olarak başvurulabilecek araçlar olduğu görüşü kabul edilebilir. Ancak bu yöntemler anayasa hukukunda genel geçer ve nihai yöntemler olarak değil, ancak yorum sürecini başlatan yardımcı bakış açıları olarak görülmelidir.

Anayasanın canlı, siyasal yaşam içinde gelişen ve dönüşüm yeteneğine sahip bir normatif yapı olduğu gerçeğini yadsıyan geleneksel yaklaşımın yerine, bu gerçekleri göz ardı etmeyip; sosyal hayatın, bilimsel ve teknik ilerlemelerin gerektirdiği ihtiyaçlara cevap vermeyi mümkün kılacak yöntem ve bakış açıları geliştirmek zaruridir. Nitekim, bu gereklere ve gerçeklere cevap vermeye çalışan çeşitli yorum yöntemleri ve bakış açıları gerçekten de geliştirilmiştir. Bunlara, sisteme uygun yorum, topik, temel hakların dengelenmesi, pratik uyuşum, somutlaştırma, temel haklar lehine yorum ve dinamik yorum gibi pek çok örnek verilebilir. Bir sonraki başlıkta da, sayılan bu yorum yöntemleri ve yaklaşımlar arasından çalışmanın asıl konusunu oluşturan dinamik yorum ve orijinalizm anlayışları detaylarıyla incelenecektir.

II. DİNAMİK YORUM ANLAYIŞI

Dinamik yorum anlayışının genel bir çerçevesinin çizilmeye çalışılacağı bu kısımda, öncelikle kavramsal bir analiz yapılıp dinamik yorum ve onun muadili sayılabilecek başka bazı kavramların ne anlama geldiği ve bunların birbiriyle ilişkisi ele alınacak; bunun yanında dinamik yorum anlayışının çeşitli yorum teori ve yöntemleri arasında nasıl bir konumunun olduğu ve bu teori ve yöntemlerden hangi açılardan ayrıştığı ile onlara hangi yönlerden benzediği tartışılarak niteliği hakkında bir öneride bulunulacaktır.

Ardından dinamik yoruma neden ihtiyaç duyulduğu ve uygulanması yoluyla hangi avantajların elde edilebildiği soruları cevaplanmaya çalışılacak; ayrıca somut olarak dinamik yorumun hangi görünüm biçimleriyle tezahür ettiği incelenecektir.

Dinamik yorum anlayışının genel çerçevesi böylece çizildikten sonra, öğretide ve uygulamada karşılaştığı çeşitli eleştiriler özetlenip son olarak bir uluslararası insan hakları sözleşmesi olarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) anayasalar karşısındaki özel durumundan bahsedildikten sonra orijinalizm anlayışının incelenmesine geçilecektir.

A) Kavramsal Çerçeve

1. Dinamik Yorum Anlayışının Tanımı ve Kavramın Muadilleri

Dinamik yorum, hukuki metinlerin; esneklik[155] ve etkinliğinin[156] güvence altına alınması amacıyla, kurucu iktidarın iradesine, normun yapıldığı tarihsel koşullara[157] veya

[155] Kanstantsin DZEHTSIAROU, "European Consensus and the Evolutive Interpretation of the European Convention on Human Rights", **German Law Journal**, C. 12, No: 10, 2011, s. 1731.
[156] Naz ÇAVUŞOĞLU, "İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ni 'Yaşayan Belge' Yapan Yorum Teknikleri", **Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü İnsan Hakları Yıllığı**, C. 14, 1992, s. 132.
[157] EREN, "Hukuki Yorum Yöntemleri Açısından Bireysel Başvuru Kararlarının Anayasanın Yorumuna Etkileri", s. 270.

yalnızca metnin kendisine göre değil, içinde bulunulan zaman diliminin metnin yazıldığı zamana göre değişmiş bulunan sosyal gerçeklik koşulları ve ihtiyaçları ışığında[158] ve metin dışı bazı unsurların da göz önünde bulundurulması suretiyle[159] yorumlanmasıdır.

Dinamik yorum anlayışının Alman literatüründe "anayasa dönüşümü" ("*Verfassungswandlung*") kavramıyla karşılık bulduğu görülmektedir. Bu kavram Klaus Stern tarafından şöyle açıklanmaktadır: "*Anayasa dönüşümü, anayasa normunun uygulanma şeklinin, anayasa metninin aynı kalan lafzının yavaş yavaş kökensel anlamından farklı bir anlam kazanması yoluyla değişmesi olgusudur. Daha kısa bir ifadeyle, anayasa dönüşümünde, metin aynı kaldığı halde, anayasa normunun anlamının değişmesi söz konusudur.*"[160] Bu açıklama, dinamik yorumun bir başka unsuruna işaret etmektedir: Dinamik yorum, anayasa metni aynı kaldığı halde normun yorum yoluyla değişikliğe uğratılması, daha doğrusu norm metninin aynı kalmasına rağmen anlamının değişmesini ifade etmektedir. Dolayısıyla metnin kurucu iktidarın iradesiyle şekli değişikliğe uğratıldığı veya normun anlamının eskisinden farklı hale gelmediği durumların dinamik yorum kapsamında görülmesi mümkün değildir. Dinamik yorumun varlığından söz edilebilmesi için metin değişmemiş olmalı ancak buna rağmen yorumlanışı farklılaşmalıdır.

Dinamik yorum anlayışının bir başka unsuru ise Kanada'da, "*Persons Case*" olarak da bilinen, kadınlara Kanada Senatosu'na seçilebilme hakkı tanıyan *Edwards v. Canada* kararıyla temelleri atılmış olan ve "yaşayan ağaç" ("*living tree*") metaforuyla ifade edilen anlayışta bulunabilir. Anayasanın yorumlanmasına ilişkin bu yaklaşımın kökeni Kanadalı hukukçu ve siyaset adamı John Sankey'nin anılan karardaki şu

[158] SCALIA, "Common-Law Courts in a Civil Law System: The Role of United States Federal Courts in Interpreting the Constitution and Laws", s. 38.
[159] Thomas C. GREY, "Do We Have an Unwritten Constitution?", **Stanford Law Review**, C. 27, No: 3, 1975, s. 705.
[160] Stern'den aktaran: SANCAR, "Temel Hakların Yorumu", s. 260.

ifadelerine dayanmaktadır: *"İngiliz Kuzey Amerika Yasası, Kanada'da doğal sınırları dahilinde büyüyebilen ve gelişebilen, yaşayan bir ağaç dikmiştir."*[161] Bu ifadelerin dikkat çekici yönü yaşayan bir ağaca benzetilen anayasanın ancak doğal sınırları dahilinde büyüyebileceğini vurgulamasıdır. Buradan çıkan sonuç, anayasanın anlamını dönüşüme uğratacak olan dinamik yorumun tıpkı büyüme ve gelişmesini sağlarken köklerinden kopamayan bir ağaç gibi doğal sınırlarının dışına çıkamayacak olmasıdır. Kısacası, dinamik yorumun bir diğer unsurunun da normun geçmiş yorumlarıyla bütünlük içinde olmak ve yorumun kökeni olan metnin sözünün sınırları dışına çıkmamak olduğu söylenebilir.[162]

Dinamik yorum, özellikle ABD'de "yaşayan belge" ("*living document*") veya "yaşayan anayasa" ("*living constitution*") gibi isimlerle de anılmaktadır. Dinamik yorum kavramının muadili sayılabilecek bu kavramlar anayasa yargısının, var olduğu sistemlerde kurucu iktidarın yazdığı "kurucu yazımlı" anayasanın yanında bir de "içtihadî yazımlı" ikinci bir anayasanın ortaya çıkmasına neden olmasıyla ilişkili görülebilir.[163] Bu olguyu ABD Federal Yüksek Mahkemesi Baş Yargıcı Charles Hughes "*Biz bir Anayasayla yönetiliyoruz ama yargıçlar ne diyorsa Anayasa odur.*"[164] diyerek, Alman hukukçu Rudolf Smend ise "*Anayasa, pratikte anayasa mahkemesinin onu yorumladığı*

---

[161] *Edwards v. Attorney General of Canada*, (1929) UKPC 86.

[162] Bu unsur, dinamik yoruma ilişkin tüm tanımlarda asli bir unsur olarak görülmemektedir. Örneğin Erwin Chemerinsky, dinamik yorumun yazılı anayasada açıkça ifade edilen normların ötesine geçen ve metnin "dört köşesi" içinde bulunamayacak normları açığa çıkaran bir anlayış olduğunu savunmaktadır. Erwin CHEMERINSKY, **Constitutional law: principles and policies**, Sixth edition, New York, Wolters Kluwer, 2019, s. 19. Ne var ki, dinamik yoruma ilişkin bu görüş, yoruma değil hukuk yaratmaya ilişkin bir görüş olarak değerlendirilmelidir. *"Normun yorumlanması sürecinde olası sözcük anlamını zorlayan aşırılıklar, yorumun sınırlarını aşar ve 'hukuk yaratma' kapsamına girer. (...) Bu olasılıkta artık yorum değil, yorum dışına çıkmış yargısal etkinliğin meşruluğu sınanmalıdır. Başka bir anlatımla, sözel sınırların aşılması yorumun meşruluğunu değil, yorumun varlığını sınamada kullanılabilecek bir ölçüttür."* ODER, **Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri**, s. 37-38. Yorumda sınır dilin sınırlarını aşamaz. Metne dilin sınırlarını aşan bir anlam vermeye çalışmak yorum dışı bir faaliyettir. BARAK, **Purposive Interpretation in Law**, s. 6.

[163] Bakır ÇAĞLAR, "Anayasanın Hukuku ve Anayasanın Yargıcı, Yenilenen Anayasa Kavramı Üzerine Düşünceler", **Anayasa Yargısı Dergisi**, C. 8, 1991, s. 23.

[164] Charles Hughes'tan aktaran: Münci KAPANİ, "Çağdaşlaştırıcı Yargısal Yorum ve Kurucu Amaç Tartışması", **Tarık Zafer Tunaya'ya Armağan**, İstanbul, İstanbul Barosu Yayını, 1992, s. 151.

şekilde geçerli olur."[165] ifadeleriyle dile getirmektedir. Kısacası bu anlayışta, anayasa kavramı yalnızca yazılı bir metin olarak değil aynı zamanda yaşayan ve mahkemeler dahil toplumun çeşitli unsurları tarafından geliştirilen bir yapı olarak algılanmalıdır.[166] Görüldüğü üzere, dinamik yorum kavramı, açıklanmaya çalışılan anlayışın çağın gereklerine ve ihtiyaçlarına uygunluk unsuruna vurgu yaparken; yaşayan belge veya yaşayan anayasa kavramları daha çok yasama, yürütme, yargı veya sivil toplum gibi metin dışı aktörlerin anayasanın ne olduğu konusunda belirleyici olmalarının altını çizmektedir. Bu anlayış David Strauss tarafından şöyle özetlenmektedir: "*Anayasa, pratikte, şekli değişiklik yoluyla değil; yalnızca toplumun kurumları ve gelenekleri değiştiğinde değişir.*"[167] Kısacası, yaşayan anayasa anlayışında asıl olarak toplum ve devlet organları bir kuralı anayasaya dahil görüyorsa o kural anayasa metninde açıkça yazılı olmasa da yaşayan anayasaya dahildir; ancak toplum ve devlet organları bir kuralı anayasaya dahil görmüyorsa o kural yazılı anayasada yer alsa dahi yaşayan anayasanın bir parçası olarak görülemez.

Tıpkı dinamik yorum gibi anayasanın çağın gerek ve ihtiyaçlarına uygun yorumlanmasını daha çok öne çıkaran bir başka kavram ise ülkemizde henüz dinamik yorum tartışmalarına neredeyse hiç rastlanmayan bir dönemde Bülent Nuri Esen tarafından ortaya atılmıştır. Yazar, anayasa hükümlerinin anayasa metninde herhangi bir değişiklik yapılmadan, yeni yorumlamalar yoluyla siyasal hayatın değişen koşullarına uydurulabileceğini ve bu durumun tüm anayasaların bir karakteri, bir özelliği olduğunu ifade ederek söz konusu özelliğe "*anayasanın uyabilirlik hassası*" adını vermektedir.[168]

---

[165] Smend'den aktaran: SANCAR, "Temel Hakların Yorumu", s. 79.
[166] Jack Balkin, yaşayan anayasanın yargı organından çok yasama ve yürütme organlarından oluşan "politik erkler" ve sivil toplum eliyle var edildiğini savunmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz: BALKIN, "Framework Originalism and the Living Constitution", s. 609-611.
[167] David A. STRAUSS, **The living Constitution**, New York, Oxford University Press, 2010, s. 129.
[168] Bülent Nuri ESEN, **Anayasanın Anayasa Mahkemesince Yorumlanışı**, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1972, s. 24.

Dinamik yorum terminolojisinde öne çıkan bir diğer kavram ise daha çok Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) içtihadında karşımıza çıkan "evrimci yorum" ("*evolutive interpretation*") kavramıdır. AİHM, dinamik ve evrimci yorum ifadelerini birbiriyle eş anlamda kullanmaktadır.[169] Ne var ki, bu anlayışı ve ilgili kavramları kararlarında sıklıkla kullanan AİHM, bu kavramları soyut bir şekilde tanımlamaktan özenle kaçınmaktadır. Bunun Mahkeme'nin bilinçli bir tercihi olduğu öne sürülmüştür. Mehmet Şerif Yılmaz'a göre, Mahkeme'nin dinamik yorum anlayışını geliştirdiği 1970'li yıllardan beri ısrarla soyut bir tanım yapmamasının sebebi Mahkeme'nin kendisini yaptığı tanımların sınırları ile bağlamama konusunda duyduğu kaygıdır. Bu kaygı da esasen dinamik yorum anlayışının sürekli değişikliği talep eden doğasından kaynaklanır.[170]

Dinamik yorum kavramının nasıl anlaşılması gerektiğine ilişkin önemli bir değerlendirme de ABD Federal Yüksek Mahkemesi Baş Yargıcı William Rehnquist tarafından yapılmıştır. Rehnquist'e göre, bu kavramın iki farklı algılanışı olabilir: Birincisi, anayasa koyucunun gelecekteki olayları öngörmesinin olanaksızlığı sebebiyle, metnin dilinin sınırları içinde kalmak kaydıyla, genel dille yazılmış hükümlerin zamanın gereklerine göre içinin doldurulması; ikincisi ise, yasama ve yürütme organlarından oluşan politik erklerin güncel sorunları çözmeyi reddettiği veya çözmekte yetersiz kaldığı durumlarda yargı organının toplumsal sorunları çözmek için inisiyatif kullanıp adeta bir sosyal mühendis gibi hareket ederek anayasayı orijinal anlamından farklı anlamlara gelecek şekilde yorumlamasıdır.[171]

---

[169] Alastair MOWBRAY, "The Creativity of the European Court of Human Rights", **Human Rights Law Review**, C. 5, No: 1, 2005, s. 64.

[170] Mehmet Şerif YILMAZ, "İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin Yorum Yöntemleri", İstanbul, Marmara Üniversitesi, Doktora Tezi Tezi, 2010, s. 81.

[171] William H. REHNQUIST, "The Notion of a Living Constitution", **Texas Law Review**, C. 54, No: 4, 1976, s. 402-409. Yazar, söz konusu kavranışların ilkini meşru görse de ikincisini gayrimeşru olarak nitelendirmektedir. Rehnquist'e göre bu gayrimeşruluğun üç sebebi vardır: 1) Politik sorunların çözümü yargının değil, yasama ve yürütmeden oluşan politik erklerin görevidir. Yargının görevi, bu organların

2. Dinamik Yorum Anlayışının Niteliği ve Yoruma İlişkin Bazı Teori ve Yöntemlerle İlişkisi

Dinamik yorum anlayışının detaylarına geçmeden önce çözülmesi gereken bir sorun da dinamik yorumun çalışmanın başında ele alınan çeşitli yorum teori ve yöntemleri arasında tam olarak nerede kendisine yer bulduğu, kısacası niteliğinin ne olduğudur. Bu sorunun çözülmesiyle birlikte dinamik yorumun söz konusu teori ve sistemler ile nasıl bir ilişkisi olduğu da kolayca açıklanabilir.

Bir yorum teorisinin veya yorum yönteminin ne olduğu çalışmanın geride kalan kısmından yola çıkılarak hatırlanırsa dinamik yorumun ne tam olarak bir yorum teorisi ne de tam olarak bir yorum yöntemi olduğu fark edilebilir. Dinamik yorum bir yorum teorisi değildir, çünkü somut bir hukuki sorun çözülürken yargıcın tam olarak hangi değeri korumak amacıyla ve nasıl yorum yapması gerektiğine dair detaylı bir normatif öneri sunmaz.[172] Barak'ın ifade ettiği şekliyle yorum teorilerinin ayrıştığı temel nokta "biçim" ile "öz" arasında yapılan tercihe ilişkindir.[173] Yorum teorileri, istisnasız her somut durumda yargıcın biçim ve öz unsurlarından hangisini tercih etmesi gerektiğine ilişkin net bir öneri sunarken dinamik yorum bu konuda herhangi bir tercih dayatmasında bulunmaz. Zira dinamik yorum, yorum teorilerinin aksine yorum faaliyeti sırasında her durumda kendisine uygun yorum yapılabilecek bir yaklaşım değildir. Bunun sebebi, dinamik yorumun ancak kendisine ihtiyaç duyulduğu zaman yargıcın başvurabileceği bir bakış açısı olmasıdır. Dinamik yorumun sınırları açıklanırken de değinileceği üzere, dinamik yoruma başvurulacağı zaman ona neden ihtiyaç duyulduğunun ayrıntılarıyla

görevini anayasadaki sınırlandırmalara uygun olarak yapıp yapmadığını denetlemektir. Yargının politik sorunları çözme görevini üstlenmesi esasen anayasadaki sınırlandırmaların kendisine aykırıdır. 2) Yargı zaten ampirik olarak da bu tür sorunları çözme konusunda pek de başarılı değildir. 3) Yargının politik sorunları çözmeye kalkışması demokrasinin çoğunluk ilkesiyle de bağdaşmaz.

[172] BALKIN, "Framework Originalism and the Living Constitution", s. 550.

[173] BARAK, **Purposive Interpretation in Law**, s. 26.

temellendirilmesi gerekir, aksi takdirde yargıcın dinamik yorum adı altında tamamen sübjektif görüşlerine dayalı olarak yorum yaptığı düşünülebilir ve bu durum dinamik yorumun ve yargı faaliyetinin meşruiyetine gölge düşürebilir.

Dinamik yorum, bir yorum yöntemi olarak da görülemez. Zira, yorum yöntemlerinin ayırt edici unsuru olan spesifik bir metodolojisi yoktur. Dahası, dinamik yorumun esneklik kaygısı sebebiyle böyle bir metodolojiye karşı olduğu da söylenebilir. Keza, dinamik yorum kendine has bir metodolojisi olmaması sebebiyle çeşitli geleneksel ve anayasa hukukuna özgü yorum yöntemleriyle (her ne kadar her biriyle eşit düzeyde olmasa da) birlikte işletilebilme imkanına da sahiptir. Dinamik yorumun herhangi bir yorum yöntemini kategorik olarak dışladığı söylenemez. Örneğin somutlaştırma, topik ve amaçsal yorum gibi yorum yöntemleri dinamik yorum sırasında sıkça başvurulan yorum yöntemleri olarak karşımıza çıkar. Öte yandan, dinamik yorumun sözü edilen bu esnekliği onun herhangi bir kural veya sınır tanımadığı ve hukuk metodolojisini tamamen reddettiği anlamına gelmez; yalnızca, dinamik yorumun kendine has bir metodolojisi, daha doğrusu metodolojik bir iddiası bulunmadığını gösterir.

Açıklanan bu sebeplerle, dinamik yorumu, genel yorum teorisinin bildik kalıpları içine sokmak hatalı bir tercih olacaktır. Bunun yerine dinamik yorumu, yoruma ilişkin kendine özgü bir felsefe, bir bakış açısı, bir yaklaşım veya bir tutum olarak nitelemek çok daha isabetli sayılabilir.[174]

Öğretide dinamik yorumun objektif amaçsal yorumun bir alt görünümü olduğu da savunulmaktadır.[175] Bu iddiaya katılmak mümkün değildir. Amaçsal yorum yöntemi ve onun yorum teorileri arasındaki karşılığı olarak görülebilecek Amerikan amaççı

[174] Dinamik yorumu, pragmatik yorum anlayışının doğurduğu bağımsız bir çıktı olarak gören yaklaşım için bkz: BARAK, **a.g.e.**, s. 277-278.
[175] Bkz. EREN, "Hukuki Yorum Yöntemleri Açısından Bireysel Başvuru Kararlarının Anayasanın Yorumuna Etkileri", s. 270.

yaklaşımı ("*purposivism*"), yorumlanacak kuralın amacının her zaman göz önünde bulundurulması gerektiğini savunup, esasen güncel koşulların yorumdaki etkisini esaslı bir unsur olarak gözetmemektedir. Dinamik yorumda ise öncelikli olan ne kurucu iktidarın kurala yüklediği sübjektif anlam ne de kuralın kendiliğinden kazandığı objektif anlamdır. Dinamik yorum, pragmatizme de yaklaşarak daha çok kuralın güncel koşullarda ne şekilde yorumlanırsa çağın ruhuna en uygun sonuçların elde edilebileceği sorunuyla ilgilenir. Ayrıca amaççı yaklaşım kurucu iktidarın kurala yüklediği orijinal tarihsel amaçtan hareket ederek de sonuca ulaşabilmektedir. Dinamik yorum ise kurucu iktidarın, -kuralın konulduğu dönemde dikkate alamayacak durumda olduğu için- kuralın amacında gözetemediği unsurları da dikkate alır.[176]

Çalışmada ele alınan yorum teorilerinden "niyetselcilik" ve "yeni metincilik" de dinamik yorumla kural olarak bağdaşmazlar. Ancak bu durumun istisnalarının olması mümkündür, zira her iki yorum teorisinin de kendi paradigmaları içinde kalarak dinamik sonuçlara ulaşması mümkündür. Ancak söz konusu dinamik sonuçların yargıcın etken bir unsur oluşu ile değil, kurucu iktidarın veya kuralın kendisinin değişime uyarlamayı öngörmesi ile açıklanması mümkündür.[177] Dolayısıyla, bu teorilerin dinamik yorumla bağdaştırılabilirliği, amaççı yaklaşımdan farklı olarak yalnızca sonuç bağlamındadır, gerekçe bağlamında değil. Nitekim dinamik yorum aracılığı ile kurucu iktidarın kuralın dinamizmiyle ilgili bir direktifi olmadığı, hatta bu dinamizmi engellemek istediği durumlarda dahi dinamik sonuçlara ulaşılabilir.

Dinamik yorumun sözel yorum ile olan ilişkisinde de bir çatışma yoktur. Elbette, güncel koşulları hiçe sayan şekilci yaklaşımlar (örneğin "formalism" ve "literalism") dinamik yorumla kolayca bağdaşmazlar. Ancak dinamik yorum da yoruma ilişkin tüm

[176] ODER, **Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri**, s. 226-227.
[177] ODER, **a.g.e.**, s. 228.

diğer yaklaşımlar gibi çıkış noktası olarak sözel yoruma muhtaç olması sebebiyle onunla kategorik olarak uyuşur.[178] Yalnızca, dinamik yorum sırasında sözel unsurlar, tarihsel kurucu iktidarın iradesi yönünde değil, sistematik ve teleolojik unsurlarla kesiştirilip bütünleştirilerek kullanılır.[179]

Kuşkusuz, dinamik yorumu destekleyen temel hukuksal yaklaşım realizm ve onun türevleridir. Bunun başat sebebi, dinamik yorumun özünde realizmin öncüllerine dayanmasıdır. Realizmin daha önce ele alınan özellikleri arasında dinamik yorumun uzlaşamayabileceği tek husus metodoloji hakkındadır. Realizm, yorumcunun her koşulda serbestçe yorum yaptığını savunurken bazı dinamik yorum yaklaşımları, yorumcuyu belli noktalarda metodolojik sınırlamalara tabi kılabilir. Dinamik yorum türevleri, yoruma ilişkin sınırlar belirledikçe realizmden uzaklaşırken yorumcuyu serbest bıraktıkça realizme yakınsar. Yine de, dinamik yorum yola çıkış noktası itibarıyla realizmle zorunlu olarak ortak bir çerçevede hareket eder. Çünkü realizme göre, var olan hukuk sözcüklerden fazlasını içerir. Yargıçlar geçerli hukuku, onun sözlerini ve kavramlarını formel mantık kuralları açısından ince eleyip sık dokuyarak uygulamamalı ve yorumlamamalıdırlar. Aksine geçerli yasaları dış amaç ve hedeflerin ışığında yorumlamalıdır.[180] Kısacası realizm, yargıcın yazılı metinlere dayalı olarak değil, tamamen sosyal olgulara dayalı olarak karar vermesi gerektiğini söyler. Dinamik yorum da realizm gibi yargıcın yasanın sözüne sıkı sıkıya bağlı kalarak sosyal olguları görmezden gelmesine karşı çıkar. Ancak realizmin formel yasaları hiçe sayıp yalnızca sosyal olgulara dayalı olarak karar vermek gerektiği yönündeki yaklaşımı dinamik yorumun esasıyla ilgili bir mesele değildir. Daha önce de belirtildiği gibi, dinamik yorum

[178] Mümtaz SOYSAL, **Dinamik Anayasa Anlayışı: Anayasa Dialektiği Üzerine Bir Deneme**, Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayını, 1969, s. 88.
[179] ODER, **Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri**, s. 243.
[180] Robert S SUMMERS, "Pragmatic Instrumentalism: America's Leading Theory of Law", **Cornell Law Forum**, C. 5, No: 1, 1978, s. 18.

metnin sözü ve özü arasındaki ilişki ile değil yalnızca metnin zamansal değişimlere cevap verebilmesiyle ilgilenir.

Bu bakımdan, dinamik yorumun en çok kabul gördüğü hukuk düzenlerinden birinin ABD'de olması da tesadüf olarak görülemez. Zira, ABD aynı zamanda hukuki realizm akımına da öncülük eden ülkelerden biridir. Hukukun sosyal amaçlara hizmet etmesinin, onun en önemli işlevi olduğunu savunan ve bu uğurda hukuki belirlilik gibi çok önemli başka değerlerden taviz vermeyi dahi göze alan bir yorum anlayışının dinamik yoruma olumlu bakması hiç de şaşırtıcı değildir.

B) Dinamik Yorum Öğretisi

Kavramsal çerçevesi, niteliği ve yorum teorileri ve yöntemleri ile ilişkisi analiz edilen dinamik yorumun hangi ihtiyaçlara cevap vermeye çalıştığı ve bu sayede ne gibi avantajları içerisinde barındırdığı soruları bu başlık altında cevaplandırılmaya çalışılacak, ardından da genel çerçevesi çizilmiş bulunan dinamik yorumun spesifik görünüm biçimleri sınıflandırılacaktır.

1. Dinamik Yorum İhtiyacının Temelleri ve Sağladığı Avantajlar

Anayasanın dinamik şekilde yorumlanmasına duyulan ihtiyaç temelde insan haklarının ve temel hakların dinamik ve gelişmeci bir yapıya sahip olmasından kaynaklanmaktadır.[181] İnsan hakları, yapısı gereği zaman-dışı (ezeli ve ebedi) geçerliliğe sahip kapalı bir kodeks ile düzenlenemez, zira insan hakları alanında bir çözümü gerekli kılacak tehlike durumlarının tüketici bir listesini yapmak mümkün değildir. Sancar, bu durumu mevcut insan hakları kataloglarının ilkesel açıklığı olarak adlandırmaktadır.[182]

[181] EREN, "Hukuki Yorum Yöntemleri Açısından Bireysel Başvuru Kararlarının Anayasanın Yorumuna Etkileri", s. 270; GEDİK, "Norm Denetimi Bakımından Otorite Özgürlük Sarmalındaki Türk Anayasa Mahkemesinin Yorum Yöntemlerine İlişkin Bazı Değerlendirmeler", s. 298.
[182] SANCAR, "Temel Hakların Yorumu", s. 263-264.

İnsan haklarının, pozitif bir nitelik kazanarak temel haklar haline gelmeleri de dinamik yapılarını ortadan kaldırmaz, aksine pozitif hukukun dinamikleşmesini sağlar. Temel haklar, birey özgürlüklerinin karşı karşıya kaldığı veya kalabileceği çeşitli tehdit ve tehlikelere yanıt niteliğinde olup bu tehdit ve tehlikelerin sayısı ve çeşitliliği de sürekli değişim ve çoğunlukla artış gösterdiğinden bunlarla mücadele için daimî olarak yeni araçlar geliştirme zorunluluğu bulunmaktadır. Bu durum da temel haklara sürekli olarak gelişmeye açık ve dinamik bir yapı kazandırır.[183]

Bu durum, Anayasa Mahkemesi'nin bir kararına yazılan karşı oy yazısında şöyle ifade edilmektedir: "*Toplumsal hayatın dinamizmi dikkate alındığında hukukta istikrar kadar değişimin ve bunun yargısal kararlara yansımasının da son derece önemli olduğu bilinmektedir. Mecelle'deki "Ezmanın tagayyürü ile ahkâmın tagayyürü inkâr olunamaz" (m.39) kuralı da zamanla hükümlerin değişeceğine işaret etmektedir. Bu nedenle istikrar ile değişim arasında belli bir dengenin gözetilmesi gerekir. Yakın tarihli bir kararda da belirtildiği üzere, 'Anayasa Mahkemesi bir konuda karar verirken, hiç kuşkusuz aynı konuda daha önce verdiği kararları da değerlendirmekte ve bunu yaparken içtihat istikrarı ile içtihadın değiştirilmesi ve geliştirilmesi ihtiyacı arasındaki hassas dengeyi dikkate almaktadır' (E. 2016/166, K. 2016/159, K.T: 12.10.2016, § 20).*"[184]

İnsan haklarının ve temel hakların sözü edilen dinamizminin çeşitli kaynaklarını saymak mümkündür. Teknolojik, bilimsel, ekonomik, toplumsal, kültürel, demografik değişimlerin ve kamusal değerlerdeki dönüşümlerin söz konusu dinamik ve gelişmeci yapı üzerinde katalizör etkisi yarattığı söylenebilir.[185] Ne var ki, dinamik yorum ihtiyacını

[183] SANCAR, **a.g.e.**, s. 265.
[184] AYM, E. 2017/85, K. 2017/64, k.t. 15/03/2017, Karşıoy yazısı, § 11.
[185] BALKIN, "Framework Originalism and the Living Constitution", s. 555; Erwin CHEMERINSKY, **Interpreting The Constitution**, New York, Praeger, 1987, s. 53; EREN, "Hukuki Yorum Yöntemleri Açısından Bireysel Başvuru Kararlarının Anayasanın Yorumuna Etkileri", s. 271; MOWBRAY, "The Creativity of the European Court of Human Rights", s. 79; ODER, **Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri**, s. 225; SANCAR, "Temel Hakların Yorumu", s. 272; YILMAZ, "İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin Yorum Yöntemleri", s. 74.

doğuran bu hallerin sınırlı bir listesini yapmak mümkün değildir. Zira, tam da dinamik yorumun her koşula uyum sağlama amacındaki doğası onu sınırlı sayıdaki koşulda kullanılması gereken bir bakış açısı olmaktan alıkoyar. Dinamik yorum, farklılaşan yorumun hangi ihtiyaçtan kaynaklandığı yeterince iyi temellendirildiği sürece sınırsız sayıda farklı durumda uygulanma imkânı bulabilir.

Dinamik yoruma ihtiyaç duyulmasını sağlayan bir başka unsur ise genel olarak anayasaların ve özel olarak temel hakların genel-soyut niteliğidir. Daha önce de açıklandığı gibi, doğası gereği genel, soyut ve çoğunlukla muğlak bir dille kaleme alınan anayasa metninde genellik ve soyutluk düzeyi arttıkça, aksi yönde güçlü amaçsal ve sistematik unsurlar bulunmadığı sürece, norm dinamizmine açıklık da ilke olarak artar.[186] Anayasanın dinamik yoruma açıklığını artıran özellikleri bununla da sınırlı kalmaz. Anayasa ne denli eski tarihli ve katı ise dinamik yoruma duyulan ihtiyacın da o kadar fazla olduğu söylenebilir. Zira hükümler eskidikçe güncel koşullara uyum gösterme kabiliyetleri de o ölçüde zayıflar[187]; eğer anayasanın değişiklik usulü de zor ise bu hükümlerin güncel koşullara adaptasyonu için dinamik yoruma başvurulması kaçınılmaz hale gelir. Bu konuda en iyi örneğin ABD Anayasası olduğu söylenebilir. İki yüzyıldan

[186] ODER, **Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri**, s. 226. Esasen temel hak ve özgürlüklere ilişkin hükümlerin genel ve soyut nitelikte olması, onların, özünde ilgili hak ve özgürlüğe ilişkin ana güvenceyi belirtmek üzere ifade edildikleri ancak çoğunlukla ilgili hak ve özgürlüğün kapsamına o hak ve özgürlüğün hangi kullanım biçimlerinin girdiğini ya da girmediğini belirlemedikleri anlamında düşünülebilir. Bu durum, söz konusu hak ve özgürlüğün somutlaştırılmasında, yargıya geniş bir alan tanır. Yargı, "somutlaştırma" yoluyla "ilke" niteliğindeki temel hak ve özgürlüklerin "kural" haline gelmesini sağlar. ODER, "Anayasa Yargısında Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu: Düzenleme Biçimleri, Kanıtlama ve Somutlaştırma Sorunları -2001 Anayasa Değişiklikleri Sonrasına İlişkin Gözlemler-", s. 127. Temel hak ve özgürlüklerin yorumlanmasında somutlaştırmanın kaçınılmaz oluşu, yeri geldiğinde dinamik yoruma da kaçınılmaz olarak başvurulması gerektiği şeklinde yorumlanabilir. Nitekim, Chemerinsky, Anayasanın statik bir anlamının bulunamayacağını savunarak yorumun kaçınılmaz olarak gelişim göstereceğini savunmaktadır. Bunun bir sebebi de, Mahkemelerin yorumlarını toplumdan bağımsız olarak gerçekleştirmelerinin olanaksız oluşudur. CHEMERINSKY, **Interpreting The Constitution**, s. 47. Metin de, temel hak ve özgürlüklerin günün koşulları ışığında yorumlanmasının bir zorunluluk olarak görüldüğünü aktarmaktadır. Bu zorunluluğun metnin doğasından kaynaklandığını ifade eden yazar, muğlak ve belirsiz düzenlemelerin belli bir istikrara kavuşturulmasının, onların sürekli denetime tabi tutulmaları yoluyla mümkün olacağından bahsederken esasında temel hakların somutlaştırmaya duyduğu ihtiyacın dinamik yorumu zorunlu kıldığından bahsetmektedir. METİN, **Anayasanın Yorumlanması**, s. 115.

[187] Yusuf Şevki HAKYEMEZ, "Anayasa Mahkemesinin Norm Denetimi Kararlarında Hak ve Özgürlüklerin Kapsamını Genişleten Yorumu", **Anayasa Yargısı Dergisi**, C. 39, No: 1, 2022, s. 234.

daha eski bir tarihte, eyalet-merkezli bir tarım toplumu için yazılmış ve değiştirilmesi son derece zor usullere bağlanmış bu çerçeve nitelikteki metnin, günümüzün ulus-merkezli bilgi toplumuna uygun hale gelebilmesi büyük ölçüde dinamik yorumla sağlanmıştır.[188]

Bu perspektiften bakıldığında, bir anayasanın eski tarihli ve çerçeve nitelikli olması dezavantaj olmaktan çıkıp bir avantaja dönüşür. Zira, zaman aralığı ve sınırlı çerçeve anlama için kapatılacak bir mesafe değil olumlu ve üretken imkanlar sağlayan bir kaynak olarak da görülebilir. Zaman aralığının ve sınırlı çerçevenin yaratıcı etkisi sayesinde, kurucu iktidarın sormaya değer görmediği soruları veya öngöremediği değişimleri sormak ve düşünmek mümkün hale gelmiş olur.[189] Neticede, anayasa birtakım kalıplara göre hazırlanmış olup yürürlüğü sırasında ortaya çıkacak olan çeşitli sorunları karşılamaya elverişli bütün cevapları beraberinde getiremez. Zira, gelecekte olacak olaylar anayasanın yapılması sırasında bilinemez.[190] ABD Federal Yüksek Mahkemesi Yargıcı Oliver Wendell Holmes Jr.'ın sözleri de buna işaret eder: "*Anayasal gelişimimizin, Kurucuların en yeteneklileri tarafından bile tam olarak öngörülemeyeceğini aklımızda tutmalıyız. (...) Önümüzdeki dava yalnızca yüz sene önce söylenenlerin değil, deneyimlerimizin bütünü ışığında değerlendirilmelidir.*"[191]

Tüm bu sayılan sebepler anayasanın bir şekilde değiştirilmesinin zorunlu ve hatta kaçınılmaz olduğunu göstermektedir. Peki söz konusu değişikliğin ne şekilde yapılmasının daha avantajlı olduğu söylenebilir? En nihayetinde, anayasalar kendi değişiklik usullerini kendi içlerinde barındırırlar. Ancak anayasanın her değiştirilmesi gerektiğinde bu usule sadık kalınarak şekli değişiklik yoluna gidilmesinin çeşitli siyasi ve yapısal dezavantajları bulunmaktadır. Öncelikle yapısal dezavantajlardan bahsetmek

[188] ACKERMAN, "The Living Constitution", s. 1743; BOYAR, "Anayasal Yorumla Yasal Yorum Arasındaki Benzerlik ve Farklılıklar Üzerine Bir Değerlendirme", s. 280.
[189] Gadamer'den aktaran: SANCAR, "Temel Hakların Yorumu", s. 64.
[190] ESEN, **Anayasanın Anayasa Mahkemesince Yorumlanışı**, s. 10.
[191] *State of Missouri v. Holland,* 252 U.S. 416 (1920).

gerekirse, yukarıda bahsedildiği üzere, katı anayasaların her ihtiyaç duyulduğunda değiştirilmesi neredeyse olanaksızdır. Zira, çoğu durumda anayasaların değişiklik için öngördüğü çoğunluk şartı pratikte nadiren elde edilebilir. Ayrıca ABD gibi federal sistemle yönetilen ülkelerde nüfusu çok az da olsa bazı küçük eyaletlerin anayasa değişikliklerini kolaylıkla engelleyebiliyor oluşu, demokrasinin çoğunluk kuralının işletilmesini engellemekte, çok sınırlı bir azınlığın, görüşlerini toplumun önemli bir çoğunluğuna dikte edebilmesine sebep olmaktadır.[192]

Şekli anayasa değişikliğinin barındırdığı siyasi handikaplar ise çok daha çeşitlidir. Bir kere, anayasayı şekli olarak değiştirmenin topluma ciddi bir politik ve mali külfet yükleyeceği ortadadır.[193] Zira, çoğu durumda anayasa değişikliklerinin yasama organı tarafından tek başına gerçekleştirilmesi mümkün olmamakta, halkoyuna başvurulması bir zorunluluk olmaktadır. Halkoylaması için yapılan finansal harcamaların ekonomi üzerinde ek bir külfet oluşturduğu gerçeği bir kenara bırakılacak olsa bile, anayasa değişikliği gibi önemli politik değişimler, özellikle bölünmüş toplumlarda toplumun kutuplaşmasını artırmakta, siyasi ayrışmaları derinleştirmektedir. Ayrıca sıkça değiştirilerek insicamını yitiren bir anayasanın toplumu birleştiren ve istikrarlı kılan bir metin olma işlevini sürdürmesi çok daha zordur.[194] Bu gerekçelerden yola çıkarak, kurucu iktidarın bizzat kendisinin de açık veya zımni olarak, anayasanın sıkça değiştirilmemesini tercih ettiği söylenebilir. Bundan kasıt, kurucu iktidarın anayasanın anlamının dondurulması ve asla değiştirilememesi isteği değildir. Sözü edilen, kurucu iktidarın şekli değişikliği zorlaştırmak yoluyla yargısal yoruma alan açma iradesi göstermesidir.[195] Şekli değişikliğin başka bir dezavantajı ise azınlıkların korunması konusunda yetersiz kalmaya

[192] ABD'de toplam nüfusun %3'ü, bir anayasa değişikliğini tek başına engelleyebilmektedir. Daha da ötesi, bu durumun değiştirilebilmesi de nihayetinde bir anayasa değişikliğini gerektirmektedir. Bkz. ACKERMAN, "The Living Constitution", s. 1761.
[193] CHEMERINSKY, **Interpreting The Constitution**, s. 69.
[194] CHEMERINSKY, **a.g.e.**, s. 55.
[195] SANCAR, "Temel Hakların Yorumu", s. 268.

mahkûm oluşundan kaynaklanır. Zira, anayasanın azınlıkları çoğunluk karşısında koruyacak biçimde değiştirilebilmesi için nitelikli çoğunluk aranması, azınlıkların esasen hiçbir korumaya sahip olmaması anlamına gelir.[196]

Tüm bu sebeplerle anayasanın şekli değişiklik yerine dinamik yorum yoluyla zaman içerisinde dönüştürülmesi çok daha avantajlıdır. Yukarıda sayılanlara ek olarak, dinamik yorum, şekli değişikliklerden çok daha kolay geri alınabildiği için zamanla hatalı olduğu düşünülen ve istenmeyen değişikliklerin düzeltilebilmesi açısından da çok daha avantajlıdır.[197] Son olarak, AİHS gibi çok taraflı uluslararası sözleşmelerin değiştirilebilmeleri noktasında da dinamik yorumun önemli bir işlev üstlendiği söylenebilir. Zira, anayasaların aksine uluslararası sözleşmelerde yapılan bir değişiklik onu onaylamayan tarafları da bağlayıcı bir etki doğurmaz. Dolayısıyla AİHS sisteminde yapılan bir değişikliğin gerçekten etki doğurması bekleniyorsa sadece imzacı ülkeleri bağlayan ve her ülkenin iç hukuku da dahil olmak üzere detaylı ve hantal bir onay süreci içeren şekli bir değişiklik yapmaktansa tüm taraf ülkeleri bağlayacak dinamik bir yorum yapmak temel hakların etkililiğini korumak ve güçlendirmek adına çok daha elverişli görülebilir. Nitekim, AİHS metninde "özel hayat", "ahlakın korunması" ve "demokratik toplumda zorunlu tedbirler" gibi genel ve soyut nitelikli kavramlara yer verilmiş olması taraf devletlerin de en baştan AİHS'nin dinamik yorumunu arzuladıkları şeklinde yorumlanabilir.[198]

Dinamik yorum, anayasaya esneklik katarak onun sürdürülebilir olmasını da sağlar. Bu sayede demokratik meşruiyeti zarar görmeyen anayasanın normatif gücü de

[196] CHEMERINSKY, **Interpreting The Constitution**, s. 69.
[197] CHEMERINSKY, **a.g.e.**, s. 72.
[198] METİN, **Anayasanın Yorumlanması**, s. 120; YILMAZ, "İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin Yorum Yöntemleri", s. 74.

korunabilmiş olur.[199] Zira esnek olmayan ve güncel koşullara uyum sağlayamayan bir anayasanın hukuk dışı yollarla yıkılma tehlikesi artar.[200] Kapani'nin ifadesiyle, "(*Anayasalar), geçen zamanın sınamasına dayanacaklarsa, yeni ihtiyaçları karşılamak için yorumlanmak -ya da yeniden yorumlanmak- zorundadırlar. Yoksa, işe-yaramaz ve çağdışı (anakronik) hale gelirler. Kalıcılıkları, yeni koşullara uyarlanabilmeleriyle doğru orantılıdır.*"[201]

Yasama faaliyetine eleştirel bir gözle bakan kamu tercihi ve kurumsal süreç kuramları perspektifinden bakıldığında da dinamik yorumun çeşitli avantajlara sahip olduğu savunulabilir. Kamu tercihi kuramı, yasama etkinliğinin çeşitli çıkar grupları ile parlamento arasındaki bir pazarlık süreci veya "sözleşme" olduğunu iddia ederek, yargısal yorum yasa koyucunun iradesine uygun olarak yapılmaya çalışıldığı sürece yargının aslında çıkar grupları ile parlamento arasındaki uzlaşmayı uygulamaya geçiren bir organ hüviyetine bürüneceğini belirtmektedir. Bu noktada, dinamik yoruma başvurarak yargının grup çıkarlarına ya da bireysel kazanca yönelik olarak yapılmış kuralların "kamu yararı" adına "ayıklanması" ya da "düzeltilmesi" işlevini gören güvenilir bir makam olarak öne çıkacağı ifade edilmektedir. Parlamentonun kamu yararına yasama faaliyetinde bulunduğu durumlarda dahi kurumsal süreç kuramına göre, çift meclislilik, yasama süreçlerinin uzun olması, seçim dönemlerinde yasama işlevinin zayıflaması ya da parlamento içtüzüğündeki kimi kuralların manipülasyona açıklığı gibi sebeplerle parlamentonun verimliliği sınırlanabilir. Bunun yanında, bir sorunun, siyasal gündemde ağırlık taşıması sebebiyle öncelik kazanması, kanun ile çözülmesi gereken diğer konuları gündemden düşürüp siyasal ortamın uygun olduğu ileri bir tarihe

[199] ODER, **Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri**, s. 243; SOYSAL, **Dinamik Anayasa Anlayışı: Anayasa Dialektiği Üzerine Bir Deneme**, s. 89.
[200] SCALIA, "Common-Law Courts in a Civil Law System: The Role of United States Federal Courts in Interpreting the Constitution and Laws", s. 41.
[201] KAPANİ, "Çağdaşlaştırıcı Yargısal Yorum ve Kurucu Amaç Tartışması", s. 149.

ertelenmesine neden olabilir. Tüm bu sebepler, parlamentonun kamusal yarara yönelik yasama sürecinde geri planda kalmasına, yargının ise bu alanda ortaya çıkan gereksinime dinamik yorum sayesinde asıl cevap veren organ haline gelmesine neden olabilir.[202]

Sayılan tüm bu soyut avantajlarının ötesinde, dinamik yorumun günümüzde, elde edilmiş bulunan pek çok somut hak ve özgürlük yönünden somut katkıları da bulunmaktadır. Anayasanın yapıldığı dönemdeki çağdışı anlayışla yorumlanacak pek çok hükmün dinamik yorum sayesinde çağın gereklerine uygun şekilde yorumlanması ile başka türlü elde edilmesi imkânsız veya çok zor olan pek çok hak ve özgürlük bireylerce edinilebilmiştir. Söz konusu hak ve özgürlüklerden üçüncü bölümde geniş şekilde bahsedileceği için şimdilik somut örneklere yer verilmemiştir.

Buraya kadar ifade edilen avantajlarıyla dinamik yorum, her açıdan avantajlı gibi görünse de, anayasanın sosyal değişimlere uyum sağlamasının ve adeta evrimleşmesinin her zaman temel hakların korunmasına ve pozitif etkiler doğmasına hizmet ettiği de söylenemez.[203] Her ne kadar, dinamik yorum, "gelişmeci yorum" gibi kavramlarla karşılanıyorsa da, dinamik yorum yoluyla temel hakları zayıflatıcı nitelikte görülebilecek sonuçlara ulaşılması da mümkündür. Özellikle toplumda özgürlükçü eğilimlerin azaldığı, otoriter iktidarların güçlendiği dönemlerde, yargı azınlıkların temel haklarını koruma misyonunu yerine getirmek yerine, kendisini baskın politik eğilimin meşrulaştırıcısı pozisyonunda konumlandırırsa sosyal değerlerdeki dönüşüm, dinamik yorum aracılığıyla temel hakları zayıflatan bir etki yaratabilir.

[202] ODER, **Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri**, s. 231-233.
[203] CHEMERINSKY, **Interpreting The Constitution**, s. 55.

2. Dinamik Yorumun Görünüm Biçimleri

Anayasanın güncel koşullara uyarlığını sağlayacak şekilde yorumlanması hedefindeki dinamik yorum, özünde iki farklı görünüm biçimi arz etmektedir. Bunlardan ilki, yazılı metinde açık bir şekilde ifade edilmeyen bazı hakların ortaya çıkarılması ve açıkça ifade edilen hakların içerik, kapsam ve işlevlerinin zenginleştirilmesi; ikincisi ise halihazırda bir yorumu bulunan bir hususun eskisinden farklı bir şekilde yorumlanmasıdır.

a) Metinde Açıkça İfade Edilmeyen Hakların Ortaya Çıkarılması ve Hakların Kapsamının Genişletilmesi

Yazılı metinde açıkça ifade edilmeyen hakların pozitif hukuka kazandırılması konusunda ilk seçenek, kuşkusuz, kurucu iktidarın harekete geçmesi yoluyla metinde ilgili hakların açıkça ifade edilmesidir. "Anayasal tanıma" olarak adlandırılabilecek bu ilk seçenekte herhangi bir meşruluk tartışması veya metodolojik bir sorun ortaya çıkmaz.[204] Bununla birlikte, yukarıda ifade edilen çeşitli sebeplerle bu yola başvurulması her zaman mümkün olmayabilir. Dahası, mümkün olduğu bazı durumlarda bu yol kasıtlı olarak tercih de edilmeyebilir. Dolayısıyla, uygulamada sıkça, çok daha kolay ve işlevsel olan "yargısal tanıma" yoluna başvurulur.

Yargısal tanımadan kasıt, mahkemelerin metnin ruhuna hiçbir şekilde dahil olmayan yeni hak ve özgürlükler yaratması değildir. Mahkemelerin asıl yaptığı, daha doğrusu meşru olarak yapabilecekleri, metinde açıkça ifade edilmediği halde doğası gereği kapsamına dahil olan hak ve özgürlükleri "keşfetmek"tir.[205] Bu noktada

[204] SANCAR, "Temel Hakların Yorumu", s. 268.
[205] LETSAS, "The ECHR As A Living Instrument: Its Meaning and Legitimacy", s. 125; Jonathan COOPER, "Özel ve Ailevi Yaşama Saygı Hakkı (İHAS madde 8)", Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İdari Yargı, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2006, s. 125.

mahkemelerin anayasada açıkça sayılmayan hakları "keşfetmesi"nin meşru görülüp görülemeyeceği hakkında bir soru akla gelebilir. Böyle bir meşruiyet itirazı karşısında bir hak veya özgürlüğün hukuk düzeni tarafından tanınıp düzenlenmesi ile düzenlenmemesi arasındaki farkın, o temel hak veya özgürlüğün *varlığına* değil ama sahip olduğu *güvencelere* ilişkin bir mesele olduğu unutulmamalıdır.[206] Başka bir deyişle, bir özgürlüğün "anayasal tanıma"ya mazhar olmaması onun bir "hak" olarak görülemeyeceği anlamına gelmez; yalnızca anayasada açıkça tanınan haklar karşısında daha güvencesiz bir konumda olduklarını gösterir.[207] Bu durum örneğin ABD Anayasasına eklenen Dokuzuncu Değişiklik tarafından açıkça ifade de edilmiştir. Buna göre, "Bazı hakların Anayasada sayılması, halkın sahip olduğu diğer hakların kaldırıldığı veya sınırlandırıldığı şeklinde anlaşılamaz."[208]

Sözü edilen bu maddeye dayanılarak 1965 yılında ABD Federal Yüksek Mahkemesi tarafından verilen *Griswold v. Connecticut* kararı "anayasada açıkça sayılmayan haklar"ın teorik çerçevesine sunduğu katkı nedeniyle anılmayı hak etmektedir. Hükümet kısıtlaması olmaksızın doğum kontrol araçlarını satın alma ve kullanma özgürlüğünün yasaklanmasının özel yaşamın gizliliği hakkını ihlal edip etmediğinin tartışıldığı kararda çoğunluk görüşünü kaleme alan Yargıç Douglas, Anayasada sayılmayan bazı hakların, açıkça sayılan hakların "gölgesinde" ("*penumbra")*

---

[206] Kemal GÖZLER, **Anayasa Hukukunun Genel Teorisi**, C. 2, 1. Baskı, Bursa, Ekin Yayınları, 2011, s. 518.

