
Bu metin, *Kamu Hukukçuları Platformu* ve Türkiye Barolar Birliği tarafından Ankara'da 29 Eylül 2012 Cumartesi günü düzenlenen "Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması" başlıklı toplantıda sunulmuştur.

Metinde toplantıda yapılan eleştiriler ve değerlendirmeler ışığında bazı değişiklikler ve geliştirmeler yapılmıştır. Bunlar **mavi** harflerle gösterilmiştir. K.G.

YORUM İLKELERİ

Kemal Gözler

PLÂN:

I. YORUM İLKELERİNİN VARLIK SEBEBİ VE NİTELİĞİ

1. Kuralların Önemi
2. Yorum
3. Yorum İlkelerine Neden İhtiyaç Var?
4. Yorum İlkelerinin Niteliği: Pozitif Temelleri Yoktur; Eşyanın Tabiatından Çıkarlar
5. Yorum İlkeleri Hakimi Bağlar mı?
6. Takım Çantasındaki Aletler Olarak Yorum İlkeleri

II. TEMEL İLKELER

1. Sıfat-1 Arızada Aslolan Ademdir (Mecelle, m.9)
2. Sıfat-1 Asliye Kaide, Sıfat-1 Arıza ise İstisnadır
3. Sıfat-1 Asliyenin Değil, Sıfat-1 Arızanın Varlığı İspata Muhtaçtır

III. KAİDE VE İSTİSNA İLE İLGİLİ İLKELER

1. Kendiliğinden İstisna Olmaz, İstisna Konulmalıdır
2. İstisna, Kaideyi Koyan Makam Tarafından Konulabilir
3. İstisna, Kaideyi Koyan Makamın Açıkça Yetkilendirdiği Bir Başka Makam Tarafından da Konulabilir
4. Yorum Yoluyla İstisna Üretilemez
5. Kaideler Geniş Yorumlanır
 - a) *Generalis regula generaliter est intelligenda* (Bir genel hüküm, genel anlamda anlaşılmalıdır)"
 - b) *Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus* (Kanunun ayırım yapmadığı yerde, bizim de ayırım yapmamamız gerekir)
6. *Exceptiones sunt strictissimae interpretationis* (İstisnalar Dar Yorumlanır)
7. İstisnanın İstisnası Geniş Yorumla Tâbi Tutulur

IV. DÜZENLEME ŞEKİLLERİNE İLİŞKİN İLKELER

1. "*Expressio unius est exclusio alterius* (Bir Şeyi Zikretmek, Diğerini Dışlamaktır)
2. "*Unius positio non est alterius exclusio* (Bir Şeyin Belirtilmesi, Diğer Şeylerin Hariç Tutulduğu Anlamına Gelmez)"

V. YETKİLERLE İLGİLİ İLKELER

1. Anayasal Organların Yetkisiz Olması Asıl, Yetkili Olmaları ise İstisnadır (“Beraet-i Zimmet Asıldır”)
2. *Potestas stricte interpretatur* (Yetkiler Dar Yorumlanır)
3. Yetki Dar, Hürriyet Geniş Yorumlanır
4. Hürriyet Asıl, Sınırlama İstisnadır
5. Kendiliğinden Yasaklama Olmaz; Yasaklama Konulmalıdır
6. Hürriyet Geniş, Sınırlama Dar Yorumlanır
7. Sayılmış Yetkiler Dar, Bakiye Yetkiler Geniş Yorumla Tâbi Tutulur
8. *Delegata potestas non potest delegari* (Devredilmiş Yetki Devredilemez)
9. *Derativa potestas non potest esse major primitiva* (Türemiş Yetki, Aslî Yetkiden Daha Büyük Olamaz)
10. Yetki ve Usûlde Paralellik İlkesi (*Unumquodque eodem modo quo colligatum est dissolvitur* (Bir Şey Yapıldığı Şekilde Çözülür)
11. *Qui potest majus, potest etiam minus* (Çoğu Yapmaya Yetkili Olan Azı Yapmaya da Yetkilidir)

VI. HUKUK KURALLARI ARASINDA ÇATIŞMA ÇÖZMEYLE İLGİLİ İLKELER

1. *Lex superior derogat legi inferiori* (Üst Kanun Alt Kanunları İlgâ Eder)
2. *Lex posterior derogat legi priori* (Sonraki Kanun Önceki Kanunları İlgâ Eder)
3. *Lex specialis derogat legi generali* (Özel Kanun Genel Kanunları İlgâ Eder)
4. *Abrogata lege abrogante non reviviscit lex abrogata* (İlgâ Eden Kanunu İlgâ Etmek, İlgâ Edilmiş Kanuna Tekrar Hayat Vermez)
5. Düzenleyici İşlemler, Bireysel İşlemlerden Daima Üstündür
 - a) Üst Makamın Düzenleyici İşlemleri Alt Makamın Bireysel İşlemlerinden Üstündür
 - b) Bir Makamın Düzenleyici İşlemleri, O Makamın Bireysel İşlemlerinden Üstündür
 - c) Alt Makamın Düzenleyici İşlemleri, Üst Makamın Bireysel İşlemlerinden Üstündür
 - d) Vesayete Tâbi Makamın Düzenleyici İşlemleri, Vesayet Makamın Bireysel İşlemlerinden Üstündür

VII. SON BİR İLKE: KANUNLARIN ANAYASA UYGUNLUĞU KARİNESİ

SONUÇ

Bu çalışmada esas itibarıyla çeşitli yorum ilkeleri incelenecektir. Ancak tek tek yorum ilkelerini görmeden önce, yorum ilkelerinin varlık sebebi ve niteliği üzerinde durmakta yarar var.

I. YORUM İLKELERİNİN VARLIK SEBEBİ VE NİTELİĞİ

Yorum ilkelerinin varlık sebebini göstermek için önce kuralların öneminden bahsedelim:

1. Kuralların Önemi

Georges Burdeau, “insan, insana itaat etmemek için devleti icat etti (*l’homme a inventé l’État pour ne pas avoir à obéir à l’homme*)” diyor¹. Biz de Burdeau’dan esinlenerek, “insan, insana itaat etmemek için hukuku icat etti” diyebiliriz.

1. Georges Burdeau’dan nakleden Vlad Constantinesco ve Stéphane Pierré-Caps, *Droit constitutionnel*, Paris, PUF, 2004, s.12.

Aslında “hukuk devleti”ni nihaî olarak, insanın insana değil, insanın kurallara itaat ettiği devlet olarak tanımlayabiliriz. İnsanın insana itaat etmesi hoş bir şey değil. İnsanın insana itaat etmesi keyfilik demek. M. Ö. birinci yüzyılda yaşamış, kendisi de eski bir köle olan, düşünür Publilius Syrus, aynı şeyi “*miserrimum est arbitrio alterius vivere* (en büyük sefalet, başkalarının iradesine bağlı olarak yaşamaktır)”² diyerek ifade etmiştir.

Kaldı ki, bir insanın davranışlarını diğer bir insanın iradesine göre ayarlaması çok zor bir şey. İtaat edilen kişinin düşüncesi her zaman önceden kesin olarak bilinemez. Keza bu kişi düşüncesini olaydan sonra değiştirebilir de.

Oysa insan insana değil, kurallara itaat ederse, herkes kendi davranışını önceden bilinen ve olaydan sonra da değişmeden kalacak olan kurallara göre ayarlayabilir ve böylece kötü sürprizlerle karşılaşmadan güvenli bir şekilde yaşayabilir.

Goethe’nin meşhur trajedisinde Faust ile Mefisto arasında şöyle bir konuşma geçer: Mefisto’nun buldukları odanın kapısından çıkmasına bir engel çıkınca, Faust, Mefisto’ya pencereden veya bacadan çıkabileceğini söyler. Mefisto ise, “*biz şeytan ve hayaletlerin de bir kuralı var: Ancak girdiğimiz yerden çıkabiliriz. Girmede serbestiz, ama çıkmada değil*” der. Bunun üzerine Faust, “*öyle ise, sizinle bir anlaşma yapabiliriz*” der³. Yani kural öylesine önemli bir şeydir ki, kuralı olan kişiyle, bu kişi şeytan olsa bile anlaşma yapılabilir.

Kuralların bu önemi, önceden biliniyor olmalarından ve olay sırasında değişmeyecek olmalarından kaynaklanır. Kuralların bu iki özelliği, kuralların içeriğinden bağımsız olarak, insanlara güvenlik sağlar. Herkes önceden bilinen kurallara göre davranışı ayarlar ve yaptığı eylem ve işlemlerin sonuçlarından yararlanır veya bunlara katlanır. Kuralların bu fonksiyonunu yerine getirebilmeleri için, haliyle, önceden herkesçe biliniyor olmaları ve olaydan sonra da değişmemeleri gerekir. Aksi takdirde, kuralların güvenlik sağlayıcı bir fonksiyonu olamaz. Futbol kuralları önceden biliniyor olmasa maç oynanamaz. Keza kurallar maç devam ederken değişiyor olsa yine maç oynanamaz. Dahası kurallar maç bittikten sonra değişirse ve bu değişen kurallar bitmiş maça uygulanırsa maç yapmanın bir anlamı kalmaz. Kazandığı maçı, maçtan sonra değişen kurallar uyarınca kaybeden birtakım ya artık maç yapmak istemez, ya da yapacağı maçta artık kurallara uymak istemez. Gelecek maçta da maç bittikten sonra kuralların tekrar değişmeyeceğini kim garanti edebilir ki?

2. Publilius Syrus, *Sententiae* (M.Ö. 1. yüzyıl) <<http://www.thelatinlibrary.com/syrus.html>> (23 Ağustos 2012).

3. J. W. von Goethe, *Faust*, Çeviri: Sadi Irmak, İstanbul, İstanbul Kitabevi, 1973, s.60. Keza bkz.: J. W. von Goethe, *Faust* (Translated by Anna Swanwick), New York, P.F. Collier & Son, The Harvard Classics, 1909–14; Part I, Satır 1060, 1080-185 (www.bartleby.com/br/01901.html) (9 Ağustos 2012).

Hukuk kuralları için de aynı şeyleri söyleyebiliriz. Hukuk kurallarının önceden bilinmesi ve olaydan sonra geçmişe etkili olarak değiştirilememeleri, kişilere hukukî güvenlik sağlar. Kuralın içeriği kötü olsa bile, kişiler davranışlarını buna göre ayarlayabilirler.

Tüm bu açıklama şeması, hukuk kurallarının herkesçe bilinen ve kişiden kişiye değişmeyen kurallar olduğu ve hâkimin bu kuralları, kendisine göre değiştirmeden harfiyen uyguladığı varsayımı üzerine kuruludur.

Acaba hukuk uygulamasında durum bu mu? Bu soruya cevap verebilmek için “yorum” kavramını kısaca görmemiz gerekir.

2. Yorum

Öncelikle hukuk kuralı dediğimiz şey, teamül kurallarını bir yana bırakırsak, kelimelerle ifade edilir; yani bir metindir. Ancak hukuk kuralı, bu metnin kendisi değil, onun anlamıdır. Bir “metin”, beyaz üzerinde siyah harflerin bir araya gelmesinden oluşur. Böyle bir metin, ne anlama geldiğini kendisi söyleyemez. Her metin gibi, hukuk kuralı koyan metinlerin de okunması ve anlamının tespit edilmesi gerekir ki, işte bir metnin okunup ne anlama geldiğinin söylenmesine “yorum” denir.

Hukukta bu yorum o şekilde yapılmalı ki, yorumla ulaşılan sonuç, yorumcuya göre değişmesin. Aynı hukuk kuralını, hangi hâkim yorumlarsa yorumlasın aynı sonuca ulaşsın. Aksi takdirde, hukuk kuralları önceden bilinemez hale gelirler. Bu ise hukuk güvenliğini sarsar.

Peki gerçekte durum ne? Hukuk kurallarının yorumu da edebi ve sanatsal metinlerin yorumu gibi yorumcuya göre değişmekte midir? Yoksa hukuk kurallarının anlamı, kim yorumlarsa yorumlasın standart mıdır? Bu soruya olumlu cevap vermek oldukça güçtür.

Bazı durumlarda kanunun aynı hükmünün anlamının yorumcudan yorumcuya değiştiğini gözlemliyoruz. Özellikle Anayasa Mahkemesi üyelerinin anayasayı kendi görüş, istek, inanç ve ideolojileri doğrultusunda yorumladığından şikayet edilmektedir. Dahası güncel siyasal sorunlarla ilgili olarak anayasanın yorumlanması söz konusu olduğunda, hukukçuların hayal gücünün, gazetecilerin, romancıların ve hatta şairlerin hayal gücünden aşağı kalmadığı dahi iddia edilebilir. Bu açıdan Jean Giraudoux’nun 1935 yılında yazdığı *La Guerre de Troie n'aura pas lieu* isimli tiyatro oyununda Hector’a söylediği şu söz oldukça anlamlıdır:

“Hukuk hayal kurma okullarından en güçlüsüdür. Hukukçuların gerçekliği yorumlamada gösterdikleri serbestliği, şairler tabiatı yorumlamada hiçbir zaman gösteremediler (*Le droit est la plus puissante des écoles de l’imagination. Jamais poète n’a interprété la nature aussi librement qu’un juriste la réalité*)”⁴.

Uzun lafın kısası, yorum yaparken hukukçuların şairlere benzememesi gerekir.

3. Yorum İlkelerine Neden İhtiyaç Var?

Yukarıda yorum yaparken hukukçuların şairlere benzememesi, yorumcunun değişmesine rağmen ulaşılan sonucun aynı olması gerektiğini söyledik. Peki ama bunu nasıl sağlayabiliriz?

Bunun yolu şudur: Yorumcu, yorum yaparken, yani hukuk metninin anlamını tespit ederken *birtakım ilkelere* uysun. Yorumcu bu ilkelere uyararak, metnin anlamını tespit ederse, yorum objektifleşmiş olur. Böyle bir durumda yorum yorumcuya bağlı olmaz; yorumcu değişse bile, yorum değişmez, yani metnin anlamı aynı kalır. İşte yorumu objektifleştirecek olan bu ilkelere “yorum ilkeleri” ismini verebiliriz.

Hâkim, bir yorumcu olarak, “yorum ilkeleri”ne uymalıdır. Eğer hâkim, bu ilkelere uymadan yorum yaparsa, hukuk kuralının önceden bilinen bir anlamı kalmaz. Hukuk kuralı uygulayıcının elinde değişmiş olur. Böyle bir durumda, kişiler davranışlarını önceden bildikleri kurala göre ayarlayamazlar ve hukuk güvenliği sarsılmış olur. Neticede insan, *kurala* itaat eder olmaktan çıkar, *hâkime* itaat eder hale gelir. Oysa yukarıda söylediğimiz gibi, hukuk devleti insanın insana değil, insanın kurala tâbi olduğu devlet demektir. Kuralın anlamı hâkimden hâkime değişiyor ise, böyle bir durumda insanın kurala tâbi olduğu söylenemez; gerçekte insan hâkime tâbi olmaktadır ki, bu insanın insana itaat etmesi demektir ve keyfilikten başka bir şey değildir. Hukuk devleti, insanların hâkimlere değil, kanunlara itaat etmesi demektir. Kanundaki kural, genel ve önceden bilinen bir şeydir. Hâkimin hükmü ise özel ve hüküm anında ve dolaşısıyla olaydan sonra ortaya çıkan bir şeydir.

4. Yorum İlkelerinin Niteliği: Pozitif Temelden Mahrumdurlar; Eşyanın Tabiatından Çıkarlar

Ancak bu yorum ilkelerinin *gerekli olması* başka, *var olması* başka bir şeydir. Bu ilkelere ihtiyacın olması, bu ilkelerin var olduğunu kanıtlamaz. Böyle bir şey “Hume kanunu”na⁵ aykırı olur. Bu kanuna göre, olgusal öncüllerden normatif sonuçlar istih-

4. Jean Giraudoux, *La Guerre de Troie n'aura pas lieu*, Paris, Editions Bernard Grasset, Le Livre de poche, 1935, s.111.

5. David Hume, *A Treatise of Human Nature*, 1789, Book III, Part I, Section I (T3.1.1.27) (<http://books.google.com.au/books?id=-Sp8B0ZdyAYC&pg=PA335>) s.335; Rachel Cohon, “Hume's Moral Philoso-

raç edilemez. Tasvirî önermeler ile normatif önermeler iki ayrı dünyaya aittir. Norm normdan kaynaklanır; olgudan değil. Olgusal dünyadan normatif dünyaya geçiş yoktur. Böyle ilkelere hâkimlerin ihtiyaç duyduğu bir vakıa olsa bile, bu vakıa, bu ilkelere normatif âlemde var olduklarını göstermez.

Özetle yorum ilkelerine hukuk uygulamasında ihtiyaç vardır. Ancak bu ihtiyaç, bu ilkelerin var olduğunu ve dolayısıyla hâkimleri bağladıklarını göstermez. Dolayısıyla bu ilkelerin kaynağının ne olduğunu da göstermek gerekir. Hatta bu ilkelerin nereden ve nasıl doğduklarını göstermek de yetmez, bu ilkelerin hâkimi nasıl olup da bağladığını da göstermek gerekir.

Gelgelelim, bunu pozitivist teoriye bağlı kalarak yapmanın bir yolu yoktur. Pozitivist teori ve onun bakış açısının yorum konusuna uygulanması olan “realist yorum teorisi” bizim burada varlığına çok büyük ihtiyaç olduğunu söylediğimiz “yorum ilkeleri”ni açıkça reddetmektedir. Pozitivist teoriye göre yorum metotları veya ilkeleri, birer hukuk kuralı değildir. Hâkim karşısında bir bağlayıcılıkları yoktur. Keza doktrin tarafından geliştirilen *analogia*, *argumentum a fortiori*, *argumentum a contrario* gibi yorumda kullanılan mantık kurallarının bir pozitif hukukî değeri yoktur. Hans Kelsen’e göre bunlar, “sözde” metotlar ve ilkelerdir⁶; doktrinin ürettiği yapılardır; hukuk kuralı değildirler, hukukî geçerlilikten yoksundurlar; hâkimi bağlamazlar.

O hâlde yorum ilkeleri birer pozitif hukuk ilkesi değildir. Bir hukuk kuralı ile konulmamışlardır. Dolayısıyla hâkimi bağlamazlar.

Biz, 1998 yılının Nisan ayında Anayasa Mahkemesinde düzenlenen Anayasa Yargısı Sempozyumunda “Realist Yorum Teorisi” başlıklı bir bildiri sunmuştuk⁷. Bu bildiride realist yorum teorisini incelemiştik. Şimdi 14 yıl sonra, bu bildirimizle o bildirimimize bir nevi karşılık veriyoruz. Bu nedenle, bu bildirimimize baştan eski bildirimimize bir cevap olarak “*Tabiî Yorum Teorisi*” başlığını koymayı düşündük. Ancak sonra bu başlığın bildirimizin içeriğini tam olarak yansıtmadığını fark ettik. Zira, bu bildiride bizatihi “tabiî yorum teorisi”nden ziyade bu teoriye dayanan çeşitli “yorum ilkeleri” incelenmektedir. Daha sonra bildirimimize “*Yorumun Tabiî Hukuk İlkeleri*” başlığını vermeyi düşündük. Ancak bu başlığın da, bu ilkelerin gerçek değerini gölgeleyip ekol tartışmalarını davet edeceğinden korktuğumuz için bu başlıktan da vazgeçtik. Bu il-

phy”, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2010 Edition), Edward N. Zalta (ed.), <<http://plato.stanford.edu/archives/fall2010/entries/hume-moral/>>.

6. Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, Traduction française de la 2e édition de la “Reine Rechtslehre” par Charles Eisenmann, Paris, Dalloz, 1962, s.458-459.

7. Kemal Gözler, “Realist Yorum Teorisi ve Mekanist Anayasa Anlayışı”, *Anayasa Yargısı*, Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 1998, s.207-243.

kelerin değerinin, ekol tartışmalarının içine düşmeden incelenmesini gerektiğini düşünürüz.

Bununla birlikte bu bildiri sunduğumuz “yorum ilkeleri”nin pozitif bir temeli olmadığını bilincindeyiz. Bu ilkeler eşyanın tabiatından kaynaklanan rasyonel ilkelere dir. Dolayısıyla bunlar, birer pozitif hukuk ilkesi değil, olsa olsa birer tabî hukuk ilkesidirler. Yani bu ilkelere “yorumun tabî hukuk ilkeleri”, bu ilkeler üzerine kurulu olan bir yorum teorisine de “yorumun tabî hukuk teorisi” veya kısaca “tabî yorum teorisi” ismi verilebiliriz.

Görebildiğimiz kadarıyla, bu yorum ilkelerinin birer tabî hukuk ilkesi olduğunu belirten ve keza bu ilkeler üzerine dayanan bir yorum teorisine de “tabî yorum teorisi” ismini veren bizden başka bir yazar yoktur.

Bizim çalışmalarımızı takip edenler için bu satırları okumak şaşırtıcı olabilir. Ama bu çalışmada dile getirilen ilkelerin pozitif temelden mahrum olduklarını açıkça söylememiz gerekir. Bu ilkeler, anayasa koyucunun veya kanun koyucunun iradesinin ürünü değil, “insan aklının ürünü”dür; bunları insan aklı “eşyanın tabiatı”ndan çıkarmıştır.

Biz bu ilkeleri aşağıda kendimizce formüle etmeye çalıştık. Ama bu ilkeler bizim icat ettiğimiz ilkeler değildir. Bu ilkeler, 2500 yıllık bir süreçte, Akdeniz havzasında yaşamış hukukçuların akıllarıyla, eşyanın tabiatını gözlemleyerek buldukları ilkelere dir. İlave edelim ki, bu ilkelerin önemli bir kısmı, Akdeniz havzasında bütün hukuk sistemlerinde, Roma hukuku ve İslam hukuku ayrımı olmaksızın genel olarak geçerli olmuş ilkelere dir. Aşağıda göreceğimiz gibi, bu ilkelere den önemli bir kısmının Roma hukukunda da ve İslam hukukunda da bir karşılığı vardır. Hatta bu ilkelere den bazıları, hem Latince, hem de Arapça olarak özdeyiş şeklinde ifade edilen ilkelere dir.

Yine ilave edelim: Bu ilkeler ilâhî ilkelere değil, beşerî ilkelere dir. Bunlar insan aklının bulunduğu ilkelere dir. Bu ilkelere den altında, 2500 yıllık bir süreçte yaşamış hukukçuların gözlemleri, ürettikleri düşünceler, yaptıkları mantıksal çıkarımlar bulunmaktadır. Bu ilkeler çok büyük ölçüde mantıksal ilkelere dir.

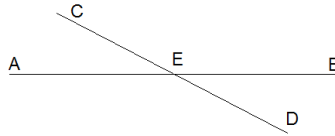
Bu ilkeler pek çoktur. Benzer ilkelere, *Mecellenin* 2 ilâ 100’üncü maddelerinde 99 adet “kavaid-i külliye” olarak sayılmış olsalar da, bunların tüketici bir listesini yapmak zordur. Bununla birlikte bu ilkelere den pek çoğu birbirinden türemiş ilkelere dir. Bu ilkelere, neticede birkaç temel ilkeye indirgenebilir. Biz de aşağıda en temel ilkedene başlayıp diğer ilkelere doğru gideceğiz. Yeri geldikçe bir ilkedene diğer bir ilkeyi istihraç edeceğiz.

Bu ilkeler anayasa koyucu veya kanun koyucu tarafından konulmamıştır. Bunlar insan aklının ürünüdür. Ama bunlar keyfî değil, objektif ilkelerdir. Bu ilkeler kişiden kişiye değişmezler. Zira bunlar eşyanın tabiatında bulunan ilkelerdir. Eşyanın tabiatında buldukları için bunlara “tabiî ilkeler” diyebiliriz. Bu anlamda “pozitif hukuk” - “tabiî hukuk” karşıtlığında, bu ilkelerin tartışmasız birer “tabiî hukuk” ilkesi olduğunu söyleyebiliriz.

Ancak bunların tabiî hukuk ilkesi olması, bunların bir idealden kaynaklandığı, kişiden kişiye değiştiği anlamına gelmez. Nasıl matematik ve mantık ilkeleri kişiden kişiye değişmeyen ilkeler ise, bu yorum ilkeleri de aynen o şekilde kişiden kişiye değişmeyen ilkelerdir. Çünkü matematik ve mantık ilkeleri eşyanın tabiatından türetilmiş ilkelerdir. Bu ilkeler herkes tarafından aynı şekilde uygulanır ve keyfî değildir. Bir matematik problemi, herkes tarafından aynı şekilde çözümlenir. Bir matematik problemine verilen cevap ya doğrudur; ya da yanlıştır. Bu cevap bazı kişilere göre doğru, bazı kişilere göre yanlış değildir. Matematik ve mantık kuralları keyfiliği reddeder; objektiftir. Matematik ve mantık kuralları kişiden kişiye değişmez. Bu kurallar kanun koyucu tarafından veya yetkili bir matematik otoritesi tarafından konulmuş kurallar değildir. Bunlar eşyanın tabiatından çıkan, insan aklının ürettiği kurallardır. Bu anlamda bunlar birer tabiî hukuk kuralıdır.

Öklid Teoremleri.- Ne demek istediğimizi Öklid’in teoremlerinden alınmış örneklerle göstermeye çalışalım⁸:

Teorem 15: *Kesişen iki doğrunun oluşturduğu köşe açılar birbirine eşittir⁹.*



Bu teoremin doğru olduğu apaçık bir şekilde görülmektedir. Yukarıdaki şekilde AEC açısı ile BED açısı eşittir. Aynı şekilde CEB açısı ile AED açısı birbirine eşittir.

Öklid’in 15 nolu teoremi eşyanın tabiatından çıkan bir sonuçtur. Çünkü iki doğru birbirini hangi şekilde keserse kessin, illa ki, dört açı olmakta ve köşe açılar birbirine eşit bulunmaktadır. Öklid’in 15 nolu teoremine dayanarak pek çok matematik problemi çözülebilmektedir. Örneğin yukarıdaki örnekte AEC açısının 50 derece olduğu belli ise, BED açısının da 50 derece olduğunu her matematikçi söyleyebilmektedir.

8. *Euclid's Elements of Geometry*, from *Euclidis Elementa*, edidit et Latine interpretatus est I. L. Heiberg, edited and provided with a modern English translation by Richard Fitzpatrick (<http://farside.ph.utexas.edu/euclid/Elements.pdf>) (23 Ağustos 2012).

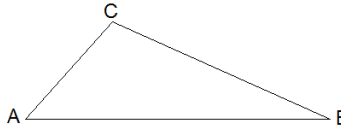
9. <http://www.matematiknet.com/makaleler/75-oklidin-elemanlar-isimli-kitabi.html>;
<http://aleph0.clarku.edu/~djoyce/java/elements/bookI/bookI.html#posts> (23 Ağustos 2012).

Keza aynı kurala dayanarak CEB ve AED açılarının 130 derece olduğunu da söyleyebiliriz ($360-100=260$; $260/2=130$). Bu problem, Öklid’in 15 nolu teoremine dayanarak her matematikçi tarafından aynı şekilde çözümlenmektedir.

“Kesişen iki doğrunun oluşturduğu köşe açıları birbirine eşittir” ilkesi, belki M.Ö. 300 civarında Öklid’in *Unsurlar* ($\Sigma\tau\omicron\chi\epsilon\iota\alpha$ [*Stoicheia*]) isimli kitabında ilk defa ifade edilmiştir. Ama bu kuralı bir kanun koyucu gibi Öklid koymamıştır. Öklid’in yaptığı şey, böyle bir kuralın olduğunu apaçık bir şekilde göstermekten, kuralı ispatlamaktan ibarettir. Öklid’in bize varlığın ispat ettiği bu kural, eşyanın tabiatında bulunan bir kuraldır; tabir caiz ise, bir “tabiî hukuk” kuralıdır.

Öklid’in 20 nolu teoreminden alınmış bir örnekle devam edelim:

Teorem 20: *Bir üçgenin herhangi iki kenarının toplamı, diğer kenarından daha uzundur*¹⁰.



Öklid’in 20 nolu teoreminin de doğru olduğu apaçık bir şekilde görülmektedir. Yukarıdaki şekilde AC ve CB kenarların uzunluklarının toplamı daima AB kenarının uzunluğundan büyük olacaktır.

Öklid’in 20 nolu teoremi de diğer teoremleri gibi eşyanın tabiatından çıkan bir sonuçtur. Bir üçgende iki kenarın toplamı diğer kenardan uzun olmalı ki, ortaya üçgen çıksın. Aksi takdirde, yani iki kenarın toplamı üçüncü kenardan uzun olmaz ise, ortaya bir üçgenin çıkması mantıken mümkün değildir. Ortada bir üçgen var ise, üçgen denen şeyin doğası gereği, iki kenarının toplamı diğer kenarından uzun olmalıdır. Aksi takdirde iki kenarın uçları birleşmez ve dolayısıyla ortaya üçgen şekli çıkmaz.

Bu şu anlama gelmektedir ki, Öklid’in “bir üçgende herhangi iki kenarın toplamı, diğer kenarından daha uzundur” şeklindeki teoremi, bir kanun koyucunun veya resmî bir matematik otoritesinin veya hatta Öklid’in kendisinin koyduğu bir kural değildir. Bu kural üçgen denen şeyin doğasında, yani “eşyanın tabiatı”nda saklıdır. Bu kuralı belki tarihte ilk defa Öklid ifade etmiştir; ama bu kuralın kaynağı, Öklid’in aklı veya iradesi değil, eşyanın tabiatıdır. Bu anlamda Öklid’in bu kuralı, tabiattan kaynaklanan bir kural, tabir caiz ise bir tabiî hukuk kuralıdır.

10. <http://www.matematiknet.com/makaleler/75-okludin-elemanlar-isimli-kitabi.html>;
<http://aleph0.clarku.edu/~djoyce/java/elements/bookI/bookI.html#posts> (23 Ağustos 2012).

Öklid’in 20 nolu teoreminde ifade edilen kural, bütün matematikçiler tarafından bilinir ve aynı şekilde uygulanır. Öklid, bu teoremleri M.Ö. 300 civarında yazdığı *Unsurlar* (Στοιχεῖα [*Stoicheia*]) isimli kitabında dile getirmiştir. Ama bunlar Öklid’in icat ettiği veya koyduğu kurallar değil, eşyanın tabiatına saklı olan kurallardır. M.Ö. 300’den bu yana matematikçiler bu teoremleri kullanıp problemleri çözüyorlar. Bu işi yaparken de ulaştıkları sonuç, matematikçilerin siyasî, dinî, ideolojik eğilimlerine bağlı olarak değişmiyor. Sağcı bir matematikçi de, solcu bir matematikçi de bu teoremi aynı şekilde uygulayıp, aynı sonuca ulaşıyor.

Hukukun da aynı şeye ihtiyacı var. Hâkimin elinde Öklid’in ilkeleri benzeri öyle ilkeler olmalı ki, bu ilkeleri hâkim, kendi siyasal, dinsel, ideolojik eğilimlerinden bağımsız olarak uygulayabilsin. Uygulayıcı değişse bile ulaşılan sonuç, aynı kalsın. Hukukun bilim olmak için bu tür ilkelere ihtiyacı vardır. Nasıl her matematikçi aynı ilkeleri uygulayıp, matematik problemini aynı şekilde çözüyor ise, benzer şekilde her hukukçu da aynı ilkeleri uygulayıp önündeki problemi aynı şekilde çözmelidir. Bir matematik probleminin çözümü nasıl çözümü yapan matematikçinin kim olduğuna göre değişmiyor ise, hukuk probleminin çözümü de çözümü yapan hukukçunun kim olduğuna göre değişmemelidir.

Bizim bu çalışmada ifade etmeye çalıştığımız ilkeler işte böyle ilkelerdir. Eğer bu tür ilkeler geliştirilebilir ise, hukukçular kendilerine sunulan problemleri aynı şekilde çözeceklerdir. Oysa şimdi önümüze bir problem geldiğinde, her birimiz ayrı bir çözüm öneriyoruz. Hatırlayalım: Bu yılın (2012) başında görevdeki Cumhurbaşkanı’nın görev süresinin beş yıl mı, yedi yıl mı olduğu yolunda ortaya çıkan soruna değişik cevaplar verdik. Mesela ben “*Cumhurbaşkanı Abdullah Gül’ün Görev Süresi Ne Kadardır ve Bu Görev Süresi Kanunla Belirlenebilir mi?*” başlıklı makalemde¹¹ Cumhurbaşkanı’nın görev süresinin beş yıl olduğunu ve bu sürenin kanunla belirlenemeyeceğini yazdım. Bazı meslektaşlarımız ise tam tersi şeyler yazdılar. Neticede yasama organı 19 Ocak 2012 tarih ve 6271 sayılı Cumhurbaşkanı Seçimi Kanununun geçici 1’nci maddesiyle onbirinci Cumhurbaşkanı’nın görev süresinin yedi yıl olmasını öngördü. Bana göre bu düzenleme Anayasaya aykırıydı ve Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesi gerekirdi. Ne var ki, Anayasa Mahkemesi 15 Haziran 2012 tarih ve E.2012/30 sayılı kararıyla bu düzenlemenin oy çokluğuyla Anayasaya aykırı olmadığına karar verdi¹². Karar henüz yayınlanmamıştır. O nedenle Anayasa Mahkemesinin kararının gerekçesini bilmiyoruz. Kararı izleyen günlerde, Anayasa Mahkemesinin söz konusu kararı hakkında medyada şu değerlendirmeler yapılmıştır: “Gül mü, Er-

11. Kemal Gözler, “Cumhurbaşkanı Abdullah Gül’ün Görev Süresi Ne Kadardır ve Bu Görev Süresi Kanunla Belirlenebilir mi?”, *Terazi Aylık Hukuk Dergisi*, Yıl 7, Sayı 66, Şubat 2012, s.36-50 <www.anayasa.gen.tr/gorev-suresi.htm> (13 Ağustos 2012).

12. <http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=gundem&id=378> (13 Ağustos 2012).

doğan mı tartışması ötelenmiş, her ikisi de rahatlamıştır”, “siyasi kriz AKP yönünden ötelenmiştir”, “AKP başkanlık senaryoları için zaman kazanmıştır”, “AKP rahatlamıştır”, “okyanus ötesi rahatlamıştır”¹³.

Haliyle bu eleştiriler, söz konusu kararı veren Anayasa Mahkemesinin çoğunluk üyeleri için çok ağır ithamlardır. Eğer bu kararın altında imzası bulunan çoğunluk üyeleri, yazacakları gerekçede bize kararlarını Öklid’in teoremleri misali objektif yorum ilkelerini uygulayarak bu sonuca vardıklarını gösterirlerse, kendilerine yöneltilen bu eleştiriler haksız ve insafsız ithamlar olarak kalacaktır. Ama yok eğer, Anayasa Mahkemesi üyeleri kendi verdikleri kararları bu şekilde ilkelerle açıklayamazlarsa, verdikleri karar hukuk tarihimizde pek çok benzeri bulunan Anayasa Mahkemesinin talihsiz siyasî kararları arasında yerini alacak ve “eski Anayasa Mahkemesi” ile “yeni Anayasa Mahkemesi” arasında siyasetten uzak olma bakımından pek de bir fark olmadığı ortaya çıkacaktır.

