



T.C.
ANAYASA MAHKEMESİ

Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun
60. Yılı Anısına

60 Yıl 60 Makale

Cilt 2



www.anayasa.gov.tr



Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun
60. Yılı Anısına

60 Yıl 60 Makale

Cilt 2



Ankara, 2022



Anayasa Mahkemesi Yayınları
ISBN: 978-605-2378-88-4 (2.c.)
ISBN: 978-605-2378-83-0 (Tk)

*Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 60. Yılı Anısına
60 Yıl 60 Makale*

© 2022, Anayasa Mahkemesi

Bu eser, kapak tasarımı dahil olmak üzere 5846 sayılı “Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu“ kapsamında korunmaktadır. Anayasa Mahkemesinin ve/veya yazarların yazılı izni olmaksızın eserin tümü bir kitabın bölümü olarak kullanılamaz; eserin tümü veya bir kısmının elektronik, mekanik ya da fotokopi yoluyla basımı, yayımı, çoğaltılması ve dağıtımı yapılamaz.

Kitapta yer alan yazılarda ileri sürülen görüşler yazarlara aittir; Anayasa Mahkemesini bağlamaz.

Anayasa Mahkemesi Başkanlığı

Yayın ve Halkla İlişkiler Müdürlüğü

Adres : Ahlatlıbel Mahallesi İncek Şehit Savcı
Mehmet Selim Kiraz Bulvarı No: 4
06805 Çankaya/Ankara

Telefon : (312) 463 73 00

Faks : (312) 463 74 00

e-posta : bilgi@anayasa.gov.tr

Twitter : @AYMBASKANLIGI

Web : www.anayasa.gov.tr

Tasarım ve Baskı

EPAMAT

Basın Yayın Promosyon San. Tic. Ltd. Şti.

Telefon : (0312) 394 48 63

Faks : (0312) 394 48 65

Web : www.epamat.com.tr

Basım Tarihi

Nisan, 2022

İÇİNDEKİLER

38. **Emin MEMİŞ**
Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı ve İptal Kararlarının
Geriye Yürümezliği Kuralının Sorgulanması Anayasa ve İdari Yargı
Kararları Örnekleri.....737
39. **Merih ÖDEN**
Türk Anayasa Yargısında On Yıl Süreli Denetim Yasağı787
40. **Levent GÖNENÇ**
Meşruiyet Kavramı ve Anayasaların Meşruiyeti Problemi821
41. **Ozan ERGÜL**
Anayasa Mahkemesi'nin TBMM İçtüzük Değişikliğini İptal Kararı
Işığında Özel Yasama Yöntemine Bir Bakış843
42. **Melikşah YASİN**
Anayasa Mahkemesi'nin İdari Yargının Görev Alanı Sorununa
Yaklaşımı873
43. **Ali ULUSOY**
Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Üniversitelerde Türban
Yasağına İlişkin Kararları Üzerine Notlar887
44. **Mustafa ERDOĞAN**
Anayasa Mahkemeleri Önemli midir? Orta Avrupa'da Anayasa
Yargısı ve Demokrasinin Pekişmesi899
45. **Ergun ÖZBUDUN**
Anayasa Mahkemesi ve Ekonomik Politika.....921
46. **Osman CAN**
Anayasayı Değiştirme İktidarı ve Denetim Sorunu.....935
47. **Nur ULUŞAHİN**
Yokluk Teorisinin Anayasa Hukukunda Yeri ve Uygulanabilirliği.....969

İÇİNDEKİLER

48. **Abdurrahman EREN**
Siyasi Partilerin Hukuki Niteliği ve Türk Anayasa Mahkemesinin
Tutumu1023
49. **Adil ŞAHİN**
Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda Ekonomik Sosyal ve
Kültürel Hakların Niteliği Bağlamında Sağlık Hakkının Kapsamı
Üzerine Bir İnceleme1049
50. **Bertil Emrah ODER**
Temel Hakların Yargısallaşması ve Kurumsal Sorunlar:
Türkiye Örneği1089
51. **Serkan AYAN**
Anayasa Mahkemesi Kararları ve Çocuklar İle Kadının Soyadına
İlişkin Değişiklik Tasarısı Taslağı Işığında Soyadının İlk Kez
Edinilmesi Kendiliğinden Değişmesi ve Değiştirilmesi.....1109
52. **Yaşar SALİHPAŞAOĞLU**
Özel Hayatın Kapsamı: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları
Işığında Bir Değerlendirme1171
53. **Sultan TAHMAZOĞLU ÜZELTÜRK**
Ad ve Soyada İlişkin Kararlar Bireyin Kimlik Hakkı1205
54. **Sibel İNCEOĞLU**
Hukuk Devletinin İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Türk
Anayasa Mahkemesi Kararlarında Tezahürü: Karşılaştırmalı
Bir Çalışma1231
55. **Sururi AKTAŞ /Sencer Abdullah AKKOYUNLU**
İdari Kolluk Faaliyetlerinin Temel Anayasal Sınırları Olarak
Kanunilik ve Ölçülülük İlkeleri1251
56. **Ersoy KONTACI**
Anayasada Sayılmayan Hakların Yargısal Koruması 1271
57. **İsmail KÖKÜSARI**
Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Yolunda İhlal
Kararlarının Kesinliği, Bağlayıcılığı ve Etkisi 1301

İÇİNDEKİLER

- 58. Abdullah SEZER**
Normlar Hiyerarşisi ve Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri
[Çok Boyutlu Normlar Piramidi Yaklaşımı] 1345
- 59. Muharrem KILIÇ**
Pandemik Tehdit Karşısında Sağlık Hakkının
Sosyo-Legal Dinamiği 1397
- 60. Ece GÖZTEPE**
Bireysel Başvuru Kararlarının İcrası: Anayasa
Mahkemesi'nin Doğrudan ve Dolaylı "Çağrı Kararları"
Üzerine Bir İnceleme 1433

(38. Makale - 1999)

Yrd. Doç. Dr. Emin MEMİŞ

*Anayasa Mahkemesi Kararlarının
Bağlayıcılığı ve İptal Kararlarının
Geriye Yürümezliği Kuralının
Sorgulanması Anayasa ve
İdari Yargı Kararları Örnekleri**

*Emin MEMİŞ, "Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı ve İptal Kararlarının Geriye Yürümezliği Kuralının Sorgulanması Anayasa ve İdari Yargı Kararları Örnekleri", Prof. Dr. Selahattin Sulhi Tekinay'ın Hatırasına Armağan, Yıl 1999, s.427-477

**ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARININ
BAĞLAYICILIĞI ve İPTAL KARARLARININ GERİYE
YÜRÜMEZLİĞİ KURALININ SORGULANMASI ANAYASA VE İDARİ
YARGI KARARLARI ÖRNEKLERİ***

Yrd.Doç.Dr. Emin MEMİŞ

GİRİŞ

Çağdaş devlette yasama organı; kuşkusuz Anayasa ilkelerini, kanun koyma eylemi ile yorumlarken sınırsız davranabilme, başka anlatımla denetimsiz bir yetkiye sahip bulunmamaktadır¹. Yasama organı, Anayasa sınırları içerisinde devletin hukuk düzenini üretir. Anayasanın üstünlüğü kuramı, “üst basamaktaki norm, alt basamaktakini değiştirir” (Lex superior derogat legi inferiori) ilkesini içerir. Başına buyruk devlet tasarruflarının, Anayasa Yargısını benimseyen ülkelerde, Anayasa üstünlüğünü sahiplenilen siyasal yapılarda düşünülebilmesi olanaksızdır. Özetle bir hukuk devletinde kanunların Anayasaya uygunluğunun denetimi, Anayasanın özünde bulunan gerçek sınırlar alanını gündeme getirmekte, Anayasa metninin dışında ve üstünde bulunduğu tartışılan “supra-pozitif temel normlar”, “doğal adalet”, “adaletin temel postülaları”, “objektif ahlâk normları...” gibi ölçütler, yargılamada önem arz etmektedir². Öyleyse Anayasa gelişimlerinin doğurduğu katkılarda yol alınırken, üstün normun alt hükümleri programlayacağı gerçeği, bir hukuk devletinde hep ön plânı işgal edecektir.

Anayasa Yargısını uygulamaya sokan ülkelerde, yargılama sonucunda Anayasaya aykırı normun iptalinin uygulamada nasıl bir yaptırım doğuracağı özellikle kararların geriye yürümezliği (Effectiveness ex nunc) sorununda pratik ve teorik tartışmalara neden olmaktadır. Hele hele Türk Anayasasında (md. 153/5) olduğu üzere “iptal kararı geriye yürümez” biçiminde pozitif bir temel bulunuyorsa, bunun etkisinin, kapsamının ne olacağı Türk hukukunda ve Anayasa Yargısını uygulayan ülke uygulamalarında doyurucu bir görüşe bağlanamamıştır³.

- 1 Türk Hukukunda yasama yetkisinin “genelliği” ilkesi, Anayasaya aykırı olmamak koşulu ile kanunla düzenleme alanının her konuyu ele alabileceğini kapsar (bk.: Ergun ÖZBUDUN, **Türk Anayasa Hukuku**, Ankara, 1986, s.156-158; Coşkun SAN, **Anayasa Değişiklikleri ve Anayasa Gelişimleri**, Ankara, 1974, s.94)
- 2 SAN, s. 82-88; Metin KIRATLI, **Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi (İTİRAZ YOLU)**, Ankara 1966, s.122-123. Alman Federal Anayasa Mahkemesi bir kararında, “Anayasa koyucusunun adaletin koyduğu en son sınırlar içinde kalıp kalmadığını tayin etmek, otoritesini, eskiden olduğu gibi sadece haricen Anayasadan değil, fakat aynı zamanda bizzat HUKUK kavramından alan **YAR-GI ERKİNİN HAKKI ve SORUMLULUĞU**dur” diyecektir (Aktaran: KIRATLI, s. 122-dpn.:23). Türk Anayasa Mahkemesi bir kararında (E.1963/166, K.1964/76, 22.12.1964, T.,R.G., 28.4.1965, Sayı: 1, 1985, s.5), Türk devletinin bir hukuk devleti olduğunu hatırlatarak “Kanunlarımızın, Anayasanın açık hükümlerinden önce hukukun, bilinen ve bütün uygar memleketlerde kabul edilen prensiplerine uygun olması şarttır” diyordu. Mahkeme anılan Anayasa üstü normları, Anayasayı denetleme ölçüsü olarak değil de kanunları denetiminde bir ölçü olarak almaktadır.
- 3 Normativist ipso jure yokluk, hukuki görünüm ve Anayasaya uygunluk karinesi kuramlarının, GERİYE YÜRÜMEZLİK sorununa yaklaşımları için bk.: Ülkü AZRAK, “Anayasa Mahkemesi Ka-

Anayasa Yargısını benimseyen ülkeler, Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığını sağlama yönünde hukuku söyleyip çözümsüzlüğü çözüme kavuşturacak bir “müessese” sürecini başlatırlar. Aslında bu süreci başlatan sistemler, Anayasa Mahkemesini; hukuk devleti ilkesi gereği tıpkı bir motor sisteminde oluşabilecek tikanıkları giderme işlevini yüklenen ikinci bir kanun koyucu gibi görebilmeyi sindirebilmelidir. Ona kanun koyucu yakıştırması, herhalde yüksek mahkeme KARRARLARININ devlet organlarını, makamları ve kişileri bağlayıcı (inter omnes) olmasından kaynaklanıyor. Üstelik Anayasa Mahkemesi kural olarak bir kanunu iptal edip yürürlükten kaldırması anlamında “negatif kanun koyucu “ sonucunu doğurmaktadır. Gene pozitif anlamda bir kanun koyucu gibi davranabilmektedir⁴. Bu ne demektir? Bir kanunu iptal eden karar yönteminde yayımlanınca, o kanun yayımdan başlayarak yürürlükten düşer. Öyleyse kanun yürürlükten kalkıncaya kadar Anayasaya uygun olduğu varsayılır. Başka anlatımla iptal hükmü geriye yürümez (md. 153/5). Bu cümleden olarak Anayasaya aykırı bir kanun, sonraki (a posteriori) bir kararla iptal hükmünün yayım anına değin, Anayasaya uygunluğu onaylanmış olur. Üstelik Anayasa Mahkemesi, iptal kararını erteleyebilir (md. 153/3). Dikkat edilirse, kanun koyucunun yapacağından başka işlevler söz konusudur. Aykırılığı hükümlendirilmiş bir kanun, Anayasaya uygunluğu var sayılarak bağlayıcılığı sürdürülür. Demek ki kanun koyma işlevi, zaman olur ki, Anayasa yargısı işlevinin kapsamına girer.

Avusturya Anayasası (md. 140), Anayasa Mahkemesinin bazı durumlarda kanun koyucunun yerine geçebileceğini hükümlendirmiştir.

Anlatılanlar, iptal davası genel kuramının zıddına, yüksek mahkemenin özellikle bağımsız bir iptal davası sonucunda verdiği İPTAL KARARININ bildirici (declaratif) olmayıp k u r u c u - yaratıcı (contitutif) nitelikleri kapsadığını gösterir⁵.

1961 Anayasası (md. 152), olayla sınırlı ve yalnız tarafları bağlayıcı (inter partes) bildirici bir karar verebilme olanağını sağlamasına karşın; 1982 Anayasası bir önceki maddede yazılan “Anayasa Mahkemesi, diğer mahkemelerden gelen Anayasaya aykırılık iddiaları üzerine verdiği hükümlerin, olayla sınırlı ve yalnız tarafları bağlayıcı olacağına da karar verebilir” (4.fıkra) öngörüsünü kaldırmıştır.

Ne var ki, o dönemde yüksek mahkeme erga omnes kuralını uygulamaya devam etmiştir⁶.

rarlarının Geriye Yürümezliği”, **ANAYASA YARGISI**, Anayasa Mahkemesinin 22.Kuruluş Yıldönümü nedeniyle düzenlenen sempozyumda..., Ankara, 1994, s.154-161.

4 AZRAK, s.153. Bazılarına göre yasama gücü; yasama meclisi ve Anayasa Mahkemesini içerir. Meşruteli monarşilerdeki düalizm, demokratik devlet düzeninde yer değiştirmiştir. Artık çoğunlukçu veya tekçi rejim değil çoğulculuk sürüm bulmuştur (Bilgi için bk.Rene MARCIC, **Verfassung und Verfassungsgericht**, Wien, 1963, s. 106, 204-206)

Anayasa Mahkemesi şekli olsa da kanunkoyucuyu (türev iktidarı) denetleyebilmektedir (md. 148/1). Anayasa değişikliği öneri yasağı bulunan durumlarda (md.1-3), tartışma daha da büyüktür (Bk.:Yıldızhan YAYLA, “Anayasa Mahkemesine Göre Cumhuriyetin Özü” **H.TİMUR’un Anısına ARMAĞAN**, 1973, s.973).

5 AZRAK, s. 154

6 ÖZBUDUN / ALİEFENDİOĞLU Ali, “Türkiye Raporu” **ANAYASA YARGISI**, 7.Avrupa Anayasa

Gerek Alman doktrininde hukuk devleti ilkesi gereği, hukuk düzeninin en üst basamağında bulunan Anayasaya aykırılığın, başından beri y o k (nichtig) sayılacağı, gerek normativist yaklaşımda normlar arasında bir altlık - üstlük bağının bulunuşundan ötürü, bir çatışma halinde ipso j u r e kuralının geçerli olacağı görüşleri pratik ve kuramsal sebeplerle eleştirilmiştir.

İptal kararlarının önceki k a p s a m a s ı n a karşı çıkan hukuki g ö r ü n ü m (Rechtsschein) tezi, normun aykırılığının saptanmasına dek bağlayıcılığınan hareket eder. Anayasaya u y g u n l u k karanesi (ki, “kaatı karine”, “aksi ispatlanabilir karine” ye dönüşebileceği hatırlanmalı) tezi de kanunlara gösterilen güven ve itaatten kaynaklanır. Sorgulamayı yapanların ulaştığı sonuç ise h u k u k g ü v e n l i ğ inin korunması gereğinden kaynaklanır. Ancak öyle durumlar olur ki, ADALET ilkesinin baskısı, Anayasaya aykırı bir kararın g e r i y e yürümesini zorunlu kılabilir. Adalet ve hukuk güvenliği ilkeleri soyut kavramlar olmasına karşılık, yaşayan hukukta çıkabilecek çözümsüzlüklerde bu iki ilkenin tartışılmasında, belki de hukuk g ü v e n l i ğ i ilkesi, adalete hizmet edecektir. Ancak bazen adalete ulaşabilmek için bu ilkedan olumsuz yönden yararlanmak zorunluluğu dahi doğabilir. Hatta iptal kararının geriye yürümesi, bazen de adaleti sağlayamayabilir⁷.

Anayasa Mahkemesinin denetim tekniklerini uygulama yetkisi, ona Anayasanın koruyuculuk görevinin emanet edilmesi demektir⁸. Bu görevi başarıyla yürütme ve sonuca gidebilmede kararların bağlayıcılığı ve gerekçesi önem taşımaktadır. Bu nedenle ikinci başlıkta “bağlayıcılık” ve “gerekçe” konusu, üçüncü başlıkta da “geriye yürümezlik” kuralı irdelenip soruna aşağıya alınan olaylar ışığında cevap aranacaktır:

1. *Kamuoyunda “Kıyak Emeklilik” diye anılan bir kanun, milletvekillerininin 33 yaşında erken emekli olmasını amaçlamıştır. Ancak kanun iki kez iptal olunmasına karşın, geriye yürümezlik kuralı öne sürülerek kazanılmış hak doğduğu savunulmaktadır. Son 70 küsur milletvekili de hak sahibi olmak için girişimler yapmıştır...*

2. *Anayasa Mahkemesi Kararlarına karşın, Boğaziçi’ndeki özel nitelikli kaçak yarıllara yasalılık kazandırmaya yönelik 3290 Sayılı Kanun çıkarılmış, fakat iptal olunmuş (28.6.1989’da), iptal kararı yayımlanıncaya dek kaçak yapılanmalar sürüp gitmiştir.*

3. *Bir ölüm cezası verilir hüküm kesinleşmiştir. Cezaya esas olan kanun, idam hükmünün kesinleşmesinin hemen arkası sıra iptal olunur. Gerekçeli kararın yayımlanması zaman alacaktır. Ne var ki, ölüm cezasının yerine getirilmesinden korkulmaktadır.*

II. ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARININ BAĞLAYICILIĞI

A. Türk Anayasa Yargısı Karar Çeşitleri

Anayasa Mahkemesi Kararlarının iki çizgide incelemek kabildir:

Mahkemeleri Konferansı, 27 Nisan 1987, Lizbon, s. 189. Uygulamada bir kez “olayla sınırla” bir karara rastlanır (27.6.1972 T., E. 1972) 126, K. 1972/38, AMKD,X, s. 505 - 515).

7 Örnekler ve bilgi için bkz.: AZRAK, s. 155 - 167; Klaus SCHLAICH, *Das Bundes verfassungsgericht*, Münchan, 1985, s. 161-163, 166-167.

8 Bk.: Ekkehart STEIN, *Staatsrecht*, Tübingen, 1978, s.59. Ayrıca şu esere bk.: Cari SCHMITT, *Der Hüter der Verfassung*, Zweite Auflage, Berlin, 1969, s. 12-60.

Birincisi BASİT KARAR ÇEŞİTLERİ (ki, bunlar Anayasaya aykırılık kararı ve Anayasaya uygunluk kararı olup, uygunluk kararı eğer esastan verilirse, 10 yıllık süre içinde yeniden ileri sürülemez), İkincisi ise a r a c ı tip kararlardır.

Türk Anayasa Yargısı yıllar sürürken iki çeşit aracı karar mekanizması geliştirmiştir: 1-Yorumlayıcı yahut açıklayıcı karar tipi, 2- Mahkemenin kanunu iptal etme yerine ihmal etmesi şekli.

Yorumlayıcı veya açıklayıcı karar örneğinde mahkeme kanunu iptal etmeden onu Anayasaya uygunluk bağlamında ele alıp yorum getirmektedir. Kaide odur ki, böylesi yorum kararları, yürütme makamlarını, başkaca mahkemelerin yorum ve uygulamalarını çekim alanına sokar. Başka vurgulama ile Anayasa Mahkemesi Kararları bağlayıcıdır (md. 11, 153/son).

Yüksek mahkemenin bir normun Anayasaya aykırılığına karşın onu iptal etmeyerek ihmal etmesi durumunda⁹ Anayasa kuralının doğrudan uygulanması gerektiğine işaret ettiği biliniyor. Türk Anayasa Mahkemesinin bu yönetime, özellikle NORMUN YARGI DENETİMİ DIŞINDA KALMASI ve Anayasaya aykırılık kararı verilememesi olaylarında başvurduğu izlenebilir. Ancak mahkeme bu yolu seçmede, Anayasa kuralının açık, ayrıntılı ve görülmekte olan davada doğrudan uygulanabilir olmasını da kararlaştırmıştır¹⁰.

B. 1982 Anayasasına Göre Bağlayıcılık

1. Anayasa İlkeleri ile bağlanma

Anayasa Yargısında ANAYASANIN BAĞLAYICILIĞI ve ÜSTÜNLÜĞÜ kuralının Anayasalarda yer alması (md. 11) kuşkusuz önemli hukuki sonuçların doğmasına etken olacaktır. Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü kuralının yasama, yürütme, yargı organlarıyla kişileri bağlayıcı kapsamı, düzenleniş yönüyle klâsik dar anlamından taşımış işlevsel bir niteliğe ulaşmıştır. İlk kez 1961, arkasından 1982 Anayasalarıyla yaşam bulan bağlayıcılık ve üstünlük kuralı, kişiler arası ilişkiler bağlamında sorgulandığında, Anayasanın “üstünlüğü” ve “bağlayıcılığı” kuralının neden düzenlendiği, işlev olarak neyin amaçlandığı önem kazanmaktadır. Elbette bu anlamda Anayasa Mahkemesi Kararlarının bağlayıcılığı (md. 153/son) ve “geriye yürümezlik” konusu ön plâna çıkar.

9 Bk.: Anayasa Mahkemesi Kararı (6.5.1982 günlü, 1981 / 8, 1982 / 3 Sayılı Kararı, RG., 30.11.1983; 18237). Bilindiği üzere Türk Anayasa Mahkemesi, Türk Ceza Kanununun “gıyapta hakaret”e ilişkin 268.maddesinin son fıkrasının iptali için açılan davada, i s p a t hakkını sınırlayan 481.madde ile bağ kurarak (ki, kanunkoyucu geçici 7.maddenin buyruğunu yerine getirmez, iptal ve itiraz yolları da 4.madde ile tıkalı bulunuyordu) “kısıtlı kalan anayasal ispat hakkını sınırlayıcı hükümlerin bir yana bırakılması ve kurallar kademesinde en üst düzeyde bulunan Anayasanın 34.maddesindeki hüküm doğrudan doğruya uygulanması gerekir” derken “Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcı niteliğini” (1961/md.8) açıklayan hükme dayanır. Bilindiği gibi (1990 sonrası) Türk Anayasa Mahkemesi, daha önce benimsemediği “yürürlüğü durdurma” kararını (önüne gelen olaylarda) vermeye başlamıştır (Şu incelemem ilginç gelebilir: Emin MEMİŞ, “Anayasa Yargısında “Yürürlüğü Durdurma Boşluğu”, Hukuk Araştırmaları, C. 9, Sayı: 1-3, 1995, s. 157-177)

10 Yazılı ve sert Anayasaların ortaya çıkışı, kanunların Anayasaya uygunluğu denetiminin ilk ve zorunlu koşulu olarak gözlemlenir. Aksi durumda kanunu, üstün norm olması gereken Anayasadan ayırma olanaksızlığı doğacak ve bir denetleme ölçütünden de söz etmek güçleşecektir.

Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı ve İptal Kararlarının Geriye Yürümezliği Kuralının Sorgulanması Anayasa ve İdari Yargı Kararları Örnekleri

Klâsik anlamda bağlayıcılık, zorunlu olarak Anayasanın üstünlüğü kuralının sonucudur. Ne var ki, bu yaklaşımın yalnızca yasama organı yönünden bir bağlayıcılığı içerdiği hatırlanmalı.

Günümüzde yasamadan başka kimlerin bağlı olabileceği, Anayasanın “üstünlüğü” kuralının uzantısı ve tamamlayıcısı olan “ANAYASANIN BAĞLAYICILIĞI” kavramından yansır. Türk Anayasası; üstünlük - bağlayıcı olma kuralını, “ANAYASA HÜKÜMLERİ, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır. Kanunlar Anayasaya aykırı olamaz” (md. 11) biçiminde tanımlar. Anayasanın bu hükümleri, “Hakimler görevlerinde bağımsızdırlar, Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler” (md.138) yönündeki hükümlerle tamamlanır. Anayasanın vurgulanan maddeleri, yargıçların çözüm ararken mutlaka Anayasayı gözönünde bulundurmaları gerektiğini anlatır. Değinenilen 11.madde Anayasa kapsamının niteliğini simgeler¹¹. Başka söyleyişle maddenin kapsamı, Anayasanın bütününe, vurgulanan kurum, kuruluş ve kişileri bağladığını içerir. Son bir analizle, hukuki bir anlam taşıyan olaylar, nereden kaynaklanırsa kaynaklansın, Anayasaya uygun cereyan etmelidir. Çünkü Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı esastır.

1982 Anayasası (md.II), Anayasanın yalnızca yasamaya yönelik bağlayıcılık tartışmasına son vermiştir. Günümüzde doktrin ve uygulamada Anayasa hükümlerinin d i k e y ilişkiler yanında y a t a y ilişkilere de uygulanacağı genellikle benimsenmektedir¹².

Anayasaların üstünlüğü ve bağlayıcılığı kuralından Anayasa hükümlerinin yargı organları tarafından uygulanması ve Anayasa hükümlerine dayanabilen da-

11 Bk.: Özkan TİKVEŞ, T.C. Anayasası Şerhi ve Uygulaması İSTAN., S. 44-45

12 Bk.: Ernest E. HIRSCH, “Anayasanın Özel Hukuk Kurallarına Etkileri” Birinci Türk Hukuk Kongresinde Sunulan Tebliğler TBB Yayınları, Ankara, 1972, s.3,8; Alfred SÖLLNER, *Arbeitsrecht*, 7. Auflage, Verlag W. Kohlhammer Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz, 1981, s.39-40 vd.

Anayasa ilkelerinin yasama organı dışında kişileri de bağlayan temel hukuk ilkeleri olduğu, Türk Anayasası dışında başka hiçbir Anayasada açıkça belirtilmemiştir. (HIRSCH, s.3). Bu yaklaşıma bağlı olarak anayasal özgürlükleri Anayasaya uygun olarak düzenlemek, anayasal hakların yaşama geçirilmesi sorumluluğu ve ANAYASANIN y a t a y ilişkilere uygulanması (ki, bu son kavramın sorgulanışında Anayasanın hangi hükümlerinin uygulanabileceği sorunu, y a t a y uygulamanın değişik yansımalarından Anayasanın doğrudan - kendiliğinden uygulanabilmesi, Anayasa hükümlerinin Anayasaya uygun yorum denetimiyle uygulanması ve anayasal normun ayrıklık denetimi yöntemiyle uygulanması söz konusudur) sosyal ve hukuk devleti ilkeleriyle kesişmekte, önem arz etmektedir (Bu konularda bilgi için bk.: Bülent TANÖR, *Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar*, İstanbul, 1978, s. 293-294, 298, 306, 357, 361, 249-250, 254-255, 231, 235 vd., Orhan ALDIKAÇTI, *Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası*, İstanbul 1978, s.194 vd.; Münci KAPANI, *Kamu Hürriyetleri*, Ankara, s.122-124; HIRSCH, s. 3,8 12-13; Mümtaz SOYSAL, *100 Soruda Anayasanın Anlamı*, İstanbul, 1986, s.238; Haluk TANDOĞAN, “Şahsiyetin akit dışı ihlallere karşı korunmasının işleyiş tarzı ve basın yoluyla olan ihlallere karşı özel hayatın korunması”, AHFD.,C.XX, Sayı: 1-4, 1965, s.15; AMK. 26/27.7.1967 tarih. E.1963/336, K.1967 / 29, (AMKD., Sayı: 5, s.39) ; AMK. 11.12.1964 günlü, E.1963/138, K. 1963/244 (AMKD Sayı: 2, s.215); E.1969/31, K.1971/13, T.12.1.1971 (AMKD. Sayı: 4, s.152); E. 1963/336, K. 1967/29, T.26.9.1967 (AMKD., 2, s. 17-18); AYM'nin 3.7.1964 günlü, E. 1964/22, K. 1964/54 sayılı kararı, (AMKD., 2, s.204) ; YHGK., E. 1874/5-556, K.1975/433, T.2.4.1975, (YKD., 11, s.9-10)...

vaların açılabilmesi sonucu çıkarılabilir¹³. Yargı organları davalara çözüm ararken mevzuatı uygulamasını Anayasa ile değerlendirecek, hatta Anayasayı öncelikle uygulaması gerekecektir.

Özel hukuk kavramı olan yatay ilişkilerin sujeleri hem gerçek, hem tüzel kişilerdir. Yatay ilişki (yatay etkileme kavramı), kişiler arası uygulamayı kapsar. Anayasa kurallarının “yatay” etkileme kavramı, yazarlar arasında değişik sözcüklerle ama içerik olarak aynı anlamı yansıtmaktadır: Örneğin “Anayasanın kişiler arası ilişkilere uygulanması”, “anayasal normun yatay ilişkilere etkisi” ve “Anayasanın özel hukuka etkisi”, “temel hakların üçüncü kişilere etkisi” (Die Drittwirkung von Grundrechten)... gibi¹⁴.

2. Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı

Anayasaya göre yüksek mahkeme kararları Resmi Gazetede yayımlandıktan sonra yasama, yürütme ve yargı organlarını, yönetim makamlarını, gerçek ve tüzel kişileri bağlar (md. 153/son). Anayasanın dikey ve yatay etkileşim üreten II.maddesine göre “ANAYASA HÜKÜMLERİ” az yukarıda değinilen organ, makam ve kişileri içerirken “diğer kuruluşlar” deyimiyle de düşümdeşmektedir. Çünkü 153/son da bir Anayasa hükmüdür. Demek oluyor ki, bu hükmün kapsamı dahi amir hükmüdür. Ve Anayasa Mahkemesi Kararlarının muhatabı herkeştir. Başka bir söyleyişle yüksek mahkeme kararları e r g a o m n e s etki doğurur. Kararların bağlayıcılığı, herkesin kararlara göre davranmasını gerektirir. Yüksek mahkeme kararlarına uyulması için yeni bir işleme gereksinim yoktur. Bir normun iptal kararı, R.G.’de yayımlanınca, o norm yürürlükten düşer.

Türk hukukunda Anayasa Mahkemesi Kararlarının uygulanmaması, savsaklanmasına karşı bir yaptırım yoktur¹⁵.

Anayasa Mahkemesi iptal kararı gerekçeli olarak R.G.’de yayımlandığında, aykırılığı saptanan kanun, KHK (kanun hükmünde kararname) içtüzüğü tamamı veya bunların belli hükümleri yürürlükten düşer (md.153/3). Öyleyse kanun koyucunun bir normu “ilga” etmesiyle o normun yürürlükten kalkması sonucu ve mahkemenin İPTAL KARARI sonucu arasında bir fark yoktur. Yasama gücünün “ilga” girişimi siyasi, mahkemenin iptal hükmü hukuksal öngörüye dayanır. Yasamanın “ilga” sebepleri çeşitli olabileceği gibi, iptal kararı o kanunun Anayasaya aykırılığı nedenine dayanır. Sonuçlar aynı olduğuna göre, iptal ile yürürlükten kalkan hükümler kendiliğinden yürürlüğe giremez¹⁶.

İptal kararının kanun gücünü (Gesetzkraft) kapsaması görüşü yanında “zımni ilga”dan da söz edilebilir. Örneğin Anayasanın üstünlüğü kabul edildiğine göre,

13 ALDIKAÇTI, s. 196

14 HIRSCH, s. 3,6,10; TANÖR, s. 249; SÖLLNER, s. 39d vd.

15 Alman Anayasa Mahkemesi Kararlarının sonuçları ve etkileri dava çeşidine göre değişir. Kaldırılmış olan bir maddede, Karara veya Kararın yerine getirilmesi önlemlerine karşı bilerek aykırı davranan kimse, 6 haftadan başlayan cezaya çarptırılır (BVerfGG/md. 42), deniliyordu.

16 Erdoğan TEZİÇ, *Anayasa Hukuku*, İstanbul, 1986, s.214; ÖZBUDUN, s.386-389; Servet ARMAĞAN, *Anayasa Mahkememizde Kazai Murakabe Sistemi* (Doktora Tezi), İstanbul, 1967, s.146-148. SCHLAICH, s.210-211.

Anayasaya aykırı bir norm yürürlüğe konulunca, “zimmen ilga” edilmiş sayılmaktadır¹⁷. Anayasa Mahkemesi böylesi durumlarda “beyanı” karar vermekle yetinir¹⁸. Kararlar, kanun gücü, kesin hüküm ve bağlayıcı olma varyasyonları ile ifade olunur¹⁹.

1961 Anayasası; “Anayasa Mahkemesi, diğer mahkemelerden gelen “Anayasaya aykırılık iddiaları üzerine verdiği hükümlerin OLAYLA SINIRLI ve YALNIZ TARAF LARI BAĞLAYICI olacağına da karar verebilir” (md. 152) hükmünü getirmişken, 1982 Anayasası; inter partes kuralına yer vermeyecektir. İlkinde bir İPTAL KARARI vermekten çok mahkeme sadece Anayasaya aykırılığı saptamakla yetinecektir. Verilen karar tarafları bağlayıcı olmaktadır. Bu yaklaşımın kanunlarda bulunmasının gerekli g e n e l l i k kuralına aykırı olacağı açıktır. Zaten doktrinde eleştirilmiş, eşitlik ilkesine uymayacağı, işleri çoğaltacağı vurgulanmıştır. Hemen belirtmeli ki, 1961 ANAYASASI UYGULAMASI evresinde yalnızca bir kez inter partes karar verilmiştir²⁰.

1982 Anayasası, önceki Anayasada bulunmayan bir yaklaşım getirir: “Anayasa Mahkemesi... iptal ederken, kanun koyucu gibi hareketle, yeni bir uygulamaya yol açacak biçimde hüküm tesis edemez” (md. 153/2). Şu var ki, bu emir yalnızca Anayasa Mahkemesine yöneliktir. Hiçbir kurum, organ veya kişi anılan hükme dayanarak yüksek mahkeme kararlarını ihmal edemez, icaplarını yerine getirmekten kaçınmaz. Aksine düşünürsek, “Anayasa Mahkemesi Kararları ... gerçek ve tüzel kişileri bağlar” cümlesinin hiçbir anlamı kalmaz. Demek gerekirse kararların muhataplarının, kararların bağlayıcılığını münakaşa etme yetki ve hakları bulunmamaktadır. Buradaki bağlayıcılıktan amaç, hukuk devleti niteliğini içeren bir güvencedir. Kısaca vurgularsak, iptal tekniği uygulanırken “yeni uygulamaya yol açacak” şekliinden kaçınma, yalnızca Anayasa Mahkemesine yönelik bir autolimitation (kendi kendini sınırlama) emri olarak algılanma zorunluluğundadır²¹.

Yeni bir uygulama getirmeme koşulu iptal tekniği uygulanırken dikkate alınmalıdır. Türk Anayasa Yargısının Anayasaya uygun yorum (“Die verfassungskonferme Auslegung”) tekniği geliştirerek söz konusu koşuldan etkilenmediği görülebilir. İptal tekniği uygulanırken yeni bir uygulamaya yol açmama kuralı, ilk görüşte uygunluk denetimine meydan bırakmadığı görüntüsü ile doktrinde sorgulanmış, eleştirilmiştir. Bir anlayışa göre, kanun yapıcı kural koyma, yüksek mahkeme ise Anayasaya aykırılığı ayıklama yetkilerini kullanmaktadır. Biri diğerinin yerine geçemez. Ancak iptal kararı yürürlüğe girince, yeni bir hukuki duru-

17 Alman Anayasa Mahkemesinin (BVerfG) bir kararına göre Anayasanın yürürlüğe konulmasından sonra çıkarılan bir kanun Anayasaya aykırıysa ve bu durum kararlaştırılmışsa, kanun başlangıcından beri hukuki etkiden mahrum olur (BVerfGE 1,15).

18 ARMAĞAN, s. 147.

19 SCHLAICH, s. 201-211; KIRATLI, s.177 vd.; ARMAĞAN, s.146-148; Baki KURU, **Hukuk Mahkemeleri Usulü**, Ankara, 1974, s.781-843.

20 Bk.: AYM.'nin 27.6.1972 günlü, E. 1972/26, K. 1972/38 Sayılı Kararı.

21 YAYLA, **Anayasa Hukuku Ders Notları**, İstanbul, 1985, s.53-54. Unutmamalıyız ki, eskiden siyasal iktidarın sahip olduğu kabul olunan “kendi kendini sınırlama” yetkisi, demokratik hukuk devletinde, son çare olarak YARGI erkine kaydırılmıştır.

mun doğması doğaldır. Aykırı norm kaldırılınca geride kalan normlar veya yeni çıkarılacak kanunlara göre uygulama yapılacaktır. Kanunun belirli bir maddesi, hatta iptali söz konusu maddenin belirli bir hükmü veya parçasına iptal tekniği uygulanmışsa, yürürlükten kalkması gereken hükümler dışlanınca normun kalan bölümü değişik bir nitelik, değişik bir kapsam ve anlam kazanabilir. Sonuçta yeni bir uygulamaya olanak sağlandığı düşünülmemelidir. Sarf edilen çaba, mevcut bir kuralı Anayasaya uygun duruma koyabilmektedir²².

Türk Anayasa Mahkemesi kanun koyucu gibi davranmak kuralı üzerine görünümlü açıkça belirtmediği izlenmektedir. Ancak mahkeme bir aykırılığı iptal ederken Anayasaya uygunluk denetiminde sınırlayıcı bir duraksama içine girmediğini görebiliriz.

Anayasa Mahkemesinin “gereken durumlarda” iptal hükmünü erteleyebilmesi (md.153/3), kanun koyucunun amaçlamadığı bir düzenlemenin doğduğu zamanlarda veya Anayasanın vurguladığı “kanun koyucu gibi hareket” edilebileceği alana girildiği durumlarda bir anlam taşıyacağı söylenebilir. Doğal olarak akılları kurcalayan şu soru yöneltilir? “Yeni uygulama” doğuracak İPTAL nasıl gerçekleşir? Bu soruya cevap olarak mahkemenin 1036 Sayılı Seçim Kanunundaki “engel” (baraj) sayısını iptal etmesinden sonra, kanun koyucunun öngörmediği klâsik d’Hondt sisteminin ortaya çıkması söylenebilir²³. 1982 Anayasasının yeni uygulama getirmeme koşulu, denetimi yapılmakta olabilen bir metnin bazı bölümlerinin iptalinden sonra arda kalan kısmın tamamının iptalini de gerektirebilecek anlamda gözlemlenir.

22 ÖZBUDUN / ALİFENDİOĞLU, “Türkiye Raporu” ANAYASA YARGISI ..., s. 189.

23 Bk.: AYM’nin 6.5.1068 günlü, E.1968/13, K.1968/13 (AMKD.VI, s.170-175). Bir kanunun bütünüyle hükümsüz sayılması çok az rastlanır. Federal Alman Anayasa Yargısında şu koşullar örneklenebilir: Federal bir birliğin veya eyaletin (tüzel kişiliğin) bir kanunu çıkartmaya hiç yetkisi yoksa; iptal edilen alandan sonra kalan alanın Anayasa ile bağdaşan hükümlerinin kendi başlarına bir anlamı kalmıyorsa; aykırı metinden çıkartılan bir parçanın, anlamını ve haklılığını kaybettirdiği genel bir düzenlemenin parçasını tamamlıyorsa; başka ifadeyle, iptal olunacak hüküm, öteki hükümlerle tek tek unsurlarına bölünemeyen, ayrılmaz bir bütün oluşturacak kadar iç içe girmişse bir kanun veya norm bütünüyle iptale konu teşkil eder (Wolfgang ZEIDLER, “Federal Alman Raporu” ANAYASA YARGISI, 7.Avrupa ..., s.45)

Fransız Anayasa Konseyi bir metnin bazı hükümlerinin Anayasaya aykırı olduğunu beyan ederken kalan hükümlerinin aykırılık doğurmadığını vurgulaması, sık rastlanan olaylardır. Bu tür karar hükümlerinin ilk maddesinin “Anayasaya uymama” dan söz ettiği, veya aynı anlamı içermek üzere Anayasaya aykırı olduğu vurgulanan kanun maddelerinin, fıkralarının, cümle unsurlarının neler olduğu açıklanır. Karar hükmünün değinilen maddesinden ayrı bir maddesinde, açıklık kaygısıyla Konseyin incelenmesine sunulan kanunun öteki maddelerinin Anayasaya aykırı olmadığı veya uygun olduğu da saptanmaktadır.

Fransız Anayasa Konseyi kısmen aykırılık kararları verirken, bir metnin bütününden veya bir kısmından ayrılması olanak dışı olan durumları da belirtebilir. Örneğin bir hükmün kanunun bütününden ayrılmazlığını açığa kavuşturabilir, aykırılığını da saptar. Böylece kanunun tümünün yayınlanması engellenir (ANAYASA YARGISI s. 86).

Türk Anayasa Mahkemesi, bakmakta olduğu davanın talebi ile bağlıdır. İstem dışındaki bir hükmün iptaline karar veremez. Yani resen hareket edemez. İtalya’da da benzer durum söz konusudur (1953 tarih 87 Sayılı Kanun/md.27). Talep ile bağlı olma, kaide olmakla birlikte, bunun istisnası olabilir. Çünkü her zaman kaideye bağlılık olanaksızlaşabilir. Örneğin bir normun iptali istenen bölümü, parçası, iptal olunur. Buna bağlı olarak iptali istenmemiş kısımların uygulanma yeteneği kalmayabilir. Yüksek mahkeme durumu gerekçesinde belirtip kısmi iptali, bütüne dönüşürebilir (ARMAĞAN, s.126 vd.).

Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı ve İptal Kararlarının Geriye Yürümezliği Kuralının Sorgulanması Anayasa ve İdari Yargı Kararları Örnekleri

Anayasa kanun veya kanun hükmünde kararnamenin “tamamını veya bir hükmünü iptal”den (md.153/2) söz ederken, 150.maddede öngördüğü iptal konusu olabilen metinlerin “belirli madde ve hükümleri” kapsamında iptal davasına konu olabilecek yasama ürünlerini saymakta ve bu kayıtlamanın doğal sonucu olabilecek “yeni uygulamaya yol açmama” ikazını 153.maddede sürdürmektedir. Elbette aranan koşul, iptal yaptırımında dikkate alınmalıdır. Diğer karar türlerinde yasamaya saygı koşulu ile Anayasa korunmaya devam olunacaktır.

Anayasa Mahkemesi Kararlarının kesin hüküm etkisi vardır (md. 153/1). Yasa gücü işlevini doğururlar, denebilir. Çünkü 1982 Anayasasının hükmü (md.153/son) bir kanun kuralıdır. Burada Kararların tümü kastedilmektedir.

Kararların kesinliği ve bağlayıcılığı bakımından İPTAL ve RED kararları arasında bir ayırım yapılması zorunluluğu görülür. Şöyle ki; 1961 Anayasası döneminde, RED kararlarının bağlayıcılığı karar konusu dava ve itiraza ilişkin idi: Red kararına konu olan norm, daha sonra yeniden itiraza uğrayabiliyordu. Fakat Anayasa Mahkemesinin kararlarını değiştirebilmesi, içtihatlarda aranan denge ilkesini de yıpratır. 1982 Anayasası bir davada “esastan red” verilmesi durumunda aynı konuda yeniden başvurma koşulunu 10 yıl dondurur (md.152). Bu sürede iptal ve red kararlarının bağlayıcılığı aynı konumludur.

Anayasa Mahkemesinin verme olanağını bulabildiği red kararı “Anayasa uygunluk yargısı”nı simgeler. İptal kararları parlamentoya yol gösterici niteliktedir. Anayasaya göre Anayasaya uygunluk denetimi yapmaya yetkili tek organ yüksek mahkemedir. Verdiği red kararı ile 10 yıl bağlı kalmaktadır. Anayasa Mahkemesi bir inceleme sırasında kurallara verdiği anlam, gelecek incelemelerinde bağlayıcı değildir. Ancak, ANAYASA, HUKUKUN GENEL İLKELERİNE verdiği anlamı değiştirmemeye, İNSAN HAKLARINA SAYGIYI amaç edinip DEMOKRATİK HUKUK DEVLETİ yaklaşımına uygun yoruma özen göstermektedir.

3- Anayasa Mahkemesi Kararları GEREKÇESİNİN Bağlayıcılığı

a- Birkaç yabancı uygulama örneği

Fransız Anayasasının 62/2. fıkrası, anlamı yönünde KONSEY tarafından birkaç kez doğrulanmıştır. Kararların herkesin itirazına açık olması, yalnızca inter partes değil, erga o m n e s yönünde de olmasını kapsar.

Anayasa Konseyi (16 Ocak 1962 tarih ve 62 - 18 L Sayılı Kararında sözü geçen 62.maddenin öngördüğü hükümler uyarınca) kararlarının, “kamusal erkler ve bütün idari ve kazai makamlar için geçerli” olacağına dikkat çekilmektedir. Daha da önemlisi vurgulanan bu hükümlerle “kastedilen kararların yetkisinin sadece KARARLARIN HÜKÜM FIKRASI İLE DEĞİL, kararlara gereken destek niteliğini taşıyan ve TEMEL OLUŞTURAN GEREKÇELERLE” dahi bağlı olunacağına işaret olunur. Anayasa Konseyi kararlarında tanımlanan gerekçelendirme, kazai ve idari yargı olaylarında hüküm fıkrasını olanaklı olduğunca destekleyen yoğunluğuyla, kesin hüküm değerine benzer bir bağlayıcılık sonucu doğurur.

Fransız Anayasa Yargısında, kararların **gerekçeli** olma zorunluluğu, 7 Kasım 1958 tarih ve 58-1067 nolu Kararnamenin 20, 26 ve 28.maddelerinde açık bir biçimde saptandığı üzere **her karar**, vizeler artı GEREKÇELER (mucip nedenler) artı KARARIN YÖNÜNÜ GÖSTEREN BİR HÜKÜM FIKRASINI içermektedir. Anayasaya aykırılık beyanından önce, sebeplerin vurgulandığı bir GEREKÇE bölümü yazılır. Fransız Anayasa Konseyi, aynı biçimde başvuru sahiplerinin ileriye sürdüğü aykırılık unsurlarını, açıkça cevaplamaya dahi önem verir. Ancak bir hükme aykırılık kararı verdikten sonra, bu hükme karşı öne atılan diğer itiraz unsurları konusunda görüş bildirme konumunda değildir. Kararların kesin şeklinin sunuluşu aynı kalmakla birlikte, içerikleri, uygun bulunan çözümün yönüne göre yönlendirilmektedir²⁴.

Anayasa yargılaması sonunda doğan karar türleri iki biçimde oluşmaktadır: Uç durumları simgeleyen kararlar (ki, bunlar Anayasaya aykırılık kararı ve Anayasaya uygunluk kararıdır), ara durumları kapsayan kararlar. Bu sonuncu tür kararlarda, Konseyin bir Anayasaya aykırılık durumunun giderilmesi konusuna açıklık getirmesi veya uygulama şekillerini yönlendirme kaygısından kaynaklanan özel unsurlar soruna karışmaktadır²⁵.

Fransız Anayasa Konseyinin ara durumları simgeleyen şu kararların türlerini hatırlatmakla yetinelim: Yukarıda değinilen kısmen aykırılık kararı, metnin tümünden veya bir kısmından ayrılmaya olanak bulunmayan aykırılık kararı, nö-türleştirici kararlar (yorum getiren kararlar), aykırılığı gidermeye açıklık getiren kararlar, bir normun uygulanma koşullarına değinen kararlar. Konseyin anılan iki ana karar türü yanında, bütünlüyci, ikame edici değerlerdeki kararları da önem arz eder. Bütün bu anlatılanlardan dikkatimizi çeken nokta, Anayasayı koruma yönünde pozitif belgelerde dayanak bulma asıl olmakla beraber, çözümsüzlükleri gidermede başvurulana ve geliştirilen karar mekanizmalarıdır. Bu kararların gerekçeleri kesin hüküm gücünü taşıır²⁶.

Federal Alman Anayasa Yargısının ürettiği kararlar da öteki mahkemelerin kararları gibi kesinlik içinde doğarlar. Bir karar gerekçesinden HÜKÜM BEYANININ anlamını ortaya koyabilmede yararlanılabiliyorsa, kesin hüküm karar gerekçesinin içerdiği hüküm unsurlarından değil, sadece KARAR BEYANINA ilişkin gözlenir. Kesin hüküm hem Federal Anayasa Mahkemesini, hem de inter partes bağlayıcılık kapsamındadır. Önceden verilen bir kararın oluşturduğu kesin hüküm, aynı hacimli davalar için bağlayıcıdır. Dikkat edilmesi gereken konu, önemli hukuki konuların benzerliğinin yeterli olmadığıdır²⁷.

Federal Alman yüksek mahkemesi; kanunun Anayasa ile bağdaştığını, bağdaşmadığını veya hükümsüzlüğünü kararlaştırırsa; KARAR ya bozma yönünden olumsuz, ya da tespit bakımından olumlu kanun gücünü taşıyacaktır. Federal

24 Bilgi için bk.: ANAYASA YARGISI, s. 83-84, 85, 83-92.

25 Bilgi için bk.: ANAYASA YARGISI, s. 83-84, 85, 83-92.

26 Bilgi için bk.: ANAYASA YARGISI, s. 83-84, 85, 83-92.

27 Federal Anayasa Mahkemesi Kararlarının tesir alanı ve karar gücünün doğurduğu güvence konusunda bk.: SCHLAICH, s.194-211; ZEIDLER, s. 61-68.

Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı ve İptal Kararlarının Geriye Yürümezliği Kuralının Sorgulanması Anayasa ve İdari Yargı Kararları Örnekleri

Adalet Bakanı Karar beyanını R.G.'de yayımlamakla yükümlüdür (BVerfGG/md. 31/2.f). Ancak mahkemenin verdiği kararların olası yasa gücünde oluşunu, kendisinin belirlediğini, özellikle esaslı norm denetiminde gerekçeden öğrenmekteyiz. Çoğu kararlarda itirazı reddetme, itiraz olunan kararları bozma ile yetinmekte olan mahkeme, konuyla ilgili tespitinin metinde açık ve kesin olarak belirtme olağından da yararlanmadığını gözleriz²⁸.

Federal Anayasa Mahkemesi Kanununun 31.maddesi ilk fıkrasında mahkeme kararlarının bütün Anayasa organlarını, yargı ve resmi makamları bağlayacağı kesin bir ifadeyle vurgulanmaktadır. Örneğin radyo kuramlarıyla ilgili bir kararında mahkeme ilkeler saptar. Radyo kurumları bu ilkelere göre Siyasal Partilere reklâm için yayın saati ayırabilecek veya reddedebilecekti. Karar bütün radyo kuramlarını, Siyasi Partiler karşısında sorumlu kılıyordu²⁹.

Federal Anayasa Mahkemesi bir metnin Anayasaya aykırı olduğunu açıkladıktan sonra, kararın bağlayıcılığından dolayı kanun koyucu aynı metni yeniden çıkartamaz³⁰.

Federal Anayasa Yargısında BAĞLAYICI etkinin anlamı, sadece KARAR BEYANINI ve ilgili KARAR SEBEPLERİNİ kapsar. Gözlem odur ki, KARAR GEREKÇESİNİ açıklamak üzere mahkemenin genellikle giriştiği ayrıntılı açıklamalarla ürettiği her ifadeyi tek tek içermediği anlaşılmaktadır. Özetle genel içerikten koparılmış cümlelerin kutsallaştırılması hoş karşılanmamaktadır. Uygulamada bütün soruların cevaplandığı söylenemez. Örneğin Demokratik Alman Cumhuriyeti ile yapılan bir anlaşmayla ilgili verilmiş bir kararda, HÜKÜM GEREKÇESİNDEKİ bütün beyanları, anlaşma içeriğinin kendisiyle ilgili olmayan beyanları zorunlu, yükümlü kılıcı sebepler olarak değerlendirdiği gözlenir³¹. Karara karşı şiddetli eleştiriler yöneltildiği de bir gerçek. Federal Anayasa Mahkemesi eleştiriler üzerine bir daha geniş kapsamlı tasvirlerde bulunmayacaktır. Özellikle konuları daha yakından izleme şansına sahip mahkemelerin işi olabilecek olaylarda, basit kanunların yorumlanmasını içeren olaylarda bağlayıcı etkiye sebep olmamaya özen gösterilmektedir. Ne var ki, Anayasanın **kapsadığı ölçütleri** bir kanunun yorumlanması için **bağlayıcı şekilde saptamak**, herhalde yüksek mahkemenin görevindedir. Örneklersek, Federal Alman Anayasa Mahkemesi bir metnin, bazı esasen olanaklı yorumlarının, anayasaya uygun bir yorumla bağdaşmadığını açıklarsa, hiçbir mahkeme bu olası yorumların Anayasaya uygunluğunu gösteremez³².

Alman ve Fransız Anayasa Yargılarında GEREKÇENİN önemi, gerekçenin hüküm fıkrasını desteklediği ölçüde bağlayıcı olacağı gözlenebilir. Bu başlıkta anlatılanlar, gözlemler bu yöndedir.

28 SCHLAICH, s.201-204; ZEIDLER, s.61.

29 SCHLAICH,s.203-204; ZEIDLER, s.61-62; W.GEIGER, "Die Grenzen der Bindung verfassungsgerechlicher Entscheidungen" NJW, s.1057-1060.

30 BVerfGE 1,14 (36 vd.).

31 Bk.: BVerfGE, 36,1(36). Ayrıca SCHLAICH s. 204-210; GEIGER, s. 1058.

32 ANAYASA YARGISI, s. 62.

Türk Anayasa Yargısında GEREKÇENİN bağlayıcılığı konusuna aşağıda dönelecektir. O kadar ki, “iptal kararları gerekçesi yazılmadan açıklanamaz” derken, iptal kararı hüküm fıkrasının dayanakları hemen önem kazanıyor. Anayasanın 153.maddesine uygun olarak ele alınmış olduğu gözlenebilir konumda gözlenen Anayasa Mahkemesi Kuruluş Kanunu (md.53) birlikte değerlendirilirse, “BAĞ-LAR” anlamında gerekçenin bağlayıcılığı dahi içkindir³³.

b. Türk Anayasa Mahkemesi Kararlarının gerekçesi

Acaba kararların hüküm fıkrası yanında gerekçe de bağlayıcı mıdır? Bu sorun tartışmalıdır. Türk Hukuk Sisteminde genellikle iltifat gören yaklaşım, Anayasa Mahkemesinin kararlarında öngörülen GEREKÇENİN BAĞLAYICILIĞINDAN çok yol gösterici ve açıklayıcı olmasıdır. Aksini savunanlar şu teze dayanır: Anayasa ayırım yapmadan, yüksek mahkeme kararlarının (Anayasa Mahkemesi Kararları ... bağlar) yukarıda vurgulanan (md.11, 153/son) organ, kurum ve kişileri bağladığı yönündedir. Ayrıca kararların, hüküm fıkrası ve gerekçesi ile bir bütünlük oluşturması asıl olduğuna göre, gerekçede bağlayıcı olacaktır³⁴.

Anayasa Mahkemesi Kararlarının kesin olduğu, iptal kararlarının gerekçesinin yazılmadan açıklanamayacağı (md. 153/1) öngörülmüştür. Bu durum, öteki karar türlerinin gerekçesi yazılmadan da yayımlanabileceğini akla getirmektedir. İptal tekniği, Anayasaya aykırılığı giderir, önemli bir işlevi amaçlar. İptal edilen bir normun yürürlükten kalkması olayı, ister istemez iptal davasının ve sonucunun nedeni önemli olduğunu doğrular. Öyleyse “iptal kararlarının gerekçesi yazılmadan açıklanamaz” hükmü, önemli sonuçlar doğurabilecek iptal davasının öneminden ötürü değerlendirilmelidir.

1961 Anayasası, Anayasa Mahkemesi Kararlarının kesin olduğunu, gerekçeleri yazılmadan açıklanamayacağını (md. 152/1) belirtirken, 1982 Anayasasının (md. 153/1) sadece iptal kararlarının açıklanabilmesi için gerekçesinin yazılması zorunluluğunu getirmesi, kanun koyucunun bu sorunu önemle ele almasını yansıtır. Yoksa öteki tür kararların önemsiz olduğu anlamına gelmez. 153.maddenin gerekçesinde yalnızca iptal kararının gerekçesinin yazılıp yayımlanmasının nedeni vurgulanmamıştır. Öteki karar türlerinin gerekçeli yayımlanma koşulunun olup olmadığına değinilmemiştir. Gerçekten bir açıklık olmamasına karşın, her iki Anayasa maddelerinin son fıkralarında “Anayasa Mahkemesi Kararları ... bağlar” denirken kararların bağlayıcılık niteliğinin paralel olduğu kesindir. Zaten “Anayasa Mahkemesi Kararları gerekçeli olarak yazılır” (2949 Sayılı Kuruluş Kanunu - md.53) hükmü öngörülmüştür. Buradan kalkarak “iptal kararları gerekçesi yazılmadan

33 Fd.Alman yargısında Gerekçenin bağlayıcılığı şöyle vurgulanır: “Nach der ständigen Rechtsprechung des BVerfGE binden aber auch die “t r a g e n d e n G r ü n d e” der Ent- scheidung, soweit sie Ausführungen der Verfassung enthalten”. Bu ifade SCHLAICH’indir. Ayrıca Federal Alman Anayasa Mahkemesinin şu kararına bk.:BVerfGE 1,14 (37)/Südwest- staatsurteil. Burada, ilk kez özlü bir cümleyle, ihata edici sebepler (hüküm fıkrasını destekleyici sebepleri) bağlayıcı etki kapsamında yansıtılmıştır. Daha sonraki BVerfGE gelişimleri için bk.: BVerfGE 19, 377(392); 20, 56 (87); 40, 88 (93 vd.) ve bağlayıcı etkinin sınırları için BVerfGE 69, 112; GEIGER, s. 1058.

34 Bk.: ÖZBUDUN/ALİEFENDİOĞLU, s. 188-189; SCHLAICH, s.201; ARMAĞAN s.149; TEZİÇ, s.212.

açıklanamaz” Anayasa kuralının, bir “istisna” mı olduğu sorulabilir. Ancak kuruluş kanunun anılan maddesinde “gerekçeli yazılır ... ilgililere bu şekliyle tebliğ olunur” sözlerinden herhalde İPTAL KARARI dışındaki karar türlerinin de gerekçeli yayınlanma zorunluluğu düşünülmelidir. Dolayısıyla kararların bağlayıcı ağırlığı konusunda paralel düşünmeli ve hüküm fıkrasının gerekçelere dayandığı gerçeği karşısında, gerekçenin bağlayıcı olduğunda duraksamamalıdır.

III. İPTAL KARARLARININ GERİYE YÜRÜMEZLİĞİ ve ZAMANA GÖRE ETKİLERİ

A. İptal Kararlarının Niteliği

Kuşkusuz Anayasaya uygunluk denetiminin birincil yöntemi, Anayasaya aykırılığı varsayılan normun Anayasa Mahkemesi kanalıyla İPTAL yaptırımına bağlı kılınmasıdır. Doğaldır ki, bu yöntem Anayasa k u r a l l a r ı ve bu kuralların çatıştığı alt kurallarla bir uyumsuzluk davasının görülmesini gerektirir³⁵. Türk Anayasa Mahkemesi İPTAL davası için “Anayasa, Anayasaya aykırı hükümlerin yürürlükten kaldırılması, kısaca ayıklanması için “iptal davası” müessesesini kurmuştur” der³⁶. İptal davası tekniği, kişilerin bazılarının çıkarlarının korunmasına dönük, doğrudan uygulanabilen bir dava biçimi değildir. İptal tekniği Anayasaya aykırılığı gidermede kullanılır. Anayasanın üstünlüğü ilkesi, uygulamada sağlanmaya çalışılır. Kamu yararı amaçlanır. Bu cümleden olarak açılan iptal davasının geri çekilmesi, davadan vazgeçilmesi, Anayasa Mahkemesinin davaya bakmasını engellemez³⁷. Anayasa Mahkemesi İPTAL kararı kesindir (md. 153/1). Böyle bir kararın verilmesi, ikinci bir iptal kararının verilemeyeceği anlamını simgeler. Yani iptal edilmiş normlar artık iptal davasının konusunu teşkil edemez. İptal yaptırımının bir diğer sonucu, kararın aleyhine hiçbir mahkemeye başvurulamayacağıdır. Olsa olsa iptal kararlarının değiştirilmesi, ortadan kaldırılabilmesi yetkisi yüksek mahkemenin kendisine ait olabilir³⁸.

Kararların bağlayıcı özelliği vurgulandı (md. 11, 153/son). Yasama organı, Anayasayı yorumlayan bir yüksek mahkeme kararına da uymalıdır. Ancak yasama, karara konu olan normu kaldırabilir ve kararı konusuz bırakabilir³⁹.

Türk Anayasa Mahkemesi iptal kararı veya öteki karar türlerinin gerekçeleriyle ilgili olarak hüküm fıkrasını “ihata” eden sebepleri (Die “tragende Gründe”) anılan yabancı Anayasa yargı yaklaşımları gibi bağlayıcı konumludur. Zaten Anayasa açık bir biçimde “bağlar” diyor⁴⁰. “Bağlar” sözcüğünün öznesi, “Anayasa Hükümleri” ve “Anayasa Mahkemesi Kararları”dır. Bu kavram içinde (karar be-

35 İptal davasına “Soyut Norm Denetimi” Yolu denmektedir (SCHLAICH), s.67).

36 11.2.1971 T., E. 1971/3, K. 1971/17,(AMKD, Sayı:9, s.305-306) Sayılı Karar.

37 Bk.: ARMAÇAN, s.146-147; SCHLAICH,s. 166-167; KIRATLI, s.177.

38 ARMAÇAN,s. 148.

39 BVerfGG’ye göre (md.31/1,2)“gerekçe”nin bağlayıcılığı vurgulanır. Kararlar kanun gücündedir (SCHLICH, s.201). Kararların hangi durumlarda bağlayıcı olduğu 13.maddede sayılmıştır. Kararın kanun gücünde olması, onun işlevsel niteliğini yansıtır. Yüksek mahkemenin görevi, hukuku bağlayıcı bir biçimde söyleyip çözüm getirmektir.

40 ARMAÇAN, s.149; SCHLAICH, s.204-210; 1982 Anayasası md.11, 153/son.

yanında) kuşkusuz hükmün geçerliğinin “esbabı mücibesi” içkindir. “Gerekçe”nin yazılmadan açıklanamaması kuralı, onun nedenli önemli olduğuna kanıttır. Gerekçenin “bildirici” olduğu varsayımını kabul etsek bile, bu kez “bildirici” mahiyetin “bağlar” olduğu sonucuna ulaşılacaktır. Aslında Anayasaya göre kararın özne olması, öznenin bir bütün oluşturması, kendi parçalanmasına izin veremez.

Anayasa Mahkemesi, kararını değiştirmesiyle bağlayıcılık kalkar. Geriye yürümezlik, sorununa cevap ve çözüm aranırken “iptal” olgusunun niteliğini doğru bir biçimde tespit etmelidir. İptal, aykırılığın belirlenmesine yöneltilmiş bir yaptırımdır. Belirtilmeli ki, hukuka aykırılık, aykırılığın yargı yerinde belirlenmesi anında değil, söz konusu bir işlemin yapıldığı sırada oluşarak geçerliğini etkileyecektir. Konuya Anayasaya aykırılık bağlamında yaklaşırsak; Anayasaya aykırı olan bir norm, Anayasa konmadan önce çıkarılmış ise, Anayasanın yürürlüğe sokulmasıyla; Anayasadan sonra çıkarıldıysa, Anayasanın çıktığı anda Anayasaya aykırı düşer. “Sonradan hadis olan bir Anayasaya aykırılık kabili tasavvur değildir”⁴¹. Kuşkusuz Anayasaya aykırılık denetiminde, işlemi ilgilendiren bir sakatlık tespiti, iptal hükmünü gerektirip ardından söz konusu işlemin “geri yürür” biçimde ortadan kalkmasını doğurur. Başka anlatımla, bir iptal kararının yaptırım olgusunu içermesi, Anayasaya aykırılığın vücut bulması anından itibaren aykırılığın yok edilmesini ve hukuk düzenin aykırılık taşımayan bir düzene kavuşması, doğmuş olan aykırı sonuçların olanak elverdiğince yok edilmesi, iptal hükmünün “geri yürümesi” zorunluluğunu doğuracaktır.

Öte yandan “yokluk” kavramını, “iptal” kavramından ayırmak gerekmektedir. “Yokluk”, bir işlemin hukuken hiç doğmadığını, “iptal” ise bir işlemin sakatlık içermesi sebebiyle, yargıca kaldırılması sürecidir. “Yokluğun” belirlenmesi için Anayasa Yargısına gereksinim bulunmamaktadır. Onun için “Anayasanın üstünlüğü” kuralı karşısında, kanunların Anayasaya aykırılığı sorunu, kanunun “yok” sayılmasını akla getirmemelidir.

Anayasaya aykırı bir kanun, aykırılık bağlamında hiç “yürürlük” kazanmamış veya kanunun doğumuna “çok ağır bir sakatlık” doğurması varsayımı, üstünlük kuralı sebebiyle “kanun yoktur” kanısını oluşturabilir. Ne var ki, bu durum kanun işlemi doğumuna yönelik çok ağır bir sonucu simgeler. Kanunun Anayasaya aykırı doğmasını, onun “yokluğu” olgusu, iptali gerektiren bir “sakatlık”tır. “Yokluk” keyfiyetinde, hiçbir sonuç doğmamış, dolayısıyla “geri yürüme”, “geri yürüme” söz konusu edilemez. Ama iptal hükmü verilince, kanun artık yoktur ve hiçbir sonuç doğuramayacaktır.

Kelsen, “batıl olmak, hukuken mevcut olmamak anlamına gelir” derken, “yokluk” ve “iptal” kavramları ayrımlarına (değindiği üzere) önem vermediği söylenebilir⁴².

41 Bk.Paola ROSSI, “Ceza Kanunlarının Anayasaya Aykırılığının Kontrolü” (Çev.Ö.TOSUN), İHFM, C.XXIX,s.338.

42 Hans KELSEN, “Judicial Review of Legislation (Comparative Study of Austrian and American Constitution)”, The Journal of Politics, Vol.4.1942, s.190-91. Kelsen, Anayasa Yargısının bir kanunu iptalini, “negatif yasama işlemi” olarak niteler. Ona göre, kanunu iptal eden bir karar, kanunu

B. Geriye Yürümezlik Kuralının Kapsamı

Anayasa Mahkemesi Kararlarını konumlandırabilmek için mahkeme kararlarına konu olmayan sorunları (ki, bunlar istisnai mütalâa, davanın esasına karar verme, iptal kararının kapsamını gösterme, uygulanacak kanunu belirtme, görevli merciyi göstermedir), mahkeme kararlarının konusunu (örneğin Anayasa uygunluk denetimi yapıldıktan sonra verilecek kararda hangi hususlar, nasıl oluşturulacak: Önce Anayasaya uygunluk düzeyini saptama artı İPTAL), kararların ne kadar zamanda verileceği (burada iptal davası yöntemiyle gelen itirazlar ve dava mahkemesi kanalıyla gelebilecek itirazlar göz önüne alınır), kararların üreteceği etkileri (ki, bunlar sülhler yönünden, müddet yönünden, dava mahkemelerinin davranışı yönünden, Anayasa Mahkemesi kararlarının mahiyeti ve nitelikleri konularını kapsar) karşılaştırmalı olarak sorgulanmalıdır.

İncelemenin en can alıcı noktası e x t u n c kuralının Anayasa Mahkemesi Kararlarında nasıl uygulanması gerektiğidir.

1. Kanunların ve Anayasa Mahkemesi İptal Kararlarının Geriye Yürümezliği

a. Kanun ve bazı kavramlar yönünden değerlendirme

i. Kanunların “makabline şamil” olması

Konumlandırmaya “hangi kanun” ne zaman uygulanmalıdır sorusu ile başlanabilir. İç hukukta nitelik ve konusu aynı olan iki kanun, aynı zamanda uygulanamaz kuralının sonucu “lex posterior derogat priori”dir. Özetle kanunlar uygulamada birbirini izler. İzleme karışıklığına son vermesine karşın sorunlar doğmaktadır. İzleme yaklaşımından çıkılarak sorunun “geçerlilik” sorunu olduğu söylenmektedir. Bunu da geçerliliği düzenleyen üst norma bakarak çözmek olanaklıdır: Sonraki kanunun öncekini kaldırması. Ancak uygulama sorunlar doğurmaktadır. Nedeni “izleme” konusundaki normlar, göreceli - esnek özellikleri içerir. Nihayet yürürlük kavramını temel alarak uygulama sorunlarını üç boyuta ayırabiliriz: Yürürlük bulma, yürürlük sırası ve yürürlükten kalkma sorunları. Yürürlük sırasında ortaya çıkan sorunları vurgulamak gerekirse bunlar, 1- Kanunun yürürlüğünden başlanarak ilişkili olduğu olaylara uygulanması, 2- Yürürlükten önceki olaylara uygulanabilmesi, 3- Kanun yürürlükte ama önceki kanun geçerliğini sürdürür. Demek oluyor ki, izleme normuna üç yardımcı norm eklenebilecektir. İşte asıl kuramsal sorun, yardımcıların konumlandırılmasında önem kazanmaktadır⁴³.

“ilga” eden başka bir kanunla aynı niteliği taşır. Ve Fed. Yüksek Mahkemesinin bir kanunu Anayasaya aykırı bulması sonucunun “geri yürür” nitelik taşıması, ABD Anayasası bağlamında kanunların “geri yürümesi” kuralıyla çatışır. Nedeni ise, “geriye yürür” nitelik içeren bir iptal olgusu dahi bir “yasama işlemi” niteliğini yansıtır (Kelsen, s. 187 vd.). Türk doktrininde, Anayasa Yargısının bir yasama işlevi olmadığı, uygunluk denetimi olduğu, o nedenle yargısal bir işlem olan “iptal” in yasama işlemine benzetilemeyeceği vurgulanmıştır (Bk.Y.G.ÖZDEN, “Anayasa Mahkemesi Kanun Koyucu Gibi Hareketle, Yeni Bir Uygulamaya Yol Açacak Biçimde Hüküm Tesis Edemez” Kuralına Nasıl Gelindi? Bu Kural Nedir? Ne Değildir?”, ANAYASA YARGISI-2-Ankara 1986, s.41, 72 vd.)

43 Bk.:Tekin AKILLIOĞLU, “Yasaların (Anayasaya dahil) Zaman İçinde Uygulanması”, ANAYASA YARGISI, Anayasa Mahkemesinin 22.Kuruluş Yıldönümü nedeniyle..., Ankara, 1984, s.279vd.; Ba-

Kanunların “makabline şamil” olması kuralı, Medeni Kanunun uygulanmasına ait kanunda yer almaktadır (md.2). Madde hükmünde kamu düzeni ve umumi adaba ilişkin konularda, “haklarında istisnai bir hüküm mevcut olmayan bütün hadiselere” geriye yürümenin olabileceği anlaşılmaktadır.

Alman literatüründe iki tür geriye etkiden (geriye yürümeden) söz edilmektedir: 1- Gerçek geriye etki, 2- Gerçek olmayan geriye etki⁴⁴. Eğer bir kanun kaldırıldığında, bu kanuna dayalı olarak gerçekleştirilmiş olan hukuki işlemlere bir etki doğuyorsa ve hukuki durum değişikliği doğuyorsa, özetle bu durum, yaklaşık olarak sonradan açıklanabilirse; belirli bir davranış ya da muamelenin cezalandırılabilir olması veya tazminatla yükümlü kılmada “gerçek” geriye etki’den söz edilir. Buna karşı, sadece geçmişte gerçekleşmiş olan olayların ya da hukuki işlemlerin gelecekteki hukuki sonuçları için “gerçek olmayan geriye etki” söz konusudur. Örneğin savaş fedakârlıklarının bir değişiminin gelecekteki etkisi...⁴⁵.

Fed.Alman Anayasa Mahkemesi içtihadı, sadece “gerçek olmayan geriye etki” de birlik göstermektedir⁴⁶. Hukuk devleti ilkesi, hukuk güvenliği esasını içerir. Vatandaşların güvenin korunması, hukuk devleti ilkesinden çıkarılır. Geçerli hukuk, onların yararlarını korumak ve zarar görmemelerini sağlamalıdır. Vatandaşların devlete güvenin sağlanması, ancak yarar ve zararlara uğramamalarını güveneye alabilen düzenlemelerle olabilir. Örneğin bir yapı tasarruf sözleşmesi yapan, sözleşme bitimi tarihinde, tüm sözleşme ilişkisi süresi boyunca devam eden yapı tasarrufu katılım paylarından oluşan bir vergi indirimi olanağıyla hesap yapma hakkına sahiptir. Bu cümleden olarak, kanun yararının zorlayıcı sebepleriyle talep doğuruyorsa, açık olmayan bir hukuki durumun tasfiyesine gidilmek gerekiyorsa, eğer bir hukuki durum ilişkisi güveni koruyucu yarar sağlamıyorsa veya güven devamlılığı gösterilemiyorsa, sadece bir yük yükleyici kanunların “gerçek olmayan geriye etkisi” “caiz” dir⁴⁷.

“Gerçek geriye etki”; kısmen “gerçek olmayan geriye etki” den sert bir ayrılık, kısmen onunla benzer bir durum oluşturur⁴⁸. Daha sonraları Fed. Alman Anayasa Yargısı; hukuk güvenliği esasını; bir yön belirleyici normların “geriye etki” doğurucu değişiminde, geçmişte yapılan işlemlerin gelecekteki sonuçlarının değişimine, kapsayıcı, daha güçlü bozukluk getirebilmesi olasılığında dikkate almıyordu. Esasen hukuka bağlı olma, işlemlerin yapıldığı tarihteki talebe göre gerçekleşmektedir. Dolayısıyla hukuk güvenliğinin hukuk devleti esasıyla hareketle “gerçek bir geriye etki” sadece hukuki zorunlulukların ya da taahhütlerin tamamlayıcı olarak yumuşamasını sağlayabilmek bakımından (eski söylemle) “kabili telif” olabilir⁴⁹.

kır ÇAĞLAR, “Doç.Dr. BAKIR ÇAĞLAR’IN YORUMU”, ANAYASA YARGISI, s.292 vd.

44 Bk.; STEIN, s. 47.

45 Bk.; STEIN, s.47.

46 BK. BVerfGE 13, 261 vd.; 14, 288 vd.; STEIN, s. 47 (dgn.5).

47 STEIN, s. 47-48.

48 Bk. BVerfGE 14, 288 vd., 296 vd.; 25, 371 vd., 403 vd. STEIN, s. 48.

49 STEIN, s. 48.

Kanun koyucu; hukuk devleti esasları bağlamında çıkaracağı kanunların içeriğinin, maddi Anayasa normlarına uygun düşmesini gözetmek zorundadır ve temel hak ve özgürlüklerin egemenliği doğrultusunda kanunları oluşturabilir. Gereklî esaslar, yargı ve öğreti kanalıyla hukuk devleti ilkesinden çıkarılır. Hukuk güvenliği esası da hukuk devleti ilkesinden kaynaklanır. Ve bu esas, kati bir gerekliliği simgeler. Kanunların çeşitli anlamlılığı içeren biçimiyle oluştuğu ya da sadece “extrem” durumlarda Anayasaya aykırılık olasılığında iptali söz konusu olacaktır. Dolayısıyla geçmişte vatandaşın devlete güvenerek yaptığı işlemlerle kazandığı hakların kaybedilmesi durumu, hukuk devleti ilkesi bağlamında hukuk güvenliği esasını doğurmuştur. Hukuk güvenliği aynı zamanda geleceğe dönük, yaşayan hukukla paralel bir kavramdır. Ancak Anayasanın üstünlüğü kuralı, Anayasaya aykırı kanunların temizlenmesini de gereklî kılar. İşte bir kanunun iptaliyle Anayasaya aykırılık giderilirken, bizim hukukumuzda da kanunların “makabline şamil” olmaz ilkesi, genel bir kural olarak benimsenmiştir. Başka anlatımla, kanunlar geçmişte yapılan işlemleri kaldıramaz. Yani çıkarılan bir kanun “geriye yürümez”. Ne var ki, bir kanunun ve iptal kararının geriye yürümezliği genel bir kural olmasına karşın, Alman literatüründeki yaklaşımda izlendiği kadarıyla ve Türk doktrininde de adalet ve hukuk güvenliği kavramlarının, gün olur “geriye etki” ya da “geriye yürüme” kavramını gündeme getirebileceği tartışılmış, tartışılmaktadır.

Hukuk kurallarının geriye yürümezliği kesin bir kural değil, genel bir ilkedir⁵⁰. İşaret olunduğu üzere, “bir kanun kural olarak yürürlüğe girdiği tarihten sonraki olayları düzenler. Bu, hak ve adaletin bir gereğidir”. Bununla birlikte, kanunlar gereksinim ve zorunluluk durumunda “hak ve adalete aykırı düşmemek” koşuluyla yayımlarından önceki olayları kapsayabilir, özetle “geriye yürüyen kurallar” içerebilirler⁵¹.

Kanunların yayımından önceki olaylara uygulanabilirliği (makabline şamil olma) konusunda Anayasa Mahkemesi, aşağıda dipnot 56’da verilen kararında, kanun niteliğini vurgularken “geleceği düzenleyici” olması, “geçmişe uygulanmaması” gerektiğini yansıtır. Gerek 1961, gerek 1982 Anayasalarında “makable şamil olmama” pozitif bir ilke değildir. Ancak Anayasanın 38.maddesi Ceza Hukukumuzda önemli bir ilke olan “kimse, işlediği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz” kuralı istisnasıyla, “geriye yürümezlik” kuralını öngörmüştür. Bunun karşı anlamı, eğer kuramların geçmişe uygulanmaması bir genel ilke olsaydı, istisnanın Anayasada yer almaması gerekirdi. “Makabline şamil olma” için 21 Sayılı 1962 tarihli “temsil ödenekleri” ile ilgili kanunun yürürlük tarihi olarak “25 Ekim 1961” tarihini göstermesi örneklenebilir.

ii. Anayasaya göre kanunların geriye yürümezlik yasağı ve Anayasa Mahkemesinin “kazanılmış hak” ka bakışı

Anayasa göre geriye yürümezlik kuralı, yalnız Ceza Hukuku yönünden (md.38/1-2) öngörülmüştür. Doktrininde ex nunc kuralı hukukun genel ilkeleri ara-

50 AKILLIOĞLU, s.279.

51 T.B.BALTA, *İdare Hukukuna Giriş*, Ankara 1968/1970, s. 118.

sında değerlendirilmektedir⁵². Anayasa Mahkemesi yorumunda ise genel ilkelere anayasal nitelik tanındığı ölçüde, önceki kapsamama anayasal niteliktedir⁵³. Ceza-
nın kanunilik ilkesi dışında diğer hukuk alanlarında, anayasal dengeleri bozmaya-
cak yönde kanun koyucu ex tunc kuralını öngörebilir⁵⁴.

Geriye yürümezlik tanımında başvurulan deyim “kazanılmış hak” sözüdür. Eğer bir kanun çıkarıldığında “kazanılmış hak”ka zarar veriyorsa “makabline şa-
mil” olgusu doğar. “Kazanılmış hak” için birlik sağlayan bir tanım da yapılamamaktadır. Anayasa Mahkemesi birçok kararında kazanılmış hak tanımına girmiş-
tir. Kararlarda vurgulanan önemli noktaları toparlarsak şöyle özetlenebilir: Kanun
koyucu bir statü kurarken, statüye dahil olmak için eskiden var olan bir olanağı bu
kez benimsememişse, “müktesep hak” iddiasına destek olunamaz. Kanun koyu-
cunun Anayasa dengelerine bağlı kalmak koşuluyla şekillendirme özgürlüğü var-
dır⁵⁵. Mahkemeye göre, kural olarak kamu yararını gözeten, geleceği düzenleyici,
soyut, kişisel olmayan genel hukuk kurallarını içeren kanunların koyulabileceğini;
kanun önceye dönük, kişisel olan hukuki durumlar için özel kural öngörüyorsa
geriye yürür niteliktedir. Geçmişte hükmünü tamamlamış, bir bakıma özel olarak
gerçekleşmiş olaylar için kazanılmış hakların korunması amaçlanmaktadır. Böyle
durumları tasfiye edecek hiçbir Anayasa kuralı olamaz⁵⁶. Kazanılmış hak bir ceza
kuralı uygulamasında savunulamaz. Kişiye tanınan haklar (emeklilik hariç) kay-
bedilebilir⁵⁷.

Anayasa Mahkemesi, geriye yürümezlik konusunda kazanılmış hakka do-
kunmamayı da yeterli bulmadığı anlaşılmaktadır. Deyimin işlevsel olduğu alanın
mülkiyet hakkı, özellikle Özel Hukuk yaşamı olduğuna işaret olunur. Özel mül-
kiyet konusuna dahil olmayan şeylerde kazanılmış hakkın savunulamayacağına
da işaret ediliyor⁵⁸. Statü hukukuna dayalı, nesnel, düzenleyici işlemlerin egemen
olduğu Kamu Hukuku alanında bu tür haktan genellikle uzaklaşmaktadır. Sta-

52 Bk.: Lütfi DURAN *İdare Hukuku Ders Notları*, İstanbul, 1982, s. 412.

53 Bilgi içi bk.: H.İ.BIYIKLI, “Fransız ve Türk Hukuk Sistemlerinde İdari İşlemlerin GERİYE YÜ-
RÜMEZLİĞİ İlkesi”, *Danıştay Dergisi*, Sayı: 11, 1972, s. 87.

54 Anayasa Mahkemesi bir kararında “derhal” uygulanma kuralına yer verilir. Kanunların derhal
yürürlüğe girmesi bir istisna ise süre gelen işlerde eski kanunun uygulanması sözkonusudur. Bu
durumun saptanması yargıca aittir ve Anayasa hükümleri ile ilgili değildir (Bk.: 31.2.1973 T., E.
1973/13, K.1973/23 (AMKD, 1974 Sayı. 11, s.258). Yargıcın anılan üç norm göreceliliğinde, derhal
uygulamada eğer açık hüküm yoksa eski kanunu uygulama yetkisinin olması, ex tunc kuralını se-
çmemesi, başka anlatımla üç normun göreceli oluşu yalnız kanun koyucu bakımından savunması
(AKILLIOĞLU, s. 284-285), “hukuk istikrarlı olmak zorundadır ama statik de kalmaz” tezine ta-
kılır. Ceza Kanunu dışındaki kanunların geriye yürüyebileceği de savunulmuştur (ÇAĞLAR, s.292
vd.). Yargıç gerektiğinde hukuku söylemeli.

55 Bk.:21.1.1971 T., 1969 / 37, K.1971 / 8 (AMKD, 9,1972, s. 227 - 228). Kararda geriye yürür hüküm
koyma, önceki statüye göre mesleğe girenlerin durumuna son verme durumunda olanaklı görül-
mektedir. Geleceği düzenlemede geriye yürümeden söz açılmaz. Yine “devlet sırrı” işlevinde ka-
zanılmış hak gözetilemez (Bk.: 22.5.1963 T., E. 1963/205, K. 1963/123 (AMKD, 2, 1971, s.17).

56 Bk.: 11.10.1963 günlü, E. 1963/124, K.1963/243. 11.11.1963 günlü, E. 1963/106, K. 1963/270 (AMKD,
1971, Sayı: 1, s. 430, 473).

57 Bk.: 28.6.1966 T., E.1963/132, K.1966/29 (AMKD,1967, Sayı: 4, s. 193-194) ve 12.11.1964 T., E.1963/137,
K. 1964/71 (AMKD, 1971, Sayı: 2, s. 264-265).

58 Bk.: 25.1.1973 T., E. 1972/51, K. 1973/4 (AMKD, 1874, Sayı: 11, s. 102).

tü hukuku eğer olanak sağlıyorsa genel durumun kişisel duruma dönüşmesinden sonra “müktesep hak”tan söz edilmiştir⁵⁹. Hatta yüksek mahkeme başka bir kararında kazanılmış hak kavramının Kamu Hukuku alanında önemini yitirdiğini, bu kavramı temel hakları sınırlandırma ile beraber ele almayı, hakların dokunulmazlığını yumuşatmayı düşünmektedir⁶⁰.

Denebilir ki, yüksek mahkeme, hukuk devleti ve maddi varlığı geliştirebilme özgürlüğünün türevi olarak kazanılmış hakka dokunmama koşulunu öne sürer. Ancak bu kavrama, Kamu Hukuku, Özel Hukuk alanında kamu iyiliği ve kamu düzeni gerekçeleriyle dayanılmaz. Mahkeme gene de her iki alanda kazanılmış haktan söz açılabileceğine yer verilebileceğini ifadeden kendini alamaz. Önceyi kapsama konusunda bu kavramı ölçüt alırken, ona güvenmediği de anlaşılmalıdır. Anayasa Mahkemesi Kararlarında kişisel durumların sonraki bir kanunla değiştirilemeyeceğine dikkat çekilir. Öyleyse kişisel durum dokunulmazlığı, kazanılmış hakka özdeştir denir mi?

Bu soruda kazanılmış hak eleştirisi önem kazanır. Anayasa Mahkemesi dahil kazanılmış hak tanımında birlik olmadığı görülür. Bir görüşe göre, herkes bu kavram hakkında az-çok bir şey bilir. Hukuk bilimi bunun tanımını değil, kazanılmış bir hakkın ne zaman doğduğunu ve soruna bir çözüm getirmeyi içerir⁶¹.

iii. İptal ve “ilga” kavramları

Acaba Anayasa Mahkemesinin bir kanunu iptal yetkisi, bir kaldırma yani “ilga” yetkisi midir? Kelsen, (ilga) ile iptal kavramını aynı konumda değerlendirmektedir. Bir kez; kaldırma “ilga”, işlemin ürettiği sonucu geleceğe dönük biçimde yok eden veya değiştiren niteliği taşımasıyla “karşı işlem” ve hukuksal sonucu değiştirdiği içinde “yapıcı” nitelik içerir⁶². Ama iptal de.

Anayasalarımıza göre iptal edilen kanun yada Anayasada sayılan diğer yasama ürünlerinin “yürürlükten kalkması”na (1961 Anayasa md. 152/2; 1982 Anayasası md. 153/3) işaret edildiği için mahkemenin yetkisinin “iptal” değil, “ilga” olacağı söylenebilir. Belirtilmeli ki, “yürürlük” kavramı hukuk kuralları için kullanılan bir kavramdır. “Yargı kararları, kesinleşir kesin hüküm olur, bağlayıcı olurlar ama bunlar için yürürlüğe girme terimi kullanılmaz”⁶³. Mahkeme “yürürlüğü” erteleme yetkisine de sahiptir zediğinin en güçlü kanıtının “iptalin geriye yürümezliği” olduğunu vurgulayan ULER, “geri yürümeyen iptal olmaz” diyerek, bir önceki turnak içindeki sözleriyle ve KELSEN’in değinilen yaklaşımının doğru olmadığını savunmuş; Anayasada kullanılmış deyimlerin “özensizce” kullanıldığını belirtmiştir. İptalin “ilga” olmadığını yukarıdaki sözleriyle yansıtmıştır. Ne var ki, Anayasa Hukukunun yürürlük kaynakları arasında “İçtihadı Hukuk” da vardır. Ve Anayasa Mahkemesi Kararlarının “bağlayıcı yürürlük kaynağı” oldu-

59 Bk.: 13.11.1977 T., E. 1976/45, K. 1977/1 (AMKD, 1978, Sayı: 15, s.47).

60 Bk.: 10.6.1971 T. E. 1971/22, K. 1971/54 (AMKD, 1972, Sayı: 9, s. 531).

61 AKILLIOĞLU, s. 288-289.

62 BALTA, s. 184.

63 Yıldırım ULER, “Anayasa Mahkemesi İptal Kararları Geri Yürür”, Bahri Savcı’ya Armağandan Ayrı Baskı, Ankara 1988, s. 517.

ğunda kuşku yoktur⁶⁴. Anayasa normları da “hukuk kuralı”dır ve “iptal” sözcüğünün geçtiği kurallar birer kanun kuralı olup R.G.’de yayımlanarak “yürürlük” bulmuş ve Anayasa kurallarının herkesi bağlayacağı (tıpkı iptal kararı kuralının bağlayacağı) gibi, Anayasamızın “bağlar” fiilinin Anayasa kuralı bazında saptanmasının normatif teoride ne anlama geleceği açıktır. Her şeyden önce iptal kararının gerekçesi yazılmadan açıklanamayacağı (md.153/1), R.G.’de yayımı “yürürlük” sorunu ile ilgili olup her “iptal” bir olgudur ve olguda “kanun gücünü” simgeler. Dolayısıyla iptalin en önemli işlevi, “kaldırma”dır. Yargı, yorum olayı ile Kanun yapımında bir iştirakçi unsurdur. Günümüzde “Jurisprüdansiyel” Anayasa Hukuku sürecine girildiğine işaret etmeliyim.

Nihayet soruna “ilga” açısından baktığımızda, kanunun “ilga”sıyla “makale samil” sorununun uygulamadaki yansımaları ve benzer işlev gören iptalin de gerektiğinde geriye yürüme temelinde paralel sorunları üreteceği, hukuk devleti ilkesinin içerdiği hukuk güvenliği esası ve adalet gereğidir.

b) İptal kararları yönünden değerlendirme

İptal kararlarının İdare Hukukunda ex tunc etkisi kuraldır⁶⁵. Kuralın Danıştay tarafından düzenli uygulandığı bilinmektedir⁶⁶. İdari yargı iptal kararı verince, işlemin yapıldığı andan başlayarak sakatlık son bulur. Öyleyse konu sakatlığın yapıldığı anın yargılanmasıdır. Hukuka aykırılığın giderilmesinde, 1- İptal ile sakat işlemin, doğmadan önceki durumu geri getirmesi, 2- İptal edilen muamelenin hiç yapılmamış sayılması ilkelerine göre oluşur.

Anayasa Yargısında durum çok tartışmalıdır. Bir önceki başlıkta irdelenen kararlar bunu gösterebilir. Değindiği üzere aykırı bir norm Anayasadan önce çıkmışsa Anayasanın yürürlüğe konulmasıyla, Anayasadan sonra çıkarılmışsa, çıkarıldığı anda Anayasa ile bağdaşmaz⁶⁷. Normlar ya baştan Anayasaya uygun veya hep aykırı kalmıştır. Öyleyse aykırı norm baştan “yokluk ile malüldür”, denebilir mi? Sorusu III. Başlıkta (A) irdelenmiştir. Adalet ve kanunun herkese aynı biçimde uygulanması ilkeleri İPTAL KARARININ geriye yürümelerini zorunlu kılar⁶⁸. Söylemek gerekirse iptal kararının önceyi kapsamı veya ileriye kapsamı sorunu, kuramsal yönden haklı gösterilebilir. Bazen geriye yürüme adalet gereği, yürümeme hukuk güvenliği için öngörülebilir⁶⁹.

64 TEZİÇ, s. 68 vd., 71-72. Ayrıca Türkiye’de 1961 Anayasasına Göre Kanun Kavramı, 1972, s.156; KIRATLI, s. 187; ARMAGAN, s.146.

65 Ragıp SARICA, *İdari Kaza*, C. 1, İstanbul, 1949, s. 118.

66 Burhan KUZU, “Anayasa Mahkemesinin İptal Kararlarının Geriye Yürüme Ziliği Sorunu”, S. DÖNMEZER’E ARMAGAN, İÜHF. 1-4, İST., 1987, s. 195.

67 ROSSİ s.338. Fed. Alman Anayasa organik kanununda iptal kararının önceyi kapsamı kabul edilmiştir. Yalnız İtalya dahil kesin hüküm halini almış karar ve işlemlere geriye etki benimsenmez. Henüz kesinleşmemiş ve askıda olan işlemler hükümsüz kalır (KIRATLI, s.181; SCHLAICH, S.167-168; KUZU, s. 196,201-204).

68 KIRATLI, s.178. ARMAGAN, geriye yürüme konusunu “BVerfGG düzenlemedi” (s.189) der. Bk.: SCHLAICH, s.166-167. Esasında Anayasada geriye yürüme, yürümeme konusunda hüküm bulunmamaktadır. Ayrıca bk.: KUZU, s.196-201.

69 Örnekler için bk.: AZRAK, s. 160-161; ayrıca KIRATLI, s. 178-179.

i. Danıştay'ın uygulamaları ve soruna yaklaşımı

Danıştay'ın birçok kararında ex nunc kuralının amacı, kazanılmış hakları saklı tutmak, hukuki kararlılığı ve buna bağlı olarak kamu düzenini koruma yönünde değerlendirilmektedir⁷⁰. Özellikle Danıştay'ın 1988 tarihli kararlarında “geriye yürümeme” kuralı, bilinen “üçüncü şahısların elde ettiği kazanılmış hakların ve kamu düzeninin korunması” yaklaşımıyla (Anayasa 153.madde ve 2949 sayılı kanun (md.53) birbirine uygun olduğu hatırlatılarak) ele alınır. Kanunun yürürlük tarihinden iptal tarihi arası, iptal tarihinden ilan olunmasına kadar geçen süre ayrı ayrı değerlendirilir. Doktrin ve içtihatlarda da “kazanılmış hak” kavramının her olaya göre konumlandırılmasının gerekeceği, sınır ve kapsamının kesin çizilemediği vurgulanıp HİLEYE DAYALI İŞLEMLER, İDARENİN AÇIK HATASI SONUCU ve HEMEN HAK DOĞURMAYA ELVERİŞLİ OLMAYAN İŞLEMLERİN bir hak doğuramayacağı belirtilir. Ayrıca iptal kararının genel araçlarla duyurulması, “alenileşme”yi sağlar denilir⁷¹.

Danıştay Anayasa Mahkemesinin itiraz yoluyla açılmış bir davada verilmiş olan iptal kararının sadece “ilgili iş için hüküm ifade edeceği düşünülemez” biçimindeki yargısının nedeni için şöyle der: “İptal kararının Anayasanın 152.maddesinin beşinci fıkrasında yazılı olduğu üzere olayla sınırlı ve yalnız tarafları bağlayıcı olacağına karar verilmemiştir”. Yine iptal kararının “geri yürümez” kuralından çıkılarak dava konusu edilmiş olayda veya uyumsuzluk konusu edilmiş olup “halen görülmekte bulunan diğer davalarda iptal kararının uygulanamayacağı neticesi çıkarılması”; 151.maddeye ve 152.maddede yer alan “ ... bağlar” biçiminde ifade olunan temel hukuk kurallarına ters düşer. Böyle bir anlayış, “Anayasa Mahkemesi Kararlarının geriye yürümemesi değil, hiç yürümemesi neticesini ortaya koyduğundan, Anayasa ve hukuk dışı böyle bir düşünce tasvip olunamaz”⁷². Danıştay'ın bu yaklaşımlarının anlamı şudur: Bir iptal kararının “geriye yürümesi” için Anayasa Mahkemesinde açılmış ve **görülmekte olan bir dava** yeterli olur. Görülmekte olan bir dava, örneğin Somut Norm Denetimi Yönteminde Anayasa Mahkemesi iptal hükmünün “geriye yürüyeceği” sezilmiştir. Danıştay'ın teşhisiyle, gerek taraflardan birinin aykırılık iddiasının ciddi olması, gerek davaya bakan mahkemenin uygulanması gereken kanunun Anayasa aykırı görmesi durumunda, Anayasa yargısının iptal kararı vermesiyle “geriye yürüme” olgusunun doğacağı; Anayasamızda “dolayısıyla” saptanmıştır. Şayet iptal hükmünün geriye yürümeceğini benimsemiş olursak, Anayasanın 151.maddesinin ilk fıkrası ve Kuruluş Kanununun aynı anlamdaki (md.27/3) hükmüne dayanılarak açılmış davalarda (itiraz yöntemiyle mahkemeleri başvurulmuş işlerde), eğer üç ay içinde Anayasa Mahkemesince karar verilmezse, “mahkemenin Anayasaya aykırılık iddiasını kendi kanısına göre çözümlenerek davayı yürüteceği yolundaki dördüncü fıkrası hükmü mesnetsiz kalır”. Öte yandan Somut Norm Denetimi yönteminde “geri-

70 Bk.: KUZU, s. 214-218 ve dpn:32'deki kararlar.

71 Bk.: Danıştay I. Dairesi, 16.9.1988 T., Esas No: 1988/174, Karar No: 1988/185 ve Esas No: 988/336, Karar No: 1988/355 (DANIŞTAY DERGİSİ, 1989, Sayı: 74-75, s. 62-64, 74-79).

72 Bk.:D.8, 17.09.1968 T. K 2783; E. 1967/153 (DKD.127-130 s.264).

ye yürüme” olgusu, ÖN MESELE deyimiyle açıklanabilir. Bir kez Anayasamızın “Anayasaya aykırılık sorununu” bir ön mesele olarak değerlendirdiği açıktır. Daha da önemlisi ön mesele konusunda verilecek olan kararların ve üretilmiş sonuçların, mevcut davada uygulanması, genel hukuk kurallarının bir zorunluluğudur. Hemen belirtmeli ki, bir ön mesele sayılmış olan Anayasaya aykırılık sorununu çözümlenmiş olan iptal kararı, “geriye yürüyerek mahkemenin elindeki ilgili davaya uygulanmayacak olsaydı, davanın bekletilmesine gerek kalmazdı”⁷³.

Kaydedilmeli ki, iptal kararı genel etki doğurur. İptal işleminin geriye etki doğurması, söz konusu bu işlemin Anayasa Mahkemesine itiraz yoluyla götürülmesine veya doğrudan Soyut Norm Denetimine başvurmayla elde edilmesi sonucuna bağlı kılınması gerekir. Örneklersek, bir mahkemenin önünde birden çok aynı içerikli dosyalar olsa ve bunlardan birisini (iptal hükmüne dayanarak karar vermesi için) Anayasa Mahkemesine gönderip öteki dosyalar için verilecek olan iptal kararını beklemesi, sorunun sorgulanmasını davet etmektedir. Diğer taraftan sorunu öteki mahkemeler bağlamında irdelersek, itiraz yöntemiyle iptal olunmuş hükmü, aynı içerikli işlemlerde uygulaması gerekli olan başka mahkemelerin, karar vermeleri için iptal olunmuş hükmü “yok kabul ederek” ya da olay anındaki hükme dayanarak mı karar vereceği kuşku doğuracaktır. Ve Anayasa Mahkemesinin sadece başvuru işlemi tarafı için verdiği bir iptal kararı sonuç doğurur ve aykırılık itirazında bulunulmayan benzer işler için iptalden önceki kural uygulanmalı dersen, hakkaniyetsiz bir durum oluşacaktır. Eğer Anayasa Mahkemesi önüne getirilmeyen benzer içerikli işlerde iptal edilen kuralı yok sayarsak bu kez, “iptal hükmünün geriye yürüdüğünden” söz edilebilecektir⁷⁴. Öte yandan Danıştay’ın birçok kararında⁷⁵, 1961 Anayasası öncesi yargı yolunun kapalı tutulduğu kanunlar ve 1971 sonrasında gerçekleştirilen Anayasa değişiklikleri sebebiyle, yargı yolunun kapalı tutulduğu durumlar karşısında, değinilen kanun ve Anayasa değişikliklerinin Anayasa yargısı iptalinin ardından “yeni bir dava süresi” tanınarak yargıya başvurma yolunun açıldığı görülecektir.

Şu var ki, bazı yargı kararlarından anlaşıldığı üzere, “dava konusu edilmemiş işler” hakkında bir iptal kararı, ancak “uyuşmazlık konusu yapılmış” işlerde daha çözümlenmemiş davaları etki alanına sokacak ve “iptal hükmü” böyle uyuşmazlık bağlamlarında “geri yürüyecek” ve dava konusu yapılmamış işlerde (Anayasa md. 152/3 ve 44 Sayılı Kanun md.50/5 fıkralarına göre), iptal kararının dava açılmamış durumlara “kendiliğinden uygulanması” olanağının hukuken bulunmadığı, örneğin süresi içinde dava açılmadığı nedeniyle Anayasa Mahkemesinin vereceği iptal

73 BK. DDK., 16.12.1966 T., K.1966-1642, E. 1963/386 (DKD.107-110 s.119-121); D.9., 19.12.1968 T., K.1968/3132, E.1968/726 (DKD. 127-130, s.300-301); GÜNEŞ, s. 358-359; ULER, s. 518; Gürbüz ÖNBİLGİN- Muammer OYTAN, T.C. Anayasanın İlke ve Kuralları, Ankara 1977, s. 230-231.

74 Bk. ALİEFENDİOĞLU, “Anayasal Denetimin Kimi Sorunları”, YARGITAY DERGİSİ, C.9, Sayı 1-2, s. 53-54; ULER, s.519.

75 Bk.: D.5, 1976/287 (Danıştay 5. Daire Kararları-1970/1981-Ankara 1983); DDK.24.02.1978 T., K. 125, E. 77/309 (DDDK.No.350); DDK.29.09.1978 T., K.463, E. 822; DDK.02.12.1977 T., K. 356, E. 285 (DDDK.No 386); DDK.13.01.1978 T., K.89, E. 77/328 (DDDK., 1- 1965/1978-Ankara 1981 (DDa DKK. No 386); D. 10, K. 917, E. 2325 (DODK. Ankara 1972, No 980); D.10, E. 1965/3720, K. 1965/206 (DODK. No 413)...

kararından sonra bir dava açılmasının davacı yönünden bir “hak doğurmayacağı” vurgulanmıştır⁷⁶. Ama bu çözümün haklılığı, olumsuz eleştiriye konu olmuştur. Doğrusu eleştiriye katılmamak elden gelmemektedir. Çünkü yazıldığı üzere yeni bir “dava süresi” tanıyan Danıştay’ın, süresinde başvuru yapmayan kişilerin korunmasını göz ardı etmesi, pek makul gözlenmemektedir. Kuralın açıklığına karşın, aykırılık saptanması ardından yeni bir dava açma hakkı tanıma, herhalde “hakkaniyete uygun” düşerdi⁷⁷.

Sebepsiz Zenginleşmeler ve Danıştay’ın Sorgulamaları:

Bir hukuk devletinde Anayasaya aykırı olan bir kanun, Anayasa Mahkemesince iptal edilerek Anayasanın üstünlüğü sağlanıp hukuk düzenin türdeşliği korunmalıdır. Diyelim ki, bir kanun Anayasaya aykırı olarak doğmuş, buna dayanarak yapılan hukuki işlemler sürmüş, ama bu kanun her nasılsa iptal olunmuş ve aykırılık giderilmiştir. Ne var ki, kanunun bir vergi kanunu olduğunu düşünün. Alınmış olan vergiler veya başka tür benzeri yükümlülük karşılıkları, kanunun iptalinden sonra alıcı hanesinde bir “sebepsiz zenginleşme” oluşturacaktır. Bir iptal kararının, Anayasanın “geriye yürümezlik” kuralı karşısında sebepsiz zenginleşmeye bir etkisi olacak mıdır? Sorusu kritik önem taşımaktadır. Çalışmamızın başında işaret olunan örneklerden kamu vicdanını yaralayan “Kıyak Emeklilik” adıyla anılan kanuna dayanılarak ödenmiş olan milletvekili maaşları, sebepsiz zenginleşme doğurmayacak mıdır? Örneğin aşağıda değinilmiş olan C.H.P.’nin mallarının hazineye devri kanununun iptali karşısında Anayasa Mahkemesi, iptalin geriye yürüyeceğini sezinlemiş (ki, mahkeme nihayet iptal kararlarının “kimi zaman” geriye yürüyeceğini kararlaştırır) ve görevinin sadece aykırılığı giderme olduğu, “kararın geriye yürüyecek nitelikte olup olmayacağını tayin ve bunun sonuçlarını tespit etmek Anayasa Mahkemesinin görevi içinde bulunmamaktadır” demiştir.

Konuyu ele alan Danıştay şu yargılara varır: Anayasanın “geriye yürümezlik” kuralı “açık ve kesindir”. Söz konusu olayda da başka türlü düşünülemez. 6195 Sayılı Kanunun iptali şu hukuki durumu yansıtır: “Hazinenin bu kanuna dayanan iktisabı, iktisab mesnedinin hukuk ve kanun dışı bulunduğu böylece tebeyyün etmesi üzerine meşruiyetini kaybetmiş ve Partice iadesi istenen mallar hazinenin haksız bir iktisabı durumuna geçmiştir... tasarrufun meri mevzuata ve umumi hukuk esaslarına göre düzeltilmesi gerekeceği ve Anayasanın 152.maddesinde yazılı prensibin bu düzeltmeye engel olamayacağı bedihidir”. Danıştay kararında iptal ile birlikte Partinin mallarını “talep ve istirdat hakkı” doğduğuna işaretlerle, devletin artık “mesnedi kalmayan iktisaplar üzerinde tasarrufta devam ve ısrar etmeyerek gereğini yerine getirmek vecibesi” altında olduğu belirtilmiştir. Danıştay 3.Dairesinin bu görüşü, Genel Kurulun şu cümlesiyle onanmıştır: “Gerçekten Anayasanın 152.maddesinde (iptal kararı geriye yürümez) yolunda bir hüküm yer almış ise de ibaresinin ilavesiyle”. Bu cümle, 3.Daire Kararının ilk fıkrası kaldırılıp ikinci fıkra başına eklenmiştir⁷⁸.

76 Bk.: D.5, 15.03.1978 T., K. 908, E. 77/ 3259 (DBDK. No 184).

77 ULER, s.520.

78 Bk. D.3, 03.01.1963 T., 63/162, 64/1 G.K., 20.01.1964 T., 14/15 Danıştay İstisari Düşünceler I/II No.325.

Nihayet Hazine C.H.P. mallarını geri verirken bu kez Adalet Partisi (A.P.) dava açar ve uyuşmazlık Dava Daireleri Genel Kurulunda (DDGK.) çözümlenir. C.H.P. mallarını hazineye devreden kanunun Anayasa Mahkemesince iptal olunmasından sonra, bir kısım mallarının “iadesi” halinde, kalanların hazineye bırakılacağını (“hazineye ibra edeceğini bildirmesinden”) sonra, Danıştay’ın (3.Daire) kararıyla (ki, karar Genel Kurulca onaylanır) sakınca olmadığının vurgulanması, başka anlamla işlemin “sulh yoluyla çözülmesinin uygun bulunması ardından, bazı hazine mallarının C.H.P.ne verilmesine dair “Kararname”ye yönelik açılmış olan bir davada Adalet Partisinin açtığı dava şu gerekçeyle reddedilmiştir. Anayasanın (md. 153/3) ve 44 Sayılı Kanunun (md.50/6) hükümleriyle, iptal edilme öncesi yapılan işlemlerin üçüncü kişiler için doğurduğu subjektif hakların “ihlâli” engellenerek “Kamu düzeninin korunması amacı” güdülmüştür. Kanun, C.H.P.’nin mallarının hazineye devrini öngörmüştür. İptal kararının geriye yürümesi “ihlâli engelleyecek” bir hukuki durum doğurmadığından, vurgulanan Kanunun ilk maddesi hükmüyle (Kanunun, idarenin bir işlemine gerek kalmadan subjektif işlemi kendileyin düzenlemesi sonucu Kanunun iptaliyle birlikte) “malların hazineye kalmasının hukuki dayanağı ortadan kalkmış bulunduğu...”⁷⁹.

Demek oluyor ki, sebepsiz zenginleşme olgusu, “geriye yürümezlik” kuralının sert anlamını tersine çevirmektedir. Devlet, “haksız iktisap” durumunda kaldığında, onun da asıl görevi “hakki” hak sahibine kavuşturmaktır⁸⁰.

Sebepsiz zenginleşmenin “iadesi” gerektiğini belirten GÜNEŞ ve Danıştay Dava Daireleri Kurulu kararının içeriğinin yansıttığı ayırım, iptal edilmiş kanunun bir “düzenleyici işlem” değil, gerçekte “birel subjektif bir işlem” olduğu yönündeydi. GÜNEŞ, anılan kanunun iptalinin sonucunda, “geriye yürümezlik” kuralının malların iadesi yönünden bir etki doğuracağını düşünmemektedir. Esasen, iptal edilen kanun (ki, şekli ve organiktir) içerik ve kapsamı itibarıyla bir “düzenleyici işlem” değil, “subjektif bir işlem”dir. Hazineye intikal bununla sağlanmıştır. Bu tasarruf iptal olunmuştur. “Mülkiyeti intikal ettiren herhangi bir tasarrufun iptali haksız mülkiyet edinmenin bu mülkiyeti üzerinde ne tesir yaparsa, burada da Hazinesin mülkiyetine o tesiri yapacaktır. Yani Hazinesin mülkiyeti sona erecektir”. Yani durum “muteber olmayan bir gayrimenkul satışına” benzetilir. Şu farkla ki, “geriye yürümezlik”, ancak Hazineye intikal tarihinden iptal tarihine kadar sürede cereyan etmiş olması muhtemel hadiselerde uygulanacaktır. Örneğin hazine bu mallardan bazılarını satmış olabilir. Satın alanların “mülkiyeti mahfuz” kalacaktır. Malların elde edilmiş semereleri de geri verilecek durumda değildir⁸¹.

Şu var ki, objektif düzenleyici işlemlerle, “subjektif birel işlemler” ve “doğrudan uygulama ile araya başka işlemler girmesi sonucu gerçekleşecek uygulama” arasında oluşturulacak bir ayırımın, soruna etki yapacağını düşünmüyorum⁸².

79 Bk. DDK., 29.05.1970 T., 1964/966, 1970/349 (DDKKI. No 526).

80 Bk. ULER, s. 521.

81 T.GÜNEŞ, “C.H.P.’nin Haksız İktisaplarının İadesi Hakkında 6195 Sayılı Kanunu İptal Eden Anayasa Mahkemesi Kararı Üzerine”, SBF D., C.XVIII, No 3-4, 1963, s.360.

82 ULER, s.522.

Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı ve İptal Kararlarının Geriye Yürümezliği Kuralının Sorgulanması Anayasa ve İdari Yargı Kararları Örnekleri

Danıştay'ın “düzenleyici işlemler”e (Kanunlara) dayanarak yapılmış kazananların oluşturduğu sebepsiz zenginleşmelere dair yaklaşımını örneklersek:

Bir Ticaret Borsası, bir kasaptan 172 TL. “tescil ücreti” olarak işlem yapmıştır. İşlemin dayanağı tüzüğün, dayandığı kanunun (5590 Sayılı) ilgili maddesi Anayasa Mahkemesi (27.01.1981 günlü 9 sayılı K.) tarafından iptal edilmiş, ancak iptal hükmünün yürürlüğe girmesi tarihi için de bir erteleme kararı vermiştir. İptal kararının R.G.'de yayımından sonra 1 yıl sonra yürürlüğe girme gerekçesi şöyledir: Borsaların çok önemli bir gelirini oluşturan “muamele tescil ücreti”nin kesilmesi, kamu hizmetinin kesilmesine neden olacağı için yasamanın iptal olunan kanun yerine yenisini çıkarabilmesi amacıyla kararın yürürlüğe giriş tarihi yayımdan 1 yıl sonraya bırakılmıştır. Bu süre içinde iptal olunan hüküm yerine, iptal doğrultusunda 2567 Sayılı Kanun çıkarılmıştır.

Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun sorunu irdeleme kararında şu yargıları görmekteyiz: Erteleme Kararı ardından, erteleme süreci içinde iptal olunan kanun maddesinin uygulanmaya devam edilmesi gerekecektir. Yasama verilen sürede iptal doğrultusunda yeni kanun çıkarırsa, bu kanun “eski kanun hükmünü ilga etmiş” olacağı için eski kanunun Anayasa Mahkemesi iptal kararı sonucunda iptal olduğu, dolayısıyla yürürlükten kalktığını söylemek hukuken olanaksızdır ve mahkemenin kararının “geriye yürü- mezliği”ni tartışmak da lüzumsuzdur. Bu cümleden olarak, kanun yürürlükten kalkma tarihine kadar yargı yerlerinin bu kanuna dayanarak işlem yapmaya devam etmesi de doğaldır. Bu nedenlerle davacıdan “borsa tescil ücreti istenmesinde olay tarihinde yürürlükte bulunan 5590 Sayılı Kanunun” (md. 57) ilgili hükmüne aykırılık oluşmadığı için “red kararı” verilmiştir⁸³.

Danıştay Savcısının görüşüne göre ise, Anayasa (md. 152/3) ve Kuruluş Kanunu (Sayı 44/md 50/5) gereğince “geriye yürümezlik” kuralı olay tarihinde geçerli olmasına karşın, bu kuralın “iptal kararlarının uyuşmazlık haline getirilmemiş muamelelere tesir etmeyeceği” biçiminde anlaşılması gerektiğine işaret olunmuştur. Dolayısıyla iptal olunmuş kanun hükmüne dayanılarak hazırlanmış tüzük hükmü gereğince oluşturulan işlemin “iptali gerekeceği”ne dikkat çekmiştir. Karşı oy yazan bir kısım üye, karşı oy yazılarında yukarıda değinilen madde fıkralarında Anayasa Mahkemesi iptal kararlarının geriye etki doğurmayacağı belirtilmiş olmasına karşın, bu hükmün “iptal kararlarının uyuşmazlık haline getirilmemek suretiyle istikrar kazanmış işlemleri etkilemeyeceği” yönünde anlaşılmasını vurgulamıştır. Anayasa Mahkemesinin iptal kararının yürürlük tarihini saptayan “erteleme kararı”nın yürürlük tarihini saptama yetkisinin “geriye yürümezlik” kuralına bir etkisi yoktur. Mahkemenin iptal kararı yürürlüğü tarihini ertelemesi, yasamaya yeni bir kanun yapma olanağını sağlamak ve iptal sonucunda bir kanun boşluğu doğmasına engel olmak içindir. Karşı oy yazanların bu yaklaşımına karşın (ki, iptal istemler), davacı Anayasa Mahkemesi önünde haklı çıkmışken, iptal olunmuş kanuna

83 Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu (DDGK.), 03.12.1982 T., 128/440 (DD.50-51, 1983,s. 150).

dayanılarak yapılan işlem karşısında kaybetmiş, başka deyişle Danıştay’da haksız çıkmıştır. Ve “tescil ücreti” ni geri alamamıştır. Öte yandan, davacının Anayasaya aykırı bir kanunu kanıtlaması ve böyle bir kanuna dayanılarak ceza almış olsa, sonuç farklı doğardı.

Anayasa Mahkemesi ve Danıştayın ayrı yaklaşımları karşısında, olayımızda Borsaya “tescil ücreti” ödeyen davacının uğradığı haksızlığa karşın, bir kanunun (2537 sayılı) iptal olunmuş birkaç maddesinin ardından, iptal hükümlerine dayanılarak düzenlenmiş bulunan “tarifeler” kapsamında alınmış olan “liman işgal resmi” ve “levha resmi” olarak para ödemiş bulunan kişiler de ödemelerini geri alma olanağını bulamamışlardır⁸⁴.