[207] "Hak" ve "özgürlük" kavramlarının klâsik anlamları göz önünde bulundurulduğunda "anayasada sayılmayan hak" tabirinin çelişkili bir kavram olduğu düşünülebilir. Zira, liberal anlayışın hukuk dünyasında doğurduğu etki ile öğretide bir *özgürlüğün* ancak hukuk düzeni tarafından tanınma yoluyla *hak* niteliği kazanacağı kabul edilmektedir. Ancak günümüzde ve özellikle II. Dünya Savaşı sonrası dönemde sosyal hakların anayasal düzende tanınmaya başlaması ile birlikte "hak" kavramının hukuk düzeni tarafından tanınan özgürlüklere ek olarak, kişilerin bazı kamusal imkânlardan yararlanma taleplerini de içeren daha geniş bir anlama kavuştuğu görülmektedir. Bu nedenle "anayasada sayılmayan özgürlükler" ifadesi yerine "anayasada sayılmayan haklar" ifadesinin kullanılmasının daha doğru olduğu söylenebilir. A. Ersoy KONTACI, "Anayasada Sayılmayan Hakların Yargısal Korunması", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 66, No: 2, 2017, s. 428-429; Muzaffer SENCER, "Hak ve Özgürlük Kavramı", **İnsan Hakları Yıllığı**, C. 14, 1992, s. 3.

[208] "*The enumeration in the Constitution, of certain rights, shall not be construed to deny or disparage others retained by the people.*"

yaşadıkları görüşünü savunmaktadır. Bu bağlamda Anayasada "özel yaşamın gizliliği hakkı" isimli bir hak açıkça sayılmış olmasa dahi özel yaşamı koruyan çeşitli başka hakların Anayasada sayılmış olmasının söz konusu hakkı da açıkça sayılan bu hakların "gölgesinde" yaşattığı sonucuna varmıştır. Görüşünü yukarıda anılan Dokuzuncu Değişiklik hükmü ile de sağlamlaştıran yargıcın bu bağlamda akıl yürütme süreci dinamik yorumun temel esprisini de ortaya koyar niteliktedir: Kurucu iktidarın belli bazı temel hakları, özellikle belli bazı hükümet eylemlerinden çekindikleri için Anayasaya koymuş olmaları, benzer çekincelerin bu temel haklar tarafından açıkça yasaklanmayan eylemler tarafından harekete geçirildiği durumlarda da mahkemelerin bunların Anayasaya aykırı olduğunu tespit ve ilân etmeye hazır olmasını gerektirir.[209] Buradan çıkan sonuç, mahkemelerin Anayasanın orijinal anlamıyla bağlı kalarak çekimser davrandığı durumlarda Anayasanın temel varlık nedenlerinden biri olan hükümete karşı çekincelerin güvencelenmesi işlevini yerine getiremeyeceğidir. Anayasayı ve onun sağlamayı amaçladığı güvenceleri korumak Anayasada açıkça sayılmayan hakları da Anayasanın ruhundan anlaşılan çekinceler kapsamında korumaktan geçer.

Yargısal tanıma yoluyla metinde açıkça ifade edilmediği halde var olduğu tespit edilen haklara başka bir örnek olarak AİHM'nin *Guerra ve diğerleri-İtalya* kararında varlığını tespit ettiği "sağlıklı ve güvenli bir çevrede yaşama hakkı" verilebilir. Bu hak AİHS metninde açıkça yer almasa da, Mahkeme özel hayata, aile hayatına ve konuta saygı haklarının korunabilmesi için kişinin sağlıklı ve güvenli bir çevreye ihtiyaç duyduğundan bahisle söz konusu hakkın da Sözleşmenin kapsamına dahil olduğuna hükmetmiştir.[210]

[209] *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965).
[210] *Guerra ve diğerleri-İtalya*, B. No. 14967/59, k.t. 19/02/1998.

Bu konuda özellikle yaşama hakkı ile maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkı önemli bir dayanak sunma kapasitesine sahiptir.[211] Örneğin Alman Anayasasının 2. maddesindeki "*herkes(in) ... kişiliğini serbestçe geliştirme hakkına sahip...*" olduğunu düzenleyen maddenin bir çeşit "kapsayan hürriyet" ("*Auffangsgrundrecht*") olduğu, yani bir insan eylemi Anayasada yer alan diğer temel hak kurallarından birinin geçerlilik alanı içindeyse *lex specialis* ilkesi gereği kişiliği geliştirme hakkının geri çekileceği ancak başka temel hak kuralları içine girmeyen her türlü insan eyleminin kişiliği geliştirme hakkının koruma alanı içinde kaldığı ifade edilmiştir.[212] Anayasamızın 17. maddesindeki maddî ve manevî varlığını geliştirme hakkının da bu nitelikte olduğu savunulabilir. Benzer şekilde, Anayasanın 12. maddesinde yer alan "*Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir*" hükmünün de kişilerin yalnızca Anayasa metninde sayılan temel haklara değil "herkesin … temel hak ve hürriyetlere sahip" olduğunu ifade etmesi bu maddenin doğal hukukçu bir yaklaşımla Anayasada açıkça sayılmayan haklar açısından bir "depo madde" olarak yorumlanmasını sağlayabilir.[213]

Anayasa yargısı, temel haklar kataloğunu bu yolla sayısal yönden zenginleştirirken başka bazı başvuru kaynakları da kullanabilir. Bunlardan biri uluslararası insan hakları belgelerini yorumda doğrudan referans alması veya yorumunu bunların ışığında yapmasıdır.[214] Yargısal karşılaştırmacılığın da bu konuda bir başka dayanak noktası sunduğu söylenebilir; Anayasa mahkemelerinin başka ülkelerin ve

[211] İbrahim Ö. KABOĞLU, "İnsan Haklarının Gelişmeci Özelliği ve Anayasa Yargısı", **Anayasa Yargısı Dergisi**, C. 9, 1992, s. 135.
[212] Dürig'den aktaran: Fazıl SAĞLAM, **Temel Hakların Sınırlanması ve Özü**, Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayını, 1982, s. 41-42.
[213] GÖZLER, **Anayasa Hukukunun Genel Teorisi**, C. 2, s. 525-527.
[214] KABOĞLU, "İnsan Haklarının Gelişmeci Özelliği ve Anayasa Yargısı", s. 135.

uluslararası ve ulusüstü mahkemelerin içtihatlarından esinlenerek kendi temel haklar listesini zenginleştirmeleri mümkündür.[215]

b) Metnin Yorumlanışının Değiştirilmesi

Dinamik yorumun diğer somut görünüm biçimi ise kurucu iktidar veya bir mahkeme tarafından daha önce yorumlanmış bir hususta bir mahkemenin eski yorumla çelişen yeni bir yorum yapmasıdır. Başka bir deyişle, metnin yorumlanışı iki şekilde değiştirilebilir: Birincisi, bir kural mahkemece ilk defa yorumlanırken o kuralı ihdas eden kurucu iktidarın orijinal sübjektif niyeti dikkate alınmayarak kuralın objektif anlamına göre yorum yapılabilir; ikincisi, kuralın daha önce mahkeme tarafından en az bir defa yorumlandığı durumda değişen koşullar sebebiyle eski yorum veya yorumlar dikkate alınmayarak bunun yerine eski içtihatla çelişen yeni bir yorum geliştirilebilir.

i. Orijinal Niyetin Göz Ardı Edilmesi

Dinamik yorumun hukuki realizmin öncüllerine dayandığı hatırlanırsa, yorumda esas alınanın kuralı koyan iktidarın sübjektif iradesi değil, kuralın bir defa yazılmakla kazandığı objektif anlamı olduğu da anımsanacaktır. İşte, orijinal niyetin göz ardı edilmesi suretiyle kurucu iktidarın murat ettiğinden farklı sonuçlara ulaşılması da bu yolla mümkün olmaktadır.

[215] Anayasa yargısında yargısal karşılaştırmacılık konusunda özellikle bkz. A. Ersoy KONTACI, **Anayasa Yargısında Yargısal Karşılaştırmacılık ve Türk Anayasa Mahkemesi**, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2021. *"İnsan haklarına yönelen tehditler çoğu zaman benzeşmekte, pek çok toplumu ve buralarda yaşayan bireyleri eş zamanlı olarak etkileyen çok boyutlu riskler biçiminde ortaya çıkmaktadır. İşte bu sebepledir ki, ulusal mahkemelerin, insan haklarının gerçek anlamını kavramak için bir yandan geleceğe bakarken, bir yandan da yana, etraflarına ve birbirlerine bakmaları zorunlu hale gelmektedir. Daha doğrudan bir ifadeyle, insan hakları meselelerini çözmekle yükümlü mahkemelerin ve özellikle de anayasa mahkemelerinin, karşılaştıkları insan hakları meselelerini anlamak ve bunlara muhtemel çözümler bulmak için birbirlerinin deneyimlerine, akıl yürütmelerine, buldukları çözümlere ve nihayet bütün bunların bulunabildiği temel kaynak olarak, içtihatlarına duyarlı olmaları gerekmektedir."* KONTACI, **a.g.e.**, s. 52.

Burada dikkat edilmesi gereken nokta, orijinal niyetin göz ardı edilmesiyle ulaşılan sonuçların yalnızca kurucu iktidarın niyetlerinden farklı sonuçlar elde edilmesi anlamında değil, aynı zamanda kurucu iktidarın kural koyarken açıkça aksini hedeflediği yorumların da yapılabilmesi anlamında kullanıldığıdır. Örneğin, *Young, James ve Webster-Birleşik Krallık* kararında AİHM, Sözleşmeci Devletlerin açıkça örgütlenme özgürlüğünün ("*freedom of association*") kapsamı dışında bırakmak istedikleri "örgütlenmeme özgürlüğü"nü ("*negative freedom of association*") kapsama dahil etmiştir. Birleşik Krallık ulusal hukukuna göre, işçi sendikasına katılmak istemeyen demiryolu işçilerinin işten çıkarılması yasal olduğu halde, işten çıkarılan başvurucular 11. maddedeki toplantı ve dernek kurma özgürlüğünün işçi sendikasına katılmama hakkını da kapsadığını iddia etmiştir. Birleşik Krallık hükümeti savunmasında hazırlık çalışmalarını dayanak göstererek taraf devletlerin açıkça bu hakkı kapsam dışında bırakmak istediklerini iddia etse de Mahkeme, hazırlık çalışmalarının "belirleyici" olamayacağı ve 11. maddenin negatif bir boyut da içerdiği gerekçesiyle ihlal kararı vermiştir.[216]

ii. Mevcut İçtihadın Farklılaştırılması

Dinamik yorum anlayışı, mahkemenin gerek kendisinin gerekse de başka bir mahkemenin eski tarihli bir içtihadını günün koşullarına göre yenileyebilme serbestisini de içerir.[217] Şüphesiz, hukuki kesinlik ilkesi ve öngörülebilirlik mahkeme içtihatlarının sıklıkla değiştirilmesinden doğan istikrarsızlıkla bağdaşmaz. Bu sebeple, dinamik yorum yapan mahkemenin içtihat değişikliğine giderken eski içtihat ile kararın verildiği tarih arasında koşullarda önemli bir değişiklik olduğunu ispatlaması beklenmelidir.[218]

---

[216] *Young, James ve Webster-Birleşik Krallık,* B. No. 7601/76, 7806/77, k.t. 18/10/1982.
[217] EREN, "Hukuki Yorum Yöntemleri Açısından Bireysel Başvuru Kararlarının Anayasanın Yorumuna Etkileri", s. 275.
[218] Bkz. *Chapman-Birleşik Krallık*, B. No. 27238/95, k.t. 18/01/2001, §70.

Dinamik yorumun bu görünümüne ilişkin tipik bir karar örneği olarak AİHM'nin verdiği 2005 tarihli *Mamatkulov ve Askarov-Türkiye* kararı gösterilebilir. Mahkeme bu kararıyla, 1991 tarihli *Cruz Varas ve diğerleri- İsveç* kararındaki içtihadını tamamen tersine çevirmiştir. Cruz Varas ve diğerleri kararında Mahkeme veya Komisyon'da görülmekte olan bir davada başvuruculara geri gönderilmesini engelleyen ihtiyati tedbir kararını uygulamayan Hükümetin, tedbir kararını düzenleyen Komisyon İçtüzüğünün 36. maddesinin Sözleşmeci Devletleri bağlamadığı gerekçesiyle ihlale yol açmadığına karar vermiştir.[219] Mamatkulov ve Askarov kararında ise Cruz Varas kararından bu yana, başka uluslararası organların konuyu ele aldığını ve AİHS'nin günün koşulları ışığında değerlendirilmesi gerektiğini belirterek, Sözleşme organları tarafından verilen ihtiyati tedbir kararlarının yerine getirilmemesinin AİHS'nin 34. maddesinin ihlali anlamına geldiğine hükmetmiştir.[220] Mahkemenin bu kararda, eski içtihatlarıyla bağlı olmadığını ve Sözleşmedeki hak ve özgürlüklerin etkin korunması gerektiğini ifade ederek Sözleşmenin günün koşulları ışığında değerlendirilmesi gereken yaşayan bir belge olduğuna dikkat çekmesi önemlidir.[221]

Öte yandan, mahkemelerin her içtihat değişikliği, dinamik yorum kapsamında değerlendirilmemelidir. Mahkemeler, içtihadı daha tutarlı hale getirme ve benzeri gerekçelerle de mevcut içtihatlarını değiştirebilmektedirler.[222] Örneğin Türk Anayasa Mahkemesi, Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnamelerinin denetimi konusunda 1991 yılında verdiği kararında "*Anayasa Mahkemesi, denetlenmesi istenilen metne verilen adla kendisini bağlı sayamaz. Bu nedenle, Anayasa Mahkemesi 'Olağanüstü Hâl KHK'si' adı altında yapılan düzenlemelerin, Anayasa'nın öngördüğü ve Anayasa'ya uygunluk denetimine bağlı tutmadığı gerçekten bir 'olağanüstü hâl KHK'si' niteliğinde*

[219] *Cruz Varas ve diğerleri-İsveç*, B. No. 15576/89, k.t. 20/03/1991.
[220] *Mamatkulov ve Askarov-Türkiye*, B. No. 46827/99, 46951/99, k.t. 06/02/2003.
[221] *Mamatkulov ve Askarov*, §121.
[222] YILMAZ, "İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin Yorum Yöntemleri", s. 86.

olup olmadıklarını incelemek ve bu nitelikte görmediği düzenlemeler yönünden Anayasa'ya uygunluk denetimi yapmak zorundadır."[223] ifadeleri ile OHAL KHK'lerinin adıyla kendisini bağlı saymazken; 2016 tarihli kararında "*Olağanüstü hâl KHK'larının Anayasa'ya aykırı düzenlemeler içerdiğinin ileri sürülmesi, bunların anayasallık denetimine tabi tutulmaları için yeterli değildir. Olağanüstü hâl KHK'larının Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenebilmesi için bu yöndeki bir anayasal yetkinin açıkça tanınması gerekir. Anayasa'nın 148. maddesinin lafzı, Anayasa koyucunun amacı ve ilgili yasama belgeleri göz önünde bulundurulduğunda, olağanüstü dönem KHK'larının herhangi bir ad altında yargısal denetime tabi tutulamayacağı açıktır.*"[224] belirlemesini yaparak güncel koşullarda bir değişiklik olduğuna dair herhangi bir iddiada bulunmadan içtihadını değiştirmiştir.

C) Dinamik Yorum Anlayışına Yönelik Eleştiriler

Dinamik yorum yukarıda sayılan pek çok avantaja sahip olmakla birlikte, herhangi bir eleştiriyle karşılaşmayan mutlak olarak avantajlı bir yaklaşım olarak görülemez. Özellikle sınırları ve meşruluğu konusunda ciddi tartışmalar bulunan dinamik yorum, yorumcuya geniş bir hareket alanı tanıması dolayısıyla sübjektif değerleri öne çıkardığı, demokratik meşruiyeti bulunmadığı, anayasanın normatif gücünü zayıflattığı, meşru bir anayasa değişikliği usulü olarak görülemeyeceği ve pragmatik açıdan olumsuz sonuçlar ürettiği eleştirileriyle karşılaşmaktadır. Bu başlıkta söz konusu eleştiriler sırasıyla aktarılacak ancak bu eleştirilerin değerlendirilmesi burada değil, bölümün sonunda orijinalizme yönelik eleştirilerle bir arada yapılacaktır.

[223] AYM, E.1990/25, K.1991/1, k.t. 10/01/1991.
[224] AYM, E. 2016/167, K. 2016/160, k.t. 12/10/2016.

1. Dinamik Yorumun Yargıcın Sübjektif Değerlerine Göre Yapıldığı İddiası

Dinamik yorumun hangi değerlere dayalı olarak yapılacağı tam olarak belli olmadığı için yargıcın sübjektifliği ile sonuçlanma riski doğurduğu ifade edilmektedir.[225] Gerçekten de, dinamik yorumun "günün koşulları ışığında yorum" yaklaşımı, yorum yaparken korunması gereken hukuki değerin ne olduğu konusunda net bir cevap verdiği söylenemez.

Yargıç Scalia, anayasanın orijinal anlamının yerine "hukuk sisteminin temel değerleri" gibi soyut kavramların geçirilmesine itiraz etmekte ve bu değerlerin nereden türetilmesi gerektiği ve dinamik yorumun dayandığı toplumsal evrimin tespiti konusundaki belirsizliği biraz da alaycı bir dille şöyle ifade etmektedir: "*Evrimin ne zaman ve hangi yönde gerçekleştiğini belirlemek için yargıcın nereye başvurması gerekir? Başvurulması gereken yer, gazetelerden, radyo programlarından, kamuoyu yoklamalarından ve şehir kulübündeki sohbetlerden anlaşılan çoğunluk iradesi midir? Yoksa Hume'un, John Rawls'un, John Stuart Mill'in veya Aristoteles'in felsefesi midir?*"[226] Anayasa metninin güncel değerler ışığında "göz ardı" edilmesi durumunda Yüksek Mahkeme kararlarının belirlenebilir bir dayanağı kalmayacağını belirten yazar, bu durumu yaşayan belge anlayışının en bariz kusuru olarak değerlendirmektedir.[227]

Dinamik yorumun belirli değerlere veya ilkelere dayalı olarak yapılmıyor oluşu, yargıcın kendi sübjektif değerlerine göre yorum yapması sonucunu doğurabilir. Bakır Çağlar bu durumu "anayasa yargısının büyük problemi" olarak adlandırmakta ve bu problemi "*kendi değer hiyerarşilerini, ya da yargıç Burger'in ifadesi ile "şahsi*

[225] ODER, **Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri**, s. 233.
[226] SCALIA, "Common-Law Courts in a Civil Law System: The Role of United States Federal Courts in Interpreting the Constitution and Laws", s. 45.
[227] Antonin SCALIA, "Originalism: The Lesser Evil", **University of Cincinnati Law Review**, C. 57, 1989, s. 861; SCALIA, "Common-Law Courts in a Civil Law System: The Role of United States Federal Courts in Interpreting the Constitution and Laws", s. 44-45.

tercihlerini" açık pozitif tanımı olmayan "hürriyet", "eşitlik", "fairness" ya da "due process" gibi nispeten boş kalıplara koyan yargıcın rolü ve demokratik meşruluğu problemi" olarak tanımlamaktadır.[228] Yazar, anayasa normlarının yorumunda "değer" ya da "değerler sistemi"nin kullanılmasının hukuk devletinden yargıçlar devletine geçiş olarak görülebileceğini ifade etmiştir.[229] Yorumun yorumcunun sübjektif değerlerine göre yapılmasının, hukukun istikrarını yok edeceği, bugün izin verilenin yarın yasaklanabileceği, bugün yasaklanana yarın izin verilebileceği ve anayasanın dünkü anlamının yarın için de geçerli olmayabileceği savunulmuştur.[230]

Bu durumun, yargının popülist bir kurum haline gelmesine de sebep olabileceği iddia edilmiştir. Scalia'ya göre, "Anayasayı yeniden yazma" yetkisine sahip yargıç, onu mutlaka çoğunluğun istediği şekilde yazacaktır. Bu da, Anayasanın azınlıkları koruyucu işlevini yok ederek "çoğunluğun tiranlığı"na yol açacaktır.[231] Yorumun çoğunlukların talebine göre yapılması, Anayasanın anlamını da belirsizleştirecek ve örneğin bir hakkın Anayasanın içerisinde yer alıp almadığı tamamen onun çoğunluk tarafından istenip istenmediğine bağlı olacaktır. Bir şey sübjektif olarak "iyi" ise, Anayasaya dahil görülecektir.[232]

Açıklanan bu sebeplerle, ABD Federal Yüksek Mahkemesi Yargıcı Hugo Black, Anayasa metni dışında herhangi bir şeye dayalı olan herhangi bir yargı kararının gayrimeşru olduğunu ifade ederken[233], Robert Bork, meşru bir Mahkeme'nin mutlaka yargıçların isteklerinden bağımsız ilkelerle hareket etmesi gerektiğini dile getirmiştir. Bork'a göre, Mahkeme'nin "temel değerler"e ilişkin tercihinin herhangi bir şekilde

[228] Bakır ÇAĞLAR, "Anayasa Yargısında Yorum Problemi Karşılaştırmalı Analizin Katkıları", **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi**, C. 5, No: 1-3, 1984, s. 165-166.
[229] ÇAĞLAR, **a.g.e.**, s. 167-168.
[230] SCALIA, "Common-Law Courts in a Civil Law System: The Role of United States Federal Courts in Interpreting the Constitution and Laws", s. 39, 46.
[231] SCALIA, **a.g.e.**, s. 47.
[232] SCALIA, **a.g.e.**, s. 39.
[233] *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965).

meşrulaştırılması mümkün değildir. Anayasa metni, değerlere ilişkin bir tercihte bulunmazken bir değeri diğerine tercih etmek tamamen keyfidir. Yargıç metne sadık kalarak yorum yapmak zorundadır.[234]

Diğer taraftan, yargıçların toplumsal değişimlere dayalı olarak dinamik yorum yaptıklarını iddia ettikleri durumlarda da aslında henüz toplumda yerleşmemiş durumdaki çeşitli eğilimleri güçlendirmek amacıyla ve adeta bir sosyal mühendis rolüne bürünerek yorum yaptığı savunulmuştur.[235] Örneğin, *Marckx-Belçika* kararında AİHM'nin ilgili uluslararası anlaşmalara ve üye devletlerin büyük çoğunluğunun iç hukuklarına bakarak evlilik dışı çocukların hukuki tanınmaları yönünde genel bir eğilim olduğunu saptamasına rağmen[236], bu eğilimin henüz eğilim olarak adlandırılacak düzeyde güçlü olmadığı iddia edilmiştir.[237]

2. Dinamik Yorumun Demokratik Olarak Meşru Görülemeyeceği İddiası

Dinamik yorumun karşılaştığı en önemli eleştirilerden biri de onun demokrasinin çoğunluk kuralı ile bağdaşmadığı, bu sebeple de demokratik olarak meşru görülemeyeceği iddiasıdır. Aslında bu meşruiyet sorunu, dinamik yoruma özgü sayılamaz. Genel olarak anayasa yargısının "çoğunluk karşıtı" bir güç olarak algılanması

---

234 Robert H. BORK, "Neutral Principles and Some First Amendment Problems", **Indiana Law Journal**, C. 47, No: 1, 1971, s. 6-8.

235 Yargıcın sosyal mühendis rolünü üstlenmesinin meşru, hatta gerekli olduğunu savunan yazarlar da mevcuttur. Örneğin, İlhan Arsel'e göre, "*Türk aydınının en büyük temennisi ve ümidi o'dur ki bu muhterem Mahkeme, Türkiye'nin içinde bulunduğu bugünkü şartlara göre değil fakat Türkiye'nin içinde bulunması gereken medenî şartlara göre Anayasa'nın tatbikini sağlamak vazife ve misyonunu yerine getirmekte devam etsin; ve ederken de, yeni Anayasa'mızın meydana getirdiği mekanizma içerisinde çekinerek, korkarak veya millet iradesine dayanmıyormuş zahabına kapılarak değil, fakat aksine, memleketin demokratik hayatının hakikî yaratıcısı olma şu'uruna sahip olarak, azimle, gururla ve millet iradesinin tecellisinde en müessir rolü oynayan üstün bir organ sıfatiyle, işgal etsin.*" İlhan ARSEL, **Anayasa Mahkemesinin Bazı Eğilimleri Üzerine Görüşler**, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1970, s. 3. Artun Ünsal'ın da AYM'den beklentilerini aktardığı şu bölümde benzeri bir düşünceyi yansıttığı savunulabilir: "*AYM'den beklenen, yalnız bir "pasif" güvence unsuru olmak değil, Anayasa'da yer alan sosyal ve ekonomik reformların gerçekleştirilmesinde "aktif" katkıda bulunmasıdır.*" Artun ÜNSAL, **Siyaset ve Anayasa Mahkemesi ("Siyasal Sistem" Teorisi Açısından Türk Anayasa Mahkemesi)**, Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayını, 1980, s. 328.

236 *Marckx-Belçika*, B. No. 6833/74, k.t. 13/06/1979.

237 Merrils'ten aktaran: YILMAZ, "İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin Yorum Yöntemleri", s. 212.

sebebiyle demokratik meşruiyeti sıkça tartışılmıştır.[238] Alexander Bickel'ın "çoğunluk karşıtı zorluk" ("*counter-majoritarian difficulty*") olarak adlandırdığı bu problem, basitçe yargısal denetimin seçilmiş bir çoğunluk üzerinde temsil kabiliyeti olmayan bir azınlık olarak yargıçların kontrolünün demokratik olarak meşru görülemeyeceği iddiasına ilişkindir.[239]

Scalia, Anayasanın olduğu gibi değil olması gerektiği gibi yorumlanmasının ve bu yorumun seçilmek yerine atanmış yargıçlar tarafından yapılmasının demokratik teoriyle bağdaşmadığını savunmuş ve demokratik bir toplumda yasaların "güncel değerler"i yansıtacağını garanti eden anayasal güvencelere ihtiyaç olmadığını; seçimlerin bu işlevi gayet başarılı şekilde yerine getirdiğini ifade etmiştir.[240]

Dinamik yorumun demokratik teoriyle bağdaşmadığı görüşü, dinamik yoruma ilişkin yukarıda aktarılan sübjektivite eleştirisiyle de bağlantılıdır. Buna göre, dinamik yorumun anayasayı kabul eden halkın iradesinin yerine yargıçların iradesini koyduğu, bu sebeple de demokratik olmadığı savunulmuştur.[241]

Genel olarak yargısal denetimin, özel olarak da dinamik yorumun demokratik meşruluğunun bazı sınırlama kayıtlarıyla sağlanabileceğini savunan görüşler de mevcuttur. Örneğin John Ely'a göre yargı denetimi demokratik süreçleri ve temsiliyeti usulen denetlediği ve sürecin maddi içeriğine müdahale etmediği sürece çoğunluk kuralını korumuş olur ve bu yolla meşruiyet kazanır.[242] Michael Perry ise yasama organının yargı kararlarını geri alma yetkisine sahip olması halinde meşru kabul

[238] ODER, **Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri**, s. 238.
[239] Alexander M BICKEL, **The Least Dangerous Branch**, İkinci Baskı, New York, Yale University Press, 1986, s. 16.
[240] SCALIA, "Originalism", s. 862; SCALIA, "Common-Law Courts in a Civil Law System: The Role of United States Federal Courts in Interpreting the Constitution and Laws", s. 36.
[241] STRAUSS, **The Living Constitution**, s. 48-49.
[242] John Hart ELY, **Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review**, Cambridge, Harvard University Press, 1980, s. 101-103.

edilebileceğini ifade etmiştir.[243] Ne var ki, anayasa yargısına ilişkin bu sınırlamaların demokratik meşruiyet uğruna kabul edildiği durumda anayasal denetimin etkinliği konusunda ciddi soru işaretleri baş gösterir.[244] Ayrıca, anayasa yargısının verdiği kararların yasama organı tarafından kolayca geri alınamadığı ve yapılan denetimin ezici çoğunlukla maddi denetimi de kapsaması gerektiği düşünüldüğünde anayasa yargısına karşı ileri sürülen demokratik meşruiyet itirazlarının bu yolla önlenemeyeceği görülür.[245]

3. Anayasanın Normatif Gücünün Dinamizm Uğrunda Feda Edildiği İddiası

Hukukun sosyal gerçeklikle bağlantısından ziyade normatif işlevini ön planda tutan yorum yaklaşımlarının dinamik yoruma yönelttiği en önemli eleştirilerden biri de dinamik yorumun anayasanın normatif gücünü dinamizm uğrunda feda ettiğine ilişkindir. Bu anlayışa göre, "anayasanın açıklığı" ile "normatifliği" birbiriyle bağdaşmaz. Çünkü, birden fazla olası yoruma açık olan ve bu yorumların yorumcu tarafından serbestçe değerlendirilebildiği bir anayasa geçerli bir anayasa sayılamaz; geçerli olmayan bir anayasa ise normatiflik iddiasında bulunamaz.[246]

Bu sebeple, sözü edilen anlayışın savunucularına göre, anayasanın güncel koşullara uyum sağlaması isteniyorsa bile dinamik yoruma başvurmak suretiyle onun normatifliği yok edilmemelidir; anayasanın güncel koşullara uygunluğu yalnızca şekli değişikliklerle sağlanmalıdır. Aksi takdirde, anayasa bugün ile yarın arasında tutarlılığı bulunmayan ve içeriği tam olarak belirlenemeyen tamamen muğlak bir metne dönüşür ve içeriğinin belirsizleşmesi sebebiyle normatif gücünü de kaybeder.

---

[243] Perry'den aktaran: CHEMERINSKY, **Constitutional law**, s. 25.
[244] Örneğin anayasa mahkemelerinin kararlarının yasama eliyle geri alınabilmesi, çoğunluğun azınlığa karşı otoriterleşmesini engelleme amacındaki yargısal denetimin etkinliğinin çoğunluğun iradesine tabi kılınması anlamına gelir; bu durumun yargısal denetimin mantığıyla uyuşmadığı ortadadır.
[245] STRAUSS, **The Living Constitution**, s. 46.
[246] Böckenförde'den aktaran: SANCAR, "Temel Hakların Yorumu", s. 276-277.

4. Anayasanın Tek Meşru Değişiklik Usulünün Şekli Değişiklik Olduğu İddiası

Dinamik yoruma dair bir eleştiri de anayasa metninde değişiklik usulüne dair düzenlemeler mevcut olduğu halde onu yargısal yorum yoluyla değiştirmenin meşru kabul edilemeyeceği iddiasıdır. Başka bir deyişle, bu anlayışı savunanlara göre, anayasa metninde bir değişiklik usulü mevcutsa anayasa ancak bu usulle değiştirilebilir; anayasa metninde yer almayan usullerle değil.[247]

Bu iddia, yanında bir başka varsayım ile birlikte ele alınmaktadır. Sözü edilen varsayım tüm hukuki metinlerin doğaları itibarıyla kendilerinin minimum düzeyde değiştirilmesini talep ettiğine ilişkindir. Bu talebin temel hakları çoğunluğa karşı koruma maksadı sebebiyle anayasalar için çok daha belirgin düzeyde ortaya çıktığı savunulur. Bu sebeple, anayasada öngörülen şekli değişiklik usulü yerine yorum yoluyla değişiklik usulüne başvurulması anayasalcılığın doğasıyla ve kurucu iktidarın orijinal niyetiyle asla bağdaşmaz. Scalia bu iddiayı şöyle ifade etmektedir: "*(Bir anayasanın) tüm amacı değişimi önlemek, belirli hakları gelecek nesillerin onları kolayca geri alamayacağı şekilde yerleştirmektir.*"[248]

5. Dinamik Yorumun Ampirik Açıdan Olumsuz Çıktılar Ürettiği İddiası

Buraya kadar aktarılan teorik eleştirilerin yanında, dinamik yorum doğurduğu somut çıktıların olumsuz olduğu gerekçesiyle pragmatik olarak da eleştirilmektedir. Bu konuda, özellikle ABD'de, en çok tartışılan örneklerden birinin ABD Federal Yüksek Mahkemesi'nin 1857 tarihli *Dred Scott v. Sandford* kararı olduğu söylenebilir.[249] ABD'de

[247] Raoul BERGER, "G. Edward White's Apology for Judicial Activism", **Texas Law Review**, C. 63, No: 2, 1984, s. 372.
[248] SCALIA, "Common-Law Courts in a Civil Law System: The Role of United States Federal Courts in Interpreting the Constitution and Laws", s. 40. Benzeri şekilde, "*Anayasal güvencelerin, özellikle de birey haklarının, amacı, Anayasayı yürürlüğe sokan toplumun başta istenmez gördüğü temel değerlerdeki değişimlerin hukuka dahil edilmesini engellemektir*." SCALIA, "Originalism", s. 862.
[249] *Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. 393 (1857).

kölelik hakkında verilen en önemli yargı kararlarından biri olarak gösterilen bu karar yaklaşık kırk yıllık bir olaylar zincirinin ardından verilmiş ve neticesinin oldukça acı olduğu bir karar olarak tarihe geçmiştir.

Dred Scott kararına giden süreç aslında 1820 yılında başlamıştır. Maine eyaleti kölelik karşıtı bir eyalet ve Missouri eyaleti de bir kölelik yanlısı bir eyalet olarak kabul edilmek isterken, Kongre'nin kabul ettiği ve "Missouri Uzlaşması" ("*Missouri Compromise*") adıyla anılan bir yasayla sorun çözülmüş ve Missouri eyaletinin güney sınırı boyunca uzanan bir hattın kuzeyinde kalan bölgelerde kölelik yasaklanırken güneyinde kalan bölgelerde yasal olmaya devam etmiştir. Bu sayede geçici de olsa eyaletler arasında denge sağlanmış ve Birlik'in dağılması engellenmiştir. 1846 yılına gelindiğinde Temsilciler Meclisi üyesi David Wilmot, "Wilmot Şartı" ("*Wilmot Proviso*") adı verilen ve Meksika-ABD Savaşı sonunda elde edilen topraklarda köleliğin yasaklanmasını öneren bir yasa teklifi sunmuş, ancak teklif kabul edilmemiştir. Nihayet 1854 yılına gelindiğinde Senatör Stephen Douglas'ın öncülük ettiği Kansas-Nebraska Kanunu ile Birlik'e yeni dahil olan Nebraska eyaletinin Kansas ve Nebraska olarak ikiye bölünmesi ve bu iki eyalette köleliğin serbest olup olmayacağının halk oyuna başvurulması yoluyla belirlenmesi kararlaştırılmıştır. Bu kanun sonucunda ortaya çıkan durum, kölelik karşıtlarını memnun etmese dahi, Kongre'nin kararı olması dolayısıyla ileri tarihlerde durumun değişebileceği umuduyla herkesçe kabul edilmiştir. Ancak 1857 yılına gelindiğinde Yüksek Mahkeme'nin verdiği ve köleliğin yasaklanması talebi ile başvurulmasına rağmen köleliğin yasaklanmaması bir yana Kongre'nin hiçbir yerde köleliği yasaklama yetkisinin olmadığına hükmeden Dredd Scott kararıyla birlikte

Kansas-Nebraska Kanunu ile başlayan Kuzey-Güney çatışması hız kazanmış ve İç Savaş'a giden yolun sonuna yaklaşılmıştır.[250]

Bu kararın ABD'de sıkça eleştirilmesinin sebebi olağan yasama sürecinde her ne kadar tam bir çözüme ulaştırılamamış olsa da, her zaman çözülme umudu bulunan bir sorunun yargı eliyle taraflardan birinin tamamen kaybetmiş hissedeceği bir şekilde sonuçlandırılmış olmasının sorunun demokratik yolla çözülmesini imkansız kılması ve hukuk dışı bir çare olarak savaşa başvurulmasına sebep olmasıdır. Bu ve benzeri bazı yargı kararlarının ciddi derecede olumsuz sonuçlar yaratması, dinamik yorumun pragmatik açıdan da eleştirilmesine sebep olmuştur.[251]

D) Bir Uluslararası İnsan Hakları Sözleşmesi Olarak AİHS'nin Özel Durumu

Çalışmanın buraya kadarki kısmında dinamik yorum, anayasanın yorumlanması bağlamında ele alındı. Fakat insan haklarına ilişkin bir uluslararası sözleşme olarak AİHS'nin yorumunda da kullanılan dinamik yorumun bu noktada farklılık arz eden bazı özellikleri bulunmaktadır. Bu başlıkta söz konusu farklılıklar ele alınacak, ardından da dinamik yorum öğretisi hakkındaki inceleme sonuçlandırılarak orijinalizm anlayışı incelenmeye başlanacaktır.

Öncelikle anayasaların yorumu ile AİHS'nin yorumu arasında belli açılardan farklılıklar bulunmasına rağmen bu durumun söz konusu metinlerin hiçbir şekilde birbirlerine benzemedikleri anlamına gelmediği ifade edilmelidir. Her iki hukuk metni de bireylerin temel haklarını iktidara karşı koruyan metinler olmaları, metnin yazılış aşamasında öngörülmesi neredeyse olanaksız sürekli ve ani değişimlerle yüzleşmek

[250]Dred Scott kararı hakkında ayrıntılı analiz için bkz. REHNQUIST, "The Notion of a Living Constitution", s. 409-411.

[251] Dinamik yorumun olumsuz sonuçlandığı konusunda örnek teşkil ettiği iddia edilen başka ABD Federal Yüksek Mahkemesi kararları için bkz. *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905); *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214 (1944).

zorunda oluşları ve temel hakların ihlal edilip edilmediğini denetleyen yargısal mekanizmalar yaratmaları açılarından benzer özellikler gösterirler.[252]

AİHS ile anayasalar arasındaki temel farklılık ise anayasaların aksine AİHS'nin spesifik bir ulusun temel değerlerine dayanan siyasi bir organizasyon yaratmak gibi bir gayesinin olmayışına dayanır.[253] Dolayısıyla AİHM de, bir ulusal anayasa mahkemesinden farklı olarak, kararlarının bağlayıcılığını taraf Devletlerin rızasına dayalı olarak elde eder. Bu durum ise, zaten anayasalar bağlamında yeterince tartışma yaratan dinamik yorumun uluslararası sözleşmeler bağlamında çok daha fazla ihtilaf ortaya çıkarmasına neden olur.[254]

Sözü edilen tartışmaların ilki, AİHS'nin bir uluslararası sözleşme olarak 1969 tarihli Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'ne (VAHS) göre yorumlanmak zorunda olup olmadığı hakkındadır. Uluslararası kamu hukuku perspektifinden bakıldığında, Sözleşme çok taraflı bir uluslararası sözleşmedir ve çok taraflı uluslararası sözleşmelerin yorumuna ilişkin kurallar da VAHS'de düzenlendiğinden AİHS'nin de bu kapsamda yorumlanması zorunludur.[255] Nitekim AİHM, VAHS'nin yoruma ilişkin kurallarını içeren 31, 32 ve 33. maddelerine her ne kadar nadiren atıf yapsa da kararlarında sıkça kullanmaktadır.[256] Dahası, 1975 tarihli *Golder-Birleşik Krallık* kararında Mahkeme, VAHS'nin davanın görüldüğü tarihte henüz yürürlüğe girmemiş olmasına ve 4. maddesi gereği geçmişe etkili olarak uygulanmasının da mümkün olmamasına rağmen yoruma ilişkin 31, 32 ve 33. maddelerinin uluslararası hukukun genel ilkeleri sayıldığına ve

[252] LETSAS, "The ECHR As A Living Instrument: Its Meaning and Legitimacy", s. 107.
[253] *ibid.*
[254] LETSAS, "The ECHR As A Living Instrument: Its Meaning and Legitimacy", s. 125.
[255] MOWBRAY, "The Creativity of the European Court of Human Rights", s. 58.
[256] Ost'tan aktaran: MOWBRAY, **a.g.e.**, s. 59.

dolayısıyla AİHS'nin yorumlanması sırasında da dayanak teşkil etmesi gerektiğine hükmetmiştir.[257]

VAHS'nin sözü edilen 31. maddesinin, 3. fıkrasının b bendinde "*tarafların andlaşmanın yorumu konusundaki mutabakatını tespit eden andlaşmanın uygulanması ile ilgili daha sonraki herhangi bir uygulaması*"nın andlaşmanın bütünü ile birlikte dikkate alınmasını hükme bağlaması sebebiyle, AİHS'nin imzalandığı dönemdeki şartların belirlediği hükümlerinde verilmek istenen orijinal anlamlarının, uygulama ve bakış açılarındaki gelişmelerden çıkan anlamın önüne geçmemesi gerektiği ileri sürülmüştür.[258]

AİHS'nin VAHS ile uyumlu olarak yorumlanması gerektiğini kabul etmesine rağmen AİHM, VAHS ve uluslararası hukukun klasik kurallarına göre yapılacak yorumun kaçınılmaz olarak dar bir yoruma yol açacak olmasından dolayı AİHS'deki hak ve özgürlüklere daha fazla etkinlik kazandırmak amacıyla uluslararası hukukun klasik kurallarını aşan bir yaklaşım benimsemiştir.[259] Bu yaklaşımın dayanağı Avrupa Konseyi Hukuk İşleri Yöneticisi M. H. Golsong'a göre, AİHS'nin VAHS'de düzenlenen iki tarafa borç yükleyen ("*bilatéral*") uluslararası sözleşmelere benzemeyen, yani karşılıklı edimlerin yerine getirilmesini içermeyen normatif karakterli bir sözleşme olmasıdır.[260]

---

[257] *Golder-Birleşik Krallık*, B. No. 4451/70, k.t. 21/02/1975.

[258] Sorensen'den aktaran: YILMAZ, "İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin Yorum Yöntemleri", s. 72. AİHS'nin dinamik yorumunu meşrulaştırdığı ileri sürülen bu pozitif dayanağın benzerlerini AİHS metninde de bulmak mümkündür. Örneğin Yılmaz'a göre, "*Sözleşme'nin giriş kısmının üçüncü paragrafının resmi Türkçe metninde, Sözleşmeci Devletler, 'Avrupa Konseyi'nin amacının, üyeleri arasında daha sıkı bir birlik kurmak olduğunu ve insan hakları ile temel özgürlüklerin korunması ve geliştirilmesinin bu amaca ulaşma yollarından birini oluşturduğunu göz önüne' aldıklarını belirlemişlerdir. Bu durum, geliştirmeci yorumu zorunlu kılmaktadır. Devletlerin bu yönde bir iradesi olduğunu da göstermektedir.*" YILMAZ, **a.g.e.**, s. 76-77. Ayrıca, "*Evrimci yorumun hukuki temeli AİHS'nin kendisinde ve genel uluslararası hukukta yer almaktadır. (...) AİHS'nin Başlangıcı, Avrupa Konseyi'nin amacının, üyeleri arasında daha sıkı bir birlik kurmak olduğunu ve insan hakları ile temel özgürlüklerin korunması ve geliştirilmesinin bu amaca ulaşma yollarından birini oluşturduğunun göz önüne alındığını ifade etmektedir. Yaşayan belge doktrini insan haklarının etkililiğini artırır ve bu yolla onların geliştirilmesini güvence altına alır."* DZEHTSIAROU, "European Consensus and the Evolutive Interpretation of the European Convention on Human Rights", s. 1739.

[259] Blau'dan aktaran: METİN, **Anayasanın Yorumlanması**, s. 116.

[260] Erol CANSEL, "Genel Rapor", **VIII. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı**, C. 1, Ankara, Türk Anayasa Mahkemesi Yayınları, 1990, s. 52.

AİHM de söz konusu yorumu benimseyerek *İrlanda-Birleşik Krallık* kararında, AİHS'nin devletlerin karşılıklı taahhütlerini içeren klâsik uluslararası sözleşmelerden farklı bir sözleşme türü olduğunu; bu sözleşmenin karşılıklı borçlar yerine ortak bir garantiden yararlanan objektif yükümlülükler yarattığını ifade etmiştir.[261]

AİHM'nin bu tercihi pek çok eleştiriyi de beraberinde getirmiştir. Zira, VAHS'nin ve uluslararası hukukun klasik kurallarının tercih edilmemesinin temel sebebi bunların temel hakları koruma amacıyla değil egemen devletlerin çıkarlarını birbirlerine karşı koruma amacıyla oluşturulmuş olmaları iken; AİHS de egemen devletler tarafından imzalanan bir uluslararası anlaşma olmasına rağmen onun temel hak ve özgürlükleri korumak ve geliştirmek amacıyla yorumlanmak istenmesidir. Ne var ki, bu bakış açısı taraf Devletlerin Sözleşme kaleme alınırken açıkça taahhüt etmedikleri yeni yükümlülüklerin onlara yüklenmesi sonucunu doğurabilmektedir. Bu durumun klasik uluslararası hukukun geleneksel anlayışındaki devletlerin hakimiyetlerine getirilen kısıtlamaların dar yorumlanması ilkesi ile bağdaştığı söylenemez. Dolayısıyla, halk tarafından görevlendirilerek kurucu işleve dahil edilen ulusal anayasa mahkemelerinin aksine AİHS'nin bir anayasa olmamasından kaynaklı olarak AİHM'nin Sözleşme metnine çok daha sıkı şekilde sadık kalması gerektiği iddia edilmiştir.[262]

AİHS'nin dinamik yorumunun Sözleşmeci devletlere ek yükümlülükler getirmesine ilişkin eleştiriler, anayasanın dinamik yorumlanmasına karşı geliştirilen yargı organının yasama organı gibi davrandığı eleştirisiyle de kesişir. Lord Hoffmann, bu durumu şöyle ifade etmektedir: "*Sözleşmenin yaşayan bir belge olduğuna dair önerme, Strasbourg Mahkemesi'nin 'Avrupa kamu düzeni'nin gerektirdiğini düşündüğü şeyleri yasama yetkisi kullanarak gerçekleştirmesinin sembolüdür. Bir antlaşmada veya*

[261] *İrlanda-Birleşik Krallık*, B. No. 5310/71, k.t. 18/01/1978, § 239.
[262] YILMAZ, "İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin Yorum Yöntemleri", s. 211.

anayasal belgede kullanılan kavramların pratik ifadesinin değişebileceğini tamamen kabul ediyorum. (...) Ancak bu, bir yargı organına, sırf zamanın ruhuna daha uygun olacağı için, çevrenin korunması gibi tamamen yeni kavramları, bunlardan hiç bahsetmeyen uluslararası bir anlaşmaya dahil etme yetkisi vermez. Bizim, ülkemizde basın özgürlüğü ile özel hayatın gizliliği arasında kurduğumuz dengenin, Alman Anayasa Mahkemesi'nin bir kararına atıf yapan Slovenyalı bir yargıç tarafından karara bağlanması doğru kabul edilemez."[263]

Bu eleştirilere katılmak mümkün değildir. AİHM'nin Avrupa Konseyi üyesi çoğu devletin ulusal anayasa mahkemesinden daha nitelikli ve deneyimli bir insan hakları mahkemesi olduğu kabul edilmeyecek olsa bile gelişmiş insan hakları koruma sistemine sahip ülkelerin dahi AİHS'ye taraf olarak AİHM'nin bağlayıcı karar verme yetkisini kabul etmeleri noktasında önemli düzeyde menfaatlerinin olduğu söylenebilir. Bu menfaat, bir uluslararası insan hakları koruma sistemine dahil olmazsa demokratik niteliğini koruyamayabileceği için zamanla istikrarsızlaşıp uluslararası sistemin dengesini bozabilecek daha az gelişmiş ülkelerin yaratabileceği söz konusu potansiyel tehlikenin ancak gelişmiş ve gelişmemiş tüm ülkelerin bağlayıcı karar verme yetkisine sahip tek bir uluslararası mahkemenin otoritesini tanımalarıyla engellenebilecek olmasıdır. Yani Lord Hoffmann'ın iddiasının aksine, AİHM'nin Birleşik Krallık'ın gelişmiş koruma sistemine müdahale etmesi, Büyük Britanya'ya kısa vadede AİHM insan haklarını daha iyi koruduğu için değil, uzun vadede AİHS sistemi içerisinde barış ve istikrarı koruduğu için fayda sağlar.[264]

Bu pragmatik gerekçe elbette AİHM'nin teorik meşruiyetini güçlendirmez; ayrıca barış ve istikrara dair söz konusu menfaat her ülke için eşit düzeyde değildir. Ancak

[263] Lord HOFFMANN, "The Universality of Human Rights", 2019, s. 22.
[264] LETSAS, "The ECHR As A Living Instrument: Its Meaning and Legitimacy", s. 129-135.

AİHS'ye taraf olan her devlet için AİHM'nin meşru olmasını eşit düzeyde sağlayacak bir başka gerekçe daha bulunmaktadır. Bu gerekçe, Sözleşmeci Devletlerin AİHS'nin yorumlanması ve insan haklarına ilişkin yargılama yapma yetkisini ve yargılama sonucuyla bağlı olma taahhüdünü gönüllü olarak AİHM'ye vermiş olmasıdır. Devletlerin AİHM içtihadını tavsiye veya "soft law" ("bağlayıcı olmayan hukuk") niteliğinde tutma imkanına sahip olmalarına rağmen onun bağlayıcı etkiye sahip olmasını kararlaştırmaları AİHM'nin yeri geldiğinde devletlerin tercihleri veya beklentileri ile çelişse dahi dinamik yoruma başvurmasını meşru kılan asıl gerekçedir. Zira, devletlerin AİHM'ye bağlayıcı karar verme yetkisi tanırken asıl amaçları, insan hakları ihlallerinin önlenmesi için bir çare üretmektir; bu vesileyle Mahkeme'nin insan haklarının nasıl daha iyi korunacağına dair yaptığı belirlemelere uymayı da gönüllü olarak taahhüt etmiş olurlar.[265]

AİHS'nin dinamik yorumuna dair eleştiriler karşısında insan haklarına ilişkin uluslararası sözleşmelerin diğer uluslararası sözleşmelerden farklı bir niteliğe sahip oldukları ve bu sebeple yorumlarının da kendine özgü nitelikler barındırması gerektiği de savunulmuştur. Bir kere, diğer sözleşmelerden farklı olarak insan haklarına ilişkin sözleşmeler devletlerin karşılıklı ilişkileriyle ve çıkar mübadeleleriyle ilgili değildir. Bir insan hakları sözleşmesinin asıl amacı, taraf devletlerin insan haklarını nasıl koruması gerektiğine ilişkin ilkeler belirlemektir.[266] Dolayısıyla Sözleşmenin yorumunda devletlerin egemenliğinin gözetilmesi ve "rıza" kavramının öne çıkarılması yerinde görülemez. Bir taraftan egemen bir devletin imzaladığı uluslararası sözleşmeye dayanarak insan hakları mahkemesinin yetkilerini kabul ederken diğer taraftan bu sözleşme ile düzenlenen alanın dış kontrolden muaf olduğunu ileri sürmek anlamlı değildir.[267] Mahkemenin kendisi de "Sözleşme yorumlanırken, temel insan hak ve

[265] LETSAS, **a.g.e.**, s. 139.
[266] MOWBRAY, "The Creativity of the European Court of Human Rights", s. 60.
[267] YILMAZ, "İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin Yorum Yöntemleri", s. 212.