Bu örnek şunu göstermektedir: Anayasa Mahkemesi üyelerinin de, Anayasa Mahkemesi kararlarını değerlendiren ve eleştiren bizlerin de, birer hukukçu olarak, Öklid’in ilkeleri misali, yorum ilkelerine ihtiyacımız var. Bu ilkeler o şekilde objektif ve kişiden kişiye değişmeyen ilkeler olmalı ki, Anayasa Mahkemesi üyeleri de bu ilkeleri uyguladığında aynı sonuca ulaşsın, doktrinin üyeleri olarak biz de aynı ilkeleri uygulayarak aynı sonuca ulaşalım. Eğer bir gün Anayasa Mahkemesi üyeleri bu şekilde karar verir hâle gelirse, kendilerini atayanların etkisinden kurtulurlar ve gerçekten bağımsız olurlar. Hâkimlerin bu ilkelere göre karar verdiği bir mahkemede hâkimlerin siyasal eğilimlerinin pek de bir önemi yoktur. Çünkü söz konusu ilke uygulandığında hâkim hangi eğilimden olursa olsun hep aynı sonuca ulaşacaktır.

5. Yorum İlkeleri Hakimi Bağlar mı?

Bu soruyu aslında yukarıda sorduk; ama bir kez daha tekrar soralım: “Yorum ilkeleri hakimi bağlar mı?”

Öncelikle belirtelim ki, aşağıda göreceğimiz bazı ilkelerin pozitif temeli vardır. Örneğin suç ve cezaların ancak kanunla konulabileceği yolundaki ilke Anayasa (m.38) ve Türk Ceza Kanunu (m.2) tarafından öngörülmüş olan bir ilkedir. Keza “*lex superior derogat legi inferiori* (üst kanun alt kanunları ilga eder)” ilkesinin de pozitif temeli vardır. Anayasamızın 11’inci maddesi “kanunlar, anayasaya aykırı olamaz”, 115’nci maddesi Tüzüklerin, 124’üncü maddesi de yönetmeliklerin “kanunlara aykırı-

13. Bu değerlendirmeler Ali Rıza Aydın’ın izleyen makalesinden alınmıştır: Ali Rıza Aydın, “Cumhurbaşkanlığı Seçimine Başka Gözle Bakmamak”, <http://haber.sol.org.tr/yazarlar/ali-riza-aydin/cumhurbaskanligi-secimine-baska-gozle-bakmamak-56109> (13 Ağustos 2012).

rı” olamayacağını hüküm altına almaktadırlar. Bu gibi durumlarda bu ilkeler haliyle pozitif hukuk ilkeleridir ve hakimi bağlarlar.

Ancak aşağıda göreceğimiz ilkelerin çoğunluğunun pozitif temeli yoktur. Yani bunlar Anayasa ve kanunlar tarafından öngörülmuş ilkeler değildir. Dolayısıyla bu ilkeler hakimi pozitif hukuk açısından bağlamazlar. Bu ilkelere uymadan karar veren hakimin ihlâl ettiği bir hukuk kuralı yoktur.

Bu ilkelerin hakimi bağlaması için bu ilkelerin Anayasa ve Medenî Kanun ve Ceza Kanunu gibi temel kanunlarda sayılması gerektiğini söyleyebiliriz. Nitekim yukarıda belirttiğimiz gibi zaten bu ilkelerden bazıları Anayasa ve kanunlarımız tarafından hükme bağlanmış olan ilkelere de Anayasa, Medeni Kanun ve Ceza Kanunu gibi temel kanunlarımızda sayılabilir.

Yorum ilkelerinin kanunlarda sayılması konusunda *Mecelle*¹⁴ örnek alınabilir. Mecellenin 2 ilâ 100’üncü maddeleri arasında yer alan 99 maddesi “*kavaid-i külliye*”, yani “küllî kaideler”, yani “genel ilkeler”¹⁵ düzenlenmiştir. Dolayısıyla Mecellenin küllî kaideleri, köken olarak eşyanın tabiatından kaynaklanmış olsalar, İbn Nüceym gibi bazı ünlü İslam hukukçularının eserlerinden derlenmiş olsalar da, Padişahın iradesiyle ısdar edilen bir Osmanlı Kanunu içinde yer aldıkları için birer pozitif hukuk kuralıdır.

Mecellenin 2 ilâ 99’uncü maddelerinde düzenlenen küllî kaideler, tamamıyla bizim burada açıklamaya çalıştığımız ilkelere denk düşen ilkelere de. Zaten aşağıda da görüleceği gibi bizim incelediğimiz bazı ilkeler doğrudan doğruya Mecelleden alınmıştır. Mecellenin 2 ilâ 100’üncü maddelerinde sayılmış “*kavaid-i külliye*” misali “genel ilkeler”, Türk Medenî Kanununda ve Türk Ceza Kanununda sayılabilir. Bu durumda bu “genel ilkeler”, pozitif hukuk ilkeleri hâline gelir ve hakimi de bağlar.

14. Bizim çalışmamızda *Mecellenin* metni olarak Ali Himmet Berki’nin hazırladığı Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsünün 1959 yılında Ankara’da yayınladığı metin esas alınmıştır (Ali Himmet Berki (Haz.), *Mecelle-i Ahkam-ı Adliye*, Ankara, BTHA Enstitüsü, 1959). Mecellenin şerhi konusunda maddelerinin açıklanmasında da Hocaeminefendizâde Ali Haydar Efendinin *Dürerü’l Hukkam Serhu Mecelleti’l Ahkam* isimli üçüncü baskısının (İstanbul, 1330) Raşit Gündoğdu ve Osman Erdem tarafından yapılan yazı çevriminden yararlanılmıştır (Ali Haydar Efendi, *Dürerü’l Hukkam Serhu Mecelleti’l Ahkam* (Yazı çevrimi: Rasit Gündoğdu ve Osman Erdem), İstanbul, Gül Neşriyat, Tarih Yok (2006?), IV cilt.

15. Mecellenin “küllî kaideleri” (m.2-100) konusunda yapılmış başlıca çalışmalar şunlardır:

- Ali Haydar Efendi, *Dürerü’l Hukkam Serhu Mecelleti’l Ahkam* (Yazı çevrimi: Rasit Gündoğdu ve Osman Erdem), İstanbul, Gül Neşriyat, Tarih Yok (2006?), c.I, s.21-130.
- Mustafa Yıldırım, *Mecellenin Külli Kaideleri*, İzmir, İzmir İlahiyat Fakültesi Yayınları, 2001.
- Cengiz İlhan, *Mecelle: Hukun Doksan Dokuz İlkesi*, İstanbul, Türkiye Ekonomik ve Toplumsal Tarih Vakfı Yayın, 2003.
- Ahmet Şimşirgil ve Ekrem Buğra Ekinci, *Ahmed Cevdet Paşa ve Mecelle*, İstanbul, KTB Yayınları, 2008, s.70-168.
- Abdullah Demir, *Mecelle ve Küllî Kaideler*, İstanbul, Işık Akademi Yayınları, 2011.

Ancak şu an itibarıyla bu ilkelerin çoğunluğu Anayasa veya kanunlarımızda geçmemektedir. Dolayısıyla bunların hâkim karşısında pozitif bir bağlayıcılıkları yoktur. Peki ama hâkim bunlar ile hiçbir şekilde bağlı değil midir? Biz yine de hâkimin bu ilkelerle bağlı olduğunu, hâkimin bu ilkelere uymak zorunda olduğunu düşünüyoruz. Bu ilkelerin bağlayıcılığı, varlıkları gibi eşyanın tabiatından kaynaklanır. Çünkü hâkim bu ilkelere uymadan bir hukuk problemini doğru olarak çözemez. Nasıl bir matematikçi, bir geometri problemini doğru olarak çözmek için Öklid’in teoremlerine uymak zorunda ise, bir hâkim de önündeki uyuşmazlıkları doğru olarak çözmek için yorum ilkelerine uymak zorundadır. Aksi takdirde, hâkim söz konusu uyuşmazlığı doğru bir şekilde çözemeyecektir. Eğer hâkimin varlık sebebi kendisine sunulan uyuşmazlıkları doğru olarak çözmek ise, hâkimin bu varlık sebebini gerçekleştirebilmesi için bu ilkelere uyması gerekir. Şüphesiz biz burada hâkimin kendisine sunulan uyuşmazlığı doğru olarak çözmek istediğini varsayıyoruz. Eğer hâkimin kendisine sunulan uyuşmazlığı doğru olarak çözmek gibi bir kaygısı yok ise, haliyle hakim kendisini bu ilkelerle bağlı hissetmeyecektir. Nihaî tahlilde hukuk uygulaması, hâkimlerin dürüst olduğu ve kendilerine sunulan uyuşmazlıkları doğru bir şekilde çözmek istedikleri varsayımı üzerine kuruludur. Eğer bir ülkenin hâkimlerinin kendilerine sunulan uyuşmazlıkları doğru olarak çözmek gibi bir kaygıları zaten yok ise, o ülkede hukuk ile ilgili bir şeyi tartışmanın zaten bir anlamı yoktur.

Bir örnek verelim: Bir matematikçi “*bir üçgenin herhangi iki kenarının toplamı, diğer kenarından daha uzundur*” şeklindeki Öklid teoremiyle kendisini bağlı hissetmeksizin bir matematik problemini doğru olarak çözemez. Bu teorem bir kanun koyucu veya resmî matematik otoritesi veya bir “uluslararası matematikçiler federasyonu” tarafından konulmamıştır. Ama doğruluğu apaçık bir şekilde Öklid tarafından gösterildiği için her matematikçi tarafından bu teorem doğru olarak kabul edilir ve uygulanır. Öklid teoremlerinin bağlayıcılığı bu şekilde gerçekleşir. Aynı şekilde, bir hukuk problemini çözmek durumunda olan bir hukukçu da aşağıda bizim ifade ettiğimiz “*istisna ancak kaideyi koyan makam tarafından konulabilir*” ilkesiyle kendisini bağlı hissetmeden ve bu ilkeyi uygulamadan önündeki uyuşmazlığı doğru olarak çözemez. “İstisna ancak kaideyi koyan makam tarafından konulabilir” ilkesi Anayasa koyucu veya kanun koyucu tarafından konulmamıştır. Ama aşağıda ayrıca gösterdiğimiz gibi bu ilke apaçık doğru olan bir ilkedir. Önündeki bir uyuşmazlığı doğru olarak çözmek isteyen her dürüst hakim kendiliğinden uyması gereken bir ilkedir. Bir matematikçi için “*bir üçgenin herhangi iki kenarının toplamı, diğer kenarından daha uzundur*” şeklindeki Öklid teoreminin bağlayıcılığı nereden kaynaklanıyor ise, bir hâkim için de “*istisna ancak kaideyi koyan makam tarafından konulabilir*” ilkesinin bağlayıcılığı da oradan kaynaklanır.

6. Takım Çantasındaki Aletler Olarak Yorum İlkeleri

29 Eylül 2012 günü bu tebliği Kamu Hukukçuları Platformunda sunulduktan sonra söz alan konuşmacılardan Ozan Ergül, bu yorum ilkelerini takım kutusundaki çeşitli aletlere benzetti. Bu oldukça güzel bir benzetmeydi. Bu benzetmeden yola çıkarak biz de bir şeyler söylemek isteriz:

Şüphesiz takım çantasındaki aletler kendi başlarına bir arızayı tamir edemezler. Arızayı tamir etmek için esasen ustaya ihtiyaç vardır. Ancak takım çantasındaki bu aletler olmadan ustanın arızayı tamir etmesi de mümkün değildir. Takım çantası yanında olmayan bir usta arızayı çoğunlukla tamir edemez. Aynı şeyleri hâkim ve yorum ilkeleri için de söyleyebiliriz. Hukukî uyuşmazlığı hâkim çözecektir. Ancak hâkim, bunun için, bir ustanın takım kutusundaki aletlere ihtiyaç duyduğu gibi yorum ilkelerine ihtiyaç duyar. Bu ilkelerle donanmamış bir hâkim, takım çantasını getirmeyi unutmmuş bir tesisatçıya benzer.

Aşağıda göreceğimiz yorum ilkeleri genel ilkelerdir. Pek çok duruma uygulanabilir. Bir hâkim, bir yorum ilkesini uygulayarak belirli bir kanunun yorumlanmasında karşılaştığı sorunu çözebileceği gibi, aynı yorum ilkesini uygulayarak bir başka kanunun yorumlanmasında karşılaştığı sorunu da çözebilir. Bununla birlikte, bazı istisnaî durumlarda, bir hâkim pek çok sayıda yorum ilkesiyle donanmış olsa bile spesifik bir problemi çözmesi mümkün olmayabilir. Bu husus, yorum ilkelerinin değersiz olduğunu göstermez. Böyle bir durumda hâkimin çok özel, spesifik bir yorum ilkesine ihtiyacı vardır. Belki böyle istisnaî bir mesele hâkimin önüne birkaç yılda bir kere gelir. Ama o özel ilke bulunduğu anda bu mesele de çözülebilir.

Bu noktada yukarıda “takım çantası” benzetmesini veren Ozan Ergül’in bana e-posta ile gönderdiği bir anekdotan¹⁶ yararlanarak kapalı kalan asansör kapısı örneği üzerinden şunları söylemek isterim: Kapalı kalan asansör kapısını açmak için, diğer

16. Bu anekdotu, Ozan Ergül’ün izniyle, bana gönderdiği 18.10.2012 tarihli e-postadan aynen aktarıyorum: “Bir akşamüstü Ankara Hukuk’ta birkaç arkadaş oturuyorduk. Saat 18:30 civarı olduğu için Fakülte’de pek kimse kalmamıştı. Aniden bir kişi koşarak geldi ve Banka Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsünün asansöründe Ali Bozer Hoca ile asistan arkadaşımız Murat’ın mahsur kaldıklarını, zemin kata düşen asansörde elektrik olmadığını, fakültede asansör anahtarı bulamadıkları için kapıyı açamadıklarını ve asansör bakımından sorumlu firma arandığında da iki saatten önce gelemeyeceklerini bildirdiklerini bir çırpıda bize anlattı. Ali Bozer Hocanın ilerlemiş yaşı nedeniyle bir endişe dalgası yayıldı ve derhal asansöre doğru yöneldik. Bu arada koridorda Yahya Zabunoğlu Hoca belirdi ve durumu kendisine ilettik. O da bana ve yanımdaki arkadaşşıma “Benim arabanın arkasında iki tane alet takımı çantası var, gidin onları getirin, mutlaka asansörün kapısının kilidini açacak bir anahtar buluruz” dedi. Biz de hemen hocanın arabasından çoğu arabada bir tanesini bile bulamayacağınız iki adet alet takım çantasını yüklenip asansörün yanına geldik. Gelin görün ki, neredeyse bir arabayı söküp yeniden monte etmeye yetecek kadar çok ve çeşitli aletin içinden bir tanesi dahi asansörü açmamızı sağlamadı. En son karşıdaki yurttan bulunan gerçek bir asansör anahtarı ile kapıyı açabildik. Bu anekdotu bilginize sunuyorum ve diyorum ki: bazen (iyi bir ustaya rağmen) sadece bir anahtar ile açılacak, diğer bir deyişle diğer yüzlerce anahtarın açamayacağı bir kilit olabilir” (Ozan Ergül’ün 13.10.2012 Tarihli E-Postası).

anahtarlara benzemeyen özel bir anahtar olan asansör anahtarına ihtiyaç vardır. Kapalı kalan asansör kapısını açmak için yüzlerce araba anahtarına sahip olsak bile kapıyı açamayız. Aynı şekilde yüzlerce yorum ilkesine sahip olsak bile, karşımıza bazen bu yorum ilkelerinden birinin bile işe yaramadığı çok özel bir yorum problemi çıkabilir. Böyle bir durumda da yapmamız gereken şey, uygun özel yorum ilkesini bulmaktan ibarettir. Böyle bir durumda meseleyi genel yorum ilkeleriyle çözmeye çalışmak, kapalı kalan asansör kapısını araba anahtarlarıyla açmaya çalışmaya benzer. Keza böyle bir durumda uygun yorum ilkesi yok deyip, hâkimin bir yorum ilkesine dayanmadan problemi keyfi bir şekilde çözmeye kalkması olsa olsa, kapalı kalan asansör kapısının balyozla kırılmasına benzer ki, bunun asansörde kapalı kalan kişiyi kurtarmak olan amacımıza ne derece hizmet edeceği şüphelidir.

Yorum ilkelerinin niteliği hakkında şunu da söylemek isteriz: Bu ilkeler, kişilere değil, hakime hitap eden ilkelerdir. Diğer bir ifadeyle bu ilkeler doğrudan doğruya kişilerin davranışlarını düzenlemezler. Bu ilkeler, davranışları düzenleyen hukuk kurallarının hâkim tarafından nasıl uygulanacağını düzenleyen ilkelerdir. Dolayısıyla bu ilkeler, birincil norm değil, ikincil normlardır. Tabir caiz ise, yorum ilkeleri doğrudan doğruya “norm” değil, “norm üzerine norm”, yani “meta-norm”durlar. Bu ilkeler, hâkimin vereceği kararın gerekçesinde uygulanır ve bu ilkelere uyulup uyulmadığı hâkimin vereceği kararın gerekçesine bakılarak anlaşılır.

Yorum ilkelerini aşağıda tek tek göreceğiz. Ama öncelikle bu ilkelerin temelinde kökeni Aristo’ya kadar giden 2000 küsur yıllık “dikotomi (*dichotomy*)” prensibinin bulunduğuna işaret etmek gerekir. Daha doğrusu yorum ilkeleri, dikotomik bir akıl yürütmeyle türetilmiş ilkelere aittir. Bu tür bir akıl yürütmede, bir şey, bir kavram, bir kural, bir kuralın uygulama alanı, vs. daima ikiye ayrılır. Böyle bir açık ayırlama yapılmıyor olsa bile, yapılan akıl yürütme böyle ikili bir ayırım üzerine kuruludur. Asıl ile arıza, kaide ile istisna, genel ile özel, üst ile alt, önceki ile sonraki arasında yapılan ayırım gibi. Dikotomi prensibinde bir bütün iki ayrı parçaya ayrılır. Bütünün içinde yer alan bir nokta, ya bir parçaya, ya diğer parçaya aittir. Bir nokta, aynı zamanda, hem bir parçaya, hem de diğer parçaya ait olamaz. Bu hepimizin kabul edeceği bir mantık kuralıdır. Böyle ikili ayırlardan bazı sonuçlar çıkarılır. Şimdi yorum ilkesi olarak bu sonuçları görelim.

II. TEMEL İLKELER

Burada çeşitli yorum ilkelerini görmeden önce, diğer pek çok ilkenin kendisinden türetildiği bazı temel ilkeleri görelim. Bu ilkelerden ilki ve belki en önemlisi, pek çok yorum ilkesinin kendisinden kaynaklanmış olduğu ilke, “*sıfat-ı arızada aslolan ademdir*” ilkesidir. Yorum ilkelerimize bu ilkeyle başlayalım.

1. Sıfat-ı Arızada Aslolan Ademdir (Mecelle, m.9) (*Aslî Niteliğin Varlığı, Arızî Niteliğin Yokluğu Asıldır*).

Sıfat (nitelik, *attribute*), vasıf kelimesinden türemiş olup, hâl (durum), keyfiyet (nitelik), suret, özellik demektir¹⁷. Yani sıfat, bir kişinin veya bir şeyin hal veya vasfı, niteliğidir¹⁸. Sıfat, “sıfat-ı asliye” ve “sıfat-ı ârıza” olmak üzere iki çeşittir. Yani “*sıfat-ı arızada aslolan ademdir*” prensibinde dikotomik bir akıl yürütme vardır.

Sıfat-ı asliye, nitelenen şeyde bizzat bulunan, yani o şeyin kendisinde bulunan durum, nitelik veya özelliktir¹⁹. Sıfat-ı asliye için biz aşağıda “aslî nitelik” terimini kullanacağız. “Aslî”, “asl”ın sıfatı olup, “asla mensup” demektir²⁰. “Asıl” ise, kök, temel, esas, kaide, kural demektir. “Sıfat-ı asliye” İngilizceye “*original attribute*” diye çevrilebilir. Sıfat-ı asliye için Latince olarak “*essentialia*” terimini de kullanabiliriz.

Sıfat-ı ârıza, nitelenen şeyde bizzat, yani kendiliğinden bulunmayıp, ona sonradan eklenen niteliktir²¹. Sıfat-ı ârıza için biz aşağıda “arızî nitelik” terimini kullanacağız. “Ârıza”, “ârız”dan gelip “sonradan olan şey”, “bozulma” anlamına gelmektedir²². “Ârız” ise bir şeyin zatına ilişkin olmayıp, o şeye bazen sonradan yapışan, takılan şey demektir²³. “Arızî” ise, “ârız”ın sıfatı olup, “sondan ortaya çıkan”, “gelip geçici olan”²⁴, bir şeyin zati ve esasına ilişkin olmayan şey anlamına gelmektedir²⁵. “Sıfat-ı arıza”. İngilizceye “*intervening attribute*” veya “*transitory attribute*” diye çevrilebilir. Sıfat-ı arıza için Latince olarak “*accidentalia*” terimini de kullanabiliriz.

17. Ferit Devellioğlu, *Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lugat*, Ankara, Aydın Kitabevi, 1984, s.1137; Mehmet Erdoğan, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, İstanbul, Ensar Neşriyat, 2. Baskı, 2005, s.506; Elmalılı M. Hamdi Yazır, *Elfabetik İslam Hukuku ve Fıkıh İstılahları Kamusu* (Hazırlayan: Sıtkı Güllü), İstanbul, Eser Neşriyat, 1997, Cilt IV, s.431.

18. Abdullah Yeğin, *Yeni Lügat*, İstanbul, Hizmet Yayınları, Tarih Yok (2005?), s.627.

19. Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l Hukkam Serhu Mecelleti'l Ahkam* (Yazı çevrimi: Raşit Gündoğdu ve Osman Erdem), İstanbul, Gül Neşriyat, Tarih Yok (2006?), c.I, s.35.

20. Devellioğlu, *op. cit.*, s.56.

21. Ali Haydar, *op. cit.*, c.I, s.35.

22. Yeğin, *op. cit.*, s.32.

23. *Ibid.*

24. Devellioğlu, *op. cit.*, s.48.

25. Yeğin, *op. cit.*, s.32.

Örneğin bir otomobilin çalışıyor olması “sıfat-ı asliye”, yani aslî nitelik, yani *essentialia*; arızalı olması ise “sıfat-ı ârizâ”, yani arizî nitelik, yani *accidentalia*’dır. Çünkü otomobilin çalışıyor olması, gidebilmesi, otomobil denen şeyin zatında, yani doğrudan kendisinde bulunan bir özellik, yani bir *original attribute*’tür. Zira bir şey bu özelliğe sahip değil ise ona otomobil denilemez. Bir otomobilin bozulması, gide-memesi durumu, kendiliğinden olan bir şey değil, tesadüf sonucu sonradan ortaya çı-kan bir durum olduğuna göre, bu otomobilin bozulması, yani arızalanması, “arizî” bir durumdur; diğer bir ifadeyle “sıfat-ı ârizâ”dır; yani “*accidentalia*”dır.

Diğer bir örnek: İnsanın sağlıklı olması, sıfat-ı asliye; hasta olması ise sıfat-ı ârizâdır. Yani insanın sağlıklı olması “asıl (*essentialia*)”, hasta olması ise bir “arizî durum (*accidentalia*)”dur. Zira sağlık, insan denen varlığın zatında var olan bir özelli-ktir; sağlık olmasaydı bizatihi insanın kendisi olmazdı. O halde sağlıklı olma özelli-ği insanın kendisinde baştan itibaren var olan bir özellik, yani bir “aslî nitelik”; hasta olması ise insanın sonradan içine düştüğü bir “arizî durum”dur. Aynı şekilde akıl ba-kımından kişinin aklının başında bulunması sıfat-ı asliye, deli olması ise sıfat-ı ârizâdır. Keza bir insanın hür olma sıfat-ı asliye, köle olması ise sıfat-ı ârizâdır.

İşte Mecellenin 9’uncu maddesinde yer alan “*sıfat-ı arızada aslolan ademdir*” il-kesi, bir şeyin sıfat-ı arızası, yani o şeyin arizî niteliği konusunda aslolanın yokluk olduğunu ifade etmektedir. Yani bir şeyin arizî niteliğinin mevcut olup olmadığı ko-nusunda tereddüt olursa, o niteliğin mevcut olmadığı varsayılır. Tersine, bir şeyin sı-fat-ı asliyesi, yani aslî niteliği konusunda aslolan, o niteliğin varoluşudur. Yani bir şe-yin aslî niteliğinin mevcut olup olmadığı konusunda tereddüt olursa, o niteliğin mev-cut olduğu varsayılır. Açıkçası, *bir şeyin aslî niteliğinin varlığı, arizî niteliğinin ise yokluğu esastır.*

Bir Örnek: Şimdi bu teorik açıklamadan sonra, 1990’lı yıllarda tartışılan şu soru-yu soralım: Acaba sigara içenlere mi, yoksa içmeyenlere mi yer ayrılmalıdır? Belki böyle bir durumda istatistiksel bir akıl yürütme yapıp, sigara içmeyenlerin sayılarının az olduğu, bu nedenle az sayıda olanlar için yer ayrılması gerektiği düşünülebilir. Za-ten bu yıllarda restoranlarda fiilen sigara içenlere değil, içmeyenlere yer ayrılmıştır. Oysa, sigara içme, bir arizî niteliklidir; sonradan ortaya çıkan bir şeydir; yani bir “*accidentalia*”dır. Çünkü, kimse sigara içerek doğmuyor. Sigara içmeme aslî bir nite-lik, sigara içmek ise, sonradan ortaya çıkmıştır; yani arizî bir niteliklidir. Dolayısıyla düzenlenmesi gereken şey, budur; yani sigara içmeyenler değil, sigara içenler için yer ayrılması gerekirdi.

Keza insanların sigara içmemesine izin veren bir kanun, sıfatı asliyeyi düzenlediği için saçma bir kanundur. Zira aslî niteliğin var olmak için kanuna ihtiyacı yoktur.

Yine aslî nitelik ile arızî nitelik çatışırsa, bu çatışma arızî nitelik düzenlenerek, sınırlandırılarak veya yasaklanarak çözümlenir. Sigara örneğinde, kapalı yerlerde yasaklanması gereken sigara içilmesidir; çünkü arızî olan şey, sonradan ortaya çıkan şey sigara içmedir.

“Sıfat-1 arızada aslolan ademdir” ilkesi eğer bir hukuk ilkesi ise, sigara içenlere değil, içmeyenlere yer ayrılmasını öngören bir kanun, keza sigara içmemeyi yasaklayan veya içmemeye izin veren bir kanun, bu prensibe aykırı oldukları için hukuka aykırı kanunlardır.

Bu akıl yürütmenin pozitif bir temeli yoktur. Çünkü Anayasamızın bir yerinde “Sıfat-1 arızada aslolan ademdir” diye bir hüküm geçmemektedir. Dolayısıyla bu ilkenin pozitif bir temeli bulunmamaktadır. Pozitif hukuk açısından bakarsak, Anayasa Mahkemesinin bir kanunu, “sıfat-1 arızada aslolan ademdir” ilkesine dayanarak iptal edemeyeceğini söyleyebiliriz. Bu nedenle “sıfat-1 arızada aslolan ademdir” ilkesinin bir pozitif hukuk ilkesi olmadığını, dolayısıyla kaçınılmaz olarak bir tabîi hukuk ilkesi olduğunu söyleyebiliriz. Ancak bu ilkenin bir tabîi hukuk ilkesi olması, onun sübjektif olduğu, kişiden kişiye değiştiği anlamına gelmez. Bu ilkeyi, biz icat etmedik. Mecellenin 9’uncu maddesinde yazılı bulunan bu ilkeyi Ahmet Cevdet Paşa veya Mecelle Komisyonunun diğer bir üyesi de icat etmedi. Zira bu ilkenin İbn Nüceym’in (ölümü 1563) *El Eşbah*’ında Arapça olarak “*el-aslü fi’s-sıfati’l-ârizati el-adem* (الأصل في الصفات العارضة العدم)”²⁶ şeklinde ifade ettiği ilkenin karşılığı olduğu not edilmektedir²⁷. Ne var ki bu ilkeyi pek muhtemelen İbn Nüceym de icat etmemiştir. Belki bu ilkeyi daha eski İslam fıkıh alimlerinden; onlar da muhtemelen Romalılardan ve belki eski Yunanlılardan aldılar. Nihayet bu ilke tipik bir dikotomik ilkedir. Dolayısıyla bu ilke, 2500 yıllık insan aklının bir ürünüdür ve tamamıyla eşyanın tabiatı hakkında yapılan gözlemler üzerine kurulu bir mantıksal çıkarımdır.

2. Sıfat-1 Asliye Kaide, Sıfat-1 Arıza ise İstisnadır²⁸ (*Asıl Olan Şey Kuraldır, Arızî Olan Şey ise İstisnadır*)

Bir şeyin aslî niteliğinin varlığı genel kuraldır; ama aynı şeyin arızî niteliğinin ise varlığı istisnadır. Bu ilke “*sıfat-1 arızada aslolan ademdir*” (Mecelle, m.9) ilkesinin mantıkî sonucudur. Yukarıda açıklandığı gibi bir şeyin aslî niteliğinin varlığı, arızî niteliğinin ise yokluğu asıl olduğuna göre, aslî niteliğin var olması kaide, arızî niteliğinin var olması ise istisnadır. Aslında bir şeyin arızî nitelik olması, bizatihi o şeyin is-

26. İbn Nüceym, *El Eşbah ve’n Nezair*, İstanbul, 1298, s.32’den nakleden Mustafa Yıldırım, *Mecellenin Külli Kaideleri*, İzmir, İzmir İlahiyat Fakültesi Yayınları, 2001, s.42. Keza Ahmet Şimşirgil ve Ekrem Buğra Ekinci, *Ahmed Cevdet Paşa ve Mecelle*, İstanbul, KTB Yayınları, 2008, s.96; Ali Haydar, *op. cit.*, c.I, s.34.

27. Ali Haydar, *op. cit.*, c.I, s.34.

tisnaî nitelikte olduğu anlamına gelir. Çünkü yukarıda açıklandığı gibi, arıza, yani arizî olma durumu, bir şeyin kendisinde olmayıp, sonradan ortaya çıkan geçici bir durumdur. Bu ise o arizî niteliğin istisnaî bir nitelik olduğu anlamına gelir.

Yukarıda “sıfat-ı arızada aslolan ademdir” ilkesi başlığı altında verdiğimiz aynı örneklerle *sıfat-ı asliyenin kaide*, *sıfat-ı arızanın ise* istisna olması durumunu açıklayalım: Bir otomobilin çalışıyor olması sıfat-ı asliye, arızalı olması ise sıfat-ı arıza olduğuna göre, bir otomobilin çalışıyor olması kaide, bozuk olması ise istisnaî bir durumdur. Keza bir insanın sağlıklı olması asıl, hasta olması ise arizî bir durum olduğuna göre, insanın sağlıklı olması genel kural, hasta olması istisnadır. Yine benzer şekilde, insanın akıllı olması genel kural, delilik istisnaî bir durumdur.

3. Sıfat-ı Asliyenin Değil, Sıfat-ı Arızanın Varlığı İspata Muhtaçtır²⁹

“Sıfat-ı asliye” değil, “sıfat-ı arıza”nın varlığı ispata muhtaçtır. Diğer bir ifadeyle, bir şeyin aslî niteliğinin varlığını değil, ama o şeyin arizî niteliğinin varlığını iddia eden ispatlamalıdır. Çünkü bir şeyin aslî niteliğinin var olduğu zaten kabul edilir. Bir şeyin belli bir anda arizî niteliği üzerinde bulunduğu ispatlanmadıkça, o şeyin aslî niteliği üzerinde bulunduğu kabul edilir. Aynı şekilde kaide olan şeyin var olduğu kabul edilir; istisna olan şeyin ise varlığının ispatlanması gerekir. Bir istisnanın varlığı ispatlanmadıkça, yokluğu kabul edilir ve o konuda kaideye tâbi olur.

Yukarıdaki örneklere geri dönersek şunları söyleyebiliriz: Bir otomobilin çalışıyor olması aslî nitelik, bozuk olması ise arizî nitelik olduğuna göre, bir otomobilin bozuk olduğunu iddia eden taraf bunu ispatlamalıdır. Keza bir insanın sağlıklı olması aslî nitelik, hasta olması ise arizî nitelik olduğuna göre, bir insanın hasta olduğunu iddia eden taraf bu iddiasını ispatlamalıdır. Bir otomobilin sağlam, bir kişinin sağlıklı olduğunu iddia eden tarafın bu iddiasını ispatlamaya ihtiyacı yoktur; zaten bunlar aslî niteliklerdir; kaidedir; yani ispata ihtiyaç olmaksızın bunların var olduğu kabul edilir.

Yukarıda açıkladığımız bu ilke, fıkıh usûlünde, “*beyyine hilaf-ı aslı ispat içindir* (“*delil, aslın aksini ispat içindir*”)³⁰ özdeyişiyle dile getirilmiştir. “Beyyine hilaf-ı aslı ispat içindir” ilkesi, ispat yükünün, asıl olan durumun aksini iddia edene ait olduğunu ifade eder. Diğer bir ifadeyle, “aslın hilafını iddia eden kimseden delil istenir”³¹. Mecelle, aynı ilkeyi, 77’nci maddesinde “*beyyine hilaf-ı zahiri ispat içindir*” diyerek dile getirmektedir.

28. Bu ilke, bir fıkıh kitabında yazmaz. Biz bu ilkeyi “*sıfat-ı arızada aslolan ademdir*” (Mecelle, m.9) ilkesinden türettik.

29. Biz bu ilkeyi “*beyyine hilaf-ı aslı ispat içindir*” ilkesinden türettik.

30. Ali Haydar, *op. cit.*, c.I, s.104.

31. *Ibid.*, c.I, s.33.

Bu ilke aslında yukarıdaki “sıfat-ı arızada aslolan ademdir” (Mecelle, m.9) ilkesinden türemiştir. Yukarıda açıklandığı üzere, “aslî nitelik (*sıfat-ı asliye*)”in varlığı, “arizî nitelik (*sıfat-ı ârıza*)”in ise yokluğu asıldır. Yani bir şeyin aslî niteliğinin o şeyde mevcut olduğu; arizî niteliğinin ise mevcut olmadığı varsayılır; yani bu yönde bir karine vardır. Dolayısıyla ispat yükü, bu varsayımın, bu genel kabulün, aksini iddia eden kişiye aittir. Açıkçası aslî niteliğin varlığını iddia eden kişinin bunu ispat etmeye ihtiyacı yoktur; tersine aslî niteliğin aksini iddia eden kişiye ispat yükü düşer. Yani ispat yükü sıfat-ı arızayı iddia edene aittir.

Sigara örneğine geri dönersek, ispat yükü konusunda şunları söyleyebiliriz: Sigara içilmemesi “aslî nitelik (*sıfat-ı asliye*)”, içilmesi ise “arizî nitelik (*sıfat-ı ârıza*)” olduğuna ve aslî niteliğin varlığı, arizî niteliğin ise yokluğu esas olduğuna göre, bir yerde sigara içilmediği değil, sigara içildiği ispatlanmalıdır. Sigara içmeyen bir kişi, kendisinin sigara içmediğini ispatlamak zorunda değildir. Bu kişinin sigara içtiğini iddia eden var ise, onun bu iddiasını ispatlaması gerekir. Çünkü sigara içmemek bir sıfat-ı asliyedir.

Şimdiye kadar gördüğümüz ilkeler, sadece hukukî ilkeler değil, mantıkî ilkeler, hatta eşyanın tabiatından istihraç edilmiş ilkelerdir. Şimdi hukuk uygulamasında ihtiyaç duyulan daha “teknik” ilkelere geleceğiz. Ancak bu ilkeler de, biraz önce açıkladığımız mantık ilkelerinden türetilmiş, onlara dayanan ilkelerdir.