Federal Alman Anayasa Mahkemesi bir Vergi Kanunu iptal edince, bu kanun uyarınca tahsil olunmuş vergilerin geriye verilemeyeceğini, şu var ki, bu kanuna dayanılarak tahakkuk ettirilmiş ancak henüz tahsil olunmamış olan vergi borçlarının da tahsil edilemeyeceğini belirtmiştir. Yine iptal edilmiş kanun maddesine dayanılarak kesinleşmiş olan idari işlemlerin (artık uygulanmamak koşuluyla) varlıklarını sürdürebileceği, “eski halin iadesinin istenemeyeceği (örneğin, ödenmiş vergilerin artık geri alınmayacağı) ifade olunmuştur⁸⁵.

Ne var ki, ULER’in görüşüne katılmamak elden gelmiyor. Yani “ödemeyen” kurtuluyor, “ödeyen” yitiriyor. Anayasaya aykırılığı saptanan bir kanunla, “öde-me” durumunun ortadan kalkması gerekirdi. Özel Hukuk deyişle bir “sebepsiz zenginleşme” doğmuştur⁸⁶.

Danıştay, bazı kararlarında paralel düşünmüştür :

Örneğin bir kanunun (5237 sayı) iptali sonucu doğmuş olan birkaç uyumsuzluk için, “geriye yürümezlik” kuralının öngörülmesine (md. 152/3, 44 Sayılı K. md/50) karşın, bu kural; “Anayasa Mahkemesinin iptal kararlarının, uyumsuzluk haline getirilmemiş meselelere tesir etmeyeceği anlamına geldiği”, bunun zıddına bir yorumlamanın Anayasa (md. 151/1-4) ve Kanuna (44 Sayı/md.27/3) aykırı düşeceği yargısıyla “yükümlüler” yararına sonuca ulaşılmıştır. Yine Bütçe Kanununa konulmuş “yiycek yardımının” (657 Sayılı Devlet Memurları Kanununun 212. Maddesindeki) 1971 yılında uygulanmayacağı yönündeki kuralın iptalinden sonra kesilmiş olanlar geriye “iade” edilmiştir⁸⁷.

Gerekçeye göre “yiycek yardımı ile ilgili 212. madde” kuralının 1971 yılında

84 Şu kararlara bk. Dokuzuncu Daire Kararları (DDK), No 438; 09.12.1968 T., 1512/2992; DDK.No 1076, D.9, 09.04.1968 T., 67/2346,1076; DDK. No 388, D.9, 21.11.1968 T., 831/2771; DDK. No 390, D.9, 11.03.1969 T., 66/3247, 621; DDK. No 391, D.9, 19.04.1969 T., 69/1974, 970.

85 Bilgi için bk. AZRAK, “Almanya ve Avusturya’da Anayasa Yargısının Esasları”, İÜSBFD, 1984, Ayrı Basım, s.27.

86 ULER, s. 523.

87 Bk. (Dava Daireleri Kurulu Kararları I No 87), DDK,16.12.1966 T., 63/386; (DDK.No 393), D.9, 15.12.1970, 651/2092; (DDK. No 367), D.9, 23.03.1970 T., 68/2781, 576; D.9,12.03.1970 T., 69/1846, 499 ve (Beşinci Daire Kararları 1/11, No 2187), D.5, 29.01.1976 T. 74/7874, 334 ve (1/11, No 2188), D.5, 15.11.1977 T., 74/7390, 5432 (Anayasa Mahkemesi olayla sınırlı iptal kararı verdiği için ilgililer dışında) iptal sonucundan yarar sağlayamamışlardır.

uygulanamayacağı (1376 sayılı 1971 yılı Bütçe Kanununun 63 maddesinin (k) fıkrası ile hüküm altına alınmasıyla), davacıya 42 Sayılı kanuna göre verilmekte olan tayin bedelinin (01.03.1971) tarihinden başlayarak ödenmeyeceği davalı idarece savunulmuş; ancak, Bütçeye bu yöllü kural konulamaması sebebiyle konu Anayasa Mahkemesine götürülmüş ve mahkeme 1972/38 Sayılı Kararla (27.06.1972) Bütçe Kanununun anılan hükmünü iptal etmiştir. Dolayısıyla dava konusu tasarruf dayanağı ortadan kalkmış olacaktır. **İptal hükmünün geri yürümeceği kuralı varsa da, bunu iptal kararlarının uyuşmazlık durumuna getirilmemiş işlemlere etki doğurmayacağı biçiminde anlamak gerekir.** Yoksa, itiraz yöntemiyle Anayasa Mahkemesine gönderilen davalar hakkında mahkemenin Anayasa ya aykırılık iddiasını “kendi kanısına göre çözümleyerek davayı yürüteceği” yolundaki Anayasanın 151. maddesinin içeriği dayanaksız kalır. Vurgulanan nedenlerle 1971 yılı Bütçe Kanununun ilgili hükmüne (md. 63/k) dayanılarak dava konusu işlem, oy birliğiyle iptal olunur⁸⁸.

Danıştay, 1974 yılı Bütçe Kanununa konulmuş “Gayrimenkul Kiraları” bölümünün iptali ardından, yasal dayanak ortadan kalktığı için, yapılan işlemin iptaline ve kesilen “meblağ”ın iadesine karar vermiştir. Yine iptal olunmuş bir kanuna (6964 Sayı) dayanılarak bir oda meclisinin ürettiği tarifeye göre alınması gerekli ödenti işleminin iptal olunduğu görülmüştür⁸⁹.

Kanuna uygun olarak görevine son verilmiş bu asistanla ilgili davada (Asistanlık görevi ile ilgili ilişkinin kesilmesi yönündeki işlemde) dava konusu işlemin sebebi olan 1750 Sayılı Kanunun 30. maddesinin Anayasa Mahkemesinin bir kararıyla iptali (ki, bu karar-75/22 Sayılı -olup 31.12.1975 tarihinde yayınlanmış ve 1 yıl sonra yürürlüğe gireceği kararlaştırılmıştır), Anayasaya (md.151-152) ve organik kanun (md.50) hükümlerinin, herhangi bir kanun hükmünün Anayasaya aykırılığı nedeniyle Anayasa Mahkemesince iptali kararının ilgili bulunan mahkemede görülmekte olan davada uygulanmasını içerip, bu durumun “geriye yürüme olarak kabul edilmediği” gibi, Anayasanın “iptal kararı geriye yürümez” kuralından kalkarak, dava konusu olayda ya da “uyuşmazlık konusu edilmiş” ve halen devam etmekte olan diğer davalarında iptal hükmünün uygulanmasının olanaksız olduğu sonucuna varılamayacağını söylemelidir. Çünkü böyle bir sonuç, iptal kararının “hiç uygulanmaması” durumunu doğurur. Ancak bu düşünce biçimi Anayasa ve hukuk dışı olduğundan benimsenemez. Bu düşünceye dayanarak iptal olunan kanun kuralı esas alınıp oluşturulan işlemin hukuk dayanağı ortadan kalktığından dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir⁹⁰.

Bir öğretim görevlisinin sözleşmesi yenilenmeyince açılan davada Danıştay, Anayasanın (md. 153/3) “geriye yürümezlik kuralı”nın amacının, “iptal karardan önce sonuçlarını doğurmuş ve uyuşmazlık konusu yapılmamış veya yapılamayacak işlemleri iptal kararının etkisi dışında bırakarak kamu düzeninin

88 Bk. D.5, 29.03.1973 T., 1947/1696 ve D.5, 03.12.1973 T., 8221/10778.

89 Bk. D.5, 12.09.1977 T., 74/10043, 4114 (BDK. 1/1, No 183) ve (Sekizinci Daire Kararları, No 973), D.8, 23.06.1971 T.,70/517, 1746.

90 Bk. (BDK. No 2692), D.5, 1977/1865.

istikrarını sağlamak” olduğunu vurgulamıştır. Çünkü diyor, yargı yeni kanunu Anayasa Mahkemesine iletince yetkileri bir süre duracak ve bu sürede Anayasa Mahkemesi karar vermezse, dava alt mahkemenin kanısına göre çözümlenecektir. Anayasa (md.151), alt mahkemenin aykırılık sorununu böyle durumlarda kendi kanısına göre çözeceği ve davayı yürüteceğini içerdiğine göre, bu iptal kararının uyuşmazlık durumuna gelmiş olan işlemlere etki yapmayacağı tezi ise anılan hüküm anlamsız kılar. Üstelik Anayasanın (md.152/5) olayla sınırlı ve yalnız tarafları bağlayıcı bir hüküm içermediği, kararın sadece ilgili için hüküm ifade etmesinin de düşünülmesinin doğru görülemeyeceği savunulabilir. Dolayısıyla dava konusu uyuşmazlığın Danıştayda görüşülebileceği olanaklı olup, Anayasa Mahkemesinin 7307 sayılı Kanununun (md.6/F) ilgili hükmünü iptal etmesi karşısında Müteveli Heyetinin göreve son verme yetkisinin ortadan kalkmasıyla Öğretim Görevlisinin sözleşmesine son verme işleminin iptaline karar verilmiştir⁹¹.

Danıştay, Anayasaya aykırı kanunlara dayanılarak idarenin yapmış olduğu işlemleri sonucu, “alınmış olanların geri verilmesi”ni reddetmesi durumlarında, işlemlerin iptaline devam etmiştir. Örneğin Anayasa Mahkemesi, memurların intibak işlemlerinde dayanılan hükümleri iptal (657 Sayılı Devlet Memurları Kanununa 1327 Sayılı Kanunla eklenen ek geçici 2. madde (b) bendi) etmesine karşın (kazanılmış hak ve eşitlik ilkeleri nedeniyle), idarenin intibak işlemlerini yapmasıyla ilgili davalarda iptal kararı vermiştir⁹². Demek ki, “geriye yürüyerek” yargı yerini etki altına sokan iptal kararının, idari işlemleri de kapsayacağı açıktır.

ii. Anayasa Mahkemesinin soruna yaklaşımı

Bir iptal kararı geriye yürümelidir ki, dava açılması olayının bir anlamı olsun. Bu cümlelin sorgulanması 6195 Sayılı Kanunun (1953 tarihli C.H.P.’nin Haksız İktisaplarının İadesi Kanunu) ivmesiyle buluşmaktadır. Anayasa Mahkemesi bu kanunu iptal beyanında “İçtimai huzur düşüncesiyle konulduğu... anlaşılan, Anayasa Mahkemesi Kararlarının geriye yürümeyeceği hükmünün hasıl edeceği sonuçların tayını **uygulama ile ilgili bir işlem olup** bu hüküm mahkememizin görevini etkileyecek değildir...” diyordu⁹³. Mahkeme, kendini bir iptal kararının geriye yürüme niteliği ve sonuçlarını saptamakla görevli görmüyordu. Anayasa Mahkemesi bir yandan Anayasadan önce doğan bir kanunun sonuç ve etkisini giderici bir karar vermekte, öte yandan Anayasanın geriye yürümezlik ilkesinin (1961/md. 152-3) değerlendirmesine yanaşmayarak çelişkiye düşüyordu⁹⁴.

Anayasa Mahkemesi son bir kararında (kanunların zaman içinde uygulanması görüşlerini tekrar hatırlayınız)⁹⁵. GERİYE YÜRÜMEZLİK kuralına artık

91 Bk. (DBDK. No 2739), D.5, K.1977/1449, E.1976/8563 ve 24.03.1977 T.

92 Bk. (DBDK. No 1383), D.5. K.2217, E.1971/15118 ve 16.04.1973 T.;

93 Bk.: 11.10.1963 T., E. 1963/124, K. 1963/143 (AMKD, C.I.s.343).

94 Güneş’e göre iptal edilmiş kanun, şekli ve organik bir kanun olmakla beraber içerik-mahiyet yönüyle düzenleyici işlem değil, subjektif işlemdir. Hazinesinin mülkiyetine intikalde iptal olan “intikal tasarruftur”. Geriye yürümezlik, intikal ile iptal tarihi arası olaylara uygulanır (Bk.GÜNEŞ,-C.H.P.’nin Haksız İktisaplarının İadesi Hakkı da 6195 Sayılı Kanunu İptal Eden... s. 360-361).

95 Bk.: Karar Günü: 12.12.1989, E. 1989/11, K. 1989/48, R.G. Sayı:20410, 22 Ocak 1990, s. 11.

sert yaklaşmadığı görülür. Mahkemeye göre hukuk devletinin gerçek anlamı ve amacı, devletin bütün işlemlerinin hukuk kurallarına uygun olmasını gerekli kılar. Devlet faaliyetlerinin yargısal denetime göre yürümesinin, yasama işlemlerinin bu kapsamda görülmesinin nedeni budur. “Anayasa Mahkemesinin kararıyla Anayasaya aykırılığı saptanan bir kanuna dayanılarak ileriye yönelik hak kazanılması ve kazanılmış bir haktan sözedilmesi olanaksızdır”.

Temelde genel düzenleyici işlemlerini içeren kural işlemler, nesnel ve genel hukuki durumlar üretirken, düzenledikleri konularda statü oluştururlar. “Kişilerin bu statülere alınmaları özel ve kişisel bir işlemle (ŞART İŞLEMLE) olanaklıdır. Nesnel ve genel hukuksal durumun, bu şart işlemle özel hukuksal duruma dönüşmesi, kazanılmış hak yönünden yeterli değildir”. Bir kişinin emekli statüsüne sokulması, o statüde değişiklik yapılmayacağı anlamını taşımaz. Kural işlemler değiştirilebilir, yargıca iptal olunabilir. Kural işlemin iptali, ona bağlı şart işlemi de etkiler. “Bu durumlarda ilerisi için KAZANILMIŞ haktan sözedilemez”. Kişi yeni statüde yerini alır. “Kazanılmış hak, kişinin bildiği statüden doğan (maaş gibi), tahakkuk etmiş ve kendisi yönünden kesinleşmiş, kişisel alacak niteliğine dönüşmüş haklar için sözkonusudur... Anayasaya aykırılığı saptanan yasa hükümlerine göre elde edilen haklar, ilerisi için kazanılmış hak oluşturmaz ve uygulama niteliğini yitirir...”.

Mahkemeye nazaran 153. maddedeki geriye yürümezlik kuralı, iptal kararlarının zaman içindeki etki alanını çizmek için konmuştur. Anayasada zaman içindeki etkiyi gösterebilen kurallar vardır. Bunların birlikte değerlendirilişi sonunda iptal kararlarının zamana etki alanı konumlandırılabilir. Örneğin iptal kararlarının bağlayıcılığı (md. 153/6) aynı maddenin “yürürlükten kalkar” 83. fıkra) hükmü ile değerlendirildiğinde, iptal kararının ileriye dönük “derhal” etkisi, tartışılmaz biçimde ortaya çıkar. Bu duruma göre anılan erken emeklilik olayında maaş ödemeleri durdurulmalıdır. “Böylece, Anayasa Mahkemesi Kararıyla iptal edilen bir yasanın geleceğe yönelik tüm etkilerinin kaldırılması ve iptal kararına uyulması tüm devlet kuruluşlarınca kaçınılmaz bir zorunluluktur... İPTAL KARARLARININ KİMİ DURUMDA GEÇMİŞİ, FAKAT HER DURUMDA GELECEĞİ ETKİLEMESİ ASİLDİR”.

Yüksek mahkemenin “süper emekliliği” dondurma kararı, ister istemez “gerekçe ile bağlanma” sorununu gündeme getirmektedir. Her ne kadar pozitif belgelerde öneri, uyarı, yeni bir uygulama getirici hüküm koyamama, geçici durdurma kararı (bilindiği üzere Anayasa Mahkemesi artık “yürürlüğü durdurma” kararı da vermeye başlamıştır) öngörülmemişse de değinilen kararda bir tür uyarı niteliği taşıyan, yön gösterici “imalar” a yer verildiğini gözlemleriz: “İtiraz yoluna başvuran mahkemeler... iptal kararından önce açılmış olan bir davayı Anayasa Mahkemesi Kararına göre çözecek ve doğrudan iptal kararının etkisini önceye uygulayacaktır. Aynı durum itiraz yoluna başvurmeyen mahkemeler için de geçerlidir... kuralın iptali sonucu, Mahkemeler... davaları bu karara göre çözmekle yükümlüdür...”. “Anayasanın bağlayıcılığı... bir kuralın aykırılığının saptanmasından sonra uygulama alanı bulmasını kesinlikle önler...”.

Eğer yanılmıyorsam; anlatılanlara bakılarak alıntı yaptığım bu sözlerin bir tür uyarı, “ima” ve “tespit” izlenimi verdiği açıktır.

Anayasa Mahkemesinin eskiden geriye yürüme sorununu uygulamaya bırakan ve kazanılmış hak kavramını tamamen reddetmemekle beraber, bu kavrama fazla güvenmediğini vurgulamıştı. Değinen bu son kararda kazanılmış hakkın ne zaman bu niteliği alabileceği yönü ön plâna çıkmakta ve “kimi zaman” geriye yürüme kuralının hukuk güvenliği ve maddi adalet arasında “hakkaniyet” gereğini doğurabileceği anlaşılmaktadır. Elbette bu değer seçimi klâsik çözümlerde değişimi zorlayacaktır.

2. İptal kararlarının geriye yürümezliği ve ara sonuç

i. “Kimi zaman” geriye yürüme zorunluğu

Anayasanın “iptal kararları geriye yürümez” hükmü ve bağlayıcılığı (md. 153/4-5) zamanımıza değin bir hayli tartışma doğurmuş ve tartışmalar sürmektedir. 1961 Anayasası dönemi Temsilciler Meclisi Anayasa Komisyonu, Fransız Danıştay içtihadlarını gözönüne almış olmalı ki, iptal kararlarının geriye etki üretmesinin karışıklıklara neden olabileceğini düşünmüştür. Fransız Danıştayının Türk Danıştayının aksine” geriye yürüme”yi geniş bir biçimde uyguladığı bilinmektedir⁹⁶.

1982 Anayasası aynı çerçeveyi korumuştur. Doktrinde de hukukun genel ilkelere arasında değerlendirilen “geriye yürümeme” kuralı; anayasa Komisyonunun kanunun iptali durumunda, bu kanuna güvenilerek yapılan işlemleri koruma endişesiyle öngörülen formül; teslim etmeliyiz ki, kişilere tanınan Anayasaya aykırılık savunması hükmü ile çelişki doğurma yeteneğine sahiptir. Çünkü Somut Norm Denetimi (Die “konkrete” Normenkontrolle)⁹⁷ yöntemi ile bir kanunu iptal yaptırma tutan karar geriye etki doğurmayacaksa, aykırılık savunmasını doğrulattıran tarafın sonuçtan yararlanamayacağı açıktır. Şu var ki, Anayasa yapımıcısının amacının bu olduğunu söylemek de olanaksızdır. Kabul etmeliyiz ki, Anayasa metnine çelişkili hükümler konulmuştur⁹⁸.

Anayasa Mahkemesinin anılan son kararında 153. madde sorgulanırken, sistem içerisinde iptal kararlarının bir yaptırım olarak ortaya çıktığı, yaptırımın etki alanının saptanmasında anayasal sorunlar oluştuğu hatırlatılarak, iptal kararlarının zaman içerisinde etkisini belirlemede başka kuralların varlığına işaret edilir. Gerçekten Anayasaya aykırılık denetimi ya iptal davası, ya da itiraz (defi) yöntemiyle gerçekleştirilmektedir⁹⁹.

96 GÜNEŞ, s. 358.

97 DURAN, s. 412; SCHLAICH, s. 72-85.

98 GÜNEŞ, s. 358-359; KIRATLI, s. 179; ARMAĞAN, s. 137-138. İptal kararı geriye yürümez kuralı, “kanunlar makabline şamil olmaz” kuralına eşittir. Amaç, kanunlara olan güveni sağlamadır. Cemiyet hayatının varlığı, devamı ve kalımı (bekası) için emniyet koşuldur (F.H.SAYMEN, **Türk Medeni Hukuku** C.I, 2.Bası, 1956, s. 175). Asıl olan kanunun yürürlüğe girmesiyle “derhal” etki doğurması ve uygulanmasıdır (**Tevhidi İctihad Kararı**: 22.5.1946 tarih, Sayı:1/9, R.G.: 23.7.1964-6366).

99 Turhan Feyzioğlu, **Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Kazai Murakabesi**, Ankara, 1951, s. 48 vd. Anılan son DANIŞTAY, Anayasa Mah.si kararları...

Sorunu biraz daha açalım: Anayasanın 153. maddesiyle birlikte düşünülen Kuruluş Kanunu (md. 53) ve “kimi zaman” geriye yürüme zorunluğunu 152. madde (1, 3. fıkra) hükümlerinden paralel düşünmeyle çıkarabiliriz. Şu soruların cevapları bizi olumlu sonuca vardırabilir: Somut norm denetimi yoluna başvurulup alınan iptal kararı, “geriye yürümez” kuralından dolayı bir yarar sağlamayacaksa dava açma ne işe yarar? İtiraz yolu ile alınan iptal kararı, benzer davaları nasıl etkileyecektir? Örneğin bir mahkemenin elinde benzer kuralın uygulanacağı birçok dosya varsa, Anayasa Mahkemesi aykırılık savıyla kendisine ulaştırılan söz konusu dosyalardan birinde, aykırılığı iptal ederse, yerel mahkeme iptal edilen kuralı yok sayıp diğer dosyalara uygulamalı mı? Aksine öteki dosyaları da birer birer yüksek mahkemeye mi göndermeli?

Bir çok mahkemenin elinde aynı yönde dosyalar olsa, iptal hükmünü yok kabul edecek veya her dosyayı Anayasa Mahkemesine gönderecekler mi? Demek oluyor ki, ortada sorunlar vardır. Normal olan bu son durumda iptal hükmünü, başka benzer davada verildiğine işaret etmektir.

Uygulamada itiraz yoluna başvurmalarda, yerel mahkeme kuralın iptalini yok kabul ederek sonuca gitmektedir. Kuşkusuz, olay tarihindeki norma göre olayı çözüm, zedelenmekte, iptal kararının ex tunc etki doğurduğu anlaşılmaktadır. Yerel Mahkeme, 5 ay içinde Anayasa Mahkemesi kararını alamazsa mevcut mevzuata göre çözüm getirir. Ya daha sonra iptal kararı gelirse? Veya iptal kararının yürürlüğü ertelenirse? (md. 153/3). Böyle durumda ilgili zarara uğramayacak mıdır? Söylemek gerekirse iptal durumunda, itiraz eden aleyhine bir uygulamanın hukuksal haklı bir nedeni olamaz. Hele kararın ertelenmesinde, ilgilinin iptali bile rek hakkına geç kavuşacağını düşünmesi, adaleti zedeler. Herneyse iptal kararının alt mahkemece uygulanması önceyi kapsamadır. Şayet geriye yürümez der, iptal kararını uygulamazsanız, garip sonuçlar doğacağı gibi “hiç bir hukuk kuralının tefsiri böyle bir abese müncer olamaz”. Özetle 152. maddenin uygulanmasında iptal kararlarının geriye yürümesi gerektiğini de kabul etmeliyiz. Daha doğru bir anlatımla 153. maddenin geriye yürümezlik kuralı ile son fıkrasının 152. maddeye uygulanamayacağı besbelli olmakla birlikte uygulama ve doktrinde savunulduğu üzere çözümü zor bir olay olan önceyi kapsama ilkesi, “**kimi zaman**”, **kabul edilebilirlik, açıklık, yoğun içerikle temas sağlayan ölçeklerin yardımıyla bir hakkın suistimali, açık hile, idarenin açık hatası, hak kazandırıcı niteliklerin her olayın ayrıca değerlendirilmesi sonucunda uygulanabilecektir**¹⁰⁰.

İdari yargıda iptal kararının geriye yürümesinde oybirliği varken, Anayasa yargısında sorunun çok tartışmalı olduğu kuramsal olarak izlenebilmektedir. Bir normun aykırılığı ya bir Anayasanın yürürlüğe girmesiyle veya sonradan çıkarılan bir normun aykırı doğmasıyla söz konusu olabilir. Doğrusu makul düşünce,

100 Bk.: dpn / 59, 62'deki kararlar. Ayrıca GÜNEŞ, s. 358-360.

İtiraz yolu davalarında iki görüş çarpışmaktadır.: Birincisi, iptal karardan taraflar yararlanır. İkincisinde yargıç iptal edilmiş kararı yok kabul ederek hüküm vermelidir. Uygulamada geriye yürümeme kuralına karşın, bu hüküm uyuşmazlık haline getirilmemiş muamelelere etki etmeyeceği yönünde anlaşılmalıdır (Fazla bilgi için bk.: ANAYASA YARGISI, s. 196-197).

bir kanun ya Anayasaya hep uygun, ya da başından beri aykırı kaldığı biçimde olur¹⁰¹. Kanunların herkese eşit uygulanması, adalet ilkeleri, iptal kararının geriye yürümesini zorunlu kılar. Anayasa yapımcısı, kişileri Anayasanın teminatından yararlandırmak için itiraz yolunu benimsemiştir. Eğer geriye yürümezlik kesin bir yönde uygulanırsa neden itiraz yolu tanınmıştır? Bu durumda, geriye yürümezliğe makul bir anlam verilmelidir. Anayasa yapımcısı, kişilere dava açma olanağı tanırken, iptal kararından yararlanmasını da istemiş olmalıdır. Soyut veya somut norm denetiminde iptal kararının, kesin hüküm durumunu almış yargı ve idare kararları, kazanılmış hak düzeyine yükselmiş işlemler saklı kalmak koşulu ile geriye yürüdüğünü kabul etmek zorunluluğu vardır. Ex tunc kuralı, maddi adalet ve hukuk güvenliği arasında bir değer seçimi olarak uygulanabilmesi, ex tunc etkinin ise hukuk güvenliği seçeneğine dayandığına göre, geriye yürümezliği yalnızca kesin hüküm durumlarına yöneltilemeyeceği formülü amaca daha uygundur. Danıştayın görüşleri de bu yöndedir¹⁰².

ii. “Her zaman” ileriye dönük etki (Effectiveness ex nunc)

İptal kararının ileriye dönük etkisi, “içtimai huzur mülâhazası”na dayandırılmıştır. Aslında geriye etki, ileriye dönük etki yönleri, kuramsal olarak vurgulanabilir. Her iki yönden haklılıklar olabileceğini söylemek zor değildir. Bu iki seçeneği terazilersek, yaşamın kargaşaya düşmesinden korkulduğu için, hukuk güvenliği tezine ağırlık verildiği görülebilir. Dolayısıyla geriye yürümezlik asıl kural olarak değerlendirilebilir. Zaten Anayasa yargısını benimseyen bütün ülkelerde, bazı istisnalarla bu formül benimsenmiştir. 1961, 1982 Türk Anayasaları (md. 152/3, 153/5) ve organik kanunları geriye yürümeme ilkesini yinelerler. Geriye yürümezliği lâfız anlamıyla ele alırsak, haksız, adil olmayan sonuçların doğabileceği, Anayasa ve Anayasa üstü ilkelerin ihlâl olunabileceği söylenegelmiştir¹⁰³.

İptal kararlarının kesinleşmiş mahkeme kararlarına etki yapmadığı, geriye yürümezliğin geçerli olduğu oybirliği yönündedir.

Şu var ki, CEZA MAHKUMİYETLERİNDE sonuç farklıdır¹⁰⁴. Türk mevzuatı

101 ROSSI, s.338. Almanya ve İtalya’da iptal kararı kesin hüküm durumunu kazanmış işlemlere karşı yürümez. İptal olunan norma dayanarak yapılmış işlemler kesinleşmemiş veya askıda ise bunlar iptal hükmü ile hükümsüzlüğe uğramış olur (KIRATLI, s. 181). Alman Doktrininde, uygulamada, Anayasaya uygun olmayan bir norm, başından beri batıldır. Ancak geriye yürümenin her zaman gerçekleşmediği gözlenir (SCHLAICH, s. 166-167 ; ARMAĞAN, 139-140). Orada da hukuk güvenliği kendini gösterir.

102 GÜNEŞ, s. 358-359; M.R. BELGESAY, “Anayasa Mahkemesinin Selahiyetleri”, VATAN, 11.9.1961; B. ARIKAN, “Bir Kanunun İptali ve Neticeleri”, CUMHURİYET, 6.11.1963; KUZU, s. 214-218; KIRATLI, s. 180.

103 KUZU, s. 205 vd.; KIRATLI, s. 179. Örneğin sosyal devlet ilkesini benimsemiş bir devlette, “süper emeklilik”, “ballı emeklilik”, Boğaziçi’nde olduğu gibi haksız tapulanma sürdürülmesinin savunulması zordur.

104 Bk.:ÖZBUDUN, s. 390-391; KUZU, s. 221-224; SCHLAICH, s. 167; ANAYASA YARGISI, s. 197-198; Uğur ALACA KAPTAN, “İtalyan Anayasa Mahkemesi İle İlgili Hükümler”, AHFD, C.XXVIII, Sayı: 1-4, 1961, s. 506 (1953-87 Sayılı Kanun / md. 30: İtalya’da İPTAL ile infaz ve bütün cezai sonuçlar kalkmaktadır). EREM’e göre CEZA hükmünü öngören kanun iptal olursa, karar önceyi kapsamalıdır. Bk.: Faruk EREM, “Ceza Hukuku Yönünden Anayasaya Aykırılık İddiası”, AD. Yıl. 53, Sayı: 5-6, 1962, s. 462. Doktrinde GÖLCÜKLÜ ve bazı yazarlar, geriye yürümezliği savunmaktadır.

gözlemleri, eğer bir hükümlü lehine sonuç doğuran bir Anayasa Mahkemesi aykırılık kararı verilirse, bu karar kesinleşmiş mahkumiyet cezasını etkilemelidir. Çünkü “kanunsuz ceza olmaz” esası vardır. Bir mahkumiyetin dayandığı norm iptal olursa, eylemin suç olmaktan çıkması gerekir. Giriş bölümüne alınan üçüncü olayda (ki, iptal mahkumiyetin hemen ardından gerçekleşir) idamın icrası yapılırsa geriye dönülmeyecek bir haksızlığa sapılmış olunacaktır. Adalete, kanun önünde eşitliğe, Ceza Hukuk kurallarına (md.2) terslik doğacaktır. Öyleyse bir iptal olayı, cezayı doğuran eylemi suç olmaktan çıkarıyorsa, CEZALAR, genel af kanunlarında olduğu üzere bütün sonuçlarıyla ortadan kalkmalıdır¹⁰⁵.

1982 Anayasası (md. 153/3) ex nunc kuralını, kararın resmî yayımıyla başlatır. Gerçek şu ki, iptal kararı biline biline bu kez de iptal tarihi ile gerekçeli kararın yayımı aralığında aykırılığı saptanan kanuna göre işlemler yapılmaya devam olunmuştur: Örneğin Boğaziçi’ndeki haksız tapulanma, “kiyak emekliliğe” girme... gibi.

Türk hukuk sisteminde, iptalin ardından parlamentonun yeni bir kanun yapması anına dek geçecek sürede hangi kanunun yürürlükte olacağı sorununda düzenleyici bir hüküm yoktur. Sorun doktrin ve yargı yerlerinde tartışmalıdır¹⁰⁶. Örneğin iptal kararının, iptal edilen kanunun yürürlükten kaldırdığı kanunlara etkisi nedir?

IV. BOŞLUK, GERİYE YÖNELİK BOŞLUK, ESKİ KANUN İPTALİNİN YENİDEN YÜRÜRLÜĞE GİRMESİ VE İPTAL KARARININ YÜRÜRLÜĞE GİRMESİNİN ERTELENMESİ KONULARI BAĞLAMINDA GERİYE YÜRÜMEZLİK KURALI

A. Boşluk Üstüne

Basit bir tanımla boşluk, yürürlükteki hukukun bir hukuki sorunu çözümlenmede yol gösterememesi durumudur. Bir şeyin gerçek değeri olarak Anayasa, boşluk tartışmasından (en önde) hüküm verdirici bir rol oynamaktadır. Kanun koyucunun, hoşnut edemeyen, yeterli olmayan veyahut amaca aykırı bir düzenleme yokluğunun olup olmadığının açıklanmasına ışık tutan bir değer ölçeği olarak Anayasa, boşluk değerlendirme esasını oluşturmaktadır. Bir Anayasa Hukuku perspektifiyle, herhalde Anayasanın boşluk değerlendirme temelini oluşturduğu apaçiktır¹⁰⁷.

Bk.: F. GÖLCÜKLÜ, “Ceza Hukuku Açısından 1961 T.C. Anayasası”, AUSBFD, C.XVIII, Sayı:2, s. 281-304.

105 ANAYASA YARGISI, s. 198. Federal Almanya’da cezayı öngören kanun iptal olursa, mahkuma kesinleşmiş ceza hükmüne karşı iadei muhakeme hakkı tanınmıştır (BVerfGG/md.79 I). İtalya’da kararın geriye yürüdüğü vurgulandı. Avusturya’da yalnız SOMUT NORM denetiminde, dava nedeni olay için iptal kararı geriye yürür (ARMAÇAN, s. 140).

106 106 ANAYASA YARGISI, S. 198-199. Başbakanlığın 931 Sayılı İş Kanunu’nun iptali üzerine “istişari” mütalaa için bk.: DGK., Esas No: 1971 / 22, Karar No: 1971/36. (DBDK.No:11401), K.481.E. 1971/18299 ve 13.02.1973 T. (DBDK.No:1413), K.3153,E. 1971/16353 ve 04.05.1974 T.

107 107Bk. Hans Paul PRÜMM, Verfassung und Methodik, Berlin 1977 s. 180 vd.

Yargıç, önüne gelen olayın çözümünde bir hukuk kuralı bulamıyorsa, işlem yapmaktan kendini alıkoyamaz. Yargıcın konuyu çözümleyici hukuk kuralını bulamadığı için görevi bırakması “ihmal” olur, bir “hakkı teslim etmek”le yükümlü olmaktan kaçınmak olur¹⁰⁸.

Hukuk düzeninde, kurallar kademelenmesinde Anayasanın alt düzenlemelerde çeşitli biçimlerde boşluk doğurma olasılığı olabileceği gibi, Anayasa Mahkemesinin iptal edeceği bir kanunun ortadan kalkmasıyla, bu kanunun düzenleme alanında boşluk doğabilir. Herhangi bir boşluk doğmaması da görülebilir. Başka bir deyimle her iptal boşluk doğurmaz.

Mahkemenin kanunu iptal etmesiyle yürürlüğe girmesinden önceki durum “kendiliğinden geri gelmişse”, iptal etme öncesi düzenlemenin boşluk üretmemesi durumunda herhangi bir sorun yok demektir. Örneğin yabancıya “mülk satımı” kanununun iptali bir boşluk yaratmaz. Burada asıl olan, bu tür satışların artık kalkmasıdır. Eğer bir kanunla düzenleme zorunlu değilse, doğabilecek boşluklar idari düzenlemelerle karşılanabilir. Ne var ki, yasal bir düzenleme gerekliyse ve bu düzenleme yapılmazsa, diğer bir tanımlamayla “mahkemeler ihkaki haktan imtina durumuna” düşecekse¹⁰⁹ “boşluk” doğmuş olacaktır.

Boşluk doğmaması için Anayasa Mahkemesinin düşünebileceği bir yol, herhalde “Anayasaya uygun yorum” biçimidir. Mahkemenin amacı kanunu iptal etmek değil, Anayasanın korunması ya da ona uygunluğun sağlanmasıdır. Bir kanun, Anayasaya uygun yorumlanabiliyorsa amaç sağlanmış olabilecek ve iptal halinde doğabilecek boşluk ve yasamanın boşluğu doldurmada gecikmesi zararları giderilmiş olacaktır. Anayasa Mahkemesinin yorum kararları dahi bağlayıcıdır ve yorum kararı “geriye etki” doğurur. Anayasaya aykırı durum ifadeleri, Anayasaya uygun açıklanarak yeni bir durum (yasamanın öngörmediği) üretilmekteyse de, doğabilecek boşluklar da giderilmiş olmaktadır¹¹⁰.

İkinci (II) başlıkta değinildiği gibi Anayasanın “kanun koyucu gibi hareketle, yeni bir uygulamaya yol açacak biçimde hüküm tesis edemez” (md. 153/2) kuralı, boşluk oluşmasına yönelik görülebilir. Yine aynı başlıkta değerlendirildiği gibi Anayasa Mahkemesi 1036 Sayılı Kanunla getirilmiş değişikliği (baraj sayısını) iptal edince¹¹¹ kanun koyucunun öngörmemiş olduğu “klasik d’Hondt” modeli doğmuştur. Denebilir ki, böyle durumlarda iptal hükmünün ertelenmesi (1982 Anayasası md. 153/3) gerekebilir.

Federal Alman Anayasa Mahkemesi, iptal sonucu doğabilecek bir boşluğun

108 BALTA, s.137; ULER, s. 525.

109 Bk. KIRASTLI, s. 181.

110 Bk. ULER, s.525; KIRATLI, s. 170.

Belirtilmeli ki, “Anayasaya uygun yorum” ilkesi, bir “boşluk” doldurma çaresi değildir. Bir kısmı iptal benzeri sonuç doğuran “karar varyantadır. Anayasa veya idare yargıcı, önüne gelen olayda “boşluk” doldurma yaklaşımıyla hareket etmemektedir. İptalden kaçınma “saik”inin ilk yansıması, yasamayı hoşnut etme, onore etmedir. Belki Anayasaya uygun yorum ilkesi, gün olur boşluğu giderici bir “tedavi” sağlayabilir.

111 Bk. AYMK., K. 1968/13, E. 1968/15 ; 3,4 ve 6 Mayıs 1968 T.

doğması olasılığında, bunu önlemek için değişik karar türleri geliştirmiştir¹¹². Kuşkusuz mahkemenin geliştirdiği karar tipleri, çok özel “fiili durumlar” doğabileceği anlara yöneliktir. Örneğin kanunun Anayasaya aykırı olduğunu saptama, ama iptal etmeme ile yetinme...¹¹³. Veya kanunun Anayasaya uygunluğunu saptıyor, ama gelecekte onun aykırı olabileceğini de saptıyor. Böyle durumlarda kanun koyucu uyurulmaktadır. Yani karar aynı zamanda bir uyarı tipini oluşturmaktadır.

1982 Anayasasının “yeni bir uygulamaya yer açacak biçimde hüküm” oluşturmamasını yasaklaması, belki boşluk doğumunu önleyebilir. Ancak bu durum, bir sorun oluşturuyorsa, bu bize özgü olmadığı da söylenebilir. Örneğin İtalya Anayasa Mahkemesi, bazı tür kararlarıyla eşitliğe aykırı düzenleme, belirli durumların düzenlemeye konulmamasını, bir kanun boşluğunu Anayasaya aykırı görmüştür. Verdiği kararlarını kimi zamanda bir metnin Anayasaya aykırılığıyla bağlı olarak oluşturur. Dolayısıyla yeni bir norm oluşabilmektedir. İtalyan Adalet Bakanının Anayasa Mahkemesinin “tahkiri suçlarını” kovuşturmak için kanunca sahip olduğu “muvafakat” etme hakkı, mahkemenin aldığı bir kararla Anayasa Mahkemesinin “muvafakat hakkına sahip olması” biçiminde “ikame” (yerinde kullanma) olunmuştur¹¹⁴.

Alman Anayasa Mahkemesi de çok özel durumlarda yeni karar türlerine yönelerek olumsuzlu olumluya çevirmeyi denemiştir. Hemen belirtmeliyim ki, bir kuralın iptali durumu, doğal bir biçimde “yeni bir uygulamaya” neden olacaktır. Bir kez aykırılıktan iptal olunan hüküm ortadan kalkar. Mahkemeler, uygulamayı yürürlükteki kurallara veya yeni çıkarılmış olan bir kanuna göre yürütecek. O zaman her iptal kararı, otomatikman yeni bir uygulamayı doğuracaktır¹¹⁵.

B. İptal Sonucu Eski Kanunun Geri Dönmesi Sorunu

Denebilir ki, bir boşluğu doldurabilmenin en etkin çaresi, tam olarak “geriye yürümeyi” benimseyip, iptal olunmuş metnin, başlangıçta yürürlüğe girmeden önceki sürece yeniden yönelmektir. Akla gelen ilk davranış biçimi, iptal edilmiş kanunun düzenlediği alanda, önceden düzenlemiş olan bir kanun yeniden devreye girecektir. Herşeyden önce yasama organı, iptal metninin yerine derhal yenisini çıkarması zor görülmekte, iptal hükmü ve yeni kanunun çıkarılması aralığında bir belirsizlik oluşacaktır. Kuşkusuz bir hukuki boşluk doğabilecektir. Avusturya Anayasasına göre (md. 140/4) Anayasa Mahkemesi aksi bir karar vermemişse, iptal olunmuş kanunla kaldırılan kanun hükümleri, iptal kararının yayımlandığı an yeniden yürürlüğe döner¹¹⁶.

112 Bk. SCHLAICH, s. 161-190

113 SCHLAICH, s. 168 vd.

114 D.SCHEFOLD, (Çev.İ.YAZMAN), “Anayasa Yargısı ve Yüksek Yargı” AÜHFD., C. XXXI, No:1-2, s. 137.

115 ALİEFENDİOĞLU, “Anayasal Denetimin Kimi Sorunları...” s. 65.

116 AZRAK, s.28. KELSEN, Anayasa Mahkemesinin iptal kararında, iptal olunmuş kanundan önce yürürlükte olan kanunun yeniden yürürlüğe girmesine karar verebileceği görüşündedir. Bk. ULER, s. 526.

KIRATLI, bir kanunun iptaliyle yasama organı iradesinin iptali söz konusu olduğundan, iptal ile eski kanunun yürürlüğe dönmesi görüşündedir¹¹⁷.

“Zımnî İlga” durumunda da önceki kanun “yeniden uygulama yeteneği” kazanır. “Sarih İlga” yasama organının önceki kanunun yürürlüğüne son vermesi biçiminde olduğundan, açık bir irade beyanını yansıtır. Onun için önceki kanunun yeniden yürürlüğe girmesi, yeniden yasamanın tasarrufunu gerektirir¹¹⁸.

Bir görüşe bakılırsa, kanunları yürürlükten kaldıran bir kanunun Anayasa Mahkemesince iptaliyle, ilk kanunun yürürlüğe girmesi hukuka aykırı düşmekte ve Anayasa Mahkemesi kararının geriye yürüyeceği anlamını da taşımaz. Çünkü kanunlar belli zaman süreçlerinde yürürlüklerini sürdürürler. Yürürlükten kalksalar da olay zamanındaki hukuksal kural olmaları durumunda kural olarak uyumsuzluk çözümünde geçerlidirler. Olsa olsa yürürlüğü son bulan kanunun “öldüğü”nden değil, yeni meselelerde uygulanabilecek bir metin olma geçerliliğini yitirme söz konusu olabilir. Önceki kanunun geçerliliğine son veren yeni kanun, eski kanunun belirli bir zaman sürecinden sonra oluşan olaylarda uygulanması engellerinde de önceki kanuna son vermez. Önceki kanun çoğu durumda yürürlük anına ilişkin davaların çözümlenmesinde uygulanmasını sürdürür. Önceki kanuna son veren kanunun Anayasa Mahkemesince iptali durumunda da ilk kanunun yürürlüğünü engelleyen hüküm kalktığından, önceki kanun yürürlüğünü yeniden sürdürme yeteneğini kazanır¹¹⁹.

Doktrin, önceki kanunun kendiliğinden yürürlüğe dönemeyeceği yaklaşımı içindedir. Bu anlayışa, “geriye yürümezlik” kuralı etken olmuştur denebilir. 1967 yılında 931 Sayılı Kanun, biçim açısından iptal olununca, konuyu inceleyen Danıştay, Anayasa Mahkemesi iptal kararlarının geriye yürümeyeceğine nazaran “meriyetten kalkmış mevzuatın geriye getirilmesi düşünülemez” yargısını yansıtır¹²⁰.

C. Süre Vererek Kanunu Yürürlükte Tutma ve Geriye Doğru Boşluk Durumları

1982 Anayasasına göre iptal kararları R.G.’de yayımlandıktan sonra, kanun ya da iptal hükmü yürürlükten kalkar (md. 153/3). Aynı fıkranın bildirdiğine göre de Anayasa Mahkemesi, “gereken hallerde” iptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarihi “ayrıca kararlaştırabilir”. Mahkeme eğer böyle bir karar verirse “bu tarih” iptal kararının R.G.’de yayım tarihinden başlayarak “bir yılı geçmez”. Anayasa bu yönde bir davranışın gerekçesini “iptal kararının ortaya çıkardığı hukuki boşluğu dolduracak kanun, tasarı veya teklifin öncelikle görüşülüp karara bağlar” sözündeki “bağlar” sözcüğünün öznesi T.B.M.M.’nin “öncelikle” harekete geçip, boşluğu doldurması olarak değerlendirilmektedir (md. 153/4). Demek ki, Anayasa Mahkemesi bir erteleme kararı vererek, iptal kararının yürürlüğünü erteleyebilecektir. Kararın geciktirilerek uygulanabilme yetkisinin sebebinin Anayasa Mahkemesi şöyle vur-

117 KIRATLI, s. 181-182.

118 ULER, s. 526.

119 ALİEFENDİOĞLU, s. 51-53; ULER, s. 526.

120 Danıştay İstisnâi Düşünceleri (DİD. No 289), D.3, 70/444, 71/10 ve 09.01.1971 T.

gular: “Böylelikle birtakım olaylarda Anayasaya aykırı kuralın yürürlükten kalkmasından doğan sakınca bu tür bir kuralın birdenbire kaldırılmasından doğacak sakıncaya göre daha hafif sayılmış, böylece ağır bir sakıncayı önlemek için daha az sakıncalı bir durum geçici bir süre için benimsenmiştir”.

Mahkemenin bu kanısı, belki biçim yönünden verilen bir iptal kararı durumunda paylaşılabilir. Şöyle ki: Daha kanunun “öz yönünden” Anayasaya aykırı olduğu saptanmamış ve aykırılık öz bakımından saptanıp iptal kararı alınmışsa, aykırılık oluşturan böyle bir kanunun az bir süre de olsa, yürürlükte tutabilmenin Anayasanın üstünlüğü kuralı karşısında bir savunması olamaz. Sorunu Anayasa Mahkemesine götüren alt mahkemenin ne yapacağı, düşebileceği garip durumun gözönüne getirilmesi, durumun ciddiyetini hemen yansıtmaktadır. “Hiçbir hukuk kuralının tefsiri, böyle bir abese müncer olamaz”¹²¹. Alt mahkeme iptal kararını esas aldığı varsayalım. Ama bu karar henüz yürürlüğe girmiş değildir. Eğer yürürlükte olan kanunun uygulanacağı varsayılsa, iptali sağlamış olan tarafın iptalden yararlanamamasının ne anlama gelebileceği sorulabilir. “Görülmekte olan başka davalar” yönünden, durum hiç de iç açıcı değildir. Olsa olsa, Anayasaya her nasılsa konulmuş olan hükümlerin doğurduğu kördüğümüne uygulanabilecek “tek çözüm süre vermenin yalnızca yasama organına yönelik olduğu”, yargı ve yürütme organlarının iptal kararlarıyla bağlı bulunduğu gerçeğini simgeleyen çözümdür¹²².

“Geriye doğru boşluk” sorunu ise, kanunun yürürlüğe girmesi ve Anayasaya aykırı olduğunun saptanması, yani kararın R.G.’de yayımıyla, eğer Anayasa Mahkemesi süre vermişse, öngörülmüş böyle bir sürenin geçmesi aralığında hangi hükümlerin uygulanabilmesi sorunu biçiminde yansıtılabilir. Eğer geriye yürümezlik kuralını mutlak biçimde alırsak, mahkemenin verdiği iptal kararıyla “geriye doğru bir boşluk” oluşmayacaktır. Başka deyimle, ilgili dava kanununun uygulama durumları, iptal anına dek Anayasaya uygun biçimde geçerli sayılmış olacaktır. Yani aykırı kural, sanki iptal ile uygun duruma yükseltilmiş olacak ya da aykırılık, çaresiz uygun olarak algılanmış olacaktır. Artık ne geriye dönülebilir, ne düzeltme olanağı kalmamıştır. Ne var ki, bu tür bir yaklaşımın verdiği çözüm, gerçeklerle bağdaşmayabilir. Herşeyden önce bir uyumsuzluk çözümlenirken, o uyumsuzlığa sebep olmuş olayın gerçekleştiği tarihteki kuralların gözönüne alınması genel bir hukuk kuralıdır. Çözümün gerçeklere uymadığını şu örnekler gösterebilir: Danıştaya göre, Anayasa Mahkemesinin bir kararıyla¹²³, Anayasanın 38. maddesinin fıkraları (2 ve 3) biçim bakımından iptal edilince, “istimlâk edilen taşınmazlara ödenecek bedellere ait bir hüküm” kalmamıştır. Yine 1757 Sayılı Toprak ve Tarım Reformu Kanunu biçim bakımından iptal olunmuş¹²⁴ ve iptal hükmünün yayımından (R.G.’de) itibaren bir yıl sonra yürürlüğe girmesi kararlaştırılmıştır. Öyle anlaşılıyor ki, 1757 Sayılı Kanununun 36. maddesi (ki, bu madde, istimlâk edi-

121 GÜNEŞ, s. 358.

122 ULER, s. 527.

123 AYMK, E. 1976/138, K. 1976/46 ve 12.10.1976 T.

124 AYMK., E. 1973/42, K. 46; 19.10.1976 T.

lecek taşınmazlara ödenmesi gereken bedellere dair düzenlemedir) bir yıl daha uygulanmaya devam edecektir. Şu var ki, yürürlüğü süren madenin içerdiği meselelerin bu maddeye göre çözümlenmesi doğal olmakla birlikte, maddenin bir yıl sonra ortadan kalkacağı düşünülerek, uygulamalar sürerken mahkemeler ve Yargıtayın içtihatlarının gözardı edilemeyeceği de bir gerçektir. Çünkü anılan 38. madde ve 1757 Sayılı Kanununun 36. maddesine dayanılarak yapılmış olan “istimlâklerin” doğurduğu uyuşmazlıklara “eski hükümlerin uygulanamayacağı” yolunda bir içtihadın verilmesi de olanaklıdır¹²⁵. Başka anlatımla iptal olunmuş eski hükümlerin uygulanmaması söz konusudur. Aykırılığın son bulması istendiğine göre, en azından “uyuşmazlık konusu edilmiş işler”de, aykırılığı saptanmış kuralların uygulanmaması artık bir zorunluk biçiminde yansır. Yargıya göre (7.HD. 79/1593) bir hak ve borcu hangi kanun doğurmuşsa, o kanun yürürlükten kalkmış olsa bile, onun içerdiği koşullar değerlendirmek suretiyle uyuşmazlığa çözüm bulma zorunluğu vardır.

“Beklenen haklar” yönünden (Yargıtay 4. HD.80/5064) bakınca, bir kanun yürürlükteyken bu kanuna göre daha tüm sonuçlarıyla kazanılmış ve mal varlığına girmiş bir hak doğmamışsa, mahkemece bu kanunun öncesi olay ve ilişkilerden bahsedilerek, ayrıca iptal olunmuş kanun maddesi destek alınarak bir “hak istenemez”. Yani mahkemeler, iptal olunmuş kanunla eski olayları doğurduğu uyuşmazlığı çözemez. İlgili makamlarda iptal kararı yayımından sonra, iptal olunmuş hükümlere dayanıp “beklenen haklara” ilişkin işlem oluşturamaz.

Bir kanun ancak yürürlüğü sırasında oluşan olaylara uygulanabilir. Kimi zaman yürürlük öncesi olaylara da uygulama söz konusu olabilir. Kimi zaman ise, kanun yürürlükte ama eski kanun yürürlüğünü sürdürebilir. Bu cümleden olarak, “derhal uygulama”, “geriye yürümeme” ve “etkiyi sürdürme” kavramlarıyla yansıtılabilecek üç normdan birisinin diğerlerine “üstün veya öncelik gösteren bir durumu” yoktur. Bunlar Anayasa tarafından doğrudan düzenlenmiş değildir. Özetle, bu gerekçelerle Ceza Hukuku hariç, her üç norm türünün, göreceli bir biçimde her olayın kendine özgü özelliği doğrultusunda uygulanabileceği sonucunu çıkarmak olasıdır. Önceki kanunun etkisinin sürdürülmesine karar verme, yargıcın yetkisinde olsa gerektir¹²⁶. Ama hukuk kurallarının içerdiği ve geçerli olan “etkiyi sürdürme” olgusu, iptal edilmiş kurallar bakımından geçerli olmamalıdır. Anayasa Mahkemesinin Anayasaya aykırı düzenlemelerden koruma yükümlülüğünde olduğu esası doğrultusunda, aykırı kuralı iptal etme yetkisiyle donatıldığı baz alınır, Anayasaya uygunluğu sağlama yetkisinin, aykırılığı giderme yetkisinin yanında olmasını söylemenin reddedilecek, hoş karşılanamayacak bir yanı yoktur. Anayasa Mahkemesinin doğabilecek boşluğu kapatmasının uygun olacağı düşünülmüş ve önerilmiştir. Kuşkusuz bir boşluk konusunda doğru çözümü bulma, çözüm işleviyle donatılmış mahkemelerin boşluk doldurmasıyla olabilmeli. Çünkü yargıç işin uzmanıdır. Türk hukuk sistemi de yargıcın “hukuk yaratması” fenomenini benimsemiştir. Boşluk doldurma yargıcın normal bir ödevidir. Bilindiği gibi iş

125 (DİD No 324), D.3, 643, 733 30.06.1977 T.

126 AKILLIOĞLU, s. 280; ULER, s. 528.

kanununun iptali arkasından doğan boşluk, yargı yerlerince duraksama olmadan doldurulmuştur. Yine kiralara ilişkin durum hatırlanmalı.

Soruna “hukuk güvenliği” açısından yaklaşırsak, bir kanunun Anayasaya aykırı olup olmadığını sade yurttaşlar bilemez. Diğer deyişle, kanunun adres sahipleri, kanunu Anayasaya uygun olarak bilir, algılar. Bu varsayım, yönetsel işlemlerin hukuka uygun olduğu varsayımı gibidir. Varsayımların yanlışlığı elbette kanıtlanabilir. Anayasa Mahkemesi bir kanunu iptal ederse, aykırılık kanıtlanmış demektir. Kanun iptal olmuş ama, iptal edilmeden önce ona dayanılarak bir çok işlem yapılmış olabilir.

Uygulamayla hak kazanmış ilgililerin, haklarını kaybetmesinden de korkulması durumu vardır. Anayasaya uygunluk “karinesi”ne dayanılarak kazanılmış ya da güvenilerek elde edilmiş olan bir hakkın, aykırılık nedeniyle bir iptalle zarar görmesi akıl dışıdır¹²⁷. Öyleyse “geriye yürümezlik” kuralının sebebi, tekrar pahasına “hukuk güvenliği” endişesinin sonucudur. Kanun düzenleyici niteliği simgeler. Onun yürürlüğe girmesinden başlayarak hükümsüz kaldığı benimsenirse, kazanılmış çoğu hakkın yaralanması, ona dayanılarak doğmuş işlemlerin doğrudan düşmesi demek olacaktır. Hele Anayasaya aykırılığı saptanmış kuralın hukuk alanında “yokluk” ile değerlendirmesi, böyle kural veya kanuna dayanılarak yapılmış olan binlerce işlemin iptalle geçersiz kalacağı, dolayısıyla işlem sahiplerinin hukuk güveninden yoksun kalıp, hukuk düzeni dengesinin sakıncalara gebe olacağı düşüncesi, bırakınız kuşkuyu, “korku” paranoyasına dönüşeceği de gün gibidir. Ne var ki, çekingenlik içeren bu yaklaşımdan yola çıkıp “geriye yürümez” demek de yeni somut haksızlıklara gebecektir. KELSEN, geriye yürümeyi, kanun koyucunun Anayasayı yorumlama yetkisinin bulunduğu sebebiyle haklı görmemekte, aykırılık kararı verilmedikçe, kanun koyucunun iradesine saygı gösterilmesine işaret etmektedir. Soruna, sadece geriye yürüme etkilerinin doğuracağı sakıncaları sonuçları bakımından değil, kararın kanun koyucuya ilişkin olmasından hareketle de bakar. Mahkemenin ve yasama işlevinin yakınlığını vurgulayıp, Anayasa Mahkemesi yargıçlarının parlamento tarafından seçilme nedeni olarak da, mahkemenin “yasama işlevi” görmesini belirtir¹²⁸. Şu var ki, iptal kararının geriye yürümesi ilke olmalıdır. Belki çeşitli alanlarda, geri yürüme çetrefil sorunlar doğuracaktır. Bir kez geri yürümezlik baz alınrsa, iptal sadece geleceğe yönelik etki doğurursa, iptal öncesi ve sonrası periyodlara ait eşit kapsamlı olaylara farklı hükümler uygulamak gerekecektir. İptal hükmü geçmişe etki doğurmazsa, kararın alınmasından önce vücut bulmuş ancak, daha kesinleşmemiş olaylara da bir etki söz konusu olamayacaktır. Oysa aynı olaylara, aynı zamanda ayrı hukuk kurallarının uygulanması olguları, çok çarpıcı bir eşitsizlik doğurmayacak mıdır?

Yazıldığı üzere adalet ilkesi, kimi zaman aykırılık oluşturan bir kanun iptali kararının geriye yürümesini şiddetle öngörebilir. Çünkü kamu vicdanı, deyim uygun düşerse bu çalışmanın girişindeki olaylarla kanama duvarını yırtabilir. Kimi

127 AZRAK, s. 159.

128 KELSEN, “Judicial Review...” s. 187.

zaman da AZRAK'ın dediği gibi “kesinleşmiş bir hukuki durum, tekrar ele alınarak tartışma konusu yapılmasının ilgililer bakımından hukuk güvenliğinin korunması ile hiç bir ilgisi olmayabilir¹²⁹. Herşeyden evvel, hukuk güvenliği kavramını, sakat işlemlerin kazanılmış hak oluşturamayacağı ilkesiyle birlikte, belirsizlik içeren “kazanılmış hak”, “kazanılmış durum” kavramları yönünden gözetmek gerekebilir. Kaydetmeli ki, yalnız adalet ilkesi ve hukuk güvenliği ilkeleri bakımından bir dengeleme yaparak çözüm arama değil, geriye yürümenin üretebileceği sorunlar için daha çok ilkelerin geriye yürümenin üretebileceği sorunlar için daha çok ilkelerin dengelenmesi gerekebilecektir. Dolayısıyla sakıncaları veya güçlükleri gereğinden fazla dert edinmemeliyiz. Bu sorunlar sadece Anayasa yargısına özgü değildir. Hukukta sakatlıklar öğretisinin teklifi hatırlanmalıdır. Gün olur hukuk, kurallarına aykırı durumlar olsa dahi, oluşmuş durumların korunmasını emredebilir. Örneğin Medeni Kanunumuza göre, bir evliliğin “mutlak butlan ile malül” bulunmasında, yargıcın kararına dek, evlenme “sahih bir evlenmenin” tüm sonuçlarını doğurmasını (md. 124/2) içerir. Böyle bir evlenmenin “feshine karar alınsa” bile doğacak çocuklar “nesebi sahii” tir (md. 125/1). Belki de böyle durumlarda yargıcın yardımına ilk koşacak olan bir “Anayasaya uygun yorum” ilkesi olabilir. Geriye yürümenin alanını, daha çok idari yargı alanı oluşturur. Bu alanda bir kuşku duyulmamakta, işlemin yapıldığı an yargılanmaktadır. Esasına bakılırsa, kendine özel sayılan yasama işlemleri, nitelik açısından idari işlemlerden pek farklı değildir. Denebilir ki, İdare Hukukunda, idarenin düzenleyici işleminin iptaliyle, bir yasama işleminin iptali sonucu, doğacak işlemlerin yaratacağı sorunların benzerliği vardır. İdari yargı, sorunları yakından, uzman kimliğiyle tanır, sorgulayabilir¹³⁰. Örneğin Danıştayımız, serbest doktorlukla geçmiş olan sürenin borçlanmasına olanak veren kanunun iptalinin sonucunda, borçlanmanın oluşmuş ve ödenmekte olduğunu görünce işlemi iptal etmiştir¹³¹. Yargıtayımız da, soruna yabancı değildir¹³². Yukarıda değinilen bir öğretim görevlisinin sözleşmesinin yenilenmemesi işleminden ötürü açılan davada, 7307 Sayılı Kanunun 6/F maddesine yönelik kararın (Anayasa Mahkemesince iptal sonucunda) yayım tarihinden altı ay sonra yürürlüğe gireceği vurgulanırken mahkemenin, “iptal kararı geriye yürümez” (md. 152/3) kuralının amacının, iptalden önce sonuçlarını doğurmuş ve uyuşmazlık konusu edilmemiş veya yapılamayacak olan işlemlerin iptal etkisinin dışında bıraktığı, çünkü kamu düzeninin bunu gerektirdiği, iptalin uyuşmazlık durumuna gelmiş işlemlere etki doğurmayacağı yaklaşımı ise, söz konusu hükmü anlamsız duruma sokacağı, dolayısıyla dava konusu edilen uyuşmazlık da Danıştayda görülebileceğine göre, davacının sözleşmesine ilişkin işlemin yenilenmemesi işleminin iptaline hükmedilmiştir¹³³. Burada tipik bir geri yürüme izlenmektedir. Şöyle ki; öğretim görevlisinin sözleşmesinin yenilenmemesi işlemi, yetkisizlik sebebiyle iptal olunmakta; Danıştay “geriye yürüme” yi yenilememe işleminin

129 AZRAK, s. 160.

130 ULER, s. 529-530.

131 DDK., 1975/41.

132 (Y.K.D., 1977-3 s. 327), Yarg. M.G.K., E. 9-1971, K. 2183 ve 04.06.1976 T.

133 Dipnot 91.

yapıldığı ana dek götürmekte, ama aynı mantığı devam ettirip, sözleşmenin ilk yapıldığı ana götürmemekte, dolayısıyla fiili çalışmakta olan öğretim görevlisinin durumunu korumaya almaktadır.

Özetle, IV. başlıkta incelenen konuların, uygulamada “geriye yürümezlik” kuralının ne denli sorunlar doğurabileceğini yansıttığı, yargıcın bir hakkı teslim etmede sırf biçimsel yaklaşımı öne sürerek, hakkaniyet doğuracak çözümleri araştıramayacağı, ya da yasamanın hareket etmesini beklemesinin yargıç hukukuyla bağdaşabileceğini söylemek zordur. Açıklayıcı, geliştirici ve genişletici yorum yöntemlerinin hukukun çok önemli bir parçasını simgelediği açıktır.

V. DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Kanunların Anayasaya aykırı olamayacağı (md. 11) kuralı, ciddi yaptırıma bağlanmışsa değer taşır. Yoksa Anayasanın üstünlüğü tezi, “anayasal sorunsal”ı doğurabilir. Anayasa yargısında zaman faktörü, normatif dinamik ve normatif Anayasanın güncelleştirilmesi sorununu da üretebilir. Karmaşık bir hukuk düzeninin devamlılığı, toplum-devlet yapısındaki bağdaşmaz kuralların yenilenmesi, uyarlanması ve “hukuk şebekesindeki kopuklukları gidermede Alman Anayasa Mahkemesinin “icadı” yeni denetim yollarına (İPTAL yaptırımının sertliğini yumuşatma) sapılmıştır. Bunun nedeni, Anayasanın hukuk düzeninin “matrisi” olması düzeyidir. Diğer anlatımla, Anayasa Mahkemesinin Anayasa yorum çalışmaları, “sessiz değişiklik” oluştururken, kurucu veya türev iktidarın programladığı hukuku güncelleştirme alanına kaydırmaktadır. Çünkü Anayasa Mahkemesinin “hukuk nokta-i nazarı” bağlamındaki işlevi (örneğin kararlarının erga omnes etkisi); onun olumsuz yasama işlevi görülebilen ikinci kanun koyucu düzeyinde elinde olamayarak yasama işlemlerine katıldığını, teslim etmek zorundayız¹³⁴. Eğer normatif düzende kalınacaksa, anayasa üstünlüğünün yaptırımı hukuki olacaktır. Normlar uyuşmazlığı çözümü, yargısal denetimle olabilir. Çağdaş devlette denetim işlevi Anayasa yargısındadır. Anayasa yargısı yasamaya iştirak değil, yasamanın genelliğini sınırlar. “Kanun koyucu gibi davranamaz” sözü, bie çerçeveyi yansıtır. Yasamanın elinde bir yaptırım yoktur. Yargı da gücünü Anayasadan (milli iradeden) alır. Aksine düşünüş Anayasa “consensus”unun olmadığını gösterir.

Girişte değinilen sorunlara ve iptal üstüne iptal uygulamalarına karşın, bir “kazanılmış hak simidi”ne sarılma isteği, abartı sayılmamalıdır. İptalin gecikmesi, iptal tarihi ile yayım tarihi arasındaki sürede biline biline iptal kararına aykırı işlemlerin yapılmaya devam olunması, boşluk doğumunun önlenememesi, itiraz yoluna başvuranın, iptale rağmen hakkını alamaması, bazen de organlar-makamlar arasındaki duraksamaları kimse reddetmiyor. Ne var ki, gazetelere geçen kamuoyu iniltilerine “süperzadeler, kıyak, ballı...” (yakıştırmaları) hakkaniyet ölçeklerini zorlayan uygulamalara da çözüm getirme zorunluğu vardır. Bir eleştiri gurubu ise, yüksek mahkemeyi yerindelik denetimi yapmakla, yasama gibi davranmakla, siyasi iktidara ortak olmakla suçluyor. Unutmamalı ki, yargı olaya çözüm getirecektir.

134 “Hüter der Verfassung: zweiter Gesetzgeber” konusu için bk.: MARCIC, s. 106-112, 204-205.

Anayasa yargısı, hukuk devletinin ulaştığı en son basamaktır. Gelişim sürecidir. Yüce mahkemenin kararlarına saygı, bir hukuk devletinin gereğidir. Eğer bir çözümsüzlük doğmuş ise, iki yönlü davranılabilir: 1- Ya yasama gücü, vurgulanan eleştirileri sıfırlayacak kuralları zamanında koyacak, 2- Veya bu yöntem şöyle ya da böyle yasamaca yerine getirilmiyorsa, Anayasa Mahkemesi olumsuz ikinci bir kanun koyucu görevini yerine getirecektir. Alman Anayasa Mahkemesi iptal hükmünün geriye etkisini silebilmek için bir çok olayda iptal yaptırımından vazgeçmiş, ara karar türleri geliştirmiştir.

Alman ve İtalya mevzuatlarında, olumsuzlukları giderebilecek pozitif temeller olmasına karşın, Türk mevzuatında boşluklar vardır. Peki hukuk devleti ve hukukun yüce ilkeleri, olumsuzluklara karşın gerektiğinde korunmayacak mıdır? Sorun normatif dinamik sorundur.

Türk Anayasası ilkeleri, yatay ve dikey ilişkilere uygulanabilecek yöndedir. Vurgulanan olumsuzluklara rağmen, doktrin, uygulama ve mevzuat çıkış yolu bulabilir. Birincisi yüce mahkeme kararlarının bağlayıcılığından hareket edilebilir. İkincisi yeni karar türleri geliştirilebilir. Çünkü Türk Anayasa Mahkemesi, Anayasamızın öznesi, hukuk sisteminin temel taşıdır. Devletin kanun egemenliğinden, hukukun üstünlüğüne Anayasa yargısı ile varılabilir. Öyleyse “geriye yürümezlik” kuralından çıkarılan sonuçlar şöyle aktarılabilir.

1. “Muktesap hak” kavramı, her olayda kendine özgü kapsamıyla ele alınıp tanımlanmalı. Kavram herkesçe az-çok bilinebilir. Önemli olan bu hakkın ne zaman doğacağına araştırılmasıdır. Hakların suistimali, hile, idarenin açık hatası, hakkın kazanılmış hakka elverişli olmaması durumlarında, “kazanılmış hak simidi”ne sarılma olmaz. Geçmişte olup biten ve kesin hüküm durumuna kavuşmuş işlemlere dokunmama, savunulduğu gibi hukuk güvenliği kuramının sonucudur.

2. Türk Anayasa Mahkemesi Kararlarının bağlayıcılığına ve “gerekçe” sözcüğüne (organik kanun dahil) Anayasada açıkça yer verildiğine göre, hüküm fıkrasının dayanağı olan gerekçenin bağlayıcılığı asildir. “Anayasa Mahkemesi Kararları... bağlar” kuralı, Anayasa İlkeleri arasındadır. Demek oluyor ki, karar beyanı, hüküm fıkrası ve gerekçesi önem kazanmaktadır. Anayasa Mahkemesi, “uyan” ve “imalar”da bulunabilir. İptal hükmünün boyutlarını netleştirebilir. Yukarıda değinilen son kararında “bağlar” sözcüğüyle birlikte düşünülürse eski çekingenliğin bırakıldığı söylenebilir.

3. Davacı, davalı ile temelde bir anayasal uyumsuzluk içinde ise bir “tespit”le uyumsuzluğu doğuran aykırılığı giderebilmelidir¹³⁵. Söz konusu olan Anayasanın üstünlüğünü, “hukuksal yarar” alanına egemen kılmaktır. Anayasanın koruyuculuğu asildir¹³⁶.

135 Mahkeme bir “tespit” istemini reddeder (Bk.:ALİEFENDİOĞLU, **Türk Anayasa Yargısında İPTAL DAVASI ve İTİRAZ yolu**”, ANAYASA YARGISI, Ankara, 1984, s. 101-137 ; AMK.: E. 1981/5, K. 1981/14 (RG. 17.5.1981, 17343).

136 Bazı kararlarda “hukuksal yarar”ın varlığına işaret olunur (ALİEFENDİOĞLU, s. 129). Pekâlâ bir hukuksal yarar, bir “tespit” davası konusu olabilir. Böyle bir yol, Anayasaya aykırılığı giderebilir...

4. Uygunluk denetimi yapan Anayasa Mahkemesi, kuşkusuz yargısal bir çalışma yapmaktadır. Yargısal zorunlu önlemleri de alabileceği açıktır.

Anayasa Mahkemesi, “bir davaya bakmakta olan mahkeme” (md. 152) kavramına her türlü mahkemeyi koymaktadır¹³⁷. Mahkeme gerekli önlemleri yargılama sırasında alamazsa, kişilerin yanında kamu düzeninin dahi korumadan yoksun kalacağı muhakkaktır. Oysa Anayasanın üstünlüğü, hukuk ilkeleri buna izin veremez. Yüce mahkeme, bir çok kararında yinelenen “yetkim yok” yaklaşımıyla, iptal yaptırımına devam edip de karşılanması güç zararlar önlenemiyorsa, uygulamada kanunların Anayasaya uygunluk denetimi dışına itilmesi doğar. Kanun koyucunun bu yönde düşündüğünü gösterebilen bir kanıt yoktur. “Koruyucu önlem alma yetkisi yok” denip çözümsüzlüğe meydan verilecek yerde, geriye dönülmesi olanaksız istisnai durumlarda (adalete zarar verici olumsuzluklarda), iptal yaptırımının amacına ulaşması yönünde iptal edilen kuralların uygulanmasını engelleyebilecek bir davranışa girmenin olanaklı olup olmadığı araştırılabilirliği daha mantıksal görülmektedir. “Erken Emeklilik” örneğinde gözlemlendiği gibi, iptal ile yayım tarihi arasında “müktesep hak simidi”ne sarılıp “el çabukluğu marifeti”ni engellemek, kanunların eşit uygulanmasını sağlama yönünde “yargı denetimi” kavramının yorumla konumlandırılması yöntemiyle, yüce mahkemenin olumsuz yasama işleviyle koruyucu önlemler alabilme yeteneği kuşkusuzdur. Bu yetkiyi, millet ve hukuk adına, ölüm cezası örneğindeki gibi giderilmesi güç sonuçların doğabileceği olaylarda kullanma, Anayasa himayesinden yararlanma demektir. Anayasa himayesinden yoksun bırakabilecek bir yetki de yoktur¹³⁸.

5. Kanunların yürürlüğünün durdurulması yönünde hüküm yoktur. Yasaklayıcı bir hükümde bulamazsınız. Kanunların Anayasaya uygunluk karinesi, “kaat-ı karine” değil, aksi ispatlanabilir özellik taşıır¹³⁹. Hiç değilse uygulanmakla hükmünü icra eden kanunların (ölüm cezası, devletleştirme... gibi) yürürlüğü durdurma düşüncesini “çok ağır ve önemli sonuçlar doğuran bir durum” olarak nitelendirip “açık yetki” isteyen Anayasa Mahkemesinin doktrinde savunulduğu üzere mahkemenin asıl görevinin kanunların Anayasaya uygunluğunu sağlamak olduğu, iptal tekniğinin uygulanmasında koruyucu önlemlerin içkin olacağını söylemek olanaklıdır. Uygulanmakla doğabilecek ağır sonuçları kim yüklenecek?

6. “Gecikmiş adalet gerçekleşmemiş adalettir”. “Hiç bir mahkeme yürüyen zamanı durduramaz. Bir hukuksal uyumsuzluğu çevreleyen koşullar, yargı denetimi tamamlanana kadar düzeltilemez biçimde değişebilir”. Onun için dava taraflarına ve kamuya verilecek zararları giderici donanım sağlanmalıdır. Bunu ya meclis, ya Jurisprudenz yapar. Anılan üç örnek olayda denetim amacına varamıyorsa, Anayasaya aykırılıklar sürüyordur Mahkeme operasyon yapmıştır ama iltihap temizlenememiştir.

137 12.1.1965 T., E. 1964/51, K. 1965/3 (AMKD, Sayı: 3, s. 17) Kararı.

138 Bk.: ÖZBUDUN, s. 400-403; TEZİÇ, s. 219-221. Mevzuattaki boşluk, öğretilerde tartışılmaktadır. Sorun bir kaç kez yüksek mahkeme önüne gelmiş ama yetkisizlik savunulmuştur (Bk.: ANAYASA YARGISI, s. 201-202).

139 AZRAK, s. 159

7. Yargıtaya göre Anayasaya aykırı hükümlerin, Anayasaya rağmen uygulanmasının sözkonusu olamayacağı, gerçekçi, Anayasanın özüne, sözüne uygun bir yorum biçimidir¹⁴⁰. Yargıtay, M.K.’nin 1. maddesinin Kamu Hukuku alanında da uygulanabileceğine işaret etmiştir. Anayasanın 11, 138. maddeleri, 152/1 ve 153/5-6. fıkraları birlikte değerlendirildiklerinde “normatif dinamik” önem kazanır. Eğer bir norm iptal olununca çözümsüzlükler sürüyorsa anayasal sorun bekleme odasıdır. Yargıç hukuku söyleme konumundadır.

8. “Geriye yürümezlik” kuralı ile “kanunsuz suç olmaz” kuralı (Ceza K. md. 2) çelişmektedir. Türk hukukunda bir görüş, “lehe” durumun uygulanacağı, karşı görüş iptal hükmünün geriye yürümeyeceğidir. İtalya sorunu kanunla çözümler. Almanya’da “iadei muhakeme” hakkı tanınmıştır. Ayrıca kesin hükümlere karşı, önceyi kapsama olamaz. Ancak İPTAL OLUNAN KANUNA dayanan KESİN HÜKÜMLERİN İCRASI da istenemez. Kesin hükümlere karşı iadei muhakeme söz konusu değildir. Türk Hukukunda sorun çözüm beklemektedir. Alman örneği yeğlenebilir.

Türk Anayasa Yargısı son bir değinilen kararda “geriye yürümezliği” esas almakta (ki, Anayasa hukuk güvenliği amaçlar). Anayasanın 151/2 ve 153/6. fıkralarını “bağlar” sözcüğüyle birlikte değerlendirmekte “kimi zaman” onarılmaz haksızlıklar, çok özel durumlarda vurgulanan kuralın mutlak olarak değerlendirilemeyeceğini açığa vurur. Kazanılmış hak düzeyine ulaşmış işlemler hariç, iptal olunan kanuna dayanılarak eski uygulamaya devam olunamaz. İptalin “her zaman” ileriye dönük etki doğuracağına da işaret olunur. Önceyi kapsama yasağı, gerçekleşmiş işlemleri koruma uğrındadır. Ama bunun mutlak uygulaması adaletsizlikler de doğurabileceği, girişe alınan olaylarda görülebilir. Üstelik iptal hükmü geriye yürümeyecekse, İTİRAZ yolunun ne yararı olabilir? Yüce mahkemenin “kimi zaman” geriye etkiyi telâffuz etmesi, herhalde hüküm fıkrası ve gerekçenin bağlayıcılığının önemini gündeme getirmektedir. “Bağlayıcılık” sınırının başlamasında R.G.’de yayım zorunlu değildir. Mahkeme bir kararı açıklar- açıklamaz, Anayasanın saptadığı yerler bağlı olacaktır. 1961 Anayasasının 1971 değişikliği ve 1982 metnine konulan yapay kuralın kamu yararını yaraladığı, bugün gözle görülür derecededir. Örneğin yabancıya toprak satışı kanunu iptal olunmuş ve TRT bu kararı duyurmuştur. Ancak gerekçeli kararın yayımına değin geçen sürede yabancılara ilişkin satış işlemleri hızlanarak sürmüştür. Böyle durumlarda yapılacak iş, herhalde “yürürlüğü durdurma” kararı vermektir. Anayasa Mahkemesi, sonunda bu aracı kullanmaya başlamıştır.

9. Bir kanunun Anayasaya aykırılığı nedeniyle iptal edilmesi gibi kapsamlı bir yetkiyi Anayasa Mahkemesine tanıyan Anayasa, hükmü iptal tarihiyle yayım tarihi arasında uygulamaya devam olunarak doğabilecek olumsuzlukları önleyebilecek “koruyucu önlemleri” dahi alabilme yetkisinin tanınmış olduğu, doğal bulunmalıdır. Azın tersini gerektiren bir hüküm ve sebep bulunmadıkça, bütünleştirdiği çoğun içininde her zaman var olduğu unutulmamalıdır.

140 Bk.: YHGK’nun 14.9.1983 T., Esas 1980/4-1714, K. 1983/803 Kararı. yargıtayın bazı kararları, kazanılmış hakkı korumak için geriye yürümezliğin kabul olunduğunu vurgular. (Bk.: 5 HD., 10.6.1965, E. 2125, K. 2930 ve I.CD., 27.10.1965, E. 2028, K. 2179 vd...).

Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı ve İptal Kararlarının Geriye Yürümezliği Kuralının Sorgulanması Anayasa ve İdari Yargı Kararları Örnekleri

Geriye yürümezliğin “zaman faktörü” yönünden konumlandırılması denetim ölçeklerini ön plâna çıkarır. Sorun Anayasa bağdaşmazlıklarında denetim ölçeklerinin normatif dinamiğinde yatmaktadır.

10. İptal kararı alınması ardından, yasama organı karar doğrultusunda işlem yapmak zorundadır. Bunu Anayasanın üstünlüğü, bağlayıcılığı fenemeninden çıkarmaktayız. Önemle vurgulanmalı ki, yasama erki, iptal olunan bir kanunun ne aynı biçimini, ne benzerini, kısmen dahi çıkarma yetkisine sahip değildir. Aksine bunu yaparsa, Anayasanın “bağlayıcılık” derecesine aykırı davranmış olur, yalnızca bu sebeple, yeni girişimin iptali gerekir¹⁴¹. Bir kez iptal kararı varken, iptal olunmuş kural ya da kanunun aynısını veya benzerini, veya değişik söylemlerle aynı kuralı “kanunlaştırma” girişimi, “Anayasaya aykırılıktan, Anayasayı ihlâl kavramına doğru değişmekte kuvvetli bir karinedir”. Anayasaya aykırılık kavramı bu sınırdan bitmiş sayılabilir. Geriye artık Anayasayı “ihlal fiilinin kanuni unsurlarının olmayda mevcut olup olmadığının” tartışması kalmaktadır¹⁴².

Anayasa Mahkemesi Yargısı, yargıçlık statüsü işleyişi ve kuralları bağlamında, yüksek mahkemelerin baş düzeyini simgelemekte, bir bakıma “içtihad ve uygulamalarına yön verici” kimlikle gözlemlenmektedir. Yargı organlarının Anayasada bağlı olduğunun belirtilmesinin anlamı anlaşılmalıdır¹⁴³.

11. Uygulama ve bağlayıcılık arasında bir ayırımın yapılması zorunluğu vardır. Gözlemler genel olarak, bir iptalin oluşmasının sonuç üretmede yeterli olacağı düşüncesini yansıtır. Böyle düşünmenin dayanağı, yasama işlemlerinin düzenleyici işlem (kişilik dışı kural içeren kanun biçimi) niteliğini taşımasıdır. Bu çalışmada verilen örnekler bakılırsa Anayasaya aykırılığı saptanan bir kanun baz alınarak yanlış yapılan “intibak işlemleri”nin düzeltilmesi, görevine son verilen memurların görevine dönmesi, alınmış malların veya paraların geri verilmesi, mevcut kanunla cezalandırma yapılan kişinin, bu kanunun iptali sonucu cezasından kurtulması... sorunlarında Anayasa Mahkemesi iptal kararlarının duraksamadan uygulanması gerekmekte, çünkü Anayasanın (md.138) emri, organların mahkeme kararlarına uymasını zorunlu kılmaktadır. Kararlar “hiçbir surette değiştirilemez” ve yerine getirilmesi geciktirilemez. Bir hukuk devletinde, yönetim her tür yargı kararını uygulama yükümlülüğünü taşımaktadır. Elbette iptal kararını uygulama sorumluluğu, bu yaklaşımın içindedir. İdari yargı yerleri, yönetimin uygulama görevini denetleme noktasındadır¹⁴⁴.

12. Görüldü ki, iptal hukuki bir kurumdur. Onun niteliği “geriye yürüme” zorunlu kılmaktadır. Uygulamada Anayasa Yargısı Kararlarının geriye etki doğuracağını gözlemledik.

A.B.D. Federal Yüksek Mahkemesinin aldığı Anayasaya aykırılık kararlarının

141 Bk. BALTA, s. 110.

142 Bk. Faruk EREM, *Ceza Usulü Hukuku*, Ankara 1978, s. 371-372.

143 Bk. DURAN, “Türkiye’de Anayasa Yargısının İşlevi ve Konumu” *ANAYASA YARGISI*, Ankara 1984, s. 80.

144 ULER, s. 531.

“geçmişe etki” doğurduğu paylaşılmıştır. Alman sisteminde geleneksel düşünce, Anayasaya aykırı çıkarılmış bir kanun ilk oluştuğu andan başlayarak “sakat” sayılma yönündedir. Federal Anayasa Mahkemesinin verdiği karar, bu sakatlığı “gösterici” niteliklidir. Sistemde ilke olan “geriye etki” durumudur. Herşeyden önce Alman Anayasa Mahkemesi organik kanununun (BVerfGG) bir iptal kararının “geriye etki” doğurmasını yumuşatması yaklaşımı, genel ilke çözümünü değiştirmemektedir. Bilindiği gibi Avusturya Anayasa Mahkemesi yaklaşımını etkileyen KELSEN’in ağırlığıdır. Zaman zaman duyduğumuz “geriye yürümezlik” deyiminin sadece bize özgü değilidir savı, gerçekçiliği yansıtmıyor¹⁴⁵.

Zamanın Anayasa Komisyonu üyesi GÜNEŞ’in söylediği gibi “geriye yürümezlik” kuralının kapsamı, niteliği iyice değerlendirilmeden Anayasaya konulmuştur¹⁴⁶. Başta Anayasa Mahkemesi ve ilgili mahkemeler, önüne gelen olayda, hakkı teslim edecek yönde karar türü oluşturması ilk akla gelendir. Ya da en azından kanun koyucu bir değişiklik ile Anayasa Mahkemesine iptalin etkisini yönlendirici karar verme yetkisi açıkça tanınabilir. Kanunca Anayasa Mahkemesi, açık pozitif hüküm olmasa da “kimi zaman” bu yola bazı istisnalar dışında girebilir ya da, karar türü (çağdaşları gibi) geliştirebilir. Anayasa mahkemesi 1961, 1971 değişikliği ve 1982 değişikliğinde konulmuş kuralı, zaman faktörü ve özellikle iptalin niteliğinin gerektirdiği yönde yorumlayarak karar verip uygulamaya yön gösterici kararlar verebilmektedir. Bu doğaldır. Çünkü yargıcın hukuk yaratma hakkı, teorik olarak cevaplandırılabilir.

13. Saptamalar ışığında kaydedilmeli ki, iptal kararı R.G.’de yayımlanınca “geriye yürür”. Çünkü “geriye yürümez” savı, doğrusu söylemi, “sakatlık” öğretisine istisna oluşturmaz. Belki bu yaklaşım, “müktesep hakları” ve “hukuksal kararlılık kazanmış durumların etkilenmemesi” ilkesinin aşırılığa kaçır biçimde yansıtılmış olmasıdır. Asıl olan bu gerekçeleri sarsılmaz bir siper olarak görmeden, aykırı kanunu uygulayanların, söz konusu olan kanunun hiç yapılmadığı varsayımı ile davranıp ne yapılabileceğini düşünmeleridir. Başka anlatımla, asıl olan Anayasaya aykırılığın yansımalarını düzeltmek, olumsuz yönelimleri ortadan kaldırmak olmalıdır. Kanunların Anayasaya uygun doğduğu varsayımı karşısında uygulama sürecektir ve kazanımlar korunacaktır. Şu var ki, tekrar pahasına ilke geriye yürümezdir. Yaşamın akışı noktalarında, devletin hukuki sorumluluğunu kesintisiz kılıp, yurttaşlara verilmiş zararlar karşılanmalı. Özellikle kamu yararı kalmadığı veya eskiye dönüşüm olanaksızlığı ve iptalin sonradan somut yararı kalmadığı durumlarda yasama işlemlerinin sebep olduğu haksızlıklar giderilmelidir. Çünkü uygulamada, iptal kararının içerdiği “geriye etki” olgusu, Anayasanın sözünü bastırmaktadır¹⁴⁷. O nedenle iptal kararı “kimi zaman”, geriye etki doğurmalı ama her zaman ileriye dönük etki doğurmalıdır.

Kazanılmış hak, hukuk güvenliği kavramları, adalet ilkesi çekim alanında uygulanırken, “kesin hüküm” durumu kazanmış işlemlerin yargıcın olayın özelliğine

145 145ULER, s. 532.

146 GÜNEŞ, s. 358.

147 147ULER, s. 532.

Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı ve İptal Kararlarının Geriye Yürümezliği Kuralının Sorgulanması Anayasa ve İdari Yargı Kararları Örnekleri

göre saptayabileceği durumlar karşısında “geriye yürümezlik” kuralının işleteleceği açıktır. Ancak tüm girişimler, adalet, hukuk güvenliği ve diğer hukukun genel ilkelerinin dengelenmesi sonucuna yönelik olup, bu kuralın uygulanmasının, daha çok yargıcın konumuna elverişli olduğu kaydedilmelidir. Bir iptal kararı, kamu vicdanını yaralayan durumları düzeltmiyorsa, hileye dayalı işlemler, idarenin açık hatası sonucu ve hemen hak doğurmaya elverişli olmayan işlemlere (geçmişte yapılmış) etki doğurmuyorsa neye yarar?

(39. Makale - 2000)

Doç. Dr. Merih ÖDEN

*Türk Anayasa Yargısında
On Yıl Süreli Denetim Yasağı**

* Merih Öden, "Türk Anayasa Yargısında On Yıl Süreli Denetim Yasağı", AÜSBF Dergisi, Yıl 2000, Cilt 55, Sayı 04, 47-81.

TÜRK ANAYASA YARGISINDA ON YIL SÜRELİ DENETİM YASAĞI

Doç. Dr. Merih Öden

Ankara Üniversitesi

Hukuk Fakültesi

•••

Özet

Türk anayasa hukukunda 1961 Anayasasıyla Anayasa Mahkemesinin kurulup faaliyete geçmesinden başlayarak en çok tartışılan sorunlardan biri, Mahkemenin daha önce Anayasaya aykırı bulmadığı bir kanun hükmünü başka bir dava dolayısıyla tekrar Anayasaya uygunluk denetiminden geçirip geçiremeyeceği olmuştur. 1961 Anayasasında bu konuda herhangi bir kural bulunmuyordu. Bu nedene, sorun Anayasa Mahkemesinin kararlarıyla, yani içtihat yoluyla çözülmüştür. 1982 Anayasası, kanunların Anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi sistemini ve itiraz yolunu bazı değişikliklerle korumuştur. 1982 Anayasasının 1961 Anayasasından ayrıldığı en önemli noktalardan biri, Anayasanın 152. maddesinin 4. fıkrasındaki "Anayasa Mahkemesinin işin esasına girerek verdiği red kararının Resmî Gazetede yayımlanmasından sonra on yıl geçmedikçe aynı kanun hükmünün Anayasaya aykırılığı iddiasıyla tekrar başvuruda bulunulamaz" kuralıdır. Bu hüküm, Anayasanın yargı denetimi konusunda en çok tartışılan ve eleştirilen hükümlerinden biri olmuştur. Bu çalışmada, on yıl süreli denetim yasağı, önce ratio legis'i ve sonra kapsamı üzerinde durularak incelenmektedir. Sonuçta ise, genel bir eleştiriden sonra, Anayasanın 152/4. maddesinin Anayasa değişikliği ile yürürlükten kaldırılması görüşü savunulmaktadır.

The Ten-Year Prohibition of Judicial Review under the Turkish Constitution of 1982

Abstract

In the Turkish constitutional law, since the establishment of the Constitutional Court by the 1961 Constitution, one of the most debated problems was whether the Court, by means of another application, could review again the constitutionality of the legal provision upheld before. In the Constitution of 1961, there was no specific provision on this matter. Therefore, the problem was settled by the rulings of the Constitutional Court. The Turkish Constitution of 1982 maintained the system of judicial review and incidental proceedings with certain modifications. One of the important points where the 1982 Constitution departed from its predecessor is in Article 152 IV which states that "no allegation of unconstitutionality shall be made with regard to the same legal provision until ten years elapse after publication in the Official Gazette of the decision of the Constitutional Court dismissing the present Constitution. In this article, firstly the ratio legis, and then the extent of the ten-year prohibition on judicial review are examined. In conclusion, after a general criticism. It is argued that the Article 152 IV of the Constitution should be repealed.

Türk Anayasa Yargısında On Yıl Süreli Denetim Yasağı

I. GİRİŞ

Türk anayasa hukukunda Anayasa Mahkemesinin kurulup faaliyete geçmesinden başlayarak tartışma konusu olan önemli bir sorun, Mahkemenin daha önce Anayasaya aykırı bulmadığı bir kanun hükmünü başka bir dava dolayısıyla tekrar Anayasaya uygunluk denetiminden geçirip geçiremeyeceği olmuştur. Bilindiği gibi, 1961 Anayasasında ve Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usûlleri Hakkındaki 44 sayılı Kanunda bu konuda herhangi bir kural bulunmuyordu. Bundan ötürü, Anayasa Mahkemesinin bir kez denetleyip Anayasaya aykırı bulmadığı bir kanun hükmünün iptalinin tekrar istenip istenemeyeceği sorunu, Mahkemece bir ön sorun olarak incelenip, içtihat yoluyla çözülmüştür. Buna karşılık, 1982 Anayasasının "Anayasaya aykırılığın diğer mahkemelerde ileri sürülmesi" başlığını taşıyan 152. maddesinin 4. fıkrasında "Anayasa Mahkemesinin işin esasına girerek verdiği red kararının Resmî Gazetede yayımlanmasından sonra on yıl geçmedikçe aynı kanun hükmünün Anayasaya aykırılığı iddiasıyla tekrar başvuruda bulunulamaz" kuralına yer verilmiştir. Bu kural, 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usûlleri Hakkında Kanunun "itiraz yoluyla mahkemelerce gönderilen işler" başlığını taşıyan 28. maddesinin son fıkrasında da tekrarlanmıştır. Aşağıda, anayasa yargısındaki on yıllık denetim yasağını önce *ratio legis*'i ve sonra niteliği ve kapsamı üzerinde durarak inceleyecek ve sonuçta genel olarak değerlendirecek, tartışacağız.

II. YASAĞIN RATIO LEGIS'İ

Anayasa Mahkemesinin daha önce Anayasaya aykırı görmediği bir kanun hükmünün tekrar Anayasaya uygunluk denetimine konu olup olamayacağı, 1961 Anayasası döneminde Mahkemenin önüne ilk kez 6831 sayılı Orman Kanununun Geçici 1. maddesine yönelik Anayasaya aykırılık itirazları dolayısıyla gelmiştir. Anayasa Mahkemesi bu itirazlardan ilkini, söz konusu kanun hükmünü Anayasasının 132. maddesine aykırı görmeyerek reddetmiştir.¹ Mahkeme, Anayasasının 132. maddesi yanında 7, 8, 31 ve 36. maddelerine de dayandırılan diğer itirazları incelerken, aynı kanun hükmünün Anayasasının 132. maddesine aykırı düştüğü yolundaki itirazın evvelce Anayasa Mahkemesi tarafından reddedilmesinin, sonradan yapılan itirazın Anayasasının 132. maddesine yöneltmiş kısmının esas yönünden incelenerek yeniden karara başlanmasına engel olmayacağına karar vermiştir.²

2 Olumlu eylemin tarihsel gelişimi hakkında bkz. (SKRENTNY, 1996).

1. E. 1962/211, K. 1962/121, k.t. 26.12.1962, AYMKD, Sayı 1, s. 44-52.

2. E. 1962/223, K. 1962/122, k.t. 26.12.1962, AYMKD, Sayı 1, s. 65; E. 1962/224, K. 1962/123, k.t. 26.12.1962, RG, 30.4.1963, Sayı 11394, s. 6-7; E. 1962/236, K. 1962/124, k.t. 26.12.1962, RG, 30.4.1963, Sayı 11394, s. 7; E. 1962/251, K. 1963/16, k.t. 28.1.1963 RG, 30.4.1963, Sayı 11394, s. 8; E. 1962/257, K. 1963/17, k.t. 28.1.1963 RG, 2.5.1963, Sayı 11395, s. 1-3; E. 1962/266, K. 1963/18, k.t. 28.1.1963 RG, 2.5.1963, Sayı 11395, s. 3-5.

Anayasa Mahkemesi daha sonraki benzer kararlarında bu görüşü yinelediği gibi, kendisini bu sonuca götüren nedenlere de açıklık getirmiştir. Mahkeme, konuyu Anayasa Mahkemesi kararlarının kesin olduğunu belirten Anayasa hükmünü de yorumlayarak en kapsamlı biçimde tartıştığı bir kararında, bu içtihadının gerekçesini şöyle ifade etmiştir:

"... Anayasanın 152. maddesi uyarınca Anayasa Mahkemesi kararları kesindir. Kesin yargı kararı, kararı veren mahkemece veya başka bir yargı yerince yeniden incelenip değiştir(il)mesi olanağı bulunmayan karar demektir. Anayasa Mahkemesinin Anayasa'ya aykırılık iddialarına ilişkin kararları Anayasanın 149. veya 151. maddelerine dayanılarak yapılmış belli istemler üzerine verilebileceğinden her kararın kesinliği de o kararın verilmesini gerektiren belli dâva veya itiraz açısından söz konusu olabilir. Bu durumun sonucu olarak belirli bir dâva veya itirazın karara bağlanması aynı konuda bir başka dâva veya itirazın Anayasa Mahkemesine gelmesine ve incelenmesine engellik edemez.

İptal kararlariyle dâva veya itirazın reddine ilişkin kararlar arasında açık bir ayırım vardır. İptal kararları karar gününde ve eğer ayrıca yürürlük günü belirtilmişse o günde iptal konusu hükümleri yürürlükten kaldırır.³ Yürürlükte bulunmayan bir kanunun Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülemediğine göre böylece çözümlenmiş konuların bir daha mahkemeye gelmesi düşünülemez. Gelse de yeniden incelemenin gereği ve konusu olmaz ve iş karar verilmesine yer olmadığı yolunda bir kararla kapanır. Dâvanın veya itirazın reddi ile sonuçlanmış kararlara konu olan hükümler ise yürürlükte kalmış ve kararlar belirli durumlara ve koşullara dayanmakta bulunmuştur. Kararın bağlayıcılığı da bu kapsam içinde ve belirli bir dava veya itiraz bakımındandır. Durumların ve koşulların değişmesi halinde, sonucun da değişik olması gerekir. Böyle bir değişimin bulunup bulunmadığı ise ancak yeni dava veya itirazın incelenmesinin sonunda anlaşılabilir.

Bir dâva veya itiraz redle sonuçlanırsa aynı konuda gelecek başka dâvaların ve itirazların incelenemeyeceği yolunda bir görüş kimi hükümlere dokunulmazlık tanımak, bu hükümler hakkında yargı mercilerinin yetkilerini kullanmalarını önlemek, hukukî görüşleri dondurup kalıplaştırmak olur.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasa'sının böyle bir ereği bulunduğu düşüncesini destekliyecek doyurucu bir kanıtın ileri sürülmesi olanaksızdır. Şu duruma göre itiraz konusu hükmün daha önce başka bir itiraz (veya dava) dolayısıyla incelenmiş ve Anayasa'ya aykırı görülmeyle itirazın (veya davanın) reddine karar verilmiş bulunmasının konunun ... yeniden incelenmesine engellik edemeyeceğine ... karar verilerek esas sorunun görüşülmesine geçildi."⁴

3 Anayasa Mahkemesi, gerekçedeki "iptal kararları karar gününde ... iptal konusu hükümleri yürürlükten kaldırır" cümlesini 1961 Anayasasının 152/2. maddesinde 1971 yılında 1488 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten sonra "iptal kararları, Resmî Gazete'de yayımlandıkları günde ... iptal konusu hükümleri yürürlükten kaldırır" biçiminde değiştirmiştir.

4 E. 1969/17, K. 1969/49, k.t. 30.9.1969, AYMKD, Sayı 7, 2. Bası, s. 392-93; E. 1968/17, K. 1968/14, k.t. 6.5.1968, RG, 6.11.1968, Sayı 13044, s. 3; E. 1968/18, K. 1968/15, k.t. 6.5.1968, RG, 9.11.1968, Sayı 13047, s. 2; E. 1970/45, K. 1970/44, k.t. 26.11.1970, RG, 1. 6.1971, Sayı 13852, s. 8; E. 1970/34, K.

Anayasa Mahkemesinin bu içtihadada muhalif olan üyeleri ise, karşıoy yazılarında, Mahkemenin daha önce Anayasaya uygun bulmadığı bir kanun hükmünün yeni baştan esas yönünden incelemeye konu yapılmasının kararların kesinliğini ve bağlayıcılığını belirten Anayasa hükümlerine aykırı düştüğü görüşünü ısrarla savunmuşlardır. Bu üyelere göre, olayla sınırlı ve yalnız tarafları bağlayıcı olanlar (1961 AY m. 152/4) dışında, Anayasa Mahkemesinin kararlarında bir kanun hükmünün Anayasaya uygun olup olmadığı o hükmün Anayasa kuralları karşısındaki durumu objektif olarak incelenerek kararlaştırılmaktadır. Anayasa Mahkemesi kararları "kanun hükmü, Anayasa hükmü ve hukukun genel kuralları ile memleket düzeninin tümünü kapsayan koşullar gözönünde tutularak verilmekte(dir)... (B) elli bir davanın taraflarına veya olayına ilişkin durumların ve koşulların bu kararlarda etkisi bulunmamaktadır. Şu halde Anayasa Mahkemesi kararlarında esasen etkisi bulunmayan durum ve koşullarda sonradan meydana gelecek değişikliklerin kararlarda da değişiklik gerektirmesi söz konusu değildir... Anayasa Mahkemesince bir kanun hükmünün Anayasa'ya uygun olduğuna karar verildikten sonra aynı kanun hükmü hakkında, evvelce incelenen aynı Anayasa kurallarına aykırılığı iddiası ile yeniden açılan bir iptal davasının veya itirazın, yeni baştan ve esastan incelenmey(e)rek evvelce verilmiş kararın belirtilmesiyle yetinilmesi halinde, bir kısım hükümlere dokunulmazlık tanınarak imtiyazlı duruma getirilmiş olacağı ve bu hükümler hakkında yargı mercilerinin yetkilerini kullanmalarının önlenmiş bulunacağı görüşüne katılmak da mümkün değildir. Zira dokunulmaz ve imtiyazlı duruma getirildiği öne sürülen hüküm hakkında her hüküm gibi Anayasa'ya aykırılık iddiası yapılmış ve Anayasa Mahkemesi de görüşünü açıklamıştır. Şu halde bu hükmeye de dokunulmuştur... Anayasa Mahkemesi açık bir kariyle konuyu çözümlenmiş ise ortada yargı organının Anayasa Mahkemesinden isteyeceği bir konu da kalmamış demektir. Kaldı ki Anayasa Mahkemesinin önceki kararında inceleme dışı kalmış bir Anayasa kuralı veya ilkesi açısından itirazda bulunmak yolu da daima açık bulunmaktadır." Öte yandan 1961 Anayasasında kanunların Anayasa'ya uygunluğunun yargısal denetiminin benimsenmesinin bir amacı da "yetkisiz kişilerce sürdürülen sonu gelmez Anayasa'ya aykırılık tartışmalarına yer bırakmayarak bu ortamın yarattığı huzursuzluktan yurdu kurtarmaktır... Esasları ve prensipleri bu nitelikte olan bir Anayasa'nın gayeleri arasında, dava veya iti-

1970/47, k.t. 22.12.1970, AYMKD, Sayı 8, s. 480-81; E. 1971/20, K. 1971/47, k.t. 27.4.1971, RG, 5.4.1972, Sayı 14150, s. 6; E. 1971/24, K. 1971/55, k.t. 10.6.1971, RG, 27.4.1972, Sayı 14171, s. 9; E. 1972/56, K. 1973/11, k.t. 6.3.1973, AYMKD, Sayı 11, s. 137-38; E. 1974/2, K. 1974/25, k.t. 11.6.1974, RG, 11.10.1974, Sayı 15033, s. 3. Aynı nitelikte başka kararlar için bkz. E. 1963/298, K. 1963/283, k.t. 29.11.1963, AYMKD, Sayı 1, s. 528; E. 1963/101, K. 1964/49, k.t. 16.6.1964, AYMKD, Sayı 2, s. 189; E. 1963/132, K. 1966/29, k.t. 28.6.1966, AYMKD, Sayı 4, s. 184; E. 1965/42, K. 1966/30, k.t. 28.6.1966, AYMKD, Sayı 4, s. 218-19; E. 1963/144, K. 1967/6, k.t. 14.2.1967, AYMKD, Sayı 5, s. 55, 58; E. 1966/24, K. 1967/8, k.t. 28.2.1967, AYMKD, Sayı 5, s. 69; E. 1967/3, K.1967/14, k.t. AYMKD, Sayı 5, s.115; E. 1967/14, K. 1967/36, k.t. 14.11.1967, AYMKD, Sayı 5, s. 211-12; E. 1967/16, K. 1967/37, k.t. 14.11.1967, RG, 2.5.1968, Sayı 12888, s. 3; E. 1968/14, K. 1968/35, k.t. 26.9.1968, AYMKD, Sayı 7, 2. Bası, s. 56-57; E. 1968/8, K. 1968/48, k.t. 22.10.1968, AYMKD, Sayı 6, s. 260-61; E. 1969/24, K. 1969/50, k.t. 30.9.1969, AYMKD, Sayı 7, 2. Bası, s. 399; E. 1967/42, K. 1969/58, k.t. 25.10.1969, RG, 9.4.1971, Sayı 13804, s. 6; E. 1971/49, K. 1971/81, k.t. 9.12.1971, RG, 5.4.1972, Sayı 14150, s. 2-3; E. 1974/5, K. 1974/15, k.t. 30.4.1974, RG, 17.9.1974, Sayı 15009, s. 2.

raz halinde bir kanunun Anayasa'ya aykırı olduğunun veya olmadığının kesin bir surette ve bağlayıcı olarak sonuçlandırılması maksadının da bulunduğunu kabul etmek zorunludur... Bu bakımdan evvelce açılan bir dava veya yapılan bir itiraz üzerine belli bir kanun hükmünün Anayasa'nın belli kural ve ilkelerine uygunluğu hakkında Anayasa Mahkemesince bir karar verilmiş ise açılan yeni bir dava veya yapılan yeni bir itiraz vesilesiyle aynı hüküm hakkında Anayasa'nın aynı kural ve ilkeleri açısından yeniden inceleme yapılarak yeni bir karar verilmesine yer yoktur. Bu gibi hallerde önceki Anayasa Mahkemesi kararına gönderme yapılarak (y)eni bir karar verilmesine yer olmadığı yolunda karar verilmesiyle yetinilmesi gerekir.⁵

Hemen eklemek gerekir ki, içtihadı muhalif olan bu üyeler de bazı karşıoy gerekçelerinde, Anayasanın ilke ve kurallarıyla ülkenin toplumsal, siyasal ve ekonomik alanlarına biçim verdiği, buna karşılık söz konusu alanların etkisi altında bulunduğu işaretlerle, Anayasa hükümlerinin Anayasa'nın temel ilkeleri ve hedefleri gözden kaçırılmamak koşuluyla ülkenin içinde bulunduğu ortam da dikkate alınarak yorumlanması gerektiğini, dolayısıyla koşullarda esaslı değişiklikler olduğunda Anayasa ilke ve kurallarının da öncekinden değişik biçimde yorum-

5 Muhittin Gürün'ün karşıoy yazısı, E. 1971 /20, K. 1971 /47, k.t. 27.4.1971, RG, 5.4.1972, Sayı 14150, s. 8-10; E. 1972/56, K. 1973/11, k.t. 6.3.1973, AYMKD, Sayı 11, s. 159-63; aynı nitelikte, E. 1962/223, K. 1962/122, k.t. 26.12.1962, AYMKD, Sayı 1, s. 66-70; E. 1962/257, K. 1963/17, k.t. 28.1.1963 RG, 2.5.1963, Sayı 11395, s. 2; E. 1962/224, K. 1962/123, k.t. 26.12.1962, RG, 30.4.1963, Sayı 11394, s. 6-7; E. 1962/236, K. 1962/124, k.t. 26.12.1962, RG, 30.4.1963, Sayı 11394, s. 7; E. 1962/251, K. 1963/16, k.t. 28.1.1963 RG, 30.4.1963, Sayı 11394, s. 9; E. 1962/266, K. 1963/18, k.t. 28.1.1963 RG, 2.5.1963, Sayı 11395, s. 4; E. 1963/200, K. 1963/110, k.t. 13.5.1963, AYMKD, Sayı 1, s. 270-71; E. 1965/11, K. 1965/31, k.t. 13.5.1965, AYMKD, Sayı 3, s. 141; E. 1963/132, K. 1966/29, k.t. 28.6.1966, AYMKD, Sayı 4, s. 204-208; E. 1965/42, K. 1966/30, k.t. 28.6.1966, AYMKD, Sayı 4, s. 225; E. 1968/17, K. 1968/14, k.t. 6.5.1968, RG, 6.11.1968, Sayı 13044, s. 9; E. 1968/18, K. 1968/15, k.t. 6.5.1968, RG, 9.11.1968, Sayı 13047, s. 7; E. 1968/8, K. 1968/48, k.t. 22.10.1968, AYMKD, Sayı 6, s. 260, 263; E. 1969/24, K. 1969/50, k.t. 30.9.1969, AYMKD, Sayı 7, 2. Bası, s. 399, 409; E. 1970/45, K. 1970/44, k.t. 26.11.1970, RG, 1.6.1971, Sayı 13852, s. 10; E. 1970/34, K. 1970/47, k.t. 22.12.1970, AYMKD, Sayı 8, s. 492-93; E. 1971/24, K. 1971/55, k.t. 10.6.1971, RG, 27.4.1972, Sayı 14171, s. 17-18; E. 1971 /49, K. 1971/81, k.t. 9.12.1971, RG, 5.4.1972, Sayı 14150, s. 4; E. 1974 /5, K. 1974/15, k.t. 30.4.1974, RG, 17.9.1974, Sayı 15009, s. 3-4; E. 1974/2, K. 1974/25, k.t. 11.6.1974, RG, 11.10.1974, Sayı 15033, s. 5.

Bu görüş, Muhittin Gürün ile birlikte Şeref Hocaoğlu tarafından da savunulmuştur (Bkz. E. 1963/298, K. 1963/283, k.t. 29.11.1963, AYMKD, Sayı 1, s. 528, 537-38; E. 1963/101, K. 1964/49, k.t. 16.6.1964, AYMKD, Sayı 2, s. 189, 193-95; E. 1963/193, K. 1964 /9, k.t. 29.1.1964, AYMKD, Sayı 2, s. 61; E. 1964/13, K. 1964/43, k.t. 2.6.1964, AYMKD, Sayı 2, s. 152, 155; E. 1965/26, K. 1965/49, k.t. 28.9.1965, AYMKD, Sayı 3, s. 226; E. 1963/144, K. 1967/6, k.t. 14.2.1967, AYMKD, Sayı 5, s. 55, 58, 63-64; E. 1966/24, K. 1967/8, k.t. 28.2.1967, AYMKD, Sayı 5, s. 69, 77, 79; E. 1967/3, K. 1967/14, k.t. 25.5.1967, AYMKD, Sayı 5, s. 115-16; E. 1967/14, K. 1967/36, k.t. 14.11.1967, AYMKD, Sayı 5, s. 211-12; E. 1967/16, K. 1967/37, k.t. 14.11.1967, RG, 2.5.1968, Sayı 12888, s. 3; E. 1968/14, K. 1968/35, k.t. 26.9.1968, AYMKD, Sayı 7, 2. Bası, s. 56-57; E. 1968/8, K. 1968/48, k.t. 22.10.1968, AYMKD, Sayı 6, s. 260, 263; E. 1969/17, K. 1969/49, k.t. 30.9.1969, AYMKD, Sayı 7, 2. Bası, s. 395; E. 1969/24, K. 1969/50, k.t. 30.9.1969, AYMKD, Sayı 7, 2. Bası, s. 399, 410; E. 1967/42, K. 1969/58, k.t. 25.10.1969, RG, 9.4.1971, Sayı 1380-4, s. 6-7).

Yine, bazı kararlarda Lütfi Ömerbaş (E. 1971/20, K. 1971/47, k.t. 27.4.1971, RG, 5.4.1972, Sayı 14150, s. 6, 10; E. 1971/24, K. 1971/55, k.t. 10.6.1971, RG, 27.4.1972, Sayı 14171, s. 17-18 ve E. 1972/56, K. 1973/11, k.t. 6.3.1973, AYMKD, Sayı 11, s. 138, 179), Feyzullah Uslu (E. 1966/24, K. 1967/8, k.t. 8.2.1967, AYMKD, Sayı 5, s. 69, 78) ve Nuri Ülgenalp (E. 1970/34, K. 1970/47, k.t. 22.12.1970, AYMKD, Sayı 8, s. 480-81) de aynı görüşe katılmışlardır.

lanabileceğini ve daha önce Anayasaya aykırı görülmeyen bir kanun hükmünün yeni koşullara göre yorumlanan aynı Anayasa hükmüne aykırı düştüğü sonucuna varılabileceğini belirtmişler; ancak, somut olaylarda bu koşullar gerçekleşmediği halde, kısa aralıklarla aynı kanun hükmü hakkında aynı Anayasa kuralları açısından ve aynı nitelikteki Anayasaya aykırılık iddialarında bulunulduğunu ve Mahkemenin de ülke koşullarında söz konusu Anayasa kurallarının öncekinden farklı yorumlanmasını gerektirecek ölçüde köklü bir değişiklik olup olmadığını araştırmaya gerek duymadan, her başvuruyu sanki ilk kez gelmişçesine esas yönünden incelediğini ve önceki kararda dayanılan Anayasa kurallarını tekrar ederek aynı gerekçelerle yeni baştan karar konusu yaptığını, bu durumun Anayasa Mahkemesinin kararlarının "kesin" ve "bağlayıcı" olduğunu belirten Anayasa kurallarına aykırı düştüğü görüşünü savunmuşlardır.⁶

Anayasa Mahkemesinin söz konusu içtihadı kanımca hukukî bakımdan isabetli ve yerindedir (Aynı görüş, KIRATLI, 1966: 175-76; BALTA, 1970-1972: 164; SOY-SAL, 1974: 210. Ayrıca bkz. HOCAOĞLU / OCAKÇIOĞLU, 1971: 260-63, 350, 359). Mahkeme de içtihadına hep bağlı kalmış ve daha önce Anayasaya aykırı görmediği kanun hükümlerinin Anayasaya aykırılığı iddiasıyla tekrar yapılan başvuruları incelemiştir. Hatta 1970'lerin ortalarına doğru yerleşik içtihat tartışma konusu olmaktan tamamen çıkmıştır.⁷

Mahkeme yeniden incelediği Anayasaya aykırılık iddialarının çoğunda yine ret kararı vermiştir. Bu bağlamda en göze çarpan örnek, Memurin Muhakematı Hakkında Kanunun 13. maddesiyle ilgilidir. Bu madde değişik tarihlerde yedi kez Mahkemenin önüne getirilmiş ve Anayasaya uygunluk denetimine konu olmuş; ancak bu itirazlar, her defasında söz konusu maddenin Anayasaya aykırı olmadığı gerekçesiyle reddedilmiştir.⁸

6 Muhittin Gürün'ün ve bu görüşlere katılan Lütfi Ömerbaş'ın karşıoy yazıları, E. 1971/20, K. 1971/47, k.t. 27.4.1971, RG, 5.4.1972, Sayı 14150, s. 10; E. 1972 / 56, K. 1973/11, k.t. 6.3.1973, AYMKD, Sayı 11, s. 163-64, 179 ve aynı yönde E. 1971/24, K. 1971/55, k.t. 10.6.1971, RG, 27.4.1972, Sayı 14171, s. 17-18.

7 Örneğin bkz. (ve kırs.) E. 1972/52, K. 1973/5, k.t. 8.2.1973, AYMKD, Sayı 11, s. 109-22 ve E. 1973/13, K. 1973/23, k.t. 3.5.1973, AYMKD, Sayı 11, s. 255-59; E. 1975/147, K. 1975/201, k.t. 21.10.1975, RG, 9.4.1976, Sayı 15554, s. 2-3; E. 1975/198, K. 1976/18, k.t. 18.3.1976, RG, 15.7.1976, Sayı 15647, s. 5-6; E. 1970/7, K. 1970/23, k.t. 12.5.1970, AYMKD, Sayı 8, s. 254-56 ve E. 1973/3, K. 1977/19, k.t. 24.3.1977, AYMKD, Sayı 15, s. 249-51; E. 1977/123, K. 1978/16, k.t. 16.2.1978, AYMKD, Sayı 16, s. 60-67; E. 1979/31, K. 1980/59, k.t. 27.11.1980, AYMKD, Sayı 18, s. 361-71; E. 1980/43, K. 1980 / 64, k.t. 4.12.1980, AYMKD, Sayı 18, s. 381-82; E. 1980/68, K. 1981/3, k.t. 15.1.1981, AYMKD, Sayı 19, s. 11; E. 1980/20, K. 1980/57, k.t. 18.11.1980, AYMKD, Sayı 18, s. 327-30 ve E. 1980/42, K. 1981/5, k.t. 27.1.1981, AYMKD, Sayı 19, s. 19-24; E. 1980/45, K. 1981/11, k.t. 3.2.1981, AYMKD, Sayı 19, s. 50-51.

8 E. 1965/18, K. 1965/53, k.t. 11.10.1965, AYMKD, Sayı 3, s. 248-52; E. 1967/14, K. 1967/36, k.t. 14.11.1967, AYMKD, Sayı 5, s. 205-208, 211-12; E. 1967/16, K. 1967/37, k.t. 14.11.1967, RG, 2.5.1968, Sayı 12888, s. 4; E. 1968/14, K. 1968/35, k.t. 26.9.1968, AYMKD, Sayı 7, 2. Bası, s. 57-60, 62; E. 1970/34, K. 1970/47, k.t. 22.12.1970, AYMKD, Sayı 8, s. 481-86; E. 1971/20, K. 1971/47, k.t. 27.4.1971, RG, 5.4.1972, Sayı 14150, s. 6-8; E. 1974/2, K. 1974/25, k.t. 11.6.1974, RG, 11.10.1974, Sayı 15033, s. 34.