özgürlüklerine yönelik bir antlaşma olarak özel niteliğinin dikkate alınması gerektiğini" ifade etmektedir.[268] Son tahlilde, insan hakları sözleşmelerinin amacı, diğer uluslararası sözleşmelerin aksine devletlerin temsil ettiği çoğunluk iradesini değil; bu çoğunluk iradesine karşı tek tek bireylerin özerkliğini korumaktır.[269]

III. ORİJİNALİZM

"Orijinalist olmayan yorum" ("*nonoriginalist interpretation*") olarak da adlandırılan dinamik yorum anlayışını tam olarak kavrayabilmek için orijinalizm anlayışını da kavramak şarttır. Zira, nasıl bir kişiye örneğin A partisi olmayana oy vermesini söylemek anlamsızsa, bir yargıca orijinalist olmayan yorum anlayışını benimsemesini söylemek de anlamsızdır.[270] Gerçekten de, yoruma ilişkin belirleyici (determinant) iddialarda bulunduğunu iddia eden asıl anlayış olarak orijinalizm ortaya çok daha net bir sistematik ortaya koyar. Dinamik yorum, yorumda başvurulacak ilkeler bakımından yorumcuyu çok daha geniş bir alanda serbest bıraktığı için dinamik yorumun asıl iddiasının "orijinalizm karşıtlığı" olduğu söylenebilir. Tam da bu durum, dinamik yorumun anlaşılmasını mantıksal olarak orijinalizmin anlaşılmasına bağlı kılar.

Yukarıda açıklanan sebeplerle, bu başlık altında öncelikle orijinalizmin savunduğu ve üzerinde yükseldiği temel argümanlar açıklanacak, ardından da orijinalizmin çeşitli türlerinin bir sınıflandırması yapılacaktır. Başlık, orijinalizme yönelik eleştirilerin aktarılmasının ardından sonlandırılacaktır.

---

[268] *Soering-Birleşik Krallık,* B. No. 14038/88, k.t. 07/07/1989, §87.
[269] George LETSAS, **A Theory of Interpretation of The European Convention on Human Rights**, New York, Oxford University Press, 2007, s. 74.
[270] SCALIA, "Originalism", s. 855.

A) Orijinalizmin Dayandığı Temeller

Statik anayasa anlayışı olarak da adlandırılan orijinalizm, dinamik yorum anlayışının tam karşısında konumlandırılabilir.[271] Bu anlayışa göre, anayasa tarihsel gelişimin dışında, hareketsiz bir düzen olarak görülür. Bu yaklaşımı en iyi ifade eden adlandırmanın Avusturya Anayasa Mahkemesi'ne atfedilen "*taşlaştırma teorisi*" adlandırması olduğu söylenebilir. Bu teoriye göre, anayasa yapıldığı dönemin kavrayış ve şartlarına sabitlenmeli ve bu tarihteki anlamıyla yorumlanmalıdır.[272] Bu anlayışta, "*Anayasa, statik (değişmeyen-istikrarlı) bir karaktere sahiptir.*"[273] Thomas Cooley'nin şu sözleri, statik yorum anlayışını özetler niteliktedir: "*Anayasanın anlamı kabul edildiği zamana sabitlenmiştir ve sonraki herhangi bir zamanda da farklı değildir.*"[274] ABD Federal Yüksek Mahkemesi de 1905 tarihli *South Carolina v. United States* kararında "*Anayasa yazılı bir belgedir. Dolayısıyla, anlamı değiştirilemez. Kabul edildiğinde anlamı neyse bugün de anlamı odur.*" ifadeleriyle bu bakış açısını ifade etmektedir.[275]

Orijinalistler, anayasanın anlamının, onun kabul edildiği tarihteki anlama sabitlenmesi gerektiği iddiasını kurucu iktidarın isteğinin bu olduğu iddiasına dayandırmaktadırlar. Örneğin Raoul Berger, kurucu iktidarın Anayasaya değişikliğin nasıl yapılacağına ilişkin bir usul yerleştirmelerinin değişiklik yapma yetkisinin

[271] Sözü edilen karşıtlık her durumda mutlak bir biçimde ortaya çıkmak zorunda değildir. İstisnai de olsa orijinalist bakış açısıyla dinamik sonuçlara ulaşılması mümkün olduğu gibi, orijinalizmin birden fazla türü bulunması sebebiyle bazı orijinalizm türlerinin dinamik yorum anlayışıyla orijinalizmi uzlaştırdığı da görülür. Orijinalizmle dinamik yorumun zıt değil, birlikte çalışabilen bakış açıları olduğu konusunda özellikle bkz. Jack M. BALKIN, **Living originalism**, Cambridge, Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

[272] SANCAR, "Temel Hakların Yorumu", s. 258-259; Lee J. STRANG, "A Brief History of Originalism in American Constitutional Interpretation", **Originalism's Promise: A Natural Law Account of the American Constitution**, Cambridge, Cambridge University Press, 2019, s. 11.

[273] Ülkü AZRAK, "Türk Anayasa Mahkemesi", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 28, No: 3-4, 1962, s. 698.

[274] Thomas M. COOLEY, **A Treatise on the Constitutional Limitations Which Rest upon the Legislative Power of the States of the American Union**, 2. Baskı, Boston, Little, Brown and Company, 1871, s. 58.

[275] *South Carolina v. United States*, 199 U.S. 437 (1905).

yargıçlara değil, sadece halka ait olduğu anlamına geldiğini belirtmektedir.[276] Benzer şekilde, Bork da kurucu iktidarın Anayasada yargının hükümete ek yükümlülükler getirecek şekilde yeni hak ve özgürlükler yaratma yetkisine sahip olduğuna yönelik bir niyet taşıdığı iddiasına ilişkin hiçbir kanıt olmadığını savunmaktadır.[277] Orijinalistlere göre, anayasada değişiklik usulü belirlenmişse bu usul dışında bir usul takip etmek meşru görülemez.[278] Buna göre, Anayasadaki değişiklik usulü kurucu iktidarın seçtiği ve münhasıran belirlediği değişiklik usulü olup yargı organı da kurucu iktidarın bu niyetini takip etmek zorundadır.[279] Lee J. Strang'in şu ifadeleri, kurucu iktidarın niyetinin etkisi hakkındaki görüşleri özetler niteliktedir: "*Anayasa halk tarafından yapılan temel tercihleri yansıtır ve yargının görevi bu tercihleri hayata geçirmektir, yeni haklar yaratmak değil.*"[280]

Nihayetinde orijinalizmin iddiası, yorumun yalnızca anayasa metninde açıkça ifade edilen kurallarla veya kurucu iktidarın şüphe götürmez açıklıktaki niyetleriyle sınırlı olarak yapılması gerektiğidir. Eğer anayasa bir konuda sessiz kalmışsa, hukukun ne olduğuna yargı organı değil, yasama organı karar vermelidir.[281]

B) Orijinalizmin Türleri

Yukarıda temel argümanları aktarılan orijinalizm, tekil bir anlayıştan ziyade yalnızca genel bir kategori olarak işlev görür. Özellikle günümüzde, orijinalizmi daha çok bir teoriler ailesi olarak değerlendirmek daha doğrudur. Kurucu iktidarın sübjektif niyeti, anayasa metninin objektif anlamı ve kurucu iktidarın genel niyetleri gibi ayrışma

[276] BERGER, "G. Edward White's Apology for Judicial Activism", s. 372.
[277] Robert H. BORK, "The Impossibility of Finding Welfare Rights in the Constitution", **Washington University Law Review**, C. 1979, No: 3, 1979, s. 697.
[278] STRAUSS, **The Living Constitution**, s. 115.
[279] GREY, "Do We Have an Unwritten Constitution?", s. 709.
[280] Raoul BERGER, **Government by Judiciary: The Transformation of The Fourteenth Amendment**, İkinci Baskı, Indianapolis, Liberty Fund, 1997, s. 314.
[281] CHEMERINSKY, **Constitutional law**, s. 19.

eksenlerine dayalı olarak birbirinden farklı ve çoğu zaman önemli noktalarda birbiriyle çelişebilen farklı orijinalist bakış açıları mevcuttur.[282] Ancak, özellikle günümüzde, dinamik yorumun eleştirilerinin de etkisiyle, orijinalizme dair temel ayrışmanın anayasanın tamamen sabit bir anlama mı sahip olduğu yoksa onun anlamının zaman içerisinde gelişmeye açık olarak mı görülmesi gerektiği noktasında olduğu söylenebilir. İlk görüşü savunanlar "katı orijinalist" ("*strict originalist*") veya Balkin'in deyişiyle "gökdelen orijinalisti" ("*skyscraper originalist*")[283] olarak adlandırılıp kendi içinde orijinal niyet orijinalistleri (intentionalists) ve orijinal metin orijinalistleri (textualists) olarak ayrılırken; ikinci görüşü savunanlar "ılımlı orijinalist" ("*moderate originalist*") olarak adlandırılıp kendi içinde birazdan aktarılacak birden fazla türe ayrılmaktadır.

1. Orijinal Niyet Orijinalizmi

Temelde tüm orijinalistler yorumun "orijinal anlam"ın ("*original meaning*") tespiti amacıyla yapılması gerektiğini savunsalar da orijinal anlam kavramından ne anlaşılması gerektiği konusunda tek bir görüş mevcut değildir. Alternatiflerden orijinal niyet orijinalizmine göre, orijinal anlamın kurucu iktidarın sübjektif niyetine bakılarak tespit edilmelidir.

Bu amaçla, yorumcu adeta bir tarihçi gibi çalışmalı ve metin kaleme alındığı sırada kurucu iktidarın tam olarak neyi amaçladığını ve hangi niyetlerle yasama faaliyetinde bulunduğunu hazırlık çalışmaları ve metnin gerekçesi gibi unsurlara dayalı olarak tespit etmeye çalışmalıdır. Bu bağlamda, yargısal denetim de ancak mahkeme kurucu iktidarın orijinal niyetini takip ederek yorum yaptığında meşru kabul edilebilir.[284]

[282] CHEMERINSKY, **a.g.e.**, s. 21; STRANG, "A Brief History of Originalism in American Constitutional Interpretation", s. 10; Lawrence B. SOLUM, "What Is Originalism? The Evolution of Contemporary Originalist Theory", **SSRN Electronic Journal**, 2011, s. 6.
[283] BALKIN, "Framework Originalism and the Living Constitution", s. 550.
[284] STRANG, "A Brief History of Originalism in American Constitutional Interpretation", s. 24.

Bu görüşe göre yorum, klasik teorinin öngördüğü üzere, ancak anlam açık değilse yapılabilir ve açık olmayan anlam yalnızca kurucu iktidarın niyeti tespit edilerek ortaya çıkarılabilir.[285]

2. Orijinal Metin Orijinalizmi

Her ne kadar orijinal niyet orijinalizmine benzer şekilde anayasanın anlamının statik olduğunu ve şekli değişiklik yapılana kadar değiştirilemeyeceğini savunsa da Yargıç Scalia'nın öncülüğünü yaptığı orijinal metin orijinalizmi, anayasanın anlamının kurucu iktidarın sübjektif niyetlerinden değil, metnin yazıldığı zamandaki tarihi uygulama ve anlayıştan çıkarılması gerektiğini iddia etmektedir. Bu görüş en genel ifadeyle "metincilik" ("*textualism*") olarak anılmaktadır.[286]

Orijinal anlamın belirlenmesi konusunda metincilerin anayasanın kabulü tarihindeki kamusal anlamı ("*public meaning*") belirleyici olarak gördükleri söylenebilir. Bu sebeple orijinal metin orijinalizmine "orijinal kamusal anlam orijinalizmi" ("*original public meaning originalism*") de denilmektedir.[287]

Metinciler, anayasanın anlamının belirlenmesi konusunda belirleyici olması gereken niyetin kurucu iktidarın niyeti yerine "objektifleştirilmiş" denilebilecek bir niyet olması gerektiğini savunmaktadır. Scalia, söz konusu objektifleştirilmiş niyeti yasa koyucu haricindeki makul bir kişinin metinden çıkaracağı niyet olarak tanımlamaktadır.[288] Bu anlayışın özünü ABD Federal Yüksek Mahkemesi Yargıcı

[285] CHEMERINSKY, **Interpreting The Constitution**, s. 49.
[286] CHEMERINSKY, **Constitutional law**, s. 22.
[287] STRANG, "A Brief History of Originalism in American Constitutional Interpretation", s. 27.
[288] SCALIA, "Common-Law Courts in a Civil Law System: The Role of United States Federal Courts in Interpreting the Constitution and Laws", s. 17.

Holmes'ün şu sözleri gayet net şekilde yansıtır: "*Biz yasa koyucunun neyi kastettiğini araştırmayız; sadece yasanın ne anlama geldiğini araştırırız.*"[289]

Scalia'ya göre, sübjektif niyet yerine objektifleştirilmiş niyetin tercih edilmesi demokrasinin gereğidir. Kurucu iktidarın yazılı hale getirdiği niyet yerine sübjektif niyetinin tercih edilmesini Roma imparatoru Nero'nun yaptığı yasaları halkın okuyamaması için sütunların tepesine astırmasına benzeten Scalia, asıl iktidarın insanlarda değil, hukukta olması için bağlayıcı kılınması gerekenin sübjektif niyetler değil, yazılı metinler olmasının daha doğru olduğunu savunmaktadır.[290]

Sübjektif niyetin objektif bir biçimde ortaya çıkarılmasının zorluğundan bahseden Scalia, bu durumun yargıçların sübjektif düşüncelerini kurucu iktidarın niyetleri olarak yansıtarak orijinalizmi suistimal etmelerine sebep olabileceğini ifade etmektedir.[291] Gerçekten de James Landis'in belirttiği gibi, "*En büyük günahlar, yasa koyucunun niyetleri adı altında işlenir. Yargıçlar, gerçek kanun koyucular olarak rollerini kabul etme konusunda nadiren istekli davranırlar.*"[292] Sübjektif iradeyi araştırmak amacıyla başvurulan tarihsel araçlar, çoğu zaman görüldüğü üzere, ne denli muğlak ve karışık olursa yargıçların kendi iradelerini kurucu iktidarın iradesiymiş gibi görme ve gösterme ihtimalleri de o kadar artar.[293]

Metinciliğin dinamik yorumla ilişkisine gelince, Scalia'nın şu sözlerinin söz konusu ilişkiyi açıklığa kavuşturduğu söylenebilir: "*İyi bir metinci olmak için, hukukun kendisine hizmet etmek üzere tasarlandığı daha büyük toplumsal amaçları algılayamayacak kadar kör veya değişen zamanın değişen yasalar gerektirdiğini fark*

[289] Oliver Wendell HOLMES, **Collected Legal Papers**, New York, Peter Smith, 1952, s. 207.
[290] SCALIA, "Common-Law Courts in a Civil Law System: The Role of United States Federal Courts in Interpreting the Constitution and Laws", s. 17.
[291] SCALIA, **a.g.e.**, s. 18.
[292] James M. LANDIS, "A Note on 'Statutory Interpretation'", **Harvard Law Review**, C. 43, No: 6, 1930, s. 891.
[293] STRAUSS, **The Living Constitution**, s. 20.

edemeyecek kadar geri kafalı olmak gerekmez. Tek gereken, yargıçların söz konusu daha büyük amaçları takip etme veya yeni yasalar yazma yetkisine sahip olmadığını kabul etmektir."[294] Buradan, metinciliğin dinamik yorumu doğuran ihtiyaçların farkında olduğu fakat bu ihtiyaçların karşılanması noktasında dinamik yorumun yargıya biçtiği rolü reddederek asıl yetkili organın yasama organı olduğunu savunduğu görülür.

Metinciliğin katı bir sözel yorumla da karıştırılmaması gerekir. Metinciliğin bu konudaki tek iddiası, metnin sözel imkanlarının dışına çıkılmaması gerektiğidir; metin ilk okunduğunda tespit edilebilecek anlamın yorumda tek belirleyici olması gerektiğini savunmaz. Aksine metnin objektif olarak toplumda nasıl bir karşılık bulduğuyla ilgilenir.[295]

3. Diğer Türler

Yukarıda ele alındığı şekliyle katı orijinalizm, 1970'lerin sonu ve 1980'lerin başıyla birlikte dinamik yorumu savunanlardan gelen ciddi eleştirilere maruz kalmış ve bu eleştirilerden etkilenerek dönüşüm geçirmiştir.[296] Günümüzde, katı orijinalizm olarak adlandırılan orijinalizm yaklaşımını saf haliyle savunan pek kimse kalmazken orijinalistlerin çoğunun anayasanın zaman içerisinde geliştirilmesi için geniş bir imkân tanınması gerektiğini düşündüğü söylenebilir.[297] Orijinalizmin en sıkı savunucularından Scalia dahi, mantıksız sonuçlar doğurduğunda orijinalizmi terk etme eğiliminde

[294] SCALIA, "Common-Law Courts in a Civil Law System: The Role of United States Federal Courts in Interpreting the Constitution and Laws", s. 23.
[295] GREY, "Do We Have an Unwritten Constitution?", s. 706; SCALIA, "Common-Law Courts in a Civil Law System: The Role of United States Federal Courts in Interpreting the Constitution and Laws", s. 24.
[296] STRANG, "A Brief History of Originalism in American Constitutional Interpretation", s. 25-26. Söz konusu eleştirilerin öne çıkanları için özellikle bkz. Paul BREST, "The Misconceived Quest for the Original Understanding", **Boston University Law Review**, C. 60, No: 2, 1980, s. 204-238; H. Jefferson POWELL, "The Original Understanding Of Original Intent", **Harvard Law Review**, C. 98, No: 5, 1985, s. 885-948.
[297] BALKIN, "Framework Originalism and the Living Constitution", s. 558; CHEMERINSKY, **Interpreting The Constitution**, s. 74.

olduğundan kendisini "çekingen orijinalist" ("*fainthearted originalist*") olarak tanımlamaktadır.[298]

Katı orijinalizmin sözü edilen dönüşümü temel olarak; orijinalistlerin büyük çoğunluğunun orijinal niyet yerine orijinal anlamı öne çıkarması, "anayasal inşa" ("*constitutional construction*") kavramına alan tanınması ve yargıcın takdir yetkisine yer verilmesi gibi hususlarda yaşanmıştır.[299] Bu bağlamda, orijinalizm kapsamında sonradan öne çıkan başlıca türlerin "kavramsalcılık" ("*conceptualism*"), "aktarımcılık" ("*transposition*") ve "çerçeve orijinalizm" ("*framework originalism*") olduğu söylenebilir.

Dworkin tarafından geliştirilerek yorum sırasında Anayasa hükümlerinin altında yatan amacın belirlenmesi ve bu amacın modern ilkeler belirlenirken kullanılması gerektiğini savunan kavramsalcılık anlayışında, kurucu iktidarın orijinal niyeti halen önemsenir; fakat yargıcın söz konusu niyeti kararında tek belirleyici olarak kullanmasındansa onu kullanarak kendi modern bakış açısını oluşturması beklenir. Başka bir deyişle, anayasanın temel anlamının statik kalması amaçlandığı halde, kurucu iktidarın geçmişte yapacağı yorumdan daha farklı sonuçlara ulaşılabilir. Kısacası, kavramsalcılıkta amaç kurucu iktidarın spesifik niyeti yerine genel amaçlarını güncel koşulları da göz önünde bulundurarak hayata geçirmektir.[300]

Mark Tushnet tarafından aktarımcılık olarak adlandırılan anlayış ise kurucu iktidarın bugün karşılaşılan hukuki sorunlara güncel koşullar ışığında nasıl çözüm

---

[298] STRAUSS, **The Living Constitution**, s. 17. Çekingen orijinalizm yaklaşımını biraz daha açmak gerekirse, kavramın iki boyutu olduğundan söz edilebilir: Daha dar olan birinci boyut, yargıcın anayasanın orijinal anlamını ahlaki olarak onaylamadığı veya başka bir sebeple uygun görmediği için orijinal anlamı takip etmemesi anlamına gelirken, daha geniş olan ikinci boyut ise, dar anlamın yanına yargıcın dinamik yoruma başvurulan içtihadı benimseme arzusunu ekler. https://lawliberty.org/justice-scalia-fainthearted-originalism-and-nonoriginalist-precedent/ (Erişim Tarihi: 05/12/2022)

[299] STRANG, "A Brief History of Originalism in American Constitutional Interpretation", s. 26-27.

[300] CHEMERINSKY, **Interpreting The Constitution**, s. 75-77; Kavramsalcılık anlayışı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz: Ronald DWORKIN, **Taking Rights Seriously**, Londra, Bloomsbury, 2013.

üreteceğinin araştırılması esasına dayanır. Bu anlayışın katı orijinalizmden farkı anayasanın anlamını orijinal niyetle sınırlamamasıdır. Kavramsalcılıktan farkı ise anayasanın hiçbir bölümünü statik görmemesidir. Zira bu anlayışta anayasanın tümü, yorumcu kurucu iktidarın bugünkü sorunlarla karşılaşsa değişimi öngöreceğine inandığı sürece, değişimin öznesi haline gelebilir.[301]

Orijinalizmin ılımlı yorumları arasında en dikkat çekici olan yaklaşımlardan biri de çerçeve orijinalizmdir. Balkin tarafından geliştirilen ve "metin ve ilke yöntemi" ("*the method of text and principle*") olarak adlandırılan bu anlayış, anayasayı zaman içinde "anayasal inşa" yoluyla içi doldurulması gereken bir başlangıç çerçevesi olarak görür. Gelecek nesillerin anayasayı inşa etmek ve uygulamak için yapabileceği çok şey vardır ancak bunu yaparken mutlaka anayasanın çizdiği temel çerçeveye sadık kalınması gerekir. Çerçeve orijinalizm anlayışında orijinal anlam sözü edilen temel çerçeve kavramıyla ifade edilir. Başka bir ifadeyle, bu yaklaşımda orijinal anlam ile özdeşleşen kavram orijinal niyet değildir. Temel çerçeveye, yani orijinal anlama sadık kalmak demek hukukun üstünlüğü ilkesi gereğince yalnızca metnin semantik içeriğine sadakati içerir. Dahası, temel çerçeveye sadakat kurucu iktidarın kuralı koyarken onun nasıl uygulanması gerektiği konusundaki gelecek beklentilerini önemsemez. Bu perspektifle bakıldığında, Balkin kendi orijinalizm anlayışıyla yaşayan belge anlayışının çelişmediğini, aksine bir madalyonun iki yüzü gibi olduklarını savunur.[302] Çerçeve orijinalizm, orijinal anlamın belirsiz bir anlama işaret ettiğini ve asıl işlevinin muhtemel yorumları sınırlandırmak

[301] CHEMERINSKY, **Interpreting The Constitution**, s. 77-78. Aktarımcılık konusunda ayrıntılı bilgi için bkz: Mark V. TUSHNET, "Following The Rules Laid Down: A Critique of Interpretivism And Neutral Principles", **Harvard Law Review**, C. 96, No: 4, 1983, s. 781-827.
[302] BALKIN, "Framework Originalism and the Living Constitution", s. 550-553.

olduğunu, anayasanın anlamının takdir yetkisi kullanılarak anayasal inşa yoluyla belirlenebileceğini iddia eder.[303]

C) Orijinalizme Yönelik Eleştiriler

Genel hatlarıyla açıklanmaya çalışılan orijinalizm anlayışı da tıpkı dinamik yorum anlayışı gibi çeşitli eleştirilere maruz kalmıştır. Bu eleştiriler, orijinalizmin tüm türlerini kapsayan, yalnızca orijinal niyet orijinalizmine yönelik olan ve orijinalizmin modern yorumlarına yönelen eleştiriler olarak üç grupta incelenebilir.

1. Orijinalizmin Tüm Türlerini Kapsayan Eleştiriler

a) Yorumun Doğası Gereği Orijinalist Olması Gerektiği İddiasının Eleştirisi

Walter Benn Michaels anayasanın yorumunun ancak yorum orijinal anlama göre yapıldığında gerçek bir yorum sayılabileceğini iddia etmektedir. Yazar, yoruma ilişkin yaptığı bu tespite dayanarak yorumun orijinalist olmayan bir çeşidinin olamayacağını savunmaktadır. Orijinalist olmayan bir bakış açısıyla yapılan şey, yorum değil; olsa olsa başka bir türdür.

Bu argümanın bir totoloji oluşturduğu ilk bakışta fark edilebilir. Zira, yazar önce yorumun orijinalist bir faaliyet olmak zorunda olduğuna dair öznel bir tanım yapmakta, ardından kendi yaptığı bu tanıma dayanarak orijinalizmin tek meşru yorum yaklaşımı

[303] STRANG, "A Brief History of Originalism in American Constitutional Interpretation", s. 31; Randy E. BARNETT, "Interpretation And Construction", **Harvard Journal of Law and Public Policy**, C. 34, No: 1, 2011, s. 65-68. Bu noktada, anayasal yorum ve anayasal inşa kavramları arasındaki farka da işaret etmek gerekir: Yorum, hukuki soruna tek bir doğru cevap verilebildiğinde söz konusu olurken inşa, anlam belirsiz olduğunda ve soruna tek bir doğru cevap sağlayamadığında ortaya çıkar. STRANG, "A Brief History of Originalism in American Constitutional Interpretation", s. 32. Anayasal yorum ve anayasal inşa kavramları arasındaki ilişki hakkında detaylı bilgi için özellikle bkz. Randy E. BARNETT, **Restoring The Lost Constitution: The Presumption of Liberty**, Updated edition, Princeton, Princeton University Press, 2014; Keith H. WHITTINGTON, **Constitutional Interpretation: Textual Meaning, Original Intent and Judicial Review**, Kansas, University Press of Kansas, 1999.

olduğu sonucuna ulaşmaktadır. Kısacası, orijinalizmin lehine olan bu argümanın geçerli kabul edilmesi mümkün değildir.

b) Orijinalizmin Ampirik Açıdan Olumsuz Çıktılar Ürettiği İddiası

Tıpkı dinamik yorumun toplum adına olumsuz sonuçlar doğurduğu iddia edildiği gibi orijinalizme başvurulduğunda da elde edilen çıktıların olumsuz olduğu savunulmuştur. Özellikle ABD'de Anayasanın çok eski olması dolayısıyla orijinalist bakış açısının günümüzde kabul edilmesi çok zor ve absürt görülebilecek sonuçlar doğurduğu pek çok örneğin aktarıldığı görülmektedir. Paul Brest'in ifadesiyle, orijinalizm, en katı niyetselcinin bile reddedeceği sonuçlar üretecektir.[304]

Bu sonuçlara örnek olarak, ABD'de statik bir Anayasanın, yazıldığı dönemde elektrik şoku bir işkence yöntemi olarak görülmediği için yasaklanmadığından "zalimane ceza" ("*cruel and unusual punishment*") kapsamına girmemesi; metinde ve kurucu iktidarın niyetinde Başkan'ın erkek olması öngörüldüğünden bir kadının Başkan seçilememesi; metinde "eşit koruma hükmü"nün ("*equal protection clause*") eyaletlerde uygulanacağı ifade edildiğinden federal hükümetin vatandaşlara eşit davranmak zorunda olmaması, dolayısıyla istediği her türlü ayrımcılığı uygulayarak Anayasanın azınlıkları koruma işlevini yok edebilmesi; ifade özgürlüğünü sınırlayamayacak organlar arasında yalnızca Kongre'nin ismi zikredildiği için Başkan'ın ifade özgürlüğünü dilediğince sınırlayabilmesi, hatta Kongre'nin de kurucu iktidar döneminde henüz icat edilmemiş olduğundan radyo, televizyon ve internette sansür uygulayabilmesi; *Brown v. Board of Education* kararı olmasaydı devlet okullarında ırk ayrımının devam etmesinin Anayasaya uygun görülmesi; "eşit koruma hükmü" yalnızca ırk ayrımcılığıyla mücadele niyetiyle

[304] BREST, "The Misconceived Quest for the Original Understanding", s. 221.

yapıldığı için kadınlara karşı ayrımcılığın serbest olabilmesi ve daha sayılabilecek pek çok sonucu ortaya çıkarabilecek olması gösterilebilir.[305]

2. Orijinal Niyet Orijinalizmine Münhasır Eleştiriler

Orijinalizm hakkındaki eleştirilerin odak noktasını orijinal niyet orijinalizmine münhasır eleştirilerin oluşturduğu söylenebilir. Bu eleştiriler orijinal niyetin tespit edilmesi hakkındaki çeşitli sorunlar, kurucu iktidarın gelecek nesilleri bağlayıcı nitelikte düzenleme yapmasının meşruiyeti ve yargı organının yasama organı karşısındaki bağımsızlığı noktalarında toplanmaktadır.

a) Orijinal Niyetin Tespiti Hakkındaki Sorunlar

Orijinal niyet hakkındaki ilk problem, yorumda esas alınması gerektiği iddia edilen orijinal niyetin tam olarak kimin niyeti olduğunun belirlenmesinin mümkün olmadığı iddiasıdır. Kurucu iktidar ifadesiyle kastedilen genellikle pek çok üyeden oluşan bir meclistir. Dworkin, pek çok üyeden oluşan bu meclisin ortak bir niyet oluşturmasının çok zor, hatta olanaksız olduğuna dikkat çekmektedir. Gerçekten de, kolektif bir organın istisnasız şekilde ortak bir niyetinden bahsetmek oldukça anlamsızdır; bu sebeple yargıçların gerçekte var olmayan bu ortak niyetle sınırlanması da mümkün değildir.[306]

Söz konusu niyetin var olabileceği kabul edilse dahi bu niyeti tespit etmenin mümkün olduğu söylenemez. Sancar'a göre, tarihsel nesnenin anlamına doğrudan ulaşma ve bu anlamı, içinde bulunulan koşullardan bağımsız bir şekilde belirleme imkânı bulunmadığı için orijinal niyetin keşfedilebilirliği iddiası yalnızca bir illüzyon değeri

[305] CHEMERINSKY, **Interpreting The Constitution**, s. 52, 68; STRAUSS, **The Living Constitution**, s. 12-16.
[306] BREST, "The Misconceived Quest for the Original Understanding", s. 214-215; Ronald DWORKIN, "The Forum of Principle", **New York University Law Review**, C. 56, No: 2-3, 1981, s. 477.

taşır.[307] Bir metnin anlamını yazarının anlayışı ile kavramak, yorum fiili ile metnin yazıldığı tarih arasındaki zaman aralığı sebebi ile mümkün değildir.[308] Anayasayı hazırlarken kurucu iktidarın neyi amaçladığını bilmek olanaksız olduğu gibi, bunu bilmek mümkün olsaydı dahi bu işi hukuki bir uğraşı olarak görmek mümkün değildir. Zira, bu çaba hukuki bir değerlendirmeden ziyada, tarihsel bir araştırma ve psikolojik bir analiz gerektirir. Yargıçların sözü edilen alanlarda başarılı olabileceğini düşünmek için ise hiçbir sebep yoktur.[309] Bu durumu tarihçi Robin George Collingwood şöyle ifade etmektedir: "*Bizler, geçmişi ancak bugünün gözüyle görebiliriz. Tarihçi kendi devrinin insanıdır ve varoluşu gereği ona bağlıdır. Kullandığı kelimeler, onları kendisinden ayıramayacağı güncel çağrışımlara sahiptir. (...) Tarih, tarihçi tarafından yapılır.*"[310] Aynı bakış açısı, felsefi hermenötik teorinin modern yorumunu geliştiren Hans Georg Gadamer'de de görülür. Gadamer, klasik hermenötik teorinin, bu çalışmada da daha önce eleştirisi yapılmış olan, "yeniden inşa" ve "kendini yazarın psikolojisine yerleştirme" gibi altlamaya ilişkin tezlerine karşı çıkarak yorumcunun yazarın düşüncesini, yazım tarihi ile yorum tarihi arasındaki zamansal mesafe nedeniyle, bu düşüncenin dile getirildiği zamanki şekliyle belirleyemeyeceğini savunur.[311]

Başka bir açıdan bakıldığında, orijinal niyetin belirlenmesinin mümkün olduğu varsayılsa dahi orijinalizmin dinamik yoruma yönelttiği belki de en sert eleştiriden kendisinin de kaçamadığı görülür. Zira, anayasal sorunları çözmesi noktasında başvurulacak orijinal niyetin güncel değerlerden bağımsız ve tercihe dayalı olmayan bir yorum sürecinden geçmeden tespit edilebilmesi imkansızdır. Daha önce de açıklandığı üzere, en açık olduğu düşünülen metinler bile değere ve tercihe dayalı bir yorum faaliyeti

[307] SANCAR, "Temel Hakların Yorumu", s. 70.
[308] BOYAR, "Anayasal Uyuşmazlıklarda Yorum", s. 15.
[309] STRAUSS, **The Living Constitution**, s. 18.
[310] Collingwood'dan aktaran: CHEMERINSKY, **Interpreting The Constitution**, s. 50.
[311] SANCAR, "Temel Hakların Yorumu", s. 62.

sonucunda anlamlandırılabilir. Yorumdan önce somut ve bilinmeye hazır durumda bekleyen bir iradenin var olduğundan söz edilemez.[312] Benzer şekilde, orijinal niyetin pek çok alternatif yoruma açık olduğu ve bu alternatif yorumlar arasındaki tercihin kaçınılmaz olarak yorumcunun değer yargılarına dayalı olarak yapılacağı Scalia tarafından da ifade edilmiştir. Her ne kadar sözcüklerin realizmin iddia ettiği ölçüde yorumdan önce tamamen anlamsız olduğu savunulamazsa da orijinal niyeti tartışmasız netlikte belirlemeye yetecek ölçüde sınırlı bir anlam kataloğu oluşturabilecek açıklıkta oldukları da söylenemez.[313] Öte yandan Scalia'nın metnin sözde açıklığı ("*plain meaning rule*") tezinden vazgeçtiği de söylenemez. Orijinal niyet yaklaşımını bu teze dayalı olarak da eleştiren yazar, metnin açık olduğu durumda halen orijinal niyetin araştırılmasının hukuki kesinlik ilkesi ile bağdaşmayacağını savunmaktadır.[314]

Orijinal niyete ilişkin buraya kadar aktarılan tüm sorunlar aşılabilse dahi söz konusu niyetin günümüz sorunlarını çözme konusunda belirleyici olmasını kabul etmek zordur. Örneğin Soysal'a göre, "*Anayasayı koymuş olan organın üyeleri, hüsnüniyetli olsalar bile, birer insandırlar ve bu sebeple hiçbir zaman hatalardan sıyrılmış olmayıp, zamanla ve zamanın şartlarıyla sınırlı görüşlere sahiptirler. Bir parlamento üyesinin şu veya bu meselede düşündüğü, söylediği şeyler tarihsel bakımdan enteresan olabilir; fakat aktüel bir meselenin hallinde asla elverişli değildir.*"[315] Anayasa bugünün koşullarını bilmenin imkânsız olduğu dönemlerdeki bakış açılarıyla oluşan niyetlere göre değil, bugünün perspektifiyle yorumlanmalıdır. Aksi takdirde anayasanın yorumu anakronik sınırlamaların cenderesinden kurtulamaz.[316]

[312] CHEMERINSKY, **Interpreting The Constitution**, s. 49-50.
[313] SCALIA, "Originalism", s. 852, 856.
[314] SCALIA, "Common-Law Courts in a Civil Law System: The Role of United States Federal Courts in Interpreting the Constitution and Laws", s. 16.
[315] SOYSAL, **Dinamik Anayasa Anlayışı: Anayasa Dialektiği Üzerine Bir Deneme**, s. 105.
[316] CHEMERINSKY, **Interpreting The Constitution**, s. 54.

Kurucu iktidarın niyetlerini takip etmenin bir zorunluluk olduğunu çünkü kurucu iktidarın bizzat kendisinin bunu talep ettiğini ve zorunlu kıldığını iddia eden yaklaşımlar da eleştirilmiştir. Bu iddianın bir çeşit kendini kanıtlayan önerme olduğu söylenebilir. Zira, orijinal niyete sadakat mecburiyetini orijinal niyete dayalı olarak ispatlamayı denemektedir. Dahası kurucu iktidarın orijinal niyete sadakati zorunlu kılmak gibi bir niyeti olduğu iddiası da tartışmadan uzak görülemez. Örneğin, anayasa metninde çok sayıda genel, soyut ve muğlak ifadenin mevcut olmasının kurucu iktidarın kasıtlı bir tercihi olduğu ve gelecek dönemlerde ortaya çıkacak ihtiyaçlara dinamik yorum yoluyla cevap verilebilmesi için bir esneklik yaratılmak istendiği söylenebilir.[317]

b) Gelecek Nesillerin Orijinal Niyetle Bağlı Olduğu İddiasının Eleştirisi

Kurucu iktidar gerçekten kendi niyetlerinin yorumda bağlayıcı olması gerektiğini düşünse bile bu iradenin ne düzeyde meşru kabul edilebileceği de tartışılmıştır. Thomas Jefferson'ın James Madison'a 1789'da yazdığı mektupta ifade ettiği gibi, "*Doğa yasaları gereği, bir neslin bir diğeriyle ilişkisi, bağımsız bir ulusun bir diğer bağımsız ulusla ilişkisi gibidir. (...) (Dolayısıyla) dünya, (halihazırda) üzerinde yaşayan nesle aittir.*"[318] Bu durum, dünyada bir zamanlar yaşamış ve birtakım tercihlerde bulunup kurallar koymuş insanların, bugünde yaşayan ve karşılarına çıkan problemlerden yalnızca kendileri etkilenen insanlar hakkında bağlayıcı kararlar verip onların kendi sorunları hakkında kendi iradeleriyle çözüm üretme hakkını ellerinden almalarının son derece haksız bir eylem olduğu anlamına gelir. Sonuçta, bugün uygulanan hukukun meşruluk temeli, geçmişte değil, bugünde yatar. Hukuk üzerinde meşru tasarruf ehliyeti yalnızca

[317] CHEMERINSKY, **a.g.e.**, s. 62.
[318] https://founders.archives.gov/documents/Madison/01-12-02-0248 (Erişim Tarihi: 06/12/2022)

bugünün toplumuna aittir. "*Anayasa, bugünün sorunlarının çözümü için, bugünün insanlarının gözüyle okunmak zorunda olan canlı bir belgedir.*"[319]

Bir an için kurucu iktidarın iradesine sadakatin meşru olduğu varsayılsa bile, söz konusu sadakatin tam olarak neyi gerektirdiğini tespit etmek de kolay değildir. Örneğin kurucu iktidar, kendi iradesinin değil de güncel değerlerin yorumda belirleyici olması gerektiğini düşünüyorsa ve hatta bu anlayışa dayanan dinamik yoruma açık bir şekilde metinde yer verdiyse bu durumda ortaya çıkan çelişkinin nasıl giderilebileceği sorusu kolay cevaplanabilecek bir soru gibi görünmemektedir.[320]

c) Yargının Orijinal Niyetle Bağlı Kılınmasının Kuvvetler Ayrılığı İlkesini İhlal Ettiği İddiası

Orijinal niyet orijinalizmine yönelen bir diğer eleştiri ise kuvvetler ayrılığı ilkesine ilişkindir. Orijinal niyet orijinalizmi, yargıcın yorum yaparken yasa koyucunun iradesi ile bağlı kalması gerektiğini savunurken esasında yasama ve yargı organları arasındaki ilişkiye dair bir belirlemede bulunmaktadır. Eleştiriler de bu belirlemenin haklılığı üzerinedir.

Esen, orijinalist bir yorumun tercih edilmesinin yargı organının kendisinden bekleneni yerine getirmekten adeta vazgeçmesi anlamına geldiğini iddia etmektedir. Yargının görevinin diğer organlardan bağımsız şekilde hareket ederek yasama ve yürütme organlarını kontrol ve denetim altında tutmak olduğunu ifade eden yazar yargının orijinalist bir bakış açısıyla yorum yapmasının kendisini yasama organının geçmiş telakkilerine tabi kılması anlamına geleceğini öne sürmektedir.[321] Benzer şekilde Oder de yargının ayrı bir erk olarak tanınmasının onun işlevini bağımsızlaştırarak, keyfi olmadığı

[319] SANCAR, "Temel Hakların Yorumu", s. 275-276.
[320] STRAUSS, **The Living Constitution**, s. 24.
[321] ESEN, **Anayasanın Anayasa Mahkemesince Yorumlanışı**, s. 7-8.

sürece, normu yorum ve hukuk yaratma yoluyla anlamlandırıp uygulamasını sağlayacağını, kuvvetler ayrılığı ilkesinin salt yasama lehine hizmet etmemesi gerektiğini ifade etmektedir.[322]

3. Orijinalizmin Diğer Türlerine Yönelik Eleştiriler

Orijinalizmin sonradan ileri sürülen yorumları her ne kadar katı orijinalizm yorumlarına yöneltilen birtakım eleştiriler üzerine söz konusu katılığı azaltarak yola çıkmış olsalar da yeni eleştirilerden muaf olamamıştır. Üstelik bu defa, eleştiriler hem orijinalizm hem dinamik yorum cephelerinden yöneltilmiştir.

Orijinalist bakış açısı, bu türlerin yorum yoluyla anayasanın değişimine alan tanıdıkları gerekçesiyle orijinalist olarak nitelendirilemeyeceklerini savunmaktadır.[323] Ayrıca orijinalizmin en temel kaygısı olan yorumda sübjektifliği yok etme veya sınırlama hedefinin bu türler tarafından sağlanamayacağı iddiası eleştirinin diğer yönünü oluşturur.[324] Bu eleştiri, söz konusu bakış açılarının her tür sonucu meşrulaştırma kapasitesine sahip olduğu iddiasından kaynaklanır. Örneğin kavramsalcılık yaklaşımı spesifik niyetler yerine yalnızca ilkeleri yorumda esas aldığından bu ilkeler yeterince soyut kılındığında her türlü sonuca ulaşacak şekilde yorum yapmanın mümkün hale geldiği görülür.[325] Aktarımcılık da aynı eleştiriyle karşılaşmaktadır. Kurucu iktidarın güncel sorunlar karşısında nasıl bir tavır takınacağını tahmin etmek tamamen spekülatif bir çaba olarak değerlendirilebileceğinden yorumcunun kendi değerlerini kurucu iktidarın olası tercihleri olarak gösterme imkânı her zaman bulunmaktadır.[326] Aktarımcılık buna ek olarak kurucu iktidarın kendi toplumu için arzu ettiği sonuçları bugünün toplumu için

[322] ODER, **Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri**, s. 230.
[323] CHEMERINSKY, **Interpreting The Constitution**, s. 75. Söz konusu eleştiri yukarıda ele alınmış bulunan kavramsalcılık, aktarımcılık ve çerçeve orijinalizm türlerinin tamamını kapsar.
[324] CHEMERINSKY, **Constitutional law**, s. 26.
[325] STRAUSS, **The Living Constitution**, s. 27.
[326] CHEMERINSKY, **Interpreting The Constitution**, s. 78.

de isteyeceği konusunda şüphe duyulması gerektiği düşüncesiyle de eleştirilmektedir. Örneğin küçük, nispeten homojen ve ağırlıklı olarak kırsal bir toplumda silah taşıma hakkına ciddi bir önem atfeden ABD Anayasa koyucusunun bugünün sayılan açılardan tamamen farklılaşmış toplumunda silah taşıma hakkı konusunda aynı düşüncelere sahip olmayacağı ciddiyetle savunulabilir.[327]

IV. GENEL DEĞERLENDİRME VE DİNAMİK YORUMUN SINIRLARI

Dinamik yorum ve orijinalizm dayandıkları argümanlar ve haklarındaki eleştiriler bakımından açıklandığına göre artık bu iki rakip anlayış birbiriyle karşılaştırılarak hangi anlayışın temel hakların korunması noktasında daha işlevsel olduğu sorusu cevaplanabilir.

Çalışmanın son bölümüne geçilmeden önce bu başlıkta, önce dinamik yorumun ve orijinalizmin hangi eksenlerde ayrışma gösterdiği incelenecek, ardından her iki anlayışa yöneltilen eleştirilerin haklılık payı değerlendirilerek gerekli, meşru ve kaçınılmaz olduğu sonucuna varılan dinamik yorumun hangi sınırlara tabi olarak uygulanması gerektiği sorusu cevaplanmaya çalışılacaktır.

A) Dinamik Yorum ve Orijinalizm Anlayışlarının Karşılaştırılması

1. Dinamik Yorum ile Orijinalizmin Ayrıştığı Hususlar

Dinamik yorum ile orijinalizmin tali açıdan pek çok uzlaşmaz yönü bulunsa da ana ayrım çizgisinin iki noktadan geçtiği söylenebilir. Bunların ilki anayasanın değişiklik usulü, ikincisi ise metin dışı unsurların yorumdaki rolü hakkındadır.

[327] STRAUSS, **The Living Constitution**, s. 21-22.

Orijinalizm, Lawrence Solum'a göre, üzerinde neredeyse her orijinalistin uzlaştığı iki ana önerme üzerinden karakterize olur. Bunların ilki "sabitleme" ("*fixation*") tezi, ikincisi ise "sınırlama" ("*constraint*") prensibidir. Sabitleme tezi, anayasanın anlamının metnin yazıldığı anda sabitlenmiş olduğu anlamına gelirken sınırlama prensibi orijinal anlamın anayasanın anlamını kendisiyle sınırladığını ifade eder.[328] Soysal da statik ve dinamik anayasa anlayışları arasında yapılan ayrımın sözel ve amaçsal yorumdan farklı olduğunu, statik anayasa anlayışı anayasayı belli ilkelerin, değerlerin ve dengelerin "saklı" tutulması için bir araç olarak görürken, dinamik anlayışın hareket noktası yine metin olsa da kurucuların amacını değil, anayasanın kendinde bir amacı göz önünde bulundurduğunu ifade etmektedir.[329] Kısacası, orijinalizmin anayasanın anlamını sabitleme, onun değiştirilmesine karşı çıkma gibi amaçlara sahip olduğu iddiası farklı yazarlarca savunulmaktadır. Ne var ki, orijinalistlerin temel amacı anayasanın değiştirilmesini engellemek veya anayasadaki ilkeleri, değerleri veya dengeleri saklı tutmak değildir. Daha doğrusu bir orijinalisti orijinalist yapan şeyin bu olduğu söylenemez. Kuşkusuz, bir orijinalist anayasanın asla değiştirilmemesi gerektiğini savunabilir; ancak bu iddianın orijinalizmin ilkesel bir yaklaşımı olduğu söylenemez. Orijinalizmin değişimle ilgili temel iddiası daha çok değişikliğin usulüne ilişkindir. Orijinalistler anayasanın değiştirilebileceğini kabul eder, hatta bunu gerekli de görebilirler fakat bu değişimin meşru şekilde yapılabilmesinin tek yolunun anayasa metninde öngörülen şekli değişiklik usulü olduğunu savunurlar.[330] Buradan, orijinalizm

[328] Sabitleme tezi için bkz: Lawrence B. SOLUM, "The Fixation Thesis: The Role of Historical Fact in Original Meaning", **Notre Dame Law Review**, C. 91, No: 1, 2015, s. 1-78; Sınırlama prensibi için bkz: Lawrence B. SOLUM, "The Constraint Principle: Original Meaning and Constitutional Practice", **SSRN Electronic Journal**, 2017, https://papers.ssrn.com/sol3/Papers.cfm?abstract_id=2940215) (Erişim Tarihi: 06/12/2022).
[329] SOYSAL, **Dinamik Anayasa Anlayışı: Anayasa Dialektiği Üzerine Bir Deneme**, s. 88.
[330] CHEMERINSKY, **Interpreting The Constitution**, s. 52, 57; CHEMERINSKY, **Constitutional law**, s. 19.

ile dinamik yorumun ayrıştığı ilk hususun anayasanın meşru değişiklik usulü olduğu söylenebilir.

Orijinalizm ile dinamik yorumu ayıran ikinci unsurun genellikle anayasa metnine bakış noktasında olduğu düşünülmektedir. Oysaki metne sadakat konusunda her iki yaklaşım arasında herhangi bir farklılık bulunmamaktadır. Dinamik yorum sırasında da tıpkı orijinalizmde olduğu gibi kaçınılmaz olarak metin, yorumun başlangıç noktasını oluşturur. Bunun yanı sıra, meşru sınırlar içerisinde yapılması isteniyorsa metnin aynı zamanda dinamik yorumun bitiş noktasını da oluşturması gerekir. Dinamik yorum ile orijinalizm arasında metne bakış yönünden tek farklılık yorumda metin dışı unsurların kullanımının meşru olup olmadığı noktasındadır. Örneğin Hans Linde meşru yargısal denetimin yorumda yalnızca anayasa metnini göz önünde bulunduran yorum olduğunu savunmaktadır.[331] Buna karşın Thomas Grey, her ne kadar dinamik yorumun da Anayasayı yazılı bir metin olarak gördüğünü ifade etse de mahkemelerin yazılı metinde açıkça ifade edilmeyen başka temel değerleri de açığa çıkararak yorum sırasında bir başvuru kaynağı olarak kabul edebileceğini ifade etmektedir.[332] Benzer şekilde, Chemerinsky de orijinalizmin bir temel hakkın ancak Anayasa metninde açıkça ifade edildiyse veya net şekilde kurucu iktidarın iradesine dahil ise Anayasaya dahil sayılabileceğini iddia ettiğini ancak dinamik yorumun mahkemelere bu nitelikleri taşımayan temel hakları da tanıma imkanı verdiğini dile getirmektedir.[333]

2. Ara Sonuç: Dinamik Yoruma ve Orijinalizme Yöneltilen Eleştirilerin Analizi

Her ne kadar dinamik yorum ile orijinalizmin ayrıştığı noktalar bu şekilde belirlenmiş olsa da, Larry Simon'ın vurguladığı üzere, anayasanın nasıl yorumlanması

[331] Hans LINDE, "Judges, Critics and the Realist Tradition", **Yale Law Journal**, C. 82, No: 2, 1972, s. 254.
[332] GREY, "Do We Have an Unwritten Constitution?", s. 706.
[333] CHEMERINSKY, **Constitutional law**, s. 19.

gerektiğine dair a priori olarak doğru bir hukuki cevap bulmak mümkün değildir. Bahsi geçen sorunun cevabı ancak siyasi veya ahlaki açıdan her iki görüşün ve bu iki ucun arasında yer alan daha ılımlı görüşlerin argümanları ve haklarındaki eleştirile r teker teker değerlendirilerek, işlevsel veya normatif bir tercihle bulunabilir.[334] Başka bir deyişle, dinamik yorumun da orijinalizmin de kıymeti kendinden menkul bir geçerlilik iddiası olduğu söylenemez. Onların gerekliliklerine de geçerliliklerine de ancak dışsal bir yorumcu değer atfedebilir.