III. KAİDE VE İSTİSNA İLE İLGİLİ İLKELER³²

Aşağıda genel kural (kaide) ve istisnaya ilişkin çeşitli ilkeleri göreceğiz. Ama öncelikle *kaide* ve *istisna*nın ne olduğunu açıklayalım.

Belirli bir konuya ilişkin hukuk kuralları, kendi içinde “kaide (ilke)”yi düzenleyen kural ve varsa bu kaideye “istisna” getiren kurallar olarak ikiye ayrılır.

Kaide.- Kaideyi düzenleyen kurala “genel hüküm” veya “genel kural (*generalis regula, general rule, règle générale*)” denir. Genel kural, bu kuralın düzenlediği şey ile ilgili genel bir önermedir. Söz konusu genel önerme, kuralın konusu olan şeyin, istisna tutulmamış bütün parçalarına ve çeşitlerine uygulanabilir. Genellikle bu tür önermelerde, her, herkes, kim, kimse, hep, her zaman gibi “âmm lafız”lar kullanılır³³. Ancak bir önermede böyle bir genel ibare kullanılsa bile, bu önerme anlam olarak

32. Aşağıda “1. Kendiliğinden İstisna Olmaz, İstisna Konulmalıdır”, “2. İstisna, Kaideyi Koyan Makam Tarafından Konulabilir” ilkeleri dışındaki “Kaide ve İstisna ile İlgili İlkeleri” biz *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi* isimli kitabımızda incelemiştik. Bkz.: Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, Bursa, Ekin, 2011, c.I, s.269-280.

33. Ali Himmet Berki, *Hukuk Mantığı ve Tefsir*, Ankara, Güney Matbaacılık, 1948, s.32-34.

genel ise, yani bu önerme ilişkin olduğu şeyin bütün parçalarına ve türlerine uygulanabiliyorsa, söz konusu önerme genel bir önerme olabilir.

İstisna.- İstisna ise genel kuralın içerdiği önermenin dışında tutulan şeydir. Yani istisna genel kuralda öngörülen sonuca tâbi değildir. Diğer bir ifadeyle genel kural, istisnaya uygulanamaz. İstisnanın içinde kalan şeyler genel hükme tâbi olmaz; istisnanın dışında kalan şeyler ise genel hükme tâbi olur.

İstisna tutulan şey, istisna tutulmayan şeyden küçük olmalıdır ki, istisnanın bir anlamı olsun³⁴. Keza, istisnadan sonra kapsamı daralmış olsa bile genel hükmün uygulanma imkânı mevcut olmalıdır. Aksi takdirde genel kural ortadan kalkar; istisna genel kural haline gelir.

İstisna getiren önermelerde genellikle, “dışında”, “hariç”, “ayrı”, “istisnaen”, “ancak”, “saklı kalmak üzere” gibi kelimeler bulunur. Ancak bu şart değildir. Böyle bir ibare olmasa bile önermenin anlamından bir istisna getirildiği çıkarılabilir.

Anayasa ve kanunlar, genel kural ve istisnayı çok değişik şekillerde hükme bağlayabilir:

a) Genel kural ve istisna aynı cümle içinde ifade edilebilir. 1982 Türk Anayasasından örnekler:

Anayasa, m.91/1: “Sıkıyönetim ve olağanüstü haller *saklı kalmak üzere*, Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümünde yer alan siyasî haklar ve ödevler kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenemez”.

Anayasa, m.44/son: “Bu amaçla dağıtılan topraklar bölünemez, *miras hükümleri dışında* başkalarına devredilemez”.

Anayasa, m.67/5: “Taksirli suçlardan hüküm giyenler *hariç* ceza infaz kurumlarında bulunan hükümlüler oy kullanamazlar”.

Anayasa, 129/3: “Uyarma ve kınama cezalarıyla ilgili olanlar *hariç*, disiplin kararları yargı denetimi dışında bırakılmaz”.

b) Genel kural ve istisna bir fıkranın iki değişik cümlesinde ifade edilebilir. 1982 Anayasasından örnekler:

34. Ömer Nasuhi Bilmen’in belirttiği gibi, “müstesna, müstesna minhin lâfzile olunca ondan ekal olmalıdır, ondan daha çok veya mefhumen ona müsavi olmamalıdır. Çünkü bu takdirde istisna, lâğv olur”. Ömer Nasuhi Bilmen, *Hukukî İslamiyye ve Islahatı Fıkhiyye Kamusu*, İstanbul, Bilmen Yayınevi, 1968, Cilt 1, s.104-105.

Anayasa, 42/son: “Eğitim ve öğretim kurumlarında okutulacak yabancı diller ile yabancı dille eğitim ve öğretim yapan okulların tâbi olacağı esaslar kanunla düzenlenir. Milletlerarası anlaşma hükümleri *saklıdır*”.

Yukarıdaki örnekte birinci cümle genel kural, ikinci cümle istisnayı hükme bağlamaktadır.

Anayasa, m.83/2: “Seçimden önce veya sonra bir suç işlediği ileri sürülen bir milletvekili, Meclisin kararı olmadıkça tutulamaz, sorguya çekilemez, tutuklanamaz ve yargılanamaz. Ağır cezayı gerektiren suçüstü hali ve seçimden önce soruşturmasına başlanılmış olmak kaydıyla Anayasanın 14 üncü maddesindeki durumlar bu hükmün *dışındadır*”.

Yukarıdaki örnekte birinci cümle genel kural, ikinci cümle istisnayı hükme bağlamaktadır.

Anayasa, m.89/2: “[Cumhurbaşkanı], yayımlanmasını kısmen veya tamamen uygun bulmadığı *kanunları*, bir daha görüşülmek üzere... Türkiye Büyük Millet Meclisine geri gönderir. *Bütçe kanunları* bu hükme tâbi değildir”.

c) Genel kural ve istisna bir maddenin iki değişik fıkrasında ifade edilebilir. Örnek:

Genel Kural: Anayasa, m.17/1.- “Herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir”.

İstisna: Anayasa, m.17/4.- “Meşrû müdafaa hali, yakalama ve tutuklama kararlarının yerine getirilmesi, bir tutuklu veya hükümlünün kaçmasının önlenmesi, bir ayaklanma veya isyanın bastırılması, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde yetkili merciin verdiği emirlerin uygulanması sırasında silah kullanılmasına kanunun cevaz verdiği zorunlu durumlarda meydana gelen öldürme fiilleri, *birinci fıkra hükmü dışındadır*”.

d) Kanunun bir maddesi genel kuralı, diğer bir maddesi istisnayı hükme bağlayabilir. Bu maddeler ardışık olabileceği gibi aralarında pek çok madde de bulunabilir. Örnek:

Genel Kural: Anayasa, m.7.- Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinindir. Bu yetki devredilemez.

İstisna: Anayasa, m.91.- Türkiye Büyük Millet Meclisi, Bakanlar Kuruluna kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi verebilir.

e) Bazen kanun koyucu, genel kuralı ayrıca belirtmeye ihtiyaç duymadan doğrudan doğruya istisnayı belirtir. Ceza kanunlarının yaptığı şey budur: İnsanların genel olarak özgür olduğu ayrıca belirtilmeksizin, belirli bir insan fiiline müeyyide bağlanır. Böylece o insan fiili, genel insan özgürlüğü karşısında istisnayı teşkil etmiş olur.

Böyle bir durumda kaide konusunda söz konusu süjenin tâbi olduğu genel hukukî rejim geçerlidir. Örneğin ceza hukuku alanında ayrıca ve açıkça suç olarak tanımlanmamış her fiil serbesttir. Ceza kanunlarının suç tanımı yapan ve müeyyide bağlayan bütün hükümleri istisna, kanunsuz suç ve ceza olmaz prensibi ise genel kuraldır.

Kaidenin ayrıca belirtilmeksizin doğrudan doğruya istisnanın belirtilmesine anayasa hukukunda da rastlanır. Anayasamızın 82’nci maddesi TBMM üyeliği ile bağdaşmayan işleri tek tek saymıştır. Bu maddede sayılanlar dışındaki işleri yapmakta TBMM üyeleri serbesttir. Bu konuda kaide budur. Ancak Anayasa, m.82’de böyle bir kaideyi ifade eden bir hüküm yoktur. Ancak ayrıca ve açıkça yasaklanmadıkça, milletvekilleri de bir insan olarak istedikleri her faaliyeti yapabilirler. O hâlde Anayasa, m.82’de dile getirilmemiş olsa da bu konuda genel kural ve kaide şu şekilde ifade edilebilir:

Genel Kural: Milletvekilleri istedikleri işleri yapmakta serbesttir.

İstisna: Anayasa, Madde 82: Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri, Devlet ve diğer kamu tüzelkişilerinde ve bunlara bağlı kuruluşlarda; Devletin veya diğer kamu tüzelkişilerinin doğrudan doğruya ya da dolaylı olarak katıldığı teşebbüs ve ortaklıklarda; özel gelir kaynakları ve özel imkânları kanunla sağlanmış kamu yararına çalışan derneklerin ve Devletten yardım sağlayan ve vergi muafiyeti olan vakıfların, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ile sendikalar ve bunların üst kuruluşlarının ve katıldıkları teşebbüs veya ortaklıkların yönetim ve denetim kurullarında görev alamazlar, vekili olamazlar, herhangi bir taahhüt işini doğrudan veya dolaylı olarak kabul edemezler, temsilcilik ve hakemlik yapamazlar.

Bu şekilde kaidenin ve istisnanın ne olduğunu ve nasıl belirlendiğini açıkladıktan sonra şimdi kaide ve istisna ile ilgili metodolojik ilkeleri görelim.

1. Kendiliğinden İstisna Olmaz, İstisna Konulmalıdır

Yukarıda açıkladığımız gibi istisna bir “arızî nitelik (sıfat-ı arıza, *accidentalia*)”tir. Dolayısıyla bir arızî nitelik olarak istisnanın olabilmesi için, istisnanın öngörülmüş olması gerekir. Yani bir istisnadan bahsedebilmek için, bu istisnanın ayrıca ve açıkça konulmuş olması gerekir. Pozitivist terminolojiyle söylersek, konulmamış bir şey istisna olamaz. Keza belli bir konuda bir istisnanın olduğunu iddia eden kişi iddiasını ispatlamalıdır. İstisnanın ayrıca ve açıkça konulmuş olduğu ispatlanamazsa, istisnanın bulunup bulunmadığı hususu hala tereddütlü ise, istisnanın olmadığı varsayılır. Çünkü kaide asıl, istisna ise arızî bir niteliktir. İstisnanın olduğu ispatlanmamış ise, ilgili konuya kaide uygulanır.

Örnek.- Bunu bir örnekle açıklayalım: Örneğin 1982 Anayasası, Cumhurbaşkanı’nın kişisel suçlarından dolayı sorumsuzluğu ilkesini getirmediği gibi kişisel suçlarından dolayı Cumhurbaşkanı’nın yargılanması bakımından yasama dokunulmazlığına benzer bir güvenceyi de Cumhurbaşkanı’na tanımamıştır. Doktrinde bazı yazarlar, mil-

letvekillerine tanınan yasama dokunulmazlığı benzeri bir güvencenin Cumhurbaşkanına tanınmasında da yarar olduğunu ileri sürerek Cumhurbaşkanının kişisel suçlarından ve keza Cumhurbaşkanının seçilmeden önce işlediği iddia edilen suçlardan dolayı yargılanamayacağını iddia etmektedirler. Belki milletvekillerine tanınan yasama dokunulmazlığı benzeri bir dokunulmazlığın Cumhurbaşkanına da tanınmasında yarar olurdu. Ancak gelgelelim Anayasada Cumhurbaşkanına böyle bir ayrıcalık tanıyan bir hüküm, bu düşünceyi iddia edenlerin de kabul ettiği gibi yoktur. Söz konusu ayrıcalık Cumhurbaşkanının kişisel suçlarından dolayı genel hükümlere tâbi olması kuralının istisnası oluşuna göre, bu istisnanın ayrıca ve açıkça anayasa koyucu tarafından öngörülmüş olması gerekir. Öngörülmediğine göre Cumhurbaşkanının böyle bir dokunulmazlığı yoktur; Cumhurbaşkanı kişisel suçlarından dolayı normal vatandaşlar gibi yargılanabilir.

2. İstisna, Kaideyi Koyan Makam Tarafından Konulabilir

Yukarıda kendiliğinden istisna olamayacağını, istisnanın konulması gerektiğini söyledik. Hemen ilave edelim: İstisna, herhangi bir makam tarafından değil, ancak kaideyi koyan makam tarafından konulabilir. Bunun sebebi şudur: İstisna, kaidenin, yani o konudaki genel kuralın kapsamını daralttığı için, genel kuralın değiştirilmesi anlamına gelir. Dolayısıyla bir kurala istisna getirmek yetkisi, sadece ve sadece o kuralı koyma yetkisine sahip olan makama aittir. Yani istisna, kaideyi koyan makam tarafından konulur.

Bundan şu sonuçlar çıkar: Bir kere, yargı organı kural koyucu bir organ olmadığına göre istisna koyma yetkisine sahip değildir. Bir konuda istisna yok ise, yargı organı genel kuralı uygulamak zorundadır. Yargı organının istisna koyamaması, aynı zamanda yorum yoluyla genel kuralın kapsamını daraltmaması ve keza yorum yoluyla istisna üretememesi anlamına gelir. Yorum yoluyla genel kurala istisna getiren yargı organı, yasama yetkisini veya düzenleyici işlem yapma yetkisini gasp etmiş olur.

İkinci olarak, bir kurala istisna getirmek yetkisi, sadece ve sadece o kuralı koyma yetkisine sahip olan makama aittir. Yani genel kural kim tarafından konulmuş ise, o genel kurala istisnayı yine o makam getirebilir. Mesela yasama organının koyduğu bir genel kurala yine yasama organı istisna getirebilir. Yasama organının koyduğu bir kurala Bakanlar Kurulu istisna getiremez. Keza Bakanlar Kurulunun koyduğu bir kurala bir bakanlık istisna getiremez. Burada makamdan bahsetmek yerine belki normdan bahsetmek daha uygun olur. Şöyle diyebiliriz: Bir genel kural hangi norm ile konulmuş ise, o kurala istisna ancak o norm ile konulabilir. Yani kanunla konulmuş bir kurala, kanunla; yönetmelik ile konulmuş kurala yönetmelik ile istisna getirilebilir.

Normlar hiyerarşisinin cari olduğu bir sistemde yukarıdaki ilkeyi daha doğru bir şekilde şöyle de açıklayabiliriz: *İstisna, normlar hiyerarşisinde kendisine istisna getirilen norm ile en az aynı düzeyde bulunan bir norm ile getirilebilir.* Yani anayasa hükmüne istisna anayasa hükmüyle, kanun hükmüne istisna kanun hükmüyle getirilebilir; anayasanın bir hükmüne kanunla, kanunun bir hükmüne yönetmelikle istisna getirilemez. Keza tüzükle konulan bir kurala yönetmelikle istisna getirilemez.

Yine normlar hiyerarşisine paralel bir şekilde, makamlar hiyerarşisi terminolojisiyle söylersek, kurucu iktidarın koyduğu bir kurala ancak kurucu iktidar, yasama organının koyduğu bir kurala ancak kurucu iktidar veya yasama organı; yürütme organının koyduğu bir kurala ancak kurucu iktidar, yasama organı veya yürütme organı istisna getirebilir. Haliyle yürütme organının kendi içinde de bir makamlar hiyerarşisi vardır. Örneğin Bakanlar Kurulunun koyduğu bir yönetmelik hükmüne bir bakanlık yönetmeliğiyle istisna getirilemez; bir bakanlığın koyduğu yönetmeliğe bir vali genel emir ile istisna getiremez.

Şimdi istisna ancak kaideyi koyan makam tarafından konulabilir ilkesine kötü bir örnek verelim:

Örnek.- Anayasamızın 101’inci maddesinin ilk fıkrasına, 31 Mayıs 2007 tarih ve 5678 sayılı Anayasa Değişikliği Kanunuyla şu hüküm konulmuştur:

Anayasa, m.101/2: “Cumhurbaşkanının görev süresi beş yıldır”.

Bu hüküm bir genel hükümdür ve ne bu fıkrada, ne 101’nci maddenin bir başka fıkrasında, ne de Anayasamızın bir başka maddesinde bu genel hükme istisna getiren bir hüküm yoktur. Ne var ki, onbirinci Cumhurbaşkanı Abdullah Gül’ün görev süresinin kaç yıl olduğu konusunda bir tartışma yaşanmıştır. Nitekim ben de bu konuda “*Cumhurbaşkanı Abdullah Gül’ün Görev Süresi Ne Kadardır ve Bu Görev Süresi Kanunla Belirlenebilir mi?*” başlıklı bir makale yazarak bu tartışmaya katıldım³⁵. Neticede kanun koyucu bu tartışmaya sessiz kalmadı ve sorunu kendince çözmek için 19 Ocak 2012 tarih ve 6271 sayılı Cumhurbaşkanı Seçimi Kanununun geçici 1’nci maddesiyle şöyle bir hüküm getirdi:

6271 sayılı Cumhurbaşkanı Seçimi Kanunu, Geçici Madde 1: “*Onbirinci Cumhurbaşkanı’nun görev süresi yedi yıldır.*”

Böylece sorun “çözülmüş” oldu. Sorunun bu şekilde çözülmesi yukarıda açıkladığımız “*istisna, kaideyi koyan makam tarafından konulabilir*” ilkesine aykırıdır. Çün-

35. Kemal Gözler, “Cumhurbaşkanı Abdullah Gül’ün Görev Süresi Ne Kadardır ve Bu Görev Süresi Kanunla Belirlenebilir mi?”, *Terazi Aylık Hukuk Dergisi*, Yıl 7, Sayı 66, Şubat 2012, s.36-50 <www.anayasa.gen.tr/gorev-suresi.htm> (13 Ağustos 2012).

kü “*Onbirinci Cumhurbaşkanının görev süresi yedi yıldır*” diyen 6271 sayılı Cumhurbaşkanlığı Seçimi Kanununun geçici 1’nci maddesi, Anayasamızın “*Cumhurbaşkanının görev süresi beş yıldır*” diyen 101’inci maddesinin ikinci fıkrasının uygulama alanını daraltmaktadır; dolayısıyla 6271 sayılı Kanunun bu maddesi, Anayasamızın 101’inci maddesinin ikinci fıkrası hükmüne *istisna* getirmektedir.

Oysa yukarıda açıkladığımız gibi, bir anayasa hükmüne ancak anayasa hükmüyle istisna getirilebilir; anayasa hükmüne kanunla istisna getirilemez. Anayasa hükmüne kanunla istisna getirilmesi, normlar hiyerarşisinin mantığına aykırıdır. Zira anayasa hükmüne kanunla istisna getirilebilirse, normlar hiyerarşisinin bir anlamı kalmaz; normlar hiyerarşisi sadece bir genel hukuk ilkesi değil, bizzat pozitif bir hukuk ilkesidir. Zira Anayasanın bir hükmüne kanunla istisna getirilmesi, Anayasamızın 11’nci maddesiyle tanınmış olan Anayasanın üstünlüğü ilkesine aykırı olur. Keza anılan maddenin ikinci fıkrası açıkça “*kanunlar Anayasaya aykırı olamaz*” demektedir.

Dolayısıyla 6271 sayılı Cumhurbaşkanlığı Seçimi Kanununun “*Onbirinci Cumhurbaşkanının görev süresi yedi yıldır*” diyen geçici 1’nci maddesi, Anayasamıza aykırıdır. Ne var ki, bu hükme karşı açılan iptal davasında Anayasa Mahkemesi, 15 Haziran 2012 tarih ve E.2012/30 sayılı kararıyla 6271 sayılı Kanunun bu hükmünün Anayasaya aykırı olmadığına karar vermiştir³⁶. Karar henüz yayınlanmamıştır. Anayasa Mahkemesinin bu temel ilkeye aykırı olarak verdiği kararı nasıl gerekçelendirebileceği merak konusudur. Yukarıdaki yorum ilkesi (“istisna ancak kuralı koyan makam tarafından konulabilir”) ve pozitif hukuk kuralı (Anayasa, m.11) karşısında, Anayasa Mahkemesinin bir anayasa hükmüne kanunla istisna getirilebileceğini açıklayabilmesi çok zor görünüyor.

Anayasa Mahkemesinin böyle tartışmalı bir konuda yapması gereken şey, yorum ilkelerini uygulayarak Anayasaya aykırılık sorununu çözmesidir. Anayasa Mahkemesi kararları önceden bilinebilir olmalıdır. Ve kararları Mahkemenin kompozisyonuna, daha açıkçası çoğunluk üyelerinin siyasal eğilimlerine ve hatta daha gerçekçi bir ifade ile çoğunluk üyelerinin kimin tarafından atanmış olduklarına göre değişmemelidir.

Haliyle bir Anayasa hükmüne kanunla istisna getirilmesini Anayasaya aykırı görmeyen Anayasa Mahkemesi üyelerinin hukukî gerekçelerle değil, siyasî gerekçelerle hareket ettiği yolunda haklı endişeler vardır. Nitekim söz konusu kararı izleyen günlerde, Anayasa Mahkemesinin bu kararı hakkında medyada şu değerlendirmeler yapılmıştır:

36. <http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=gundem&id=378> (13 Ağustos 2012).

“Gül mü, Erdoğan mı tartışması ötelenmiş, her ikisi de rahatlamıştır”, “siyasi kriz AKP yönünden ötelenmiştir”, “AKP başkanlık senaryoları için zaman kazanmıştır”, “AKP rahatlamıştır”, “okyanus ötesi rahatlamıştır”³⁷.

Eğer Anayasa Mahkemesinin çoğunluk üyeleri, bu kararı verirken, saf hukukî argümanlarla değil, bu tür siyasî mülahazalar ile hareket etmişler ise, Türkiye’de hukukun değil, keyfiliğin hükümranlığı sürmektedir. Anayasa Mahkemesinin bu karara imza atan çoğunluk üyelerinin kararlarını bizi ikna edecek düzeyde saf hukukî argümanlarla açıklamaları gerekir. Aksi takdirde, biz de bu kararı veren Anayasa Mahkemesinin çoğunluk üyelerini hukuka uygun olarak değil, AKP’nin işine gelen şekilde karar vermekle suçlayacağız. Her halükarda gerekçeli kararı sabırsızlıkla bekliyoruz. 19 Ocak 2012 tarih ve 6271 sayılı Cumhurbaşkanı Seçimi Kanununu, “Cumhurbaşkanı Abdullah Gül’ün Görev Süresi Ne Kadardır ve Bu Görev Süresi Kanunla Belirlenebilir mi?” başlıklı makalemde³⁸ nasıl eleştirmiş isek, gerekçesi yayımlandıktan sonra, Anayasa Mahkemesinin 15 Haziran 2012 tarih ve E.2012/30 sayılı kararı hakkında da bir eleştiri makalesi yazacağız.

Bildirimizin giriş kısmında belirttiğimiz gibi, keyfilikten uzak bir hukuk sistemi içinde yaşıyor olmamız gerekir. Belli bir konuda, uygulanacak kuralın ne olduğu önceden bilmemiz ve bu kuralın ne zaman ve nasıl uygulanacağı konusunda tereddüt içinde olmamız gerekir. Cumhurbaşkanının görev süresi acaba beş yıl mı; yoksa yedi yıl mıydı? Bunu hepimizin önceden bilmesi gerekirdi. Oysa bunu Cumhurbaşkanının görev süresinin dolmasına aylar kala bilmiyorduk. Bu konuda kuralın ne olduğuna hukukçular değil, güç sahibi olan kişiler son aylarda karar verdiler. Demektedir ki, bu kararı özellikle de son aylarda verdiler; çünkü son aylara kadar siyasal menfaatlerinin değişmesi ihtimal dâhilindeydi. Eğer bu analiz doğruysa, bu demektir ki, biz önceden bildiğimiz bir kurala değil, bazı güçlü kişilerin önceden bilmediğimiz iradesine tâbiyiz. Bu keyfilikten başka bir şey değildir. Bildirimizin başında Publilius Syrus’un zikrettiğimiz sözünü bir kez daha tekrarlayalım: “*Miserrimum est arbitrio alterius vivere* (En büyük sefalet, başkalarının iradesine bağlı olarak yaşamaktır)”³⁹.

37. Bu değerlendirmeler Ali Rıza Aydın’ın izleyen makalesinden alınmıştır: Ali Rıza Aydın, “Cumhurbaşkanlığı Seçimine Başka Gözle Bakmamak”, <<http://haber.sol.org.tr/yazarlar/ali-riza-aydin/cumhurbaskanligi-secimine-baska-gozle-bakmamak-56109>> (13 Ağustos 2012).

38. Gözler, “Cumhurbaşkanı Abdullah Gül’ün Görev Süresi Ne Kadardır...”, *op. cit.*, s.36-50 <www.anayasa.gen.tr/gorev-suresi.htm> (13 Ağustos 2012).

39. Publilius Syrus, *Sententiae* (M.Ö. 1. yüzyıl) <<http://www.thelatinlibrary.com/syrus.html>> (23 Ağustos 2012).

3. İstisna, Kaideyi Koyan Makamın Açıkça Yetkilendirdiği Bir Başka Makam Tarafından da Konulabilir

Kamu Hukukçuları Platformunun toplantısında “istisna, kaideyi koyan makam tarafından konulabilir” ilkesine yönelik olarak Dr. Ozan Ergül, bazı durumlarda istisnanın kaideyi koyan makam tarafından değil, bir başka makam tarafından konulabildiği düşüncesini ileri sürdü ve bu düşüncesini desteklemek için Anayasayla tanınmış olan oy hakkının sınırlandırılması olarak bizden ve ABD’den çeşitli örnekler verdi. Örneğin anayasada öngörülmemiş olmasına rağmen oy hakkının kullanılması için, seçmen listesine kayıtlı olmak, oyunu listede yazılı olduğu sandıkta kullanmak, sandık kuruluna kimlik kartı göstermek gibi anayasayla değil, anayasa altı düzenlemeler ile getirilmiş çeşitli sınırlamalar söz konusu. Ozan Ergül bu örneklerde, söz konusu sınırlamaların Anayasadan kaynaklanmadığını, bununla birlikte söz konusu sınırların Anayasaya aykırı olmadığını düşünüyor. Çünkü Dr. Ergül’e göre bunlar adil ve serbest seçimler için yapılan haklı/meşru sınırlamalardır. Bu tür sınırlamalar kuralı koyan makam tarafından veya onun yetkilendirmesiyle konulmamıştır. Ozan Ergül’e göre istisnanın kaideyi koyan makam dışında bir başka makam tarafından da konulduğu ve üstelik de konulan bu istisnanın haklı ve hukuka uygun bulunduğu haller olabilir.

Ozan Ergül’ün verdiği örneklerdeki sınırlamalar, oy hakkı konusundaki genel kuralın istisnası niteliğindedir. Dolayısıyla oy hakkı konusundaki kaidenin anayasayla konulduğunu, ancak bu kaideye istisnaların kanunla getirilmiş olduğunu söyleyebiliriz. Biz, kaideyi koyan makamın yetkilendirmesi olmadan makamlar hiyerarşisinde alt bir makamın üst makamın koyduğu kaideye istisna getirebileceği düşüncesini kabul etmiyoruz. Bununla birlikte, kanımızca, kaideyi koyan makam, kendi koyduğu kaideye istisna getirme yetkisini bir alt makama vermiş olabilir. Böyle bir durumda, alt makam da, üst makamdaki yetkiye dayanarak üst makamın koyduğu kaideye istisna getirebilir.

Örneğin Anayasamızın 67’nci maddesinin 4’üncü fıkrasında yer alan “*bu haklarının kullanılması kanunla düzenlenir*” hükmü, kanımızca, Anayasamızın 67’nci maddesinin ilk üç fıkrasında seçme, seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakları konusunda konulan kaidelere istisna getirme yetkisini kanun koyucuya vermektedir. Diğer bir ifadeyle, Anayasamızın 67’nci maddesi, seçme seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakları konusunda kaideleri belirlemekte, ama istisnaları belirleme yetkisini 4’üncü fıkrasında “*bu haklarının kullanılması kanunla düzenlenir*” diyerek kanun koyucuya bırakmaktadır. Kanun koyucu da bu fıkraya dayanarak bu hakların kullanılması konusunda, seçmen listesine kayıtlı olmak, oyunu listede yazılı olduğu sandıkta kullanmak, sandık kuruluna vatandaşlık numarası olan bir kimlik kartı göstermek ve

hatta oy kullanınca parmağına mürekkep sürülmesi gibi çeşitli tedbir ve sınırlamalar öngörmektedir. Bunlar haliyle Anayasamızın 67’nci maddesinde konulmuş kaidelerin istisnası niteliğindedir. Ancak bu istisnalarda hukuka aykırı bir yön yoktur. Çünkü Anayasamızın 67’nci maddesi, seçme hakkı konusunda kendi koyduğu kaidelere istisna getirme yetkisini açıkça kanun koyucuya vermektedir. Yani bu istisnalar, kaideyi koyan makam tarafından konulmasa bile, bu makamdaki açıkça yetki almış bir makam tarafından konulmaktadır. Tabir caiz ise, burada istisnayı belirleme konusunda usûlüne uygun bir yetki devri söz konusudur. Böyle bir durumda kanun koyucunun istisna koyma konusunda yetkisinin pozitif bir temeli vardır.

Anayasamızın daha pek çok maddesinde, kaide anayasa koyucu tarafından konulmuş, ama istisnayı belirleme yetkisi “kanunla düzenlenir” denerek kanun koyucuya verilmiştir. Örnek olarak m.14, 18, 20, 26, 27, 29, 31, 32, 42, 43, 47, 50, 51, 52, 54, 61, 72, 82, 133’e bakılabilir.

Mesela Anayasamızın 27’nci maddesi, ilk fıkrasında, “Herkes, bilim ve sanatı serbestçe öğrenme ve öğretme, açıklama, yayma ve bu alanlarda her türlü araştırma hakkına sahiptir” dedikten sonra son fıkrasında “bu madde hükmü yabancı yayınların ülkeye girmesi ve dağıtımının *kanunla* düzenlenmesine engel değildir” diyerek ilk fıkrasında koyduğu kaideye, yabancı yayınların ülkeye girmesiyle ilgili olarak kanunla istisna getirilebileceğini kabul etmiştir. Dikkat edileceği gibi Anayasa koyucu genel bir istisna koyma yetkisi vermemiş, sadece yabancı yayınların ülkeye girmesi konusunda sınırlı bir istisna koyma yetkisini vermiştir.

Diğer bir örnek: 1982 Anayasa koyucusu, 54’üncü maddenin ilk fıkrasının ilk cümlesinde “toplu iş sözleşmesinin yapılması sırasında, uyuşmazlık çıkması halinde işçiler grev hakkına sahiptirler” diyerek işçilere grev hakkını vermekte, ikinci cümlesinde ise “bu hakkın kullanılmasının ve işverenin lokavta başvurmasının usul ve şartları ile kapsam ve *istisnaları kanunla düzenlenir*” diyerek bu hakkın istisnalarının kanun koyucu tarafından belirlenmesine yetki vermektedir.

Bir başka örnek: Anayasa koyucu, 1982 Anayasasının 82’nci maddesinde TBMM üyeliği ile bağdaşmayan pek çok işi kendisi saymıştır. Yani TBMM üyelerinin istediği işi yapmakta serbest oldukları kaidelerinin istisnalarını kendisi belirlemiştir. Ancak bununla da yetinmemiş, 82’nci maddenin son fıkrasında “Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeliği ile bağdaşmayan *diğer görev ve işler kanunla düzenlenir*” diyerek bu kaideye kanunla da istisna getirilebileceğini kabul etmiş, yani kanun koyucuya kendi koyduğu kaideye istisna getirme yetkisini vermiştir.

Dolayısıyla “istisna, kaideyi koyan makam tarafından konulabilir” ilkesine “istisna, kaideyi koyan makamın açıkça yetkilendirdiği bir başka makam tarafından da ko-

nulabilir” şeklinde bir ek ilke ekleyebiliriz. Keza bu iki ilkeyi tek bir ilke olarak şu şekilde de ifade edebiliriz: “İstisna kaideyi koyan makam tarafından veya bu makamın açıkça yetkilendirdiği diğer bir makam tarafından konulabilir”.

Burada şunun altını çizelim: İstisnanın kaideyi koyan bakımından tarafından konulması asıldır; dolayısıyla kaideyi koyan makamın istisna koyma konusunda bir başka makama yaptığı yetkilendirmenin *ayrıca ve açıkça* yapılması gerekir. Bu nedenle, bir makamın istisna koyma yetkisi alıp almadığı konusunda tereddüt ortaya çıkarsa bu makamın böyle bir yetki almadığı sonucuna ulaşılmalıdır. Keza bu makamın böyle bir yetki aldığı anlaşılacakla birlikte, bu yetkinin kapsamı konusunda tereddüt ortaya çıkarsa, yine dar yorum yapılarak, tereddütlü konunun bu yetkinin kapsamına girmediği sonucuna ulaşılmalıdır.

Kaideyi koyan makam istisna koyma yetkisini hangi makama vermiş ise veya istisnanın hangi tür norm ile konulacağını belirtmiş ise sadece ve sadece o makam tarafından ve o norm ile istisna getirebilir. Örneğin anayasa koyucu “kanunla düzenlenir” demiş ise, istisna artık tüzük ile, yönetmelik ile belirlenemez. (Ancak kanun hükmünde kararname ile belirlenebilir).

Diğer yandan şunun da altını çizelim: Bir makam, bir başka makama kendi koyduğu kurala istisna koyma yetkisini devrederken, bu yetkiyi gerek zaman, gerek biçim, gerekse içerik olarak sınırlandırabilir. Keza, istisna koyma yetkisini verdiği makamın istisna koyarken izleyeceği ilkeleri de belirtmiş olabilir.

Mesela, Anayasamızın 29’uncu maddesinin üçüncü fıkrasına göre “sürelî yayınların çıkarılması, yayım şartları, malî kaynakları ve gazetecilik mesleği ile ilgili esaslar kanunla düzenlenir. Kanun, haber, düşünce ve kanaatlerin serbestçe yayımlanmasını engelleyici veya zorlaştırmacı siyasal, ekonomik, malî ve teknik şartlar koyamaz”. Görüldüğü gibi, Anayasa koyucu bu konuda kanun koyucuya yetki vermekte, ama kanun koyucunun bu yetkisini de sınırlandırmaktadır.

Anayasanın Tanıdığı Temel Hak ve Hürriyetlere, Anayasa, Madde 13’e Uygun Olmak Şartıyla Kanunla İstisna Getirilebilir.- Kamu Hukukçuları Platformunda, Serkan Köybaşı tarafından, temel hak ve hürriyetlerin Anayasamızın 13’üncü maddesine uygun olarak kanunla sınırlandırılması imkânı karşısında, istisna ancak kaideyi koyan makam tarafından konulabilir ilkesinin geçerliliği sorgulandı. Gerçekten de, Anayasamızın 13’üncü maddesi, belirli şartlar altında kanunla Anayasa tarafından tanınmış temel hak ve hürriyetlerin kanunla sınırlandırılmasına imkân vermektedir. Örneğin Anayasamızın 28’nci maddesi “basın hürdür” diyerek kaideyi koymakta, ama izleyen fıkralarında bu hürriyetin belirli sebeplerle sınırlandırabileceğini kabul etmekte ve Anayasamızın 13’üncü maddesi basın hürriyetinin Anayasa madde 28’de belirtilen sebep-

lere dayanılarak, Anayasa madde 13’te belirtilen şartlara uyarak kanunla sınırlanabilmesine izin vermektedir. Anayasanın tanıdığı bir temel hak ve hürriyetin kanunla sınırlanması, Anayasanın koyduğu bir kaideye kanunla istisna getirilmesi anlamına gelir. Yukarıda açıkladığımız gibi, böyle bir istisnanın kanun koyucu tarafından getirilmesine kaideyi koyan makam, yani Anayasa koyucu izin verdiği için burada “istisna, kaideyi koyan makam tarafından konulabilir” ilkesine gerçekte bir aykırılık yoktur. Bu ilkeyi sadece yukarıda ifade ettiğimiz gibi “istisna kaideyi koyan makam tarafından veya bu makamın açıkça yetkilendirdiği diğer bir makam tarafından konulabilir” şeklinde genişletmek gerekmektedir.