Bir diğer ilginç örnek ise, 5917 sayılı Gayrimenkule Tecavüzün Defi Hakkındaki Kanunun 7. maddesi hakkındadır. Bu madde de, biri 5917 sayılı Kanunun tümüne yönelik olmak üzere, değişik tarihlerde beş kez Anayasa Mahkemesinin önüne gelmiştir. Mahkeme, bu itirazları söz konusu maddede Anayasaya aykırılık görmeyerek reddetmiştir (bkz. E. 1962 /274, K. 1963/40, k.t. 21.2.1963, AYMKD, Sayı 1, s. 106-109; E. 1968/8, K. 1968/48, k.t. AYMKD, Sayı 6, s. 262; E. 1969/49, K. 1970/3, k.t. 8.1.1970, AYMKD, Sayı 8, s. 180-83; E. 1971/49, K. 1971/81, k.t. 9.12.1971, RG, 5.4.1972, Sayı

Bununla beraber, Anayasa Mahkemesi üç olayda daha önce Anayasaya aykırı görmediği kanun hükmünü tekrar yapılan başvuru sonucu Anayasaya aykırı bularak iptal etmiştir.⁹ Bu konudaki ilk örnek, 6831 sayılı Orman Kanununa Bir Madde Eklenmesine Dair 1056 sayılı Kanun hakkındadır. Anayasa Mahkemesi 1056 sayılı Kanuna yönelik altı Anayasaya aykırılık itirazını dosyaları da birleştirerek incelemiş ve sonuçta söz konusu Kanunu *biçim ve esas yönlerinden* Anayasaya aykırılık bulmamıştı.¹⁰ 1056 sayılı Kanun, daha sonra başka bir mahkeme tarafından esas yönünden Anayasaya aykırılık iddiasıyla tekrar Anayasa Mahkemesinin önüne getirilmiştir. Anayasa Mahkemesi bu itirazı incelerken 44 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usûlleri Hakkında Kanununun 28/1. maddesindeki "gerekçe ile bağlı olmama" kuralından hareketle, yani re'sen biçim yönünden Anayasaya uygunluk denetimi yapmıştır. Mahkeme biçim yönünden Anayasaya uygunluk incelemesinde önceki ret kararında üzerinde durduğu konuları yeniden ele alarak, sözü geçen kararın gerekçesini oluşturan görüşü tartışmış; ancak bu kez, 1056 sayılı Kanunun *biçim yönünden* Anayasaya aykırı olduğu sonucuna vararak iptal kararı vermiştir.¹¹

14150, s. 3; E. 1974/5, K. 1974/15, k.t. 30.4.1974, RG, 17.9.1974, Sayı 15009, s. 2-3).

9 Burada belirtelim ki, Anayasa Mahkemesinin bir kanun hükmünün Anayasaya uygunluğu konusundaki görüşünü değiştirmesinden kaynaklanmayan iki ilginç iptal kararı daha vardır. Bunlardan ilkinde, Mahkemenin iki itiraz hakkında farklı kararlar vermesinin temelinde, Anayasaya uygunluk denetiminde Anayasanın 1488 sayılı Kanunla değişiklik geçiren 38. maddesinin önce değişiklikten önceki, daha sonra ise değişiklikten sonraki metniyle ölçü yapılmış olması yatmaktadır. Şöyleki, Anayasa Mahkemesi 6830 sayılı İstimlak Kanununun 3. maddesinin Anayasanın 38. maddesindeki yeni kurala aykırı olduğu yolundaki bir itirazı, yine Anayasanın Geçici 20. maddesinde kanun değişikliği için öngörülen bir yıllık sürenin dolmamış bulunması nedeniyle Anayasanın 38. maddesinin değişiklikten önceki metnini ölçü olarak reddetmiştir (E. 1971/57, K. 1972/37, k.t. 8.6.1972, AYMKD, Sayı 10, s. 465-67). Ancak, kanun koyucu 6830 sayılı Kanunda Anayasanın 38. maddesinin değişiklikten sonraki metnine göre yapması gereken değişiklikleri yapmamıştır. Bu nedenle, 6830 sayılı Kanunun 3. maddesi Anayasaya aykırılık itirazıyla tekrar önüne getirildiğinde, Anayasa Mahkemesi Anayasaya uygunluk denetiminde Anayasanın 38. maddesinin değişiklikten önceki metninin değil, değişiklikten sonraki metninin ölçü alınması gerektiğini belirterek Anayasaya aykırı hale düşen itiraz konusu hükmü iptal etmiştir (E. 1972/53, K. 1973/16, k.t. 10.4.1973, AYMKD, Sayı 11, s. 199-201).

Diğer olayda ise, Anayasa Mahkemesinin daha önce Anayasaya aykırı bulmadığı kanun hükümleri hakkındaki iptal kararı, bu hükümlerin aynı kanunun başka maddelerinin Anayasaya aykırı bulunarak iptal edilmeleri sonucu uygulanamaz hale gelmeleri nedeniyle verilmiştir. Mahkeme, 1773 sayılı Devlet Güvenlik Mahkemelerinin Kuruluş ve Yargılama Usûlleri Hakkında Kanununun 1. ve 6. maddelerini biçim yönünden Anayasaya aykırı bularak iptal etmiştir (E. 1974/35, K. 1975/126, k.t. 6.5.1975, AYMKD, Sayı 13, s. 496-97). Mahkeme bu kararında 44 sayılı Kanununun 28/2. maddesindeki yetkiyi kullanarak, iptal edilen hükümlerle sıkı sıkıya bağlı olduklarından iptal kararı sonucunda başlı başına uygulanma yeri ve olasılığının kalmadığı gerekçesiyle 1773 sayılı Kanunun diğer maddelerinin de iptalini kararlaştırmıştır (AYMKD, Sayı 13, s. 498, 500). Böylece 1773 sayılı Kanunun daha önce Anayasa Mahkemesince biçim ve esas yönlerinden Anayasaya aykırı bulunmamış olan 9/1 (A) ve 10/2(B) maddeleri de (bkz. E. 1974/12, K. 1974/32, k.t. 15.7.1974, AYMKD, Sayı 12, s. 310-23) Anayasaya aykırılık nedeniyle değil, artık uygulanma yeri kalmadığı gerekçesiyle iptal edilmiştir.

10 E. 1968/39, 42, 45, 54, 68 ve 1969/6, K. 1969/15, k.t. 3.4.1969, AYMKD, Sayı 7, 2. Bası, s. 266-73.

11 E. 1969/24, K.1969/50, k.t. 30.9.1969, AYMKD, Sayı 7, 2. Bası, s. 399/404. Bu iptal kararı 9-6 oyçokluğuyla verilmiştir. Mahkemenin 1969/15 sayılı ret kararı da biçim yönünden 9-6 oyçokluğuyla verilmişti. Kararlar incelendiğinde, Anayasa Mahkemesinin bu konudaki görüş değişikliğinin ilk

Anayasa Mahkemesinin Anayasaya aykırı görmediği bir kanun hükmünü daha sonra Anayasaya aykırı bularak iptal etmesinin en çarpıcı örneği ise, 832 sayılı Sayıştay Kanununun Sayıştay kararlarına karşı Danıştaya başvurma yolunu kapatan 45/son maddesiyle ilgilidir. Anayasa Mahkemesi, bu hükmün Anayasa aykırılığı iddiasıyla yapılan ilk dört başvuruyu reddetmişse de, beşinci başvurucuda iptal kararı vermiştir.¹²

Bu konuda bir diğer önemli örnek de, 1961 Anayasasının 1971 yılında 1488 sayılı Kanunla değiştirilen kamulaştırmaya ilişkin 38. maddesinin malike ödenecek kamulaştırma karşılığının saptanmasında kamulaştırılan taşınmaz malın vergi değerinin esas alınmasını öngören 2. ve 3. fıkralarının iptalidir. Anayasa Mahkemesi, Anayasanın 38/2-3. maddelerinin Anayasaya aykırılığı iddiasıyla yapılan ilk itirazı, söz konusu hükümlerin Anayasanın değiştirilmesi yasak olan Cumhuriyet ilkesini zedeleyici nitelik taşımadıkları, dolayısıyla biçim yönünden Anayasaya aykırı düşmedikleri sonucuna vararak reddetmiştir.¹³ Ancak Mahkeme, kısa bir süre sonra aynı yoldaki bir başka Anayasaya aykırılık itirazında, söz konucu Anayasa değişikliğini bu kez Cumhuriyet ilkesini zedeleyici nitelikte görmüş ve biçim yönünden iptal etmiştir.¹⁴

Bu kararlar, Anayasa Mahkemesinin "esas biçim yönünden inceleyerek" Anayasa değişikliklerinin esas (öz) yönünden Anayasaya uygunluğunu denetlemesi kadar, Anayasaya aykırı bulmadığı hükümleri kısa bir süre sonra bu kez Anayasaya aykırı bularak iptal etmesi bakımından da dikkat çekici olmuştur. Burada, Anayasa Mahkemesinin iptal davaları dolayısıyla bir kanun hükmünün Anayasaya

kararda “ret” oyu kullanmış olan Asıl Üye’ler Hakkı Ketenoglu ve Halit ZARBUN ile sonradan görevden ayrılan Yedek Üye İhsan Keçecioglu’nun ve “ İptal” oyu kullanmış olan Asıl Üye Salim Başol’un yerine ikinci kararın alındığı toplantıya katılan dört üyenin de (Asıl Üye’ler A.Şeref Hocaoglu ile Fazlı ÖZTAN ve Yedek Üye’ler Şahap Arıç ile Mustafa Karaoglu) “iptal” oyu kullanmalarıyla gerçekleştiği görülmüştür.

- 12 E.1967/13, K.1969/5, k.t. 14-16.1.1969, AYMKD, Sayı 7,2 Bası, s. 161-67; E.1967/19, K.1969/6, k.t. 16.1.1969, AYMKD, Sayı 7,2. Bası, s. 201-202; E.1971/24, K.1971/55, k.t. 10.6.1971, RG, 27/4/1972, Sayı 14171, s.9-11; E.1972/20, K.1972/55, k.t. 17.10.1972, RG 30.4.1973, Sayı 14522, s. 6-7; E.1972/56, K.1973/11, k.t. 6.3.1973, AYMKD, Sayı 11, s. 138/51. Anayasa Mahkemesi, ilk dört başvurudaki ret kararlarını sırasıyla 10-5, 10-5, 8-7 ve 8-7, beşinci başvurudaki iptal kararını ise 9-6 oyçokluğuyla vermiştir. Mahkemenin aynı günde verdiği ilk iki ret kararı ile üçüncü ve dördüncü ret kararları karşılaştırıldığında, oy dağılımındaki değişikliğin toplantıya katılan üyelerdeki değişiklikten, yani görevden ayrılanların yerine seçilen üyelerin çoğunluğunun iptal kararı görüşünü benimsemesinden kaynaklandığı görülmektedir. Dördüncü ret kararı ile iptal kararı arasındaki farklılık ise, dördüncü kararda “ret” oyu kullanan üyelerden Asıl Üye Nuri Ülgenalp’in yerine toplantıya katılan Yedek Üye Ziya Önel ile üçüncü ve dördüncü kararlarda “ret” oyu kullanan Asıl Üye Halit ZARBUN’un “iptal” oyu kullanmalarından kaynaklanmıştır.

- 13 E.1975/167, K.1976/19, k.t. 23.3.1976, AYMKD, Sayı 14, s. 134-37

- 14 E.1976/38, K. 1976/46, k.t. 12.10.1976, AYMKD, Sayı 14, s. 265-77. İptal kararı 8-7 oyçokluğuyla verilmiştir. Mahkemenin 1976/19 sayılı ret kararı ise esasta 11-4, gerekçede ise 8-3 oyçokluğuyla verilmiştir. Aynı konuda kısa süre içinde verilen iki kararda farklı sonuçlara varılması, ilk itirazda “ret” oyu kullanmakla birlikte karara gerekçe yönünden muhalif olan Asıl Üye’ler Şevket Müftügil, Ahmet Koçak ve Ahmet H.Boyacıoglu’nun ikinci itirazda “iptal” görüşünü benimsemelerinden, ayrıca ilk itirazda “ret” oyu kullanan üyelerden Asıl Üye Ahmet AKAR ile “iptal” oyu kullanan üyelerden görevden ayrılan Asıl Üye İhsan Ecemiş’in yerine ikinci itirazın görüşüldüğü toplantıya katılan Yedek Üye’ler Fahrettin Uluç ile Adil ESMER’in her ikisinin de “iptal oyu kullanmalarından kaynaklanmıştır.

uygunluğu konusundaki görüşünü, daha doğrusu içtihadını aynı konuyu tekrar düzenleyen yeni kanun hükmünü denetlerken değiştirdiği iki önemli örnekten de söz etmek gerekir. Bunlardan ilki, siyasî partilere hazine yardımıyla ilgilidir. Anayasa Mahkemesi, 648 sayılı Siyasî Partiler Kanununun 74. maddesini değiştiren 1017 sayılı Kanun hakkındaki iptal davasında oyçokluğuyla siyasî partilere hazine yardımının ilke olarak Anayasaya aykırı olmadığı sonucuna varmış; ancak, düzenlemeyi diğer yönlerden Anayasaya aykırı bularak iptal etmiştir.¹⁵ Mahkeme, anılan 74. maddeyi yeniden düzenleyen 1219 sayılı Kanuna yönelik iptal davasında ise, siyasî partilere devlet yardımını ilke olarak Anayasaya aykırı bulmuş ve oyçokluğuyla iptal kararı vermişti.¹⁶ Bundan başka, Anayasa Mahkemesi, 3512 sayılı Cemiyetler Kanununun 11. maddesi hakkında açılan bir iptal davasını, bu madde de yer alan ve askerliğe hazırlayıcı talim ve terbiye işleri için Bakanlar Kurulunca uygun görülen derneklere izin verilebileceğini belirten hükmün Anayasaya aykırı olmadığı sonucuna vararak oyçokluğuyla reddetmişse de; bu hükmü yenileyen, yani aynı yoldaki 1630 sayılı Dernekler Kanununun 36/2. maddesini Anayasaya aykırı bulmuş ve oybirliğiyle iptal kararı vermişti.¹⁷

İşte, 1961 Anayasası döneminde Anayasa Mahkemesinin verdiği bu "iptal kararları"nın etkisiyle 1982 Anayasasının hazırlanmasında Mahkemenin daha önce Anayasaya aykırı bulmadığı kanun hükmünün tekrar Anayasaya uygunluk denetiminden geçirilmesinin kısıtlanması düşüncesi hâkim olmuştur.¹⁸ Nitekim, Danışma Meclisi Anayasa Komisyonunun hazırladığı Anayasa Tasarısının "Anayasaya aykırılığın diğer mahkemelerde ileri sürülmesi" başlıklı 186. maddesinin son fıkrasında,

"Anayasa Mahkemesinin verdiği ret kararının Resmî Gazetede yayımlanmasından sonra üç yıl geçmedikçe, aynı kanun hükmünün Anayasaya aykırılığı iddiasıyla tekrar başvuruda bulunulamaz."¹⁹

kuralına yer verilmiştir. Bu kuralın gerekçesi ise, Anayasa Komisyonu raporunda şöyle açıklanmıştır:

"Bir (k)anun hükmünün iptali için açılan dava Anayasa Mahkemesince ret olunduğu halde makul bir süre geçmeden yeniden iptal davaları açıldığı uygulamada sık sık görülmüştür. Kanunların,

15 E.1968/26, K. 1969/14, k.t. 18-19.2.1969, AYMKD, Sayı 7, 2. B., s. 239-44. Bu karar, 8-7 oyçokluğuyla verilmiştir.

16 E. 1970/12, K. 1971/13, k.t. 2.2.1971, AYMKD, Sayı 9, s. 284-90. Mahkeme bu kararı 10-5 oyçokluğuyla vermiştir. İçtihat değişikliği, ikinci kararın verildiği toplantıya katılan dört yeni üyenin "iptal" görüşünü benimsemelerinden kaynaklanmıştır.

17 Bkz. ve krş. E. 1963/199, K. 1965/16, k.t. 16.3.1965, AYMKD, Sayı 3, s. 117-18; E. 1973/3, K. 1973/37, k.t. 18-20.12.1973, AYMKD, Sayı 11, s. 328-30, 344. Bu kararlardan ilki 11-4 oyçokluğuyla verilmiştir. İçtihat değişikliği de, ilk kararda "ret" oyu kullanan üyelerden Ahmet Akar ile Lütfi Ömerbaş'ın, toplantıya katılan yeni oniki üye ile birlikte "iptal" oyu kullanmalarıyla gerçekleşmiştir.

18 Bu konuda bkz. (ÖZDEN, 1988. s. 91-93).

19 Danışma Meclisi Anayasa Komisyonunca hazırlanan Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Tasarısı (1/463), Danışma Meclisininin 4.8.1982 günlü 120. Birleşim tutanağının sonuna ekli S.Sayı:166, s.45, DMTD, Cilt 7.

zamanla, toplum veya birey ihtiyaçlarını karşılayamayacak hale gelebilecekleri bir gerçektir. Ancak bunun için yeterli bir sürenin geçmesi gereği de meydandadır. Komisyonumuzca bu süre üç yıl olarak kabul edilmiş ve bu madde ona göre düzenlenmiştir.”²⁰

Anayasa tasarısının Anayasa Mahkemesinin bir kez denetleyip Anayasaya aykırı bulmadığı kanun hükümleri hakkında öngördüğü üç yıllık yargı denetimi yasağı, Danışma Meclisi Genel Kurulundaki görüşmelerde, her şeyden önce, yasağın sürekli değil, süreli oluşu nedeniyle eleştirilere uğramıştır. Başka bir anlatımla, Anayasa tasarısındaki üç yıllık denetim yasağı, Anayasa Mahkemesinin daha önce Anayasaya aykırı görmediği bir kanun hükmünün her zaman tekrar Anayasaya uygunluk denetiminden geçirilebilmesi gerektiği görüşüyle değil de, Mahkemenin bir kez denetleyip Anayasaya uygun bulduğu bir kanun hükmünün tekrar hiçbir biçimde denetim konusu yapılamaması, dolayısıyla aynı kanun hükmünün Anayasaya aykırılığının tekrar hiçbir biçimde öne sürülebilmesi gerektiği görüşüyle eleştirilmiştir. Gerçekten, Danışma Meclisinin bazı üyeleri, özünde kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimine karşı olan bir anlayıştan hareketle, Anayasa Mahkemesinin denetleyip Anayasaya aykırı bulmadığı bir kanun hükmünü tekrar Anayasaya uygunluk denetiminden geçirmesinin ve aynı konuda daha önce ret kararı vermişken, bu kez iptal kararı verebilmesinin Anayasa Mahkemesinin kararlarının kesinliğini belirten Anayasa hükmüyle bağdaşmadığı gibi, Mahkemenin saygınlığını da zedelediğini ve Anayasaya aykırılık iddialarının tekrar tekrar ileri sürülmesinin kanunların uygulanmasında duraksamalara ve kuşkulara yol açtığını, öte yandan bir kanun hükmünün zamanla Anayasaya aykırı hale gelebileceği düşüncesinin de pek isabetli görülmediğini, Mahkemenin bir kez denetleyip Anayasaya uygun bulduğu bir kanun hükmüyle ilgili takdirin artık, millî iradeyi ifade eden Meclise ait olması gerektiğini öne sürerek, tasarıda bu yolda değişiklik yapılmasını önermişlerdir.²¹

Buna karşılık Danışma Meclisi Anayasa Komisyonu sözcüsü, hukukta "kesin hüküm"den davanın taraflarında, konusunda ve nedenlerinde aynılık halinde söz edilebileceğine işaretlerle, kanunların Anayasaya aykırılığının her zaman önceden görülüp bilenemeyecek kadar çok ve çeşitli nedenlerle öne sürülebildiğini, dolayısıyla bir kanun hükmünün Anayasaya aykırılığı iddiasının bir kez reddedilmesinden, o hükmün artık hiçbir olayda ve hiçbir nedenle Anayasaya aykırı düşmeyeceği sonucunun çıkartılmayacağını, yine toplumdaki sürekli değişimin Anayasa ve kanun hükümlerinin yorumlanışını etkileyebildiğini ve daha önce Anayasaya uygun bulunmuş kanunların toplumun değişen ihtiyaçlarını karşılayamadıkları için zamanla Anayasaya aykırı hale gelebildiklerini, 1961 Anayasası döneminde Anayasa Mahkemesinin de bu nedenlerle aynı kanun hükmü hakkında tekrar yapılan Anayasaya aykırılık iddialarını incelediğini, ancak geçmişte bu yola çok sık başvurulmasının ve Mahkemenin aynı konuda arka arkaya ret ve iptal kararları

20 Danışma Meclisi Anayasa Komisyonu Raporu, Danışma Meclisinin 4.8.1982 günlü 120. Birleşim tutanağının sonuna ekli S.Sayı:166'ya 1 inci Ek., s.62, DMTD, Cilt 7.

21 Bkz. DMTD, Cilt 10, s.224,226-31, 741-43.

vermesinin hoş karşılanmadığını belirterek, burada sürekli değil, süreli bir yasağın gerekli ve yeterli olduğu görüşünü savunmuştur.²²

Danışma Meclisi Genel Kurulu, Anayasa Mahkemesinin bir kez denetleyip Anayasaya aykırı görmediği kanun hükmünün tekrar Anayasaya uygunluk denetimine konu yapılmasının kesin olarak yasaklanmasını öngören değişiklik önermelerini kabul etmeyerek, Anayasa tasarısındaki süreli yargı denetimi yasağını benimsemiştir.²³ Genel Kuruldaki görüşmelerde eleştiri ve tartışmaların odaklandığı bir diğer nokta ise, bu konuda üç yıllık sürenin yeterli olup olmadığıdır. Bu bağlamda, Anayasa tasarısındaki üç yıllık sürenin az olduğu, bu nedenle beş yıla çıkartılması önerilmiştir.²⁴ Anayasa Komisyonu sözcüsü ise, Türkiye'de toplumsal değişimin yüksek hızını göz önünde tutarak bu konuda üç yıllık süreyi uygun bulduklarını, ancak bunda ısrarlı olmadıklarını, sürenin Genel Kurulun takdirine göre beş yıla da çıkartılabileceğini ifade etmiştir.²⁵ Bu tartışmalardan sonra, Danışma Meclisi yasak süresini beş yıla çıkartarak Anayasa tasarısının Anayasa Komisyonunca yeniden düzenlenen 161/4. maddesinde,

"Anayasa Mahkemesinin verdiği ret kararının Resmî Gazetede yayımlanmasından sonra beş yıl geçmedikçe aynı kanun hükmünün Anayasaya aykırılığı iddiası ile tekrar başvuruda bulunulamaz"

hükmünü kabul etmiştir.²⁶

Bu hükmün gerekçesi de, Danışma Meclisince kabul edilen Anayasa tasarısının gerekçesinde şöyle ifade edilmiştir:

"Her ne kadar sebep birliği olmadıkça muhkem kaziyeden bahsolunamazsa da Anayasa Mahkemesi, kararında, davanın dayandığı gerekçeyle bağlı olmadığından Anayasaya aykırılığı her türlü neden yönünden araştırmak zorundadır.

22 DMTD, Cilt 10, s. 228-29,231,743, 1961 Anayasası döneminde aynı kanun hükmünün sık sık Anayasa Mahkemesinin önüne getirilmesinin hukuki istikrarı bozduğu ve kanunların uygulanmasında duraksamalara yol açtığı, toplum gibi hukukun da dinamik bir yapıya sahip olduğu, hukuk normlarının toplumdaki gelişmelere cevap verebilmesi için önce yasama organına, ama ayrıca yargı organına da görev düştüğü, bu nedenlerle, bir yandan aynı kanun hükümlerinin sık sık Anayasa Mahkemesine gelmesini önlemek düşüncesinden, diğer yandan da Mahkemenin toplumdaki gelişmelere cevap verebilmesini sağlamak düşüncesinden hareketle "ortalama bir yol" olarak burada süre kaydı konulması gerektiği yolundaki bir diğer görüş için bkz. DMTD, Cilt 10, s. 229.

23 DMTD, Cilt 10, s. 229. Ayrıca bkz. DMTD, Cilt. 10, s. 231-32, 234-35 ve 746-47.

24 DMTD, Cilt 10, s. 229-30.

25 DMTD, Cilt 10, s. 230-31.

26 DMTD, Cilt 10, s. 231, 741, 747; Danışma Meclisi Anayasa Komisyonunca hazırlanan Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Tasarısı (1/463), Danışma Meclisinin 21.9.1982 günlü 154. Birleşim tutanağının sonuna ekli S.Sayı: 166'ya 4'üncü Ek, s. 39, DMTD, Cilt 7; Danışma Meclisinin kabul ettiği Anayasa metni, Madde 161, Danışma Meclisinin 23.9.1982 günlü 156. Birleşim tutanağının sonuna ekli, DMTD, Cilt 10

Anayasa tasarısının Danışma Meclisi Genel Kurulunda görüşülmesi sırasında, "hukuka ve hukuk uygulamasına istikrar kazandırmak" amacıyla beş yıllık yasak süresinin geçmesinden sonraki başvurularda Anayasa Mahkemesinin iptale karar verebilmesi için üçte iki oy çokluğunun şart koşulması önerilmiş; ancak, Anayasa Komisyonunun katılmadığı bu önerge Genel Kurulca da kabul görmemiştir. (DMTD, Cilt 10, s. 229-31).

Bundan başka kanunların zamanla Anayasaya aykırı hale geldiği de düşünülebilir ancak bunun için makul bir sürenin geçmesi de şarttır. İşte bu süre beş yıl olarak takdir olunmuştur.

Bunların dışında, hukukun ana ilkelerinden biri olan istikrar ilkesi de göz önüne alınmış, reddedilen bir davanın beş yıl geçmedikçe yeniden açılacağı kabul edilmiştir.²⁷

Danışma Meclisince kabul edilen Anayasa tasarısındaki beş yıllık yargı denetimi yasağına ilişkin bu hüküm, Millî Güvenlik Konseyince iki değişiklikle benimsenmiştir. Konsey, Anayasa Mahkemesinin usûle ilişkin ret kararlarını yasak dışında bırakmak amacıyla madde metnine "işin esasına girerek" ibaresini eklerken, beş yıl olan süreyi de "uygulamada istikrar sağlamak" amacıyla on yıla çıkartmıştır.²⁸ Sonuçta, 1982 Anayasasının 152. maddesinin 4. fıkrasında,

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

hükmü yer almıştır.

Bu hükmün, Anayasa Mahkemesinin kuruluşu ve yargılama usûllerini düzenleyen 2949 sayılı Kanunun "itiraz yoluyla mahkemelerce gönderilen işler" başlığını taşıyan 28. maddesinin son fıkrasında da şöyle ifade edildiği görülmektedir:

"Anayasa Mahkemesinin işin esasına girerek verdiği ret kararının yayımlanmasından sonra on yıl geçmedikçe, aynı kanun hükmünün Anayasaya aykırılığı iddiasıyla tekrar Anayasa Mahkemesine başvurulamaz"²⁹

III. YASAĞIN NİTELİĞİ VE KAPSAMI

Anayasanın 152/4. maddesindeki on yıl süreli yasak hükmü, Anayasa Mahkemesine kanunların Anayasaya uygunluğunu denetleme yetkisini veren Anayasanın 148/1. maddesindeki kuralın bir istisnasıdır. Bu yasak, aynı zamanda, kanunların Anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi için bir *dava şartı* olmaktadır. Şöyleki, Anayasa Mahkemesinin bir kanun hükmünün Anayasaya uygunluğunu

27 Danışma Meclisinin kabul ettiği Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Tasarısının Gerekçesi, Madde 161, Millî Güvenlik Konseyinin 18.10.1982 günlü 118. Birleşim tutanağının sonuna ekli S. Sayısı 450, s.56, MGKTD, Cilt 7.

28 Millî Güvenlik Konseyi Anayasa Komisyonu Raporu, Millî Güvenlik Konseyinin 18.10.1982 günlü 118. Birleşim tutanağının sonuna ekli S.Sayısı 450, s.87, 175, MGKTD, Cilt 7. Ayrıca bkz. MGKTD, Cilt 7, s.396

29 2949 sayılı Kanuna ilişkin tasarıda, Anayasadaki gibi, on yıl süreli yasağın ret kararının Resmî Gazetede yayımlanmasından sonra söz konusu olacağı belirtmişse de, Millî Güvenlik Konseyi Anayasa Komisyonu "Resmî Gazetede" sözcüklerini bir açıklamaya gerek görmeden metinden çıkartmıştır. Bkz. Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun Tasarısı ve Millî Güvenlik Konseyi Anayasa Komisyonu Raporu, Millî Güvenlik Konseyinin 10.11.1983 günlü 182. Birleşim tutanağının sonuna ekli S.Sayısı 725, s. 3,6, 20-21, MGKTD, Cilt 11.

inceleyip denetleyebilmesi için o hüküm hakkında on yıllık denetim yasağının söz konusu olmaması şarttır. Bu durumda, Anayasanın 152/4. maddesindeki hüküm, hem Anayasa Mahkemesini hem de dava mahkemelerini bağlamaktadır.³⁰ Anayasa Mahkemesi, Anayasaya aykırılığı ileri sürülen kanun hükümleri hakkında on yıllık yasağın söz konusu olup olmadığını re'sen araştırıp incelemek ve yasak söz konusu ise, davayı esasa girmeden usûlden reddetmek zorundadır. Diğer mahkemelerin de on yıllık yasağı itiraz yoluyla başvurularda re'sen göz önünde tutmaları ve yasağın varlığı halinde, kural olarak, önlerindeki davayı Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar geri bırakmak yerine kanun hükmünü uygulayarak yürütmeleri gerekir.

Bu bağlamda, Anayasanın kanunların Anayasaya uygunluğunun yargısal denetimine koyduğu bu yasağın sınırlarının, dolayısıyla bir kanun hükmünün Anayasaya aykırılığı iddiasıyla tekrar başvuruda bulunmanın yasaklandığı ve yasaklanmadığı durumların belirlenmesi önemli bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır. Konu, Anayasanın 152/4. maddesinin bu yasak için öngördüğü şartlar dikkate alınarak incelenebilir. Anayasaya göre "tekrar başvuru"dan, dolayısıyla yargı denetimi yasağından söz edebilmek için gerekli şartlar şöyle özetlenebilir: (1) Anayasa Mahkemesinin bir kanun hükmü hakkında işin esasına girerek verdiği bir ret kararının varlığı, (2) Aynı kanun hükmünün Anayasaya aykırılığı iddiasında bulunulması ve (3) Anayasa Mahkemesinin ret kararının Resmî Gazetede yayımlanmasından sonra on yıl geçmemiş olması.

1. Anayasa Mahkemesinin bir kanun hükmü hakkında işin esasına girerek verdiği ret kararı

Anayasamıza göre (m.152/1), hem kanunlar, hem de kanun hükmünde kararname (KHK) itiraz yoluna konu olabilir. Bununla birlikte, Anayasanın 152/4. maddesi aynı "kanun hükmünün" Anayasaya aykırılığı iddiasıyla tekrar başvuruda bulunulamaz diyerek, KHK'leri on yıllık denetim yasağının kapsamı dışında bırakmaktadır (TEZİÇ, 1998:205). Bu kural, yargı denetimini yasaklayan bir istisna kuralı olduğundan, dar yorumlanması, yani yorum yoluyla genişletilmemesi gerekir. O halde, Anayasanın 152/4. maddesindeki kural, KHK'lere ilişkin ret kararlarından sonra aynı KHK hükümlerinin Anayasaya aykırılığı iddiasıyla tekrar başvuruda bulunulmasına engel olmaz.³¹

30 E.1985/33, K.1986/22, k.t. 11.9.1986, AYMKD, Sayı 22, s. 194; E.1988/35, K.1989/13, k.t. 14.3.1989, AYMKD, Sayı 25, s. 181; E.1991/12, K.1991/9, k.t. 12/4/1991, AYMKD, Sayı 27 Cilt 1, s.329

31 KUZU, Anayasanın 152/4. maddesindeki yasak kuralının madde metninde kanunlardan söz edilmesi nedeniyle yalnız kanunlar için geçerli olduğunu belirtmekle birlikte, "(f)akat, KHK'ler için geçerli olmamasını anlamak, daha doğrusu gerekçesini bulabilmek bir hayli zordur. Anayasa koyucu niçin böyle bir ayırım yapmıştır? Bunun nedenini kestirmek bizce güç. Belki 10 yıllık süreye ilişkin ifadede geçen "aynı kanun hükmünün" şeklindeki ifadeyi "Anayasaya aykırılığı reddolunan hukuk kuralının" biçiminde anlamak da mümkündür. Bu durumda maddede geçen "kanun" ifadesinin "hukuk kuralı" anlamında kullanıldığı kabul edilmiş olacaktır. Böyle olunca, KHK'ler için de 10 yıllık sürenin geçerli olduğu söylenebilecektir" diyor (KUZU, 1990: 190). Yine, Özden'c göre, "Anayasa ve yasa maddelerinin birlikte ele alınması(ndan), yalnızca yasa hükmünün değil, yasa değerinde kararnamelerin (KHK) de on yıl geçmedikçe iptalinin istenemeyeceği anlaşılmaktadır" (ÖZDEN, 1988: 94). Kanımca, bu yasak kuralının sözü gibi, istisna kuralı oluşu da, madde

Aynı nedenlerle, Türkiye Büyük Millet Meclisinin (TBMM) Anayasa Mahkemesinin Anayasaya aykırı bulmadığı KHK maddelerini Anayasanın 91. maddesi gereğince aynen kabul ederek kanun maddelerine dönüştürmesi halinde de, KHK hükümlerine ilişkin ret kararı, kanun hükümleri hakkında verilmiş bir ret kararı olarak görülemez. Kaldığı, TBMM'nin KHK maddelerini kabulü, ortaya KHK'nin yerini alan yeni bir işlem de çıkarmaktadır. Dolayısıyla, Anayasa Mahkemesinin KHK hakkındaki ret kararından sonra, Anayasaya aykırı bulunmamış KHK hükümlerinin yerini alan kanun hükümleri Anayasaya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesi önüne getirilebilir.

Anayasanın 152/4. maddesindeki yasak kuralının Anayasanın 150. maddesine dayanılarak açılan iptal davaları sonucunda verilen ret kararlarını da kapsayıp kapsamadığı, başka bir deyişle, bir iptal davasında verilen ret kararından sonra aynı kanun hükmünün itiraz yoluyla tekrar Mahkemenin önüne getirilip getirilemeyeceği tartışmaya açık bir konudur.³² Ancak Anayasanın 152/4. maddesinde olsun, 2949 sayılı Kanunun 28. maddesinde olsun, itiraz yoluna özgü "başvuru" deyiminin kullanıldığı görülmektedir. Ayrıca, bu başvuru yasağı Anayasada "Anayasaya aykırılığın diğer mahkemelerde ileri sürülmesi" başlıklı 152. maddede, 2949 sayılı Kanunda da "itiraz yoluyla mahkemelerce gönderilen işler" başlıklı 28. maddede yer almaktadır ve dar yorumlanması gereken bir istisna kuralıdır. Bu nedenlerle, Anayasa Mahkemesinin ret kararından sonra on yıl süre ile tekrar başvuruda bulunulamaması kuralının iptal davaları sonucunda değil, yalnızca itiraz yoluyla yapılan başvurular sonucunda verilen ret kararları için geçerli olduğunu kabul etmek hukuken daha doğru olur (ALİEFENDİOĞLU, 1984: 129-30; ÖZBUDUN, 2000: 406; DURAN, 1990: 18-20; TEZİÇ, 1998: 205; KUZU, 1990: 189-90. Bkz. ve krş. ÖZDEN, 1988: 98). O halde, Anayasa Mahkemesinin bir iptal davasında işin esasına girerek verdiği ret kararından sonra on yıl geçmemiş olsa bile, aynı kanun hükmünün itiraz yoluyla tekrar Mahkemenin önüne getirilmesi olanaklıdır.

Öte yandan, Anayasanın 152/4. maddesine göre, on yıllık denetim yasağı yalnız Anayasa Mahkemesinin işin esasına girerek verdiği ret kararları için geçerlidir. Anayasa Mahkemesi de bir kararında "Anayasa koyucunun "işin esasına girerek" deyimini gütüttüğü amacın ilk inceleme sonunda verilen red kararlarını bu kuralın kapsamı dışında tutarak bunu Anayasaya uygunluk denetimini içeren esasın incelenmesi evresi sonunda verilen red kararlarına hasretmek olduğunu belirtmiştir.³³ Bu nedenle, Anayasa Mahkemesinin usûl yönünden verdiği ret kararları, örneğin ilk inceleme sonucunda dava mahkemesinin yetkisiz olduğunu saptayarak verdiği başvurunun reddi kararı (2949 sayılı Kanun m. 28) aynı kanun hükmünün yetkili bir mahkeme tarafından tekrar Anayasa Mahkemesi önüne getirilmesine engel olmaz. Nitekim Anayasa Mahkemesi, 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun değişik 29/1. maddesi hakkındaki bir Anayasaya aykırılık itirazında,

metnindeki "aynı kanun hükmü" deyimini KHK'leri de içine alacak biçimde "aynı hukuk kuralı" olarak anlaşılmasına engeldir.

32 Anayasa Mahkemesinde doğrudan doğruya iptal davası açmanın belli bir süreyle sınırlı olması, ret kararından sonra tekrar bir iptal davası açılabilmesini uygulamada hemen hemen olanaksız kılmaktadır (ALİEFENDİOĞLU, 1984: 130; ÖZBUDUN, 2000: 406).

33 E. 1983/1, K. 1983/5, k.t. 26.4.1983, AYMKD, Sayı 20, s. 31.

"Aynı yasa hükmü, Anayasa Mahkemesi'nce bir mahkemenin başvurusu üzerine incelenmiş ve başvuru, Mahkemenin yetkisizliği nedeniyle reddedilmiştir.³⁴ 1982 Anayasası'nın 152. maddesinin son fıkrasında yer alan on yıllık yasaklayıcı hükmün, itiraz konusu kuralın Anayasaya aykırı bulunmaması halinde, uygulanma alanına girmesi tabiidir. Bu nedenle, Anayasaya uygunluk denetimi yapılmasını engelleyen durumların ve bunların sonucunda alınan, denetime engel olan durumları tesbit eden kararların başka mahkemelerce yapılan başvuruların incelenmesine engel olamayacağı açıktır ve ortadadır."

diyerek, olayda on yıllık yasak hükmünün uygulanamayacağına karar vermiştir.³⁵

2. Aynı kanun hükmünün Anayasaya aykırılığı iddiası

Aynı kanun hükmünün Anayasaya aykırılığı iddiasında bulunulmuş olması şartı, Anayasaya aykırılık itirazının konusu ve nedenleriyle ilgilidir. Anayasaya aykırılık itirazının konusu da, hem Anayasaya uygunluk denetimine konu olan kanun hükmü, hem de bu denetimde ölçü alınan anayasa hükmü veya hükümleri açısından incelenebilir.

Burada, önce, Anayasanın 152/4. maddesinde geçen "aynı kanun hükmü" deyiminin anlamı üzerinde durmak gerekir. Anayasa Mahkemesi kendiliğinden Anayasaya uygunluk denetimi yapamayacağı gibi, taleple de bağlı olduğundan (2949 sayılı Kanun m. 29/1), verdiği karar yalnızca denetimden geçirdiği kanun hükmünü etkiler. Anayasanın 152/4. maddesi de, Anayasa Mahkemesi kararının karara konu olandan başka bir kanun hükmü üzerinde etki doğurmamasının doğal bir sonucu olarak, ret kararından sonra on yıl geçmedikçe "aynı" kanun hükmünün Anayasaya aykırılığı iddiasıyla tekrar başvuruda bulunulmasını yasaklamaktadır. Bu nedenle, Anayasa Mahkemesinin ret kararı, o karara konu olan kanun hükmüne benzeyen, hatta aynı şekilde ifade edilmiş başka bir kanun hükmünün Anayasaya aykırılığı iddiasıyla başvuruda bulunulmasına engel değildir. Mahkemenin 1587 sayılı Nüfus Kanunu ile 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda yer alan benzer nitelikteki iki hüküm hakkında verdiği kararlar, bu konuda çok çarpıcı bir örnektir. Şöyleki, Anayasa Mahkemesi 1587 sayılı Kanunun 43. maddesinde yer alan ve aile kütüklerine kişinin "dini"nin de yazılmasını öngören hükmün Anayasanın 2. ve 24/3. maddesine aykırılığı iddiasıyla yapılan bir itirazı, söz konusu hükmün Anayasaya aykırı olmadığı sonucuna vararak oyçokluğuyla reddetmiştir.³⁶ Mahkeme, kısa bir süre sonra, 1412 sayılı Kanunun tanığa "dini"nin de sorulmasını

34 E. 1983/4, K. 1983/6, k.t. 28.4.1983, RG, 11.6.1984, Sayı 18428, s. 5-8; aynı nitelikte, E. 1983/5, K. 1983/7, k.t. 28.4.1983, RG, 11.6.1984, Sayı 18428, s. 8-11.

35 E. 1984/17, K. 1984/12, k.t. 11.12.1984, AYMKD, Sayı 20, s. 328, 330. Başvurunun Anayasanın 152/4. maddesindeki yasak hükmü nedeniyle reddedilmesi gerektiği yolundaki karşıoy için bkz. AYMKD, Sayı 20, s. 331. Aynı nedenlerle, Anayasaya aykırılık itirazının başvurudaki eksiklikler nedeniyle geri çevrilmesine karar verilmiş olması da (2949 sayılı Kanun m. 28), bu eksiklikler tamamlanarak tekrar başvuruda bulunulmasına engel değildir. Örneğin bkz. E. 1985/33, K. 1986/22, k.t. 11.9.1986, AYMKD, Sayı 22, s. 192-197.

36 E. 1995/17, K. 1995/16, k.t. 21.6.1995, AYMKD, Sayı 31 Cilt 2, s. 538-55.

öngören değişik 61. maddesindeki "dini" sözcüğünün aynı Anayasa hükümlerine aykırılığı iddiasıyla yapılan bir itirazda ise, bu hükmü her iki Anayasa hükmüne de aykırı bularak oyçokluğuyla iptal kararı vermiştir.³⁷

Öte yandan, itiraz yoluyla başvuruda Anayasa Mahkemesinin yetkileri, dava mahkemesinin bakmakta olduğu davada uygulanacak kanun hükmüyle de sınırlıdır (AY m. 152/1; 2949 sayılı Kanun m. 28/1). Bu nedenle, Anayasa Mahkemesinin Anayasaya aykırılık itirazını kanun hükmünün dava mahkemesinin önündeki davada uygulama alanına giren kısmıyla veya yönüyle sınırlandırarak incelemesi ve sonuçta ret kararı vermesi halinde de, aynı hükmün diğer kısımları veya yönleriyle Anayasaya aykırılığı iddiasıyla tekrar başvuruda bulunulabilir. Yollama hükümleri söz konusu olduğunda da, bu hükümleri yollamada buldukları kanun hükümlerinden ayrı düşünmek gerekir.

On yıllık yasaktan söz edebilmek için, Anayasa Mahkemesinin Anayasaya aykırı görmediği kanun hükmünün ret kararından sonra hiçbir şekilde değişikliğe uğramamış, başka bir deyişle hiç dokunulmadan olduğu gibi kalmış olması da şarttır Kanun hükmünün Anayasa Mahkemesinin ret kararından sonra uğrayacağı herhangi bir değişiklik, hatta hükmün içeriğini etkilemeyen tamamen biçimsel bir değişiklik bile ortaya on yıllık sınırlayıcı sürenin söz konusu olmayacağı yeni bir işlem çıkartır. Bundan dolayı, Anayasa Mahkemesinin Anayasaya aykırı görmediği kanun hükmünün içeriğinin başkalaştırılması kadar, yalnızca ifade şeklinin, metindeki yerinin değiştirilmesi veya başka değişiklikler arasında aynen oylanıp yeniden kabul edilmesi hallerinde de, değişikliğin ortaya çıkartacağı yeni kanun hükmünün Anayasaya aykırılığı iddiasıyla başvuruda bulunabileceği kabul edilmek gerekir (DURAN, 1990: 20-21).

Kanun koyucunun Anayasa Mahkemesinin Anayasaya aykırı görmediği bir kanun hükmüne yalnızca yeni eklemeler yapmakla yetinmesi halinde, bu eklemelerin ortaya yeni bir kanun hükmü çıkartıp çıkartmayacağı, dolayısıyla daha önce işlemeye başlamış bulunan on yıllık yasağın eklemelerden sonra devam edip etmeyeceği de tartışılmaya değer bir konudur. Burada, kanun koyucunun bir kanun hükmüne yaptığı eklemenin o hükmün tümüne yönelen, başka bir deyişle hükmün tümünü kapsayan bir hukukî irade açıklamasıyla gerçekleştiği düşünülebilir ve her eklemenin ortaya yeni bir hüküm çıkartacağı için on yıllık yasaklamayı sona erdireceği öne sürülebilir. Ancak bu konuya amaçsal bir açıdan yaklaşarak, kanun

37 E. 1995/25, K. 1996/5, k.t. 2.2.1996, AYMKD, Sayı 32 Cilt 2, s. 549-65. Bu iptal kararı, Anayasanın 2. maddesindeki "lâiklik ilkesi" yönünden 6-5; 24/3. maddesi yönünden ise, 7-4 oyçokluğuyla verilmiştir. Mahkemenin 1995/16 sayılı ret kararı da, Anayasanın 24/3. maddesi yönünden 6-5 oyçokluğuyla verilmişti. Karşıoy yazılarından, bu itirazın Anayasanın 2. maddesi yönünden de 8-3 oyçokluğuyla reddedildiği anlaşılmaktadır. Kararlar incelendiğinde, bu içtihat değişikliğinin Anayasanın 24/3. maddesi yönünden Mahkemenin üyelerindeki değişiklikten kaynaklandığı görülmektedir. Gerçekten, ilk kararda "ret" oyu kullanan ve sonradan görevden ayrılan Asıl Üye İhsan Pekel'in yerine seçilen Asıl Üye Fulya Kantarcıoğlu ile ilk kararda "ret" oyu kullanan Asıl Üye Ali Hüner'in yerine ikinci kararın alındığı toplantıya katılan Yedek Üye Aysel Pekiner "iptal" oyu kullanmışlardır. Anayasanın 2. maddesindeki "lâiklik" ilkesiyle ilgili görüş değişikliği ise, yukarıda değinilen üye değişikliklerinin yanısıra, Üye Yalçın Acargün'ün ikinci kararda "iptal" görüşüne katılmasıyla gerçekleşmiştir.

koyucunun bir kanun hükmünün metnine yaptığı eklemeye varolan hükmü değiştirmeye mi, yoksa varolan hükme, ondan ayrı bir anlam taşıyan yeni bir hüküm eklemeye mi yöneldiğine bakmak kanımca daha isabetli olacaktır. Şöyleki, Anayasa Mahkemesinin Anayasaya aykırı görmediği kanun hükmü ancak metne yapılan eklemeye ile birlikte bir anlam taşıyabiliyor ve hukuk düzeninde etki yaratabiliyorsa, kısaca ancak onunla birlikte bir hüküm ifade edebiliyorsa, bu eklemenin kanun hükmünü değiştirerek on yıllık yasaklamanın kapsamı dışına çıkardığı söylenebilir. Buna karşılık, Anayasa Mahkemesinin Anayasaya aykırı görmediği kanun hükmü, metne bir eklemeye yapılmış olsa bile, bu eklemeden ayrı bir anlam taşıyabiliyor ve etki yaratabiliyorsa, yani kendi başına bir hüküm ifade edebiliyorsa, örneğin eklemeye o hükmün yararlanıcıları veya muhatapları yönünden çerçevesini genişletiyorsa, artık tek bir hükmün değil, iki ayrı hükmün varlığından söz etmek gerekir. Bu durumda, Anayasa Mahkemesinin Anayasaya aykırı görmediği kanun hükmü on yıllık yasak kapsamında kalırken, ona eklenen hüküm yeni bir kanun hükmü niteliğinde olduğu için Anayasaya aykırılığı ileri sürülerek Anayasa Mahkemesinin önüne getirilebilir.

Nihayet, Anayasa Mahkemesinin Anayasaya aykırı görmediği ve metni herhangi bir değişiklik geçirmeyen, yani ret kararından sonra metni dokunulmadan aynen kalan kanun hükmünün, kanun koyucunun o hükmün içinde yer aldığı kanunun diğer hükümlerinde yaptığı değişiklikler dolayısıyla değişikliğe uğramış bir kanun hükmü olarak kabul edilip edilemeyeceği de, on yıllık yasaklamanın sona ermiş sayılıp sayılmaması bakımından tartışılabilir. Bu sorun, Anayasa Mahkemesinin kanunların yorumunda mantıkî yorum yöntemiyle kanunun sözünden çok, ruhuna ve amacına yönelmesi, yani itiraz konusu kanun hükmünün anlamını, o hükmün kanunun genel sistemi içindeki yerini ve diğer hükümleriyle ilişkilerini göz önünde tutarak saptadığı hallerde ortaya çıkabilir.³⁸ Başka bir anlatımla, Anayasa Mahkemesinin mantıkî usüllerle yorumladığı ve Anayasaya aykırı görmediği bir kanun hükmünün anlamı ve hukuk düzeninde yarattığı etki, kanun koyucunun aynı kanunun o hükümle ilişkili diğer hükümlerinde, söz gelimi genel hükümlerinde yaptığı değişikliklere bağlı olarak da değişikliğe uğrayabilir. Kanımca, Anayasa Mahkemesinin Anayasaya aykırı bulmadığı bir kanun hükmü, içinde yer aldığı kanunun değişiklik gören diğer hükümleriyle bağlantıları dolayısıyla kazandığı yeni anlamıyla da Anayasaya aykırı düştüğü öne sürülerek tekrar başvuru konusu yapılabilmelidir. Hiç kuşkusuz, hem mantıkî yorum yönteminin Anayasaya aykırılığı ileri sürülen bir kanun hükmünün anlamının saptanmasında kullanılacak en elverişli yöntem olup olmadığını, hem de bu yöntemle başvurulduğunda, o hükmün taşıdığı anlamın ve hukuk düzeninde doğurduğu sonuçların kanunun diğer hükümlerindeki değişikliklerden etkilenip etkilenmediğini Anayasa Mahkemesi belirleyecektir.

38 Nitekim, Anayasa Mahkemesi çeşitli kararlarında kanun hükümlerinin tek başına değil, içinde bulunduğu metnin tümü göz önünde tutularak yorumlanması gereğine işaret etmektedir. Örneğin bkz. E. 1969/31, K. 1971/3, k.t. 12.1.1971, AYMKD, Sayı 9, s. 142; E. 1963/337, K. 1967/31, k.t. 19.20.10.1967, AYMKD, Sayı 6, s. 59; E. 1979/5, K. 1979/29, k.t. 19.6.1979, AYMKD, Sayı 17, s. 210; E. 1994/89, K. 1995/10, k.t. 15.2.1995, AYMKD, Sayı 31 Cilt 2, s. 520.

Burada üzerinde durulması gereken diğer konu, Anayasanın 152/4. maddesinde geçen "Anayasaya aykırılık" deyiminin anlamıdır. Anayasanın 148/2. ve 2949 sayılı Kanununun 21/2. maddelerine göre kanunların şekil yönünden Anayasaya aykırılığı itiraz yoluyla ileri sürülemeyeceğinden, Anayasanın 152/4. maddesindeki Anayasaya aykırılık deyimini her şeyden önce esas yönünden Anayasaya aykırılık anlamına gelmektedir. Öte yandan, Anayasa Mahkemesi, ret kararından sonra on yıl süre ile aynı kanun hükmünün Anayasaya aykırılığı iddiasıyla tekrar başvuruda bulunulmasını yasaklayan kuralın yalnız 1982 Anayasasının yürürlüğe girişinden sonra verilen ret kararları için geçerli olduğunu belirterek, 1961 Anayasası döneminde verilen ret kararlarının söz konusu sınırlayıcı sürenin işlemesine yol açmayacağına karar vermiştir. Mahkeme, anayasa değişikliklerinin on yıllık yasak üzerindeki etkilerine de ışık tutan bu içtihadının gerekçesini şöyle ifade etmiştir:

"...Yasaların zaman içinde uygulanmasında, özel hükümler konulmuş olmadıkça, yürürlüğe girdiği günden itibaren meydana gelen olaylara uygulanması hukukun aslı ve genel kurallarındandır..."

İtiraz yolu ile Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmasındaki esas amaç yürürlükte bulunan (bir) kanun ve(ya) kanun hükmünde karamamenin Anayasaya aykırı olan hükümlerinin Anayasa(ya) uygunluk denetimi ile ayıklanmasıdır. Böyle olunca, Anayasanın sözü edilen kuralının, Anayasa Mahkemesi'ni, önceki Anayasa döneminde esas yönünden verdiği red kararları ile bağlı tutmak için konulduğu ileri sürülemez.

Anayasanın sözü edilen kuralı, "...aynı kanun hükmünün Anayasaya aykırılığı iddiasıyla tekrar başvuruda bulunmayı" yasaklamaktadır. Burada geçen Anayasaya aykırılık kavramı, genel ve soyut bir kavram olmayıp, doğrudan doğruya 1982 Anayasası'na aykırılığı ifade etmektedir. Çünkü, bu kavram, aynı maddenin birinci fıkrasından kaynaklanmaktadır. Nitekim, bu fıkra da yer alan, "Bir davaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak bir kanun veya kanun hükmünde karamamenin hükümlerini Anayasaya aykırı görürse..." biçimindeki tümcenin, somut olarak 1982 Anayasası'na aykırılığı belirlediğinden kuşku edilemez. Aksinin kabulü, Anayasanın bağlayıcılığını ve üstünlüğünü belirten 11. maddesini geçersiz hale getirir.

Birinci fıkra da somut bir anlam taşıdığı böylece (açık) olan "Anayasaya aykırılık" kavramının, aynı maddenin son fıkrasında, 1961 Anayasası'nı da kapsar biçimde genel ve soyut bir kavram haline geldiği düşünülemez. Anayasa koyucu getirdiği yeni düzenleme(-nin), ortaya çıkan ikili durumların tümüne uygulanmasını ve her halde işin esasına gir(il)erek ... reddedilen bir istemin üzerinden on yıl geçmedikçe yeni başvurunun incelenm(emes)ini arzulamış olsaydı böyle bir alanı boş bırakmayıp geçici hükümlerle düzenlemesi gerekirdi.

Anayasada bu doğrultuda bir düzenleme bulunmadığına göre, 152. maddenin son fıkrasında geçen "Anayasaya aykırılık" halinin somut olarak 1982 Anayasası'na aykırılık anlamına geldiğini kabul etmek zorunludur.

1982 Anayasası'na aykırılık iddiasıyla yapılacak başvuruların ne zaman "tekrar" başvuru niteliğini kazanacağı ortadadır. Başka bir anlatımla, 1982 Anayasası'na aykırılık nedeniyle yapılan bir başvurunun, işin esasına girilerek red edilmesinden ve kararın Resmî Gazete'de yayımlanmasından sonra yapılan başvurular, "tekrar başvuru" sayılacak ve ... başvuran mahkemenin yetkisizliği nedeniyle red edilmekle sonuçlanacaktır...

Anayasa Mahkemesinin kararları, ister iptal, ister red yönünden olsun, sonuçta, Anayasanın bağlayıcılığını ve üstünlüğünü sağlamaya yöneliktir... Halen, 1982 Anayasası yürürlüktedir. Anayasa Mahkemesi, bakılmakta olan başka bir davada yeniden uygulama alanına girmiş ve itiraz yoluyla önüne getirilmiş aynı yasa kuralını bu kez yeni Anayasa kuralları karşısında denetimden geçirmelidir ki, yeni Anayasanın da bağlayıcılığı ve üstünlüğü sağlanmış olsun.

Anayasa Mahkemesi'nin bu konudaki önceki kararı bugünkü denetimi engelliyor sayılırsa, 1961 Anayasası'nın yeni Anayasa olduğu yolunda bir mana taşıdığı düşünülebilir. Oysa her Anayasa, bağlayıcılığını ve üstünlüğünü beraberinde getirmektedir.

Şu halde yürürlükte olan Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü ilkeleri açısından itiraz konusu yasa kuralının yeniden Anayasaya uygunluk denetiminden geçirilmesi zorunlu görülmektedir.

Özetlenirse, Anayasanın 152. maddesinin son fıkrası kuralı gerek konuluş amacı, gerek sözü ve özü bakımından, Anayasa Mahkemesi'ni 1961 Anayasası döneminde işin esasına girerek vermiş bulunduğu red kararı ile bağlı tutmamaktadır."³⁹

Anayasa Mahkemesinin Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkesinden hareketle, Anayasanın 152. maddesinde geçen Anayasaya aykırılığın 1982 Anayasasına aykırılık anlamına geldiği yolundaki görüşü isabetlidir.⁴⁰ Mahkemenin bu görüşleri, yukarıda işaret edildiği gibi, Anayasa Mahkemesinin 1982 Anayasasının yürürlüğe girmesinden sonra verdiği ret kararları için de bu kez Anayasa deği-

39 E. 1983/1, K. 1983/5, k.t. 26.4.1983, AYMKD, Sayı 20, s. 31-33. Ayrıca bkz. AYMKD, Sayı 20, s. 29, 34. Aynı yönde başka kararlar için bkz. E. 1982/1, K. 1983/10, k.t. 7.6.1983, AYMKD, Sayı 20, s. 92-94; E. 1982/4, K. 1983/17, k.t. 20.12.1983, AYMKD, Sayı 20, s. 134-35.

40 Aynı görüş, (ÖZDEN, 1988: 96-97). KURU'ya göre, Anayasanın 152/4. maddesindeki hüküm, "gerçek(sin)deki nedenlerden dolayı, yeni Anayasadan önce verilmiş olan ret kararları hakkında da uygulanmalıdır. Yani, daha önce verilmiş olan (esasa ilişkin) ret kararlarının Resmî Gazetede yayımlanmasından itibaren on yıl geçmedikçe, aynı kanun hükmünün Anayasaya aykırılığı iddiasıyla tekrar Anayasa Mahkemesine başvurulamazdır" (KURU, 1991: 4209, 4431).

şiklikleri dolayısıyla önem taşımaktadır. Burada, Anayasa Mahkemesinin bir kanun hükmü hakkında itiraz yoluna başvurulmasından sonra yeni bir anayasa veya anayasa değişikliği yürürlüğe girdiğinde anayasaya uygunluk denetiminin hangi anayasaya veya anayasa hükümlerine göre yapılacağı konusundaki yerleşik içtihadının da aynı yönde olduğunu belirtmek gerekir. Gerçekten, Anayasa Mahkemesi gerek 1961 gerek 1982 Anayasaları dönemlerinde verdiği kararlarda, yine Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkesinden hareketle ve anayasaların ve anayasa değişikliklerinin aksi öngörülmedikçe kanunlar gibi yürürlüğe girmekle uygulanacaklarına işaretlerle, bir kanun hükmü hakkında itiraz yoluna başvurulmasından sonra yeni bir anayasanın veya anayasa değişikliğinin yürürlüğe girmesi halinde, anayasaya uygunluk denetiminde kural olarak yeni anayasa hükümlerinin esas veya ölçü alınması gerektiği görüşünü benimsemiştir.⁴¹

Bu durumda, Anayasanın 152. maddesinde geçen Anayasaya aykırılık kavramını Anayasa Mahkemesinin denetimde ölçü tutarak verdiği ret kararını dayandırdığı belli anayasa hükümleri olarak düşünmek ve Anayasa Mahkemesinin ret kararından sonra on yıl süre ile aynı kanun hükmünün Anayasaya aykırılığı iddiasıyla tekrar başvuruda bulunulamaz kuralının, aynı kanun hükmünün "aynı anayasa hükmü"ne aykırılığı iddiasıyla tekrar başvuruda bulunulmasını yasakladığını kabul etmek gerekir. Öyleyse, on yıllık denetim yasağından söz edebilmek için, Anayasa Mahkemesinin Anayasaya aykırı bulmadığı kanun hükmünden başka, o kanun hükmünü aykırı görmediği Anayasa hükmü de ret kararından sonra hiçbir şekilde değişikliğe uğramamış, yani hiç dokunulmadan olduğu gibi kalmış olmalıdır. Anayasa Mahkemesinin Anayasaya uygunluk denetiminde ölçü tuttuğu Anayasa hükmünün değişikliğe uğraması halinde, yani içeriğinin başkalaştırılması veya yalnızca ifade şeklinin, metindeki yerinin değiştirilmesi, hatta başka değişiklikler arasında aynen oylanıp yeniden kabul edilmesi halinde, değişiklik ortaya yeni bir Anayasa hükmü çıkartacağı için, ret kararından sonra on yıl beklenmeden aynı kanun hükmünün yeni Anayasa hükmüne aykırılığı iddiasıyla başvuruda bulunulabilmelidir.

2949 sayılı Kanununun 28. maddesine göre, itiraz yoluyla başvuruda Anayasaya aykırılık iddiasının gerekçesinin, yani itiraz konusu kanun hükmünün neden Anayasaya aykırı görüldüğünün açıklanması zorunludur. Hiç kuşkusuz, gerekçe de Anayasaya aykırılık iddiasına dayanak olan Anayasa maddesi veya maddeleri, daha doğrusu Anayasa hükmü veya hükümleri de gösterilmelidir. Bununla beraber, anılan Kanununun 29. maddesine göre, Anayasa Mahkemesi kanunun Anayasaya aykırılığı hususunda ilgililerin ileri sürdükleri gerekçelere dayanmak zorunda olmayıp, başka gerekçe ile de karar verebilir. Diğer bir deyişle, Anayasa Mahkemesi, ilgililerce ileri sürülmemiş Anayasa hükümlerini ve Anayasaya aykırılık nedenlerini de ele alarak kararında tartışma konusu yapabilir. Mahkeme, itirazda

41 E. 1971/40, K. 1971/82, k.t. 23.12.1971, AYMKD, Sayı 9, s. 585-86; E. 1981/13, K. 1983/8, k.t. 28.4.1983, AYMKD, Sayı 20, s. 51-52; E. 1982/6, K. 1983/9, k.t. 17.5.1983, AYMKD, Sayı 20, s. 71-72; 1982/1, K. 1983/10, k.t. 7.6.1983, AYMKD, Sayı 20, s. 91-92. Aynı yönde, E. 1982/4, K. 1983/17, k.t. 20.12.1983, AYMKD, Sayı 20, s. 135; E. 1981/10, K. 1983/16, k.t. 8.12.1983, AYMKD, Sayı 20, s. 117-18.

ileri sürülen ve varsa kendiliğinden ele aldığı Anayasaya aykırılık nedenlerinin o kanun hükmü hakkında geçerli olmadığı sonucuna varırsa, ret kararı verir. Anayasa Mahkemesinin ret kararı da, o kanun hükmünün yalnızca kararda üzerinde durulup tartışılan Anayasaya aykırılık nedenleri yönünden Anayasaya aykırı görülmediği anlamını taşır. Başka bir deyişle, Anayasa Mahkemesinin ret kararı kanun hükmünün her yönden Anayasaya uygun olduğu anlamına gelmez. Burada belirtmek gerekir ki, Danışma Meclisi Anayasa Komisyonunun gerekçesinde öne sürülen Anayasa Mahkemesinin dava gerekçesiyle bağlı olmaksızın Anayasaya aykırılığı her türlü neden yönünden araştıracağı, dolayısıyla ret kararının itirazın dayandığı nedenlerin dışındaki nedenleri de kapsayacağı iddiası hiç de inandırıcı değildir. Çünkü, daha sonraki bir başvuruda, Anayasa Mahkemesinin ret kararını verirken hiç göz önüne almamış olduğu yeni bir aykırılık nedenine dayanılması olasılığı her zaman vardır (ÖZBUDUN, 2000: 407; KUZU, 1990: 188-89. Ayrıca bkz. DURAN, 1990: 20). Bu nedenle, Anayasa Mahkemesinin ret kararından kaynaklanan denetim yasağını, Mahkemenin söz konusu kararda ilgililerin ileri sürmeleri üzerine veya re'sen inceleyip tartıştığı Anayasaya aykırılık nedenleriyle sınırlı bir yasak olarak düşünmek gerekir.⁴² Şu halde, Anayasa Mahkemesinin ret kararının üzerinden on yıl geçmeden de, aynı kanun hükmünün başka bir gerekçe ile Anayasaya aykırılığı ileri sürülerek, yani kararda incelenip tartışılmamış, ancak hukuken tartışılmaya değer nitelikteki başka Anayasaya aykırılık nedenleri gösterilerek tekrar itiraz yoluna başvurulabilmelidir.⁴³

42 SOYSAL, Anayasanın 152/4. maddesindeki kuralla aynı kanun hükmünün Anayasaya aykırılığı iddiasıyla tekrar başvuruda bulunma yolunun on yıl süre ile kapanmış olduğuna işaretler, "(k)apanmamış sayılabilmesi, olsa olsa, ancak şöyle bir yorum ve uygulamayla mümkün: şimdiye kadarki uygulamada, Anayasa Mahkemesi kendini iddia sahibinin yalnız istemiyle bağlı sayıp gerekçesiyle bağlı saymıyor, bir hükmü başka bir gerekçeye dayanarak da iptal edebiliyordu. Bundan böyle, yasa ve uygulamada değişiklik yapılarak, hiç olmazsa Anayasa yargısı bakımından Mahkemenin kendini iptal gerekçesiyle bağlı sayması ve ancak o açıdan karar vermekle yetinmesi düşünülebilir. Böylece, başka gerekçelerle yapılacak başvurular, "tekrar başvuru" niteliği kazanmaz ve on yıllık engelin kapsamına girmez" diyor (SOYSAL, 1999: 260; aynı yolda, KUZU, 1990: 191). Bu görüşe katılmıyoruz. Çünkü, her şeyden önce, Anayasanın 152/4. maddesindeki yargı denetimini yasaklayıcı kural Anayasa Mahkemesinin ret kararında ister ilgililerin ileri sürmesi üzerine, isterse re'sen incelediği Anayasaya aykırılık nedenleri dışında bir nedenle başvuruda bulunulmasına engel değildir. Ote yandan, Anayasa Mahkemesinin de belirttiği gibi, Anayasanın 152. maddesinde mahkemelere itiraz, yoluyla başvuruda bulunma yetkisinin tanınmasıyla güdülen temel amaç, belli bir dava dolayısıyla hukuk düzeninin Anayasaya aykırı hükümlerden ayklanması ve böylece kamu düzeninin ve Anayasanın üstünlüğünün korunmasıdır (E. 1966/31, K. 1967/45, k.t. 18.12.1967, AYMKD, Sayı 5, s. 248, genel,246-49; E. 1981/10, K. 1983/16, k.t. 8.12.1983, AYMKD, Sayı 20, s. 116-17; AYMKD, Sayı 20, s. 31; AYMKD, Sayı 20, s. 51-52). Bu durumda, 2949 sayılı Kanunun 29. maddesinde Anayasa Mahkemesine tanınan ilgililer tarafından ileri sürülenlerden başka yönlerden de Anayasaya uygunluk incelemesi yapma ve başka gerekçe ile de iptal kararı verebilme yetkisini, Anayasaya uygunluk denetiminde zorunlu, yani vazgeçilmez bir yetki olarak kabul etmek gerekir.

43 Kuşkusuz, Anayasa Mahkemesinin daha önce Anayasaya aykırı görmediği bir kanun hükmünü on yıllık yasak süresi içinde ilk kez ileri sürülen Anayasaya aykırılık nedenleri yönünden tekrar denetimden geçirebilmesi için bu nedenlerin genel ve soyut değil, somut ve hukuken tartışılmaya değer nitelikte olmaları gerekir. Bu bağlamda, Anayasa Mahkemesinin daha önce Anayasaya aykırı görmediği 3217 sayılı Kanunun 4. maddesinde yer alan bir hüküm ile 2004 sayılı Kanunun 352/a maddesi hakkında on yıllık yasak süresi içinde yapılan itirazlarda dayanak olarak gösterilen genel ve soyut nitelikteki bazı Anayasa maddeleri yönünden işin esasını tekrar incelemeye gerek duymaması dikkate değer. Bkz. E. 1985/31, K. 1986/11, k.t. 27.3.1986, AYMKD, Sayı 22, s. 115-23

Görülüyor ki, Anayasanın 152/4. maddesindeki on yıllık denetim yasağına ilişkin kural, Anayasaya aykırılık itirazının konusu, itirazın dayandığı Anayasa hükümleri ve Anayasaya aykırılık nedenleri yönünden sınırlıdır. İki Anayasaya aykırılık itirazı arasında, itirazın konusu, dayandığı gerekçe, yani dayanak gösterilen Anayasa hükümleri ile ileri sürülen Anayasaya aykırılık nedenleri bakımından meydana gelecek herhangi bir farklılık on yıllık yargısal denetim yasağını ortadan kaldırmaktadır. O halde, Anayasa Mahkemesinin ret kararından sonra on yıl süre ile aynı kanun hükmünün Anayasaya aykırılığı iddiasıyla tekrar başvuruda bulunulamaz kuralını, “aynı kanun hükmünün aynı anayasa hükmüne aynı gerekçeyle” aykırılığı iddiasıyla tekrar başvuruda bulunulamaz şeklinde okumak gerekir.⁴⁴

3. On yıllık süre

Anayasanın 152/4. maddesi, Anayasa Mahkemesinin bir kanun hükmü hakkında işin esasına girerek verdiği ret kararının Resmî Gazetede yayımlanmasından başlayarak on yıl süreyle, diğer mahkemelerin aynı konuda tekrar Anayasaya aykırılık itirazında bulunmalarını yasaklamaktadır. Bu nedenle, bir davaya bakmakta olan mahkeme, bir kanun hükmü hakkında itiraz yoluna başvurmadan önce on yıllık yasağı re'sen göz önünde tutmak ve yasağın şartlarının gerçekleştiğini gördüğünde, davayı Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar geri bırakmak yerine kanun hükmünü uygulayarak yürütmek zorundadır. Kaldığı, dava mahkemesinin Anayasa Mahkemesinin ret kararının Resmi Gazetede yayımlanmasından sonra on yıl geçmeden aynı konuda itiraz yoluna başvurması halinde, bu başvurunun Anayasa Mahkemesince ilk incelemede dava mahkemesinin yetkisizliği nedeniyle reddedileceği kuşkusuzdur.⁴⁵

ve 1985/33, K. 1986/22, k.t. 11.9.1986, AYMKD, Sayı 22, s. 187-96; E. 1985/32, K. 1986/9 k.t. AYMKD, Sayı 22, s. 90-100 ve 1994/51, K. 1994/46, k.t. 4.7.1994, AYMKD, Sayı 30 Cilt 1, s. 297-301.

44 Şunu da belirtmek gerekir ki, Anayasa Mahkemesinin denetleyip Anayasaya aykırı bulmadığı bir kanun hükmü Mahkemenin aynı kanunun başka hükümlerini Anayasaya aykırı bularak iptal etmesi sonucu uygulanamaz hale gelebilir. Bu durumda Mahkeme, Anayasaya aykırı görmediği bir kanun hükmünü 2949 sayılı Kanunun 29/2 maddesi uyarınca her zaman iptal edebilir. Mahkemenin bir kanun hükmünün Anayasaya aykırı olmadığı yolundaki görüşünü değiştirmesinden kaynaklanmayan bu tür iptal kararlarının en çarpıcı örneği, 3194 sayılı İmar Kanununun 13/3. maddesiyle ilgilidir. Anayasa Mahkemesi, anılan Kanunun 13/3. maddesine yönelik bir itirazı maddenin Anayasaya aykırı olmadığını belirterek reddetmiştir (E. 1988/34, K. 1989/26, k.t. 21.6.1989, AYMKD, Sayı 25, s. 276-93). Bu ret kararı, 5.12.1989 günlü Resmî Gazetede yayımlanmıştır (RG, 5.12.1989, Sayı, 20363 s. 17-36). Mahkeme, ret kararının yayımlanmasının üzerinden on yıl geçmeden aynı konuda yapılan bir diğer başvuruyu da, ilk incelemede dava mahkemesinin yetkisizliği nedeniyle reddetmiştir (E. 1999/33, K. 1999/51, k.t. 29.12.1999, RG, 29.6.2000, Sayı 24094, s. 23). Bununla beraber, Anayasa Mahkemesi bu olayda aynı Kanunun 13/1. maddesini Anayasaya aykırı bularak iptal etmiştir. Mahkeme, daha sonra 2949 sayılı Kanunun 29/2. maddesindeki yetkiyi kullanarak, iptal edilen hükümle bir bütün oluşturduğu ve iptal sonucu uygulanma olanağının kalmadığı gerekçeyle 3194 sayılı Kanunun 13/3. maddesinin de iptaline karar vermiştir (RG, 29.6.2000, Sayı 24094, s. 23-26). Anayasa Mahkemesinin bir kanun hükmü hakkındaki ret kararının Resmî Gazetede yayımlanmasından önce verdiği benzer iptal kararlarına örnek olarak bkz. E. 1995/4, K. 1995/28, k.t. 6.7.1995, AYMKD, Sayı 32 Cilt 1, s. 199-201; E. 1997/34, K. 1998/79, k.t. 15.12.1998, AYMKD, Sayı 35 Cilt 1, s. 338-45; E. 1995/41, K. 1995/61, k.t. 7.12.1995, AYMKD, Sayı 32 Cilt 1, s. 431-33. Ayrıca, 1961 Anayasası döneminde verilen benzer bir karar için bkz. yukarıda not 9.

45 Örneğin bkz. E. 1991/12, K. 1991/9, k.t. 12.4.1991, AYMKD, Sayı 27 Cilt 1, s. 328-29; E. 1992/31, K. 1992/37, k.t. 26.5.1992, AYMKD, Sayı 28 Cilt 1, s. 415-16; E. 1994 /51, K. 1994/46, k.t. 4.7.1994, AYMKD, Sayı 30 Cilt 1, s. 300-301; E. 1999/33, K. 1999/51, k.t. 29.12.1999, RG, 29.6.2000, Sayı 24094' s. 23.

Buna karşılık, Anayasa Mahkemesinin bir kanun hükmü hakkında işin esasına girerek verdiği ret kararının Resmî Gazetede yayımlanmasının, daha önce yapılmış aynı hükme yönelik diğer Anayasaya aykırılık itirazlarını da etkileyip etkilemeyeceği, başka bir deyişle, ret kararının yayımlanmasından sonra Mahkemenin kendisine daha önce gelmiş aynı yoldaki diğer başvurulan da işin esasına girmeden usûlden reddedip reddedemeyeceği tartışmaya açık bir konudur. Bu konu, Anayasa Mahkemesinin önüne ilk kez 3217 sayılı Kanunun 4. maddesinde yer alan "... ve tekele tâbi maddelerden olmaması..." biçimindeki hükme ilişkin iki Anayasaya aykırılık itirazı dolayısıyla gelmiştir. Mahkeme 1985 yılında yapılan bu itirazlardan ilkinin 27.3.1986 günlü kararıyla anılan kanun hükmünde Anayasaya aykırılık olmadığını belirterek reddetmiştir.⁴⁶ Ret kararı 9.5.1986 günü Resmî Gazetede yayımlanmıştır.⁴⁷ Anayasa Mahkemesi daha sonra ele aldığı diğer itirazda ise, aynı konuda işin esasına girilerek verilmiş ve Resmî Gazetede yayınlanmış ret kararı nedeniyle işin esasının, yani kanun hükmünün Anayasaya uygunluğunun yeniden incelenip incelenemeyeceğini tartışmıştır. Bu bağlamda, Mahkemenin bazı üyeleri,

"... itiraz yoluyla başvuruyu düzenleyen T.C. Anayasası'nın 152. ve 2949 sayılı Kanun'un 28. maddelerinin son fıkralarında, Anayasa Mahkemesi'nin işin esasına girerek verdiği ret kararının yayımlanmasından sonra on yıl geçmedikçe aynı kanun hükmünün Anayasaya aykırılığı iddiasıyla tekrar Anayasa Mahkemesine başvurulamayacağı öngörülmüştür. İnceleme konusu işte 27/3/1986 günlü ... Anayasa Mahkemesi kararının 9 Mayıs 1986 günlü Resmî Gazete'de yayımlanmasından sonra yapılmış bir başvurudan söz edilemeyeceği cihetle esasa ilişkin incelemenin ...

"tekele tâbi maddelerden olmaması" ibaresini de kapsıyacak biçimde yapılması gerektiği"

görüşünü savunmuşlardır.⁴⁸ Bununla beraber Anayasa Mahkemesi, Anayasanın 152/4. maddesindeki hükme işaretle,

"... Anayasa'nın amacı, hem gereksiz başvuruları önleyerek (Anayasa) Mahkeme(si)nin çalışma düzenini korumak, hem de uygulamada sürekliliği sağlamaktır.

İtiraz yoluna başvuran mahkemenin iptalini istediği 3217 sayılı Yasanın 4. maddesi(ndeki) "... ve tekele tâbi maddelerden olmaması..." ibaresi ... bir başka itiraz davasına konu olarak incelenmiş ve buna ilişkin 27/3/1986 günlü ... Anayasa Mahkemesi kararı 9 Mayıs 1986 günlü ... Resmî Gazete'de yayımlanmıştır. Böylece gerek Anayasa'nın 152 maddesinin dördüncü fıkrasının(da)... gerek Ana-

46 E. 1985/31, K. 1986/11, k.t. 27.3.1986, AYMKD, Savı 22, s. 115-23.

47 RG, 9.5.1986, Savı 19102, s. 39-47.

48 Mahmut C. Cuhruk, Necdet Darıoğlu, Yekta Güngör Özden, Selâhattin Metin ve Adnan Kükner'in ortak karşıoyları, E. 1985/33, K. 1986/22, k.t. 11.9.1986, AYMKD, Sayı 22, s. 196-97.

yasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 28. maddesinin yedinci fıkrasında öngörülen koşul gerçekleşmiştir. İtirazcı Mahkemenin başvurusu 11/7/1985 tarihini taşımakta ise de esas inceleme aşamasında Anayasa Mahkemesi'nin aynı konu hakkında işin esasına girerek verdiği yukarıda belirtilen red kararı yürürlüğe girdiğine göre itirazın incelenmesine olanak yoktur. Zira Anayasa'nın 152. maddesi yalnız dava mahkemelelerini değil Anayasa Mahkemesini de bağlar. Anayasa Mahkemesi, önceki kararın yayımı tarihinden sonra karar vermek durumunda ise başvurunun daha önce olup olmadığına bakmadan itirazı reddetmek zorundadır"

diyerek, itirazın "... ve tekele tâbi maddelerden olmaması..." ibaresine ilişkin kısmını oyçokluğuyla dava mahkemesinin yetkisizliği nedeniyle reddetmiştir.⁴⁹

Anayasa Mahkemesinin bu kararın kanımca isabetlidir. Ancak Mahkemenin, benzer bir olayda 3402 sayılı Kadastro Kanununun 45/4. maddesine yönelik ikinci Anayasaya aykırılık itirazını dava mahkemesinin yetkisizliği nedeniyle reddederken, yukarıdaki görüşü tekrarladıktan ve Anayasanın 152. maddesinin yalnız dava mahkemelerini değil, Anayasa Mahkemesini de bağladığını belirttikten sonra,

"İtiraz yolunu izleyecek mahkemeleri yayım günüyle bağlayan karar, Anayasa Mahkemesi'ni de kendi kararının günüyle bağlar. Anayasa Mahkemesi, önceki kararının yayımı gününden sonra karar vermek durumunda ise başvurunun daha önce olup olmadığına bakmadan itirazı reddetmek zorundadır. Aksi takdirde reddedilmiş itirazları incelemek ve bir karara bağlamak zorunda kalacaktır. İtiraz için yayım koşul ise de, inceleme için koşul değildir"

dediği görülmektedir.⁵⁰ Anayasa Mahkemesi, 3402 sayılı Kadastro Kanununun Geçici 4. maddesiyle ilgili bir Anayasaya aykırılık itirazında da,

"...3402 sayılı Kadastro Kanunu'nun geçici 4. maddesinin birinci fıkrasının birinci tümcesindeki itiraz konusu kuralın iptaline yönelik istemi, Anayasa Mahkemesi, işin esasına girerek 2.6.1989 günlü, Esas:1988/36, Karar:1989/24 sayılı kararıyla reddetmiştir. Bu karar henüz yayımlanmamakla birlikte Anayasa Mahkemesi için bağlayıcıdır. Yerel mahkeme, red kararından önce başvuruda bulunduğundan aynı konuda yeniden karar verilmesine yer olmadığına karar verilmelidir"

diyerek işin esasını tekrar incelemeye gerek görmemiştir.⁵¹

49 E. 1985/33, K. 1986/22, k.t. 11.9.1986, AYMKD, Sayı 22, s. 193-94, 196-97.

50 E. 1988/35, K. 1989/13, k.t. 14.3.1989, AYMKD, Sayı 25, s. 181. Bu karar da, oyçokluğuyla (10-1) verilmiştir (Necdet Darıcioğlu'nun karşıoy yazısı için bkz. AYMKD, Sayı 25, s. 182-83). Anayasa Mahkemesinin aynı konuda daha önce verdiği ret kararı için bkz. E. 1988/29, K. 1989/2, k.t. 12.1.1989, RG, 25.1.1989, Sayı 20060, s. 5-10.

51 E. 1989/18, K. 1989/31, k.t. 5.9.1989, RG, 15.10.1989, Sayı 20313, s. 7-11.

Bu görüşün eleştiriye açık olduğu ortadadır. Çünkü, kararda karşı oy kullanan üyelerin de değindikleri gibi,⁵² Anayasanın 152/4. maddesindeki "red kararının Resmî Gazetede yayımlanmasından sonra" ve 2949 sayılı Kanununun 28. maddesinin son fıkrasındaki "ret kararının yayımlanmasından sonra" ibarelerinin "ret kararının verilmesinden sonra" veya "ret kararının verildiği günden başlayarak" şeklinde okunması, her şeyden önce, Anayasa ve Kanun hükümlerinin sözüne açıkça aykırı düşmektedir. Bundan başka, Anayasa Mahkemesinin bir kanun hükmü hakkındaki ret kararının Resmî Gazetede yayımlanmasından önce aynı kanun hükmüne yönelik başka bir itirazı on yıllık yasağa dayanarak usûlden reddetmesi, yasak süresinin uzamasına yol açacağı, dolayısıyla istisna kuralının kapsamının yorum yoluyla genişletilmesi sonucunu doğuracağı için de kabul edilemez.⁵³ O halde, Anayasa Mahkemesi ret kararının Resmî Gazetede yayımlanmasına kadar, aynı konudaki diğer Anayasaya aykırılık itirazlarını Anayasanın 152/4. maddesine dayanarak usûl yönünden reddedemez. Başka bir deyişle, Mahkemenin söz konusu itirazlar dolayısıyla aynı kanun hükmünün esas yönünden Anayasaya uygunluğunu bir kez daha incelemesi gerekir. Burada, Mahkemenin, daha önce denetleyip Anayasaya aykırı görmediği bir kanun hükmünün Anayasaya uygunluğunu tekrar inceleyen, bu konudaki görüşünü değiştirmeyeceği düşünülebilir, hatta bu, yargıçlık görevinin gereklerine duyarlılığın bir ifadesi olarak da görülebilir. Ancak böyle bir düşüncenin, Anayasa Mahkemesinin bir Anayasaya aykırılık itirazını aynı konuda verilmiş ret kararının Resmî Gazetede yayımlanmasından önce de usûl yönünden, yani işin esasına girmeden reddetmesi için hukuken geçerli bir neden sayılmayacağı açıktır. Nitekim Anayasa Mahkemesinin de, bir kanun hükmü hakkındaki ret kararının Resmî Gazetede yayımlanmasından önce ele aldığı aynı konudaki başka itirazları, sonuçta aynı veya benzer gerekçelerle reddetmekle birlikte, işin esasına girerek tekrar incelediği görülmektedir.⁵⁴

Anayasa Mahkemesi, daha önce Anayasaya aykırı görmediği bir kanun hükmü hakkındaki ret kararının Resmî Gazetede yayımlanmasının üzerinden on yıl geç-

52 Necdet Darıcıoğlu, Yılmaz Aliefendioğlu ve Mustafa Şahin'in ortak karşiovları için bkz. RG, 15.10.1989, Sayı 20313, s. 11-12. Ayrıca bkz. (ALİEFENDİOĞLU, 1996: 298-99).

53 Bu olayda, Anayasa Mahkemesinin itirazı on yıllık yasak nedeniyle usûl yönünden reddetmek yerine, karar verilmesine yer olmadığına karar vermesi de eleştiriye açıktır. Çünkü, itiraz konusu kanun hükmü yürürlüktedir ve Mahkeme tarafından iptal de edilmemiştir. Burada, Mahkemenin on yıllık yasak kapsamına giren başka başvuruları usûl yönünden reddetmiş olduğuna dikkat çekilmelidir. Bkz. yukarıda not 45, 49 ve 50. Krş. için bkz. (KURU, 1991: 4209).

54 Örneğin bkz (ve krş) E. 1985/16, K. 1986/5, k.t. 4.3.1986, AYMKD, Sayı 22, s. 65-78 ve E. 1985/17, K. 1986/6, k.t. 4.3.1986, RG, 9.5.1986, Sayı 19102, s. 17-25; E. 1986/3, K. 1986/15, k.t. 3.7.1986, AYMKD, Sayı 22, s. 168-187 ve E. 1986/7, K. 1986/16, k.t. 3.7.1986, RG, Sayı 19307, s. 20-27; E. 1991/26, K. 1992/11, k.t. 27.2.1992, AYMKD, Sayı 28 Cilt s. 157-72 ve E. 1992/27, K. 1992/31, k.t. 5.5.1992, AYMKD, Sayı 28 Cilt 1, s. 395-411; E. 1997/27, K. 1998/43, k.t. 30.6.1998, RG, 15.1.2000, Sayı 23934, s. 29-34 ve E. 1999/47, K. 1999/46, k.t. 28.12.1999, RG, 10.3.2000, Sayı 23989, s. 43-48; E. 1998/4, K. 1999/23, k.t. 7.6.1999, RG, 21.7.2000, Sayı 24116, s. 23-30 ve E. 1999/49, K. 1999/50, k.t. 29.12.1999, RG, 27.7.2000, Sayı 24122, s. 35-46. Anayasa Mahkemesinin, 3402 sayılı Kadastro Kanununun 45/4. maddesine yönelik ikinci itirazı on yıllık yasak nedeniyle usûlden reddederken, daha önce işin esasına girerek verdiği ret kararının gerekçesinde de (E. 1988/29, K. 1989/2, k.t. 12.1.1989, RG, 25.1.1989, Sayı 20060, s. 5-10) aynen aktarması dikkate değer. Bkz. E. 1988/35, K. 1989/13, k.t. 14.3.1989, AYMKD, Sayı 25, s. 180-81.

tikten sonra, aynı kanun hükmünün Anayasaya aykırılığı iddiasıyla yapılacak bir itirazı esasa girerek tekrar inceleyecektir. Burada, on yıllık yasağın ne zaman sona ereceği sorusu akla gelebilir. Yukarıda belirtildiği gibi, on yıllık yargı denetimi yasağı Anayasa Mahkemesinin ilk incelemede inceleyip araştırmak zorunda olduğu bir dava şartıdır. 2949 sayılı Kanununun 28. maddesine göre, Anayasa Mahkemesi itiraz yoluyla başvurularda ilk incelemeyi, dava mahkemesince gönderilen evrakın kayda girişinden başlayarak on gün içinde sonuçlandırır. O halde, Anayasa Mahkemesinin daha önce bir kez inceleyip Anayasaya aykırı bulmadığı bir kanun hükmünün Anayasaya aykırılığı iddiasıyla tekrar yapılan bir itirazı esasa geçerek inceleyebilmesi için, on yıllık süre en geç Mahkemenin ilk incelemeyi sonuçlandırıp bu konudaki kararını verdiği tarihte dolmuş olmalıdır.

Öte yandan, bakmakta olduğu davada uygulayacağı kanun hükmünün Anayasaya aykırılığı iddiasıyla itiraz yoluna başvuracak mahkemenin de, o kanun hükmünün Anayasanın 152/4. maddesindeki yasak kapsamına girdiğini ve henüz on yıllık sürenin dolmadığını saptaması halinde, önündeki davayı bu konuyu Anayasa Mahkemesine götürerek geri bırakmak yerine kanun hükümlerine göre yürüterek sonuçlandırması gerekir. Bununla birlikte, dava mahkemesi, özellikle Anayasaya aykırılık gerekçeleri yönünden aynı kanun hükmünün on yıllık süre dolmadan tekrar denetimden geçirilip geçirilemeyeceği konusunda bir duraksamaya düşmesi halinde, itiraz yolunu işleterek baktığı davayı Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar geri bırakabilir. Anayasanın 152/4. maddesindeki yargı denetimi yasağı sürekli değil, süreli bir yasak olduğundan, on yıllık sürenin sona ermesine çok kısa bir zaman kaldığında da, dava mahkemesinin Anayasaya aykırılık itirazında bulunarak davayı Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karar kadar geri bırakabilmesi gerekir. Aynı nedenle, dava mahkemesinin bu denetim yasağını göz önünde tutarak davayı kanun hükümlerine göre yürütmesi, ancak on yıllık sürenin esas hakkındaki hükmün kesinleşmesinden önce dolması halinde de, Anayasaya aykırılık konusunun Anayasanın 152/2. maddesi uyarınca temyiz merciince re'sen dikkate alınarak Anayasa Mahkemesine götürülebileceği kuşkusuzdur.

Burada üzerinde durulması gereken bir konu da, Anayasanın 152/4. maddesindeki on yıl süreli yargı denetimi yasağının bir kanun hükmü hakkında bir kez uygulanmakla sona erip ermeyeceği, başka bir anlatımla, Anayasa Mahkemesinin aynı kanun hükmü hakkında işin esasına girerek vereceği her ret kararından sonra ayrı ayrı on'ar yıllık yasakların söz konusu olup olmayacağıdır. Kanımca, Anayasanın 152/4. maddesindeki kuralın sözü gibi, istisna kuralı oluşu, hatta on yıllık sürenin dolmasıyla artık "kanunların uygulanmasında istikrarı sağlama amacı"nın gerçekleştiği de dikkate alındığında, bu yargı denetimi yasağının her kanun hükmü hakkında yalnız bir kez işleyeceğini, dolayısıyla Anayasa Mahkemesinin ilk ret kararının Resmî Gazetede yayımlanmasının üzerinden on yıl geçtikten sonra aynı kanun hükmünün Anayasaya aykırılığının her zaman öne sürülebileceğini kabul etmek gerekir.

IV. YASAĞIN ELEŞTİRİSİ VE SONUÇ

Anayasanın 152/4. maddesindeki on yıl süreli yargı denetimi yasağı, Anayasanın anayasa yargısı konusunda en çok tartışılıp eleştirilen ve değiştirilmesi, hatta yürürlükten kaldırılması önerilen hükümlerinden biridir.⁵⁵ Kanunların Anayasaya uygunluğunun yargısal denetimine getirilen bu sınırlama, 1961 Anayasası döneminde Anayasa Mahkemesinin denetleyip Anayasaya aykırı görmediği bazı kanun hükümlerini aynı konuda yapılan başvurular üzerine tekrar denetimden geçirmiş ve özellikle Anayasaya aykırı bularak iptal etmiş olmasından kaynaklanan hoşnutsuzluk ve tepkilerin bir ürünüdür. Anayasa koyucu, *kanunların zamanla Anayasaya aykırı hale gelebileceği* düşüncesiyle Anayasa Mahkemesinin bir kez denetleyip Anayasaya aykırı bulmadığı kanun hükümleri hakkında sürekli bir denetim yasağı koymaktan kaçınmış; ancak *kanunların uygulanmasında sürekliliği sağlamak ve hukuk düzeninde istikrarı korumak* amaçlarından⁵⁶ hareketle, Mahkemenin daha önce Anayasaya aykırı bulmadığı kanun hükümlerini tekrar denetimden geçirip iptal etmesini bir süre için engelleyecek bir denetim yasağını gerekli görmüştür.

Hukukun kaynağını oluşturan yaşam ilişkileri ve değer yargıları sürekli bir değişme halinde olduklarından, Anayasa ve kanunlardaki kuralların toplumsal koşulların değişmesiyle öncekinden farklı biçimde anlaşılıp yorumlanabileceğine, böylece Anayasa Mahkemesinin denetleyip Anayasaya aykırı görmediği bir kanun hükmünün de zamanla Anayasaya aykırı hale gelebileceğine kuşku yoktur. Anayasa Mahkemesinin 1961 Anayasası döneminde belirttiği gibi, durumların ve koşulların değişmesi sonucu da değiştirebilir. Böyle bir değişimin bulunup bulunmadığı da, ancak yeni dava veya itirazın incelenmesiyle anlaşılabilir. Bir dava veya itiraz retle sonuçlandıktan sonra aynı konuda gelecek başka dava veya itirazların incelenmemesi, hukukî görüşleri dondurup kalıplaştırma sonucunu doğurur.⁵⁷ Anayasa Mahkemesinin belli bir konudaki görüşünü, dolayısıyla içtihadını değişen koşullara bağlı olarak değiştirmesi ise, hukuku durağan olmaktan çıkarır, ona canlılık kazandırır. Bununla beraber, Anayasa Mahkemesinin denetleyip Anayasaya aykırı bulmadığı bir kanun hükmünün toplumsal değişmeye bağlı olarak zamanla Anayasaya aykırı hale gelip gelmeyeceği gibi, Anayasaya aykırı hale gelmesine kadar geçecek süre de önceden bilinemez, kestirilemez. O halde, içtihatların toplumsal koşullara ve olayların akışına bağlı olarak ortaya çıkmaları-

55 Bu konuda bkz. (DURAN, 1984 : 68-69, 72-73, 76, 84; DURAN, 1990: 17-23; ALİEFENDİOĞLU, 1984: 130; ALİEFENDİOĞLU, 1996: 206, 297-98; ÖZBUDUN, 1984: 139, 146-47; ÖZBUDUN, 2000: 407; SOYSAL, 1999: 260; KUZU, 1990: 188-91; TEZİÇ, 1998: 205-206; TANÖR, 1994:145; KABOĞLU, 2000: 72-73, 202, 204; TÜSİAD, 1998: 50). Krş. için bkz. (KURU, 1991: 4209; KUNTER / YENİSEY, 2000: 482, not 14).

56 Anayasa Mahkemesi bazı kararlarında Anayasanın 152/4. maddesiyle "kanunların uygulanmasında duraksamaları ortadan kaldırmak" ve "gereksiz başvuruları önleyerek Mahkemenin çalışma düzenini korumak" gibi amaçların da güdüldüğünü belirtiyor (Bkz. E. 1983/1, K. 1983/5, k.t. 26.4.1983, AYMKD, Sayı 20, s. 30; E. 1985/33, K. 1986/22, k.t. AYMKD, Sayı 22, s. 193; E. 1988/35, K.1989/13, k.t. 14.3.1989, AYMKD, Sayı 25, s. 181). Kanunca, bu yasak kuralı, bir kanunun Anayasaya uygunluğunun Anayasa Mahkemesinin ret kararından sonra da tartışılmasını önleyemez. Yine, bu kural, Mahkemeyi aynı konuda tekrar Anayasaya uygunluk denetimi yapmaktan kurtarmaktadır ama, ortaya gereksiz usûl sorunları da çıkarmaktadır.

57 Bkz. yukarıda not 4 ile ilgili metin.

nı ve zamanla değişmelerini beklemek gerekir. Hukukun oluşmasında içtihatların rolünden de bu anlaşılır. Bu nedenlerle, içtihat değişikliğinin Anayasanın 152/4. maddesindeki gibi belli bir süre ile kayıtlanması, her şeyden önce, içtihadî hukukun yapısına uygun düşmez (TEZİÇ, 1998: 206; aynı yolda, DURAN, 1990:18-19; KUZU, 1990: 189).

Anayasanın 152/4. maddesindeki kural, Anayasa Mahkemesinin bir kanun hükmü hakkında işin esasına girerek verdiği ret kararının niteliği bakımından da eleştirilebilir. Bilindiği gibi, kanunların Anayasaya uygunluğu varsayılr. Her kanun, yayımlanıp hukuk düzenine girmekle Anayasaya uygun kabul edilerek uygulanır. Kuşkusuz, kanunun Anayasaya uygunluğu varsayımı veya karinesi kesin olmayıp, aksi kanıtlanıncaya kadar geçerlidir. Başka bir deyişle, kanunlar Anayasaya aykırılıkları Anayasa Mahkemesinin kararıyla saptanıncaya kadar, Anayasaya uygunlukları varsayılarak uygulanırlar. Her kanun, bağlayıcılığını ve sürekliliğini Anayasaya uygunluğu konusundaki bu temel varsayımdan alır. Mahkemenin bir kanun hükmünü Anayasaya aykırı görmeyerek ret kararı vermesinin, o hükmün Anayasaya uygunluğu varsayımı üzerinde herhangi bir hukukî etkisi yoktur. Anayasa Mahkemesinin ret kararı, itiraz konusu kanun hükmünün genel olarak Anayasaya uygunluğunu değil, ileri sürülen nedenler yönünden Anayasaya aykırı bulunmadığını açıklar (KIRATLI, 1966: 175-76; EREM, 1986: 334; HOCAOĞLU/OCAKÇIOĞLU, 1971: 346; ALİEFENDİOĞLU, 1996: 296. Krş. TEZİÇ, 1998: 205; SOYSAL, 1999: 260; KABOĞLU, 2000: 102). Nitekim, Mahkeme ret kararlarında denetimden geçirilen kanun hükmünün Anayasaya *aykırı olmadığı* formülünü kullanmaktadır. Bu nedenle, Anayasa Mahkemesinin de belirttiği gibi,⁵⁸ Mahkemenin ret kararı bir kanun hükmünün Anayasaya uygunluğunu kesin olarak hükme bağlamamakta, yani o hükmün Anayasaya uygunluğu bakımından bir kesin hüküm sayılmamaktadır (KIRATLI, 1966: 175-76; ALİEFENDİOĞLU, 1996: 296). Bu durumda, bir iddia üzerine bir kanun hükmünün Anayasaya uygunluğunun genel olarak hükme bağlandığı düşünülerek, o kanun hükmü için on yıl süre ile denetim yolunun kapatılması isabetli değildir. Burada, Anayasa Mahkemesinin bir kanun hükmünü denetleyip Anayasaya aykırı bulmamış ve ret karar vermiş olmasının, hiç değilse o hükmün Anayasaya uygun olduğu yolundaki kanaati destekleyip güçlendireceği öne sürülebilir. Ancak hemen belirtmek gerekir ki, bu konuda bir genellemeye gidilemez. Çünkü, Anayasa Mahkemesinin bir kanun hükmünü kamuoyundaki yaygın kanaatin aksine Anayasaya aykırı bulmamış olması da, her zaman olasıdır. Mahkemenin özellikle toplumsal değişimin gerisinde kalmakla eleştirilen bir ret kararından sonra, aynı konuda Anayasaya aykırılık iddiasıyla tekrar başvuruda bulunabilmek için bir süre beklemek zorunda olmanın inandırıcı bir nedenini bulmak da zordur.⁵⁹

58 Bkz. yukarıda not 4 ile ilgili metin.

59 Anayasa Mahkemesinin Türk Ceza Kanununun 438. maddesiyle ilgili kararı, bu konuda dikkat çeken bir örnektir. Şöyleki, Anayasa Mahkemesi anılan Kanunun "ırza geçmek" ve "kaçırmak" suçlarının "fuhşu kendine meslek edinen bir kadın hakkında" işlenmesi halinde eczada indirim yapılmasını öngören 438. maddesine yönelik bir itirazı, bu hükmün Anayasaya aykırı olmadığı sonucuna vararak oyçokluğuyla (7-4) reddetmiştir (E. 1988/4, K. 1989/3, k.t. 12.1.1989, AYMKD, Sayı 25, s.

Anayasanın 152/4. maddesindeki yasağın madde gerekçesinde sözü edilen hukukî istikrar kavramıyla ne ölçüde bağdaştığı da tartışmaya değer bir konudur. Kanunların uygulanmasında sürekliliğin sağlanmasının hukukî istikrarın zorunlu bir koşulu olduğu açıktır. Bununla beraber, hukukî istikrar yalnızca kanunların sürekliliğinden ibaret bir kavram değildir. Anayasanın üstünlüğü ve hukuk devleti anlayışına dayanan bir hukuk düzeninde hukukî istikrar, öncelikle anayasa kurallarının uygulanmasında sürekliliğinin sağlanmasını, bunun için de kanunların anayasaya uygun olmasını gerektirir. Anayasayla kurulan hukuk düzeninde istikrar, ancak anayasaya uygun kanunların sürekliliğinin sağlanmasıyla gerçekleşebilir. Anayasaya uygunluğu varsayımı, kanunun bağlayıcılığı gibi, sürekliliğinin de temelidir. Bu nedenle, daha önce Anayasaya uygunluk denetiminden geçmiş ve Anayasaya aykırı bulunmamış bir kanun hükmünün Anayasaya aykırılık olasılığının belirlediği her zaman Anayasa Mahkemesinin önüne getirilebilmesi hukukî istikrarı zedelemeyebilir, aksine güçlendirir. Kaldık ki, bu yasak kuralı Anayasa Mahkemesinin bir kanun hükmünü Anayasaya aykırı görmeyip ret kararı vermekle birlikte, on yıl geçmeden o hükmeye benzer başka bir kanun hükmünü Anayasaya aykırı bularak iptal etmesini engelleyemez. Anayasa Mahkemesinin daha önce Anayasaya aykırı görmediği kanun hükmünün içtihat değişikliğine karşın on yıllık yasak süresi dolmadan tekrar Mahkemenin önüne getirilememesinin, yalnız Anayasanın üstünlüğü ilkesi açısından değil, aynı zamanda hukukî istikrar ilkesi açısından da ne denli sakıncalı olabileceği ortadadır.⁶⁰

Anayasanın 152/4. maddesindeki kural, mahkemelere itiraz yetkisinin tanınmasıyla güdülen amaçlar açısından da eleştirilebilir. Anayasanın mahkemelere tanıdığı itiraz yetkisi, kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin korunmasının, dolayısıyla hak arama özgürlüğünün önemli bir aracıdır. Türkiye'de kişilerin doğrudan doğruya Anayasa Mahkemesinde iptal davası açma veya anayasa şikâyetinde bulunma hakkına sahip olmadıkları dikkate alındığında, aynı konuda tekrar başvuruyu on yıl süre ile yasaklayan kuralın kişilerin itiraz yoluyla hak arama özgürlüğüne çok önemli bir sınırlama getirdiğine kuşku yoktur (DURAN, 1984: 77; DURAN, 1990: 18; TANÖR, 1994: 144-45). Öte yandan, Anayasa Mahkemesinin çeşitli kararlarında belirttiği gibi, mahkemelere tanınan itiraz yetkisinin amacı, "belli bir

3-24). Bu karar, kamuoyunda yoğun eleştirilere ve tartışmalara yol açmıştır. Bu olayda, Anayasa Mahkemesinin ret kararıyla ilgili eleştiri ve tartışmalar kanun koyucuyu da harekete geçmeye zorlamış ve Türk Ceza Kanununun 438. maddesi 3679 sayılı Kanunla (m. 28) yürürlükten kaldırılmıştır (Bu konuda bkz. TBMMTD, Dönem 18, Cilt 51, 14.11.1990 günlü 33. Birleşim tutanağının sonuna ekli S. Sayısı: 399, s. 11-14, 26, 31, 45. Ayrıca bkz. TBMMTD, Dönem 18, Cilt 51, s. 238-39). Anayasa Mahkemesinin kararı üzerindeki tartışmaların kanun koyucunun müdahalesiyle son bulması, hiç kuşkusuz, isabetli olmuştur. Bununla beraber, Anayasa Mahkemesinin özellikle kamuoyunda daha az ilgi çeken konularda verdiği tartışmalı ret kararlarından sonra çözümünü Mahkeme yerine TBMM'den beklemek, anayasa yargısının temelindeki düşünce ve amaçlarla çelişeceği gibi, gerçekçi bir yaklaşım olarak da görülemez.

60 Burada, Anayasa Mahkemesinin daha önce Anayasaya aykırı bulmadığı bir kanun hükmüne benzer nitelikteki başka bir kanun hükmünü Anayasaya aykırı bularak iptal etmesine örnek olarak, Mahkemenin 1587 sayılı Nüfus Kanunu ile 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda yer alan benzer nitelikteki iki hüküm hakkında verdiği kararları hatırlatılabilir. Bkz. yukarıda not 36-37 ve ilgili metin.

dâvada Anayasaya uygun bir hukukî durumun gerçekleşmesinin sağlanması ile yetinilmesi değil, belki belli bir dâva dolayısıyla Anayasa'ya aykırı olan bir hükmün ayıklanması ve böylece bütün hukuk düzeni bakımından Anayasa'ya uygun bir durumun gerçekleştirilmesinin sağlanmasıdır.⁶¹ Başka bir anlatımla, Anayasanın 152. maddesiyle güdülen temel amaç, kişilerin haklarının korunması yanında, Anayasaya aykırı kurulların ayıklanması yoluyla kamu düzeninin ve o düzenin temelini oluşturan Anayasanın üstünlüğü ilkesinin korunmasıdır.⁶² Bu durumda, Anayasa Mahkemesinin bir kez denetleyip Anayasaya aykırı bulmadığı kanunların Anayasaya aykırılığı iddiasıyla tekrar başvuruda bulunulmasının on yıl süre ile yasaklanması, hem hak arama özgürlüğüne ciddi bir sınırlama getirdiği, hem de Anayasaya aykırı kanunların hukuk düzeninden ayıklanmasını ve böylece hukuk düzeninin temelini oluşturan Anayasanın üstünlüğü ilkesinin korunmasını güçleştirdiği için mahkemelere itiraz yetkisinin tanınmasıyla güdülen amaçlarla çelişmektedir.

Bu açıklamalar gösteriyor ki, on yıl süreli yargı denetimi yasağının dar yorumlanarak uygulanması da, hatta Anayasa değişikliğiyle on yıllık süre kısaltılarak ve yasağın başlangıcı ret kararının verildiği tarihe çekilerek korunması da, Anayasa Mahkemesinin bir konudaki içtihadını belli bir süre ile dondurmanın doğurabileceği yukarıda açıklanan sakıncaları ortadan kaldırmayacaktır. Sonuç olarak, anayasa yargısının temelindeki düşünce ve amaçlarla ve içtihadî hukukun yapısıyla bağdaşmayan, hukukî istikrara katkısı tartışmaya açık olduğu gibi, Anayasa Mahkemesini de gereksiz usûl sorunlarıyla uğraşmak zorunda bırakan Anayasanın 152/4. maddesindeki denetim yasağının Anayasa değişikliğiyle yürürlükten kaldırılması ve daha önce Anayasaya aykırı bulunmamış kanun hükümlerine yönelik Anayasaya aykırılık iddialarında takdirin bir süre kısıtlanması konulmadan Mahkemeye bırakılması en isabetli çözümdür.

61 E. 1966/31, K. 1967/45, k.t. 18.12.1967, AYMKD, Savı 5, s. 248.

62 E. 1981/10, K. 1983/16, k.t. 8.12.1983, AYMKD, Savı 20, s. 116-17; E. 1983/1, K. 1983/5, k.t. 26.4.1983, AYMKD, Savı 20, s. 31; E. 1981/13, K. 1983/8, k.t. 28.4.1983, AYMKD, Savı 20, s. 51-52.

Kaynakça

- ALİEFENDİOĞLU, Yılmaz (1984), 'Türk Anayasa Yargısında İptal Davası ve İtiraz Yolu.' *Anayasa Yargısı* (Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayını): 101-37.
- ALİEFENDİOĞLU, Yılmaz (1996). *Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi* (Ankara: Yetkin Yayınları).
- BALTA, Tahsin Bekir (1970-1972), *İdare Hukuku I: Genel Konular* (Ankara: A.Ü.S.B.F. Yayını).
- DURAN, Lûtfi (1984). "Türkiye'de Anayasa Yargısının işlevi ve Konumu." *Anayasa Yargısı* (Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayını): 57-87.
- DURAN, Lûtfi. (1990) Belediye Gelirlerine Katılma Payları ve On Yıl Süreli Anayasaya Uygunluk," *Mali Hukuk* (Kasım-Aralık, Sayı 30): s. 3-23.
- EREM, Faruk (1986), *Diyalektik Açısından Ceza Yargılaması Hukuku* (Ankara: Işın Yayınları, 6. Bası).
- HOCAOĞLU, A. Şeref / OCAKÇIOĞLU, İsmet (1971), *Anayasa ve Anayasa Mahkemesi* (Ankara).
- KABOĞLU, İbrahim Ö. (2000), *Anayasa Yargısı* (Ankara: İmge Kitabevi, 3. Bası).
- KIRATLI, Metin (1966). *Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi: İtiraz Yolu* (Ankara: A.Ü.S.B.F. Yayını).
- KUNTER, Nurullah / YENİSEY. Feridun (2000)), *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku* (İstanbul: Beta, 11. Bası).
- KURU, Baki (1991), *Hukuk Muhakemeleri Usulü* (İstanbul: Cilt4, 5. Bası).
- KUZU, Burhan (1990), *1982 Anayasasının Temel Nitelikleri ve Getirdiği Yenilikler* (İstanbul: Filiz Kitabevi)
- ÖZBUDUN, Ergun (1984), Yılmaz Aliefendioğlu'nun Anayasa Yargısı Sempozyumunda sunduğu "Türk Anayasa Yargısında İptal Davası ve İtiraz Yolu" başlıklı tebliğ üzerinde yorum *Anayasa Yargısı* (Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayını): 138-47.
- ÖZBUDUN, Ergun (2000), *Türk Anayasa Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayınları, Gözden geçirilmiş 6. Bası).
- ÖZDEN, Yekta Güngör (1988), *Anayasa'ya Uygunluk Denetimi"nde On Yıllık Sınır."* *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* (Cilt 1. Ocak-Haziran. Sayı 1): 91-98.
- SOYSAL, Mümtaz (1974), *100 Soruda Anayasasının Anlamı* (İstanbul: Gerçek Yayınevi. Yeniden yazılmış 2. Bası).
- SOYSAL, Mümtaz (1999), *100 Soruda Anayasasının Anlamı* (İstanbul: Gerçek Yayınevi, Gözden geçirilmiş 12.Bası).
- TANÖR, Bülent (1994), *Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu* (İstanbul: BDS Yayınları, 3. Bası).
- TEZİÇ, Erdoğan (1998), *Anayasa Hukuku* (İstanbul: Beta 5.Bası).
- TÜSİAD (1998), *Yargılama Düzeninde Kalite* (İstanbul: TÜSİAD Yayını).

(40. Makale - 2001)

Dr. Levent GÖNENÇ

*Meşruiyet Kavramı ve Anayasaların
Meşruiyeti Problemi**

* Levent Gönenc, "Meşruiyet Kavramı ve Anayasaların Meşruiyeti Problemi", AÜHF Dergisi, Yıl 2001, Cilt 50, Sayı 1, 131-152.

MEŞRUIYET KAVRAMI VE ANAYASALARIN MEŞRUIYETİ PROBLEMİ

*Dr. Levent GÖNENÇ**

GİRİŞ

Meşruiyet kavramı sosyal bilimler literatüründe üzerinde en çok tartışılan konulardan biri olmasına rağmen, içeriği, unsurları ve siyasi sistem üzerindeki etkileri konusunda genel bir uzlaşmanın varlığından söz etmek güçtür. Anayasaların meşruiyeti problemi ise, genel olarak meşruiyet kavramı kadar tartışma konusu olmasa da, son zamanlarda üzerinde düşünölmeye ve konuşölmeye başlanan konulardan biridir. Özellikle, Doğu Avrupa ve eski SSCB'deki komünist rejimlerin çökmesinin ardından yapılan yeni anayasaların geleceğinin tartışıldığı bir ortamda meşruiyet kavramına sık sık başvurulmakta, kavramın çeşitli boyutları post-komünist siyaset ve hukuk laboratuvarında masaya yatırılmaktadır. Anayasaların meşruiyeti problemi sadece yeni anayasalar açısından değil, eski anayasalar açısından da önem taşımaktadır. Bugün eski anayasaların karşı karşıya oldukları değişim talepleri, dikkatleri bir kez daha meşruiyet kavramı ve anayasaların meşruiyeti problemi üzerinde yoğunlaştırmaktadır.

Bu makalede, genel olarak meşruiyet kavramı, özel olarak ise anayasaların meşruiyeti problemi üzerinde durulacaktır. Makalenin ilk bölümünde, meşruiyet kavramıyla yakından ilgili iktidar ve otorite kavramlarını tanımlayarak iktidar, otorite ve meşruiyet arasındaki ilişkiye işaret edeceğiz, ikinci bölümde, Alman sosyolog Max Weber'in meşruiyet çözümlemesi bağlamında, sosyal bilimler literatüründe meşruiyet kavramı üzerine yapılan tartışmaları kısaca ele alacağız. Üçüncü bölümde, ikinci bölümdeki tartışmalar ışığında, meşruiyet kavramının kullanılabilir bir tanımına ulaşmaya çalışacağız. Bu bölümde ayrıca, yaptığımız tanım çerçevesinde, "siyasi kültür-anayasa yapımı-fonksiyonel etkinlik" unsurlarından oluşan üç ayaklı bir meşruiyet modeli kurarak anayasaların meşruiyeti problemini açıklayacağız.

Bu makale, hipotetik-dedüktif bir yöntemle meşruiyet kavramını açıklamayı amaçlayan kapsamlı bir çalışmanın ilk aşaması olarak düşünölebilir. Bilindiğı gibi, hipotetik-dedüktif yöntemde bilimsel bilgiye üç aşamadan geçerek ulaşılır: Genel bir hipotezin ortaya konması, bu hipotezden yola çıkarak belli bir düşöncenin formöle edilmesi, bu formölün veya formöllerin deney veya gözlem yoluyla test

* Ankara Üniversitesi Hukuk Faköltesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi

edilmesi. Bu makalede geliştirilen hipotez ve formüllerin, ileride somut olaylarda test edilmesinin, en azından bu konuda bir tartışmanın açılmasının, meşruiyet kavramının analitik bir çerçeveye oturtulmasına katkıda bulunacağına ve yeni anayasa arayışlarının sürekli gündemde olduğu ülkemizde, anayasaların yaşaması için büyük önem taşıyan bu kavramının daha iyi anlaşılmasına yardımcı olacağına inanıyoruz.

1. İKTİDAR VE OTORİTE, İKTİDAR-OTORİTE- MEŞRUIYET İLİŞKİLERİ

Meşruiyet kavramının tanımını vermeden önce, bu kavramla yakından ilgili iki kavram, iktidar ve otorite kavramları üzerinde durmak yerinde olur¹. İktidar geniş anlamıyla birine aksi halde yapmayacağı bir şeyi yaptırmayı ifade eder². İktidar sahipleri veya iktidarı ellerinde tutanlar muhalefet veya direnmeyle karşılaşsalar dahi, iradelerini empoze etme imkanına sahiptir. Kısacası, iktidar bir kimsenin veya bir grubun diğerlerini kontrol edebilme kapasitesini anlatır. Bu anlamıyla iktidar, çeşitli sosyal ve siyasal ilişkilerde gözlenebilir. Örneğin, ataerkil bir ailede, aile babası diğer aile fertleri üzerinde böyle bir kapasiteye sahiptir. Aynı şekilde, klüp, sendika veya siyasi parti gibi çeşitli örgütlenmelerde bu tür bir iktidarın varlığından söz etmek mümkündür. Ancak siyasi iktidar, içinde güç kullanma tekelini barındırması nedeniyle, bu tür örgütlenmelerde görülen iktidarlardan önemli ölçüde ayrılır. Bir başka deyişle, ne klüp müdürü, ne sendika başkanı, ne de siyasi parti lideri kararlarını uygulatmak için meşru olarak güç kullanmaya muktedir veya yetkili değildir. Asli olarak güç kullanma tekelini elinde tutan tek kurum devlettir. Devlet, yasalara uymayan vatandaşları belli şartlar gerçekleştiğinde ve belli kurallar çerçevesinde güç kullanarak bu yasalara uygun davranmaya zorlayabilir.