Dinamik yorumla orijinalizm arasında böylesi bir karşılaştırma yapmak ve hangisinin temel hakların korunması noktasında daha işlevsel olabileceği hakkında bir sonuca ulaşabilmek adına bu başlıkta önce dinamik yoruma yöneltilen ve daha önce aktarılmış bulunan eleştirilerin haklılığı analiz edilecek, ardından da orijinalizmin dinamik yoruma göre daha avantajlı olduğu iddia edilen hususlarda durumun gerçekten böyle olup olmadığı değerlendirilerek anayasanın yorumlanması konusunda öne sürülen bu iki yaklaşım arasında bir tercihte bulunulacaktır.

Dinamik yorum hakkındaki eleştiriler kısmen yanlış bilgi ve değerlendirmelere dayalı olup; anayasa ve temel haklar hukukunun daha önce de sözü edilen özgül niteliğini göz ardı etmektedirler.[335] Öncelikle dinamik yorumun yargıcın sübjektif değerlerine göre yapıldığı iddiasını ele alalım. Değerlendirmenin en başında ifade etmek gerekir ki, bu iddia bir noktaya kadar haklıdır. Dinamik yorum da tıpkı tüm diğer yorum yaklaşımları gibi yorumcunun sübjektif değerlendirmelerine dayalı olarak yapılabilir. Bu olgu, öğretide çeşitli yazarları dinamik yorumun sübjektif şekilde yapılmasını engellemek veya en azından onu azaltmak amacıyla bazı çözümler aramaya itmiştir.[336] Bulunan

[334] Larry G. SIMON, "The Authority of the Framers of the Constitution: Can Originalist Interpretation Be Justified?", **California Law Review**, C. 73, No: 5, 1985, s. 1487.
[335] SANCAR, "Temel Hakların Yorumu", s. 279.
[336] Söz konusu çözüm denemelerinin daha ayrıntılı açıklaması için bkz: ODER, **Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri**, s. 234-237.

çözümlerden biri hukukun devingen, değişen ve ilerleyen bir süreç olduğu düşüncesiyle yargıcın norm ile ilişkisinde, yargıcı normu tamamlayan kişi olarak görerek soruna yaklaşmaktadır.[337] İkinci görüş, dinamik yorumun ancak normun metni, tarihsel veriler ve normun amacı ile ulaşılamayan dinamik bir sonuca ulaşmak amacıyla başvurulabileceğini savunarak dinamik yorumu geleneksel yorum yöntemlerinin başarısızlığı ölçütüne bağlar ve sorunu bu şekilde çözmeyi dener. Üçüncü görüş ise normun açık metni ve yasamada yakın zamanda varılmış uzlaşıların varlığı halinde dinamik yoruma başvurulamayacağı ilkesini benimseyerek dinamik yorumu yer ve zaman açısından sınırlayan bir yaklaşım geliştirmeye çalışır; dinamik yorumun sübjektifliğinin bu yolla azaltılabileceğini savunur.[338]

Dinamik yorumda sübjektifliği azaltmayı amaçlayan bu çabaların şüphesiz bir noktaya kadar amaçlarına yaklaşmaları mümkündür. Ancak bu çabalar dinamik yorum da dahil hiçbir yorum yaklaşımının sübjektifliğini mutlak olarak yok edemezler. Bunun sebebi hiçbir yorum yaklaşımının hiçbir yolla tamamen objektif ve değerlerden bağımsız şekilde faaliyet yürütemeyecek olmasıdır.[339] Bir yorum yaklaşımı ne kadar objektif olduğunu iddia ederse etsin, metne ne kadar tarafsız yaklaştığını söylerse söylesin, metni otantik olarak (o metnin yaratıcısı gibi) kavrayamaz ve dolayısıyla kendi değerlerini yoruma yansıtmaktan geri duramaz.[340]

---

[337] Dworkin'in söz konusu çözüm denemesi olarak "Herkül metaforu" için bkz: Ronald DWORKIN, **Hukukun Hükümranlığı**, çev. Ertuğrul UZUN, 1. Baskı, İstanbul, Nora Kitap, 2018, s. 298-299.

[338] Bu görüşün savunucusu William Eskridge, dinamik yorumun ne zaman yapılması gerektiği konusunda toplumsal ya da siyasal bağlamdaki değişimler ve kamusal değerlerin değişmesi durumlarını dikkate alarak kanunun yapılış zamanı ve konuyu düzenlediği ayrıntı düzeyini hesaba katan bir model geliştirmiştir. Bu modele göre, kanunun yeni olması ve konuyu özel olarak düzenlemesi olasılığında dinamik yoruma en az alan tanınır. Ancak bu olasılıkta dahi tarihsel yorum mutlak olarak uygulanmak zorunda değildir. Metnin aslında ilgili sorunu kapsamadığının ortaya konması, metnin absürt sonuçlara yol açması ve anayasal sorunlar ortaya çıkarması gibi hallerde, bu olasılıkta da dinamik yoruma alan tanınabilmektedir. William N ESKRIDGE, "Dynamic Statutory Interpretation", **University of Pennsylvania Law Review**, C. 135, No: 6, 1987, s. 1497.

[339] CHEMERINSKY, **Interpreting The Constitution**, s. 117.

[340] Frydman'dan aktaran: BOYAR, "Anayasal Uyuşmazlıklarda Yorum", s. 16.

Yorumun sübjektiflikten kurtulamaması temelde hukukun ahlaka ve değerlere olan kaçınılmaz bağımlılığından kaynaklanır. Hukukta anlam verme faaliyeti, zorunlu olarak pratik yani ahlaki bir muhakemedir. Hukuk metnine anlam yüklendiğinde ortaya çıkan norm her zaman emredicidir ve bu haliyle daima değer yüklüdür. Değerlere dayalı olarak yapılan muhakemenin sonucu için de doğru ve yanlış nitelendirmesi yapılamaz.[341] Hukuk ve ahlak önermeleri arasındaki farklılık yalnızca derece yönündendir, tür yönünden değil. Hukuk önermeleri için doğruluk ve yanlışlık değerlendirmesi yapılamamasının sebebi de budur. Ahlak önermelerinde olduğu gibi hukuk önermeleri için de yapılabilecek değerlendirme yalnızca iyi-kötü ekseninde olabilir.[342] Bunun sonucu, yorumda mutlak objektifliğin imkansızlığıdır. Doğru veya yanlış olarak değerlendirilemeyecek olan yorum, ister istemez kişisel tercihlere ve sübjektif değerlere dayalı olacaktır. Bu durum, realist yorum teorisinin yorumun bir irade işlemi olduğu teziyle de uyum gösterir. Buna göre, her yorum faaliyeti bir irade işlemidir ve dolayısıyla sübjektiftir.[343] Sancar, bu yaklaşıma "hukukta değer referansının zorunluluğu yaklaşımı" adını vermektedir. Bu yaklaşıma göre, hukuk değerlerden ayrı düşünülemez; bu durum normun hem konuluş hem de yorumlanış aşaması için geçerlidir. Belli davranış tarzlarının diğerlerine göre daha "değerli" olduğu varsayımı tüm hukuk düzenlerinin temelinde yer alır. Bu bağlamda, değer-nötral bir düzenin var olamayacağından söz edilebilir. Bu sebeple, hukukun belli değerlendirmelere dayanıp dayanmadığı değil, hangi değerlere dayalı olduğu ve bu değerlerin nasıl belirleneceği sorunu hukuka dair asıl tartışma konusunu oluşturmalıdır.[344]

---

341 UZUN, "Hukuk Yorumdur", s. 104.
342 METİN, "Hukuk Normunun Yorumu", s. 100-101.
343 Ergun ÖZBUDUN, **Türkiye'nin Anayasa Krizi**, 1. Baskı, Ankara, Liberte Yayınları, 2009, s. 78.
344 SANCAR, "Temel Hakların Yorumu", s. 227-228. Bu noktada Sancar'ın hukuk düzeninin dayandığı temel değerlerin belirlenebilir olduğu görüşüne katılmanın güç olduğunu belirtmek gerekir. Yazar, hukuk düzeninin tümünü kaplayan genel değerleri toplumsal barış, adalet ve özgürlük olarak saptamaktadır. Ancak neden bu değerleri tercih ettiğine ilişkin bir pozitif dayanak veya gerekçe sunmadığından bu saptama da son derece sübjektif görünmektedir. Sancar, bu değerlerin tespiti için pozitif hukuku esas alan metinsel bir analiz yapılabileceğini savunmaktadır. Ancak bu öneri bir çeşit paradoksa yol açar. Zira bizatihi

Hukukun değerlere dayalı oluşundan ve ahlak ile bağını tamamen koparamayışından kaynaklanan zorunlu sübjektifliğini en iyi ortaya koyan yaklaşımın Gadamer'in hermenötik teorisi olduğu söylenebilir. Gadamer'in hermenötik yaklaşımına geçmeden önce hermenötik teorinin Gadamer'e kadarki gelişiminin nasıl gerçekleştiğine kısaca göz atmak Gadamer'in teorisinin tam olarak nerede farklılaştığını anlamak açısından önem taşır. Bu noktada ele alınması gereken ilk isim Wilhelm Dilthey'dir. Kant'ın doğa bilimleri için oluşturduğu tarzda bir bilgi kuramını beşerî bilimler için de kurgulamayı amaçlayan Dilthey, bu alanda genel düzeyde pek çok yenilikçi bakış açısı geliştirmiş olsa da hukuki yorum açısından en önemli katkısı doğa bilimlerinde "açıklama"nın söz konusu olduğu ancak toplumbilimlerinde "anlama"nın ön plana çıktığını öne sürmüş olmasıdır.[345] Aynı dönemde hermenötik ile ilgilenmiş bir başka önemli isim olan Friedrich Schleiermacher ise ortaya attığı "hermenötik döngü" ve "bağlam" kavramlarıyla öne çıkar. Bütünün parçadan, parçanın da bütünden yola çıkılarak anlamlandırılabileceği önermesine dayanan hermenötik döngü kavramı Schleiermacher felsefesinde objektif ve sübjektif olmak üzere iki boyutludur. Objektif boyut, anlama eyleminin ancak her spesifik sözcüğü metnin genel bağlamı içine, her spesifik metni de yazarın tüm yapıtlarının genel bağlamı içine oturtarak gerçekleştirilebileceği anlamına gelirken; sübjektif boyut, anlaşılması istenen metnin yazarın manevi-psikolojik dünyası içindeki yerinin belirlenmesi, yorumcunun kendisini adeta yazarın konumuna yerleştirmesi anlamına gelmektedir. Neticede "anlam"a, ancak sözü edilen objektif ve sübjektif boyutları içeren bir "daire" döngüsünü tamamladığında

değerlerin kendisinin metinlerin yorumlanmasında yol gösterici olarak kullanılması gerektiğini savunurken söz konusu değerlerin metinlerden elde edilebileceği söylendiğinde şu soru cevapsız kalmaya devam etmektedir: Metinleri yorumlamak için başvurulacak değerler, kendisi incelenerek elde edilen metinlerden hangi değerlere dayanarak çıkarılabilir? Görüldüğü gibi yorum sırasında referans olarak başvurulacak değerleri metnin kendisinden çıkarmaya çalışmak bir çeşit fasit daireye hapsolmak anlamına gelir.

[345] Aydın UĞUR, "Hermeneutik: Eski Bir Yorum Yönteminin Yeniden Gündeme Gelişi ve Hukuk Alanına Uygulanması", **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Faküültesi Dergisi**, C. 38, No: 1, 1983, s. 184-185.

varılabilir.[346] Gadamer'in getirdiği yenilik tam da bu noktada ortaya çıkar. Yorumda kurucu iktidarın niyetlerinin tespitinin güçlüğü hakkında yukarıda ifade edilenlere benzer şekilde, Schleiermacher'in hermenötik döngü anlayışının sübjektif boyutunu eleştiren Gadamer, metni okuyan yorumcunun kendisini anlama sürecinden soyutlayabileceğini sanmasının büyük bir yanılsama olduğundan bahsederek metnin zaman içerisinde içerisine oturduğu düşünülen bağlamın yorumcunun etkisini yok eden nesnel bir yorumu mümkün hale getirdiği iddiasına karşı çıkmaktadır.[347]

Gadamer'in yaklaşımı temelde Heidegger'in Descartes'tan beri süregelen özne-nesne ayrımına karşı çıkışına dayanır. Descartes'ın özneden bağımsız olarak var olan ve özne tarafından keşfedilmeyi bekleyen nesneler bütünü yaklaşımını reddederek nesnenin özneden bağımsız olarak anlaşılamayacağını, insanın kendi varoluşunu ancak kendisinin anlamlandırabileceğini savunan Heidegger'in varoluşçu felsefesi Gadamer'de, metinleri anlamanın ancak yorumcunun kendi tarihselliğini göz önünde bulundurmasıyla mümkün olacağı önermesi ile karşılık bulur.[348] Kısacası, Gadamer'in hermaenötik teoriye temel katkısı, yorumcunun ve yorumcunun içinde bulunduğu koşulların anlama sürecindeki yadsınamaz önemini ortaya çıkarmış olmasıdır.

Gadamer'in, yorumcunun anlama sürecindeki öneminden kastı yorumcunun içinde bulunduğu tarihsellikten, ön yargılarından ve ait olduğu gelenek dünyasından kendisini soyutlayamamasıyla ilgilidir. Realist teorinin de savunduğu gibi, metinler kendi kendilerini yorumlayamayacaklarına göre yorumcu metnin anlamını ancak ona belli sorular yönelterek belirleyebilir.[349] Bu sorular ise yorumcunun metin karşısında beslediği

[346] Jean GRONDIN, "Hermeneutik", çev. Kaan H. ÖKTEN, **Cogito**, No: 89, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2017, s. 28-29; UĞUR, "Hermeneutik: Eski Bir Yorum Yönteminin Yeniden Gündeme Gelişi ve Hukuk Alanına Uygulanması", s. 185.
[347] UĞUR, "Hermeneutik: Eski Bir Yorum Yönteminin Yeniden Gündeme Gelişi ve Hukuk Alanına Uygulanması", s. 185.
[348] UĞUR, **a.g.e.**, s. 186-187.
[349] Yeşim ÖZTÜRKMEN İCAN, "Hermeneutik ve Anayasanın Yorumlanması", **Anayasa Yargısı Dergisi**, C. 36, No: 2, 2019, s. 12.

bir "anlam beklentisi"nin yansıması olarak tezahür eder. Yorumcu, metne sözü edilen tarzda bir beklentiyle yönelerek metinle bir çeşit diyaloğa girmiş olur.[350] Bu diyalog aslında, yorumcunun içinde bulunduğu tarihsel koşullardan doğan "ön anlayışlar"ı ile metin arasında cereyan eder.[351] Sözü edilen ön anlayışların oluşması sürecinde yorumcunun bir müdahalesi olamayacağına göre, anlama süjenin üzerinde tasarrufta bulunabileceği bir eylem dahi değildir. Bizzat anlamanın kendisi bir varoluştur ya da varoluşsal bir eylemdir.[352] Neticede, yorumcu her zaman içinde yetiştiği ve var olduğu kültür ve geleneklerden kaçınılmaz olarak etkilenir ve yorumdaki sübjektifliği de tam olarak buradan kaynaklanır.[353] Sözü edilen sübjektiflik yorumcunun kendi tercihi olmaktan da uzaktır; kendiliğinden ve kaçınılmaz olarak ortaya çıkar. Dolayısıyla, yorumun, özellikle de anayasa hukuku gibi politik, felsefi ve ahlaki değerlerle yakından ilişkili bir alanda, tamamen objektif şekilde yapılması olanaksızdır. Her ne kadar, orijinalistler orijinal anlamı tespit ederek yorumu buna göre yaptıklarını iddia etseler de esasında onlar da içinde bulundukları ön-şart ve anlayışlardan kurtulamayacaklarına göre yorum yoluyla ulaştıkları sonuç ister istemez kendi sübjektif görüşlerine ilişkin değerlendirmelerin izlerini taşıyacaktır.

Çoğu orijinalist yorumdaki sözü edilen sübjektivite zorunluluğunu göz ardı etmekteyse de örneğin Scalia, bir taraftan orijinalistlerin de orijinal anlamın ne olduğu ve bu anlamın somut olaya nasıl uygulanacağı konusunda sıkça anlaşmazlığa düştüğünü ve muhtemelen hiçbir yargıcın kişisel görüşlerini karara yansıtmaktan tamamen alıkonulamayacağını ifade etmektedir.[354] Yine de, iki kötüden daha az kötü olanını tercih ettiğini savunan yazar, orijinalistlerin en azından neyi aradıklarını bildiklerini, orijinal

[350] SANCAR, "Temel Hakların Yorumu", s. 66-67.
[351] BOYAR, "Anayasal Uyuşmazlıklarda Yorum", s. 17.
[352] Gadamer'den aktaran: SANCAR, "Temel Hakların Yorumu", s. 60-61.
[353] BOYAR, "Anayasal Uyuşmazlıklarda Yorum", s. 19.
[354] SCALIA, "Common-Law Courts in a Civil Law System: The Role of United States Federal Courts in Interpreting the Constitution and Laws", s. 45; SCALIA, "Originalism", s. 863.

anlamın ne olduğu sorusuna verilebilecek farklı cevaplar olsa da, dinamik yorumu savunanların bulmalarının mümkün olduğu sayısız cevabın aksine tüm orijinalistlerin aradığı tek cevabın orijinal anlam olduğunu belirtmektedir. Ona göre, dinamik yorum kütüphanede sesi olması gerekenden yüksek çıkan bir kütüphaneciye, orijinalizm ise sesi olması gerekenden kısık çıkan bir kütüphaneciye benzer. Her ne kadar ikisi de ideal kütüphaneciler olmasalar da en azından sesi az çıkan kütüphanecinin yaratacağı rahatsızlık çok daha sınırlıdır.[355] Buradan anlaşılan, Scalia gibi bazı orijinalistlerin orijinalizmin de sübjektivite sorunundan azade olmadığının farkında olduğudur. Ne var ki Scalia, sübjektivite kaçınılmaz ise de çözümün yine orijinalizmde olduğunu, orijinal anlamı bulmak gibi "kısıtlı" bir amacın orijinalizmin sübjektifliğini dinamik yoruma nazaran azalttığını savunmaktadır. Bu iddiaya, dinamik yorumun başvuracağı iki farklı yöntem aracılığıyla sübjektiflik sorununa orijinalizmden çok daha gerçekçi bir yaklaşımda bulunabileceği ve bu sayede Scalia'nın deyişiyle "daha az kötü" olan tercih değil, belki de daha "iyi" olan tercih sayılabileceği argümanıyla cevap verilebilir.

Sözü edilen yöntemlerin ilki Friedrich Müller'in hermenötik-somutlaştırma yöntemidir. Bu yöntemin dayandığı birtakım öncüller bulunmaktadır. Bunların ilki, soyut-biçimsel norm metninin somut-maddi hukuk için zorunlu fakat yeterli olmayan bir temel sunduğu önermesidir. Başka bir ifadeyle, metin hukukun gerçekliği değil, sadece imkanıdır. Çünkü, sonsuz derecede çeşitli ve devingen olan gerçeklik, metinde hiçbir zaman nihai kesinlikte ve açıklıkta formüle edilemez. Metin, gerçekliğin bu özelliklerinden dolayı sürekli olarak somutlaştırılmak zorundadır.[356] Somut olaylardan bağımsız olarak anayasal yorum yapılamaz. Başka bir deyişle, anayasa normu, sosyal gerçeklikten soyutlanamaz.[357] Kâğıt üzerinde açık ve seçik olarak gözüken bir norm bile

[355] SCALIA, "Originalism", s. 863-864.
[356] Kaufmann'dan aktaran: SANCAR, "Temel Hakların Yorumu", s. 74-75.
[357] BOYAR, "Anayasal Uyuşmazlıklarda Yorum", s. 37-38.

herhangi bir somut durum karşısında belirsiz bir hal alabilir. Bu nedenle, var olan veya olacağı düşünülen olayları düzenlemek amacıyla getirilen normlar hakkında, olacağı tahmin edilebilen veya edilemeyen söz konusu olaylar gerçekleşmeden asla yeterli bir yargıya varılamaz. Normun sosyal gerçeklikten soyutlanamayacağı önermesi de bu kabule dayanır.[358]

Normun sosyal gerçeklikle olan bağlantısı bir zorunluluk olduğu gibi aynı zamanda bir gerekliliktir de. Bu gereklilik, hukukun normatif işlevinin korunabilmesi ihtiyacından doğar. Normun ortaya çıkış şartlarının değiştiği durumda bu değişimi hesaba katmadan yorumlanan norm normatif hedefini yitirir; ya etkisi kaybolur ya da öngörülmemiş (amaçlanmamış) etkiler doğurmaya başlar. Gerçeklikteki değişimlerin normu işlevsiz kılmasını önleme amacı, normun uygulanması ve yorumlanması sırasında sosyal gerçekliğin dikkate alınmasını gerektirir.[359]

Müller'in somutlaştırma yöntemi işte bu öncüllere dayanır. Buradan yola çıkan Müller, hukuk metodolojisini belli bir norm teorisi üzerine inşa etmiştir. Söz konusu teori yorumda kullanılabilecek iki farklı veri seti olduğu düşüncesine dayanır: Bunların ilki dilsel veriler ("*Sprachdaten*"), ikincisi reel verilerdir ("*Realdaten*"). Dilsel veriler, yorumun dil üzerine kurulu olan gramatik ve sistematik yönleriyle ilgiliyken reel veriler, esasen dilsel sayılamayacak ancak hukukun hizmet ettiği amaçlardan kaynaklı olarak ancak dil vasıtasıyla açıklanabilen ampirik unsurlarla ilgilidir.[360] Söz konusu iki veri seti, Müller'in terminolojisinde "norm programı" ve "norm alanı" şeklinde ifade edilen, normun iki farklı unsuruna karşılık gelmektedir. Norm programı, norm metnini ve onda dile gelen hukuki emri ifade eder. Ancak norm kavramı, norm programı ile sınırlı

[358] EYRENCİ, "Anayasanın Yorumlanması Yöntemlerine Genel Bir Bakış", s. 52.
[359] SANCAR, "Temel Hakların Yorumu", s. 273-274; EYRENCİ, "Anayasanın Yorumlanması Yöntemlerine Genel Bir Bakış", s. 52.
[360] Müller'den aktaran: BOYAR, "Anayasal Uyuşmazlıklarda Yorum", s. 43.

olmayan daha geniş bir kavramı ifade eder. Normun düzenlemeyi amaçladığı gerçeklikten bağımsız düşünülemeyeceği kabulüne dayanan norm alanı unsuru da normun sosyal gerçeklikten seçip ayırdığı veya bizzat yarattığı düzenleme alanını ifade eder. Norm alanı, normun sosyal gerçeklikle ilişkisini kuran ve sosyal gerçeklikteki dönüşümlerin normun anlamını etkilemesini sağlayan unsurdur. Fakat normla ilişkili tüm sosyal gerçeklik verilerinin de norm alanına dahil olduğu söylenemez. Norm alanı, norm programının seçtiği ve değerlendirip kısmen şekil verdiği sosyal yaşamın yalnızca bir kesitidir.[361] Özetlemek gerekirse, norm hakkındaki dilsel veriler norm programını oluşturur ve norm programı somutlaştırma sürecinin yalnızca başlangıç verisidir. Somutlaştırmada meşru olanın sınırlarını göstermesi itibarıyla norm programı önemlidir, fakat yorum ancak normun diğer unsurunu oluşturan ve norm hakkındaki sosyal gerçeklik verilerinden oluşan norm alanı dikkate alınarak yapılabilir.[362] Aksi durumda yukarıda ifade edilen hukukun normatif gücünün ve etkinliğinin zayıflaması kaçınılmaz hale gelir.

Somutlaştırma yöntemi hakkında dikkat edilmesi gereken önemli bir husus daha vardır. Bu husus anılan yöntemin sosyolojik hukuk anlayışından farklı bir kavrayışı yansıttığıdır. Somutlaştırma sürecinde, norm alanının analizi ile elde edilen sosyal gerçeklik verilerine sosyolojik yaklaşımda yapıldığı gibi doğrudan normatif bir içerik verilmez. Norm alanı, norm programı ile bir bütün olarak ele alınır ve sosyal veriler sürekli olarak norm programının yorumlanması ile elde edilen sonuçlarla bağlantı içinde tutulur. Başka bir deyişle, somutlaştırma yöntemi, norm metnini aşan bir norm alanı tespitini öngörmesine rağmen, yorumcuyu tamamen özgür ve onun kararlarını tamamen keyfi kılmaz. Bu yolla hem norma bağlı kalınmış olur hem de sosyal gerçeklik verileri yorumda hesaba katılabilir.[363] Neticede, Müller'in geliştirdiği söz konusu yöntem, norma

[361] Müller'den aktaran: EYRENCİ, "Anayasanın Yorumlanması Yöntemlerine Genel Bir Bakış", s. 53.
[362] BOYAR, "Anayasal Uyuşmazlıklarda Yorum", s. 43-45.
[363] Müller'den aktaran: BOYAR, **a.g.e.**, s. 47; EYRENCİ, "Anayasanın Yorumlanması Yöntemlerine Genel Bir Bakış", s. 55.

bağlı kalınarak da sosyal gerçekliğin yorumda göz önünde bulundurulabileceğini göstermesi sayesinde Scalia'nın orijinalizmin dinamik yorumdan daha az sübjektif olduğu iddiasını, dinamik yorumun da objektif norm alanının sınırları dışına çıkmadan yapılabileceği iddiasıyla karşılamış olur.

Dinamik yorumun sübjektiflik sorununa orijinalizmden çok daha gerçekçi bir yaklaşımda bulunabileceği ve bu sayede "daha az kötü" olan tercih değil, belki de daha "iyi" olan tercih sayılabileceği iddiasını destekleyen bir diğer yaklaşım ise Gadamer'in yukarıda açıklanmış bulunan ön-anlayış sorununa ilişkindir. Yorumdan yani somutlaştırmadan önce keşfedilebilecek bir anlam olmadığının ve yorumun ister istemez içinde bulunulan bağlam ve ön-koşullardan etkilendiğinin kabulüyle birlikte ortaya çıkan keyfilik ve sübjektiflik sorununun yorum sonucunun genel geçerliğini tehdit etmesini önlemenin yolu Ehmke'ye göre, sübjektifliği yok etmeye veya yok saymaya çalışmak değil, onun kaynağına inmek ve onu tartışmaktır. Bu kaynak, daha önce de ifade edildiği üzere, ön anlayıştır. Yorum sonucunun keyfiliği ve sübjektifliğiyle mücadele etmenin yolu, ön anlayışı bir irrasyonellik kaynağı ve oydaşmayı (konsensüsü) bozan bir faktör olmaktan çıkarıp ehlileştirmekten geçer. Bu ise, ancak ön anlayışın bilincine varma, onu açığa çıkarma ve temellendirme yolu ile sağlanabilir. Bu sayede ön anlayış tartışılabilir hale gelip sübjektif karakterinden sıyrılabilir.[364] Ön anlayışa dair farkındalık yaklaşımı olarak adlandırılabilecek bu düşünceye göre, yorumda sübjektiflik ancak yorumcu kendi ön anlayışının varlığının ve içeriğinin bilincine vardığı ve bu anlayışı her ne pahasına olursa olsun yaşama geçirmeye değil, anlama süreci içinde sürekli test etmeye ve düzeltmeye açık ve hazır bulunduğu sürece kontrol altına alınabilir.[365]

[364] Ehmke'den aktaran: SANCAR, "Temel Hakların Yorumu", s. 105.
[365] Gadamer'den aktaran: SANCAR, **a.g.e.**, s. 69.

Bu yaklaşımda önemli olan ön anlayışı tasfiye etmek değil, onu ortaya çıkarmak ve yorum sürecinde eleştirel olarak test etmektir. Kısacası hedeflenen şey sübjektifliği yok ederek mükemmele ulaşmak değil, onu kontrol altında tutma amacı güden samimi bir çaba içinde olmaktır.[366] Sübjektivite, daha önce de ifade edildiği üzere, hiçbir yorum yaklaşımı ile yok edilemez. Bu tehlikeyi yok ettiğini iddia eden orijinalizm ve türevlerinin yaptığı şey ancak bir çeşit "kendi kendini aldatma" olarak görülebilir.[367] Yorumcu, sübjektiflikten kaçınma çabasında samimi ise "orijinal anlam" gibi sübjektiflikten kurtulmayı mümkün kılar gibi görünmekten öteye gidemeyen "değer"leri yorumda esas almak yerine hangi ön anlayış dünyası içinde yorum yapmakta olduğunu gerekçelendirme sırasında açığa vurarak hangi değerleri, neden ve nasıl korumaya çalıştığını gizlemeden açıklamalıdır. Aksi durum, hiçbir koşulda kaçınılamayan sübjektiflikten bir şekilde kurtulmanın mümkün olduğu imasını içererek sübjektiflik sorununun üstünü örtmekten ve onunla samimiyetle mücadele etmeyi engellemekten başka sonuç doğurmaz.

Yukarıda açıklanan hermenötik-somutlaştırma yöntemi ve ön anlayışa dair farkındalık yaklaşımı, dinamik yorumun sübjektiflik konusunda orijinalizmden daha dezavantajlı olduğu iddiasına karşı çıkarak aksine sorunu yok etme gibi gerçek dışı bir iddiada bulunmadan onu içselleştirme yoluyla onunla mücadele ettiği için daha avantajlı olduğunu ortaya koyar.

Dinamik yoruma yöneltilen eleştiriler arasında en çok göze çarpanlarından biri olan demokratik meşruiyetinin olmadığı iddiasının da bir yanılgıdan ileri geldiği söylenebilir. Bu konuda en başta, dinamik yorumun meşruiyetinin genel olarak anayasa yargısının meşruiyeti ile koşut olarak değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmek gerekir. Zira, dinamik yorum, çalışmanın ilerleyen kısımlarında da gösterileceği üzere, genel

[366] *ibid.*
[367] Larenz'den aktaran: EYRENCİ, "Anayasanın Yorumlanması Yöntemlerine Genel Bir Bakış", s. 48.

yargısal faaliyete içkin bir anlayıştır. Mahkemeler yorum faaliyeti sırasında, özellikle de somutlaştırmaya ciddi düzeyde ihtiyaç duyan anayasal yorumda, kaçınılmaz olarak dinamik yoruma başvururlar. Yargı organının çoğunluk karşıtı olduğu düşünülmüyorsa dinamik yorum için de aynı şey söylenmelidir. Bu nedenle, dinamik yoruma ilişkin meşruiyet itirazlarını anayasa yargısının meşruiyetine yöneltilen itirazlarla aynı bağlamda ele almakta bir sakınca yoktur. Anayasa yargısının demokratik meşruiyetini gerekçelendiren tüm argümanlar dinamik yorum için de aynı işlevi görürler.

Anayasa yargısının demokratik olarak meşru olduğuna dair ilk argüman, demokrasinin tanımına ilişkindir. Eğer demokrasi yalnızca çoğunluğun yönetim hakkı üzerinden ele alınırsa yargısal denetimin meşruiyetini sorgulamak çok da tutarsız görülemez. Ancak çağdaş demokratik teorinin özünde çoğunluk kuralının yanında sınırlı siyasal iktidar "telos"una dayalı liberal anayasacılık düşüncesi yatar ve bu düşünce demokrasiyi aynı zamanda çoğulcu bir kavrayışla değerlendirir.[368] Çoğunlukçu düşünceyi yansıtan yasama egemenliği 19. yüzyıldaki anlam ve kapsamını çoktan yitirmiş olup egemenliğin tek sahibi ve kullanıcısı olarak "ulus" öne çıktığından ulusun anayasa yoluyla yetkilendirdiği, içerisine anayasa yargısı da dahil olmak üzere tüm anayasal kurumlar demokratik meşruiyetten eş düzeyde pay alırlar.[369] Bu gözle bakıldığında, çoğulculuğu da içeren anlamıyla, demokrasinin çoğulculuğu koruması amaçlanan yargısal denetimi meşru olarak görmemesi düşünülemez. Modern çoğulcu demokrasilerin olmazsa olmaz unsurlarından biri sivil toplum ve sivil toplumu oluşturan bireylerin katılımcılığıdır. Anayasa yargısı da sivil toplumun ve bireyin kendini dışa vurmak yoluyla

[368] ODER, **Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri**, s. 238.
[369] İl Han ÖZAY, "Anayasa Mahkemeleri (Ya da Yargısının) Meşruiyeti", **Anayasa Yargısı Dergisi**, C. 9, 1992, s. 71; Kelsen de yasama organının eylem ve işlemlerinin çerçevesi ile içeriğinin anayasada, tıpkı diğer devlet organları için olduğu gibi belirlenmiş olduğundan bahisle yasaların anayasaya uygun olması talebinin tıpkı tüm devletin hukukla bağlılığı talebi gibi olduğundan söz ederken benzer bir argümana dayanmaktadır. Ece GÖZTEPE, "Anayasa Yargısının Meşruluğu", **Demokratik Anayasa**, ed. Aykut ÇELEBİ, Ece GÖZTEPE, 1. Basım, İstanbul, Metis Yayınları, 2012, s. 393.

siyasete "katıldığı" alanların başında gelmekle çoğulcu demokrasinin gerçekleştirilmesi yolunda en önemli araçlardan biri sayılmalıdır.[370] Temel hakları koruyup geliştirme işlevini üstlenen anayasa yargısının varlığı ve anılan işlevleri korunmak isteniyorsa, bunun dinamik yorumu da içeren bazı sonuç ve gereklerini de istemek gerekir.[371] Nitekim Avrupa tipi merkeziyetçi anayasa yargısının fikir babası olduğu söylenebilecek ünlü hukukçu Hans Kelsen'e göre de anayasanın asli işlevi azınlığın, gücü sınırsız bir çoğunluk demokrasisi karşısında korunması; yok olmasının ve sesinin bastırılmasının engellenmesidir. Bu bağlamda, Carl Schmitt'in tezinin aksine, Kelsenci bakış açısıyla anayasa yargısı demokrasinin karşısında yer almaz, aksine, çoğulcu demokrasinin garantisi, "anayasanın koruyucusu"dur ("*Hüter der Verfassung*").[372]

Benzer şekilde, temsili demokrasi ve temsil kuramı açısından, temsilcinin meşruiyetini, onun seçilmesi yerine, toplumsal beklentilere yanıt verme kapasitesinde gören yaklaşımlar da pragmatik gerekçelerle dinamik yorumu meşru görür. Sözü edilen yaklaşımlar, yargıcın seçimle işbaşına gelmemesine değil hukuksal sorunların çözümü yoluyla toplumsal taleplere cevap vermesine odaklanarak yargıcın dinamik yorum aracılığı ile temsili demokrasilerde iktidarın meşruluğuna katkı yaptığını savunur.[373] Bu noktada, Batı toplumlarının mahkemelerin temel hakları yasama organlarından daha iyi koruyacağına dair güçlü bir inanç beslemesi sayesinde temel hakların dinamik yorumunu, demokratik meşruiyeti olmayan bir yaklaşım olarak görmek bir yana; anayasa yargısının "meşruiyet gediği"ni kapatmaya hizmet edecek bir araç olarak görmek daha tutarlı olarak

[370] ÖZAY, "Anayasa Mahkemeleri (Ya da Yargısının) Meşruiyeti", s. 73.
[371] SANCAR, "Temel Hakların Yorumu", s. 290.
[372] GÖZTEPE, "Anayasa Yargısının Meşruluğu", s. 392, 394.
[373] ODER, **Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri**, s. 240. Sözü edilen yaklaşımlar, yargı organına toplumsal taleplere cevap verme gibi bir misyon yüklese de toplumsal taleplere cevap vermesi gereken organın yargı değil, yasama ve yürütme organları olduğu unutulmamalıdır. Aksi durum, yargıcı İlhan Arsel'in savunduğu sosyal mühendis rolüne iter. Bu ise, Rehnquist'in haklı olarak eleştirdiği gayrimeşru bir dinamik yorum örneği teşkil eder.

görülebilir.[374] Zira, dinamik yorum anlayışı temel hakların korunmasına hizmet ettiği ölçüde, demokratik meşruiyeti tartışmalara konu olan anayasa yargısının kendisine atfedilen işlevi yerine getirme başarısı göstermesini sağlar ve bu yolla onun meşruiyetini artıran bir unsur olarak öne çıkar.

Yasama organının demokratik meşruiyetini azaltacak şekilde onun çalışma sistemini ve hizmet ettiği iddia edilen çıkarları eleştiren kamu tercihi ve kurumsal süreç kuramları nezdinde de, yasama organının yarattığı demokratik açıkların ve karşılanmayan beklentilerin giderilmesinde dinamik yorum aracılığı ile etkin bir rol üstlenme potansiyeline sahip yargı organının demokratik olarak meşru görüldüğü söylenebilir. Zira, yasama organı, kendisinden beklenen işlevi yerine getiremedikçe çoğunluk kuralının değeri azalmakta ve dinamik yorum pratik bir zorunluluk olarak belirmektedir.[375] Bu noktada, anayasanın temel işlevinin azınlıkları çoğunluğa karşı korumak olduğu düşünülürse, anayasa tarafından bu amaçla görevlendirilen yasama ve yargı organlarının temel hak ve özgürlükleri ihlallere karşı korumak açısından halkın temsilcileri ve haklarının koruyucuları olarak masada karşı karşıya değil yan yana oldukları veya olmalarının gerektiği ve birinin yetersiz kaldığı noktada diğerinin devreye girerek hak ve özgürlüklerin korunması görevini tekâmül ettirdiği de düşünülebilir.[376] Tam da bu görevin eksiksiz yerine getirilebilmesi için anayasa yargısının demokratik meşruluk açısından yasama organı ile aynı kategoride yer almaması gerekir. Zira, "denetleyen" organ "denetlenen" organın gerçek anlamda dışında kalmaz ise, örneğin anayasa yargısı da meşruiyetini yasama organı ile aynı yöntemle, yani seçim yoluyla elde ederse bu iki güç birbirini dengeleyen değil ancak devam ettiren güçler olabilir. Bu durum ise denetimin zayıflaması ve bir tür "kendi kendini denetim" mekanizmasının ortaya

[374] Ergun ÖZBUDUN, **Anayasalcılık ve Demokrasi**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2019, s. 59; SANCAR, "Temel Hakların Yorumu", s. 293.
[375] ODER, **Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri**, s. 239.
[376] ÖZAY, "Anayasa Mahkemeleri (Ya da Yargısının) Meşruiyeti", s. 68-69.

çıkmasına yol açar. "Denetim" ile "kendi kendini denetim" kavramları arasındaki tek ortak nokta ise adlarının sadece bir kısmının aynı sözcükten oluşmasıdır. Anayasanın temel işlevi olan hak ve özgürlüklerin etkili korunması için denetleyen organın denetlenen organdan ayrı olması şarttır.[377] Yasama ile yargı organları arasındaki ilişkinin sözü edildiği şekilde karşıt değil koşut olması gerektiği düşüncesi bir tarafa bırakılsa dahi, anayasa yargısının yasama organı karşısındaki işlevinin denetimle sınırlı olması ve bunun yanında anayasa mahkemelerinin re'sen harekete geçememesi, kararlarının gerekçeli ve rasyonel olma zorunluluğu ile dava konusuyla sınırlı karar vermeleri de, gerçekte siyasal süreçlerin işlemeye devam ettiğini ve anayasa mahkemelerinin bu sürece ket vuran değil, sadece buna eşlik eden bir işleve sahip olduğunu göstermektedir.[378]

Dinamik yorumun meşruiyeti hakkında sözü edilen pragmatik gerekçelerin yanında bazı pozitif dayanakların da varlığından söz edilebilir. Öncelikle, anayasa yargısı, anayasa tarafından öngörülmüş olmakla biçimsel anlamda da olsa diğer bütün anayasal organlar kadar demokratik meşruiyete sahiptir.[379] Kuşkusuz, biçimsel anlamdaki bu meşruiyet, anayasa yargısı yetkilerini temel hakları korumak ve geliştirmek doğrultusunda kullandığı ölçüde maddi anlamda da yükselir.[380] Bunun yanı sıra, Anayasamızda "insan hakları" ile "temel haklar" terimlerinin ayrı ayrı kullanılmış ve hak kategorilerinin "temel haklar" başlığı altında düzenlenmiş olması da dinamik yoruma dair pozitif bir dayanak sunabilir. İlk bakışta zorlama bir yorum olduğu düşünülebilecek bu ayrım, Sancar'a göre, salt terminolojik bir farklılığın ötesine işaret eder. Bu kullanım, daha geniş ve dinamik bir bağlamı ifade eden insan hakları ile ilke olarak bunların belli bir tarihsel kesitteki bölümünü içeren temel haklar arasında köprü kurma anlamında

[377] ÖZAY, **a.g.e.**, s. 70.
[378] GÖZTEPE, "Anayasa Yargısının Meşruluğu", s. 412-413.
[379] ÖZAY, "Anayasa Mahkemeleri (Ya da Yargısının) Meşruiyeti", s. 71.
[380] SANCAR, "Temel Hakların Yorumu", s. 291.

alınmalı ve anayasanın, belli hakları pozitifleştirmekle bunları dondurmak istemediği şeklinde yorumlanmalıdır.[381]

Son olarak, dinamik yorumun yargısal faaliyete içkin olduğunu ifade ederken kastedilen anlayışa uygun olarak anayasa mahkemelerinin negatif yasa koyucu rolüyle yargısal faaliyetin yasama faaliyetiyle kesişmesinin kaçınılmaz olduğunu da ifade etmek gerekir. Doğası gereği, mekanik ve matematiksel bir işlemden ziyade yaratıcı bir eylem olan yorum, hukuk metinlerinin daha çok belirsiz kavramlar, genel ilkeler ve hedef normlar içermesiyle yargının biçimlendirici etkisini daha çok davet eder hale gelir ve yargının daha ziyade yasamaya benzer bir faaliyet yürütmesini zorunlu kılar.[382] Dolayısıyla, özellikle temel hakların yorumunda yargısal faaliyetin yasa koyucunun faaliyet alanı ile kesişmesi son derece doğal ve zorunludur. Nitekim Kelsen, pozitif kanun koyucu olan parlamentoya ek olarak anayasa mahkemesinin negatif kanun koyucu olarak işlev taşıdığını ifade ederken benzer bir duruma işaret etmektedir.[383] Bu da dahil olmak üzere sözü edilen gerekçelerle dinamik yorumun demokratik olarak meşru olmadığının söylenmesi zor olduğu gibi, aksine belli açılardan genel olarak siyasal sistemin ve özel olarak yargı organının meşruiyet açıklarının kapatılması noktasında da rol oynayabileceğini belirtmek gerekir.

Dinamik yorumun anayasanın normatif gücünü zayıflatacağı iddiası karşısında ise, dinamik yorumun anayasanın normatifliğini zayıflatmak bir yana, dinamik yorum olmadan anayasanın normatif gücünün korunamayacağı iddiasıyla karşılık verilebilir. Zira, anayasanın normatif gücünü koruyabilmesi onun sosyal gerçekliğe yanıt verebilmesine bağlıdır. Anayasa, günün düşünsel, siyasal, sosyal, bilimsel ve ekonomik gelişmelerini göz ardı ederse toplum üzerinde etki doğurmasını beklemek zorlaşır. Söz

[381] SANCAR, **a.g.e.**, s. 268-269.
[382] SANCAR, **a.g.e.**, s. 287.
[383] ÖZBUDUN, **Anayasalcılık ve Demokrasi**, s. 58.

konusu faktörlere uyarlık ise yalnızca şekli değişiklikle sağlanamaz. Şekli değişikliklerin yetersiz kaldığı noktada dinamik yoruma başvurulmazsa anayasal buhranların doğuşuna uygun bir ortam oluşur.[384]

Özünde, dinamik yoruma yalnızca şekli değişikliklerin yetersiz kaldığı durumlarda başvurmak da sağlıklı bir yol olarak görülemez. Bir an için her toplumsal değişime şekli değişiklikle yanıt verme imkânı bulunduğunu varsaysak dahi, bu yol sıklıkla tercih edilirse anayasa, kurucu ve toplumu birleştirici hukuki metin olma vasfını yitirir. Her değişiklik ihtiyacında anayasaya yeni maddeler eklemek demek her seferinde toplumun bir kısmının hakkında olumsuz düşüncelere sahip olduğu birtakım hükümleri anayasaya doldurmak anlamına gelir. En sonunda, herkesin farklı taraflarını beğenmediği ve kimseyi memnun etmeyen bir belgenin ortaya çıkması kaçınılmaz olur. Bunun yerine anayasal kararları yargı yoluyla almak bunların hatalı olduğu düşünüldüğünde kolayca geri alınabilmesini sağlayarak anayasayı tüm toplumun belli açılardan benimseyemediği uzun bir maddeler külliyatı haline gelmekten korur ve bu sayede onun normatif gücünü tahkim eder.[385] Buradan yola çıkıldığında daha da ileri giderek, anayasanın normatif gücü açısından tehlike doğuran asıl yaklaşımın orijinalizm olduğu da söylenebilir. Zira, dinamik yorumun esnekliği sayesinde anayasanın korunmasındansa şekli değişiklik dayatmasıyla anayasanın anılan dezavantajlarla karşılaşmasına sebebiyet verebilecek olması, orijinalizmin dinamik yoruma eleştirisinde haksız olması bir yana, kendisinin eleştirdiği noktada çok daha problemli bir pozisyonda olduğuna işaret eder.

Dinamik yorumun şekli değişiklikten daha avantajlı olduğu kabul edilse dahi orijinalizm anayasa metninde açıkça ifade edilen değişiklik usulü olmaması sebebiyle dinamik yorumun meşru bir yol olarak görülemeyeceği iddiasını öne sürmektedir. Ne var

[384] SANCAR, "Temel Hakların Yorumu", s. 280.
[385] CHEMERINSKY, **Interpreting The Constitution**, s. 71.

ki, anayasa metninde değişikliğin nasıl yapılması gerektiğine dair bir usule yer verilmiş olması, bu usulün münhasır bir usul olduğu anlamına gelmez.[386] Kuşkusuz, şekli değişiklik yapılmak istendiğinde uyulacak usul metinde yer verilen usuldür; ancak bu durum anayasanın şekli değişiklik harici bir yolla dönüştürülmesinin yasaklanmış olduğunu göstermez.

Benzer şekilde, anayasaların amacının değişimi önlemek olduğu iddiası da hatalıdır. Anayasaların işlevi sonraki nesilleri mümkün olduğunca sınırlamak ve politik tercihler yapmalarını engellemek değil, onların sağlıklı bir siyasal ortamda mevcudiyetlerini korumalarını ve sürdürüp geliştirmelerini sağlamaktır.[387] Anayasalar için değişmezliğin daha da fazla istenir olduğu düşüncesine karşı ise, durumun bir kez daha tam tersini gösterdiği söylenebilir. Zira, anayasaların değişikliğe ihtiyaç duyduğu durumlarda değiştirilememesi basit kanunların değiştirilememesinden çok daha ciddi siyasi ve toplumsal sorunlar doğurma tehlikesi taşır. Şüphesiz, anayasanın üstünlüğü prensibi gereği anayasaların değişiklik usulü olağan kanunlarınkinden daha zor olacaktır fakat bu durum, onların hiçbir koşulda veya mümkün olduğunca değiştirilmemesinin istenmesinden değil, basit çoğunluklar tarafından ve üzerinde yeterince düşünülmeden değiştirilebilmelerinin istenmemesinden kaynaklanır.

Anayasaların değiştirilmesinin onu hazırlayan kurucu iktidar tarafından da istenmediği iddia edilmiştir. Son derece spekülatif olan bu iddia, tıpkı orijinal niyet orijinalizminde olduğu gibi kurucu iktidarın niyetlerinin hiçbir zaman tam olarak bilinemeyeceği iddiasıyla karşılanabilir. Kaldı ki, metnin pek çok yerinde genel, soyut ve muğlak hükümler kullanan kurucu iktidarın söz konusu hükümlerin içeriğinin yargı

[386] CHEMERINSKY, **a.g.e.**, s. 65.
[387] BALKIN, "Framework Originalism and the Living Constitution", s. 554.

organı tarafından dinamik yorum aracılığı ile somutlaştırılmasını amaçlayarak hareket etmiş olması da gayet mümkündür.

Orijinalizmin dinamik yoruma dair son eleştirisi ise dinamik yoruma dayanan kararların toplumsal açıdan olumsuz sonuçlar doğurduğu iddiasıdır. Bu iddianın hatalı olduğunu savunmak mümkün değildir. Zira, her beşerî kurum gibi mahkemelerin de zaman zaman hata yapmaları, hatta bu hatanın doğrudan dinamik yorumun doğasından kaynaklanması olasıdır. Ancak bu olumsuz sonuçların orijinalizmin ürettiklerinden daha fazla olduğunu iddia etmek veya bu sonuçların dinamik yorumun avantajlarıyla kıyaslandığında baskın olduğunu savunmak güçtür. Dinamik yoruma başvurulan pek çok karar içinde bazılarının son derece hatalı veya olumsuz sonuç doğuran etkiler yaratması dinamik yorumun tamamen işlevsiz olduğunu veya her zaman olumsuz sonuçlar yaratacağını göstermez.[388] Öte yandan, yukarıda ortaya konulduğu üzere, orijinalist bakış açısıyla hareket edildiğinde temel haklar açısından mahrum kalınabilecek pek çok avantaj düşünüldüğünde orijinalizmin yetersizliğinin sayılamayacak düzeyde fazla örneği olduğu görülebilir. Üstelik hukuki hataların yargı eliyle yapılması, geri alınmasının çok daha kolay olması sebebiyle yasama veya yürütme eliyle yapılmasından da çok daha az tehlikelidir.[389] Yine de, söz konusu eleştirilerin dinamik yorumun da kusursuz olmadığını göstermesi açısından önemli olduğu söylenebilir.

Dinamik yoruma yöneltilen eleştirilerin analizi böylece yapıldığına göre, orijinalizmin dinamik yorumdan daha avantajlı olduğu iddia edilen yönlerinin haklılığı tartışılabilir. Halk egemenliği ve temel hakların korunması açısından orijinalizmin çok daha avantajlı olduğu savunulmaktadır.[390] Örneğin Keith Whittington'a göre, halkın anayasal tercihlerinin yansıması olan orijinal anlamın yorumda temel kriter olarak kabul

[388] GREY, "Do We Have an Unwritten Constitution?", s. 711.
[389] CHEMERINSKY, **Interpreting The Constitution**, s. 72.
[390] STRANG, "A Brief History of Originalism in American Constitutional Interpretation", s. 37.

edilmesi, halk egemenliğine saygının bir göstergesidir.[391] Bu yaklaşım, iki yönden eleştirilebilir: Birincisi, daha önce de belirtildiği gibi, orijinal anlama sadakatin neyi gerektirdiğinin tam olarak kestirilememesi, sübjektif değerlerin orijinal anlam adı altında yorumda belirleyici kılınması sonucunu doğurabileceğinden orijinalizmin halk egemenliğini daha iyi koruyacağı iddiasını doğru kabul etmek kolay değildir. İkincisi, dinamik yorumun ayrılmaz bir parçası olduğu yargısal denetimin de halkın anayasal tercihi olduğu düşünüldüğünde ve dinamik yoruma yöneltilen demokratik meşruiyet itirazları karşısında sunulan diğer argümanlar dikkate alındığında, dinamik yoruma başvurulmasının halk egemenliğiyle çelişen bir tarafı olmadığı, aksine anayasanın normatif gücünü ve temel hakları koruma yoluyla anayasanın üstünlüğü ve halk egemenliği düşüncelerini kuvvetlendirdiği söylenebilir.