Burada şunu da belirtmek gerekir ki, temel hak ve hürriyetlere kanunla istisna getirmek mümkündür; ama bunun Anayasa, madde 13’ten kaynaklanan çok sıkı koşulları vardır.

Diğer yandan şunu da belirtmek gerekir ki, Anayasa koyucu kanun koyucuya kendi koyduğu bir kaideye istisna getirme yetkisini vermiş olsa bile, kanun koyucunun getirdiği bu istisnalar içerik olarak Anayasaya uygun olmalıdır. Bu noktada Anayasanın temel hak ve hürriyetlere ilişkin getirdiği “spesifik güvenceler” önem kazanmaktadır. Kanun koyucu, bir temel hak ve hürriyete istisna getirme yetkisine genel olarak sahip olsa bile, o temel hak ve hürriyete ilişkin Anayasada getirilen spesifik güvenceler var ise, haliyle bu spesifik güvencelere kanun koyucu istisna getiremez. Örneğin yukarıdaki örnekte, kanun koyucu basın hürriyetine, Anayasa, m.28’de belirtilen sebeplere dayanarak Anayasa, madde 13’e göre kanunla istisnalar getirebilir. Ancak bu getirdiği istisnalar, Anayasa, m.28’deki spesifik güvencelere, yani bu maddenin sözüne aykırı olamaz. Mesela, bu maddenin ilk fıkrasında “basın sansür edilemez” hükmü yer almaktadır. Bu şu anlama gelmektedir ki, bu kaideye, kanun koyucu, Madde 28’deki sebepler olsa bile Anayasa, m.13’teki şartlara uysa bile istisna getiremeyecektir. Keza aynı fıkrada yer alan “basımevi kurmak, izin alma ve malî teminat yatırma şartına bağlanamaz” hükmü spesifik bir güvencedir, yani bir mutlak kaidedir buna kanun koyucu istisna getiremez.

Sonuç olarak kaideyi koyan makam, bir başka makama kendi koyduğu kaideye istisna koyma yetkisini vermiş olsa bile, bu makamın koyduğu istisnalar içerik olarak kaideyi koyan makamın koyduğu spesifik hükümleri ve diğer özel güvence ve yasaklara aykırı olmamalıdır. Diğer bir ifadeyle anayasa kendi koyduğu bir kaideye kanunla istisna getirilebileceğini öngörmüş olsa bile, kanunla getirilen istisna içerik olarak Anayasanın spesifik hükümleriyle uyumlu olmalıdır.

4. Yorum Yoluyla İstisna Üretilemez

Yukarıda belirttiğimiz gibi istisna, kaidenin, yani o konudaki genel kuralın kapsamını daralttığı için, genel kuralın değiştirilmesi anlamına gelir. Dolayısıyla bir kurala istisna getirmek, o kuralı değiştirmek ile aynı anlama gelir. Bu nedenle, yukarıda açıkladığımız gibi, istisna koyma yetkisi sadece ve sadece o kuralı koyma yetkisine sahip olan makama aittir. Bundan şu sonuç çıkar ki, yargı organı, uygulayacağı genel kurala yorum yoluyla istisna getiremez. Çünkü, istisna getirmek demek genel kuralı değiştirmek demektir. Yargı organının da buna haliyle yetkisi yoktur.

Dolayısıyla bir kaidenin, yani bir genel hükmün istisnasının olup olmadığı konusunda tereddüt ortaya çıkarsa, genel hükmün istisnasının olmadığı sonucuna ulaşılır. Çünkü genel hükme istisna getirme yetkisi, haliyle genel hükmü koyma yetkisine sahip olan makama aittir. Bu makam, kendi koyduğu genel hükme istisna getirmemiş ise ortada bir istisna yoktur. Böyle bir durumda yorum yoluyla istisna üretmek, genel hükmü koyma yetkisine sahip makamın yetkisini gasp etmek anlamına gelir. Genel hükmü koyma yetkisine sahip makam ayrıca ve açıkça istisna öngörmemiş ise, o hükmün bir istisnası yoktur.

Şimdi bu kurala Türk anayasa hukukundan bir örnek verelim: 1982 Türk Anayasasının 105’nci maddesinin ilk fıkrasına göre,

“Cumhurbaşkanının, Anayasa ve diğer kanunlarda Başbakan ve ilgili bakanın imzalarına gerek olmaksızın tek başına yapabileceği belirtilen işlemleri dışındaki bütün kararları, Başbakan ve ilgili bakanlarca imzalanır; bu kararlardan Başbakan ve ilgili bakan sorumludur”.

Bu fıkraya göre, Türkiye’de karşı imza konusunda kaidenin, yani genel kuralın Cumhurbaşkanının bütün kararlarının karşı imzaya tâbi olması olduğunu söyleyebiliriz. Aynı fıkra bu genel kurala “Anayasa ve diğer kanunlarda Başbakan ve ilgili bakanın imzalarına gerek olmaksızın tek başına yapabileceği belirtilen işlemleri dışında” diyerek istisna getirilebileceğini de öngörmektedir. Ne var ki, bizim bildiğimiz kadarıyla “*Anayasa ve diğer kanunlarda Başbakan ve ilgili bakanın imzalarına gerek olmaksızın tek başına yapabileceği belirtilen*” bir işlem yoktur. Yani Anayasa bu kaideye, Anayasa ve kanunlarla istisna getirilebileceğini öngörmektedir; ne var ki, ne anayasada ne de kanunlarda, Cumhurbaşkanının “Başbakan ve ilgili bakanın imzalarına gerek olmaksızın tek başına yapabileceği” bir işlem belirlenmediği için, ortada istisna yoktur. Yorum yoluyla da istisna üretilmeyeceğine göre, Cumhurbaşkanının istisnasız bütün kararları karşı imza kuralına tâbidir⁴⁰.

40. Bu konuda bkz.: Kemal Gözler, *Devlet Başkanları: Bir Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku İncelemesi*, Bursa, Ekin, 2001, s.255-264.

Yorum yoluyla istisna yaratılamayacağı kuralından şu sonuç da çıkar. İstisnalar, kurucu iktidar veya yasama organı gibi kaideyi koyan makam tarafından ayrıca ve açıkça öngörülmüş olmalıdır. Ayrıca ve açıkça öngörülmedikçe, yorum yapılarak, birtakım ihtiyaçların varlığı gösterilerek, genel kurala istisna getirilemez. Zira “*ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*”⁴¹ (kanun istediği zaman söyler; istemediği zaman ise susar)” ilkesinin dile getirdiği gibi kanun, bir konuyu daha ayrıntılı olarak düzenlemek isterse, bunu yapar; eğer daha ayrıntılı olarak düzenlemek istemiyorsa susar. Yani kanun koyucu koyduğu genel kurala istisna getirmek isteseydi, bunu açıkça yapardı. Bunu yapmamış ise, bundan koyduğu genel kurala istisna getirmek istemediği sonucu çıkar. Kanun koyucunun istemediği bir şeyi, yorumcunun istemesi mümkün değildir. Dolayısıyla kimse birtakım ihtiyaçlardan bahsederek, kanun koyucunun getirmediği bir istisnayı getiremez.

5. Kaideler Geniş Yorumlanır

Kaidelerin geniş yorumlanması ilkesi, hukuk metodolojisinde değişik şekillerde ifadesini bulmuştur. Bu ifadeleri aşağıdaki gibi sıralayabiliriz:

a) *Generalis regula generaliter est intelligenda* (Bir genel hüküm, genel anlamda anlaşılmalıdır)⁴². Aynı anlamda “*generale dictum generaliter est interpretandum* (bir genel ifade, genel olarak yorumlanır)”⁴³, “*generalia verba sunt generaliter intelligenda*”⁴⁴ (genel kelimeler, genel anlamda anlaşılmalıdır)” özdeyişleri de kullanılır. Bu özdeyişler şu anlama gelir ki, genel hüküm (*generalis regula*) veya genel hükümde geçen bir “genel ibare (*generale dictum*)” veya “genel kelimeler (*generalia verba*)” geniş yoruma tâbi tutulur.

b) *Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus* (Kanunun ayırım yapmadığı yerde, bizim de ayırım yapmamamız gerekir)⁴⁵. Aynı özdeyiş şu kelimelerle de ifade edilir: “*Lege non distinguente non nobis est distinguere*”. Bu ilke şu

41. René David, “Sources of Law”, *International Encyclopedia of Comparative Law* (Edited by K. Zweigert and K. Drobniç), Vol. II: *The Legal Systems of the World: Their Comparison and Unification*, (Chief Editor René David), The Hague, Martinus Nijhoff Publishers, 1984, c.II, s.87 <books.google.com.tr/books?id=oj9p852q-5UC> (2 Ağustos 2012).

42. *Generalis regula generaliter est intelligenda* (6 Co. 65 [*The Reports of Sir Edward Coke*, London, Butterworth, 1826], nakleden: Stewart Rapalje ve Robert L. Lawrence, *A Dictionary of American and English Law with Definitions of the Technical Terms of the Canon and Civil Laws*, Jersey City, Frederick C. Linn & Co., 1888 (Reprinted 1997 by The Lawbook Exchange), s.567 (<http://books.google.com.tr>).

43. 8 Co. 116 (*The Reports of Sir Edward Coke*, London, Butterworth, 1826), nakleden: John Bouvier, *A Law Dictionary*, Philadelphia, Childs & Petersons, 6. Baskı, 1856, c.II, s.125 (<http://books.google.com.tr/books?id=mIszAQAAMAAJ&lpg>).

44. Gabriel Adeleye (et al.), *World Dictionary of Foreign Expressions: A Resource for Readers and Writers*, Bolchazy-Carducci Publishers, 2000, s.155.

45. Jean-Pierre Gridel, *Notions fondamentales de droit et droit français*, Paris, Dalloz, 1992, s.556; François Terré, *Introduction générale au droit*, Paris, Dalloz, 6. Baskı, 2003, s.434.

anlama gelir ki, hüküm koyarken kanun koyucu, ayırım yapmaksızın genel ifadeler kullanmış ise, kanunun kullandığı ifadeden mümkün olan en genel anlamı çıkarmak gerekir⁴⁶. Yani kanunun ayırma gitmediği yerde, yorumcu da ayırım yapamaz (*Ubi lex non distinguit neque interpretis est distinguere*)⁴⁷. Diğer bir ifadeyle, sınırsız bir hükmü sınırlamamak, hükmün genelliğine aykırı ayrımlamalar yapmamak gerekir. Bu nedenle bu ilkeye “*argumentum a generali sensu*” ismini verenler de vardır.

Yukarıdaki iki ilke uyarınca, genel hükümde kullanılan genel bir tabirin kapsamına belirli bir şeyin girip girmediği konusunda tereddüt hâsıl olursa, söz konusu şeyin genel tabirin kapsamına girdiği sonucuna ulaşılır. Bir örnek verelim:

Örnek.- Acaba Türk Anayasa Mahkemesi, 1924 Anayasası döneminde kabul edilen kanunları ve hatta Osmanlı Döneminde kabul edilen kanunları (bunlar yürürlükte olmak kaydıyla), 1982 Anayasası döneminde denetleyebilir mi? Belki bu soruya ilk bakışta denetleyemez cevabı verebiliriz. Çünkü söz konusu kanunların çıktığı dönemde yürürlükte olan anayasalar artık yürürlükte değildir diye bir düşünce akla gelebilir. Ancak bu cevap aşağıda açıklanacağı üzere doğru değildir. Zira 1982 Türk Anayasasının 148’nci maddesinin ilk fıkrası, kanun türleri bakımından ayırım ve sınırlama yapmaksızın, yani “mutlak” bir şekilde “kanunlar”ın Anayasaya uygunluğunu denetleme yetkisini Anayasa Mahkemesine vermiştir. Bu hüküm bir “genel hüküm (*generalis regula*)”dür; bu hükümde geçen “kanunlar” kelimesi bir “genel kelime (*generalia verba*)”dir. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi, “*generalia verba sunt generaliter intelligenda* (genel kelimeler, genel anlamda anlaşılmalıdır)” veya “*ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus* (kanunun ayırım yapmadığı yerde, bizim de ayırım yapmamamız gerekir)” ilkesi uyarınca, yürürlüğe girdiği dönem bakımından bir ayırım olmaksızın *bütün kanunları* denetleme yetkisine sahiptir. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi 1982 Anayasa döneminde çıkan bir kanunu denetleyebileceği gibi 1924 Anayasası döneminde ve hatta Osmanlı döneminde çıkan bir kanunu da denetleyebilir.

Keza Anayasa Mahkemesi içerik bakımından ayırım yapmaksızın bütün kanunları (af kanunları, bütçe kanunları, yetki kanunları vs.) denetleyebilir. Çünkü 148’inci maddede af kanunları, bütçe kanunları, yetki kanunları bakımından bir ayırım yapılmamış, Anayasa Mahkemesine kanunları denetleme yetkisi genel olarak verilmiştir. Dolayısıyla meclisin adî çoğunluğuyla kabul ettiği herhangi bir konudaki kanunu denetleme yetkisine sahip olduğu gibi Meclisin beşte üç çoğunluğuyla kabul ettiği bir af

46. Georges Kalinowski, *Introduction à la logique juridique: éléments de sémiotique juridique, logique des normes et logique juridique*, Paris, L.G.D.J., 1965, s.160.

47. Zacchariae, *Droit civil français*, Paris, 1854, c.I, s.77-78 in Christophe Grzegorzcyk, Françoise Michaut ve Michel Troper (Ed.), *Le positivisme juridique*, Paris, Bruxelles, L.G.D.J., Story-Scientia, 1992, s.354.

kanununu da denetleme yetkisine de sahiptir. Çünkü meclisin beşte üç çoğunluğuyla kabul edilen af kanunu da bir genel ibare olarak “kanun” kavramının içinde yer alır.

Diğer bir örnek:

1982 Anayasası, m.83/1: “Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri, Meclis çalışmalarındaki oy ve sözlerinden, Mecliste ileri sürdükleri düşüncelerden, o oturumdaki Başkanlık Divanının teklifi üzerine Meclisce başka bir karar alınmadıkça bunları Meclis dışında tekrarlamak ve açığa vurmaktan sorumlu tutulamazlar”.

Acaba milletvekillerinin küfür teşkil eden *sözleri* de 1982 Anayasasının 83’üncü maddesinin ilk fıkrasının koruması altında mıdır?

Cevap evet. Çünkü madde metninde “söz”den bahsedilmiş, bu “söz” bakımından bir ayırım yapılmamış, bu “söz” kelimesine bir istisna getirilmemiştir. O halde anayasa koyucunun ayırım yapmadığı yerde bizim de ayırım yapmamamız, “söz” kelimesini mutlak anlamda almamız lazımdır. Dolayısıyla milletvekillerinin meclis çalışmaları sırasında sarf ettikleri sözler, küfür teşkil etse dahi, *Generalis regula generaliter est intelligenda* ve *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus* ilkeleri uyarınca sorumsuzluk kapsamındadır.

6. *Exceptiones sunt strictissimae interpretationis*⁴⁸ (İstisnalar Dar Yorumlanır)

Yukarıda açıklandığı gibi kaideler geniş yorumlanır. Ancak istisnalar dar yorumlanır. Çünkü yukarıda da açıklandığı gibi, istisna kaidenin kapsamını daralttığı için kaidenin değiştirilmesi anlamına gelir. Kaideyi değiştirme yetkisi ise sadece ve sadece kaideyi koyan makama aittir. Dolayısıyla istisnayı genişletme yetkisi de münhasıran kaideyi koyan makama aittir. Bu nedenle bir istisnanın yorumlanmasına ihtiyaç duyulursa, istisna geniş yorumlanarak, kapsamı genişletilemez. Tersine söz konusu istisna dar yoruma tâbi tutulmalıdır. Bu şu anlama gelir: Bir hususun istisna kapsamına girip girmediği konusunda tereddüt hâsıl olursa, o hususun o istisnanın kapsamına girmediği, dolayısıyla kaideye tâbi olduğu sonucuna ulaşılır.

Örnek 1.- Yukarıda verdiğimiz örneklerden birine geri dönelim:

Genel Kural: “(Cumhurbaşkanı), yayımlanmasını kısmen veya tamamen uygun bulmadığı kanunları, bir daha görüşülmek üzere... Türkiye Büyük Millet Meclisine geri gönderir” (1982 Anayasası, m.89/2, Birinci Cümle).

İstisna: “Bütçe kanunları bu hükme tâbi değildir” (1982 Anayasası, m.89/2, İkinci Cümle).

48. Aynı özdeyişin “*exceptio est strictissima interpretationis*” şekli de vardır. Bkz.: Zacchariae, *op. cit.*, c.I, s.77-78 in Grzegorzcyk, Michaut ve Troper (der.), *op. cit.*, s.354.

Kaidelerin geniş, istisnaların dar yorumlanması bu örnekte şu anlama gelir. Bir kanunun Cumhurbaşkanının geri gönderebileceği bir kanun olup olmadığı konusunda tereddüt ortaya çıkarsa, söz konusu kanunun Cumhurbaşkanının geri gönderebileceği bir kanun olduğu kabul edilir. Çünkü Cumhurbaşkanının kanunları geri gönderme yetkisine sahip olması kural, göndermemesi ise istisnadır ki, bu istisna sadece Anayasa tarafından “bütçe kanunları” için getirilmiştir. Dolayısıyla Anayasa, m.89/2’nin birinci cümlesinde geçen “kanunlar” kelimesi geniş yorumla tâbi tutulmalıdır; çünkü söz konusu cümle bir genel kuralı (kaideyi) hükme bağlamaktadır.

Mesela şu soruyu soralım: *Acaba Cumhurbaşkanı af kanunlarını geri gönderebilir mi?* 1982 Anayasasının 89’uncu maddesinin metnine bakarsak af kanunlarına ilişkin özel bir hüküm olmadığını görürüz. Dolayısıyla “af kanunları”nın 89’uncu maddenin ikinci fıkrasının ilk cümlesinde geçen “kanunlar” teriminin kapsamı içinde olduğunu söyleyebiliriz. Bunu söylerken bir hata yapmıyoruz; çünkü söz konusu maddenin ikinci fıkrasının ilk cümlesi bu konudaki genel kuralı hükme bağlamaktadır; dolayısıyla bu cümlede geçen bir terim olan “kanunlar” terimi, ayrıca ve açıkça istisna getirilmemiş bütün kanunları kapsar şekilde yorumlanabilir.

Buna karşılık, istisna getiren bir hükmün yorumlanması konusunda tereddüt ortaya çıkarsa, onu dar yorumlamak gerekir. Mesela yukarıdaki örnekte, belirli bir kanunun “bütçe kanunu” olup olmadığı ve dolayısıyla bu kanunu Cumhurbaşkanının geri gönderip gönderemeyeceği konusunda tereddüt hâsıl olursa, “bütçe kanunları” terimini dar yorumlayıp söz konusu kanunun bütçe kanunu olmadığını varsaymak gerekir. Bu durumda ise söz konusu kanun hakkında genel kural uygulanır ve bu kanun Cumhurbaşkanı tarafından Türkiye Büyük Millet Meclisine geri gönderilebilir. Böyle yaparak bir hata yapmış olmuyoruz. Aksini yapmış olsaydık, 89’uncu maddenin ikinci fıkrasının ikinci cümlesinin öngördüğü bir istisnanın kapsamını genişletmiş, dolayısıyla fıkranın ilk cümlesinin öngördüğü genel kuralın da kapsamını daraltmış, yani onu değiştirmiş olurduk. Oysa bunu yapma yetkisine sadece ve sadece m.89/2’nin ilk cümlesini koyan makam, yani kurucu iktidar yetkilidir.

Şu soruyu sorarak konuyu daha belirgin hale getirelim: *Acaba, Cumhurbaşkanı kesin hesap kanunlarını geri gönderebilir mi?* Şöyle bir akıl yürütme insanın aklına gelebilir: Kesin hesap kanunu, bütçe kanununun denetlenmesi anlamına gelir. Nasıl bütçe kanunu, Cumhurbaşkanının geri gönderme yetkisinden istisna tutulmuş ise, kesin hesap kanunu da Cumhurbaşkanının bu yetkisinden istisna tutulmalıdır. Çünkü her iki kanun birbirine benzemektedir. Nitekim Anayasa, bu iki tür kanunu aynı kısmında düzenlemiştir. Bütçe kanunları, 1982 Anayasasının 161, 162 ve 163’üncü maddelerinde düzenlenmiş ve hemen ardından 164’üncü maddede kesin hesap kanu-

nu hükme bağlanmıştır. Bu akıl yürütme yanlıştır. Çünkü bu akıl yürütmede kesin hesap kanunu, bütçe kanununa benzetilmektedir. Bu benzerlikten yola çıkarak da, hakkında hüküm bulunmayan kesin hesap kanununa, bütçe kanunu için öngörülmüş olan hüküm uygulanmaktadır. Yani bu iki kanun arasında kıyas yapılmaktadır. Kıyas yapıldığında ise genişletici yorum yapılmış olur. Oysa bütçe kanunlarına ilişkin hüküm, bir istisnaî hükümdür. İstisnaî hükümlerde kıyas yapılamaz; çünkü istisnalar dar yoruma tâbi tutulur. Bu konu aşağıda (s.288) “kıyas” başlığı altında ayrıca incelenecektir.

Örnek 2.- Bilindiği gibi Anayasamızın ilk üç maddesinin değiştirilmesi Anayasamızın 4’üncü maddesi tarafından yasaklanmıştır. Ancak 4’üncü maddenin değiştirilmesinin yasak olduğuna ilişkin bir hüküm, ne bu maddenin kendisinde, ne de Anayasanın bir başka maddesinde vardır. Acaba, önce Anayasa değişikliği yoluyla Anayasamızın 4’üncü maddesi yürürlükten kaldırılıp, daha sonra ilk üç madde değiştirilebilir mi?

Biçimsel açıdan baktığımızda bunun mümkün olduğunu söyleyebiliriz. Ancak doktrinde bunun mümkün olmaması gerektiği, bunun hukuka karşı bir hile olduğu yolunda da görüşler ileri sürülmüştür. Bu görüşlere göre, kanunun yasakladığı amaca, aynı kanunun başka maddesinin bir başka amaçla verdiği bir hakkın kullanılması yoluyla ulaşılmasını hukuk himaye etmez. Şüphesiz bu görüşlerde *ahlakî* bir doğruluk payı vardır.

Ancak *pozitif hukukumuzda* 4’üncü maddenin kendisinin değiştirilmesini yasaklayan bir hüküm bulunmamaktadır. Dolayısıyla “*ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*”⁴⁹ (kanun istediği zaman söyler; istemediği zaman ise susar)” ilkesi uyarınca, dördüncü maddenin değiştirilmesinin yasak olmadığını söyleyebiliriz. Zira Anayasa koyucu isteseydi, dördüncü maddenin kendisinin de değiştirilemezlik kapsamında olduğunu söyleyebilirdi; anayasa koyucu, anayasanın değiştirilemeyecek hükümlerini sayarken şüphesiz, değiştirme yasağı getiren hükmün kendisini de sayabilirdi. Örneğin 4’üncü maddede “*ilk üç madde ve bu madde değiştirilemez*” diyebilirdi; ancak bunu dememiş sadece “*ilk üç madde değiştirilemez*” demiştir. Nitekim bazı anayasalarda değiştirilme yasağını getiren hükmün kendisinin de değiştirilmesinin yasak olduğu açıkça öngörülmüştür. Örneğin Ermenistan Anayasasının değiştirme yasağı getiren 114’üncü maddesi, “Anayasanın 1, 2 ve 114’üncü maddeleri değiştirilemez” diyerek kendisinin de değiştirilmesini yasaklamıştır. Keza Bosna Hersek Anayasamızın 10’uncu maddesinin ikinci fıkrasına göre, “ikinci maddede sayılan hak ve hürriyetlerin sınırlandırılma-

49. David, *op. cit.*, s.87.

sı veya ortadan kaldırılmasına veya işbu fıkranın değiştirilmesine ilişkin Anayasa değişikliği yapılamaz”.

İmkân varken anayasa koyucunun değiştirilmesini yasaklamadığı bir maddenin değiştirilmesinin yasak olduğunu ileri sürmek mümkün değildir. Böyle bir şey, değiştirilmesi açıkça yasaklanmamış olan bir maddenin yorum yoluyla değiştirilemeyecek hükümlere katılması anlamına gelir ki, bu şekilde genişletici yorum yapılmış olur. Genişletici yorum ise, istisna niteliğindeki hükümlerde değil, kural niteliğindeki hükümlerde yapılabilir. Anayasa hükümlerinin değiştirilebilirliği kural, değiştirilememesi ise istisnadır. Dolayısıyla değiştirme yasağına tâbi olan ilk üç madde, değiştirilebilme genel kuralının istisnasını oluşturmaktadır. İstisnalar ise *exceptio est strictissimae interpretationis* ilkesi uyarınca dar yoruma tâbi tutulur. Eğer dördüncü maddenin de ilk üç madde gibi değiştirilemez olduğunu söylersek, istisnalar dar yorumlanır ilkesini ihlâl etmiş oluruz.

Buna karşılık, Anayasa Mahkemesi, 5 Haziran 2008 tarih ve E.2008/16, K.2008/116 sayılı kararıyla, 4’üncü maddenin kendisinin de değiştirilemez bir madde olduğuna karar vermiş ve şöyle demiştir:

“Kurucu iktidarın siyasal düzene ilişkin temel tercihi Anayasa'nın ilk üç maddesinde, bunun somut yansımaları ise diğer maddelerde ortaya çıkmaktadır. 4. madde ise ilk üç maddenin güvencesi olma niteliği itibarıyla doğal olarak değiştirilmezlik özelliğine sahiptir”.

Anayasa Mahkemesinin bu kararı *exceptio est strictissimae interpretationis* ilkesini ihlâl ettiği için, yani bir istisna hükmünü genişletici yoruma tâbi tuttuğu için yanlış bir karardır.

Örnek 3.- 1982 Anayasasının “Anayasaya aykırılığın diğer mahkemelerde ileri sürülmesi” başlıklı 152’inci maddesinin ilk fıkrası şöyle demektedir:

“Bir davaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin hükümlerini Anayasaya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddî olduğu kanısına varırsa, Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakır”.

Aynı maddenin son fıkrası ise şöyle demektedir:

“Anayasa Mahkemesinin işin esasına girerek verdiği red kararının Resmî Gazetede yayımlanmasından sonra on yıl geçmedikçe aynı *kanun* hükmünün Anayasaya aykırılığı iddiasıyla tekrar başvuruda bulunulamaz”.

Acaba bir “kanun” hükmü değil de, bir “kanun hükmünde kararname” hükmü hakkında Anayasa Mahkemesi işin esasına girerek ret kararı vermiş ise, on yıl geç-

meden aynı kanun hükmünde kararname hükmü hakkında, Anayasa Mahkemesine tekrar başvurulabilir mi?

İnsanın aklına ilkönce şöyle bir cevap gelebilir: 152’nci maddenin son fıkrası Anayasa Mahkemesi kararlarına istikrar sağlamayı amaçlamaktadır. Bu amaç kanunlar için geçerli olduğu gibi kanun hükmünde kararnameler için de geçerlidir. Keza kanun hükmünde kararnameler de kanunlarla normlar hiyerarşisinde aynı seviyede bulunur. Kanun hükmünde kararnameler adı üstünde “kanun hükmünde”dirler. Dolayısıyla kanun için getirilen bir hüküm (m.152/son) kanun hükmünde kararnameler için de uygulanabilir.

Ancak bu akıl yürütme “*exceptiones sunt strictissimae interpretationis* (istisnalar dar yorumlanır)” ilkesi karşısında geçerli değildir. Çünkü davaya bakan mahkemelelerin uygulayacağı kanun ve kanun hükmünde kararnameler hakkında Anayasa Mahkemesine başvurabileceğine ilişkin hüküm (m.152/1) bir genel hüküm; kanunlar hakkında ret kararından sonra 10 yıl geçmedikçe Anayasa Mahkemesine başvurulamayacağı hükümü (m.152/son) ise, bu genel hükümü sınırlandıran, ona istisna getiren bir hükümdür. Dolayısıyla istisna getiren bu hükümdeki kelimeler dar yoruma tâbi tutulmalıdır. Yani 152’nci maddenin son fıkrasında geçen “kanun”, kelimesinden sadece “kanunlar” anlaşılır; bunun kapsamına “kanun hükmünde kararnameler” dâhil edilemez. Çünkü dâhil edilirse, kanun kelimesi genişletici bir yoruma tâbi tutulmuş olur ki, 152’nci maddenin son fıkrası istisnaî bir hüküm olduğuna göre istisnalar dar yorumlanır.

Örnek 4.- Şimdi istisnaların dar yorumlanacağı ilkesine Türk anayasa hukukundan alınma bir örnek daha verelim: 1982 Türk Anayasası sisteminde parlamento kararları Anayasa Mahkemesinin denetimine tâbi değildir. Ancak Anayasasının 148’nci maddesinin ilk fıkrasında bu genel kurala bir istisna getirilmiş ve TBMM içtüzüğü’nün Anayasa Mahkemesinin denetimine tâbi olduğu hüküm altına alınmıştır. Burada “TBMM İçtüzüğü”nün denetlenmesi kuralı, parlamento kararlarının Anayasa Mahkemesinin denetimine tâbi olmaması yolundaki genel kuralın bir istisnası durumundadır. Dolayısıyla burada “TBMM İçtüzüğü” kavramı dar yoruma tâbi tutulmalıdır. Yani bir parlamento kararının bir “TBMM İçtüzüğü” niteliğinde olup olmadığı konusunda tereddüt varsa, söz konusu kararın TBMM içtüzüğü niteliğinde olmadığı sonucuna ulaşmak gerekir. Çünkü aksi durumda genişletici yorum yapılmış olur. Bu açıdan Türk Anayasa Mahkemesinin, normalde denetleme yetkisine sahip olmadığı pek

çok parlâmento kararını “eylemli içtüzük niteliğinde” görüp denetlemesi *exceptio est strictissima interpretationis* ilkesine aykırıdır⁵⁰.

Bu arada şunu da söyleyelim ki, istisnaların dar yorumlanması ilkesi, istisnalarda kıyas yapılmasını da yasaklar. Yani istisnaların dar yorumlanması ilkesinden “*istisnalarda kıyas yasaktır*” veya “*kıyas yoluyla istisna üretilemez*” ilkesi de türer. Çünkü kıyas yapıldığında bir kavramın anlamı genişler. Yani kıyas yapılması, genişletici yorum yapılması anlamına gelir. Bu nedenle istisnaî hükümler kıyas yoluyla genişletilemez. Çünkü istisnalar dar yoruma tâbi tutulur.

7. İstisnanın İstisnası Geniş Yoruma Tâbi Tutulur

Bu arada istisnaların dar yorumlanması ilkesinin karşıtı olarak şunu belirtelim: İstisna kendi içinde istisna içeriyorsa, bu istisna, yani istisnanın istisnası geniş yoruma tâbi tutulur. Çünkü istisnanın istisnası genel kurala denktir. Mantıkta bir şeyin değilinin değil kendisidir. Mantıkta buna “çifte değilleme kanunu” denmektedir. Bu kanuna göre bir önermenin *değillemesinin değillemesi* aynı önermeye denktir ($\sim \sim p = p$)⁵¹. Diğer bir ifadeyle, eksinin (-) eksi (-) ile çarpımının artı (+) ettiği gibi, bir önermeyi iki defa olumsuzlamak onu olumlu yapmak anlamına gelmektedir. Aynı şekilde bir kurala istisna getirdikten sonra, o istisnaya da bir istisna getirmek ilk kurala ulaşılmasını sağlar.

İstisnanın istisnası genel kurala denk olduğuna göre, genel kural nasıl genişletici yoruma tâbi tutuluyorsa, istisnanın istisnası da geniş yoruma tâbi tutulur.

Örneğin 1982 Türk Anayasasının 7’nci maddesine göre, “*yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinindir. Bu yetki devredilemez.*” Aynı Anayasasının 91’inci maddesi ise belirli koşullarda TBMM’ye çıkaracağı yetki kanunuyla Bakanlar Kuruluna belirli konularda kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisini vermektedir. Kanun hükmünde kararname ile, kanunlar değiştirilebildiğine veya yürürlükten kaldırılabilirdiğine, kanun hükmünde kararname, kanun ile eşdeğer bir işlem olduğuna göre, bu imkânı veren Anayasasının 91’nci maddesi, yasama yetkisinin TBMM’ye ait olduğu ve TBMM’nin bu yetkisini devredemeyeceği genel kuralına (Anayasa, m.7) bir istisna teşkil etmektedir. 91’inci maddenin kendisi bir istisnaî hükümdür; dolayısıyla dar yorumlanması gerekir. Ancak bu maddenin içindeki “*Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümünde yer alan siyâsî haklar ve ödevler kanun hükmün-*

50. Bu konuda bkz.: Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Bursa, Ekin, 12. Baskı, 2012, s.248-250.

51. Hüseyin Batuhan ve Teo Grünberg, *Modern Mantık*, Ankara, Orta Doğu Teknik Üniversitesi Yayınları, 3. Baskı, 1984, s.141.

de kararnamelerle düzenlenemez” hükmü (m.91, f.2, cümle 2) de 91’inci maddenin kendisine bir istisna getirmektedir. Yani bu hüküm *istisnanın istisnası* niteliğindedir. Dolayısıyla bu hüküm genel kurala tekabül etmektedir. Yani bu hükümde, kanun hükmünde kararname ile düzenlenemeyeceği belirtilen alanlar (*Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümünde yer alan siyasî haklar ve ödevler*) konusunda genel kural (yasama yetkisinin TBMM’ye ait olması) geçerlidir. Bu hüküm (yani istisnanın istisnası) genel hükme denk düştüğüne göre bu hüküm de (yani istisnanın istisnası) geniş yoruma tâbi tutulur. Örneğin kanun hükmünde kararname ile düzenlenmesi düşünülen belirli bir konunun *Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümünde yer alan siyasî haklar ve ödevler* kapsamına girip girmediği konusunda tereddüt ortaya çıkıyorsa, söz konusu konunun o kapsama girdiği ve dolayısıyla o konuda kanun hükmünde kararname çıkarılamayacağı sonucuna ulaşmak gerekir. Zira söz konusu hüküm istisnanın istisnasıdır ve geniş yorumlanır.