Siyasi iktidar şiddet tekelini içinde barındırdığı halde, bu, siyasi iktidarın sadece güce dayandığı anlamına gelmez. Tarihi örnekler bize göstermiştir ki, hiçbir siyasi iktidar sürekli olarak gerçek güç kullanımı veya güç kullanma tehdidiyle var olamaz. Salt güce dayanan rejimler karar ve emirlerini güce başvurdukları sürece uygulatabilirler ama sonunda istikrarsızlığa düşmeleri kaçınılmazdır. Bu yüzden yöneticiler yönetmeyi sürdürebilmek için iktidarlarını meşru temellere oturtmaya, bir başka deyişle iktidarlarını otoriteye dönüştürmeye mecburdur.

Bu son açıklamalarımızdan anlaşılacağı üzere, ele alacağımız ikinci kavram, otorite, aslında iktidarın özel bir biçimini, "meşru iktidar" ifade eder. Otorite sahipleri de, iktidar sahipleri gibi karar ve emirlerini muhalefet veya direnmeyle karşılaşmadan uygulatabilirler. Ancak bu durumda, söz konusu karar ve emirlerin muhatapları bunları veren otoritelerin yönetme hakkını tanır; yani yönetilenler yönetenlere kendi istekleriyle itaat eder. Bu çerçevede otorite, en genel anlamıyla,

1 Bu konuda genel açıklamalar için bkz., Robert A Dahi, *Modern Political Analysis*, 2. Baskı, Prentice-Hall, Inc., Englewood Cliffs, New Jersey, 1970, s. 14-34; Rod Hague, Martin Harrop, Shaun Breslin, *Comparative Government and Politics, An Introduction*, 3. Baskı, Macmillan, Londra, 1993, s. 3-22; Andrew Heywood, *Political Ideas and Concepts, An Introduction*, Macmillan, Londra, 1994, s. 78-105. Bu konuda Türkçe genel bir kaynak için bkz., Münci Kapanı, *Politika Bilimine Giriş*, 4. Baskı, Bilgi Yayınevi, Ankara, 1988, s. 46- 54.

2 Terence Ball, "Power," *The Blackwell Encyclopedia of Political Thought* içinde, David Miller, Janet Coleman, William Connolly, Alan Ryan(der.), Blackwell, Oxford, 1993, s. 397.

yönetme hakkı olarak tanımlanabilir³. Otorite güçle desteklenmiş olsa da, temel olarak yönetilenlerin rızasına dayanır. Öyleyse, meşruiyet, yönetilenlerin yönetenlere itaatini sağlayan temel unsur olarak karşımıza çıkar ve meşru iktidar otorite adını alır.

Bu kısa karşılaştırma, bize konumuzla ilgili üç önemli kavram, iktidar, otorite ve meşruiyet kavramları ve aralarındaki ilişki hakkında bir fikir vermektedir, ancak bu, meşruiyet kavramının içeriğini tam olarak netleştirmek için yeterli değildir. Bir takım pratik ve teorik problemler bu kavramın genel kabul gören bir tanımını vermemizi güçleştirmektedir. Pratik alanda, Rodney Barker'ın işaret ettiği gibi, günümüzde hemen her tür sosyal ilişkide meşruiyet kavramına atıf yapılmakta, bu ise, ister istemez kavramın içeriğini belirsizleştirmektedir⁴. Teorik alanda da durum farklı değildir. Sosyal bilimler literatüründe de, meşruiyet kavramı farklı disiplinler tarafından farklı biçimlerde anlaşılmakta ve anlatılmaktadır. Bundan sonraki kısımlarda ele alacağımız yazarların görüşlerinin yardımıyla bu tanım zorluğunun üstesinden gelmeye çalışacağız.

2. WEBER'İN MEŞRUIYET ÇÖZÜMLEMESİ VE WEBER'İ İZLEYEN YAZARLAR

Sosyal bilimler literatüründe, meşruiyete ilişkin tartışmalar genellikle Alman sosyolog Max Weber'in otorite ve meşruiyete ilişkin çözümlenmeleriyle başlar. Weber şöyle yazmaktadır: "Tecrübelerimiz bize göstermiştir ki, hiçbir otorite sistemi, sadece maddi, duygusal veya ideal motiflere dayanarak sürekliliğini sağlayamaz. Bütün bunlara ek olarak, her otorite sistemi meşruiyetine ilişkin bir inanç oluşturmak ve beslemek gayretindedir."⁵ Weber'in görüşlerinde iki unsur dikkat çekmektedir: Birincisi, yazar meşruiyeti siyasi rejimlerin yaşaması için en önemli faktör olarak görmektedir. İkincisi ise, yazar meşruiyet kavramını tanımlarken inanç unsurunu esas almaktadır. Bu genel tespitler çerçevesinde, Weber üç tip hakimiyet veya otorite tipini ayırtmaktadır; geleneksel, karizmatik ve hukuki-rasyonel otorite. Geleneksel otorite, belli bir toplumda uzun zamandan beri yaşayan geleneklere dayanırken, karizmatik otorite bir liderin olağanüstü özelliklerinden kaynaklanır. Karizmatik otorite tipinde halk belli bir liderin sahip olduğu olağanüstü bir takım nitelikler dolayısıyla ona itaat ederken, geleneksel otorite tipinde vatandaşların yöneticilere itaat etmesinin nedeni, siyasi iktidarın geleneklere uygun olarak ele geçirip kullandığına olan inançtır. Hukuki-rasyonel otorite tipinde ise, otorite rasyonel bir hukuk sisteminin sonucudur. Bu otorite tipinde, insanlar geleneksel olarak saygı gören bir şefe veya karizmatik bir lidere değil, bir dizi soyut, genel ve kişilik dışı kurala bağlılık gösterir. Weber'e göre, modern dünyada geçerli olan otorite tipi hukuki-rasyonel otoritedir⁶. Özet olarak, siyasi iktidarı ellerinde tutan-

3 Richard B. Friedman, "Authority," *The Blackwell Encyclopedia of Political Thought* içinde, David Miller, Janet Coleman, William Connolly, Alan Ryan (der.), Blackwell, Oxford, 1993, s.28.

4 Rodney Barker, *Political Legitimacy and the State*, Clarendon Press, Oxford, 1990, s. 20.

5 Max Weber, "The Theory of Social and Economic Organization," *Theories of Society* içinde, Talcott Parsons, Edward Shils, Kaspar D.Naegele, and Jesse R. Pitts, (der.), The Free Press, New York, 1961, s. 627.

6 Max Weber, "The Types of Authority," *Theories of Society* içinde, Talcott Parsons, Edward Shils, Kaspar D.Naegele, and Jesse R. Pitts, (der.), The Free Press, New York, 1961, s. 626- 632.

lar, Weber'in çözümlemesine göre, yönetilenlerin rızasını talep ederken adeta şöyle seslenmektedir: Geleneksel şef: "Bana itaat et, çünkü halkımız yüzyıllardan beri şeflerine itaat etmiştir."; karizmatik lider: "Bana itaat et, çünkü ben senin hayatını değiştirebilirim."; hukuki-rasyonel yönetici: "Bana itaat et, çünkü ben senin hukuka uygun olarak atanan yöneticimim."⁷

Weber'in sınıflandırması dikkatli incelendiğinde, meşruiyetin hukukilikle aynı şey olmadığı hemen ortaya çıkar. Hukukilik esas olarak, hukuka veya kanunlara uygunluğu anlatır. Yöneticilerin anayasa ve kanunlara uymaları, o yöneticilerin yönetilenler gözünde meşru olduğu anlamına gelmez. Bir başka deyişle, yöneticiler karar alırken, emir verirken pozitif hukuka uygun davranabilirler, ancak buna rağmen yönetilenlerin çoğunluğu veya bir kısmı yöneticilerin yönetme hakkını tanımayabilirler veya meşru olduğuna inanmayabilirler. Carl J. Friedrich, buna örnek olarak 18. yy. Fransası'ndaki XVI. Louis yönetimini göstermektedir⁸. Bazı durumlarda bunun tersi de söz konusu olabilir; yani hukuka uygun davranmayan bir rejim halk tarafından meşru sayılabilir. Kuşkusuz hukukilik meşruiyetin artmasına katkıda bulunur, ancak her zaman hukuka uygun bir rejimin meşru olduğu söylenemez. Bu tespitler anayasalar için de geçerlidir. Anayasa yapım aşamasında hukuki devamlılığın sağlanması, hukukiliğin gözetilmesi, yani yeni anayasanın eski anayasada yer alan anayasa değişikliğine ilişkin kurallara uygun olarak yapılması, yeni anayasaya belli şartlar altında meşruiyet kazandırabilir, ancak bu sadece hukukilikten kaynaklanan bir meşruiyettir. Tarihi örnekler bize göstermiştir ki, hukukilik veya hukuki devamlılık anayasaların sosyolojik anlamda meşruiyet kazanmaları ve yaşamaları için yeterli değildir⁹.

Weber'in görüşleri bazı yazarlar tarafından eleştirilmesine rağmen¹⁰, pek çok

7 Frank Parkin. *Max Weber*, Ellis Horwood Limited, Tavistock Publications, Londra ve New York, 1982, s. 77.

8 Carl J. Friedrich, "Legitimacy and Constitutionalism," *Limited Government: A Comparison* içinde, Prentice-Hall, Inc., Englewood Cliffs, New Jersey, 1974, s. 113.

9 Andrew Arato, "Constitution and Continuity in the East European Transitions", *Constitutionalism and Politics* içinde, Irena Grudzinska Gross, (der.), Slovak Committee of the European Cultural Foundation, Bratislava, 1994, s. 166.

10 Bazı yazarlar Weber'in sınıflandırmasını "modası geçmiş" (*obselete*) olarak nitelendirirken (Mattei Dogan, "The Pendulum Between Theory and Substance-Testing the Concepts of Legitimacy and Trust," *Comparing Nations, Concepts, Strategies, Substance* içinde, Mattei Dogan ve Ali Kazancıgil (der.) Blackwell, Oxford, 1994, s. 297-313), bazdan "sınırlı" (*limited*) bulmuştur (Anthony H. Birch, *The Concepts and Theories of Modern Democracy*, Routledge, Londra, 1993, s.35-37). John Schaar ise Weber ve onu izleyen yazarları bir başka açıdan eleştirmiştir. Çağdaş felsefecilerden Hanna Fenichel Pitkin'in düşüncelerini (Hanna Fenichel Pitkin, *Wittgenstein and Justice*, University of California Press, Berkeley, Los Angeles, 1972, s.280-286) esas alan Schaar'ın, yukarıda incelediğimiz "inanç-tegelli" meşruiyet tanımlarına getirdiği ilk eleştiri, bu tür tanımların meşruiyeti tümüyle inanç veya kanaate indirgediği noktasında toplanmaktadır. Eğer insanlar mevcut kurumların "uygun" veya "ahlaken münasip" olduğuna inanıyorlarsa bu kurumlar meşrudur. Bu eski kavram, yazara göre, cerrahi bir müdahale ile o hantal "normatif" ve "felsefi" kısımlarından ayrılmıştır. Böylelikle, bir araştırmacının, bir rejimin, kurumun veya emrin meşru olup olmadığına karar vermek için kamuoyu veya kamu efkari dışında bir yere bakması gerekmez. Bu ilk eleştiriyle bağlantılı olarak Schaar'ın "inanç-temelli" meşruiyet tanımlarına getirdiği ikinci ve daha önemli eleştiri liderlerin halkın inançlarını şekillendirme kapasiteleriyle ilgilidir. Yazara göre, bu tanımlar meşruiyeti, sistemin, mensuplarını kendi uygunluğuna ikna etme kabiliyeti olarak görmektedir. Bu demektir ki, özellikle propaganda ve halkla ilişkilerin bu kadar geliştiği günümüzde, yöneticiler yönetilenlerin

sosyal bilimci onun görüşlerinden etkilenmiş ve meşruiyet kavramını onun izin-
den giderek tanımlamıştır. Bu çerçevede, örneğin Seymour Martin Lipset ve Juan
J. Linz "minimalist" bir meşruiyet tanımı ortaya koymuşlardır. Lipset'e göre meş-
ruiyet, siyasi sistemin, mevcut siyasi kurumların toplum için en uygun kurumlar
olduğuna ilişkin bir inancı yaratma ve sürdürme kapasitesini ifade eder¹¹. Linz de
meşruiyeti hemen hemen aynı biçimde tanımlamıştır. Yazara göre meşruiyet, ye-
tersizlik ve başarısızlıklarına rağmen, mevcut siyasi kurumların inşa edilebilecek
başka kurumlardan daha iyi olduğuna ilişkin inançtır¹².

Bu yazarlar kısaca şunu söylemektedir: "Eğer bir siyasi sistemin mensupları,
kendileri için, X kuramlar sisteminin, Y veya Z kurumlar sisteminden daha uygun
veya daha iyi olduğuna inanıyorlarsa, X kuramlar sistemi meşrudur." Dikkat edile-
cek olursa, bu formülde anayasalardan değil siyasi kuramlardan söz edilmektedir,
ancak bu, söz konusu formülün anayasalar için kullanılamayacağı anlamına gel-
mez. Çünkü anayasalar siyasi sistemin temel kurumlarını içerir. Anayasaların bu
özelliğini dikkate alan Herman Finer anayasayı, "temel siyasi kurumlar sistemi"
olarak tanımlamıştır¹³. Öyleyse siyasi kurumlar için verdiğimiz formülü anayasa-
lar içinde kullanabiliriz. Üstelik, Seymour Martin Lipset ve Larry Diamond daha
sonra yazdıkları bir makalede, "siyasi kurum" kavramı yerine "anayasal düzenle-
meler" kavramını kullanarak bu fikrimizi teyid etmişlerdir. Yazarlara göre, meşru-
iyetten söz edebilmek için, elitlerin ve kitlenin, sistemin, yani belli bir idarenin veya
yöneticilerin değil, anayasal düzenlemelerin (*the set of constitutional arrangements*),
en iyi (veya kötünün iyisi) devlet veya hükümet biçimi olduğuna ilişkin bir inancı
paylaşmaları gerekir¹⁴. Bu tespitler ışığında anayasaların meşruiyetine ilişkin ta-
nımı şu şekilde formüle edebiliriz: "Eğer bir siyasi sistemin mensupları, kendileri
için, X anayasasının, Y veya Z anayasasından daha uygun veya daha iyi olduğuna
inanıyorlarsa, X anayasası meşrudur."

Meşruiyet kavramının tanımına ilişkin açıklamalarımıza son vermeden önce,
bu kavrama farklı bir açıdan yaklaşan David Easton'ın görüşleri üzerinde de dur-
mamız gerekir. Yazara göre meşruiyet, siyasi sistemin herhangi bir unsuruna¹⁵ yö-

inançlarını manipüle edebilir ve Weber'in tanımladığı anlamda bir inanç oluşturabilir. Bu durum-
da meşruiyet iktidar sahiplerinin eline kalmış olur (John H.Schaar, "Reflections of Authority," *New
American Review* 8, 1970, s. 48, 49). Bu son eleştiri, Weber ve onu izleyen yazarların görüşlerine
karşı alternatif bir meşruiyet çözümlemesi öneren David Beetham'ın da çıkış noktasıdır (David
Beetham, *The Legitimation of Power*, Macmillan, Londra, 1991). Kuşkusuz, Pitkin, Schaar ve Beetham
tarafından getirilen eleştiriler ciddiye alınması gereken eleştirilerdir. Ancak, bu eleştiriler Weber
ve onu izleyen yazarlar tarafından yapılan meşruiyet tanımlarının geçerliğini tümüyle ortadan
kaldırılmaz. Çünkü, fikrimizce, davranışlar çoğu zaman inançlar tarafından yönlendirilmektedir.
Dolayısıyla inanç, sosyo-politik süreçlerin ve dolayısıyla meşruiyet kavramının açıklanmasında
kabul edilebilir bir başlangıç noktası olabilir.

- 11 Seymour Martin Lipset, *Political Mart, The Social Basis of Politics*, Doubleday, New York, 1959, s. 77
- 12 Juan J. Linz, "Introduction," *The Breakdown of Democratic Regimes* içinde, Juan J. Linz ve Alfred Stel-
pan (der.), The Johns Hopkins University Press, Baltimore, 1978, s. 18.
- 13 Herman Finer, *Theory and Practice of Modern Government*, Gözden geçirilmiş baskı, Methuen, Lon-
dra, 1950, s. 116.
- 14 Larry Diamond ve Seymour Martin Lipset, "Legitimacy," *The Encyclopedia of Democracy* içinde,
Seymour Martin Lipset (der.), Congressional Quarterly Inc., Washington D.C., 1995, s.747.
- 15 David Easton'a göre, siyasi sistemin unsurları şunlardır: Rejim (*regime*'), siyasi topluluk (*political*

neltelen bir tür destekleyici duyguyu ifade eder¹⁶. Görüldüğü gibi Easton, Weber ve onu izleyen Lipset ve Linz'in aksine "inanç" unsurunu değil, "destek" unsurunu esas almaktadır. Easton bu tanımıyla, ilk bakışta, minimalist tanımlara bir alternatif getirmiş gibi görünse de, aslında onun tanımı minimalist tanımları tamamlamaktadır. Çünkü destek meşruiyet kavramı içinde yer alan inanç unsurunun bir sonucudur. Destek unsurunu meşruiyet tanımına sokan Easton bu kavramın gözlenmesini ve somutlaştırılmasını kolaylaştırmıştır. Öyleyse Easton'ın tanımı ışığında yukarıda verdiğimiz formülü bir kez daha ifade edebiliriz: "Eğer bir siyasi sistemin mensupları, kendileri için, X anayasasının, Y veya Z anayasasından daha uygun veya daha iyi olduğuna inanıyor ve o anayasayı destekliyorlarsa, X anayasası meşrudur."

Lipset, Linz, Diamond ve Easton'ın çözümlenmeleri bizi kullanılabilir bir meşruiyet tanımına ulaştırmış görünmektedir, ancak bu tanımın hala eksikleri olduğu söylenebilir. Burada karşımıza çıkan en önemli problem, bir anayasanın siyasi sistemin mensupları tarafından desteklenip desteklenmediğinin nasıl tespit edileceğidir. Bu problem üzerinde düşünürken anayasanın yürürlüğe giriş ve uygulanma aşamalarını ayrı ayrı değerlendirmek gerekir.

Anayasalar farklı biçimlerde kabul edilip yürürlüğe girebilir, ancak burada bizim açımızdan önemli olan, anayasanın halkoyuna sunulup sunulmadığıdır. Eğer bir anayasa halkoyuyla kabul edilip yürürlüğe giriyorsa halkoyu sonuçları söz konusu anayasaya siyasi sistemin mensupları tarafından verilen destek, dolayısıyla anayasanın başlangıçtaki meşruiyeti hakkında bir fikir verebilir¹⁷. Eğer bir anayasa halkoymasına sunulmadan, bir kurucu meclis veya kurucu meclis işlevi gören normal bir meclis tarafından kabul edilip yürürlüğe giriyorsa, bu durumda anayasa yapıcılarının gerçekten siyasi sistemdeki büyük grupları temsil etme yeteneğine sahip olup olmadığına bakılır. Toplumdaki önemli kesimleri temsil yeteneği ve yetkisine sahip olduğu varsayılan bir meclis tarafından yapılan bir anayasanın, kabulüne ilişkin oylama, siyasi sistemdeki önemli grupların o anayasaya verdiği desteği yansıtır.

Bir anayasanın meşruiyeti, uygulanması aşamasında azalabilir veya artabilir. Ancak anayasa yürürlüğe girdikten sonra bunu tespit etmek, yani siyasi sistemde-

community) ve otoriteler (*authorities*). Easton burada "otoriteler" ve "siyasi topluluk" kavramlarıyla çok genel anlamıyla yöneten ve yönetilenleri kastedmektedir. Rejim ise Easton'ın terminolojisinde oyunun kurallarını, yani anayasal düzeni, yani belli bir siyasi sistemde yer alan aktörler arasındaki iktidar ilişkilerini düzenleyen formal ve informal kuralları ifade etmektedir. David Easton, "An Approach to the Analysis of Political Systems," *World Politics*, S. 9, 1957, s. 383-400. Ayrıca bkz. David Easton, *A Systems Analysis of Political Life*, John Wiley & Sons, Inc., New York, 1965.

16 David Easton, "A Re-Assessment of the Concept of Political Support", *British Journal of Political Science*, S. 5, 1975, S. 451.

17 Günümüzde, genel olarak siyaset bilimi, özel olarak ise siyaset sosyolojisi alanındaki çalışmalar göstermiştir ki, halkoyması her zaman halkın tercih ve beklentilerini yansıtmayabilir. Bir halkoymasının sonuçları değerlendirilirken, oy kullananların siyasi alışkanlıkları, oylamanın zamanı, oylamanın yapılış yöntemi, oylamada sorulan soruların formüle edilmiş biçimi, oylamayı düzenleyenlerin konumları ve yetkileri gibi hususlar göz önüne alınmalıdır. Bu konuda bkz., David Butler ve Austin Ranney, (der.), *Referendums Around the World*, Macmillan, Londra, 1994.

ki birey ve grupların anayasaya destek verip vermediğine ilişkin bir değerlendirme yapmak, anayasanın başlangıçtaki meşruiyetini tespit etmekten daha güçtür. Bu konuda, anayasa hakkında yapılacak kamuoyu yoklamaları bize yardımcı olabilir, ancak bu tür bir araştırmanın pratik ve teorik bir takım zorluklar içerdiği de bir gerçektir. En başta, araştırmanın finansmanı, araştırmayı yapacak bilgi ve tecrübe-ye sahip bir kadronun kurulması ve araştırmanın yapılacağı ülkenin sosyo-politik ve demografik koşullarının belirlenmesine ilişkin zorlukların aşılması gerekir. Bu zorluklar aşılsa dahi, belli bir toplumda yaşayan bireylerin farklı eğitim düzeylerine ve farklı dünya görüşlerine sahip oldukları unutulmamalıdır. Siyasi sistem mensuplarının fikirleri zaman içinde gelişen şartlara bağlı olarak değişebilir. Daha da önemlisi, siyasi sistem mensuplarının belli bir konuda beklentilerinin olması için o konuya ilgi duymaları, en azından o konudan haberdar olmaları gerekir. Bütün bunlar birlikte değerlendirildiğinde, anayasa gibi spesifik ve uzmanlık gerektiren bir konuda, kamuoyu yoklaması yöntemiyle bireylerin tavırlarının doğru bir şekilde ortaya konması oldukça güç görünmektedir. Ancak yine de, bu konuda yapılan sınırlı araştırmalardan yararlanmak mümkündür.

Kamuoyu yoklaması dışında, bir anayasanın yürürlüğe girdikten sonra siyasi sistem mensuplarının desteğine sahip olup olmadığını tespit etmek için önerilecek bir başka yol, sistemdeki anayasal değişim taleplerinin incelenmesidir. Günümüzde, çağdaş siyasi sistemlerin çoğunda, özellikle demokratik sistemlerde siyasi sistem mensuplarının beklenti ve tercihleri siyasi partiler tarafından ifade edilip savunulmaktadır. Anayasal değişim konusunda da durum farklı değildir. Bugün pek çok sistemde anayasal değişim tartışmaları siyasi partiler tarafından ortaya atılmakta ve yürütülmektedir. Bir anayasa değişikliği söz konusu olduğunda da teklifin hazırlanması, olgunlaştırılması ve kabul edilmesi aşamalarında siyasi partiler en önemli aktörler olarak karşımıza çıkmaktadır. Dolayısıyla, siyasi partiler tarafından dile getirilen anayasal değişim talepleri de anayasanın meşruiyetinin tespitinde değerlendirilmesi gereken verilerdir. Ancak, burada anayasal değişim taleplerinin ne kadarının siyasi sistemdeki önemli grupların istek ve beklentilerini yansıttığının, ne kadarının siyasi partiler tarafından manipüle edildiğinin ve ne kadarının sadece siyasi partilerin kendi menfaatlerinden kaynaklandığının da araştırılması gerekir. Siyasi partiler tarafından dile getirilen anayasal değişim talepleri yanında, bürokrasi, sivil toplum örgütleri ve doğrudan kitle tarafından ifade edilen talepler de anayasanın meşruiyetinin tespitinde bize yardımcı olabilir.

Sonuçta, yukarıda yeterli ve yetersiz yönleriyle ele alınıp açıklanan yöntemlerin yardımıyla anayasaların meşruiyeti konusunda bir değerlendirme yapmak mümkündür, ancak, fikrimizce, bu konuda hala teorik bir cihazın veya modelin eksikliği hissedilmektedir. Biz bu eksikliği gidermek amacıyla, meşruiyetin unsurlarını veya kaynaklarını tespit etmeye ve bu tespitler çerçevesinde inşa edeceğimiz model sayesinde meşruiyetin varlığı veya yokluğunu çok-boyutlu bir bakış açısıyla ortaya koymaya çalışacağız.

3. SİYASİ KÜLTÜR, ANAYASA YAPIMI, FONKSİYONEL ETKİNLİK: BİR MEŞRUIYET MODELİ ÖNERİSİ

Yukarıda, "Eğer bir siyasi sistemin mensupları, kendileri için, X anayasasının, Y veya Z anayasasından daha uygun veya daha iyi olduğuna inanıyorlar ve bu anayasayı destekliyorlarsa, X anayasası meşrudur." şeklinde bir formül vermiştik. Öyleyse, anayasaların meşruiyetine ilişkin teorik bir model kurarken sormamız gereken ilk soru şudur: "Siyasi sistemin mensupları niye X anayasasının Y veya Z anayasasından daha uygun veya daha iyi olduğunu düşünsünler ve bu anayasayı desteklesinler?" Bu sorunun cevabını vermek için, yine Lipset ve Linz'in siyasi sistemler konusundaki çözümlmelerine başvurabiliriz. Bu yazarlara göre, böylesi bir meşruiyetin iki ana kaynağı vardır: siyasi kültür ve fonksiyonel etkinlik¹⁸. Siyasi kültürden kasıt siyasi objelere ilişkin değer, inanç ve tavırlardır. Siyasi kurumların yaşaması için siyasi kültürden kaynaklanmaları, onunla uyum içinde olmaları gerekir. Bu tespit anayasalar açısından da doğrudur: Bir anayasa ne kadar çok bir toplumun siyasi kültürünü yansıtıyorsa meşruiyeti ve dolayısıyla yaşama şansı o kadar artar. Fonksiyonel etkinlikten kasıt ise, siyasi kurumların belli bir siyasi sistemdeki birey ve grupların beklentilerini yerine getirebilme kapasitesidir. Anayasalar açısından düşünecek olursak, bir anayasa belli bir toplumda ne kadar çok grubun anayasal beklentilerini tatmin edebiliyorsa meşruiyeti ve dolayısıyla yaşama şansı o kadar artar. Meşruiyet kavramını anayasalar açısından incelerken siyasi kültür ve fonksiyonel etkinlik yanında anayasa yapım sürecinin özelliklerini de göz önüne almamız gerekir. Bir siyasi sistemde bulunan büyük gruplar anayasa yapımına ne kadar çok katılırsa ve ortaya çıkan belge bu grupların anayasal istek ve beklentilerini ne kadar çok karşılırsa söz konusu gruplar o anayasaya o kadar sahip çıkar, destek verir. Sonuçta yine anayasasının meşruiyeti ve yaşama şansı artar.

Özetleyecek olursak, anayasaların yaşaması meşru olmalarına bağlıdır; bu ise, siyasi kültür, fonksiyonel etkinlik ve anayasa yapımını içine alan üç ayaklı bir modelle açıklanabilir. Bu üç ayaklı model yardımıyla, belli bir siyasi sistemdeki anayasal değişim dinamiklerini incelemek ve anayasaların geleceği hakkında tahminlerde bulunmak mümkündür. Makalenin bundan sonraki bölümünde söz konusu modeli geliştirmek ve pekiştirmek amacıyla bu üç kavram (siyasi kültür, fonksiyonel etkinlik ve anayasa yapımı) ayrıntılı olarak incelenecektir.

Siyasi Kültür

Yukarıda kısaca değindiğimiz gibi, siyasi kültür bireylerin siyasi objelere ilişkin inanç, değer ve tavırlarını ifade eder¹⁹. Kuşkusuz, bu tanımda geçen siyasi obje kavramı oldukça geniş bir kavramdır ve bazı yazarların da ifade ettiği gibi anayasa bu siyasi objeler arasında yer alır²⁰. Öyleyse, belli bir toplumda yaşayan bireylerin

18 Larry Diamond, Juan J. Linz, Seymour Martin Lipset, "Introduction: What Makes for Democracy?" *Politics in Developing Countries* içinde, Larry Diamond, Juan J. Linz, Seymour Martin Lipset, (der.), İkinci baskı, Lynne Rienner Publishers, Boulder, 1995, s. 10

19 Siyasi kültürün bu ve değişik tanımları için bkz., Glenda M. Patrick, "Political Culture", *Social Science Concepts* içinde, (Giovanni Sartori, der.), Sage Publications, Londra, 1984, s. 265-314.

20 Dennis Kavanagh, "Political Culture", *The Blackwell Encyclopedia of Political Science* içinde, Vernon

anayasaya ilişkin inanç, değer ve tavırları da o toplumun siyasi kültürünün önemli bir parçasını teşkil eder. Buna göre, aşağıda meşruiyet açısından siyasi kültüre ilişkin yapacağımız değerlendirmeler büyük ölçüde anayasalar için de geçerli olacaktır.

Bu bölümde üzerinde duracağımız ilk soru şudur: "Siyasi kültür genel olarak siyasi kuramların ve dolayısıyla siyasi sistemin meşruiyetine nasıl katkıda bulunur?" Bugün özellikle siyaset sosyolojisi literatüründe yaygın olarak kabul edilen bir görüşe göre, siyasi kurumların yaşamaları o kurumların o siyasi sistemde hakim olan siyasi kültürle uyumlu olmalarına bağlıdır²¹. Bir başka şekilde ifade edecek olursak, bir siyasi sistemde siyasi kurumların yaşaması destekleyici bir siyasi kültürün varlığını gerektirir. Bu tespit bir "temel kuramlar sistemi" olan anayasa için şu şekilde formüle edilebilir: "Eğer X anayasası A toplumunda yaşayan bireylerin inanç, değer ve tavırlarıyla uyum içindeyse, bu bireyler X anayasasının Y veya Z anayasasından daha uygun veya daha iyi olduğunu düşünür ve X anayasasını destekler."

Bu aşamada hemen şunu belirtmek gerekir ki, siyasi kültür "monolitik" bir yapı değildir, yani belli bir zamanda, belli bir toplumda hakim olan siyasi kültür, çeşitli faktörlerin etkisiyle kendi içinde farklılaşabilir²². Bu bağlamda, özellikle elit siyasi kültürü-kitle siyasi kültürü ayırımına dikkat çekmek gerekir. Genellikle belli bir toplumda liderlik ve yöneticilik vasıflarıyla öne çıkan, belli ayrıcalıklara sahip bir kadro olarak elitler, eğitimleri ve konumlan gereği, kitleye göre farklı (hatta pek çok örnekte gözlemlendiği gibi, insan yaşamı ve varlığına ilişkin evrensel standartları ön plana çıkaran) bir siyasi kültüre sahiptir veya böyle olması beklenir. Elit kadroların ortaya çıkışı ve siyasi kültürlerinin oluşma süreci bu makalenin sınırlarını aşar, ancak burada şu kadarını söylemek gerekir ki, elitler siyasi süreci, olağan ve olağanüstü dönemlerde şekillendirebilme yeteneğine ve yetkisine sahiptir. Dolayısıyla, sadece olağan değil, olağanüstü dönemlerde de alınan siyasi kararlar, yapılan siyasi tercihler elit siyasi kültürünü yansıtır. Bir siyasi sisteme ilişkin temel tercihleri içeren ve gelecek kuşakları da bağlayan anayasalar da genellikle elit siyasi kültürünün bir yansımasıdır²³.

Bu açıklamalardan çıkaracağımız ilk sonuç şudur: Bir anayasanın yaşaması için en azından elit desteğine sahip olması gerekir. Eğer bir anayasayı yapan elitler ona inanmıyorlarsa, o anayasa söz konusu elitlerin inanç, değer ve tavırlarıyla uyum içinde değilse, o anayasa ölü doğmuş demektir. Harriet B. Applewhite bu konuda 1791 Fransız Anayasasını örnek olarak göstermektedir. Yazara göre, anayasa yapıcılar tarafından dahi desteklenmeyen bir anayasanın halk desteğine sahip olması beklemek gerçekçi değildir²⁴. O zaman anayasa-siyasi kültür ilişkileri açısından

Bogdanor, (der.), Blackwell, Londra, 1991, s. 447.

21 Gabriel A. Almond, "Civic Culture", *Die Blackwell Encyclopedia of Political Science* içinde, Vernon Bogdanor, (der.), Blackwell, Londra, 1991, s. 98

22 Lucian W. Pye, "Political Culture", *International Encyclopedia of the Social Sciences* içinde, David L. Sills, (der.), The Macmillan Company & The Free Press, New York, 1968, s. 218- 225

23 Ivo D. Duchacek, *Power Maps: Comparative Politics of Constitutions*, ABC-Clio, Santa Barbara, 1973, s.4.

24 Harriet B. Applewhite, "Political Legitimacy in Revolutionary France, 1788-1791", *Journal of Interdisciplinary History*, S. 9, 1978, s. 245-273.

en kötü ihtimal, anayasanın hem elitlerin hem de kitlenin kültürüyle uyumsuzluk göstermesidir. En iyi ihtimal ise, anayasanın elitler ve kitle tarafından ortaklaşa paylaşılan bir siyasi kültürden kaynaklanmasıdır. Bu ihtimalde, destekleyici bir siyasi kültür anayasadan önce mevcuttur ve bu kültür anayasaya vücut verir. Dolayısıyla, anayasa ile siyasi kültür arasında baştan beri bir uyum söz konusudur. Örneğin Lawrance M. Friedman'a göre, 1787 Amerikan Anayasasında ifadesini bulan kuvvetler ayrılığı prensibi ve fren ve dengeler sistemi anayasanın yapılmasından önce Amerikan toplumu tarafından benimsenmiştir. "İktidar temerküzü" nün sakıncalarına dikkat çeken 18. yy. düşünür-lerinin fikirleri, Amerikan toplumunda geniş yankı bulmuş ve kabul edilmiştir. Friedman'a göre, anayasa bu tavrın bir nedeni değil, sonucudur²⁵. Ancak, tarihi örnekler bize göstermiştir ki, anayasa ile siyasi kültür arasında ilişkiler açısından başka ihtimaller de mevcuttur. Pek çok örnekte rastlanan durum, anayasanın elit siyasi kültürü ile uyumlu, ancak kitle siyasi kültürü ile uyumsuz olmasıdır. Bu konuda, II. Dünya Savaşı sonrasında, bağımsızlıklarını kazanan sömürgelerde yapılan anayasalar örnek olarak gösterilebilir. Peki, bu durumda ne olacaktır? Kitlenin desteğine sahip olmayan bir anayasa yaşayabilir mi? Fikrimizce, bu soruya olumlu yanıt vermek zordur. Bir anayasanın yaşaması için elit desteği gerekli, ama yeterli değildir. O anayasanın aynı zamanda geniş toplum kesimleri tarafından kabul edilip benimsenmesi gerekir. Bu, sadece söz konusu anayasanın yaşaması için değil, o anayasayı yapan elitlerin iktidarının devamı içinde ön koşuldur. Peki, kitle, siyasi kültürü ile uyuşmayan bir anayasaya destek verir mi? Başlangıç meşruiyeti açısından düşüncecek olursak, kitlenin inanç, değer ve tavırlarına ters bir anayasanın yürürlüğe girmesi bazı şartlar altında mümkündür. Örneğin, anayasa iç veya dış güçler tarafından empoze edilebilir. Bu durumda anayasanın baskıyla kitleye kabul ettirilmesi mümkündür. Veya, savaş, devrim, hükümet darbesi gibi büyük toplumsal olaylardan sonra, bu toplumsal olayların aktörleri tarafından veya onların himayesinde yapılan bir anayasa, söz konusu kişi veya kadrolara duyulan hayranlık veya güvenin bir neticesi olarak desteklenebilir. Nihayet, siyasi sistemin mensupları "bekle- gör" düşüncesiyle siyasi kültürlerine ters bir anayasaya "evet" diyebilir. Hangi biçimde olursa olsun, minimum bir destekle yürürlüğe giren bir anayasanın—elit desteğinin devam etmesi koşuluyla—sahip olduğu minimum desteği sürdürebilmesi veya bu desteği arttırabilmesi için kitle tarafından benimsenmesi gerekir. Peki bu nasıl gerçekleşir? Başlangıçta anayasa kitlenin siyasi kültürü, yani inanç, değer ve tavırlarıyla uyumlu olmadığı için popüler destekten yoksun kalmıştır. Anayasanın kitlenin desteğini kazanması için bu uyumsuzluğun ortadan kalkması gerekir; ya anayasa değişecektir, ya siyasi kültür...

Peki siyasi kültür değişebilir mi? Bu sorunun cevabını vermeden önce, siyasi kültürün nasıl oluştuğu üzerinde durmamız gerekir. Siyaset bilimi ve siyaset sosyoloji literatüründe özellikle Gabriel A. Almond ve Sidney Verba tarafından geliştirilen siyasi kültüre ilişkin klasik teorilere göre, siyasi kültür çocukluk çağında siya-

25 Lawrance M. Friedman, *The Legal System, A Social Science Perspective*, Russell Sage Foundation, New York, 1975, s. 210.

si sosyalizasyon yoluyla oluşur ve zaman içinde fazla değişikliğe uğramaz²⁶. Siyasi sosyalizasyon belli bir siyasi sistemin mensuplarının; aile, okul, arkadaş çevresi gibi "sosyalizasyon ajanları" vasıtasıyla inanç ve değerlerini elde etme, tavırlarını geliştirme sürecini ifade eder²⁷. Bu tanımdan da anlaşılacağı gibi, siyasi sosyalizasyon, özellikle çocukluk çağında yaşanan eğitim süreciyle yakından ilgilidir. Pek çok bireyin siyasi kültürünün nüveleri çocukluk çağında ortaya çıkan faktörlerin etkisiyle şekillenir. Bu tespitlerde büyük ölçüde gerçek payı vardır, ancak siyasi sosyalizasyonun özellikle çocukluk çağında etkili olan bir süreç olduğunu kabul etmek bizi siyasi kültürün insan yaşamının belli bir çağında oluşan, zaman içinde değişmeyen bir özellik olduğu sonuca götürmemelidir²⁸. Bugün yaygın olarak kabul edilen bir görüşe göre, siyasi kültür statik değildir; zaman içinde değişebilir²⁹. Özellikle, yaşamı boyunca siyasi sürece aktif olarak katılan birey, bu süreç içinde inanç ve değerlerini gözden geçirebilir, tavırlarını değiştirebilir. Sonuç olarak, kitle kültürüyle uyumsuz bir anayasa söz konusu olduğunda, minimum destekle yürürlüğe giren bu anayasanın yaşamaya devam etmesi onunla uyumsuzluk gösteren siyasi kültürün değişmesi mümkündür. Peki böyle bir değişim ne zaman, hangi şartlarda gerçekleşir?

Bu sorunun cevabı fonksiyonel etkinlik kavramında yatmaktadır. Deyim yerindeyse, başlangıçta meşruiyet açığıyla doğan bir anayasanın yaşayabilmesi için kitlenin güvenini kazanması gerekir. Eğer kitle başlangıçta siyasi kültürüne aykırı anayasanın zaman içinde "işe yaradığını" görürse, anayasa yerine siyasi kültürünü değiştirmeyi tercih edebilir. Alman siyasi kültürü böyle bir değişime örnek teşkil eder.

II. Dünya Savaşı sonrasında Almanya'da yapılan kamuoyu yoklamalarına göre, Alman halkının küçük bir bölümü monarşinin tekrar inşasından yana olduğunu belirtmiştir. Halkın büyük bir bölümüne hakim olan tavır ise aldırmaçlık veya kararsızlıktır. Federal Cumhuriyet'in kuruluşundan altı yıl sonra yapılan bir kamuoyu araştırması, halkın %52'sinin anayasa hakkında hiçbir şey bilmediğini, %14'ünün kararsız olduğunu, %5'inin ise anayasaya karşı tavrının olumsuz olduğunu ortaya koymuştur. Alman halkının ancak %30'u anayasaya karşı olumlu bir tavır takınmıştır. Ancak zaman içinde, anayasanın fonksiyonel etkinliği (özellikle hükümet istikrarını sağlaması, ekonomik kalkınmayı kolaylaştırması, insan haklarının korunması ve millî özgüvenin yeniden inşası konusundaki katkısı), Alman halkının anayasaya karşı takındığı ilgisiz, kararsız ve olumsuz tavrı büyük ölçüde değiştirmiştir. 1972 yılında yapılan bir kamuoyu araştırması bunu teyid etmektedir. Bu araştırmaya göre, Alman halkının %52'si anayasa hakkında olumlu görüş

26 Gabriel A. Almond ve Sidney Verba, *The Civic Culture, Political Attitudes and Democracy in Five Nations*, Princeton University Press, Princeton, 1963.

27 R. Dawson, K. Prewitt ve K. Dawson, *Political Socialization*, Little, Brown, Boston, 1977

28 Bu konuda klasik teorilere getirilen eleştiriler için bkz., Brian Barry, *Sociologists, Economists, and Democracy*, University of Chicago Press, Chicago, 1970, s. 51,52; Carole Pateman, "Political Culture, Political Structure and Political Change", *British Journal of Political Science*, S.1, 1971, S.291-305

29 Larry Diamond, "Introduction: Political culture and Democracy", *Political Culture and Democracy in Developing Countries* içinde, Larry Diamond, (der.), Lynne Rienner, Boulder, 1994, s. 9-10.

açıklamıştır. Bu oran 1978 yılında %71'e çıkmıştır³⁰. Bu örnekte de açıkça görülebi-
leceği gibi, başlangıçta anayasa ile siyasi kültür arasında bir uyumsuzluk olsa dahi,
anayasanın fonksiyonel açıdan etkinlik sağlaması durumunda, uyumsuz siyasi
kültürün değişmesi mümkündür. Peki anayasanın meşruiyeti açısından bu kadar
önem taşıyan etkinlik veya fonksiyonel etkinlik kavramını nasıl tanımlayabiliriz?

Fonksiyonel Etkinlik

Genellikle hukuk ve siyaset bilimi literatüründe, bir anayasanın etkin olup ol-
madığı araştırılırken, o anayasanın gerçekten uygulanıp uygulanmadığı üzerinde
durulur. Bir başka deyişle, eğer anayasal formalite ile anayasal realite arasında,
yani kağıt üzerindeki anayasa ile uygulamadaki anayasa arasında bir uyumsuzluk
varsa, söz konusu anayasanın etkin olmadığı sonucuna varılır. Oysa etkinliği meş-
ruiyet kavramı açısından değerlendirecek olursak, önemli olan anayasanın harfi-
yen uygulanıp uygulanmadığı değil, siyasi sistemdeki grup ve bireylerin anayasal
beklentilerinin tatmin edilip edilmediğidir³¹. A siyasi sisteminde X anayasası harfi
harfine uygulanabilir, ancak bu, söz konusu sistem mensuplarının anayasal bek-
lentilerinin tatmin edildiği anlamına gelmez. Dolayısıyla anayasal beklentileri tat-
min edilmeyen bireylerin de, X anayasasının, Y veya Z anayasasından daha uygun
veya daha iyi olduğunu düşünmeleri için bir neden yoktur. Nitekim meşruiyeti
minimalist bir anlayışla tanımlayan yazarlar, meşruiyet ile etkinlik arasındaki iliş-
kiyi bu açıdan ele almıştır. Yukarıda meşruiyet tanımından yararlandığımız Sey-
mour Martin Lipset bir siyasi sistemin etkinliğini, o sistemin performansı, halkın
çoğunluğunun ve büyük iş çevreleri, silahlı kuvvetler gibi güçlü grupların gördü-
ğü biçimiyle, temel devlet fonksiyonlarının yerine getirilmesi olarak tanımlamış-
tır³². Linz ise, Lipset'e paralel bir tanım yaptığı halde, etkililik (*efficacy*) ve etkinlik
(*effectiveness*) arasında bir ayrım gitmiş, ve etkililiği, belli bir rejimin, herhangi
bir siyasi sistemin karşılaşılabileceği ve belli bir zaman kesiti içinde önemli hale
gelen temel problemlere, vatandaşların çoğunluğu tarafından tatmin edici bulu-
nan çözümler bulabilme kapasitesi olarak tanımlarken, etkinliği, formüle edilen
siyasaların, arzu edilen sonuçlar doğrultusunda hayata geçirilebilme. kapasitesi
biçiminde ifade etmiştir³³. Ufak tefek farklılıklarına rağmen, fikrimizde, bu iki
tanım birlikte değerlendirilerek etkinlik kavramı hakkında bir sonuca varılabilir.
Bu iki tanımda iki ortak nokta dikkat çekmektedir. Birincisi, her iki tanım da
fonksiyonel etkinlik üzerinde durmaktadır, yani eğer bir siyasi sistem fonksiyon-

30 Alman siyasi kültürü ve değişimi konusunda bkz., Michael J. Baun “The Federal Republic of Ger-
many”, *Political Culture and Constitutionalism, A Comparative Approach* içinde, Daniel Franklin,
Michael J. Baun, (der.), M.E.Sharpe, New York, 1995. S. 79-97; David Conradt, “West Germany: A
Remade Political Culture? Some Evidence from Survey Archives”, *Comparative Political Studies*,
S. 7, 1974, s. 222-238; David Conradt, “Changing German Political Culture”, *The Civic Culture
Revisited* içinde, Gabriel A. Almond, Sidney Verba (der.), Sage Publications, Londra, 1980, s. 212-
272; David Conradt, “Political Culture, Legitimacy, and Participation”, *West European Politics*. S.4,
1981, s.18-34.

31 Henc van Maarseven, Ger van den Tang, *Written Constitutions*, Ocena Publications, Inc., Dobbs
Ferry, New York 1978, s.281.

32 Lipset, age., s.77

33 Linz, age., s.20-21,22.

larını yerine getiriyorsa etkindir. İkincisi, bir siyasi sistemin etkin olup olmadığı değerlendirilirken o sistemin mensuplarının fikirleri, kanaatleri önem kazanmaktadır. Anayasalar açısından ifade edecek olursak, fonksiyonlarını yerine getiren bir anayasa etkindir ve bu etkinliğin tespitinde o anayasa ile muhatap olan yönetici ve yönetilenlerin beklentileri önemli rol oynar. Öyleyse, anayasaların fonksiyonel açıdan etkinliği konusunda doğru bir sonuca varabilmek için, öncelikle anayasaların fonksiyonlarını tanımlamamız gerekir.

Bu son nokta belki de buraya kadar kurmaya çalıştığımız üç ayaklı meşruiyet modelinin en çetin teorik problemlerinden birini de beraberinde getirmektedir. Belli bir toplumda yaşayan bireylerin anayasal beklentileri nasıl tespit edilir? Bireylerin tek tek anayasal beklentilerini araştırıp ortaya koymanın güçlükleri göz önüne alındığında, bu sorunun cevabının pratik alanda değil, teorik alanda aranmasının daha uygun olacağını söyleyebiliriz. Demokratik rejimlerde belli grupların varlığı bize teorik bir kolaylık sunmaktadır. Modern siyaset biliminde siyasi sistem açısından bireyler kadar, hatta bireylerden daha fazla, gruplar önem taşımaktadır³⁴. Bir toplumdaki bireyleri birbirine bağlayan her türlü formel ve informal yapılar olarak tanımlanabilecek gruplar, siyasi sistemin işlemesi açısından hayati öneme sahiptir. Pek çok örnekte, siyasi partiler ve baskı grupları siyasi sistemin ayrılmaz bir parçası olarak karşımıza çıkar.

Demokratik rejimlerde, farklı menfaat ve değerlere sahip çeşitli gruplar iktidara gelmek için yarışır. Belli bir kurumsal çerçeve içinde yapılan bu yarışta, bazı gruplar kazanır, bazıları kaybeder. Bu aşamadan sonra artık kazananlar yönetenler, kaybedenler ise yönetilenler sıfatını alır. Demokratik rejimlerde, kaybeden gruplar kazanan grupların otoritesini tanır ve gelecek seçimlerde tekrar iktidara gelebilmek amacıyla demokratik kurumlar çerçevesinde mücadelesini sürdürür. Bu özellikleriyle demokrasi, "organize bir belirsizlik" olarak tanımlana-bilir³⁵. Bunun anlamı, demokrasilerde her zaman kazananlar ve kaybedenler olacak, ama kimin kazanıp kimin kaybedeceği belli olmayacaktır. Sonuçta, demokrasilerde bu iki geniş kategori (yani kazananlar ve kaybedenler veya yönetenler ve yönetilenler) her zaman mevcut olacaktır.

Çağdaş demokrasilerde iktidar yarışı esas olarak siyasi partiler aracılığıyla ve siyasi partiler arasında yapılmaktadır. Bu bağlamda, iktidara gelen ve iktidara gelemeyen siyasi partilerin stratejileri, çalışma biçimleri ve hedefleri farklı olmaktadır. Ancak bizim açımızdan asıl önemli olan, bu partilerin, anayasadan beklentilerinin de farklı olmasıdır. İktidara gelmek için yarışan partiler, programlarında seçmene çeşitli alternatifler sunar, seçmenler de bu alternatifler hakkında yaptıkları değerlendirmeler neticesinde oylarını kullanır. Bir başka deyişle, partiler seçilebilmek için seçmene çeşitli sözler verir, seçmenler de en inandırıcı buldukları partiyi oylarıyla iktidara getirir. İktidara geldiklerinde, bu partilerin seçmene verdikleri

34 Jean Blondel, *Comparative Government*, 2. Baskı, Prentice Hall/Harvester Wheatsheaf, Londra, 1995, s.95

35 Adam Przeworski, *Democracy and the Market, Political and Economic Reforms in Eastern Europe and Latin America*, Cambridge University Press, Cambridge, 1991, s.13.

sözleri siyasalara, yani yasama işlemleri ve yürütme eylemlerine dönüştürmeleri beklenir. Belli bir partinin iktidarda kalabilmesi veya yeniden seçilebilmesi verdiği sözleri yerine getirmesine bağlıdır. Demek ki, iktidar gruplarının en büyük anayasal beklentisi anayasanın, seçmene verdikleri sözleri yerine getirmelerini kolaylaştırması veya en azından buna engel olmamasıdır. Bu ise, devlet organları ve yetkilerinin açıkça tanımlanmasını, hükümet istikrarsızlığını önleyecek araçlara yer verilmesini ve muhtemel bir kitlenme durumunda bu kitlenmeyi çözecek etkili bir mekanizmanın kurulmasını gerektirir. İktidara gelemeyen grupların en büyük anayasal beklentisi ise, anayasanın kendilerini, çoğunluğun diktatörlüğüne karşı korumasıdır. İktidarda olan grupların her zaman iktidarda olmayan gruplar aleyhine kararlar alıp uygulama tehlikesi vardır. Demokrasi bir çoğunluk rejimidir. Halkın çoğunluğunun desteğine sahip olan partiler iktidara gelir, yasama organında çoğunluğa sahip olan parti kamusal tercih ve kararlarda söz sahibi olur. Ancak her zaman demokrasinin bir çoğunluğun diktatörlüğüne dönüşme olasılığı vardır. Çoğunluğu elinde bulunduran gruplar, kendilerini tüm toplumun meşru temsilcileri olarak görüp, keyfi bir yönetime meydelebilirler. Bu da iktidarda olmayan, dolayısıyla kamusal karar ve tercihlerde yeterince söz sahibi olmayan grupların menfaat ve varlıklarına karşı ciddi bir tehdit teşkil eder. Bu durumda, iktidarda olmayan grupların çoğunluk diktatörlüğüne karşı korunması gerekir. İşte etkin bir anayasanın bu tehlikeyi önlemek için müeyyidelerle desteklenmiş bir temel hak ve özgürlükler rejimi kurması gerekir. İktidarda olmayan gruplar arasında, etnik ve dini grupların anayasal beklentilerinin tatmini de anayasaların meşruiyeti açısından büyük önem taşır. Eğer bir anayasa etkinlik gösteremezse, yani siyasi sistemdeki önemli grupların anayasal beklentilerini yerine getiremezse, bu gruplar arasında bir anayasal tatminsizliğin ortaya çıkması kaçınılmazdır. Bu ise anayasal değişim taleplerinin en önemli nedenlerinden biridir. Burada şunun altını çizmek gerekir ki, teorik olarak, anayasal değişim talepleri anayasanın tümüne yönelik olabilir. Ancak pratikte, bir anayasayı tümünden değiştirmenin zorluk ve hatta sınıncaları göz önüne alındığında, anayasal tatminsizliğin pek çok durumda kısmi anayasal değişime yol açacağı söylenebilir.

Anayasa Yapımı

Buraya kadar yaptığımız çözümlerinde, anayasaların meşruiyeti problemini siyasi sistemlerin meşruiyeti ve istikrarına ilişkin teorilerden yola çıkarak açıklamaya çalıştık. Ancak anayasaların meşruiyetini incelerken bu iki unsurdan ayrı olarak, siyasi sistem teorileri içinde incelenmeyen bir konu üzerinde daha durmamız gerekir: Anayasa yapımı³⁶. Anayasa yapım süreci anayasaların meşruiyetini yakından ilgilendirir ve bu sürecin şartlarına göre anayasanın başlangıçtaki meşruiyeti artabilir veya azalabilir. Yukarıda şöyle bir formül vermiştik: "Eğer bir si-

36 Bu konuda genel olarak bkz., Edward McWhinney, *Constitution-making: Principles, Process, Practice*, University of Toronto Press, Toronto, 1981, s. 15; Daniel Elazar, "Constitution-Making: The Preeminently Political Act", *The Politics of Constitutional Change in Industrial Nations içinde*, Keith G. Banting ve Richard Simeon, (der.), Macmillan, Londra, 1985, s. 232-233; Jon Elster, "Constitution-Making Ways", *Democracy's Victory and Crisis*, Axel Hadenius, (der.), Cambridge University Press, Cambridge, 1997, s. 123-142.

yasi sistemin mensupları, kendileri için, X anayasasının, Y veya Z anayasasından daha uygun veya daha iyi olduğuna inanıyorlar ve bu anayasayı destekliyorlarsa, X anayasası meşrudur." İşte, anayasa yapım süreci, belli bir siyasi sistemde yer alan önemli grupların kendi "en uygun" veya "en iyi" anayasa anlayışlarını ortaya koymaları için uygun bir ortam sağlar. Kuşkusuz, homojen bir siyasi kültürün varlığı büyük grupların ortak bir "en uygun" veya "en iyi" anlayışı etrafında birleşmelerini kolaylaştırır. Ancak bu durumda dahi, anayasa yapım sürecine katılan bütün grupları veya çoğunluğunu memnun edecek bir metnin ortaya çıkması kolay değildir. Çünkü anayasa yapım sürecinde siyasi sistemin yapı ve işleyişine ilişkin temel kararlar alınır, temel tercihler yapılır. Bu kararlar ve tercihler, şüphe yok ki, bu sürece katılanları, hatta onların çocuklarını ve torunlarını yakından etkiler. Bu yüzden, anayasa yapım sürecine katılanların siyasi sisteme ilişkin temel karar ve tercihlerde kendi menfaatlerini ön plana çıkarmaları mümkündür. Tarihi örnekler bize göstermiştir ki, böylesine yoğun bir menfaatler çatışmasının yaşandığı bu sürece katılan bütün grupları tam anlamıyla tatmin edecek bir belgenin hazırlanması güçtür.

Anayasa yapım sürecinin açıklanan bu özellikleri, anayasaların meşruiyetini yakından ilgilendirir. Anayasa yapım sürecine katılıp anayasal beklentileri tatmin edilmeyen gruplar baştan itibaren anayasaya karşı olumsuz bir tavır takınır. Hatta, eğer güçleri ve imkanları varsa, bu anayasanın değişmesi için çalışmaya başlarlar. Böyle bir durumda, anayasa meşruiyet eksiğiyle doğmuş demektir. Doğuştan gelen bu eksiklik anayasanın fazla yaşamasına izin vermez. Anayasa yapım sürecine katılan grupların anayasal beklentilerinin tatmin edilmemesi anayasaların meşruiyetini böylesine olumsuz etkilerken, bu sürece katılmayarak anayasal beklentilerini ifade dahi edemeyen grupların tatminsizliğinin çok daha olumsuz sonuçlar doğurabileceği açıktır. Öyleyse, anayasa yapım sürecinde bir siyasi sistemde yer alan büyük gruplar ne kadar çok temsil edilir ve bu gruplar anayasal beklentilerini ne kadar özgürce ortaya koyabilirlerse, sonuçta çıkacak metnin desteklenme şansı ve dolayısıyla meşruiyeti o kadar artar. Anayasa yapım sürecine katılacak anayasa yapımcıların adil ve özgür bir biçimde seçilmeleri, oluşturulan mecliste (ister kurucu bir meclis olsun ister normal bir meclis kurucu meclis işlevi görsün), serbest tartışma ve özgür ifade olanaklarının garanti altına alınması, anayasa yapım sürecinin kamuya açık olması ve son metnin referanduma sunulması gibi hususlar anayasa yapım sürecinde anayasanın meşruiyetinin artmasına katkıda bulunan faktörler arasında sayılabilir.

SONUÇ

Günümüzde pek çok siyasi sistemde anayasalar değişim taleplerinin baskısı altındadır. Bu, eski anayasalar için olduğu kadar bazı yeni anayasalar için de doğrudur. Dolayısıyla bugün, anayasal değişimin dinamikleri ve anayasal değişim problemi anayasa çalışmalarının en önemli konularından biri olmaya adaydır. Biz bu makalede anayasaların yaşaması problemini meşruiyet kavramı çerçevesinde açıklamayı denedik ve üç ayaklı (siyasi kültür- fonksiyonel etkinlik- anayasa yapımı) bir meşruiyet modeli kurarak anayasal değişimin kaynaklarını ortaya koymaya çalıştık. Bu model, pek çok siyasi sistemde, bu arada Türkiye'de de test edilebilir.

Fikrimizce, siyasi -kültürle anayasa arasındaki uyumsuzluk, anayasa yapımında büyük siyasi gruplara söz hakkı verilmemesi ve anayasanın elitler ve kitlenin anayasal beklentilerini yerine getirmekte yetersiz kalışı, bugün Türkiye'de ortaya çıkan anayasa arayışlarının altında yatan temel nedenler olarak gösterilebilir. Bu makalede geliştirdiğimiz teorik modelin Türkiye'ye uygulanması bir başka makalenin konusudur.

KAYNAKÇA

Almond, Gabriel A, ve Sidney Verba, *The Civic Culture, Political Attitudes and Democracy in Five Nations*, Princeton University Press, Princeton, 1963.

Almond, Gabriel A., "Civic Culture", *The Blackwell Encyclopedia of Political Science* içinde, Vernon Bogdanor, (der.), Blackwell, Londra, 1991.

Applewhite, Harriet B., "Political Legitimacy in Revolutionary France, 1788-1791", *Journal of Interdisciplinary History*, S. 9, 1978.

Arato, Andrew, "Constitution and Continuity in the East European Transitions", *Constitutionalism and Politics* içinde, Irena Grudzinska Gross, (der.), Slovak Committee of the European Cultural Foundation, Bratislava, 1994.

Ball, Terence, "Power," *The Blackwell Encyclopedia of Political Thought* içinde, David Miller, Janet Coleman, William Connolly, Alan Ryan (der.), Blackwell, Oxford, 1993.

Barker, Rodney, *Political Legitimacy and the State*, Clarendon Press, Oxford, 1990.

Barry, Brian, *Sociologists, Economists, and Democracy*, University of Chicago Press, Chicago, 1970.

Baun, Michael J., "The Federal Republic of Germany", *Political Culture and Constitutionalism, A Comparative Approach* içinde, Daniel Franklin, Michael J. Baun, (der.), M. E. Sharpe, New York, 1995.

Beetham, David, *The Legitimation of Power*, Macmillan, Londra, 1991.

Birch, Anthony H., *The Concepts and Theories of Modern Democracy*, Routledge, Londra, 1993.

Blondel, Jean, *Comparative Government*, 2. Baskı, Prentice Hall/Harvester Wheatsheaf, Londra, 1995.

Butler, David ve Austin Ranney, (der.), *Referendums Around the World*, Macmillan, Londra, 1994.

Conradt, David, "Changing German Political Culture", *The Civic Culture Revisited* içinde, Gabriel A. Almond, Sidney Verba, (der.), Sage Publications, Londra, 1980.

-----; "Political Culture, Legitimacy, and Participation", *West European Politics*, S. 4, 1981.

-----; "West Germany: A Remade Political Culture? Some Evidence from Survey Archives", *Comparative Political Studies*, S. 7, 1974.

Dahl, Robert A., *Modern Political Analysis*, 2. Baskı, Prentice-Hall, Inc., Englewood Cliffs, New Jersey, 1970

Dawson, R., K. Prewitt ve K. Dawson, *Political Socialization*, Little, Brown, Boston, Mass., 1977.

Diamond, Larry ve Seymour Martin Lipset, "Legitimacy," *The Encyclopedia of Democracy* içinde, Seymour Martin Lipset (der.), Congressional Quarterly Inc., Washington D.C., 1995.

Diamond, Larry, "Introduction: Political culture and Democracy", *Political Culture and Democracy in Developing Countries* içinde, Larry Diamond, (der.), Lynne Rienner, Boulder, 1994.

Diamond, Larry, Juan J. Linz, Seymour Martin Lipset, "Introduction: What Makes for Democracy?" *Politics in Developing Countries* içinde, Larry Diamond, Juan J. Linz, Seymour Martin Lipset, (der.), ikinci baskı, Lynne Rienner Publishers, Boulder, 1995.

Dogan, Mattei, "The Pendulum Between Theory and Substance-Testing the Concepts of Legitimacy and Trust," *Comparing Nations, Concepts, Strategies, Substance* içinde, Mattei Dogan ve Ali Kazancigil (der.) Blackwell, Oxford, 1994.

Duchacek, Ivo D., *Power Maps: Comparative Politics of Constitutions*, ABC-Clio, Santa Barbara, 1973.

Easton, David, "A Re-Assessment of the Concept of Political Support", *British Journal of Political Science*, S. 5, 1975.

-----, "An Approach to the Analysis of Political Systems," *World Politics*, S. 9, 1957.

-----, *A Systems Analysis of Political Life*, John Wiley & Sons, Inc., New York, 1965.

Elazar, Daniel, "Constitution-Making: The Pre-eminently Political Act", *The Politics of Constitutional Change in Industrial Nations* içinde, Keith G. Banting ve Richard Simeon, (der.), Macmillan, Londra, 1985.

Elster, Jon, "Constitution-Making Ways", *Democracy's Victory and Crisis*, Axel Hadenius, (der.), Cambridge University Press, Cambridge 1997.

Fenichel Pitkin, Hanna, *Wittgenstein and Justice*, University of California Press, Berkeley, Los Angeles, 1972.

Finer, Herman, *Theory and Practice of Modern Government*, Gözden geçirilmiş baskı, Methuen, Londra, 1950

Friedman, Lawrence M., *The Legal System, A Social Science Perspective*, Russell Sage Foundation, New York, 1975.

Friedman, Richard B., "Authority," *The Blackwell Encyclopedia of Political Thought* içinde, David Miller, Janet Coleman, William Connolly, Alan Ryan (der.), Blackwell, Oxford, 1993.

Friedrich, Carl J., "Legitimacy and Constitutionalism," *Limited Government: A Comparison* içinde, Prentice-Hall, Inc., Englewood Cliffs, New Jersey, 1974.

Hague, Rod, Martin Harrop, Shaun Breslin, *Comparative Government and Politics, An Introduction*, 3. Baskı, Macmillan, Londra, 1993.

Heywood, Andrew, *Political Ideas and Concepts, An Introduction*, Macmillan, Londra, 1994.

Kapani, Münci, *Politika Bilimine Giriş*, 4. Baskı, Bilgi Yayınevi, Ankara, 1988.

Kavanagh, Dennis, "Political Culture", *The Blackwell Encyclopedia of Political Science* içinde, Vernon Bogdanor, (der.), Blackwell, Londra, 1991.

Linz, Juan J., "Introduction," *The Breakdown of Democratic Regimes* içinde, Juan J. Linz ve Alfred Stepan (der.), The Johns Hopkins University Press, Baltimore, 1978.

Lipset, Seymour Martin, *Political Man, The Social Basis of Politics*, Doubleday, New York, 1959.

Maarseven, Henc van, Ger van den Tang, *Written Constitutions*, Oceana Publications, Inc., Dobbs Ferry, New York, 1978.

McWhinney, Edward, *Constitution-making: Principles, Process, Practice*, University of Toronto Press, Toronto, 1981.

Parkin, Frank, *Max Weber*, Ellis Horwood Limited, Tavistock Publications, Londra ve New York, 1982.

Pateman, Carole, "Political Culture, Political Structure and Political Change", *British Journal of Political Science*, S. 1, 1971.

Patrick, Glenda M., "Political Culture", *Social Science Concepts* içinde, Giovanni Sartori, (der.), Sage Publications, Londra, 1984.

Przeworski, Adam, *Democracy and the Market, Political and Economic Reforms in Eastern Europe and Latin America*, Cambridge University Press, Cambridge, 1991.

Pye, Lucian W., "Political Culture", *International Encyclopedia of the Social Sciences* içinde, David L. Sills, (der.), The Macmillan Company & The Free Press, New York, 1968.

Schaar, John H., "Reflections of Authority," *New American Review* 8, 1970

Weber, Max, "The Theory of Social and Economic Organization," *Theories of Society* içinde, Talcott Parsons, Edward Shils, Kaspar D.Naegele, and Jesse R. Pitts, (der.), The Free Press, New York, 1961.

Weber, Max, "The Types of Authority," *Theories of Society* içinde, Talcott Parsons, Edward Shils, Kaspar D.Naegele, and Jesse R. Pitts, (der.), The Free Press, New York, 1961.

(41. Makale - 2002)

Arş. Gör. Ozan ERGÜL

*Anayasa Mahkemesi'nin TBMM İçtüzük
Değişikliğini İptal Kararı Işığında Özel
Yasama Yöntemine Bir Bakış**

* Ozan Ergül, "Anayasa Mahkemesi'nin TBMM İçtüzük Değişikliğini İptal Kararı Işığında Özel Yasama Yöntemine Bir Bakış", AÜHF Dergisi, Yıl 2002, Cilt 51, Sayı 4, 99-130.

ANAYASA MAHKEMESİ'NİN TBMM İÇTÜZÜK DEĞİŞİKLİĞİNİ İPTAL KARARI IŞIĞINDA ÖZEL YASAMA YÖNTEMİNE BİR BAKIŞ

Arş. Gör. Ozan ERGÜL

I. GİRİŞ

Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM), 7.2.2001 günü aldığı 713 sayılı kararla TBMM İçtüzüğü'nün bazı maddelerini değiştirdi. 1982 Anayasası döneminde TBMM İçtüzüğü'nde değişiklik yapılması çok sık gündeme gelmesine rağmen bu uzun süre gerçekleştirilememişti. TBMM, 1982 Anayasası yürürlüğe girdikten sonra, Anayasa'nın Geçici 6. maddesine uygun olarak, 5 Mart 1973 tarihli ve 584 sayılı Millet Meclisi İçtüzüğü'nün Anayasa'ya aykırı olmayan hükümlerine göre çalışmalarını sürdürüyordu. Söz konusu İçtüzük 16 Mayıs 1996 tarih ve 424 sayılı kararla büyük ölçüde değiştirildi. 2001 yılında 713 sayılı karar ile gerçekleştirilen içtüzük değişikliğinin başlıca amacı ise yasama faaliyetini hızlandırabilmektir.

Hükümeti oluşturan Demokratik Sol Parti (DSP), Milliyetçi Hareket Partisi (MHP) ve Anavatan Partisi (ANAP) Grup Başkanvekilleri tarafından verilen "TBMM İçtüzüğü'nün Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine Dair İçtüzük Teklifinin gerekçesinde, İçtüzük değişikliğinin temel amacı belirtilmektedir. Gerekçede, Millet Meclisi İçtüzüğü'nün 16.5.1996 tarihinde 424 sayılı kararla değiştirildiği ve Anayasaya uygun hale getirildiği hatırlatıldıktan sonra, "Ancak, Meclisin daha hızlı, verimli, etkin ve sağlıklı çalışabilmesi için bazı değişikliklerin daha yapılması gerektiği" değişiklik teklifinin temel amacı olarak ortaya konmuştur. Gerekçede ayrıca, "ülkenin ihtiyacı olan kanunların mümkün olduğunca çabuk çıkarılması, bunu teminen de, kanunların görüşülmesi prosedürüne dair maddelerin değiştirilmesi"nin amaçlandığı belirtilmiştir.¹

Yasama organının daha hızlı ve etkin çalışmasına yönelik beklenti ve talepler sadece Türkiye için söz konusu değildir. Yasama organlarının daha fazla yasa yapması gereksiniminin bazı nesnel nedenlerini BEYME şöyle sıralamaktadır:

-Vatandaşların beklentilerinin ve buna paralel olarak parlamenterlerin duyarlılığının artması,

-Devletin faaliyet alanlarında azalma olması (*deregulation*) beklentilerine rağmen, devletin faaliyet gösterdiği alanlarda artış olması,

-Siyasal konuların hukukileşmesi ve bu nedenle yasama organı üzerinde mevcut yasaların değiştirilmesi yönünde baskı oluşması,

-Belli bir süre yürürlükte kalan kısa süreli ve deneysel yasa türlerinin varlığı,

1 TBMM'nin 26.1.2001 tarihli 50. Birleşim tutanağı sonuna ekli S.Sayı 586, s.1, TBMMTD, Dönem 21,2001, C. 5

-Kuralların küreselleşmesi ve Avrupalılaşması.²

Yasal düzenlemeye duyulan gereksinimin artmasına ilişkin olarak BEYME'nin saydığı bu etkenlerin büyük ölçüde Türkiye için de geçerli olduğunu söylemek mümkündür. Gerçekten de 57. Hükümetin, ekonomik alanda yaşanan bunalım sonucu IMF'ye karşı gerçekleştirme yükümlülüğü altına girdiği yapısal reformların fazlasıyla kapsamlı oluşu, TBMM'nin işyükünü artırmıştır. Diğer taraftan, siyasal etkiye nispeten kapalı, özerk ya da İdare Hukukunda kabul gören terim ile “bağımsız idarî otoritelerin” kuruluşu ve çalışma düzeni de yasalarla belirlenmektedir. Türkiye, kısa sayılabilecek bir sürede enerji, iletişim ve bankacılık gibi alanlarda bu tür kurulları oluşturmuştur. Nitekim, hükümetin ve zaman zaman parlamenterlerin bu tür yasaları çıkartmış olmakla övündüklerine tanık olmaktayız. Diğer taraftan, AB'ye üyelik sürecinde gerçekleştirilmesi gereken bazı yapısal reformlar da bulunmaktadır. Bunlara, artık çağın gereklerine ve ülkenin ihtiyacına cevap veremeyen Medenî Kanun, Ceza Kanunu, Ceza Yargılaması Kanunu gibi bazı temel yasaların yenilenmesi gerekliliği eklenince yasama faaliyetinin mümkün olduğunca hızlandırılması kaçınılmaz olarak hükümetin öncelikli sorunu haline gelmiştir.

Yukarıda kısaca belirtilen ihtiyaçların sonucu olarak gerçekleştirilmek istenen içtüzük değişikliği görüşmeleri TBMM'de oldukça sıkıntılı geçti. Özellikle Genel Kurul görüşmeleri sırasında sert tartışmalar, hatta kavgalar çıktı. 30 Ocak 2001 günü yapılan görüşmelerde Doğru Yol Partisi (DYP) Şanlıurfa Milletvekili Fevzi Şahanlıoğlu kalp krizi geçirerek yaşamını yitirdi. Muhalefetin “sesimiz kısıyor” diyerek karşı çıktığı içtüzük değişikliği, yaşanan bu olayın ardından yeniden ele alındı. Muhalefetin ve iktidarın daha uzlaşmacı bir tavır ortaya koymasıyla temel yasaların görüşülmesi yöntemi dışındaki değişiklikler üzerinde anlaşmaya varıldı. Bu konudaki pürüzün de giderilmesiyle içtüzük değişikliği 7.2.2001 günü TBMM'de kabul edildi ve 9.2.2001 günlü Resmi Gazete'de (24313 sayılı) yayımlanmak suretiyle yürürlüğe girdi. İçtüzüğü değiştiren 713 sayılı karara karşı muhalefete mensup milletvekilleri Anayasa Mahkemesi'ne başvurular. Anayasa Mahkemesi, 18.6.2001 günü Resmi Gazete'de (RG) yayımlanan kararıyla 713 sayılı TBMM kararının birçok maddesini iptal etti.³ Ancak, Anayasa Mahkemesi oybirliğiyle, iptal hükmünün kararın RG'de yayımlanmasından başlayarak üç ay sonra yürürlüğe girmesine karar verdi.⁴ Basında "iktidara demokrasi dersi"⁵ başlığı altında duyuru- lan bu karar tartışmalara neden oldu.

Bu çalışmada, söz konusu içtüzük değişikliğini ve onu büyük ölçüde iptal eden Anayasa Mahkemesi kararının tümünü ayrıntılı olarak ele almak amacıyla değiliz. Burada çalışmanın kapsamını, 713 sayılı kararın özel yasama yöntemi öngören içtüzüğün 91. maddesini değiştiren 5. maddesi ve bu değişikliği iptal eden Anayasa Mahkemesi'nin ilgili maddeye ilişkin görüşü ile sınırlamış bulunuyoruz. Ancak

2 BEYME. Klaus von. Parliamentary Democracy. Macmillian Press, London, 2000. s.95.

3 AYM'nin 31.1.2002 günlü, E.2001/129, K.2002/24 sayılı kararı için bkz. 18 Haziran 2002 tarih ve 24789 sayılı R.G.

4 İptal kararı 18.09.2002 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

5 Radikal Gazetesi, 25.06.2002,

bunu yapmadan önce, yasama faaliyetinin hızlandırılması gibi bir amaca yönelik olarak hazırlandığı iddia edilen ve bu yönüyle amaçsal bir bütünlük gösteren 713 sayılı TBMM kararının, İçtüzük'te meydana getirdiği değişikliklere genel olarak değinmek gerekmektedir.

II. 713 Sayılı TBMM Kararı ile Gerçekleştirilen Değişiklikler

Bu bölümde, 713 sayılı TBMM kararı ile gerçekleştirilen içtüzük değişikliklerinin getirdiği yenilikleri ve Anayasa Mahkemesi'nin bu değişikliklere ilişkin kararı ile kısa değerlendirmemizi aktarmaya çalışacağız. Burada ele alınacak değişiklikler "genel yasama yöntemine" ilişkindir. Diğer bir deyişle bu kurallar, "özel yasama yöntemi" olanağı getiren 91. maddenin uygulanmadığı durumlarda izlenecek "genel yasama yöntemini" oluşturan kurallardır.

Öncelikle, 713 sayılı kararın 1.maddesiyle içtüzüğün 60. maddesinin 6. fıkrasının sonuna "Soru ve cevap süresi on dakika ile sınırlıdır." cümlesi eklenmiştir. Eski düzenlemeye göre "Genel Kurul Çalışmaları" başlıklı Üçüncü Kısımda yer alan ve "Söz alma, konuşmalar ve yazılı konuşmalar" kenarbaşlığını taşıyan 60. maddede Genel Kurul'da yapılacak bir konuşmanın ardından sorulacak sorularda bir süre sınırlaması bulunmamaktaydı. İçtüzüğün 60. maddesinin, "Görüşme sırasında Hükümetten veya komisyondan soru sormak isteyenler, sorularını yerlerinden sorarlar" hükmünü içeren 6. fıkrasının sonuna, "soru ve cevap süresi on dakika ile sınırlıdır." cümlesi eklenmek suretiyle bir sınır getirilmiş oldu. Anayasa Mahkemesi, 713 sayılı kararla gerçekleştirilen bu değişikliği Anayasa'ya aykırı bularak iptal etti. TBMM İçtüzüğü'nü değiştiren 713 sayılı TBMM kararının oyçokluğuyla iptal edilen tek maddesi bu olmuştur. Diğer tüm iptal kararları oybirliğiyle alınmıştır.

Anayasa Mahkemesi bu değişikliği iptal ederken TBMM İçtüzüğü'nün yasama görev ve yetkisinin kullanılması sırasında taşıdığı öneme dikkat çekmiş ve bu yetkiyi düzenleyen Anayasa'nın 87.maddesine ve demokratik hukuk devleti ilkesini içeren 2. maddesine aykırılık tespit etmiştir.

Anayasa Mahkemesi'ne göre; *"Çağdaş demokrasilerde, siyasi tercihlerin ve kararların oluşumunun mümkün olan ölçüde geniş ve açık tartışmalarla sağlanması, iktidar ve muhalefet partileri ile milletvekillerinin seçmen önündeki sorumluluklarının gereğidir. Bu bağlamda yasama işlevi yerine getirilirken, iktidar-muhalefet diyalogu içinde Meclis iradesinin yansıtılmasında yapılan konuşmalar kadar bir aydınlanma ve bilgilenme aracı olan soruların da önemi yadsınamaz. Özellikle teknik düzenlemeler içeren tasarı ve tekliflerin konuya yabancı üyelerce anlaşılabilmesi büyük ölçüde soru-cevap yoluyla sağlanabilir. / Sınırsız bir tartışma ortamı ve sonu gelmeyen soruların, Meclis çalışmalarını ve yasama işlevinin etkili ve sağlıklı biçimde yerine getirilmesini engelleyeceği açıktır. Ancak, tasarı ve tekliflerin olabildiğince çabuk çıkarılabilmesi için 550 milletvekilinden oluşan TBMM Genel Kurulu'ndaki görüşmelerde içtüzüğün 81. maddesiyle maddeler üzerinde soru sorulması yasaklanıp, dava konusu 60. madde ile de tasarı ve tekliflerin tümü üzerindeki soru-cevap işlemi on dakika ile sınırlandırılarak milletvekillerinin soru sorma haklarının yasama işlevinin gereği gibi yerine getirilmesini engelleyecek biçimde sınırlandırılması demokratik bir hukuk devletinde kabul edilemez."*

Anayasa Mahkemesi'nin bu gerekçeyle, parlamentodaki çoğunluk ile azınlık arasında korunması gereken dengeye dikkat çektiği görülmektedir. Anayasa Mahkemesi, sınırsız bir tartışmanın yasama işlevini etkisiz kılacağını belirtmekte, ancak maddeler üzerinde soru sorulmasının yasaklanması yanında (aşağıda ele alacağımız 81. madde değişikliği ile), tasarı ve tekliflerin tümü üzerindeki soru-cevap süresinin on dakika olarak belirlenmesini yasama işlevinin amacına ve demokratik hukuk devleti ilkesine aykırı bulmaktadır.

Yine 713 sayılı kararla, “Raporların okunmaması” kenarbaşlığını taşıyan 79. maddede değişiklik yapıldı. Eski düzenlemeye göre, yasa tasarı ve tekliflerine ilişkin komisyon raporlarının okunup okunmaması Genel Kurul'un kararına bağlıyken, yeni düzenlemeyle, esas olarak raporun okutulmaması, ancak TBMM Başkanı'nın raporların sıra sayılarını belirtmesi yöntemi kabul edildi. 713 sayılı karara karşı açılan iptal davasında bu maddeye ilişkin bir talep bulunmadığından Anayasa Mahkemesi de bu maddeyle ilgili bir karar vermemiştir.

713 sayılı TBMM kararının 3. maddesiyle TBMM İçtüzüğü'nün 81. maddesi kenarbaşlığı ile birlikte değiştirildi.⁶ Kenarbaşlığı “Kanun Tasarı ve Tekliflerinin Genel Kurulda Görüşülmesi” olarak değiştirilen bu maddenin içeriği de oldukça farklılaştırıldı. Eski düzenlemede, yasa tasarı ve tekliflerinin Genel Kurul'da görüşülmesi sırasında, tasarı veya teklifin tümü üzerinde yapılacak görüşmelere ilişkin bir açıklık yoktu. Yeni düzenlemeyle, yasa tasarı ve tekliflerinin tümü üzerindeki görüşmelerden sonra soru-cevap işlemi öngörüldü. Maddeler üzerinde ayrıca soru sorulamaması, yürürlük ve yürütme maddeleri ile milletlerarası anlaşmaların onaylanmasının uygun bulunmasına dair yasa tasarılarına ilişkin görüşme açılmaması ve önerge verilememesi de bu düzenlemeyle benimsendi. Yine bu düzenlemeyle, kanun tasarı ve tekliflerinin tümü hakkında siyasi parti grupları, komisyon, ve hükümet adına yapılan konuşmaların yirmişer, üyeler tarafından yapılan konuşmaların ise onar dakika olması esası getirildi. Bunun yanında maddeler üzerinde siyasi parti grupları, hükümet ve komisyona beşer dakika süre ile

6 713 Sayılı TBMM karar ile değiştirilen içtüzüğün 81. maddesinin yeni hali şöyleydi:

Kanun tasarı ve tekliflerinin Genel Kurulda görüşülmesi

Madde 81.- Kanun tasarı ve teklifleri; Genel Kurulda, aşağıda belirtilen usule göre görüşülür:

a) Tasarı ve teklifin tümü üzerinde görüşme açılır.

b) Tasarı ve teklifin tümünün görüşülmesinden sonra soru-cevap işlemi yapılır. Maddeler üzerinde ayrıca soru sorulamaz.

c) Tasarı veya teklifin maddelerine geçilmesi oylanır.

d) Tasarı veya tekliflerin yürürlük ve yürütme maddeleri ile yabancı devletlerle veya milletlerarası kuruluşlarla yapılacak anlaşmaların onaylanmasının uygun bulunduğuna ilişkin tasarıların maddeleri üzerinde görüşme açılmaz ve önerge verilemez.

e) Tasarı veya teklifin tümü oylanır.

Anayasa değişiklikleri hariç, kanun tasarı ve tekliflerinin tümünün veya maddelerinin oylanması, açık oylamaya tabi işlerden değilse, yirmi üyenin talebi halinde açık oyla, aksi takdirde işaretle yapılır.

Aksi, Danışma Kurulunun teklifiyle Genel Kurulca kararlaştırılmamışsa; kanun tasarı ve tekliflerinin tümü hakkında siyasi parti grupları, komisyon, ve Hükümet adına yapılan konuşmalar yirmişer, üyeler tarafından yapılan konuşmalar onar dakikadır.

Maddeler üzerinde siyasi parti grupları, Hükümet ve komisyona beşer dakika süre ile söz verilir.

Maddelerine geçilmesi veya tümü kabul edilmeyen kanun tasarı ve teklifleri. Genel Kurulca reddedilmiş olur.

söz verileceği öngörüldü. Anayasa Mahkemesi, yeni haliyle İncelediği bu maddenin I. fıkrasının (b) bendinin 2. tümcesini ve (d) bendini Anayasa'ya aykırı bularak iptal etti. İptal edilen (b) bendinin 2. tümcesi, "maddeler üzerinde ayrıca soru sorulamaz" hükmünü içeriyordu. Aynı fıkranın (d) bendi ise. "tasarı veya tekliflerin yürürlük ve yürütme maddeleri ile yabancı devletlerle veya milletlerarası kuruluşlarla yapılacak antlaşmaların onaylanmasının uygun bulunduğuna ilişkin tasarıların maddeleri üzerinde" görüşme açılmayacağını ve Önerge verilemeyeceğini öngörüyordu. Aynı maddenin Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen 4. fıkrası, "maddeler üzerinde siyasi parti grupları, Hükümet ve komisyona beşer dakika süre ile söz verileceğini" düzenlemekteydi.

Anayasa Mahkemesi, (b) bendine ilişkin iptal kararının gerekçesinde de, soru-cevap süresinin on dakika ile sınırlandırılmasını öngören düzenlemeyle ilgili olarak ileri sürdüğü nedenlere dayanmıştır. Buna göre; *"milletvekillerinin bir konuda aydınlanmaları, düşünce ve kanaat oluşturmaları, buna göre de oy kullanmaları sürecinde maddeler üzerinde soru sormalarının tümüyle yasaklanmasının, Anayasa'nın 87. maddesinde belirtilen yetkilerini kullanmaları ve görevlerini yerine getirmelerini büyük ölçüde zorlaştıracağı da kuşkusuzdur,"* Böylece, Anayasa Mahkemesi bilgilenme açısından bir engel olarak değerlendirdiği 81. maddenin (b) bendini Anayasa'ya aykırı bularak iptal etmiştir.

Aynı maddenin, tasarı ve tekliflerin yürürlük ve yürütme maddeleri ile yabancı devletlerle veya milletlerarası kuruluşlarla yapılacak antlaşmaların onaylanmasının uygun bulunması yasa tasarılarının maddeleri üzerinde görüşme açılmayacağını ve önerge verilemeyeceğini öngören (d) bendini de Anayasa Mahkemesi benzer gerekçe ile iptal etmiştir. Ancak, maddenin kapsamı nedeniyle bazı değişik hususlara da değinmek gerekliliği doğmuştur. Anayasa Mahkemesi'ne göre; *"Anayasa'nın 7. maddesine göre Türk Milleti adına yasama yetkisini kullanan ve 87. maddesi uyarınca da kanun koymak, değiştirmek, kaldırmak görev ve yetkileri arasında bulunan TBMM'nin bu işlevini gereğine uygun olarak yerine getirebilmesi için kimi durumlarda yasaların diğer maddeleri kadar önem kazanan yürütme ve özellikle yürürlük maddeleri üzerinde görüşme açılması ve önerge verilmesi zorunlu hale gelebilir. Her kuralın özgürce tartışılıp, sonuca başlanmadığı bir ortamda demokrasi ilkelerinin uygulandığından söz edilemez. Bu nedenle, hakkın kötüye kullanılarak yasama faaliyetlerinin engellenmesini önlemek amacıyla durumun gerektirdiği ölçüde kimi sınırlamalar getirilebilirse de yasama etkinliklerinin ayrılmaz bir parçası olan görüşme ve önerge vermenin tümüyle yasaklanması Anayasa'nın 2.maddesinde belirtilen devletin demokratik olma niteliği ile bağdaşmaz."*

Aynı düzenlemede yer alan ve yabancı devletlerle veya milletlerarası kuruluşlarla yapılacak andlaşmaların onaylanmasının uygun bulunduğuna ilişkin tasarıların maddeleri üzerinde görüşme açılmayacağı ve önerge verilemeyeceğini öngören düzenlemeyi de iptal eden Anayasa Mahkemesi, bu konunun gösterdiği bazı Özelliklere de değinen bir gerekçe ileri sürmüştür. Anayasa Mahkemesi'ne göre; *"(...) yabancı devletler veya milletlerarası kuruluşlarla yapılacak andlaşmaların metinleri kimi çekincelere izin veriyorsa, bu konuda TBMM'nin yetkili olmadığı düşünülemez. Bu yetkinin ise görüşme açılması ve önerge verilmesi ile kullanılabilceği açıktır. Belirtilen*

çekincelerin yer alacağı madde de, kuşkusuz andlaşmanın, onaylanmasının uygun bulunduğuna ilişkin ilk maddesidir. Öte yandan, andlaşmalarla üstlenilecek yükümlülüklerin yerine getirilmesinin başlangıcı aksi kararlaştırılmamışsa onay yasasının yürürlük tarihi olduğundan, önemli görülen durumlarda, bu tarihin tartışılması gerekebilir. Bunun onay yasalarına ilişkin tasarıların maddeleri üzerinde görüşme açılması ve önerge verilmesi yasaklanarak engellenmesi ise demokratik hukuk devleti çerçevesinde yasama yetkisinin amacına uygun olarak gerektiği biçimde kullanılamaması sonucunu doğurur.” Anayasa Mahkemesi bu gerekçelere dayanarak düzenlemeyi Anayasa’nın 2. ve 87. maddelerine aykırı bularak iptal etmiştir.

TBMM İçtüzüğü’nün 713 sayılı karar ile değiştirilen 81. maddesinin son olarak 4. fıkrasını inceleyen Anayasa Mahkemesi bu düzenlemeyi de Anayasa’ya aykırı bularak iptal etmiştir. Söz konusu fıkra ile, “Maddeler üzerinde siyasi parti grupları, hükümet ve komisyona beşer dakika süre ile söz verilir” hükmü getirilmiş ve böylece daha önce on dakika olan konuşma süresi beş dakikaya indirilmiş, ayrıca üyelerin daha önce beş dakika olan maddelere ilişkin söz hakları tümüyle ortadan kaldırılmıştır. Anayasa Mahkemesi, bu fıkraya ilişkin incelemesinde, öncelikle siyasi partilerin yasama faaliyetlerine en geniş ve etkili biçimde katılımlarının sağlanmasının zorunlu olduğunu belirtmiş ve daha sonra şu saptamayı yapmıştır: “ (...) yasama faaliyetlerine siyasi partilerin hükümetin, komisyonların ve üyelerin katılımlarının sağlanması için yapılan konuşmaların, yasanın konusu, kapsamı, madde sayısı, maddelerin içeriği, fıkra ve bent gibi yapısal özellikleri gözetilerek Meclis İradesinin sağlıklı oluşumuna olanak verecek bir süre içinde yapılması gerekir./81. maddenin üçüncü fıkrasıyla kanun tasarı ve tekliflerinin tümü hakkında yapılan konuşmalar için tanınan sürenin kısalığı da gözetildiğinde maddeler üzerinde siyasî parti grupları hükümet ve komisyona dava konusu dördüncü fıkra ile tanınan 5 dakikalık sürenin bunların yasama faaliyetlerine katılımını ve işlevlerini yerine getirmelerini sağlayacak yeterlikte olmadığı sonucuna varılmıştır. ”

Anayasa Mahkemesi bu gerekçesiyle, Anayasa ile belirlenmiş yasama işlevine ilişkin ve meclisin kurumsal yapısına sıkı sıkıya bağlı değiştirilemez, devredilemez bazı ilkelere dayandığı izlenimini vermektedir. Ancak, bu çok sağlam bir yaklaşım olarak da görülmemelidir. Maddeler üzerinde ayrıca soru sorulamaması, tasarıların yürürlük maddelerine ve milletlerarası andlaşmaların onaylanmasının uygun bulunmasına dair kanunların maddeleri üzerinde önerge verilememesi gibi sınırlamaların “genel yasama yöntemi” içinde yer aldığı düşünülürse, yeterli bilgi edinme ve tartışma ortamının sağlanmasını önleyebilecekleri kabul edilebilir. Bununla birlikte, madde ile yeniden düzenlenen sürelerin yasama işlevine ve ayrıca demokratik devlet yapısına uygun olmadığını ileri sürmek şüphesiz tartışılmaya değer niteliktedir. Bu bağlamda ilk akla gelebilecek soru, “kaç dakikalık konuşma süresinin yasama işlevinin ve demokratik ilkelerin gereğine uygun olduğu” sorusu olmaktadır. Bu soruya Anayasa Mahkemesi’nin gösterdiği çerçevede tatminkar bir cevap bulmak güçtür. Mahkeme’nin 713 sayılı kararla getirilen sınırlamaları Anayasa’ya aykırı bulması karşısında, TBMM’nin yapacağı yeni düzenlemede süreleri bu denli sınırlamayacağı öngörülebilir. Bunu en azından bir kere daha iptal yaptırımı ile karşılaşmamak için yapacaktır. Diğer taraftan, anayasa yargısının bir

özelliği olarak kabul edilen “yol gösterici, öğretici olma”⁷ niteliği nedeniyle, Mahkeme'nin sürelerin tam olarak ne olması gerektiğini kararında belirtmesi gerektiği söylenebilir. Ancak, hem söz konusu sürelerin oldukça kısa ama birbirine yakın olması, hem de böyle bir saptamanın yapılmasındaki güçlük nedeniyle ve belki de daha fazla müdahil olmamak kaygısıyla, Mahkeme'nin bu yönde bir saptama yapmamasını anlayışla karşılamak gerekir.

Anayasa Mahkemesi'nin, aynı fıkranın yeni düzenlemesinde üyelerin daha önce beş dakika olan konuşma sürelerinin tamamen kaldırılmış olmasını ve böylece maddeler üzerinde söz almalarının engellenmesini de Anayasa'ya aykırı bularak iptal ettiğine değinmiştik. Mahkeme'nin gerekçesi şöyledir: (...)Bu durumun, yalnız seçildikleri bölgeyi veya kendilerini seçenleri değil, bütün milleti temsil eden milletvekillerinden, bağımsızlar ile TBMM'nde grubu bulunmayan siyasi partilerin, yasama etkinliklerinin bir bölümüne katılamamaları, bu bağlamda, Meclis iradesinin eksiksiz olarak yansıtılmaması sonucunu doğuracağı açıktır./ Öte yandan. Anayasa'nın 88. maddesinin tanıdığı yetkiye dayanarak kanun teklifi veren milletvekillerinin bu tekliflerin maddeleri görüşülürken söz alarak düşüncelerini açıklayamamalarının, yasama etkinliklerinin amacına uygun biçimde yerine getirilmesini engelleyeceği açıktır. Bu sonuca yol açan düzenlemenin, insan haklarına dayanan, bu hakları koruyup güçlendirmek, hukukun üstünlüğünü sağlamak ve devletin temel yapısını oluşturan Anayasa kurallarını yaşama geçirmekle yükümlü hukuk devleti ilkesiyle de bağdaştığı ileri sürülemez.”

Anayasa Mahkemesi'nin gerekçesinde yer alan hususlar değerlendirildiğinde ve özellikle de üyeler yönünden getirilen sınırlamanın (buna ortadan kaldırma da denebilir) yasama faaliyetinin genel rejimine ilişkin bir düzenleme olduğu göz önüne alındığında iptal kararına katılmamak güçtür. Burada özellikle vurgulamak istediğimiz husus, 81. madde düzenlemesinde üyelere getirilen maddeler üzerinde konuşma yasağının genel yasama yöntemine ilişkin olduğudur.

713 sayılı TBMM kararı ile gerçekleştirilen İktüzük değişikliklerinden bir diğeri, İktüzüğün 87. maddesiyle ilgilidir. Bu madde “Değişiklik önereleri” kenarbaşlığını taşımaktadır. 713 sayılı kararın 4. maddesiyle, 87. maddenin 1. fıkrasının son cümlesi değiştirilmiş ve 8. fıkrasına bir cümle eklenmiştir. Maddenin eski düzenlemesine göre milletvekilleri tarafından maddelerin her fıkrası için en fazla dört önerge verilmesi mümkünken, değişiklikten sonra komisyon ve hükümet üyelerinin her madde için birer, milletvekillerinin ise Anayasa'ya aykırılık dahil en fazla üç önerge verebilmesi öngörülmüştür. Yine aynı maddedeki değişiklik ile beşten fazla imzalı önerelerde, ilk beş ismin okunması ve önergenin tutanağa eklenmesi hükmü getirilmiştir. Anayasa Mahkemesi, bu maddede yapılan önerge verilmesine ilişkin sınırlamaları da Anayasa'ya aykırı bularak iptal etmiştir.

Anayasa Mahkemesi bu düzenlemeyi iptal ederken öncelikle demokratik siyasal sistemlerde çoğunluk-azınlık ilişkilerine ilişkin belirlemelerde bulunmuştur. Mahkeme'ye göre; “çoğunluğa karşı azınlığın iktidara karşı muhalefetin haklarının korunmadığı bir rejim demokratik sayılamaz. Bunlar arasında bir denge kurulması, uzlaşma

7 STONE SWEET, Alec. Governing with Judges. Oxford University Press. New York. 2000. s. 73.

sağlanması demokrasinin gereğidir.” Anayasa Mahkemesi daha sonra, diğer hükümleri iptal ederken yaptığı gibi düzenlemenin yasama işlevinin gerekleriyle ne ölçüde bağdaştığını sorgulamış ve olumsuz bir sonuca varmıştır. Buna göre; “Yasama etkinliklerinde asıl olan, kamusal yararı gerçekleştirmek amacıyla yapılan görüşmeler sonucunda Meclis’in gerçek iradesinin oluşmasıdır. Bu iradenin oluşmasında, yapılan görüşmeler kadar verilen önergelerin de büyük katkısı olduğu bir gerçektir. Ancak, milletvekillerine sınırsız sayıda önerge verme olanağının tanınmasının da yasama çalışmalarını olumsuz yönde etkileyerek gereksinim duyulan yasaların çıkarılmasını engelleyeceği açıktır. /Dava konusu düzenleme uyarınca, önerge sayısının komisyon ve hükümet için birer, milletvekilleri için Anayasa’ya aykırılık önergeleri dahil en fazla üçle sınırlanmasının, milletvekillerinin kimi konuların maddede yer alması veya maddeden çıkarılması, maddenin komisyona iadesi veya reddi, metne ek veya geçici madde eklenmesi gibi yasama etkinliklerinden ayrı düşünülemeyecek olan konularda önerge verme haklarını önemli ölçüde zorlaştıracığı kuşkusuzdur. /Yasama Meclisi üyelerinin görev ve yetkilerinin amacına uygun biçimde kullanılmasının aşırı derecede zorlaştırılması veya ortadan kaldırılması durumunda ise Anayasa’nın 87. maddesi çerçevesinde yasama işlevinin tam olarak yerine getirildiğinden söz edilemez.”

Özellikle yasama tekniği nedeniyle birçok fıkradan oluşan bir maddenin Genel Kurul’da görüşülmesi sırasında en çok uygulandığı bilinen engelleme yöntemi önerge verme yöntemidir. Her bir fıkra için eskiden sahip olunan dört önerge verme hakkının muhalefete mensup milletvekillerince çok sık kullanılan bir engelleme aracı olduğu bilinmektedir. Bu durumda, muhalefetin elinden en önemli engelleme aracı alınmak istenirken aşırıya kaçıldığı anlaşılmaktadır. Getirilen üç önerge sınırlaması, anayasaya aykırılık önergelerinin de bu sayıya dahil edilmesi ile iyice daraltılmıştır. Yeni yapılacak İktüzük’te yasama sürecinin hızlandırılması için, eski düzenleme ile iptal edilen düzenleme arasında bir ara yolun bulunması gerekli görünmektedir.

Burada kısaca değinmekle yetineceğimiz bir diğer değişiklik 713 sayılı kararın 6. maddesiyle İktüzüğün 83. maddesinde gerçekleştirilmiştir. Buna göre 83. maddenin kenar başlığı eski haliyle “Bir Maddenin Önce Konuşulması veya Fıkraların Ayrı Ayrı Oylanması” iken, yeni hali “Bir Maddenin Önce Konuşulması” olarak düzenlenmiştir. Aynı maddeyle 83. maddenin ikinci fıkrası yürürlükten kaldırılmış ve böylece bir maddenin bir çok mesele veya fıkralardan mürekkep olması halinde bunların ayrı ayrı oya konabilmesine imkan veren düzenleme İktüzük’ten çıkarılmıştır. Anayasa Mahkemesi, bir iptal talebi olmadığından bu düzenlemeyle ilgili bir karar vermemiştir.

Buraya kadar aktardıklarımız ışığında Anayasa Mahkemesi’nin, içtüzük değişikliği ile getirilen genel yasama yöntemine ilişkin düzenlemeleri, özellikle demokratik hukuk devleti ilkesine ve Anayasa’nın 87. maddesinde TBMM’nin görevleri arasında sayılan yasama işlevine aykırı bulduğunu anlıyoruz. Giriş bölümünde de belirttiğimiz gibi, bu çalışmada asıl amacımız şimdiye kadar aktarmış olduğumuz içtüzük değişikliklerini veya bu değişiklikleri iptal eden Anayasa Mahkemesi kararını irdelemek değildir. 713 sayılı kararın birazdan aktaracağımız ve içtüzüğün 91.

maddesinde değişiklik yapan 5. maddesi asıl ilgi alanımızı oluşturmaktadır. Ancak, burada Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda aktardığımız değişikliklere yaklaşımına ilişkin birkaç değerlendirme yapmak yerinde olacaktır. Böyle bir değerlendirme, yasama faaliyetine ilişkin özel bir yöntem öngören 5. maddenin ve onu iptal eden Anayasa Mahkemesi kararının daha iyi değerlendirilmesi için de gereklidir.

713 sayılı TBMM kararının ilk dört maddesi İçtüzüğü'nün genel yasama yöntemini düzenlemektedir. Bu değişikliklerle yapılan düzenlemeler, TBMM'nin yasama faaliyeti sırasında takip etmesi gereken yöntemin esaslarını belirlemektedir. Soru-cevap süresinin on dakika ile sınırlı olması, maddeler üzerinde ayrıca soru sorulamaması, verilecek değişiklik önergelerinin sayısının sınırlandırılması gibi değişiklikler yasama faaliyeti sırasında uyulması gereken kurallara eklenmişler ve böylece yasama faaliyetinin genel yöntemine dahil olmuşlardır. Bu genel yöntemle ilişkin düzenlemelerde, TBMM Genel Kurulu'na İçtüzüğü'nün düzenlemesinden başka bir usul belirlenmesi de açıkça tanınmıştır. İçtüzüğü'nün 81. maddesinde "Aksi, Danışma Kurulu'nun teklifiyle Genel Kurulca kararlaştırılmamışsa; kanun tasarı ve tekliflerinin tümü hakkında siyasi parti grupları, komisyon ve hükümet adına yapılan konuşmalar yirmişer, üyeler tarafından yapılan konuşmalar onar dakikadır." şeklinde bir düzenleme yapılarak Danışma Kurulu'nun teklifiyle Genel Kurul'a söz konusu düzenlemede belirlenen süreleri değiştirme olanağı tanınmıştır. Aslında sorun da tam bu noktada ortaya çıkmaktadır. Çünkü, böyle bir düzenleme var olmasa dahi eylemli bir İçtüzük değişikliği ile TBMM'nin Anayasa'nın 96. maddesinde öngörülen yetersayılara uymak suretiyle İçtüzüğü değiştirilmesi mümkündür. Diğer bir deyişle, yasama organında, demokrasinin -hala yerine bir başka yöntem konulamamış olan- çoğunluk ilkesi geçerlidir ve İçtüzüğü'nün uygulanmasında, kurallarının belirlenmesinde ve değiştirilmesinde de çoğunluk ilkesinin geçerli olması kaçınılmazdır. Bununla birlikte, Anayasanın üstünlüğü ilkesi gereği İçtüzük'te yapılacak değişikliklerin ve düzenlemelerin Anayasa'ya aykırı olmaması da şüphesiz gereklidir.

Bu noktada Anayasa Mahkemesi'nin yasama faaliyetine bakışına genel olarak değinilebilir. Anayasa Mahkemesi, İçtüzük'te yapılan değişikliklerde yer alan konuşma süresi sınırlamalarını, maddeler üzerindeki görüşme yasaklarını ve değişiklik önergesi verme sınırlamalarını demokratik hukuk devleti ilkesine ve TBMM'nin Anayasa'nın yasama görevini düzenleyen 87. maddesine aykırı bularak iptal etmiştir. Gerçekten de, çoğunluk ilkesinin katı bir şekilde uygulanması halinde parlamentolarda muhalefetin etkisiz hale geleceğini söylemek fazlasına iddialı bir yaklaşım olarak görülmemeli, bu iddianın büyük oranda gerçeği yansıttığı teslim edilmelidir. Parlamentolarda başlıca çekişmenin çoğunluğun yönetme ve azınlığın da fikrini söyleyebilme hakları çerçevesinde yaşandığı bir gerçektir.⁸ Bu nedenle, çoğunluğun yönetme hakkını sağlamak kadar, azınlığın görüşlerini ileri sürerken makul Ölçüleri aşan sınırlamalara maruz kalmasını önlemek de parla-

8 DÖRING, Herbert. "Time as a Scarce Resource: Government Control of The Agenda", *Parliaments and Majority Rule in Western Europe*, Herbert Döring (ed.) içinde, Campus Verlag, Frankfurt am Main, 1995, s. 228.

menter demokrasilerde çoğunluk ile azınlık arasında aranan dengenin bulunması için zorunlu görünmektedir. Anayasa Mahkemesi'nin, İçtüzük değişikliklerinde getirilen sınırlamaları bu dengeyi muhalefetin aleyhine bozacak nitelikte gördüğü anlaşılmaktadır. Ancak, Anayasa Mahkemesi'nin bu yaklaşımı, TBMM'ni bir kurum olarak, İçtüzüğü de kurumsal ihtiyaçlara göre değişebilen bir normlar bütünü olarak değerlendirmekten uzaktır.

Anayasa Mahkemesinin İçtüzük değişikliklerini iptal ederken gösterdiği yaklaşım, bize göre, “demokrasiyi” daha çok içeriğe ilişkin ilkeler bütünü olarak benimsediğini göstermektedir. Oysa, yasama faaliyetine ilişkin yöntem kurallarının daha kabul edilebilir bir çerçevede tartışılması, çoğunluk ilkesinin gerekleri ile bir kurum olarak TBMM'nin kurumsal özellikleri birlikte düşünüldüğünde mümkün olabilir. Yasama faaliyetini düzenleyen kuralları, bu faaliyetin hızlandırılmasına duyulan ihtiyaç ile birlikte değerlendirmek yerinde olur. Bu nedenle, kurumsal ihtiyaçları, çalışma yöntemini değerlendirirken göz önüne almak gerekmektedir.

Böyle bir duruma TBMM dışında bir örnek vermek gerekirse, çok uzağa gitmeden Anayasa Mahkemesi'ne bakmak iyi bir örnek bulunmasına yetecektir. Bilindiği gibi, Anayasa Mahkemesi yargılama faaliyetini Anayasa'ya, 2949 Sayılı Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'a ve kendi hazırladığı İçtüzüğüne göre yürütmektedir. Anayasa Mahkemesi 5.12.2000 tarihinde (24251 sayılı RG) İçtüzüğünü değiştirerek çok önemli bazı düzenlemeler yapmıştır. Bu değişikliklerden birisi, Anayasa Mahkemesi kararlarının karşıoy gerekçeleri olmadan da yayımlanmasını olanaklı hale getirmiştir. Bu durumun, Anayasa Mahkemesi'nin kurumsal ihtiyaçlarından doğduğunu, bazı üyelerin azınlıkta kaldıkları (karşıoy kullandıkları) zaman uzun süre karşıoylarının gerekçesini yazmadıklarını ve karşıoy gerekçesinin beklenmesi nedeniyle kararın yayımlanmasının da geciktiğini tahmin etmek güç değildir. Oysa, bizim Anayasa yargısı geleneğimizde karşıoy gerekçeleri önemli bir yer tutmakta, bilimsel çalışmalarda da karşıoy gerekçelerine sıkça atıf yapılmaktadır, Karşıoy gerekçelerinin, bazen azınlıkta kalmanın, ancak Daniel Defoe'nin ünlü özdeyişinde olduğu gibi “gerçekten kendisinden başka herkesin yanıldığını” düşünmenin verdiği gayretle, zaman zaman karar gerekçelerinden daha ayrıntılı bir şekilde kaleme alındığı da bir gerçektir. Buna karşılık, Anayasa Yargısı modelleri içinde karşıoyların yayımlanmadığı örnekler de bulunmaktadır ve bu durum, kararların medyada ve kamuoyu önünde tartışılmaması ile birlikte değerlendirilmelidir.⁹ Tüm bu gerçekler dışında, Anayasa Mahkemesi'ni, böyle bir İçtüzük değişikliği yaptığı için eleştirmek şüphesiz anlaşılabilir bir yaklaşımdır. Ancak, dünyadaki bazı örneklerde olduğu gibi, karşıoy gerekçesi olmadan kararların yayımlanmasını, bir kurum olarak Anayasa Mahkemesi'nin uygulamadan doğan ihtiyacını karşılamak için yaptığı bir düzenleme olarak görmek ve anlayışla karşılamak da mümkündür. Son yaklaşımın bir uzantısı olarak Anayasa Mahkemesi'nin de, özellikle TBMM İçtüzüğü'nün Anayasa'ya uygunluğunu denetlerken kurumsal ihtiyaçları göz önünde tutması yerinde olur.

9 LANDFRIED, Christine, Constitutional Review and Legislation. Nomos. Baden-Baden. 1988. s. 11. Bu kaynakta Avusturya Anayasa Mahkemesi örnek olarak verilmektedir.

Anayasa Mahkemesi'nin, İktüzük maddelerinin bazı hükümlerinin iptaline ilişkin kararını kısaca inceledikten sonra, aşağıda özel yasama yöntemi olanağı tanıyan 91. maddenin yeni haline ilişkin değerlendirmemize geçiyoruz.

III. Özel Görüşme Yöntemi (91. madde)

713 sayılı TBMM kararının 5. maddesi ile TBMM İktüzüğü'nün 91. maddesi yeniden düzenlendi. Buna göre, 16.5.1996 tarih ve 424 sayılı Meclis kararı ile İktüzüğün 91. maddesine "temel yasalar" kenarbaşlığı ile getirilen ve Meclis'e özel yasama yöntemi olanağı tanıyan 91. madde yeniden düzenlenmiş oluyordu.¹⁰ Yeni haliyle 91. madde daha önceden var olan "temel yasalar" ve "İktüzük" kategorilerini canlandırıyor ve bunun yanında "yeniden yapılanma yasaları" adı ile yeni bir yasa kategorisini özel yasama yönteminin kapsamına alıyordu.¹¹ Düzenlemeye göre, yeniden yapılanma yasalarının 91. madde kapsamında sayılabilmesi için "ülkenin ekonomik ve teknolojik gelişimi ile doğrudan ilgili" olmaları gerekmektedir. Madde yeni haliyle temel yasaların ve yeniden yapılanma yasalarının özel görüşme ve oylama yöntemlerinin, Danışma Kurulu'nda oybirliği sağlanabildiği takdirde Danışma Kurulu'nun önerisi üzerine Genel Kurulda belirleneceğini; Danışma Kurulu'nda oybirliği sağlanamaması halinde, yine Genel Kurul'da bu kez beşte üç çoğunluk ile belirlenebileceğini düzenliyordu.

Bu noktada kısaca TBMM Danışma Kurulu'nun yapısı ve işleyişi üzerinde durmakta yarar vardır. TBMM organları arasında bulunan Danışma Kurulu Anayasa'da düzenlenmiş bir organ değildir. Danışma kurulu dayanağını TBMM İktüzüğü'nden alan bir organdır ve İktüzüğün 19. maddesinde düzenlenmiştir. İktüzüğe göre, Kurul'un başkanı Meclis Başkanı; üyeleri, siyasi parti grup başkanlarıdır. Siyasi parti grup başkanlarının yerine, vekilleri veya yazılı olarak görevlendirecekleri bir milletvekili kurul üyeliği yapabilmektedir. Yine İktüzüğe göre hükümet temsilcisi veya meclis başkanvekilleri de Danışma Kurulu'na çağrılabilir. Burada Danışma Kurulu kararlarının başlayıcı nitelikte olmadığını belirtmeliyiz.¹² Danışma Kurulu, yasama sürecini kolaylaştırmak ve siyasi partilerin bu sürece katılımını sağlamak amacıyla oluşturulmuş bir organdır. Nitekim, Anayasa Mahkemesi de bir kararında Danışma Kurulu kararlarının Genel Kurul'u başlayıcı nitelikte olma-

10 424 Sayılı TBMM kararı ile getirilen İktüzüğün 91. maddesi şöyleydi:

Madde 91.- Temel kanunları ve İktüzüğü bütünüyle veya kapsamlı olarak değiştiren veya yürürlüğe koyan tasarı veya tekliflerin Genel Kurulda görüşülmesinde uygulanacak özel görüşme ve oylama usulü tespitine. Hükümetin, esas komisyonun veya grupların teklifi. Danışma Kurulunun oybirliği ile önerisi üzerine Genel Kurulca karar verilebilir.

11 713 Sayılı TBMM kararı ile değiştirilen İktüzüğün 91. maddesinin yeni hali şöyleydi:

Madde 91.- Temel kanunları, İktüzüğü ve ülkenin ekonomik ve teknolojik gelişimi ile doğrudan ilgili yeniden yapılanma kanunlarını bütünü ile veya kapsamlı olarak değiştiren veya yürürlüğe koyan tasarı veya tekliflerin Genel Kurulda görüşülmesinde uygulanacak özel görüşme ve oylama usulü ile maddeler üzerinde önerge verilip verilemeyeceğinin tespitine; Hükümetin, esas komisyonun veya grupların teklifi, Danışma Kurulunun önerisi üzerine Genel Kurulca karar verilebileceği gibi, Danışma Kurulunda oybirliği sağlanamaması halinde siyasi parti gruplarının önerisi üzerine Genel Kurulca üye tamsayısının beşte üç çoğunluğunun oyu ile de karar verilebilir.

12 BAKIRCI. Fahri. TBMM'nin Çalışma Yöntemi, İmge Kitabevi. Ankara. 2000, s.309; ÖZBUDUN, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara. 2002, s. 288.

dığını belirtmiştir.¹³ Bu durumda 91. madde düzenlemesinin danışma kurulunun yapısına herhangi bir aykırılık içermediğini söylemek mümkündür. Yeni 91. maddenin uygulanması için, Danışma Kurulu’nda oybirliği sağlanması halinde Kurul tarafından Genel Kurul’a yapılacak öneriden söz edilmekte, Kurul’da oybirliği sağlanamaması halinde ise yetkinin asıl sahibi olan Genel Kurul’da bu kez nitelikli bir çoğunluk (3/5) gerektiği öngörülmektedir. Danışma Kurulu’nda oybirliği sağlanması partiler arasında bir uzlaşma ile mümkün olduğundan bu durumda, 91. maddenin uygulanabilmesine Genel Kurul’da basit çoğunlukla karar verilmesi amaca uygun görünmektedir. Danışma Kurulu’nda oybirliği sağlanamaması halinde Genel Kurul’da nitelikli çoğunluk aranması ise muhalefeti korumaya yöneliktir ve yerinde bir düzenleme olarak değerlendirilebilir.

TBMM İçtüzüğü’nün 91. maddesinin yeni haliyle ilgili incelememize devam etmeden önce, bu maddenin 1996 yılında düzenlenen ilk halinin uygulamasına bakmak yararlı olacaktır. Tespit edebildiğimiz kadarıyla, 1996 yılında “temel yasalar” için öngörülen özel görüşme yöntemi 20. yasama döneminde hiç uygulanmamış, 21. yasama döneminde de ilk kez Gümrük Kanunu’nun görüşülmesi sırasında uygulanmıştır. TBMM’nin, 27.10.1999 tarihli 12.Birleşiminde kabul ettiği 4458 sayılı Gümrük Kanunu. 20.10.1999 tarihli 9.Birleşimde Genel Kurul’un almış olduğu karar gereği 91. madde kapsamında bir “temel kanun” olarak değerlendirilmiştir. Böylece bu kanun, yine Genel Kurul’un belirlediği özel görüşme yöntemine göre görüşülmüş ve kabul edilmiştir.