Randy Barnett ise yazılı anayasayı "sabitlemek" yoluyla orijinalizmin, özellikle yorum yoluyla Anayasada yazılı olan temel hakların zayıflatılmasını engelleme noktasında önemli bir işlev üstlendiğini savunmaktadır.[392] Ne var ki, dinamik yorumun bu noktada orijinalizmden daha dezavantajlı olduğu söylenemez. Yazılı metnin sınırları dışına çıkılmadığı müddetçe dinamik yorumun halihazırda tanınmış olan temel hakların kapsamını daraltması veya onları yok sayması mümkün değildir. Aksine, dinamik yorum metinde açıkça ifade edilmeyen hakların da tanınmasını sağlayabileceği için bu noktada temel hakların korunması açısından daha avantajlı olduğu söylenebilir. Burada, konuyla bağlantılı olduğu için Scalia'nın orijinalizme yöneltilen şekilcilik eleştirisine karşı sunduğu argümanları da değerlendirmek yerinde olacaktır. Scalia'ya göre, orijinalizmin şekilciliği (*formalism*) ön planda tutmasının eleştirilmesi son derece hatalıdır. Bunun sebebi, hukuk devleti anlayışının özünde tamamen şekille alakalı olmasıdır. İnsanın

[391] Whittington'dan aktaran: STRANG, **a.g.e.**, s. 38.
[392] BARNETT, **Restoring the Lost Constitution**, s. 112-113.

insana değil, hukuka itaat etmesi ancak şekilcilik sayesinde mümkün olur. Buna ilişkin bir örnek de veren Scalia'ya göre, ellerinde kanla bir cesedin başında bekleyen ve cinayeti kendisinin işlediğini kabul eden bir katilin, üstüne üstlük pek çok görgü tanığının da varlığına rağmen bir mahkeme kararı olmadan cezalandırılamaması tamamen şekilcilik değil de nedir?[393] Scalia'nın hukukta biçimin önemi hakkında söylediklerini yadsımak şüphesiz mümkün değildir. Fakat zaten dinamik yorum ile orijinalizm arasındaki ayrım şekilciliğin varlığına ilişkin değil, boyutuna ilişkindir. Orijinalizmin biçim uğruna işlevselliği feda ettiği gerçeği karşısında dinamik yorumun hem metnin sınırları dışına çıkmamak suretiyle asgari düzeyde de olsa şekle önem vermesi hem de bunun yanında sosyal gerçekliğin yorumda etkili olmasını sağlayarak işlevsellikten de vazgeçmemesi dinamik yorumun bu noktada orijinalizmden daha avantajlı olduğunu ortaya koyar.

Orijinalizmin daha avantajlı olduğu iddia edilen bir başka husus ise genellikle uzlaşması zor olan toplumun bir anayasa metninde uzlaşabildiği durumda, yorum sırasında bu metni esas almanın çok daha olumlu sonuçlar üreteceği iddiasıdır. Bu anlayışta, dinamik yorumun böylesi bir uzlaşıya dayanmadığı gerekçesiyle orijinalizmden çok daha olumsuz sonuçlar üreteceği savunulur.[394] Bu iddiaya katılmak mümkün değildir. Yalnızca toplumun üzerinde uzlaşabilmiş olması, bir düşüncenin veya metnin olumlu sonuçlar doğuracağını düşünmeyi gerektirmez. Aksine, çoğu zaman denetimsiz uzlaşılar büyük acılar doğurabilir. Bunun belki de en iyi örneği Nazi iktidarıdır. Toplumun geniş kesimlerince desteklenen ve başarılı olduğu konusunda yaygın bir uzlaşı bulunan Nazilerin hem kendi toplumlarına hem de diğer toplumlara görülmemiş acılar yaşattığı bir gerçektir. Dahası, anayasanın yapıldığı dönemde üzerinde uzlaşılan çözümlerin bugün için de olumlu sonuçlar doğuracağını düşünmek için bir

[393] SCALIA, "Common-Law Courts in a Civil Law System: The Role of United States Federal Courts in Interpreting the Constitution and Laws", s. 25.
[394] John O. MCGINNIS, Michael B. RAPPAPORT, **Originalism And The Good Constitution**, Cambridge, Harvard University Press, 2013, s. 176-178.

sebep yoktur. Orijinalist yaklaşımla anayasal düzenin ne denli ilkel kalabileceği de düşünüldüğünde teorik ve ampirik açıdan, üzerinde uzlaşılmış olmasının metni tek başına iyi sonuçların garantörü kılamayacağını söylemek mümkündür.

Tüm bu değerlendirmelerin ardından orijinalizm ile dinamik yorumun karşılaştırılması noktasında bir ara sonuca ulaşılabilir. En başta, orijinalizmin en ilkel ve katı türevi olan niyetselciliğin günümüzde ciddi düzeyde taraftar bulmadığını söylemek mümkündür; hatta, niyetselcilik orijinalizmin diğer türlerini savunanlar tarafından da ciddi şekilde eleştirilmektedir. Gerçekten, yukarıda açıklandığı üzere, hukuki realizm ve yeni hermenötik teori gibi yoruma dair güncel yaklaşımların da etkisiyle niyetselcilik günümüzde orijinalizmin öne çıkan yorumu olarak görülemez.

Orijinalizm günümüzde daha çok yeni metincilik ve çerçeve orijinalizm gibi orijinalizm türlerinin argümanlarıyla savunulmaktadır. Çerçeve orijinalizmin kural olarak dinamik yorum ile çelişen bir iddiasının olmadığı düşünüldüğünde, anayasanın yorumlanmasına dair asıl rekabetin yeni metincilik ile dinamik yorum arasında cereyan etmekte olduğu söylenebilir. Yeni metinciliğin metin dışı tüm unsurları yoruma yabancı kılan yaklaşımı iki açıdan eleştiriyi hak etmektedir: Birincisi, bu yaklaşımın korumayı amaçladığı hukuki belirlilik ilkesinin yalnızca orijinalist yaklaşımla korunabileceği savunulamaz. Zira, metni hiçe sayarak yargıca tam serbestlik tanıyan bir yaklaşım olmayan dinamik yorum, yalnızca metin yanında sosyal gerçeklik unsurlarına da dikkat edilerek yorum yapılabilmesini amaçlamaktadır. Metni tamamen aşarak, yalnızca metin dışı unsurlara dayalı yorum yapılması gibi bir önerisi olmayan dinamik yorumun hukuki belirlilik ilkesini yok edeceği savunulamaz. İkincisi, değerlere dayalı olarak yorum yapmaktan kaçınması mümkün olmayan yorumcunun içinde bulunduğu ön şartlardan etkilenmeden, yalnızca metne dikkatini vererek ve metin dışı tüm unsurları göz ardı ederek yorum yapabileceğini savunmak mümkün değildir. Dolayısıyla dinamik yorum,

kendisine çizilen sınırların dışına çıkmadığı sürece, yeni metinciliğin korumayı hedeflediği hukuki öngörülebilirliği yeni metincilikten daha fazla zayıflatmış olamaz. Aksine, çeşitli araçlar sayesinde somut olguların ve içinde bulunulan ön anlayışın farkındalığıyla yapılan dinamik yorumun, sübjektiflik sorunu noktasında daha avantajlı olduğu iddia edilebilir. Demokratik meşruiyet ve anayasanın normatif gücü açılarından da orijinalizmden daha dezavantajlı olmadığı ortaya konulan dinamik yorumun orijinalizmden farklı olarak hukukun çok yakından ilişkili olduğu sosyal gerçekliği de yorum sırasında ihmal etmemesi ve şekli değişikliğe oranla çok daha basit bir yolla uygulanabilmesi, temel hakların korunması noktasında onu, son tahlilde, orijinalizmden daha işlevsel kılmaktadır.

Son olarak belirtmek gerekir ki, dinamik yorumun temel hakları orijinalizmden daha iyi koruduğunun iddia edilmiş olması, dinamik yorumun her koşulda kusursuz ve temel hakları mutlak olarak koruyan bir yaklaşım olduğunu göstermez. Yukarıda işaret edildiği üzere, yeri geldiğinde, dinamik yorumun da temel hakları zayıflatan veya toplumsal açıdan olumsuz neticeler doğuran örnekleri bulunmaktadır.

Buraya kadar anlamı, niteliği, işlevi ve meşruiyeti aydınlatılmış olan dinamik yorumun aynı zamanda kaçınılmaz olduğu da görülmektedir. Bu durum en başta, yoruma tabi tutulan metnin doğasından kaynaklanır. Muğlak ve belirsiz anayasa hükümlerinin yorumlanabilmesi somutlaştırma ve dinamik yorum olmadan mümkün değildir.[395] Yalnızca anayasanın yorumu hususunda da değil, her türlü yorum faaliyetinde dinamizm zorunludur. Hem hukuki realizm hem de yeni hermenötik teori yorumun zorunlu olarak yaratıcı bir karakter taşıdığını göstermek suretiyle bu gerçeği ortaya koymuştur.[396] Son olarak, yargıcın içinde yaşadığı toplumun, güncel gelişmelerin ve kendi değerlerinin

[395] METİN, **Anayasanın Yorumlanması**, s. 115.
[396] SANCAR, "Temel Hakların Yorumu", s. 256.

etkisinden bağımsız biçimde yorum yapmasının mümkün olmaması da dinamizmi kaçınılmaz kılar.[397] ABD Federal Yüksek Mahkemesi Yargıcı William Brennan Jr.'ın ifadesiyle, "*Biz bugünkü yargıçlar, Anayasayı ancak 20'nci yüzyıl Amerikalıları olarak okuyup algılayabiliriz. (...) Nihai soru, metindeki kelimelerin bizim zamanımızda ne anlama geldiği olmalıdır. Çünkü Anayasanın özelliği, artık vaktini tamamlamış ve göçüp gitmiş bir dünyada taşımış olabileceği herhangi bir durağan (statik) anlama dayanmaz; büyük ilkelerin güncel sorunlarla ve güncel ihtiyaçlarla başa çıkmaktaki uyarlanabilme gücüne dayanır.*"[398]

Nitekim, hukuku uygulamakla görevli olan yargı organının, metinde açıkça ifade edilmeyen hakların ortaya çıkarılması ve hakların kapsamının genişletilmesi ile mevcut içtihadın farklılaştırılması yollarıyla dinamik yoruma sık sık başvurduğu da, çalışmanın üçüncü bölümünde daha da ayrıntılı gösterileceği üzere, yadsınamayacak bir gerçek olarak karşımızda durmaktadır. Başka bir deyişle, sosyal gerçekliğin normun yorumunda hesaba katılması, sadece bir gereklilik değil; aynı zamanda bir olgudur.[399] Eğer, dinamik yorum temel hakların ve dolayısıyla hukukun normatif gücünün korunması noktasında gerekli ve hatta kaçınılmazsa bu durumda yapılması gereken şey, dinamik yorumun varlığını reddetmektense, onun şartları ve yöntemi de açıklığa kavuşturulduğuna göre, ölçüsünü ve sınırlarını belirlemekten ibarettir.

B) Dinamik Yorumun Sınırları

İlk olarak ifade edilmelidir ki, hukuki kesinlik ulaşılması imkânsız bir hedeftir. Anayasal yorum, kaçınılmaz olarak takdir yetkisine bağlı ve açık uçlu bir süreçtir. Chemerinsky, "*Yargıçlar takdir yetkisine sahiptir ve yargıçların kendi ideolojileri*

[397] CHEMERINSKY, **Interpreting The Constitution**, s. 47.
[398] https://fedsoc.org/commentary/publications/the-great-debate-justice-william-j-brennan-jr-october-12-1985. (Erişim Tarihi: 11/12/2022).
[399] SANCAR, "Temel Hakların Yorumu", s. 274.

tarafından etkilenmesi kesin olan tercihlerde bulunmadığı bir karar alma mekanizması oluşturmak mümkün değildir." ifadelerini kullanırken bu duruma işaret eder.[400] Benzer şekilde, H. L. A. Hart da hukuki metinlerin kaçınılmaz açıklığının takdir yetkisini zorunlu kıldığını savunmaktadır.[401] Bu durumun temel sebebi de hukukun değer yüklü yapısıdır.[402] Bu sebeple, dinamik yorumun yorumdan önce belirlenmiş belli değer veya ilkelere tabi olarak yapılması beklenemez.

Bununla beraber, dinamik yorumun takdir yetkisine dolaysız bağımlılığı ve açık uçlu oluşu, iddia edildiğinin aksine problemli bir durum da değildir. Bunun iki sebebi olduğu söylenebilir: Birincisi, yargıçların dinamik yorumun aşağıda bahsedilecek dışsal sınırlarının etkisinden kurtularak yorum yapmalarının mümkün olmaması; ikincisi ise takdir yetkisinin yaratacağı iddia edilen "hakimler hükümeti" ("jüristokrasi") tehlikesinin aslında iddia edilenden çok daha sınırlı bir tehlikeye yol açıyor olmasıdır. Dinamik yorumun dışsal sınırları ayrı bir başlıkta ele alınacağından burada hakimler hükümeti tehlikesinin ele alınmasıyla yetinilecektir. Hakimler hükümeti ile kastedilen iki farklı tehlikenin varlığından söz etmek mümkündür: Birincisi, mahkemelerin, hatta özellikle anayasa mahkemelerinin, adeta birer diktatör gibi ülkeyi keyfi kararlarla yönetmesi tehlikesidir. Bu tehlikenin gerçekçi olduğunu söylemek neredeyse olanaksızdır. Zira, Alexander Hamilton'ın Federalist Yazılar'da değindiği üzere, "*Güçler ayrılığına dayanan bir sistemde, yargı organı, doğası gereği, temel haklar için en az tehlike yaratabilecek organ olacaktır; zira temel hakları en az etkileme ve kısıtlama kapasitesine sahip olan odur. (...) Yargının, ne 'kılıç' ne de 'kese' üzerinde, toplumun ne gücü ne de zenginliği üzerinde bir etkisi bulunur. Onun gücü veya iradesi değil, yalnızca muhakeme yetkisi olduğu gerçekten söylenebilir; ve nihayetinde kendi kararlarının etkinliği için bile*

[400] CHEMERINSKY, **Interpreting The Constitution**, s. 110.
[401] H. L. A. HART, **The Concept of Law**, Üçüncü Baskı, Oxford, Oxford University Press, 2012, s. 135.
[402] CHEMERINSKY, **Interpreting The Constitution**, s. 116.

yürütme organının desteğine ihtiyaç duyar."[403] Mahkemeler kendi kendilerine kimseyi tutuklayamaz, kimsenin mallarına el koyamaz veya kimseye savaş ilan edemez. Hükümet eylemlerinin geniş bir bölümü, yargının erişebileceği alanın dışında kalır.[404] Bickel'ın ünlü kavramsallaştırmasıyla "en az tehlikeli devlet organı" olan yargının devrim yaptığı görülmemiştir ama bir anayasa mahkemesinin bulunmadığı çalkantılı bir ortamda bir askeri darbeye gidildiği izlenmiştir. Ülkemizde 27 Mayıs 1961'de yaşanan askeri darbe buna iyi bir örnektir.[405] Anayasa mahkemesi, anayasal sistemin en üstün gücü olmadığı gibi yasama organından gelebilecek bir yetki budamasıyla da her zaman karşı karşıya kalabileceğinden bu tür bir hakimler hükümeti tehlikesinin gerçekçi olmadığı ortadadır.

Daha gerçekçi olan tehlike, mahkemelerin keyfi bir biçimde, toplumun talep ettiği ve varlığını gerekli gördüğü normları iptal etmesidir. Buna dair çekincenin çok daha anlaşılabilir olduğu söylenebilir. Bu noktada, bir tartım ihtiyacı ortaya çıkar. Toplumun yargısal denetimi etkisizleştirdiği ve çoğunlukların kendilerini azınlık haklarını ihlal etmeme yönünde sınırlamasını beklediği seçenek mi; yoksa kimi durumlarda hatalı kararların verilmesinin göze alındığı ancak azınlık haklarını koruma beklentisiyle yargısal denetimin muhafaza edildiği seçenek mi temel haklar açısından daha risklidir? Yargısal denetimin korunduğu durumda gerçekleşebilecek en kötü durum demokratik yolla alınan bazı anayasaya aykırı olmayan kararların uygulanamamasıdır; oysa yargısal denetimin etkisizleştirildiği veya ortadan kaldırıldığı durumda azınlıkları çoğunluk baskısına karşı koruyacak belki de en önemli kurumun yok olması söz konusu olur. Bu sebeple, sık sık hatalı kararlar verse dahi yargısal denetimi korumanın hem temel hakların korunması hem de dinamik yorum aracılığıyla geliştirilmesi açısından daha avantajlı

[403] https://avalon.law.yale.edu/18th_century/fed78.asp (Erişim Tarihi: 11/12/2022).
[404] CHEMERINSKY, **Interpreting The Constitution**, s. 121.
[405] ÜNSAL, **Siyaset ve Anayasa Mahkemesi ("Siyasal Sistem" Teorisi Açısından Türk Anayasa Mahkemesi)**, s. 327.

olduğu söylenebilir.[406] Kuşkusuz, çoğunluk kuralı demokrasinin başat koşullarından biridir fakat onun ortaya çıkarabileceği kusurların bir şekilde giderilebilmesi de hayati öneme sahiptir. Bu amacı gerçekleştirmek için en donanımlı aracın yargı denetimi olmasının yanında yargının bu görevi başarıyla yerine getirebilmesi için takdir yetkisine sahip olması da şarttır.[407]

Dinamik yorumu çeşitli ilkelere tabi kılmak gereksiz olduğu gibi aynı zamanda hatalı bir çabadır. Zira dinamik yorumun çeşitli ilkelere bağlı şekilde yapılmasını zorunlu kılmak, takdir yetkisini zayıflatmak yoluyla dinamik yorumun tüm işlevselliğini yok etmek manasına gelir. Bu sebeple yapılması gereken, Balkin'in de savunduğu üzere, özel olarak yargısal sistemin sürdürücüsü olan kişiler olan yargıçlar yerine genel olarak sistemin doğrudan kendisi hakkında çözümler üretmeye çalışmak olabilir. Tıpkı güçler ayrılığı ilkesinin iktidarın kimin elinde olduğunu önemsiz kılması ve devleti kim yönetirse yönetsin sistemin kendi sürdürülebilirliğini sağlaması gibi, tek tek yargıçlara hangi durumda ne yapmaları gerektiğini dikte eden yorum teorileri yerine yargı sistemini doğru biçimde tasarlamak yargıçların iyi veya kötü, ahlaklı veya yozlaşmış olmalarını önemsiz kılabilir. Bu durumda, Dworkin'in Herkül'ü veya Platon'un filozof kralına ihtiyaç duyulmadan, uzun vadede de olsa, takdir yetkisinin kullanımı ve genel olarak mahkeme kararları doğru bir zemine oturabilir.[408]

Öte yandan, dinamik yorumun önceden saptanmış belli değerlere ve ilkelere dayalı olarak yapılmasını beklemenin ve yargıcın takdir yetkisine sahip olmasını eleştirerek jüristokrasi tehlikesini gerçekte olduğundan çok daha ciddi göstermenin doğru olmaması, dinamik yorum yaparken yargıcın mutlak bir serbestliğe sahip olduğunu ve hiçbir metodolojik sınırlamaya tabi olmadığı anlamına gelmez. Anayasanın

[406] CHEMERINSKY, **Interpreting The Constitution**, s. 121-122.
[407] CHEMERINSKY, **a.g.e.**, s. 127.
[408] BALKIN, "Framework Originalism and the Living Constitution", s. 601-604.

yorumlanması ile sosyal gerçeklik arasındaki ilişkide, gerçekliğin bütünüyle göz ardı edilmesi ve anakronist bir pozitivizmde ısrar ne kadar sakıncalıysa sosyolojik bakış açısıyla gerçekliğe doğrudan normatif bir değer atfedilmesi de o kadar tehlikelidir.[409] Bu nedenle, dinamik yorumun hiçbir sınırlamaya tabi olmaması düşünülemez. Burada kastedilen, çeşitli yorum teorilerinin yaptığı gibi yargıçların her somut durumda nasıl hareket etmeleri gerektiğine dair spesifik belirlemelerde bulunmaktan farklıdır. Sözü edilen sınırlamalar yorum sırasında kendisine dayanılması gereken değer ve ilkelerden değil, yalnızca aşılmaması gereken ekstremlerden oluşur. Bu sebeple yorum teorilerinin aksine dinamik yorumda sınırlama kural değil, istisnadır. Yorum teorilerinde, öncelenen değer ve ilkelere dayalı olmadan yorum yapmak hatalı veya gayrimeşru kabul edilirken; dinamik yorumda sınırlar aşılmadığı sürece her yorum meşru ve dolayısıyla kabul edilebilirdir. Başka bir deyişle, yorum teorilerinde değer ve ilkeler yorumda yola çıkış noktasını oluştururken dinamik yorumda yola çıkış noktası sosyal gerçeklik ve ihtiyaçlardır, sınırlar ancak bitiş noktasını oluşturabilir.

Ancak bu konuda birtakım sınırlar belirlerken dikkatli davranmak önemlidir. Aksi halde dinamik yorumun işlevselliğini kaybetmesi riski doğar. Bu bağlamda, iki tür sınırlamanın varlığından söz edilebilir: Bunların ilki, yargıcın ve yargı sisteminin içinde bulunduğu koşullardan doğan ve uzun vadede de olsa kaçınılmaz etkiler doğuran dışsal sınırlar; ikincisi ise yargıcın iradi olarak uymasının beklenebileceği ve harici bir baskıyla kendilerine uyulması sağlanamayacak metodolojik sınırlamalardır. Bu sınırlar dışında birtakım ilkeler belirlemek dinamik yorumun işlevlerini kaybetmesine sebep olabileceği gibi dinamik yorumun doğası gereği zaman içerisinde yorumcu tarafından etkisiz bırakılabileceğinden nafile bir çabaya da dönüşebilir.

[409] SANCAR, "Temel Hakların Yorumu", s. 295.

1. Dışsal Sınırlar

Dışsal sınırlar, yargıcın yorum yaparken dikkat etmesi gereken unsurlar olmayıp yargısal sistemin ve toplumsal koşulların yargıca dışarıdan dayattığı ve dolayısıyla mahkemelerin istemeden de olsa uygun davranmak zorunda kaldığı, etkilerinin ise daha çok uzun vadede görüldüğü sınırlar olarak tanımlanabilir. Dışsal sınırları anayasa yargıçlarının seçim usulü, toplumun anayasal sistemden ve anayasa mahkemelerinden beklentileri ile mekanist anayasa anlayışı oluşturur.

a) Anayasa Yargıçlarının Seçim Usulü

Anayasa mahkemeleri kurumsal olarak olmasalar dahi, üyelerinin seçimi usulü bakımından muhafazakâr kurumlar olduğunu söylemek mümkündür. Zira, üye kompozisyonu çoğu zaman üyelerin seçildikleri dönemin politik değerlerini yansıtma eğilimindedir. Bu sebeple, anayasa mahkemeleri siyasi iktidarın değiştiği dönemlerde mevcut siyasi iktidara ve hâkim toplumsal değerlere direnen bir güç olarak ortaya çıkabilirler.[410]

Bu durum, ilk bakışta olumsuz bir çağrışım yapıyor gibi görünse de aslında temel haklar açısından son derece avantajlı bir durum yaratabilir. Zira, mahkemelerin tutucu tercihlerde bulunarak "Eski Rejim"in değerlerinin koruyucusu olarak hareket etmesi, ani ve tehlikeli çoğunlukçu heyecanların yargı eliyle sönümlendirilebilmesini sağlar. Aradan belli bir süre geçip mahkeme kompozisyonunun değişmesinin ardından eski üyelerin karşı çıktığı politik değer ve talepler halen varlığını koruyabiliyorsa artık söz konusu değer ve taleplerin zamanın testinden geçtiği ve anlık heyecanlarla talep edilen değil, gerçekten istenen ve ihtiyaç duyulan talepler olduğu anlaşılmış olur ve yeni seçilen üyeler sayesinde kabul edilen bu değer ve taleplerin demokratik açıdan meşruiyetlerinin

[410] BALKIN, "Framework Originalism and the Living Constitution", s. 577.

pekişmiş olduğu kabul edilebilir.[411] Bu sayede, azınlıkların haklarını ihlal eden çoğunlukçu talepler mahkemenin yapısından kaynaklanan doğal bir filtreden geçmiş olurlar ve mahkemeler istemeden de olsa temel hakları ihlal edecek tarzda bir dinamik yorum yapma olasılığından kurtulmuş olurlar. Şüphesiz, bu sınır dinamik yorumun temel hakları koruyucu tarzda yapılmasının önüne de set çekebilir ancak aşağıda aktarılacağı üzere, herhangi bir toplumsal beklenti olmadan yapılan dinamik yorumun meşruiyeti şüphelidir ve haklı bir toplumsal beklenti oluşmuşsa, mahkemeler önünde sonunda bu beklentiye cevap vermek durumunda kalırlar.

b) Toplumsal Beklentiler

Ackerman'ın deyim yerindeyse "üçüncü yol" olarak adlandırılabilecek yaklaşımına göre, anayasal yorumda merkezde olması gereken unsur, orijinal anlam veya mahkemeler değil; halk ("*The People*") olmalıdır. Mahkemelerin yorum sırasındaki rolü, orijinal anlamı tespit etmeye çalışmak veya değişimin öncülüğünü yapmak değildir; onlar için uygun olan rol ancak halk tarafından başlatılan değişimin tespit ediciliğini yapmak olabilir.[412]

Her ne kadar, yazarın yaşayan anayasa düşüncesinin işlevsellik uğruna halk egemenliğinden taviz verdiğine yönelik iddiasına katılmak daha önce açıklanan sebeplerle mümkün olmasa da, savunduğu yolun olgusal olarak da mahkemeler tarafından benimsenen ve dinamik yorumu başarıyla sınırlayan bir öneri olduğu kabul edilebilir. Toplumun ve yargı sisteminin bir parçası olarak yargıçların genellikle toplumsal beklentilerle çelişmeme ve eski içtihatlarla uyumlu kararlar verme eğiliminde oldukları söylenebilir.[413] Balkin'in yukarıda aktarılan yaklaşımında ifade edildiği şekliyle anayasa

[411] BALKIN, **a.g.e.**, s. 606.
[412] ACKERMAN, "The Living Constitution", s. 1804-1805.
[413] CHEMERINSKY, **Interpreting The Constitution**, s. 123-124.

yargıçlarının seçim usulü, toplumda yeterince yerleşme imkanı bulan değer ve taleplerin hukukileştirilmesine ve bu yolla, halihazırda yükselmiş toplumsal hareketlerin karşısında yer alan direnç odaklarına da kabul ettirilmesinin sağlanmasına aracılık eder. Balkin iddiasını, ABD'de belki de en popüler dinamik yorum örneklerinden kabul edilen *Brown v. Board of Education*[414] kararının halihazırda pek çok eyalette ırk ayrımcılığı son bulmuşken verilmiş olmasını ve *Lawrence v. Texas*[415] kararının çoğu eyalette eşcinsel hakları çoktan tanınmışken verildiğini söyleyerek örneklendirmektedir.[416]

Kısacası, dinamik yorum gerçekte de çoğunlukla, toplumda var olmayan eğilimlerin varmış gibi gösterildiği değil, zaten toplumda yerleşmekte olan veya pekişmiş bulunan değişikliklerin hukuki garanti altına alınmasını sağlayan bir yaklaşımdır. Anayasal değişim, neredeyse hiçbir zaman tek bir andan ibaret olamaz. Dinamik yorum, zaman içerisinde serpilen toplumsal hareketlerin ve buna eşlik eden bir dizi yargı kararının nihayetinde kendiliğinden oluşan bir sonuçtan ibarettir. Dolayısıyla, onun "yukarı"dan gelen bir dayatma değil, ancak "aşağı"dan gelen bir talep olduğu söylenebilir.[417]

Öte yandan bu durumun yargının toplumsal beklentilerin esiri olduğu anlamına gelmediğinin altını çizmek gerekir. Yargıçların çoğunlukla toplumsal değerleri yansıtırken eski içtihatlarla bütünlüğü koruma gayretinde olmaları, bunun bir zorunluluk olduğu anlamına gelmez. Söz konusu sınırlar, karar verme sürecinde genellikle kendilerini dayatsalar da özellikle temel hakları ihlal eden değişim taleplerinde mahkemelerin her zaman bir direnç oluşturmaları istenir ve bu direncin gelişmesi elbette mümkündür.[418] Nitekim, dinamik yorumun sınırı olarak toplumsal beklentilerden kasıt,

[414] *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954).
[415] *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003).
[416] BALKIN, "Framework Originalism and the Living Constitution", s. 563-564.
[417] ACKERMAN, "The Living Constitution", s. 1763.
[418] CHEMERINSKY, **Interpreting The Constitution**, s. 124.

mahkemelerin sürekli olarak çoğunluk ne isterse onu yerine getirmesi değildir. Sözü edilen sınırlama, beklentileri yerine getirmeye yönelik pozitif bir edimden ziyade, toplumda neredeyse hiç yankı bulamayacak değer tercihlerinden kaçınmaya yönelik negatif bir edimdir. Aksi durum, Rehnquist'in ortaya koyduğu gayrimeşru dinamik yorum kapsamına girer; dolayısıyla bir konuda dinamik yorum yapılabilmesi o konuda asgari düzeyde de olsa bir toplumsal beklentinin mevcudiyetine bağlıdır.

Bu noktada, toplumsal beklentilere uygun şekilde yorum yapıyorsa mahkemelere neden ihtiyaç duyulduğuna yönelik bir soru akla gelebilir.[419] Bu sorunun cevabı da tam olarak yukarıdaki açıklamada yatar. Birincisi, mahkemeler zorunlu olarak toplumsal değişimleri yansıtmaz, yeri geldiğinde temel hakların korunması amacıyla toplumsal değişimlerin karşısında dururlar. İkincisi ise, anayasa yargıçlarının seçim usulü sayesinde elde edilen filtreleme imkânı, temel hakları ihlal eden değişimlerin zaten kendiliğinden süreç içerisinde elenmesini kolaylaştırır. Kısacası, mahkemeler uzun vadede toplumsal değişimlere uyum sağlarken, kısa vadede anayasaya aykırı değişimleri engelleme olanağı sağladıklarından temel hakların korunması noktasında oldukça önemli bir işlev üstlenirler.

c) Mekanist Anayasa Anlayışı

Dinamik yorumun dışsal sınırlarından birini de mekanist anayasa anlayışının oluşturduğu söylenebilir. Realist teorinin bir uzantısı olarak değerlendirilebilecek bu anlayışa göre, anayasa bağlayıcı bir hukuki metinden ziyade devlet içindeki siyasi iktidarın organizasyonu olarak değerlendirilir. Bu organizasyon içinde, anayasal organlar, birbirleri üzerindeki denetim imkanları sayesinde isteseler de kendilerine tanınan iktidar alanını aşamazlar. Bu yaklaşımda temel sorun anayasanın neyin yapılmasına izin verdiği

[419] Bkz: BALKIN, "Framework Originalism and the Living Constitution", s. 598.

değil, neyim yapılmasını mümkün kıldığıdır. Bu durum, anayasal organların karşılıklı ilişkilerinin her birine belli zorlamalarda bulunmasından kaynaklanır. Bu sayede, tüm organlar karar ve eylemleri sırasında diğer anayasal organların muhtemel tepkilerini de hesaba katarak hareket etmek durumunda kalarak keyfi hareket etmekten kaçınıp kendi yetkilerini belli sınırlar dahilinde tutacaktır.[420]

Yazılı anayasa metninin hiçbir bağlayıcılığı olmadığı görüşüne katılmak mümkün olmasa da, mekanist anayasa anlayışının anayasal organların birbirini pratik olarak sınırladığı düşüncesi, Gözler'in Türk Anayasa Mahkemesi'nin anayasa değişikliklerinin denetimi hakkındaki içtihadına diğer organlardan gelen tepkileri aktarırken gösterdiği üzere, gerçekçi görülebilir.[421] Birbirini denetleyerek, belli sınırların aşılmasını engelleyebilen organlar düşüncesinin dinamik yorumu da sınırlayacağını düşünmek zor değildir. Zira, gerçekleştirdiği dinamik yorumun diğer organlar tarafından tepkiyle karşılaşacağını düşünen mahkemeler dinamik yorumu keyfi olarak yapmaktan kaçınacakları gibi, ne olursa olsun keyfilikten vazgeçmeyen mahkemelerin kararları da yine mekanist anayasa anlayışına göre, zamanla diğer organlar tarafından dengelenecek, uzun vadede söz konusu keyfi kararlar etkisizleşecektir.

2. Metodolojik Sınırlar

Dinamik yorum her ne kadar realizmin öncüllerine dayansa da realizmin metodolojik kuralsızlığını benimsemek zorunda değildir. Dinamik yorumun meşru bir yargısal faaliyet olarak görülmesi aşağıda aktarılacak olan metodolojik sınırlara riayet edilmesine bağlıdır. Bununla birlikte, yargıca toplum, yargı sistemi ve diğer organlar tarafından getirilen dışsal sınırlamalardan farklı olarak, metodolojik sınırlar herhangi bir

[420] GÖZLER, "Realist Yorum Teorisi ve Mekanist Anayasa Anlayışı", s. 220-221.
[421] Gözler'in mekanist anayasa anlayışına verdiği söz konusu somut örnekler için bkz. GÖZLER, **a.g.e.**, s. 222-237.

güç tarafından yargıca dayatılamazlar. Bu yönüyle metodolojik sınırlar, yargıcın iradi olarak uymayı tercih etmesinin beklendiği ve kararın sonucundan ziyade karar öncesi döneme, yani yorum faaliyeti sırasındaki aşamalara ilişkin olan sınırlardır. Dinamik yorumun metodolojik sınırları, kural metninden elde edilebilecek semantik seçenekler, gerekçelendirme ve tutarlılık ile konu bakımından temel haklar alanına özgülükten oluşur.

a) Metnin Semantik Olanakları

Kuşkusuz, yorumdan önce objektif bir anlam mevcut değildir ve bir metnin anlamı ancak yorumcu tarafından belirlenebilir. Ancak bu hukuk metinlerindeki dilsel işaretlerin rastgele bir şekilde bir araya getirildiği anlamına gelmez. Kurucu iktidarın seçtiği kelimeler ve kurduğu cümlelerin sübjektif de olsa bir anlamı vardır. Aksini iddia etmek insanların konuştuğu dillerin hiçbir işe yaramadığını iddia etmek demektir.

Metinlerin dilsel açıdan anlamlı olduğu kabul edildiğinde, onların tamamen işlevsiz kalmaması adına, nasıl yorum faaliyetine başlarken sözel anlamdan yola çıkılması zorunluysa yorumu bitirirken de sözel anlamın sınırlarının dışına çıkılmaması gerekir. Normdaki sözel unsurlar, somut hukuki olayların norm programı kapsamına girip girmediğini saptamada ilk aşamayı oluşturdukları gibi normun doğal sınırlarını da gösterirler.[422] Anayasa metninin nihai hareket noktası olarak kabul edilmesi, metinle bağdaşmayan hiçbir yorumun anayasanın bir parçası olarak kabul edilemeyeceği anlamına gelir.[423]

Genel olarak yorum faaliyetine dair bu durum dinamik yorum için de aynen geçerlidir. Bir metnin dinamik hale getirilmesi, "kendine rağmen" olamaz. Metin dinamik

[422] ODER, **Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri**, s. 37-38.
[423] Lawrence H. TRIBE, "Comment", **Common-Law Courts in a Civil Law System: The Role of United States Federal Courts in Interpreting the Constitution and Laws**, Princeton, Princeton University Press, 1997, s. 77.

yoruma karşı açık engeller barındırıyorsa anayasa değişikliğinden başka çıkar yol yoktur.[424] Bu sebeple, metinde yer alan hükümlerin dinamik yorum aracılığıyla içtihatlar gibi değiştirilebileceğini söylemek mümkün değildir.[425] Metindeki hükümleri değişikliğe uğratma noktasına varan aşırılıkların yorumun sınırlarını aştığı ve "hukuk yaratma" kapsamına girdiği belirtilmelidir.[426] Sözel sınırların aşıldığı noktada artık yorumun meşruiyeti değil, varlığı sorgulanmalıdır.[427]

Bu noktada metnin semantik sınırlarından kastedilenin tam olarak ne olduğunun açıklanmasında fayda vardır. Barak, semantik olasılıkları metnin diline yüklenebilecek tüm anlamların toplamı olarak tanımlamaktadır.[428] Müller, normun lafzının işlevsel açıdan savunulabilir ve anayasal açıdan meşru anlam varyasyonlarının son sınırını oluşturduğunu[429] ve Scalia, kelimelerin sınırlı bir anlam skalasına sahip olduğunu ve hiçbir yorumun bu skalanın dışına çıkmasına izin verilemeyeceğini[430] söylerken benzer bir düşünceyi yansıtırlar.

Semantik olasılıkların tek bir anlam olanağındansa bir olası anlamlar toplamını oluşturması dinamik yorum için hem bir sınır hem de bir olanak teşkil eder. Dinamik yorumun sınırlarını oluşturan semantik olasılıklar aynı zamanda onun güncel koşullara göre aralarından seçim yapabileceği farklı alternatifler elde etmesini de sağlar. Bu durumu, bir inşaat sahasına benzetmek mümkündür. Bu analojide, yorumcu bir inşaat ustasına, semantik olanakları yaratan kurucu iktidar ise malzeme tedarik eden iş sahibine benzer. İş sahibi, ustadan kendi tedarik ettiği malzemelerle uygun bir ev yapmasını ister ancak bu malzemelerin ne şekilde kullanılacağını belirleme işi ustaya aittir; zira iş sahibi

[424] SOYSAL, **Dinamik Anayasa Anlayışı: Anayasa Dialektiği Üzerine Bir Deneme**, s. 69.
[425] STRAUSS, **The Living Constitution**, s. 103.
[426] BARAK, **Purposive Interpretation in Law**, s. 6.
[427] ODER, **Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri**, s. 37-38.
[428] BARAK, **Purposive Interpretation in Law**, s. 7.
[429] Müller'den aktaran: SANCAR, "Temel Hakların Yorumu", s. 134.
[430] SCALIA, "Common-Law Courts in a Civil Law System: The Role of United States Federal Courts in Interpreting the Constitution and Laws", s. 24.

hem inşaat işinin inceliklerini hem de inşaat sırasında sürekli olarak değişen ihtiyaçların neyi gerektireceğini önceden bilemez. Dolayısıyla kendisine sunulan malzemeler arasından uygun olanları seçmek ve bunları nasıl bir araya getirip inşaatı hangi usulle yapacağını belirlemek ustanın görevidir. Ancak ustanın da uyması gereken çok önemli bir kural vardır: İş sahibinin kendisine temin ettiği malzemelerden başka hiçbir malzemeyi inşaatta kullanmamak. Aksi takdirde, örneğin iş sahibinin işe başlanırken hesapladığı maliyetin aşılması gibi sorunlar ortaya çıkabilir. Bu da, inşaat ustasının görevini yerine getiremediği anlamına gelir. Tıpkı bunun gibi, yorumcu da yorumladığı metnin tüm semantik olanaklarını kullanarak en uygun olduğunu düşündüğü yorumu yapma imkanına sahiptir; ancak yorumun en temel dayanaklarından birini oluşturan metnin sınırlarını aşan herhangi bir yorum yapması meşru görülemez.

Söz konusu sınırlamanın kaynağı da önem teşkil eder. Semantik olanakların sınır işlevi, hukuksal güvenlik, normun belirginliği, alenilik ve anayasal düzenin mutlaklığı gibi demokratik hukuk devletinin gereklerinden kaynaklanır.[431] Bunun anlamı, metnin dilinin metodolojik açıdan "mümkün olan"ın değil, hukuk devleti bakımından "meşru olan"ın sınırlarını oluşturmasıdır.[432] Aksi durum, hukuki kesinlik ve dolayısıyla bireysel güvenceleri tehlikeye düşürür.[433] Bu da öncelikli amacı temel hakların korunması ve geliştirilmesi olan dinamik yorumun amacının tam zıttı bir işlev üstlenmesine sebep olabilir.

Son olarak belirtilmelidir ki, söz konusu sınırlama, normun anlamının tamamıyla normun sözünden elde edilmesi gerektiği anlamına gelmez.[434] Semantik olanakların sınır işlevi, yalnızca yorumlanacak normun lafzında bir temellendirme bulan varsayımların

[431] BARAK, **Purposive Interpretation in Law**, s. 20; EYRENCİ, "Anayasanın Yorumlanması Yöntemlerine Genel Bir Bakış", s. 54.
[432] Müller'den aktaran: SANCAR, "Temel Hakların Yorumu", s. 135.
[433] KEYMAN, **Hukuka Giriş ve Metodoloji**, s. 79.
[434] EYRENCİ, "Anayasanın Yorumlanması Yöntemlerine Genel Bir Bakış", s. 54.

norma uygun kabul edilebileceği şeklinde pozitif bir yönden değil yorumun, metnin sözü ile uyuşabilir olmasının, daha doğrusu ona aykırı olmamasının yeterli görüldüğü negatif bir yönden anlaşılmalıdır.[435] Aksi bir kabul katı bir sözel yorumdan başka herhangi bir yorumsal tercihi meşru görmemeyi gerektirdiği için son derece sakıncalı ve işlevsizdir.

b) Gerekçelendirme ve Tutarlılık

Kural olarak hiçbir mahkeme gerek kendisinin gerekse de başka mahkemelerin eski tarihli kararlarıyla bağlı değildir. Bu durum dinamik yorum için önemli bir avantaj yaratır. Ancak eski tarihli kararlardan dinamik yorum yoluyla ayrılma noktasında mahkemelerin tamamen keyfi hareket etmeleri de düşünülemez. Tüm mahkemelerin dinamik yoruma başvuracaklarında eski tarihli kararlardan neden ayrılmaları gerektiğine dair haklı gerekçeler öne sürebiliyor olması gerekir.[436] Kısacası, değişimin gerekliliği doğrulanabilir olmalıdır.[437] Bu sebeple yargıç hem koşulların neden ve nasıl değiştiğini ayrıntılı ve mümkün olduğunca objektif bilimsel verilere dayalı olarak açıklamalı hem de kararı verirken içinde bulunduğu ön anlayışın detaylı bir analizini yaparak kararında gayrimeşru ön koşulların mümkün olduğunca elenip meşru ön koşulların etkisinin olabildiğince öne çıkarıldığını detaylı bir biçimde açıklamalıdır.

Buradan çıkan sonuç, bir yorum teorisi olmamasıyla da bağlantılı olarak, dinamik yorumun kural değil, istisna oluşudur. Bunun sebebi, haklı bir gerekçelendirme olmadan dinamik yoruma başvurmanın meşru görülemez oluşudur. Başka bir ifadeyle, hukuki yorumda bir norm hakkında daha önceden yapılmış olan yorumların benimsenmesi ve

[435] Müller'den aktaran: SANCAR, "Temel Hakların Yorumu", s. 135.
[436] DZEHTSIAROU, "European Consensus and the Evolutive Interpretation of the European Convention on Human Rights", s. 1741. Sözü edilen haklılaştırma hukuki argümantasyon kuramcısı Robert Alexy'ye göre, içsel ve dışsal olmak üzere iki boyutludur. Dışsal boyut, hükme konu olan uyuşmazlıkta kararın konusunu oluşturan olguların ("*premises*") doğru olmasını ifade ederken; içsel boyut hükmün, karara konu olan ve gerekçenin dayandığı olguların mantıksal bir silsile içinde sonuca ulaşması anlamına gelir. Robert ALEXY, **A Theory of Legal Argumentation: The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification**, Birinci Basım, New York, Oxford University Press, 2011, s. 221.
[437] METİN, "Hukuk Normunun Yorumu", s. 129.

ayakta tutulmaya çalışılmasının kural olması hukuki belirlilik ilkesini korumaya yarayacağından dinamik yoruma yalnızca norm programının düzenlemeyi hedeflediği norm alanındaki sosyal gerçeklik koşullarının değişimi gerçekten ikna edici biçimde temellendirilebilir düzeye ulaştıysa başvurulmalıdır. Özetle, hukuki istikrarın, hukukun güncel ihtiyaçlara cevap verebilmesi kadar önemli bir değer olduğu gözden kaçırılmamalıdır.

Bu noktada dinamik yoruma sınır oluşturması gereken bir başka unsur, Dworkin'in "bütünlük" ("*integrity*") olarak adlandırdığı unsurdur. Mahkemeler hem kendi kararları arasında hem de yargı sisteminin bir parçası olarak tüm mahkeme kararlarıyla tutarlı bir ilkeler bütünü inşa etmeye çalışmalıdır. Dworkin, yargıçları zincirleme bir romanın ("*chain novel*") müşterek yazarları olarak nitelerken bunu kastetmektedir.[438] Dinamik yorum yaparken günün koşulları ışığında karar vermesi gereken mahkemelerin kararlarının sürekli olarak istikrarsızlaşması tehlikesi bulunmaktadır. Bununla beraber, mahkemelerin dinamik yorum sonucunda oluşan içtihatlarını da bir çeşit örüntü içerisine oturtması mümkündür. Hangi somut durumların dinamik yorumu gerektireceği veya hangi gerekçelerin dinamik yorumu engelleyeceği gibi hususlar, her ne kadar bunların mahkemeler tarafından açıkça belirtilmemesi dinamik yorumun esnekliğinin korunması açsından daha avantajlı olsa da, içtihatların bütününden anlaşılabiliyor olmalıdır. Bu durum kararların tutarlılığına işaret ederek onların meşruiyetini güçlendirecektir.

[438] Dworkin'in yorumlayıcı hukuk teorisi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: Sevtap METİN, "Ronald Dworkin'in Hukuk Teorisinde Yorum Yaklaşımı", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 61, No: 1-2, 2003, s. 35-83.

c) Temel Haklar Alanına Özgülük

Dinamik yoruma dair son metodolojik sınırlama ise konu bakımındandır. Siyasi sistemin temel konularına ilişkin değişikliklerin (örneğin seçim sistemindeki veya cumhurbaşkanının görev süresine ilişkin değişiklikler) yorum yoluyla gerçekleştirilmesinin meşru görülmesi zordur, bu alanlara ilişkin değişikliklerin şekli değişiklik yoluyla yapılması daha uygundur.[439] Bunun sebebi, anılan alanlarda düzenleme yapmanın politik erkler olarak adlandırılan yasama ve yürütmenin görev ve yetki alanına doğrudan bir müdahale niteliği taşımasıdır. Bu sebeple dinamik yorumun çok daha işlevsel ve meşru olduğu temel haklar alanına özgü olarak yapılması daha isabetlidir. Dinamik yorum ne kadar politik sistemin temel unsurlarına dokunursa meşruiyetini o kadar kaybetme riski taşır.

Oder de anayasanın yorumlanacak maddesinin düzenleme alanı ve yazılış şeklinin dinamik yorumun meşruiyeti üzerinde etkili olduğunu savunurken bu duruma dikkat çekmektedir. Yazara göre, hak ve özgürlük lehine yasaklar olarak tanımlanabilecek "*pozitifleşmiş öz ögeleri*" ne kadar açık ve kesin ise, normlar o kadar yüksek oranda "kural" değeri taşır ve temel hak ve özgürlüklere ilişkin normlar "kural" haline geldikçe sınırlamalar karşısında daha geniş dokunulmaz alanlar yaratır. Kurucu iktidarın temel hak ve özgürlükleri güvence altına alabilmesi için kural niteliğine yaklaşan pozitifleşmiş öz güvencelerinin sayısını artırması gerekir. Bunun aksinden, temel hak ve özgürlük ihdas

[439] BALKIN, "Framework Originalism and the Living Constitution", s. 561. Yine de not etmek gerekir ki, siyasi sistemi ilgilendiren alanların temel haklar alanından tamamen bağımsız olduğu söylenemez. Yukarıda anılan örnekler üzerinden gidilirse, seçim sistemindeki veya cumhurbaşkanının görev süresine ilişkin değişiklikler siyasi sistemi ilgilendirdiği kadar temel haklar alanındaki seçme, seçilme ve siyasi faaliyette bulunma haklarının kapsamına da girer. Bu sebeple burada sözü edilen sınır kategorisi olan temel haklar alanına özgülük kategorisinin mutlak olarak değil, nispi olarak düşünülmesi yerinde olacaktır. Dinamik yorumun konu bakımından sınırını oluşturan temel haklar alanı, siyasi sistemi ilgilendiren hiçbir konunun dinamik yorumun konusu olamayacağını göstermez. Yalnızca bir konu ne kadar salt temel haklar alanına özgü ise ve siyasi sistemin temel konularından uzaksa dinamik yorumun o denli meşru olacağını ancak siyasi sistemin temellerini ilgilendirmeye başladığı ölçüde politik erklerin alanına müdahale riski artmış olacağından gayrimeşru görülme riskinin de artacağını gösterir.

eden normların ise mümkün olduğunca "ilke" olarak düzenlenmesi ve bu sayede geniş yorum imkânı yaratarak temel haklar lehine yorumu ve dinamik yorumu teşvik eder nitelikte olması gerektiği anlaşılır.[440] Başka bir deyişle, temel hakların sınırlanmasına ilişkin normların yorumunda olabildiğince "kural" niteliğinde normların yaratılması ve bunların dinamik yorumdan mümkün olduğunca kaçınılması gerekirken; temel hak ve özgürlük yaratan normların ise "ilke" niteliğinde olması ve bunların dinamik yorumunda ısrarcı olunması gerekmektedir. Özetle, bir norm "kural"laştıkça dinamik yorum imkanının azaldığı, "ilke"leştikçe dinamik yorum imkanının arttığı söylenebilir.

[440] ODER, "Anayasa Yargısında Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu: Düzenleme Biçimleri, Kanıtlama ve Somutlaştırma Sorunları -2001 Anayasa Değişiklikleri Sonrasına İlişkin Gözlemler-", s. 128-129.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
DİNAMİK YORUM ANLAYIŞININ TEMEL HAKLARIN KORUNMASINA ETKİSİ

Çalışmanın geride kalan kısmında aktarılan kuramsal tartışma ve analizlerin dinamik yorum anlayışının ve onun temel haklara etkisinin net şekilde anlaşılması konusunda yeterli olacağını savunmak güçtür. Çalışmanın amacına ulaşabilmesi için, dinamik yorum anlayışının temel hakların korunması noktasındaki somut etkilerinin reel/ampirik verilere, kısaca mahkeme kararlarına göz atılarak değerlendirilmesi zaruridir. Bu bölümde orijinalizm anlayışına yer verilmemesinin sebebi, öncelikle temel hakların korunması açısından işlevsel olan bakış açısının dinamik yorum olduğu tespitinin geride kalan kısımda ortaya konulmuş olması dolayısıyla somut örnekleri ele alınması gereken yaklaşımın yalnızca dinamik yorum anlayışı olduğunun düşünülmesi ile çeşitli bölümlerde orijinalizmin benimsendiği durumlarda temel hakların ne denli korumasız kalabileceğinin özellikle kadın hakları, siyahi hakları ve LGBT hakları açısından halihazırda örneklendirilmiş olmasıdır.