IV. DÜZENLEME ŞEKİLLERİNE İLİŞKİN İLKELER⁵²

Kanun koyucunun belirli bir şey hakkında koyduğu belirli bir hükmün kapsamını tespit ederken şu sorun ortaya çıkar: Kanun koyucu, koyduğu hükmü sırf o şeye mi münhasır tutmuştur, yoksa koyduğu hüküm, kanun koyucunun koyduğu kuralda zikredilmeyen, sayılmayan diğer şeyler için de geçerli midir? Bu konuda iki ilke vardır: “*Expressio unius est exclusio alterius*” ve “*unius positio non est alterius exclusio*” ilkeleri. Bu iki ilke birbiriyle çelişiyor gibi görünse de belirli durumda biri, diğer bazı durumlarda diğeri uygulanır. Önce birinci ilkeyi açıklayalım:

1. “*Expressio unius est exclusio alterius* (Bir Şeyi Zikretmek, Diğerini Dışlamaktır)

“*Expressio unius est exclusio alterius*⁵³ (bir şeyi zikretmek, diğerini dışlamaktır)” özdeyişi “*inclusionone unius fit exclusio alterius*⁵⁴ (bir şeyi dâhil etmek, diğerlerini hariç tutmak demektir)” şeklinde söylenir. Bu ilkeye göre, kanun metninde zikredilmeyen şeylerin, zikredilen şeyler ile aynı hükme bağlandığı iddia edilemez. Yani kanun metninde zikredilmemiş şeylerin sehven unutulduğu, bu şeylerin de zikredilen şeyle aynı hükme tâbi olduğu varsayılamaz. Tersine, böyle bir durumda kanun metninde zikredilmeyen şey veya şeylerin kanun koyucu tarafından aynı hükme bağlanmasının

52. Biz bu ilkeleri *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi* isimli kitabımızda incelemiştik (*op. cit.*, c.I, s.280-284).

53. Bryan A. Garner (Ed.), *Black’s Law Dictionary*, St. Paul, Minn., West Group, 7. Baskı, 1999, s.602.

54. Zacchariae, *op. cit.*, c.I, s.77-78’den alıntılanan parça in Grzegorzcyk, Michaut ve Troper (der.), *op. cit.*, s.354.

reddedildiği sonucuna ulaşmak gerekir. Zira kanun koyucu, hükme bağladığı şey gibi, diğer şeyleri de aynı hükme bağlamak isteseydi, o şeyleri de o hükümde zikrederdi. İmkani varken bunu yapmamış olması, onun bunu yapmak istemediği anlamına gelir. Yani “*ubi lex voluit, dixit; ubi noluit, tacuit* (kanun istediği zaman söyler; istemediği zaman ise susar)”. Keza “*qui dicit de uno negat de altero*”⁵⁵ (bir şeyi kabul eden, diğerini inkar ediyor demektir)”.

Ancak “*expressio unius est exclusio alterius*” ilkesi her durumda değil, sadece kanun koyucunun düzenlediği şeyin belirli bir özelliğini dikkate alarak, yani sırf o şeye özgü düzenleme yaptığı durumlarda geçerli olan bir ilkedir. Fıkıh usûlündeki terminolojiyle ifade edersek, “*expressio unius est exclusio alterius*” ilkesi, kanun koyucunun “*tahsisüşşey bizzikr*”, yani “bir şeyi zikr ile tahsis” etmesi durumunda kullanılabilir.

Örnek: 1982 Türk Anayasası, m.54/1.- “İşçiler grev hakkına sahiptir”.

Bu hükümde “işçiler” terimi “*tahsisüşşey bizzikr*” olarak kullanılmıştır. Yani bu kelime, bütün çalışanları kapsayan bir anlamda değil, sadece belirli bir tür çalışan grubuna tahsisen, yani özgülenerak kullanılmıştır. Diğer bir ifadeyle Anayasasının 54’üncü maddesinin ilk fıkrasında belirli bir tür çalışan grubun belirli bir özelliği (bir işverene bağımlı olarak hizmet akdiyle çalışma özelliği) dikkate alınarak düzenleme yapılmıştır. Dolayısıyla “işçiler grev hakkına sahiptir” kuralı “*expressio unius est exclusio alterius* (bir şeyi zikretmek, diğerini dışlamaktır)” ilkesinin geçerli olduğu bir kuraldır. Dolayısıyla grev hakkına sadece işçilerin sahip olduğunu, işçiler dışındaki çalışan gruplarının, örneğin memurların grev hakkına sahip olmadıklarını söyleyebiliriz. Zira anayasa koyucu isteseydi, sadece işçilere değil, memurlara da grev hakkını tanıyabilirdi; tanımadığına göre, memurların grev hakkına sahip olduğu söyleyemez. Nitekim aynı sonuç sistematik yorum yoluyla da teyit edilmektedir: Anayasa koyucu, Anayasanın 51’inci maddesinde sendika kurma hakkını düzenlerken “çalışanlar” terimini, ama 54’üncü maddesinde grev hakkı düzenlerken ise “işçiler” terimini kullanmıştır. Anayasa koyucu “memurlar”a grev hakkı tanımak istiyorsa, 54’üncü maddede de “işçiler” yerine “çalışanlar” tabirini pekala kullanabilirdi.

Aşağıda ayrıca göreceğimiz gibi *expressio unius est exclusio alterius* ilkesinin geçerli olduğu durumlarda kıyas yapılamaz.

Saymanın Anlamı.- Bazen kanun koyucu koyduğu hükmün kapsamında olan şeyleri sayma yoluyla belirler. Yani koyduğu hükmün uygulanacağı kişi, durum, fiil ve olayları sayar. Bu sayma ne anlama gelir? Bu soruya iki değişik cevap verilebilir:

55. Gridel, *op. cit.*, s.559.

(1) Sayma, sayılmayanların dışlandığı anlamına gelir. Bu durumda hüküm sayılmayanlara uygulanamaz. (2) Sayma, sayılmayanların dışlandığı anlamına gelmez. Bu durumda hüküm, sayılmayanlara da uygulanır.

Sınırlandırarak Sayma.- Birinci duruma “sınırlandırarak sayma (*limitative enumeration*)”, “tahdidî sayma” veya “*numerus clausus* sayma” denir. Bu tür sayma durumunda hüküm, sadece hükümde belirtilen şeyler için geçerlidir; bu şeyler dışında kalan şeyler bu hükme tâbi değildir.

Yani böyle bir durum, yukarıda gördüğümüz “*expressio unius est exclusio alterius* (bir şeyi zikretmek, diğerlerini hariç bırakmaktır)” ilkesinin uygulanabileceği bir durumdur. Şimdi buna örnekler verelim:

Örnek 1: “Anayasa Mahkemesi, kanunların, kanun hükmünde kararnamelerin ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü’nün Anayasaya şekil ve esas bakımlarından uygunluğunu denetler” (1982 Türk Anayasası, m.148/1)

Görüldüğü gibi 1982 Anayasasının 148’nci maddesinin ilk fıkrasında Anayasa Mahkemesinin denetimine tâbi normlar, “kanunlar”, “kanun hükmünde kararnameler” ve “Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü” şeklinde sınırlandırılarak sayılmıştır. Dolayısıyla *expressio unius est exclusio alterius* ilkesi uyarınca bunların dışında kalan işlemlerin, örneğin tüzüklerin Anayasa Mahkemesinin denetimine tâbi olmadığını söyleyebiliriz.

Örnek 2: “Anayasa Mahkemesi Cumhurbaşkanını, Bakanlar Kurulu üyelerini, Anayasa Mahkemesi, Yargıtay, Danıştay, Askerî Yargıtay, Askerî Yüksek İdare Mahkemesi Başkan ve üyelerini, Başsavcılarını, Cumhuriyet Başsavcivekilini, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu ve Sayıştay Başkan ve üyelerini görevleriyle ilgili suçlardan dolayı Yüce Divan sıfatıyla yargılar” (1982 Türk Anayasası, m.148/3, 2010 değişikliğinden önceki şekli).

Görüldüğü gibi 148’nci maddenin 3’üncü fıkrasında Yüce Divanda yargılanacak kişiler, sınırlandırılarak (tahdidî olarak) tek tek sayılmıştır. Yani bu fıkranın yorumunda *expressio unius est exclusio alterius* ilkesi uygulanabilir. Dolayısıyla bu fıkrada sayılmayan kişiler, örneğin fıkranın 2010 değişikliğinde önceki şekline göre TBMM Başkanı, Yüce Divanda yargılanamaz. (NOT: 2010 Anayasa değişikliği ile Yüce Divanda yargılanabilecek kişiler arasına TBMM Başkanı da dâhil edilmiştir).

Bu arada belirtelim ki, *expressio unius est exclusio alterius* ilkesi özellikle kamu hukuku alanında geçerlidir. Çünkü aşağıda ayrıca göreceğimiz gibi kamu hukukunda devlet organlarının yetkileri genel yetki değil, kendilerine verilmiş, istisnâ yetkileridir. Yani bir kamu hukuku organının yetkili olabilmesi için kendisine o yetkinin ayrıca ve açıkça verilmiş olması gerekir. Keza kamu hukuku organlarının yetkileri kendi-

sine ne verilmiş ise ondan ibarettir. Bu şu anlama gelir ki, kamu hukuku makamı, Anayasa ve kanun koyucu kendisine ne yetki vermiş ise o yetkiye sahiptir. Anayasa ve kanun koyucunun ayrıca ve açıkça vermediği bir yetkiye sahip değildir. Bu ise *expressio unius est exclusio alterius* (bir şeyin zikredilmesi, diğerinin dışlanması demektir) ilkesinin kamu hukukunda genel kural olarak geçerli olduğu anlamına gelir. Bu nedenle de bu ilkenin geçerli olduğu kamu hukuku alanlarında kıyas yapılamaz.

Ancak anayasa veya kanun maddelerinde bir şeyin zikredildiği her durumda *expressio unius* ilkesinin uygulanabileceği söylenemez; çünkü maddede “gibi”, “benzeri”, “benzer durumlarda” ve “diğer hallerde” gibi ifadelerini kullanarak “örneklen-dirici sayma” yapabilir. Böyle bir durumda ise haliyle *expressio unius* ilkesi geçerli değildir ve böyle bir durumda, söz konusu alan kamu hukuku alanı olsa bile, diğer şartları varsa kıyas yapılabilir. Örneğin 1982 Anayasasının 106’ncı maddesi bir kamu hukuku hükmüdür; ama kıyasa elverişli bir hükümdür.

2. “*Unius positio non est alterius exclusio*⁵⁶ (Bir Şeyin Belirtilmesi, Diğer Şeylerin Hariç Tutulduğu Anlamına Gelmez)”⁵⁷

Expressio unius est exclusio alterius ilkesinin karşıtı “*expressio unius non est exclusio alterius*⁵⁸ (bir şeyin zikredilmesi, diğerinin dışlanması demek değildir)” ilkesidir. Aynı anlamda daha yaygın olarak “*unius positio non est alterius exclusio*⁵⁹ (bir şeyin konulması, diğer şeylerin hariç tutulduğu anlamına gelmez)” özdeyişi de kullanılmaktadır.

Yukarıda *expressio unius est exclusio alterius* ilkesinin hangi durumda geçerli olduğunu gördük. Bu ilkenin geçerli olmadığı her durumda “*expressio unius non est exclusio alterius* (bir şeyin zikredilmesi, diğerinin dışlanması demek değildir) ilkesi geçerlidir. Yani kanun koyucu, bir şeyi sınırlandırarak saymamış ise veya o şeyi o şeyin bir özelliğini dikkate alarak düzenlenmemiş ise, *expressio unius non est exclusio alterius* ilkesi uygulanır. Yani böyle bir durumda, kanun koyucunun zikrettiği şey hakkında koyduğu hüküm, zikretmediği şey hakkında da uygulanır.

56. David, *op. cit.*, s.87.

57. Aynı özdeyişin “*positio unius non est exclusio alterius*” ve “*expressio unius non est exclusio alterius*” şekilleri de vardır.

58. Jan Hendrik Willem Verzijl, *International Law in Historical Perspective*, Leiden, Sijthoff, 1973, Vol. VI, s.316 <books.google.com.tr/books?isbn=9028602232>.

59. David, *op. cit.*, s.87

Aynı husus fıkıh usûlünde, “bir şeyi zikr ile tahsis etmek, maadasına münafi olmaz” denerek ifade edilmiştir⁶⁰. Bir şeyin söylenmesi, diğer şeyin ise söylenmemesi durumunda, söylenmeyenin her halükarda reddedildiği sonucu çıkmaz. Yukarıda belirtildiği gibi kanunun zikrettiği şey hakkındaki hüküm, o şeyin belirli bir özelliği dikkate alınarak konulmamış ise, o hüküm, aşağıda göreceğimiz şartlar var ise, kıyas yoluyla o hükümde zikredilmeyen şey hakkında da tatbik olunabilir.

Expressio unius est exclusio alterius ilkesinin uygulandığı durumlarda kıyas yasaktır; ama *expressio unius non est exclusio alterius* ilkesinin geçerli olduğu durumlarda daha sonra göreceğimiz kıyas şartları mevcut olmak kaydıyla, kıyas yapılabilir. Dolayısıyla *expressio unius non est exclusio alterius* ilkesinin geçerli olduğu durumlarda kıyas yolu kullanılarak genişletici yorum yapılabilir.

“Örneklendirici Sayma”.- Yukarıda “sınırlandırarak sayma” durumunda *expressio unius est exclusio alterius* ilkesinin geçerli olduğunu söyledik. Ancak kanunlardaki her sayma “sınırlandırarak sayma” değildir. Kanunlar bazen, hükme bağladığı şeyleri sınırlandırma amacıyla değil, örneklendirme amacıyla sayar. Bu tür saymaya “tadadi sayma” veya “örneklendirici sayma (*illustrative enumeration*)” denir. Genellikle bu tür saymada sayılanlardan sonra “benzeri”, “gibi” vb. kelimeler kullanılır.

Örnek: 1982 Türk Anayasası, m.106.- “Cumhurbaşkanının hastalık ve yurt dışına çıkma gibi sebeplerle geçici olarak görevinden ayrılması hallerinde, görevine dönmesine kadar... Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanı Cumhurbaşkanlığına vekillik eder ve Cumhurbaşkanına ait yetkileri kullanır”.

Madde metninde “hastalık” ve “yurt dışına çıkma” ibarelerinden sonra “gibi” kelimesi kullanıldığı için, “Cumhurbaşkanının geçici olarak görevinden ayrılması hali”, “hastalık” ve “yurtdışına çıkmak” halleriyle sınırlı değildir; bu haller, “Cumhurbaşkanının geçici olarak görevinden ayrılması hali”ne örnek göstermek amacıyla sayılmıştır. Dolayısıyla 106’ncı madde hükmü, “hastalık” ve “yurtdışına çıkmak” halleri dışında başka hallere de, örneğin “Cumhurbaşkanının kaçırılması”, “rehin alınması” veya “savaş sırasında bir başka devlet tarafından esir alınması” hallerine de uygulanabilir. Bu uygulama aşağıda göreceğimiz gibi kıyas yoluyla yapılır ki bunun da bir takım şartları vardır. Kıyas yapıldığında m.106’nın hükmü genişletici yoruma tâbi tutulmuş olur.

60. Bir şeyi zikr ile tahsis etmek, maadasına münafi olmaz. Isbat nefiye ve nefi isbata vaz olunmamıştır. Bunlardan biri diğerine delâlet etmez. Mantukun hükmünün hilâfını meskûtün anhd e isbat için başka bir delil bulunmalıdır (Bilmen, *op. cit.*, c.I, s.92).

Expressio unius est exclusio alterius ilkesi anayasa hukukunda çok büyük ölçüde geçerlidir. *Expressio unius non est exclusio alterius* ilkesi ise anayasa hukukunda sınırlı bir geçerliliğe sahiptir.

V. YETKİLERLE İLGİLİ İLKELER⁶¹

Anayasa hukukunda yetkilerle ilgili olarak şu ilkelerin olduğu söylenebilir:

1. Anayasal Organların Yetkisiz Olması Asıl, Yetkili Olmaları ise İstisnadır

Yukarıda açıkladığımız gibi, “*sıfat-ı arızada aslolan ademdir*” (Mecelle, m.9). *Sıfat-ı ârıza*, nitelenen şeyde bizzat, yani kendiliğinden bulunmayıp, ona sonradan eklenen nitelik demektir⁶². Bu ilkeye göre bir şeyin arizî niteliğinin, yani baştan mevcut olmayan, ona sonradan eklenen niteliğinin mevcut olup olmadığı konusunda tereddüt olursa, o niteliğin mevcut olmadığı varsayılır. Anayasal organlar kendiliğinden mevcut olan organlar değil, daha sonradan kurulmuş organlardır. Bunlar daha sonra anayasayla veya kanunla kurulmuş ve bunlara yetkileri daha sonra anayasayla veya kanunla verilmiştir. Yani belirli bir anayasal organın belirli bir *yetkiye sahip olması sıfat-ı arıza*, yani sonradan ortaya çıkmış, arizî bir özelliktir. Sıfat-ı arızada aslolan adem olduğuna göre, anayasal organların yetkisiz olması asıldır. Bu şu anlama gelir ki, anayasal organların kendilerinden menkul, kendilerinden kaynaklanan yetkileri yoktur. Bunların bir yetkiye sahip olabilmesi için bu yetkinin kendilerine anayasayla verilmiş olması gerekir. Yani anayasa hukukundaki yetkiler, “verilmiş yetkiler (*compétences attribuées, attributed powers*)”dir. Bu şu anlama gelir ki, bir devlet organına, anayasayla veya kanunla *ayrıca ve açıkça* yetki verilmemiş ise, o devlet organı o konuda yetkisizdir. Zira anayasa hukukunda bir organın yetkisiz olması asıl, yetkili olması ise istisnadır.

“Beraet-i Zimmet Asıldır”.- Anayasal organların yetkisiz olmasının asıl, yetkili olmalarının ise istisna olduğu hususu, “*beraet-i zimmet asıldır* (hak ve borçtan uzak olmak asıldır)” (Mecelle, m.8) ilkesiyle de açıklanabilir⁶³. Fıkıh ilminde, “*zimmet, şol vastıftır ki, onunla insan hem menfaat hem de mazarratına ehil olur*” diye tarif edilmiştir⁶⁴. Mesela, bir kimse, bir malı satın aldığı anda malın mülkiyet hakkını elde eder; yani menfaate ehil olur; ve aynı zamanda malın bedeli olan parayı satıcıya vermek

61. Biz bu ilkelerin önemli bir kısmını *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi* isimli kitabımızda incelemiştik (*op. cit.*, c.I, s.298-308).

62. Ali Haydar, *op. cit.*, c.I, s.35.

63. Mecelledeki bu ilkenin İbni Nüceym’in *El Eşbah*’ında “*el aslü beraetü’z-zimme (الصل براعة الذمة)*” diye yazılan ilkenin tercümesi olduğu not edilmektedir (Ali Haydar, *op. cit.*, c.I, s.33; Yıldırım, *op. cit.*, s.40; Şimşirgil ve Ekinci, *op. cit.*, s.95)

64. Ali Haydar, *op. cit.*, c.I, s.33.

borcu altına girer; yani bu şeyin mazarratına da ehil olur⁶⁵. İşte kişinin menfaate ve mazarrata ehil olmasına, yani hak sahibi olması ve borç altına girmesine zimmet denir.

“Beraet” ise, berî olma, temiz olma, uzak olma, masum olma demektir⁶⁶.

Beraet-i zimmetin asıl olması ise, kişinin *hak*⁶⁷ sahibi olmaktan ve borç altında bulunmaktan temiz olması, diğer bir ifadeyle, o şeyin menfaati ve mazarratından uzak olması demektir. Bu şu anlama gelir ki, hak ve borcun yokluğu asıldır. Yani insanlar, hak ve borçtan berîdirler. Diğer bir ifadeyle, herkes haksız ve borçsuz olarak dünyaya gelir. Eskilerin dediği gibi, “herkes berî’ü’z-zimme⁶⁸ olarak tevellüd eder”⁶⁹.

Kişinin hak sahibi olmaması, borç altında bulunmaması “aslî nitelik (sıfat-1 asliye, *essentialia*)”, kişinin hak sahibi olması, borç altında bulunması ise, sonradan ortaya çıkan bir “arizî nitelik (sıfat-1 ârıza, *accidentalialia*)”tir. Yani insan bu dünyaya haktan ve borçtan uzak olarak gelir; daha sonra yapacağı fiiller ve işlemler dolayısıyla hak elde eder veya borç altına girer⁷⁰. Bu yüzden, bir kişinin hak sahibi olduğunu veya borç altında bulunduğunu iddia eden tarafın, bunu ispatlaması gerekir. Hak sahibi olduğunu iddia eden kişi, bunu ispat etmelidir. Çünkü hakkın yokluğu asıl, varlığı ise sonradan ortaya çıkan arizî bir niteliktir.

“*Beraat-i zimmet asıldır*” ilkesi, kamu hukukuna da mükemmel olarak uygulanabilen bir ilkedir. Yani haktan ve borçtan uzak olma prensibi, kamu hukuku tüzel kişileri için de geçerli olan bir ilkedir. Bu şu anlama gelir ki, kamu hukuku makamları kendinden menkul hak ve yetkilere sahip değildir. Çünkü bunların bir hak ve yetkiye sahip olmamaları asıl, olmaları ise arizî bir niteliktir. Dolayısıyla, kamu makamlarının bir hak ve yetkiye sahip olabilmesi için, bu hak ve yetkinin kendilerine sonradan *verilmiş olması* gerekir. Bundan şu sonuç çıkar ki, bir hak ve yetki, bir kamu makamına ayrıca ve açıkça verilmemiş ise, bu kamu makamı bu hak ve yetkiye sahip değildir. Bir kamu makamının belirli bir yetkiye sahip olduğu hususu kesin değil ise olmadığı kabul edilir. Çünkü, beraat-i zimmet, yani hak ve yetkinin olmaması asıldır.

65. *Ibid.*

66. Şimşirgil ve Ekinci, *op. cit.*, s.95.

67. Anlaşılacağı üzere burada “hak”tan kasıt, sübjektif haklardır. Yoksa hürriyetler alanında, “hürriyet asıldır” ilkesi, diğer bir ifadeyle “hürriyet karinesi” caridir. Hakkın yokluğu, hürriyetin ise varlığı asıldır. Günlük dilde ve hatta hukuk yazınında “hürriyet” yerine bazen “hak” kelimesi kullanılıyor. Bazen de bunlar “temel hak ve hürriyetler” tabirinde olduğu gibi birlikte kullanılıyor. “Yaşama hakkı” gerçekte bir hak değil, bir hürriyettir. Yaşama insanın anasından doğmasıyla başlar; sonradan kazanılan bir şey değildir. Dolayısıyla yaşama hakkının (doğrusu hürriyetinin) yokluğu değil, varlığı esastır.

68. “Berî’ü’z-zimme”, sorumluktan temiz, sorumluluktan uzak demektir.

69. Ali Haydar, *op. cit.*, c.I, s.33.

70. *Ibid.*

Devletin bir organının belirli bir yetkiye sahip olup olmadığı konusunda tereddüt doğar ise, asıl olan o yetkinin olmaması olduğuna göre, o organın o yetkiye sahip olmadığını varsaymak gerekir. Eğer söz konusu organ böyle bir yetkiye sahip olduğunu iddia ediyorsa, bunu ispatlama yükü kendisine düşer. Söz konusu organın böyle bir yetkiye sahip olmadığını iddia eden kişi ispat yükü altında değildir. Zaten bir şeyin yokluğunu mantıken ispat etmek mümkün değildir. Bir şeyin varlığı ispat edilmemiş ise, o şeyin yok olduğu kabul edilir.

Anayasa hukukunda bir organın yetkili olabilmesi için söz konusu yetkinin ona ayrıca ve açıkça verilmiş olması gerekir. Bu organa belirli bir konuda bir yetki verilmemiş ise, o organın yetkileri kendinden menkul olmadığına ve söz konusu organ kendi kendine yetki veremeyeceğine göre, o organ o konuda yetkisizdir. Bu yetkinin o organa ayrıca ve açıkça verilmesi gerekir. Hiçbir anayasal organ kurucu iktidarın kendisine bu yetkiyi verdiğini, vermiş olması gerektiğini vs. iddia edemez. Bir organ, bir başka organa, durup dururken, bol keseden yetki vermez. Zira hukukta kimse, bir başka kişiye yok yere bir şey vermez. Daha doğrusu Latince *nemo praesumitur donare*⁷¹ özdeyişinin dile getirdiği gibi hukukta, bir kişinin bir başka kişiye bir şey verdiğini, bir şey bağışladığı yolunda bir karine yoktur.

Anayasal organlara yetkilerin ayrıca ve açıkça verilmesi gerektiği, böyle bir yetki vermeksizin bu organların yetkisiz oldukları kuralı 1982 Türk Anayasasının 6’ncı maddesinde “hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir devlet yetkisi kullanamaz” diyerek ifade edilmiştir.

Örneğin Türk Anayasa Mahkemesinin yetkileri 1982 Türk Anayasasının 148 ilâ 153’üncü maddelerinde sayılan yetkilerden ibarettir. Söz konusu maddelerde sayılan yetkiler dışında bir yetkiye, Anayasa Mahkemesi ne kadar ihtiyaç duyarsa duysun, sahip olamaz; yorum yoluyla Anayasa Mahkemesinin bu yetkiye sahip olduğu kabul edilemez. Çünkü Anayasa Mahkemesinin yetkisiz olması asıl, yetkili olması ise istisnadır ve istisnalar alanında dar yorum yapılır; yorumla Anayasa Mahkemesinin yetkileri genişletilemez. Buna Türk Anayasa Mahkemesinin bir yanlış içtihadından güzel bir örnek verebiliriz:

Anayasa Mahkemesi, 21 Ekim 1993 tarih ve K.1993/40-1 sayılı kararıyla⁷² kendisinin “yürütmeyi durdurma” kararı verme yetkisine sahip olduğuna karar vermiş ve o tarihten bu yana da sayısız kanun ve kanun hükmünde kararnamenin yürütmeyi durdurma kararı vermiştir. Türk doktrininde bu nedenle Anayasa Mahkemesinin yürürlü-

71. Bouvier, *op. cit.*, c.II, s.136 (<http://books.google.com.tr>).

72. Anayasa Mahkemesi, 21 Ekim 1993 Tarih ve E.1993/33, K.1993/40-1 Sayılı Karar, *Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi*, Sayı 29, Cilt 1, s.562-563.

ğü durdurma yetkisine sahip olup olmadığı konusunda “derin” bir tartışma ortaya çıkmıştır. Kanımızca ortada tartışılacak bir şey yoktur. Sorunun cevabı çok basittir. Anayasa Mahkemesine Anayasamızda bu yönde verilen bir yetki olmadığına göre, Anayasa Mahkemesi böyle bir yetkiye sahip değildir. Anayasa Mahkemesinin böyle bir yetkiye sahip olduğunu kabul etmek, anayasal organların yetkilerinin “verilmiş yetki” olduğu yolundaki kurala aykırıdır.

Burada ayrıca belirtelim ki, “*beyyine hilaf-ı aslı ispat içindir*”⁷³, yani “delil, aslın aksini ispat içindir”. Dolayısıyla bir anayasal organın yetkisiz olması asıl olduğuna göre, o organın yetkisiz olduğu değil, yetkili olduğunun ispatlanması gerekir. Bir anayasal organın belirli bir konuda yetkili olduğu ispatlanmadıkça, o anayasal organın o konuda yetkisiz olduğu karine yoluyla kabul edilir. Dolayısıyla bizim Anayasa Mahkemesinin yürürlüğü durdurma kararı verme yetkisine sahip *olmadığını* ispatlamaya ihtiyacımız yoktur. Anayasa Mahkemesinin böyle bir yetkiye sahip olduğunu kim iddia ediyorsa bu ispatı o yapmalıdır.

2. *Potestas stricte interpretatur*⁷⁴ (Yetkiler Dar Yorumlanır)

Bir anayasal organa verilen bir yetkinin belirli bir şeyi içerip içermediği konusunda tereddüt ortaya çıkıyorsa, o yetkinin o şeyi içermediği kabul edilir. Çünkü, anayasa hukukunda anayasal organların yetkisiz olması asıl, yetkili olmaları ise istisna olduğuna göre, istisnalar yorum yoluyla genişletilemez. Bu husus Latince “*potestas stricte interpretatur*”⁷⁵ (yetkiler dar yorumlanır) veya “*in dubiis, non praesumitur pro potentia*”⁷⁶ (tereddüt hâlinde yetki lehine karine yoktur)” özdeyişleriyle ifade edilir.

Örnek: 1961 Türk Anayasasının 147’nci maddesi (10.9.1971 tarih ve 1488 sayılı Kanunla değişik şekli), Anayasa Mahkemesine anayasa değişikliklerini denetleme yetkisini genel olarak vermemiş, sadece söz konusu değişiklikleri *şekil bakımından* denetleme yetkisi vermişti. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesinin anayasa değişikliklerini *şekil bakımından* denetleme yetkisi istisnaî bir yetkiydi. Bu nedenle, söz konusu “şekil denetimi”nin neden ibaret olduğu, belirli bir hususun şekil denetimine girip girmediği noktasında bir tereddüt ortaya çıkarsa, *potestas stricte interpretatur* ilkesi uyarınca söz konusu hususun şekil denetimine girmediği sonucuna varılmalıydı. Ne var ki, 1961 Anayasası döneminde, Türk Anayasa Mahkemesi, anayasa değişikliklerini *şekil bakımından* denetlerken, anayasa değişikliklerinin söz konusu Anayasanın 9’uncu maddesi tarafından öngörülen devlet şeklinin cumhuriyet olduğu hükmünün değiştirilmezliği ilkesine uygunluğunu da denetlemiştir⁷⁷. Oysa söz konusu denetim, denetlenen anayasa değişikliğinin içeriğinin de incelenmesini gerektiren bir “esas denetimi” idi;

73. Ali Haydar, *op. cit.*, c.I, s.104.

74. Bouvier, *op. cit.*, c.II, s.140 (<http://books.google.com.tr>).

75. Özdeyiş için bkz. Nick Szabo, “Interpreting Power: The Principle of Least Authority”, <http://szabo.best.vwh.net/interpretingpower.html> (15 Ağustos 2012).

76. *Ibid.*

77. Anayasa Mahkemesi 15 Nisan 1975 tarih ve K.1975-87 Sayılı Karar, *AMKD*, Sayı 13, 1976, s.403-478.

dolayısıyla sadece şekil denetimi yapabilen Anayasa Mahkemesinin böyle bir denetim yapmaması gerekirdi. Ancak Anayasa Mahkemesi böyle bir denetimin de şekil denetimi olduğuna hükmetmiştir. Oysa söz konusu madde Anayasa Mahkemesine anayasa değişiklikleri denetleme konusunda genel bir yetki vermemiş; sadece şekil bakımından denetleme yetkisi vermiş olduğuna göre, şekil denetimi istisnâ bir yetki olarak dar yoruma tâbi tutulması, bir hususun bu yetkinin kapsamına girip girmediği konusunda tereddüt ortaya çıkarsa, yetkilerin dar yorumlanması ilkesi uyarınca girmediği sonucuna ulaşılması gerekirdi.

Anayasa Mahkemesinin bu yorumuna tepki olarak 1982 Anayasası koyucusu, Anayasa Mahkemesine anayasa değişikliklerini sadece şekil bakımından denetleme yetkisi verdikten sonra, ayrıca şekil denetiminin neden ibaret olduğunu ayrıca ve açıkça belirtme ihtiyacını hissetmiştir. 1982 Türk Anayasasının 148’nci maddesinin ikinci fıkrasına göre anayasa değişikliklerinin şekil bakımından denetlenmesi, “teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlıdır”. Dolayısıyla artık Anayasa Mahkemesinin, şekil denetiminin ne anlama geldiği konusunda bir yorum yapma imkânı kalmamıştır. Ancak Türk Anayasa Mahkemesi buna rağmen 5 Haziran 2008 tarih ve E.2008/16, K.2008/116 tarihli kararıyla bir Anayasa değişikliğini şekil görüntüsü altında esastan denetlemiş ve iptal edebilmiştir. Anayasa Mahkemesi bu kararı yanlış olmaktan öte, dürüstlikle bağdaşmayan bir karardır.

3. Yetki Dar, Hürriyet Geniş Yorumlanır

Amerikan literatüründe bu ilke “*powers are narrow, rights broad*” özdeyişiyle ifade edilir. Bu ilkeye “*principle of most rights* (daha fazla hak ilkesi)” ve “*principle of least authority* (daha az yetki)” ilkesi denir⁷⁸. Bu şu anlama gelir ki, devlet organlarının yetkileri yorumlanırken olabildiğince dar yorum, bireylerin hak ve hürriyetleri yorumlanırken olabildiğince geniş yorum yapılır. Dolayısıyla yukarıda da belirtildiği gibi bir devlet organının yetkili olup olmadığı konusunda tereddüt hâsıl olursa, yetkisiz olduğu kabul edilir. Ama bir kişinin bir hak ve hürriyete sahip olup olmadığı konusunda tereddüt hâsıl olursa, bu kişinin o hakka ve hürriyete sahip olduğu kabul edilir.

Aynı şekilde bir konuda bir kişinin özgür olup olmadığı konusunda tereddüde düşülürse, o kişinin özgür olduğu kabul edilir. Bu husus Latince olarak “*quotiens dubia interpretatio libertatis est, secundum libertatem respondendum erit* (hürriyete ilişkin yorumda tereddüt varsa, hürriyet lehine karar verilir)”⁷⁹. Örneğin bir kişinin hür mü, köle mi olduğu konusunda tereddüt hâsıl olur ise, o kişinin hür olduğu varsayılır. Tereddütlü konularda hürriyet lehine yorum yapılır. Buna “*in favorem libertatis*” ilkesi denir. Keza Amerikan literatüründe bu hususu ifade etmek için “*presumption of liberty* (hürriyet karinesi)” tabiri kullanılır.

78. Szobo, *op. cit.*

79. *Digesta* 50, 17, 20 (<http://www.thelatinlibrary.com/justinian/digest50.shtml>) (6 Ağustos 2012).

Kişinin hürriyetinin geniş, devletin yetkisinin ise dar yorumlanmasının sebebi, kişinin hür olmasının asıl, kişiye devletin müdahale edebilmesinin ise istisna olmasıdır. Zira liberal bir hukuk sisteminde, bireyin özgür olduğu ve devletin kural olarak bireye müdahale etme hakkına sahip olmadığı kabul edilir. Tarihsel olarak insanın devletten daha eski olduğu aşikârdır. Devlet insanları değil, insanlar devleti yaratmışlardır. Dolayısıyla asıl olan insan, arızî olan ise devlettir. Dolayısıyla insanların varlığı ve dolayısıyla hürriyete sahip olması asıl, devletin varlığı ve keza insanlara müdahale etme hakkına sahip olması ise istisnadır. John Locke’a göre, bireyler, devletten önce, tabîî hal deneni bir dönemde hak ve hürriyetlere sahip olarak yaşıyorlardı. Bireylerin sahip olduğu bu hak ve hürriyetler bireylere devlet tarafından verilmemiştir. Bireyler, devletten daha eskidirler. Bireyler devlete sadece cezalandırma haklarını devretmişlerdir. Devlet bireylere sadece suç işlediklerinde müdahale edebilir. Bunun dışında bireylere müdahale etme hakkına sahip değildir⁸⁰.

4. Hürriyet Asıl, Sınırlama İstisnadır

Yukarıda açıklandığı gibi, kişilerin hür olmaları için, kişilere devlet tarafından hürriyet verilmesine gerek yoktur. Kişiler kendiliğinden hürdürler. Dolayısıyla kişilerin hür olması asıl, kişilerin hürriyetlerinin devlet tarafından sınırlanması ise istisnadır. Bu ilkeyi daha kestirmeden “*hürriyet asıl, yasaklama istisnadır*” diye ifade edebiliriz. Bu ilke, en başta gördüğümüz “*sıfat-ı arızada aslolan ademdir*” ilkesinden istihraç edilebilir. Liberal bir hukuk sisteminde, yukarıda gördüğümüz gibi, insanın devletten önce olduğu, devletin insandan sonra ortaya çıktığı kabul edilir. Dolayısıyla insan karşısında devlet ise arızî bir şeydir. Yine aynı sebepten dolayı insanın davranışlarında serbest olması aslî bir şey, bu davranışlardan bazılarının devlet tarafından yasaklanması ise, arızî bir şey; yani istisnaî bir şeydir.