Danışma Kurulu’nun önerisi üzerine Genel Kurul tarafından Gümrük Kanunu tasarısının görüşülmesinde ve oylanmasında kabul edilen yöntemlere göre: a)Tasarının tümü ve kısımları üzerinde görüşme açılması ve maddeler okunmaksızın, sadece tümü ve kısımlarının; maddeler üzerinde verilen önergelerin kabulü halinde, o maddenin kabul edilen önergeyle birlikte oylanması; b)Tasarının tümü üzerinde gruplar, komisyon, hükümet adına yapılacak konuşmaların 20’şer dakika, kişisel konuşmaların 10’ar dakika olması; c) Kısımlar üzerinde gruplar, komisyon ve hükümet adına yapılacak konuşmaların; 1,2,8, 10, 11, 13 üncü kısımlarda 10’ar dakika; 3 üncü ve 9 uncu kısımlarda 20’şer dakika; 4 üncü kısımda 30’ar dakika; 12 nci kısımda 5’er dakika; 5 inci, 6 ncı ve 7 nci kısımların birlikte görüşülmesi ve konuşma sürelerinin 10’ar dakika, kişisel konuşmaların 5’er dakika olması esası getirilmiştir.¹⁴

Görüldüğü gibi, oldukça ayrıntılı ve genel yasama yönteminden farklı bir düzenleme getiren bu karar eski 91. maddenin ilk ama önemli bir uygulaması niteliğindedir. Nitekim, tasarının Genel Kurul’da görüşülmesi sırasında grubu adına söz alan bir milletvekili Meclis’in hızlı çalışması açısından böyle bir kararın alınmış olmasından duyduğu memnuniyeti ifade ederek sözlerine başlamıştır. Bu milletvekilinin muhalefete mensup olması ise dikkate değer bir husustur.¹⁵

13 AYM nin 4.10.1977 günlü, E.1977/88, K.1977/120 sayılı kararı için bkz. AMKD, Sayı. 15, s.487.

14 TBMMTD, Dönem 21,1999, C. 14.B.9.S. 174-5.

15 Doğru Yol Partisi Grubu adına söz alan Bursa milletvekili Oğuz Tezmen, Gümrük Kanunu tasarısının görüşülmesi sırasında şu sözlerle konuşmasına başlamıştır: “Sayın Başkan, sayın milletvekilleri;

TBMM İhtüzüğü'nün 91. maddesinin eski düzenlemesinin uygulamasına ilişkin bu örnekten sonra, tekrar 713 sayılı kararla düzenlenen yeni 91. maddeye dönerek Anayasa Mahkemesi'nin bu düzenleme hakkında vermiş olduğu kararı ele almak istiyoruz.

Anayasa Mahkemesi, 91. maddenin yeni düzenlemesini incelerken ilk olarak, "özel görüşme ve oylama usulünün çerçevesinin çizilip esaslarının belirlenmemesi" üzerinde durmuştur. Gerçekten de, 91. maddede "özel görüşme"nin çerçevesi çizilmemiş ve böylece özel görüşme sırasında uygulanacak görüşme ve oylama yöntemlerine ilişkin esasların her bir tasarı veya teklif için özel olarak Genel Kurul tarafından saptanması öngörülmüştür. Anayasa Mahkemesi bu durumu hukuk devleti ilkesine ve yasama görev ve yetkisini TBMM'ne veren Anayasa'nın 87. maddesine aykırı bulmuştur. Mahkeme'ye göre; "(...)tasarı ve tekliflerin tümü veya maddeleri hakkında görüşme yapıp yapılmayacağı, soru-cevap işlemine olanak sağlanıp sağlanmayacağı, ne kadar süre ile konuşma yapılacağı, önerge verilip verilemeyeceği, tasarı veya tekliflerin tümünün oylanmasından önce, maddelerinin oylanıp oylanmayacağı gibi hususlar Genel Kurul'ca karara bağlanacak ve bu hususlar sadece belirli bir tasarı veya teklifin görüşme ve oylama usulü için geçerli olacaktır." Mahkeme, bu durumun hukuk devleti ilkesine aykırılığını ise; "hukuk devleti, siyasal iktidarı sınırlamak ve devlet faaliyetlerini kurallara bağlamakla istikrara da hizmet eder. Bu istikrarın özü ise hukuki güvenlik ve öngörülebilirliktir." gerekçesiyle saptamıştır.

Anayasa Mahkemesi daha sonra, 713 sayılı kararın diğer maddelerinde olduğu gibi, Anayasa'nın 87. maddesiyle TBMM'ye verilmiş olan yasama işlevinin amacına aykırılık hususunda da bazı saptamalar yapmıştır. Gerekçenin ilgili bölümü şöyledir: "Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, siyasal iktidarı sınırlamak ve devlet faaliyetlerini kurallara bağlamakla istikrara hizmet eder. Bu istikrarın özü ise hukuki güvenlik ve öngörülebilirliktir. Bunu gerçekleştirmenin yolu ise kural konulmasını gerektiren durumlarda bunların genel, soyut, anlaşılabilir ve sınırlarının belli olmasını sağlamaktır." Mahkeme'ye göre, 91. maddenin düzenlemesi "belirlilik", "genellik", "soyutluk" ve "öngörülebilirlik" özelliklerine aykırı bir durum ortaya çıkarmıştır. Bu durum ise Anayasa'nın 87. maddesinde TBMM'ye verilmiş olan yasama işlevini etkisiz hale getirmektedir.

Anayasa Mahkemesi daha sonra, "temel kanun" ve "yeniden yapılanma kanunu" kavramlarının açık olmaması nedeniyle pek çok yasanın bu kapsamda düşünülmesine olanak sağlandığına dikkat çekmiş, maddede öngörülen her tasarı veya teklife özgü biçimde uygulanacak görüşme ve oylama yönteminin önceden bilinemeyecek olmasını "objektifliğe" aykırı bulmuştur.

Anayasa Mahkemesi'nin "özel görüşme ve oylama yöntemini" düzenleyen 91. maddeyi iptal etmesini, diğer İhtüzük maddelerini iptal ederken dayandığı gerek-

görüşmekte olduğumuz gümrük kanunu tasarısı gerçekten, temel kanunlardan birisidir ve Mecliste uzlaşma sağlanarak, bunun, tek tek, madde madde görüşülme, bloklar halinde görüşülmesi de Önemli bir aşamadır. Temel kanunlarda benzer uygulamaların yapılması, hem Meclisin etkinliğini artıracaktır hem de sürat kazandıracaktır," (TBMMTD, Dönem 21,C. 14, B. 12, s. 419.)

çe ve ortaya koyduğu yaklaşım nedeniyle “kaçınılmaz” olarak değerlendirmek mümkündür. Mahkeme’nin yukarıda aktardığımız diğer maddelere ilişkin iptal gerekçelerinden çıkartabildiğimiz sonuca göre, Anayasa Mahkemesi, yasama işlevinin tam olarak yerine getirilmiş sayılabilmesi için bazı koşulların varlığını zorunlu görmektedir. Bunlar şöyle sıralanabilir: 1-Yasa tasarıları ve teklifleri hakkında milletvekillerinin tatminkar bir şekilde bilgilenmesi ve bunun için yeterli tartışma olanağının sağlanması; 2-Yasa tasarıları ve tekliflerinin tüm maddelerinin görüşülmesi; 3-Yasa tasarıları ve teklifleri hakkında tatminkar sayıda önerge verme hakkına sahip olunması. Mahkeme’nin görüşü çerçevesinde, “özel görüşme ve oylama usulü” bu koşulların hepsini ortadan kaldırmaya zemin hazırladığı için kaçınılmaz olarak ve evleviyetle yasama işlevinin gereklerine aykırılık taşımaktadır ve bu nedenle de Anayasa’ya aykırıdır.

Bu noktada öncelikle gerekçenin dayandığı kavramlar üzerinde durmak gerekmektedir. Anayasa Mahkemesi’nin, özel görüşme ve oylama yöntemi olanağı getiren 91. maddeyi Anayasa’ya aykırı bulurken iki maddeye dayandığını, bunlardan birincisinin hukuk devleti ilkesini içeren 2. madde ve diğerinin kanun koyma yetkisini TBMM’ye veren 87. madde olduğunu yukarıda aktarmıştık. Mahkeme’nin hukuk devleti ilkesine aykırılığa işaret ettiği yerde hukuki güvenlik ve öngörülebilirlik ilkelerine de gönderme yaptığı görülmektedir. Hukuki güvenlik ve öngörülebilirlik ilkeleri hukuk devleti ilkesine içkin, hukuk devleti ilkesinin içeriğini oluşturan ait-ilkeler niteliğindedir. Ancak, burada sorulması gereken soru, daha çok bireyi devlete karşı korumak amacıyla hukuk devletinde yasaların taşınması gereken nitelikleri belirtmekte kullanılan bu ilkelerin, bizzat yasayı yapan organı (Meclisi) kendi içindeki çoğunluğun belirlediği kurallardan korumak için kullanılmasının ne kadar yerinde olduğudur. Bu soruya cevap verirken söz konusu düzenlemenin “özel” bir düzenleme olduğu ve kurumsal ihtiyaçlara cevap vermek üzere oluşturulduğu, görüşme ve oylama usulüne ilişkin son kararı Meclis Genel Kurulu’nun vereceği unutulmamalıdır. Diğer taraftan, temel hak ve özgürlükleri sınırlayan yasaları incelerken hukuki güvenlik veya öngörülebilirlik niteliğinin Anayasa Mahkemesi’nin gündemine gelmemesi,¹⁶ fakat TBMM’nin özel görüşme ve oylama

16 Anayasa Mahkemesi’nin yasalarda bulunması gereken belirlilik, öngörülebilirlik gibi ilkeleri ihmal etmesinin, 4178 sayılı Kanunu’na ilişkin kararı örnek olarak gösterilebilir. Anılan kanunun İl İdaresi Kanunu’na Ek 1. Madde olarak getirdiği 5. fıkrası şu hükmü içermektedir: “Görevlendirilen mülki idare amiri Kaçakçılığın Men ve Takibine Dair Kanun ile Gümrük Kanununun arama ile ilgili hükümleri saklı kalmak üzere, genel güvenlik ve kamu düzeni bakımından gerekli gördüğü hallerde, sivil hava meydanlarında, limanlarda ve sınır kapılarında, binaları, uçakları, gemileri ve her türlü deniz ve kara taşıtlarını, giren çıkan yolcular ile bunlarda görevli kamu kuruluşları ve Özel kuruluşlar personelinin üstlerini, araçlarını ve eşyalarını aratabilir.” Anayasa Mahkemesi, bir mülki idare amirinin, hakim kararı olmaksızın, genel güvenlik ve kamu düzeni bakımından gerekli gördüğü hallerde yüzlerce ve hatta binlerce insanın üstünü aratmasına olanak veren bu yasa hükmündeki vatandaşlar açısından öngörülebilir olmayan yönleri tespit edememiş ve yasayı Anayasa’ya aykırı bulmamıştır. (AYM’nin 6.1.1999 günlü, E.1996/68, K.1999/1 sayılı kararı için bkz. 19.01.2001 tarihli RG) Özgürlükleri sınırlayan yasaların taşınması gereken nitelikler için ayrıca bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin *Kruslin v. France* kararı, Publications ECHR, Series A vol. 176-A. Bu kararın analizi için bkz. *Leading Cases Of the European Court of Human Rights*, R.A. LAWSON ve H.G.SCHERMERS, Ars Aequi Libri. Leiden, 1997, s.366- 377.

ma yöntemine en yetkili organı olan Genel Kurul tarafından karar verilmesine, bu niteliklerin yokluğu nedeniyle iptal yaptırımı uygulanması ilginç bir durum arz etmektedir. Şüphesiz her hukuk kuralında aranması gereken bazı nitelikler vardır. Ancak, kendi İçtüzüğünü eylemli bir şekilde değiştirebilen TBMM'ye, hiç değilse özel görüşme ve oylama yönteminde inisiyatif tanınması yerinde olurdu.

Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 87.maddesine aykırılık saptaması yaparken, Meclis çalışmalarını düzenleyen İçtüzük kurallarının "belirli", "genel", "soyut" ve "öngörülebilir" olması halinde milletvekillerinin yasama görevini yerine getirmelerinin ve yasama faaliyetine katılmalarının mümkün olacağını ileri sürmüştür. Burada İçtüzük kurallarında aranması gereken nitelikler olarak sayılanlar da hukuk devleti ilkesine içkin alt-ilkelerdir. Büyük ölçüde dava dilekçesinden etkilendiği görülen bu gerekçe için de, yukarıda hukuk devleti ilkesi ve onunla bağlantılı hukuki güvenlik ve öngörülebilirlik (öngörülebilirlik gerekçenin bu bölümünde yinelenmiş) ilkeleriyle ilgili olarak ileri sürdüğümüz görüşler tekrar edilebilir. Anayasa Mahkemesi, içtüzük ve yöntem anlayışını o denli sıkılaştırmıştır ki, TBMM'ni adeta belli katı usul kuralları dışında faaliyette bulunamaz hale getirme tehlikesi ortaya çıkmıştır. Oysa, iptal edilen düzenlemeler, tam aksine TBMM'nin yasama işlevini daha etkin bir şekilde yerine getirmesini sağlamak amacıyla yapılmıştır.

Parlamentoların yasama sürecindeki etkilerinin giderek azaldığı ve buna bağlı olarak kurumsal bazı düzenlemelerin parlamentoların çalışma yöntemlerindeki değişikliği yansıttığı parlamento hukukunda epeydir söylenegelen bir gerçektir. Siyasi partilerin etkin konumları, parti disiplini, değişen dünyanın gerektirdiği düzenleme ihtiyacındaki artış, endüstrileşme sonucunda toplumun değişimine konut olarak ortaya çıkan farklı menfaat gruplarının yasama meclisleri üzerindeki etkisi yasama meclislerinin tek başlarına yasama faaliyeti üzerinde belirleyici olma özelliğinin sonunu getirmiştir.¹⁷ Tek tek yasama meclisi üyelerinin veya bir bütün olarak meclis genel kurullarının yasama faaliyetinin en başından (yasa teklifi verilmesi için gerekli hazırlıklar) en sonuna kadar (yasalaşma) belirleyici olması mümkün görünmemektedir. Bunun yerine yasama faaliyeti daha çok hükümetin girişimi ve yasama komisyonlarının çalışmaları ile şekillenmekte ve ürün vermektedir. Yasama komisyonlarının bazı özelliklere sahip olması halinde, hiç değilse belirleyici olmasa da etkileme gücüne sahip bir yasama meclisinden bahsetmek mümkün olmaktadır. Yasama komisyonlarının uzmanlaşma esasına göre oluşturulması ve devamlılıkları, bakanlık merkez bürokrasi teşkilatlarına paralel çalışma grupları olarak örgütlenmeleri, tasarı veya teklifi diledikleri şekilde değiştirerek genel kurullara gönderebilmeleri gibi bazı özelliklere sahip olmaları halinde, yasama meclisinin salt çoğunluğu elinde bulunduran hükümetin etkinliğinde hareket eden bir kurum olmaktan çıkması ve yasama sürecine etki edebilmesi söz konusu olabilmektedir.¹⁸

17 NORTON, Philip, "The Legislative Powers of Parliament ", The Evolving Role of Parliaments in Europe. Cees Flinterman, Aalt Willem Heringa & Lisa Weddington (eds.) içinde. Maklu-Nomos Uitgevers. 1994, s.15 vd.

18 NORTON, a.g.e , s. 21-8.

Diğer taraftan, yasa yapmak bugün yasama meclislerinin en önemli işlevi olarak görülmektedir. Yasal düzenleme yapmak, yasama meclislerinin en önemli işlevi olarak görülseydi, başta kanun hükmünde kararname olmak üzere yürütmenin düzenleyici işlemlerinde ortaya çıkan artışı açıklamakta büyük zorluk çekerdik.¹⁹ Bugün yasama meclisleri daha çok içinde yer aldıkları siyasal sistemin belirleyici aktörlerinden biri olarak görülmektedirler.²⁰ Şüphesiz siyasal sistemde belirleyici olmanın bir göstergesi de siyasa yapımı sürecinde etkili olmaktır. Orta ve Doğu Avrupa ülkelerinde doksanlı yıllarda parlamentolara böyle bir işlev fazlasıyla yüklenmiştir; ancak, parlamentolar içinde komisyonların etkinliği bu işlevin en önemli ayağı olmayı sürdürmüştür.²¹ Bugün yasama meclislerinin hükümet ile olan ilişkileri onların yasama işlevinden daha önemli bir görünüm sergilemektedir. Parlamentonun egemenliği ilkesine eleştirel bir açıdan bakan BEYME bu durumu veciz bir şekilde ifade etmektedir: *“Parlamentonun egemenliği ilkesi hep bir kandırmaca olmuştur. İngiliz Parlamentosu için söylenen ‘parlamento erkeği kadın yapmak dışında her şeyi yapabilir’ düsturu kısmen doğruydu, çünkü İngiliz tarihinin büyük bölümünde parlamento faaliyetlerinin karşı denetimi söz konusuydu. Dahası, bakanlar kurulu ve başbakanlık hükümetler oluştuğunda sorumlu hükümetler yasama meclislerinin hizmetçisi olmak yerine onların efendisi haline geldiler. Bununla birlikte, parlamentolar belirli bir otonomiye sahip olmuşlardır; ancak başkanlık sistemlerindeki meclislerden daha az hareket alanları vardır.”*²²

Tüm bunların yanında, yasama görevini yerine getirmek konusunda hassas davranmak yasama meclislerinin en doğal hakkıdır ve tarihsel kazanmaların bir gereğidir. Fakat, bu noktada zaman sorunu önemli bir engel olarak ortaya çıkmaktadır. Yasama meclislerinin öteden beri var olan özelliklerinden birisi de zaman sınırsızlığıdır. Büyük toplulukları temsil eden meclisler, büyük kurullar halinde fakat sınırlı sayıda çalışma gününde önemli ve karışık konuları görüşmek ve karara bağlamak zorundadırlar.²³ Bu nedenle, “meclis genel kurulunun gündemini belirleyen neye karar verileceğini de belirler”²⁴ saptamasına katılmamak güçtür. Meclislerin gündeminin belirlenmesinde pek çok farklı uygulama ve düzenleme olduğu görülmektedir. Hükümetin tek başına meclis gündemini belirlemesine İrlanda ve İngiltere’de rastlanmaktadır. İngiltere’de sadece yirmi muhalefet gününde hangi konunun gündeme alınacağına muhalefet karar vermektedir. Muhalefete ve üyelere ayrılmış günler dışında kalan yüz yetmiş genel kurul gününde neyin tartışılacağına ve hangi konuda karar alınacağına hükümet karar vermektedir. Ancak, muhalefetin tartışmaları uzatması ihtimaline karşı iktidar muhalefetin gönlünü de hoş tutmaya çalışmaktadır.²⁵

19 NORTON, a.g.e., s. 16.

20 NORTON, a.g.e., s. 16.; AGH, Attila, “Parlamentoların Etkin Çalışması İçin Reformlar: Doğu Orta Avrupa Ülkelerinin Parlamenter Reform Deneyimleri”, TBMM’nin Etkinliği, İltir Turan (koordinatör) içinde, TESEV Yayınları, İstanbul, 2000, s. 93-4.

21 AGH, a.g.e., s. 101-2.

22 BEYME, a.g.e., s. 38-9.

23 DÖRING, a.g.e. s. 223.

24 LAVER, Micheal-SHEPSLE, Kenneth A. (eds), Cabinet Ministers and Parliamentary Government, Cambridge: Cambridge University Press, 1994, s. 295, DÖRING. a.g.c.. s. 224’dan naklen.

25 DÖRING, a.g.e. s.226.

Genel kurul gündemini belirleyen başkanlık divanında iktidarın artık temsili ise diğer bir uygulama olarak karşımıza çıkmaktadır ve buna örnek olarak Fransa ve Yunanistan gösterilebilir. Burada uygulanan yöntem, parti grupları dışında yasama komisyonlarının başkanlarının da divana katılarak iktidarın sandalye sayısını arttırmalarıdır.²⁶

Meclis gündeminin belirlenmesine ilişkin ilginç bir başka uygulama örneği de başkanlık divanında orantılı temsil uygulanması, fakat çoğunluk kararının üstün olmasıdır. Bu uygulamaya örnek olarak da Portekiz gösterilebilir.²⁷ Bu ve benzeri bir çok örneğin aksine, TBMM kendi gündemini Genel Kurul’nda belirleyebilir, içtüzüğün “Gündem” kenarbaşlıklı 49. maddesinde TBMM gündeminin hangi kelimelerden oluştuğu belirtildikten sonra, Başkanlıkça lüzum görülen hallerde “kanun tasarısı ve teklifleri ile komisyonlardan gelen diğer işler”in görüşme sırasının Danışma Kurulu’nca Genel Kurul’a teklif olunabileceği ve hükümet, esas komisyonlar ve kanun teklifi sahiplerinin bu konu ile ilgili istemlerinin de Danışma Kurulu’nda görüşüleceği düzenlenmektedir. Yukarıda da belirttiğimiz gibi Danışma Kurulu kararlarının ve tekliflerinin Genel Kurul’u bağlayıcı bir yönü yoktur. Nihai kararı yine Genel Kurul vermektedir ve böylece gerekli gördüğü takdirde bir tasarı veya teklife öncelik tanıyarak görüşüp kabul etme olanağına sahiptir.

Gündemin belirlenmesinin önemi dışında yasama meclislerinin hızlı ve etkin çalışmasını sağlamak için genel yasama yöntemlerinde bulunan bazı düzenlemelere de değinmek bu noktada yerinde olacaktır. Parlamento hukuku alanında başlıca kaynaklardan birisi olan “Parliaments of the World” isimli derlemede, aciliyet gösteren durumlarda tasarıların kabul edilmesi için ülkelerin çoğunda özel yöntemlerin benimsendiği belirtilmektedir. Yasama faaliyetinin hızlandırılması için benimsenen yöntemlere örnek olarak şunlar sıralanmaktadır:

-Bir kanun tasarısı veya teklifinin komisyon aşaması atlanabilir veya hızlandırılabilir,

-Bir tasarı veya teklifin kabul edilmesi için belli bir süre sınırı getirilebilir,

-Bir tasarı veya teklifin görüşülmesinde yer alan birçok aşama bir güne sığdırılabilir,

-Acil işlerde teklif veya tasarının ayrıntılarının önceden basılması, üyelere dağıtılması ve duyurulmasına gerek olmayabilir,

-Gündemin oluşturulmasında acil işlere öncelik verilebilir,

-Usul kurallarında daha hızlı görüşmeyi sağlayacak düzenlemeler yapılabilir.²⁸

Yasama faaliyetini hızlandırmak veya özel yasama yöntemleri uygulamak konusunda yukarıda sayılan örneklerle uygun bir çok model bulunduğu bilinmektedir. Biz burada, Türkiye açısından Meclis’in yasama yöntemini yeni bir bakış açısıyla değerlendirmeye olanak sağlayacak bir kaç örnek aktarmak istiyoruz.

26 DÖRING, a.g.e.,s. 227.

27 DÖRING, a.g.e.,s. 228.

28 Parliaments of the World. Inter Parliamentary Union, 1986, Vol.2, s. 925.

Yukarıda da belirttiğimiz gibi yasama faaliyetinde meclislerin ve meclis üyelerinin etkisi düşüş içindedir. Meclis komisyonları ise yasama sürecinde oldukça etkili bir konuma gelmişlerdir. Az sayıda olmakla birlikte bazı ülkelerde komisyonlara yasama sürecini başlatma yetkisi verilmiş bulunmaktadır. Avusturya, İzlanda, İsveç ve İsviçre’de tüm komisyonların yasa teklifinde bulunma yetkileri vardır. Ancak, genel bir kanı olarak komisyonların yasama faaliyetine hükmettiğini söylemek de mümkün görünmemektedir.²⁹

Bu noktada, yasama komisyonlarına verdiği benzersiz yetkiler nedeniyle ilginç bir örnek olan İtalya önceliği hak etmektedir. İtalyan Anayasası, komisyonlarda görüşülecek işlerin niteliğine göre üç tür yasama yöntemi öngörmektedir. Bunlardan birincisi, olağan yasama yöntemidir ve iki aşamadan oluşmaktadır. Bunlar, komisyonlarda gerçekleşen inceleme aşaması ile genel kurulda gerçekleşen karar aşamasıdır. Burada komisyon incelemeyi yapar, genel kurul ise tasarı üzerinde karar verir. İkinci tür yasama yöntemi hükümetin rızasına dayanmalıdır ve her iki aşama (inceleme ve karar) tamamıyla temsilciler meclisinin yasama (*legislative*) ve senatonun müzakere (*deliberating*) komisyonu adını verdiği komisyonda gerçekleşir.³⁰ İki kanatlı olan İtalyan Parlamentosu için bu uygulamanın önemli bir yararı olduğu söylenebilir. Böylece, meclisin bir kanadının komisyonu tarafından yasama yöntemine uygun olarak kabul edilen bir tasarrının, diğer kanadın genel kuruluna inmeden yine bir komisyon tarafından onaylanması mümkün olmaktadır. Bu tür yasama yönteminde inceleme ve karar alma aşamaları birleşmiştir. Yasama işlevinin çoğunu genel kurul değil komisyonlar gerçekleştirmiş olmaktadır. Bu yöntem sayesinde İtalyan parlamentosunun hızlı çalışması sağlanmıştır.³¹ Bu yöntemin uygulanabilmesi için bazı koşulların gerçekleşmesi gerekir. Öncelikle, tasarı veya teklifin çekişmeli bir durumu olmamalıdır. Ayrıca, hükümet veya meclisin herhangi bir kanadına mensup onda bir oranında üyenin talep etmesi halinde tasarı olağan yöntemine göre genel kurul gündemine girmektedir. Bunların yanında bu yöntemle İtalyan Anayasası’nın 72. maddesinde bazı sınırlamalar getirilmiştir: Anayasal meseleler veya seçim reformlarına ilişkin tasarılar, mali tasarılar, milletlerarası anlaşmaların onaylanmasında veya yasama yetkisinin devrine ilişkin işlemlerde bu yöntemin uygulanamayacağı Anayasa’da öngörülmüştür.³² Komisyonlar tarafından kabul edilen yasaların daha çok önemsiz yasalar (*leggini, little laws*) olduğunu ve genellikle seçim bölgeleriyle ilgili özel amaçlara hizmet ettiğini de burada belirtmeliyiz.³³

İtalya’da uygulanan üçüncü yasama yöntemi karma bir yöntemdir. Bu yöntemle göre, tasarı bir komisyon tarafından (*drafting committee*) hazırlanır ve hiçbir deği-

29 MATTSON, Ingvar-STRM, Kaare, "Parliamentary Committees", Parliaments and Majority Rule in Western Europe, Herbert Döring fed.) içinde, Campus Verlag, Frankfurt am Main, 1995, s. 285-86.

30 World Encyclopedia of Parliaments and Legislatures. Congressional Quarterly Inc., Washington D.C., 1998. Vol.I.s. 365.

31 TURAN, İlter, "Parlamentoların Etkinliği ve Türkiye Büyük Millet Meclisi". TBMM'nin Etkinliği, İlter Turan (koordinatör) içinde. TESEV Yayınları, İstanbul. 2000. s. 18.

32 MATTSON-STRM. a.g.e., s. 286.

33 PARTRIDGE. Hilary. Italian Politics Today, Manchester University Press. Manchester. 1998, s. 34.

şiklik yapma olanağı tanınmadan genel kurula sevk edilir. Her bir tasarı için bu yöntemlerden hangisinin izleneceğine meclis başkanı karar vermektedir.³⁴

Görüldüğü gibi, önemli bazı istisnaları olmakla birlikte İtalya örneğinde meclis genel kurullarının yasama faaliyetinin adeta dışında tutulduğu bir durumla karşılaşmaktayız. Böylece, temel nitelikte olmayan ve mecliste bu şekilde yasalaşması konusunda mutabakat bulunan yasa tasarılarının meclis gündemini işgal etmesi de önlenmiş olmaktadır. İtalya, yasama komisyonlarına bu denli geniş yetki vermiş tek ülkedir. Böyle bir uygulamanın parlamenter demokrasiyle ve yasama işlevi ile uyummadığını iddia etmek mümkündür, ancak meclislerin yasama işlevine duyulan ihtiyacın artması ile birlikte ortaya çıkan daha hızlı ve verimli çalışma ihtiyacı bazı yönetsel düzenlemeleri kaçınılmaz kılmaktadır. Bizim burada amacımız değişik ve kurumsal bazı örneklerle yer vermek, yasama işlevinin tartışılmasında bunların da değerlendirilmesine olanak sağlamaktır.

Yasama faaliyetinin hızlandırılması amacıyla, yasama sürecinin bazı bölümlerinde görüşmelerin kısa kesilebilmesine olanak veren düzenlemelerin varlığı da bu alanda değinilmesi gereken bir konudur. Yasama sürecinin engellenmesi (*obstruction of parliamentary proceedings*) bir çok ülkede değişik aşamalarda uygulanan bir yöntemdir ve temel amacı yasama sürecinin muhalefet tarafından engellenmesini engellemektir. Bu yöntemlere sınırlayıcı yöntemler de (*restrictive procedures*) denmektedir. Bu alanda yapılan bir araştırmaya göre, sadece üç Batı Avrupa ülkesinde uygulamada muhalefetin engellemelerinin kesilmesine ve olağan yasama sürecinde sınırlamalara rastlanmadığı sonucuna varılmıştır. Bu ülkeler, Norveç, Hollanda ve İsveç'tir.³⁵

Muhalefetin görüşmeleri taktik olarak engellemesinin muhalefetin düşüncesini ortaya koyma hakkının bir uzantısı olduğunu kabul edenler, muhalefetin taktik engellemelerinin engellenmesini benimsememektedirler. Bunlara göre, "çoğunluk ve azınlık arasındaki ince dengeyi bozmamak için ara sıra başvurulmuş engellemelerin, parlamentodaki azınlığın dikkatle belirlenmiş haklarının bir bedeli olarak değerlendirilmesi"³⁶ söz konusudur.

Parlamentolarda, iktidar çoğunluğu ve çoğu zaman hükümet ile muhalefete mensup azınlık arasında yaşanan taktik mücadelelerin karşılıklı fayda maliyet analizi ile bir dengeye oturtulması mümkündür. İktidar ile muhalefet arasındaki bu çatışma oyun teorisindeki eşler çatışmasına benzetilebilir. Eşler çatışmasında, her bir eşin futbol maçına ya da operaya gitmek şeklinde iki seçeneğe sahip olması, fakat kadının operaya erkeğin ise futbol maçına gitmek istemesi söz konusudur. Her ikisi içinde iyi olan sonuç ise anlaşmak suretiyle değişimli olarak birlikte hareket etmek, ya birlikte futbol maçına, ya da operaya gitmektir. Çünkü ayrı ayrı

34 World Encyclopedia of Parliaments and Legislatures. Congressional Quarterly Inc., Washington D.C., 1998, Vol.1,s. 365.

35 BÜCKER, Joseph, "Report on the Obstruction of Parliamentary Proceedings", Constitutional and Parliamentary Information 158, 1989, ss. 243-264, DÖRING, a.g.e., s. 239'dan naklen.

36 BÜCKER, a.g.e.. s.263, DÖRING, a.g.e.. s.239'dan naklen.

hareket etmeleri halinde elde ettikleri fayda azalmaktadır.³⁷ Bu nedenle ne iktidar sürekli olarak muhalefeti engellemeye çalışmalı, ne de muhalefet sürekli olarak iktidarın gerekli gördüğü yasaları engellemelidir. Aksi takdirde çekişmeler artabilir ve siyasal sistemdeki uzlaşma kanalları kapanarak sistem krize sürüklenebilir.

DÖRING eserinde, görüşmelerin sınırlanmasına göre ülkeleri üç kategoriye ayırmıştır. Bu kategorileri şu sorulara göre oluşturmuştur: 1- Hükümet tarafından önceden ve tek taraflı olarak veya hükümetin kontrolünde bulunan basit çoğunluk tarafından, son oylamaya geçmek için görüşmelerin kesilebilmesi amacıyla genel kurulda sınırlı bir süre kabul ettirilebiliyor mu?; 2-Görüşmelerin sınırlandırılabilmesi sadece partiler arasında karşılıklı anlaşma olması halinde mi kabul ettirilebiliyor?; 3-Teorik olarak sınırsız filibuster³⁸ olanağı sağlayacak bir şekilde, ne önceden sınırlama ve ne de görüşmenin sona erdirilmesi olanağı bulunmamakta mıdır?³⁹

Yukarıda yer alan sorulara verilen cevaplara göre oluşturulan ilk kategoriye Fransa, Yunanistan, İrlanda ve İngiltere girmektedir. Bu ülkelerin ortak özelliği görüşmelerin önceden sınırlandırılmasının hükümetin veya meclis çoğunluğunun aldığı bir kararla mümkün olmasıdır. Yine bu kategorideki ülkelerde, bir tasarının tüm maddelerinin görüşülmüş olup olmadığına bakılmaksızın önceden belirlenen zaman sınırlamasına uyularak son oylama yapılmaktadır. Fransa’da uygulanan giyotin (*guillotine*) bunun en bilinen örneğidir. 1958 tarihli Fransız Anayasası’nun 49/3. maddesinde düzenlenen giyotin, muhalefetin hükümeti düşürmek üzere bir gensoruyu kabul ettirmeyi başaramaması halinde, üzerinde herhangi bir görüşme olmaksızın bir tasarının kabul edilmiş sayılması anlamına gelmektedir.⁴⁰

Giyotin, hükümetin siyasî sorumluluğunu bir tasarının kabul edilmesine bağlamasıdır. Ya da diğer bir deyişle, bir tasarının kaderini bir gensoru önergesine bağlamaktır. Bu uygulamada, tasarının kendisi üzerinde herhangi bir oylama olmamaktadır. Tam aksine, görüşmeler derhal kesilmekte, belli bir süre içerisinde bir gensoru önergesi teklif edilip oylanmadığı takdirde, tasarı hükümetin hazırladığı şekilde kabul edilmiş sayılmaktadır. Bu haliyle giyotin, Fransız Ulusal Meclisi’nin, hükümetin belirlediği siyasal programa “tamam” ya da “devam” demesi anlamına gelmektedir.⁴¹

Yine Fransa’da uygulanan bir yöntem olan paket oylama (*package vote*) hükümete maddeleri ve değişiklik önermelerini istediği gibi gruplandırma ve karşı çıktığı değişiklik önermelerini dışlama olanağı vermektedir. 1958 Fransız Anayasasının 44/3. maddesinde yer alan bu düzenlemeye göre, meclis hükümetin siyasetini ya

37 DÖRING, a.g.e., s. 239; KORAY, Semih, “John Nash, Oyunlar Teorisi ve Sosyalizm”. Bilim ve Ütopya, Sayı:97, Temmuz 2002, s. 11.

38 Filibuster, yasama meclisi üyelerinin gündemdeki bir işi aralıksız olarak konuşmak suretiyle bloke etmesidir. Çoğu mecliste, giyotin gibi araçlarla bu olanak sınırlandırılmaktadır. Filibuster’in en çok uygulandığı meclislerden birisi ABD Senatosu’dur. Bkz. The Blackwell Dictionary of Political Science, Frank Bealey. Blackwell Publishers. 1999 içinde “filibuster” maddesi.

39 DÖRING, a.g.e., s. 239-40.

40 DÖRING, a.g.e., s. 240.

41 HUBER, John D., “Restrictive Legislative Procedures in France and The United States”, American Political Science Review, Vol. 86, No. 3,1992, s. 676.

kabul etmek ya da reddetmek durumunda kalmaktadır. Fransa'da bu iki yönteme, özellikle hükümete tasarılarını değişiklik önermelerine karşı koruma olanağı tanıdığı ve antidemokratik oldukları gerekçeleriyle eleştiriler yöneltilmektedir. Bu iki yöntemden giyotin daha antidemokratik bulunmaktadır, çünkü tasarıların üzerinde herhangi bir oylama olmadan yasalaşmalarını sağlamaktadır.⁴²

İngiltere'de, tasarıların görüşülmesi sırasında uygulanan ve yine giyotin olarak bilinen zaman düzenlemelerinin bölüştürülmesi (*allocation of time orders*) yöntemi-ne göre belli bir tasarıнын görüşülmesine belirli bir sürenin ayrılması söz konusu olmaktadır. Ancak, belirli bir sürenin ayrılmasında durum Fransız giyotininin farklıdır ve genel kurul çoğunluğunun önceden bir tasarıнын her bir bölümü için süre sınırı koyması söz konusudur. Bu durumda, sürenin dolmasından sonra Meclis Başkanı derhal meclisten oylama yapmasını ister.⁴³ Zamanın bölüştürülmesine ilişkin önergenin (*allocation of time motion*) tüm Avam Kamarası'nda görüşülmesi ve oylanması gerekmektedir. Bu önergenin kabulüyle birlikte, Avam Kamarası'nda tasarıнын yasalaşması için gerekli her bir aşama (komisyon aşaması dahil) için belirli bir sürenin öngörülmesi, ya da görüşmelerin biteceği tarihin belirlenmesi yoluyla görüşmelere ayrılan süre sınırlanır.⁴⁴ Böyle bir önergeye konu olan tasarı komisyon aşamasında ise, ilgili komisyona önergeye uygun ayrıntılı bir çalışma takvimini bu işle görevlendirilmiş bir başka komisyon (*Business Sub-Committee*) hazırlar. Eğer söz konusu tasarı komisyon aşamasında değilse, geriye kalan aşamalar için çalışma takvimi ya önergede düzenlenir, ya da çalışma takvimi ile ilgili tavsiye kararı bu işle görevli komisyona (*Business Committee*) bırakılır. Önergenin tüm süreci kapsayan bir çalışma takvimi öngörmesi halinde adı geçen komisyonun sürece katılımına gerek bulunmamaktadır.⁴⁵ Bu yolla aynı zamanda tasarıнын belirli bölümlerinin görüşülmesi için de sınırlı bir süre öngörülebilir. Anılan yöntem 1997-98 yasama yılında 18 kez, 1995-96 ve 1996-97 yasama yıllarında ise sadece birer kez uygulanmıştır.⁴⁶

Yine İngiltere'de görüşmelerin sona erdirilmesinde uygulanan bir diğer yöntem (*The ordinary closure*) göre, herhangi bir aşamada (komisyon veya genel kurul aşamaları), herhangi bir milletvekilinin verdiği bir önergenin yüz milletvekili tarafından kabul edilmesi halinde, görüşmeler sona ermekte ve oylamaya geçilmektedir.⁴⁷ Önergenin komisyonlarda kabul edilmesi için yetersayı yirmidir.⁴⁸ Sona erdirmen önergesinin başkan tarafından meclis yönteminin bir kötüye kullanımı ya da muhalefetin haklarının ihlali olarak yorumlanmaması gerekir.⁴⁹

42 HUBER, a.g.e., s. 676.

43 DÖRING, a.g.e., s. 240.

44 PICK, Christopher, *Passing Legislation in the United Kingdom*, Foreign & Commonwealth Office, London, 2000, s. 15.; EROĞUL, Cem, *Çağdaş Devlet Düzenleri* (İngiltere, Amerika, Fransa, Almanya), İmaj Yayınevi, Ankara, 2000, s. 12.

45 MAY, Erskine, *Parliamentary Practice*, Butterworths, Twenty-first Edition, London, 1989, s. 409.

46 PICK, a.g.e., s. 15.

47 PADFIELD, Colin F., *British Constitution Made Simple*, W.H. Allen & Company Ltd., London, 1972, s. 81.

48 PADFIELD, a.g.e., s. 81.

49 MAY, a.g.e., s. 405.

İngiltere’de 1986 yılına kadar varlığını sürdürmüş bir yöntem olan kanguru (*kangaroo*) yöntemi de görüşmelerin hızlandırılmasını amaçlamaktadır. Komisyon ve genel kuruldaki rapor aşamasında (*report stage*) geçerli olan bu yönteme göre, tasarı genel kurulda ise meclis başkanı, komiyonda ise komisyon başkam tasarımın Önemli gördüğü bölümlerini görüşmek üzere seçebilir. Böylece, sadece seçilen bölümler üzerinde görüşme yapılır. Diğer bölümler üzerinde görüşme yapılmaz.⁵⁰ Diğer bir deyişle, bazı maddeler tüm tasarımı temsil etmektedir. Bunlar kabul edildiği takdirde tüm tasarı kabul edilmiş sayılmaktadır. Yukarıda da belirttiğimiz gibi bu yöntem 27 Şubat 1986’da gerçekleştirilen değişiklikle uygulamadan kaldırılmıştır.⁵¹ Oldukça yeni sayılabilecek bir yöntem olan programlama önermeleri (*programming motions*) sayesinde, bir tasarımın mecliste geçireceği aşamaların tümü veya bazıları için, üzerinde anlaşılmış bir çalışma takvimi hazırlanabilmektedir. Bu yöntem sadece önemsiz veya üzerinde uzlaşma sağlanmış tasarılarla değil, son derece tartışmalı tasarılarla da (İskoçya Parlamentosu’nun kurulması gibi) uygulanmıştır.⁵²

Yunanistan’da da yasama sürecinde hızlandırılmış yönteme örnek bulmak mümkündür. Acil veya çok acil tasarılar ile teklifler hiç görüşülmeden veya sınırlı olarak görüşülerek oylanmaktadır.⁵³ Mecliste basit çoğunluk tarafından “özel önem” sahip olarak nitelenen tasarılar, beş gün geçmeyen sınırlı sayıda oturum gününde görüşülebilmektedir.⁵⁴

DÖRING’in ikinci kategoride yer verdiği ülkelerde, hükümetlerin ve dolayısıyla meclis çoğunluklarının birinci kategorideki ülkelerde olduğu kadar belirleyiciliği bulunmamaktadır. Özel yasama yöntemlerine göre yapılan kategorizasyonun en kalabalık kümesini oluşturan bu kategoride, görüşmelerin sınırlandırılması ne İngiltere ve Yunanistan’da olduğu gibi basit bir çoğunlukla ne de Fransa’da olduğu gibi tek taraflı bir irade beyanıyla gerçekleşmektedir. Bu ülkelerde görüşmelerin sınırlandırılması uygulamada genellikle “görüşmelerin organizasyonu” olarak adlandırılmakta, ya nitelikli çoğunluk tarafından kabul edilebilmekte ya da tarafların karşılıklı anlaşmasına bağlı olmaktadır. Bu yönteme göre, başkanlık divanı veya benzeri bir kurul (Türkiye için Danışma Kurulu düşünülebilir) tarafından belli bir tasarımın kaç oturum gününde görüşüleceği belirlenmektedir. Daha sonra hükümete, komisyonlara ve büyüklüklerine göre parti gruplarına konuşma süresi ayrılmaktadır. Bu süreleri aşmamak şartıyla her grup kendisine ayrılan süreyi dilediği gibi kullanabilmektedir. Bu kategoriye giren ülkeleri DÖRING şöyle sıralamıştır: Avusturya, Belçika, Danimarka, Almanya, İzlanda, İtalya, Lüksemburg, Norveç, Portekiz, İspanya, İsviçre.⁵⁵

50 PADFIELD, a.g.e., s.81.

51 MAY, a.g.e., s.405.

52 PICK, a.g.e., s.16.

53 World Encyclopedia of Parliaments and Legislatures, Congressional Quarterly Inc., Washington D.C., 1998. Vol.1, s. 285.

54 DÖRING, a.g.e., s. 241.

55 DÖRING, a.g.e., s. 240-1; Parliaments of the World, Inter Parliamentary Union, 1986, Voi.2, s.925.

Üçüncü kategorideki ülkelerde ise, görüşmelerin ne önceden sınırlanması, ne de sona erdirilmesi mümkündür. Bu kategoriye Finlandiya, Hollanda ve İsveç girmektedir. Oydaşmacı demokrasiye yatkınlığı bilinen Hollanda'da giyotin yöntemi bulunmakla birlikte hiç uygulanmamıştır. Üstelik Hollanda'daki giyotin yönteminde, tasarının tekrar müzakereye açılmasını yasaklayan bir hüküm de bulunmamaktadır.⁵⁶

IV. Sonuç

Parlamentolarda uygulanan yasama yöntemlerini karşılaştırmalı olarak ele alan çalışmalardan aktarmaya çalıştığımız bilgiler ışığında, özel yasama yöntemlerinin varlığının bir kural, yokluğunun ise bir istisna olduğunu söylemek abartılı sayılmaz. Yine bu bilgiler ışığında hemen her ülkenin sahip olduğu hükümet sistemine, parlamento yapısına ve ihtiyaçlarına göre özel yasama yöntemleri belirlediğini söyleyebiliriz.

Fransa, İngiltere ve Yunanistan'da olduğu gibi, özel yasama yöntemini basit çoğunluk kararına veya hükümetin iradesine bağlamayı uygun görmeyen ve bu nedenle özel yasama yönteminin uygulanmasını nitelikli çoğunluk kararına veya karşılıklı anlaşmaya bırakan ülkelerin yasama yöntemleri dikkate alındığında, Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen TBMM İçtüzüğü'nün 91. maddesinin bu kategoriye uygun düşen bir yapıda olduğunu kabul edebiliriz.

Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen 91. maddenin uygulanma alanı "temel kanunları, İçtüzüğü ve ülkenin ekonomik ve teknolojik gelişimi ile doğrudan ilgili yeniden yapılanma kanunlarını bütünü ile veya kapsamlı olarak değiştiren veya yürürlüğe koyan tasarı veya teklifler" olarak sınırlanmıştır. Her ne kadar "temel kanun", "yeniden yapılanma kanunu" gibi anlamı tartışmaya açık terimlerin kullanılması eleştirilebilirse de, özel yasama yöntemi uygulanabilecek yasaları sayarak belirlemek hem yasama yetkisinin genelliği ilkesi nedeniyle çok güçtür, hem de Meclis'te gelecekte oluşabilecek uzlaşmaların önünün kesilmesi sonucunu doğurabilir. Bunun yerine, hangi konularda hazırlanan tasarı veya tekliflerin özel yasama yöntemi ile görüşülemeyeceğinin belirtilmesi daha isabetli bir düzenleme olabilir. Özel yasama yönteminin kapsamının, bu yöntemin uygulanamayacağı tasarı ve tekliflerin sayılması suretiyle daraltılmasına örnek olarak yukarıda aktardığımız İtalyan modelini gösterebiliriz. Hatırlanacağı gibi, İtalyan Anayasası'nın 72. maddesi komisyonların yasama yetkisini belli tasarılar yönünden olanaksız hale getirmiştir.

Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen 91. maddeyle ilgili olarak dikkat çekmek istediğimiz diğer bir husus ise, özel yasama yönteminin hiçbir şekilde komisyon aşamasını kapsamamasıdır. Kanunların detaylı olarak incelendiği, verilen değişiklik önergelerinin değerlendirildiği ve tasarı veya teklif üzerinde tam tasarruf yetkisinin kullanıldığı komisyon aşamasında herhangi bir sınırlama olmaması, zarar göreceği düşünülen demokratik ilkeler açısından önemli bir güvence

56 DÖRING,a.g.e.,s. 241.

oluşturmaktadır. Bilindiği gibi, yeni Türk Medenî Kanunu Tasarısı iptal edilen 91. madde kapsamında bir temel kanun olarak görüşülmüş ve kabul edilmiştir. Danışma Kurulu’nun oybirliği ile aldığı öneri kararı üzerine Genel Kurul tarafından Türk Medenî Kanunu Tasarısı’nın on bölüm halinde görüşülmesi ayrıntılı pek çok görüşme yöntemi ile birlikte kabul edilmiştir.⁵⁷

Ancak, aylarca süren komisyon çalışmaları sırasında hem kamuoyunun bilgilendirilmesi, hem de çeşitli baskı gruplarının siyasi partiler ve komisyon üyeleri ile görüşmek suretiyle tasarıda istedikleri yönde değişiklikler gerçekleştirilmesini sağlama çabaları için gerekli ortam oluşturulmuştur. Dolayısıyla, tasarının alalacele ve yeterince tartışılmadan kabul edildiğini söylemek güçtür. Diğer taraftan, Türk Medenî Kanunu tasarısının özel yasama yöntemi ile görüşülüp kabul edilmesi TBMM Genel Kurulu için çok önemli bir zaman tasarrufu sağlamıştır.

İptal edilen 91. maddeyle ilgili olarak değineceğimiz son husus ile birlikte bu düzenlemenin isabetli bir yönüne dikkat çekmek istiyoruz. Madde düzenlenmesinde Danışma Kurulu’nda oybirliği sağlanamaması halinde Genel Kurul’un üye tamsayısının beşte üçü ile özel yasama yöntemine karar verebileceği öngörülmüştür. Bu düzenleme, özel yasama yöntemi uygulamasının kötüye kullanımını engellemeye yöneliktir. Danışma Kurulu’nda oybirliği sağlandığı takdirde Genel Kurul’un basit çoğunlukla, Danışma Kurulu’nda oybirliği oluşmadığı takdirde ise ancak nitelikli çoğunlukla özel yasama yöntemi uygulanmasına karar verebilmesi muhalefet için önemli bir güvence olarak değerlendirilmelidir. Danışma Kurulu’nda oybirliği sağlanamamasının, genellikle muhalefet ve iktidarı oluşturan siyasi parti grupları arasında bir uzlaşmazlık olduğunu gösterdiği düşünülürse, düzenlemenin muhalefet açısından getirdiği güvence yadsınamaz. Her ne kadar Meclis Genel Kurulu’nda beşte üçten çok, üçte ikiden az çoğunlukla kabul edilen anayasa değişiklikleri halkoyuna sunulmak zorunda ise de (Anayasa m.175), TBMM’nin anayasa değişikliklerinde beşte üç çoğunlukla karar alabilmesinin tek başına bu nisabın önemini ispatladığını düşünüyoruz.

Anayasa Mahkemesi’nin, özel yasama yönteminin öngörülemesiz olması nedeniyle dayandığı hukuk devleti ilkesine aykırılık saptamasına yukarıda değindiğimizden, burada tekrar etme gereği duymuyoruz.

57 Türk Medeni Kanunu Tasarısı’nın on ayrı bölüm halinde görüşülmesi dışında Genel Kurul kararıyla kabul edilen diğer özel görüşme yöntemleri şöyledir:

- Tasarının tümü üzerinde gruplar, hükümet ve komisyon adına yapılacak konuşmaların 40 ar dakika (bu süre birden fazla konuşmacı tarafından kullanılabilir), kişisel konuşmaların 10’ar dakika; bölümler üzerinde gruplar, hükümet ve komisyon adına yapılacak konuşmaların 20’şer dakika (bu süre birden fazla konuşmacı tarafından kullanılabilir) olması,

- Maddeler okunmaksızın sadece bölümlerin ayrı ayrı oylanması ve bölümler üzerinde verilen önergelerin kabulü halinde o bölümün kabul edilen önergeyle birlikte oylanması,

- Bölümler üzerinde komisyon ve hükümetin 1’er, milletvekillerinin de 3 Önerge verebilmesi,

- 724 sıra sayılı Türk Medenî Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama şekli Hakkında Kanun Tasarısının sadece tümü üzerinde görüşme yapılması ve tümü üzerinde gruplar, hükümet ve komisyon adına yapılacak konuşmaların 20’şer dakika, kişisel konuşmaların 10’ar dakika olması, tasarının 1-25 inci maddelerinin okunmaksızın birlikte oylanması; tasar_ üzerinde hükümet ve komisyonun 1’er, milletvekillerinin de 3 önerge verebilmesi (TBMMTD, Dönem 21,1999, C.72, B. 9, s. 212.)

İptal Kararı Işığında Özel Yasama Yöntemine Bir Bakış

Anayasa Mahkemesi'nin İçtüzük değişikliğinde genel yasama yöntemiyle ilgili bazı düzenlemeleri iptal ederken ortaya koyduğu yaklaşımı, özel yasama yöntemi alanında sürdürmesi sonucunda ortaya çıktığını düşündüğümüz 91. maddeye ilişkin iptal kararı göz önünde tutularak, TBMM tarafından yeni bir özel yasama yöntemi en kısa sürede düzenlenmelidir. Genel yasama yöntemiyle ilgili bazı iptal kararları, sınırlamalardaki aşırılıklar nedeniyle isabetli görünse de, özel yasama yöntemine ilişkin 91. madde düzenlemesini aynı şekilde değerlendiremediğimizi yukarıda aktarmaya çalıştık. Amacımızın, diğer ülkelerde bazen tek örnek olma özelliği gösteren ve bu nedenle aşırı sayılabilecek uygulamalara öykünmek olmadığını, bunun yerine, iktidar ve muhalefet uzlaşmasına dayanan ve nihai olarak Genel Kurul'un kararını gerektiren bir özel yasama yönteminin, parlamenter demokrasi ile çok da bağdaşmaz olmadığını göstermek olduğunu vurgulamak isteriz. TBMM'ye düşen, Anayasa Mahkemesi kararı nedeniyle ayrıntılarına girerek ve özel yasama yöntemi uygulanamayacak tasarı ve teklifleri belirterek yeniden bir düzenleme yapmaktır. Çünkü gerçekten DÖRING'in dediği gibi, "parlamentoların işi çok, zamanı ise kıtır."⁵⁸

58 DÖRING. a.g.e. s. 224.

KAYNAKÇA

AGH, Attila, “Parlamentoların Etkin Çalışması için Reformlar: Doğu Orta Avrupa Ülkelerinin Parlamenter Reform Deneyimleri”, TBMM’nin Etkinliği, İltar Turan (koordinatör) içinde, TESEV Yayınları, İstanbul, 2000, ss. 93-118.

BAKIRCI, Fahri, TBMM’nin Çalışma Yöntemi, İmge Kitabevi, Ankara, 2000.

BEYME, Klaus von, Parliamentary Democracy, Macmillian Press, London, 2000.

DÖRING, Herbert, “Time as a Scarce Resource: Government Control of the Agenda”, Parliaments and Majority Rule in Western Europe, Herbert Döring (ed.) içinde, Campus Verlag, Frankfurt am Main, 1995, ss. 223-46.

EROGUL, Cem, Çağdaş Devlet Düzenleri (İngiltere, Amerika, Fransa, Almanya), İmaj Yayınevi, Ankara, 2000.

HUBER, John D., “Restrictive Legislative Procedures in France and The United States”, American Political Science Review. Vol. 86, No, 3, 1992, ss. 675-87.

KORAY, Semih, “John Nash, Oyunlar Teorisi ve Sosyalizm”, Bilim ve Ütopya, Sayı:97, Temmuz 2002, ss. 8-14.

LANDFRIED, Christine, Constitutional Review and Legislation, Nomos, Baden-Baden, 1988.

MATTSON, Ingvar-STRÖM, Kaare, “Parliamentary Committees”, Parliaments and Majority Rule in Western Europe, Herbert Döring (ed.) içinde, Campus Verlag, Frankfurt am Main, 1995, ss. 249-307.

MAY, Erskine, Parliamentary Practice, Butterworths, Twenty-first Edition, London, 1989.

NORTON, Philip, “The Legislative Powers of Parliament”, The Evolving Role of Parliaments in Europe, Cees Flinterman, Aalt Willem Heringa & Lisa Weddington (eds.) içinde, Maklu-Nomos Uitgevers, 1994, ss. 15-32.

ÖZBUDUN, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2002,

PADFIELD, Colin F., British Constitution Made Simple, W.H.Allen & Company Ltd., London, 1972.

PARLIAMENTS OF THE WORLD, Inter Parliamentary Union, 1986, Vol. 2.

PARTRIDGE, Hilary, Italian Politics Today, Manchester University Press, Manchester, 1998.

PICK, Christopher, Passing Legislation in the United Kingdom, Foreign & Commonwealth Office, London, 2000.

STONE SWEET, Alec, Governing with Judges, Oxford University Press, New York, 2000.

İptal Kararı Işığında Özel Yasama Yöntemine Bir Bakış

THE BLACKWELL DICTIONARY OF POLITICAL SCIENCE. Frank Bealey, Blackwell Publishers, 1999.

TURAN, liter, "Parlamentoların Etkinliği ve Türkiye Büyük Millet Meclisi", TBMM'nin Etkinliği, liter Turan (koordinatör) içinde, TESEV Yayınları, İstanbul, 2000, ss. 15-30.

WORLD ENCYCLOPEDIA OF PARLIAMENTS AND LEGISLATURES, Congressional Quarterly Inc., Washington D.C. 1998, Vol. 1-2.

(42. Makale - 2003)

Arş. Gör. Dr. Melikşah YASİN

*Anayasa Mahkemesi'nin İdari Yargının
Görev Alanı Sorununa Yaklaşımı**

* Melikşah Yasin, "Anayasa Mahkemesi'nin İdari Yargının Görev Alanı Sorununa Yaklaşımı", Yıldızhan Yayla'ya Armağan, Galatasaray Üniversitesi Yayınları Armağan Serisi No: 4, 2003.

ANAYASA MAHKEMESİ'NİN İDARİ YARGININ GÖREV ALANI SORUNUNA YAKLAŞIMI

Ar. Gör. Dr. Melikşah YASİN
Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

GİRİŞ

İdari rejimi benimsemiş olan ülkemizde, idari yargının görev alanının belirlenmesi sorunu önemini korumaktadır. Farklı yargı yerleri arasındaki görev sorunun iki boyutu olduğu söylenebilir: Birincisi, yasama organının yargı yerlerinin görev alanını belirleme konusunda yetkili olup olmadığı sorunu. Diğeri ise, uyuşmazlığın niteliğinde düşülen duraksama nedeniyle yaşanan sorun. İkinci sorunun çözümü, Uyuşmazlık Mahkemesinin oluşumu ile kısmen de olsa çözüme kavuşturulmuştur¹. İlk sorun konusundaki tartışmalar ise Anayasa Mahkemesinin, İmar Kanununun 42. maddesinin 5. fıkrasına ilişkin son kararıyla yeni bir boyut kazanmıştır. Bu çalışmada, öncelikle, 1961 ve 1982 Anayasalarının idari yargının görev alanına ilişkin düzenlemeleri incelendikten sonra, Yüksek Mahkemenin bu konudaki kararları üzerinde durulacak ve özellikle son kararı incelenecektir.

1. ANAYASAL DÜZENLEMELER

1961 Anayasasının 114. maddesinde idarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolunun açık olduğu ifade edilmiştir. Anayasanın 136. maddesinde, mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri ile yargılama usullerinin kanunla düzenleneceği kabul edilmiştir. 140. madde de ise Danıştay düzenlenmiştir. Bu maddeye göre Danıştay, kanunların başka idari yargı mercilerine bırakmadığı konularda ilk derece ve genel olarak üst derece idare mahkemesidir. Danıştay, idari uyuşmazlıkları ve davaları görmek ve çözümlenmekle görevlidir.

1982 Anayasası, 125. maddesinde, 1961 Anayasasının 114. maddesine paralel olarak, idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu belirtilmiştir. Anayasada idari uyuşmazlıkların hangi yargı yerinde çözüleceğine ilişkin açık bir düzenleme ise bulunmamaktadır². İdari uyuşmazlıklar için hangi

1. Bu sorun "kısmen" çözüme kavuşmuştur çünkü, idari yargının görev alanını tespit için kullanılan, kamu gücü, kamu hizmeti gibi ölçütlerin belirsizliği, idari yargı alanına giren uyuşmazlıkların belirlenmesini güçleştirmekte bu nedenle Uyuşmazlık Mahkemesinin kimi kararları eleştirilmektedir, idari yargının görev alanını belirleyen ölçütler için bkz. GÖZÜBÜYÜK A. Şeref; Yöneltilmiş Yargı, 9. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 1993, s.59 vd., GÖZÜBÜYÜK, TAN; İdare Hukuku, c.2, Turhan Kitabevi, Ankara 1999, s.129 vd.
2. Ancak, 125. maddede idari yargının görev alanını daraltan düzenlemeler yer almaktadır. Buna göre, Cumhurbaşkanının tek başına yapacağı işlemler ile Yüksek Askeri Şura kararlarına karşı yargı yoluna gidilemez. Anayasa Mahkemesinin aşağıda incelenecek kararlarıyla idari sözleşmeleri adli yargının görev alanına dahil eden kanunları anayasaya aykırı bularak iptal etmesinin ardından, kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların milli ve milletlerarası tahkim yoluyla çözülebileceği öngörülerek daha önce idari yargı alanına giren bu uyuşmazlıkların, tarafların anlaşması ile idari yargı denetimi dışına çıkarılmasına olanak sağlan-

mahkemelerin görevli olduğuna ilişkin anayasal bir düzenleme olmadığına göre, idari yargının görev alanı da Anayasanın 142. maddesi doğrultusunda yasayla belirlenecektir. Bu maddeye göre, “mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi, yargılama usulleri kanunla düzenlenir”. Anayasanın 155. maddesinde Danıştay düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, Danıştay, idari mahkemelerce verilen ve kanunun başka bir yargı merciine bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme merciidir. Kanunla gösterilen belli davalara ise, ilk ve son derece mahkemesi olarak bakar. Ayrıca Danıştay, davaları görmek, idari uyuşmazlıkları çözmekle görevlidir. Ayrıca 1982 Anayasasının 140.maddesinde, hakim ve savcıların “adli ve idari yargı hakim ve savcıları” olarak görev yapacakları ifade edilmiştir.

Bu düzenlemelerin de gösterdiği gibi, 1961 ve 1982 Anayasalarının idari yargı rejimini kabul ettikleri açıktır. Her iki Anayasada idari rejimi kabul etmiş olmakla birlikte, acaba, idari uyuşmazlıkların, kanunla adli yargının görev alanına dahil edilmesi mümkün müdür?

YAYLA, kanunkoyucunun görevli yargı yerini belirlemedeki takdir yetkisinin mutlak olduğunun söylenebileceğini, 1982 Anayasasının 37. maddesindeki “kanuni mahkeme” kuralının da bu belli uyuşmazlığı çözecek yargı yerini belirlemek bakımından kanunkoyucuyu serbest bıraktığını gösterdiğini ifade etmektedir³. Ancak, bu düşünce, idari yargı rejimini benimsemiş bir ülkede, idari rejimi etkisizleştirme, giderek, fiilen ortadan kaldırma olasılığının hukuksal bir dayanağı olacağından, kabul edilmesi güçtür. Çünkü, yasama organının bu yetkisinin mutlak olduğunu söylemek, bir anlamda, yasama organının istediği tüm idari uyuşmazlıkları idari yargının görev alanı dışına çıkarabileceğini de kabul etmek anlamına gelir.

Kanunkoyucunun bu konuda yetkisizliğini savunan görüşe göre ise, 1982 Anayasasında idari yargının anayasal dayanağını bulmak mümkündür. Anayasanın 157. maddesinin birinci fıkrasında “Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, Askeri olmayan makamlarca tesis edilmiş olsa bile, asker kişileri ilgilendiren ve askeri hizmete ilişkin idari işlem ve eylemlerden doğan uyuşmazlıkların yargısal denetimini yapan ilk ve son derece mahkemesidir” kuralına yer vermiştir. Madem ki, asker kişileri ilgilendiren idari eylem ve işlemlerin yargısal denetimi Askeri Yüksek İdare Mahkemesince yapılacaktır, bu hükmün mefhumu muhalifinden hareketle, sivil kişileri ilgilendiren idari eylem ve işlemlerin yargısal denetimi de, Danıştayda ya da öteki idari yargı yerlerinde, kısaca, sivil idari yargıda yapılacaktır⁴.

Bu yorum da bazı açılardan eleştirilebilir. Birincisi, askeri idari uyuşmazlıkların Askeri Yüksek İdare Mahkemesinde çözüleceği açıkça ifade edilmesine rağmen, sivil idari uyuşmazlıklar konusunda açık bir ifade kullanılmamasının gerekçesi-

miştir. Ayrıca, uyarma ve kınama cezalarının yargı denetimi dışında bırakılabileceğini öngören Anayasanın 129/3. maddesi ile Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu kararlarını yargı denetimi dışında bırakan 159/4. maddesi idari yargı denetimine getirilen diğer sınırlamalar olarak gösterilebilir.

3. YAYLA Yıldızhan; idare Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 1990, s.32

4. GÜNDAY Metin; “İdari Yargının Görev Alanının Anayasal Dayanakları”, Anayasa Yargısı, S.14, Ankara 1997, s.353.

ni sorgulamak gerekir. Burada basit bir kelime veya kavram eksikliği değil, bir düzenleme eksikliği söz konusu olduğuna göre, anayasakoyucunun idari yargının görev alanını belirlemekten bilinçli olarak kaçındığı söylenebilir. Ayrıca, 1961 Anayasasının Danıştayı düzenleyen 140. maddesinde, "Danıştay, kanunların başka idari yargı mercilerine bırakmadığı konularda ilk derece ve genel olarak üst derece idare mahkemesidir. Danıştay, idari uyuşmazlıkları ve davaları görmek ve çözümlenmekle...görevlidir" denilmektedir. 1982 Anayasasında ise, "idari davalar" kavramı yerine "belli davalar" ifadesi kullanılmıştır. Bu değişik düzenleme dahi, anayasa koyucunun, idari yargının görev alanını korumak gibi bir kaygısının olmadığını göstermek için yeterlidir.

1961 Anayasasının bu düzenleme şekli, Yüksek Mahkemenin içtihatlarına da yansımış, bu konuda verdiği kararlarında idari yargının alanı konusunda YAYLA'nın ifadesiyle "nesnel ve bilimsel bir içerik belirlemesi yapmıştır."⁵ Bu dönemde, yüksek mahkemenin bu konudaki kararları üzerinde kısaca durmakta yarar vardır.

2. 1961 ANAYASASI DÖNEMİNDE ANAYASA MAHKEMESİNİN SORUNA YAKLAŞIMI

Anayasa Mahkemesi, "1961 Anayasasının 140. ve 114.maddelerinin birlikte ele alınması halinde idarenin kendine özgü ve özel hukuktan ayrı bir hukukla bağlı olduğunu ve bu idare hukukunun uygulanmasından doğan anlaşmazlıkların kural olarak Danıştay'da görülüp çözülmesi gereğini kabul eden bir idari sistem kurulduğunu açıkça gösterdiğini" ifade ettikten sonra, "Anayasanın, İdari yargı alanı ile adli yargı alanlarını bir bakıma ayırdığını" kabul etmektedir.⁶

Anayasa Mahkemesi, yasama organının yargı yerlerinin görev alanını belirleme konusunda yetkili olmadığını, 140. maddeyi hatırlattıktan sonra da şu şekilde açıklamaktadır: "Bu ilkenin (140. maddedeki düzenlemenin) bu denli açıklığı ve kesinliği karşısında, Danıştay'ın görev alanına giren bir uyuşmazlığın çözümünün adli yargı yerine bırakılması konusunda yasama organının takdir ve seçme serbestisine sahip olduğunu öne sürmek olanaksızdır. Çünkü kanunların başka idari yargı yerlerine bırakmadığı bütün idari davaları ilk derece idare mahkemesi sıfatıyla çözüme yetkisi, kesin olarak Danıştay'a aittir. Yasama organının kanun koymak suretiyle kullanabileceği takdir hakkı ise, o idari davanın çözümünü bir başka idari yargı mercisine, yani alt derece idare mahkemesine bırakmaktan ibaret kalır ki, bu halde dahi Danıştayın üst derece mahkemesi niteliğini koruyacağı açıktır."⁷

Anayasa Mahkemesi, bu kararında, adli ve idari yargının farklarını da açıklamaktadır. Adli yargı ile idari yargının birbirinden ayrılmasının temelinde, özel hukukla idare hukukunun ayrı ilke ve kurallara oturmuş bulunmalarını, uyuşmazlık alanlarının ve bu uyuşmazlıklara uygulanacak hukuk kurallarının değişik olmasının yattığını" ifade ettikten sonra her iki yargı düzeninin amaçlarının farklılığını şu

5. YAYLA; a.g.e., s.32.

6. AYM, E. 1974/42, K.1975/62, T. 25.03.1975, AMKD, S.13, Ankara 1976, s.390.

7. AYM, E.1976/1, K.1976/28, T. 25.05.1976, AMKD., S.14, s.184.

ifadelerle açıklamaktadır: “Adli yargının amacı, taraflar arasındaki uyuşmazlığın hak ve nesafet kurallarına göre çözümlenerek haksızlığın giderilmesi ve varsa zararın tazmin ettirilmesi olduğu halde, idari yargı denetiminin ana ereği, idarenin, idare hukuku alanı ve kanun çerçevesi içinde kalmasını sağlamaktır. Başka bir deyişle, idari yargı denetiminin amacı, idarenin, kanunların verdiği yetkileri aşması veya kötüye kullanması, ya da hukuka ve mevzuata aykırı işlem veya eylem tesisi edilmesi hallerinde, bu eylem ve işlemleri yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden iptal etmek suretiyle idareyi hukuk alanı içinde kalmaya zorlamaktır”⁸. İdari yargı ile adli yargı arasındaki bu farklılıklara dikkat çeken yüksek mahkeme, idarenin yargısal denetiminin adli yargı yerlerinde açılacak davalarla sağlanabileceği savının “anayasal ilkelere ters düşen ve şekli olmaktan öteye gitmeyen bir denetim” olacağı görüşündedir. Burada, kastedilen anayasal ilke, hukuk devleti ilkesidir. Çünkü idarenin eylem ve işlemlerinin etkin şekilde denetlenmesi hukuk devletinin bir gereğidir. Demek ki, idari yargının görev alanı sorunu aynı zamanda bir hukuk devleti sorunu olarak karşımıza çıkmaktadır⁹.

İdarenin etkin denetimi hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir. Ancak, bu denetimin mutlaka “idari yargı” mercileri tarafından yapılmasının zorunlu olduğunu söylemek mümkün değildir. Zira bu düşünce, idari rejimi benimsemeyi de hukuk devletinin zorunlu koşulu olarak kabul etmeyi gerektirir. Diğer bir ifadeyle, idari rejimin benimsenmediği ülkelerin hukuk devleti olamayacağı gibi, dünyadaki uygulamalarla bağdaşmayan, bir sonuca ulaşılır.

3. 1982 ANAYASASI DÖNEMİNDE ANAYASA MAHKEMESİNİN SORUNA YAKLAŞIMI

1982 Anayasasının idari yargının görev alanını ilgilendiren hükümlerinde 1961 Anayasasından farklı bazı düzenlemeler yapıldığı daha önce ifade edilmişti. Bu değişikliğin, Anayasa Mahkemesi içtihatlarını büyük ölçüde etkilemediği söylenebilir. Ancak, Yüksek Mahkemenin, kararları arasında çelişkilerin bulunduğunu da ifade etmek gerekir.

Anayasa Mahkemesi, 22.12.1988 tarihinde verdiği kararında, 125. maddede idarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolunun açık olduğunu, idarenin kamu hukuku alanındaki eylem ve işlemleri için idari yargının, özel hukuk alanındaki için de adli yargının görevli olduğunu ifade ettikten sonra, “yasama organının anayasal bir gerek olarak idare hukuku alanına giren bir idari eylem ya da işleme karşı adli yargı yolunu seçme hakkına sahip olmadığına” karar vermiştir. Yüksek mahkeme aksi bir düzenlemenin, “kanuni hakim güvencesini düzenleyen 37. maddeye aykırı olacağını” da belirtmiş, bu nedenle, idari sözleşmelerden doğan uyuşmazlığın çözüm yeri olarak adli yargıyı gösteren yasama işlemini iptal etmiştir¹⁰.

Yüksek Mahkeme, sorunu çözmüş gibi gözüken bu karardan sonra, bu kararla çelişen 10.07.1990 tarihli iki kararında, idari nitelikli para cezalarına yapılacak

8. Aynı karar, s.185-186.

9. Aynı fikirde GÜNDAY; a.g.e. s.350.

10. AYM, E. 1988/5, K. 1988/55, T.22.12.1988, AMKD, S.24, Ankara 1989, s.506

itirazların sulh ceza mahkemelerinde incelenmesini düzenleyen kanun hükmünün anayasaya aykırılık sorununu ele alınmıştır. Anayasa Mahkemesi, “idari para cezasına ilişkin incelemede, tüm ceza yargılaması kararlarında olduğu gibi, önce eylemin suçlanan tarafından işlenip işlenmediği iş bu hukuk kuralları karşısındaki durumu saptanarak yaptırım gerekip gerekmediğini araştıracağını, bu durumda, eylemin, idari yargıda incelenip çözüme bağlanacak idari bir işlem ya da karar olsa da, sözkonusu yasanın değişik 108. maddesi ikinci fıkrasının ikinci tümcesi ile bu tür uyuşmazlıkların adli yargı yerlerinde çözümleneceğine ilişkin düzenlemenin, Anayasanın yargı ile ilgili genel ilkelerine aykırı bir yönü olmadığına” karar vermiştir¹¹. Gerekçesi pek de doyurucu olmayan bu kararlarla açıkça idari uyuşmazlıkların adli yargı alanında çözülmesi kabul edilmiştir. Oyçokluğuyla alınan kararlara karşıoy yazan hakimler, iptali istenen düzenlemenin Anayasa ile kabul edilen idari yargı rejimine (“yargı ayrılığı” olarak ifade edilmiş) ve “doğal hakim ilkesine” aykırı olduğunu ifade etmişlerdir¹².

Anayasa Mahkemesi, 09.12.1994 tarihli kararında 3974 sayılı kanununun, konumuzla ilgili olarak, Ek 5. maddesinin Anayasaya aykırılığı sorununu tartışmıştır. Sözkonusu madde hükmüne göre, “Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı ile enerji alanında faaliyet gösteren İktisadi Devlet Teşekküllerinin bu kanuna dayanarak veya diğer kanunların özel sektörün yeni enerji üretim, iletim ve dağıtım tesisleri kurma ve işletmelerini veya mevcutların işletme haklarını devir almalarını öngören hükümlerine göre üçüncü kişilerle yapacakları sözleşmeler özel hukuk hükümlerine tabi olup, imtiyaz teşkil etmezler.” Yüksek mahkeme Anayasanın “125., 140. ve 155. maddelerin birlikte incelenmesi halinde idari eylem ve işlemlerin yargısal denetimlerinin idari yargının görev alanına girdiğinin anlaşıldığını” belirtmiştir. Yüksek Mahkeme, iptali istenen yasa hükmünde özel hukuk hükümlerine bağlı olduğu kabul edilen sözleşmenin niteliği üzerinde de durmuştur. Doktrinde de kabul edildiği gibi, bir sözleşmenin idari sözleşme sayılabilmesi için, sözleşmenin taraflarından birinin kamu idaresi, kurumu ya da kuruluşu olması, sözleşmenin kamu hizmetlerinin yürütülmesi ile ilgili bulunması ve yönetime özel hukuk yetkilerini aşan yetkilerin tanınması koşullarının varlığı gerekir. Yüksek Mahkeme, bu

11. AYM, E. 1989/28, K.1990/18, T.10.07.1990, RG., 28.07.1993, S.21651, s.22,

AYM, E. 1989/29, K. 1990/19, T.10.07.1990, RG. 28.07.1993, S.21651, s.33

Her iki kararda da 3493 sayılı yasanın 26. maddesinin iptali talep edilmiştir. İptali istenen 26. Madde hükmü şu şekildedir. “MADDE 26. 1475 sayılı İş Kanununun 108.maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

MADDE 108: Bu kanunda öngörülen idari nitelikteki para cezaları gerekçesi belirtilmek suretiyle Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Bölge Müdürlüğünce verilir. 98. maddenin D bendindeki ceza hükümlerini uygulamaya mahallin sulh ceza mahkemeleri, 105. maddesinde yer alan eylemlerden dolayı açılan davalarda ise Asliye Ceza Mahkemeleri yetkilidir. Bu davalar acele davalardandır.

İdari nitelikteki para cezaları ilgililere usulüne uygun olarak tebliğ edilir. Bu para cezalarına karşı tebliğ tarihinden itibaren 7 gün içinde yetkili sulh ceza mahkemesine itiraz edilebilir, itiraz üzerine verilen kararlar kesindir. İtiraz, zaruret görülmeyen hallerde evrak üzerinde inceleme yapılarak en kısa sürede sonuçlandırılır. Bu kanuna göre verilen idari para cezaları 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun Hükümlerine göre mahalli mal memurluğunca tahsil olunur.”

12. Karşıoy yazıları için bkz. Aynı yerde, s.25-27

koşulların Ek 5. madde kapsamında bulunan ve özel hukuk hükümlerine bağlı olduğu belirtilen sözleşmeler için de geçerli olduğu saptadıktan sonra, bu sözleşmelerin idari sözleşmeler olduğuna karar vermiştir. Dolayısıyla bu tür sözleşmelerin yargısal denetiminin Anayasa uyarınca idari yargının görev alanına girdiğini, Ek 5. madde ile, bu sözleşmelerin idari yargının görev alanından çıkarıldığını, halbu ki, niteliği gereği idari olan sözleşmelerin yasa kuralıyla özel hukuk hükümlerine bağlı tutulmasının olanaksız olduğunu ifade etmiştir. Ayrıca, yasama organının, Anayasal bir gerek olarak idare hukuku alanına giren bir idari eylem ya da işleme karşı adli yargı yolunu seçme hakkına sahip olmadığını, aksi durumun kanuni hakim ilkesine aykırı olacağına karar vermiştir¹³.

Yüksek Mahkeme, 28.06.1995 tarihli kararında da, idari nitelikteki sözleşmeleri özel hukuk hükümlerine bağlı tutarak idari yargı denetimi dışına çıkaran düzenlemeyi, bir önceki kararda ifade edilen gerekçelerle hukuka aykırı bulmuş, ayrıca, 37. 125. ve 155. maddeler aykırı olan düzenlemenin hukuk devleti ilkesine de aykırı olduğunu belirtmiştir¹⁴.

Yukarıdaki kararların gerekçeleri birlikte değerlendirildiğinde Anayasa Mahkemesinin kararlarını büyük ölçüde “yargı ayrılığı” ilkesine dayandırdığını, bu ilkeye aykırı düzenlemelerin “kanuni hakim” ve “hukuk devleti” ilkelerine de aykırılık oluşturacağını kabul ettiği görülmektedir. Ayrıca, yasama organının, yargı yerlerinin görevlerini belirleme yetkisine sahip olmadığını açık bir şekilde ifade etmiş, 142. maddenin anlamı üzerinde ise hiç durmamıştır. AYM'nin idari yargının görev alanını yasama organına karşı koruma çabası içinde olduğunu, ancak bunu yaparken sağlam gerekçelere dayanmadığını belirtmek gerekir.

4. ANAYASA MAHKEMSİNİN SON KARARI ÜZERİNE¹⁵

A. İtiraz Konusu Kanun Hükümü

03.05.1985 tarihli 3194 Sayılı İmar Kanununun 42. maddesinin 5. fıkrasının Anayasanın Başlangıç ile 2., 125., 140., 142. ve 155. maddelerine aykırılığı iddiasıyla, itiraz yoluyla Yüksek Mahkemeye başvurulmuştur.

İtiraz konusu 3194 Sayılı Kanunun 42. maddesinde ceza yaptırımları öngörülmektedir. Maddenin birinci ve ikinci fıkralarında, suç sayılan eylemler ve bunlara verilecek cezalar belirlenmiştir. Birinci ve ikinci fıkra hükümlerine göre, “Ruhsat alınmadan veya ruhsat ve eklerine veya imar mevzuatına aykırı olarak yapılan yapının sahibine ve müteahhidine, istisnalar dışında, özel parselasyon ile hisse karşılığı belirli bir yer satan ve alana 500.000TL’den 25.000.000 liraya kadar para cezası verilir. Ayrıca fenni mesule bu cezaların 1/5’i uygulanır. Birinci fıkrada belirtilen fiiller dışında bu kanunun 28, 33, 34, 39 ve 40. Maddeleri ile 36. maddesinin üçüncü fıkrasında belirtilen yükümlülükleri yerine getirmeyen mal sahibine, fenni mesule ve müteahhidine 500.000TL’den 10.000.000 liraya kadar para cezası verilir.”

13. AYM, E. 1994/43, K. 1994/42-2, T. 09.12.1994, RG. T.24.01.1995, S.22181, s.21-22.

14. AYM, E. 1994/71, K. 1995/23, T. 28.06.1995, RG. 20.03.1996, S.22586, s. 48-51.

15. AYM, E. 1996/72, K. 1997/71, T. 15.05.1997, RG. T. 01.02.2001, S. 24305, s.9 vd.

Maddenin üçüncü fıkrasında, birinci ve ikinci fıkralarda belirtilen fiillerin tekrarı halinde para cezalarının bir kat arttırılacağı, dördüncü fıkrasında da birinci ve ikinci fıkralarda gösterilen cezaların ilgisine göre doğrudan doğruya belediyeler ya da en büyük mülki amir tarafından verileceği belirtilmiştir.

Maddenin itiraz konusu beşinci fıkrasında ise, bu cezalara karşı cezanın tebliğinden itibaren yedi gün içinde sulh ceza mahkemesine itiraz edilebileceği, itirazın zaruret görülme hallerde evrak üzerinde inceleme yapılarak sonuçlandırılacağı, itiraz üzerine verilecek kararın kesin olduğu hükme bağlanmıştır.

B. İtiraz Gerekçeleri

İtiraz gerekçesinde, Anayasanın 125. ve 155. maddeleri hatırlatıldıktan sonra, şu ifadeler yer verilmiştir: "...idarenin her türlü işlem ve eyleminin idari yargı yerlerince denetlenmesi tartışmasız olmaktadır. Bu bakımdan, idari para cezası niteliğini taşıyan imar para cezalarının idari yargı denetimi dışında tutulması, idarenin yargısal denetiminin etkin ve doğal anlamda gerçekleşmemesi sonucunu doğuracaktır. Aynı olgudan kaynaklanan idari işlemlerin denetimlerinin farklı yargı yerlerine bırakılmasının, yargılamanın ivedi yoldan yapılmasını ve uyuşmazlığın çelişkisiz çözümünü önleyecek; imar kurallarına aykırı bir yapının yıkılmasına ilişkin uyuşmazlıklar idari yargı yerinde karara bağlanırken, aynı belediye encümeni kararında yer alan imar para cezasına Sulh Ceza Mahkemesinde bakılması çelişki yaratacak, dahası, idari bir işlemin denetiminde idari yargılama usulü uygulanmayacak, idari yargı mesleğinden olmayan hakimler sorunu görecektir. Yargı yerinde ve yargılama yöntemindeki bu farklılık ve çelişkiler idarenin yargısal denetimindeki Anayasal ilkelerle bağdaşmayacak ve bu sonuç hukuk devleti ilkesini zedeleyecektir¹⁶."

C. Anayasa Mahkemesinin Kararı

Anayasa Mahkemesi oy çokluğuyla itiraz konusu hükmün Anayasaya aykırı olduğuna karar vermiştir.

Kararın gerekçesinde şu görüşlere yer verilmiştir: "Tarihsel gelişime paralel olarak Anayasada adli ve idari yargı ayırımına gidilmiş ve idari uyuşmazlıkların çözümünde idare ve vergi mahkemeleriyle Danıştay yetkili kılınmıştır. Bu nedenle, kural olarak idare hukuku alanına giren konularda idari yargı, özel hukuk alanına giren konularda adli yargı görevli olacaktır. Bu durumda idari yargının görev alanına giren bir uyuşmazlığın çözümünde adli yargının görevlendirilmesinde yasa koyucunun mutlak bir takdir hakkının bulunduğu söylemek olanaklı değildir. İdari yargının denetimine bağlı olması gereken idari bir uyuşmazlığın çözümü haklı bir neden ve kamu yararı bulunması halinde yasakoyucu tarafından adli yargıya bırakılabilir. Ancak, itiraz konusu kuralda olduğu gibi bir idari işlemin bir bölümünün idari yargının, diğer bölümünün adli yargının denetimine bırakılmasında, kamu yararı bulunmamaktadır. ... İdarenin aynı yapı içinde aldığı kararın bir bölümünün idari yargıda bir bölümünün adli yargıda görülmesi yargılamanın

16. Aynı yerde, s.10,14

bütünlüğünü bozar. İşlemin idari olduğuna duraklanamayacağına ve bu konuda hizmetin gereği haklı bir neden ve kamu yararı da bulunmadığına göre, idari bir işlemin bölünerek bir bölümünün idari yargının bir bölümünün de adli yargının denetiminde bırakılmasında isabet yoktur.¹⁷”

Oy çokluğuyla alınan karara dört üye muhalif kalmıştır. Bu üyeler, yazdıkları karşıoy yazılarında, Anayasada adli ve idari görev ayırımı konusunda açık bir düzenlemeye gidilmediğini, idari davaların mutlaka idari yargı yerlerinde görülmesini emreden bir kural konulmadığını ve böyle bir düzenlemeden bilinçli olarak kaçınıldığını, dolayısıyla, Anayasa bir bütün olarak değerlendirildiğinde adli ve idari yargı ayırımının kabul edildiği ancak bunun sınırlarının kesin olarak belirlenmediğini ileri sürmüşlerdir. Ayrıca, Adli ve idari yargının görev ayırımındaki temel esaslara bağlı kalınarak ayrıntılı sınırın yasayla konulması, konunun anayasal sınırlarının belirsizliği nedeniyle doğal olduğu, yasa koyucunun da şimdiye kadar bu ayırımı korumaya özen göstererek adli ve idari yargı arasındaki ayırımı, adalete daha kolay ve daha az masrafla ulaştırılmasına önem vererek yaptığını, bunun da, Anayasanın 141. maddesinin son fıkrasında ifade edilen davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması şeklindeki anayasal düzenlemeye de uygun olduğu vurgulanmıştır. Karşı oy yazılarında ileri sürülen bir diğer görüş ise, cezalandırmanın adli yargıda uygulama alanı bulduğu, Anayasanın 38. maddesinde de belirtildiği üzere, yalnız hürriyeti bağlayıcı cezalar dışındaki cezaların idare tarafından uygulanabileceği esası kabul edildiğine göre, idari cezanın yargısal denetiminin zaman zaman adli yargıya verilmesinin aslında sisteme getirilen istisnanın hudutlarının değiştirilmesi ve yeniden ele alınması olduğudur¹⁸.

5. DEĞERLENDİRMELER

Yüksek mahkemenin bu son kararı, sorunu tam olarak çözmemiş olsa da, mahkemenin yeni bakış açısını yansıtmaya açısından önemlidir.

Yüksek Mahkeme hemen bütün kararlarında¹⁹ yasama organının idari yargının görev alanını belirleme konusunda yetkisi bulunmadığını ifade etmiştir. İmar Kanunu 42/5. maddesine ilişkin kararında ise, farklı bir yaklaşım sergilemektedir. Bu kararda, yasama organının idari yargının görev alanını belirleme konusundaki yetkisinin mutlak olmadığını ifade etmekte, bazı durumlarda, idari bir uyuşmazlığın, yasama organının kararıyla adli yargı alanına bırakılabileceğini kabul etmektedir. Demek ki, yüksek mahkeme, dolaylı bir şekilde, 1982 Anayasasının idari yargının görev alanını belirleme konusunda, yasa koyucuya takdir yetkisi tanıdığını kabul etmiştir.

17. Aynı yerde s.15-16

18. Karşıoy yazıları için bkz. aynı yerde s.20-21

19. Mahkeme, 10.07.1990 tarihli kararlarında (E.1989/28 ve E. 1989/29 sayılı kararlar), itiraz başvurularını reddederken, yasama organının idari yargının görev alanını düzenleme sorununa hiç değinmemiştir. Bu kararları dışındaki tüm kararlarında yasama organının bu konuda yetkisi bulunmadığını belirtmiştir. Bkz. yukarıda s.4

Ancak, yüksek mahkemenin, yasa koyucunun bu nisbi düzenleme yetkisini bazı kriterlere bağlama çabası dikkati çekmektedir. Yasa koyucu ancak, "haklı bir neden" ve "kamu yararının" bulunması hallerinde, adli yargıyı görevli kılabilir. Diğer bir ifadeyle, hiçbir haklı nedene dayanmayan ve kamu yararı da gütmeyen düzenlemelerin anayasaya aykırı olmaları söylenebilir. "Haklı neden" ve "kamu yararı" kavramları" ise sübjektif değerlendirmelere açık kavramlardır²⁰. Örneğin, karşıoy yazılarında da ifade edildiği gibi, belli sınırlar içindeki para cezaları için daha yaygın ve kolay ulaşılabilir olan adli yargının görevlendirilmesinde kamu yararı bulunduğu kolaylıkla savunulabilir.

Kararda, aynı idari işlemde kaynaklanan uyuşmazlığın bir bölümünün farklı bir yargı düzenine dahil edilmesinde, yargılama bütünlüğünü bozacağı gerekçesiyle, isabet bulunmadığı da ifade edilmiş ve karar büyük ölçüde bu gerekçeye dayanmıştır. Öyleyse, haklı neden ve kamu yararı kriterlerine ek olarak yargılamanın bütünlüğünü bozan düzenlemelerin de anayasaya aykırı olacağı söylenebilir. Acaba, bu üç kriter birlikte mi aranacaktır, yoksa birinin bulunması yeterli olacak mıdır? Çünkü, bu üç kavram da birbirinden farklı anlamlara sahip, kimi zaman biribirinde farklı olarak varolabilecek kavramlardır. Haklı bir nedenin bulunması aynı zamanda kamu yararının varlığına da işaret edebilirse de, kimi durumlarda, kamu yararı ve haklı neden bulunabilir ama yargılama bütünlüğü bozulabilir.

İdari yargı yerine adli yargının görevlendirilmesinde öne sürülen "haklı nedenler" in ne olduğuna, dolayısıyla, böyle bir görevlendirmede neden kamu yararı bulunduğu da bakmak gerekir. Burada en önemli etkenin, idari yargının yeterince yaygın olmaması olduğu söylenebilir. Gerçekten de, adli yargı ülkenin hemen her ilçesinde teşkilatlanmışken hâlâ idare mahkemesi olmayan illerin bulunması, bu düşüncüyü haklı kılmaktadır. Nitekim Türkiye genelindeki ceza mahkemelerinin (devlet güvenlik, ağır ceza, asliye ceza, sulh ceza, icra ceza, trafik ve çocuk mahkemeleri) sayısı 2631, hukuk mahkemelerinin (asliye hukuk, sulh hukuk, asliye ticaret, kadastro, iş, icra hukuk) sayısı 3145 iken, idari mahkemelerin (bölge idare, idare ve vergi mahkemeleri) toplam sayısı 137'dir²¹.

Adli yargının, idari yargıdan daha süratli işlediğini, daha etkin olduğunu söylemek, Türk yargısının içinde bulunduğu genel sorunlar dikkate alındığında, pek mümkün değildir. Adli yargının iş yükünün fazlalığı, adli hakim, savcı sayısının yetersizliği, yargının ağır işleyişi yargı mensuplarınca da şikayet edilen hususlardır. Hatta, adli yargının iş yükünü azaltmak amacıyla bazı basit suçlara sadece idari para cezası uygulanması önerilmektedir²².

20. Kamu yararı kavramı konusunda bkz. YILDIRIM Turan; "Kamu Yararı ve Disiplin Cezalarının Affı", Anayasa Yargısı, S.18, Ayı Basım, s.3 vd., AKILIOĞLU Tekin; "Kamu Yararı Kavramı Üzerine Düşünceler", İHİD, Lütfi Duran'a Armağan, S.1- 3, Y.9, 1988, s.11.

21. İstatistik veriler <http://www.adli-sicil.gov.tr/istatistik-htm> adresindeki internet sitesinden alınmıştır.

22. Yargıtay Eski 1. Başkanı Mehmet Uygun'un 1998-1999 adli yıl açılışında yaptığı konuşma için bkz. <http://yargitay.gov.tr/bilgi/adli/98-99.html>

Ceza mahkemelerinde toplam dava sayısı 2.844.333 olup yıl içinde karara bağlanma oranı %59.2’dir. Ceza mahkemelerinde ortalama yargılama süresi 237 gündür. Hukuk mahkemelerindeki dava sayısı 1.739.252, karar bağlanma oranı %66.4, ortalama yargılama süresi ise 177 gündür. İdari mahkemelerde 203.462 olan dava sayısının yıl içinde karara bağlanma oranı %67.8’dir. İstatistiki verilerin de ortaya koyduğu gibi idari yargının daha hızlı işlediği söylenebilir.

Bu veriler ışığında, mahkemelerin iş yükü açısından bir mukayese yapılacak olursa;

Hukuk mahkemelerindeki 1.739.252 dava 3145 mahkemede görülmekte, her mahkemeye düşen ortalama dava sayısı 553’tür.

Ceza mahkemelerindeki 2.844.333 dava 2631 mahkemede görülmekte, her mahkemeye düşen ortalama dava sayısı 1081’dir.

İdare mahkemelerindeki toplam 203.462 dava 137 mahkemede görülmekte, her mahkemeye düşen ortalama dava sayısının 1485’dir.

Görüldüğü gibi, idari yargının iş yükü adli yargıdan daha fazla olmasına rağmen davaların yıl içinde karar bağlanma oranları idari yargıda daha yüksektir.

Bu aşamada diğer bir sorun karşımıza çıkmaktadır. İdari bazı uyuşmazlıklar konusunda bazı “haklı nedenlerle” adli yargıyı görevlendirmek, aynı zamanda idari rejimin benimsenmesindeki “haklı nedenler”i, bir anlamda, etkisiz hale getirmez mi?

Bilindiği üzere, idarenin yargısal denetimi tüm demokratik ülkelerde kabul edilmekle birlikte, uygulanan yargısal denetim sistemleri farklılık göstermektedir. İdarenin yargısal denetimi konusunda başlıca iki sistem uygulanmaktadır. Birincisi, yargı birliği sistemi, diğeri ise, idari yargı sistemidir.

Genellikle Anglo-Amerikan ülkelerinde uygulanan yargı birliği sisteminde, idarenin yargısal denetimi için ayrı bir yargı düzeni oluşturulmamış, idari uyuşmazlıklar da adli yargı mercilerince çözülmektedir. Fransa’da ortaya çıkan²³ idari yargı sisteminde ise, adli yargıdan farklı olarak, idari uyuşmazlıkları çözmekle görevli, idari yargı mercileri vardır²⁴.

23. İdari yargı sisteminin Fransa’da ortaya çıkışı tarihsel gelişmelerin sonucudur, ihtilalden önceki eski rejimde, yargı alanında bir çeşit adalet mahkemesi sayılan parlömanların, tutucu ve gelenekçi yaklaşımlarıyla idari işlere karışmaları, idari işleyişi aksatmaktaydı. İhtilalle beraber parlömanlar ortadan kaldırıldı ve adliye mahkemeleri kuruldu. Bu mahkemelerin idare ve idareci aleyhine dava kabul etmeleri yasaklandı, idari faaliyetlerden doğan uyuşmazlıkları çözüme yetkisi ise, vali, bakan ve devlet başkanı gibi idarecilere tanındı. Napolyon devlet başkanı olunca, Danıştayı kurdu ve çıkan idari uyuşmazlıklar konusunda çözüm önermekle görevlendirildi. İlk başta, idari uyuşmazlıklar konusunda bir danışma organı olan Danıştay, zamanla idari yargı mercii haline geldi. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZYÖRÜK Mukbil; İdare Hukuku İdari Yargı Ders Notları (teksir), Ankara 1977, s.30 vd.

24. BALTA Tahsin Bekir; İdare Hukukuna Giriş, TODAİE yay., Ankara, 1970, s.222-223.

İdari yargı sisteminin tercih edilmesinin çeşitli sebepleri vardır. Adli yargı ile idari yargının birbirinden ayrılmasının temelinde, özel hukukla idare hukukunun ayrı ilke ve kurallara oturmuş bulunmaları yatmaktadır²⁵. İdare ile kişiler arasında çıkan uyuşmazlıkların ve bu uyuşmazlıklara uygulanacak hukuk kurallarının, kişiler arasında çıkan uyuşmazlıklardan ve bunlara uygulanacak kurallardan farklı olması nedeniyle idari uyuşmazlıkların bu alanda "uzman mahkemeler"de görülmesinin daha doğru olduğu savunulmaktadır²⁶.

İdari yargı hakimlerinin "kamu hizmetlerinin yerine getirilmesi konusundaki derin bilgilerinin bulunması" nedeniyle idari uyuşmazlıkları çözmek hususunda adli yargı hakimlerine göre, daha yetkili oldukları da kabul edilmektedir²⁷.

Ayrıca idari yargının kendine özgü yargılama usulleri sözkonusudur²⁸. İdari yargının işlevi de adli yargıdan farklıdır. İdari yargı bir yandan "bir çok çelişkinin giderilmesi ve toplumsal barışı sağlayacak çok yönlü dengelerin sağlanması"²⁹ işlevine sahiptir, diğer yandan "çağdaş demokrasinin varlığını koruyabilmek için bir denge unsurudur"³⁰.

İdari bir uyuşmazlığın, bu konuda uzman olmayan, sorunlara, kavramlara yabancı başka bir yargı düzeni kapsamına almak, yargı düzenlerinin asıl gayesi olan adaleti sağlama amacını zedeleyecektir. Dolayısıyla, çözüm, idari yargının yaygınlaşmasını sağlayarak, adli yargının görevlendirilmesindeki "haklı nedenleri" ortadan kaldırmaktır. Diğer bir ifadeyle, idari yargıyı, etkin, kolay ulaşılabilir, süratli işleyen bir yapıya kavuşturmak gerekir. Aksi halde, yasa koyucu kimi pratik sebeplerle idari yargının görev alanını daraltabilir ve bunda da haklı nedenleri bulunabilir.

Sonuç olarak, Yüksek Mahkemenin, bu son kararında, "yargı ayrılığı" ilkesine bağlı kalarak, yasama organına karşı idari yargının görev alanını koruma amacında olduğu, ancak hem anayasal düzenlemenin belirsizliği hem de idari yargının mevcut yapısını dikkate alarak, bazı idari uyuşmazlıkların, adli yargı alanına dahil edilebileceğini kabul ettiği söylenebilir.

25. SEZER A.Necdet; Anayasa Mahkemesi'nin 38. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumun Açılış Konuşması, Anayasa Yargısı 17, Ankara, 25-26 Nisan 2000, s.13-14.
26. GÖZÜBÜYÜK; Yönetmelik Yargısı, s.7, TUNCAY Aydın H; idare Hukuku ve İdari Yargının Bazı Sorunları, Danıştay Yay., Ankara 1972, s.63, BALTA; a.g.e., s.228.
27. EROĞLU Hamza; İdare Hukuku, 4. Bası, Ankara, s.347.
28. YAYLA Yıldızhan; "İdari Yargılamanın Özelliği", Atatürk'ün 100. Doğum Yılı Kutlama Sempozyumu, Danıştay Yay., Ankara 1981, s. 129 vd.
29. YAYLA; "İdari Yargılamanın Özelliği", s.140.
30. ÖZAY; "Türkiye'de İdari Yargının İşlevi ve Kapsamı", İdari Yargı Son Gelişmeler Sempozyumu, Danıştay Yay., Ankara 1982, s.20.

(43. Makale - 2004)

Doç. Dr. Ali ULUSOY

*Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin
Üniversitelerde Türban Yasağına İlişkin
Kararları Üzerine Notlar **

* Ali Ulusoy, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Üniversitelerde Türban Yasağına İlişkin Kararları Üzerine Notlar", AÜHF Dergisi, Yıl 2004, Cilt 53, Sayı 4, 125-134.

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ'NİN ÜNİVERSİTELERDE TÜRBAN YASAĞINA İLİŞKİN KARARLARI ÜZERİNE NOTLAR

*Doç. Dr. Ali ULUSOY**

Türkiye’de üniversite idarelerinin idari kararlarla üniversitelerde türban yasağı öngörmeleri ve türbanlı öğrencilere çeşitli idari cezalar uygulamaları ve bu işlemlerin de Türk yargı organları tarafından hukuka uygun bulunması üzerine, bu uygulamaların Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine (AİHS) aykırılığı iddiasıyla, sorun birkaç kez Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine (AİHM) taşınmıştır.

1) 1993 yılındaki "Karaduman ve Bulut" kararı

Bunlardan ilkinde dava konusu, türbanlı olarak üniversite eğitimine izin verilmemesine ilişkin olmayıp, türbanlı fotoğraf verilmesi nedeniyle mezuniyet diploması verilmemesine ilişkindir. Bu davada¹, AİHM'nin o zamanki yapılanması gereği, *Avrupa İnsan Hakları Komisyonu* sözkonusu uygulamayı AİHS'nin ifade ve inanç özgürlüğünü düzenleyen 9. maddesine aykırı bulmamıştır.

Adıgeçen kararda geçen "*laik üniversitede okumayı seçen öğrencinin konulan kılık kıyafet kurallarına da uymak zorunda olduğuna* " dair ifadeden, Komisyon üyelerinin Türkiye’de diğer Avrupa ülkelerinde görüldüğü gibi dinsel cemaatlerce yönetilen ve işletilen özerk özel üniversitelerin bulunmadığı ve tüm üniversitelerin zorunlu olarak laik olduğu konusunda aydınlatılmamış olduğu izlenimi doğmaktadır. Böylece dava eğitim-öğretim hakkı yönünden incelenememiştir. Zira Türkiye’de tüm üniversiteler hukuken laik olmak zorunda olduğundan, bu durumda türban takan öğrenci Türkiye’de yükseköğrenim hakkını kullanamamaktadır.

Diğer yandan Komisyon aynı kararında, sözkonusu öğrenciye diploma verilmemesine karşın çıkış belgesi verildiğini ve öğrencinin bu belgeyle mezuniyete ilişkin her türlü haktan yararlanabildiğini de tespit etmiştir.

2) 2004 yılındaki "Leyla Şahin" kararı

AİHM, 29 Haziran 2004 tarihli *Leyla Şahin* kararında² üniversitelerde türban yasağına ilişkin nihai yaklaşımını ortaya koymuş ve Türkiye gibi radikal dinci tehlikenin potansiyel olarak mevcut olduğu ülkelerde üniversite idarelerinin öğrencilere türban yasağı getirmelerinin AİHS’yi ihlal etmeyeceğine karar vermiştir.

* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

1 3 Mayıs 1993, Karaduman ve Bulut.

2 No.44774/98(<http://hudoc.echr.coe.int/hudoc/ViewTitl.asp?Item=Html&X=630134650...>)

a) Karar gerekçeleri

Dava, İstanbul Üniversitesi Rektörlüğü'nün üniversiteye türbanla girişi yasaklayan 23.02.1998 tarihli idari düzenlemesinin AİHS'nin özellikle ifade ve inanç özgürlüğünü düzenleyen 9. maddesini ihlal ettiği iddiasıyla bir İstanbul Üniversitesi Tıp Fakültesi öğrencisi tarafından açılmıştır.

AİHM, karar gerekçesinde öncelikle, Türk Anayasa Mahkemesi'nin üniversitelerde türban takılmasının türban takmayan kız öğrenciler üzerinde baskı aracı ve ayırimcılık yaratacağına ve Anayasanın laiklik ilkesine aykırılık teşkil edeceğine ilişkin değerlendirmesine dikkat çekmiştir.

Mahkeme, sözkonusu türban yasağının AİHS'yi ihlal edip etmediğini incelerken, üç nokta açısından değerlendirme yapılması gerektiğini öngörmüştür:

- bu yasağın Türk Hukukunda yasal dayanağının bulunup bulunmadığı,
- bu yasağın konulmasında meşru bir amacın bulunup bulunmadığı,
- bu yasağın demokratik bir toplum için gerekli olup olmadığı.

Yasal dayanak sorunu : Davacı, İstanbul Üniversitesinin türbanı yasaklayan idari düzenlemesinin 2547 sayılı Kanunun "'yüksek öğretim kurumlarında kılık ve kıyafet serbesttir" hükmünü içeren Ek 17. maddesine aykırı olduğunu ileri sürmüştür.

AİHM ise öncelikle yasal dayanağa ilişkin “yasa” kavramını “şekli” değil “maddi” anlamda algılamış ve her türlü hukuk kuralını, hatta “yazılı olmayan hukuk” yani içtihat hukukunu da yasa kavramına dahil saymıştır.

Diğer yandan AİHM, AİHS'ye taraf devletlerin iç hukuklarının yorumlanması ve uygulanması yetkisinin ulusal makamlara ait olduğunu vurgulamış ve bu bağlamda Türk İç Hukukunda idari düzenlemelerle üniversitelerde türban yasağı konulmasının Türk Kanunlarına ve dolayısıyla Türk Hukukuna uygun olup olmadığını belirleme yetkisinin Türk mahkemelerine ait olduğunu, Türk Anayasa Mahkemesi ve Danıştayın üniversitelerde türban yasağı konulmasını hukuka uygun bulduklarını, bu mahkemelerin bu yönde yerleşmiş içtihatları bulunduğunu, bu durumda AİHM'nin Türkiye'de idari düzenlemelerle türban yasağı konulmasının Türk kanunlarına aykırı olup olmadığını değerlendiremeyeceğini, bu konudaki Türk yüksek yargı organlarının değerlendirmeleriyle kendisini bağlı kabul ettiğini, zira Türk Anayasa Mahkemesinin 2547 sayılı Kanunun Ek 17. maddesini üniversitelerde türbanın serbest olmadığı şeklinde yorumladığını ifade etmiştir.

Bu nedenlerle AİHM, dava konusu türban yasağında yasal dayanak sorununun bulunmadığına hükmetmiştir.

Meşru Amaç Sorunu : AİHM, özellikle Türk Anayasa Mahkemesi ve Danıştayın türban konusundaki kararlarına dikkat çekerek, İstanbul Üniversitesinin dava konusu işleminin başkalarının hak ve özgürlüklerinin ve kamu düzeninin korunması açısından meşru amaçlar taşıdığını ve dolayısıyla bu konuda da sözkonusu yasağın herhangi bir sorun bulunmadığını vurgulamıştır.

Demokratik bir Toplum için Gereklik Sorunu : AİHM, AİHS'ye taraf devletlerin kamu düzenini ve başkalarının hak ve özgürlüklerini korumak için türban takılmasına sınırlamalar getirebileceklerini ve *“Türkiye gibi nüfusunun çok büyük çoğunluğunun belli bir dine mensup olduğu bir ülkede üniversite yönetimlerinin köklendirici grupların bu dinin ibadet gereklerini yerine getirmeyen veya başka dini inanca mensup öğrenciler üzerinde baskı kurmalarını engellemek için çeşitli önlemler alabileceklerini”* ve bu amaçla *“laik üniversitelerin bir dinin ibadet ve usullerinin yerine getirilmesini kısıtlayan düzenlemeler öngörebileceklerini”* belirlemektedir.

AİHM ayrıca, bu konudaki her bir ülkeye özgü ihtiyaçları ulusal mahkemelerin yargıçlarının uluslararası mahkemelerin yargıçlarına göre daha iyi değerlendireceklerini de ifade etmektedir.

Öte yandan AİHM, eğitim-öğretim kuramlarında dinsel sembollerin taşınması konusunda Avrupa'da yeknesak bir uygulamanın bulunmadığını ve konunun ülkeden ülkeye değişiklik arzettiğini, fakat üye devletlerin bu konudaki düzenleme ve uygulamalarının,

- *“çoğulculuk ilkesine zarar vermemesi”*
- *“AİHS ile güvence altına alınmış olan diğer hakları ihlal etmemesi”*
- *“inanç ve ibadet özgürlüğünü ortadan kaldıracak, boyuta varmaması”*

gerektiğini de özenle vurgulamaktadır.

Somut olayda ise AİHM, Türkiye'de son yıllarda türbanın siyasi bir kimliğe büründüğü, halkın büyük çoğunluğu müslüman olduğundan türban takılmasının takmayanlar üzerinde baskı oluşturabildiği ve türban yasağının başkalarının haklarını ve kamu düzenini korumak için *“zorunlu bir sosyal ihtiyaç”* olduğu yönündeki Türk yüksek yargı organlarının düşüncelerini aynen benimsediğini ifade etmiştir.

Bu nedenlerle AİHM, dava konusu türban yasağının Türkiye açısından demokratik gerekler yönünden sorun teşkil etmediğine karar vermiştir.

Son olarak AİHM, yukarıdaki gerekçelerden farklı sonuçlar ortaya çıkmayacağı için, davanın AİHS'nin inanç ve ibadet özgürlüğüne ilişkin 9. maddesi dışındaki ihlal iddiaları (türban yasağının öğrencileri eğitimi ile dini ibadeti arasında seçim yapmaya zorladığı, dini ibadetini yerine getirenler ile yerine getirmeyenler arasında ayırimcılık anlamına geldiği gibi iddialar) yönünden ayrıca incelenmesine gerek görmemiş ve sonuç olarak, dava konusu türban yasağının AİHS'ye aykırı olmadığına oybirliği ile karar vermiştir.

b. Kararın Eleştirisi

AİHM'nin üniversitelerdeki türban yasağına ilişkin yukarıda özeti verilen kararı bazı noktalardan tartışmaya oldukça açık görünmektedir:

ba. AİHM, taraf devletlerin iç hukuktaki uygulamalarının AİHS’ye uygunluğunu denetlemek görevinden kaçınmamalıdır

AİHM, sözü edilen kararda özetle, üniversitelerde türban yasağı konulmasının Türkiye’nin iç hukukuna uygun olup olmadığı (yasal dayanağının bulunup bulunmadığı) konusunda kendisini ayrıca değerlendirme yapmaya yetkili görmediğini, bu konudaki Türk mahkemelerinin değerlendirmeleriyle bağlı olduğunu öngörmektedir. Ancak AİHM, bu yasağın Türk iç hukukuna uygun olup olmadığını değil, bu yasağın Türk iç hukuku tarafından AİHS’ye uygun olarak değerlendirilip değerlendirilmediğini denetlemekle görevlidir. Aksi halde AİHM, AİHS’nin öngördüğü insan haklarını koruma sistemini etkin biçimde devreye sokamayacaktır.

Nitekim, somut olaydaki sorunu kısaca özetlersek, Türk Hukukunda üniversitelerde “*kılık ve kıyafeti*” açıkça serbest bırakan bir kanun hükmü bulunmakta (2547 sayılı Kanun, Ek m.17), ancak Türk Anayasa Mahkemesi bu kanun hükmünün türban serbestisini içermediğine hükmetmekte ve Türk Danıştay’ı da üniversite idarelerinin idari düzenlemelerle türban yasağı koymalarını hukuka uygun bulmaktadır.

O halde AİHM’nin bu noktada tartışması gereken hukuk problemi şu olmalıdır : AİHS’ye taraf bir devlette bir yargı organı bir kanun hükmünü hatalı yorumlayarak AİHS ile güvence altına alınan bir temel hak ve özgürlüğün kısıtlanmasına neden olursa, AİHM’nin ulusal mahkemenin bu “açık ve bariz yorumlama hatasını” tartışmaya açma ve değerlendirme yetkisi var mıdır?

Kanımızca bu soruya olumlu yanıt vermek gerekmektedir ve AİHM’nin prensip olarak, Sözleşmeye taraf devletlerin idari makamlarının olsun, yargı mercilerinin olsun ve hatta yasama organlarının olsun, her türlü işlem ve uygulamalarının AİHS’ne uygunluğunu değerlendirme yetkisi bulunmaktadır. Bu özellik esasen AİHM’nin “ulusalüstü” veya “uluslarüstü” niteliğinin de bir gereğidir.

bb. AİHM, AİHS’yi her ülke için farklı ölçütler ve “ standartlar” kullanarak uygularsa ortak ve objektif bir Avrupa İnsan Hakları Koruma Sistemi oluşturmak güçleşecektir

AİHM, sözkonusu kararda üniversitelerde türban yasağı konulmasının AİHS’ye uygunluğu konusunun her ülkenin özel koşullarına göre farklılık arzedebileceğini öngörmektedir. Buna göre Türkiye gibi köktendinci İslam tehlikesinin bulunduğu bir ülkede üniversitelerin türban yasağı koyması AİHS’yi ihlal etmezken, bu türden bir tehdidin bulunmadığı bir ülkede aynı yasağın konulması AİHS’nin ihlali anlamına gelebilecektir.

Bir uygulamanın AİHS’yi ihlal edip etmediğinin değerlendirilmesinde o ülkedeki somut gelişmelerin de dikkate alınması doğal karşılanabilirse de, aynı fiilin bir ülkede AİHS’yi ihlal ettiğine, bir başka ülkede ise ihlal etmediğine karar verilmesi olağan ve yerleşik bir “içtihat” haline gelirse, “çifte standart” iddialarına ve objektif ve ortak bir Avrupa İnsan Hakları Koruma Sisteminin devreye sokulmasının güçleşeceğine ilişkin eleştirilere yanıt vermek iyice zorlaşacaktır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Üniversitelerde Türban Yasasına İlişkin Kararları Üzerine Notlar

bc. AİHM'nin dinsel özgürlüklerin sınırına ilişkin öngördüğü "prensipten" doğru olmakla birlikte, bu prensibin somut olaya uygulanmasında sorunlar bulunmaktadır

AİHM, kararda öncelikle, dinsel özgürlüklerin sınırına ilişkin olarak, "Bir ülkede radikal dinci baskı ve tehdit varsa dinsel özgürlükler sınırlanabilir" şeklinde özetlenebilecek bir temel prensip öngörmektedir.

Sonrasında ise bu "prensipten" somut olaya uygulamakta ve bu bağlamda bir somut durum tespiti yapmaktadır, daha doğrusu bu noktadaki Türk Anayasa Mahkemesinin somut durum tespitini aynen doğru varsaymaktadır: Bu tespit/varsayımına göre, *Türkiyede radikal İslamcılar kız öğrencilere türban takma konusunda baskı uygulamaktalar ve ayrıca, türban takmayan kız öğrenciler türbanlı öğrencileri görünce kendilerini baskı altında hissedebilmektedirler.*

AİHM, bu tespitten yola çıkarak, Türk üniversite idarelerinin türbanı yasaklamasını AİHS'nin din ve inanç özgürlüğünü düzenleyen 9. maddesine aykırı görmemektedir,

AİHM'nin bu konuda öngördüğü prensip uygun ve kabul edilebilir olmakla birlikte, bu prensibin uygulanmasına ilişkin somut durum tespitinin doğruluğu oldukça tartışmaya açıktır.

Nitekim bildiğimiz kadarıyla Türkiyede radikal İslamcılar zaman zaman çeşitli eylemler ve terörist faaliyetler gerçekleştirmişlerdir, ancak hiçbir zaman üniversitelerde başını örtmeyen kız öğrencileri hedef alan kaydadeğer bir baskı eyleminde bulunmamışlardır. Tersine, asıl inancı gereği başını örten öğrencilerin üniversitelere alınmamaları aşırı dinci çevreleri eylemler yapmaya itebilecektir.

Üniversitelerde bazı öğrencilerin türban takmasının türban takmayan müslüman öğrenciler için psikolojik baskı oluşturacağı düşüncesi ise bazı durumlarda doğru olabilmekle beraber, bu olguya hukuksal bir sonuç bağlamak olanaksızdır ve bu olasılığı tüm türbanlı öğrencilere üniversiteye girmeyi yasaklamak gibi ağır bir sonuca bağlamak hukuksal temelden yoksundur.

Örneğin ezan okunması ve hatta camilerin varlığı bile namaz kılmayan müslümanlar üzerinde psikolojik baskı oluşturabilir. O halde namaz kılmayan müslümanları bu "psikolojik baskıdan" korumak için ezan okunmasını ve hatta camileri de mi yasaklamak gerekir?

Aynı mantığa göre üniversiteye lüks arabayla gelen öğrenciler de fakir öğrenciler üzerinde psikolojik baskı oluşturabilir. O halde üniversiteye lüks arabayla gelmenin de yasaklanması gerekmez mi?

Ayrıca eğer türban takmak, türban takmayan müslümanlar üzerinde baskı un-suru ise, bu durum sadece üniversitede değil sokakta da geçerlidir. O halde sokakta türban takmanın yasaklanması da AİHS'ye aykırı olmayacaktır.