Bu doğrultuda, öncelikle kavramın anavatanı ve belki de en önemli geliştiricisi olarak görülebilecek ABD başta olmak üzere çeşitli yabancı ülkeler ile bir uluslararası mahkeme ve dinamik yorumun en önemli savunucularından olan AİHM'nin "ideal tip"teki kararları incelenecek; ardından da ülkemizde Anayasa Mahkemesinin kavrama dair bakış açısı ve somut olarak kararlarında bu anlayıştan esinlenen, onu kullanan veya onu açıkça kabul veya reddeden ifade ve hükümlerin bulunup bulunmadığı, bu anlayışı benimsediği kararlarında dinamik yorumu olması gerektiği gibi kullanıp kullanmadığı, bu kullanımların temel hakların korunmasına olumlu veya olumsuz ne gibi etkilerinin olduğu ve nihayetinde Mahkemenin dinamik yorumu kullanma imkânı olduğu halde bu

bakış aracılığıyla temel hakları koruma veya güçlendirme fırsatını kaçırdığı veya bilinçli olarak dinamik yorum imkânını kullanmayı tercih etmediği düşünülen kararları örneklendirilmeye ve açıklanmaya çalışılacaktır.

I. YABANCI VE ULUSLARARASI YARGI KARARLARINDA DİNAMİK YORUM ANLAYIŞI

A) ABD Federal Yüksek Mahkemesi

Dinamik yorumun dünyada belki de en çok uygulama alanı bulduğu ve tartışıldığı ülkelerden biri olan ABD'de Federal Yüksek Mahkeme'nin her dönemde dinamik yoruma başvurmadığı, hatta "Kuruluş Dönemi" ("*Founding Era*") olarak adlandırılan dönem başta olmak üzere çoğu zaman diliminde orijinalizmin anayasanın yorumlanması noktasında tek doğru bakış açısı olarak görüldüğü savunulmuştur. Bunun istisnası olarak yalnızca, 20. yüzyılın başında dünya savaşlarından önceki döneme denk gelen "İlerlemeci Çağ" ("*Progressive Era*") ve 1960'lar ve 1970'lerdeki özgürlükçü hareketlerden doğan "Medeni Haklar Çağı" ("*Civil Rights Era*") gösterilmiştir.[441] Bu iddiaya katılmak mümkün değildir. Zira, Mahkemenin iki yüzyılı aşan tarihine kısaca göz atıldığında her dönem hem orijinalizme hem de dinamik yoruma dayanılarak verilen kararlara rastlamak mümkündür. Kuşkusuz, söz konusu bakış açılarının yoğunlaştığı ve kararların çoğunluğu üzerinde hakimiyet kurduğu dönemlere rastlanabilir ancak bu Mahkemenin söz konusu iki anlayıştan birini benimseyip diğerini reddettiği şeklinde yorumlanamaz.

[441] ABD'de orijinalizmin çoğunlukla yoruma ilişkin egemen bakış açısı olduğu yönünde bkz: Howard GILLMAN, "The Collapse of Constitutional Originalism and the Rise of the Notion of the 'Living Constitution' in the Course of American State-Building", **Studies in American Political Development**, C. 11, No: 2, 1997, s. 191-247; STRANG, "A Brief History of Originalism in American Constitutional Interpretation", s. 9-42. Aksi yönde bkz: BALKIN, "Framework Originalism and the Living Constitution", s. 549-614.

En başta, ABD'de anayasallık denetimini içtihat yoluyla yargısal bir denetim yetkisi haline getiren ve ABD anayasal tarihinde en önemli kararlardan biri olarak görülebilecek *Marbury v. Madison* davasında Mahkemenin Anayasada açıkça tanımlanmamış bir yetkiyi kendinde görmek yoluyla yaşayan belgeci bir karar verdiği söylenebilir.[442] Öte yandan, *Ogden v. Saunders* kararında "*(Anayasanın) niyetinin üstün gelmesi gerektiğini söylemek; bu niyetin lafızdan elde edilmesi gerektiğini; lafzın ise, Anayasayı oluşturan kişiler tarafından genellikle kullanıldıkları anlamda anlaşılması gerektiğini söylemek; (Anayasa) hükümlerini hem önemsiz gözüyle bakarak sınırlandırmamak hem de kurucu iktidar tarafından murat edilmeyen ve hükümlerin içlerinde bulunmayan kavramlara genişletmemek, yalnızca halihazırda söylenmiş olanı tekrar etmektir.*"[443] diyen de Marbury kararını kaleme alan Baş Yargıç John Marshall'dan başkası değildir. Benzer şekilde *McCulloch v. Maryland* kararında "*Asla unutmamalıyız ki, Anayasanın anlamını biz açıklarız. (…) Anayasa, çağlar boyunca varlığını sürdürmesi ve dolayısıyla insan ilişkilerinin türlü krizlerine uyarlanması amacıyla yapılmıştır.*"[444] ifadelerini kullanarak dinamik yoruma başvuran Mahkeme, *South Carolina v. United States* kararında "*Anayasa, yazılı bir belge olduğundan anlamı değişmez. Kabul edildiğinde ne anlama geliyorsa, şimdi de o anlamdadır.*" sözleriyle Anayasanın anlamını açıkça sabitleyerek orijinalist bir tavır takınmıştır.[445]

Öte yandan, ABD'de dinamik yoruma başvurularak verilen ve "süper içtihat" ("*superprecedent*") olarak adlandırılan bazı kararların temel haklar yönünden yazılı Anayasa metnine kıyasla çok daha geniş bir koruma sağladığı ve neredeyse metinden daha önemli görüldüğü de söylenebilir.[446] Bu durumu şaşırtıcı görmemek gerekir. Zira,

[442] *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803).
[443] *Ogden v. Saunders*, 25 U.S. 213 (1827).
[444] *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. 316 (1819).
[445] *South Carolina v. United States*, 199 U.S. 437 (1905).
[446] ACKERMAN, "The Living Constitution", s. 1752.

anayasanın çok eski tarihli ve son derece çerçeve nitelikte olduğu ABD'de temel hakların korunması ister istemez yargısal yorum yoluyla sağlanmaktadır. Bunun en iyi örneklerinden birinin ifade özgürlüğü konusundaki içtihat olduğu söylenebilir. Mahkeme, bu konudaki temel ilkeleri belirleyen kararı *New York Times Co. v. Sullivan*'da ifade özgürlüğünü koruyan Birinci Değişikliğin hükümetin kendisini veya görevlilerini eleştiren kişileri cezalandırmasını engellediğini ve tehdit, şantaj veya iftira gibi "düşük değerli ifadeler"i daha az koruduğunu veya hiç korumadığını belirlerken söz konusu çıkarımların ikisini de metinden veya kurucu iktidarın niyetinden neredeyse hiç faydalanmadan yapar.[447] Zira, metnin bu konuda söylediği tek şey Kongre'nin ifade özgürlüğünü veya basın özgürlüğünü kısıtlayan herhangi bir yasa yapamayacağı hükmüdür.[448] Mahkemenin ifade özgürlüğünü koruyabilmek için somutlaştırma yöntemini kullanması zorunludur. Ayrıca, Anayasa metni yalnızca Kongre'nin ifade özgürlüğünü sınırlamasını engellediği halde, dinamik yorum sayesinde diğer Devlet organlarının da hukuka aykırı bir sınırlandırma yapamayacağı ilkesine de ulaşılabilmiştir.[449] Kısacası, süper içtihatlar olmadan temel hakların hak ettiği korumaya sahip olabilmesi mümkün olmadığından bunların metinden daha önemli görülmeleri gayet normaldir. Zira, süper içtihatlarla geliştirilen kriterler olmadan pek çok temel hak ve özgürlüğün Anayasa metninde yer almasına rağmen neredeyse korumasız kalacağı kolaylıkla söylenebilir. Dolayısıyla ABD'de dinamik yoruma her zaman ihtiyaç duyulmakta ve Mahkeme de bu ihtiyacın farkındalığıyla hareket etmektedir.

Dinamik yoruma başvurulan kararların daha çok "İlerlemeci Çağ"da, "New Deal" döneminde ve "Medeni Haklar Çağı"nda yoğunlaştığını söylemek mümkündür. Bu

[447] *New York Times v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964).
[448] İfade özgürlüğünü düzenleyen ilgili Birinci Değişiklik maddesinin tam metni şöyledir: "*Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances*."
[449] STRAUSS, **The Living Constitution**, s. 53-57.

dönemlerde öne çıkan dinamik yorum örneklerinden birkaçı şöyle sıralanabilir: 1896 tarihli *Plessy v. Ferguson* kararı ile geliştirilen ve Anayasa metninin yalnızca eşitliği koruduğu, farklı ırklardan kişilerin birbirleriyle eşit haklara sahip olduğu sürece aralarında ayırımcılık yapılmasının Anayasaya aykırı görülemeyeceği şeklinde ifade edilen "ayrı ama eşit" ("*separate but equal*") doktrininin[450], kamuya ait okullarda siyah ve beyaz öğrencilerin ayrı sınıflarda eğitim almasının ya da okulların sadece siyah ya da beyaz öğrencilere eğitim vermesinin Anayasanın "eşit koruma hükmü"ne ("*equal protection clause*") aykırı olduğuna hükmeden 1954 tarihli *Brown v. Board of Education* kararıyla kaldırılması[451]; 1965 tarihli *Griswold v. Connecticut* kararıyla Anayasanın evli çiftlerin hükümet kısıtlaması olmaksızın doğum kontrol araçlarını satın alma ve kullanma özgürlüğünü içerdiğine hükmedilmesi ve bunu yaparken Anayasanın metinde açıkça ifade edilen hakların yanında "gölge" ("*penumbra*") olarak adlandırılan ve ismi açıkça zikredilmediği halde Anayasaya dahil olan haklar içerdiğinin tespit edilmesi[452]; 1973 tarihli *Roe v. Wade* kararıyla "adil yargılanma hükmü"nün ("*due process clause*") kürtaj hakkını da koruyan bir "mahremiyet hakkı" içerdiğine hükmedilmesi[453]; 2003 tarihli *Lawrence v. Texas* kararıyla "homoseksüellik yasaları" ("*sodomy laws*") olarak bilinen ve yetişkinlerin rızaya dayalı eşcinsel birlikteliklerini cezalandıran kuralların Anayasaya aykırı bulunması[454]; 2008 tarihli *District of Columbia v. Heller* kararıyla silah bulundurma ve taşıma hakkının Anayasaya dahil görülmesi[455] ve 2015 tarihli *Obergefell v. Hodges* kararıyla aynı cinsiyetteki bireylerin evlenme hakkının hem "eşit koruma hükmü" hem de "adil yargılanma hükmü" kapsamında olduğunun tespit edilmesi[456].

[450] *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896).
[451] *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954).
[452] *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965).
[453] *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).
[454] *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003).
[455] *District of Columbia v. Heller*, 554 U.S. 570 (2008).
[456] *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. _ (2015).

Diğer taraftan, dinamik yoruma başvurularak verilen bu önemli kararların Mahkeme'nin dinamik yoruma her başvurduğunda temel hak ve özgürlükleri koruyan ve meşru sayılabilecek kararlar verdiğine veya orijinalizme hiç başvurmadığına işaret etmeyeceğini belirtmek gerekir. Örneğin çokça tartışılan ve fırın çalışanlarının çalışma saatlerine sınırlama getiren bir New York eyaleti yasasını aslında Anayasa metninde yer almayan ancak "adil yargılanma hükmü"nden türetilen sözleşme özgürlüğüne "mantıksız, gereksiz ve keyfi bir müdahale" getirdiği gerekçesiyle Anayasaya aykırı bulan 1905 tarihli *Lochner v. New York* kararında Mahkeme New Deal döneminin başından beri verdiği kararların sebep olduğu ulusal ekonomik tercihlerin belirleyicisi olma eleştirisiyle karşılaşmış ve bunun sonucunda Yargıç Oliver Wendell Holmes Jr. karşı oy yazısında şu ünlü ifadeleri kaleme almıştır: "*Bu dava, toplumun geniş bir kesiminin benimsemediği bir ekonomik teoriye dayanılarak karara bağlanmıştır. Benim bu teoriye katılıp katılmadığım sorulacak olsaydı, kararımı vermeden önce hakkında daha fazla araştırma yapmayı tercih ederdim. Ancak bu görevi bana ait bir görev olarak görmüyorum, çünkü kuvvetle inanıyorum ki, benim aynı veya karşıt fikirde olmamın çoğunluğun tercihlerini hukukileştirmesiyle hiçbir ilgisi bulunmamaktadır. (...) Bir Anayasa, paternalizm (...) veya 'laissez-faire' gibi herhangi bir ekonomik teoriyi bünyesinde barındırmayı amaçlamaz. O, özünde farklı görüşlere sahip olan insanlar için yapılmıştır ve tesadüfen bazı fikirleri doğal ve tanıdık veya yeni ve hatta şok edici bulmamız, onları içeren kanunların Anayasa ile çelişip çelişmediği sorusu hakkındaki hükmümüzü neticelendirmemelidir.*"[457]

Belirtilmesi gereken son bir husus olarak, Mahkemenin orijinalist eğilimlerinde özellikle son dönemde artış yaşanmaktadır. Eski Başkan Donald Trump'ın atadığı yeni üyelerle kompozisyonu önemli ölçüde değişen Mahkemenin ABD'de en önemli yargısal

[457] *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905).

kararlardan biri olarak görülen Roe v. Wade kararını tersine çevirirken temel argümanın Anayasada açıkça yazılı olmayan kürtaj hakkının yargı eliyle tanınamayacağı iddiası olması dikkat çekicidir.[458] Dahası, Griswold kararıyla tanınan doğum kontrolüne ilişkin haklar ile Lawrence ve Obergefell kararlarıyla son yirmi yıl gibi çok yakın bir zaman dilimi içerisinde elde edilmiş LGBT haklarının da Anayasaya aykırı olduğu ve geri alınması gerektiği de konuşulmaktadır.[459] Dolayısıyla, ABD'de Mahkemenin mutlak olarak dinamik yoruma sahip çıkmadığı ve özellikle son dönemde orijinalist bakış açısının temel hak ve özgürlükler açısından tehlike sinyalleri gösterdiğini belirtmek gerekmektedir.

B) Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) dinamik yorumu kararlarında kullanma noktasında ABD Federal Yüksek Mahkemesi'nden çok daha istikrarlı olduğu söylenebilir. Ancak AİHM'nin de dinamik yorumu uygularken kullandığı metodoloji açısından dönem dönem farklılaşan yollara saptığı tespitinin yapılması mümkündür.

Mahkemenin dinamik yoruma başvurduğu ilk karar 1975 tarihli *Golder-Birleşik Krallık* kararıdır.[460] Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) metninde açıkça ifade edilmemiş olduğu halde "mahkemeye erişim hakkı"nın Sözleşme kapsamında kaldığına hükmedilen söz konusu kararda açıkça dinamik yorum kavramına yer verilmiş olmasa da sübjektif ve tarihi yorumun açıkça reddedilmiş olması ve Sözleşme'nin ancak objektif bir yoruma konu olabileceğinin ve fakat bir taraf devletin sözleşmeyi imzaladığı anda ona

[458] *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 597 U.S. ___ (2022). Çoğunluk görüşünü kaleme alan Yargıç Samuel Alito'nun ilgili ifadeleri şöyledir: "*Anayasanın kabulünün ardından geçen ilk 185 yılda her eyalet kürtaj hakkında kendi yurttaşlarının görüşleri doğrultusunda düzenleme yapma imkanına sahipti. Ardından, 1973'te, Mahkeme Roe v. Wade kararını verdi. Anayasa kürtajdan hiçbir şekilde bahsetmemesine rağmen, Mahkeme, Anayasanın onu elde etmek için geniş bir hak tanıdığına hükmetti.*"
[459] https://www.nytimes.com/2022/06/24/us/clarence-thomas-roe-griswold-lawrence-obergefell.html (Erişim Tarihi: 17/12/2022).
[460] *Golder-Birleşik Krallık*, B. No. 4451/70, k.t. 21/02/1975.

vermiş olabileceği anlam çerçevesinde yorumlanamayacağının ifade edilmiş olması dinamik yorumun tercih edildiğini gösterir niteliktedir.[461]

Dinamik yoruma "yaşayan belge" kavramını kullanmak suretiyle açıkça yer verilen ilk karar ise 1978 tarihli *Tyrer-Birleşik Krallık* kararıdır. Birleşik Krallık'a bağlı Man Adası'nda 15 yaşındaki bir lise öğrencisinin okulda işlediği bir disiplin suçu nedeniyle kanun gereğince fiziksel cezaya çarptırılması sonucunda yapılan başvuruda Mahkeme, "*Komisyon'un haklı olarak belirttiği üzere, Sözleşme'nin bugünün koşulları ışığında yorumlanması gereken yaşayan bir belge olduğunu hatırlatır*" ve "*dava konusu alanda Avrupa Konseyi üyesi devletlerin ceza politikalarında meydana gelen gelişmelerden ve genel olarak kabul edilen standartlardan etkilenmemesinin mümkün olmadığı*"nı belirterek verilen fiziksel cezanın, her ne kadar Man Adası'nda yasal olsa da, Avrupa Konseyi üye ülkelerinin pek çoğunda onur kırıcı nitelikte olduğu gerekçesiyle müdahalenin Sözleşme'nin 3. maddesini ihlal ettiğine hükmetmiştir.[462]

Mahkeme dinamik yorumu yalnızca maddi hakların yorumunda değil, usule ilişkin hükümlerin yorumunda da kullanmaktadır. 1995 tarihli *Loizidou-Türkiye* kararında Mahkeme, Sözleşmenin bugünün koşulları ışığında yorumlanması gereken yaşayan bir belge olduğunu bir kez daha hatırlattıktan sonra bu yaklaşımın yalnızca maddi hükümlerin yorumuyla sınırlı olmadığını, Sözleşmenin uygulama mekanizmasının işleyişine ilişkin 25. ve 46. maddeler gibi usul hükümlerinin yorumunda da dinamik yorumun kullanılması gerektiğini ifade etmiştir.[463]

Mahkeme'nin 1970'lerin sonundan 1990'ların sonuna kadar olan ve dinamik yoruma ilişkin erken dönem yaklaşımını yansıttığının söylenebileceği dönemde ikili bir

[461] YILMAZ, "İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin Yorum Yöntemleri", s. 73.
[462] *Tyrer-Birleşik Krallık*, B. No. 5856/2, k.t. 25/04/1978.
[463] *Loizidou-Türkiye*, B. No. 15318/89, k.t. 28/07/1998, § 71; Benzeri: *Matthews-Birleşik Krallık*, B. No. 24833/94, k.t. 18/02/1999.

tutum izlediğini söylemek mümkündür. Birinci tür yaklaşıma örnek olarak verilebilecek 1979 tarihli *Marckx-Belçika* kararında evlilik birliği dışında doğan çocukların evlilik birliği içinde doğan çocuklardan farklı bir hukuki statüye sahip olmasının 1950'lerdeki koşullar yerine günün koşulları ışığında değerlendirilmesi gerektiğini söyleyen Mahkeme, 1964 tarihli Evlilik Dışı Doğan Çocukların Nesep Tayinine İlişkin Brüksel Sözleşmesi ile 1975 tarihli Evlilik Dışı Doğan Çocukların Hukuki Statüsüne Dair Avrupa Sözleşmesi'ne de atıfta bulunmuş ve her ne kadar davalı ülke Belçika da dahil olmak üzere Sözleşmeci devletlerin çoğunluğu tarafından imzalanmamış olsa da bu uluslararası sözleşmelerin yalnızca var olmaları itibarıyla bu alanda modern toplumlar arasında net bir ortak zeminin oluştuğuna işaret ettiğini belirterek Belçika hukukunun kendisinin de kurallar ve tutumlar açısından bu yönde evrim işaretleri gösterdiğini tespit etmiş ve bu gerekçeyle karar tarihinde Sözleşmenin 12. maddesindeki aile kavramının sadece meşru değil gayrimeşru çocuklarla oluşan aileyi de koruma kapsamı içine aldığına hükmetmiştir.[464]

Benzer şekilde, yetişkinler arasındaki rızaya dayalı eşcinsel ilişkilerin cezalandırılmasının özel hayata saygı hakkını ihlal ettiği iddiasının değerlendirildiği 1981 tarihli *Dudgeon-Birleşik Krallık* kararında da Mahkeme, davalı hükümetin Kuzey İrlanda halkının muhafazakar bir toplum olduğu ve toplumun büyük çoğunluğunun eşcinselliğin cezalandırılması gerektiği konusunda ahlaki bir ortak zeminde buluştuğuna yönelik itirazını haklı bir itiraz olarak değerlendirmeyerek Avrupa Konseyi üyesi ülkelerin büyük çoğunluğunda eşcinsel ilişkilerin daha fazla anlayış ve hoşgörü görmeye başladığından bahisle, üye Devletlerin iç hukuklarındaki önemli değişikliklerin görmezden

[464] *Marckx-Belçika*, B. No. 6833/74, k.t. 13/06/1979.

gelinemeyeceğini ifade etmiş ve 8. maddedeki özel ve aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir.[465]

Tyrer, Marckx ve Dudgeon gibi kararlarda soyut bir "ortak standart" belirlemesinde bulunup kimi zaman davalı ülkelerin imzalamadığı uluslararası sözleşmeleri dayanak göstererek "evrim"in varlığını kanıtlamaya çalışan Mahkemenin söz konusu kararlarında ortak bir motif bulunduğu savunulmuştur. Buna göre, birincisi Mahkemenin söz konusu davalarda fiziksel ceza, evlilik dışı çocuklar veya eşcinsellik gibi davalı Devlet bakımından ahlaki olarak hassas görülen bir konuda karar vermesi beklenmektedir. İkincisi, Mahkeme davalı Devlette hâkim olan ahlaki kabullerin Sözleşmenin yorumlanmasıyla ilgili olduğunu kabul etmektedir. Üçüncüsü, Mahkeme davalı Devlette hâkim olan söz konusu ahlaki kabullere karşı bir denge unsuru olarak Avrupa Konseyi üye ülkelerini içeren daha geniş bir gelişmeler ağına başvurmaktadır. Son olarak da, Mahkeme hâkim ahlaki kabuller ve ortak standartlar dışında kalan ve korunan hakkın amacını ve incelenen davada hükümetin neden bu amacı korumakta yetersiz kaldığını belirleyerek çoğunlukla ihlal kararı vermektedir. Bu ortak motifin öne çıkan özelliği, davalı Devlette hâkim olan ahlaki kabullerin karşısına dengeleyici unsur olarak Avrupa Konseyi ülkelerindeki güncel gelişmelerin ve ortak standartların konulmasıdır.[466]

Tyrer, Marckx ve Dudgeon gibi kararlarda özerk yorum tekniğine başvuran Mahkeme, Sözleşmedeki kavramların ulusal hukuklardaki anlamlarından daha farklı ve Sözleşme bağlamından elde edilmesi gereken özerk anlamlara sahip olduğundan bahisle, ulusal hukuklardaki tanımların göreli bir değere sahip olduğunu ve yorumda ancak bir başlangıç noktası teşkil edebileceğini ifade etmektedir.[467] Öte yandan, özerk yorum

[465] *Dudgeon-Birleşik Krallık*, B. No. 7525/76, k.t. 24/02/1983.
[466] LETSAS, "The ECHR As A Living Instrument: Its Meaning and Legitimacy", s. 112.
[467] *Chassagnou ve diğerleri-Fransa*, B. No. 25088/94, 28331/95, 28443/95, k.t. 29/04/1999, § 100.

tekniğinin yanında Mahkeme'nin "erken dönem" kararlarında başvurduğu bir başka araç ise takdir marjı doktrinidir. Özellikle toplumun ahlak anlayışına dayalı olan kısıtlamalara ilişkin başvurularda Sözleşmeci devletler arasında konuya dair bir konsensüs yoksa; Tyrer, Marckx ve Dudgeon gibi kararlardan farklı olarak Mahkeme, davalı Devletlere geniş bir takdir marjı tanıyabilmiştir.[468]

Konsensüs yokluğu gerekçesiyle takdir marjının geniş tutulduğu davalara örnek olarak verilebilecek ilk karar 1986 tarihli *Rees-Birleşik Krallık* kararıdır. Kararda bir cerrahi operasyon sonucu cinsiyetini değiştiren transseksüel bir bireyin yeni cinsiyetini gösteren nüfus kâğıdı isteminin reddedilmesi Sözleşmenin 8. maddesinin ihlali olarak değerlendirilmemiştir. Öte yandan Mahkeme, transseksüel kişilerin çektikleri acıların ve karşılaştıkları zorlukların ciddiyetinin farkında olduğunu belirtmiş ancak Sözleşmeci Devletler arasında yeterli bir konsensüsün bulunmaması sebebiyle müdahaleyi davalı devletin takdir marjı içerisinde görmüştür.[469] 1990'da *Cossey-Birleşik Krallık*[470] ve 1998 tarihli *Sheffield ve Horsham-Birleşik Krallık*[471] kararlarında da aynı konuyu ele alan Mahkeme, transseksüellik hakkındaki karmaşık hukuki problemlerin çözümü noktasında Sözleşmeci devletler arasında halen bir konsensüs oluşmadığı gerekçesiyle takdir marjını dinamik yoruma tercih eden içtihadını sürdürmüştür.

1989 tarihli *Soering-Birleşik Krallık* kararı da, Mahkemenin dinamik yorum konusundaki çekingen tavrına örnek oluşturabilecek niteliktedir. Barış zamanında verilen ölüm cezalarının Sözleşmenin 3. maddesini ihlal edip etmediğini tartışan Mahkeme, 1983 gibi yakın bir tarihte ölüm cezasının taraf devletlerde kaldırılması için bir Protokol imzalandığını ve davalı devletin bu Protokol'ü imzalamadığını gerekçe göstermiş ve her

[468] LETSAS, "The ECHR As A Living Instrument: Its Meaning and Legitimacy", s. 113-114; YILMAZ, "İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin Yorum Yöntemleri", s. 223.
[469] *Rees-Birleşik Krallık*, B. No. 9532/81, k.t. 17/10/1986.
[470] *Cossey-Birleşik Krallık*, B. No. 10843/84, k.t. 27/09/1990.
[471] *Sheffield ve Horsham-Birleşik Krallık*, B. No. 22985/93, 23390/94, k.t. 30/07/1998.

ne kadar Sözleşmenin günün koşulları ışığında yorumlanması gerekse ve Sözleşmeci devletlerin çoğunda ölüm cezası kaldırılmış olsa da yakın tarihli şekli değişikliğin dinamik yorumu engelleyeceğini savunmuştur.[472]

Tyrer, Marckx ve Dudgeon gibi kararlar ile Rees, Soering, Cossey ve Sheffield ve Horsham gibi kararlar arasında ortaya çıkan bu çelişki 2000'li yılların başı itibarıyla ilk kategorideki kararlar lehine giderilmiştir. Mahkemenin en önemli kararları arasında gösterilen 2002 tarihli *Goodwin-Birleşik Krallık* kararında Sheffield ve Horsham kararından bu yana Avrupa Konseyi üyesi ülkeler arasında bu konuda yükselen bir konsensüs olduğuna işaret edilmiş ve tıpkı Marckx kararında olduğu gibi gibi güncel standartların varlığına ilişkin test oldukça gevşek tutularak geçmişte olmayan konsensüsün artık var olduğu gerekçesiyle ihlal kararı verilmiştir.[473]

2005 tarihli *Hirst-Birleşik Krallık* kararında hükümlü bir başvurucunun seçimlerde oy kullanmasının engellenmesinin 1. Protokol'ün 3. maddesindeki serbest seçim hakkını ihlal ettiğine hükmederken Mahkeme, konuya ilişkin "ortak bir Avrupa uygulaması"nın bulunmamasının sorunun çözümü noktasında tek belirleyici olamayacağını ifade ederek Avrupa konsensüsü kriteri bakımından Goodwin kararına benzer bir yaklaşım sergilemiş ve konsensüs yokluğunun kendiliğinden takdir marjını yaratmayacağı sonucu doğmuştur.[474]

Mahkemenin 2000'ler sonrasındaki yaklaşım değişikliğine ilişkin belki de en çarpıcı örnek ise 2008 tarihli *Demir ve Baykara-Türkiye* kararıdır. Karardaki "*Mahkeme, Sözleşme metnindeki terim ve kavramların anlamlarını tanımlarken, uluslararası hukukun Sözleşme dışında kalan unsurlarını, bu unsurların yetkili organlar tarafından*

[472] *Soering-Birleşik Krallık*, B. No. 14038/88, k.t. 07/07/1989.
[473] *Goodwin-Birleşik Krallık*, B. No. 28957/95, k.t. 11/07/2002.
[474] *Hirst-Birleşik Krallık*, B. No. 74025/01, k.t. 06/10/2005, § 81.

yapılan yorumlarını ve Avrupalı devletlerin ortak değerlerini yansıtan uygulamalarını dikkate alabilir ve almalıdır. (…) Bu bağlamda, davalı devletin eldeki davanın tam olarak ilgili olduğu tüm belgeleri onaylamış olması gerekli değildir. İlgili uluslararası belgelerin, uluslararası hukukta ve üye devletlerin çoğunluğunun ulusal hukukunda uygulanan norm ve ilkelerde sürekli bir evrime delalet etmesi ve modern toplumlarda ortak bir zeminin var olduğunu göstermesi yeterli olacaktır."[475] ifadelerinin dinamik yorumda davalı devletin taraf olup olmadığına bakılmaksızın çeşitli uluslararası anlaşmaların ve ortak Avrupa değerlerinin öne çıkmasına ve takdir marjının adeta üye devletlerden alınıp AİHM'nin kendisine verildiğine işaret ettiğini söylemek mümkündür.

Bununla beraber, Mahkemenin sözü edilen yaklaşım değişikliğinin istisnalarının olduğu da belirtilmelidir. Örneğin 2010 tarihli *Schalk ve Kopf-Avusturya* davasında Mahkeme, eşcinsel evliliğin yasaklanmasının ve eşcinsel ilişkilerin hukuken tanınması için alternatif bir yolun da bulunmamasının Sözleşmenin 8. maddesini ihlal edip etmediğini değerlendirirken o dönemde taraf devletler arasında eşcinsel birliktelikleri hukuken tanınmasını sağlayan bir konsensüs bulunmadığı gerekçesiyle 8. maddenin ihlal edilmediğine hükmetmiştir.[476] Benzer şekilde, 2005 tarihli *Öcalan-Türkiye*[477] kararında da her ne kadar Soering kararından bu yana pek çok üye ülke hukuken ölüm cezasını kaldırmış ve artık bu konuda bir konsensüs oluştuğunun söylenmesi kolaylaşmış olsa da Mahkeme'nin ölüm cezasını halen Sözleşme'ye aykırı bulmaması bir ek Protokol'ün kabul edilmiş olduğu durumlarda Mahkemenin uluslararası anlaşmalara ve ortak değerlere dayanan dinamik yorumdan kaçındığını göstermesi açısından önemlidir.

Ayrıca, Mahkemenin Avrupa konsensüsü kriteri dışında başka gerekçelerle de dinamik yorumdan kaçındığı kararların var olduğunu belirtmek gerekir. Örneğin 2003

[475] *Demir ve Baykara-Türkiye*, B. No. 34503/97, k.t. 12/11/2008, § 85-86.
[476] *Schalk ve Kopf-Avusturya*, B. No. 30141/04, k.t. 24/06/2010.
[477] *Öcalan-Türkiye*, B. No. 46221/99, k.t. 12/05/2005.

tarihli *Hatton-Birleşik Krallık* davasında Mahkeme, Heatrow havaalanındaki gece uçuşları düzenlemesinin, burada ikamet edenlerin, 8. madde bağlamında, aile ve ikamet haklarının ihlaline sebep olmayacağına hükmederken daha önce çevre hakkına ilişkin olarak ihlal kararları verdiği ve ilgili devletin iç hukukuna da uygun olmayan uygulamaların söz konusu olduğu *Lopez Ostra-İspanya*[478] ve *Guerra ve diğerleri-İtalya*[479] kararlarından farklı olarak bu davada iç hukuka herhangi bir aykırılık bulunmadığı için farklı bir sonuca varıldığını savunmuştur.[480]

Son olarak Mahkemenin dinamik yorumu her durumda temel hak ve özgürlükleri korumak için değil onları sınırlandırmak için de kullanabildiğine değinmek gerekir. Örneğin Almanya'da belli makamlara mektup ve postaları açma, inceleme ve kaydetme yetkisi veren bir yasanın Sözleşme'nin 8. maddesine yer alan "özel yaşama ve haberleşmeye saygı hakkı"nı ihlal edip etmediğini incelediği 1978 tarihli *Klass ve diğerleri-Almanya* kararında Mahkeme'nin kullandığı şu ifadeler dikkate değerdir: "*Demokratik toplumlar son zamanlarda kendilerini casusluğun ve terörizmin son derece karmaşık biçimlerinin tehdidi ile karşı karşıya bulmuşlardır. Bu durum, Devletin bu tür tehditlere etkin bir şekilde karşı koyabilmesi için kendi egemenlik alanı içinde faaliyet gösteren yıkıcı unsurları gizli gözetime almasını gerektirmiştir. Bu nedenle, Mahkemenin istisnai koşullar altında mektup, posta ve telekomünikasyon üzerinde gizli gözetim yetkileri veren bir yasanın, ulusal güvenlik nedeniyle ve/veya suç ve düzensizliği önlemek adına demokratik bir toplumda gerekli olduğunu kabul etmesi gerekmiştir.*"[481] Mahkeme bu kararında dinamik yorumu temel hak ve özgürlükleri korumaktan ziyade onların sınırlandırılmasını meşrulaştırmak amacıyla kullanmıştır.

[478] *Lopez Ostra-İspanya*, B. No. 16798/90, k.t. 09/12/1999.
[479] *Guerra ve diğerleri-İtalya*, B. No. 14967/59, k.t. 19/02/1998.
[480] *Hatton-Birleşik Krallık*, B. No. 36022/97, k.t. 08/07/2003.
[481] *Klass ve diğerleri-Almanya*, B. No. 5029/71, k.t. 06/09/1978.

Sonuç olarak, AİHM'nin dinamik yorum anlayışına ilişkin olarak yapılabilecek temel çıkarımlar şunlardır: İlk olarak, Mahkeme, Sözleşmenin yorumlanmasında temel kriter olarak Sözleşmeci devletlerin niyet, beklenti ve amaçlarını değil, güncel koşulları esas almaktadır. İkincisi, Mahkeme söz konusu güncel koşulları Sözleşmeci devletler arasında ortak veya paylaşılan değerlere bakarak ve bu konuda bir konsensüs oluşup oluşmadığını tespit ederek belirlemeye çalışmaktadır. Ancak Mahkeme bunu yaparken davalı devletin ilgili konuda nasıl bir standart benimsediğiyle kendini bağlı saymadığı gibi davalı devletin açıkça reddettiği değerler bir şekilde uluslararası ortak standart haline gelmişse davalı devlete takdir marjı tanımak yerine geçerli olduğunu kendisinin tespit ettiği uluslararası standardı uygulama eğiliminde olmaktadır. Ayrıca Mahkemenin ortak değerleri ve uluslararası hukukta üzerinde konsensüs sağlanan standartları belirlerken nasıl bir kriter kullandığını açıklamadığına da dikkat çekmekte fayda vardır. Her şeye rağmen, AİHM'nin dinamik yorum aracılığıyla temel hakların korunması noktasında genellikle pozitif bir rol oynadığını söylemek mümkündür.

C. Diğer Ülkeler

Dinamik yorum aracılığıyla temel hakların korunmasına aracılık eden mahkemeler yalnızca ABD Federal Yüksek Mahkemesi ve AİHM'den ibaret değildir. Çeşitli ülkelerin anayasa mahkemeleri de verdikleri önemli kararlarda dinamik yoruma başvurmuşlardır. Söz konusu ülkeler ve kararları çok çeşitli ve fazla sayıda olmakla birlikte burada yalnızca en çok ön plana çıkan ve kendine özgü niteliklere sahip olanları ele alınmaya çalışılmıştır.

Dinamik yorum, belki AİHM uygulamasının da etkisiyle, Kıta Avrupası'nda geniş bir uygulama alanı bulmuştur. Örneğin Belçika'da bir anayasa mahkemesi bulunmadığı halde, *Cour d'Arbitrage* tarafından anayasada sayılmayan bazı haklar içtihat yoluyla

yaratılmıştır. Sosyal güvenlik hakkı bunlardan biridir. Anayasada açıkça yer almayan bir hak olduğu halde Mahkeme, bu konuya ilişkin bir hükmü Anayasada yer alan eşitlik ilkesine aykırı bulmak suretiyle sosyal güvenlik hakkını ikinci tür temel hak olarak tanımıştır.[482] Portekiz Anayasa Mahkemesi'nin de türevsel olarak ürettiği çeşitli haklar mevcuttur. Bunlara örnek olarak Anayasada öngörülen "savunma hakkı"na dayanarak, kişinin temel hakkı veya hürriyeti kısıtlandığı zaman, "ceza usulüne göre başvuru hakkı"nın ("ikincil yargılama hakkı") tanınması, yine Anayasada öngörülen "kişilerin kimliği" ve "manevî bütünlüğü" hükümlerinden yararlanılarak "babalığın araştırılması ve tanınması hakkı" tanınması ve "ahlaki bütünlük" hakkına dayalı olarak örneğin organ nakli maksadıyla kadavradan yararlanılmasına itiraz hakkının varlığına hükmedilmesi gösterilebilir.[483]

Belçika ve Portekiz örneklerinde görülen anayasada açıkça sayılan bir haktan sayılmayan hakları türetme yaklaşımının bir benzeri Fransa'da biraz daha kapsamlı düzeyde gerçekleştirilmiştir. Tıpkı Belçika ve Portekiz örneklerindeki gibi Anayasada açıkça sayılan bir hakka dayalı olarak türev haklar yaratma yolu Fransız Anayasa Konseyi ("*Conseil Constitutionnel*") tarafından da benimsenmekle beraber[484] Konsey 1971 sayılı bir kararıyla bir adım daha ileri giderek 1958 Anayasası'ndaki haklar kataloğuna yalnızca yeni bir temel hak değil, Anayasa metni dışından başka bir temel hak listesini tümüyle ilave etmiştir. Dönemin özgürlükçü hareketleri esnasında ön plana çıkan ve sayıları gittikçe çoğalan dernekleri kontrol altına alabilmek amacıyla "Dernek Özgürlüğü Kanunu"nda değişiklik yapmak isteyen Fransız Hükümeti, yeni kurulacak derneklerin, halihazırda kurulu olan derneklerden farklı olarak bildirim yükümlülüğü dışında ek

[482] Erol CANSEL, "Genel Rapor", s. 54.
[483] J. M. Cardoso da COSTA, "Portekiz Anayasa Mahkemesi Raporu", çev. Ahmet İŞERİ, **VIII. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı**, C. 3, Ankara, Türk Anayasa Mahkemesi Yayınları, 1990, s. 341.
[484] Çeşitli örnekler için bkz. Robert BADINTER, Bruno GENEVOIS, "Fransa Anayasa Konseyi Raporu", çev. Işıl KARAKAŞ, **VIII. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı**, C. 3, Ankara, Türk Anayasa Mahkemesi Yayınları, 1990, s. 154.

yükümlülüklere tabi tutulabilmesi yönünde değişiklikler yapma yoluna gitmiş ancak ilgili yasa değişikliği "dernek özgürlüğü"ne aykırılık teşkil ettiği gerekçesiyle Anayasa Konseyi'nin önüne gelmiştir. Konsey'in verdiği karar ise Fransa'da büyük bir şaşkınlıkla karşılanmıştır. Zira Konsey, kararında yalnızca Anayasa'da açıkça sayılmayan "dernek özgürlüğü"nü tanımakla kalmamış, dernek özgürlüğünün yanı sıra Anayasada sayılmış bulunmayan ve hatta dava konusuyla ilgisi dahi bulunmayan başka hakları da Anayasaya dahil etmiştir.[485] Konsey'in bu kararı temelde kanunların anayasaya aykırılığının denetlenmesinde "ölçü norm" olarak kullanılan "anayasallık bloğu" kavramıyla ilişkilidir. "Dernek özgürlüğü"nü de içeren yeni temel hak listesi esasen 1958 Anayasası'nın içerisinde yer almayan ancak 1958 Anayasası'nın Başlangıç kısmında yollama yapılan 1946 Anayasası'nın Başlangıç kısmında sözü edilen "Cumhuriyetin temel kanunları tarafından tanınan (…) ilkeler"den ibarettir. Kısacası Fransız Anayasa Konseyi söz konusu kararıyla, yalnızca dava konusu hakkı değil, anayasa metni haricindeki mini bir anayasa paketi olarak değerlendirilebilecek ek bir haklar kataloğunu da anayasaya dahil sayarak dinamik yorum aracılığıyla temel hak ve özgürlüklerin korunması noktasında önemli bir adım atmıştır.[486]

Yine de, Fransız Anayasa Konseyi'nin sözü edilen bu etkili kararına rağmen Federal Alman Anayasa Mahkemesi (FAYM) kadar etkili bir dinamik yorum kültürü oluşturduğunu söylemek güçtür. Daha önce de belirtildiği üzere, Federal Alman Anayasası'nın dinamik yorumu olanaklı kılan pozitif dayanaklar içermesi Anayasa Mahkemesi'nin temel hakları koruyucu yaklaşımıyla birleşince dinamik yorum aracılığıyla pek çok temel hakkın tanınması mümkün hale gelmiştir. Mahkemeye bu olanağı tanıyan temel hükmün Federal Anayasanın 1. maddesinin 1. fıkrasında

[485] Décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971.
[486] Sözü edilen karar hakkında detaylı bir analiz için özellikle bkz. KONTACI, "Anayasada Sayılmayan Hakların Yargısal Korunması", s. 439-446.

düzenlenen "*İnsanın onur ve haysiyeti dokunulmazdır. Tüm devlet erki ona saygı göstermek ve onu korumakla yükümlüdür.*"[487] hükmü olduğu söylenebilir. Yüksek Mahkeme'nin Anayasa'yı "*özgürlüğün ve insan onurunun korunmasını tüm hukukun en yüksek amacı olarak anlayan bir değer düzeni*"[488] olarak tanımlaması insan onurunu en üstün hukuki değer olarak hukukun temeline yerleştirmiş, insan onuru ilkesinin genel bir eylem özgürlüğünün garantisi olarak algılanmasına sebep olmuş ve bu sayede Anayasadaki eşitlik ilkesi, düşünceyi açıklama özgürlüğü, basın özgürlüğü ve haberleşme özgürlüğü gibi pek çok hakkın alt kategorilerinin oluşturulması mümkün hale gelmiştir.[489] Bu kapsamda Mahkeme örneğin ünlü Prenses Süreyya kararında, lafzı açık olan Medeni Kanun hükmünün ve eski İmparatorluk mahkemesi içtihadının hilafına, genel kişilik hakkının varlığını tanıyan Yargıtay kararını onamıştır.[490]

FAYM'nin türev haklar tanımak için kullandığı bir başka temel hükmün ise Anayasanın 2. maddesinin 1. fıkrasındaki "*Herkes başkalarının haklarını ihlal etmemek, Anayasal düzene veya ahlak kurallarına aykırı düşmemek koşuluyla, kişiliğini serbestçe geliştirme hakkına sahiptir.*"[491] hükmü olduğu görülmektedir. "Kişiliğini serbestçe geliştirme hakkı" olarak ifade edilen bu hakkı esasen Anayasanın 1. maddesindeki insan onurunu koruma ilkesinin ışığında değerlendirmek ve bundan onun anayasanın tasarladığı insan modelini biçimlendirmek için konulmuş olduğu sonucunu çıkarmak gerekmektedir.[492] Sözü edilen hak, FAYM'nin pek çok kararında dayanak olarak kullandığı ve "kapsayan hürriyet" olarak içinden sayısız hakkı türettiği bir tür depo maddedir. 1956 yılında Hıristiyan Demokrat Parti'nin (CDU) kurucularından olan

[487] "*Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt.*"
[488] BVerfGE 12, 45 (20/12/1960).
[489] Alman anayasa hukukunda insan onuru kavramının yeri hakkında detaylı bilgi için bkz. Zafer GÖREN, "Türk-Alman Hukukunda Kişiliğin Korunması", **Anayasa Yargısı Dergisi**, C. 9, 1992, s. 165-184.
[490] BVerfGE 34, 269 (14/02/1973); Aktaran: Erol CANSEL, "Genel Rapor", s. 54.
[491] "*Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt*."
[492] GÖREN, "Türk-Alman Hukukunda Kişiliğin Korunması", s. 174.

Wilhelm Elfes'in FAYM'ye taşıdığı dava, kişiliğini serbestçe geliştirme hakkının kapsayıcı anlamını ortaya koyan önemli davaların başında gelmektedir.[493] Pasaportunun yenilenmesi talebi idare tarafından herhangi bir gerekçe bildirilmeksizin reddedilen Elfes'in, FAYM'ye yaptığı başvuru Pasaport Kanunu'ndaki sınırlamanın anayasaya aykırı olmadığı gerekçesiyle reddedilmiş olsa da, Mahkeme'nin Anayasada yurtdışına çıkma hakkına açıkça yer verilmemiş olmasına rağmen Anayasada yer alan dolaşım özgürlüğünü kişiliğin serbestçe geliştirilmesi hakkı kapsamında yurtdışına çıkma özgürlüğünü de kapsar şekilde yorumlaması çığır açıcı nitelikte olmuştur.[494] Bu kararın ardından Mahkeme örneğin, önce 1983'te Anayasada açıkça tanınmadığı halde "enformasyonel kendini belirleme hakkı"nı ("*informationelle Selbstbestimmung*") gelişen teknolojinin getirdiği bir zorunluluk olarak dinamik yorumla kişiliğini serbestçe geliştirme hakkının kapsamında görmüş[495]; 1989'da ise daha da ilginç bir karar ile (bekleneceği üzere Anayasada açıkça tanınmış bir hak olmayan) ormanda at sürme özgürlüğünün, insan kişiliğinin gelişiminde önemi ne olursa olsun insan hareketlerinin her çeşidini güvence altına alan kişiliğini serbestçe geliştirme hakkı kapsamında bularak Anayasanın koruması altında saymıştır.[496]

Bu noktada, FAYM'ye benzer şekilde Anayasadaki temel değerlere dayalı bir insan hakları koruma mekanizması geliştiren Kolombiya Anayasa Mahkemesi'nin tartışma yaratan bir kararına da değinmekte fayda vardır. Latin Amerika'da son dönemde genel olarak artan hapis cezası oranları ve cezalardaki ağırlaşma eğilimi Kolombiya'da da benzer şekilde tezahür etmiş ve 2020 tarihli bir anayasa değişikliği ile çocuklara karşı

[493] BVerfGE 6, 32 (16/01/1957).
[494] Elfes kararının daha detaylı analizi için bkz. Ece GÖZTEPE, "Alman Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Türk Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Kararlarının Değerlendirilmesi", **Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru: Türkiye Uygulamasının Almanya ve Strazburg Ekseninde Karşılaştırılması**, ed. Mustafa Mert ALPBAZ, Ece GÖZTEPE, 1. Baskı, İstanbul, Oniki Levha Yayınları, 2017, s. 139-140.
[495] BVerfGE 65, 1 (15/12/1983).
[496] BVerfGE 80, 137 (06/06/1989).

işlenen cinayet ve tecavüz suçlarının ömür boyu hapis cezası ile cezalandırılması mümkün hale getirilmiştir. Kolombiya Anayasa Mahkemesi ise 2021 yılında verdiği karar ile söz konusu anayasa değişikliğini iptal etmiştir.[497] "Anayasaya aykırı anayasa değişiklikleri"nin iptal edilebilirliği tartışması bir kenara bırakılırsa, kararın asıl tartışma yaratan boyutu, Mahkemenin uyguladığı ve "ikame testi" olarak adlandırılabilecek ölçüttür. Mahkeme bu bağlamda, büyük önerme olarak 1991 Anayasasının Kolombiya'nın sosyal bir hukuk devleti olduğu ve insan onuru ilkesini sosyal hukuk devletinin temel amaçlarından biri kıldığı belirlemesini yaptığını ifade etmiş; küçük önerme olarak da ömür boyu hapis cezasına imkân veren anayasa değişikliğinin sözü edilen insan onuru ilkesini ihlal ettiğini belirtmiştir. Bu belirlemeyi ise ömür boyu hapis cezasının mahkumların rehabilitasyonu ve topluma geri kazandırılması olanağını ortadan kaldırdığı gerekçesine dayandırmıştır. Mahkeme'ye göre, rehabilitasyon Kolombiya gibi liberal demokrasilerde ceza adaletinin temel amacı olmalıdır. Sonuç olarak ilgili anayasa değişikliği, "Anayasanın kimliği"ni oluşturan insan onuru ilkesini ihlal ettiği gerekçesiyle Anayasaya aykırı olup iptal edilmelidir. Mahkemenin bu kararı çeşitli açılardan eleştirilmişse de, konunun dinamik yorumu ilgilendiren boyutu anayasada yer almayan bir testin ve "anayasanın kimliği" olarak adlandırılabilecek ilkelerin temel hakların korunması amacıyla "icat" edilip edilemeyeceğidir.[498] Her ne kadar "ikame testi" Anayasa metninde yer almasa da "insan onuruna dayalı devlet" ifadesi Anayasanın 1. maddesinde yer almaktadır.[499] Bu durumda, FAYM'nin Anayasadaki insan onuru kavramına dayalı olarak temel hakları korumak maksadıyla yaptığı dinamik yorumun Kolombiya Anayasa Mahkemesi tarafından da yapılamaması için hiçbir sebep yoktur.

[497] Sentencia C-294/2021 (02/09/2021).
[498] Karar hakkındaki tartışmaların genel çerçevesi için bkz. https://verfassungsblog.de/lifetime-imprisonment-and-the-identity-of-the-constitution/ (Erişim Tarihi: 20/03/2023).
[499] "*Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general*."

Almanya'da da insan onurunun Alman anayasa hukukunun temel değeri olduğu Yüksek Mahkeme tarafından belirlenmiş olup Kolombiya Anayasa Mahkemesi'nin de Anayasanın 1. maddesine dayalı olarak insan onuru ilkesinden yola çıkan ve temel hakların korunması amacıyla dinamik yorumu kullanarak birtakım ölçütler geliştirmesi aynı düzeyde meşru kabul edilmelidir.