Bundan şu sonuç çıkar ki, Fransızca “*tout ce que la loi ne défend pas est permis*” özdeşinin dile getirdiği gibi “*kanunun yasaklamadığı her şey serbesttir*”. Bu ilke ceza hukukundaki kanunîlik ilkesini (*nulla crimen et poena sine lege* - kanunsuz suç ve ceza olmaz) doğurmuştur. Bu ilkeye göre bir fiilin suç teşkil edebilmesi için onun kanunla yasaklanması ve ona bir ceza verilebilmesi için de söz konusu cezanın kanunla öngörülmesi gerekir. Suç tanımı ve ceza belirlenmesi kişinin özgürlüğüne müdahale teşkil ettiğine göre, bu bir istisnadır; dolayısıyla bunun ayrıca ve açıkça öngörülmesi ve dar yoruma tâbi tutulması gerekir. Zaten bu nedenle ceza hukukunda kıyas yasağı ilkesi geçerlidir.

80. Kemal Gözler, *Devletin Genel Teorisi*, Bursa, Ekin, 3. Baskı, 2011, s.38-39.

5. Kendiliğinden Yasaklama Olmaz; Yasaklama Konulmalıdır

Hürriyet asıl, yasaklama istisna olduğuna göre, istisnanın olabilmesi için, bir kere bu istisnanın ayrıca ve açıkça konulması gerekir. İnsanın hür olduğu varsayılabilir; ama insanın bazı davranışlarının yasak olduğu varsayılmaz. Kendiliğinden yasaklama olmaz. Karine yoluyla bir yasak çıkarılamaz. Zımnî olarak bir insan fiilinin yasak olduğu söylenemez. Eğer bir davranışın yasaklanması arzu ediliyorsa bu yasağın ayrıca ve açıkça konulması gerekir. Birtakım gerekliliklerden bahsedilerek yasak üretilmez.

Yasağın var olmak için konulmuş olmaya ihtiyacı vardır; ama hürriyetin var olmak için konulmuş olmaya ihtiyacı yoktur; çünkü hürriyet asıldır. Yani bir kişinin belirli konuda hür olabilmesi için ona bu hürriyetin kanunla verilmesine gerek yoktur. Kişinin o konudaki serbest hareket etme gücü kanunla sınırlandırılmamış ise, kişi hürdür. Hürriyetin kanuna ihtiyacı yoktur; ama yasaklamanın vardır.

Hürriyetin var olması için, anayasayla, kanunla tanınmasına gerek yoktur. Ama anayasa veya kanun, belirli bir hürriyet için birtakım güvenceler getirebilir. Böyle bir durumda bu hürriyete ilişkin yasaklama, bu hürriyete güvence getiren norm ile normlar hiyerarşisinde aynı seviyede veya daha üst seviyede yer alan bir normla getirilebilir. Yani anayasa ile güvence altına alınmış bir hürriyet kanunla yasaklanamaz; keza kanunla güvence altına alınmış bir hürriyet yönetmelikle yasaklanamaz; yönetmelikle güvence altına alınmış bir hürriyet bir bireysel idarî işlemle yasaklanamaz.

Bu açıdan baktığımızda başka ülkelerin anayasalarında olduğu gibi, 1982 Türk Anayasasında da pek çok önemli düzenleme var. Bir kere anayasamız çeşitli hak ve hürriyetler için özel güvenceler getirmiştir. Mesela “her ne sebeple olursa olsun kimse, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz” (m.15/2); “basın... sansür edilemez (m.28/1); “sürelî ve süresiz yayın önceden izin alma şartına bağlanamaz” (m.29/1); “herkes önceden izin almaksızın dernek kurma hakkına sahiptir” (m.33/1). İşte bu durumlarda söz konusu noktalarda kanunla bir sınırlama getirilemez. Diğer yandan 1982 Anayasasının 13’üncü maddesi temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması şartlarını ayrıntılı bir şekilde düzenlemiştir. Bu şartlardan biri de temel hak ve hürriyetlerin kanunla sınırlanması şartıdır. Yani Türkiye’de temel hak ve hürriyetler kanun altı bir normla, örneğin yönetmelikle sınırlanamaz.

Yine yukarıda gördüğümüz gibi “*beyyine hilaf-ı aslı ispat içindir*”⁸¹ ilkesi uyarınca hürriyetin varlığının değil, yasaklamanın varlığının ispat edilmesi gerekir. Yani belirli bir davranışın yasak olduğunu iddia eden kişi bu iddiasını ispat etmelidir. Belirli

81. Ali Haydar, *op. cit.*, c., s.104.

bir hürriyetin var olduğunu iddia eden kişinin bunu ispatlamaya ihtiyacı yoktur. Şimdi buna bir örnek verelim:

Bir Örnek: Türkiye’de Türban Yasağı.- Kişilerin ne giyeceği konusunda hür olmaları asıldır. Kişilerin giyimine müdahale edilmesi, bazı şeyleri giymelerinin yasaklanması ise arızî bir durum, bir istisnadır. Dolayısıyla üniversitede kız öğrencilerinin başlarının örtmesinin yasak olduğunu söyleyebilmek için öncelikle böyle bir yasaklamanın *konulmuş* olması gerekir. Zira kendiliğinden yasak olmaz; bu yasağın var olmak için konulmuş olmaya ihtiyacı vardır.

Türkiye’de üniversitede kızların baş örtüsünü yasaklayan bir norm acaba *konulmuş* mudur?

1987 yılında Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliğinin 7’nci maddesine (h) bendi olarak eklenen hükümler⁸², türbanı yasaklamak amacıyla, “*yükseköğretim kurumlarının dersane, laboratuvar, klinik, poliklinik ve koridorlarında çağdaş kıyafet ve görünüm dışındaki bir kıyafet ve görünümde bulunmak*” kınama cezasını gerektiren davranış olarak kabul edilmiştir. O dönemdeki uygulamada başörtü “çağdaş kıyafet” olarak kabul edilmiyor; başörtüsüyle üniversiteye giren kız öğrencilere disiplin cezası veriliyordu. Ne var ki, bu yönetmelik hükmü 1989 yılında yürürlükten kaldırılmıştır⁸³.

Dolayısıyla türbanı yasaklayan tek hüküm Türkiye’de 1987-1989 yılları arasında yürürlükte kalmıştır. 1989 yılından sonra türbanı yasaklayan tek bir hukuk normu Türkiye’de yoktur. Yukarıda açıkladığımız gibi hürriyet asıldır; kendiliğinden yasaklama olmaz; yasaklama konulmuş bir şeydir; konulmuş bir yasak yok ise o davranış serbesttir.

Bu arada belirtelim ki, 1987 yılında Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliğinin 7’nci maddesine (h) bendi olarak eklenen hüküm de Anayasamıza aykırıydı. Çünkü Anayasamızın 13’üncü maddesine göre temel hak ve hürriyetler yönetmelikle değil, ancak kanunla sınırlanabilirdi.

Peki Türkiye’de bunca yıldır üniversitelerde türban yasağı nasıl uygulanabildi? Şimdi onu görelim:

Anayasa Mahkemesi Kararı.- Anayasa Mahkemesinin önüne türban sorunu 10 Aralık 1988 tarih ve 3511 sayılı Kanunla gelmiştir. Bu kanun 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununa şu “ek 16’ncı madde”yi ekliyordu:

82. *Resmî Gazete*, 8 Ocak 1987, Sayı 19335.

83. *Resmî Gazete*, 28 Aralık 1989, Sayı 20386.

“Yükseköğretim kurumlarında, dersane, laboratuvar, klinik, poliklinik ve koridorlarında çağdaş kıyafet ve görünümde bulunmak zorunludur. Dini inanç sebebiyle boyun ve saçların örtü veya türbanla kapatılması serbesttir”.

Bu hükme karşı açılan dava da Anayasa Mahkemesi “Türban 1 Kararı” diye bilinen 7 Mart 1989 tarih ve E.1989/1, K.1989/12 sayılı kararında “*dini inanç sebebiyle boyun ve saçların örtü veya türbanla kapatılması serbesttir*” şeklindeki hükmü Anayasaya aykırı bularak iptal etmiştir⁸⁴.

Anayasa Mahkemesinin bu kararı üzerine yasama organı, 25 Ekim 1990 tarih ve 3670 sayılı Kanunla 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununa “*yürürlükteki kanunlara aykırı olmamak kaydı ile yükseköğretim kurumlarında kılık ve kıyafet serbesttir*” diyen ek 17’nci maddeyi eklemiştir. Bu hüküm aleyhine de Anayasa Mahkemesinde iptal davası açılmış, ancak Anayasa Mahkemesi 9 Nisan 1991 tarih ve E.1990/36, K.1991/8 sayılı kararıyla bu hükmün Anayasaya aykırı olmadığına karar vermiştir⁸⁵. Anayasa Mahkemesi bu kararın gerekçesinde “*dinî inanç sebebiyle boyun ve saçların örtü ve türbanla kapatılması*” durumunun, *kılık kıyafet serbestisi dışında olduğunu da belirtmiştir*⁸⁶.

Türkiye’de fiilî türban yasağının kaynağı olarak 1990’dan beri bu Anayasa Mahkemesi kararı gösterilmektedir. Anayasa Mahkemesi kararlarının gerekçesi değil, hüküm fıkrası bağlayıcıdır⁸⁷. O nedenle, Anayasa Mahkemesinin kararının gerekçesinin bir hukukî sonuç doğurması, özellikle de norm koyması, bir insan fiilini yasak hâline getirmesi mümkün değildir.

Anayasa Mahkemesinin yorum yoluyla bir kaideye istisna getirmesi, bir hürriyeti yasaklaması mümkün değildir. Anayasa Mahkemesinin bu kararından yola çıkarak Türkiye’de türbanın yasak olduğu savunuların, hürriyetin asıl, yasaklamanın istisna olduğunu ve istisnanın ise ancak kanunla konulabileceği prensibini, yani “*tout ce que la loi ne défend pas est permis*” özdeşinin dile getirdiği gibi “*kanunun yasaklamadığı her şey serbesttir*” ilkesinden habersiz olduklarını söyleyebiliriz. Yine Türkiye’de üniversitelerde türbanın Anayasa Mahkemesi kararıyla yasaklandığını söylemek, yukarıda açıkladığımız gibi yorum yoluyla yasaklama üretilemeyeceği prensibine de aykırıdır.

84. Anayasa Mahkemesi, 7 Mart 1989 Tarih ve E.1989/1, K.1989/12 Sayılı Türban Kararı, *Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi*, Sayı 25, s.148.

85. Anayasa Mahkemesi, 9 Nisan 1991 Tarih ve E.1990/36, K.1991/8 Sayılı Karar, *Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi*, Sayı 27, Cilt 1, s.285.

86. Anayasa Mahkemesi, 9 Nisan 1991 Tarih ve E.1990/36, K.1991/8 Sayılı Karar, *Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi*, Sayı 27, Cilt 1, s.305.

87. Bkz. Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, Bursa, Ekin, 2000, s.927-931.

Türkiye’de hiçbir zaman türbanı yasaklayan bir kanun yürürlükte olmamıştır. Dolayısıyla türban Türkiye’de her zaman serbest idi. Ancak buna rağmen uygulama bu yolda değildi. Üniversite rektörlükleri şu ya da bu şekilde, değişik adlar altında, çoğunlukla fakülte binasının giriş kapısına astıkları bir “duyuru” ile üniversiteye türbanla girilmesini yasaklamışlardır.

Rektörün bir kararıyla, bir duyuru ile bir temel hak ve hürriyet yasaklanamaz. Böyle bir yasak, kanunun yasaklamadığı her şey serbesttir ilkesine aykırıdır. Ne var ki, Türk Danıştay bu tür “fiilî yasakları” hukuka aykırı görmemiştir.

Bu dönemde, türban yasağının uygulama şekli hakkında da bir iki şey söylemek isteriz. Normal olarak bir hukuk devletinde bir yasağın ihlaline bir müeyyide bağlanır. Üniversitede öğrenciler için yasakların müeyyidesi ise Öğrenci Disiplin Yönetmeliğinde hükme bağlanır. Dolayısıyla üniversiteye başörtüsüyle girmek yasak ise, bu yasağı ihlâl eden öğrenciler hakkında tutanak tutulması ve haklarında disiplin soruşturması açılması ve kendilerine disiplin cezası verilmesi gerekirdi. Bunu yapan üniversiteler veya fakülteler de olmuştur. Bu dönemde başörtüsü takan öğrencilere disiplin cezası verilmesine yönelik pek çok örnek vardır. Ancak çoğunlukla, özellikle taşra üniversitelerinde, başörtüsü yasağı, böyle bir disiplin soruşturması süreci işletilmeden, doğrudan doğruya başörtülü öğrencilerin üniversiteye girmesine engel olunmak suretiyle uygulanmıştır. Pratikte bu üniversitelerde başörtüsü yasağı, görevlilerin kapıda durup başörtülü öğrencilerin binanın içine girmelerine engel olmaları şeklinde uygulanmıştır. Hatta bazı üniversitelerde kampüsün girişinde belediye otobüsü ve dolmuşları durdurup başörtülü kız öğrencileri otobüs veya dolmuştan indirildiğine şahit olunmuştur. Bu uygulama, tamamıyla hukuka aykırıydı. Öğrencilerin eğitim hürriyetini ortadan kaldırır nitelikteydi. Binanın içine her nasılsa girmiş öğrenciler de bazen binanın dışına şu ya da bu şekilde, çoğunlukla da öğrenciyle tartışılarak dışarı çıkarılmaktaydı. Bu uygulama sadece hukuka aykırı değil, ceza hukuku açısından suç teşkil eden bir uygulamaydı.

Yukarıda açıklandığı gibi Türkiye’de türbanı yasaklayan bir kanun hükmü ve hatta bir yönetmelik hükmü yoktur. Dolayısıyla türban yasak değildir. Ancak her ne hikmetse türbanın yasak olduğu varsayıлып, türbana serbestlik tanımak için Türkiye’de 9 Şubat 2008 tarih ve 5735 sayılı Kanunla Anayasa değişikliği yapılmıştır. Söz konusu Kanunla 1982 Anayasasının eşitlik ilkesinin düzenlendiği 10’uncu maddesinin son fıkrasının “bütün işlemlerinde” ibaresinden sonra gelmek üzere “ve her türlü kamu hizmetlerinden yararlanılmasında” ibaresi eklenmiştir. Ancak 5735 sayılı Kanun Anayasa Mahkemesinin 5 Haziran 2008 tarihli ve E.2008/16, K.2008/116 sayılı kararı ile iptal edilmiştir. Yine aynı Kanunla Anayasanın 42’nci maddesine, altıncı fıkr-

dan sonra gelmek üzere aşağıdaki fıkra eklenmiştir: “Kanunda açıkça yazılı olmayan herhangi bir sebeple kimse yükseköğretim hakkını kullanmaktan mahrum edilemez. Bu hakkın kullanımının sınırları kanunla belirlenir.” Bu fıkra da Anayasa Mahkemesinin Anayasa Mahkemesinin aynı kararıyla iptal edilmiştir.

Bu kararın anayasa hukuku bakımından yarattığı sorunlara burada değinmek konumuz dışında kalır. Ancak şunu belirtelim ki, türbana serbestlik vermek için anayasa değişikliği yapılmasının nasıl doğurduğu bir hukukî sonuç nasıl yoksa, bu anayasa değişikliğinin iptal edilmesinin türban bakımından doğuracağı bir hukukî sonuç da olamaz.

Liberal bir hukuk sisteminde kanunla yasaklanmamış fiiller serbesttir. Türkiye’de türban takılmasını yasaklayan bir kanun yoktur ve geçmişte de olmamıştır. İş böyleyken Türkiye’de türbana izin vermek için Anayasa değişikliği kanunu çıkarılması abesle iştigaldir. Söz konusu Anayasa değişikliğinin Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesinin de doğuracağı bir sonuç yoktur. Çünkü bir fiile izin veren kanunun iptal edilmesi, o fiilin yasak olması sonucunu doğuramaz. Liberal bir hukuk mantığından, serbestlik asıl, yasak ise istisnadır. Serbestliğin değil, yasağın kanunla öngörülmesi gerekir. Yasağı öngören kanun olmadıkça insan fiilleri serbesttir. Türkiye’de türban ile ilgili bütün çevrelerin anlamadığı şey budur. Türbana izin vermek için değil, yasaklamak için kanuna ihtiyaç vardır. Bunun anlaşılmasında Türkiye’de pek çok kişinin liberal hukuk mantığını kavramadığını göstermektedir.

Neticede Türkiye’de geçen yıllarda, YÖK’ün kompozisyonu değişince ve yeni rektörler seçilince üniversitelerde türban yasağı fiilen kalktı. Bu yasak kalkarken de, hukuk düzenimizde tek bir değişiklik yapılmadı. 2010 yılında yürürlükte olan mevzuat ile 2012 yılında yürürlükte olan mevzuat arasında bu noktada tek bir fark yoktur. Ama 2010 yılında üniversitelerde başörtüsü takılması mümkün değil iken, bugün mümkün hale gelmiştir. Nasıl? Hukuk âleminde ne değişti? Biz bu soruyu kendimize soruyoruz ve buna bir cevap veremiyoruz.

Gerçek şu: Ortada hukuk dışı fiilî bir yasak vardı; bu yasak da nasıl *fiilen* konulduysa, öyle *fiilen* kalktı. Bu gözlemi yapmanın biz hukukçular için fevkalade üzücü olması gerekir. Çünkü bu gözlem, ülkemizde hukuk devletinin değil, bir başka sistemin yürürlükte olduğunu göstermektedir. Hukuk âleminde bir değişiklik yok; ama uygulamada değişiklik var. Demek ki, hukuk dışında ayrı bir normatif âlemde yaşıyoruz.

Bu çalışmanın başında, hukuk devletini, insanların insana değil, hukuka tâbi olduğu bir sistem olarak tanımladık. İnsan davranışları yetkili makam tarafından konu-

lan ve önceden bilinen kurallara tâbi olmalıdır; yoksa başka insanların her an değişen iradesine değil. Rektörler değiştikçe uygulamanın değişeceği bir sisteme hukuk devleti denemez. Maalesef Türkiye’de türban yasağının konulması, sürdürülmesi ve sonra ermesi Türkiye’de hukuk devleti açısından en acı tecrübelerden biridir.

6. Hürriyet Geniş, Sınırlama Dar Yorumlanır

Yukarıda açıklandığı gibi, kişilerin hak ve hürriyet sahibi olmaları için, kişilere bu hak ve hürriyetlerin devlet tarafından verilmesine veya tanınmasına gerek yoktur. Kişiler kendiliğinden bu hak ve hürriyetlere sahiptir. Dolayısıyla kişilerin hür olması asıl, kişilerin hürriyetlerinin devlet tarafından sınırlanması ise istisnadır. Sınırlama istisna olduğuna göre, bu sınırlamanın ayrıca ve açıkça yapılması gerekir. Ayrıca ve açıkça sınırlanmamış ise bir hürriyet sınırsızdır. Hürriyetler zımnî olarak sınırlanamaz. Hürriyet, asıl sınırlama istisna olduğuna göre hürriyetin geniş, sınırlamaların ise dar yoruma tâbi tutulması gerekir.

Dolayısıyla bir fiilin yasak kapsamına girip girmediği konusunda tereddüt ortaya çıkarsa, bu fiilin yasak kapsamına girmediği varsayılır.

7. Sayılmış Yetkiler Dar, Bakiye Yetkiler Geniş Yoruma Tâbi Tutulur

Kamu hukukunda pek çok durumda bir kamu tüzel kişisi ile diğer bir kamu tüzel kişisi, bir organ ile diğer bir organ arasında yetki paylaşımı yapılır. Örneğin Türkiye’de merkezî idare ile mahallî idareler arasında ve keza mahallî idarelerin kendi arasında (yani il özel idaresi, belediye ve köy arasında), yetki paylaşımı vardır. Özellikle de federal sistemlerde “federal devlet (merkezî yönetim)” ile “federe devletler (eyaletler, *states*)” arasında yetki paylaşımı yapılır. İki kamu tüzel kişisi (örneğin A ve B) arasında yetki paylaşımı yapılacaksa, bunun iki yolu vardır: Ya A’nın, ya da B’nin yetkileri sayılır. A’nın yetkileri sayılmış ise, sayılmayan yetkiler (geri kalan yetkiler) haliyle B’nin olur. B’nin yetkileri sayılmış ise, sayılan yetkilerin dışında kalan diğer yetkiler A’nın olur. Yetki paylaşımında bu şekilde sayılan yetkilere “sayılmış yetkiler (*enumerated powers, compétences énumérées*)⁸⁸”; bu yetkiler dışında sayılmadan geride kalan yetkilere ise “bakiye yetkiler (*residual powers*⁸⁹, *compétences résiduelles*)” denir. Bu durumda, bakiye yetkiler, “genel yetki (*general power, compétence de droit commun*)”; sayılmış yetkiler ise “istisnaî yetki (*compétence d'exception*)” veya “verilmiş yetki (*attributed power, compétence d'attribution*)” niteliğindedir⁹⁰. Dolayısıyla

88. Elisabeth Zoller, *Droit constitutionnel*, Paris, PUF, İkinci Baskı, 1999, s.373.

89. Rod Hague, Martin Harrop ve Shaun Breslin, *Comparative Government and Politics: An Introduction*, Houndmilles, Palgrave Macmillan Press, Dördüncü Baskı, 2001, s.169.

90. Jacques Cadart, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Paris Economica, Üçüncü Baskı, 1990, c.I, s.86; Jean Gicquel, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, Montchrestien, 16. Baskı,

bakiye yetkiler, genişletici yoruma; sayılmış yetkiler ise dar yoruma tâbi tutulur; çünkü birinciler genel, ikinciler ise istisna durumundadır. Yukarıda açıkladığımız gibi, genel hükümler genişletici, istisnalar ise dar yoruma tâbi tutulur. Dolayısıyla bir yetkinin kime verildiği konusunda tereddüt varsa, o yetkinin bakiye yetkiye sahip olan tüzel kişiye verildiği sonucuna ulaşılır.

Örneğin 1787 Amerika Birleşik Devletleri Anayasasının 1’inci maddesinin 8’inci ayrımı Birleşik Devletler Kongresinin (yani federal devletin) sahip olduğu vergi koymak, para basmak, ordu beslemek, savaş ilan etmek gibi yetkileri saymaktadır. Dolayısıyla bu yetkiler dışında kalan yetkilerin federe devletlere (yani eyaletlere) ait olacağını söyleyebiliriz. Nitekim bu husus 1787 ABD Anayasasının 1791 tarihli 10’uncu Değişikliğinde (*Amendment X*) “bu Anayasa ile Birleşik Devletlere devredilmemiş ve keza eyaletlere de yasaklanmamış yetkiler, sırasıyla eyaletlere veya halka verilmiştir”⁹¹ denilerek açıkça hükme bağlanmıştır. 1999 İsviçre Anayasası da, 3’üncü maddesinde, “Kantonlar, Federasyona verilmemiş bütün yetkileri kullanırlar”⁹² diyerek, yetki paylaşımında bakiye yetkilerin Kantonlara ait olduğunu belirtmiştir.

ABD ve İsviçre örneklerinde, federe devlet ile federe devletler arasındaki yetki paylaşımında federal devletin yetkisinin sayılmış yetki olarak istisnaî yetki olduğunu, buna karşılık federe devletlerin (eyaletlerin, kantonların) yetkisinin ise bakiye yetki olarak genel yetki olduğunu söyleyebiliriz. Dolayısıyla ABD ve İsviçre’de bir yetkinin federal devlete mi, yoksa federe devletlere (yani ABD’de eyaletlere, İsviçre’de kantonlara) mi ait olduğu hususunda tereddüt hâsıl olursa, bu yetkinin federe devletlere ait olduğu sonucuna ulaşılır; çünkü böyle bir sistemde federal devletin yetkisi istisnaî, federe devletlerin yetkisi ise geneldir ve genel hükümler geniş; istisna hükümler dar yoruma tâbi tutulur.

1999, s.68; Vlad Constantinesco ve Stéphane Pierré-Caps, *Droit constitutionnel*, Paris, Presses Universitaires de France, Themis droit public, 2004, s.274.

91. “*Amendment X*: The powers not delegated to the United States by the Constitution, nor prohibited by it to the States, are reserved to the States respectively, or to the people”. (<http://www.findlaw.com/casecode/constitution/>).

92. “Les cantons ... exercent tous les droits qui ne sont pas délégués à la Confédération”, <<http://www.admin.ch/ch/f/rs/101/a3.html>> (7 Ağustos 2012).

8. *Delegata potestas non potest delegari* (Devredilmiş Yetki Devredilemez)⁹³

Aynı anlamda “*vicarius non habet vicarium* (vekil, vekil atayamaz)”⁹⁴; “*delegatus non potest delegare* (yetki almış kişi, bir başkasına yetki veremez)”⁹⁵. Dolayısıyla bir anayasal organ, anayasanın kendisine verdiği bir yetkiyi, yine yetkisinin kaynağı olan anayasa yetkisini devredebileceğini ayrıca ve açıkça öngörmedikçe, bir başka organa devredemez. Dolayısıyla bir organın yetkisini devredememesi kural, devredebilmesi ise istisnadır. İstisna olduğuna göre, bu istisnanın var olabilmesi için onun ayrıca ve açıkça öngörülmüş olması ve dar yorumlanması gerekir. Belirli bir hususun söz konusu devredilmiş yetkinin kapsamına girip girmediği konusunda tereddüt ortaya çıkarsa, söz konusu hususun o yetkinin kapsamına girmediği sonucuna ulaşmak gerekir. Zira yukarıda pek çok defa belirtildiği gibi istisnalar dar yorumlanır.

Örneğin kanun koyma yetkisi bizim 1982 Türk Anayasasına göre yasama organına (TBMM’ye) aittir. Dolayısıyla TBMM kural olarak bu yetkisini bir başka organa devredemez. Ancak yine aynı Anayasanın 91’inci maddesi, TBMM’ye, çıkaracağı yetki kanunu ile, Bakanlar Kuruluna kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisini vermiştir. Kanun hükmünde kararname ile, mevcut bir kanun değiştirilebildiğine veya yürürlükten kaldırılabildiğine göre, kanun hükmünde kararnamenin kanun ile eşdeğerde olduğu ve dolayısıyla yasama yetkisi niteliğinde bir işlem olduğu söylenebilir. Normalde TBMM’nin sahip olduğu yasama yetkisinin bir kısmını, *delegata potestas non potest delegari* ilkesi uyarınca Bakanlar Kuruluna devredememesi gerekir. Ancak bizzat Anayasanın kendisi, 91’nci maddesinde bu ilkeye bir istisna getirmiştir. Dolayısıyla TBMM, bir yetki kanunuyla, Bakanlar Kuruluna kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisini verebilir. Ancak 91’inci madde genel kurala getirilmiş bir istisna niteliğindedir. Dolayısıyla bu istisnanın ayrıca ve açıkça öngörülmesi (ki 91’inci maddede ayrıca ve açıkça öngörülmüştür) ve söz konusu istisnanın dar yoruma tâbi tutulması, yani belirli bir noktanın istisnanın kapsamı dâhilinde olup olmadığı hususunda tereddüt ortaya çıkarsa, kapsama dâhil olmadığı, söz konusu noktada yetki devri yapılmadığı sonucuna ulaşılması gerekir.

93. 2 Co. Inst. 597 (Sir Edward Coke, *The Institutes of Laws of England*, Parts 2-4, London, Brooke, 1797) ve 2 Bouv. Inst. n. 1300 (*Institutiones Theologicae* Auctore J. Bouvier), nakleden: Bouvier, *op. cit.*, c.II, s.127 (<http://books.google.com.tr>).

94. Branch's max. 38 (Thomas Branch, *Principia Legis Et Æquitatis*, Printed by T.A. White, 1824); Broom's max. 384 (Herbert Broom, *A Selection of Legal Maxims*, Sweet & Maxwell, 1837). Nakleden: Bouvier, *op. cit.*, c.II, s.149 (<http://books.google.com.tr>).

95. 2 Bouv. Inst. n. 1936. Nakleden: Bouvier, *op. cit.*, c.II, s.127 (<http://books.google.com.tr>).

9. *Derativa potestas non potest esse major primitiva*⁹⁶ (Türemiş Yetki, Aslî Yetkiden Daha Büyük Olamaz)

Bir yetki, kendisinin türediği yetkiden daha büyük yetkiler içeremez. Çünkü yukarıda açıklandığı gibi anayasa hukukunda yetkiler, "verme yetkiler (*attributed powers, pouvoirs d'attribution*)" olduğuna göre, bir organa yetki veren organın o yetkiyi o organa verebilmesi için öncelikle o yetkiye sahip olması gerekir. Kimse sahip olduğundan daha fazlasını bir başka kişiye veremez. Dolayısıyla yetki alan makamın yetkisi, yetki aldığı makamın yetkisinden daha fazla olamaz. Bu ilkeye göre tali kurucu iktidarın yetkisinin aslî kurucu iktidarın yetkisinden büyük olamayacağını söyleyebiliriz. Aynı şekilde Bakanlar Kurulu, TBMM'den kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisini almış ise, aldığı bu yetki, TBMM'nin kanun yapma yetkisinden daha büyük bir yetki olamaz. Dolayısıyla kanun ile yapılamayacak bir şey, evleviyetle kanun hükmünde kararname ile de yapılamaz. Yani TBMM'nin sahip olmadığı bir yetkiye Bakanlar Kurulu da yetki devri yoluyla sahip olamaz.

10. Yetki ve Usûlde Paralellik İlkesi (*Unumquodque eodem modo quo colligatum est dissolvitur*⁹⁷ (Bir Şey Yapıldığı Şekilde Çözülür))

Aynı ilke şu şekilde de ifade edilmektedir: "*Unumquodque dissolvatur eo modo quo colligatur*". Bazı durumlarda anayasa veya kanun bir işlemin kimin tarafından ve nasıl yapılacağını açıkça düzenlemekte, ama bazen aynı işlemin kimin tarafından ve nasıl ilga edileceğini veya değiştirileceğini hükme bağlamamaktadır. Böyle durumlarda işlemi yapan makamın, onu değiştirmeye, ilga etmeye veya geri almaya da yetkili olduğu ve keza söz konusu makamın işlemi değiştirirken, geri alırken veya ilga ederken yapılışındaki usûl ve şekle uyacağı kabul edilmektedir. Örneğin 1982 Türk Anayasasının 117'nci maddesinin 4'ncü fıkrasına göre, "Genelkurmay Başkanı, Bakanlar Kurulunun teklifi üzerine Cumhurbaşkanı'nca atanır". Ama aynı maddede veya Anayasasının diğer bir maddesinde Genelkurmay Başkanının görevden alınma usûlünü düzenleyen bir hüküm yoktur. Böyle bir hüküm olmadığına bakılarak, Genelkurmay Başkanını görevden alma konusunda Anayasasının kimseye yetki vermediği ve dolayısıyla Genelkurmay Başkanının görevden alınamayacağı söylenemez. İşte böyle bir durumda, yetki ve usûlde paralellik ilkesine dayanılarak denilmektedir ki, Genelkurmay Başkanı, Bakanlar Kurulunun teklifi üzerine Cumhurbaşkanı tarafından görevden alınabilir.

96. Bouvier, *op. cit.*, c.II, s.127 (<http://books.google.com.tr>)

97. 2 Roll. Rep. 39 (Rolle's English King's Bench Reports [2 vols.] [1614-25]), nakleden: Bouvier, *op. cit.*, c.II, s.148 (<http://books.google.com.tr>).

Burada önemle hatırlatmak gerekir ki, yetki ve usûlde paralellik ilkesi, istisnasız her durumda uygulanabilecek bir ilke değil, sadece bir şeyin yapılışına ilişkin hükmün olduğu, ama o şeyin ortadan kaldırılışına veya değiştirilişine ilişkin bir hükmün olmadığı durumlarda uygulanır. Anayasa, bir şeyin yapılması için bir makama, aynı şeyin ortadan kaldırılması için bir başka makama yetki vermiş olabilir. Haliyle böyle bir durumda yetkilerin paralelliği ilkesi işlemez. Mesela 1982 Türk Anayasası, Başbakanı atama yetkisini Cumhurbaşkanıya vermiştir. Ancak yetkilerin paralelliği ilkesinden hareket ederek Cumhurbaşkanı'nın Başbakanı görevden alma yetkisine sahip olduğunu söyleyemeyiz. Çünkü Anayasa, Başbakanın görevinin hangi hallerde (güvensizlik oyu vs.) sona ereceğini ayrıca düzenlemiştir. Dolayısıyla burada yetkilerin paralelliği ilkesi uygulanmaz.

11. *Qui potest maius, potest etiam minus* (Çoğu Yapmaya Yetkili Olan Azı Yapmaya da Yetkilidir)

*Qui potest maius, potest etiam minus*⁹⁸ ilkesi çoğu yapmaya yetkili olanın, azı yapmaya da yetkili olduğunu ifade eder. Dolayısıyla anayasa bir organa belirli bir şeyi yapmaya yetki veriyorsa, bu yetkiyi alan organ o şeyden daha azını da yapmaya yetkilidir. Örneğin bir insan fiilini suç haline getirme ve ona ceza bağlama yetkisi yasama organına ait bir yetkidir. Bir insan fiilini suç haline getirmeye ve ona ceza bağlamaya yetkili olan organın, bu beşerî fiilî suç olmaktan çıkarmaya ve ona bağladığı cezayı kaldırmaya veya bağladığı cezanın miktarını azaltmaya da yetkisi vardır. Keza bunları yapmaya yetkili olan organın, bu fiilin suç olma niteliğini belirli bir dönem için askıya alması ve bu fiile belirli bir dönem ceza bağlamaması, "çoğu yapmaya yetkili olanın azı da yapmaya yetkili olacağı (*qui potest maius, potest minus*)" ilkesi gereğince her zaman mümkündür. Yasama organının bir fiili belirli bir dönem için suç olmaktan geçici olarak çıkarmasına "amnisti (*amnistie, af*)" denir. Dolayısıyla, anayasa tarafından açıkça yasaklanmadıkça, yasama organı, kanunla suç yaratma yetkisine sahip oldukça, amnisti yetkisine de, *qui potest maius, potest minus* ilkesi uyarınca her zaman sahip olacaktır. Başka örnekler de hayal edilebilir: Örneğin bir organı kurmak için bir organa yetki verilmiş ise, bu organın üyelerini seçme yetkisi ayrıca düzenlenmemiş ise, bu organa üye seçme yetkinisin de bu organa verildiğini *qui potest maius, potest minus* ilkesi uyarınca söyleyebiliriz. Çünkü üye seçme yetkisi kurma yetkisinin içeriğinde yer alan ve ondan daha küçük olan bir yetkidir.

98. Sancti Thomae de Aquino Scriptum super Sententiis liber IV a distinctione XVI ad distinctionem XVII [17032] Super Sent., lib. 4 d. 16 q. 1 a. 2 q. 3 s. c. 2 (<http://www.corpusthomicum.org/snp0000.html>). Aynı özdeyişin şu şekilleri de vardır: "*Qui potest majus, potest et minus eodem sub respectu*". "*Quod potest facere majus potest etiam minus*".

Qui potest maius, potest minus ilkesinin uygulanmasında neyin “*maius* (büyük)”, neyin “*minus* (küçük)” olduğunun da tespiti gerekir. Bu konuda da imdadımıza bir Öklid teoremi yetişmektedir: “*Omne totum est maius sua parte* (Her bütün kendi parçasından büyüktür)”. Buna göre bir makama bir yetki verilmiş ise, o makamın o yetkinin parçası niteliğinde olan yetkiye de sahip olduğu söylenebilir.