Görüldüğü üzere AİHM'nin bu konudaki somut tespiti ve değerlendirmeleri tartışmaya son derece açıktır ve bilimsel temelden yoksun görünmektedir.

bd. AİHM'nin somut uyuşmazlığı eğitim-öğrenim hakkı boyutundan irdelememesi önemli bir eksiklik olarak görünmektedir

AİHM, anılan kararında önündeki uyuşmazlığı bütünüyle AİHS'nin inanç ve ibadet özgürlüğünü düzenleyen 9. maddesi yönünden ele almış, uyuşmazlığı bu madde dışındaki hak ve özgürlükler yönünden (örneğin eğitim hakkı) irdelememiştir. Yalnızca karar gerekçesinin son bölümünde uyuşmazlığın AİHS'nin güvence altına aldığı diğer hak ve özgürlükler yönünden ayrıca değerlendirilmesine gerek duyulmadığı, çünkü inanç özgürlüğü (m.9) yönünden yapılan değerlendirmelerden farklı bir durumun bulunmadığı belirtilmekle yetinilmiştir.

Bu noktada dikkat çeken diğer bir husus, AİHM'nin karar gerekçesinde uyuşmazlığı bizce dava için son derece önemli olan eğitim hakkı yönünden irdelememesi bir yana, karar gerekçesinde bu hakkın “adını bile anmamasıdır”. Gerçekten de AİHM karar gerekçesinin ilgili bölümünde “uyuşmazlığın Sözleşmeye Ek 1 nolu Protokolün 2. maddesi yönünden ayrıca değerlendirilmesine gerek duyulmadığını” belirtmekle yetinmiş, bu hükmün düzenlediği temel hakkın (eğitim hakkı) ne olduğunu veya neye ilişkin olduğunu belirtmemiştir. Sanki mahkeme, bu madde tarafından korunan hakkın neye ilişkin olduğunu açıklamaktan özellikle kaçınmıştır.

Oysa AİHS'nin ayrılmaz bir parçası olan ek 1 nolu Protokolün “Eğitim hakkı” başlıklı 2. maddesi açıkça, “Hiç kimse eğitim hakkından yoksun bırakılamaz” hükmünü öngörmektedir.

Somut uyuşmazlıkta Türkiyede türban takan öğrenciler üniversite eğitimi haklarından bütünüyle yoksun bırakıldığına ve ayrıca bu öğrencilerin eğitim haklarını kullanabilecekleri (laik olmayan) üniversiteler de hukuken kurulamayacağına göre, davanın en azından eğitim hakkı yönünden ayrıca bir değerlendirmeye tabi tutulmaması çok önemli bir eksiklik olarak görünmektedir.

Diğer yandan, karar gerekçesinden çıkarabildiğimiz kadarıyla, davacıların dava dilekçelerini büyük ölçüde inanç özgürlüğü (m.9) eksenine oturttukları ve eğitim hakkı (1 nolu Protokol m.2) boyutunu asli değil tali bir argüman olarak ileri sürdükleri anlaşılmaktadır. Oysa kanımızca bu davalarda öne sürülmesi gereken asıl ve temel hukuksal argüman türbanlı öğrencilerin üniversitelere alınmamasının ve ülkede öğrenim görebilecekleri hiçbir üniversitenin kurulamamasının AİHS'ye ek 1 nolu Protokolün 2. maddesiyle güvence altına alınan eğitim hakkının ağır derecede ihlali anlamına geldiği hususudur.

Dava dilekçesi bu eksende hazırlansaydı AİHM'nin davayı aynı gerekçelerle reddetmekte oldukça zorlanacak olduğu tahmin edilebilir.

Öte yandan, karar gerekçesindeki, “laik üniversitelerin bir dinin ibadet ve usullerinin yerine getirilmesini kısıtlayan düzenlemeler öngörebilecekleri” gibi ifadelerden, AİHM'nin davaya bakan üyelerinin/yargıçlarının (Türk Yargıç hariç) Türkiyede tüm üniversitelerin hukuken “laik üniversite” oldukları ve dolayısıyla çoğu Batı ülkesinde bulunduğu türden “laik olmayan” üniversiteler bulun(a)madığı ve bu

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Üniversitelerde Türban Yasasına İlişkin Kararları Üzerine Notlar

durumda türbanlı öğrencilerin Türkiyedeki hiçbir üniversitede eğitim hakkını kullanmalarının mümkün olmadığı konusunda bilgilendirilmemiş oldukları izlenimi doğmaktadır. Bu olgu da mahkeme yargıçlarının davayı eğitim hakkı boyutundan ele almalarını engellemiş olabilir.

be. Karar gerekçesindeki bazı maddi hatalar

AİHM'nin adigeçen karar gerekçesindeki Türk Hukukuna ilişkin yapılan açıklamalarda bazı maddi hatalar bulunmaktadır.

Örneğin Karar gerekçesinin 30. paragrafında 3 Mart 1924 tarihli Tevhidi Tedrisat Kanununun Türk Hukukunda "anayasal değere haiz kanun" yani Anayasa hükmü niteliğinde olduğu belirtilmektedir. Bu tespit Türk Hukuku açısından hatalıdır. Çünkü T.C. Anayasasının 174. maddesi Tevhidi Tedrisat Kanununun da dahil olduğu Devrim Kanunlarına Özel bir hukuksal koruma getirmekle birlikte (bunların Anayasaya aykırılığı ileri sürülememektedir), bu kanunlara "anayasa hükmü niteliği" vermemektedir. Örneğin alelade bir kanunun bu kanunlara aykırılığı nedeniyle iptal edilebilmesi mümkün değildir. Bu kanunların alelade bir kanunla yürürlükten kaldırılması veya değiştirilmesi de hukuken (siyaseten değil!) olanak dahilindedir.

AİHM'nin karar gerekçesini yazanlar, muhtemelen yanlış bilgilendirme sonucu, Türk Hukukunda Devrim kanunlarının, 1958 Fransız Anayasasında örnekleri bulunan anayasal değere haiz kanunlardan olduğunu düşünmüş olabilirler. Nitekim halen yürürlükteki 1958 Fransız Anayasası, 1946 Anayasasının Başlangıç bölümü ve 1789 İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi gibi bazı eski kanun hükümlerinin anayasal değer taşıdığını açıkça belirtmekte ve böylece bu kanunlara aykırı olan alelade bir kanun hükmü iptal edilebilmektedir. Oysa Türk Hukuku açısından Devrim Kanunları bu nitelikte değildir.

Aynı şekilde karar gerekçesinin Fransızca resmi orijinal metninin birçok yerinde (örneğin 37 numaralı Paragraf) 2547 sayılı Kanunun üniversitelerde kılık ve kıyafeti serbest bırakan "EK 17 nci maddesi" "GEÇİCİ 17 nci madde" olarak belirtilmektedir (*Particle 17 provisoire*). Böylece Türk Hukukunu bilmeyenler (örneğin AİHM'nin Türk Yargıç dışındaki yargıçları) yönünden üniversitelerde her türlü kılık-kıyafeti serbest bırakan bu kanun hükmünün sürekli değil "geçici" yani hukuksal değerinin sınırlı nitelikte olduğu izlenimi doğabilecektir.

Kuşkusuz bu türden maddi hatalar salt basit çeviri hataları olarak düşünülebilir ve herhangi bir "kasıt" aranması gerçekçi olmayabilir. Ancak sözkonusu maddi hataların dolaylı da olsa hepsinin davacılar aleyhine görünmesi bir yana, AİHM gibi son derece önemli ve saygın bir "ulusalüstü" mahkemenin karar gerekçelerinde bu türden maddi hataların bulunması en hafif deyimle şaşırtıcıdır.

c) Kararın hukuksal sonuçları

AİHM'nin adı geçen Leyla Şahin Kararından sonra bazı çevreler, artık türban sorunu konusunda hukuksal yönden geri dönülemez bir noktaya gelindiğini, bu aşamadan sonra iç hukukta kanun/Anayasa değişikliği dahil herhangi bir yol-

la üniversitelerde türbanın serbest olmasının hukuken olanaksız olduğunu, zira AİHM kararının herkes için bağlayıcı olduğunu ileri sürmüşlerdir.

Adıgeçen AİHM kararının Türk İç Hukukunda üniversitelerde türban takılmasını olanaksız hale getirdiği iddiasına katılmak mümkün görünmemektedir. Zira yukarıda da vurgulandığı üzere, anılan kararın özünde AİHM'nin kendisinin Türk Yüksek Mahkemelerinin (özellikle Anayasa Mahkemesi ve Danıştay) üniversitelerde türban takılmasının laikliğe ve kamu düzenine aykırı olduğu değerlendirilmesiyle hukuken bağlı kabul etmesi olgusu bulunmaktadır. O halde eğer Türk Yüksek mahkemeleri bu konuda temel bir içtihat değişikliğine giderlerse, örneğin somut olayda üniversitelerdeki çalışma düzenini ve yüksek öğretim kamu hizmetini aksatmadıkça türbanla yüksek öğretim yapmanın laikliğe ve dolayısıyla hukuken aykırı olmadığı yönünde³ bizce daha rasyonel olacak bir içtihat geliştirirlerse, AİHM'nin bu konudaki içtihadı da bunun paralelinde “otomatik olarak” değişebilecektir. Çünkü AİHM içtihadının bu konudaki temel referansında asli bir dönüşüm gerçekleşmiş olacaktır.

Bu noktada vurgulamak gerekir ki AİHM kararından sonra dahi Türk Yüksek Yargı organlarının, üniversitelerde türban takılmasını önlerine gelen somut davalarda yeniden incelemeye tabi tutarak, kamu düzenini ve laikliği ihlal etmediğini belirlemeleri ve bu belirlemeden hareket ederek üniversitelerde türban takılmasını yasaklayan bir idari veya yasal düzenlemeyi hukuka/Anayasaya aykırı görmeleri olanak dahilindedir ve böyle bir içtihat AİHM kararına uymama anlamına gelmeyecektir. Çünkü AİHM'nin kararında referans olarak aldığı taraf ülke mahkemesi içtihadı, aynı mahkeme tarafından gerektiğinde değiştirilebilecektir. Her ne kadar mahkemelerin çok sık içtihat değiştirmeleri hukuki istikrar açısından sakıncalı ise de, koşulların değişmesi veya önceki içtihadın bazı temel hatalar içerdiğinin sonradan anlaşılması üzerine yargı organlarının içtihat değişikliğine gitmeleri mümkün hatta gereklidir.

Diğer yandan, salt hukuksal bir değerlendirme yapıldığında, anılan AİHM kararı Türkiyede bir yasama işlemiyle, örneğin bir Anayasa değişikliği ile üniversitelerde türbanın serbest bırakılmasına engel teşkil etmeyecektir. Çünkü bu durumda AİHM'nin adıgeçen kararının konusundan farklı bir hukuksal uyumsuzluk ortaya çıkacaktır. Zira AİHM'nin anılan kararıyla ortaya çıkan somut hukuksal sonuç, *Türkiyede üniversite idarelerinin türbanla üniversiteye girişi yasaklamalarının AİHM'ye aykırı olmadığıdır*. Türkiye Cumhuriyeti Devletinin bir yasama işlemiyle, örneğin Anayasa değişikliği ile, üniversitelerde türbanı serbest bırakmasının AİHM'yi ihlal edeceği olgusu anılan kararın hukuksal sonucu değildir. Kuşkusuz böyle bir Anayasa değişikliği durumunda ortaya çıkacak bir uyumsuzluk AİHM önüne gelirse Mahkeme bu konuyu AİHM yönünden ayrıca değerlendirecektir. Ancak şu aşamada AİHM'nin *Leyla Şahin* kararının Türkiyede bir Anayasa değişikliği ile üniversitelerde türbanın serbest bırakılmasına engel olduğu savı kanımızca hukuken dayanaksızdır.

3 Bu konuda Bkz. A. Ulusoy, “Türban Sorunu ve Hukuk”, Türkiye Günlüğü, Yaz 1999, s.16 vd.

SONUÇ

Türkiyede, mevcut gelişmeler ve uygulamalar nedeniyle, rasyonel bir tartışma ve uzlaşma “ikliminden” çıkıp gitme noktasında bulunan üniversitelerde türban yasağı sorununa AİHM'nin özellikle son *Leyla Şahin* Kararıyla objektif ve bilimsel açıdan tutarlı bir katkı sağladığını söyleyebilmek oldukça güç görünmektedir.

Bununla birlikte adigeçen içtihada rağmen bu soruna Türk Yüksek Mahkemelerinin radikal bir içtihat değişikliği ile çözüm bulmaları hala mümkün görünmektedir, zira AİHM anılan içtihadının temel dayanak noktası olarak Türk Anayasa Mahkemesi ve Danıştayının üniversitelerde türban takılmasının laikliğe ve kamu düzenine aykırı olduğuna dair önceki kararlarını göstermiştir.

Öte yandan sözkonusu sorunun siyasi plandaki tek çözüm perspektifinin konuya ilişkin bir Anayasa değişikliği olduğu gözlemlenmektedir. Ancak fırsat buldukça ve bir tür “rövanş alma” içgüdüleriyle, Cumhuriyetin getirdiği laik düzenle “hesaplaşmaya” çalıştığından kuşkulanan bir siyasi iktidarın böyle bir çözüme cesaret edip edemeyeceği konusu hukuki boyutu aşan bir değerlendirme olacaktır.

(44. Makale - 2005)

Prof. Dr. Mustafa ERDOĞAN

*Anayasa Mahkemeleri Önemli midir?
Orta Avrupa'da Anayasa Yargısı ve
Demokrasinin Pekişmesi**

* Mustafa Erdoğan, "Anayasa Mahkemeleri Önemli midir? Orta Avrupa'da Anayasa Yargısı ve Demokrasinin Pekişmesi", AÜHF Dergisi, Yıl 2005, Cilt 54, Sayı 3, 58 – 79.

ANAYASA MAHKEMELERİ ÖNEMLİ MİDİR?

Orta Avrupa'da Anayasa Yargısı ve Demokrasinin Pekişmesi

*Prof. Dr. Mustafa ERDOĞAN**

I. GİRİŞ

Demokrasiye geçişle ilgili literatürde hakim yaklaşım meselenin hukuki olmayan yönleri üzerinde odaklaşmaktır. Hukuki kurumların ve yargının bu sürece katkı yapıp yapmadığı, çoğunlukla siyaset bilimcilerden oluşan demokratikleşme ve demokrasinin pekişmesi araştırmacılarının genellikle daha az ilgisini çekmiştir. Ne var ki, hukuk devletinin etkisi yanında mahkemelerin siyasi sistem içindeki yeri herhangi bir siyasi sistemin doğru incelenmesinden ayrılamaz; “politikanın açıklanması mahkemeleri işin içine katmadıkça eksik kalır.”¹

Genel olarak, “siyasetin hukukileşmesi” denen olgu bir ölçüde modern demokratik siyasetin bir özelliği olmuştur. Bu, modern demokrasilerin esas olarak “anayasal demokrasi” niteliğinde olmalarından kaynaklanmaktadır. Anayasacılık hukukla siyaset arasındaki ilişkinin belli bir şekilde anlaşılmasıyla ilgili olup, hukuku esas olarak siyasal düzenin temellerini oluşturan kurallar ve ilkeler sistemi olarak görür.² Bu çerçevede Anayasa yapmanın asıl anlamı, siyasetin hukuki çerçevesini çizmektir. Ancak, siyasetin hukukileşmesi bir yönüyle de “mahkemelerin veya hakimlerin etkisinin politikacılar ve/veya idareciler aleyhine genişlemesi”³ sonucunu doğurur. Bu pratik olarak, “önceden devletin diğer kurumlarınca -özellikle de yasa ve yürütme organlarınca- belirlenen (veya, yaygın olarak inanıldığı üzere, belirlenmesi gereken) kamu siyasetlerinin gittikçe mahkemeler veya hakimler tarafından belirlenmeye veya bu sürece onların hakim olmaya” başlamaları anlamına gelmektedir⁴. Bu olgu günümüzde anayasa mahkemelerinin genel bir eğilimini yansıtmaktadır⁵.

Mahkemeler arasında özellikle anayasa mahkemeleri şüphesiz her yerde siyasi sistemin şekillenmesinde hatırı sayılır bir rol oynarlar. Esasen, anayasa mahkemeleri mahkeme veya yargısal merci olmaktan ibaret değildirler; kararlarının siyasetle ilgili yansımalarıyla birlikte onlar aynı zamanda siyasi, en azından yarı-siyasi kurumlar olarak görülebilirler. Kanaatimce, yeni doğmakta olan demokrasilerde anayasa mahkemeleri bu yargının dışında değildirler. Yeni mahkemeler pek muhtemeldir ki demokratik bir siyasal sisteminin tesisindeki payları bakımından siyasi

* Hacettepe Üniv. İkt. İd. Bil. Fak. Kamu Yönetimi Böl. Öğretim Üyesi

1 Epstein & Knight & Shvetsova 2001: 2.

2 Loughlin 2000: 193.

3 Pederzoli & Guarnieri 1997: 268, dn. 1.

4 Tate 1995: 28, aktaran Epstein ve diğerleri 2001: 35, dn. 1.

5 Mamafih bu durum bazan da, İtalya'da 1992'den beri olduğu gibi, siyasi kurumların zayıflığından kaynaklanabilir. Çünkü, “yargının gücü (...) diğer politik aktörlerin siyasi taleplere cevap verme kabiliyetiyle ters orantılıdır.” (Pederzoli & Guarnieri 1997: 267).

olacaklardır. Bunun için, ben onları doğuş halindeki demokrasilerin kurucuları arasında saymayı tercih ediyorum. Epstein ve diğerlerinin belirttikleri gibi⁶: “Demokratik sistemin temel çerçevesi başlangıçta anayasa yapmak suretiyle belirlenirken, kurumsal yapının adım adım örülmesi zamanla çeşitli siyasi aktörler arasındaki hukuki ve siyasi etkileşimin ürünü olarak gelişir. Prensip olarak, anayasa mahkemeleri öncelikle anayasal ihtilafları anayasanın temel hükümlerini yorumlayarak çözme yetkileri marifetiyle, bu evrimde önemli bir rol oynarlar. Fakat mahkemenin bu otoriteyi etkili olarak kullanma kabiliyeti, önemli ölçüde, onun meşruluğunun bir fonksiyonudur.”

Benim bu çalışmadaki hipotezim, anayasa mahkemelerinin demokrasinin pekişmesine birkaç yolla katkıda bulunabilecekleridir. İlk olarak, anayasa mahkemeleri demokrasinin kurulması aşamasında anayasanın üstünlüğünün ve hukuk devletinin tesisine katkıda bulunabilir ve azınlık hakları başta olmak üzere insan haklarını koruyabilirler. Buna anayasa mahkemelerinin “koruyucu” rolü diyebiliriz; nitekim, “negatif yasayıcılar” olarak hareket etmek suretiyle anayasa mahkemeleri yasama ve yürütme organlarını sınırlarlar. Mamafih, eğer bir anayasal demokrasiden veya demokratik hukuk devletinden söz ediyorsak, hukukun üstünlüğünün tesisi ve temel özgürlüklerin devletin tecavüzünden korunması demokrasiyi mümkün kılmamanın temel veya zemin şartları olduğundan, başka bir bakış açısından bu pozitif veya kurucu/yapıcı bir rol olarak da görülebilir. Linz ve Stephan'a göre⁷, pekişmiş bir demokrasi için “bütün önemli faktörlerin -özellikle demokratik hükümetin ve devlet aygıtının- hukukun üstünlüğüne bağlanması ve ona uyarlanması gerekir. (...) Modern *Rechtsstaat* demokratikleşmeyi mümkün kılmamanın temelidir, çünkü o olmadan vatandaşlar kendi siyasi haklarını tam bir özgürlük ve bağımsızlıkla kullanamazlar.” Ayrıca “devletin bütün kurumları ne kadar hukuk devleti ilkesine göre işlerse, demokrasinin kalitesi o kadar artar ve toplum daha iyi hale gelir.”

Anayasa mahkemeleri keza kuvvetler ayrılığını takviye etmek ve kamu otoriteleri arasında hakemlik yapmak suretiyle de demokrasinin kurulmasına yapıcı katkılarda bulunabilirler. Eğer bir sistemin devlet organlarının anayasal sınırlarına saygı göstermelerini sağlayacak bir mekanizması yoksa diktatörlük eğilimlerini engelleyecek hiçbir güvence de olmaz. Anayasa mahkemeleri tam da bu hayati amaca hizmet edebilecek olan kurumlardır. Anayasa mahkemelerinin bu işlevini, mahkemelerin genel olarak rejimin meşruluğunu pekiştirmesine katkılarıyla ilişkilendirmek mümkündür⁸. Bu çerçevede, anayasa mahkemeleri anayasal yetki dağılımına ve demokratik mekanizmanın işleyişine ilişkin otoriteli kararlarıyla, hem vatandaşlarda kurulu sistemin meşruluğu duygusunu hem de siyasi aktörlerin kurulların bağlayıcılığına olan inançlarını pekiştirebilirler.

Şu halde, eğer anayasa mahkemeleri bir şekilde demokratikleşmede önemli işler, o zaman yeni demokrasilerde, başka kurumlar yanında, anayasa mahkemeleri-

6 Epstein ve diğerleri, 2001: 33-34.

7 Linz ve Stephan 2001: 19.

8 Jacob 1996: 12-13.

nin kurulmasının ve anayasallık denetiminin pekiştirilmesinin gerekli olduğu söylenebilir. Gerçekten, "... anayasaların etkinliği (Anayasa) Mahkeme(si)nin, devlet içinde siyasi anlaşmazlık çıktığında ve özellikle siyasi aktörlerin üste çıkmak için mücadeleye girişmeleri tehlikesi söz konusu olduğunda, devletin yüksek organlarının işleyişiyle ilgili anayasal hükümleri yorumlama ve teyit etme yoluyla meşruluk kazanma kabiliyetine bağlıdır."⁹

Bununla beraber, anayasa mahkemelerinin politikaya bulaşmada ne kadar ileri gitmeleri gerektiği kesin değildir. Bazıları mahkemelerin en azından demokrasinin kurulması döneminde siyaset oluşturmaya karışmada aktif olmasından yanadırlar. Anayasa mahkemeleri, doğuş halindeki demokrasilerin çoğunda olduğu gibi, hukuk devletinin temelini sağlam olmadığı bir çevrede çalışmak durumundaysalar, o zaman onların bu eksikliği tedavi etmekte acele etmeleri makul bir istek olabilir. Ama öte yandan, müdahaleci yargının¹⁰ (judicial activism) diğer bazı demokratik aktörlerin yerlerini sağlamlaştırma şansına zarar verme ihtimali de vardır. Stephen Holmes'un¹¹ işaret ettiği gibi, anayasa mahkemelerinin müdahaleciliğinin yeni demokrasilerdeki ulusal parlamentoların otorite ve meşruluğunun kurumsallaşmasını baltalama tehlikesi de vardır. Bu meseleyi aşağıda "Son Değerlendirmeler" kısmında ele alacağız.

II. MACARİSTAN ANAYASA MAHKEMESİ: DÖNÜŞÜM SÜRECİNİN SÜRÜKLEYİCİ ORTAĞI

1. Tarihsel Arkaplan

Romanya, Doğu Almanya ve Çekoslovakya gibi başka bazı doğuş halindeki demokrasilerden farklı olarak, Macaristan'daki anayasal gelişme devrimci bir kopuştan ziyade resmi hukuk sisteminin sürekliliğini muhafaza eden bir reformlar silsilesinin ürünüdür. "Bu tür siyasi dönüşümün paradoksal durumu, Macaristan anayasal devletinin kurumsal yapılarının geliştirilip güçlendirilmiş ve temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınmış olmasının, yapılan önemli değişiklikler ve eklerle birlikte Macaristan'ın 1949 tarihli ilk yazılı anayasasının şeklen varlığını sürdürmesinde kendisini göstermektedir."¹²

Ayrıca, Macaristan 1960'lar ve 1970'lerde totaliter bir diktatörlükten, bir dereceye kadar hukukun üstünlüğüne ve siyasi meşruluğa yer veren otoriter bir devlete zaten dönüşmüş durumdaydı. Bunun için Macaristan'da demokrasiye geçiş "Kadar dönemi"nin sınırlı reform politikasının bir devamı olarak görülebilir. Bununla beraber, Kadar'ın Mayıs 1988'deki Ulusal Parti Kongresi'nde parti liderliğinden uzaklaştırılmasından sonra süreç hızlandı. Bunu takiben, "ılımlı veya konformist" bir reform hareketi parti liderliğini ele geçirdi. Zamanla, parti içi çatışmaların bir sonucu olarak, 1989'un ilk yarısında demokratik radikal reformcular konformist reformculardan iktidarı devraldılar. Şubat 1989'da Macaristan Sosyalist İşçi Par-

9 Bartole 2002: 430-31.

10 Bu konuda bkz. Erdoğan 2005: 92-95.

11 Holmes 1993.

12 Halmay 2002: 189.

tisi (MSİP) liderlik tekelden vazgeçerek çok partili bir sistemi kabul etti. 13 Haziran 1989'da “Ulusal Yuvarlak Masa” kuruldu; başlıca üyeleri MSİP, Muhalefet Grubu ve “toplumsal örgütler”di. Parlamento, Yuvarlak Masa görüşmelerinin 18 Eylül'de ulaşılan sonucuyla uyumlu olarak gerekli yasama sürecini başlattı. Ve 23 Ekim 1989'da yürürlüğe giren bir kanun 1949 tarihli olup 1972'de değişikliklere uğratılmış olan eski Anayasanın baştanbaşa gözden geçirilmesini öngördü. Böylece, 1990 Mart ve Nisan aylarında yapılan demokratik seçimlerden sonra oluşan ve eski muhalefet partilerinin ağırlıkta oldukları yeni parlamento yeni anayasa değişikliklerini onayladı¹³.

Anayasa değişiklikleri ve 1989 tarihli Anayasa Mahkemesi Kanunu, başka şeyler yanında, Macaristan'a bir Anayasa Mahkemesi de getirdi. Anayasa Mahkemesi Ocak 1990'da çalışmaya başladı. Tasarlayıcıları onu insan haklarının bekçisi ve kuvvetler ayrılığının kurumsal bir güvencesi olarak düşünmüşlerdi¹⁴. Akademik camıda, Macaristan Anayasa Mahkemesi'nin sadece eski komünist ülkeler arasında değil fakat dünyada da en aktivist anayasa mahkemesi olduğu konusunda yaygın bir görüş birliği vardır. Esasen, Anayasa Mahkemesi'nin kendisi, “siyasi ihtilafların yargı tarafından ve hukuki rasyonaliteye göre çözülmesi yolundaki gelişmenin, haklı olarak, siyasi iktidarın hukukileşmesi/yargısallaşması olarak adlandırılabilirliği”ni övünçle dile getirmiştir¹⁵. Nitekim Macaristan Anayasa Mahkemesi hukuk sistemini yeniden şekillendirmek ve anayasal organlar arasında hakemlik yapmak suretiyle “Macaristan'ın hukuki ve sosyal dönüşümü sürecinin gerçek sürükleyici ortağı” durumundadır¹⁶. Schwartz'ın ifadesiyle, “Macaristan mahkemesi bütün anayasa mahkemeleri içinde, iktisadi ve sosyal haklar dahil olmak üzere özellikle insan hakları alanında, belki de en atılgan olanıdır”¹⁷. Bunun içindir ki, Prochazka Macaristan sistemini bir tür “yargısal demokrasi” olarak nitelemiştir¹⁸.

Macaristan Anayasa Mahkemesi'nin böylesine kapsamlı bir işlev üstlenmesine yol açan bazı nedenler vardır. Bir tanesi, onun pozitif olarak “uluslararası bir karşılaştırmayla bile son derece geniş bir yargı yetkisi”ne sahip olmasıdır. İkincisi, Macaristan'da hukukun korunması için, idare mahkemeleri gibi başka önemli kurumların var olmayışıdır¹⁹. Son olarak, komünizmden anayasal demokrasiye geçiş, Brunner'in anlatımıyla²⁰, “hukuk devletinin üstünlüğünü sağlayacak etkin hukuki güvenceler”in sağlanmasını gerektiriyordu.

Denebilir ki, Macaristan'da yargının geçmişi, komünist sistemden tevarüs edilen kurumsal reformun sistemik engellerinin giderilmesi için bölgedeki başka yerlerden daha elverişliydi. Çünkü, yargı özellikle son yirmi yılda yasama ve yü-

13 Brunner 2000: 67-69; Halmai 2002: 189.

14 Paczolay 1993: 44.

15 The Constitutional Court of Hungary, “National Report”, aktaran Prochazka 2002: 134.

16 Prochazka 2002: 78; Paczolay 1993: 44-45; Sadurski 2002, “Introduction”: 3; Sadurski 2002, “The Legitimacy...”: 164; Brunner 2002: 93.

17 Schwartz 1999: 204.

18 Prochazka 2002: 78,

19 Halmai 2002: 192.

20 Brunner 2002: 93.

rütmeden nispeten bağımsızdı ve hakimler komünist ve Nazi dönemlerinde bile belli dereceye kadar bir kişisel dürüstlüğü muhafaza edebilmişlerdi²¹. Muhtemelen bunun içindir ki Macarlar Anayasa Mahkemesi'nin parlamento veya hükümetten ziyade topluma hizmet ettiğini düşünmektedirler²². Şüphesiz bu halk desteği Mahkeme'nin kendi işini oldukça atak biçimde yapmasını kolaylaştırmaktadır.

2. Mahkemenin Yapısı ve İşleyişi

Anayasa Mahkemesi Kanunu'na göre, Mahkeme bir başkan ve on üyeden oluşmaktadır. Üyelerin tamamı Parlamento tarafından üçte-iki oy çokluğuyla seçilmektedir. Hakimlerin görev süresi 9 yıldır ve bir defaya mahsus olmak üzere tekrar seçilmek mümkündür. Üyeler kendi aralarından üç yıllık bir dönem için Başkanı ve Başkan Yardımcısını seçerler, bunların yeniden seçilmelerinde bir sınırlama yoktur. Mahkeme üyesi seçilebilmek için 45 yaşını doldurmuş ve hukuk eğitimini tamamlamış olmak gerekir. Ayrıca, üniversite profesörleri veya "Siyasi ve Hukuki Bilimler" de doktora derecesine sahip olanlar ile bir dalda uzmanlaşmış olan 20 yıllık mesleki tecrübeye sahip olan uygulamacılar da Mahkemeye üye olabilirler. Ancak, parti üyeliği veya siyasi faaliyet anayasa hakimliğiyle bağdaşmaz. Anayasa Mahkemesi üyeliği, başka nedenler yanında, istifa, görevini yerine getirememeye veya meslekten çıkarılma durumunda sona erer. Son iki durumda üyeliğin sona ermesine yine Anayasa Mahkemesi'nin kendisi karar verir. Bir anayasa hakimi bakanların sahip oldukları ayrıcalıklara ve bir milletvekilinin ödenek ve bağışıklığına sahiptir²³.

Mahkeme bütün üyelerin katıldığı genel kurul halinde veya üç kişilik kurullar şeklinde karar verebilir. Genel kurul oturumlarında toplantı yeter sayısı Başkan veya Başkan Yardımcısı dahil olmak üzere sekizdir. Üç hakimli kurullar, anayasa şikayeti dahil olmak üzere, daha az önemli uyuşmazlıklara bakarlar; üyelerin üçünün de oturumlarda hazır bulunması gerekir. Her durumda kararlar çoğunlukla alınır²⁴. Mahkemenin Genel Sekreterlik, Başkanın Sekreteryası ve Bütçe Dairesi olmak üzere üç idari birimi vardır²⁵.

3. Mahkemenin Yetkileri

Mahkemenin yetkisinin esasını, yürütmenin tüzükleri ve kararnameleri de dahil olmak üzere, hukuk normlarının soyut denetimi oluşturmaktadır.

a) Önleyici Norm Denetimi

Anayasa Mahkemesi normları soyut olarak incelemesi (a) Parlamentonun kanun tasarılarını (Parlamentonun talebi üzerine), (b) Parlamentonun İçtüzük kuralarını kabul edilmelerinden önce, (c) kanunları ilan edilmeden önce, uluslararası antlaşmaları Parlamento tarafından onaylanmadan önce incelemeyi kapsar. (An-

21 Prochazka 2002: 35.

22 Schwartz 20002: 107.

23 Brunner 2000: 71-73.

24 Brunner 2000: 71-73.

25 Brunner 2000: 75-76.

çak, Anayasa Mahkemesi, bunun yasama sürecine müdahale anlamına geleceğini söyleyerek, kanun tasarılarını inceleme yetkisinden kendi isteğiyle 1991 yılında vaz geçmiş ve bu yetki 1998 yılında kanundan çıkarılmıştır²⁶.

b) Düzeltici Norm Denetimi

Yürürlüğe girmiş olan hukuki normların yasalasma sonrası veya geriye dönük olarak denetlenmesi Mahkeme'nin asıl işini oluşturmaktadır. Düzeltici norm denetimi yoluna herkes başvurabilir (*actio popularis*).

Düzeltici denetim somut norm denetimi biçiminde de yapılabilir. Anayasa Mahkemesi Kanunu'na göre, “bir hakim (davada) uygulanacak bir hukuk normunun veya idari hükmün anayasaya aykırı olduğu kanaatine varırsa, davayı durdurması ve sorun hakkında Anayasa Mahkemesi'nden bir karar talep etmesi gerekir.”²⁷ Eğer Mahkeme bir hukuk normunun veya idari hükmün anayasaya aykırı olduğunu tespit eder ve onu iptal ederse, bu norm kararın Resmi Gazete'de yayımlanmasından hemen sonra uygulanabilirliğini yitirir.

c) Yasama Görevini Anayasaya Aykırı Olarak İhmal

Bu usul anayasaya aykırı yasama görevi ihmallerini tesbit etmek için getirilmiştir. Buna göre, Anayasa Mahkemesi, bir kamu otoritesinin hukukun gerektirdiği bir kural-koyma görevini yerine getirip getirmediğini tespit etme yetkisi vardır. Parlatmentonun ihmal şeklinde kendisini gösteren anayasaya aykırılığını belirleme yetkisi, Mahkeme'ye, anayasaya aykırı ihmal veya yasamadan kaçınmayı telafi etmek üzere ilgili kuruma harekete geçmesini emretme yetkisi verir²⁸. Eğer Mahkeme böyle bir ihmalin varlığını tespit ederse, ilgili kamu otoritesine gerekli normu yapmak üzere muayyen bir süre tanır. Böyle bir usule Mahkeme tarafından re'sen başvurulabileceği gibi, herhangi bir kişi de böyle bir tespiti yapması için Mahkemeye başvurabilir²⁹.

d) Antlaşmalara Uygunluğun Denetimi

Anayasa Mahkemesi, başvuru üzerine veya re'sen bir hukuk normunun uluslararası bir antlaşmayı uygunluğunu inceleyebilir. Eğer antlaşmayla çelişen ulusal bir hukuk normu onunla aynı düzeyde veya daha alt düzeydeki bir norm ise, Mahkeme'nin bu normu iptal etmesi gerekir. Eğer söz konusu iç hukuk normu antlaşmadan daha üst düzey bir norm ise, o zaman da Mahkeme ya antlaşmanın uygulanmasından sorumlu olan organın belli bir süre içinde değişiklik yapmasını ya da sorumlu kural-koyucu organın yine belli bir süre içinde ulusal hukuk normunu antlaşmaya uygun hale getirmesini ister³⁰.

26 Halmai 2002: 193; Brunner 2000: 79.

27 Brunner 2000: 82.

28 Schwartz 2000: 79-80.

29 Brunner 2000: 85-86; Schwartz 2000: 79-80.

30 Brunner 2000: 87.

e) Anayasa Şikayeti

Kendisinin bir temel hakkının anayasaya aykırı bir normun uygulanması suretiyle ihlal edildiği kanaatinde olan herkes şikayet yoluyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurabilir. Bu hakkı kullanmak isteyen şikayetçinin bütün kanun yollarını tükettikten sonra kesin hükmü takip eden 60 gün içinde başvurusunu yapması gerekir. Şikayet yolu aslında düzeltici norm denetiminin bir çeşididir; bunda sahici anlamda bir anayasal şikayetten ziyade bir bireysel hakkın ihlal edilmiş olması söz konusudur³¹.

f) Anayasanın Yorumlanması

Macaristan Anayasa Mahkemesi, talep üzerine, Anayasanın bir hükmü hakkında soyut olarak bağlayıcı bir yorum kararı verebilir³².

4. Mahkemenin İçtihadının Özellikleri

a) Kurucu Yorum

Buna yaratıcı yorum da denebilir. Her iki terimle de genel olarak anlatılmak istenen, anayasa mahkemelerinin, kimi anahtar kavramları kullanmak veya inşa etmek suretiyle, hukuk sistemindeki boşlukları doldurma veya eksikleri telafi etme konusundaki isteklilikleridir. Macaristan'da kurucu anayasal yorumu kolaylaştıran ana etken metinlerin geçici karakteridir. Bu, Macaristan Anayasa Mahkemesi'nin "mevcut anayasal metinlerin ötesine geçerek, sırf kanunun lafzından ziyade, büyük ölçüde hukuk teorisinden ve siyaset felsefesinden kaynaklanan ayrıntılı/iyi işlenmiş bir yargısal içtihat geliştirmesine yardım etmiştir."³³

Anayasa Mahkemesi'nin bunu yaparken geliştirdiği ve yararlandığı kavramsal aygıtlardan biri "görünmez Anayasa" veya bir "dogma sistemi"dir. Bu kavramlarla, Amerikan Yüksek Mahkemesi dahil dünyanın önde gelen ulusal ve uluslararası mahkemelerinin kullandığı çağdaş anayasa doktrininden çıkarılan ilkeler ve metodoloji" anlatılmak istenmektedir³⁴. Mahkeme'nin kendisi 1990 yılında şöyle diyordu: "Anayasa Mahkemesi Anayasa'nın ötesinde güvenilir bir anayasallık standardı -bir 'görünmez Anayasa'- oluşturmak üzere, Anayasa'nın teorik temellerini ve onun yer verdiği hakları açıklama ve kararlarıyla tutarlı bir sistem oluşturma çabasına devam etmelidir; böylece 'görünmez anayasa' muhtemelen yerleştirilmek durumunda olan yeni Anayasayla veya gelecek Anayasalarla çatışmayacaktır. Anayasallık kavramının çerçevesi içinde kaldığı müddetçe bu süreçte Anayasa Mahkemesi özgürdür."³⁵

Mahkemenin kullandığı başka bir anahtar kavram, "kaynak hak/hakların anası" (mother right) olarak genel kişilik hakkıdır. Mahkeme 1990 tarihli bir kararında bu genel hakkı Anayasa'nın tanıdığı "insan onuru doğal hakkı"na (m. 54/1) dayan-

31 Brunner 2000: 84.

32 Halmay 2002: 194-95,

33 Prochazka 2002: 275.

34 Schwartz 2002: 82.

35 Decision of the HCC No. 23/1990 (X.16); aktaran Prochazka 2002: 58.

dırmıştır. Sonraki yıllarda Mahkeme insan onuru hakkında “öz-kimlik ve kendisini-belirleme hakkı” yanında, anayasa tarafından açık olarak tanınmış olmayan geyler ve lezbiyenler arasında hukuken tanınan evlenme hakkı gibi yeni haklar türetmeye devam etmiştir.”³⁶

b) İnsan Hakları ve Hukukun Üstünlüğü

Demokratik Macaristan'ın ilk seçilen parlamentosu 21 Aralık 1944 ile 2 Mayıs 1990 arasında işlenmiş suçların koğuşturulmasını öngören bir kanunu kabul etti. Cumhurbaşkanı Kasım 1992'deki başvurusu üzerine Anayasa Makemesi bu geçmişe dönük adalet girişimini, anayasal bir devletin güvence altına alması gereken temel ilkelerden biri olan hukuki güvenliği ihlal ettiği gerekçesiyle, anayasaya aykırı bularak iptal etmiştir. Mahkemeye göre, Kanun, kanuna dayanmayan suç ve suça dayanmayan ceza olamayacağı şeklindeki iki temel ceza hukuku ilkesini ihlal ediyordu.³⁷

c) “Temizlik”

Parlamento 1994 başlarında kilit kamusal mevkilerde olan kişilerin geçmişlerinin hakimlerden oluşan üç kişilik kurullar tarafından gizli polis dosyalarına girilerek araştırılmasını gerektiren bir kanunu kabul etti. Bu kişiler, eski rejim döneminde, insan hakları ihlali niteliğinde olan gizli polis için veya infaz kurumları için çalışmış olmak gibi faaliyetler yapıp yapmadıklarının tespit edilmesi için araştırmaya tabi tutulacaklardı. “Eğer yapmışlarsa, o zaman kurul kişiyi kanıtlardan haberdar edecek ve ona görevinden ayrılması için bir şans verecek, ancak kişi görevde kalmayı seçerse kurul bu bilgiyi açıklayacaktı. Eğer kişi dosyalarda bulunan bilgiye itiraz ederse, o zaman açıklamadan önce kişi kanıtları gizli olarak inceleyecek ve somut olayda hüküm verecek olan bir mahkemeye başvurabilecekti. Eğer kişi kendisi aleyhindeki hükmü kabul eder ve istifayı seçerse, o takdirde bu bilgi yine gizli kalacaktı³⁸.

Anayasa Mahkemesi bütün vatandaşların özel hayatın gizliliği temel hakkını ve halkın kamu yararına olan bilgiye ulaşma anayasal hakkını ihlal ettiği gerekçesiyle bu kanunu kısmen anayasaya aykırı buldu. Mahkeme ayrıca, bütün vatandaşların mahremiyet hakkını olduğu kadar bilgi edinme yoluyla kendisini belirleme hakkını da güvence altına alacak düzenlemeyi yapmadığı gerekçesiyle, eski dosyalar sorununun yasama organı tarafından ele alınma biçiminin anayasal olarak eksik olduğuna karar verdi. Başka bir ifadeyle, Anayasa Mahkemesi Parlamentosu bu meseledeki teşrii ihmalini telafi etmeye zorladı³⁹.

d) İktidar Haritası

Cumhurbaşkanı ile başbakan arasında çıkan bir anlaşmazlık üstüne Anayasa Mahkemesi 23 Eylül 1991'de parlamenter bir hükümet sisteminde başbakan tara-

36 Halmai 2002: 199-200; Bartole 2002: 44. Daha ayrıntılı bir liste için bkz. Prochazka 2002: 227-28.

37 Decision 11/1992, Solyom & Brunner 2000: 214-28.

38 Halmai 2002: 197.

39 Halmai 2002: 197; Schwartz 2000: 102-103

findan üst kademe görevler için önerilen adayları cumhurbaşkanının veto etme yetkisinin bulunmadığını belirten bir anayasal yorum kararı verdi⁴⁰. Başka bir anlamla, ancak "atamayı düzenleyen bir hukuk normunun var olmaması durumunda veya atanması önerilen kişinin soruşturulması sonucunda atanacak kişinin ulusun demokratik sürecini ciddi olarak zedeleyeceği kanaatine götüreceği maddi bir bulguya ulaşması durumunda"⁴¹ Cumhurbaşkanı bir atamayı rededebilirdi.

III. POLONYA ANAYASA MAHKEMESİ: PARLAMENTO'NUN YARDIMCILIGINDAN MÜDAHALECİLİĞE

1.Tarihi Arkaplan

Polonya Avrupa'da ilk yazılı anayasaya sahip olan ülke idi, ancak Polonya 1795 yılında bağımsızlığını kaybettiği için, 3 Mayıs 1791 tarihli bu anayasa hiç yürürlüğe girmemişti. Polonya 1918'de yeniden bağımsızlığını kazandı ve 1921 Anayasası Polonya devletini yeniden kurdu. Fransızların "yasamanın üstünlüğü" anlayışından büyük ölçüde etkilenmiş olan bu anayasa "hukuki olarak ilan edilmiş olan kanunlar"ın yargı tarafından denetlenmesini yasaklıyordu⁴².

Polonya'da anayasa yargısı ilk defa 1952 tarihli anayasada Mart 1982'de yapılan bir değişiklikle kuruldu. Üç yıl sonra, 1985'te, mahkemenin kuruluş kanunu çıkarıldı. Bu Sovyet İmparatorluğundaki ilk anayasa mahkemesiydi. Bu Anayasa Mahkemesi 1986-1997 arasında faaliyet gösterdi. Bugün görev yapmakta olan mahkeme ise Nisan 1997'de kabul edilen Anayasa'yla kurulmuştur. Yeni Anayasa Mahkemesi Ekim 1997 itibariyle çalışmaya başladı⁴³.

2.Anayasa Mahkemesinin Yapısı ve Yetkileri

Polonya Anayasa Mahkemesi parlamento (Sejm) tarafından atanan on iki hakimden oluşmaktadır. Sekiz yıllık dönemler için atanan üyeler tekrar seçilemezler. Üyelerin yarısı dört yılda bir yenilenir. Anayasa Mahkemesi üyeleri genellikle seçkin hukukçulardır.

Mahkeme anayasallık ve hukukilik sorunlarını re'sen inceleyebilir. 1997 Anayasası anayasal haklarının ihlal edildiğini düşünen herkese, ilgili kanunun anayasaya uygunluğu hakkında karar vermesi talebiyle Mahkemeye başvurma hakkı tanımaktadır⁴⁴.

1997 Anayasası, Mahkeme'nin, daha önce var olan, yüksek kamu görevlileri tarafından istenmesi halinde alelade kanunların bağlayıcı yorumunu yapma yetkisini olduğu gibi, Anayasa Mahkemesi'nin kanunların anayasaya aykırılığını tespit eden kararlarını parlamentonun geçersiz kılma yetkisini de kaldırmıştır⁴⁵.

40 Schwartz 2002: 198.

41 Halmai 2002: 198.

42 Schwartz 2000: 49-50.

43 Prochazka 2002: 37-38.

44 Schwartz 2000: 53.

45 Schwartz 2000: 73; Garlicki 2002: 267.

3. Mahkemenin İctihadı

a) Müdahalecilik

Çalışmaya başlamasından hemen sonra Mahkeme 1987 yılında yürütmenin bireysel haklar konusunda yetki kullanmasına karşı çıkmış⁴⁶, parlamento karşısında ise ona yardımcı olmak şeklinde bir rolü benimsemiş ve genel olarak yasama üstünlüğünden yana tavır alarak yürütmenin aşırılıklarına karşı durmaya devam etmiştir⁴⁷. 1989'dan önce, Schwartz'ın ifadesiyle⁴⁸, “Mahkeme çabasını kanun-altı işlemleri kanuni ve anayasal sınırlar içinde tutmaya yoğunlaştırmak suretiyle rejimin beklentilerini yerine getirmiş ve yasama üstünlüğüne aslında itiraz etmemiştir.” Başka bir anlatımla, bu dönemde mahkeme dönüşümü ilgili politikaları denetlerken hatırı sayılır derecede kendisini sınırlamıştır⁴⁹.

Bununla beraber, eski rejimin çöküşü durumu değiştirmiş ve Polonya “anayasa yargısının ciddi olarak özgürleşmesi”yle sonuçlanmıştır. Nitekim, Anayasa Mahkemesi 1989'dan sonraki dönemde “yasamanın üstünlüğü” anlayışını terkederek kanunların denetlenmesinde daha aktif davranmaya başlamıştır. Radoslav Prochazka, Polonya Anayasa Mahkemesi'nin bu dönemde “hızla ülkenin anayasal politikasında anayasayı yapanların öngördüklerinin ötesine geçen bir konuma yükseldiği”ni⁵⁰ belirtmektedir. Bunun en belirgin bir işareti Mahkeme'nin *Rechtsstaat*'la ve eşit hukuki korumayla ilgili anayasal hükümleri kullanma tarzıdır. Bu geçiş, pek muhtemeldir ki, Mahkeme'nin üye yapısının ve siyasi çevresinin değişmesinin olduğu kadar, 1989 anayasa değişikliklerinin de bir sonucudur⁵¹.

Sebepleri ne olursa olsun, 1989'dan buyana Polonya Anayasa Mahkemesi genellikle kanunları kısmen veya tamamen iptal etmiştir. Nitekim, 1 Ocak 1990'dan 30 Haziran 1994'e kadar Mahkeme incelediği 55 kanunun 40'ını anayasaya aykırı bulmuştur ki, Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin uygulamasıyla karşılaştırıldığında, bu çok yüksek bir orandır⁵².

Anayasa Mahkemesi ayrıca kendisine böyle bir yetki vermeyen 1985 tarihli kanuna ve 1989 Anayasasına aykırı olarak, antlaşmaların anayasaya uygunluğunu denetlemeyi kendi yetki alanına dahil etmek suretiyle yetkisini genişletmeye çalışmıştır. Bununla beraber, eski (ve yeni) anayasaya göre, belirli özel durumlar dışında, antlaşmaların bir kanunla onaylanması gerekmektedir. 1994'te ombudsmanın gönderdiği bir soruya cevaben Mahkeme bu gibi kanunlar üzerinde denetim yetkisine sahip olduğunu teyit ederek antlaşmanın kendisinin anayasaya uygunluğunu da inceleme hakkı olduğunu ileri sürmüştür⁵³.

46 Schwartz 2000: 58.

47 Prochazka 2002: 88.

48 Schwartz 2000: 55.

49 Prochazka 2002: 84.

50 Prochazka 2002: 88.

51 Schwartz 2000: 55.

52 Schwartz 2000: 55-56.

53 Schwartz 2000: 63.

Başka bir seferinde Anayasa Mahkemesi kendi yetkisini parlamentonun aleyhine genişletmiştir. Cumhurbaşkanının başvurusu üzerine Mahkeme Eylül 1995'te, kendisinin parlamentodan geçen bir tasarımı anayasaya aykırı bulması halinde parlamentonun bu kararı geçersiz kılamayacağına karar verdi. Ancak daha önce Cumhurbaşkanı tarafından ilan edilmiş olan kanunları iptal eden kararların parlamentoya sunulması gerekmektedir⁵⁴.

b) Hukuk Devleti (Rechtsstaat) Hükmü

Polonya Anayasa Mahkemesi özellikle ilk döneminde hukuk sisteminin birçok boşluğunu doldurmuş ve Anayasanın eski metnini rejim değişikliğinin gereklerine uyarlamak suretiyle Polonya'da hukukun üstünlüğünün tesisine hizmet etmiştir. Mahkeme ayrıca Batı anayasacılığının anahtar kavram ve ilkelerinin Polonya'ya taşınmasına katkıda bulunmuştur. Bu yolla hem parlamento hem de hükümet modern hukuk devletine özgü kurallara alışkanlık kazanmıştır⁵⁵. Mahkeme'nin yorumu sayesinde, Anayasa'nın metninde yer almayan kanunların geçmişe yürümezliği, insan onuruna saygı, hayat hakkı, hakların yasal düzenlenmesinde ölçülülük, özel hayat hakkı, vatandaşların hükümete güvenmesi, kazanılmış haklara saygı, kanunun açıklık ve kesinliği gibi çok sayıda hak, ilke veya değeri içine alacak şekilde anayasal *Rechtsstaat* hükmünün kapsamı genişlemiştir. Mahkeme yerinde bir tutumla, bu ilke ve esasları Polonya'nın standart bir anayasal demokrasiye geçebilmesi bakımından kaçınılmaz görmüştür⁵⁶.

c) Anti-Komünist Temizlik Tedbirleri

Polonya Anayasa Mahkemesi Komünist karşıtı tedbirleri genel olarak onaylamış olmakla beraber, hukuki kesinlik, kanunların açık-seçikliği ve yargının bağımsızlığı ilkeleri üstünde ısrarlı olmuştur. Mahkeme iki ayrı kararında "üst kademe görevlere seçilecek veya atanacak olanların Haziran 1944-Mayıs 1990 arasında gizli polisle 'bilinçli olarak işbirliği yapıp yapmadıkları'nı açıklamalarını gerektiren bir temizlik kanununu" anayasaya uygun bulmuştur. Kanuna göre, böyle yaptıklarını kabul eden kişiler, bunu alenen itiraf etmedikçe artık hiç bir resmi görev alamazlardı; ama eğer bunu gerçeğe aykırı olarak inkar ederlerse, bunun ortaya çıkması halinde on yıl süreyle kamu görevinden yasaklanacaklardı. Öte yandan, 1998'de Mahkeme hakimlerle ilgili benzer bir kanunu da Ulusal Hakimler Kurulu'na danışılmadığı gerekçesiyle anayasaya aykırı bulmuştur⁵⁷.

d) Yetki Haritası

Cumhurbaşkanı ile hükümet arasında Radyo ve Televizyon Kurulu'nun başkanının görevden alınması konusunda 1994 yılında bir anlaşmazlık çıktı. Konuyla ilgili 1992 tarihli kanun cumhurbaşkanına Kurul başkanını aday gösterme yetkisi tanımakla beraber, onun görevden alınması konusunda herhangi bir hüküm içer-

54 Schwartz 2000: 63.

55 Garlicki 2002: 281; Bartole 2002: 426.

56 Prochazka: 209-210.

57 Schwartz 2000: 67-69.

miyordu. Ombudsmanın bu kanunun yorumu hakkındaki yorum talebi üstüne, Mahkeme hukuka bağlı devlet ilkesi gereğince bir devlet organının kendisine açıkça verilmiş olmayan bir yetkiyi kullanamayacağını açıklamıştır⁵⁸.

IV. ÇEK ANAYASA MAHKEMESİ: META-ANAYASACILIĞIN MÜELLİFİ

1.Çekoslovakya Geçmişi

Çekoslovakya'nın Fransız ve Amerikan anayasacılığından etkilenmiş olan ilk Anayasası 1920 yılında kabul edildi. Anayasa Parlamentonun işlemlerinin anayasaya uygunluğunu denetleyecek bir Anayasa Mahkemesi kurdu. Bu Mahkeme 1921'den 1941'e kadar faaliyet göstermiştir. Varşova Paktı güçlerinin 1968 Ağustos'undaki işgalinden sonra, Çekoslovakya Federasyonu hakkındaki 1968 tarihli Anayasal Kanun Çekoslovak anayasal sistemini yeniden şekillendirdi, bu arada federal ve ulusal yasama işlemlerinin anayasaya uygunluğunun denetimini tesis etti. Fakat bu konuda yasal düzenleme yapılmadığı için, yargısal denetim uygulamaya geçmedi⁵⁹.

Komünizmin çöküşünü takiben, 1991 yılında “Çek ve Slovak Federal Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi” kuruldu ve aynı yıl Mahkemenin kuruluş kanunu parlamentodan geçti. Mahkeme, altısı Çek altısı Slovak Cumhuriyeti'nden olmak üzere, on iki hakimden oluşuyordu. Üyeler ulusal parlamentolar tarafından öneriliyor ve Federal Meclis tarafından onaylanıp Cumhurbaşkanı tarafından yedi yıllık bir süre için atanıyordu. Mahkeme Parlamento işlemlerini ve alt derece mahkemelerinin kararlarını anayasal kanunlara ve insan haklarıyla ilgili uluslararası antlaşmalara uygunluk açısından denetleme yetkilerine sahipti⁶⁰.

Ancak Federal Anayasa Mahkemesi Şubat-Aralık 1992 arasında, yani sadece on ay çalıştı.

2.Çek Anayasa Mahkemesi'nin Doğuşu ve Yetkileri

Çekoslovak Federasyonu'nun dağılmasından (“kadife boşanma”) sonra, 1992 Aralık'ında Çek Anayasası kabul edildi. Anayasada Anayasa Mahkemesi'ne başlı başına bir bölüm ayrılmıştı. 1993 sonlarında faaliyete geçen Mahkeme, on yıllık bir süre için Cumhurbaşkanı tarafından atanan ve bilahare Senato tarafından onaylanan onbeş hakimden oluşuyordu⁶¹.

Çek Anayasa Mahkemesi'nin parlamentonun Anayasaya veya insan haklarıyla ilgili uluslararası antlaşmalara aykırı işlemlerini *soyut norm denetimi* yoluyla geçersiz ilan etme yetkisi vardır. Anayasa Mahkemesi “diğer bütün hukuki işlemleri denetleme ve onları kanunlara uygun olmamaları halinde iptal etme yetkisi sayesinde hukuka uygunluğun da bekçisidir.” Çek Mahkemesi ayrıca yerel yönetim organlarının hükümet müdahalesine karşı yaptığı şikayet başvurularını dinleme ve bölge idareleriyle yerel makamlar arasındaki *yetki uyumsuzluklarını* çözme yetkisine

58 Schwartz 2000: 67-69.

59 Priban 2002: 373-75.

60 Priban 2002: 376.

61 Priban: 376-78.

sahiptir. Mahkeme'nin son olarak bireylerin anayasal haklarının ihlal edildiği iddiasıyla yapacakları *şikayetleri* de inceleme yetkisi vardır. Anayasa Mahkemesi'nin kararları bütün makamları ve kişileri bağlar⁶².

İlginç bir nokta, Çek Anayasa Mahkemesi'nin halihazırdaki demokratik meşruluğunun, Parlamento'nun her iki kanadının da kamusal desteğinden daha güçlü olmasıdır. Bu durum Mahkeme'nin ülkenin demokratik siyasetinde önemli bir aktör olarak ortaya çıkarmasını mümkün kılmıştır. Öte yandan, bu kamusal desteği ve demokratik meşruluğu sayesinde, Anayasa Mahkemesi hukuk sistemini ve hukuki gelenekleri anayasal- demokratik hukuk devletinin gereklerine uyacak şekilde temelden değiştirebilmiştir⁶³.

3.Mahkeme'nin İctihadi

Jiri Priban'a göre, Çek Anayasa Mahkemesi her zaman yargısal bir organ olmaktan çok yasama gücünün bir ortağı olmaya çalışmıştır. Bu eğilim kendisini Parlamento'nun yasama yetkisi ile Mahkeme'nin yetkisi arasındaki ilişkilerde göstermektedir. Anayasa Mahkemesi demokratik meşruluk ve demokratik hukuk devleti için anayasal destek sağlarken, o aynı zamanda yasama organına ve onunu muhtemel siyasi üstünlüğüne de karşı çıkmaktadır⁶⁴.

Çek Anayasa Mahkemesi geçiş dönemindeki genel tutumu itibariyle bir anayasal hakem ve bir sosyal dönüştürücü olarak hareket etmiştir. Yeni rejimin ideolojisini benimsediği için de Parlamento'nun dönüşüme ilişkin temel tercihlerine de saygı göstermiştir. Bu bağlamda, birçok eski rejim muhalifinin üye olarak atanmasıyla yeni rejimin ideolojisine bağlılığı pekişen Mahkemenin üyelerinin çoğu geçmişe yönelik saldırıları desteklemeyi doğal saymıştır⁶⁵.

a) Komünist Rejimin Meşruluğu

“Komünist Rejimin Hukuksuzluğu ve Ona Karşı Direniş Hakkında Kanun”un anayasaya uygunluğuyla ilgili 1993 tarihli ilk davada Mahkeme eski rejimin meşruluğu problemini ele almıştır. Bu davada Mahkeme anayasanın değerler bakımından tarafsız olmadığına, aksine demokratik bir toplumun temel değerlerini yansıtan muayyen fikirleri içerdiğine karar vermiştir. Meşruluk problemini dar anlamda kavramayı reddederek, sırf hukuk sistemindeki devamlılıktan dolayı komünist rejimin meşru olamayacağını belirtmiştir. Anayasa Mahkemesi yeni liberal-demokratik anayasa'nın meşruluğun dar anlamda “yasallık” şeklinde anlaşılmasına izin vermediğine hükmetmiştir. Mahkemeye göre, meşruluğun demokratik siyasi toplumun değerleri çerçevesinde anlaşılması gerekir, yani siyasi rejimin meşruluğu demokratik siyasi ilkelerden kaynaklanır. Başka bir ifadeyle, hukuka bağlı bir devlette meşruluk onun demokratik özelliğine dayanır⁶⁶.

62 Priban 2002: 377; Prochazka 2002: 140.

63 Priban 2002: 394.

64 Priban 2002: 378-82.

65 Prochazka 2002: 140, 145.

66 Priban 2002: 383; Prochazka 2002: 146, 235-36.

Anayasa Mahkemesi böylece tarihsel adalete hizmet edeceği düşünülen söz konusu kanunu tümüyle onaylamıştır. Mahkeme için, ceza adaletiyle ilgili usuli gerekler anayasal hakların kapsamı dışında kalıyordu. Ona göre, Anayasanın Haklar Bölümü hangi suçların koğuşturulabileceğini açıkça göstermiş olmakla beraber, bunların ne kadar süreyle koğuşturulabilecekleri konusunda herhangi bir hükme yer vermiyordu. Mahkeme ayrıca, eski rejim bu kanunun kapsadığı suçları cezalandırmaktan bilinçli olarak kaçındığı için, geçmişe dönük adaleti öngören bu kanunun yenilik doğurucu nitelikte olmayıp açıklayıcı bir norm olduğunu da ileri sürmüştür⁶⁷.

b) Yasama Organının Ortağı

Yetkileri bamıkından Çek Anayasa Mahkemesi yasama gücünün anayasal bekçisi olarak düzenlenmiştir. Nitekim Mahkeme yasama organının frenleyici ortağı gibi hareket etmektedir. Bu, tahmin edilebileceği gibi, Parlamento'yla Mahkeme arasında birçok ihtilafın ortaya çıkmasına yol açmaktadır. Bunun bir nedeni, Mahkeme'nin biçimci bir yasallık anlayışını ve parlamentonun üstünlüğünü reddetmesidir. Anayasa Mahkemesi dar hukuki pozitifizm yaklaşımını reddetmiş ve liberal-demokratik siyasi değerlerle uyumlu olacak daha geniş bir hukuk anlayışı arayışı içinde olmuştur⁶⁸.

Mahkeme bu bağlamda şöyle demiştir:

“Modern demokratik yazılı anayasa kurucu iktidarı temsil eden halkın kendisini siyasi bir varlık olarak kurmasına aracılık eden ve bireyin bütünlü ve devlet kurumları sistemiyle ilişkisini gösteren bir sosyal sözleşmedir. Genel olarak kabul edilen temel değerleri kurumsallaştıran ve meşru iktidar kararlarının oluşum mekanizmasını ve sürecini şekillendiren bir belge, demokratik kurumların anlamı, amacı ve işleyiş tarzına ilişkin anlayışların olduğu kadar, kamusal olarak kabul edilen değerlerin ve adalet anlayışlarının da dışında var olamaz. Başka bir ifadeyle, anayasanın değerler ve kurumlara ilişkin asgari bir konsensüs olmadan işlemesi mümkün değildir. Bundan hukuk alanı için çıkan sonuç, bir pozitif hukuk sisteminde bile, temel hukuk ilkelerinin ve teamüllerin genel olarak hukukun olduğu kadar anayasa hukukunun da kaynakları arasında yer alması gerektiğidir.”⁶⁹

Diğer taraftan, yasama organının ortağı olarak Anayasa Mahkemesi zaman zaman da, “anayasaya uygun yorum”da örneklendiği gibi, kendisini kısıtlamıştır. “Gerekli olmadıkça iptal etmeme” kuralı olarak da adlandırılan bu yöntem Anayasa Mahkemesi'nin geliştirdiği bir yargısal tekniktir. Buna göre, “bir kuralı Anayasa'nın gerekleriyle uyumlu olarak uygulanmasına imkan verecek şekilde yorumlamak mümkünse, böyle bir yorum kuralın iptaline tercih edilmelidir.”⁷⁰

Anayasa Mahkemesi bu demokratik meşruluk anlayışını egemen iktidarın kullanılmasyla ilgili olarak da korumuştur. Nitekim, “kemer sıkma” tedbirleri çer-

67 Prochazka 2002: 146.

68 Priban 2002: 385; Bartole 2002: 426.

69 Aktaran Priban 2002: 386.

70 Prochazka 2002: 160.

çevesinde çıkarılan hakimlerin maaşlarıyla ilgili bir kanunu iptal eden kararında Mahkeme halkın egemenliğinin anayasal iktidarın bütün kolları (yasama, yürütme ve yargı) tarafından kullanıldığını belirtmiştir. Bu nedenle, yalnız başına parlamentonun iradesi halkın iradesinin en yüksek temsili olarak görülemez. Yargı bağımsızlığı ilkesi ise demokratik hukuk devletinin temel direklerinden biridir. Sonuç olarak, Anayasa Mahkemesi hakimleri bu kanuna dahil etmenin anayasaya aykırı olduğuna karar verdi. Bununla beraber, parlamento kanunda ısrar etti ve aynı kanunu ilk haliyle tekrar kabul etti ⁷¹.

Ayrıca, 2001 yılındaki bir kararında da Mahkeme halk iradesinin adil temsilini gözetmediği gerekçesiyle seçim kanununu iptal etmek suretiyle, yasama faaliyetine normatif sınırlar getirmiştir⁷².

Son olarak, Çek Anayasa Mahkemesi'nin "piyasa yanlısı aktivizmi"ne değinmek gerekir. Çek Anayasa Mahkemesi daima piyasa yanlısı olmuştur. Esasen, Mahkeme'nin "korumacılığın kalıntılarını bertaraf etme konusunda gösterdiği isteklilik onun geçiş dönemi içtihadının önemli bir unsurudur." Mahkeme'nin, "Zorla Çalıştırmanın Kaldırılmasına İlişkin ILO Sözleşmesi"ni ele alış biçimi bu bakış açısından kaynaklanmıştır. Nitekim, kadınların gece çalıştırılması hakkındaki yasal yasağın kaldırılmasının anayasaya uygunluğunu incelediği davada, Mahkeme ILO Sözleşmesi'ni insan haklarıyla ilgili bir antlaşma olarak değil de sadece kadınların çalıştırılmasına uygulanacak şartlar hakkındaki bir antlaşma olarak görmüştür⁷³.

V. SON DEĞERLENDİRMELER

Bu çalışmada içtihadi eğilimleri gözden geçirilen yeni anayasa mahkemelerinin hepsinin de değişken derecelerde müdahaleci (aktivist) oldukları görülmektedir. Bu durum ele alınması gereken başlıca iki sorun ortaya çıkarmaktadır. Her şeyden önce, bu yeni mahkemelerin kendi ülkelerinde demokrasinin pekişmesine katkıda bulunup bulunmadıkları sorununun gözden geçirilmesi gerekmektedir. Ancak bundan önce, yeni kurulan demokrasilerde anayasa mahkemelerinin rolüne ihtiyatla yaklaşan bir görüşü hatırlamamız gerekiyor.

Stephen Holmes daha önce zikredilen nispeten erken bir makalesinde⁷⁴, özellikle parlamentoların saygınlığının zayıflaması pahasına müdahaleci bir tutum izleyen mahkemelerin demokrasi inşasının ihtiyaçlarına uygun olmadığını ileri sürmüştür. Ona göre, bir anayasa mahkemesinin parlamentonun kabul ettiği kanunları sıkça iptal etmesi, kuvvetle muhtemeldir ki, yasama organının ve demokratik çoğunlukçuluğun meşruluğuna zarar verir. Oysa, meşruluğu tanınan yerleşik bir parlamento ve çoğunluk yönetimine saygı olmadan, Orta ve Doğu Avrupa'da olduğu gibi uygun olmayan bir zeminde demokratik bir rejimi kurmak imkansızdır. Bundan dolayı, anayasa yapımında güçlü bir yargı denetiminin öne çıkarılması ve buna bağlı olarak anayasa mahkemelerinin siyaset yapımına aşırı müdahale

71 Priban 2002: 387-388.

72 Priban 2002: 390-91.

73 Prochazka 2002: 155, 142.

74 Holmes 1993.

etmeleri demokrasi kurma amacını baltalar. Onun için, yeni demokrasilerin ilk ihtiyacı anayasa mahkemeleri ve anayasa yargısı değildir, onların öncelikle yerleşik parlamentolara ihtiyacı vardır.

Bu tezde hatırı sayılır derecede doğruluk payı bulunduğu kanaatindeyim. Şüphesiz, J. S. Mill ve de Tocqueville'den buyana liberal düşünürler bize çoğunlukçuluğun tehlikelerini (dolayısıyla da çoğunluğu frenleme mekanizmalarının önemini) hatırlatmakta haksız değildirlere; ama bundan Holmes'un uyarılarının büsbütün temelsiz olduğu sonucu çıkmaz. Çünkü, kuruluş aşamasındaki demokrasilerde, çoğunluk yönetiminin kendisi parlamenter kurumlar ve usullerde müesses hale gelmeden ve halkın gözünde meşruluk ve saygınlık kazanmadan demokrasinin “aşırılıkları”ndan söz etmek anlamlı olmayabilir. O bakımdan, çoğunluk yönetiminin daha kurumlaşma süreci içinde olduğu yerlerde eğer yargısal bir merci mütecevaz/müdahaleci kararlarıyla parlamentonun halkın gözündeki saygınlığını azaltırsa, bu orada demokrasinin kurulma ve pekişme şansını ciddi olarak zayıflatabilir.

Şu halde, müdahaleci veya aktivist bir anayasa yargısı her zaman istenir bir şey olmadığı gibi, onun demokratikleşmeye katkı yapacağı da kesin değildir. Mamafih, burada müdahaleci yargının iki türü arasında ayırım yapmak gerekir. “Gerçek müdahalecilik” olarak adlandıracağım ilkinde, yargı denetimiyle görevli olan organ dar anlamda “anayasaya uygunluk” denetimi yapmanın ötesine geçerek, doğrudan doğruya politik-ideolojik kararlar verir. Bu, yargının -özel olarak anayasa yargısının- verdiği kararlarla doğrudan doğruya yöneten çoğunluğun siyaset tercihlerini etkisiz kılmasıyla ilgilidir. Bu, anayasa yargıçlarının kendilerini hukukçu olmaktan ziyade politik aktörler olarak algılamalarından kaynaklanabilir. Kanaatimce, anayasa mahkemelerinin bu türden müdahaleciliğinin meşruluğu sadece demokrasi inşası bakımından değil, fakat yerleşik demokrasiler açısından da şüphelidir. Bu bir tür “yargının siyasallaşması”dır ve böyle bir yönelim bizzatihi anayasa mahkemesinin meşruluğunu baltalayabileceği gibi, genel olarak demokratik müzakerenin önemini de azaltabilir⁷⁵. Mamafih, demokrasiye geçmenin aynı zamanda siyasi kültürün de az veya çok dönüşümünü gerektirdiği yerlerde, liberal-demokratik siyasal değerleri öne çıkaran bir yargısal aktivizmin demokratikleşmeye katkıda bulunabileceğini de gözden uzak tutmamak gerekir. Nitekim, yukarıda incelenen örneklerde anayasa mahkemelerinin demokrasinin yerleşmesine bu türden katkılar yaptıkları görülmektedir.

Buna karşılık, müdahaleci yargının şimdi belirteceğim ikinci türü Holmes'cü kaygıya yer bırakmayabilir. Burada Anayasa Mahkemesinin, belirli bir siyaset yönelimini kayırmaksızın, devletin politik organlarını anayasal sınırları içinde tutma istekliliği söz konusudur. Bunun pratik sonucu, anayasa yargısının bir yandan anayasanın “yetki haritası”nın politik organlar tarafından zorlanmasını, öbür yandan da başta yasama ve yürütme olmak üzere kamu otoritelerinin kişilerin sivil hayat

75 Yargının siyasallaşması bazan da bütün politik uyumsuzlukların çözümlerinin eninde sonunda hukukta ve anayasada bulunabileceği düşüncesinin bir sonucu olarak ortaya çıkar: Loughlin 2000: 194.

alanına keyfi müdahalesini ve genel hukuk güvencelerini tahrip etmesini önlemesidir. Başka bir ifadeyle, anayasa mahkemeleri yargısal işlevin sınırlarını kabul edip onlara riayet ederek, hala demokratik hukuk devleti idealine hizmet edebilirler. Sanırım, Macaristan, Polonya ve Çek anayasa mahkemelerinin kendi kısa tarihlerinde yaptıkları da esas olarak budur. Nitekim, onlar bir yandan ülkelerinin hukuk sistemlerinin -"eski rejim" in özelliğinden kaynaklanan- eksiklerini telafi ederek, öbür yandan onları ileri anayasal demokrasilerin düzeyine çıkarmak için kavramlar geliştirerek veya inşa ederek hukuka bağlı yönetim ilkesinin yerleşmesine katkı yapmışlardır. Ve bu işi başarırken "(b)u mahkemelerin, anayasal olarak tanınmış sınırlara riayet etmeleri ve anayasanın tanımladığı standartlar içinde çalışmalarını bakımından, biçimsel ve kurumsal anlamda bir meşruluk sorunları" olmamış olması bir şanstır. Bunda, onların, "anayasalarının, anayasa mahkemeleri kuruluş yasalarının veya yetkilerini belirleyen diğer ilgili yasaların kendilerine gösterdikleri sınırları aşmama" ya⁷⁶ özen göstermiş olmaları şüphesiz etkili olmuştur.

İncelenen anayasa mahkemelerinin performanslarının değerlendirilmesiyle ilgili ikinci önemli nokta, bu mahkemelerin yerine getirdikleri işlevi genellikle bu iş için pek elverişli olmayan bir zeminde başarmış olmalarıdır. Oysa, normal olarak böyle bir sonucun beklenmemesi gerekirdi. Yani, hukukun üstünlüğü, yargı bağımsızlığı ve insan haklarına ilişkin doktriner ve pratik geleneklerin zayıf olduğu bir toplumda anayasa mahkemesinin başarılı olma ihtimalinin zayıf olduğu varsayılır. Nitekim, Klaus von Beyme "(y)argısal denetim(in) en etkili ve yoğun olarak, *Rechtsstaat*' in demokrasinin doğumundan önce yerleşmiş olduğu sistemlerde işlediğini"⁷⁷ belirtmektedir. Gelgelelim, diğer komünizm-sonrası ülkeler gibi, burada ele alınan ülkelerde de yargı bağımsızlığı dahil hukuk devleti gelenekleri ya yoktu ya da çok zayıftı⁷⁸. Komünist rejim hukuk devleti yönündeki komünizmden önceki kurumsal ve tutumsal çabaların kalıntılarını bile yok etmişti. Şu halde, von Beyme'nin öngörüsünün bu ülkelerin gerçeklerine uygun düşmediğini söyleyebiliriz. Bu durum kısmi bir istisnası Macaristan'ın durumudur. Bu ülkede "yargı(nun) kapsamlı bir geleneksel hukuka dayanması"⁷⁹ Macaristan Anayasa Mahkemesi'nin yazılı hukuka direnmesini teşvik etmiş olabilir.

Sonuç olarak, başlıkta koyduğum soruya şöyle cevap verebilirim: Evet, demokrasilerin kurulması ve yerleşmesinde anayasa mahkemeleri önemlidir, ama bazı kayıtlarla.

76 Sadurski 2000, "Legitimacy...": 165.

77 Nakleden Sadurski 2002, "Legitimacy...": 164.

78 Herron & Randazzo 2002.

79 Prochazka 2002: 50.

KAYNAKLAR

- Bartole, Sergio (2002), “Conclusions: Legitimacy of Constitutional Courts: Between Policy Making and Legal Science”, in Sadurski (2002), pp. 409-32.
- Brunner, Georg, “Structure and Proceedings of Hungarian Constitutional Judiciary”, in Solyom and Brunner 2000, pp. 65-102.
- Epstein, Lee & Knight, Jack & Shvetsova, Olga (2001), “The Role of Constitutional Courts in the Establishment and Maintenance of Democratic Systems of Government”, *Law & Society Review*, Vol. 35, Issue 1, p. 117.
- Erdoğan, Mustafa (2005), *Anayasal Demokrasi* (Ankara: Siyasal Kitabevi, 7. b.)
- Garlicki, Leszek Lech, “The Experience of the Polish Constitutional Court”, in Sadurski (2002), pp. 265-82.
- Halmi, Gabor (2002), “The Hungarian Approach to Constitutional Review: The End of Activism? First Decade of the Hungarian Constitutional Court”, in Sadurski (2002), pp. 189-211.
- Herron, Erik S. & Randazzo, Kirk A. (2003), “The Relationship Between Independence and Judicial Review in Post-Communist Courts”, *The Journal of Politics*, Vol. 65, No. 2, May, pp. 422-38.
- Holmes, Stephen (1993), “Back to the Drawing Board”, *East European Constitutional Review* 2, No. 1, pp. 21-25.
- Howard, A. E. Dick (1993) (ed.), *Constitution Making in Eastern Europe* (Washington, D.C: The Woodrow Wilson Center Press).
- Jacob, Herbert (1996), “Introduction”, in *Courts, Law, and Politics in Comparative Perspective* (New Haven & London: Yale University Press).
- Linz, Juan J. & Stepan Alfred (1996), “Toward Consolidated Democracies”, *Journal of Democracy*, Vol. 7. No. 2, pp. 14-33
- Loughlin, Martin (2000), *Sword and Scales: An Examination of the Relationship Between Law and Politics* (Oxford & Portland: Hart Publishing).
- Paczolay, Peter (1993), “The New Hungarian Constitutional State: Challenges and Perspectives”, in Dick (1993), pp. 21-55.
- Pederzoli, Patrizia & Guarnieri, Carlo (1997), “Italy: A Case of Judicial Democracy?”, *International Social Science Journal*, June 97, Volume 49, Issue 2, p. 253.
- Priban, Jiri (2002), “Judicial Power vs. Democratic Representation: The Culture of Constitutionalism and Human Rights in the Czech Legal System”, in Sadurski (2002), pp. 373-94.
- Prochazka, Radoslav (2002), *Mission Accomplished: On Founding Constitutional Adjudication in Central Europe* (Budapest & New York: Central European University Press).

- Sadurski, Wojciech (2002), "Legitimacy and Reasons of Constitutional Review after Communism" in Sadurski (2002), pp. 163-87.
- Sadurski, Wojciech (2002) (ed.), *Constitutional Justice, East and West* (The Hague & London & New York: Kluwer Law International)
- Schedler, Andreas & Diamond, Larry & Plattner, Marc F. (1999) (eds.), *The Self-Restraining State: Power and Accountability in New Democracies* (Boulder/Co. and London: Lynne Rienner Publishers)
- Schwartz, Herman (2000), *The Struggle for Constitutional Justice in Post-Communist Europe* (Chicago and London: university of Chicago Press).
- Schwartz, Herman (1999), "Surprising Success: The New Eastern European Constitutional Courts", in Schedler & Diamond & Plattner, pp. 195-214.
- Solyom, Laszlo & Brunner, Georg (2000), *Constitutional Judiciary in a New Democracy: The Hungarian Constitutional Court* (Ann Arbor: The University of Michigan Press).
- Tate, C. Neal (1995), "Why the Expansion of Judicial Power?" in C. N. Tate & T. Vallinder, eds. *The Global Expansion of Judicial Power* (New York: New York-University Press)

(45. Makale - 2006)

Ergun ÖZBUDUN

*Anayasa Mahkemesi ve
Ekonomik Politika**

* Ergun Özbudun, "Anayasa Mahkemesi ve Ekonomik Politika", Fazıl Sağlam 65. Yaş Armağanı, Ankara: İmaj Yayınevi, 2006, 14 syf.

Anayasa Mahkemesi ve Ekonomik Politika

*Ergun Özbudun**

1982 Anayasasının belli bir ekonomik düzen tercihi olup olmadığı tartışmalıdır. Bilindiği gibi, 1961 Anayasasında devletin ekonomik ve sosyal hayata müdahalesinin ilkelerini belirleyen genel bir hüküm yer almıştı. “İktisadi ve sosyal hayatın düzeni” başlığını taşıyan 41’inci madde, iktisadi ve sosyal hayatın “adalete, tam çalışma esasına ve herkes için insanlık haysiyetine yaraşır bir yaşayış seviyesi sağlanması amacıyla göre” düzenleneceğini belirtmekte ve yatırımları “toplum yararının gerektirdiği önceliklere” yöneltmeyi devletin ödevi olarak göstermekteydi. 1982 Anayasası devletin ekonomik hayata müdahalesiyle ilgili böyle genel bir maddeye yer vermemiş olmakla beraber, devlet müdahalesine ilişkin hükümler Anayasanın çeşitli maddelerine serpiştirilmiş bulunmaktadır. Sosyal devleti Cumhuriyetin nitelikleri arasında sayan 2’nci maddeden başka, 5’inci madde “kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlandıran siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışma” yı devletin temel amaç ve görevleri arasında saymaktadır. 35’inci madde, mülkiyet hakkının kullanılmasının toplum yararına aykırı olamayacağı belirtmekte; 48’inci madde devlete, “özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri” alma ödevini yüklemektedir. 166’ncı maddeye göre “ekonomik, sosyal ve kültürel kalkınmayı, özellikle sanayi ve tarımın yurt düzeyinde dengeli ve uyumlu biçimde hızla gelişmesini, ülke kaynaklarının döküm ve değerlendirmesini yaparak verimli şekilde kullanılmasını planlamak, bu amaçla gerekli teşkilatı kurmak Devletin görevidir.” 167’inci maddeye göre “Devlet, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemlerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alır; piyasalarda fiili veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önler.” Nihayet 168-173’üncü maddeler de, ekonomik içerikli hükümler ihtiva etmektedir.

Bu hükümler, Anayasanın Devlete sosyal ve ekonomik hayata belli amaçlarla müdahale etme yönünde çeşitli imkânlar tanıdığını göstermekle birlikte, bundan siyasal iktidarlara belli bir ekonomik sistem modelini empoze etmiş olduğu anlamı çıkarılamaz. Anayasa ile ekonomik sistem ilişkisi açısından söylenebilecek en fazla şey, bu Anayasa ile ne saf devletçi, ne saf liberal bir ekonomi modelinin uygulanmasının mümkün olduğudur. Anayasa, mülkiyet, miras (m.35) ve özel teşebbüs (m.48) hürriyetlerini tanıması itibarıyla tümü-

* Prof. Dr., Bilkent Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

le devletçi ya da kollektivist bir ekonomik sisteme kapalı olduğu gibi, yukarıda değinilen hükümler gereği tümüyle liberal bir ekonomik sisteme de açık değildir. Esasen Linz ve Stepan’ın ifade ettikleri gibi, pekişmiş bir demokrasi, ne bir komuta ekonomisiyle, ne de saf bir piyasa ekonomisiyle bağdaşabilir. Belli ölçüde bir devlet düzenlemesi olmadıkça, saf piyasa ekonomileri ne vücut bulabilir, ne de sürdürülebilir. Yazarlar, devletin ekonomik alandaki kurallarını, kurumlarını, düzenlemelerini ve politikalarını “ekonomik toplum” olarak adlandırmaktadırlar¹ Bu iki uç arasında siyasal iktidarların ekonomik politikayı kendi siyasal tercih ve önceliklerine göre yönlendirebilmeleri doğal olduğu gibi, demokratik rejimin gereklerine de uygundur. Bazı ekonomik tercihlerin seçmenin karar alma alanının dışına çıkarılması, demokrasinin mantığıyla bağdaşmaz.

Anayasanın ekonomik politika modelleri karşısındaki nisbi tarafsızlığı, Anayasa Mahkemesinin bazı kararlarında da ifade edilmiştir. Anayasa Mahkemesi, 18.2.1985 tarihinde, Tasarrufların Teşviki ve Kamu Yatırımlarının Hızlandırılması Hakkında 2983 sayılı Kanuna ilişkin iptal istemini reddederken, şu gerekçelere dayanmıştır: “Atatürk’ün iktisadi görüşleri katı ve doktriner olmayıp, ülke koşullarına uygun politikalar izlenmesine açıktır. Başka bir ifadeyle ülkeyi geri kalmışlıktan kurtarmak için şartlara göre kamu kesimine veya özel kesime ağırlık verilmesinin bu görüşlere ters düştüğü söylenemez. Öte yandan, çok partili demokratik rejimi benimseyen Anayasamızda, Anayasa ilkelerine ters düşmemek koşuluyla iktidarların ekonomi alanında müdahaleci veya liberal bir politika izlemelerine bir engel bulunmamaktadır.”²

Anayasa Mahkemesi, aynı yıl içinde verdiği başka bir kararında da, 3082 sayılı “Kamu Yararının Zorunlu Kıldığı Hallerde Kamu Hizmeti Niteliği Taşıyan Özel Teşebbüslerin Devletleştirilebilmesi Usul ve Esasları Hakkında Kanun’a ilişkin iptal sistemini reddederken, benzer görüşleri dile getirmiştir. Karara göre, “Atatürk’ün iktisadi görüşleri katı ve doktriner olmayıp ülke koşullarına uygun politikalar izlenmesine açıktır. Nitekim, 1924 Anayasasında 1937 yılında yapılan değişiklikle “Devletçilik” Türkiye Cumhuriyeti Devletinin niteliklerinden biri sayıldığı halde 1961 ve 1982 Anayasalarında devletçilik ilkesine yer verilmemiştir. Bununla beraber Anayasa, liberal bir iktisadi politika takibine elverişli olduğu kadar karma bir iktisadi politika takibine de müsaittir. Burada yeri gelmişken devletçiliğin sosyal devleti gerçekleştirmenin tek aracı olmadığı vurgulanmalıdır. Esasen devletleştirme olanağı ortadan kaldırılmamıştır.”³

Anayasa Mahkemesinin “esnek”⁴ ve dengeli olarak nitelendirilebilecek bu kararlarına karşı, bazı üyelerin yazdıkları karşıoy yazıları, Mahkemenin benzer tarihlerde ve daha sonraları verdiği çok tartışmalı kararların bir habercisi

1 Juan J. Linz ve Alfred Stepan, Problems of Democratic Transition and Consolidation: Southern Europe, South America, and Post-Communist Europe (Baltimore and London: The Johns Hopkins University Press, 1996), 11-13.

2 Anayasa Mahkemesi kararı, E. 1984/9, K. 1985/4, k.t. 18.2.1985, AMKD, Sayı 21, 35-85, alıntı s.59.

3 Anayasa Mahkemesi kararı, E. 1985/2, K. 1985/16, k.t. 27.9.1985, AMKD, Sayı 21, 217- 230, alıntı s. 222.

4 Turgut Tan, “Ekonomik Düzen ve Anayasa,” *Uluslararası Anayasa Hukuku Kurultayı*, 9-13 Ocak 2001 (Ankara: Türkiye Barolar Birliği, 2001), 863.

olma niteliğindedir. Mesela Yekta Güngör Özden'e göre devletin ekonomi alanındaki düzenlemelerinin, "Atatürk zamanında temelleri atılan... Atatürk ilkeleri kapsamında Anayasalarda vurgulandığı açıkça saptanan 'karma ekonomi' düzenine uygunluğu kaçınılmazdır... Kamu hizmetlerine ayrılarak kamunun yararlanmasına özgülenmiş varlıkların salt 'ticari işletme değeri' durumuna indirgenerek sürüme çıkarılması Anayasa'nın uygun karşılayabileceği düzenlemeler değildir... 'Atatürkçü ekonomik düzen' olarak adlandırılıp özetlenecek 'model', Atatürk'ün söylev ve demeçlerinde, TBMM tutanaklarında, nice bilim adamımızın ve yazarlarımızın yapıtlarında somutlaşmıştır... Gerçekte Atatürkçü ekonomi düzeni, 'karma ekonomi'den çok 'bireyci-toplumcu ekonomi' düzenidir... Cumhuriyet Hükümetleri 1937'de Anayasa'ya giren 'devletçilik' ilkesinin dışına taşamamışlardır. Bu düzen devletin temellerindedir. Tam bağımsızlığa ve ulusal egemenliğe dayanarak öbür ilkelerle bütünleşir. Atatürkçülüğün özellikleriyle düşünülecek devletçiliğin, Anayasa'nın Başlangıç'ında çağdaş yerini bulduğu bellidir."⁵ Bu görüşlere bilim dünyasından da bazı destekler gelmiştir. Mesela Profesör Lütfi Duran, Anayasa Mahkemesinin sosyal devlet tanımında "sosyal devleti asıl belirleyen kamusal mal ve hizmetler ile kamu iktisadi teşebbüsleri (KİT) ve herkese eğitim, öğretim, sağlık, sosyal güvenlik ve konut gibi hakların yer almadığı" nı ileri sürmüş ve KİT'lersiz sosyal devletin varlığından söz edilemeyeceğini ima etmiştir.⁶

Bizce Anayasa Mahkemesinin anılan kararları yerindedir. KİT'leri ve devletçiliği sosyal devletin vazgeçilmez şartları saymak, sosyal devletin çağdaş anlamına ve çağdaş Batı demokrasilerinin uygulamalarına uygun değildir. Üstelik Anayasanın devletçi ve müdahaleci bir ekonomik politikanın izlenmesini zorunlu kıldığı kabulü, çok partili demokratik rejimin mahiyetine aykırı düşer. Eğer siyasal partiler ekonomik politika alanında farklı görüşleri savunamayacak veya uygulayamayacaklarsa, çok partili demokratik siyasal yarışmanın ne anlamı kalacaktır? Hele yargısal denetimde ölçü norm olarak "Atatürkçü ekonomik düzen" gibi muğlak bir kavramın kullanılması ve bunun Anayasanın Başlangıç Bölümü ile ilişkilendirilmesi, karşı oy yazarının iddiası hilafına, hukukilik denetimini tamamen yerindelik denetimine çevirme tehlikesini beraberinde getirmektedir. Atatürkçü ekonomik düzen ve devletçilik kavramları ne 1961 ne de 1982 Anayasalarında yer almıştır. Kaldı ki Atatürk'ün ekonomik sistem konusunda katı bir tercihi olduğu da çok şüphelidir. Cumhuriyetin ilk yıllarında esas itibarıyla serbest piyasa yanlısı bir ekonomik politika uygulandığı halde, 1930'lardan itibaren dünya ekonomik buhranının da etkisiyle devletçi politikalara ağırlık verilmiştir. Atatürk'ün ortaokullarda okutulmak üzere kısmen dikte ettirdiği, kısmen kendi el yazısıyla kaleme aldığı Vatandaş İçin Medeni Bilgiler Kitabı'nda Atatürk devletçilik kelimesinin yanına kendi el yazısıyla parantez içinde "mutedil" kelimesini eklemiştir. Aynı kitaptaki şu pasajlar, onun konuya ilişkin görüşlerini açıkça ortaya koymaktadır:

5 Dip not 2'de zikredilen karar, s.68-69.

6 Lütfi Duran, "Anayasa Mahkemesine Göre Türkiye'nin Hukuk Düzeni," *Amme İdaresi Dergisi*, c. 19, Sayı 1 (Mart 1986), 9.

“Prensip olarak, devlet, ferdin yerine kaim olmamalıdır. Fakat ferdin inkişafı için umumi şartları göz önünde bulundurmalıdır. Bir de, ferdin şahsi faaliyetini, iktisadi terakkinin esas menbaı olarak kalmalıdır. Fertlerin inkişafına mani olmamak, onların her noktai nazardan olduğu gibi bilhassa iktisadi sahadaki hürriyet ve teşebbüsleri önünde devlet kendi faaliyeti ile bir mani vücuda getirmemek, demokrasi prensibinin en mühim esasıdır... Bizim takibini muvafık gördüğümüz (mutedil devletçilik) prensibi bütün istihsal ve tevzi vasıtalarını fertlerden alarak, milleti büsbütün başka esaslar dâhilinde tanzim etmek gayesini takip eden ve hususi ve ferdi iktisadi teşebbüs ve faaliyete meydan bırakmayan sosyalizm prensibine müstenit kollektivizm, komünizm gibi bir sistem değildir. Hülâsa, bizim takip ettiğimiz devletçilik, ferdi mesai ve faaliyeti esas tutmakla beraber, mümkün olduğu kadar az zaman içinde milleti refaha ve memleketi mamuriyete eriştirmek için milletin umumî ve yüksek menfaatlerinin icap ettirdiği işlerde, bilhassa iktisadi sahada devleti fiilen alakadar etmektir.”⁷

İlginçtir ki, Anayasa Mahkemesi, bu iki kararındaki dengeli ve mâkul yaklaşımına karşılık, aşağı yukarı aynı zamanlarda verdiği iki kararında oldukça farklı bir yaklaşım izlemiştir. Bunlardan birincisi, “22/11/1934 tarihli ve 2644 sayılı Tapu Kanununun 35’inci maddesi ile 18/3/1924 tarih ve 442 sayılı Köy Kanununun 87’nci maddesine Birer Fıkra Eklenmesi Hakkında” 21.6.1984 kabul tarihli 3029 sayılı kanunun iptaline ilişkin karardır. Bu kanun, günlük dilde yabancılara mülk satışı hakkında kanun olarak adlandırılmakta ve yabancı ülke uyruklarının Türkiye’de mülk edinmesinde müteakabiliyet (karşılıklılık) şartının aranmaması konusunda Bakanlar Kurulunu yetkili kılmaktaydı. Anayasa Mahkemesinin iptal gerekçelerinden birine göre, müteakabiliyet şartı “gerek andlaşmalar hukuku, gerek mevzuu hukuk olarak Türk Yabancılar Hukuku’nun genel ilkelerinden biri haline dönüştürülmüştür... Devletlerarası ilişkilerde karşılıklı muamele esası, devletlerin ülkeleri üzerindeki egemenlik haklarının doğal sonuçlarından biridir. Toprak ile alakalı konuda insan haklarına saygılı, ölçülü, adil bir sınırlama Devlet için bir nefsi müdafaa tedbiri niteliğindedir, böyle bir tedbirden vazgeçebilmek çoğu kez olası değildir... Yabancıya satılmış toprakların yasal yollardan yerine göre geri alınabilmesi olanağının varlığına güvenilemez. Yabancıların her an kendi devletin himayesinde olduğu dikkate alındığında böyle bir yola başvurmanın devletlerarası çetin sorunları davet etmesi kaçınılmazdır. Başlangıç’ın 4. paragrafındaki; Türkiye Cumhuriyeti’nin “-Dünya milletler ailesinin eşit haklara sahip şerefli bir üyesi-” olduğu ilkesiyle de devletin beşeri unsurunu oluşturan milletin diğer milletlerle hak eşitliğine sahip bulunduğu vurgulanmıştır. Başlangıç’ın 7. paragrafında ise “-Hiçbir düşünce ve mülâhazanın Türk milli menfaatlerinin... karşısında korunma göremeyeceği-” ilkesi ile de Anayasa’nın öngördüğü hukuk düzeni içinde milli menfaatlerin herşeyin üstünde tutulması gereği belirlenmiştir. Ülkede yabancıların arazi ve emlak edinmesi salt bir mülkiyet sorunu gibi değerlendirilemez. Toprak,

7 Afet İnan, *Vatandaş İçin Medeni Bilgiler ve Kemal Atatürk’ün El Yazıları* (Ankara: Türk Tarih Kurumu, 1969), 47-49, 449, keza bk. Mustafa Aysan, “Atatürk’ün Ekonomik Görüşü: Devletçilik,” *Atatürkçü Düşünce El Kitabı*, I (Ankara: Atatürk Araştırma Merkezi, 2004), 77-101.

devletin vazgeçilmesi olanaksız temel unsuru, egemenlik ve bağımsızlığın simgesidir.” Sonuçta Anayasa Mahkemesi, “Başlangıç’ın 4. ve 7. paragraflarında yer alan Anayasa’nın yorumu ve uygulamasında siyasal kadroların öznel değerlendirmelerini etkisiz bırakmak amacıyla getirildiği kuşkusuz bulunan temel ilkelere aykırı” olduğu gerekçesiyle, anılan kanunun ilgili hükümlerini iptal etmiştir.⁸

Anayasa Mahkemesinin bu kararı çeşitli açılarından eleştirilebilir. Herşeyden önce, mülkiyet hakkının devletin egemenliği ile ilişkilendirilmesi, hukuken savunulması mümkün olan bir görüş değildir. Devletin egemenliği, yabancıların gayrimenkul sahibi olmaları ile kısıtlanmaz. Devletin egemen kudretinin bir tezahürü olan kamulaştırma yetkisi, Türk uyruklulara veya yabancılara ait olsun, bütün gayrimenkul mülkiyet hakları üzerinde geçerli olmaya devam etmektedir. Yabancı uyruklu kişilere ait mülklerin kamulaştırılması halinde, onların mensup olduğu devletle niçin “çetin sorunlar” ın ortaya çıkacağını anlamak güçtür. İkincisi, Anayasa Mahkemesi, mütekalibiyet ilkesinin Türk yabancılar hukukunun genel bir ilkesi haline dönüştüğünü ileri sürerek, bu ilkeyi adeta bir ölçü norm olarak kullanmıştır. Bu iddia doğru olsa bile, normatif açıdan diğer olağan kanunlarla eşit değerde olan bir ilkenin, içtihat yoluyla anayasal ölçü norm düzeyine yükseltilmesi mümkün müdür?⁹ Üçüncüsü, Anayasa Mahkemesi, Başlangıç bölümündeki bazı ifadeleri kararına dayanak yapmıştır. Gerçi Anayasa’nın 176’ncı maddesi gereğince Başlangıç bölümü “Anayasa metnine dâhil” olduğuna göre, Başlangıçtaki ifadelerin yargısal denetimde ölçü norm olarak kullanılmasına teknik bir engel yoktur. Ancak “Anayasanın dayandığı temel görüş ve ilkeleri belirten” Başlangıç bölümündeki ifadeler, birer pozitif hukuk normu yapısına sahip olmaktan uzaktır. Üstelik bu ilkelerin hemen hemen tümü, Anayasanın çeşitli hükümlerinde somutlaştırılmıştır. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesinin, anayasaya uygunluk denetimi yaparken, Başlangıçtaki ifadelerden ancak aydınlatıcı nitelikte destek ölçü norm olarak yararlanıp esas ölçü norm olarak bu ilkelerin Anayasa maddelerinde somutlaştırılmış biçimlerine dayanması daha doğru olur. Aksine bir yaklaşım, özellikle, Başlangıçta kullanılan “Atatürk ilke ve inkılâpları,” “Türk milli

8 Anayasa Mahkemesi kararı, E. 1984/14, K. 1985/7, k.t. 13.6.1985, *AMKD*, Sayı 21, 153- 187, alıntı s. 171-174.

9 Anayasa Mahkemesinin bu ve benzeri bazı kararları doktrinde tartışma konusu olmuştur. Bakır Çağlar’a göre Anayasa Mahkemesi, “İlk önce Başlangıçta yer alan ilkeleri, pozitif hukuk değeri tanıyarak, Anayasallık bloku içine sokmuş ve bu ilkelerin muhtevasını belirleme yetkisini de... kendine tanımıştır.” Mahkeme “Cumhuriyet yasalarının tanınan bir temel ilkeyi ölçü norm olarak kullanmış, Cumhuriyet dönemi hukuk siyasetinin temel prensiplerinin de, yeniden keşfedilerek Anayasallık bloku içine sokulabileceğini kabul etmiştir.” Çağlar, Anayasa Mahkemesinin bu kararlarını, Fransız Anayasa Konseyinin “Cumhuriyet kanunlarının tanınan temel ilkeler”i anayasal değerde ölçü norm olarak kullanmasına benzetmektedir: Bakır Çağlar, “Parlamentolar ve Anayasa Mahkemeleri, Teori ve Pratikte Anayasa Yargısının Sınırları Problemi: Sentetik bir Deneme için Notlar” *Anayasa Yargısı*, c.3 (Ankara:Anayasa Mahkemesi Yayını, 1987), 178-179. Oysa bizzet durum, Fransa’dakinden farklıdır. 1958 Fransa Anayasasının Başlangıç bölümünün atıfta bulunduğu 1946 Anayasasının Başlangıcı, açıkça “Cumhuriyet kanunlarının tanınan temel ilkeler” den söz etmektedir. Dolayısıyla Fransız Anayasa Konseyinin bu ilkeleri anayasal ölçü normlar blokuna dahil etmesi bir pozitif hukuk temeline dayandığı halde, T.C. Anayasasında bunun pozitif temelini bulmak mümkün değildir.

menfaatleri,” “Türklüğün tarihi ve manevi değerleri” ve “milli kültür” gibi son derece geniş ve kapsamları belirsiz kavramların anayasaya uygunluk denetiminde dayanak yapılması durumunda sakıncalarını gösterir ve anayasaya uygunluk denetiminin kolayca bir yerindelik denetimine dönüşmesine neden olabilir.¹⁰

Kaldı ki, Anayasa Mahkemesi, Başlangıç bölümünün (o tarihteki) dördüncü paragrafına, hükmün amacını aşan bir anlam vermiştir. Bu paragrafta Türkiye Cumhuriyetinin “dünya milletler ailesinin eşit haklara sahip şerefli bir üyesi” olduğundan söz edilmesi, mütekabiliyet ilkesine kayıtsız şartsız bağlılıktan çok, Atatürk milliyetçiliğinin şovenizmden uzak, insancıl ve barışçı niteliğinin bir ifadesi olarak değerlendirilmelidir. Devletlerin kendi milli çıkarlarının gereği gördükleri konularda mütekabiliyet ilkesinden kendi hür iradeleriyle vazgeçmeleri, devletlerin egemen eşitliği kuralını bozamaz. Nitekim dünyada bunun birçok uygulaması görülmektedir. Başlangıcın (o zamanki) yedinci paragrafındaki “Türk milli menfaatleri” deyiminin anayasaya uygunluk denetiminde ölçü olarak alınması ve bu hükümlerin “siyasal kadroların öznel değerlendirmelerini geçersiz kılmak amacıyla” getirilmiş olduğunun kabulü ise, tam anlamıyla bir yerindelik denetimine yol açmaktadır. Çünkü demokratik bir siyasal sistemde milli menfaatin veya kamu yararının takdiri, seçilmiş siyasal kadrolara aittir. Milli menfaat ya da kamu yararı kavramları sabit kavramlar olmayıp, zamana ve mekâna, hatta ilgili toplum kesimlerine göre içeriği değişen kavramlardır. Bir sosyalist partinin kamu yararı anlayışıyla bir liberal partininin aynı olması elbette beklenemez. Anayasanın, belli bir milli menfaat ya da kamu yararı anlayışını tüm siyasal partilere empoze etmek istemiş olabileceği düşünülemez. Aksi halde, demokratik siyasal yarışma, bütün anlamını kaybeder.¹¹

Anılan karara muhalif kalan Başkan H. Semih Özmert, Başkanvekili Orhan Onar, üyeler Mehmet Çınarlı ve Mustafa Şahin’in karşıoy yazılarında da benzer eleştiriler dile getirilmektedir. İlk üç hâkime göre “kanun koyucunun Anayasa’yla verilen takdir yetkisini kullanarak çıkardığı kanunların yerinde ve gerekli olup olmadığını denetlemek ve bu konuda hüküm tesis etmek Anayasa Mahkemesi’nin görevleri içinde değildir. Anayasa’nın Başlangıç kısmında Türkiye Cumhuriyeti’nin ‘Dünya milletler ailesinin eşit haklara sahip şerefli bir üyesi’ olduğundan bahsedilmiş bulunmasından, Devletimizin yabancılar hukukuyla ilgili bir hükmü koyar ve kaldırırken mutlaka ve her zaman mütekabiliyet şartını araması gerektiği sonucu çıkarılamaz. Bir devletin, elde ettiği veya edeceği bazı haklar ve çıkarları gözönünde tutarak, belli konularda, mütekabiliyet şartından kendi arzu ve iradesiyle vazgeçmiş bulunması, o devletin ‘Dünya milletler ailesinin eşit haklara sahip şerefli bir üyesi’ olmak özelliğini ortadan kaldırmaz.” Üye Mustafa Şahin de, “kamu yararı anlayışı bir kaya gibi sabit ve değişmez değildir. Zamana ve hizmetin yürütüldüğü yere ve ortama göre değişen bir karaktere sahiptir” dedikten sonra,

10 Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, gözden geçirilmiş 8. Baskı (Ankara: Yetkin Yayınları, 2004), 72-73.

11 Benzer eleştiriler için, bk. Mustafa Erdoğan *Anayasa ve Özgürlük* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2002), 181-183.

Anayasa Mahkemesince gerçekleştirilen denetimin bir “yerindelik denetimi” olduğu sonucuna varmaktadır.¹²

Anayasa Mahkemesi, 9.10.1986 tarihinde, iptal edilen 3029 sayılı Kanunun yerine çıkarılan ve benzer hükümler taşıyan 3278 sayılı Kanunu da, hemen hemen aynı gerekçelerle iptal etmiş, karara kısmen veya tamamen muhalif kalan Başkan Orhan Onar ve üyeler Servet Tüzün ve Mehmet Çınarlı, karşıoy yazılarında benzer görüşleri dile getirmişlerdir.¹³

Anayasa Mahkemesi, daha sonraki yıllarda özelleştirme ile ilgili olarak verdiği kararlarda da benzer bir yaklaşım izlemiştir. Mahkeme, 7.7.1994 tarihli kararıyla, 5.5.1994 günlü ve 3987 sayılı “Özelleştirme Uygulamalarının Düzenlenmesi ile Özelleştirme Sonucunda Doğabilecek İstihdamla İlgili Sorunların Çözümlemesine İlişkin Kanun Hükmünde Kararnameler Çıkarılması Amacıyla Yetki Verilmesine Dair Kanun”u iptal etmiştir. İptal gerekçesinin bir bölümünü, Anayasa Mahkemesinin daha önceki kararları doğrultusunda, önemli, zorunlu ve ivedi olmayan konularda Bakanlar Kuruluna kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi verilmesinin, yasama yetkisinin devredilmezliği kuralına aykırı düştüğü yönündeki görüşler oluşturmuştur. Bu konudaki eleştirilerimizi başka vesilelerle açıklamış bulunduğumuzdan,¹⁴ burada sadece Anayasa Mahkemesinin özelleştirmeye ilişkin gerekçeleri üzerinde duracağız.

Anayasa Mahkemesine göre, Anayasanın 46’ncı maddesinde kamulaştırmaya, 47’nci maddesinde de devletleştirmeye yer verilmesine rağmen, “özelleştirme konusunda özel bir düzenleme öngörülmemiştir... Ancak Anayasa’da özelleştirme konusunun özel olarak düzenlenmemiş olması, yasaklandığı anlamına gelmez... Başka bir anlatımla, Anayasa’da özelleştirmenin öngörülmemiş olması yasakoyucunun bu konuda düzenleme yapmasını engellemez. Anayasa’da özelleştirme konusunda özel bir düzenlemeye yer verilmemesine karşın devletleştirmeye ilişkin 47. maddeden, özelleştirme için de kimi ilkeler çıkarılabilir. Çünkü devletleştirme, özelleştirmenin tersi bir işlemdir... Anayasa’nın 35. maddesindeki mülkiyet hakkıyla ilgili korunmanın, kamu mülkiyeti için de özel mülkiyetle eşit biçimde değerlendirilip düzenlenmesi kaçınılmazdır. Bu nedenle, özel teşebbüslerin devletleştirilmesinde olduğu gibi kamu varlıklarının özelleştirilmesinde de yetki, yasama organıdır. Bu yetki, yasama organının kamu mülkiyetinin de koruyucusu olmasının doğal sonucudur. Devletleştirmede olduğu gibi özelleştirmede de esas ve yöntemlere ilişkin bir düzenlemenin yasayla yapılması zorunluluğu açıktır. Özelleştirmeyi genelde düzenleyen böyle bir yasanın varlığı, özelleştirilecek her KİT için yasama organının olurluğunu öngören özel bir yasa çıkarılması gereksinimini ortadan kaldırmaz. Çünkü yasama organı özelleştirilecek KİT için anayasal ilkelere aykırı olmamak üzere çerçeve yasaya aykırı biçimde özelleştirme koşullarında değişiklik yapma yetkisine sahip bulunmaktadır.”

12 AMKD, Sayı 21, 180-182, 184-187.

13 Anayasa Mahkemesi kararı, E. 1986/18, K. 1986/24, k.t. 9.10.1986, AMKD, Sayı 22, 233- 278.

14 Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 235-236.

Anayasa Mahkemesi, bu şekilde özel mülkiyetle kamu mülkiyeti arasında kurduğu paralelliği, kararın daha sonraki bölümlerinde büsbütün pekiştirmiştir: “Özel mülkiyet için Anayasa’nın 35. maddesiyle getirilen koruma, devletin ve diğer kamu tüzel kişilerinin mülkiyet hakları için de geçerli olduğundan, bu durumun doğal sonucu, KİT’lerin özelleştirilmesinde gerçek değerinin gözetilmesi gerekir. Özelleştirme, devletleştirmenin tersi bir işlem olduğuna göre KİT’lerin satışında en az kaybı, en yararlı düzeyi sağlayacak biçimde râyiç değer aranarak gerçek değere en yakın olanın bulunması gerekir. Bu ölçüleri gözardı eden bir yöntem ve uygulama, satın alan kişileri öbür kişiler karşısında hakkı olmayan ayrıcalıklı bir konuma getirerek eşitlik ilkesine aykırılık oluşturur. Özel mülkiyet için Anayasa’nın getirdiği koruma ve güvence kamu mülkiyeti için de geçerli olduğundan özel mülkiyet konusundaki özenin kamu mülkiyeti konusunda öncelikle düşünüleceğinde duraksanamaz. Bu nedenle, kamu mülkiyetinin sona erdirilmesine ilişkin esasların yasayla düzenlenmesi, Anayasa’nın 35. maddesinin getirdiği bir zorunluluktur. Kişisel mülkiyeti güvenceye bağlayan Anayasa’nın kamu mülkiyetini güvencesiz bıraktığı düşünülemez.”

Anayasa Mahkemesi, daha sonra, sözü geçen kanunu Anayasanın Başlangıç kısmı ve 5’inci maddesi yönünden incelemiştir. Mahkeme, Başlangıç kısmında yer alan “hiçbir düşünce ve mülhazanın Türk milli menfaatlerinin karşısında koruma göremeyeceği” ifadesine atıfta bulunmuş ve 5’inci maddedeki “Türk Milletinin bağımsızlığı” ilkesinin “siyasal ve ekonomik bağımsızlığı birlikte içerdiği” sonucuna varmıştır. Anayasa Mahkemesine göre, “devletin geleceği üzerinde doğrudan etkisi olan yaşamsal önemdeki konularda, yabancıların ağırlığını önleyici kuralların getirilmesi, bağımsızlığın korunması yönünden zorunludur... Özelleştirme yoluyla giderek yabancıların nüfuzuna yol açılması, ülke bağımsızlığı yönünden kabul edilemez... Türk Ulusu’nun çıkarlarının, ülke bağımsızlığının ve güvenliğinin gözetilmesi özelleştirmenin yabancılaştırmaya dönüşmemesi yönünden getirilecek kuralların önemi büyüktür. Uygulamaların karşılıklılık ilkesi gözetilerek yapılması gerekir. Telekomünikasyon, elektrik üretim, iletim ve dağıtım gibi stratejik önemi olan alanlara yabancıların girmesinin ötesinde, egemen olması, güvenlik, bağımsızlık ve ekonomik yönlerden çok sakıncalı olabilir. Çünkü bu tür kamu hizmetleri ülke güvenliği ile çok yakından ilgilidir. Bu nedenlerle özelleştirme ile ilgili yasalarda yabancılarla ilgili kimi sınırlamalar getirilmesi ülkenin bağımsızlığı ve ulusun güvenliği ile doğrudan ilgilidir. Böyle bir düzenlemenin bulunmaması, uygulamanın, anılan ilkeleri zedeleyici sonuç doğurmasına neden olabilir. Devletin kuruluş, işletme, altyapı gibi ekonominin ögesi ve gücü olan tüm kamusal varlıkların, gelir ortaklığı, satış ya da işletme hakkı yoluyla yerli-yabancı ayırımı gözetilerek elden çıkarılması, geleneksel yapısı ve niteliğiyle Anayasa’da öngörülen devlet düzenine uygun düşer. Diğer yünden, bu yöntem stratejik konumda olan bölgelerde de yabancıların taşınmaz mal edinmelerine olanak sağlayacaktır. Türkiye’de yabancıların toprak (arazi, arsa, bina) edinmesi yalnızca mülkiyet sorunu olarak görülemez. Çünkü toprak devletin vazgeçilmez temel ögesi, egemenliğin ve bağımsızlığın simgesidir. Yabancıların ülkede mülk

edinmelerini olanaklar ölçüsünde sınırlayan Lozan Barış Andlaşması'yla başlayan hukuk siyaseti, günümüze dek sürmüştür. Yabancı tüzelkişilerin ülkede mülk edinmeyeceklerine ilişkin esasa kimi yasalarla getirilen ayrıklıkların çok önemli ulusal yararlarımızla ilgili olduğu açıktır... Bu nedenlerle, dava konusu Yasa, herhangi bir sınır getirilmeden KİTlerin müessese, bağlı ortaklık, iştirak, işletme ve işletme birimlerinin yabancılara satılmasına olanak sağlayan niteliğiyle Anayasa'nın Başlangıç'ının yedinci paragrafındaki 'Türk Milli Menfaatleri'nin korunması ve 5. maddesindeki devletin, 'Türk Milletinin Bağımsızlığı'nı ve 'kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğu'nu sağlama ilkelerine aykırıdır.'¹⁵

Anayasa Mahkemesinin bu kararı, çeşitli yönlerden eleştirilebilir. Herşeyden önce özel mülkiyetle kamu mülkiyetinin ve bununla bağlantılı olarak da devletleştirme ve kamulaştırma ile özelleştirmenin özdeşleştirilmesi hukuken savunulması mümkün olmayan bir görüştür. Mustafa Erdoğan'ın haklı olarak belirttiği gibi, kamu mülkiyeti, "kavramsal bir çelişkidir; gerçekte mülkiyet korunması gereken bir hak olarak ancak özel nitelikte olabilir. Dolayısıyla 35. maddenin özel mülkiyet için getirdiği korumanın (kanunla sınırlamanın), devletin tasarruf ettiği kaynaklar için de geçerli olduğu sonucuna varmak yanlıştır. Oysa devletleştirmenin kanunla yapılması zorunludur; çünkü bu işlem özel mülkiyete (yani kişi haklarına) bir tür cebri el-atma niteliğindedir. Başka bir ifadeyle, devletleştirme, kişi haklarını sınırlayıcı bir işlem olduğu için ancak yasayla yapılabilir. Özelleştirme ise birey haklarını kısıtlayan değil, güçlendiren bir işlem olduğu için, aynı zorunluluk, burada söz konusu değildir."¹⁶ Anılan karara muhalif kalan dört üye (Samia Akbulut, Haşim Kılıç, Mustafa Bumin ve Lütfi F. Tuncel) de, benzer görüşleri dile getirmişlerdir. Bu üyelerin karşıoy yazılarına göre, "35. maddede korunan kişilerin mülkiyet hakkı ile kamu mülkiyeti arasında hiçbir ilgi kurulamaz. Anayasa'nın 46. ve 47. maddelerinde düzenlenen kamulaştırma ve devletleştirme 35. maddeye getirilen istisnadır. Zira kamulaştırma ve devletleştirme özel kişilerin mülkünün kamu gücü kullanılarak zorla elinden alınmasıdır. Her iki durumda da kişinin mülkiyet hakkının özü ortadan kaldırıldığı için Anayasa'da özellikle düzenlenmiştir. Aksi halde, kamu yararının gerektirdiği durumlarda kamulaştırma ve devletleştirme yapılamazdı. Kamulaştırma ve devletleştirme kişinin mülkiyet hakkını doğrudan ilgilendirdiğinden ancak yasa ile düzenlenmesi mümkündür. KHK'lerle düzenlenememesi de kişinin mülkiyet hakkı ile olan bu ilgisi nedeniyledir. Kamu mülkiyet hakkı ile kişinin mülkiyet hakkı arasında 35. maddeye göre paralellik kurmak mümkün değildir. Devlet Anayasa'da belirtilen ilke ve sınırlamalara bağlı kalmak koşulu ile mülkünü devredilebilir. Bu uygulamaları yasa ile yapabileceği gibi yöntemince çıkarılacak yetki yasası ve buna bağlı KHK'lerle de düzenleyebilir."¹⁷

15 Anayasa Mahkemesi kararı, E. 1994/49, K. 1994/45-1, k.t. 15.6.1994, AMKD Sayı 30, Cilt 1, 217-296, alıntılar, s. 263-266, 269-272; aynı nitelikte, E. 1994/43, K. 1994/42-2, k.t. 9.12.1994, AMKD, Sayı 31, Cilt 1, 275-318, özellikle s. 289-295.