Öte yandan, benzer bir ölçüt geliştiren Hindistan Yüksek Mahkemesi için aynı kanıya ulaşmak zor görünmektedir. Hindistan'da, Almanya ve Kolombiya anayasa mahkemelerinin kullandığı temel değerlere dayalı incelemeye konu olan kararlar 1967 tarihli *Golaknath v. State of Punjab* ve 1973 tarihli *Kesavananda Bharatic v. State of Kerala* kararlarıdır. *Golaknath* kararında Mahkeme, Anayasanın 13. maddesindeki devletin Anayasadaki temel hakları yürürlükten kaldıran herhangi bir "kanun" (anayasa metninde geçen ifadesiyle "law") yapamayacağı ifadesine dayanarak Parlamento'nun anayasa değişikliği yoluyla da olsa temel hakları yürürlükten kaldıramayacağına hükmetmiştir.[500] Bunun üzerine Parlamento anayasa değişiklik usulünü düzenleyen maddeyi açıkça anayasanın herhangi bir hükmünü yürürlükten kaldırma yetkisi içerir şekilde değiştirmiş ise de Mahkeme *Kesavananda* kararında *Golaknath* kararından dönerek Parlamento'nun Anayasanın herhangi bir bölümünü değiştirme yetkisine sahip olduğunu ve "kanun" ("law") kavramının anayasa değişikliklerini kapsamadığını kabul etmekle beraber "temel yapı doktrini" ("*basic structure doctrine*") adlı bir ölçüt geliştirerek anayasa değişikliklerinin anayasanın temel yapı ve çerçevesinde bir değişiklik yapamayacağını kabul etmiş ve bu yolla Anayasanın açık hükmüne rağmen Parlamento'yu sınırlamaya devam edebilmiştir.[501] Her ne kadar *Kesavananda* kararı da Almanya ve Kolombiya anayasa mahkemelerinin Anayasada yer alan temel ilkelere

[500] AIR 1967 SC 1643.
[501] AIR 1973 SC 1461.

ilişkin saptamalar yaparak Anayasada açıkça sayılmayan hak ve özgürlükleri bunlara dayalı olarak koruması tutumuna benzetilebilirse de Hindistan Yüksek Mahkemesi'nin tutumuyla Almanya ve Kolombiya Anayasa Mahkemeleri'nin tutumu arasında önemli bir fark mevcuttur. Kuşkusuz, üç mahkemenin kararı da temel hakları koruma amacına hizmet etmekte ve bu amaca ulaşır görünmektedir; ne var ki Almanya ve Kolombiya mahkemeleri bunu Anayasanın lafzıyla açık bir bağdaşmazlık olmadan ve hatta Anayasadaki pozitif ilkelere dayalı olarak yaparken Hindistan Yüksek Mahkemesi'nin kararı açıkça Anayasanın sözüyle çelişmekte ve bu sebeple temel hakların korunmasına ne kadar hizmet ederse etsin dinamik yorumun sınırlarını aşmakta ve gayrimeşru bir yorum olarak kabul edilmektedir.[502]

Tüm bu örneklerin yanında Avustralya Yüksek Mahkemesi'nin bir kararını da kendine özgülüğü sebebiyle aktarmak önemlidir. Siyasi partilerin seçim öncesinde radyo ve televizyon gibi elektronik medya araçlarında yayınlanacak haber ve tartışma programlarında yapacakları propaganda ve reklam faaliyetlerinin süresinin partilerin bir önceki seçimde Parlamento'da kazandıkları sandalye sayısı üzerinden tespit edilmesi yönünde düzenleme getiren bir yasayı incelediği 1992 tarihli davada Yüksek Mahkeme inceleme konusu yasa hükmünün "siyasî haberleşme özgürlüğü"nü ("*freedom of political communication*") ihlâl ettiğine hükmetmiştir.[503] Kararın önem arz eden tarafı, Mahkemenin söz konusu kararı, metni içinde bir "haklar kataloğu" bölümü barındırmayan ve yalnızca çok sınırlı bazı temel hakları açıkça düzenlemiş bulunan bir anayasanın varlığına rağmen vermiş olmasıdır. Üstelik Avustralya Anayasasının, kurucu iktidar tarafından Amerikan Haklar Bildirgesi gibi çok bilinen bir örneğin varlığına rağmen bilinçli olarak bu şekilde hazırlandığı bilinmektedir. Yüksek Mahkeme de

[502] Aynı yönde bkz. Emmett MACFARLANE, "Judicial Amendment of the Constitution", **International Journal of Constitutional Law**, C. 19, No: 5, 2021, s. 1920-1923.
[503] Australian Capital Television Pty Ltd v. Commonwealth, [1992] HCA 45; (1992) 177 CLR 106 , F.C. 92/033 (1992) 177 CLR 106.

kuşkusuz, bu tercihin bilinçli olduğunun farkındadır. Tüm bunlara rağmen Mahkeme, Avustralya'da mevcut bulunan temsili demokratik sistemin, seçmenlerin seçecekleri kişiler üzerinde özgür bir tartışma olanağından yoksun kalmaları durumunda olması gerektiği gibi işlemesinin mümkün olmadığı; "siyasî haberleşme özgürlüğü" anayasada açıkça tanınmamış olsa dahi anayasadaki serbest seçim ve temsili demokrasi ilkelerinin bu özgürlük olmaksızın var olamayacağı düşüncelerinden hareketle bir temel haklar kataloğunun bile bulunmadığı ve hatta bu durumun kurucu iktidarın bilinçli bir tercihi olduğu bilindiği halde anayasada açıkça sayılmayan bir hakkı ülkenin kendine özgü koşullarının gerektirmesi sebebiyle dinamik yorumla keşfetmiştir.[504]

Son olarak Kanada Yüksek Mahkemesi'nin kendine özgü "living tree" anlayışını yansıtmak için bu mahkemenin verdiği iki ayrı karardan da söz etmek gerekmektedir. Kanada, anayasasının tıpkı ABD gibi zor bir değişiklik usulüne bağlı olarak değiştirilebiliyor olması sebebiyle Yüksek Mahkeme'nin aktif bir rol üstlendiği ve daha önce de belirtildiği üzere, erken tarihlerden beri anayasasını "living tree" anlayışı çerçevesinde yargısal yorum aracılığıyla evrimleştiren bir ülkedir. Bu bağlamda Kanada Yüksek Mahkemesi'nin "living tree" anlayışını ne denli önemsediğini örneklendiren iki kararı aktarmak önem arz eder. Bu kararların ilki 1998 tarihli *Quebec Ayrılma Referansı* (*Quebec Secession Reference*) kararıdır. Söz konusu karar, 1980 ve 1995 yıllarında çok küçük farklarla ayrılmama yönünde sonuçlanan iki bağımsızlık referandumu düzenleyen Quebec eyaletinin ayrılıkçı taleplerinden endişe duyan Kanada federal hükümetinin Yüksek Mahkeme'den Quebec eyaletinin tek taraflı olarak Kanada'dan ayrılma hakkına sahip olup olmadığına dair danışma görüşü istemesi üzerine verilmiştir. Mahkeme, yaptığı değerlendirmede öncelikle, "ayrılma hakkı"nın Anayasa'da açıkça düzenlenmiş

[504] Karar hakkında detaylı analiz için özellikle bkz. KONTACI, "Anayasada Sayılmayan Hakların Yargısal Korunması", s. 446-452.

bir hak olmadığından bahisle, Quebec'in Kanada'dan tek taraflı olarak ayrılmasının (federal hükümetin ve diğer eyaletlerin belli bir oranda onayını da gerektiren) bir anayasa değişikliği yapılmadıkça mümkün olmadığına hükmetmiştir.[505] Ancak kararın asıl dikkat çekici ve dinamik yorum anlayışını yansıtan bölümü Mahkeme'nin bir diğer saptamasına ilişkindir. Buna göre, Mahkeme her ne kadar tek taraflı ayrılma hakkını tanımasa da Quebec'in ayrılık taleplerini tümden yok sayan bir tutum da izlememiştir. Kanada Anayasası'nın yaşayan bir ağaca benzediğini ifade eden Mahkeme, ayrılma hakkının her ne kadar Anayasada açıkça yer almasa da Kanada'daki müzakereci ve uzlaşmacı demokrasi ilkesi gereği tartışmaya açık olması gerektiğini ifade ederken Quebec halkının "açık ve net bir çoğunluk iradesi" göstermesi durumunda Anayasanın Kanada'nın diğer eyaletlerine ve federal hükümete ayrılık hakkını tanıyacak bir anayasa değişikliği hakkında müzakere yürütme ve Quebec'in ayrılık arzusunu tasdik edip ona karşılık verecek anayasal tartışmalara girme konusunda bir yükümlülük yüklediği tespitini yapmıştır. Kısacası, her ikisi de Anayasada açıkça düzenlenmediği halde Mahkeme "ayrılık hakkı"nı tanımazken "ayrılık talebi halinde anayasa değişikliği için müzakere yürütme yükümlülüğü"nü tanımıştır. Kararı dinamik yorum açısından önemli kılan boyut ise Mahkeme'nin söz konusu yükümlülüğün gerekçesini Kanada'nın kendine özgü demokrasi anlayışına dayandırmasıdır. Başka bir deyişle, Anayasada açıkça tanınmayan ve kurucu iktidar tarafından öngörülmeyen bir yükümlülüğün Kanada'nın kendine özgü koşulları sebebiyle Mahkeme tarafından tanınması, "yaşayan ağaç" yaklaşımının Kanada'da, benzerine zor rastlanır bir uygulama alanı bulduğunu göstermektedir.[506] Kanada'da yaşayan ağaç yaklaşımı Yüksek Mahkeme tarafından öylesine benimsenmiştir ki, 2002 tarihli *Gosselin v. Quebec* kararında sosyal yardım ödemelerinin yaş grupları

[505] Reference re Secession of Quebec, [1998] 2 SCR 217 (20/08/1998).
[506] Nitekim, örneğin ABD'de 1861'de güney eyaletlerinin ayrılık talepleri savaşla bastırılmış; Avustralya'da 1933'te Batı Avustralya'nın ayrılık kararıyla sonuçlanan referandumu geçersiz sayılmıştır.

arasında ayrım uygulanarak ödenmesine dair bir yasa hükmünün yaşam hakkı, özgürlük ve güvenlik hakkı ve eşitlik hakkı gibi pek çok hakkı ihlal ettiği iddiaları karşısında tüm ihlal iddialarının reddedilmesine rağmen bir gün Anayasanın yaşayan ağaç perspektifiyle tamamen aksi biçimde yorumlanabileceği kaydının not edilmesi ihtiyacı hissedilmiştir.[507]

II. TÜRK ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARINDA DİNAMİK YORUM ANLAYIŞI

Dinamik yoruma öncülük eden ABD Federal Yüksek Mahkemesi, AİHM, Almanya gibi bazı mahkemelerin konuya yaklaşımı incelendikten sonra Türk Anayasa Mahkemesi'nin dinamik yoruma ilişkin bakış açısı da ele alınabilir. Bu noktada, Türk anayasal sisteminin dinamik yoruma elverişliliği sorunu gündeme gelebilir. Neticede, örneğin ABD eski tarihli ve çerçeve bir anayasaya sahip olması, AİHM ise uluslararası bir sözleşmeyi yorumluyor olmanın getirdiği birtakım zorluklar nedeniyle dinamik yoruma ihtiyaç duymaktadır. Türkiye'de ise anayasa görece yakın tarihli olup kazuistik bir yapıya sahiptir. Ayrıca bir hukuk sistemi ne kadar içtihadî bir geleneğe sahip ise dinamik yorumun benimsenme ihtimalinin o düzeyde artacağını da söylemek mümkündür. Türkiye'de Kıta Avrupası hukuk sisteminden kaynaklanan formalist yaklaşımın içtihadî karakterin etkisini sınırlıyor oluşu da dinamik yoruma dair bir çekince oluşturabilir.

Öte yandan, anayasa hukuku için durumun farklı olduğu kolaylıkla söylenebilir. 1961 yılında kurulmuş olan Anayasa Mahkemesi süregelen yıllar içerisinde ciddi bir içtihadî birikim oluşturmuş ve 2012 yılında bireysel başvuru usulünün yürürlüğe girmesi ile birlikte anayasa yargısı önemli düzeyde içtihadîleşmiştir. Anayasa Mahkemesinin verdiği herhangi bir bireysel başvuru kararı incelendiğinde mevzuat metinlerinden çok,

[507] *Gosselin v Quebec (AG)* [2002] 4 SCR 429, 2002 SCC 84.

eski tarihli kararlara atıf yapıldığı görülebilir. Hukuk geleneği açısından anayasa hukukunun bu özel durumu anayasa metninin niteliği için de geçerlidir. Her ne kadar kazuistik bir yapıya sahip olsa da, daha önce de açıklandığı üzere, düzenleme alanı itibarıyla bir anayasanın olağan kanunlar gibi yorumlanması mümkün değildir. Somutlaştırmaya muhtaç olan bilhassa temel haklara ilişkin hükümlerin dinamik yorumu her zaman zorunlu kıldığı bir gerçektir. Nihayet, daha önce de belirtildiği üzere Anayasamızın 12. ve 17. maddelerinin de dinamik yorum için Federal Almanya Anayasası'na benzer şekilde pozitif dayanaklar sunduğunu da göz ardı etmemek gerekir.

Dolayısıyla, dinamik yorumun Türk anayasa hukukuna yabancı bir yorum yaklaşımı olduğu iddiası teorik bir temele sahip olmaktan çok yerleşik hukuk geleneğinin Kıta Avrupası hukuk sistemine dayalı olduğu yönündeki ezberin anayasa hukukunun özgül karakterinin göz ardı edilmesini kolaylaştırmasıyla ilgilidir. Bu kabul, hem Türk Anayasa Mahkemesi'nin dinamik yorumdan kaçınması gibi bir öneriyi gereksiz ve hatalı kılmakta hem de Mahkeme'nin halihazırda, adını açıkça zikrederek veya etmeden, yaptığı dinamik yorumun görmezden gelinmesi hatasına düşmekten bizleri alıkoymaktadır. Öyleyse, önce Mahkemenin dinamik yoruma ilişkin genel yaklaşımının incelenmesi ve ardından da bu yaklaşımın temel haklara ilişkin boyutunun değerlendirilmesi aşamasına geçilebilir.

A) Mahkemenin Konuya Genel Yaklaşımı

Anayasa Mahkemesinin dinamik yorumla ilişkisi esasında oldukça eskiye dayanmaktadır. Mahkemenin yeni kurulduğu dönemler olan 1960'larda, belki dünyadaki ve Türkiye'deki özgürlükçü hareketlerin de etkisiyle, metodolojik eksikliklerle de olsa dinamik yoruma ciddi bir önem atfedildiği söylenebilir. Söz konusu dönemde bu konuya dair içtihadını yansıtan tipik kararlarından biri olan 1966 tarihli bir kararında

Mahkemenin "*Durumların ve şartların değişmesi halinde sonucun da değişik olması gerekir. Böyle bir değişmenin bulunup bulunmadığı ise ancak inceleme sonunda anlaşılabilir. (...) Aksini düşünmek; bir kısım hükümleri imtiyazlı duruma getirmek: bu hükümler hakkında yargı mercilerinin yetkilerini kullanmalarını önlemek; hukukî görüşleri dondurup ebedileştirmek olur. Türkiye Cumhuriyeti Anayasa'sının böyle bir ereği bulunduğu düşüncesini destekliyecek, doyurucu bir kanıtın ileri sürülmesi mümkün değildir.*" ifadelerini kullanarak daha önce haklarında ret kararı verilen hükümlerin yeniden denetlenme imkânını tanımaktadır.[508] Anılan yorumun Anayasanın bu görüş karşısında doyurucu bir kanıt içermediği iddiasına dayalı olarak yapılması Mahkemenin dinamik yorum yaparken onu destekleyecek olumlu pozitif dayanaklar aramak gibi bir kriteri olmadığını, aksine Anayasa dinamik yorumu engellemediği müddetçe dinamik yoruma her zaman başvurabileceğini gösterir.[509]

Mahkeme, dinamizmi, kurucu iktidarın da bir görevi saymaktadır: "*Zaman içinde toplumsal gereksinmeleri karşılamak kişi ve toplum yararının zorunlu kıldığı düzenlemeleri yapmak, toplumdaki değişikliklere koşut olarak bu suretle alınan önlemleri güçlendiren, geliştiren, etkilerini daha çok artıran ya da tam tersine bunları hafifleten ya da büsbütün ortadan kaldıran işlemlerde bulunmak yetkisi, yasakoyucu için kaçınılmaz bir görevdir.*"[510]

Mahkemenin dinamik yoruma başvurduğu veya onu teşvik ettiği bu ve benzeri kararlarda kavram olarak dinamik yoruma yakın zamana kada açıkça yer vermediği de görülmektedir. Mahkeme, dinamik yorumu kimi zaman amaçsal yorum adı altında kimi zaman da çağdaş yorum gibi kavramlarla karşılamaktadır.[511] Bununla beraber Mahkeme

[508] AYM, E. 1963/132, K. 1966/29, k.t. 28/06/1966.
[509] ODER, **Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri**, s. 244.
[510] AYM, E. 1995/21, K. 1995/36, k.t. 15/08/1995.
[511] Örneğin üniversite kavramını yorumladığı bir kararında AYM, şu ifadeleri kullanmıştır: "*Yasaların yalnızca üniversite adı altında kurdukları kuruluşları üniversite saymak ve üniversite görevi yapan başka*

yakın tarihli bir kararında "*Anayasa kâğıt üzerinde kalan bir metin değil yaşayan, hukuk sistemini yönlendiren, her türlü kamusal tasarrufta gözetilmesi gereken hukuki bir belgedir.*" ifadelerini kullanarak, tespit edebildiğim kadarıyla, ilk defa "yaşayan belge" ifadesine kararlarında yer vermiş bulunmaktadır.[512]

Mahkemenin 1960'lardaki serbest dinamik yorum yaklaşımı 1970'lerde yerini yalnızca belli amaçlarla dinamik yorum yapılabileceği görüşüne bırakmıştır. 1971 tarihli bir kararında Anayasanın asıl ereğinin "çağdaş uygarlık düzeyine ulaşma" ve "Türk ulusunun daima yücelmesi" olduğunu ifade eden Mahkeme, bu ana ereğin birçok sınırlandırmayı zorunlu kılan bir neden ve Anayasadaki bütün temel ilkelere egemen olan bir düşünce olduğunu savunurken dinamik yorumu bu ilkeleri hâkim kılmak için bir araç olarak benimsemiş ve bu yolla 1966 yılındaki Anayasa engellemediği sürece meşru gördüğü dinamik yorum içtihadından ayrılarak yalnızca belli pozitif amaçların varlığı halinde meşru kabul edilebilecek dinamik yorum anlayışına geçiş yapmıştır.[513] Bu anlayışın dinamik yorumu son derece sınırlı durumlarda başvurulabilecek istisnai bir yaklaşım olarak görmesinin, dinamik yorumun işlevselliği açısından sorunlu ve onun ruhuyla bağdaşmaz olduğu söylenebilir.

Mahkemenin dinamik yorum yaparken kullandığı kriterlere de değinmekte fayda vardır. Anayasa Mahkemesi de tıpkı AİHM gibi uygar ülkelerdeki ve uluslararası insan hakları hukukundaki değişmeleri dinamik yorum için dayanak göstermiş, kararlarında Türkiye'nin taraf olduğu veya olmadığı çeşitli uluslararası anlaşmalara atıfta bulunmuştur.[514] Evli kadının meslek ve sanat icra etmesini kocasından alacağı izne

yüksek eğitim ve öğretim kurumlarım yalnızca üniversite adı altında kurulmadıkları için üniversite saymaktan kaçınmak, ancak söze ve kurumun kuruluş biçimine önem veren bir yorum olur bu da çağdaş yorum kurallarına uygun düşmez." AYM, E. 1969/31, K. 1971/3, k.t. 12/01/1971.

[512] AYM, *Mehmet Fatih Bulucu* Başvurusu, B. No. 2019/26274, k.t. 27/10/2022, § 76.

[513] AYM, E. 1970/53, K. 1971/76, k.t. 21/10/1971.

[514] Örneğin evli erkeğin zinasından doğan ve "nesebi sahih olmayan çocuk" niteliğindeki çocukların tanınmasına ilişkin kuralı incelediği kararında Mahkeme, Türkiye'nin o tarihte henüz onaylamamış bulunduğu Çocuk Hakları Sözleşmesi'ni bir ölçü norm olarak kullanmış, taraf olunmayan bir uluslararası

bağlayan Medeni Kanun hükmünü iptal ederken ise kadın ve erkeğin toplumsal cinsiyet rollerini tartışmaya açarak bu konudaki toplumsal ve uluslararası dönüşümleri "çağdaşlık" ve "çağdışılık" gibi kavramlarla ifade etmiştir. Sözü edilen dönüşümü sanayinin gelişmesi ve toplumsal, ekonomik ve sosyal değişmelere bağlayan Mahkeme, dinamik yorum yaparken şu ifadeleri kullanmıştır: "*20. yüzyıl başlarında evli kadının görevleri ev işi, çocukların bakımı ve büyütülmesi, kocasına yardım olarak sınırlı düşünülmüş ve erkek otoritesine dayalı, ataerkil aile modeli seçilmiştir. Ancak, yüzyılın başından bu yana hızla gelişen sanayi, toplumların ekonomik, sosyal ve hukuksal yapılarında ve bireylerin düşüncelerinde derin değişiklikler yaptı. Bu değişiklikler insanların eşit doğdukları ve eşit haklara sahip oldukları inancını da asrın ortak sloganı haline getirdi. Cinslerin eşitliği ilkesi aile yapısını da etkileyerek karı kocanın hukuksal eşitliği; eşit haklara sahip oldukları görüşü üstünlük kazandı.*"[515]

Dinamik yoruma dair tüm bu pozitif bakışın yanında Mahkemenin dinamik yorumu açıkça reddeden tutumlar içine girdiği de vakidir. Örneğin *Sosyalist Parti* kapatma davasında davalı parti, "kâğıt üzerinde var olan, ancak toplum nezdinde meşruluğunu yitirmiş, uygulama alanını kaybetmiş hukuk" ve "eylemli biçimde uygulanan, toplumda genel kabul gören ve aşağıdan gelen hukuk" ayrımına değinerek ülkenin siyasal ve toplumsal hayatındaki güncel uygulamanın "12 Eylül kalıntısı mevzuatın sözel yorumu"nu aştığını savunmuştur. Ancak Anayasa Mahkemesi, "*Davalı parti'nin ileri sürdüğü yazılı ve eylemli hukuk ayırımı ve bu eylemli hukukun yakın bir gelecekte yazılı hüküm durumuna gireceği, bu nedenle Anayasa Mahkemesi'nin yazılı hukuk yerine, yaşayan eylemli hukuku yeğlemesinin hukuksal dayanağı bulunmamaktadır. Kimsenin, Anayasa ve yasaları beğenme yükümlülüğü yoktur. Ancak*

sözleşmeye dayanarak uluslararası trendi tespit etmeye çalışarak yorumunu söz konusu trende göre yapmayı tercih etmiştir. AYM, E. 1990/15, K. 1991/5, k.t. 28/02/1991.

[515] AYM, E. 1990/30, K. 1990/31, k.t. 29/11/1990.

herkesin anayasal düzene uymak yükümlülüğü vardır. Anayasa Mahkemesi Anayasa'da ve Anayasa'ya uygun yasa kurallarında açıklık varken, bunları bir yana itip hukuk dışı uygulamalara yol açacak biçimde gelişigüzel yorumlara girerek yasalara aykırı davranışlara geçerlik kazandıramaz. Siyasi Partiler Yasası ile Anayasa'nın bu konudaki hükümleri değişmemiştir. Bir yasa yeni bir yasa ile kaldırılmadıkça uygulanmasının süreceği hukukun değişmez kurallarındandır. Anayasa ve Siyasi Partiler Yasası değişinceye kadar Anayasa Mahkemesi bunları uygulamak zorundadır." ifadeleriyle davalı partinin dinamik yoruma ilişkin taleplerini açıkça reddetmiştir.[516] Yine de yakın tarihli bazı kararlarında "yargısal kararlardaki değişikliklerin, hukukun dinamizmini ve mahkemelerin yaklaşımlarını yaşanan gelişmelere uyarlama kabiliyetlerini yansıtması yönüyle olumlu" olarak değerlendiren Mahkeme'nin dinamik yoruma bakışının netice itibarıyla olumlu olduğunu savunmak mümkündür.[517]

B) Mahkemenin Dinamik Yorum Yöntemini Kullandığı Kararlar

Mahkeme kimi zaman dinamik yorumu kullanıp kimi zaman da dinamik yorumu reddetse dahi temel hakların korunması amacıyla dinamik yoruma başvurduğu pek çok karar mevcuttur. Örneğin Mahkeme, 1981 yılında, "cinsel ilişki sırasında erkeğin evli olması durumunda babalığa hükmedilemeyeceği"ni düzenleyen Medeni Kanun hükmünü iptal ederken İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'ne, Avrupa Sosyal Haklar Şartı'na ve Birleşmiş Milletler Ekonomik ve Sosyal Kurulu'nun bir kararına atıf yapmış ve Medeni Kanun'un kabul edilmesindeki asıl maksadın, Türk ulusunu "çağdaş uygarlık düzeyinde bir hukuk düzenine kavuşturmak" olduğuna değinmiştir. Bu kural mahkemeye göre

[516] AYM, E. 1991/2, K. 1992/1, k.t. 10/07/1992.
[517] Söz konusu kararlara örnek olarak bkz. *Türkan Bal Başvurusu*, B. No. 2013/6932, k.t. 6/1/2015.

çağdışı ve Anayasadaki temel hak ve özgürlüklerin niteliğine, yasa önünde eşitlik ilkesine, ailenin korunması kuralına aykırıdır.[518]

Benzeri bir kararı 1987 yılında da veren Mahkeme, "nesebi sahih olmayan çocuklar"ın babalarının mirasından "nesebi sahih çocuklar" ile eşit olarak yararlanmalarını yasaklayan Medeni Kanun hükümlerinin denetimi sırasında da dinamik yoruma başvurmuştur. Mahkemenin gerekçesinde yer alan şu hükümler dinamik yoruma başvurduğunu kanıtlar niteliktedir: "*Yüzyılımızda, gelişen insancıl düşüncelere paralel olarak evlilik dışı çocuğun, evlilikten bağımsız bir değer olarak korunması fikri güç kazanmış ve çağdaş Anayasalarda bu konuda hükümler getirilmiştir.*"[519]

1992 yılında verdiği bir kararında[520] İlçe Seçim Kurullarını "davaya bakmakta olan mahkeme" sıfatını haiz olarak görmeyen Mahkeme, 2014 tarihli *İsmail Taşpınar* başvurusunda "*Günümüzde genel kabul gören organik-şekli ölçüte göre, yargısal faaliyet, kanunla kurulan bağımsız ve tarafsız kuruluşlar tarafından, hukuki uyuşmazlıkların ve hukuka aykırılık iddialarının özel yargılama usulleri izlenerek çözümlenmesi ve kesin hükme bağlanması faaliyeti olarak tanımlanmaktadır.*" diyerek içtihadını değiştirmiş ve İlçe Seçim Kurullarının de "davaya bakmakta olan mahkeme" olarak kabul edilmesi gerektiğine hükmetmiştir.[521]

Dinamik yorumun kullanıldığı önemli Anayasa Mahkemesi kararlarından biri de 2014 tarihli *Tuğba Arslan* başvurusudur.[522] Öncesinde laikliğin katı yorumunu savunan Mahkemenin, duruşmaya başörtülü olduğu için katılması hâkim tarafından engellenen bir

[518] AYM, E. 1980/29, K. 1981/22, k.t. 21/05/1981.
[519] AYM, E. 1987/1, K. 1987/18, k.t. 11/09/1987.
[520] AYM, E. 1992/12, K. 1992/2, k.t. 18/02/1992.
[521] AYM, *İsmail Taşpınar Başvurusu*, B. No. 2013/3912, k.t. 06/02/2014.
[522] AYM, *Tuğba Arslan Başvurusu*, B. No. 2014/256, k.t. 25/06/2014.

avukatın yaptığı bu başvurudaki tutumunun din ve vicdan özgürlüğü lehine çoğulcu bir laiklik anlayışını yansıttığı savunulmuştur.[523]

İsmail Taşpınar ve *Tuğba Arslan* başvurularındaki içtihat değişikliği yoluyla yapılan dinamik yorumun bir benzeri de "sağlıklı çevrede yaşama hakkı"na ilişkin başvurularda gözlenebilir. Bu başvurularda yukarıdaki kararlardan farklı olarak AYM, eski tarihli norm denetimi kararlarındaki tutumunu bireysel başvuru üzerine değiştirmemiş; zaten bir bireysel başvuru üzerine verdiği kararı yeni bir bireysel başvuruda değiştirme yoluna gitmiştir. 2014 tarihli *Tezcan Karakuş Candan ve Diğerleri*[524] başvurusunda Atatürk Orman Çiftliği'nin imar planının değiştirilmesi kararına karşı açtıkları davada verilen yürütmeyi durdurma kararının uygulanmadığı gerekçesiyle sağlıklı çevrede yaşama haklarının ihlal edildiğini iddia eden başvuruculların taleplerini başvurunun *actio popularis* ("*halk davası*") niteliğinde olduğu gerekçesiyle kabul edilemez bulan Mahkeme, 2016 yılındaki *Mehmet Kurt* kararında ise ikamet ettiği köyde yapılan hidroelektrik santrali hakkında çevresel etki değerlendirme kararı alınmamasını idari yargıya taşıyan ancak davası reddedilen başvurucunun taleplerini "*Çevre hakkı, gerek yaşam hakkıyla gerekse sağlık hakkıyla olan yakın ilişkisi nedeniyle bugünkü nesli hatta daha çok gelecek nesilleri ilgilendirdiğinden günümüzde çok daha önemli hâle gelmektedir.*"[525] ifadeleriyle kabul etmiş ve *Tezcan Karakuş Candan ve Diğerleri* kararındaki sağlıklı bir çevrede yaşama hakkına ilişkin dar yorumunu karar tarihindeki çevre sorunlarına ilişkin güncel değerlendirmesi çerçevesinde dinamik yoruma çevirmiştir.

[523] EREN, "Hukuki Yorum Yöntemleri Açısından Bireysel Başvuru Kararlarının Anayasanın Yorumuna Etkileri", s. 276.
[524] AYM, *Tezcan Karakuş Candan ve diğerleri Başvurusu*, B. No. 2014/5809, k.t. 10/12/2014.
[525] AYM, *Mehmet Kurt Başvurusu*, B. No. 2013/2552, k.t. 25/2/2016.

Mahkemenin içtihat değişikliği şeklinde cisimleşen söz konusu kararlarının yanında dinamik yorumun metinde açıkça ifade edilmeyen hakların ortaya çıkarılması ve kapsamının genişletilmesi biçiminde tezahür eden görünümünün de kullanıldığı kararları mevcuttur. "Hükmün denetlenmesini talep etme hakkı"nı hak arama hürriyeti kapsamında gören[526] ve "lehe olan ceza hükmünün geçmişe uygulanması ilkesi"ni suçta ve cezada kanunilik ilkesine dahil eden[527] kararlarının bu konudaki örnekler arasında sayılması mümkündür.

Bunlara ilaveten, açıkça ifade edilmeyen hakların ortaya çıkarıldığı veya kapsamının genişletildiği kararlar çoğunlukla Mahkeme'nin 2012 yılı sonrasında vermeye başladığı bireysel başvuru kararlarında karşımıza çıkmaktadır. Bu konudaki örneklerden ilki, "iki dereceli yargılanma hakkı"nın mahkemeye erişim hakkı kapsamında görüldüğü kararlardır. AYM, her ne kadar "iki dereceli yargılanma hakkı"nı Anayasaya açıkça dahil olmadığı gerekçesiyle doğrudan tanımasa da "*Mahkemeye erişme hakkı sadece ilk derece mahkemesine dava açma hakkını değil, eğer iç hukukta itiraz, istinaf veya temyiz gibi kanun yollarına başvurma imkânı tanınmış ise üst mahkemelere başvurma hakkını da içerir.*" ifadeleri neticesinde bu hakkın kanunla tanınması halinde, anayasal mahkemeye erişim hakkı çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir.[528] Buradan çıkan sonuç, Mahkemenin Anayasada açıkça sayılmış bulunmasa dahi, sözel yorumun ötesine geçerek "iki dereceli yargılanma hakkı"nı anayasal haklar kataloğunu genişletir biçimde anayasal "mahkemeye erişim hakkı"nın kapsamına dahil ettiğidir.

[526] AYM, E. 2018/71, K. 2018/118, k.t. 27/12/2018.
[527] AYM, E. 2019/9, K. 2019/27, k.t. 11/04/2019.
[528] AYM, *Emine Karagülmez Başvurusu*, B. No. 2013/3673, k.t. 11/12/2014; *Ali Atlı Başvurusu*, B. No. 2013/500, k.t. 20/3/2014.

Bir hakkın bireysel başvuru kapsamında olabilmesi için AİHS'ye de dahil olması gerektiğinden, Anayasada açıkça yer alsa dahi AİHS metninde yer almayan, dolayısıyla bireysel başvuru kapsamında görülüp görülemeyeceği tartışmalı olan hakların bireysel başvuru kapsamında kabul edildiği kararların da dinamik yorum kapsamında değerlendirilmesi mümkündür. Bu kategorideki haklara örnek olarak örgütlenme özgürlüğü kapsamına dahil görülen sendikal haklar gösterilebilir. Bu konuda yapılan başvurularda ülke çapında bir gün işe gitmeyerek topluca protesto yapan öğretmen ve diğer kamu görevlilerine disiplin cezası verilmesini Anayasanın 51. maddesinde yer alan sendikal hakların ihlali olarak gören Mahkemenin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde açıkça yer almayan bir hakkı, örgütlenme özgürlüğü kapsamında değerlendirdiği görülmektedir.[529] Benzer şekilde, yürütülen toplu iş sözleşmesi görüşmelerinde anlaşma sağlanamaması üzerine aldıkları grev kararının Bakanlar Kurulu kararı ile ertelenmesi ve bu erteleme kararına karşı yaptıkları yürütmenin durdurulması talebinin de reddedilmesi nedeniyle, toplu iş sözleşmesi ve grev haklarının ihlal edildiğini ileri süren Kristal İş Sendikası'nın başvurusunda da Mahkeme, "*Sendika hakkı, örgütlenme özgürlüğünün bir parçasını oluşturmaktadır. Bu hak, mensuplarının menfaatlerini korumak üzere yapılan sendikal faaliyetlere izin verilmesini de gerektirmektedir. Bu çerçevede her ne kadar ayrı bir hak grubu teşkil etmeseler de grev ve toplu sözleşme hakkı, üyelerinin menfaatlerini korumak için sendikaların kullanabileceği en önemli yollardandır.*"[530] ifadeleriyle dinamik yorumunu sürdürmüştür.

Anayasa Mahkemesi'nin dinamik yorumunun ifade özgürlüğüne ilişkin bireysel başvurularda da görülmesi mümkündür. Sosyal medya platformu Twitter'a ülke çapında getirilen erişim engelinin kaldırılması için idari yargıda dava açan ancak verilen

[529] AYM, *Selda Demir Taze Başvurusu*, B. No. 2014/7668, k.t. 10/6/2015.
[530] AYM, *Kristal-İş Sendikası Başvurusu*, B. No. 2014/12166, k.t. 2/7/2015, § 27.

yürütmeyi durdurma kararının uygulanmaması üzerine bireysel başvuruda bulunan iki akademisyen ve bir milletvekilinin başvurusunu kabul edilebilir bulan Mahkeme, "*Ülkemizde milyonlarca kullanıcısı olan bir sosyal paylaşım sitesine erişimin engellenmesinin bu kişilerin demokratik toplumun temellerinden olan ifade özgürlüğünü sınırlayıcı etkisi dikkate alındığında, bu tür sınırlamaların hukuka uygunluğunun acilen denetlenmesi ve hukuka aykırılık tespiti halinde sınırlamanın hemen kaldırılması demokratik hukuk devleti ilkesinden kaynaklanan bir zorunluluktur. (...) Sosyal medyada belli olay ve olgulara ilişkin olarak paylaşılan haber ve düşüncelerin zamanın geçmesiyle güncelliğini yitirip etki ve değerini kaybedebileceği açıktır.*" belirlemesini yaparak sosyal medyanın kendine özgü yapısını dikkate almış ve ifade özgürlüğünün korunması açısından bu alanın dinamik yorum yoluyla kendine özgü biçimde değerlendirilmesi gerektiğine hükmetmiştir.[531]

Mahkemenin dinamik yoruma başvurduğu bireysel başvuruların bir örneğinin de doğrudan yasama işleminden kaynaklanan ihlal iddiaları hakkında verdiği kararlar olduğu söylenebilir. Bu kararlara örnek olarak evli kadının soyadı meselesine ilişkin olarak yapılan bireysel başvurular gösterilebilir. Evlendikten sonra yalnızca kendi soyadını kullanma talebiyle dava açan ancak talebi kadının evlenmekle kocasının soyadını alacağını hükme bağlayan açık Medeni Kanun hükmü dolayısıyla reddedilen başvuruculların iddialarının ele alındığı kararlarda Mahkeme, her ne kadar dinamik yorumla sonuca vardığını açıkça belirtmese de evli kadının yalnızca kendi soyadını kullanma hakkının AİHS'nin 8. maddesindeki özel ve aile hayatına saygı hakkına dahil

[531] AYM, *Yaman Akdeniz ve Diğerleri Başvurusu*, B. No. 2014/3986, k.t. 02/04/2014; *Youtube LLC Corporation Service Company ve Diğerleri* başvurusundaki "*Youtube'un da dahil olduğu sosyal medya, medya içeriğini oluşturmak yayınlamak ve yorumlamak şeklinde bireysel katılıma imkan veren, şeffaf ve karşılıklı iletişim kurulan bir platformdur. Bu gibi internet siteleri günümüzde sosyal medyada dünyadaki tüm kullanıcıların bir arada iletişime geçebildiği yorum, mesaj, bilgi, eleştiri, satış ve tanıtımların yapıldığı etkili bir alan haline gelmiştir.*" ifadeleri de Mahkeme'nin sosyal medyanın güncel işlevini göz önünde bulundurarak yorum yaptığını göstermesi açısından önemlidir. *Youtube LLC Corporation Service Company ve Diğerleri Başvurusu*, B. No. 2014/4705, k.t. 29/05/2014.

olduğu dinamik yorum sonucunda kabul edilmiş bulunan kişiliğini serbestçe geliştirme hakkı kapsamında görülmesi gerektiğine hükmeden AİHM içtihadını dayanak göstererek sonuca ulaşmış olduğundan yöntem açısından olmasa da netice itibarıyla dinamik yorumu kullanmıştır.[532] Kararlar, Mahkeme'nin dinamik bir sonuca ulaştığı halde bunu açıktan yapmaması ve dinamik yorumu kullanarak sonuca ulaşan AİHM'yi aracı kılması açısından dikkat çekicidir.

AYM'nin bireysel başvuru kararlarında dinamik yoruma başvurduğu örnekler arasında değinilmesi gereken son bir karar tipi daha mevcuttur. Sözü edilen karar tipi 2011 yılında yürürlüğe giren 659 sayılı KHK'nin 14. maddesinin doğurduğu iddia edilen ihlallere ilişkindir. İlgili KHK hükmü idarelerin vekili sıfatıyla dava takip eden birtakım kamu görevlilerinin takip ettiği davaların idareler lehine sonuçlanması halinde idareler lehine vekalet ücreti takdir edileceğini düzenlemektedir. Ne var ki, düzenlemenin yürürlüğe girdiği dönemde idari yargıda ıslah müessesesinin bulunmaması idare aleyhine açılan tam yargı davalarında hak kaybına uğramamak adına tazminat taleplerinin yüksek tutulmasına sebep olduğundan, talebin çok altında kalan tazminatlara hükmedilen davalarda davacılar reddedilen tazminat talebi üzerinden hesaplanan ve miktarı neredeyse tazminat tutarına ulaşacak düzeyde yüksek olan aleyhe vekalet ücretleri ödemek zorunda kalmışlardır. Bunun üzerine mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğine dair pek çok bireysel başvuru yapılmıştır. Anayasa Mahkemesi söz konusu başvurulardan *Özkan Şen* başvurusunda öncelikle mahkemeye erişim hakkına yönelik her müdahalenin ihlal oluşturmayacağını, abartılı, zorlama veya ciddiyetten yoksun talepleri disipline etmeye yönelik orantılı müdahalelerin meşru görülebileceğini belirtmiştir. Nitekim, ihlale yol açtığı iddia edilen KHK hükmünü soyut norm denetimi yoluyla incelediği önceki tarihli

[532] AYM, *Sevim Akat Eşki Başvurusu*, B. No. 2013/2187, k.t. 19/12/2013; *Gülsim Genç Başvurusu*, B. No. 2013/4439, k.t. 6/3/2014.

kararında düzenlemenin anayasaya aykırı olmadığına karar vermiş bulunmaktadır. Bununla beraber, kararın devamında mahkemeye erişim hakkına yönelik sınırlamaların kamu yararının gerekleri ile bireyin hakları arasında kurulmaya çalışılan adil dengeyi bozacak şekilde birey aleyhine katlanılması zor külfetler yüklememesi gerektiğini de ifade eden Mahkeme, "*Belirtilen düzenlemenin, (...) hukuk hizmetlerinde etkililik ve uzmanlaşma ile kamu yararının sağlanmasına yönelen amacı dikkate alındığında müdahalenin meşru bir amacının olmadığı söylenemez. Bu çerçevede, talep konusunun reddedilen kısmının belirli bir oranının karşı tarafa vekâlet ücreti olarak ödenmesi yükümlülüğü öngörülmesi tek başına mahkemeye erişim hakkını ihlal eden bir müdahale olarak nitelendirilemez. Ancak somut olayın koşulları bir bütün halinde değerlendirildiğinde, (...) açılan tazminat davasının başvurucu açısından anlamsız hale geldiği dikkate alındığında yapılan müdahalenin ölçülü olduğu söylenemez*." ifadeleriyle her ne kadar müdahaleye dayanak oluşturan düzenleyici işlem anayasaya aykırı olmasa da somut olayın koşulları gereği müdahalenin ihlal oluşturduğuna hükmetmiştir.[533] Bu sonuç, Mahkeme her ne kadar açıkça ifade etmese de, somut olayın koşulları dikkate alınarak ve yazılı metin aşılarak ulaşıldığından açıkça dinamik yorum ile ulaşılmış bir sonuçtur. Ne var ki, Mahkeme bu ve benzeri kararlarda dinamik yoruma başvurduğunu açıkça ifade etmediğinden somut olarak tazminat miktarının ne kadarlık bir kısmına karşılık gelen vekalet ücretinin mahkemeye erişim hakkını ihlal ettiği belirlenebilir değildir. Netice itibarıyla, Mahkeme her ne kadar dinamik yoruma başvurarak temel hakları koruyucu nitelikte bir tutum oluşturmuş olsa da, dinamik yoruma başvurduğunu açıkça ifade ederek onun teknik altyapısını ve ilkelerini ortaya koymadığından yeni belirsizlik ve hukuka aykırılıklar ortaya çıkması tehlikesini doğurmuştur.[534]

[533] Bu yöndeki kararlara örnek olarak bkz. AYM, *Özkan Şen Başvurusu*, B. No. 2012/791, k.t. 7/11/2013.
[534] Murat ERDOĞAN, "Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuruda Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu", Ankara, Gazi Üniversitesi, Doktora Tezi, 2019, s. 181.

C) Mahkemenin Dinamik Yorum Yöntemini Kullanma Fırsatını Kaçırdığı veya Kullanmayı Tercih Etmediği Kararlar

Mahkemenin dinamik yorumu kullanarak temel hakların korunmasına hizmet ettiği kararlar kadar dinamik yorumu kullanma imkânı olduğu halde bu yolu tercih etmeyip temel hakların korunması fırsatını kaçırdığı kararları da mevcuttur. Bu tür kararlara verilebilecek ilk örnek Mahkemenin 1990 yılında verdiği ve 12 Eylül döneminden kalan ve Anayasanın darbe dönemi kamusal işlemlerine karşı yargı yolunu kapatan geçici 15. maddesi kapsamına giren hükmün yorumuna dair kararıdır. Anılan kararda, "*Yasalar herşeyden önce sözü ile uygulanır. Yasaların metninin, içerdiği sözcüklerin hukuk dilindeki anlamlarına göre anlaşılması gerekir. Yasa kuralının, günün sosyal ve ekonomik gerekleriyle çeliştiği sanılsa bile yürürlükte kaldığı sürece uygulamak hukukun gereğidir. Bazı düşünce ve gerekçelerle bukuralın dışına çıkılması, metinlerin anlamlarından başka biçimlerde yorumlanması, metnin bir tür düzeltilmesine kalkışılması, aslında yasada olmayanı yasaya yakıştırmak ve yorum yoluyla yasakoyucunun yerini almak demek olur.*"[535] denilerek "günün sosyal ve ekonomik gerekleriyle çelişen" kuralların yürürlükte kaldıkları sürece uygulanmalarının gerekli olduğu açıkça vurgulanırken; hukuk devleti ilkesine uygunluğu konusunda ciddi soru işaretleri olan söz konusu kuralların dinamik yorum yoluyla hukuk düzeninden temizlenmesi fırsatı kaçırılmıştır.

Bu konuda bir başka örnek Askeri Ceza Kanunu'nun "gayrî tabiî mukarenette bulunan yahut bu fiili kendisine rızasıyla yaptıran" asker kişilerin Türk Silahlı Kuvvetleri'nden çıkarılmalarını düzenleyen hükmünün iptal edilmediği karardır. Yalnızca asker kişiler ile ilgili bir düzenleme olduğu ve askerlik hizmetinin gereği gibi

[535] AYM, E. 1990/32, K. 1990/25, k.t. 16/10/1990.

yürütülmesini sağlamayı amaçladığı savıyla demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı görülmeyen kuralın özel hayatın gizliliği hakkını da ihlal etmediğine hükmedilmiştir.[536] Halbuki, Engin Yıldırım'ın karşı oy yazısında da ifade edildiği üzere, Mahkeme'nin inceleme sırasında Anayasanın 10. maddesindeki eşitlik ilkesinde "ve benzeri" sebeplerle de ayrımcılık yapılamayacağına ilişkin düzenlemeyi dinamik yoruma alan tanır şekilde yorumlaması ve cinsel yönelimi de yasaklı ayrımcılık temellerinden biri sayması mümkündü.[537]

AYM'nin dinamik yorum aracılığıyla temel hakların korunmasını sağlayabilecekken bu yolu tercih etmediği kararlardan söz ederken Mahkeme'nin AİHM içtihadıyla olan ilişkisine de dikkat çekmek gerekmektedir. Bu bağlamda, öne çıkan konulardan ilki, Mahkeme'nin bireysel başvuruda mağdur statüsüne ilişkin yaklaşımıdır. Mahkeme *Atilla Kart ve Cumhuriyet Halk Partisi* başvurusu ile *Tezcan Karakuş ve Diğerleri* başvurusu gibi bazı başvurularda bireysel başvuruda "mağdur" kavramının, davada menfaat ve dava ehliyeti gibi konulardan bağımsız bir şekilde yorumlandığını ve mağdur kavramının yorumunun, günümüzde toplumun koşulları ışığında değişime tabi olup, bu kavramın aşırı biçimcilikten uzak bir şekilde uygulanması gerektiğini ifade ederek bu konuda AİHM'nin yaptığı dinamik yorumun benimsenmesi gerektiğini ilgili AİHM kararlarına atıf yaparak açıkça ifade etmiştir.[538] Ne var ki, Mahkeme mağdurluk statüsünü AİHM içtihadı bağlamında dinamik biçimde yorumlamasını gerektiren bir başvuru gerçekten önüne geldiğinde ilgili başvuruyu *actio popularis* niteliğinde görerek

[536] AYM, E. 2015/68, K. 2017/166, k.t. 29/11/2017.
[537] Konuya ilişkin Engin Yıldırım'ın karşı oy yazısında kurucu iktidarın dinamik yoruma bakışı hakkındaki değerlendirme de not etmeye değerdir: "*Anayasa koyucu 10. maddede açık uçlu bir ayrımcılık temeli bırakarak, günün değişen koşulları karşısında ayrımcılığa yol açabilecek yeni toplumsal sınıflandırmaların ortaya çıkması halinde, maddenin yaşayan ve dinamik bir şekilde yorumlanmasının, dipdiri kalmasının ve içinin doldurulmasının önünü kapatmak istememiştir.*", bkz. Engin Yıldırım'ın karşı oy yazısı, AYM, E. 2015/68, K. 2017/166, k.t. 29/11/2017.
[538] AYM, *Atilla Kart ve Cumhuriyet Halk Partisi Başvurusu*, B. No. 2014/13634, k.t. 08/09/2014; *Tezcan Karakuş Candan ve Diğerleri Başvurusu*, B. No. 2014/5809, k.t. 10/12/2014.

dinamik yorum yoluyla mağdurluk statüsünü temel hakları genişletecek şekilde yorumlama imkânını kullanmamıştır.[539]

Benzeri bir tutum mağdurluk statüsünün özel bir biçimi olan "potansiyel mağdurluk" kavramının yorumunda da ortaya çıkmıştır. Anayasada da AİHS'de de açıkça mevcut olmayan bu kavram sosyal gerçekliğin bu statünün tanınması yönünde yarattığı gereklilikten doğmuştur. Tipik bir dinamik yorum ürünü sayılabilecek bu kategorinin varlığının farkında olduğunu *Ayşe Hülya Potur* başvurusunda gösteren Mahkeme, somut bir olaya dayanmasa dahi, gelecekteki başvuruculaların potansiyel ve kendisine yaklaşan bir ihlal tehdidi altında olduğunu inandırıcı bir şekilde açıklamasının da bireysel başvurunun kabul edilmesini ve esastan incelenmesini sağlayabileceğini ifade ederek potansiyel mağdurluk statüsünü dinamik yorum yoluyla tanımanın yolunu açmıştır.[540] Ne var ki, tam da AYM'nin çizdiği potansiyel mağdur profiline uyduğu söylenebilecek *Büyük Birlik Partisi ve Diğerleri* başvurusundaki, yaklaşan seçimlerde uygulanacak yüzde onluk seçim barajının serbest seçim hakkını ihlal ettiği iddiasındaki başvuruculaların taleplerini, üstelik başvurucular potansiyel mağdurluk kavramsallaştırmasına başvurularında yer vermiş olmalarına rağmen kabul edilemez bulmuştur.[541] AİHM içtihadıyla tamamen çelişen bu karar, yukarıda anılan *Mahmut Tanal ve Diğerleri* başvurusuyla birlikte göstermektedir ki Mahkeme dinamik yorum konusunda mağdurluk statüsüne ilişkin AİHM içtihadını yalnızca söylemsel bazda benimsemiş olup dinamik yoruma gerçekten başvurma imkânı veren başvurularda bu imkânı kullanma konusunda son derece isteksiz görünmektedir.[542]

---

[539] AYM, *Mahmut Tanal ve diğerleri Başvurusu*, B. No. 2014/18803, k.t. 10/12/2014.
[540] AYM, *Ayşe Hülya Potur Başvurusu*, B. No. 2013/8479, k.t. 06/02/2014, § 23.
[541] AYM, *Büyük Birlik Partisi ve diğerleri Başvurusu*, B. No. 2014/8842, k.t. 6/1/2015.
[542] Tolga ŞİRİN, "Türk Anayasa Mahkemesi'nin Bireysel Başvuru Kararlarının Değerlendirilmesi", **Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru: Türkiye Uygulamasının Almanya ve Strazburg Ekseninde Karşılaştırılması**, ed. Mustafa Mert ALPBAZ, Ece GÖZTEPE, 1. Baskı, İstanbul, Oniki Levha Yayınları, 2017, s. 29-30.