Kamu Hukukçuları Platformu toplantısında Fazıl Sağlam, yukarıdaki yorum ilkelere kabulünde esas itibarıyla problem olmadığını, her hukukçunun bu yorum ilkelere kolayca kabul edebileceğini, ama asıl meselenin bunların uygulanmasında olduğunu, bu ilkelerin tek başına hukuk uygulamasında birliği sağlayamayacağını söyledi ve şu örneği verdi: Örneğin bu çalışmada, Anayasa Mahkemesinin yürütmeyi durdurma kararı verme yetkisinin olmadığı görüşünün anayasal organların yetkisiz olmasının asıl, yetkili olmasının ise istisna olması ve yetkiler dar yorumlanır ilkelerine dayandırılarak savunulduğu, oysa yine benim çalışmamda yer alan “çoğu yapmaya yetkili olan azı da yapmaya yetkilidir” ilkesine dayanarak, Anayasa Mahkemesinin yürütmeyi durdurma kararı verme yetkisi sahip olduğu görüşünün savunulabileceğini, çünkü Anayasa Mahkemesinin yürütmeyi durdurma kararından çok daha büyük bir yetki olan iptal kararı verme yetkisine sahip olduğunu belirtti.

Öncelikle vurgulamalıyız ki, belki yorum ilkeleri de bazı durumlarda kendi arasında çatışabilir. Aynın metnin anlamı konusunda bir yorum ilkesinden hareketle bir sonuca, bir başka yorum ilkesinden hareketle bir başka sonuca ulaşılabilir. Bu tür çatışmaları yorum ilkelerinin uygulama alanlarını tespit ederek çözmek gerekir. Belki bu çatışmaları çözmek çok da zor olabilir. Belki bir mahkemede bir hâkim, belirli bir yorum ilkesinden hareketle bir sonuca, diğer hâkim başka bir yorum ilkesinden hareketle bir başka sonuca da ulaşabilir. Ancak bu durumda yine de yorum ilkelerinin işlevsiz olduğu söylenemez. Böyle bir durumda dahi yorum ilkeleri hakimi keyfilikten korur. Hâkimlerin ulaştıkları sonuç, saf siyasal tercihlere göre değişeceğine, esas aldıkları yorum ilkelerine göre değişsin. Daha iyi. Haliyle hâkim, kararın gerekçesinde hangi yorum ilkesine dayandığını ve bu ilkeye dayanarak metnin anlamını nasıl tespit ettiğini kararının gerekçesinde açıklayacaktır. Artık böyle bir durumda siyasal mülahazalar değil, metodolojik ilkeler çarpışacaktır.

Şimdi Fazıl Sağlam hocamızın verdiği örneğe cevap verelim: Kanımızca, iptal kararı verme yetkisine sahip olan Anayasa Mahkemesinin “çoğu yapmaya yetkili olan azı da yapmaya yetkilidir” ilkesi uyarınca yürütmeyi durdurma kararı verme yetkisine de sahip olacağı söylenemez. Çünkü, “çoğu yapmaya yetkili olan azı da yapmaya yetkilidir” ilkesinin uygulanabilmesi için çok olan yetkinin az olan yetkiyi içeren bir

yetki olması gerekir. Bu şu anlama gelir ki, “çok olan yetki”nin genel bir yetki olması gerekir. Özel bir yetki sadece kendisinden ibarettir ve bir başka yetkiyi içeremez. Türk Anayasa Mahkemesi ise, Türk yargı sisteminde sonradan kurulmuş, özel yetkili bir mahkemedir. Türk yargı düzeninde genel yetkili mahkemeler adlî yargı düzenine ait mahkemelerdir. Tabir caiz ise, Türkiye’de adlîye mahkemeleri “asıl”, Anayasa Mahkemesi ise “arızî” bir mahkemedir. Arızî bir mahkeme olan Anayasa Mahkemesinin yetkili olması istisnadır. Kendisine ne yetki verilmiş ise, yetkisi ondan ibarettir ve bu yetkisi de dar yoruma tâbi tutulur. Anayasa Mahkemesine Anayasa ve kanunlarımızda sadece “ret” ve “iptal kararı” verme yetkisi tanınmıştır. Anayasa Mahkemesi anayasaya uygunluk denetiminde bu iki karar tipinden başka bir karar veremez. Anayasa Mahkemesi iptal kararı verme yetkisi de, ret kararı verme yetkisi de özel yetkililerdir ve sadece kendilerini içerir. Dolayısıyla, Anayasa Mahkemesi iptal kararı verme yetkisine sahip diye, bu mahkemenin yürütmeyi durdurma kararı verme yetkisine de sahip olduğu söylenemez.

Eğer Türkiye’de kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi için özel bir mahkeme kurulmamış olsaydı ve bu tür denetimi ABD’de olduğu gibi genel yargı olan adlî yargı yapıyor olsaydı, adliye mahkemelerinin yürütmeyi durdurma kararı niteliğinde tedbir kararı verebileceklerini söyleyebiliriz.

Ama yargı ayrılığının geliştiği her sistemde, genel yargı düzeni (ki buna kısaca adlî yargı diyebiliriz) dışındaki yargı düzenleri (idarî yargı da böyledir) genel yetkili değil, özel yetkili mahkemelerdir ve kendilerine kanunla ne görev verilmiş ise sadece ve sadece o konuda yetkilidirler ve sadece ve sadece kanunla kendilerine verilmiş olan yetkileri kullanabilirler. Adlî yargı genel görevlidir (*compétence générale*) ve “tam yargı yetkisi (*plein juridiction*)”ne sahiptir. Anayasa yargısı ve keza idarî yargı ise özel görevlidir (*competence d’attribution*) ve yetkileri de kendilerine ayrıca ve açıkça verilmiş yetkilerden ibarettir. İdare mahkemeleri eğer kendilerine İYUK, yürütmeyi durdurma kararı verme yetkisini vermiyor olsaydı, yürütmeyi durdurma kararı veremezlerdi. Anayasa Mahkemesi de, idare mahkemeleri de tarihte belirli bir dönem kurulmuş, sonradan ortaya çıkan “arızı” mahkemelerdir. Çoğu yapmaya yetkili olan, azı da yapmaya yetkilidir ilkesine dayanarak, asliye hukuk mahkemelerinin kanunla ayrıca kendilerine verilmemiş olsa bile ihtiyati tedbir kararı verebilecekleri söylenebilir. Ama aynı şey, Anayasa Mahkemesi için söylenemez.

VI. HUKUK KURALLARI ARASINDA ÇATIŞMA ÇÖZMEYLE İLGİLİ İLKELER⁹⁹

Aynı konuyla ilgili birçok hukuk kuralı bulunabilir. Bunların arasında genellikle uyum vardır. Ancak aynı konuyla ilgili hukuk kuralları arasında bir çatışma da olabilir. Bazen bir kural şöyle derken, aynı konuda bir başka kural böyle der.

Oysa hukuk kuralları arasında bir çatışmanın olmaması gerekir. Zira hukuk düzeni, tutarlı bir bütündür. Bu bütünü oluşturan unsurlar arasında bir çelişki, bir çatışma olsaydı, bunların bir araya gelmesiyle oluşan bütüne “düzen” denmezdi.

Yine de bir hukuk düzeninde, ilk bakışta birbiriyle çatışmış gibi görünen birden fazla hukuk kuralı bulunabilir. Ancak bu kurallar arasındaki çatışma olsa olsa “görünüşte”dir, “zahiri”dir. İşte hukuk kuralları arasında böyle bir “görünüşte çatışma” varsa, bu çatışma, aşağıda göreceğimiz, “çatışma çözme ilkelerine” göre çözülür. Bu ilkeler esas itibarıyla üç tanedir: *Lex superior*, *lex posterior* ve *lex specialis* ilkeleri. Şimdi bunları görelim:

1. *Lex superior derogat legi inferiori* (Üst Kanun Alt Kanunları İlgâ Eder)

Bu ilkenin temelinde normlar hiyerarşisi teorisi yatar. Buna göre hukuk düzeni yan yana dizilmiş normlardan değil, alt alta, üst üste dizilmiş normlardan oluşur. Hukuk kuralları arasında güçleri itibarıyla hiyerarşik sıra vardır. Örneğin Türk hukuk düzeninde normlar yukarıdan aşağıya doğru şöyle sıralanmıştır: Anayasa, kanun, tüzük, yönetmelik. Yani tüzük yönetmelikten üstündür. Kanun da tüzük ve yönetmelikten üstündür. Anayasa ise hepsiden üstündür. Bu arada belirtelim ki, uluslararası antlaşmalar ve kanun hükmünde kararnameler normlar hiyerarşisinde aynı seviyede yer alırlar. Yani kanun, kanun hükmünde kararname ve uluslararası antlaşmalar arasında çatışma var ise bu çatışma *lex superior derogat legi inferiori* ilkesine göre değil, aşağıda göreceğimiz *lex posterior derogat legi priori* ilkesine göre çözümlenir.

Çıkaran makam bakımından tek anayasa, tek kanun, tek tüzük vardır. Dolayısıyla anayasanın kendi içinde, çeşitli kanunlar arasında ve keza çeşitli tüzükler arasında hiyerarşi yoktur. Bunların kendi arasında bir çatışma var ise, yani anayasanın bir maddesi ile diğer maddesi çatışıyor ise veya bir kanun bir başka kanun ile çatışıyor ise veya bir tüzük bir başka tüzük ile çatıyor ise bu çatışma *lex superior derogat legi inferiori* ilkesine göre değil, aşağıda göreceğimiz *lex posterior derogat legi priori* ilkesine veya *lex specialis derogat legi generali* ilkesine göre çözümlenir. Çünkü bunların kendi arasında hiyerarşi olmaz.

99. Biz bu ilkeleri daha önce *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi* isimli kitabımızda incelemiştik (*op. cit.*, c.I, s.308-313).

Ancak yönetmelikler arasında hiyerarşi olabilir. Dolayısıyla iki yönetmelik arasındaki çatışma var ise öncelikle bu iki yönetmelik arasında hiyerarşi olup olmadığı araştırılır. İki yönetmelik arasında hiyerarşi var ise, bunların arasındaki çatışma *lex superior derogat legi inferiori* ilkesine göre çözümlenir. O nedenle yönetmeliklerin arasındaki hiyerarşiyi görmemiz gerekir. Bu konuda kural şudur: Yönetmeliklerin gücü, kendilerini koyan makamın gücüne bağlıdır. Diğer bir ifadeyle bir yönetmeliğin normlar hiyerarşisi yeri, bu yönetmeliği koyan makamın, makamlar hiyerarşisindeki yerine bağlıdır. Buna göre şunları söyleyebiliriz:

Bakanlar Kurulu yönetmelikleri bütün diğer yönetmeliklerden üstündür. Başbakanlık yönetmeliği, Bakanlar Kurulu yönetmelikleri dışında bütün diğer yönetmeliklerden üstündür. Bakanlık yönetmelikleri ise bakanlığın vesayetine tâbi olan kamu kurumlarının yönetmeliklerinden üstündür. Ancak bunun için, haliyle söz konusu yönetmeliklerin vesayet yetkisine tâbi bir noktaya ilişkin olması gerekir. Çünkü vesayet yetkisi genel bir yetki değil, istisnaî bir yetkidir; ancak kanunla öngörülmüş konularda söz konusu olur.

Buna göre kanun ile yönetmelik arasında çelişki varsa, yönetmelik değil, kanun uygulanır. Keza Bakanlar Kurulu yönetmelikleri ile diğer yönetmelikler arasında çatışma var ise, Bakanlar Kurulu yönetmelikleri uygulanır. Başbakanlık yönetmeliği ile diğer bakanlık yönetmelikleri çatışırsa başbakanlık yönetmeliği uygulanır. Vesayet makamının bir yönetmeliği ile vesayete tâbi bir makamın yönetmeliği çatışırsa vesayet makamının yönetmeliği uygulanır.

Her mahkeme kanuna aykırı yönetmeliği ihmal edip, doğrudan kanun hükmünü uygulayarak karar verebilir. Keza kendi arasında hiyerarşi bulunan yönetmelikler arasındaki çatışmayı da bu yönetmelikleri uygulamak durumunda olan her mahkeme çözmeye yetkilidir. Örneğin üst yönetmeliğe aykırı yönetmeliği ihmal edip, doğrudan doğruya üst yönetmeliği uygulayabilirler.

Ancak bir anayasa hükmü ile kanun hükmü arasında bir çatışma varsa, Avrupa tipi anayasa yargısının olduğu bir ülkede, anayasa mahkemesi dışındaki diğer mahkemeler, anayasaya aykırı gördükleri kanun hükmünü ihmal edip doğrudan doğruya anayasa hükmünü uygulayamazlar. Zira bu sistemde bu sorunu çözüme görevi her mahkemeye değil, bu amaçla kurulmuş özel bir mahkemeye (anayasa mahkemesine) verilmiştir. Dolayısıyla Avrupa tipi anayasa yargısının olduğu bir ülkede anayasa ile kanun arasında çatışma durumunda bu konuda karar verme yetkisi sadece ve sadece Anayasa Mahkemesine aittir. Anayasa Mahkemesi bir kanun hükmünü anayasa aykırı görüp iptal etmedikçe, anayasa ile kanun arasında çatışma *lex superior* ilkesine göre çözümlenemez.

Amerikan tipi anayasa yargısının olduğu ülkelerde ise, kanun ile anayasa arasındaki çatışma *lex superior* esasına göre her mahkeme tarafından çözümlenebilir. Zaten Amerikan tipi anayasa yargısının anlamı da budur.

2. *Lex posterior derogat legi priori* (Sonraki Kanun Önceki Kanunları İlgâ Eder)

Bu ilkeye göre, normlar hiyerarşisinde aynı düzeyde yer alan ve birbiriyle çatışan iki hüküm arasında konuluş zamanları bakımından öncelik sonralık ilişkisi var ise, bunlardan sonraki tarihli hükmün, önceki tarihli hükmü ilga ettiği kabul edilir. Örneğin iki kanun arasında çatışma varsa, sorun sonraki tarihli kanunun hükmüne göre çözümlenir. Aslında bu *lex posterior* esasını *zumnî ilga* denilen şeyden başka bir şey değildir.

Lex posterior ilkesi, normlar hiyerarşisinde aynı düzeyde yer alan kurallar arasında uygulanır. Dolayısıyla anayasa ile kanun arasındaki bir çelişki *lex posterior* esasına göre çözümlenemez. Yani anayasadan sonra yürürlüğe giren bir kanun, anayasa ile çatışırsa, sorun *lex posterior* esasına göre değil, *lex superior* esasına göre çözümlenir. Yani bu durumda eski tarihli anayasa karşısında yeni tarihli kanunun geçerliliği yoktur. Aynı şey kanun ile yönetmelik arasındaki çatışma için de geçerlidir. Yönetmelik kanundan daha yeni tarihli olsa bile, aralarında çatışma var ise, yönetmelik değil, kanun uygulanır.

Keza *lex posterior* ilkesi, mahiyeti gereği, farklı tarihlerde kabul edilmiş hükümler bakımından uygulanabilir bir ilkedir. Aynı tarihte kabul edilmiş iki hüküm arasındaki çelişki *lex posterior* ilkesine göre haliyle çözümlenemez. Örneğin aynı kanunun iki hükmü arasında çelişki olabilir. Bir kanunun *X* maddesi şöyle derken, aynı konuda *Y* maddesi böyle der. İşte bu durumda ortaya çıkan çelişki, ne *lex superior*; ne de *lex posterior* ilkelerine göre çözümlenebilir. Böyle bir çelişkiyi çözmek için üçüncü bir ilkeye ihtiyaç vardır: *Lex specialis* ilkesi. Şimdi bu ilkeyi görelim.

3. *Lex specialis derogat legi generali* (Özel Kanun Genel Kanunları İlgâ Eder)

Aynı düzeyde yer alan ve aynı tarihli iki hüküm arasında çelişki varsa, özel hüküm niteliğinde olanı uygulanır; genel hüküm niteliğinde olanı ise ihmal edilir. Bir kanunun *X* maddesi, aynı kanunun *Y* maddesi ile çatışıyorsa ve mesela *X* maddesi özel hüküm, *Y* maddesi ise genel hüküm niteliğinde ise, *X* maddesi uygulanır.

Örneğin 1982 Anayasasının 7'nci maddesine göre, “yasama yetkisi Türkiye Büyük Millet Meclisindedir. Bu yetki devredilemez”. Yine aynı Anayasanın 91'inci madde-

sine göre “Türkiye Büyük Millet Meclisi, Bakanlar Kuruluna kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi verebilir”. Anayasamızın 7’nci maddesi ile 91’inci maddesi çelişmektedir. 7’nci madde genel hüküm niteliğindedir. Zira yasama yetkisini konusunda genel bir ilke koymaktadır. Buna karşılık 91’inci madde özel hüküm (*lex specialis*) niteliğindedir. Çünkü bu yasama yetkisinin belli bir kısmının, belli şartlarda kullanılmasını ayrıca düzenlemektedir. Genel hüküm (*lex generalis*) ile özel hüküm (*lex specialis*) çatışır, özel hüküm tercih edilir; genel hüküm, o alan için ihmal edilir. Buna göre, örneğin bir kanun hükmünde kararnamenin Anayasaya uygunluğu sorunu tartışılırken bu uygunluk, 7’nci madde açısından değil, 91’inci madde açısından araştırılır.

1982 Türk Anayasasından diğer bir örnek: Anayasanın 138’inci maddesinin son fıkrası, “yasama ve yürütme organları ile idare mahkeme kararlarını... hiçbir surette değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini engelleyemez” demektedir. Buna karşılık Anayasamızın 87’nci maddesi genel ve özel af ilânı yetkisini Türkiye Büyük Millet Meclisine vermektedir. Keza Anayasamızın 104’üncü maddesi, Cumhurbaşkanına belirli kişilerin cezalarını hafifletmek veya kaldırmak yetkisini vermiştir. İlk bakışta Anayasanın 138’inci maddesi ile 87 ve 104’üncü maddelerinin çatıştığı söylenebilir. Ancak bu çatışma, *lex specialis* ilkesine göre kolayca çözümlenebilir. Çünkü, Anayasanın 138’inci maddesindeki hüküm bu konuda genel hüküm, 87 ve 104’üncü maddesindeki hükümler ise özel hüküm niteliğindedir. Dolayısıyla böyle bir çatışma durumunda 87 ve 104’üncü maddedeki hükümler uygulanır.

Lex Superior, Lex Posterior ve Lex Specialis’in Saptanması.- *Lex superior*’un tespitinde güçlük yoktur. Çünkü, her kuralın gücü bizzatı bellidir. Bir kuralın Anayasa hükmü mü, kanun hükmü mü, yoksa yönetmelik hükmü mü olduğu kolayca anlaşılır. Keza *lex posterior*’un saptanmasında da güçlük yoktur. Her kanunun kabul ediliş ve yürürlüğe giriş tarihi bellidir. Buna karşılık *lex specialis* esasının uygulanmasında büyük güçlük vardır. Çünkü hangi hükmün *lex specialis* (özel hüküm), hangisinin *lex generalis* (genel hüküm) olduğunu saptamak oldukça güçtür. *Özel* olma niteliği de, *genel* olma niteliği de nispî bir niteliktir. Her hüküm, bir hükme göre özel, diğer bir hükme göre ise genel olabilir. Ancak en azından burada şu iki şeyi söyleyebiliriz: (1) Uygulama alanı daha geniş olan hüküm genel hüküm, daha dar olan ise özel hükümdür. Özel hüküm tek bir durum veya olaya uygulanabilirken, genel hüküm birden fazla durum veya olaya uygulanır. (2) Söz konusu hüküm (örneğin A hükmü) olmasaydı, o durum veya olaya bir başka hüküm (örneğin B hükmü) uygulanabiliyor ise, ikinci hüküm (B hükmü) genel hüküm, birinci hüküm (A hükmü) özel hükümdür.

***Lex Superior, Lex Posterior* ve *Lex Specialis* İlkelerinin Uygulanma Sırası ve Bunların Arasındaki Çatışmalar.-** Aralarında çatışma olan kurallar arasında hiyerarşi varsa, çatışma *lex superior* esasına göre; çatışan kurallar arasında hiyerarşi olmamakla beraber, öncelik-sonralık ilişkisi varsa çatışma *lex posterior* esasına göre; çatışan kurallar arasında hiyerarşi ve öncelik-sonralık ilişkisi yoksa, çatışma *lex specialis* esasına göre çözümlenir.

Bu üç ilkedен en önemlisi ve her halükarda çatışmanın kendine göre çözümlenmesi gerekeni *lex superior* ilkesidir. *Lex superior* her zaman tercih edilir. *Lex superior* olan kural, ister önceki kanun, ister genel kanun olsun, daima üstün gelir. Keza *lex superior* olan kural, ister sonraki kanunla, ister özel kanunla çatışsın daima öncelikle uygulanır. Diğer bir ifadeyle, *lex superior* ilkesi, *lex posterior* ve *lex specialis* ilkelerinden önce gelir. Bu nitelikli kurallar arasında çatışma varsa çatışma hep *lex superior* esasına göre çözümlenir. Buna göre:

Önceki tarihli üst kanun ile sonraki tarihli alt kanun çatışırsa *lex superior* esasına göre önceki tarihli üst kanun uygulanır. Örneğin, önceki tarihli anayasa ile sonraki tarihli kanun arasındaki çatışma *lex posterior* (sonraki kanun) esasına göre değil, *lex superior* (üst kanun) esasına göre çözümlenir. Yani anayasa tercih edilir.

Genel nitelikli üst kanun ile özel nitelikli alt kanun çatışırsa sorun yine *lex superior* esasına göre çözümlenir. Yani genel nitelikli üst kanun uygulanır. Örneğin genel hüküm niteliğinde anayasa hükmü ile özel hüküm niteliğinde bir kanun hükmü çatışırsa, çatışma *lex specialis* (özel kanun) esasına göre değil, *lex superior* (üst kanun) esasına göre çözümlenir. Yani genel nitelikli anayasa hükmü uygulanır.

Keza önceki tarihli genel nitelikli üst kanun hükmüyle sonraki tarihli ve özel nitelikli alt kanun hükmü çatışsa da durum değişmez. Sorun *lex superior* (üst kanun) esasına göre çözümlenir. Örneğin önceki tarihli genel nitelikli anayasa hükmüyle sonraki tarihli özel kanun hükmü çatışsa anayasa hükmü tercih olunur.

Aynı düzeyde yer alan önceki kanun ve sonraki kanun arasındaki çatışmanın nasıl çözümleneceği konusu karmaşıktır. Bu konuda şu ayrımları yapmak gerekir:

Aynı düzeyde yer alan önceki kanun ve sonraki kanun her ikisi de genel nitelikte ise, sorun *lex posterior* esasına göre çözümlenir. Sonraki kanun uygulanır. Çünkü kanunlar aynı düzeyde olduğuna göre *lex superior* ilkesi burada uygulanamaz. Keza kanunların ikisi de genel olduğuna göre, *lex specialis* ilkesi de uygulanamaz.

Aynı düzeyde yer alan önceki kanun genel, sonraki kanun özel nitelikte ise sonraki özel kanun uygulanır. Bu hem *lex posterior*, hem de *lex specialis* ilkelerinin bir gereğidir.

Ancak aynı düzeyde yer alan önceki kanun özel, sonraki kanun genel nitelikte ise bunların arasındaki çatışmanın hangi ilkeye göre çözüleceği konusunda kesin bir şey söylenemez. *Lex posterior*'a göre sonraki genel kanun, *lex specialis*'e göre ise önceki özel kanun uygulanmalıdır. Dolayısıyla burada *lex posterior* ile *lex specialis* ilkeleri arasında bir tercihte bulunmak gerekir. Bu tercih konusunda pozitif hukukun bir düzenlemesi yoktur. Bu konu doktrinde de tartışmalıdır¹⁰⁰. Doktrindeki daha ağır basan görüş, önceki tarihli özel kanunun, sonraki tarihli genel kanun ile yürürlükten kaldırmayacağı yönündedir¹⁰¹. Bu çözümü Latince şu ilke de destekler niteliktedir: "*Generalis clausula non porrigitur ad ea quae antea specialiter sunt comprehensa* (Bir genel hüküm, önceden özel olarak öngörülmüş şeyleri sona erdirmez)"¹⁰².

4. Abrogata lege abrogante non reviviscit lex abrogata (İlga Eden Kanunu İlga Etmek, İlga Edilmiş Kanuna Tekrar Hayat Vermez)

Acaba bir kanunu ilga eden kanun daha sonra ilga edilirse, ilk ilga edilen kanun kendiliğinden yürürlüğe girer mi? Bu soruya olumsuz cevap verilmiştir. Bir kanunu ilga eden kanun, başka bir kanunla ilga edilirse, ilk kanun tekrar yürürlüğe girmez. Bu kural, şu özdeyişle ifade edilmiştir: *Abrogata lege abrogante non reviviscit lex abrogata* (İlga eden kanunu ilga etmek, ilga edilmiş kanuna tekrar hayat vermez). Aynı yönde Mecellenin 51'nci maddesinde de "sakıt olan şey avdet etmez. Yani giden geri gelmez" denmektedir. Çünkü ilga eden norm yürürlüğe girince ilga ettiği norm yürürlükten kalkar. Tabir caiz ise ölür. Ölmüş bir normu diriltmenin bir yolu yoktur. Bu normu öldüren normu öldürmek, öldürülen norma hayat vermez. Zira o normun geçerliliği çoktan sona ermiştir. Böyle bir norm hukuken yoktur. Eğer ilga edilmiş ilk normun düzenlediği davranış tekrar emredilmek isteniyorsa yapılması ge-

100. Seyfullah Edis, *Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri*, Ankara, A.Ü. Hukuk Fakültesi Yayınları, 1983, s.172-173; Necip Bilge, *Hukuk Başlangıcı: Hukukun Temel Kavram ve Kurumları*, Ankara, Turhan Kitabevi, 20. Baskı, 2005, s.174; Adnan Güriz, *Hukuk Başlangıcı*, Ankara, Siyasal Kitabevi, 10. Baskı, 2005, s.130; A. Şeref Gözübüyük, *Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları*, Ankara, Turhan Kitabevi, 24.Baskı, 2005, s.67.

101. Gözübüyük, *Hukuka Giriş*, *op. cit.*, s.67; Yaşar Karayalçın, *Hukukda Öğretim-Kaynaklar-Metod-Problem Çözme*, Ankara, BTHAE Yayınları, 4. Baskı, 1994, s.115.

102. *A general clause does not extend to those things which are previously provided for specially.* 8 Co. 154 (*The Reports of Sir Edward Coke*, London, Butterworth, 1826), nakleden: Bouvier, *op. cit.*, c.II, s.129 (<http://books.google.com.tr>).

reken şey, ilga eden normu ilga etmek değil, ilga edilen norm ile aynı içerikte bir ikinci norm koymaktır¹⁰³.

Keza aynı şey Anayasa Mahkemesinin iptal kararları için de söylenebilir. Bir kanunu ilga eden bir kanunun Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesi, ilga edilen ilk kanunun tekrar yürürlüğe girmesine yol açmaz.

Örnek.- 28 Temmuz 1967 tarih ve 931 sayılı İş Kanunu, 8 Haziran 1938 tarih ve 3008 sayılı İş Kanununu ilga etmiştir. Anayasa Mahkemesi, 14 Mayıs 1970 tarih ve K.1970/26 sayılı Kararıyla¹⁰⁴ 28 Temmuz 1967 tarih ve 931 sayılı İş Kanununu iptal etmiştir. Bunun üzerine, 8 Haziran 1938 tarih ve 3008 sayılı İş Kanununun kendiliğinden yürürlüğe gireceği görüşü ortaya atılmıştır. Bu görüşü benimseyen Başbakanlık Danıştaydan mütalaa istemiştir. Danıştay Üçüncü Dairesi, Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen kanunun ilga ettiği kanunun, iptal kararıyla kendiliğinden yürürlüğe giremeyeceği yolunda mütalaa belirtmiş¹⁰⁵ ve bu karar da Danıştay Genel Kurulu tarafından onaylanmıştır¹⁰⁶.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu da, 24 Mayıs 1982 tarih ve E.1982/1, K.1982/1 sayılı kararlar Anayasa Mahkemesinin iptal ettiği kanunun yürürlükten kaldırdığı kanunun kendiliğinden tekrar yürürlüğe giremeyeceğine karar vermiştir¹⁰⁷.

Yukarıdaki uygulama doğrudur. Bu uygulama *abrogata lege abrogante non revivescit lex abrogata* ilkesine dayanmaktadır. Bununla birlikte, Türkiye’de uygulamada yanlış örnekler de vardır: 1961 Anayasasının geçici 11’inci maddesi, 6 Kasım 1969 tarih ve 1188 sayılı Kanun ile yürürlükten kaldırılmış; ancak bu değişiklik Anayasa Mahkemesinin 16 Haziran 1970 tarih ve K.1970/31 sayılı Kararıyla iptal edilmiştir. Uygulamada bu iptal kararıyla, 1961 Anayasasının geçici 11’inci maddesinin kendiliğinden tekrar yürürlüğe girdiği kabul edilmiştir. Zira geçici 11’inci madde, 16 Nisan 1974 tarih ve 1801 sayılı Kanunla tekrar yürürlükten kaldırılmıştır.

103. Bu konuda bkz.: Hans Kelsen, *Théorie générale des normes*, (Traduit de l’Allemand par Olivier Beaud et Fabrice Malkani), Paris, P.U.F., 1996, s.139-141.

104. Anayasa Mahkemesi, 14 Mayıs 1970 Tarih ve E.1967/40, K.1970/26 sayılı Kararı, *Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi*, Sayı 8, s.275.

105. Danıştay Üçüncü Dairesi, 9 Ocak 1971 Tarih ve E.1970/444, K.1971/40 Sayılı Karar, *Danıştay Dergisi*, Yıl 2, 1972, Sayı 4, s.69-70.

106. Danıştay Genel Kurulu, 24 Mayıs 1971 Tarih ve E.1971/22, K.1971/36 Sayılı Karar, *Danıştay Dergisi*, Yıl 2, 1972, Sayı 4, s.71-75.

107. Ergun Özbudun ve Yılmaz Aliefendioğlu, "Türkiye Raporu", in *Anayasa Yargısı (Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı: 27 Nisan 1987, Lizbon)*, Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 1988, s.198.

5. Düzenleyici İşlemler, Bireysel İşlemlerden Daima Üstündür¹⁰⁸

Bilindiği gibi idare hukukunda idarenin tek yanlı işlemleri, "bireysel işlemler" ve "düzenleyici işlemler" olarak ikiye ayrılır. *Bireysel idarî işlemler, kişisel ve özel durumlara ilişkin olan idarî işlemlerdir*¹⁰⁹. Örneğin memur atama işlemi, disiplin cezası verme işlemi, kamulaştırma işlemi, inşaat ruhsatı verme işlemi bir bireysel idarî işlemdir. *Düzenleyici idarî işlemler ise, genel ve kişilik-dışı olan idarî işlemlerdir*¹¹⁰. Örneğin tüzük ve yönetmelik, bir düzenleyici idarî işlemdir. Düzenleyici işlemler, maddî kriter bakımından, yani içerikleri itibarıyla, kanunlara benzerler¹¹¹. İdare, düzenleyici işlemlerle kurallar (normlar) koyar.

Acaba düzenleyici işlemler ile bireysel işlemler arasında nasıl hiyerarşik ilişkiler vardır?

Acaba bireysel işlemler ile düzenleyici işlemler arasında bir hiyerarşi var mıdır? Evet vardır. Bu hiyerarşi, şekli (organik) kriterle değil, maddî kriterle açıklanır. Bu şu anlama gelir: Düzenleyici işlem, genel ve kişilik dışı düzenleme yapar; yani "kural" koyar. Bireysel işlem ise kural koymaz; belli bir kişi veya durum için belli bir hukukî sonuç doğurur. Bu nedenle, "kural", mahiyeti gereği "bireysel işlem"den daima üstündür. Haliyle bu şekli (organik) değil, maddî bir bakış açıdır. Düzenleyici işlemler ile bireysel idarî işlemler arasındaki hiyerarşi mutlak niteliktedir; her durumda görülür. Şöyle ki:

*a) Üst Makamın Düzenleyici İşlemleri Alt Makamın Bireysel İşlemlerinden Üstündür*¹¹²

Üst makamların düzenleyici işlemlerinin alt makamların bireysel işlemlerinden üstün olmasının kabul edilmesinde bir problem yoktur. Örneğin valinin bir bireysel işlemi, bir bakanlık yönetmeliğine aykırı olamaz¹¹³. Bu durumda hem organik, hem de maddî kriter arasında uzlaşma vardır. Yani üst makamın düzenleyici işlemi, hem organik, hem de maddî kritere göre, alt makamın bireysel işleminden üstündür.

108. Bu başlık altında yazdıklarımız, Kemal Gözler, *İdare Hukuku*, Bursa, Ekin, 2. Baskı, 2009, c.I, s.1267-1280'den özetlenmiştir.

109. Georges Vlachos, *Les principes généraux du droit administratif*, Paris, Ellipses, 1993, s.129; Michel Rougevin-Baville, Renaud Denoix de Saint Marc ve Daniel Labetoulle, *Leçons de droit administratif*, Paris, Hachette, 1989, s.121.

110. Vlachos, *op.cit.*, s.129; Rougevin-Baville, Denoix de Saint Marc ve Labetoulle, *op.cit.*, s.121.

111. André de Laubadère, Jean-Claude Venezia ve Yves Gaudemet, *Traité de droit administratif*, Paris, L.G.D.J., 15. Baskı, 1999, c.I, s.625-626.

112. Rougevin-Baville, Denoix de Saint Marc ve Labetoulle, *op. cit.*, s.29; De Laubadère, Venezia ve Gaudemet, *Traité, op. cit.*, c.I, s.655.

113. Rougevin-Baville, Denoix de Saint Marc ve Labetoulle, *op. cit.*, s.29.

b) Bir Makamın Düzenleyici İşlemleri, O Makamın Bireysel İşlemlerinden Üstündür¹¹⁴

İnsanın aklına bir an, aynı makamdan çıkan düzenleyici işlemler ile bireysel işlemler arasında hiyerarşi olamayacağı; zira bunların aynı makamdan çıktığı düşüncesi gelebilir. Ancak bu düşüncede isabet yoktur. Aynı makamdan çıkmış olsalar bile, düzenleyici işlemler, mahiyetleri gereği bireysel işlemlerden üstündürler. Bu üstünlük, düzenleyici işlemlerin mahiyetinden, doğasından kaynaklanmaktadır. Şöyle ki: Bir idarî makamın belli bir konuda düzenleyici işlem yapması, o konuda “kural” koyduğu, bundan sonra o konuda ortaya çıkan sorunlar hakkında koyduğu bu kurala göre karar vereceği anlamına gelir. Eğer bir idarî makam, kendi koyduğu düzenleyici işleme uygun bireysel işlemler yapmayacak ise, bu idarî makamın düzenleyici işlem yapmasının ne bir anlamı, ne de bir gereği vardır. Zira idarî makam karşılaşıcağı her somut olay ve durumda, düzenleyici işleme göre değil, kendi takdirine göre bireysel işlem tesis ederse, düzenleyici işlemin hiçbir bağlayıcılığı kalmaz. Bundan çıkan sonuç şudur ki, bir idarî makam, bir düzenleyici işlem yapmış ise, bireysel işlemler yaparken o düzenleyici işleme uymalıdır. Aksi takdirde düzenleyici işlem denen bir işlem türü olamaz. O hâlde bir işlem “düzenleyici işlem” ise, bu işlem mahiyeti gereği “bireysel işlem”lerden üstündür.