16 Erdoğan, *Anayasa ve Özgürlük*, 203-204.

17 AMKD, Sayı 30, Cilt 1, 295-296.

Anayasa Mahkemesinin, her özelleştirme için ayrı bir kanun çıkarılması gerektiği yönündeki görüşü de, özelleştirmeyi pratikte imkânsız kılacak derecede güçleştirici niteliktedir. Kaldı ki, Mahkemenin bunu ifade ettiği cümle ile, onu takip eden cümle arasında mantıksal bir çelişki bulunmaktadır. Gerçekten, birinci cümlede “özelleştirmeyi genelde düzenleyen böyle bir yasanın varlığı, özelleştirilecek her KİT için yasama organının olurunun öngören özel bir yasa çıkarılması gereksinimini ortadan kaldırmaz” denilerek, bu bir zorunluluk olarak ifade edilmekte, onu takip eden cümlede ise “yasama organının özelleştirilecek KİT için anayasal ilkelere aykırı olamamak üzere çerçeve yasaya ayrık biçimde özelleştirme koşullarında değişiklik yapma yetkisine sahip bulunmaktadır” demek suretiyle konu yasama organının ihtiyarına bırakılmış görünmektedir.¹⁸ Yasama yetkisinin genelliği ilkesi çerçevesinde ikinci cümlelerin, bilineni tekrarlama dışında bir anlamı yoktur.

Nihayet, Anayasa Mahkemesinin, Başlangıç bölümündeki “Türk Milli Menfaatleri” ve 5’inci maddedeki “Türk Milleti’nin Bağımsızlığı” gibi kavramları ölçü norm olarak kullanması, açıkça yerindelik denetimine yol açar niteliktedir. Kararın ilgili bölümlerinde ülke güvenliği gibi kavramlara atıfta bulunulmuş olması da, bu izlenimi güçlendirmektedir. Anayasa Mahkemesi üyelerinin mesleki birikimleri bu kavramların içeriğinin belirlenmesine elverişli olmadığı gibi, Mahkemenin kendi sübjektif milli menfaat veya kamu yararı anlayışını, seçilmiş otoritelerinkinin yerine geçirmesi, demokratik teori ve uygulama açısından kabul edilebilecek bir tutum değildir. Anayasa Mahkemesi bu kararında da, yabancılara mülk satışına ilişkin kararlarında olduğu gibi, güçlü bir kapitülasyonlar kompleksi içinde hareket etmiş ve gerek yabancılara mülk satışının, gerek özelleştirilen KİTlerdeki çoğunluk hisselerinin yabancılara eline geçmesi ihtimalinin, milli bağımsızlığı tehdit edebileceği görüşüne varmıştır. Bu görüş, bir siyasi tercih olarak elbette savunulabilir; ancak Anayasa Mahkemesi’nin, kendi siyasi tercihlerini, seçilmiş otoritenin tercihlerine üstün tutması mümkün değildir.

Anayasa Mahkemesinin ekonomik politika alanında yerindelik denetiminde bulunma eğilimi, Mahkemenin kamu hizmeti anlayışında da ortaya çıkmaktadır. Mahkemenin 9.12.1994 günlü iptal kararında, zorunlu ya da anayasal kamu hizmeti anlayışı dile getirilmiştir. Mahkemeye göre, “toplumsal yaşamın zorunlu gereksinmelerini karşılayan hizmetler, nitelikleri gereği kamu hizmeti olarak görülmüştür... Öğretide, kamu hizmetini belirlemenin tek geçerli ölçütünün, onu kuranların istenci (iradesi) olduğu ileri sürülmektedir. Daha açık anlatımıyla bir hizmetin kamu hizmeti niteliğine bürünmesinde yasakoyucunun istenci rol oynamaktadır. Kuşkusuz, Anayasa kurallarına uygun olmak koşulu ile, kamusal gereksinimlerin gerekli kıldığı durumlarda yasama organı herhangi bir alanı yasal statü içine alarak kamu hizmeti kurabilir. Ancak, Anayasa Mahkemesi’nin anayasal denetim görevini yerine getirmesindeki değerlendirmeleri saklıdır. Çünkü etkinliği irdeleyip nitelendirmeden Anayasa kurallarına uygunluğunu ya da aykırılığını saptamanın olanağı yoktur. Bir hizmetin kamu hizmeti olup olmadığı saptanırken,

18 AMKD, Sayı 30, Cilt 1, 264.

niteliğine bakmak gerekir.”¹⁹ Bu karar, kamu hizmeti alanının belirlenmesinde yasama organının takdirini asgari ölçüye indirmekte ve bir anlamda son sözü Anayasa Mahkemesine bırakmaktadır. Oysa Ali Ulusoy’un haklı olarak belirttiği gibi, “Yüce Mahkemenin, önüne gelen yasa hükümlerinin somut bir Anayasa maddesine aykırı olup olmadığını incelemekle yetinip, hangi faaliyetlerin kamu hizmeti olarak görüleceğine dair temel tercihi siyasi otoriteyi temsil eden yasama organına bırakması hem modern demokrasi anlayışına, hem de modern idare hukuku ilkelerine daha uygun olurdu... Türk Anayasa Mahkemesi’nin bu içtihatlarında, Anayasadan belli bir hükmü dayanak olarak göstermek yerine, ‘önemlilik’ kriteri konulması keyfi ve sübjektif değerlendirmelere yol açabilecek bir durumdur ve *hukuksal güvenlik* ilkesiyle çelişmektedir. Sonuçta, Anayasa Mahkemesi’nin ‘niteliği gereği’ kamu hizmeti anlayışını çağdaş demokratik hukuk ilkeleriyle bağdaştırmak güç görünmektedir.”²⁰

Bu kararlar, Anayasa Mahkemesinin ekonomik politikalar alanında zaman zaman, adı konulmamış bir yerindelik denetiminde bulunduğunu göstermektedir. Hukukilik denetiminin, bir kamusal işlemin hukuka uygunluğunun denetlenmesini içermesine karşılık, yerindelik denetimi, kamu makamının (yasama organı veya idare) seçtiği aracın, ulaşmak istediği amaca elverişliliğinin denetlenmesi demektir. Hukukilik denetimine temel teşkil eden ölçü normların varlığına karşılık, “yerindelik hukuki değil, fiili, teknik bir sorun, açıkçası bir ‘etkililik’ sorunudur. Bu sorun konusunda ise önceden idareye yol gösterebilecek kurallar yoktur. Bu konuda idareye takdir yetkisi vermekten başka bir çare bulunmamaktadır.”²¹

Nitekim Fransız Danıştay ve Anayasa Konseyi, idarenin ve yasama organının takdir yetkisine kural olarak müdahale etmemekte ve ancak “açık takdir hatası” (*erreur manifeste de l’appréciation*) veya “ölçülülük” denetimi (*contrôle de proportionnalité*) çerçevesinde takdir yetkisinin kullanılmasını denetlemektedirler. “Açık takdir hatası”, çok ‘ağır’ ve ‘apaçık’ takdir hatalarıdır. Bunlar öyle hatalardır ki, bunların yanlış olduğunu anlamak için uzman olmaya gerek yoktur; sıradan bir kişi bile bunların yanlış olduğunu anlayabilir.”²² İdarenin takdir yetkisinin denetlenmesi konusunda dahi böyle ciddi şüpheler ve tereddütler mevcutken, anayasal bakımdan ondan çok daha serbest bir konumda olan yasama organının

19 Anayasa Mahkemesi kararı, E. 1994/43, K. 1994/42-2, k.t. 9 12. 1994, *AMKD*, Sayı 31, Cilt 1,300-301; aynı nitelikte, E. 1994/71, K. 1995/23, k.t. 28.6.1995, *AMKD*, Sayı 32, Cilt 1, 161-162.

20 Ali Ulusoy, *Kamu Hizmeti İncelemeleri* (İstanbul Ülke 2004), 28, 46.

21 Kemal Gözler, *İdare Hukuku*, Cilt 1 (Bursa:Ekin, 2003), 826.

22 Gözler, *İdare Hukuku*, 841 ve son. Fransız Anayasa Konseyinin bu konudaki tutumu için, bk. Dominique Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel* (Paris: Montchrestien, 1990), 130-132. Rousseau, açık hatanın, basit, hafif, alelade hataları kapsamadığını belirtmekle beraber, pratikte hatanın “açık” olup olmadığının hâkim tarafından takdir edildiğini, dolayısıyla Anayasa Konseyinin bu denetim yolunu etkin ve yaygın biçimde kullandığını ifade etmektedir. Gözler, mahkemelerin açık takdir hatası ve ölçülülük kriterleri çerçevesinde dahi olsa, idarenin takdir yetkisini denetlemesine karşı çıkmakta, ancak takdir yetkisinden ayırdettiği “değerlendirme marjı”nın (*marge d’appréciation*) mahkemelerce denetlenebileceğini belirtmektedir. Gözler, *İdare Hukuku*, 778, 820-822- 843-844, 847-850

takdir yetkisine evleviyetle saygı gösterilmesi gerekir. Bilindiği gibi, Türk anayasa sisteminde idarenin “kanuna bağılı” (*secundum legem*) konumuna karşılık, yasama organı ancak “anayasa içerisinde” (*intra legem*) davranmak zorundadır.²³

23 Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 191-192.

(46. Makale - 2007)

Doç. Dr. Osman CAN

*Anayasayı Değiştirme İktidarı ve
Denetim Sorunu**

* Osman Can, "Anayasayı Değiştirme İktidarı ve Denetim Sorunu", AÜSBF Dergisi, Yıl 2007, Cilt 62, Sayı 03, 101 – 139.

ANAYASAYI DEĞİŞTİRME İKTİDARI VE DENETİM SORUNU

Doç. Dr. Osman Can
Anayasa Mahkemesi Raportörü

Özet

Asli ve türev kurucu iktidar Anayasa teorisinin önemli sorunlarından. Asli kurucu iktidarın yalnızca sosyolojik ve siyasal niteliği karşısında, türev kurucu iktidar siyasal bir tercihi yansıtması bakımından siyasal, buna karşın yetkisini ve geçerliliğini yürürlükteki Anayasadan alması nedeniyle de hukuksal bir iktidardır. Dünyadaki genel eğilimin tersine aynı zamanda sınırlı Anayasallık denetimine tabi bir iktidardır.

Türkiye'de Anayasa değişikliklerinin Anayasa Mahkemesi denetimine tabi tutulması 1971 değişiklikleriyle olanaklı hale gelmiştir. 1961 Anayasası döneminde bu denetim kapsamında yoğun iptal kararları yaşanırken, 1982 Anayasası döneminde yapılan iki denetim başvuruların reddiyle sonuçlanmıştır. Son karar Anayasa değişikliğinin Cumhurbaşkanınca iadesinden önce ve sonra kabulü için farklı çoğunluklar gerektiğine ilişkin genel inancı geçersiz kılmıştır. Bu yazının amacı 1982 Anayasasına göre türev kurucu iktidarın denetiminin niteliğini ve kapsamını ortaya koymaktır.

Anahtar Kelimeler: Anayasa, kurucu iktidar, Anayasa Mahkemesi, anayasa değişikliği, Türkiye.

Constituent Power and the Question of Judicial Review

Abstract

Constituent power, original or derivative, is a key question to the constitutional theory. Whereas the former is of a purely social and political character; the latter is not only political power in terms of reflecting a political choice, but also legal power - since it derives its binding authority from the constitution in force. Derivative constituent power is subject to constitutional review, contrary to the common tendency in the world.

Judicial review, by the Constitutional Court, of constitutional amendments in Turkey was introduced by the 1971 amendments to the Constitution 1961. While such judicial review resulted in decisions of annulment in a good number of cases under the Constitution 1961; in both of the two cases of such review under the Constitution 1982, the Court rejected the applicants. The Court's decision in the last case voided the common belief that the amendments to the constitution require different majority votes before and after their referral by the President.

This article aims to discuss the scope and character of judicial review of the derivative constituent power under the Constitution 1982.

Keywords: Constitution, constituent power, Constitutional Court, constitutional amendment, Turkey.

Anayasayı Değişirme İktidarı ve Denetim Sorunu

Yavuz Sabuncu'nun 2002'de oluşturduğumuz Türk-Alman Kamu Hukukçuları Forumuna katılımı ve aktif katkısı, takip eden akademik çalışmalarımız ve bu süreçte özel alanına ve dünyasına girebilme şansına sahip olmam, artık benim için bir hüznün kaynağıdır. Birlikte editörlüğünü yaptığımız “Fazlı Sağlam Armağanı” onun bilim dünyasına son ve örnek bir katkısıydı.

Yanıtlarını çok iyi bildiğimi düşündüğüm hukuksal, siyasal ve toplumsal sorunlar hakkındaki her bir tartışmadan, yanılmış olabileceğim duygusuyla ayrılmak zorunda kalırdım. Siyasetin dalgalı dönemlerinde berraklığı dikkat çeker, dalgalanmaların “önemsizliğini” yalnızca duruşuyla anlatırdı. Türkiye'nin yeni bir Anayasa yapım sürecine girdiği bu dönemde de, çok önemli olanın önemsiz, büyük coşkularla yürütülen kavgaların yalnızca tiyatro, düşman görünenlerin aslında ayrılmaz ikizler olduğunu hatırlatırdı herhalde...

Anayasa Mahkemesinin, Anayasa hukuku doktrini ve pratiğinde beklenmedik sonuçlar yaratan 05.07.2007 tarihi ve E. 2007/72, K. 2007/68 sayılı kararına bilimsel temel hazırlayan görüşlerimle Yavuz Sabuncu Armağanına katkı sunmaktan onur duymaktayım.

Giriş

Anayasal uyumsuzluklar diğer hukuksal uyumsuzluklardan farklı olarak belirli bir “siyasal renk” içermekte, “büyük siyasal etkileri” olmakta ya da “belirli siyasal etki gücü” içermektedirler; en azından siyasal sorunlara dokunan boyuta sahiptirler. Her bir anayasal uyumsuzluğun ardında, esasında bir iktidar mücadelesine dönüşme potansiyeli bulunan siyasal bir sorun bulunmaktadır.

Siyasal alan ile hukuksal alan arasında yapısal farklılıktan kaynaklanan bir uyumsuzluk ilişkisi vardır. Siyasal alan yapısı gereği dinamik-irrasyonel olan ile ilgili olup, kendini sürekli değişen yaşam koşullarına uydurma zorunluluğu bulunan, yani toplumsal ve siyasal yapının devamı ve işleyişine ilişkin sorularla ilgilenen bir alandır. Bu da siyasetçilerin, özellikle siyasal karar organlarının kararlarını neden “an”ın gereklerine göre vermek, elden geldiğince bağımsız kalmak ve yerindelik yaklaşımlarına göre hareket etmek istemelerini açıklamaktadır. Buna karşı hukuk ilkesel yapısı gereği statik-rasyonel, canlı ve öngörülemez siyasal güçleri öngörülebilir kılma ve denetim altında tutmayı amaçlayan bir alanla ilgilidir (Leibholz 1974: 176). Bu nedenle Anayasa hukuku bir bakıma siyasal hukuk olarak da adlandırılabilir. Bu kavramın yapısında bulunan çelişki doğası gereği denetim altında bulunmak istemeyen bir olgunun, rasyonel normlarla öngörülebilir kılınmasıyla açıklanabilir. Anayasa hukukunun doğasını belirleyen

temel olgu, işte bu dinamik ve değişken siyasal alan ile tercihen durağanlığı ve dogmatizmi esas alan hukuk arasındaki çelişkidir. Başka bir ifadeyle varoluşsalık ile normatiflik, olan ile olması gereken ya da doğa ile etik akıl arasındaki çelişkidir. Bu çelişik durum, organik bir yaklaşımla sınırlı değildir. Organik olarak “yargı” içinde yer alan organın “politik”, parlamento ya da yürütme organının “hukuk”sal davranmayacağını göstermez. Çelişki hem organik hem de işlevsel boyutta görünür olabilir.

Bu temel çelişki Anayasa yargısının sınırlı bir alanda cereyanını da zorunlu kılmaktadır. Anayasa yargısı içeriksel olarak hukuksal-rasyonel yoruma elverişli bir *kural-normun*¹ varlığına bağlıdır. Böyle bir kural-normun varlığı, lafızda yeteri ölçüde açık olan ya da ilgili yasa veya Anayasada yer alan nitelendirmelerden ve Anayasanın özünden çıkarılabilen bir yorumla saptanabiliyorsa, kabul edilebilir. Türetilen kural-norm eksikliği, yargısal içtihadın ölçü alabileceği “rasyonel standart” eksikliği demektir. Bu alanlarda yorum yoluyla kural-norm türetilbilse de, bunun belirli ve öngörülebilir olmasının yanında içtihadi kararlılık göstermesi zorunludur. Çünkü Anayasanın lafızından türetilmeyen her alan öncelikle siyasal karar mekanizmalarının yetki alanına işaret eder. Ve belirtildiği biçimde türetilen kural-normun bulunmadığı durumda verilecek her yargısal kararın siyasal bir karara dönüşme olasılığı yüksektir.² Çünkü yalın siyasal alan hukuk kurallarıyla belirlenebilir değildir. Kural-norm eksikliğini “boşluk” olarak tanımlayıp *preter- constitutionem, contra-constitutionem* hukuk yaratma yoluyla doldurarak hukuk yaratmak, Kıta-Avrupası Anayasa sistemlerinde geçerli değildir (Müller/ Christensen, 2002: 382).

Bu sonuç Anayasa ile yasalar arasındaki nitelik farkından da doğmaktadır. Anayasalar toplumsal ve siyasal alanların tamamını düzenleme iddiasındaki normlar değildir. Anayasalar çizdikleri hukuk-normatif çerçevede içinde toplumsal, siyasal ve ekonomik taleplere yanıt verme ve bu alanları düzenleme

1 Kural-normlar, hukuksal ve olgusal olanaklar alanında somut saptamalar içeren, uyulabilen ya da ihlal edilebilen yasaklar, emirler ve izinler içeren normlardır. Buna karşın ilke-normlar bir şeyin olgusal ve hukuksal olanaklar alanında elverdiğince gerçekleştirilmesini zorunlu kılan normlardır. İlke-normların hukuksal alanlarının çerçevesi karşı ilke-normlar ve kural-normlarca çizilir. (Alexy, 1994, 75 vd). Kural- normlar ile ilke-normlar farklı alanlarda bulunabileceği gibi, aynı alanda ancak farklı aktörlerle de muhatap alabilirler. Örneğin kural-normlar genellikle Anayasanın devlet örgütüne ilişkin normlarında yoğunlaşırken, ilke normlar ağırlıklı olarak genel esaslar ile temel hak ve özgürlükler kısmında yer almaktadır. Bununla birlikte örneğin Anayasanın 26. maddesinde “herkesin düşüncesi açıklama özgürlüğüne sahip olduğu” bir ilke-norm olarak düzenlenirken, bu alana müdahalenin “ancak yasayla” yapılabileceği öngörülmek suretiyle kural-norm yaratılmış olmaktadır.

2 Bu ifade Anayasa Mahkemelerinin somutlaştırıcı yorum yapamayacakları anlamına gelmemektedir. Ancak meşru olan ve olmayan anayasa dönüşümü/gelişimi arasında çok ince bir çizginin var olduğunu, bu çizginin kolaylıkla aşılma suretiyle Anayasaların kurucu iktidar iradesinin öngörmediği yönlerde doğru evrilmesini sağlayabildiğine vurgu yapılmaktadır. 1961 Anayasasında sınırsız olarak tanınan düşünce özgürlüğünün Anayasa Mahkemesince kullanılamaz hale geldiği (E. 1963/16, K. 1963/83; E. 1963/17, K. 1963/84), grev hakkının yine Anayasanın öngörmediği biçimde “lokavt hakkı” ile dengelenmesi (E. 1963/336, K. 1967/29), siyasal yasakların kaldırılmasına yönelik Anayasa değişikliğini iptal etmesi (E. 1970/1, K. 1970/31), Türkiye İşçi Partisini kapatması (E. 1971/3, K. 1971/3) örnekleri bu sorun hakkında fikir verebilir.

yetkisinin soyut-genel-objektif normlar yaratma biçiminde yasama organına ait olduğunu belirtmektedir. Anayasanın somut ya da somutlaştırılabilir kurallarına aykırı olmadıkları sürece, söz konusu alanlarda yasa koyucunun takdir alanının bulunduğu gerçeği, “yasamanın asliliği ve genelliği” ilkeleriyle ifade edilmektedir.

Bu açıdan demokratik anayasalarda, normatif ölçüt eksikliği yargısal denetim mekanizmalarına “hukuk yaratma” ya da “boşluk doldurma” olanağı sunmaktan çok, yargısal denetim yasağı getirmektedir. Çünkü “siyasal alan” içinde yargısal denetim, demokratik işleyişi ortadan kaldırır. Buna karşın temel amacı “özgürlük/özgürleştirme” olan Anayasalar, “özgürlük alanı”nda siyasal karar mekanizmaları (yasama, yürütme ve idare) bakımından ilke olarak “yasak alan” yaratmakta,³ bu alana müdahaleye yalnızca “özgürlükleri koruma ereği”ne yönelik olarak izin vermektedir. Kısa bir ifadeyle “özgürlük alanı”nda yasağın muhatabı siyasal karar mekanizmaları iken, diğer alanlarda yasağın muhatabı yargısal denetim mekanizmalarıdır. Her iki alanda da yasağın muhatapları istisnai biçimde müdahale olanağına sahip kılınmıştır. Bu sonuç demokratik-özgürlükçü anayasaların sistematüğinden ve konuş amacından çıkarılabilir.

Kurucu İktidar-Kurulu İktidar

Anayasa teorisinin temel kavramlarından biri kurucu iktidar kavramıdır (*pouvoir constituant/die verfassunggebende Gewalt*). Bu iktidarın ne veya kim olduğuna ilişkin tartışmalar, özellikle 1789 Fransız Devrimi öncesinde başladığı halde, kökü sözleşme teorileri üzerinden Aristoteles’in “Politeia” adlı eserine kadar uzanmaktadır. 1789 devriminde Siéyés kurucu iktidarı “halk” olarak tanımlarken, 1815 Viyana Kongresiyle başlayan restorasyon döneminde kurucu iktidarın sahibinin “Kral” olduğu kabul edilmiştir (Stern 1984: 144).

“Kimin, hangi ya da nasıl örgütlenmiş bir otoritenin, anayasayı yapma iktidarına sahip olduğuna yönelik soru, hangi otoritenin halkın ruhunu yaratacağı sorusuyla aynıdır” (Hegel, 1830’dan aktaran Stern, 1984: 143). Hegel bu ifadesiyle Anayasa koyucu iktidarın kime ait olduğu sorusunun önemine dikkat çekmektedir. Bu soru aynı zamanda Anayasa koyucu iktidarın bağlılığı, yöntemi ve meşruluğuyla ilişkilidir. Kuşkusuz tüm bu sorular anayasaların ortaya çıkışları ve varlıklarıyla doğrudan bağlantılıdır. Her halükarda, bu sorunun “hukuk-normatif” bir sorun olmaktan çok, siyasal, ekonomik ve sosyal bir sorun olduğunu, hatta güç ilişkilerince biçimlendiğini söylemek yanlış olmayacaktır (aynı yönde Eroğul, 1974: 23). Bu iktidarın herhangi bir hukuksal üst norm ile bağlı olmaksızın, doğrudan ve asli olarak sistem yarattığı ve bu sisteme uygun biçimde organlar, yetkiler, yetkilerin sınırları konusunda tamamen özerk biçimde davranabildiği ya da davranabilme iktidarına sahip olduğu, deneyimlerle (ampirik) saptanabilir bir gerçektir (Gözler, 1998: 13 vd).⁴ Kuşkusuz demokratik bir kültürde, anayasa koyucu iktidarın “halk”

3 Bu yasak alanı n öncelikle “yargı” bakımından söz konusudur. Adaleti gerçekleştirme ve özgürlükleri koruma yükümü altında olan “yargı” mekanizmasının, varlık nedeni olan bu hukuksal ödevi aykırı davranmasının evleviyetle meşru olmayacağını belirtmek gerekir.

4 Ülkemizin anayasal tarihi bu konuda gerekli verilerin bulunabileceği i bir laboratuvar niteliğindedir.

olduğunu söyleme olanağı varken, bu kültürün eksikliği paralelinde, kurucu iktidarın toplumsal meşruiyet gereksinimi duymayan “güç ilişkileri”nin bir ürünü olduğu söylenebilir.⁵

Kurucu iktidar erkler erki olarak kabul edildiğinden, başka bir anlatımla, sistem içi erk yaratan erk olduğundan, bu erkin kendi yarattığı sistem kurallarıyla ya da daha önce yıktığı sistemin kurallarıyla bağlı olduğunu ileri sürmek olanaksızdır (Maunz, 1998: Rdnr. 5; Stern, 1984: 146; Kapani, 2006: 168; Özbudun, 2003: 147; Gözler, 1998: 57).

Bir Anayasanın meşruluğu, bu Anayasayı koyan kurucu iktidarın, ortadan kaldırdığı Anayasaya uygun davranması olarak anlaşılabilir. Meşruluk tartışmasının temel sorunu, Anayasanın içeriğinin maddi anlamda doğruluğu, adilliği ve toplum tarafından kabul edilebilirliği sorunudur. Günümüz anayasal sistemlerinde Anayasaların meşruluğu kendinden ya da - Siéyés ve Schmitt'in ifade ettiği gibi - “irade”den değil, toplumda egemen olan değer, adalet ve güvenlik yargılarına uygunluk ölçüsünde sağlanabilir (Stern, 1984: 149). Dolayısıyla kurucu iktidarın meşruiyeti sorunu, bir pozitif hukuksal sorun olarak nitelendirilemez.

Kurucu iktidar hukuksal otorite yaratan sosyolojik bir iktidar olduğundan, kim ya da kimler olduklarının bu saptamada değeri bulunmamaktadır (Eroğul, 1974: 166). Kurucu iktidar somut bir organ ya da kurum değil, bir işlemdir. Yürürlükteki hukuk düzenini ihlal suretiyle ortaya çıkabildiği gibi, bu hukuk düzeninin normatif verilerine dokunmaksızın bu düzeni yenisiyle ikame edebilir. Dolayısıyla “yasa dışı” bir sosyal grup olabileceği gibi, “yasal” bir organ da bu işlevi üstlenebilir. Örneğin tüm parti ve toplumsal güçlerin çağrısıyla ortaya çıkan kurucu bir meclis kurucu iktidar yetkisini kullanabileceği gibi, hâlihazırdaki bir parlamento da bu yetkiyi kullanabilir. Parlamento yeni bir Anayasa hazırlarken yerine getirdiği işlem “yasama işlevi” değil, “asli kurucu iktidar işlevi” olduğundan yürürlükteki Anayasa ile bağlı değildir. Çünkü kurucu iktidar yetkisinin kullanımını düzenleyen bir norm anlamsızdır. Olması da eşyanın doğasına aykırıdır.⁶ Ayrıca kurucu iktidardan söz

5 Carl Schmitt kurucu iktidarı kendi siyasal varlığının nitelik ve biçimi hakkındaki somut temel kararı verme gücüne sahip olan siyasal irade (onun gücü ya da otoritesi) olarak tanımlar. Bu eksende “egemen”i de olağan düzene son verebilme gücüne sahip “irade” olarak tanımlamaktadır (Schmitt, 1954: 77 vd.). J.J. Rousseau kadar tanınmış olmasa da, 1789 sonrası Anayasal düzenler üzerinde en fazla etkiye sahip olan Emmanuel Abbe Sieyès, Spinoza ve Descartes’tan bilinen “*natura naturans*” (doğalayan doğa, ya da doğa yaratan doğa) kavramından kıyasla, kurucu iktidarı “kurulu bir devlette kurulu olmayan iktidar” olarak tanımlamakta, somutta ise bunun “ulus” olduğunu ileri sürmektedir. Hans Kelsen, başlangıçta “varsayımsal temel norm” (hypothetische Grundnorm) görüşü üzerinde dursa da, sonraları, kurucu iktidarın yalnızca sosyopolitik bir olgu olduğu, dolayısıyla hiçbir norm ile bağlı olmayan, anayasa öncesi iktidar olduğunu kabul etmiştir (Stern, 1984: 146). (Carre de Malberg’in aynı yöndeki görüşü için Teziç, 2003: 151). Hermann Heller, Anayasanın halk tarafından yapılmamış olsa da, kurucu iktidar tarafından yapılan, ancak bağlayıcı olarak kabul edilen bir norm olduğunu ifade ederek, halk unsurunu meşrulaştırma aracı olarak eklemektedir (Heller, 1983: 277).

6 Bu gerçek nedeniyle Alman Anayasasının 146. maddesinde yer alan “...bütün Alman halkı için geçerli olan bu Anayasa, Alman halkının serbest iradesiyle kabul edeceği bir Anayasanın yürürlüğe girdiği günde geçerliliğini kaybeder” kuralının herhangi bir işlevinin olmadığı, yeni Anayasa yaratacak iktidarın bu tür bir yetkilendirmeye gereksinimi olmadığı, Alman Anayasa doktrininde de egemen görüştür. Değerlendirmeler için bkz. (Stern, 1984: 151; Huber, 1999: 2260).

edebilmek için, bunun iktidar olduğunun ampirik olarak saptanması zorunludur. Bu da *a priori* olarak değil, ancak ve ancak *a posteriori* olarak, yani yeni düzen yaratılıp uygulanmaya başladığı anda olanaklıdır.

Kurucu iktidar diğer iktidarlara yaratır, yani erkler erkidir. Sistem yaratıcı bir kurucu iktidarın (*pouvoir constituant*) yarattığı iktidarlara, organ iktidarı ya da kurulu iktidar (*pouvoir constitués*) olarak tanımlanır. Kurucu iktidarın katılımcı demokratik bir yolla oluşması ve yaratılan Anayasanın toplumsal adalet, özgürlük ve güvenlik yargılarıyla örtüştüğü durumda, Anayasanın yalnızca yasallığın değil, meşruiyetin de ölçütü olacağı açıktır.⁷ Bu Anayasa çerçevesindeki kurulu iktidarların meşruiyetleri, kurucu iktidarın yarattığı “hukuksal otorite” sınırları içinde hareket etmeleri koşuluna bağlıdır. Yasama, yürütme, yargı iktidarları ya da iktidarların alt birimleri, kurucu iktidarın sistem bütünlüğü içinde tanımladığı yetki alanının dışına çıktıkları anda meşruiyet kaybı yaşayacakları tartışmasızdır. Kurucu iktidar ile ilgili olarak yapılabilecek meşruiyet tartışması yalnızca “etik” bir boyutla sınırlıyken, kurulu iktidarların meşruiyet kaybı pozitif hukuksal sonuçlar doğurmakta, eylem ve işlemlerinin geçersizliğini ve iptal edilebilirliğini sağlamaktadır. Bu gerçek, sistem dışına taşmanın “saiik”lerinin nitelendirmesine göre değişmemektedir. Yine bu gerçek, Anayasamızın 6. maddesinde “hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir devlet yetkisi kullanamaz” ifadesiyle, herhangi bir istisna tanımaksızın kabul edilmektedir. “Hiçbir kimse ya da organ”dan söz edildiğine göre, yasama, yürütme, yargı ya da bu erklerin alt birimleri niteliğindeki tüm organlarının da sistem dışı yetki kullanımının “meşru” olamayacağı anlaşılmaktadır.

Anayasaların “ebedi” bir geçerliliği olamayacağına ve meşruiyetini sürdürmek için zaman içinde toplumsal ve siyasal dönüşümlere kendisini uyarlama zorunluluğu bulunduğuna göre, bu uyarlanmayı olanaklı kılacak düzenlemeler içermeleri gereklidir.⁸ Değişiklik olanağı, bir yandan başlangıç itibarıyla meşruiyet sorunu çeken anayasaları süreç içinde meşrulaştırdığı gibi,⁹ devrimci niteliği bulunan anayasaları, hedeflerini evrimci bir biçime dönüşerek devamını

7 Hemen belirtmemiz gerekir ki, Anayasanın “kurumsal duyarlılıklar” ile örtüşmesinin esas alındığı bir siyasal yapıda bu Anayasanın meşru olduğunu söylemek oldukça güçtür. 1961 ve 1982 Anayasalarının yaşadığı meşruiyet tartışmasından bu sonuç rahatlıkla okunabilir.

8 Uyarlama yalnızca metin değişikliğiyle değil, anlamı güncelleştirici yargısal faaliyetlerle de gerçekleştirilebilir. Anayasa hukukunda lafzın izin verdiği ölçüde yargıcın yasa lafzını yaşamın dinamizmine uydurması, yalnızca yargıç takdiri içinde birdurum değil, yargıca düşen bir görevdir aynı zamanda. Tabii ki yargıç bu görevini, “dinamizm”in ereğine göre yerine getirecektir. Yasanın, lafzının aksine bir tutumla statikleştirilmesinin, uyarlamanın aksine, bir kırılma yaratacağı ve devrimlere yol açacağı siyaset biliminin temel verilerindedir. Bu yönde bir çalışma için bkz., (Soysal, 1969: 87 vd.). Ancak uyarlamanın lafzı bir kenara iterek, başka bir anlatımla lafza dokunmadan içeriğini başkalaştırmak, anayasaya rağmen anayasa yaratma, daha teknik ifadeyle anayasanın başkalaştırılması anlamına gelir. Alman doktrininde “Anayasanın başkalaştırılması”nın (*Verfassungswandel*) Weimar Anayasasının lafzına dokunulmaksızın faşizmin olanaklı kılınmasının temel hukuksal etkeni olduğu kabul edilmektedir. Bu kavramlara ilişkin tartışmalar için bkz., (Böckenförde, 2000: 141; Hesse, 1993: 15 vd.; Zippelius/Würtemberger, 2005: 63 vd.; Jestaedt, 2002: 192 vd.)

9 Buna en iyi örnek işgal güçlerinin onayıyla ortaya çıkan bir komisyonca hazırlanan ve halkoyuna sunulmaksızın yürürlüğe giren Alman Anayasasıdır.

sağlamak yoluyla da meşrulaştırmaktadır (Stern, 1984: 154). Değiştirme olanağının bulunmaması, meşruiyet zeminini karşı devrime kaydırarak Anayasanın sonunu hazırlayabilir.¹⁰ Bu nedenle değişiklik olanağının bulunması ve kullanılabilirliği olması anayasal istikrar göstergesi olarak kabul edilmektedir (Stern, 1984: 155).¹¹ Zaten Anayasaların değiştirilebilir oluşunun mantığında sürekliliği sağlamak vardır. Bir Anayasa metninin değiştirilmesini reddetmek, onu dondurmak ve giderek süreli olmasına yol açmak anlamına gelir (Teziç, 2003: 171).

Bir Anayasanın, koruyucusu olan (ancak hâkimi olmaması gereken) Anayasa Mahkemesince statik, dogmatik ve çağın dinamizmine direnecek biçimde yorumlanarak korunabileceği düşüncesi, Anayasanın normatif etkinliğinin sıfırlanması ve dolayısıyla esasen geçerliliğini kaybetmesine yol açar. Anayasanın normatif gücü, onun dinamik yorumuna bağlıdır. Bütünüyle etkinliğini kaybetmiş bir anayasanın geçerliliği de olmaz.¹²

Katı Anayasaların bulunduğu ülkelerde Anayasa Mahkemelerinin yaratılış amacı, aynı zamanda Anayasaların bu katılımı kuralların zamanın koşullarına ve sosyal ve siyasal dinamizme uyarlayarak dönüştürmeleridir. Zaten katı olan Anayasaların daha da katılaşması için Anayasa Mahkemelerine gerek yoktur (Leibholz, 1974: 183).

Kurucu iktidarın yarattığı kurulu iktidarların tümü, kurucu iktidarın normatif iradesiyle bağlıken, kendisi kurulu iktidar olmakla birlikte, dönemsel olarak türev kurucu iktidar görev ve yetkisiyle donatılmış iktidarlar Anayasayı değiştirmekle yetkili kılınmaktadır. Anayasa hukuku öğretisinde “türev kurucu iktidar” (“*pouvoir constituant d’origine*” ya da Georges Burdeau’nun ifadesiyle “*pouvoir constituant institué*” (Krüger, 1964: 922)) olarak nitelendirilen bu iktidar yetkisi, tüm demokratik sistemlerde demokratik ulusal temsilcilere özgülenmiştir. Bu iktidar yetkisi, olağan iktidar kullanımlarına karşı daha üstün ve daha ileri yetkilerle donatılmaktadır (Krüger, 1964).

“Kurucu iktidar olarak halk” ile “halkoylomasında iradesine başvurulmuş halk” kavramları arasındaki bir ayrıma da değinmekte yarar vardır. Kurucu iktidar ulusal egemenlik ilkesi gereği halka aittir; bu iktidar Anayasa dışı ya da Anayasa öncesidir (*extra constitutionnel* ya da *pre-constitutionnel*). Diğer iktidarlar, kurucu iktidar iradesinin Anayasadaki pozitif hukuksal tercihlerine paralel olarak halktan alınan yetkiyle ve halk adına kullanılır. 1982 Anayasası da Avrupa Anayasa kültürüne

10 Bu görüşler yalnızca anayasa değişiklikleri bakımından değil, aynı zamanda ve özellikle anayasa uygulamaları bakımından da geçerlidir. Anayasayı değişen sosyal ve siyasal koşullara uyarlamak yerine, bu dinamizm karşısında anayasayı katılaştırarak kriz potansiyelini artıran anayasal uygulamaların, kendi meşruiyetini zayıflatacağı kaçınılmazdır. Meşruiyet, belirli tarihsel anda ortaya çıkan karara uygunluk değildir. Aksine hitap ettiği ve üzerinde bağlayıcı etkiler yarattığı toplumsal ve siyasal kesit tarafından kabul edilebilirlikle (acceptance) sağlanabilir. Bu nedenle meşruiyet her an yenilenen, her yeni kuşağın onayıyla güncellenen ve siyasal ve sosyal yapıdaki her bir yeni duruma uyarlabilirlikle onaylanan bir durumu ifade eder.

11 Kuşkusuz bu değişikliklerinin nitelikleri ve sayısı daha analitik görüşlere olanak verebilir.

12 Anayasanın normatif gücüne ilişkin açıklamalar için bkz. (Hesse, 1993: 16 vd.)

paralel biçimde, “kurucu iktidar olarak halk” ile “halkoylamasında iradesine başvurulmuş, dolayısıyla bir kurulu iktidar olarak halk” arasında ayırım yapmıştır. Başlangıçta Anayasanın “Türk Milleti tarafından ... emanet ve tevdi olun”duğu ifade edilmekle kurucu iktidar olarak halka işaret edilmektedir.¹³ Ancak gerek Anayasanın 6. maddesinde yer alan “egemenliğin sahibi olan halk” ile 175. maddesinde yer alan “halkoylamasında iradesine başvurulmuş halk”, Anayasanın normatif düzenlemelerin yarattığı, biçimlendirdiği ve iradesine sonuç bağladığı hukuksal kurumlardır (*intra constitutionnel*).¹⁴ Bu bakımdan 6. ve 175. maddede ifade bulan iradeler “kurulu” (*constitué*) organ iradeleri olup, Anayasaya bağlıdır. Kısacası Anayasanın yaratıcısı olan halk ile Anayasanın muhatabı olan halk birbirinden Anayasa teorisi ve tekniği bakımından ayrılmaktadır.

Diğer bir ayırım zorunluluğu, devletin sürekliliği ile kurucu iktidarın sürekliliği kavramları arasında yapılmak gerekir.¹⁵ Devletlerin varlığı ve sürekliliği bir uluslararası hukuk sorunu olup tanınmayla sağlandığı halde, devletin yapısı ve devletteki yapısal tercihler bir kurucu iktidar sorunu olup Anayasayla belirlenir. Bu nedenle Lozan Barış Antlaşmasıyla kurulan Türkiye Devletinin sürekliliği, Türkiye’de siyasal yapı meşruiyetinin sürekliliği anlamına gelmez. Her bir siyasal yapı tercihi her yeni Anayasanın ortaya çıkmasıyla yeniden ve asli olarak belirlenmekte, kurulu iktidarlar da her defasında pozitif hukuksal olarak yeniden yaratılmaktadır. Yeni bir meşruiyet zemininde pozitif hukuksal olarak öncekinden tamamen bağımsız yeni yetkiler kullanılmaktadır. Dolayısıyla bir kurulu iktidar olan türev kurucu iktidar organ, *önceki* anayasal düzen gerekleriyle pozitif hukuksal olarak bağlı olmadığı gibi, bu organı denetlemekle görevlendirilmiş denetim organları da *önceki* Anayasal düzen kurallarıyla pozitif hukuksal olarak bağlı değildir. Ancak kurucu iktidarın devletin sürekliliğini sona erdirici ya da yeni bir devlet yaratıcı bir iktidar olmasının önünde de herhangi bir engel bulunmamaktadır (Gözler, 1998: 65 vd).

Türev Kurucu İktidarın Normatif Sınırları ve Denetimi

Demokratik ulusal temsilciler, koşulları gerçekleştiğinde kurucu iktidarın öngördüğü normatif sınırlar çerçevesinde ve usullere uyarak dönemsel “kurucu iktidar” rolü üstlenebilir. Türev kurucu iktidar denilen bu iktidar herhangi bir kurulu iktidarı ortadan kaldırayabileceği gibi, bu iktidarların görev ve yetki alanlarında değişiklikler, *sistem içi farklılaşmalar yaratabilir; sistem haritasını, asli kurucu iktidarın izin verdiği çerçeve içinde yeniden çizebilir*. Anayasa türev kurucu iktidara içeriksel, zamansal ve biçimsel sınırlar çizebilir (Teziç, 2003: 161 vd; Gözler, 2001: 35 vd). Ancak bu sınırlar dışında türev kurucu iktidar herhangi bir normatif sınırlamaya tabi değildir.

13 Bir “olması gereken”i yansıtan bu ifadelerle rağmen, “emanet ve tevdi” edenin Milli Güvenlik Konseyi olduğu açıktır.

14 “*Intra constitutionnel*” halk egemenliği kavramına ilişkin açıklamalar hakkında bkz., Peter Unruh, *Der Verfassungsbegriff des Grundgesetzes, Eine verfassungstheoretische Rekonstruktion*, Tübingen 2002, s. 395 vd.

15 Bu ayırma ilişkin olarak bkz., (Schmitt, 1954: 95 vd).

Türev kurucu iktidarın bu iktidar sınırlarını terk etmesi durumunda herhangi bir yaptırımla karşılaşması, ancak asli kurucu iktidarın bir mekanizma öngörmesiyle pozitif hukuksal temel kazanabilir. Buradan hareketle her bir sınır ihlalinin “mantık gereği” bir sistem içi denetiminin olması gerektiği yönündeki görüşlerde isabet bulunmamaktadır.¹⁶ Türev kurucu iktidarın iktidar alanını çizen normlara aykırılık, bu aykırılıklara açık bir hukuksal sonuç bağlandığı ve aykırılıkları denetlemekle görevli bir “*kurulu iktidar*” öngörülmesi süreci ve ölçüde geçerli olabilir. Bunun dışına taşan bir denetim kaynağını Anayasada almayan yetki kullanımı olacağı açıktır. Demokratik hukuk devletlerinde, kamusal yetkiler pozitif hukuksal olarak tanımlı yetkilere aittir. Bir organın yöntem aykırılığı başka organların pozitif hukuksal olarak tanınmamış yetki kullanımını meşrulaştırmaz. Cem Eroğul'un ifadesiyle, *Meclisin beceriksizliği, Anayasa Mahkemesini yeni yetkilerle donatmaz* (Eroğul, 1974: 167). Anayasa koyucunun Anayasayı değiştirme iktidarını eksik, çelişik ve vizyonsuz biçimde yerine getirmesi, tartışmasız haklı eleştirilere yol açıyorsa da, bu durum Anayasa Mahkemesi lehine bir yetki aktarımını meşrulaştırmaz (*kompetenzdevolution*) ya da Anayasa yargısal yedek bir yetkinin varlığına karine olarak gösterilemez (Jestaedt, 2002: 227).

Batı demokrasilerinde Anayasa değişikliklerinin denetlenebilirliğini öngören Anayasa normlarına rastlanmamaktadır. Türkiye 1971 Anayasa değişikliğiyle bu olanağa kavuşmuştur. Güney Afrika Cumhuriyeti Anayasasının 167. maddesi (3. fıkranın d bendi) bu olanağı açıkça öngörmektedir. Azerbaycan Anayasası (Md. 153),¹⁷ Kırgızistan Anayasası (Md. 82) ile Moldova Anayasası (Md. 135) Anayasa Mahkemesine yalnızca Anayasa değişiklik teklifleri hakkında görüş bildirme yetkisi tanımaktadır.

Türk Anayasal sistemi yalnızca Anayasa değişikliklerini zorlaştırmamış, bu zorlaştırmaya koşut olarak denetimini de zorlaştırmıştır. Bu temel tercihin aynı zamanda denetim yetkisinin yorumlanmasında da göz önünde bulundurulması zorunludur.

Türk Anayasa Düzeninde Anayasayı değiştirme iktidarı münhasıran Türkiye Büyük Millet Meclisine tanınmıştır. Başkaca hiçbir organın doğrudan ya da dolaylı biçimde bu yetkiyi paylaşma ya da daraltma yetkisi bulunmamaktadır.

İlk dört maddesinin değiştirilemezliği yönündeki yasak alan¹⁸ ile birlikte Anayasa değişikliğinin yöntemini belirleyen 175. madde türev kurucu iktidarın sınırını çizmektedir.

Asli kurucu iktidar Anayasa değiştirilirken hangi yönlerden yargısal denetime tabi olunacağını açıkça göstermiştir. Anayasanın 175. maddesinde öngörülen

16 Bu yöndeki görüşler için (Onar, 1993: 131 ve 149 vd; Eroğul, 1974: 166 vd; Özbudun, 2003: 158 vd; Gözler, 2000: 1005 vd.)

17 Azerbaycan Anayasasının 154. maddesi yasalaşan değişiklikler hakkında Anayasa Mahkemesinin karar almasını açıkça yasaklamaktadır.

18 “Yasak elma” metaforu kullanılarak, bu alanların hukukta “tabu” olgusunun varlığına işaret ettiği görüşlerine rastlanmaktadır. Bkz., (Isensee, 2003: 115 vd.).

biçim koşullarından yalnızca “teklif ve oylama çoğunluğu” ile “ivedilikle görüşülemez” koşulları anayasallık denetiminin konusunu oluşturabilmektedir. Örneğin teklifin yazılı olma koşulunun ihlali biçim aykırılığı olmasına rağmen, Anayasa Mahkemesinin denetim alanına girmez. Anayasa değişikliklerine yönelik denetimin ancak istisnai ve tüketici (*numerus clausus*) olarak sayılmış olması, bu denetimin kapsamının yorum yoluyla genişletilemeyeceğini göstermektedir.

Farklı Anayasa-Farklı Anayasa Yargısı

Kurulu iktidarlar yetki ve meşruiyetlerini kurucu iktidar iradesinden aldığından, bu iradenin ötesinde herhangi bir yetki kullanımı *anayasa dışı* (extra-constitutionnel) olarak nitelendirilir. 1982 Anayasasının yürürlüğe girmesiyle birlikte yeni bir sistem, yeni organlar ve yeni hukuksal otoriteler ortaya çıkmıştır. 1961 Anayasası artık pozitif hukuksal bağlayıcılığı olmayan tarihsel bir dokümandır. Anayasa Hukuku tarihi incelemelerinde *asli* ve 1982 Anayasa koyucunun tarihsel amacının araştırılmasında *yardımcı* bir kaynaktır. 1961 Anayasasından meşruiyetini alan 1961 Anayasası dönemi Anayasa Mahkemesi kararlarının da bu gerçek karşısında pozitif hukuksal bağlayıcılığı bulunmamaktadır. Aynı saptama 5678 sayılı Anayasa Değişiklikleri Yasasının iptali isteminin reddedildiği 05.07.2007 tarihli kararında da yer almaktadır.¹⁹ Kuşkusuz bu saptama, önceki Anayasa Mahkemesi kararlarının “tarihsel analiz” ya da “karşılaştırmalı hukuk verisi” olarak değerlendirilmesine engel değildir.

Anayasa Mahkemesinin kararlarının pozitif hukuksal bağlayıcılığı hakkındaki bu saptama, türev kurucu iktidarın gerçekleştirdiği Anayasa değişiklikleri üzerine ortaya çıkan yeni anayasal durum bakımından da geçerlidir. Örneğin 2004 yılında Anayasanın 10. maddesinde gerçekleştirilen değişiklikten sonra eşitlik ilkesinin yalnızca yasa önünde eşitlik olarak tanımlanması olanaksızdır. Kadın-erkek eşitliğinin söz konusu olduğu bir hukuksal tartışmada, fiili eşitliğin sağlanması yönündeki yeni anayasal direktif göz ardı edilemez. Yine 2001 yılındaki değişikliklerin ardından, Anayasa Mahkemesinin daha önceki içtihatlarında kullandığı, “*tüm temel hakların genel ahlak, genel asayiş, kamu düzeni gibi nedenlerle sınırlandırabileceği*” içtihadı geçerliliğini yitirmiştir. Çünkü bu değişiklikten sonra artık temel haklar yalnızca ilgili maddesinde yer alan nedenlerle sınırlandırılabilir. Yine 90. maddedeki değişikliğin ardından, temel haklara ilişkin uluslararası sözleşmelerin “*lex-posteriori*” kuralına tabi olduklarına yönelik içtihat da geçerliliğini yitirmiş bulunmaktadır. Bu nitelikteki uluslararası sözleşme kurallarıyla iç hukuk kurallarının çatışması durumunda, sözleşme kuralları her halükarda uygulama önceliğine sahip olacaktır.²⁰

Bu değerlendirmeler ışığında, 1980 öncesi anayasal durumun irdelenmesi gerekir.

19 E. 2007/72, K. 2007/68, 07.08.2007 tarih ve 26606 sayılı Resmi Gazete, s. 75. “1961 Anayasası döneminde bu Anayasanın kurallarına göre verilmiş Anayasa Mahkemesi kararlarının, yeni bir Anayasa olan 1982 Anayasası döneminde hukuksal bağlayıcılıkları yoktur. Yürürlükte olmayan Anayasalara göre verilen kararlar, ‘yokluk’ ya da diğer yaptırımların gerekçesi olamaz.”

20 Bu konudaki açıklamalar için bkz., (Can, 2005: 191 vd).

Anayasa değişikliklerinin denetlenebilmesinin pozitif hukuksal temeli - yukarıda belirtildiği gibi - ilk defa 1971 tarihindeki Anayasa değişiklikleriyle oluşturulmuştur. Ancak 1961 Anayasasının ilk halinde Anayasa Mahkemesinin Anayasa değişikliklerini denetleme yetkisi bulunmamaktadır. 44 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunda da bu yönde bir yetki tanınmamıştır.

Anayasa değişikliklerinin denetlenmesi olgusu Alman Anayasa uygulamalarına paralel bir seyir izlemektedir.

Alman Anayasasının 93. maddesinin 1. fıkrasının 2. bendi, Anayasa Mahkemesinin denetim yetkisini tanımlarken “*Federal hukuk ya da eyalet hukukunun Anayasaya uygunluğunu denetlemek*”ten söz etmektedir. Gerek doktrinde, gerekse Mahkeme uygulamalarında bu denetimin “değiştirilemez hükümlere aykırılık yönünden” Anayasa değişiklikleri hakkındaki yasaları kapsadığı kabul edilmektedir (Stern, 1984: 167; Jarass/Pieroth, 2000: 931).

Alman Anayasa Mahkemesi 16.6.1959 tarihli kararında denetim yetkisinin bulunduğu işaretini vermiştir.²¹ 15.12.1970 tarihli kararında ise doğrudan doğruya değiştirilemez maddelere²² aykırılık iddiasıyla Anayasa değişikliği yasasına karşı açılan iptal davasını esaslan incelemiştir.²³ Almanya’da Anayasa koyucu, Anayasa değişikliklerini - nitelikli karar çoğunluğuna tabi tutsa da - “federal hukuk” kavramı dışında kabul etmediğinden bu yöndeki inceleme gerek Mahkeme, gerekse doktrin tarafından fazla sorunsallaştırılmamıştır. Ancak dikkat çeken birinci nokta bu denetimin yalnızca değiştirilemez kurallara aykırılık temelinde gerçekleşmiş olmasıdır. İkinci nokta bu denetimlerde Anayasa'nın değişmez hükümlerine aykırılık maddelere dokunulmazlık biçiminde anlaşılmasıdır. Mahkeme Anayasanın 79. maddesinin 3. fıkrasının tanımlanan ilkelerden esaslı saptamaları yasakladığını, ancak Anayasanın en temel ilkelerini sistem içi dönüşüme tabi tutmasına engel oluşturmayacağını kabul etmiştir. İlginçtir ki, Mahkeme esasında oldukça geniş bir denetim olanağına sahip olduğu bir alanda, Anayasa koyucu iktidarın doğasını dikkate alarak kendini frenleme yolunu seçmiştir (*judicial self-restraint* uygulamıştır). Gerekçesinde ise *judicial-self-*

21 BVerfGE 9, 334 (336).

22 Alman Anayasasının 79. maddesinin 3. fıkrasına göre, “Federasyonun eyaletlere bölünmesine, eyaletlerin yasamaya katılmaları ilkesine veya 1. ve 20. maddelerde yazılı esaslara ilişkin bir Anayasa değişikliği caiz değildir”. Anayasanın 1. maddesinin 1. fıkrası insan onurunun dokunulmaz olduğunu ve tüm devlet erkinin saygı ve dokunmama yükümlülüğü bulunduğunu, 2. fıkrası Alman halkının dokunulmaz ve devredilmez insan haklarını, yeryüzünde her insan topluluğunun, barışın ve adaletin temeli olarak kabul ettiğini, 3. fıkra ise Anayasada belirtilen temel hakların yasama, yürütme ve yargı organlarını doğrudan doğruya bağladığını ifade etmektedir. Anayasanın 20. maddesi ise Almanya Federal Cumhuriyetinin demokratik ve sosyal bir federal devlet olduğunu, egemenliğin halka ait olduğunu ve halkın egemenliğini, seçimler ve oylamalar aracılığıyla ve yasama, yürütme ve yargı yetkileriyle donatılmış özel organlar eliyle kullanacağını; yasamanın anayasal düzenle, yürütme ve yargının da yasa ve hukuka bağlı olduğunu; son olarak da bu anayasal düzeni ortadan kaldırmak isteyen herkese karşı, başkaca bir çözümün bulunamaması halinde, bütün Almanların direniş hakkına sahip olduğunu kabul etmektedir.

23 BVerfGE 30, 1 (Abhörurteil).

restraint ilkesinin Anayasanın diğer Anayasal organlara tanıdığı siyasal özerkliğin korunmasını amaçladığını belirtmiştir.

Alman Anayasa Mahkemesi, Anayasa yargısının Anayasada tanımlı alanın ötesine doğru genişleme çabalarının karşısında olduğunu kararlarında açıkça belirtmiştir. Örneğin muhalefetin önleyici (apriori) norm denetimi çabasını reddetmiş, yine muhalefet ile iktidar arasında yasama faaliyeti sırasında çıkan uyuşmazlığın anayasal sorun olarak kabul edilmesi istemini reddetmiştir (Leibholz, 1974: 180).

Avusturya Anayasasına göre Anayasanın temel ilkelerine aykırı bir değişiklik esaslı nitelikte olduğundan, ancak halkoyuyla kabul edildikten sonra Cumhurbaşkanı onaylanıp yürürlüğe konulabilecektir. Bu tür bir değişikliğin halkoyuna sunulmamasının denetimiyle ilgili ve biçimsellik sınırlı bir yetkinin Avusturya Anayasa Mahkemesi tarafından kullanıldığı bilinmektedir (Walter/Mayer, 1976: 271).

İtalyan Anayasa Mahkemesi Alman Anayasa Mahkemesiyle aynı pozitif hukuksal esaslara tabi olduğu halde, Anayasa değişikliğini denetleme istemlerini reddetmiştir (Eroğul, 1974: 16; Turhan, 1976: 75). Fransız Anayasa Konseyi'nin bu yönde yetki kullandığı görülmektedir (Teziç, 2003: 173).

Türk Anayasa Mahkemesi Anayasa değişikliklerini denetleyebileceğine ilişkin tercihini 16.11.1965 günlü bir kararında ifade etmiştir.²⁴ Görüşümüze göre, bu kararla başlayan süreci 1949 Alman Anayasasıyla 1961 Anayasası arasındaki paralelliğin Anayasa yargısına da yansıdığına işaret olarak görmek gerekir. 1949 Alman Anayasası 1961 Anayasasına kaynaklık ettiği halde, her iki Anayasada da Anayasa Mahkemesinin Anayasa değişikliklerini denetleme yetkisine ilişkin herhangi bir yetki normu bulunmamaktadır. Buna karşın Alman Anayasa Mahkemesinin “değiştirilemez hükümlere aykırı” Anayasa değişikliklerini denetlemekle kendini yetkili görmesinin hemen ardından, Türk Anayasa Mahkemesinin de aynı yönde kararlar vermeye başlaması dikkatten kaçmamaktadır.^{25,26}

24 E. 1964/38, K. 1965/59, AYMKD 3, 283 vd

25 Türk Anayasa Mahkemesi kütüphanesindeki Alman Anayasa hukuku ve yargısına ilişkin kaynakların çoğunun o dönemlerde tedarik edilmiş olması ilginç bir saptama olabilir.

26 Bu biçimsel paralelliğe karşın, özde çok ciddi farkların bulunduğunu ifade etmemiz gerekir. İlk olarak her iki Anayasanın Anayasa Mahkemelerini öngörmesinin ardında “siyasal alana” dönük güvensizlik yatmaktadır. Ancak bu güvensizlik siyaset kurumuna yönelik olmayıp, yalnızca siyasal suüstimallere yönelik olduğundan ve siyasal alanı toplumsallıkla güçlendirme amacını güttüğünden, Alman Anayasa Mahkemesi üyelerinin tamamen parlamento tarafından seçilmesine ve minimum yargıç tipiyle sınırlamasına engel olmamıştır. Türkiye’de siyasete duyulan güvensizliğin aktörleri elitist-bürokratik mekanizmalar olduğundan, bu güvensizlik “kurum olarak siyaset”e yönelerek devlet ile toplumsallık ilişkisi kurulmaksızın, sistemin güvencesi yalnızca bürokratik mekanizmalara yüklenmiştir. Bu çerçevede Anayasa Mahkemesi üyelerinin yalnızca 1/3 oranında parlamenter seçimine olanak tanımış, geri kalan üyeler bürokratik-korporatif iktidarlara terkedilmiştir (bu tablo 1982 Anayasası bakımından daha belirgindir). Bu temel tercihin her iki mahkemenin her iki ülkede çok farklı roller üstlenmelerini ve farklı siyasal dönüşümlere olanak sağlama-larını açıklar niteliktedir. İkinci olarak Alman Anayasa Mahkemesi, Türk Anayasa Mahkemesine oranla çok geniş yetkilerini, siyasal alanın dinamizmine müdahale etmeyecek biçimde *judicial*

16.6.1970 günlü kararında Anayasa Mahkemesi, ilk defa doğrudan doğruya bir Anayasa değişikliğini incelemeye tabi tutmuş ve biçim koşulları yönünden iptal etmiştir.²⁷ Bu kararda, Anayasa değişikliği biçim yönünden iptal edildiğinden esas incelemesine gerek bulunmadığı belirtilmiştir. Ancak Mahkeme esas yönünden inceleme yapabileceğinin altını çizmiştir.²⁸ Karar gerekçesi, Anayasa

self-restraint ilkesine uygun olarak kullanırken, Türk Anayasa Mahkemesi Alman Anayasa Mahkemesine oranla oldukça dar yetkilerini, özellikle siyasal karar organlarının aleyhine genişleterek (*judicial activism*) kullanmıştır. Bu durum, Almanya'dan farklı olarak, neden her bir Anayasa değişikliği tartışmasında Mahkemenin yetkilerinin kısıtlanmasının gündeme gelmesini ve ardından yetkilerin daralmasına yol açtığını açıklamaktadır. 1971 değişikliği, 1995, 2001 yıllarında değişiklikler örnek olarak gösterilebilir. Alman Anayasasında Anayasa Mahkemesine ilişkin maddelerde 58 yılı içinde yalnızca iki değişiklik gerçekleştirilmiştir. 1969 yılındaki ilk değişiklikle "Anayasa şikayeti" kurumu anayasal zemine oturtulmuş, 1994 yılındaki ikinci değişiklikle Federal yasamanın yarışan yasama yetkisi konusunda, eyaletlerin asli yasama yetkisine dokunulup dokunulmadığını inceleme yetkisi Anayasa Mahkemesine tanınmıştır. Her iki değişiklik de Mahkemenin yetkilerini artırmaya yöneliktir. Farklar çoğaltılabilir.

- 27 E. 1970/1, K. 1970/31, Kt. 16.06.1970, AYMKD 8, 313. TİP'nin 27 Mayıs'a aykırılık gerekçesiyle yaptığı bu başvuru üzerine, Demokrat Parti yöneticilerine yönelik siyasal yasakları kaldırarak seçilmelerine olanak sağlayan Anayasa değişikliğinin iptal edildiği bu karar gerek siyasette, gerekse öğretilerde geniş çaplı eleştirilerle karşılaştı. Cem Eroğul "Meclisin beceriksizliği, anayasa mahkemesini yeni yetkilerle donatmaz" ifadesini kullanırken (Eroğul, 1974: 167), Mümtaz Soysal, daha çarpıcı ifadeler kullanmaktadır: "Bu çok tehlikeli bir gerekçe. Sonunda toplumu 'yargıçlar devleti' denen bir anlayışa götürmesi halkın oylarıyla kurulmuş bir parlamentonun elindeki değiştirme yetkisini hiçe indirmesi mümkün. Anayasa Mahkemesindeki yargıçlar, Cumhuriyetin temel niteliklerini belirli bir yönde yorumluyorlar diye, o tutuma aykırı düşen bütün değişiklikleri iptal edecek ve dolayısıyla ulus bu alandaki yetkisini kendi temsilcileri aracılığıyla da olsa kullanamaz duruma mı gelecektir?" (Soysal, 1977: 219). Ardından "Anayasa Mahkemesi üyeleri, 'cumhuriyet' sözüne Anayasanın başka ilkelerini ekleyerek o ilkelere de değişmezlik kazandırma yetkisini nerede almaktadırlar?" biçimindeki soruyu da "Anayasa Mahkemesi... bir değişikliğin Anayasadaki temel ilkelere birine aykırı düştüğünü savunarak Anayasa değişikliklerini iptal etme yetkisine sahip olursa, devlet sistemi içinde kendisine tanınan yeri aşiyor demektir" biçiminde yanıtlamaktadır (Soysal, 1977). 80'li yıllarda Özbudun benzer kaygıları "Anayasa Mahkemesinin, anayasa değişikliklerinin denetimi konusunda takındığı tutum, uzun vadede bizzat yüce Mahkemenin kurumsal menfaatlerine zarar verebilecek niteliktedir. Tecrübeler, Anayasa yargısı ile toplumun çoğunluğunu temsil eden siyasal güçler arasında derin ve sürekli görüş ayrılıklarının belirmesi halinde, sonuçta anayasanın değiştirilmesi ve anayasa yargısının yetkilerinin kısılması tehlikesinin söz konusu olabileceğini göstermektedir" tümcelerini dile getirmektedir (Özbudun, 2003: 163). Daha geniş bilgi için bkz., (Gözler, 2000: 1006 vd). Gerçekten de 12 Mart iradesinin aynı eğilimde olduğu anlaşılınca, Anayasa Mahkemesinin 13.4.1971 yılında verdiği kararda (E. 1970/41, K. 1971/37), aynı biçimsel tartışmayı bu defa Anayasaya aykırı bulmayarak reddetmesi pek bir etki yaratamamış ve 20.9.1971 günlü ve 1488 sayılı Anayasa Değişikliği Hakkındaki Kanunla, Anayasa Mahkemesinin yetkileri daraltılmıştır. Anayasa değişikliğinin iptal edildiği karar 7'ye karşı 8 oyla alınırken, Askeri Müdahale sonrası, ortaya çıkan K. 71/37 sayılı ret kararı 5'e karşı 10 oyla alınmıştır. Anayasa Mahkemesinin ilk iptal kararını verdiği Anayasa değişikliği, Demokrat Parti yöneticilerine siyasal edildiğinden esas incelemesine gerek af sağlamaktaydı. Değişiklik gerekçesinde ise "maddenin lüzumunu gösteren bir ortam ve hal kalmadığını, esasen yasakların gelişindeki garabet ve isabetsizliğin, geçici maddenin gerekçesinin olmamasından da belli olduğu, yasakları kaldırmanın, memleket menfaatleri ve realitelerine uygun olduğu gibi huzur ve sükun ve Türk demokrasisinde ileri bir merhale olduğu" dile getirilmekteydi. Son bir saptama da, Mahkemenin bu maddeyi incelemeyeceğine ilişkin azınlık görüşünü paylaşanlar arasında Yüksek Adalet Divanı Başkanı Salim Başol ile bir dönem Yüksek Teftiş Kurulu Başkanlığı yapmış olan Celalettin Kuralmen de bulunmaktadır.

- 28 Esas denetiminin ölçütleri olarak da devlet şeklinin cumhuriyet olduğuna ilişkin 1. madde, Cumhuriyetin niteliklerini belirleyen 2. madde ile bu maddenin yollama yaptığı Başlangıç Kısmı anlaşılmaktaydı. "Anayasanın Ruhunu", "Anayasanın Özünü" ya da "çağdaş uygarlığın gerekleri" bu ve sonraki kararlarda kullanılmıştır.

değişikliklerinin “kanun” olduğu, dolayısıyla bu kanuna özgü 155. madde (1982 Anayasasının 175. maddesi) yöntemine uygun olması gerektiği üzerine kuruluydu. Anayasa değişikliğinin biçim yönünden iptalinin gerekçesi olarak şu ifadeler dikkati çekmektedir:

“Bir teklifin maddeleri kabul edilmedikçe, tümünün kabul edilmiş olmasının bir mana ve değerinin bulunmayacağı ve teklifin kanunlaşmasının mümkün olamayacağı gibi tümü oylanıp kabul edilmedikçe, sadece maddelerin oylanıp kabul edilmiş olmasının da bir mana ve değeri bulunamaz ve böyle bir işleme tabi tutulan teklif de kanun niteliğini kazanamaz... Konu bu derece açık olmasına rağmen sözkonusu kanun teklifine ilişkin oylamalarda değişik yeter sayı arandığı, teklifin maddelerinin oylanmasında 2/3 yetersayısının aranmadığı... anlaşılmaktadır.”

Bu karar maddelere geçme ve tümü üzerinde oylamanın 2/3 çoğunlukla yapılması, maddeler üzerindeki oylamaların *tamamında* ise bu çoğunluğun aranmaması üzerine verilmiştir. Maddelerin tamamı için gerekli çoğunluğun aranmamış olması nedeniyle teklifin tümünün biçim yönünden sakat olduğu kabul edilmiştir.²⁹

13.4.1971 tarihli sonraki bir kararında da şekil denetimi yapabileceğini vurgulamıştır.³⁰ Bu kararların ortak özelliği, kurulu iktidar olan Mahkemenin türev kurucu iktidar yetkilerini asli kurucu iktidarın öngörmediği genişlikte sınırlamasıdır.³¹ Anayasanın özü ve başlangıç ilkeleri gibi değiştirilemezlik kapsamına alma teklifleri kurucu meclis çalışmalarında açıkça reddedilen “Cumhuriyetin niteliklerinin” sağladığı geniş yorum olanağıyla, Anayasa Mahkemesi türev kurucu iktidarın yetkisini adeta “kısmi teknik değişiklikler”le sınırlamış, kendisine kurucu iktidar rolü biçmiştir.

Bu kararlara tepki olarak 1971 Askeri Müdahalesinin ardından 1488 sayılı Yasa ile yapılan Anayasa değişikliği, artık bir olgu olarak kabul edilen denetimi yalnızca Anayasada gösterilen biçim denetimiyle sınırlamıştır. 147. maddedeki değişiklik gerekçesindeki ifadeler türev kurucu iktidarın tepkisinin niteliğini göstermektedir:

“Ancak Anayasa Mahkemesinin, Türkiye Büyük Millet Meclisinin Anayasa vazusu olarak yaptığı Anayasa değişikliklerini denetlemesi söz konusu olamaz. Nitekim, Anayasamız, 4 ncü maddesinin 3 ncü fıkrasında (Hiçbir kimse veya organ kaynağının Anayasadan almıyan bir Devlet yetkisi kullanamaz) hükmü yer almıştır. Şu halde, Anayasanın sadece kanunlara ve İçtüzüklere hasrettiği bir denetleme yetkisinin, Anayasa Mahkemesince, Anayasa değişikliklerine teşmil edilemeyeceği tabiidir.”

Gerekçe, Mahkemenin Anayasa değişikliğinin bir “kanun” olduğu biçimindeki diğer gerekçenin geçersizliğini de vurgulamaktadır:

29 Hemen belirtmek gerekir ki, gerçekte nitelikli çoğunluğun bulunup bulunmadığına yönelik herhangi bir saptama yapılmamış, maddelerin işaret oylamasıyla kabul edilmiş olması, nitelikli çoğunluğun bulunmadığına yönelik bir karine biçiminde yorumlanmıştır. Yukarıda da belirtildiği gibi, aynı biçim eksikliği Anayasa Mahkemesinin 13.4.1971 yılında verdiği kararda (E. 1970/41, K. 1971/37) Anayasaya uygunluk karnesi biçiminde yorumlanabilmiştir

30 E. 1970/41, K. 1971/37, AYMKD 9, 416 (429).

31 Bu yöndeki tartışmalar için (Onar, 1993: 9, 141 vd.; Gözler, 2000: 1011 vd.; Teziç, 2003: 168.).

“ . Anayasa değişikliği, Anayasanın 155 nci maddesinde görüldüğü üzere, gerek teklif, gerekse müzakere ve kabul bakımından kanunlardan farklı şekil şartlarına bağlanmıştır. Anayasa değişikliği, bu şartlar dışında kanunların tabi olduğu müzakere usullerine tabi olmakla beraber bir kanun değil, bir Anayasadır.”

1971 yılında ortaya çıkan türev kurucu iktidar Anayasa Mahkemesinin 1970 yılında verdiği bu kararın ve karar gerekçelerinin pozitif hukuksal dayanaklarını ortadan kaldırmış bulunmaktadır. Bu açıdan Mahkemenin 15.4.1975 tarihli değişiklik sonrası verdiği ilk kararında kullandığı ifadeler hukuksal temelden yoksundur. Mahkeme kararında *“...Ancak, Anayasa'nın 147. maddesinde 1488 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle Anayasa Mahkemesinin denetim görevinin alanı bu konuda daraltılarak, Anayasa değişikliklerin sadece Anayasada gösterilen şekil şartlarına uygunluğunu denetleme görevi, eskiden olduğu gibi, yetkisi içinde bırakılmış ve bu değişikliklerin esasen Anayasa'ya uygunluğunu denetleme ise görev ve yetkisi dışına çıkarılmış bulunmaktadır...”* biçimindeki ifadelerle *“var olan yetkilerinin daraltıldığını”* savunurken, kurucu iktidarın Anayasa Mahkemesinin denetimini *“olmayan yetki kullanımı”* olarak tanımlamasını görmezden gelmiştir.³² Mahkeme bu kararında kurucu iktidar iradesinin içtüzüğe uygunluğunu denetleme biçimindeki yaklaşımını sürdürmüştür.³³

Bu yaklaşımla Mahkeme denetime devam etmiş, biçim denetimi kapsamını esas denetim unsurlarıyla genişleterek eski içtihadını sürdürmüştür (Onar, 1993: 144; Teziç 2003: 78 vd). Mahkeme kendi ifadesiyle *“esasın biçim yönünden incelenmesi”*ne devam ederek³⁴ bu nitelikte de birçok karar vermiştir.³⁵

1982 Anayasasının bu konuya ilişkin yaklaşımı, 1971 türev kurucu iktidarın tepkisine paralellik göstermektedir. Yeni Anayasanın 148. maddesinin 2. fıkrası Anayasa Mahkemesinin yalnızca biçim denetimi yapacağı ifadesiyle yetinmemekte, biçim kavramının tanımını Anayasa Mahkemesine bırakmadan somutlaştırmaktadır. Buna göre Anayasa Mahkemesi Anayasa değişikliklerini esas yönünden denetleyemeyeceği gibi, biçim yönünden denetimi de teklif ve oylama çoğunluğu ve ivedilikle görüşülemeyeceği hususlarıyla sınırlı olarak yapabilecektir.

1982 Anayasası sonrasında Mahkemenin yaklaşımının 1961 Anayasası döneminde farklılaştığı ve normatif sınırlar içinde kalındığı görülmektedir. 18.6.1987 tarihli kararı oldukça açık ifadeler içermektedir:

32 E. 1973/19, K. 1975/87, Kt. 15.4.1975, AYMKD 13, 403 (427).

33 Aynı karar, s. 461 vd.

34 Aynen karar metninde kullanılan bu ifade için bkz., E. 1976/38, K. 1976/46, Kt. 12.10.1976, AYMKD 14, 252 (265). Danıştay'ın somut norm denetimi yoluyla yaptığı başvuru üzerine verdiği bir sonraki karında bu *“biçim”* ifadesine bile gerek duymadan *“Esasın İncelenmesi”* başlığıyla incelemeye devam etmiştir. Bkz., E. 1977/82, K. 1977/117, Kt. 27.9.1977, AYMKD 15, 444 (456). Bu yöndeki geniş tartışma ve eleştiriler için bkz., Gözler, 2000: 1016 vd).

35 E. 1973/19, K. 1975/87; E. 1975/167, K. 1976/19; E. 1976/38, K. 1976/46; E. 1976/43, K. 1977/46; 1977/82, K. 1977/117.

“Anayasa Mahkemesinin görev ve yetkilerini belirleyen Anayasanın 148. maddesinde, Anayasa değişikliklerine ilişkin yasaların esas yönünden denetimine yer verilmediği gibi, bunların biçim yönünden denetimleri de, teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlı tutulmuştur. İptali istenen bu sınırlı sebeplerden herhangi birine ilişkin bulunmadığı sürece davanın dinlenmesi olanağı yoktur.

Dava dilekçesinde ileri sürülen hususlar Anayasanın 148. ve Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanununun 21. Maddelerinde sayılı ve sınırlı olarak belirlenen şekil bozukluklarından değildir. Bu itibarla işin esasına girilmeden yetkisizlik nedeniyle davanın reddine karar verilmesi gerekir.”³⁶

Anayasa Mahkemesi 05.07.2007 tarihli son kararında biçim denetiminin genişletilmesine yönelik çabaları reddederek pozitif hukuksal sınırlar içinde kalma kararlılığını göstermiştir.³⁷

Yukarıdaki açıklamalardan anlaşıldığı üzere, Anayasa değişikliklerine ilişkin kurucu iktidar tasarrufları Anayasa Mahkemesi içtihatlarıyla yaşanan diyalektiğin bir ürünüdür. Kurucu iktidar ile Anayasa Mahkemesi kararları arasındaki diyalektiğin ürünü olan Anayasal denetim yetkisi hakkında şu saptama yapılabilir: *Kurucu iktidar, sözü edilen sınırlı biçimsel denetim olanağı dışında, Anayasa değişikliklerinin herhangi bir yolla denetime tabi tutulmasını açıkça reddetmektedir* (Benzer yönde Teziç, 2003: 169).

1982 Anayasasına Göre Anayasa Değişikliğinin Aşamaları

Anayasa yasaların hukuk dünyasında geçerliliği aşamalarını, teklif, kabul ve yürürlük olarak üçe ayırmaktadır. Bu aşamalar Anayasa değişiklikleri bakımından da geçerli olmakla birlikte, niteliksel farklılıklar da içermektedir.

1982 Anayasası çeşitli yönlerden katı Anayasa özelliğini taşımaktadır. Bu özelliklerden biri değiştirilmesi yasaklanan maddelerin varlığı iken, diğeri de Anayasanın türev kurucu iktidar tarafından değiştirilmesinin olağan yasalara oranla zorlaştırılmasıdır.

Teklif

1982 Anayasasının 4. maddesi değiştirilemez maddelerden olan 1. ve 3. maddelerdeki hükümlerden söz ederken, 2. maddede yalnızca niteliklerin değiştirilemezliğinden söz etmektedir. Doktrinde bu yönde çeşitli tartışmalar yapılmaktadır. Tartışmalarda, 1. ve 3. maddelerin lafzına dokunulamayacağı, ancak 2. maddede yalnızca niteliklerden söz edildiğine göre, nitelik kapsamına girmeyen özelliklerde düzenlemeler yapılabileceği savunulurken, kimi görüşlerin tüm maddelerin lafzına dokunulamayacağı biçiminde somutlaştığı görülmektedir (Tartışmalar için Onar, 1993: 27).

³⁶ E. 1987/9, K. 1987/15, Kt. 16.6.1987, AYMKD 23, 282 (294).

³⁷ E. 2007/72, K. 2007/68, 07.08.2007 tarihli ve 26606 sayılı RG. Cumhurbaşkanının iptal dilekçesinde Geçici Madde 19'un “oylama çoğunluğu” dışındaki usul eksiklikleri nedeniyle iptal edilmesine yönelik istemi (RG, s. 57), yetkisizlik yönünden reddedilmiş (RG, s. 81).

Her halükarda Anayasanın ilk dört maddesi bakımından hem değişiklik, hem de teklif yasağı öngörülmüştür. Teklif ve değişiklik bakımından başkaca içeriksel bir sınırlama ve yasaklama söz konusu değildir. Yukarıda belirtildiği gibi bu yasakların yeni bir kurucu iktidarın yeni bir Anayasa hazırlaması aşamasında herhangi bir bağlayıcılığı bulunmamaktadır. Bu nedenle değişmez maddeler üzerinde ciddi meşruiyet tartışmalarının başlaması durumunda, “yeni kurucu iktidarın” ortaya çıkmaya başladığını ve bu maddelerin değiştirilemezliği gerekçesinin pratik bir anlamının kalmayacağını kabul etmek gerekir (Tartışmalar için Teziç, 2003: 167).

Anayasanın 175. maddesine göre Anayasanın değiştirilmesi süreci TBMM üye tamsayısının en az 1/3'ünün yazılı teklifi üzerine başlatılabilir. Dolayısıyla Bakanlar Kurulunun *tasarı* biçiminde Anayasa değişikliği sürecini başlatma olanağı bulunmamaktadır.³⁸ Anayasanın bu yönde 1924 ve 1961 Anayasalarındaki siyasal tercihi sürdürdüğü görülmektedir.

Tekliflerinin yazılı olması dışında 175. maddede başkaca bir hüküm olmaması nedeniyle, 2. fıkrasındaki “Anayasanın değiştirilmesi hakkındaki tekliflerin görüşülmesi ve kabulü, birinci fıkradaki kayıtlar dışında, kanunların görüşülmesi ve kabulü hakkındaki hükümlere tabidir” kural nedeniyle tekliflerin aynı zamanda gerekçeli olması gerektiği anlaşılmaktadır. Aynı fıkranın göndermesi nedeniyle tekliflerin İttüzüğün 74. maddesi uyarınca ilgili komisyona havale edilmesi gerekir. Komisyon aşamasında teklif metninde esaslı değişiklik yapma ya da yeni düzenleme ekleme biçimindeki bir tasarrufun, teklif koşuluna aykırı olacağı savunulmaktadır (Onar, 1993: 47). Komisyon ya da komisyonlarda kabul edilen teklif metni yasalardaki usule paralel olarak Genel Kurula sunulur.

Görüşülme ve Oylama: Kabul

Teklifler Genel Kurulda iki defa görüşülmek zorundadır. Bu kural 1961 Anayasasında ve yeni Anayasanın 1987 değişikliği öncesinde “ivedilikle görüşülemez” biçiminde ifade edilmekteydi. 1987 değişikliğiyle ivedilikle görüşülmezlik kuralı, iki defa görüşülme zorunluluğu olarak değiştirilmiştir. 148. maddenin 2. fıkrasındaki “ivedilikle görüşülemeyeceği” ifadesine doku- nulmamıştır. Ancak iki defa görüşme kuralı öncelikle görüşmeye engel değildir. Meclis diğer yasalara göre Anayasa değişikliği teklifini öncelikli olarak görüşmeyi kabul edebilir. Önemli olan iki defa görüşülme yasağının çiğnenmemesidir.

Bu koşulun temel amacı Anayasa değişikliklerinin aceleye getirilmemesi, konu üzerinde daha titizlikle durulması ve iki görüşme arasında kamuoyunun çeşitli yollardan ifade bulabilmesi olarak kabul edilebilir (Özbudun, 2003: 151).

Görüşme ile oylama aynı kavramlar değildir. Görüşmelerin mutlaka oylamayla sonuçlanması da Anayasal düzenimiz bakımından bir zorunluluk oluşturmamaktadır. Örneğin her bir usul tartışmasının sonunda oylamaya gidilmesi zorunlu olmadığı gibi, genel görüşme sonrasında ya da genel görüşme açılmasının

³⁸ Kuşkusuz bu ifade, hükümetlerin siyasal programları çerçevesinde Anayasa değişikliği iradesini ortaya koymasına ve Meclisteki çoğunluğa dayanarak bunu gerçekleştirmesine engel oluşturmaz.

ardından oylama zorunluluğu bulunmamaktadır. Yine yasalar üzerinde yapılan görüşmelerin ardından oylama yapılmaksızın tasarı ya da teklifin geri çekilmesi durumunda herhangi bir oylama olmaksızın görüşmenin sonuçlanması söz konusu olabilmektedir.

Anayasanın 175. maddesinin 1. fıkrasında tekliflerin Genel Kurulda iki defa görüşülmesi öngörülmektedir. Her bir görüşmenin aynı zamanda oylamayla sonuçlanması gerektiğine yönelik bir ifade bulunmamaktadır. Kabulün beşte üç çoğunluğun gizli oyuyla mümkün olacağı belirtilmektedir. Anayasanın 148. maddesi ise yalnızca “ivedilikle görüşülemeyeceği”ne vurgu yapmakta, oylamalar bakımından “teklif” ve “oylama” çoğunluğu ifadelerini kullanmaktadır. Her iki maddenin lâfzî analizinde, Anayasa değişikliği teklifinin iki defa görüşülmesinin zorunlu olması ve kabulün de 3/5 çoğunluğun oyuyla mümkün olduğu kuralının dışında, her bir görüşmenin ardından maddelerinin ya da bütünüünün oylanması gerektiğine ilişkin herhangi bir anayasal direktif saptamak olanaksızdır.

İki defa görüşülmenin ardından oylama yapılması gereği,

1961 Anayasasında biçim denetimin hangi kurallara göre yapılması gerektiğine ilişkin bir kural bulunmaması nedeniyle, içtüzüğe aykırılığı da Anayasaya aykırılık gerekçesi olarak kabul eden Anayasa Mahkemesi kararları³⁹

Meclis İçtüzüğü'nün 94. maddesi (eski 92. madde)

Anayasanın 175. maddesinin nasıl anlaşılması gerektiğine ilişkin tartışmaların ardından, Anayasa teamülüne dönüşen Meclis uygulamalarından ve bu yöndeki meclis kararları ve Başkanlık tezkerelerinden, ve Anayasanın 175. maddesinin ikinci fıkrasının, 88. ve 89. maddelere göndermede bulunmasından, bu maddelerin de içtüzüğe yaptığı gönderme üzerine, içtüzük kurallarından doğmaktadır.

Bu sonucun şaşırtıcı olmaması gerekir. Çünkü yasama faaliyetleri çerçevesinde ortaya çıkacak tüm sorunların, yasa ve Anayasanın uygulanması sırasında ortaya çıkacak tüm yorum farklarının Anayasalarda düzenlenmesine olanak bulunmamaktadır. Her bir yasama döneminde yüzlerce usul tartışması açılmakta ve bu tartışmanın sonucunda da ilgili Anayasa ya da içtüzük kuralının nasıl uygulanacağı konusunda oylamalar yapılarak ilke kararları alınmaktadır (Aynı yönde, İba, 2003: 309). Yasama faaliyetinin ve siyasal karar ve tercihlerin otantik-dinamik yapısı nedeniyle bu konuların dinamik yasama anlayışına uygun olarak uygulayıcı tasarrufu içinde değerlendirilmesi kaçınılmazdır. *Değişikliğin zorlaştırılması ilkesine* paralel olan *denetimin zorlaştırılması ilkesi* birlikte düşünüldüğünde, kanımca Anayasa koyucunun, türev kurucu iktidar iradesini doğrudan doğruya Anayasada öngörülen tüketici denetim olanağı dışında, akla gelebilecek tüm olasılıklarda aşılmaz engellere tabi tutmak gibi bir iradesi bulunmamaktadır.

39 E. 1970/1, K. 1970/31, Kt. 16.6.1970, AYMKD 8, 313; E. 1973/19, K. 1975/87, Kt. 15.4.1975, AYMKD 13, 403 (461).

Yasa koyucu yasamanın genelliği ilkesi uyarınca Anayasaya aykırı olmamak koşuluyla her alanı dzenleyebildiğine ve dzenleme de aksi kanıtlanmadığı srece “anayasaya uygunluk karinesi”nden yararlandığına göre, hatta bu karineyi gclendirmek için “anayasaya uygun yorum/ Verfassungskonforme Auslegung” ilkesinden yararlanıldığına göre, Anayasanın 4. ve 175. madde dışında hiçbir kayıtlamaya tabi olmayan türev kurucu iktidarın gerçekleştirdiği Anayasa değişikliklerinin bu ilkelerden evleviyetle yararlanması gerekir.

Ancak, İtzzge aykırılığın denetim koşulu olarak kabul edilmesi durumunda, itzzk niteliğindeki meclis kararlarının, başkanlık tezkerelerinin ve Anayasa Mahkemesi içtihatlarında sıkıca itzzk değer ve etkisinde kabul edilen “eylemli itzzk kuralları”nın da esas alınması gerekecektir.

İtzzg esasa alan tartışmalara geçersek,

İtzzgn 94. maddesine göre birinci görüşmede teklif maddelerinin oylanmasında gerekli çoğunluğun alınmamış olması, aynı maddenin ikinci görüşmede tekrar görüşülüp kabul edilmesine engel oluşturmamaktadır. Bu yaklaşım doktrinde eleştirilmekle birlikte (Onar, 1993: 55; zbudun, 2003: 153), uygulamaya da egemen olan görüş olduğunu belirtmemiz gerekir.⁴⁰

Öte yandan görüşmeler sırasında değişiklik nergelerinin verilebilmesi, teklif için zorunlu olan 1/3 çoğunluğa gereksinim bulunmamaktadır. En az 5 milletvekili yazılı olarak önerge verebilirler. Bu nergeler işaret oyuyla ve basit çoğunlukla kabul edilirse, maddenin bu yeni önergenin kabulüyle aldığı yeni biçim yeniden gizli oyla ve nitelikli çoğunlukla oylanır.

Bu aşamalarda ayrıntılı dzenlemeler İtzzkte yer almaktadır. İtzzgn 93. maddesinin göndermesiyle 81. maddesine göre önce teklif hakkında görüşme açılır. Görüşmenin ardından soru-cevap işlemi yapılır. Bu aşamadan sonra teklifin maddelerine geçilip geçilmemesi oylanır. Yine aynı maddeye göre, Anayasa değişikliği teklifinin gizli oylamaya tabi tutulması zorunludur (Gözler, 2007: 534). Bu oylamada ne tür bir oylama çoğunluğunun gerekli olduğuna yönelik Anayasanın 175. maddesinde bir hüküm bulunmamaktadır. İtzzgn 93. maddesi, İtzzgn 81. maddesine gönderme yaptığı ve maddelerin birinci, ikinci ve tümü hakkında oylamalara ilişkin açık kurallar ngrdg halde, teklifin maddelerine geçilmesine ilişkin herhangi bir kural içermemektedir. Bu durumda İtzzk bakımından teklifin maddelerine geçilmesine dair oylama çoğunluğunun basit çoğunluk olduğu sonucu doğmaktadır. Anayasa Mahkemesi 05.07.2007 tarihli kararında “Teklifin maddelerine geçilmesi için gerekli oylama çoğunluğu, Anayasanın 96. ve İtzzgn 146. maddelerinde öngörülen basit çoğunluktur. Teklifin maddelerine geçilmesi oylamasında nitelikli çoğunluk koşulunun aranması, Anayasanın 175. maddesinin birinci fıkrasında ve İtzzk kurallarında belirtilen ‘iki defa görüşülme’ ve ‘iki defa oylama’ biçimindeki zorunluluğu etkisiz kularak işletilmemesine neden olabilecektir... Maddelere geçilme

40 1995 ve 2001 Anayasa değişikliklerinin görüşülmesi sırasında bu doğrultuda uygulamalar gerçekleşmiştir.

*aşamasının zorlaştırılarak bu olanağın ortadan kaldırılması Anayasa koyucunun iradesine aykırılık oluşturur” ifadeleriyle bu görüşe katılmıştır.*⁴¹

Bu açıklamaların ardından Anayasanın 175. maddesinin 2. fıkrasının göndermesi, 88. maddenin İçtüzüğe göndermesi uyarınca, yasaların görüşülme ve kabulü hakkındaki hükümlere tabi olan “*maddelere geçilmesi hakkındaki oylama*” da nitelikli çoğunluk aranmayacağı sonucu çıkmaktadır (Aynı yönde Tanör/Yüzbaşıoğlu, 2002: 283). Aynı sonucu “*önergelerin oylanması*” bakımından da kabul etmek gerekir.

Öte yandan maddelere geçilme oylamasının her iki görüşmede ayrı ayrı yapılmasının zorunlu olup olmadığına ilişkin herhangi bir anayasal direktif bulunmamaktadır. Kanaatimizce bir kere maddelere geçilmesi kabul edilmişse, bu yönde Meclis iradesinin oluşması nedeniyle ikinci bir oylamaya gerek yoktur. Aynı tartışmayı son oylama bakımından da yapmak olasıdır. Son oylamanın her bir görüşmenin ardından yapılmasını zorunlu kılan bir anayasal direktif bulunmamaktadır. İçtüzüğün 94. maddesi uyarınca teklifin tümü üzerindeki oylamanın 2. oylamanın sonunda yapılacağı öngörülmektedir (Aynı yönde Onar, 1993: 73 vd.). Gerçekten de son oylamanın anlam ifade edebilmesi için, teklif üzerinde olabilecek bütün değişikliklerin tamamlanması, bu yüzden de ikinci görüşmeden sonra yapılmasının daha anlamlı ve amaca uygun olduğu görülmektedir. Uygulama da bu yöndedir (Onar, 1993: 74).

Anayasanın 175. maddesinin 1. fıkrası ve İçtüzüğün 94. maddesinin 1. fıkrası uyarınca Anayasa değişiklik tekliflerinin kabulü TBMM üye tamsayısının beşte üç çoğunluğunun gizli oyuyla olanaklıdır. Bu genel kural çerçevesinde teklifin maddelerinin ve tümünün kabul edilmiş olması için TBMM üye tamsayısının 3/5'i olan 330 kabul oyuna ulaşması zorunludur.

Teklifin birinci görüşülmesi sırasında, her bir madde ayrı ayrı görüşülür ve ardından oylanır. Tüm maddelerin oylanması tamamlandıktan 48 saat sonra ikinci görüşme açılır. Bu görüşmede, birinci görüşmede gerekli oyu alıp almadığına bakılmaksızın tüm maddeler görüşülmeksizin oylanır. İkinci görüşmede ancak, birinci görüşmede verilmiş önergeler hakkında görüşme yapılır. Oylamalar tamamlandıktan sonra teklifin tümü üzerindeki oylamada gerekli çoğunluğun sağlanmasıyla teklif kabul edilmiş olur.

Tartışılması gereken bir nokta da, Anayasanın 148. maddesinin 2. fıkrasındaki oylama çoğunluğunun hangi aşamaları kapsamaması gerektiği sorusudur. Yukarıda ifade edildiği gibi, teklif için nitelikli çoğunluğun aranması, iki defa görüşülme yönündeki anayasal direktifi işlevsiz bırakacağından kabul edilemez. Aynı değerlendirmeyi birinci görüşmenin ardından yapılan oylamalar bakımından da yapmak olasıdır. İki defa görüşme bir anayasal direktif ise, ikinci görüşmeyi engelleyici bir yoruma geçerlik tanımamak gerekir. Buradan hareketle denetime esas alınması gereken çoğunluğun, 2. görüşmenin ardından yapılacak oylamalar olduğunun kabulü gerekir.⁴²

41 E. 2007/72, K. 2007/68, 07.08.2007 tarihli ve 26606 sayılı RG., s. 76.

42 Aksi yönde görüşler için bkz. (Onar, 1993: 55; Özbudun, 2003: 153). Bu çalışmalarda yer alan “değiştirme zorluğu” argümanı, genel bir yapısal argüman olarak kabul edilebilir, ancak Anayasanın sağladığı olanakları ve açık direktiflerini işletilemez bir geçerliliği olamaz.

Tartışılması gereken son nokta ise, maddeler ile bütünü hakkındaki oylamaların farklı çoğunluklarla kabul edilmesi durumunda, gerek kabul, gerekse zorunlu/ ihtiyari halkoymasına sunulma bakımından hangi çoğunluğun esas alınması gerektiğine ilişkindir. Bu konuya aşağıda değinilecektir.

Yayım ve Yürürlük

Her Őeyde önce üzerinde belirtmek gerekir ki, bütün Anayasa hukuku çalışmalarında, “onay” aşamasından söz edilmesine rağmen, yayım ve yürürlük aşaması dışında “onay” biçimindeki bir aşamanın hangi hukuksal temele dayandığına ilişkin herhangi bir açıklama bulunmamaktadır.

Hemen belirtmemiz gerekir ki, 1924 Anayasasında (Md. 102) ve 1961 Anayasasında (Md. 155) Anayasa değişikliklerinde Cumhurbaşkanının rolüne ilişkin herhangi bir veri bulunmamaktaydı. Dolayısıyla her iki Anayasa bakımından yasaların yürürlüğüne ilişkin genel kurala göre hareket edilmektedir.

Anayasanın 175. maddesinde Cumhurbaşkanının “onaylama” yetkisinden söz edilmemektedir. Ancak yasalar bakımından geri gönderme yetkisi tanındığı halde, bu yetkinin “onay” olmadığı bilinmektedir. Cumhurbaşkanına bu maddede biçilen rol, geri gönderme, resmi gazetede yürürlüğe sokmak üzere ya da referanduma götürmek üzere yayımlama ile ilgilidir. Dolayısıyla Cumhurbaşkanının olumlu iradesi yürürlük koşulunu oluşturmaktadır. Halkoymasına ilişkin 6. fıkraya bakıldığında, değişikliklerin yürürlüğe girmesi için halkoymasında kabul edilmesinin zorunlu kılındığı açıkça anlaşılmaktadır. Dolayısıyla “onaylama” yetkisinden söz edilemeyeceği gibi, bu yetkinin Cumhurbaşkanı ile halk arasında *paylaşıldığından* da söz edilemez. Paylaşılan onay yetkisi değil yürürlüğe sokma yetkisidir.

Cumhurbaşkanının “*uygun bulma*” biçimindeki iradesi yasalaşmanın değil, “*Resmi Gazetede yayımlanması*”nın koşuludur. Anayasanın 89. maddesinin açık lafzı, Cumhurbaşkanı “*yayımlanmasını* kısmen ya da tamamen uygun bulmadığı yasalar” ifadesini kullanmaktadır. Cumhurbaşkanının görevlerini düzenleyen 104. madde, “*kanunları yayımlamak*” ve “*kanunları tekrar görüşülmek üzere Türkiye Büyük Millet Meclisine geri göndermek*”ten söz etmektedir (Aynı yönde Aliefendioğlu, 1988: 13).

Onay ile yayımlama birbirinden farklı kavramlardır. Onaylama yasa tasarısının “yasalaşması” için zorunlu koşuldur. Onaylamanın kabul edildiği sistemlerde Devlet başkanına gönderilen metin “yasa tasarısı” niteliğinde olup, onaylama işlemi ile “yasa” niteliğini kazanır. Yani metnin yasalaşması için parlamentonun ve devlet başkanının iradeleri zorunludur (Teziç, 2003: 47 vd).

Türk Anayasa dokümanlarında onaylama aşamasının öngörüldüğü tek Anayasa 1876 Anayasasıdır. Bu Anayasanın 54. maddesi *tekliflerin* (kavanin layihaları) padişahça onaylanmasından söz etmektedir. Bu Anayasadaki onay, *yasa tekliflerinin* (kavanin layihalarının) maddeleri üzerinde görüşme aşamasından önce gerçekteşen bir onaydı. İkinci meşruiyetle birlikte gerçekteşen 1909 değişikliklerinin

ardından, Mebusan ve Ayan Meclislerince kabul edilip Padişahın onayına sunulan yasa tasarıları iki ay içinde ya “tasdik” edilmeli ya da bu süre içinde yeniden görüşülmek üzere bir defaya mahsus olmak üzere geri gönderilirdi. Her iki mecliste 2/3 ile kabul edilme durumunda Padişahın tasarıyı “tasdik” etmesi zorunlu olmaktadır.

Bu yaklaşımın bugünkü Anayasa bakımından kabul edilmesi durumunda, Cumhurbaşkanının imzasını ya da halkoylamasında kabul edilmeyi, yasalasma sürecini tamamlayan “tasdik” niteliğinde işlemler olarak kabul etmek gerekir. Aynı sonucun “yasalar” bakımından da kabulü zorunlu olacaktır. Bu durumda “Anayasa değişikliği hakkında bir kanunun” varlığından söz etmek için ya Cumhurbaşkanının “onaylamasını” ya da “halkoylamasında kabul edilmesi”ni beklemek gerekecektir. “Yasa” yoksa buna karşı iptal davası da açılmaz. Bu görüşün kabul edilmesi durumunda, halkoyuna sunulan bir Anayasa değişikliğine karşı Cumhurbaşkanı ya da Meclis üye tamsayısının 1/5’inin açacağı iptal davanın yetkisizlik yönünden reddedilmesi gerekecektir.⁴³

Cumhuriyet dönemi Anayasaların hiç birinde Cumhurbaşkanının “onay” yetkisinden söz edilmemektedir. Cumhurbaşkanının geri gönderme yetkisi de bir “uyarı” niteliğinde olup, yasama faaliyeti bakımından “kurucu” niteliğe sahip değildir. Bunun monarşiye karşı sağlıklı bir tepkinin ürünü olduğu kabul edilmektedir (Eroğul, 1987: 27).⁴⁴

Dolayısıyla Cumhurbaşkanının gerek yasa gerekse Anayasa değişiklikleri çalışmalarındaki yetkisi “yayımlamak”, “tekrar görüşülmek üzere Meclise geri göndermek” ya da “halkoyuna sunulmak üzere yayımlamak”tan ibarettir. Anayasanın yasama faaliyetlerinde Cumhurbaşkanına tanıdığı yetkinin bunun ötesine taşınarak “onay” merciine yükseltilmesi tarihsel gerçeklerle de bağdaşmamaktadır. Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin kurtuluş savaşında oynadığı rol ve sahip olduğu simgesel değer, Anayasalarda da yansımaları bulmaktadır. Monarşik yapıdan mutlak kopma anlamına gelen ve tüm devlet iktidarının tek hâkimi olarak tasarlanan yeni devletin Anayasasında parlamento dışı bir kuruma yasama faaliyetlerinin “onaylanması” biçimindeki bir yetkinin verilmesi düşünülemezdi. 1921 Anayasasında mutlak olarak kabul edilen Meclisin egemenliği ilkesi, 1924 Anayasa döneminde diğer yürütme ve yargılama bakımlarından zayıflatılmış olsa da yasama bakımından değişmeden devam ettiği ortadadır. 1961 Anayasasıyla başlayan süreçte yürürlük ve geçerlilik bakımından kimi meclis dışı denetim mekanizmaları eklenmiş olsa da, “parlamento iradesi”nin tesis edilmesi aşamasına değil, tesisden sonraki aşamaya

43 Anayasa Mahkemesinin 05.07.2007 tarihli E. 2007/72, K. 2007/68 sayılı kararında, bu doğrultuda savunulan görüşlere itibar edilmemiş ve işin esasının incelenmesine oybirliğiyle karar verilmiştir.

44 1987 Anayasa değişiklikleri arifesindeki bu yazısında Eroğul'a göre “bizim cumhuriyet geleneğimizde, devlet başkanına anayasa değişikliklerinde söz hakkı verilmez. Bu tutum, imparatorluk anayasalarında son sözü padişaha verme yöntemine karşı, sağlıklı bir tepki olarak gelişmiştir. Anayasa toplumun tümünü ilgilendiren bir düzenleme olduğuna göre, bunda, sadece toplumu doğrudan doğruya temsil edenlerin söz hakkı olması gerekir. Ne yazık ki, birçok demokratik geleneğimiz gibi, bu geleneğimiz de 1982 Anayasası tarafından yıkılmıştır. Bu büyük yanlışın dönülmesi, hiç kuşku yok ki, son derece yararlı olacaktır.” Aktaran (Onar, 1993: 97, dn. 124).

eklemlenmeden söz edilebilir. Anayasalık denetimiyle birlikte Cumhurbaşkanınca iade yetkisini bu bağlamda değerlendirmek gerekir. Ayrıca anayasalık denetiminin “a posteriori” denetim olarak öngörölmüş olması da “*yasama hâkimiyeti*” bakımından görüşümüzü desteklemektedir.

Anayasa değişikliğinin Cumhurbaşkanınca iadesi üzerine TBMM'nin ancak nitelikli bir çoğunlukla bu değişikliği kabul edebileceği varsayılsabıle, bu zorlaştırma doğrudan doğruya Parlamento iradesine yönelik olup, Cumhurbaşkanını “onay” mercii haline getirmemektedir.

Anayasa Değişikliğinde Karar Yeter Sayısı

Anayasa değişikliğinin kabulü için yeter sayı, Anayasanın 175. maddesinin “genel hüküm” niteliğindeki 1. fıkrasında beşte üç olarak belirlenmiştir. 3. ve 5. fıkralardaki üçte iki çoğunluk ise “halkoyuna sunabilir” ifadeleriyle aynı sözcük dizimi içinde kullanılmıştır.

Anayasanın kabulü için yeter sayının 3/5 olduğuna ve bu sayıya ulaşan bir değişikliğın referandum koşuluyla yürürlüğe gireceğine ilişkin herhangi bir itiraz bulunmamaktadır.

Temel tartışma konusu, Cumhurbaşkanını'nın Anayasa değişikliğini bir daha görüşölmek üzere meclise geri göndermesi durumunda yeniden yasalaştırma için gerekli olan çoğunluğun ne olduğudur. Bunun aynı zamanda bir yorum sorunu olduğu tartışmasıdır.

İncelenen akademik çalışmalarda Cumhurbaşkanınca iade edilen Anayasa değişikliklerinin aynen kabul edilmesi için 3/5 sayısının yeterli olduğuna ilişkin yalnızca bir çalışmaya rastlanmıştır (İba, 2003: 306).⁴⁵ Anayasa hukuku öğretisi Anayasanın 175. maddesinin 3. ve 5. fıkralarının birlikte yorumundan hareketle iade üzerine 2/3 çoğunluğun gerekli olduğunu, 1987 yılında gerçekleştirilen Anayasa değişikliğinin, Cumhurbaşkanının geri göndermesi durumunda herhangi bir “kolaylaştırma” sağlamadığı görüşündedir (Tanör/Yüzbaşıoğlu, 2002: 285; Özbudun, 2003: 154 vd; Onar, 1993: 69, 83 ve 90; Gözler, 2000: 996 vd). Ancak belirsiz bir *zorlaştırma argümanı* dışında, hangi tartışma ve akıl yürütme sonucunda bu yargıya ulaşıldığını saptamak oldukça güçtür.

Anayasanın katılığı, dolayısıyla Anayasa değişikliklerinin olağan yasalardan daha zor koşullara bağlanmış olması, Cumhurbaşkanının geri göndermesi üzerine bir zorlaştırmayı gerektireceği düşünölebilir. Ancak katılığın 3/5'lik çoğunluk ve halkoyuna sunulma unsurlarıyla da sağlandığı, hatta TBMM üye tamsayısının salt çoğunluğunun dahi bir katılık anlamına geleceği dikkate alındığında bu görüşün zayıflığı ortaya çıkmaktadır.

45 Ancak yazar bu çalışmada, Anayasanın 175. maddesinin 5. fıkrasındaki “*Doğrudan veya Cumhurbaşkanının iadesi üzerine, Meclis üye tamsayısının üçte iki çoğunluğu ile kabul edilen Anayasa değişikliğine ilişkin kanun.*” tamlamasının, doktrindeki görüşü güçlendirdiğini de kabul etmektedir.

Lâfzî Yorum

Anayasanın 175. maddesinin 1. fıkrası, teklif, görüşme ve oylamaya ilişkin *genel kural* koymaktadır. Görüşme iki defa yapılır. Değiştirme teklifinin kabulü için de 3/5 çoğunluğun yeterli olduğu öngörülmektedir.

2. fıkra 175. maddedeki ayrı kurallar dışında olağan yasalarla ilgili kuralların geçerli olduğunu belirterek yasalama sürecine ilişkin bir atf kuralı getirmiştir. Bu durumda 175. madde ile diğer hükümler arasında lex-specialis kuralı geçerlidir.

3. fıkranın birinci tümcesi, Cumhurbaşkanının geri gönderme yetkisi bulunduğunu bildirmektedir. Dolayısıyla fıkranın düzenleme konusu geri gönderme kurumudur. İkinci cümlesinde “*Meclis, geri gönderilen Kanunu, üye tamsayısının üçte iki çoğunluğu ile aynen kabul ederse Cumhurbaşkanı bu Kanunu halkoyuna sunabilir*” ifadesi yer almaktadır. Önermeyi yalınlaştırırsak, Meclis değişikliği “*üçte iki oyla kabul ederse, Cumhurbaşkanı halkoyuna sunabilir*”. Sunabilme bir seçim hakkının varlığına işaret eder. $p (2/3) \Rightarrow q$ (seçim hakkı doğar). Dikkat edildiğinde, seçim hakkı (q), 2/3 ile kabul ($p \Rightarrow$) koşuluna bağlanmış bir sonuçtur. Farklı bir ifadeyle 2/3 ile kabul seçim hakkını kullanmanın temel koşuludur. Aksi ile kanıttan (*argumentum a contrario*), 2/3 sağlanmaz, ancak 1. fıkradaki 3/5'in de üstü bir çoğunluk gerçekleşirse, “kabul” gerçekleşmiş, ancak “referanduma sunma” olanağını ortadan kaldırmış olur. Çünkü artık (p) gerçekleşmemiştir. “2/3 ile kabul etmezse” ne olacağı, yani seçim hakkının ortadan kalkmasına bağlanmış normatif sonuç ise 4. fıkrada açıkça belirtilmiştir.

Görüldüğü gibi düzenleme konusu geri gönderme kurumu olduğu halde, 2. fıkranın 2. tümcesi aynen kabul için 2/3 ile kabul edilmesini zorunlu kılan bir ifade biçimi içermemektedir. Aşağıda inceleneceği gibi, tarihsel ve genetik yorumla Anayasa koyucunun iradesinin aksi yönde olduğu görülecektir.

Belirli bir mantıksal sırayı takiben dördüncü fıkraya geçildiğinde burada ortaya çıkabilecek gramatik belirsizlik netleşmektedir. “2/3 ile kabul edilmez, ama 3/5'in üzerinde kabul edilirse” Cumhurbaşkanı Anayasa değişikliğini halkoyuna sunulmak üzere Resmi Gazetede yayımlamak zorundadır. Bu fıkra, 2/3'ten az çoğunluk durumunda seçimlik yetkinin olmadığı duruma ilişkin genel düzenleme niteliğindedir. Bundan hareketle kuralın temel amacının değişikliklerin Cumhurbaşkanınca yürürlüğe konması yetkisini sınırlamak ve bu engelin aşılmasını nitelikli bir çoğunluğa bağlamak olduğu sonucuna ulaşılmaktadır (Aynı yönde Özbudun, 2003: 154).

Aynı değerlendirme 175. maddenin 5. fıkrası bakımından da geçerlidir: Birinci tümcesindeki sıfat tamlaması “*Doğrudan veya Cumhurbaşkanının iadesi üzerine* (temporal), *Meclis üye tamsayısının üçte iki çoğunluğu ile kabul edilen* (kausal)” biçimindedir. Bu niteliklere sahip yasa bakımından bir ayrıma gidilmektedir. 2/3 ile kabul edilmişse Cumhurbaşkanı bu yasanın tamamını ya da gerekli gördüğü maddelerini halkoyuna sunabilecektir. Bu ifadenin düzenleme konusu *2/3 ile kabul zorunluluğu değildir*; aksine bu çoğunlukla kabul edilmiş bulunan bir Anayasa değişikliğinin bağlı olduğu yayım ve yürürlük rejimini belirlemektir.

Son olarak, maddenin 1. fıkrasında yer alan “değişirme teklifinin kabulü Meclisin üye tamsayısının beşte üç çoğunluğunun gizli oyuyla mümkündür” biçimindeki genel ve açık hükümden hareketle “kabul” üzerinden yapılacak her bir tartışmanın yanıtının, “ayrık bir kural bulunmadığı sürece”, “3/5” sayısının olduğu söylenebilir. Ayrıklığın (istisnanın) dar yorumlanması, genel metodolojik ilkelerdendir. Teziç Anayasa Mahkemesinin 24. Kuruluş Yıldönümü nedeniyle düzenlenen sempozyumda (1986) sunduğu bildiriye “Gerçi Anayasa (175/3), Cumhurbaşkanınca geri gönderilen değişiklik metninin ‘aynen kabul’ edilmesinde bir çoğunluk sayısı öngörmüyor. Fakat burada da, Anayasanın 175. maddesinin 1. fıkrasındaki genel kural uyarınca, üçte iki çoğunluk söz konusu olacaktır” görüşüyle doğru metodolojiye işaret etmektedir (Teziç, 1986: 93). Dolayısıyla “kabul” hakkındaki temel kuralın 175. maddenin 1. fıkrası olduğu, diğer fıkralardaki oranların “referandumdan kaçınma” olanağına işaret ettiğini kabul etmek gerekir.

Bu görüşümüz Anayasa Mahkemesinin 5678 sayılı Anayasa değişikliğini Anayasaya uygun gördüğü 05.07.2007 tarihli kararında da paylaşılmıştır (Bkz. 07.08.2007 tarih ve 26606 sayılı Resmi Gazete, s. 78).

Genetik ve Tarihsel Teleolojik Yorum

17.5.1987 günlü ve 3361 sayılı Yasanın 3. maddesiyle değiştirilen Anayasanın 175 maddesinin teklif aşamasında “Cumhurbaşkanı, Anayasa değişikliklerine ilişkin kanunları Türkiye Büyük Millet Meclisine geri gönderebilir. Bu takdirde, Türkiye Büyük Millet Meclisinin geri gönderilen Anayasa değişikliği hakkındaki kanunu, aynen kabul edip tekrar Cumhurbaşkanına gönderebilmesi, üye tamsayısının üçte iki çoğunluğuyla mümkün olabilir” biçimindeki metin, komisyonda değiştirilerek “Cumhurbaşkanı Anayasa değişikliklerine ilişkin kanunları, bir daha görüşülmek üzere Türkiye Büyük Millet Meclisine geri gönderebilir. Meclis, geri gönderilen Kanunu, üye tamsayısının üçte iki çoğunluğu ile aynen kabul ederse Cumhurbaşkanı bu Kanunu halkoyuna sunabilir” biçimini almıştır. Anayasa değişiklik gerekçesine bakıldığında bu yöndeki eğilimi görmek olasıdır. Teklif gerekçesindeki “Cumhurbaşkanı tarafından Anayasa değişikliklerine ilişkin kanunlar TBMM’ne geri gönderildiği takdirde TBMM’nin geri gönderilen Anayasa değişikliği hakkındaki kanunu aynen edip tekrar Cumhurbaşkanına gönderebilmesi üye tamsayısının üçte iki çoğunluğuyla mümkün olabilecektir” ifadesi, Anayasa Komisyonu Raporuna alınmamış ve yerine şu ifadelere yer verilmiştir: “Yapılan bu yeni düzenleme ile Cumhurbaşkanı, Anayasa değişikliği ile ilgili kanunu bir daha görüşülmek üzere Meclise geri gönderdikten sonra Meclis geri gönderilen kanunu üye tamsayısının üçte iki çoğunluğu ile aynen kabul ettiği takdirde bu Kanunu isterse halkoyuna sunabilecektir. Yeni düzenlemede, bir halde halkoyuna sunma mecburiyeti kabul edilmiştir. Bu hal, Anayasa değişikliğinin Meclisçe üye tamsayısının beşte üçünden fazla oyla kabul etmesine rağmen bu oy sayısının üçte iki ekseriyete ulaşmamasıdır.”

Bu verilerden çıkan sonuç, Meclise aynen kabul için 2/3 çoğunluk zorunluluğu ortadan kaldırılarak, 2/3 zorunluluğu, “Cumhurbaşkanının bu kanunu halkoyuna sunabilme” ifadesiyle ilişkilendirilmesidir. Anayasa Komisyonu gerekçesi herhangi bir ayırım yapılmaksızın 2/3’ün altına düşmenin halkoyuna sunmayı zorunlu kılan

bir hal olarak nitelendirildiğini göstermektedir. Komisyonun iradesinden iade üzerine “kabul” için 2/3 çoğunluğunun zorunlu olduğuna ilişkin bir sonuç elde etmek olası gözükmemektedir.

Tutanakların incelenmesinde, değişiklik teklifini hazırlayanlar ve bunu savunanlarda *Anayasa değişikliklerinin kolaylaştırılmasının, siyasetin ortaya çıkabilecek toplumsal ve siyasal krizlere yanıt verebilmesi, dolayısıyla demokrasinin ortadan kalkmasının engellenebileceği* görüşünün egemen olduğu görülmektedir.⁴⁶

Tutanakların incelenmesinde, değişikliğin zorlaştırma anlamına geldiğini savunanlar, kanıtı olarak “halkoyuna sunma” ile “bu olanağın, hangi oyla kabul edilmiş olursa olsun Cumhurbaşkanına tanınmış olması”nı göstermişlerdir.⁴⁷

Anayasa değişikliklerinde 2/3 çoğunluğunun yerine 3/5 çoğunluğunun aranması ve halkoyuna sunulma olanağının tanınmış olmasını kolaylaştırma olarak değerlendirmek gerektiği kanısındayız (Aynı yönde Onar, 1993: 67). Halkoyuna sunulma olanağının Cumhurbaşkanına tanınmış olması ise yeni bir durumu yansıtmamaktadır. Eski düzenlemede Cumhurbaşkanının bu yetkisi zaten vardı.

“Zorlaştırma” veya “kolaylaştırma” üzerindeki tartışmalarda, Cumhurbaşkanının geri göndermesi üzerine hangi oylama çoğunluğuna uyulması gerektiğine ilişkin hiçbir tartışmanın yaşanmadığı dikkati çekmektedir. Geri gönderme üzerine 2/3 kabul oyun gerekliliği amaçlanmış olsaydı, zorlaştırma niteliğinde olduğu ve “Cumhurbaşkanının iradesinin Meclisin ve milletin iradesinden daha güçlü kılınmış olduğu” gerekçesiyle değişiklik teklifini eleştiren görüşün bu argümanı rahatlıkla kullanacağını beklemek yanlış olmayacaktır.