Dinamik yoruma ilişkin AİHM içtihadını içeren benzeri bir tutumu AİHS'nin kapsamının 1982 Anayasası'ndan daha sınırlı olduğu adil yargılanma hakkı bağlamında da görmek mümkündür. Çeşitli gerekçelerle yapılan 2013 tarihli *Adnan Oktar* ve *Onurhan Solmaz* başvurularında adil yargılanma hakkının bazı görünüm biçimlerinin ihlal edildiği iddia edilmiştir. Yaptığı değerlendirmede Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 36. maddesinin birinci fıkrasında herkesin meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahip olduğunun belirtildiğini ifade etmiş ise de; kararın devamında "*Anayasa'da adil yargılanma hakkının kapsamı düzenlenmediğinden bu hakkın kapsam ve içeriğinin, AİHS'nin "Adil yargılanma hakkı" kenar başlıklı 6. maddesi çerçevesinde belirlenmesi gerekir.*" hükmüne varmıştır.[543] Mahkemenin söz konusu yaklaşımı haklı olarak eleştirilmiştir. Zira, daha önce de ifade edildiği üzere, anayasalar çoğunlukla içerdikleri temel kavram ve kurumların detaylı açıklamasına yer vermediğinden onların somutlaştırılması anayasa yargısının asli görevlerinden biri olarak karşımıza çıkmaktadır. Mahkeme söz konusu görevi AİHS'nin yorumunu referans alarak gerçekleştirmesi gerektiğini ifade etmişse de, bu "tercih" hakkın kapsamında zorunlu olmayan bir çeşit daralmaya yol açmıştır.[544] Zira, AİHS'nin 6. maddesinde adil yargılanmaya ilişkin hak ve ilkelerin "medeni hak ve yükümlülükler ile ilgili uyuşmazlıkların" ve bir "suç isnadının" esasının karara bağlanması esnasında geçerli olduğu belirtilerek hakkın kapsamı bu konularla sınırlandırılmış olup Anayasamızda böylesi bir sınırlama mevcut değildir. Anayasamızın 36. maddesi AİHS'ye göre çok daha genel ve soyut bir düzenleme yaparak "*Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil*

[543] AYM, *Onurhan Solmaz Başvurusu*, B. No. 2012/1049, k.t. 26/3/2013; *Adnan Oktar Başvurusu*, B. No. 2012/917, k.t. 16/4/2013.
[544] A. Ersoy KONTACI, "Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuruda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Yorumu", **Ankara Barosu Dergisi**, No: 4, 2014, s. 113-115.

yargılanma hakkına sahiptir." hükmü ile yetinmiştir. Bu durumda Anayasa Mahkemesi, somutlaştırmaya ihtiyaç duyan Anayasa hükmünün sağladığı dinamik yorum yapma imkânını kullanabilecekken bu yolu tercih etmemiş ve hakkın kapsamını daha dar sınırlı olan AİHS ile eşitleme yoluna gitmiştir. Bunun üzerine adı geçen başvurular özelinde, Anayasa'da veya diğer mevzuatımızda "…bir ceza davasında üçüncü kişilerin suçlanması veya cezalandırılmasını talep eden mağdur, suçtan zarar gören, şikâyetçi veya katılan sıfatını haiz kişiler…"in adil yargılanma hakkından yararlanamayacağı yönünde hiçbir düzenleme olmamasına rağmen, ceza yargılamasının bütün bu süjeleri anayasal koruma mekanizmasının dışında bırakılmış olmaktadır.[545]

[545] Anayasa Mahkemesi'nin bu kararıyla birlikte Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 53. maddesinde öngörülen "çatışma normu"nu; yani Sözleşme'ye taraf olan Devletlerin iç hukuklarından veya tarafı oldukları diğer uluslararası mevzuattan kaynaklanan ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne göre daha geniş bir koruma seviyesi sağlayan normları uygulama imkân ve yükümlülüğü veren hükmü de görmezden gelmiş olması da, kararın bir başka sorunlu boyutunu oluşturmaktadır. KONTACI, **a.g.e.**, s. 115.

SONUÇ

Yorum, hukukun hem teorisi hem de uygulanması noktasında vazgeçilmez ve en büyük öneme sahip faaliyettir. Hatta hukukun tümüyle yoruma ilişkin bir faaliyet olduğu da söylenebilir. Edebiyat, felsefe, teoloji gibi alanlarda da yoruma ihtiyaç duyuluyor olsa da hukuki yorum kendine has ve çok boyutlu bir önemi haizdir. Bu durum, hukuki yorum aracılığıyla ulaşılan sonuçların insan ve toplum hayatı üzerindeki ciddi etkilerinden kaynaklanır.

Hukuki yorumun sözü edilen önemi onun sistemleştirilmesini ve sınırlanmasını da son derece önemli hale getirmektedir. Keyfi olarak yapılacak bir yorumun doğurduğu etkilerin tek tek bireyler ve genel olarak toplum tarafından kabul edilmesi zor olacağından tarihsel süreç içerisinde yorumu sistemleştirmeye ve sınırlandırmaya, başka bir deyişle onun belli ilke ve değerlere göre yapılmasını zorunlu kılmaya yönelik çeşitli teoriler ortaya atılmıştır. Bu konuda ilk olarak klasik teorinin, ardından da ona tepki olarak ortaya çıkan realist teorinin öne çıktığı söylenebilir.

Yorumu bilme alanının konusu olarak gören ve yaratıcı bir unsur içermeyen klasik teori ile yorumu tamamıyla yorumcunun serbest iradesinin ürünü olarak tanımlayan realist teori yorum teorilerinin iki karşıt ucunu oluşturmaktadır. Bu uçların her ikisinin de geçerli yorum teorisi olarak benimsenmesinin çeşitli sakıncaları bulunmaktadır. Klasik teori, her hukuki problemin verili bir doğru cevabı olduğu ve bu cevabın da klasik mantık kuralları ve geleneksel yorum yöntemleriyle elde edilebileceği tezinin gerçekçi olmayışı sebebiyle, realist yorum teorisi ise yoruma dair herhangi bir metodoloji ve sınır kabul etmeyerek onu tamamen keyfileştirdiği gerekçesiyle eleştirilmektedir. Kısacası, her iki teorinin de hukuki yoruma dair yeterli ve kapsayıcı bir çözüm önerisi sunduğunu söylemek mümkün görünmemektedir.

Bu durum, anayasa hukuku özelinde çok daha görünür vaziyettedir. Zira, çoğunlukla soyut ve genel hükümlerden oluşan ve toplum hayatındaki özgül ağırlığı diğer hukuk normlarına nazaran çok daha fazla olan anayasalar somutlaştırılmaya muhtaç olmaları sebebiyle klasik teoriye göre; keyfiliğin doğurabileceği ağır sonuçlar sebebiyle de realist teoriye göre yorumlanamazlar. Anayasa hukukunda, alanın özgün yapısına uygun çeşitli kendine özgü bakış açıları geliştirilmek zorundadır.

Dinamik yorum, sözü edilen ihtiyacı giderme noktasında öne çıkan yorum anlayışlarından biri olarak karşımıza çıkmaktadır. Anayasanın somutlaştırılması ve güncel koşullara uygun olarak yorumlanması gerektiğini savunan dinamik yorum anlayışı, onu şekli değişikliklerin zor usullerinden kurtarması ve bu sayede esnek bir yapı yaratarak normatif gücünü koruması açısından anayasa hukukunun kendine özgü ihtiyaçlarının giderilmesine katkı sunma potansiyeline sahiptir.

Çalışmanın girişinde sorulan, anayasanın bir makine mi yoksa bir organizma mı olduğu sorusuna makine olduğu yönünde cevap veren ve dinamik yorumun doğal rakibi olarak görülebilecek orijinalizm anlayışının ise güncel ihtiyaçlara cevap verme noktasında yetersiz kalması, hatta niyetselci bakış açısıyla değerlendirildiğinde kurucu iktidarın niyetine ilişkin pek çok ek sorun doğurması gibi sebeplerle dinamik yorumun sağladığı avantajları sağlamasının mümkün olmadığı görülmektedir.

Bununla beraber, dinamik yorumun da eleştirilerden azade olmadığı söylenebilir. Özellikle yorumda sübjektifliği artırdığı ve demokratik meşruiyete sahip olmadığı eleştirileriyle karşılaşan dinamik yorumun demokratik meşruiyet eleştirisini demokrasinin çağdaş çoğulcu yaklaşımına dayanarak; sübjektiflik eleştirisini ise Friedrich Müller'e ait somutlaştırma yöntemi ve Hans-Georg Gadamer'in ortaya koyduğu

hermenötik teoriden yola çıkan ön anlayışa dair farkındalık yaklaşımıyla aşabileceğini söylemek mümkündür.

Temel olarak anayasanın yorum yoluyla dönüşümünün meşru olup olmadığı ve metin dışı unsurların yorumda esas alınıp alınamayacağı noktalarında ayrım gösteren söz konusu iki anlayışın temel hakların korunması açısından ne tür etkiler doğurduğu sorusuna gelince; orijinalizmin metne sadakat yoluyla anayasada yazılı olan temel hakları daha iyi muhafaza edeceği iddia edilmiş olsa da sürekli olarak yeni tehlike ve tehditlerle karşılaşan temel hakları yaratıcı ve dinamik bir yorum yapmadan korumak olanaksız görünmektedir. Daimî olarak değişen ve dönüşen toplumsal yaşamın, geçmişte yaşayıp günümüzde burada bulunmayan ve dolayısıyla güncel sorunları bilme olanağı olmayan geçmiş nesillerin öngörüleri ile dizayn edilmesi temel hakların karşılaşabileceği tehditlere cevap vermek açısından son derece yetersizdir. Temel hakların korunabilmesi, anlamı bir kez belirlenmekle taşlaştırılmış bir Anayasa ile değil ancak sürekli olarak güncellenmeye açık, dinamik bir Anayasa ile mümkündür.

Öte yandan, dinamik yorumun temel hakları istisnasız her durumda korumasını beklemek de bir temenniden öteye gidemez. Orijinalizmden daha işlevsel olduğu kabul edilse dahi, dinamik yoruma olanak bulunmayan, olanak bulunsa dahi temel hakların korunmasında yetersiz kalacağı hallerle karşılaşılabileceği gibi dinamik yorum yoluyla temel hakların zayıflatılması da mümkündür. Üstelik bu durum, farazi bir tehlikenin ötesinde somut örnekleri olan bir gerçekliktir de. Benzer şekilde, orijinalizmin de kendisine her başvurulduğunda temel hakları zayıflatması veya onların gelişimini engellemesi bir zorunluluk değildir. Kurucu iktidarın izin verdiği ölçüde orijinalizm de dinamik sonuçlar doğurabilir.

Bununla beraber, ampirik çıktılar değerlendirildiğinde dinamik yorumun ezici bir çoğunlukla temel haklar açısından olumlu sonuçlar yarattığı görülmektedir. Orijinalizm genellikle temel hakların gelişimi yerine çağdışılığıyla sonuçlanırken dinamik yorum toplumda mevcut olan ancak çeşitli sebeplerle elde edilemeyen hak taleplerini sonuca ulaştıran sayısız örneğe sahiptir. Dinamik yoruma başvurulduğu için hatalı olarak verilen ve ciddi sorunlara yol açan sınırlı sayıda yargı kararlarının mevcut olması, bu yolla elde edilen sayısız güvencenin göz ardı edilmesine sebep olmamalıdır. Her beşerî kurum gibi hatasız olması olanaksız olan yargı organının yaptığı hataların temel hakların en büyük güvencelerinden biri olan dinamik yoruma bakışı olumsuz kılmaması gerekir. Aksi tutum, hata yapmaktan sürekli olarak korkulduğu için hiçbir başarı elde edememekle ve gelişme gösterememekle sonuçlanır. Dinamik yorum, temel hakların korunabilmesi hususunda son derece değerli ve önemli bir araçtır; statükoyu koruma gayesiyle onu kullanmaktan imtina etmek nihayetinde toplumsal gelişmeye ket vurmakla sonuçlanır.

Keza, toplumun sürekli olarak gelişmeye yönelen talebinin önünde durmak da mümkün değildir. Başka araçlarla dinamizmi sağlayamadığı durumlarda yargısal yolla da gelişimin karşısında durulması, bireylerin ve toplumun anayasal düzene olan saygısını ve sadakatini ortadan kaldırma tehlikesiyle sonuçlanır. Hak taleplerinin yeterince güçlü olduğu durumlarda önüne geçilemeyecek olan dinamizmin yargı eliyle sağlanması hem tehlikeleri önlemek hem de gelişimi hızlandırmak açısından çok daha verimli görülebilir.

Buna rağmen, Türk Anayasa Mahkemesi'nin, her ne kadar dinamik yoruma kimi kararlarında doğrudan kendi yaklaşımıyla kimi kararlarında da AİHM'nin dinamik yorum yaptığı kararları dayanak göstererek zaman zaman başvursa da, bu konuda yeterli ve sağlıklı bir birikime sahip olduğunu söylemek zordur. Mahkeme, ya AİHM kararlarına kimi zaman Anayasadaki hakların kapsamını daraltmak pahasına başvurduğundan ya da kararlarında dinamik yorumu kullandığından açıkça bahsetmemesi sebebiyle temel

hakların korunması açısından olumsuzluk, eksiklik ve belirsizliklerin odağında yer almaktadır. Anayasa Mahkemesi, temel hakların daha etkili biçimde korunmasını amaçlıyorsa; öncelikle dinamik yoruma başvurmaya devam etmeli ve hatta dinamik yoruma başvurma sıklığını artırmalı, ancak bunun için ve hatta ilk etapta bundan daha önemlisi AİHM içtihadına yalnızca görünüşte ve samimiyetten uzak biçimde değil, gerçekten temel hakları korumak maksadıyla başvurmalı, bunun yanında anayasanın yaşayan bir belge olduğu anlayışını kararlarında açıkça ifade ederek dinamik yoruma başvurulan kararlardaki belirsizlikleri gidermeyi ve dinamik yorumun ilkesel altyapısını oluşturmayı kendisine amaç edinmelidir. Anayasamızın 12. ve 17. maddelerinde dinamik yoruma olanak tanıyan pozitif düzenlemelerin de bulunduğu düşünüldüğünde Mahkeme'nin anılan önerileri gerçekleştirmesinin karşısında ciddi bir engel olmadığı, hatta bu önerileri hayata geçirmesinin daha da kolay olduğu söylenebilir.

Kaydedilmesi gereken son bir not olarak, oldukça değerli ve önemli olarak nitelendirilen dinamik yorumun üretebileceği sayısız olumlu çıktının yanında yargıya tanıdığı geniş hareket alanı sayesinde kontrol edilmesi zor bir gücü de ortaya çıkardığı söylenmelidir. Belirli sınırlara dayalı olarak yapılmadığı takdirde realist teorinin eleştirilen tüm yönlerini barındırma tehlikesi içeren dinamik yorum, kaçınılmaz olarak içerdiği ve anayasa yargıçlarının seçim usulü, toplumsal beklentiler ve mekanist anayasa anlayışından oluşan dışsal sınırların yanında mutlaka metnin semantik olanakları, gerekçelendirme ve tutarlılık ve temel haklar alanına özgülükten oluşan metodolojik sınırlara da tabi kılınmalıdır. Kuşkusuz, sözü edilen metodolojik sınırlar, zorlayıcılıktan yoksunlukları ve dinamik yorumun temel hakları koruyucu etkisini sınırlamaları sebebiyle mutlak etkililikten uzaktır; ancak hukuk devleti ilkesinin de en az dinamizm kadar önemli bir hukuki değer olduğu kabul edilirse birtakım sınırlara tabi olmadan

yapılan dinamik yorumun temel haklar için korumadan ziyade tehlike yaratabileceği de görülebilir.

Ancak neticede, dinamik yorum, yargısal uygulamada da defalarca görüldüğü üzere, anayasalcılığın ve temel hakların korunması noktasında yeri doldurulamayacak temel bir bakış açısı olarak her zaman için varlığı muhafaza edilmesi gereken ve kendisinden vazgeçilemeyecek bir yorum anlayışıdır. Dinamik yorum sayesinde başarıya ulaşan ve güvence elde eden sayısız hak mücadelesi göz önünde bulundurulduğunda bu iddianın haklılığı ortaya çıkacaktır.

KAYNAKÇA

I. Kitaplar ve Makaleler

ACKERMAN, Bruce: "The Living Constitution", **Harvard Law Review**, C. 120, No: 7, 2007, s. 1737-1812.

AKINTÜRK, Turgut: **Medenî Hukuk: Yeni Medenî Kanuna Uyarlanmış Genişletilmiş**, Onikinci (20.) Bası., İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım, 2006.

AKTAŞ, Sururi: "Hukukta Yorum Çabaları", **Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 15, No: 3-4, 2011, s. 1-33.

ALEXY, Robert: **A Theory of Legal Argumentation: The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification**, Birinci Basım., New York, Oxford University Press, 2011.

ALİEFENDİOĞLU, Yılmaz: "Anayasal Yargıda Yorum", **Amme İdaresi Dergisi**, C. 28, No: 3, 1995, s. 3-26.

ALVAZZI del FRATE, Paolo: "The Origins of the Référé Législatif and the Cahiers de Doléances of 1789", (04.11.2022), (Çevrimiçi) http://www.rmoa.unina.it/5190/1/Ascheri_4-AlvazzidelFrate.pdf, 04.11.2022.

ARSEL, İlhan: **Anayasa Mahkemesinin Bazı Eğilimleri Üzerine Görüşler**, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1970.

AZRAK, Ülkü: "Türk Anayasa Mahkemesi", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 28, No: 3-4, 1962, s. 649-700.

BADINTER, Robert, GENEVOIS, Bruno: "Fransa Anayasa Konseyi Raporu", çev. Işıl KARAKAŞ, **VIII. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı**, C. 3, Ankara, Türk Anayasa Mahkemesi Yayınları, 1990, s. 147-170.

BALKIN, Jack M.: "Framework Originalism and the Living Constitution", **Northwestern University Law Review**, C. 103, No: 2, 2009, s. 549-614.

———: **Living originalism**, Cambridge, Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

BARAK, Aharon: "Hermeneutics and Constitutional Interpretation Comparative Constitutionalism: Theoretical Perspectives on the Role of Constitutions in the Interplay between Identity and Diversity", **Cardozo Law Review**, C. 14, No: Issues 3-4, 1992, s. 767-774.

———: **Purposive Interpretation in Law**, Princeton, Princeton University Press, 2005.

BARNETT, Randy E.: "Interpretation And Construction", **Harvard Journal of Law and Public Policy**, C. 34, No: 1, 2011, s. 65-72.

———: **Restoring The Lost Constitution: The Presumption of Liberty**, Updated edition., Princeton, Princeton University Press, 2014.

BERGER, Raoul: "G. Edward White's Apology for Judicial Activism", **Texas Law Review**, C. 63, No: 2, 1984, s. 367-385.

———: **Government by Judiciary: The Transformation of The Fourteenth Amendment**, İkinci Baskı., Indianapolis, Liberty Fund, 1997.

BICKEL, Alexander M: **The Least Dangerous Branch**, İkinci Baskı., New York, Yale University Press, 1986.

BİLGE, Necip: **Hukuk Başlangıcı: Hukukun Temel Kavram ve Kurumları**, 36. Baskı., Ankara, Turhan Kitabevi, 2019.

BORK, Robert H.: "Neutral Principles and Some First Amendment Problems", **Indiana Law Journal**, C. 47, No: 1, 1971, s. 1-35.

———: "The Impossibility of Finding Welfare Rights in the Constitution", **Washington University Law Review**, C. 1979, No: 3, 1979, s. 695-701.

BOUDREAU, Cherly, Mathew D. MCCUBBINS, Daniel B. RODRIGUEZ: "Statutory Interpretation and the Intentional(Ist) Stance", **Loyola of Los Angeles Law Review**, C. 38, 2005, s. 2131-2146.

BOYAR, Oya: "Anayasal Uyuşmazlıklarda Yorum", İstanbul, Marmara Üniversitesi, Yayınlanmamış Doktora Tezi Tezi, 2008.

———: **Anayasal Yoruma Giriş**, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2021.

———: "Anayasal Yorumla Yasal Yorum Arasındaki Benzerlik ve Farklılıklar Üzerine Bir Değerlendirme", **Anayasa Yargısı Dergisi**, C. 39, No: 1, 2022, s. 267-287.

BREST, Paul: "The Misconceived Quest for the Original Understanding", **Boston University Law Review**, C. 60, No: 2, 1980, s. 204-238.

CANSEL, Erol: "Genel Rapor", **VIII. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı**, C. 1, Ankara, Türk Anayasa Mahkemesi Yayınları, 1990, s. 37-80.

CHEMERINSKY, Erwin: **Constitutional Law: Principles and Policies**, Sixth edition., New York, Wolters Kluwer, 2019.

———: **Interpreting The Constitution**, New York, Praeger, 1987.

COOLEY, Thomas M.: **A Treatise on the Constitutional Limitations Which Rest upon the Legislative Power of the States of the American Union**, 2. Baskı., Boston, Little, Brown and Company, 1871.

COOPER, Jonathan: "Özel ve Ailevi Yaşama Saygı Hakkı (İHAS madde 8)", Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İdari Yargı, 2006, s. 117-131.

COWEN, D. V.: "Prolegomenon to a Restatement of the Principles of Statutory Interpretation", **Journal of South African Law**, C. 1976, No: 2, 1976, s. 131-167.

ÇAĞLAR, Bakır: "Anayasa Yargısında Yorum Problemi Karşılaştırmalı Analizin Katkıları", **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi**, C. 5, No: 1-3, 1984, s. 163-195.

———: "Anayasanın Hukuku ve Anayasanın Yargıcı, Yenilenen Anayasa Kavramı Üzerine Düşünceler", **Anayasa Yargısı Dergisi**, C. 8, 1991, s. 13-62.

ÇAVUŞOĞLU, Naz: "İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ni 'Yaşayan Belge' Yapan Yorum Teknikleri", **Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü İnsan Hakları Yıllığı**, C. 14, 1992, s. 131-146.

da COSTA, J. M. Cardoso: "Portekiz Anayasa Mahkemesi Raporu", çev. Ahmet İŞERİ, **VIII. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı**, C. 3, Ankara, Türk Anayasa Mahkemesi Yayınları, 1990, s. 335-348.

DEMİRBAŞ, Timur: **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 15. baskı., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2020.

DWORKIN, Ronald: **Hukukun Hükümranlığı**, çev. Ertuğrul UZUN, 1. Baskı., İstanbul, Nora Kitap, 2018.

———: "Law as Interpretation", **Texas Law Review**, C. 60, No: 3, 1982, s. 527-550.

———: **Taking Rights Seriously**, Londra, Bloomsbury, 2013.

———: "The Forum of Principle", **New York University Law Review**, C. 56, No: 2-3, 1981, s. 469-518.

DZEHTSIAROU, Kanstantsin: "European Consensus and the Evolutive Interpretation of the European Convention on Human Rights", **German Law Journal**, C. 12, No: 10, 2011, s. 1730-1745.

EASTERBROOK, Frank H.: "The Role of Original Intent in Statutory Construction", **Harvard Journal of Law and Public Policy**, C. 11, 1988, s. 59-66.

ECO, Umberto: **Yorum ve Aşırı Yorum**, 3. bası., İstanbul, Can Yayınları, 2003.

ELY, John Hart: **Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review**, Cambridge, Harvard University Press, 1980.

ERDOĞAN, Murat: "Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuruda Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu", Ankara, Gazi Üniversitesi, Doktora Tezi Tezi, 2019.

EREN, Abdurrahman: "Hukuki Yorum Yöntemleri Açısından Bireysel Başvuru Kararlarının Anayasanın Yorumuna Etkileri", **Anayasa Yargısı Dergisi**, C. 33, 2016, s. 231-301.

ESEN, Bülent Nuri: **Anayasanın Anayasa Mahkemesince Yorumlanışı**, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1972.

ESKRIDGE, William N: "Dynamic Statutory Interpretation", **University of Pennsylvania Law Review**, C. 135, No: 6, 1987, s. 1479-1555.

EYRENCİ, Öner: "Anayasanın Yorumlanması Yöntemlerine Genel Bir Bakış", **Amme İdaresi Dergisi**, C. 14, No: 1, 1981, s. 45-57.

GEDİK, Ömer: "Anayasa Mahkemesi Kararlarının Yorum Yöntemleri Açısından İncelenmesi", İstanbul, Marmara Üniversitesi, Doktora Tezi Tezi, 2013.

———: "Norm Denetimi Bakımından Otorite Özgürlük Sarmalındaki Türk Anayasa Mahkemesinin Yorum Yöntemlerine İlişkin Bazı Değerlendirmeler", **Anayasa Yargısı Dergisi**, C. 39, No: 1, 2022, s. 289-324.

GILLMAN, Howard: "The Collapse of Constitutional Originalism and the Rise of the Notion of the 'Living Constitution' in the Course of American State-Building", **Studies in American Political Development**, C. 11, No: 2, 1997, s. 191-247.

GÖREN, Zafer: "Türk-Alman Hukukunda Kişiliğin Korunması", **Anayasa Yargısı Dergisi**, C. 9, 1992, s. 165-184.

GÖZLER, Kemal: **Anayasa Hukukunun Genel Teorisi**, C. 2, 1. Baskı., Bursa, Ekin Yayınları, 2011.

———: **Hukukun Genel Teorisine Giriş: Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu**, Ankara, Us-A Yayıncılık, 1998.

———: "Realist Yorum Teorisi ve Mekanist Anayasa Anlayışı", **Anayasa Yargısı Dergisi**, C. 15, 1998, s. 207-242.

———: "Yorum İlkeleri", Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Kamu Hukukçuları Platformu Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması, 2013, s. 15-119.

GÖZTEPE, Ece: "Alman Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Türk Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Kararlarının Değerlendirilmesi", **Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru: Türkiye Uygulamasının Almanya ve Strazburg Ekseninde Karşılaştırılması**, ed. Mustafa Mert ALPBAZ, Ece GÖZTEPE, 1. Baskı., İstanbul, Oniki Levha Yayınları, 2017, s. 111-167.

———: "Anayasa Yargısının Meşruluğu", **Demokratik Anayasa**, ed. Aykut ÇELEBİ, Ece GÖZTEPE, 1. Basım., İstanbul, Metis Yayınları, 2012, s. 387-417.

GREY, Thomas C.: "Do We Have an Unwritten Constitution?", **Stanford Law Review**, C. 27, No: 3, 1975, s. 703-718.

GRONDIN, Jean: "Hermeneutik", çev. Kaan H. ÖKTEN, **Cogito**, No: 89-Hermeneutik, 2017, s. 7-41.

GÜRKAN, Ülker: **Hukukî Realizm Akımı**, Ankara, AÜHF Yayınları, 1967.

HAKYEMEZ, Yusuf Şevki: "Anayasa Mahkemesinin Norm Denetimi Kararlarında Hak ve Özgürlüklerin Kapsamını Genişleten Yorumu", **Anayasa Yargısı Dergisi**, C. 39, No: 1, 2022, s. 233-257.

HART, H. L. A.: **The Concept of Law**, Üçüncü Baskı., Oxford, Oxford University Press, 2012.

HOBBES, Thomas: **Leviathan**, Onüçüncü baskı., İstanbul, Yapı Kredi Yayınları, 2014.

HOFFMANN, Lord: "The Universality of Human Rights", Judicial Studies Board Annual Lecture 19, 2019.

HOLMES, Oliver Wendell: **Collected Legal Papers**, New York, Peter Smith, 1952.

İPEK, Aydın: "Metinden Norma Anayasa Yorumu", **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, No: 5, 2015, s. 929-949.

KABOĞLU, İbrahim Ö.: "İnsan Haklarının Gelişmeci Özelliği ve Anayasa Yargısı", **Anayasa Yargısı Dergisi**, C. 9, 1992, s. 121-136.

KAPANİ, Münci: "Çağdaşlaştırıcı Yargısal Yorum ve Kurucu Amaç Tartışması", **Tarık Zafer Tunaya'ya Armağan**, İstanbul, İstanbul Barosu Yayını, 1992, s. 149-156.

KEYMAN, Selahattin: **Hukuka Giriş ve Metodoloji**, 1. Baskı., Ankara, Doruk Yayınları, 1981.

KONTACI, A. Ersoy: "Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuruda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Yorumu", **Ankara Barosu Dergisi**, No: 4, 2014, s. 105-117.

———: **Anayasa Yargısında Yargısal Karşılaştırmacılık ve Türk Anayasa Mahkemesi**, 1. Baskı., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2021.

———: "Anayasada Sayılmayan Hakların Yargısal Korunması", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 66, No: 2, 2017, s. 427-459.

KÖKÜSARI, İsmail: "Osmanlı-Türk Anayasal Tarihinde Yasama Yorumu ve Uygulaması", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 67, No: 4, 2018, s. 807-855.

KÖPRÜLÜ, Bülent: **Medeni Hukuk: Genel Prensipler-Kişinin Hukuku**, 2. baskı., İstanbul, İÜHF Yayını, 1984.

LANDIS, James M.: "A Note on 'Statutory Interpretation'", **Harvard Law Review**, C. 43, No: 6, 1930, s. 886-893.

LERNER, Hanna: **Making Constitutions in Deeply Divided Societies**, 1. bs, Cambridge University Press, 2011.

LETSAS, George: **A Theory of Interpretation of The European Convention on Human Rights**, New York, Oxford University Press, 2007.

———: "The ECHR As A Living Instrument: Its Meaning and Legitimacy", **Constituting Europe: The European Court of Human Rights in a National, European and Global Context**, New York, Cambridge University Press, 2013, s. 106-141.

LINDE, Hans: "Judges, Critics and the Realist Tradition", **Yale Law Journal**, C. 82, No: 2, 1972, s. 227-256.

MACFARLANE, Emmett: "Judicial Amendment of the Constitution", **International Journal of Constitutional Law**, C. 19, No: 5, 2021, s. 1894-1924.

MCGINNIS, John O., Michael B. RAPPAPORT: **Originalism And The Good Constitution**, Cambridge, Harvard University Press, 2013.

METİN, Sevtap: "Hukuk Normunun Yorumu", İstanbul, İstanbul Üniversitesi, Yayınlanmamış Doktora Tezi Tezi, 2002.

———: "Ronald Dworkin'in Hukuk Teorisinde Yorum Yaklaşımı", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 61, No: 1-2, 2003, s. 35-83.

METİN, Yüksel: **Anayasanın Yorumlanması**, Ankara, Asil Yayın, 2008.

MOWBRAY, Alastair: "The Creativity of the European Court of Human Rights", **Human Rights Law Review**, C. 5, No: 1, 2005, s. 57-79.

ODER, Bertil Emrah: "Anayasa Yargısında Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu: Düzenleme Biçimleri, Kanıtlama ve Somutlaştırma Sorunları -2001 Anayasa Değişiklikleri Sonrasına İlişkin Gözlemler-", Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Kamu Hukukçuları Paltformu Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması, 2013, s. 121-213.

———: **Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri**, 1. Bası., İstanbul, Beta Yayıncılık, 2010.

OĞUZMAN, M. Kemal, Nami BARLAS: **Medenî Hukuk: Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar**, 27. Bası., İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2021.

OTACI, Cengiz: "Hermeneutik (Yorum Bilim) ve Ceza Kanunlarının Yorumu", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, No: 89, 2010, s. 439-491.

ÖZAY, İl Han: "Anayasa Mahkemeleri (Ya da Yargısının) Meşruiyeti", **Anayasa Yargısı Dergisi**, C. 9, 1992, s. 67-74.

ÖZBUDUN, Ergun: **Anayasalcılık ve Demokrasi**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2019.

———: **Türkiye'nin Anayasa Krizi**, 1. Baskı., Ankara, Liberte Yayınları, 2009.

ÖZSUNAY, Ergun: **Medeni Hukuka Giriş**, 5. baskı., İstanbul, Güryay Matbaacılık, 1986.

ÖZTÜRKMEN İCAN, Yeşim: "Hermeneutik ve Anayasanın Yorumlanması", **Anayasa Yargısı Dergisi**, C. 36, No: 2, 2019, s. 1-35.

POWELL, H. Jefferson: "The Original Understanding Of Original Intent", **Harvard Law Review**, C. 98, No: 5, 1985, s. 885-948.

REHNQUIST, William H.: "The Notion of a Living Constitution", **Texas Law Review**, C. 54, No: 4, 1976, s. 401-415.

SAĞLAM, Fazıl: **Temel Hakların Sınırlanması ve Özü**, Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayını, 1982.

SANCAR, Mithat: **"Devlet Aklı" Kıskacında Hukuk Devleti**, 7. Baskı., İstanbul, İletişim, 2014.

———: "Temel Hakların Yorumu", Ankara, Ankara Üniversitesi, Yayınlanmamış Doktora Tezi Tezi, 1995.

SCALIA, Antonin: "Common-Law Courts in a Civil Law System: The Role of United States Federal Courts in Interpreting the Constitution and Laws", **A Matter of Interpretation-Federal Courts and The Law**, ed. Amy GUTMANN, Princeton, Princeton University Press, 1997.

———: "Originalism: The Lesser Evil", **University of Cincinnati Law Review**, C. 57, 1989, s. 849-865.

SCHAUER, Frederick F.: **Playing by The Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life**, Oxford, Clarendon Press, 2002.

SENCER, Muzaffer: "Hak ve Özgürlük Kavramı", **İnsan Hakları Yıllığı**, C. 14, 1992, s. 3-12.

SIMON, Larry G.: "The Authority of the Framers of the Constitution: Can Originalist Interpretation Be Justified?", **California Law Review**, C. 73, No: 5, 1985, s. 1482-1539.

SOLUM, Lawrence B.: "The Constraint Principle: Original Meaning and Constitutional Practice", **SSRN Electronic Journal**, 2017.

———: "The Fixation Thesis: The Role of Historical Fact in Original Meaning", **Notre Dame Law Review**, C. 91, No: 1, 2015, s. 1-78.

———: "What Is Originalism? The Evolution of Contemporary Originalist Theory", **SSRN Electronic Journal**, 2011.

SOYSAL, Mümtaz: **Dinamik Anayasa Anlayışı: Anayasa Dialektiği Üzerine Bir Deneme**, Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayını, 1969.

STRANG, Lee J.: "A Brief History of Originalism in American Constitutional Interpretation", **Originalism's Promise: A Natural Law Account of the American Constitution**, Cambridge, Cambridge University Press, 2019, s. 9-42.

STRAUSS, David A.: **The Living Constitution**, New York, Oxford University Press, 2010.

SUMMERS, Robert S: "Pragmatic Instrumentalism: America's Leading Theory of Law", **Cornell Law Forum**, C. 5, No: 1, 1978, s. 15-20.

ŞİRİN, Tolga: "Türk Anayasa Mahkemesi'nin Bireysel Başvuru Kararlarının Değerlendirilmesi", **Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru: Türkiye Uygulamasının Almanya ve Strazburg Ekseninde Karşılaştırılması**, ed.

Mustafa Mert ALPBAZ, Ece GÖZTEPE, 1. Baskı., İstanbul, Oniki Levha Yayınları, 2017.

TANER, Tahir: **Ceza Hukuku: Umumi Kısım**, Üçüncü Basım., İstanbul, İÜHF Yayını, 1953.

TRIBE, Lawrence H.: "Comment", **Common-Law Courts in a Civil Law System: The Role of United States Federal Courts in Interpreting the Constitution and Laws**, Princeton, Princeton University Press, 1997, s. 65-94.

TUSHNET, Mark V.: "Following The Rules Laid Down: A Critique of Interpretivism And Neutral Principles", **Harvard Law Review**, C. 96, No: 4, t.y., s. 781-827.

UĞUR, Aydın: "Hermeneutik: Eski Bir Yorum Yönteminin Yeniden Gündeme Gelişi ve Hukuk Alanına Uygulanması", **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Faküültesi Dergisi**, C. 38, No: 1, 1983, s. 181-195.

UZUN, Ertuğrul: "Hukuk Yorumdur", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 72, No: 1, 2014, s. 99-104.

———: "Yorumu Hukuktan Kurtarmak", **Ankara Barosu Dergisi**, No: 2, 2016, s. 227-263.

ÜNSAL, Artun: **Siyaset ve Anayasa Mahkemesi ("Siyasal Sistem" Teorisi Açısından Türk Anayasa Mahkemesi)**, Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayını, 1980.

WHITTINGTON, Keith H.: **Constitutional Interpretation: Textual Meaning, Original Intent and Judicial Review**, Kansas, University Press of Kansas, 1999.

YILMAZ, Mehmet Şerif: "İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin Yorum Yöntemleri", İstanbul, Marmara Üniversitesi, Doktora Tezi Tezi, 2010.

ZEVKLİLER, Aydın: **Medenî Hukuk**, 6. Baskı., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2000.

II. İnternet Kaynakları

https://sozluk.gov.tr/ (Erişim Tarihi: 11/10/2022).

https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/interpretation (Erişim Tarihi: 11/10/2022).

http://www.rmoa.unina.it/5190/1/Ascheri_4-AlvazzidelFrate.pdf (Erişim Tarihi: 04/11/2022).

https://lawliberty.org/justice-scalia-fainthearted-originalism-and-nonoriginalist-precedent/ (Erişim Tarihi: 05/12/2022).

https://founders.archives.gov/documents/Madison/01-12-02-0248 (Erişim Tarihi: 06/12/2022).

https://papers.ssrn.com/sol3/Papers.cfm?abstract_id=2940215) (Erişim Tarihi: 06/12/2022).

https://fedsoc.org/commentary/publications/the-great-debate-justice-william-j-brennan-jr-october-12-1985. (Erişim Tarihi: 11/12/2022).

https://avalon.law.yale.edu/18th_century/fed78.asp (Erişim Tarihi: 11/12/2022).

https://www.nytimes.com/2022/06/24/us/clarence-thomas-roe-griswold-lawrence-obergefell.html (Erişim Tarihi: 17/12/2022).

III. ABD Federal Yüksek Mahkemesi Kararları

Marbury v. Madison, 5 U.S. 137 (1803).

McCulloch v. Maryland, 17 U.S. 316 (1819).

Ogden v. Saunders, 25 U.S. 213 (1827).

Dred Scott v. Sandford, 60 U.S. 393 (1857).

Church of the Holy Trinity v. United States, 143 U.S. 457 (1892).

Plessy v. Ferguson, 163 U.S. 537 (1896).

Lochner v. New York, 198 U.S. 45 (1905).

South Carolina v. United States, 199 U.S. 437 (1905).

Towne v. Eisner, 245 U.S. 418 (1918).

State of Missouri v. Holland, 252 U.S. 416 (1920).

Korematsu v. United States, 323 U.S. 214 (1944).

Brown v. Board of Education, 347 U.S. 483 (1954).

New York Times v. Sullivan, 376 U.S. 254 (1964).

Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479 (1965).

Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973).

Public Citizen v. United States Department of Justice, 491 U.S. 440 (1989).

Lawrence v. Texas, 539 U.S. 558 (2003).

District of Columbia v. Heller, 554 U.S. 570 (2008).

Obergefell v. Hodges, 576 U.S. _ (2015).

Dobbs v. Jackson Women's Health Organization, 597 U.S. ___ (2022).

IV. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları

Golder-Birleşik Krallık, B. No. 4451/70, k.t. 21/02/1975.

Tyrer-Birleşik Krallık, B. No. 5856/2, k.t. 25/04/1978.

Klass ve diğerleri-Almanya, B. No. 5029/71, k.t. 06/09/1978.

Marckx-Belçika, B. No. 6833/74, k.t. 13/06/1979.

Young, James ve Webster-Birleşik Krallık, B. No. 7601/76, 7806/77, k.t. 18/10/1982.

Dudgeon-Birleşik Krallık, B. No. 7525/76, k.t. 24/02/1983.

Rees-Birleşik Krallık, B. No. 9532/81, k.t. 17/10/1986.

Soering-Birleşik Krallık, B. No. 14038/88, k.t. 07/07/1989.

Cossey-Birleşik Krallık, B. No. 10843/84, k.t. 27/09/1990.

Cruz Varas ve diğerleri-İsveç, B. No. 15576/89, k.t. 20/03/1991.

Guerra ve diğerleri-İtalya, B. No. 14967/59, k.t. 19/02/1998.

Loizidou-Türkiye, B. No. 15318/89, k.t. 28/07/1998.

Sheffield ve Horsham-Birleşik Krallık, B. No. 22985/93, 23390/94, k.t. 30/07/1998.

Matthews-Birleşik Krallık, B. No. 24833/94, k.t. 18/02/1999.

Chassagnou ve diğerleri-Fransa, B. No. 25088/94, 28331/95, 28443/95, k.t. 29/04/1999.

Lopez Ostra-İspanya, B. No. 16798/90, k.t. 09/12/1999.

Chapman-Birleşik Krallık, B. No. 27238/95, k.t. 18/01/2001.

Goodwin-Birleşik Krallık, B. No. 28957/95, k.t. 11/07/2002.

Mamatkulov ve Askarov-Türkiye, B. No. 46827/99, 46951/99, k.t. 06/02/2003.

Hatton-Birleşik Krallık, B. No. 36022/97, k.t. 08/07/2003.

Öcalan-Türkiye, B. No. 46221/99, k.t. 12/05/2005.

Hirst-Birleşik Krallık, B. No. 74025/01, k.t. 06/10/2005.

Demir ve Baykara-Türkiye, B. No. 34503/97, k.t. 12/11/2008.

Schalk ve Kopf-Avusturya, B. No. 30141/04, k.t. 24/06/2010.

V. United Kingdom Judicial Committee of the Privy Council

Edwards v. Attorney General of Canada, (1929) UKPC 86.

VI. Fransa Anayasa Konseyi Kararları

Décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971.

VII. Federal Alman Yüksek Mahkemesi Kararları

BVerfGE 12, 45 (20/12/1960).

BVerfGE 34, 269 (14/02/1973).

BVerfGE 6, 32 (16/01/1957).

BVerfGE 65, 1 (15/12/1983).

BVerfGE 80, 137 (06/06/1989).

VIII. Kolombiya Anayasa Mahkemesi Kararları

Sentencia C-294/2021 (02/09/2021).

IX. Hindistan Yüksek Mahkemesi Kararları

AIR 1967 SC 1643.

AIR 1973 SC 1461.

X. Avustralya Yüksek Mahkemesi Kararları

Australian Capital Television Pty Ltd v. Commonwealth, [1992] HCA 45; (1992) 177 CLR 106, F.C. 92/033 (1992) 177 CLR 106.

XI. Kanada Yüksek Mahkemesi Kararları

Reference re Secession of Quebec, [1998] 2 SCR 217 (20/08/1998).

Gosselin v Quebec (AG) [2002] 4 SCR 429, 2002 SCC 84.

XII. Türk Anayasa Mahkemesi Kararları

AYM, E. 1963/132, K. 1966/29, k.t. 28/06/1966.

AYM, E. 1970/25, K. 1970/32, k.t. 18/06/1970.

AYM, E. 1969/31, K. 1971/3, k.t. 12/01/1971.

AYM, E. 1970/53, K. 1971/76, k.t. 21/10/1971.

AYM, E. 1979/18, K. 1979/26, k.t. 05/06/1979.

AYM, E. 1980/29, K. 1981/22, k.t. 21/05/1981.

AYM, E. 1987/1, K. 1987/18, k.t. 11/09/1987.

AYM, E. 1990/4, K. 1990/6, k.t. 12/04/1990.

AYM, E. 1990/32, K. 1990/25, k.t. 16/10/1990.

AYM, E. 1990/30, K. 1990/31, k.t. 29/11/1990.

AYM, E.1990/25, K.1991/1, k.t. 10/01/1991.

AYM, E. 1990/15, K. 1991/5, k.t. 28/02/1991.

AYM, E. 1991/31, K. 1991/27, k.t. 12/09/1991.

AYM, E. 1992/12, K. 1992/2, k.t. 18/02/1992.

AYM, E. 1991/2, K. 1992/1, k.t. 10/07/1992.

AYM, E. 1993/33, K. 1993/40, k.t. 21/10/1993.

AYM, E. 1995/21, K. 1995/36, k.t. 15/08/1995.

AYM, E. 2007/45, K. 2007/54, k.t. 1/5/2007.

AYM, *Onurhan Solmaz Başvurusu*, B. No. 2012/1049, k.t. 26/3/2013.

AYM, *Adnan Oktar Başvurusu*, B. No. 2012/917, k.t. 16/4/2013.

AYM, *Özkan Şen Başvurusu*, B. No. 2012/791, k.t. 7/11/2013.

AYM, *Sevim Akat Eşki Başvurusu*, B. No. 2013/2187, k.t. 19/12/2013.

AYM, *İsmail Taşpınar Başvurusu*, B. No. 2013/3912, k.t. 06/02/2014.

AYM, *Ayşe Hülya Potur Başvurusu*, B. No. 2013/8479, k.t. 06/02/2014.

AYM, *Gülsim Genç Başvurusu*, B. No. 2013/4439, k.t. 6/3/2014.

AYM, *Ali Atlı Başvurusu*, B. No. 2013/500, k.t. 20/3/2014.

AYM, *Yaman Akdeniz ve Diğerleri Başvurusu*, B. No. 2014/3986, k.t. 02/04/2014.

AYM, *Youtube LLC Corporation Service Company ve Diğerleri Başvurusu*, B. No. 2014/4705, k.t. 29/05/2014.

AYM, *Tuğba Arslan Başvurusu*, B. No. 2014/256, k.t. 25/06/2014.

AYM, *Atilla Kart ve Cumhuriyet Halk Partisi Başvurusu*, B. No. 2014/13634, k.t. 08/09/2014.

AYM, *Tezcan Karakuş Candan ve diğerleri Başvurusu*, B. No. 2014/5809, k.t. 10/12/2014.

AYM, *Mahmut Tanal ve diğerleri Başvurusu*, B. No. 2014/18803, k.t. 10/12/2014.

AYM, *Emine Karagülmez Başvurusu*, B. No. 2013/3673, k.t. 11/12/2014.

AYM, *Türkan Bal Başvurusu*, B. No. 2013/6932, k.t. 6/1/2015.

AYM, *Büyük Birlik Partisi ve diğerleri Başvurusu*, B. No. 2014/8842, k.t. 6/1/2015.

AYM, *Selda Demir Taze Başvurusu*, B. No. 2014/7668, k.t. 10/6/2015.

AYM, *Kristal-İş Sendikası Başvurusu*, B. No. 2014/12166, k.t. 2/7/2015.

AYM, *Mehmet Kurt Başvurusu*, B. No. 2013/2552, k.t. 25/2/2016.

AYM, E. 2016/167, K. 2016/160, k.t. 12/10/2016.

AYM, E. 2017/85, K. 2017/64, k.t. 15/03/2017.

AYM, E. 2015/68, K. 2017/166, k.t. 29/11/2017.

AYM, E. 2018/71, K. 2018/118, k.t. 27/12/2018.

AYM, E. 2019/9, K. 2019/27, k.t. 11/04/2019.

AYM, *Mehmet Fatih Bulucu Başvurusu*, B. No. 2019/26274, k.t. 27/10/2022.

XIII. Yargıtay Kararları

Yargıtay İBGK, E. 2005/1, K. 2007/1, k.t. 19/1/2007.

ÖZET

Hukuki yoruma dair en çok kabul gören teoriler olan klasik ve realist yorum teorileri anayasanın yorumlanması sırasında anayasa hukukunun özgün karakteri nedeniyle yeterli görülemezler. Bu durum, anayasanın yorumunda kendine özgü bakış açılarına ihtiyaç duyulduğunu gösterir. Dinamik yorum da sözü edilen bakış açılarından biridir.

Kısaca anayasanın güncel koşullara uygun şekilde yorumlanması olarak tanımlanabilecek dinamik yorum sayesinde anayasalar esnekleşir ve böylelikle normatif güçlerini korumalarının da sağlanmasıyla anayasa hukukunun kendine özgü ihtiyaçlarının giderilmesine katkı sunma potansiyeli ortaya çıkar. Dinamik yorumun karşısında yer alan yorum anlayışı olan orijinalizm ise güncel ihtiyaçlara cevap verme noktasında yetersiz kalmaktadır.

Bununla beraber, dinamik yorum da öğretide çeşitli açılardan eleştirilere maruz kalmıştır. Bu eleştirilerin öne çıkanlarının sübjektifliğe ve demokratik meşruiyete ilişkin olduğu söylenebilir. Buna rağmen, dinamik yorumun hem teorik hem de ampirik açıdan temel hakların korunması noktasında daha işlevsel olduğunu söylemek mümkündür.

Her ne kadar, daha işlevsel olduğu iddia edilmiş olsa da dinamik yorumun birtakım sınırlamalara dayalı olarak yapılması gerekmektedir. Aksinin kabulü, hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmaz.

Kısacası bu çalışmada, dinamik yorum anlayışı; sağladığı avantajlar, somut görünüm biçimleri, hakkındaki eleştiriler, başta orijinalizm olmak üzere yoruma ilişkin diğer teori, yöntem ve yaklaşımlarla ilişkileri, sınırları ve ampirik örnekleri açısından ele alınmış ve kavramın genel çerçevesi çizilmeye çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Dinamik yorum, evrimci yorum, yaşayan belge, orijinalizm, yorum teorisi.

ABSTRACT

Due to the unique characteristics of the field of constitutional law, the most accepted theories of interpretation -classic and realist theories- can't be seen as sufficient in the case of interpretation in constitutional law. That case highlights the need for unique perspectives in interpreting constitutions. Dynamic interpretation is on of the aforementioned unique perspectives of constitutional law.

Because of the dynamic interpretation, which can be briefly described as a interpretive approach that is suitable to current circumstances of the legal matter, constitutions can be more flexible and provided with the preservation of the normative strength of constitution, an opportunity for contributing to fulfilling the needs to the field of constitutional law. Standing opposite to the dynamic interpretation, originalism is incapable of providing solutions to the problems of the present.

However, dynamic interpretation has been the target of various criticism from several authors. Nevertheless, it can be said that dynamic interpretation is more functional in the matter of protecting fundamental rights on an empirical and theoretical basis.

Although it has been claimed as more functional, dynamic interpretation has to be applied in a way that is limited to some capacity. Otherwise, this approach can't be compatible with the principle of rule of law.

In essence, this study tries to describe the method of dynamic interpretation, presents the advantages it brings to the field of constitutional law, compiles and presents the appearance forms of the dynamic interpretation, explains the criticism about the notion of dynamic interpretation, explains the relationships between other methods and theories in the field -especially originalism-, specifies the limitations of the perspective, processes the empirical examples regarding the dynamic interpretation and in general define the general concept of the notion of dynamic interpretation.

Keywords: Dynamic interpretation, evolutive interpretation, living document, originalism, theory of interpretation