Bu nedenle idare kendi koyduğu düzenleyici işlemlere yine kendisi bireysel işlem yaparken uymalı, düzenleyici işleme aykırı bireysel işlem yapmamalıdır. Bu ilke Latince olarak “*patere legem quam ipse fecisti* (kendi koyduğun kurala göre davran)” özdeyişiyle dile getirilir¹¹⁵. Bu ilkeye “*legem patere quam fecisti*” veya kısaca “*patere legem*” ilkesi de denir¹¹⁶. Şüphesiz ki, bir idarî makam, kendi koyduğu düzenleyici işlemi ilga edebilir veya değiştirebilir. Ancak idarî makam, kendi koyduğu düzenleyici işlemi, ilga etmedikçe veya değiştirmedikçe, düzenleyici işleme uymak zorundadır.

Fransız Danıştay bir idarî makamın kendi koyduğu düzenleyici işlemlere aykırı bireysel işlemler yapamayacağına birçok davada karar vermiştir. Örneğin 17 Mayıs 1907 tarihli *Société philharmonique de Fumay* kararında Fransız Danıştay, bir belediye başkanının bireysel işlem niteliğinde olan kolluk kararlarının kendi yaptığı kol-

114. Rougevin-Baville, Denoix de Saint Marc ve Labetoulle, *op. cit.*, s.29; René Chapus, *Droit administratif général*, Paris, Montchrestien, 15. Baskı, 2001, c.I, s.1012; Jean-Marie Auby ve Roland Drago, *Traité de contentieux administratif*, Paris, LGDJ, İkinci Baskı, 1975, c.II, s.347-348; De Laubadère, Venezia ve Gaudemet, *op. cit.*, c.I, s.655.

115. Chapus, *Droit administratif général*, *op. cit.*, c.I, s.1012; Rougevin-Baville, Denoix de Saint Marc ve Labetoulle, *op. cit.*, s.29; De Laubadère, Venezia ve Gaudemet, *Traité*, *op. cit.*, c.I, s.655.

116. Jean-Marie Auby ve Roland Drago, *Traité de contentieux administratif*, Paris, LGDJ, İkinci Baskı, 1975, c.II, s.347-348.

luk yönetmeliğine uygun olması gerektiğine karar vermiştir¹¹⁷. Fransız Danıştay, 5 Ocak 1917 tarihli *Jean Roche* kararında, il genel meclisinin kendi kabul ettiği düzenleyici nitelikteki bir kararına aykırı bireysel işlem yapamayacağına hükmetmiştir¹¹⁸. 25 Mart 1964 tarihli *Samoël* kararında Savunma Bakanının kendi düzenleyici işlemini değiştirmedikçe, bireysel kararlarında bu düzenleyici işleme uymak zorunda olduğuna karar vermiştir¹¹⁹. 10 Ekim 1994 tarihli *Ville de Toulouse* kararında Fransız Danıştay imtiyazcı şirketin seçilmesi konusunda kendi düzenlediği usûle belediyenin uymak zorunda olduğuna karar vermiştir¹²⁰. Fransız Danıştay daha yeni bir kararında, 15 Mayıs 2000 tarihli *Territoire de la Nouvelle-Calédonie* kararında idarî makamın, kendi isteğiyle ihdas ettiği mecburî danışma usûlüne "bu usûlü ilga etmedikçe" uymak zorunda olduğuna karar vermiştir.

Yukarıdaki kararlardan da anlaşılacağı üzere, idare bir düzenleyici işlem yapmışsa, o düzenleyici işlemi ilga etmedikçe veya değiştirmedikçe o düzenleyici işleme uymak, ona aykırı bireysel işlemler yapmamak zorundadır.

c) Alt Makamın Düzenleyici İşlemleri, Üst Makamın Bireysel İşlemlerinden Üstündür¹²¹

Yukarıda gördüğümüz gibi, idarî hiyerarşide üst makamın yaptığı düzenleyici işlemler, alt makamın yaptığı düzenleyici işlemlerden her zaman için üstündür. Üst makam, alt makamın yaptığı düzenleyici işlemi beğenmiyorsa, kendisi o konuda bir düzenleyici işlem yaparak, alt makamın düzenleyici işlemini sarahaten veya zımnen ilga edebilir veya değiştirebilir. Keza üst makam, iptal yetkisine sahip ise, alt makamın yaptığı düzenleyici işlemi iptal de edebilir.

Acaba, üst makam, alt makamın çıkardığı düzenleyici işleme aykırı bireysel işlem yapabilir mi? Hayır yapamaz. Çünkü üst makam, alt makamın yaptığı düzenleyici işlemi beğenmiyorsa onu değiştirebilir veya ilga edebilir. Bunları yapmadan alt makamın düzenleyici işlemine aykırı bireysel idarî işlemler yapma isteğinin altında pek

117. Conseil d'État, 17 Mayıs 1907, *Société philharmonique de Fumay*, RDCE, 1907, s.478 (Nakleden: Rougevin-Baville, Denoix de Saint Marc ve Labetoulle, *op. cit.*, s.29; De Laubadère, Venezia ve Gaudemet, *Traité, op. cit.*, c.I, s.655).

118. Conseil d'État, 5 Ocak 1917, *Jean Roche*, RDCE, 1917, s.19 (Nakleden: Auby ve Drago, *op. cit.*, c.II, s.348; Rougevin-Baville, Denoix de Saint Marc ve Labetoulle, *op. cit.*, s.29).

119. Conseil d'État, 25 Mart 1964, *Samoël*, RDCE, 1964, s.201 (Nakleden: Chapus, *Droit administratif général, op. cit.*, c.I, s.1012; Rougevin-Baville, Denoix de Saint Marc ve Labetoulle, *op. cit.*, s.29).

120. Conseil d'État, 10 Ekim 1994, *Ville de Toulouse*, RDCE, 1994, s.746 (Nakleden: Chapus, *Droit administratif général, op. cit.*, c.I, s.1012).

121. Rougevin-Baville, Denoix de Saint Marc ve Labetoulle, *op. cit.*, s.30; Rainaud, *op. cit.*, s.90-93; De Laubadère, Venezia ve Gaudemet, *Traité, op. cit.*, c.I, s.655; Chapus, *Droit administratif général, op. cit.*, c.I, s.1012-1013; Auby ve Drago, *op. cit.*, c.II, s.347;

muhtemelen eşitlik ilkesine aykırı kayırmacılık düşünceleri yatar¹²². Örneğin bir bakan valinin çıkardığı genel emre aykırı olarak bir bireysel işlem yapamaz. Bakan valinin çıkardığı düzenleyici işlemi beğenmiyorsa ona aykırı bir düzenleyici işlem yapabilir veya onu ilga edebilir. Bunları yapmadan bakanın bu genel emre aykırı bir bireysel işlem yapmasının gereğini anlamak mümkün değildir. Eğer üst makamlar alt makamların düzenleyici işlemlerine aykırı bireysel işlemler yapabilecekse, alt makamların düzenleyici işlem yapmasının bir anlamı kalmaz. Böyle bir durumda alt makamların düzenleyici işlemlerinin somut olaylarda üst makamlarının takdirine bağlı bir bağlayıcılığı olacaktır ki, bu eşitlik ilkesine de, hukuk devleti ilkesine de aykırı olur.

d) Vesayete Tâbi Makamın Düzenleyici İşlemleri, Vesayet Makamının Bireysel İşlemlerinden Üstündür

Vesayet makamı, vesayete tâbi makamın çıkardığı düzenleyici işleme aykırı bireysel işlem yapabilir mi? Örneğin bir bakan veya vali belediye meclisi tarafından çıkarılan bir yönetmeliğe aykırı bir bireysel işlem yapabilir mi? Bu soruya olumsuz yanıt vermek gerekir. Zira vesayet makamı, vesayete tâbi makamın düzenleyici işlemine aykırı bireysel işlem yapabilirse, vesayet makamı, sahip olduğu vesayet yetkisinden çok fazla bir yetkiyi elde etmiş olur. Oysa vesayet yetkisi sadece vesayete tâbi makamın kanunla öngörülen işlemleri üzerinde geçerli olan ve kanunla öngörülen onama veya onamama gibi sınırlı bir denetim yetkisidir. Vesayet makamı onaylamama yetkisine sahip olduğu hâlde, onaylayıp yürürlüğe soktuğu vesayet makamının bir düzenleyici işlemi üzerinde daha sonra, bu işlemi iptal etmek veya değiştirmek gibi bir yetkiye sahip değildir. Eğer vesayet makamı, baştan onaylayıp yürürlüğe soktuğu bir düzenleyici işleme aykırı daha sonra bireysel işlemler tesis edebilirse, vesayete tâbi makamın düzenleyici işleminin bir bağlayıcılığı kalmaz ve bu durumda vesayet makamı, vesayete tâbi makam üzerinde kanunla öngörülmemiş ikinci bir denetim yetkisi kazanmış olur ki, kanunla öngörülmemiş böyle bir yetkinin vesayet makamı tarafından kullanılması mümkün değildir.

Bu konuda Fransız Danıştayının iki ünlü kararı vardır. 3 Temmuz 1931 tarihli *Ville de Clamart* kararında, Fransız Danıştay, Maliye Bakanının, Clamart Belediyesinde çalışan bir personel hakkında, Clamart Belediye Meclisinin bir düzenleyici işlemine aykırı olarak aldığı bir kararı iptal etmiş ve Maliye Bakanının belediye meclisinin düzenleyici işlemine aykırı bireysel işlem tesis edemeyeceğine karar vermiş-

122. Jean-Marie Rainaud, *La distinction de l'acte réglementaire et de l'acte individuel*, Paris, LGDJ, 1966, s.92.

tir¹²³. Fransız Danıştayının bu konudaki ikinci önemli kararı 15 Şubat 1963 tarihli *Association Les amis Chiberta* kararıdır¹²⁴. Bu karara konu teşkil eden olayda, bir belediye başkanı, çıkardığı bir düzenleyici işlem ile kendi beldesinde kamp yapılması konusunu düzenlemiş ve bu arada belirli bölgelerde kamp yapılmasını yasaklamıştır. Vesayet makamı olan vali, bu düzenleyici işleme hiçbir zaman karşı çıkmamıştır. Belediye başkanının bu düzenleyici işlemi yürürlükteyken vali, bu düzenleyici işleme aykırı olarak, belediye başkanının kamp yapılmasını yasakladığı yerlerde kamp yapılmasına izin vermiştir. Valinin kamp izni kararına karşı açılan davada Fransız Danıştay, valinin izin işlemini iptal etmiş, valinin bireysel işleminin, belediye başkanının düzenleyici işlemine aykırı olamayacağına karar vermiştir¹²⁵. Fransız Danıştayının kararı doğrudur. Vali, vesayet makamı olarak, belediye başkanının düzenleyici işlemini baştan onamayarak engelleyebilirdi. Vali baştan vesayet yetkisini kullanmadığına göre, belediye başkanının düzenleyici işlemini hukuka uygun ve yerinde bulmuştur. Daha sonra hukuka uygun ve yerinde bulunduğu düzenleyici işleme aykırı olarak bireysel işlem yapmasında hukuka aykırılık vardır. Valiye bu imkân tanınırsa, vali kanunla öngörülmemiş yeni bir vesayet yetkisine kavuşmuş olur. Kaldı ki, valinin genelde karşı çıkmadığı düzenleyici işleme aykırı bir şekilde bazı kişilere özel izinler vermesinin altında pek muhtemelen eşitlik ilkesine aykırı bir şekilde kayırmacılık düşünceleri yatar¹²⁶.

Yukarıdaki örneklerde görüldüğü gibi düzenleyici işlemlerin bireysel işlemler üzerinde mutlak bir üstünlüğü vardır. Düzenleyici işlemler ile bireysel işlemler çatıştığında, bunları yapan makamlar arasındaki ilişki ne olursa olsun, düzenleyici işlemler, bireysel işlemlerden üstün gelmektedir. Ulaştığımız bu sonuca *düzenleyici işlemlerin bireysel işlemler üzerindeki üstünlüğü ilkesi* ismini verebiliriz. Ayrıca böyle bir ilkenin olması, düzenleyici işlemler ile bireysel işlemler arasındaki hukukî güç farkı konusunda organik (şekli) kriterin değil, maddî kriterin geçerli olduğunu göstermektedir.

123. Conseil d'État, 3 Temmuz 1931, *Ville de Clamart*, RDCE, 1931, s.723 (Nakleden: Auby ve Drago, *op. cit.*, c.II, s.346; Rainaud, *op. cit.*, s.91).

124. Conseil d'État, Sect, 15 Şubat 1963, *Association Les amis Chiberta*. RDCE, 1963, s.92 (Nakleden: Chapus, *Droit administratif général*, *op. cit.*, c.I, s.1013; Rainaud, *op. cit.*, s.92).

125. Conseil d'État, Section, 15 Şubat 1963, *Association Les amis Chiberta*. RDCE, 1963, s.92 (Nakleden: Rainaud, *op. cit.*, s.92).

126. Rainaud, *op. cit.*, s.92.

VII. SON BİR İLKE: KANUNLARIN ANAYASA UYGUNLUĞU KARİNESİ¹²⁷

Hukuka uygunluk karinesinin bir uzantısı olarak “kanunların anayasa uygunluğu karinesi (*presumption in favor of the constitutionality of laws, presumption of constitutionality*)”¹²⁸ vardır¹²⁹. Bu karineden şu sonuçlar çıkmaktadır: Kanunların anayasaya uygun olması kural, aykırı olması ise istisnadır. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi önünde bir kanunun anayasaya *uygun* olduğunu ispat etmeye gerek yoktur. Kanunun anayasaya *aykırı* olduğunun ispat edilmesi gerekir. Dolayısıyla ispat yükü kanunun anayasaya uygun olduğunu değil, aykırı olduğunu iddia edenlere düşer. Bir kanunun anayasaya aykırı olduğu ispat edilmedikçe de o kanunun anayasaya uygun olduğu varsayılır. Keza kanunun anayasaya aykırı olması istisna, uygun olması ise kaidedir. Dolayısıyla kaideler geniş, istisnalar dar yorumlanır. Bu şu anlama gelir ki, bir kanunun anayasaya uygun olup olmadığı konusunda tereddüt ortaya çıkarsa, kanunun anayasaya uygun olduğu sonucuna ulaşılır. Diğer bir ifadeyle kanundaki bir hususun anayasaya aykırılık teşkil edip etmediği konusunda tereddüt varsa, aykırı olması istisna olduğuna göre, aykırı olmadığı sonucuna varılır.

“Anayasallık karinesi” Amerikan anayasa hukuku literatüründe yaygın olarak kullanılan eski bir kavramdır. Alexander Hamilton, 14 Haziran 1788 tarihli 78 numaralı *The Federalist*’te mahkemelerin ancak, kanun ile anayasa arasında “uzlaştırılmaz bir karşıtlık” olduğunda, kanunu geçersiz kılabileceğini yazmıştır¹³⁰. Chief Justice Tilghman, 1811 yılında, Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi ve Birleşik Devletlerdeki diğer mahkemelerin bir yorum ilkesi olarak, “bir yasama işleminin makul bir şüpheye yer vermeyecek derecede apaçık bir şekilde anayasaya aykırı olmadıkça geçersiz olduğuna karar veremeyeceklerini (*that an Act of the legislature is not to be declared void unless the violation of the constitution is so manifest as to leave no room for reasonable doubt*)” kabul ettiğini yazmaktadır¹³¹. ABD’de bu ilke nedeniyle kanunların anayasaya aykırı olduğu konusunda ispat yükünün bunu iddia eden tarafa ait olduğu kabul edilmektedir.

127. Biz bu ilkeleri daha önce *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi* isimli kitabımızda incelemiştik (*op. cit.*, c.I, s.313-314).

128. Westel Woodbury Willoughby, *The Constitutional Law of the United States*, New York, Baker, Voorhis, 1929, c.I, s.42 (books.google.com.tr/books?id=9YBuK9ASCzIC...)

129. Aslında bu karine sadece kanunlar için değil, parlamento kararları dâhil bütün yasama işlemleri için geçerlidir.

130. “If there should happen to be an irreconcilable variance between the two, that which has the superior obligation and validity ought, of course, to be preferred; or, in other words, the Constitution ought to be preferred to the statute, the intention of the people to the intention of their agents” (Alexander Hamilton, *The Federalist No: 78*, <http://www.constitution.org/fed/federa78.htm>).

131. *Com. v. Smith*, 4 Bin 117 (Nakleden: James Bradley Thayer, “The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law”, *Harvard Law Review*, Vol. 7, No. 3, Oct. 1893, s.140).

SONUÇ

Yorum yapılırken yukarıdaki ilkelere uyulursa hâkim keyfilikten uzaklaşmış olur. Bu ilkeler objektif ilkelere ve herkes tarafından aynı şekilde uygulanabilirler. Dolayısıyla tartışmalı sorunlarda bu ilkeler uygulanarak önceden herkes tarafından tahmin edilebilen cevaplar verilebilir. Hâkimin yorum yaparken bu ilkelere uyması hâkimi de rahatlatır. Bu ilkeler uyarınca karar veren hâkimin siyasî mülahazalarla karar verdiğini iddia etmek çok zordur. Bu ilkelere uyarak karar veren bir hâkimin ne karar vereceği önceden tahmin edilebilir. Hâkimlerin kararlarının önceden tahmin edilmesi hukuk güvenliğini ve dolayısıyla hukuk devleti ilkesini güçlendirir.

Yukarıda açıklamaya çalıştığımız “yorum ilkeleri”, bireylerin davranışlarını düzenleyen ilkeler değil, hukuk uygulayıcılarına, özellikle de hâkimlere hitap eden ilkelere dir.

Yukarıda gördüğümüz ilkelere den pek azının pozitif temeli vardır. Örneğin Türkiye’de “suçların ve cezaların kanunîliği ilkesi”nin hem anayasal (Anayasa, m.38), hem de kanunî (TCK, m.2) temeli vardır. Keza ceza kanunlarının uygulanmasında genişletici yorum ve kıyas yasağının kanunî temeli vardır (TCK, m.2). Keza bazı ilkelerin, örneğin *lex superior* ilkesinin Anayasal ve kanunî temellerinin olduğu da söylenebilir. Örneğin Anayasamızın 11’inci maddesindeki “*kanunlar Anayasaya aykırı olamaz*” hükmünün *lex superior* ilkesinin pozitif temeli olduğunu söyleyebiliriz.

Ancak bu tür istisnalar dışında yukarıdaki ilkelerin bir pozitif temeli yoktur ve pozitif hukuk açısından hâkimi bağladıkları söylenemez. Bu ilkelerin hâkimi bağlaması için, belki bunları, Mecellenin 2 ilâ 100 maddelerinde olduğu gibi, Medenî Kanununun ve Ceza Kanununun başlangıç kısımlarında saymak gerekir. Keza bu ilkelerin bazılarını Anayasaya da almakta yarar olabilir. Bu şekilde bu ilkelere pozitif bir bağlayıcılık kazandırılabilir. Nitekim, Osmanlı döneminde bu ilkelerin pek çoğu Mecellede sayılmıştı ve dolayısıyla bunlar, pozitif hukuk kuralıydılar. Aynı şey günümüzde de yapılabilir. Nasıl Mecellede “*beraet-i zimmet asıldır*” (m.8) ve “*sıfat-ı arızada aslolan ademdir*” (m.9) gibi hükümler yer alıyor ise, bugün de aynı hükümler Anayasaya, Medenî Kanuna ve Ceza Kanununa koyulabilir. Böylece bu ilkeler hâkimi de bağlayan pozitif hukuk kuralı hâline gelirler.

Ancak şu an için bu ilkelerin çok büyük bir kısmının pozitif temelden mahrum olduğunu itiraf etmek zorundayız. Dolayısıyla bunların ezici çoğunluğu birer pozitif hukuk ilkesi değildir. Bu ilkeler, birer pozitif hukuk ilkesi olmadıklarına göre, birer tabii hukuk ilkesidirler. Ancak bunların tabii hukuk ilkesi olmaları keyfi olmaları anlamına gelmemektedir. Nasıl matematik ve mantık ilkeleri kişiden kişiye değişen il-

keler değiller ise, yorum ilkeleri de kişiden kişiye değişen ilkeler değildir. Yukarıda gördüğümüz yorum ilkeleri, eşyanın tabiatından çıkarılmış rasyonel ilkelerdir. Bunlar, Akdeniz havzasında 2500 yıllık bir süreç içinde hukukçular tarafından gözlenmiş ve ifade edilmiş ilkelerdir. Ancak bunları hukukçular icat etmemiştir. Nasıl Öklid’in teoremleri, ilk defa Öklid tarafından dile getirilmiş olsalar da eşyanın tabiatından çıkan ilkelerse, yorum ilkeleri de aynı şekilde eşyanın tabiatından çıkan ilkelerdir.

Nasıl matematik kuralları resmî bir matematik otoritesi tarafından konulmamış ise, bizim yukarıda açıklamaya çalıştığımız yorum ilkelerinin de anayasa veya kanun koyucu tarafından konulmasına ihtiyaçları yoktur. Bu ilkeler, Öklid’in teoremleri kadar açık, eşyanın tabiatından çıkan, her hukukçu tarafından kolayca kabul edilecek ilkelerdir. Bir matematikçi Öklid’in teoremlerini nasıl kabul ediyor ise, bir hukukçu da yukarıda açıklamaya çalıştığımız yorum ilkelerini o şekilde kabul etmelidir. Öklid’in “*bir üçgende büyük açı karşısındaki kenar, diğer kenarlardan büyüktür*” şeklindeki teoremi nasıl apaçık doğru ise, nasıl bu teorem 2300 yıldır bütün matematikçiler tarafından doğru olarak kabul ediliyor ve uygulanıyor ise, hukukta “*istisnalar dar yorumlanır*” ilkesi de o derece apaçık doğru bir ilkedir ve bütün hukukçular tarafından doğru olarak kabul edilip uygulanmalıdır. “*Bir üçgende büyük açı karşısındaki kenar, diğer kenarlardan büyüktür*” teoremini nasıl Öklid icat etmemiş ise, “*istisnalar dar yorumlanır*” ilkesini de bir hukukçu icat etmemiştir. Her iki ilke de eşyanın tabiatından kaynaklanır. Nasıl bir matematikçi, bir geometri problemini çözerken, “bir üçgende büyük açı karşısındaki kenar, diğer kenarlardan büyüktür” teoremine ihtiyacı var ise, bir hukukçunun da, bir hukuk problemini çözerken “istisnalar dar yorumlanır” ilkesine ihtiyacı vardır. Nasıl “bir üçgende büyük açı karşısındaki kenar, diğer kenarlardan büyüktür” teoremini bilmeden ve bunu dürüstçe uygulamadan bir matematikçi olunamaz ise “istisnalar dar yorumlanır” ilkesini bilmeden ve bunu dürüstçe uygulamadan da hukukçu olunamaz.

Hukuk, ancak Öklid’in teoremleri misali, doğruluğu apaçık olan ilkelerin geliştirildiği ve bu ilkelerin bütün hukukçular tarafından benimsenip standart olarak uygulandığı gün “bilim” olma sıfatını hak edecektir. İşte ancak o gün, hukuk problemleri bütün hukukçular tarafından aynı şekilde çözümlenecektir. Böyle bir sistemde mahkeme kararları da önceden doğru olarak tahmin edilebilecektir. İşte ancak böyle bir sistemde, hukuk güvenliği ve dolayısıyla hukuk devleti ilkesi gerçekleşmiş olacaktır. Eğer bir gün bu hayal gerçekleşirse, işte o zaman insanın insana değil, insanın kuralara itaat ederek yaşayacağını söyleyebiliriz.

BİBLİYOGRAFYA

- ADELEYE (Gabriel) (*et al.*), *World Dictionary of Foreign Expressions: A Resource for Readers and Writers*, Bolchazy-Carducci Publishers, 2000.
- ALİ HAYDAR, *Dürrerü'l Hukkam Serhu Mecelleti'l Ahkam* (Yazı çevrimi: Raşit Gündoğdu ve Osman Erdem), İstanbul, Gül Neşriyat, Tarih Yok (2006?), Cilt I.
- AUBY (Jean-Marie) ve Roland Drago, *Traité de contentieux administratif*, Paris, LGDJ, İkinci Baskı, 1975, c.II.
- AYDIN (Ali Rıza), "Cumhurbaşkanlığı Seçimine Başka Gözle Bakmamak", <http://haber.sol.org.tr/yazarlar/ali-riza-aydin/cumhurbaşkanligi-secimine-baska-gozle-bakmamak-56109> (13 Ağustos 2012).
- BATUHAN (Hüseyin) ve Teo Grünberg, *Modern Mantık*, Ankara, Orta Doğu Teknik Üniversitesi Yayınları, 3. Baskı, 1984.
- BERKİ (Ali Himmet), (Haz.), *Mecelle-i Ahkam-ı Adliye*, Ankara, BTHA Enstitüsü, 1959.
- BERKİ (Ali Himmet), *Hukuk Mantığı ve Tefsir*, Ankara, Güney Matbaacılık, 1948.
- BİLGE (Necip), *Hukuk Başlangıcı: Hukukun Temel Kavram ve Kurumları*, Ankara, Turhan Kitabevi, 20. Baskı, 2005.
- BİLMEN (Ömer Nasuhi), *Hukukî İslamiyye ve Islahatı Fikhiyye Kamusu*, İstanbul, Bilmen Yayınevi, 1968, Cilt 1.
- BOUVIER (John) , *A Law Dictionary*, Philadelphia, Childs & Petersons, 6. Baskı, 1856, c.II (<http://books.google.com.tr/books?id=mIszAQAAMAAJ&lpg>).
- CADART (Jacques), *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Paris Economica, Üçüncü Baskı, 1990, Cilt I.
- CHAPUS (René), *Droit administratif général*, Paris, Montchrestien, 15. Baskı, 2001, c.I.
- COHON (Rachel), "Hume's Moral Philosophy", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2010 Edition), Edward N. Zalta (ed.), <<http://plato.stanford.edu/archives/fall2010/entries/hume-moral/>>.
- CONSTANTINESCO (Vlad) ve Stéphane Pierré-Caps, *Droit constitutionnel*, Paris, PUF, 2004.
- DAVID (René), "Sources of Law", *International Encyclopedia of Comparative Law* (Edited by K. Zweigert and K. Drobniç), Vol. II: *The Legal Systems of the World: Their Comparison and Unification*, (Chief Editor René David), The Hague, Martinus Nijhoff Publishers, 1984, c.II <books.google.com.tr/books?id=oj9p852q-5UC> (2 Ağustos 2012).
- DEMİR (Abdullah), *Mecelle ve Küllî Kaideler*, İstanbul, Işık Akademi Yayınları, 2011.
- DEVELLİOĞLU (Ferit), *Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lugat*, Ankara, Aydın Kitabevi, 1984. *DIGESTA* 50, 17, 20 (<http://www.thelatinlibrary.com/justinian/digest50.shtml>) (6 Ağustos 2012)
- EDİS (Seyfullah), *Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri*, Ankara, A.Ü. Hukuk Fakültesi Yayınları, 1983.
- ERDOĞAN (Mehmet), *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, İstanbul, Ensar Neşriyat, 2. Baskı, 2005.
- EUCLID'S Elements of Geometry*, from *Euclidis Elementa*, edidit et Latine interpretatus est I. L. Heiberg, edited and provided with a modern English translation by Richard Fitzpatrick (<http://farside.ph.utexas.edu/euclid/Elements.pdf>) (23 Ağustos 2012).
- GARNER (Bryan A.) (Ed.), *Black's Law Dictionary*, St. Paul, Minn., West Group, 7. Baskı, 1999.
- GICQUEL (Jean), *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, Montchrestien, 16. Baskı, 1999, s.68; Vlad Constantinesco ve Stéphane Pierré-Caps, *Droit constitutionnel*, Paris, Presses Universitaires de France, Themis droit public, 2004, s.274.
- GIRAUDOUX (Jean), *La Guerre de Troie n'aura pas lieu*, Paris, Editions Bernard Grasset, Le Livre de poche, 1935.

- GOETHE (J. W. von), *Faust* (Translated by Anna Swanwick), New York, P.F. Collier & Son, The Harvard Classics, 1909–14; Part I, Satır 1060, 1080-185 (www.bartleby.com/br/01901.html) (9 Ağustos 2012).
- GOETHE (J. W. von), *Faust*, Çeviri: Sadi Irmak, İstanbul, İstanbul Kitapevi, 1973.
- GÖZLER (Kemal), "Cumhurbaşkanı Abdullah Gül'ün Görev Süresi Ne Kadardır ve Bu Görev Süresi Kanunla Belirlenebilir mi?", *Terazi Aylık Hukuk Dergisi*, Yıl 7, Sayı 66, Şubat 2012, s.36-50 <www.anayasa.gen.tr/gorev-suresi.htm> (13 Ağustos 2012).
- GÖZLER (Kemal), "Realist Yorum Teorisi ve Mekanist Anayasa Anlayışı", *Anayasa Yargısı*, Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 1998, s.207-243.
- GÖZLER (Kemal), *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, Bursa, Ekin, 2011
- GÖZLER (Kemal), *Devlet Başkanları: Bir Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku İncelemesi*, Bursa, Ekin, 2001.
- GÖZLER (Kemal), *Devletin Genel Teorisi*, Bursa, Ekin, 3. Baskı, 2011
- GÖZLER (Kemal), *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Bursa, Ekin, 12. Baskı, 2012.
- GÖZLER (Kemal), *Türk Anayasa Hukuku*, Bursa, Ekin, 2000.
- GÖZÜBÜYÜK (A. Şeref), *Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları*, Ankara, Turhan Kitabevi, 24.Baskı, 2005, s.67.
- GRIDEL (Jean-Pierre), *Notions fondamentales de droit et droit français*, Paris, Dalloz, 1992.
- GRZEGORCZYK (Christophe), Françoise Michaut ve Michel Troper (Ed.), *Le positivisme juridique*, Paris, Bruxelles, L.G.D.J., Story-Scientia, 1992.
- GÜRİZ (Adnan), *Hukuk Başlangıcı*, Ankara, Siyasal Kitabevi, 10. Baskı, 2005.
- HAGUE (Rod), Martin Harrop ve Shaun Breslin, *Comparative Government and Politics: An Introduction*, Houndmilles, Palgrave Macmillan Press, Dördüncü Baskı, 2001.
- HAMILTON (Alexander), *The Federalist No: 78* <www.constitution.org/fed/federa78.htm>. <http://aleph0.clarku.edu/~djoyce/java/elements/bookI/bookI.html#posts> (23 Ağustos 2012). <http://www.admin.ch/ch/f/rs/101/a3.html>. <http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=gundem&id=378> (13 Ağustos 2012). <http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=gundem&id=378> (13 Ağustos 2012). <http://www.findlaw.com/cascode/constitution/>. <http://www.matematiknet.com/makaleler/75-oklidin-elemanlar-isimli-kitabi.html>;
- HUME (David), *Treatise of Human Nature*, 1789, Book III, Part I, Section I (<http://books.google.com.au/books?id=-Sp8B0ZdyAYC&pg=PA335>).
- İLHAN (Cengiz), Mecelle: *Hukuk Doksan Dokuz İlkesi*, İstanbul, Türkiye Ekonomik ve Toplumsal Tarih Vakfı Yayın, 2003.
- KALINOWSKI (Georges), *Introduction à la logique juridique: éléments de sémiotique juridique, logique des normes et logique juridique*, Paris, L.G.D.J., 1965.
- KARAYALÇIN (Yaşar), *Hukukda Öğretim-Kaynaklar-Metod-Problem Çözme*, Ankara, BTHAE Yayınları, 4. Baskı, 1994.
- KELSEN (Hans), *Théorie générale des normes*, (Traduit de l'Allemand par Olivier Beaud et Fabrice Malkani), Paris, P.U.F., 1996.
- KELSEN (Hans), *Théorie pure du droit*, Traduction française de la 2e édition de la "Reine Rechtslehre" par Charles Eisenmann, Paris, Dalloz, 1962, s.458-459.
- LAUBADÈRE (André de), Jean-Claude Venezia ve Yves Gaudemet, *Traité de droit administratif*, Paris, L.G.D.J., 15. Baskı, 1999, c.I.
- ÖZBUDUN (Ergun) ve Yılmaz Aliefendioğlu, "Türkiye Raporu", in *Anayasa Yargısı (Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı: 27 Nisan 1987, Lizbon)*, Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 1988, s.181-206.

- PUBLILIUS SYRUS, *Sententiae* (M.Ö. 1. yüzyıl) <<http://www.thelatinlibrary.com/syrus.html>> (23 Ağustos 2012).
- RAINAUD (Jean-Marie), *La distinction de l'acte réglementaire et de l'acte individuel*, Paris, LGDJ, 1966.
- RAPALJE (Stewart) ve Robert L. Lawrence, *A Dictionary of American and English Law with Definitions of the Technical Terms of the Canon and Civil Laws*, Jersey City, Frederick C. Linn & Co., 1888 (Reprinted 1997 by The Lawbook Exchange), s.567 (<http://books.google.com.tr>).
- ROUGEVIN-BAVILLE (Michel), Renaud Denoix de Saint Marc ve Daniel Labetoulle, *Leçons de droit administratif*, Paris, Hachette, 1989.
- SANCTI THOMAE DE AQUINO Scriptum super Sententiis liber IV a distinctione XVI ad distinctionem XVII [17032] Super Sent., lib. 4 d. 16 q. 1 a. 2 qc. 3 s. c. 2 (<http://www.corpusthomisticum.org/snp0000.html>).
- ŞİMŞİRGİL (Ahmet) ve Ekrem Buğra Ekinci, *Ahmed Cevdet Paşa ve Mecelle*, İstanbul, KTB Yayınları, 2008.
- SZOBO (Nick), "Interpreting Power: The Principle of Least Authority", <http://szabo.best.vwh.net/interpretingpower.html> (15 Ağustos 2012).
- TERRÉ (François), *Introduction générale au droit*, Paris, Dalloz, 6. Baskı, 2003.
- THAYER (James Bradley), "The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law", *Harvard Law Review*, Vol. 7, No. 3, October, 1893, s.129-156.
- VERZIJJ (Jan Hendrik Willem), *International Law in Historical Perspective*, Leiden, Sijthoff, 1973, Vol. VI, <books.google.com.tr/books?isbn=9028602232>.
- VLACHOS (Georges), *Les principes généraux du droit administratif*, Paris, Ellipses, 1993.
- WILLOUGHBY (Westel Woodbury), *The Constitutional Law of the United States*, New York, Baker, Voorhis, 1929, c.I, s.42 (books.google.com.tr/books?id=9YBuK9ASCzIC...)
- YAZIR (Elmalılı M. Hamdi), *Elfabetik İslam Hukuku ve Fıkıh İstılahları Kamusu* (Hazırlayan: Sıtkı Güllü), İstanbul, Eser Neşriyat, 1997, Cilt IV, s.431.
- YEĞİN (Abdullah), *Yeni Lügat*, İstanbul, Hizmet Yayınları, Tarih Yok, (2005?).
- YILDIRIM (Mustafa), *Mecellenin Külli Kaideleri*, İzmir, İzmir İlahiyat Fakültesi Yayınları, 2001.
- ZOLLER (Elisabeth), *Droit constitutionnel*, Paris, PUF, İkinci Baskı, 1999. ■

kgozler@hotmail.com

İlk Konuş: 28 Ağustos 2012

Değişiklikler: 4 Eylül 2012, 17 Eylül 2012, 21 Eylül 2012; 13 Ekim 2012; 6 Kasım 2012

Son Değişiklik: 15 Kasım 2012