Bu verilerin ışığında türev kurucu iktidarın amacının, *2/3 oy çoğunluğunu aynen kabul için değil, halkoyuna sunmaksızın yayınlanmasının temel koşulu olarak kabul edilmesi* olduğunun kabulü gerekir.

Bu yorumun, önceki Anayasalarda yer almayan halkoylamasını Anayasa değişiklikleri sürecine ekleyerek ilk defa yarı-doğrudan demokratik katılım olanağını sağlayan ve 1987 yılında bu olanağı daha da güçlendiren asli kurucu iktidar iradesine paralel düştüğü yadsınamaz.

Bir Anayasa değişikliğinin değişikliği kolaylaştırma ve siyasal kriz çözme amacı dikkate alındığında, bu Anayasa değişikliğinin aynı zamanda bunu imkânsızlaştıracak, en azından aylar süren değişiklik mücadelesinin bu değişikliği anlamsızlaştıracak bir amaç için gerçekleştirilebileceği iddiasının tutarlı olmadığı düşünülmektedir. *Kolaylaştırmayla kriz çözme* biçimindeki tarihsel amaç ile sınırsız bir geri gönderme yetkisine sahip Cumhurbaşkanının bu amacı her an bertaraf edebileceği gerçeği, uzlaşabilir önermeler değildir. Anayasa koyucu abesle iştigal etmez. Anayasa Mahkemesi 05.07.2007 tarihli kararında bu görüşü onaylamıştır (Bkz. 07.08.2007 tarih ve 26606 sayılı Resmi Gazete, s. 79).

46 TBMM Tutanak Dergisi, Cilt 40, s. 285, 286, 304.

47 TBMM Tutanak Dergisi, Cilt 40, s. 353, 354 ve 359.

Sistemantik Yorum

“Oylama çoğunluğu”nun ne olduğuna ilişkin başkaca bir Anayasa kuralı bulunmadığından, anayasal düzlemde bir sistemantik inceleme olanağı bulunmamaktadır. Anayasanın 175. maddesinin fıkralarının esas alınarak incelenmesi ise yukarıda “lâfzî yorum” başlığı altında yapılmıştır.

1987 Anayasa değişikliğinin ardından Anayasanın 175. maddesinin incelendiği 16.07.1987 tarihli kararında bu konuya değinme olanağı bulmamıştır. Bu kararda iptal istemi, dava konusu ihlalin Anayasanın 148. maddesinde denetlenebilir konularla ilgisi bulunmaması nedeniyle görevsizlik nedeniyle reddedilmişti.⁴⁸

İlgili kuralların nasıl anlaşılması gerektiğine ilişkin İçtüzük kurallarına gelince;

İçtüzüğün 94. maddesi 16.5.1996 tarihli 424 numaralı Meclis Kararıyla değiştirilmiştir. Aşağıda da görüleceği gibi, bu içtüzük değişikliğinin amacı Anayasaya uyum sağlanmasıdır. “Anayasa değişiklik tekliflerinin kabulü” başlığını taşıyan ve 1996 yılında kabul edilen İçtüzüğün 94. maddesinin, Anayasanın 1987 yılında yeniden düzenlenen 175. maddesinin uygulaması niteliğinde olduğu açıktır. İtzkler, Meclislerin anayasal görevlerini yerine getirmelerini sağlayıcı çalışma ve usul kurallarını içermektedir. 1996 yılındaki içtüzük değişikliklerine karşı herhangi bir iptal davası açılmış değildir. Anayasa Mahkemesince denetlenip iptal edilmedikleri sürece yasaların ve diğer denetime tabi kuralların Anayasaya uygunluğu karinesi geçerlidir.

İçtüzüğün 94. maddesi Cumhurbaşkanına göndermeden önceki safhaya münhasır bir düzenleme olduğuna ilişkin herhangi bir veri içermemektedir. Aynı şekilde, maddenin Cumhurbaşkanının geri göndermesi üzerine yapılacak oylamalarda geçerli olmadığını belirten açık ya da örtülü herhangi bir veri bulunmamaktadır. İçtüzüğün Anayasa değişikliğine ilişkin kurallar bütününün yorumundan da aksi yönden bir sonuç türetme olanağı saptanamamıştır. Öte yandan 1996 yılındaki içtüzük değişiklikleri sırasında meclisin aksi yönde bir iradesi olmuş olsaydı, eski düzenlemedeki “2/3 çoğunluk” ifadesi tamamen “3/5 çoğunluk” ile ikame edilmez, en azından Cumhurbaşkanının geri göndermesi üzerine geçerli bir çoğunluk verisi olarak bırakılırdı.

Lafzın olanak verdiği bir olgunun yorum yoluyla olanaksızlaştırılması ya da açıkça yasaklanmış olanın yorumla izin verilebilir biçime dönüştürülmesi yorum kurallarıyla bağdaşmaz (Depenheuer, 1988: 9).

Bu durumda Anayasanın 175. maddesinin ve İçtüzüğün 94. maddesinin oluşum süreci de dikkate alındığında, içtüzük kuralının bu sürecin temel algısına paralel olarak geri gönderme safhasının öncesi ve sonrası için herhangi bir fark yaratmaksızın genel bir kural koyduğu ortaya çıkmaktadır. Ayrık düzenlemeler bulunmadığı sürece, İçtüzük 94. maddenin Anayasa değişikliklerinin oylanmasında uygulanacak genel bir içtüzük kuralı olduğunun kabulü gerekir.

48 E. 1987/9, K. 1987/15, Kt. 16.6.1987, AYMKD 23, 282 (294).

Anayasanın bütünlüğü ilkesi dikkate alındığında, Cumhurbaşkanına tanınan geri gönderme yetkisinin Anayasa değişikliklerinin önemli, ilkesel ve yapısal tercihlerde değişime yol açmaları nedeniyle yalnızca düşünme zamanı (cooling-off) sağlama işlevine sahip olduğu, yoksa genel çağdaş Anayasalarda görülmeyen bir güçleştirme işlevi anlamına gelmediğini düşündürmektedir.⁴⁹ 3/5 ile kabul edilen yasanın geri gönderme üzerine 2/3 ile kabul edilmesini zorunlu kılmak, fiilen “mutlak veto” anlamına gelmekte⁵⁰ ve Anayasa değişikliği kurumunun doğasına aykırı sonuçlar doğurmaktadır.

Uygulamada 1995 değişikliklerinden beri ikinci oylamada yalnızca bazı maddelerin 2/3’ün altında bir çoğunlukta kaldığı, ancak tümünün 2/3’ün üstünde bir çoğunlukla kabul edilmesi durumunda, teklifin tümünün “referandumu gerektirmeyen” bir çoğunlukla kabul edilmiş sayıldığı, dolayısıyla “tümü üzerindeki oylamanın” yürürlük ile ilgili usulün belirlenmesinde esas alındığı görülmektedir. Gerçekte 1995 değişikliklerinde teklif maddelerinin yarısı 2/3 çoğunluğun altında kaldığı halde, diğer kısmı ile birlikte tümü 2/3 ile kabul edildiğinden, referanduma sunulmaksızın, yayımla yürürlüğe girmiştir.⁵¹

Anayasa Mahkemesi 05.07.2007 tarihli kararında bu sistematik yorumu benimseyerek, İçtüzüğü’nün 94. maddesinin Anayasa değişikliklerinin oylanmasında uygulanacak genel bir içtüzük kuralı olduğunun, Cumhurbaşkanının geri göndermesi üzerine yapılacak oylamalarda da uygulanacağını kabulü gerektiğinin altını çizmiştir (07.08.2007 tarih ve 26606 sayılı Resmi Gazete, s. 79).

Amaçsal Yorum

1961 Anayasası döneminde parlamentonun 2/3 çoğunluğu ile kabul edilen bir Anayasa değişikliğinin nasıl olup da Anayasa Mahkemesinde salt çoğunlukla iptal edilebildiği eleştirilmekteydi. Bu eleştiriler temelinde yeni Anayasanın 149. maddesi, Anayasa Mahkemesinin Anayasa değişikliğine ilişkin yasaları biçim yönünden iptal edebilmesini 2/3 oy çoğunluğuna bağlamaktaydı. Bu düzenlemenin Meclisin Anayasa değişikliklerini ancak 2/3 çoğunlukla kabul edebileceğine ilişkin 175. maddesine paralel bir düzenleme olduğu açıktır.

49 Avrupa’da güçleştirici vetonun genel kabul görmediği, mutlak anlamda vetonun ise genellikle Krallıklarda geçerli olduğu, ancak Avrupa krallıklarında bu hakkın sembolik olduğu, esas yetkinin hükümetlerde olduğu gözlenmektedir. Bkz., (Eroğul, 1974: 72 vd.).

50 Saptama Erdoğan *Teziç’e* aittir (Teziç, 1986: 92).

51 Tutanak Dergisi Cilt 93, 146. Birleşim, 22.7.1995, s 311. İkinci oylamadan önce Meclis Başkanı şu açıklamayı yapmıştır:

“Başkan: Teklifin tümünü oylamaya geçmeden önce, 3.5.1995 tarihinde, Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kuruluna, TBMM Başkanı Sayın Hüsamettin Cindoruk imzasıyla sunulan ve Anayasa değişikliği tekliflerinin ikinci görüşmelerindeki oy durumlarını kaide altına alan ve Meclisin kabul ettiği hükümlerin dördüncüsünü hatırlatma babında Genel Kurula arz etmek istiyorum.

Yapılan oylamada, maddelerin bir kısmı 270’in üzerinde, fakat 300’ün altında oy almış olsa, bir kısmı da 300’ün üzerinde oy almış olsa, tümünün oylanmasında, teklif, 300’ün üzerinde kabul edilirse, kanunun hiçbir maddesi kendiliğinden halkoylamasına sunulmaz. Aynı durumda, tümünün oylanmasında, teklif, 300’ün altında oyla kabul edilirse, Kanunun tümü kendiliğinden halkoylamasına sunulur” (Tutanak Dergisi Cilt 93, 146. Birleşim, 22.7.1995, s. 311). Bu ifadeler rakamlar değiştirilerek ve 5.7.1995 tarihli başkanlık tezkeresi olarak sonraki Anayasa değişikliklerinde tekrarlanmıştır.

1987 yılında 175. maddede yapılan ve ağırlıklı olarak siyasi yasakların kaldırılması tartışmalarının gölgesinde kalan Anayasa değişikliğiyle, Anayasa değişikliklerindeki kabul sayısı 3/5'e indirildi. 2001 değişiklikleriyle Anayasanın 149. maddesindeki iptal çoğunluğu da 3/5'e çekilerek paralellik yeniden kurulmuş oldu.

Amaçsal ve sistematik bakış Anayasa değişikliklerinin kabulü ve iptalinde demokratik meşruiyet paralelliğinin amaçlandığı ortaya çıkarmaktadır.

“Onay” yetkisine sahip olmayan Cumhurbaşkanı ne yasama faaliyetleri bakımından aşılması gereken yeni ve farklı bir bariyer olarak tasarlanmış, ne de Anayasa değişikliklerini zorlaştırıcı ya da olanaksız kılıcı bir engel olarak kabul edilmiştir. Anayasa değişikliliğini yapan irade kurucu iktidar iradesidir. Kendisi de kurulu iktidar olan Cumhurbaşkanı'nın Anayasa değişikliklerinde aşılması gereken zorlaştırıcı bir bariyer olduğu iddiası, kurucu iktidar iradesinin varlığı için, kurulu iktidar iradesinin onayının gerekli olduğu gibi eşyanın doğasına aykırı bir sonucu kabul etmek gerekecektir. Bu sonucun kurucu iktidarın amacı olduğu ileri sürülemez.

Sonuç

Kurucu iktidar erkler erki olarak tüm kurulu iktidarlara yaratan, onları yetkilendiren ve yetkilerinin sınırını çizen temel iktidardır. Bu iktidarı bağlayıcı herhangi bir pozitif hukuksal norm bulunmamaktadır. Bu iradenin Anayasa Mahkemesi dâhil olmak üzere kurulu iktidarlara denetlenmesi olanaksızdır. Kuşkusuz bu ifade, kurucu iktidarın toplumsal ve siyasal dinamiklerin etki alanında bulunduğu gerçeğini yadsımamaktadır.

Demokratik anayasalar, değişen siyasal, ekonomik ve sosyal koşulardan doğan toplumsal taleplere yanıt vermek zorundadır. Demokratik anayasalar, yalnızca çıkış ve oluşum itibariyle değil, toplumun taleplerine değişime olanak sağlamakla süreç içinde de toplumsal meşruiyete dayanmak zorundadır. Bu biçimde siyasal karar organlarının Anayasayı değiştirme işlevleri, Anayasanın demokratik meşruiyetini sağlayıcı önemli bir faktördür. Demokratik meşruiyetin sağlanması, ayrıca, toplumsal ve siyasal dinamizm ile ilişkili yargı organlarınca göz önünde bulundurulması ve anayasanın bu dinamizme uygun biçimde yorumlanmasıyla olanaklıdır. Anayasa yargısı anayasayı öncelikle dinamik bir biçimde yorumlayarak sağlayabilir. Katı olan anayasaları daha da katılaştırmak için Anayasa Mahkemelerine gerek yoktur.

Demokratik ülkelerde türev kurucu iktidar parlamentolardır. Bu iktidar, herhangi bir kurulu iktidarı ortadan kaldıracabileceği gibi, bu iktidarlara görev ve yetki alanlarında değişiklikler, *sistem içi farklılaşmalar yaratabilir; sistem haritasını, asli kurucu iktidarın izin verdiği çerçeve içinde yeniden çizebilir*. Anayasa türev kurucu iktidara içeriksel, zamansal ve biçimsel sınırlar çizebilir. Ancak bu sınırlar dışında türev kurucu iktidar herhangi bir normatif sınırlamaya tabi değildir. Türev kurucu iktidarın, İçtüzük benzeri Anayasa altı normlar veya kurumsal iradelerle bağlı olduğunu ileri sürmek olanaksızdır. Aynı yaklaşımın geçerli olduğu Türk hukuk sisteminde anayasa değişiklikleri zorlaştırıldığı gibi, buna koşut olarak denetimi

de zorlaştırılmıştır.

Türev kurucu iktidarın maddi sınırlarının Anayasanın ilk dört maddesi oluşturmaktadır. Bu maddeler dışındaki tüm maddeler Anayasanın 175. maddesindeki usullere uyularak değiştirilebilir. Anayasa Mahkemesi, türev kurucu iktidarı esastan denetleyemeyeceği gibi, biçim yönünden denetim yetkisi ise yalnızca teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği esasına uyulup uyulmayla sınırlandırılmıştır. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi anayasa değişikliğini denetlerken, ileri sürülen biçim eksikliğinin bir hukuksal sorun oluşturup oluşturmadığına bakmadan önce, bu hukuksal sorunun yetki alanına girip girmediğini saptamak durumundadır.

Anayasa değişikliklerinde teklif çoğunluğu, TBMM üye tamsayısının 1/3 oranındaki çoğunluğudur. Bu çoğunluğun saptanmasında herhangi bir sorun bulunmamaktadır. İvedilikle görüşme yasağı da 1987 Anayasa değişiklikleriyle iki defa (İçtüzüğün 93. maddesi uyarınca 48 saat arayla) görüşme biçiminde somutlaştırılmıştır. Buna karşın oylama çoğunluğundan ne anlaşılması gerektiği açık değildir. Oylama çoğunluğunu 148. maddenin gerekçesinden de yararlanarak yalnızca “son oylama”yla sınırlı olarak kabul etmek olanaklı olduğu gibi, İçtüzüğün 93. ve 94. maddelerinden yararlanarak maddeler hakkındaki 2. oylama ile son oylamayı kapsar biçimde kabul etmek de olanaklıdır. Oylama çoğunluğunu birden fazla oylamada zorunlu kılmanın, kurucu iktidar iradesini aynı oranda artan bir düzeyde sınırlandırma anlamına geleceği açıktır. Yasaların anayasaya uygunluğu karinesi, türev kurucu iktidar iradesinin kurucu iktidar iradesine uygunluğu karinesinden hareket edilerek, anayasallık denetiminin son oylamayla sınırlı olarak yapılmasının daha doğru olacağı düşünülmektedir.

Anayasa değişikliğinin kabul edilebilmesi için TBMM üye tamsayısının 3/5 oranındaki çoğunluğunun kabul oyu vermiş olması gerekir. Ancak bu durumda anayasa değişikliğinin yürürlüğe girmesi için referandumda kabul edilmesi gerekir. Buna karşın değişiklik mecliste 2/3 ve üzeri bir oyla kabul edildiği takdirde, Cumhurbaşkanı bu değişikliği referanduma sunmakta takdir hakkına sahiptir. Yukarıda ulaşılan sonuç, Cumhurbaşkanının değişikliği bir daha görüşülmek üzere Meclise göndermesinden sonraki aşama açısından da geçerlidir. 2/3 oy oranı değişikliği referandumsuz olarak yürürlüğe koyabilme barajı niteliğine sahip olup, kabul yeter sayısı ile ilgisi bulunmamaktadır. Bu nedenle Türk Anayasa Hukuku doktrininde görüş birliği içinde savunulan, “Cumhurbaşkanının iradesi durumunda aynen kabul için 2/3 oy çoğunluğu zorunludur” biçimindeki görüşün geçerliliği bulunmamaktadır. Nitekim Anayasa Mahkemesinin 05.07.2007 tarihinde verdiği E. 2007/72, K. 2007/68 sayılı kararında da bu inceleme sonucunda ulaşılan sonuç paylaşılmış bulunmaktadır.

Kaynakça

- ALEX, Robert (1994), *Theorie der Grundrechte* (Frankfurt: Suhrkamp, 2. Aufl.).
- ALİEFENDİOĞLU, Yılmaz (1988), "Yasaların Cumhurbaşkanınca Geri Gönderilmesi," *AİD* (Cilt 21, Sayı 1).
- BÖCKENFÖRDE, E.-W. (2000), *Anmerkungen zum Begriff Verfassungswandel*, in: *Staat, Nation, Europa* (Frankfurt: Suhrkamp, 2. Aufl.).
- CAN, Osman (2005), *Demokratikleşme Serüveninde Anayasa ve Siyasi Partilerin Kapatılması* (Ankara: Seçkin Yay.).
- DEPENHEUER, Otto (1988), *Der Wortlaut als Grenze, Thesen zu einem Topos der Verfassungsinterpretation* (Heidelberg: C. F. Müller).
- DEPENHEUER, Otto (2003), "Das Tabu im Verfassungsstaat," DEPENHEUER, Otto (ed.), *Recht und Tabu* (Wiesbaden: Westdeutscher Verlag).
- EROĞUL, Cem (1974), *Anayasayı Değiştirme Sorunu* (Ankara: AÜSBF Yay.).
- EROĞUL, Cem (1987), "Anayasa Değişikliği, Esası Unutturmayı Amaçlayan Usul Tartışması," *Mülkiyeliler Birliği Dergisi* (Sayı 86).
- GÖZLER, Kemal (1998), *Kurucu İktidar* (Bursa: Ekin Yay.).
- GÖZLER, Kemal (2000) *Türk Anayasa Hukuku* (Bursa: Ekin Yay.).
- GÖZLER, Kemal (2001), *Anayasa Hukukuna Giriş* (Bursa: Ekin Yay.).
- GÖZLER, Kemal (2007), *Türk Anayasa Hukuku Dersleri* (Bursa: Ekin Yay.).
- HEGEL, G.W.F. (1830), *Enzyklopadie der philisophischen Wissenschaften in Grundrissen*.
- HELLER, Hermann (1983), *Staatslehre* (Tübingen: Mohr Siebeck, 6. Aufl.).
- HESSE, Konrad (1993), *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland* (Heidelberg: C. F. Müller, 19. Aufl.).
- HUBER, Peter M. (1999), "Art. 146," SACHS, Michael (ed.), *Grundgesetz-Kommentar* (München: C. H. Beck, 2. Aufl.).
- İBA, şeref (2003), "Cumhurbaşkanınca Yayımlanması Kismen veya Tamamen Uygun Bulunmayan Kanunların Meclise Geri Gnderilmesi," *AÜHFD* (Cilt 52, Sayı 3): 299-316.
- ISENSEE, Josef (2003), "Verbotene Bäume im Garten der Freiheit- Das Tabu im Verfassungsstaat," DEPENHEUER, Otto (ed.), *Recht und Tabu* (Wiesbaden: Westdeutscher Verlag): 115-140.
- JARASS, Hans/PIEROTH, Bodo (2000), *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* (München: C. H. Beck, 5. Auflage).

- JESTAEDT, Matthias (2002), “Verfassungsgerichtspositivismus, Die Ohnmacht des Verfassungsgesetzgebers im verfassungsgerichtlichen Jurisdiktionsstaat,” DEPENHEUER/HEINTZEN/JESTAEDT/AXER (eds.), *Ethos und Nomos, Hommage an Josef Isensee zum 65. Geburtstag* (Berlin: Duncker & Humblot).
- KAPANİ, Münci (2006), *Politika Bilimine Giriş* (Ankara: Bilgi Yay., 18. Basi).
- KRÜGER, Herbert (1964), *Allgemeine Staatslehre* (Stuttgart: Kohlhammer).
- LEIBHOLZ, Gerhard (1974), *Strukturprobleme der modernen Demokratie* (Frankfurt: Athenäum Fischer Taschenbuch Verlag, 3. Aufl.).
- MAUNZ, Theodor (1998), “Präambel,” MAUNZ/DÜRIG/HERZOG (eds.), *Kommentar zum Grundgesetz* (München: C. H. Beck).
- MÜLLER, Friedrich / CHRISTENSEN, Ralf (2002), *Juristische Methodik Bd. I, Grundlagen Öffentlichen Rechts* (Berlin: Duncker & Humblot, 8. Aufl.).
- ONAR, Erdal (1993), *Anayasayı Değiştirme Sorunu* (Ankara).
- ÖZBUDUN, Ergun (2003), *Anayasa Hukuku* (Ankara: Yetkin Yay., 7. Basi).
- SCHMITT, Carl (1954), *Verfassungslehre* (Berlin: Duncker & Humblot).
- SOYSAL, Mümtaz (1969), *Dinamik Anayasa Anlayışı, Anayasa Diyalektiği Üzerine Bir Deneme* (Ankara: AÜSBFD Yay.).
- SOYSAL, Mümtaz (1977), *100 Soruda Anayasanın Anlamı* (Ankara: Gerçek Yay., 4. Basi).
- STERN, Klaus (1984), *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I*, (München: C. F. Müller, 2. Aufl.).
- TANÖR, Bülent/YÜZBAŞIOĞLU, Necmi (2002), *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku* (İstanbul: YKY, 4. Basi).
- TEZİÇ, Erdoğan (2003), *Anayasa Hukuku* (İstanbul: Beta Yay., 8. Basi).
- TEZİÇ, Erdoğan (1986), “Cumhurbaşkanının Geri Gönderme Yetkisi,” *Anayasa Yargısı*, Cilt 3: 8394.
- TURHAN, Mehmet (1976), “Anayasaya Aykırı Anayasa Değişiklikleri,” *AÜHFD* (Cilt 33, Sayı 1-4): 63-104.
- UNRUH, Peter (2002), *Der Verfassungsbegriff des Grundgesetzes, Eine verfassungstheoretische Rekonstruktion* (Tübingen: Mohr Siebeck).
- WALTER, Robert/MAYER, Heinz (1976), *Grundriß des österreichischen Bundesverfassungsgerichts* (Wien: Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung).
- ZIPPELIUS, Reinhold/WÜRTEMBERGER, Thomas (2005), *Deutsches Staatsrecht* (München: C. H. Beck, 31. Aufl.).

(47. Makale - 2008)

Nur ULUŞAHİN

*Yokluk Teorisinin Anayasa Hukukunda
Yeri ve Uygulanabilirliği**

* Nur Uluşahin, "Yokluk Teorisinin Anayasa Hukukunda Yeri ve Uygulanabilirliği", Prof. Dr. Ergun Özbudun'a Armağan, Cilt II, Anayasa Hukuku, 2008, 675-637.

YOKLUK TEORİSİNİN ANAYASA HUKUKUNDA YERİ VE UYGULANABİLİRLİĞİ

Nur Uluşahin*

*"A legal norm is always valid, it can not be nul,
but it can be annulled".¹*

*"Just as everything King Midas touched turned
into gold, everything to which law re fer s becomes
law, i. e., 2 something legally existing"²*

Hans Kelsen

GİRİŞ

Anayasamıza göre, Anayasa Mahkemesi kanun, kanun hükmünde kararname ve TBMM İçtüzüğü'nün şekil ve esas bakımından; anayasa değişikliklerinin ise, sadece şekil bakımından anayasaya uygunluğunu denetler (m. 148/1). Anayasa Mahkemesinin denetimi sırasında saptadığı anayasaya aykırılığın dava konusu işlemin geçerliliği üzerinde nasıl bir etkisi olacağı konusunda; diğer bir deyişle, anayasaya aykırılığı tespit edilen işleme uygulanacak yaptırımın niteliği hakkında Anayasamızda belli ölçüde açıklık bulunmaktadır. "Anayasa Mahkemesi kararları" kenar başlıklı 153'üncü madde tek bir karar türünden söz etmektedir. Bu da iptal kararıdır. Bu maddede, *iptal kararlarının* gerekçesi yazılmadan açıklanamayacağı, Anayasa Mahkemesinin bir kanun ya da kanun hükmünde kararnamenin tamamını veya bir hükmünü *iptal ederken*, kanun koyucu gibi hareketle... hüküm tesis edemeyeceği, *iptal kararlarının* Resmi Gazete'de yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkacağı, *iptal hükmünün* yürürlüğe gireceği tarihin ayrıca kararlaştırılabileceği, *iptal kararlarının* geriye yürümeyeceğine ilişkin hükümler yer almaktadır. Buradan hareketle, Anayasa Mahkemesinin anayasaya aykırılığını saptadığı işleme uygulayabileceği tek yaptırımın "iptal" olacağını söylemek mümkündür.

Gerçekten de, anayasa koyucunun Anayasa Mahkemesinin denetimine tâbi normlara iptal yaptırımını dışında herhangi bir yaptırımın uygulanmasına yönelik bir irade taşımadığı açıktır. Anayasal sistemimizde anayasa yargısının ilk olarak öngörüldüğü 1961 Anayasasında da durum bundan farklı değildir. Buna karşılık, Anayasa Mahkemesinin anayasaya aykırılık durumunda uyguladığı tek yaptırım

* Yrd. Doç. Dr. Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ankara.

Çalışmalarım sırasında yardım ve desteğini esirgemeyen değerli hocam Prof. Dr. Mehmet Turhan'a çok teşekkür ediyorum.

1 Hans Kelsen, *General Theory of Law and State* (New Brunswick: Transaction Publishers. 2006). s. 159. Kitabın ilk baskısı, 1949 yılında yapılmıştır.

2 Kelsen (2006). s. 161.

1961 Anayasası döneminde “iptal” ise de, 1982 Anayasası döneminde ilk olarak 1993 yılında Yüksek Mahkemenin iptal dışında yeni bir yaptırım türü olarak düşünülebilecek “yürürlüğün durdurulması”na başvurduğu görülmektedir.³ Anayasa Mahkemesi, içtihadı bir biçimde uygulamaya soktuğu yürürlüğün durdurulması yetkisini bu tarihten sonra da pek çok defa kullanarak çok sayıda kanun ve kanun hükmünde kararnamenin yürürlüğünü durdurmuştur. Anayasa Mahkemesinin yürürlüğü durdurma yetkisini kullanıp kullanamayacağı bu süre içerisinde çokça tartışılmış bir konudur. Burada meselenin bizi ilgilendiren yönüyle sınırlı kalarak Anayasa Mahkemesinin içtihadı bir biçimde bu yetkiyi kullanmakta olmasının, mevcut anayasal düzen içerisinde Yüksek Mahkemenin anayasaya aykırılığını saptadığı işleme uygulayabileceği tek yaptırımın “iptal” olarak öngörüldüğüne ilişkin saptamamızı etkilemeyeceğini söylememiz gerekmektedir.

Bununla birlikte, özellikle son dönemde yasama ve yürütme karşısında Anayasa Mahkemesini, Anayasayı yorumlama ve Anayasanın anlamını belirleme yetkisini kullanma konusunda tek otorite olarak gören yaklaşım, siyasal alanın daraltılması ve kimi zaman da parlamentonun yok sayılması pahasına Mahkemeyi *her koşulda* başvurulacak bir *son karar mercii* olarak sunmaktadır. Maalesef, Anayasa hukuku literatürümüzde hukuki bir tartışma olarak pek fazla yer tutmayan “yokluk tartışması” ve Anayasa Mahkemesinin yokluk kararı verip veremeyeceği sorunu da, siyasal alana “zanlı” olarak bakan yaklaşımın “siyasal” olanın yerine “hukuki” olanı ikame etmenin başlıca aracı olarak başvurduğu bir yöntem olarak karşımıza çıkmaktadır. Elbette, Anayasa Mahkemesinin Anayasayı yorumlama ve Anayasanın anlamını belirleme konusunda sahip olduğu görelî yetkinin derecesine ya da Mahkemenin bu yetkiyi kullanma konusunda tek otorite olup olmadığına yönelen farklı yaklaşımlar olacaktır.⁴ Ne var ki, bu yaklaşımların hukuki çözümlemelerle desteklenmesi ve Mahkemenin demokrasiyi bir kenara atacak şekilde, hemen her aşamada, “hasım” konumundaki siyasal karar organlarının karşısına Anayasanın

3 Anayasa Mahkemesi ilk olarak 21 Ekim 1993 tarih ve E. 1993/33, K. 1993/40-1 sayılı kararıyla 20 Ağustos 1993 tarih ve 509 sayılı Türk Telekomünikasyon Anonim Şirketi Kurulması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin yürürlüğünün durdurulmasına karar vermiştir (AMKD, Sayı 29. Cilt 1, s. 562-563). Yüksek Mahkeme, bu tarihten itibaren yürürlüğünün durdurulması konusundaki içtihadını değiştirmiş ve bu konuda kendisini yetkili görmüştür. Bu kararın gerekçesi için bkz., E. 1993/33, K. 1993/40-2. k.t. 21.10.1993. AMKD. Sayı 29. Cilt 1. s. 564-589.

4 Bu konuda bkz., Keith E. Whittington, Political Foundations of Judicial Supremacy (Princeton: Princeton University Press. 2007). Türkiye’de de konu son derece tartışmalıdır. Eski Cumhurbaşkanlarından Celal Bayar 1924 Anayasası ile 1961 Anayasası arasındaki en önemli ayrılığın, “ulusal egemenliğin” “kimin tarafından” ve “nasıl” kullanılacağına ilişkin olduğunu belirtmektedir. Bayar’a göre, 1961 Anayasası, ulusal egemenliğin kullanılmasına yeni ortaklar getirmektedir. Bu yeni ortaklardan biri de. pek tabii ki Anayasa Mahkemesidir. Bkz., Mehmet Turhan, “Anayasanın Hak Temelli Yorumu ve Anayasa Yargısı.” *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Yavuz Sabuncu’ya Armağan*, Cilt: 62, No: 3. Temmuz-Eylül 2007. s. 381-382’den naklen: Nazlı Ilıcak. *27 Mayıs Yargılanıyor* (İstanbul: Merkez Kitaplar, 2007), s. 451-452. Öte yandan, aşağıda “Yargısal Üstünlük” başlığı altında tartışılacağı gibi; 1961 Anayasası ve bu konuda onun kurduğu sistemi izleyen 1982 Anayasasının. 1924 Anayasasından farklı olarak. milletin egemenliğini “Anayasanın koyduğu esaslara göre yetkili organlar eliyle kullanılacağını” belirtmiş olması, anayasal düzenimizde “çoğunluğun dilediği her şeyi yapamayacağı. azınlığın da hakları olduğu. Meclisin egemenliği kullanan yetkili organlardan *sadece* birisi olduğu” söylemini desteklemek için kullanılmaktadır.

ya da rejimin “bekçisi” olarak çıkarılmaması *demokratik* bir siyasal sistem için büyük önem taşımaktadır.

Siyasal alanın bu şekilde dışlanması ve yargının siyasa yapımında sürekli ve aktif bir rol alması her şeyden önce demokratik sürecin zayıf ve cılız bir hale dönüşmesine yol açmaktadır. Ülkemizde olduğu gibi, rejimi savunan koalisyonlar tutarlılıklarını yitirdiklerinde, siyasal aktörler pek çok defa tartışmalı soruları siyasal gündemden ayıklayıp mahkemelere veya yansız olarak nitelen kurumlara gönderme eğiliminde olmakta, demokratik siyasete hukukun aşkın bir referans olarak sürekli müdahalede bulunması ise ihtilâflı siyasal sorunu siyasal alanın dışında “çözerken”, siyasal gerilimlerin artmasına ve kutuplaşmanın çoğalmasına katkıda bulunmaktadır.⁵ Demokrasilerde yasama süreci pazarlıklara ve uzlaşmalara dayanır; oysa yargısal sürecin amacı gerçeği bulmak ve suçluyu belirlemektir. Yani, yargısal süreç “*mutlak olarak kazananlar*” ve “*mutlak olarak kaybedenler*” yaratır. Yargıda “*ya hep ya hiç*” söz konusudur. Bu ise, demokrasinin işleyişi açısından sorunlarla dolu bir yoldur. Dolayısıyla, gerilimler çoğaldıkça seçimlerde ve yasama organında kaybedenlerin bu kayıplarının telâfisi ve ihtilâflı siyasal sorunların çözümü için yargıya müracaat etmesi gerilimleri azaltmak bir yana, tam tersine yeni gerilimlerin ortaya çıkması olasılığını da beraberinde getirmektedir.⁶

Çalışmada, siyasetin aşırı hukukileşmesinin yol açacağı sorunlar ve özellikle pekişmiş bir demokrasinin varolmadığı bir ülkede anayasa yargısının işlevi de dikkate alınarak, yokluk teorisinin anayasa hukukundaki yeri ve uygulanabilirliği tartışılmaya çalışılacaktır. Çalışma iki ana bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde, genel olarak hükümsüzlük kavramı, kavramın tarihsel gelişimi ve yokluk düşüncesinin ortaya çıkışı incelenmektedir.⁷

İkinci bölümde ise, öncelikle Anayasa Mahkemesi kararlarında yokluk tartışmalarına yer verilmek suretiyle, Anayasada açıkça tanınmamış olmasına karşın tıpkı yürürlüğü durdurma yaptırımını uyguladığı gibi, ancak hukuk hayatında doğmuş, varlığı olan bir hukuki işlemin geçersiz kılınmasından söz edilebileceği gerekçesiyle Anayasa Mahkemesinin yokluk yaptırımını uygulayıp uygulayamayacağı sorusuna yanıt getirilmeye çalışılacaktır: Mevcut anayasal düzen içerisinde Anayasa Mahkemesi yokluk kararı verebilir mi ya da böyle bir olasılıkta kullanılan yetki, Anayasanın Yüksek Mahkemeye tanıdığı bir yetki olarak nitelenebilir mi? Çalışmada, hükümsüzlük nazariyeleri içerisinde “yokluk” düşüncesinin yeri de dikkate alınarak, sorunun hem hukuksal açıdan 1982 Anayasası çerçevesindeki çözümlenmesine, hem de siyasal açıdan değerlendirilmesine yer verilmektedir. Si-

5 Hootan Shambayati, “A Tale of Two Mayors: Courts and Politics in Iran and Turkey”, *International Journal of Middle East Studies* 36 (2004). s. 254. Bu doğrultuda bkz.. Juan Linz, *The Breakdown of Democratic Regimes: Crisis, Breakdown, and Reequilibrium* (Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1978); Arturo Valenzuela. *The Breakdown of Democratic Regimes: Chile* (Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1978).

6 Shambayati (2004), s. 254-255.

7 Kavramın tarihsel gelişimi incelenirken başlıca kaynak olarak S. Gaudet’in 1995 tarihinde “Inexistence, nullite et annulabilite du contrat: essai de synthese” adlı *Revue de droit de McGill*’de yayımlanan makalesinden yararlanılmış; Gaudet’in izlediği plân takip edilmiştir.

yasal değerlendirme çerçevesinde, aynı zamanda yargısal üstünlük kavramının ne anlama geldiğine ve demokrasi açığı olan bir ülkede ne gibi tehlikeleri beraberinde getirdiğine de özellikle dikkat çekilmektedir.

Son olarak, çalışmanın bölümlerinin birbirinden bağımsız okumalara olanak verecek şekilde kaleme alınmış olduğunu belirtmekte yarar bulunmaktadır. Makalenin uzunluğu dikkate alınarak, özellikle -konu itibarıyla birbirinden ayrı duran-birinci ve ikinci bölümün ilgisine bağımsız şekilde sunulabilmesi amaçlanmıştır. Aynı şekilde, geniş bir şekilde yer verilen Anayasa Mahkemesi kararlarında yokluk tartışmaları ya da yargısal üstünlük konusu; benzer şekilde “sonuç” bölümü de özellikle ilgisine sunulacak bir başvuru kaynağı olarak, -tabir yerindeyse- *makale içinde makale* şeklindeki okumalara şans tanyacak şekilde tasarlanmıştır.⁸

1- Hukuki Bir Yaptırım Olarak Yokluk

A- Hükümsüzlük Kavramı⁹

Hukuki işlem en basit şekliyle hukuki sonuç doğurmaya yönelik irade açıklaması olarak tanımlanabilir.¹⁰ Diğer bir deyişle, ancak hukukun belirlediği koşullar ve sınırlar içerisinde bir irade açıklamasının hukuk tarafından onaylanan, öngörülen ve korunan bir sonuç doğurması mümkündür. Dolayısıyla Anayasamızın 48’inci maddesi birinci fıkrası ile de garanti altına alınmış bulunan sözleşme hürri-

8 Bkz.. S. Gaudet, "Inexistence, nullité et annulabilité du contrat: essai de synthèse." *Revue de droit de McGill*, 40. 1995, s. 291-363.

Bağımsız okumalara olanak tanımak amacıyla -sınırlı da olsa- yer yer tekrarlara başvurulmuş olması ise, sözünü ettiğimiz kurgunun beraberinde getirdiği bir dezavantaj olarak değerlendirmelidir.

9 Konuya ilişkin terminolojinin Türkçeye çevrilmesinde çeşitli sorunlarla karşılaşılmaktadır. Bu konuda en açıklayıcı ve en geniş bilgiye Kemal Gözler’in İdare Hukuku kitabında yer verilmiştir. Gözler, bizim “hükümsüzlük” olarak çevirdiğimiz, *nullité* kavramını “geçersizlik” olarak çevirmektedir. Bu çerçevede Gözler, “nul-annulation-nullité” kavramlarının aynı kökten gelmekte olduğunu ve aralarında anlam ilişkisi bulunduğunu belirledikten sonra, “nul” kavramının “geçersiz”; “annulation” kavramının “nüleştirme” yani “geçersizleştirme”; “nullité” kavramının ise “nul’lük”, yani “geçersizlik” anlamını taşıdığını belirtmektedir. Kemal Gözler. *İdare Hukuku* (Bursa: Ekin Kitabevi Yayınları, Cilt 1. 2003), s. 876. Gözler, Türkçe’de “nul” yerine “batıl”, “annulation” yerine “iptal” ve “nullité” yerine “butlan” terimleri kullanılabilceğini; “nul-annulation-nullité” üçlüsü arasındaki anlam ilişkisinin aynı kökten gelen (daha doğrusu aynı aslı harfleri içeren) “batıl-iptal-butlan” üçlüsü arasında da bulunduğunu ortaya koymaktadır. Buna göre, batıl. “geçersiz”; iptal, “batılaştırma (batıl hâle getirme)”; butlan ise “batıllık (batıl olma durumu)” anlamına gelmektedir. Türkçe’de “nul” yerine “geçersiz”, “annulation” yerine “geçersizleştirme” ve “nullité” yerine “geçersizlik” terimlerini öneren yazar “(G)erçekten de “nul-annulation-nullité” üçlüsü arasındaki anlam ilişkisi aynı kökten gelen “geçersiz-geçersizleştirme-geçersizlik” üçlüsü arasında da bulunmaktadır. Şöyle ki. *geçersiz*, “bir şeyin kendisinden beklenen hüküm ve sonucu doğuramaz nitelikte olması”, geçersizleştirme. “geçersiz hâle getirme”, *geçersizlik* ise “geçersiz olma durumu” demektir. Ancak, “annulation” teriminin yerine Türkçe’de “iptal” terimi kullanılmaktadır ve bu konuda herhangi bir problem de yoktur. O nedenle “iptal” teriminin yerine “geçersizleştirme” teriminin kullanılmasına gerek yoktur” demektir. Gözler (2003). s. 877. Yazar, haklı olarak bu tabirlerin standart bir şekilde Türkçeye aktarılması gerektiğini söylemektedir. Hâlihazırda Türkçede böyle bir standart sağlanabilmiş olmadığından, yanlış anlamalara neden olmamak için yararlandığımız kaynaktaki sözcüğün İngilizce ya da Fransızca hangi tabiri karşılamak üzere kullanıldığı parantez içerisinde belirtilmiştir.

10 Bkz... Özcan Karadeniz Çelebicin. *Roma Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayınları. Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış Onbirinci Baskı. 2005). s. 178-179.

yetine temel olan irade serbestisinin yine bizzat hukuk tarafından çizilen sınırları bulunduğunu söylemek doğru olacaktır. Borçlar Kanununun 19'uncu maddesine göre "Bir akdin muhtevası, kanunun gösterdiği sınırlar dairesinde, serbestçe tayin olunabilir". Ehliyet, şekil, irade ile beyan arasında uygunluk ya da kamu düzenine, genel ahlaka, kişilik haklarına aykırı olmama gibi şartlar bireylerin özel ilişkilerini diledikleri biçimde düzenleyip biçimlendirme özerkliklerini sınırlandırır. Ancak pozitif hukukun aradığı koşulları sağlayan işlem geçerli olarak doğabilir ve tarafların istediği sonuçları oluşturabilir.

Kamu Hukukunda ise, hukuki işlem -özel hukuktan farklı olarak- tek yanlı irade açıklaması ile ilgililerin hukuki durumları üzerinde etki yapabilir, ilgililerin mevcut hukuki durumlarını değiştirebilir ya da ortadan kaldırabilir.¹¹ Bunun temel nedeni kamu hukuku alanında egemen temel ilkenin "irade serbestisi" değil, "kamu yararı" prensibi olmasıdır. Dolayısıyla kamu hukukunda karşılıklı irade uyumu olmaksızın -daha doğrusu, ilgililerin rıza ve muvafakatine ihtiyaç göstermeksizin- hukuki işlem bireylerin (yönetilenlerin) hukuki durumunda değişiklik yapar. Bu da, özel hukukla kamu hukuku arasındaki temel farkı açıkça gözler önüne serer. Özel hukukta eşit hukuk sükreleri söz konusu iken, kamu hukukunda eşitlerarası bir ilişki söz konusu değildir. Kamu yararına yönelik olan/olması gereken kamu hukuku işlemi kamu gücüne dayandığı ve devlet otoritesinin bir yansıması olduğu için hukuka uygunluk karinesinden yararlanır.¹²

Öte yandan, hukuka uygunluk karinesinden yararlansın ya da yararlanmasın, pozitif hukukun aradığı koşulları kendinde toplamaması halinde hukuki işlemin hükümsüzlüğünden söz edilecektir. Yukarıda da belirttiğimiz gibi, *ancak hukukun belirlediği koşullar ve sınırlar dahilinde* bir irade açıklamasının hukukun öngördüğü sonucu doğurması mümkündür. İster özel hukuktaki gibi eşit hukuk sükreleri arasında irade uyumunu ifade eden ve tarafların arzuladığı hukuki sonucu doğurmaya yönelik birbirine uygun irade açıklamaları olsun, ister kamu hukukundaki gibi kamu gücünü arkasına alarak hukuka uygunluk karinesinden yararlanan icrai ve tek yanlı bir irade açıklaması olsun, durum değişmez. Kanun koyucunun onaylamadığı hukuki işlemler için öngörölmüş bazı hukuki yaptırımlar bulunmaktadır ki, bunları bir üst başlık olarak "hükümsüzlük" kavramı çerçevesinde değerlendirebiliriz. Hükümsüzlük kısaca hukuki işlemin hükümlerini meydana getiremeyeceği ya da doğurduğu hükümlerin ortadan kaldırılmasının gerekeceği durumları ifade eden bir kavram olarak anlaşılmalıdır.¹³

Hükümsüzlük, hukuki işlemin normal hükümlerini meydana getirmesini engellediğine, bu hükümler de özellikle tarafların hukuki işlem ile elde etmek istedikleri sonuçlar olduğuna göre, hukuki işlemin "hükümsüz" olması, onun hukuk

11 Metin Günday. *İdare Hukuku* (Ankara: İmaj Yayınları, 6. Bası. 2002). s. 112; Kemal Gözler. *İdare Hukuku* (Bursa: Ekin Kitabevi Yayınları. Cilt 1. 2003). s. 566-567.

12 Günday (2002). s. 114; Gözler (2003). s. 571.

13 Jale Güral. Hükümsüzlük Nazariyeleri Karşısında Türk Medeni Kanununun Sistemi (Ankara: İstiklal Matbaacılık. 1953). s. 2; Haluk Tandoğan, La nullite. l'annulation et la resiliation partielles des contrats (Lausanne: Librairie de l'universite. 1952). s. 25.

önünde bir “hiç” olduğu anlamına mı gelmektedir? Böyle bir işlemin hiçbir mevcudiyeti olmayacak mıdır? Bu soru, klasik hukuk doktrinini büyük ölçüde uğraştıran problemlerden biri olmuştur.

Örneğin, konusu ahlaka aykırı bir sözleşmeyi ele alalım. Taraflar arasında irade uyuşmasını sağlamış olan ve konusu da bulunan; buna ek olarak, ifa edilmiş ya da en azından ifasına başlanılmış olan bu sözleşmenin hükümsüz olduğunu söylemek aslında pek de fazla bir şey ifade etmeyecektir. Hükümsüz olduğu ve kanun nazarında hiçbir değer ifade etmediği iddia edilen bu tür bir sözleşmeye dayanılarak tarafların mameleklerinde fiili bir değişiklik ortaya çıkmış, edimler yerine getirilmiş olabilir.¹⁴ Dolayısıyla, iptal edilmiş olsa bile hükümsüz bir hukuki işlem, ardında devamlı ve silinmesi mümkün olmayan bazı sonuçlar bırakacağı için, hukuk hayatından bütünüyle çekilmiş sayılamayacaktır.¹⁵ Bu noktada, Kelsen’in şu ifadesinin altını çizmek gereklidir: “*Hukuksal norm her zaman geçerlidir, hükümsüz olamaz, fakat hükümsüz kılınabilir*”.¹⁶ Kelsen bu belirlemeyi şöyle desteklemektedir:

“Kendisini bir norm olarak sunan bir şeyin hukuk düzeni tarafından belirlenmiş hükümsüzlük şartlarını taşıdığı için *ab initio* yok (nul) sayılacağına ilişkin yetkili otorite tarafından verilen karar, kurucu bir karardır; belirli bir hukuki etkisi vardır; bu karardan önce ve bu karar olmaksızın, sorun teşkil eden olgu yok sayılamaz. Dolayısıyla, karar “açıklayıcı” değil; yani, kendisini sunduğu gibi bir yokluk beyanı değildir; bu gerçek bir iptal (annulment), geçmişe etkili sonuç doğuran bir ortadan kaldırma işlemidir. Bu kararın ilişkin olduğu hukuken mevcut bir şeylerin olması gerekir. Bu nedenle, sorun teşkil eden olgu *ab initio* yok, yani, hukuken “hiçbirşey” sayılamaz. *Ab initio* yok olduğunu ifade eden bir kararla, geçmişe etkili biçimde ortadan kaldırılan bir norm olarak kabul edilmesi gerekir. Kral Midas’ın dokunduğu herşeyin altına dönüşmesi gibi, hukuka ilişkin olan herşey de hukuk haline, yani hukuken varolan birşey haline gelir.”¹⁷

Buradan hareketle -yukarıdaki örneğimize dönersek- Kral Midas’ın dokunduğu herşeyin altına dönüşmesi gibi, konusu ahlaka aykırı olan sözleşme de, sırf bu nedenle bir çırpıda yok sayılamayacak, hukuk hayatında silinemeyecek bazı sonuçlar doğurmaya devam edecektir. Demek ki, bir hukuki işlemin pozitif hukukun aradığı şartları kendinde toplamaması halinde o işlemin hükümsüz olduğunu söylemekten daha önemlisi, hukukun bu kez de hukuka aykırı işleme ne tür bir sonuç bağladığını belirleyebilmektir.¹⁸ Yani, burada temel sorun hukuka aykırılığın kim tarafından, ne şekilde, hangi sürede ve hangi merciide ileri sürülebileceği veya hukuki işlemin sonradan bir irade beyanında bulunulması ya da belli bir sürenin

14 Bkz. Güral (1953). s. 9-10.

15 Güral (1953). s. 10.

16 Cümlelerin orijinal hali şu şekildedir: “A legal norm is always valid. it can not be nul, but it can be annulled”. Hans Kelsen. *General Theory of Law and State* (New Brunswick: Transaction Publishers, 2006), s. 159.

17 Kelsen (2006). s. 161.

18 Bu anlamda Güral’ın yerinde olarak belirttiği gibi, hukuki işlem kavramı ile hükümsüzlük kavramı daima bir arada bulunan iki kavramdır. Bkz., Güral (1953), s. 91.

geçmesi ile sıhhatine kavuşup kavuşamayacağıdır. Önemli olan, hükümsüz ya da sakat bir hukuki işlemin *görünüşte* oluşturduğu hüküm ve sonuçların ortadan kaldırılıp kaldırılamayacağı ya da ne kadarının, ne şekilde ortadan kaldırılabileceğidir.

Yani, bir hukuki işlemin hukuka uygun olup olmaması (*legality*) ile geçerli olup olmaması (*validity*) farklı şeylerdir.¹⁹ Hukuka uygunluk nasıl hukuk tarafından belirlenmişse, hukuka aykırılığa bağlanan sonuçlar da hukuk tarafından belirlenmiştir. Bu nedenle, hükümsüzlüğün kabulü ve neticeleri de hukukun sahası içindedir. Tersine, işlemin mutlak/maddi yokluğu ise hukukun ötesinde bir sorundur.²⁰ Öyleyse, şimdilik hükümsüzlük kavramının ya da bu çalışmada *hükümsüzlüğün en yüksek derecesi* olarak yer verilecek "yokluk" kavramının hukukun ötesinde bir sorun olarak nitelediğimiz mutlak/maddi yokluk karşısındaki konumunun belirlenmesinin büyük önem taşıdığını belirtmekle yetinelim.

B- Kavramsal Gelişim ve Hukuki Bir Yaptırım Olarak Yokluk Düşüncesinin Doğuşu

1- Roma Hukuku: "İptal Edilebilir İşlem" Kategorisinin Ortaya Çıkışı

Klasik Roma hukukuna baktığımızda, Roma *ius civile*'sinin iptali mümkün hukuki işlemleri tanımadığını görmekteyiz.²¹ Roma hukukunun biçimci yapısı sonucu hükümsüzlük kavramı da katı bir nitelik taşımakta ve hukuki işlemin iptal edilebilirliği tasavvur edilememektedir. Diğer bir deyişle, yasa tarafından belirlenen koşullar ve sınırlara uymayan bir işlem hukuk hayatında doğmuş sayılmıyordu.²² Tersine, *ius civile*'nin öngördüğü koşullara uygun olarak yapılan, esaslı unsurları eksiksiz işlemler kendilerine bağlanmış bütün hukuki sonuçları doğuruyorlardı. Yani, işlem ya vardı ve tam hüküm ifade etmekteydi; ya da yoktu ve hiçbir hüküm ifade etmemekteydi. Klasik Roma hukuku, bu iki uç arasında hiçbir ara biçimi tanımamaktaydı.²³

Buna karşılık, zaman içerisinde hukuki sonucu gerçek iradeye değil de, beyan edilen iradeye bağlayan *ius civile*'nin katı biçimciliği *praetor*'ların etkisiyle yumuşamıştı. *Ius civile* kurallarını doğrudan doğruya ortadan kaldırma olanağından yoksun olan *praetor*lar, hukuki işlemlerde gerçek iradeleri araştırmak suretiyle, esaslı

19 Bu konuda bkz., Amnon Rubinstein. *Jurisdiction and Legality* (Oxford: Oxford University Press. 1965).

20 Burada mutlak/maddi yokluktan kastedilen, işlemin gerçekte maddi varlığının olmamasıdır. İşlemin, hukuka aykırılığından ve dolayısıyla ona karşı bir müeyyidenin uygulanmasından bahsedilebilmesi için, ilk gösterilmesi gereken şey hukuki işlemin *madden mevcut* olduğu, yani fiziki dünyadaki varlığıdır. Maddi yokluk kavramı hakkında geniş bilgi için bkz., Gözler (2003), s. 880.

21 Karadeniz Çelebican (2005), s. 243.

22 S. Gaudet. "Inexistence, nullité et annulabilité du contrat: essai de synthèse," *Revue de droit de McGill*. 40, 1995. s. 297'den naklen: G. Renard. "L'idée d'annulabilité chez les interprètes du droit romain au Moyen-Age," *Nouvelle Rev. Historique de dr. français*, 27. 1903. s. 216.

23 Örneğin, irade ile beyan arasında uygunsuzluk varsa -sözleşmenin niteliğinde hata, şahısta hata, sözleşmenin konusunda hata, taraflardan birinin hukuki işlem ehliyetinin olmaması gibi- sözleşme yoktur çünkü irade uyuşması gerçekleşmemiştir. Buna karşılık hata, hile ve ikrah hallerinde *ius civile*ye göre sözleşme tamamen geçerlidir. Gaudet (1995). s. 297.

unsurlarındaki sakatlıklar nedeniyle bazı hukuki işlemlerin hüküm ve sonuç doğurmasını engellemeye başladılar. Böylece *Praetorlar*, hile ve ikrah ile sakatlanmış ve *ius civile’ye* göre geçerliliği bu durumlardan etkilenmeyen hukuki işlemler için mutlak hüküm doğurma (tam geçerlilik) ile kesin hükümsüzlük arasında bir ara çözüm yaratmayı başarmışlardı. Hukuki işlemin sakatlığından zarar gören; buna karşılık, işlemi iptal için aktif bir olanağı olmayan kişi, borcu ifa için alacaklı tarafından dava edildiğinde *praetor* ya hakkaniyete aykırı olarak dava açmak isteyen tarafın bu istemini reddediyor ya da bu davaya karşı *ius civile’nin* yaptırımı bağlamadığı sakatlıktan zarar gören kişi lehine bir defa (*exceptio*) olanağı tanıyordu. Şayet sözleşme yerine getirilmişse, bu durumda da sakatlıktan zarar gören tarafa “eski hale getirme” (*restitutio in integrum*) isteğinde bulunma hakkı tanınıyordu. Böylece *praetor*, işlemin hukuki sonuç doğurmasını önleyebildiği gibi, gerçekleşmiş hukuki sonuçları da ortadan kaldırabilmekteydi.²⁴ Aslında bir bakıma bu yolla “iptal edilebilir” işlem kategorisi de dolaylı bir biçimde yaratılmış olmaktadır.²⁵

2- Feodal Hukuk: Kesin hükümsüzlük (*l’inefficacité radicale*) ve iptal edilebilirlik (*l’annulabilité*) ayrımı

Orta Çağa bakıldığında ise, bu dönemdeki gelişimin Roma hukukunun yorumundan ibaret sayılabileceğini söyleyebiliriz, 11’inci yüzyılın sonu ve 12’inci yüzyılın başlarında İtalya’nın Pisa şehrinin kitaplığında 6’ncı yüzyıla ait bir elyazması *Digesta* metninin bulunmasıyla önceleri kuzey İtalya’da Bologna şehrinde *Irnerius* öncülüğünde başlayan çalışmaları sürdüren *glossatforlar* ve onları takiben *postglossatorlar*²⁶ Roma hukukundaki kural ve kurumları açıklayabilmek için yeniden “iptal” ve “iptal edilebilir” işlem kategorilerine başvurmak zorunda kalmışlardı. Onlara göre, *l’exceptio* ve *restitutio in integrum* gerçek anlamda bir iptal edilebilirlik durumu oluşturmaktaydı. *L’exceptio* ve *restitutio in integrumun* konusu olan işlemler ne hükümsüz ne de sıhhatli işlemler olarak görülebilirdi. Bunların daha çok askıda geçerliliğe sahip olduğunu söylemek doğru olacaktı. Bunlar iptal edilebilir işlemlerdi ve dolayısıyla mutlak biçimde hükümsüz işlemlerden (*l’acte radicalement nul*) açıkça ayrılmaktaydı.²⁷ Zira hükümsüz bir işlemin iptal edilmesi düşünüle-

24 Gaudet (1995). s.298-299.

25 Iustinianus zamanına gelindiğinde ise. *ius civile* ile *praetor* hukukunun kaynaşması sonucunda esaslı unsurlarından birisinde sakatlık olan hukuki işlemlerin defa yoluyla hükümsüz kılınabilmeleri genel bir kural olarak benimsenmiş; “iptal edilebilir” hukuki işlemler kategorisi de açıkça kabul edilmiş olmaktadır. Karadeniz Çelebican (2005). s. 244.

26 Karadeniz Çelebican (2005). s. 88-89. Irnerius’un ölümünden sonra da takipçileri tarafından sürdürülen *Digesta’yı* anlama ve yorumlama yolundaki bu çalışmaları gerçekleştiren kişilere “üzerinde çalışılan, incelenen metnin herhangi bir noktasıyla ilgili olarak satır arasına, sayfa kenarına ya da sayfa altına yazılan açıklama ya da not” anlamını taşıyan “*glossa*”lardan hareketle “*glossator*” adı verilmiştir. “*Postglossatorlar*” ise. “*glossatorların* kısa açıklayıcı notlarından farklı olarak, *Iustinianus* derlemesinin bütün bölümlerini ayrıntılı olarak açıklayan büyük sistematik eserler vermişlerdir. Roma hukukuna pratik alandaki hizmetleri çok daha büyük olan *Postglossatorlar*”, Roma hukuku kurallarını, içinde yaşadıkları ortamın ve çağın hukuki sorunlarına uygulama ve bu hukuku yaşadıkları dönemin toplumsal yaşamını düzenleyebilecek bir sistem haline getirme çabası içerisinde olmaları nedeniyle “*commentatorlar*” olarak da bilinmektedir. Karadeniz Çelebican (2005), s. 88-91.

27 Gaudet (1995). s. 300’den naklen: G. Renard, “L’idée d’annulabilité chez les interprètes du droit

mezdi. Böyle bir işlemi olsa olsa şekil eksikliği nedeniyle görmezden gelmek mümkün olabilirdi. Oysa, bir hukuki işlemin askıda geçerlilik taşıması halinde onu görmezden gelebilmek için önce geçersizliğine hükmedilmesi; diğer bir deyişle iptal edilmesi gerekcekti. Dolayısıyla, dönemin hukukçuları kesin hükümsüzlük (*l'inefficacité radicale*) ve iptal edilebilirlik (*l'annulabilité*) arasında rasyonel temeli olan bir ayırım ortaya koymak gereğini hissetmişlerdir.²⁸

Bu ayırma üç ayrı düşünsel kategoriden hareketle ulaşılabilmektedir. Bunlardan birincisi "*Substantia*" (Varlık) ve "*Effectus*" (Etkililik)²⁹ ayrılığına dayanmaktadır. O dönemde son derece yaygın olan bu ayırım, etki ve sonuç doğurabilmesi için bir işlemin öncelikle hukuk hayatında sıhhatli bir biçimde doğmuş olması gerektiği düşüncesine dayanmaktaydı. Dolayısıyla, "*Substantia*" ve "*Effectus*" kavramlarının birbirinden ayrıştırılması zorunluydu.

İlkinde, en basit ifadeyle işlem hukuk hayatında doğmamışken, ikinci halde ise işlem doğmuş olmasına rağmen hukuk hayatında etki ve sonuç yaratamamaktaydı.³⁰

Kesin hükümsüzlük (*l'inefficacité radicale*) ve iptal edilebilirlik (*l'annulabilité*) ayırımını haklı gösterecek bir diğer düşünce ise, görünüş (*l'apparence*) ilkesinden hareket etmekteydi. Bazı *glossator*lara göre, mutlak bir biçimde batıl (*radicalement nul*) olması icap eden ve fakat görüntüde geçerli olan bir işlem, görüntüdeki geçerliliği nedeniyle belli ölçüde hukuksal etki kazanmaktaydı, (*Idem est esse et apparere*).³¹ İşte bu tür durumlarda aslında geçersiz olan ancak görünüşte geçerlilik taşıyan işlemin adeta bütünüyle sıhhatli bir işlemmiş gibi sonuç doğuracağını kabul etmek gerekirdi. Kimi zaman da, böyle bir işlemin eksik bir geçerlilik kazandığı söylenebilmekteydi. Şöyle ki, işlemdeki sakatlık açıkça ortada değilse, işlemin yürütülmesini durdurmak olanaklı olmadığı gibi, iptal edilmediği sürece bütünüyle sıhhatli bir işlem gibi sonuç doğurması da şaşırtıcı değildi.³²

Ayırma temel olan üçüncü düşünsel kategori ise, "korunan menfaatin niteliğinden hareket etmekteydi. Hukuki işlemin oluşumundaki bazı sakatlıkların Roma hukukunda da belli kişiler tarafından ve belli sürelerin geçmesinden sonra ileri sürülemeyeceği görülmüştü. Buradan hareketle Bartole ve takipçileri, işlemin ortaya çıkmasında ihlâl edilen kuralla korunan menfaatin niteliğine bağlı olarak iki tür butlan (*inefficacité*) halinin ayrıştırılması gereğini ortaya koymuşlardı. Buna göre, genel menfaatin korunması amacıyla yer verilen geçerlik şartlarından birinin ihlâli halinde ortaya çıkan hükümsüzlük, gerçek bir hükümsüzlük (*veritable nul-*

romain au Moyen-Age." *Nouvelle Rev. Historique de dr. français*, 27, 1903, s. 229.

28 Gaudet (1995), s. 301.

29 Genellikle Türkçe yayınlarda benzer ayırımın "varlık ve geçerlik" olarak yapıldığı bilinmekteyse de, doğru kullanımın "geçerlik" yerine "etkililik" olduğu kanaatini taşımaktayız. Özkes de, aynı mantıktan hareket ederek yok hüküm ve etkisiz hüküm şeklinde ikili bir ayırımı benimsemektedir. Bkz., Muhammet Özkes, "Medeni Usul Hukukunda Yok Hüküm ve Etkisiz Hüküm," *Yargıtay Dergisi*, Cilt. 26, Eim 2000, s.661-699.

30 Gaudet (1995), s. 301'den naklen: Renard (1903), s. 331-332.

31 Gaudet (1995), s. 301-302'den naklen: Renard (1903), s. 329-331.

32 Gaudet (1995), s. 302.

lité) sayılmaydı: Böyle bir hükümsüzlük başlangıçtan itibaren *ab initio* hüküm ve sonuç doğuracağı gibi, süreye ve korunan menfaatin niteliğine bağlı olmaksızın herkes tarafından, her zaman ileri sürülebilecekti. Bunun tersine, ihlâl edilen kural münhasır olarak belli özel menfaatleri korumaya yönelik olarak vazedilmişse, burada işlemin “iptal edilebilirliğinden (*annulabilité*) söz etmek gerekliydi. Bu son durumda ise, hukukun gerçekte korumak istediği menfaatin zedelenmesi halinde işlemin iptal edilebilmesi mümkün olacaktı.³³ “Korunan menfaatin niteliği” kriteri bugüne kadar kalıcılığını korumuş ve ayrıma temel dayanak olmuş bir kriter olarak ortaya çıkmaktaydı.

3- Eski Fransız Hukuku: Mutlak Butlan-Nisbi Butlan Ayrımı ve “*lettres de rescision*”

Görüldüğü gibi, feodal hukuk dönemi boyunca romanist ve kanonistlerin çalışmalarının etkisiyle “korunan menfaatin niteliği”nden (korunan menfaat kriterinden) hareketle temelde kesin hükümsüzlük (*l’inefficacité radicale*) ve iptal edilebilirlik (*l’annulabilité*) arasında bir ayrım yapılmaktaydı.³⁴ Monarşi döneminde ise, geçerliliğini koruyan bu ayrım terminolojik bir değişime uğradı. Bouhier, *Observations sur la Coutume du Duché de Bourgogne*³⁵ adlı eserinde mutlak butlan (*nullités absolues*) ve nisbi butlan (*nullités respectives*) terimlerini kullanmaya başlamıştı.³⁶ Hükümsüzlük durumunun “mutlak” ya da “nisbi” olarak nitelendirilmesinin özünde ihlâl edilen normun niteliği yatmaktaydı: Norm kamusal bir menfaat üzerine temellenmiş bir norm ise, uygulanacak yaptırım mutlak butlan; yok eğer, özel bir menfaat söz konusu ise uygulanacak yaptırım nisbi butlan olacaktı.³⁷

15’inci yüzyıldan itibaren, yazılı hukukun uygulandığı ülkeler gibi örf ve adet hukukunun uygulandığı ülkelerde de, örf ve adet ya da kraliyet emirlerinden (*ordonances royales*) kaynaklanan hükümsüzlük nedenlerinin aksine Roma hukukunun hükümsüzlük nedenlerinin ileri sürülebilmesi için her şeyden önce “*lettres de rescision*”³⁸ bulunması gerekmektedir. Roma Hukuku Fransa’da yürürlükte olan bir hukuk olmadığından bu hukuka dayanan bir hükümsüzlüğün mahkemeler önünde ileri sürülebilmesi ancak Kralın sözleşmenin iptali için vermiş olduğu “*lettre de rescision*” adı verilen özel bir mektubun ibraz edilmesi ile mümkün olabiliyor-

33 Gaudet (1995), s. 302.

34 Gaudet (1995). s. 303.

35 J. Bouhier. *Observations sur la Coutume du Duché de Bourgogne*. Dijon, Jean-Baptiste Auge. 1757.

36 Başlangıçta ayrım, *nullités absolues* ve *nullités respectives* şeklindeydi. Daha sonra “*respective*” sözcüğü yerine, ilerleyen sayfalarda görülebileceği gibi. Türkçe “nisbi” sözcüğünün gerçek karşılığı olan “*relative*” kullanılmaya başlandı. Ancak her iki durumda da ayrım “korunan menfaatin niteliği” kriterinden hareketle yapılmakta ve görebildiğimiz kadarıyla anlam farkı bulunmamakta olduğu için, her iki sözcüğün de Türkçe’ye aynı şekilde çevrilmesinde sakınca görülmemiştir.

37 Gaudet (1995). s. 303.

38 “*Lettres de rescision*” kavramı Jale Güral’ın “Hükümsüzlük Nazariyeleri Karşısında Türk Medeni Kanununun Sistemi” adlı eserinde de Türkçe’ye çevrilmemiş, kavramın bu şekliyle kullanılması tercih edilmiştir. Kavramın “zorlama” bir şekilde Türkçe’ye çevrilmesini uygun görmediğimizden, *rescission*un Roma hukukunda hukuki işlemin hiç meydana gelmemiş gibi ortadan kaldırıldığı durumları ifade etmek için kullanıldığını belirtmekle yetiniyoruz. Bu anlamda yukarıda yer vermiş olduğumuz hile ve tehditten dolayı eski hale getirmeyi ifade eden *restitutio in integrum* bir *rescissio* idi. Bkz., Paul Koschaker - Kudret Ayiter, *Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları* (Ankara: Olguç Matbaası. 1983). s. 70.

du.³⁹ Bu mektubun teslimiyle, kral yargıçtan ileri sürülen hükümsüzlük halinin değerlendirilmesini ve gerekirse işlemin ortadan kaldırılmasını talep etmekteydi. Aslında bu kurum, Roma'daki *preator*ların müdahalesine oldukça benzer bir hal yaratmaktaydı. Her iki halde de, resmen yürürlükte olan hukuk düzenine göre (*ius civile*, örf ve adet ve kraliyet emirleri) geçerli olan ve sonuç doğuran bir işlem bir diğer hukuk düzeninin etkisiyle (*preator* hukuku, roma hukuku) hükümsüz hale gelmekteydi.⁴⁰ Dolayısıyla, korunan menfaatin niteliğinden hareketle yapılan "mutlak butlan" ve "nisbi butlan" ayırımına eski Fransız hukukunda örf ve adet ya da kraliyet emirlerinden kaynaklanan hükümsüzlük nedenlerine ilişkin olarak "yürürlükteki hukuka göre hükümsüz" (*nul de plein droit*) işlem ve *lettres de rescision* ile iptali mümkün hale gelen *rescindable* işlemler ayırımını eklemek gerekiyordu. Bu durumda da, iki farklı kesin hükümsüzlük (*l'inefficacité radicale*) ve iptal edilebilirlik (*l'annulabilité*) biçiminden söz etmek mümkün oluyordu.⁴¹

Sonuç olarak, geleneksel ayırmda (mutlak butlan/nisbi butlan) "korunan menfaatin niteliği" esas alınırken, ikincisinde işlemin oluşumunda zorunlu olarak bulunması gereken unsurların eksikliği ile işlemin oluşumu açısından zorunlu olmayan, sadece işlemin sonuç doğurması için aranan unsurların bulunmaması arasındaki farktan hareket edilmekteydi. Aslında böylece Romalıların *substantia* ve *effectus* ayırımına da geri dönülmüş olmaktadır. Yaptırımdan ziyade işlemin objektif durumuna vurgu yapan bu bakış açısı kodifikasyondan sonra da büyük ölçüde etkili olacaktır.⁴²

4- Klasik Okul: Yokluk (*l'inexistence*) ve iptal edilebilirlik (*l'annulabilité*) Ayırımı

Kari Zachariae, 1808 yılında "mutlak geçersizlik" (*inefficacité radicale*) halini derinleştirdiği ve yokluk (*l'inexistence*) halini açıkça hükümsüzlükten (*la nullité*) ayırdığı "*Handbuch des französischen Zivilrechts*" adlı eserini yayınlarken temelde her türlü hukuksal işlemin varolmak için belli oluşum gereklerinin tamamlanmasına ihtiyaç duyduğu düşüncesinden hareket etmiştir. Buna göre, sözü edilen bu gerekler ortaya çıkmamışsa, en basit şekliyle hukuksal işlem varolmamaktadır. Zachariae'ye göre, bu durum hükümsüzlük halinden temelde ayrılır; çünkü bu noktada işlemin yokluğundan (*l'inexistence de l'acte*) söz edilmektedir. Böylece Zachariae,

39 Kısaca ifade etmek gerekirse, Fransa'da Kralın izni olmaksızın Roma hukuku yürürlük kabiliyetine sahip değildi. Bkz., Gaudet (1995), s. 305; Güral (1953), s. 37. dipnot 20.

40 Gaudet (1995), s. 306.

41 Ne var ki. *rescindable* işlemleri nisbi butlan haline benzetmek mümkünse de. tersi geçerli olmuyordu. Gaudet (1995). s. 306. *Rescindable* işlemler, iptal edilebilirlik ile aynı nitelikte değildir. Bir hukuksal işlemin *rescindable* olabilmesi için onun gabinle sakatlanmış olması ve karşı taraf için de bir zarar doğurması gerekmektedir. Bu nedenle, Fransız hukukunda iptal edilebilir işlemler ve *rescindable* işlemler arasında da bir ayırım yapılmaktaydı. Güral (1953). s. 37. dipnot 20. Dunod de Charnage ve Merlin'e göre ise, "yürürlükteki hukuktan kaynaklanan hükümsüz" (*nul de plein droit*) işlem ve *rescindable* işlemler ayırımını, nisbi butlanla malül işlemlerin -uygulamadan kaynaklanan, usuli bir nitelik taşıyan, marjinal nitelikte- bir alt ayırımı olarak nitelendirmek mümkündür. Gaudet (1995). s. 306'dan naklen: M.F.I. Dunod de Charnage. *Traité des prescriptions, de l'alinéation des biens de l'Eglise et des dixmes*, 4e éd., Paris. Briasson, 1786, s. 52.; M.P.-A. Merlin. *Répertoire de droit*, vol. 12 (*Nullité*), Paris, Guyot, 1784, s. 262-267.

42 Gaudet (1995), s. 308.

Romalıların “*substantia/effectus*” ayrımını geliştirerek, varolan düşünsel kategoriye “yokluk” düşüncesini eklemiş olmaktadır.⁴³

Benzer şekilde, Pothier de kimi esaslı şartların bulunmaması halinde sözleşmenin kesin hükümsüz (*radicalement nul*) sayılacağını ifade etmekteydi. Pothier için esaslı bir unsurun eksikliği sadece fiili bir eksiklik olmayıp aynı zamanda hukuki bir eksiklik de olabilirdi.⁴⁴ Klasik yazarların ortaya koyduğu hükümsüzlük teorisinin, Zacharie’nin yokluk kavramı ile Pothier’in düşüncesinin karışımından ibaret olduğu söylemek mümkündür. Klasik yazarlar hukuki işlemin yokluğunu işlemin esaslı unsurlarından birinin hukuki eksikliğine (*absence juridique*) bağlar-ken, Zacharie aynı durumda yokluğu maddi eksiklikle (*absence materielle*) sınırlamıştı.⁴⁵

Fransız Hukukunda klasik okul, kanunun açıkça belirlemediği hallerde bir butlan sebebinin varlığından söz edilemeyeceği görüşündeydi. Diğer taraftan, Fransız Medeni Kanunu’nun dördüncü faslı aynı cinsten iki kişi arasında yapılan evlilik sözleşmesinin yaptırımını konusunda herhangi bir düzenleme getirmiyordu. Bu durumda, kanun koyucunun butlanla sakat olacağını açıkça belirlemediği böyle bir evlenmenin batıl olduğunu iddia etmek de mümkün değildi. Zachariae’ya göre ise, bu kadar ağır bir fesada uğrayan evlenmeleri kanun koyucunun dikkate almaması düşünülemezdi. Zachariae, başlangıçta buradaki düzenleme eksikliğini aşabilmek için yokluk düşüncesine başvurmuştu.⁴⁶ Ona göre, kanunda açıkça öngörülme de aynı cinsten iki kişi arasında gerçekleşen bir evlenme, sözleşmenin niteliği gereği evlenme olarak kabul edilmeyecek, böyle bir evlenme ancak “yok evlenme” olarak nitelenecekti.⁴⁷

İşte, başlangıçta yalnız hukuki işlemin niteliği gereği sahip olması gereken doğal ve fiili unsurlardan birinin bulunmaması durumuna hasredilen evlenmelere ilişkin bir yaptırım olarak uygulanan “yokluk” zaman içerisinde medeni hukukun diğer alanlarında da geniş bir kapsam içerisinde uygulanmaya başlamıştı. Klasik yazarlar zamanla sadece fiili bir unsurun eksikliği halinde değil, hukuki işlemin varlığı için gerekli olan asli, doğal ve kanuni unsurlardan birinin varolmaması hallerinde de yokluğa bir yaptırım olarak yer verme yoluna gitmişlerdi.⁴⁸

Bu yaklaşımın egemen olmasının temel sonucu ise eski hukukun “hükümsüzlük” kavramının yerini yokluk kavramına terk etmesiydi. Sonuç olarak, klasikler için iki tür butlan (*inefficacité*) hali vardı: yokluk (*l’inexistence*) ve iptal

43 Gaudet (1995), s. 311’den naklen: K.-S. Zachariae. *Le droit civil français*, trad. par. G. Massé et C. Vergé (Paris: Auguste Durand. 1857).

44 Yani meşru olmayan bir sebebe dayanan bir sözleşme fiili bir eksikliği içerirken, bu sebebin hukukun tanımadığı bir sebep olması halinde Pothier bunu sebep unsurunun eksikliği olarak kabul etmektedir. Gaudet (1995), s. 311-312’den naklen: M. Bugnet, *Ouvres de Pothier*, t. 10. 2e éd. (Paris: Cosse et Marchal, 1861).

45 Gaudet (1995). s. 312.

46 Güral (1953). s. 55-56: Gaudet (1995). s. 312. dipnot 82.

47 Güral (1953), s. 55-56.

48 Güral (1953), s. 57-58.

edilebilirlik (*l'annulabilité*).⁴⁹ Klasik yazarlar hükümsüzlük kuramını bütünüyle bu ayrımın üzerine kurmuşlardı. Buna göre, yoklukla malûl işlemlerin “ölü doğmuş” (*mort-né*) olmasının ise önemli birtakım sonuçları vardı. Her şeyden önce işlemin hükümsüzlüğü, hakimın “yokluğa” hükmetmesine gerek olmaksızın kendiliğinden, *ipso iure* sonuç doğurmaktaydı. İkinci olarak, hükümsüzlüğün ilgili kişilerce ileri sürülebilmesi ve hakim tarafından da re’sen dikkate alınması mümkündü. Son olarak ise, varolmayan bir şeye hayatiyet kazandırılmayacağı için, işlemin onay verilerek ya da belli bir sürenin geçmesi ile sıhhat kazanması mümkün görülmemekteydi.⁵⁰

Yok işlemlerin karşısında yer alan iptal edilebilir işlemler ise sadece “hasta” işlemlerdi. Ortada geçerli bir işlem varmışçasına tüm hüküm ve sonuçlarını doğuran bu işlemler, hakim tarafından iptal edilinceye dek geçerlilik taşımaktaydı. İkinci olarak, iptal hakkı herkese değil, sadece işlemin iptal edilmesi dolayısıyla menfaati olan kişilere tanınmıştı. Nihayet, işlemin onaylanması ya da belli bir sürenin geçmesi ile sıhhat kazanabileceği kabul edilmekteydi.⁵¹

Aslında hukuk alanında doğurduğu sonuç bakımından geleneksel bakış açısı ile yokluk teorisi arasında gerçek bir fark bulunmamaktadır. Sonuç olarak, “yokluk” (*l'inexistence*) büyük ölçüde eski hukukun “mutlak butlan” (*nullité absolue*) kavramına benzemektedir. Bunun gibi, “sakat” bir işlemin tâbi olacağı hukuksal rejim de nisbi butlan (*nullité respectivo*) yaptırımına uğrayan bir işleme uygulanacak hukuksal rejimden farklı değildir. Ne var ki, her iki ayrım arasındaki benzerlikler artırılabilirse de, arada temel bir fark olduğu göz ardı edilmemelidir. Bu da, bulunan çözümlerin temel dayanağının artık aynı olmamasıdır. Bundan böyle geleneksel yaklaşımda olduğu gibi, “korunan menfaatin niteliği” kriteri değil, onun yerine “işlemin objektif durumu” dikkate alınmakta ve buradan hareketle işlemin yokluktan söz edilmektedir. İşlemin esaslı unsurlarından biri eksiktir ve bu eksikliğin sonradan giderilmesi hukuken mümkün değildir. Oysa sadece “sakatlanmış” olması halinde işlem varlığını sürdürmektedir ve bu varlığın bir sonucu olarak da, işlemin onaylanarak ya da belli bir sürenin geçmesi ile bütünüyle sıhhat kazanması olasılık dahilindedir.⁵²

49 Güral. “böylece mutlak butlan ve nisbi butlanın yanında bir cnc yaptırım türü olarak yokluk da klasik teorideki yerini almıştır” demektedir. Gral (1953), s. 57. Buna karşılık. Japiot ise geleneksel yaklaşımın ortaya koyduğu mutlak butlan ve nisbi butlan ayrımının yokluk teorisinin etkisiyle ortadan kalkma eğilimi içerisine girdiğine dikkat çekmektedir. Gaudet (1995), s. 313, dipnot 90’dan naklen: R. Japiot, *Des nullits en matire d’actes juridiques: essai d’une thorie nouvelle* (Paris: Arthur Rousseau, 1909), s. 125.

50 Gaudet (1995), s. 313-314.

51 Gaudet (1995), s. 314.

52 Bu yaklaşımın ise, mutlak geçersizlik (*l’inefficacit radicale*) ve iptal edilebilirlik (*l’annulabilit*) kavramları üzerinde önemli etkiler yaptığını kabul etmek gerekir. Esaslı şartlar kriterini benimsersek, muvafaktin eksikliği ve ehliyetsizlik işlemin iptal edilebilirlikten ziyade yoklukla mall olması sonucunu doğurur. Demek oluyor ki, klasiklerin uyguladığı esaslı şartlar kriteriyle, iptal edilebilirliğin alanı sadece aşgari seviyeye çekilmiş olmakla kalmamakta, paradoksal olarak yokluk teorisi aynı zamanda iptal edilebilirliğin uygulanmasının önündeki engelleri de kaldırmış olmaktadır. Gaudet (1995). s. 314.

Gerçekten de, “hukuki eksikliği” “maddi eksiklik” içerisinde eriten klasik yazarlar aslında görünüşü tümüyle bir yana atmışlardı. Böyle bir yaklaşımın ise, hukuk güvenliği açısından son derece tehlikeli olduğu açıktı. Zira her açıdan geçerli gibi görünen bir işlemin gerçekte yok işlem olması mümkündü ve bu durum süreye bağlı olmaksızın ilgili kişilerce ileri sürülebilecekti. Aslında aynı güçlük “mutlak butlan”ın yokluğa benzer şekilde ani ve radikal etkiler yarattığı geleneksel doktrinde de yaşanmaktaydı. Ne var ki, klasik yazarların yokluk teorisini geliştirerek bu güçlüğün katmerleşmesine neden oldukları açıktı. Özellikle klasiklerin yokluğu rızanın bulunmaması ya da ehliyetsizlik gibi iptal edilebilirliğin kesin hükümsüzlükten daha uygun düştüğü durumlara uygulamaları büyük ölçüde sorunluydu. Öte yandan, “yok işlemler” (*acte inexistant*) ifadesi tartışmasız bir biçimde çelişkili bir ifadeydi. Zira bir işlem varsa, onun aslında doğmuş olduğunu da kabul etmek gerekirdi. Bu ise, işlemin “hukuki” yokluğunun sıklıkla onun “maddi” varlığı ile açık bir çelişki içerisinde olmasından kaynaklanmaktaydı. Nihayet, tüm sonuçlara işlemin objektif durumundan hareketle ulaşan klasik teori aslında son derece katı bir nitelik taşımaktaydı. “Hükümsüz” bir işlemin de olgusal gerçeklikte her zaman için bir takım sonuçlar doğurabileceği yadsınamazdı.

Dolayısıyla, böyle bir işlemi “yok” olarak nitelemenin gerçekte ne denli güç olduğunu fark etmek zor değildi.⁵³ Ne var ki klasik okul, hukukun bir ürünü olan hukuki işlemin, hukuk güvenliğini sarsacak yersiz çözümleri hesaba katmak zorunda olduğumuz bir olgusal gerçeklikte var olduğunu hesaba katmayı unutmamıştı.⁵⁴

5- Eleştirel Hukuk Okulu: Görünüş İlkesi ve Yokluğun Reddi

20'inci yüzyılın başlarında, Temyiz Mahkemesi yokluk kavramını tanımaya hazırlanırken, Drogoul klasik teoriyi eleştiren bir tez ileri sürmüştü. Buna göre, hükümsüzlük “işlemin durumu” (*l'état d'acte*) olmayıp, sözleşmenin geçerliliğine ilişkin her duruma uygulanabildiği sürece varolması gereken bir “yaptırım” (*sanction*) dı. Drogoul, bu iddiasıyla yaratılan sistemin katılığını klasiklerin yüzüne vurarak, hükümsüzlük konusuna ilişkin varolan sistematiği de bütünüyle reddetmiş olmaktadır.⁵⁵

Birkaç sene sonra ise, bu kez Drogoul'ün düşüncesinden hareketle Japiot yeni bir tez ileri sürecekti. Japiot'a göre, klasiklerin temel hatası hukuki işlemi yaşayan bir organizma olarak ele almaktı. Onlara göre, hukuki işlem temel “organlar”ından yoksun olduğunda, doğması olası değildi ya da “ölü- doğmuş” (*mort-né*) bir işlemdi. Buna karşılık, ihtiyacı olan tüm unsurları taşımakla birlikte bunlar bir şekilde sakatlandığında, sözleşme doğabilirdi ancak bu kez de “sakat” ya da “hasta” olarak nitelenebilecekti.⁵⁶ “Organik” yaklaşım ve buradan hareketle ileri sürülen teorinin tüm kuralları tamamen ve mantıksal olarak “işlemin durumu”ndan hareketle

53 Gaudet (1995). s. 315.

54 Gaudet (1995). s. 315. Hukuk mantığının bu tür aşırılıkları nedeniyle yokluk teorisi kapıyı -tıpkı “kesin hükümsüzlük” karşısında “iptal edilebilirliğin” önem kazanması gibi, yeni bir kavrama: geçersizlik (*l'invalidite*) yaptırımına açmıştır.

55 Gaudet (1995), s. 316'dan naklen: F. Drogoul. *Essai d'une théorie générale des nullités* (Paris: Arthur Rousseau, 1902). s. 69-112.

56 Gaudet (1995). s. 316'dan naklen: R. Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques: essai d'une théorie nouvelle* (Paris: Arthur Rousseau. 1909). s. 124.

yapılan çıkarsamalardan ibaretti.⁵⁷ Bu ise, hükümsüzlüğün hukukun amaçlarına uyarlanması gereken bir yaptırım olduğu düşüncesi ile bağdaşmamaktaydı. Zira, Japio't'a göre "gerçeklik dünyası" (le monde du fait) ile "hukuk dünyası (le monde du droit) birbirinden ayrılması gereken alanlardı.⁵⁸ İşlem gerçeklik alanında görünüş itibarıyla tamamlanmışsa, hukuksal etki yaratacak gücü olmasa da, hukuksal etki yaratmaktaymış; yani "öyleymiş" gibi görünen bir takım sonuçlar doğurmuş olacağının kabulü zorunluymuştu. Diğer bir deyişle, hukuk ortaya çıkan bu sonuçları engelleme noktasında güçsüzse de, işlemin hukuki olmayan bu yapısının üzerine bir takım sonuçlar bina edilmesine izin verebilmekteydi. Dolayısıyla, hukuk ortaya çıkan sonuçların geleceğe yönelik olarak ortadan kaldırılmasına ve duruma göre de, baştan itibaren sıhhat kazanmasına olanak tanıyabilirdi. Hükümsüzlük hukuk alanında bütün varlığıyla boy gösterebilse de gerçeklik dünyasında aynı gücü taşımadığının kabulü gerekmemekteydi. Bu açıdan "hukuk dünyası"nda yokluk varsa da, "gerçeklik dünyası"nda yokluktan söz etmek doğru değildi.⁵⁹ Dolayısıyla, eleştirel hukuk kişinin "olgusal gerçekliği" (*réalité factuelle*) "hukuksal gerçekliğe" (*réalité juridique*) uyumlu kılma çabasında bir araç olarak ortaya çıkmaktaydı. Pozitif bir menfaatin gerçekleşmesi amacıyla hizmet etmeyen eleştirel hukukun amacı geçersiz hukuki işlemin ortadan kalkması değil, onun doğuracağı sonuçların ortadan kalkmasıydı. Japio't'a göre, eleştirel hukuk sadece bir soyutlama olan hukuki işleme karşı değil, ancak işlemin varlığının olgusal gerçeklikte doğurduğu etki ve sonuca karşı yöneltilen bir "araşsal- hukuk"tu.⁶⁰

Japio't'un düşüncesinden hareketle 1937'de yayınladığı "*Théorie générale des obligations*" adlı eserinde hükümsüzlük teorisinin "organik" yaklaşımdan vazgeçmesi ve "eleştirel hukuka" yüzünü dönmesi gerektiğini ileri süren Gaudemet de, hükümsüzlüğü hukuki bir kuralın ihlâlinin yaptırıma bağlanması olarak kabul ettiklerini; bu yaptırımın ise, eleştirel hukukun işleme karşı belli kişilere tanıdığı bir hak olarak ortaya çıktığını ileri sürmüştür.⁶¹ Japio't'a göre eleştirel hukuk muvazalı gerçekliği gerçek hukuksal durumla uyumlaştırmayı amaçlamıştı. Gaudemet'e göre ise, gerçek bir görüntü olduğu her zaman işlem varolmaktaydı ve hukuksal sonuçlarını işlem ortadan kaldırılıncaya dek sürdürecekti. Diğer bir deyişle, geçerli bir görüntü olduğu sürece hukuken de geçerli bir işlem vardı.⁶² Böylece Romalıların "*idene est esse et apparere*" ilkesine bir kez daha geri dönüş sağlanmış olmaktadır. Buna göre, işlemin geçerli olduğu görüntüsünün bulunduğu her durumda, hükümsüzlüğün bir dava yoluyla ileri sürülmesi ve bu davanın kabulü ile birlikte hakimin işlemi doğduğu andan itibaren geçmişe dönük olarak ortadan kaldırarak şekilde işlemin hükümsüzlüğüne hükmetmesi gerekecekti. Dolayısıyla eleştirel hukukun yaklaşımı oldukça basit bir biçimde özetlenebilirdi: Görünüşte geçerli olan geçersiz bir sözleşme hukuki olarak varlık taşımaktadır, ancak bu as-

57 Gaudet (1995), s.316'dan naklen: Japio (1909), s. 124.

58 Gaudet (1995), s. 317.

59 Gaudet (1995), s. 317'den naklen: Japio (1909), s. 282.

60 Gaudet (1995), s. 317-318.

61 Gaudet (1995), s. 320'den naklen: E. Gaudemet. *Theorie generale des obligations* (Paris: Sirey. 2e ed.,1965). s. 147.

62 Gaudet (1995), s. 320-321.

kıda (ya da sallantıda) bir varlıktır. İşte bu çözümlenme, gelecekte, çağdaş Fransız hukukunda hükümsüzlük kuramının ne şekilde anlaşılacağı konusunda da belirleyici olacaktır.⁶³

II- 1982 Anayasasına göre Yokluk Yaptırımının Anayasa Hukukunda Uygulanabilirliği

Girişte belirttiğimiz üzere, Anayasa Mahkemesinin denetimi sırasında saptadığı anayasaya aykırılığın dava konusu işlemin geçerliliği üzerinde nasıl bir etkisi olacağı konusunda; diğer bir deyişle, anayasaya aykırılığı tespit edilen işleme uygulanacak yaptırımın niteliği hakkında Anayasamızda belli ölçüde açıklık bulunmaktadır. “Anayasa Mahkemesi kararları” kenar başlıklı 153’üncü madde tek bir karar türünden söz etmektedir. Bu da iptal kararıdır.⁶⁴ Buradan hareketle, Anayasa Mahkemesinin anayasaya aykırılığını saptadığı işleme uygulayabileceği tek yaptırımın “iptal” olacağını söylemek mümkündür. Bununla birlikte, Anayasa Mahkemesinin zaman zaman yokluk talebi ile karşı karşıya kaldığı, bu doğrultuda zorunlu olarak yokluk tartışmasına girdiği; zaman zaman da üyelerin karşıoy yazılarında ve ortaya koydukları değişik gerekçelerde iptal yerine yokluk kararı verilmesi gerekliliğine dikkat çekildiği görülmektedir. Bu nedenle, Anayasada açıkça tanınmamış olmasına karşın ancak hukuk hayatında doğmuş, varlığı olan bir hukuki işlemin geçersiz kılınmasından söz edilebileceği gerekçesiyle Anayasa Mahkemesinin yokluk kararı verip veremeyeceğinin tartışılacağı bu başlık altında, öncelikle Anayasa Mahkemesi kararlarında yokluk tartışmalarına, kararlardaki ve karşıoy yazılarındaki çözümlenmelere yer verilecektir.⁶⁵ Mahkemenin bu konudaki görüşü ortaya konduktan sonra ise, Anayasa Mahkemesinin mevcut anayasal yapı çerçevesinde yokluk kararı verebileceğine ilişkin görüşüne yönelttiğimiz eleştiriler dile getirilecektir.

Üç ana başlık altında topladığımız bu itirazlar içerisinde ilk olarak “yokluk düşüncesinin esasına yönelik itirazlar” a yer verilerek, yokluk teorisinin tutarsızlığı ve hukuki bir yaptırım olarak yetersizliği vurgulanmaktadır. Genel olarak anayasa hukukunda yokluk yaptırımının uygulanmasına yönelik itirazları sunduğumuz ikinci başlık altında ise, hukukun sınırlarının zorlanması yoluyla “hukuka uygun” (*legal*) olanı “geçerli” (*valid*) olana koşut kılma çabasının anayasa hukukunun ve dolayısıyla anayasa yargısının gerekleri ile bağdaşmadığına; yokluk yaptırımının anayasa hukukunda uygulanmasının yargısal üstünlük tehlikesini beraberinde getirdiğine dikkat çekilmektedir. Son olarak ise, 1982 Anayasasındaki pozitif düzenlemeler incelenmek suretiyle anayasal çerçevede yokluk kararı verilmesine yönelik itirazlarımız sunulmuştur.

63 Gaudet(1995), s. 321.

64 Bu maddede, *iptal kararlarının* gerekçesi yazılmadan açıklanamayacağı. Anayasa Mahkemesinin bir kanun ya da kanun hükmünde kararnamenin tamamını veya bir hükmünü *iptal ederken*, kanun koyucu gibi hareketle... hüküm tesis edemeyeceği, *iptal kararlarının* Resmi Gazete’de yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkacağı, *iptal hükmünün* yürürlüğe gireceği tarihin ayrıca kararlaştırılabileceği, *iptal kararlarının* geriye yürümeyeceğine ilişkin hükümler yer almaktadır.

65 Kararlara geniş yer verilmesi suretiyle okuyucunun konuya ilişkin olarak Mahkemedeki sürecin bütününe hakim kılınması, yokluk görüşünü desteklemek üzere ileri sürülen argümanların eksiksiz olarak ortaya konması amaçlanmıştır.

A- Anayasa Mahkemesi Kararlarında Yokluk Tartışmaları⁶⁶

1- Anayasa Mahkemesinin 24.5.1988 tarihli 1988/11 esas, 1988/11 karar sayılı kararı⁶⁷ ve Muammer Turan'ın değişik gerekçesi

Anayasa Mahkemesinin, ilk olarak 24.5.1988 tarihli 1988/11 esas, 1988/11 karar sayılı kararında, sadece üyelerden Muammer Turan'ın karşıoy yazısında (değişik gerekçesinde) yokluk tartışmasına girildiği görülmektedir.⁶⁸ Bu karşıoy yazısı, ileriki tarihlerde Yüksek Mahkemenin vereceği benzer nitelikteki kararlarda yer alacak olan, yokluk görüşünün savunulduğu benzer karşıoy yazılarının ilki olması nedeniyle önemlidir. Sözü edilen karşıoy yazılarının yer aldığı Anayasa Mahkemesi kararlarının ortak özelliği, öz yönünden aynı nitelikte olan (3284, 3430, 3672, 3855, 4049 ve 4104 sayılı) yasaların iptal edilen kurallarının aynı ya da benzerinin bir diğer yasa metninde tekrar kanunlaşmış olmasıdır. Bu metinlerin ortak özelliği ise, yasama organı üyeleri ile dışarıdan atanan bakanların emeklilik ve diğer özlük hakları ile sağlık ve sosyal haklarına ilişkin özel birtakım imkânlar sağlamasıdır. Benzer nitelikteki karşıoy yazılarının ilkinde, çoğunluktan farklı görüşte olan üye Muammer Turan, "7.5.1986 günlü, 3284 sayılı Kanununun 18 ve 24 üncü maddeleriyle kabul edilip Anayasa Mahkemesinin 2.12.1986 günlü, E.: 1986/22, K.: 1986/28 sayılı kararı ile iptal edilen Ek 1, Ek 2, Ek 3, Ek 4, Ek 5, Geçici 11 ve Geçici 12 nci madde hükümleriyle 21.4.1988 günlü, 3430 sayılı Kanunla kabul edilen dava konusu yeni hükümler arasında, bazı küçük deyim ve terim farklılıklarına mukabil esas, kaoram ve anlam bakımından hiçbir fark olmadığı, iki kanun hükümleri arasında benzerlikten de öte hatta aynıyet bulunduğu kolayca görülmekte ve anlaşılmakta" olduğundan söz etmektedir (s. 164). Turan'a göre bu durum "Anayasa Mahkemesi kararları ... yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzel kişileri bağlar" diyen Anayasanın 153'üncü maddesinin son fıkrası hükmüne; Anayasanın 138'inci maddesindeki "Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır" biçimindeki hükme çok açık ve bariz bir şekilde aykırılık oluşturduğundan, "Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü" başlığını taşıyan 11'inci maddede yer alan "Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır. Kanunlar Anayasaya aykırı olamaz" şeklindeki düzenlemeyi de ihlâl etmektedir (s. 167). Buradan hareketle, Turan -Prof. Dr. Sıddık Sami Onar'ın "İdare Hukukunun Umumi Esasları adlı kitabından çeşitli alıntılara yer vererek,⁶⁹

66 Anayasa Mahkemesi kararlarına ya da karşıoy yazılarına yapılacak atıflarda, ilk atıfta dipnotta kararın açık künyesi verildikten sonra, sonraki atıflarda metin içerisinde Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi'ndeki sayfa numarasının belirtilmesi ile yetinilmiştir. Ayrıca, yazının kaleme alındığı tarih itibarıyla Anayasa Mahkemesinin henüz karara bağlamış olmadığı. 5735 sayılı "Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"un yok hükmünde olduğu iddiası inceleme dışı bırakılmıştır.

67 E. 1988/11. K. 1988/11. k.t. 24.5.1988. AMKD, Sayı: 24. s. 138-183.

68 Muammer Turan'ın Değişik Gerekçesi. E. 1988/11. K. 1988/11, k.t. 24.5.1988. AMKD, Sayı: 24. s. 164-170.

69 Yer verilen alıntı aynen şu şekildedir: "Umumi olarak bir hukuki tasarrufun maddi veya hukuki yapıcı unsurlarının yokluğu bu tasarrufun da yok, hükümsüz sayılmasını: unsurların kanunun emir ve nehyedici hükümlerine muhalif olması mutlak butlanı; tasarrufların rızalarındaki fesat, bozukluk ise. nisbi butlanı husule getirir. Bu itibarla hukuki tasarruflardaki sakatlıkların müeyyih-

devamında, “Anayasaya (özellikle yukarıda belirtilen hükümlere) çok açık ve bariz bir şekilde aykırı olan dava konusu kanun hükümlerinin mutlak butlanla bâtil sayılması gerektiğini düşünüyorum” şeklinde görüşünü açıklamaktadır (s. 168). Turan, bu görüşünü;

“Aksini düşünmek, yani iptal edilen hükmü; yasama organının biçim, deyim ve terim değişiklikleriyle esas, kavram ve anlam bakımından aynen tekrar yasalaştırabileceğini kabul etmek, yargı kararının değerini ve etkinliğini çok düşüreceği gibi, Anayasa Mahkemesinin “iptal kararları geriye yürütme(diğinden)” yasama organına Anayasaya aykırı kanunları tekrar tekrar yürürlüğe koymak yetki ve imkânı tanınmış olunur ki, kanımca Anayasa da, temel hukuk kuralları da, hatta akıl ve mantık kuralları da buna ve doğruduğu sonuca kesinlikle cevaz veremez” (s. 168)

diyerek desteklemektedir.

Turan’ın yokluk yaptırımını savunurken ikinci dayanak noktasını ise, iptal kararlarının geriye yürümemesinin anlamı ve kapsamı üzerine yaptığı tartışma oluşturmaktadır. Buna göre, Anayasanın iptal kararlarının geriye yürütmesini yasaklamasının gerisinde yine Anayasanın 153’üncü maddesinin ikinci fıkrasındaki Anayasa Mahkemesinin “bir kanun veya kanun hükmünde karamamenin tamamını veya bir hükmünü iptal ederken, kanun koyucu gibi hareketle, yeni bir uygulamaya yol açacak biçimde hüküm tesis edeme(yeceğine)” ilişkin getirdiği yasak bulunmaktadır (s. 169). Zira Turan’a göre bundan ötürü Yüksek Mahkeme bir kanun hükmünü değiştirmek veya bir hükmün Anayasaya uygun kısımlarını bırakıp aykırı kısımlarını iptal etmek yetkisini haiz olmadığı için, hükmün Anaya-

desi esas itibarıyla yokluk, mutlak butlan ve nisbi butlan şeklinde görünür.

Yokluk halinde tasarruf hiç doğmamış, hukuk alemine çıkmamış sayılır. Böyle yok olan bir tasarrufun hükümlerini icra maksadı ile birtakım fiiller işlenmişse bunlar tasarrufun icra hareketleri sayılmayarak müstakil birer haksız fiil addedilmek icabeder. Mutlak butlanda ise ortaya bir tasarruf çıkmıştır, fakat bu tasarruf o kadar sakat, amme intizamı ve hukuk nizamı bakımından ve kanun nazarında o derece zayıf ve tehlikelidir ki derhal ortadan kaldırılması icap eder. Böyle bir sakatlık ile malûl bir tasarruf hiçbir zaman sıhhat kesbedemez. Hiçbir hükmünün icrası lâzım gelmez ve ortadan kaldırıldığı zaman da makabline şamil olarak meydandan çekilmiş olur. Yani bu da hiçbir hüküm doğurmamıştır. Doğurduğu farzedilen hükümlerinden yerine getirilenlerin de iadesi lâzımdır ... Lafferriere, yokluk müeyyidesinin ancak iki halde, salâhiyet ve fonksiyon gasplarında tatbik edilebileceğini kabul etmektedir. Birçok Fransız müellifleri de bu fikirdedir.

Bu hususta diğer bir müellif C. Blacvoet daha geniş bir kriter olarak Anayasayı alıyor ve Anayasa ve salâhiyet gasplarını ihtiva ettiği gibi Anayasanın teminat altına aldığı hak ve hürriyetlere tecavüz teşkil edecek sakatlıklar da yokluk müeyyidesi doğuracaktır.

Yukarıda söylediğimiz gibi salâhiyet ve şekil unsurlarında daha kolayca görülen yokluk haline sebep ve mevzu unsurlarında, daha nadir olmakla beraber, gene rastlanabilir. Burada sakatlığın çok bariz olması, hukuk nizamını açık bir surette ihlâl etmesi gibi ölçülerin tatbiki icap edecektir. (Bazen) Tasarruftaki sakatlıklar çok esaslı bir butlan doğurabilir. Jeze bu butlanı radikal bir butlan olarak vasıflandırıyor. Böyle bir butlan mevcut olan hallerde tasarruf mevcuttur. fakat çok ağır noksanlar ve kusurlarla malûl, derin ve esaslı bir tarzda sakattır. Böyle bir tasarrufun devamı, umumi menfaatler bakımından çok zararlıdır. Bu hal yokluğa yakın olmakla beraber tasarrufun hukuk dünyasına doğmuş olması, hukuki varlığını iktisap etmiş bulunması itibarıyla yokluktan farklıdır...” Muammer Turan’ın Karşioy Yazısı. E. 1988/11. K. 1988/11. k.t. 24.5.1988. AMKD, Sayı: 24. s. 167-168’den naklen: Ord. Prof. Dr. Sıddık Sami Onar. İdare Hukukunun Umumî Esasları. Üçüncü Bası. s. 323-328.

saya aykırı kısımlarını değil de bütünü iptal etmekte; bundan ötürü de “hukuki boşluk” meydana gelmektedir. İşte bu hukuki boşluğun, iptal kararlarının yürürlüğe girmesine kadar doğmaması istendiğinden “iptal kararları geriye yürümez” denilmiştir. Yoksa kanunların Anayasaya aykırı olamayacağı muhakkaktır. Dolayısıyla, Turan’a göre kanun hükümlerinin Anayasaya aykırı kısımlarının hiçbir zaman uygulanması mümkün değildir (s. 169-170).⁷⁰

Bu gerekçelerden hareketle, Turan dava konusu kanunun mutlak butlanla bâtil sayılarak baştan itibaren geçerli olmadığına hükmedilmesi gerektiği görüşünü savunmaktadır.

2- *Anayasa Mahkemesinin 17.9.1992 tarihli 1992/26 esas, 1992/48 karar sayılı kararı*⁷¹

Anayasa Mahkemesinin, ilk olarak 17.9.1992 tarihli 1992/26 esas, 1992/48 karar sayılı kararında son derece sınırlı bir biçimde yokluk tartışmasına yer verdiği görülmektedir. Dava konusu olayda, TBMM Genel Kurulunda tümü üzerindeki görüşmelerin tamamlanmasıyla bölümlerine geçilmesine dair işlem usulüne uygun olarak oya sunulmuş reddedilen Kültür Bakanlığı bütçe tasarısının, İçtüzüğü’nün 77’inci maddesinde yer alan “...reddedilmiş Kanun tasarısı veya teklifleri red tarihinden itibaren bir tam yıl geçmedikçe Millet Meclisinin aynı yasama dönemi içinde yeniden verilemez” hükmüne rağmen red tarihinden üç gün sonra doğrudan Başkan tarafından Başkanlık Divanı kararına dayalı olarak Genel Kurula sunulmuştur. Bu nedenle, “hukuken geçersiz olan ve yok sayılması gereken bir metin hakkında görevsiz ve yetkisiz Başkanlık Divanının red edilmiş eski teklifini oturum Başkanı(nun) görüşmesiz oylatmış ve Genel Kurul(un) (da) bu oylamada iradesini kabul şeklinde belirlemiş” olduğu, iddia edilmekte ve TBMM Başkanlık Divanının bütçe tasarısının oya sunulmasına dair 17 sayılı kararının Anayasa ve İçtüzüğü’nün ilgili hükümlerine ve Kültür Bakanlığı Bütçesinin yeniden oylanması işleminin Anayasaya aykırılığı ileri sürülmektedir.

70 İptal kararlarının geriye yürümeyeceğine ilişkin açık düzenleme karşısında bu saptamanın doğruluğunu kabul etmek mümkün değildir. Turan, çözümlemesini şu şekilde tamamlamaktadır: “Uygulanmışsa, subjektif ve müstesna haklara dokunmamak şartıyla, düzeltilir, hatta işlemler geri alınır. Anayasadaki: “Bir davaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin hükümlerini Anayasaya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa. Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakır Anayasa Mahkemesi kararı, esas hakkındaki karar kesinleşinceye kadar gelirse, mahkeme buna uymak zorundadır” hükümlerinin gereği de budur. Başka bir anlatımla bir hükmün. Anayasa Mahkemesince. Anayasaya aykırılığı belirlenmiş kısımları, çıkarıldığı tarihten itibaren uygulanmayacak: uygulanmışsa uygulama işlemleri geri alınacak: kanun hükmünün. Anayasaya uygun olmasına rağmen iptal edilen kısımları ise ancak, iptal hükmünün yürürlüğe girmesiyle ortadan kalkacaktır. Bir kanun hükmünün Anayasaya aykırı kısımları, iptal kararının yürürlüğe girmesine kadar uygulanması gerekse idi. mahkemelerin ve tarafların Anayasaya aykırılık iddiasını ileri sürmesinin yararı ve manası kalmazdı. Çünkü olay ve dava, iptal kararından önce vuku bulmuş ve geride kalmış olduğundan, iptal kararının değil, iptal edilen hükümlerin uygulanması gerekirdi. Böyle bir anlayışın hukuka ve yukarıda belirtilen Anayasa hükümlerine aykırılığı açıktır” (s. 169)

71 E. 1992/26. K. 1992/48. k.t. 17.9.1992. AMKD. Sayı: 28. Cilt 2. s. 525-560.

Yüksek Mahkeme, “yetkisiz organ eliyle hukuken geçersiz bir kararla TBMM Genel Kurulu’na ikinci defa sunularak bu kez kabul edilen red edilmiş Kültür Bakanlığı bütçesinin *hukuken geçersiz ve yok sayılması*” gerektiği yolundaki istemi karara bağlarken, yokluk konusundaki görüşünü;

“(Y)önetim hukukunda yokluk, bir hukuksal işlemin hiç doğmamış, hukuk alemine çıkmamış sayılması sonucunu doğurur. Bu bağlamda, Anayasa yargısında yasama işlemlerinin yok sayılabilmesi *ancak yetki ve görev gasbı ya da çok ağır biçim eksikliği* durumlarında söz konusu olabilir” (s. 545).

şeklinde ortaya koymuştur. Mahkeme, “bütçe tasarılarını görüşmeye ve kabule yetkili ve görevli TBMM Genel Kurulu’nun, daha önce reddetmiş olduğu Kültür Bakanlığı bütçesini Başkanlık Divanı’nun ilk oylamada yanlışlık yapıldığı nedenine dayandırılan önerisini benimseyerek bu kez kabul etmesinde bir yokluk durumunun bulunduğu düşünülemez” (s. 545-546) diyerek yokluk talebini reddetmiştir.

Bu kararın önemi hiç şüphesiz -yetki ve görev gasbı ya da çok ağır biçim eksikliği durumlarına hasrederek de olsa- Anayasa Mahkemesinin açıkça Anayasada tanınmamış olan yokluk yaptırımını uygulayabileceğini kabul etmesinde saklıdır. İdare hukukundan hareketle Yüksek Mahkemenin son derece kısıtlı bir biçimde de olsa yokluk yetkisini kullanabileceği halleri yetki ve görev gasbı ya da çok ağır biçim eksikliği durumları olarak belirlemesi tartışmasız önemli bir noktadır.

3- *Anayasa Mahkemesinin 17.10.1996 tarihli ve 1996/4 esas, 1996/39 karar sayılı kararı⁷² ve Mustafa Bumin’in değişik gerekçe yazısı*

Anayasa Mahkemesinin 1992 tarihli kararından sonra uzunca bir süre yokluk tartışmalarına sadece belli üyelerin karşıoy yazılarında yer verildiği görülmektedir. Anayasa Mahkemesinde karşıoy yazılarında yokluk tartışmasının tekrar gündeme geldiği ikinci karar, bir önceki karardan sekiz sene sonrasına tekabül etmektedir. Üye Mustafa Bumin değişik gerekçesinde,⁷³ yine Turan gibi idare hukukunda yokluk yaptırımına ilişkin açıklamalara değinerek bir işlemin geçerli olabilmesi için asli ve tamamlayıcı unsurları taşımak zorunda olduğunu, tamamlayıcı unsurlardaki noksanlar nedeniyle sakat olan idari işlemlerin ise usulüne uygun biçimde idarece geri alınuncaya veya aleyhine açılan bir dava sonucu idare mahkemesince iptal edilinceye kadar hukuk alemindeki yürürlüğünü sürdüreceğini; buna karşılık idari işlemin asli unsurlarında eksiklik bulunması halinde, işlemin “yok” sayılacağını ve böyle bir işlemin yokluğunun saptanabilmesi için herkesin dava açması mümkün olduğu gibi, böyle bir davanın açılabilmesinin herhangi bir süreye de tâbi olmayacağını; yokluk hali işlemleri alındığı tarihten itibaren hükümsüz kılacağı ve uyuşmazlık halinde hakim, işlemin yokluğunu saptamakla yetindiği ve ayrıca işlemin iptali yolunda herhangi bir hüküm vermeyeceği için de yokluk halinin varlığının bir açıdan fiili bir durumu ifade ettiğini belirtmektedir (s. 844-

72 E. 1996/4. K. 1996/39. k.t. 17.10.1996. AMKD. Sayı 32, Cilt 2. s. 825-848.

73 Mustafa Bumin’in Değişik Gerekçe Yazısı. E. 1996/4. K. 1996/39. k.t. 17.10.1996. AMKD. Sayı 32/2. s. 844-848.

845). İdare hukukuna ilişkin açıklamalarını sürdüren Bumin, gerek Fransız Danıştay'ının (Conseil D'Etat) ve gerekse Türk Danıştay'ının bugüne kadar verdiği pek çok kararda "yok"luğu saptadıktan sonra kimi kez davanın reddine veya işlemin hükümsüzlüğüne, kimi kez de karara yer olmadığına ya da işlemin iptaline karar verdiğini belirttikten sonra (s. 845), anayasa hukukunda yokluk haline ilişkin belirlemelerde bulunmuştur.

Yasama işlemleri ile idari işlemler arasında paralellik kuran Bumin, yasama işlemlerinin de idari işlemler gibi, kurucu (asli) ve tamamlayıcı (feri) unsurlardan oluştuğunu ve yasama işleminin kurucu (asli) unsurlarının dayanağının *temel Anayasa kuralları*, tamamlayıcı unsurlarının dayanağının ise *temel nitelik arz etmeyen uyulması gerekli diğer Anayasa kuralları* olduğunu belirtmektedir (s. 846). Bumin, bu noktadan hareketle kurucu (asli) unsurlardaki eksiklikler nedeniyle Anayasaya açıkça aykırılık oluşması durumunda yasama işleminin de idari işlem gibi "yok" kabul edilebileceğini, tamamlayıcı unsurlardaki eksikliğin saptanması halinde ise Anayasa Mahkemesince yasama işleminin iptaline karar verileceği saptamasında bulunmaktadır (s. 846). Bumin, Anayasa Mahkemesinin 17.9.1992 günlü, 1992/26 esas ve 1992/48 karar sayılı kararına da gönderme yaparak anayasa yargısında yasama işlemlerinin yok sayılabilmesinin ancak yetki ve görev gasbı ya da çok ağır biçim eksikliğinin varlığı halinde olanaklı olduğunu belirtmekte; bu duruma da *kaynağını Anayasadan almayan bir yetki kullanılarak TBMM'ce Cumhurbaşkanı, Bakanlar Kurulu ve yüksek yargı organları gibi Devletin temel kurumlarının varlığına son verilmesini anayasal yetki gasbının tipik bir örneği* olarak göstermekte ve bu tür yasama tasarruflarının yoklukla batıl olacağını, bu durumlarda idare hukukunda olduğu gibi yasama işleminin hiç doğmamış ve hukuk alemine çıkmamış sayılması gerektiğini öne sürmektedir (s. 846).

Bumin, anayasa hukukunda yokluk haline ilişkin bu genel açıklamayı yaptıktan sonra dava konusu olaya ilişkin olarak yaptığı değerlendirmesini Anayasanın 153. maddesinin son fıkrası hükmünde yer alan "Anayasa Mahkemesi kararları ... yasama, yürütme ve yargı organları ile idare makamlarını, gerçek ve tüzel kişileri bağlar" hükmüne dayandırmıştır. Buna göre,

"Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı ilkesine aykırılığı nedeniyle bir yasama işleminin yok sayılabilmesi için Anayasa'ya aykırı bulunarak iptal edilen bir kuralla aynı veya özdeş nitelikte başka bir kuralın yasalaştırılması ve böylece Anayasa'nın 153. maddesine aykırı biçimde Mahkeme kararının etkisiz duruma düşürüldüğünün Anayasa Mahkemesi'nce saptanması gerekir. Özellikle Anayasa Mahkemesi'nce Anayasa'nın 153. maddesine aykırı bulunarak iptal edilen bir kuralın aynının yasalaştırılması halinde, Anayasa'ya "ağır aykırılık" ve "açıklık" koşulu birlikte gerçekleşmiş olduğundan yasama işleminin "yok"luğu söz konu(su)dur. Bu durumda, Anayasa Mahkemesi'nce işlemin yokluğu saptanarak hükümsüzlüğüne karar verilmelidir ... İşlemin yokluğunun Anayasa Mahkemesi'nce saptanması halinde, yasama işlemi hukuk alemine çıktığı andan itibaren "yok" sayıldığın-

dan, bu yasa kuralına göre yapılan idari işlemler de kendiliğinden yoklukla sakat olur ve ilgililer lehine hiçbir hak sağlamaz" (s. 847)

demektedir.

Görüldüğü gibi Bumin Anayasanın 153'üncü maddesine aykırılığın, Anayasa Mahkemesi kararlarını etkisiz kılmaya yönelik "ağır ihlâl" halini oluşturduğunu, Mahkeme tarafından açık bir şekilde tespit edilebilen bu ağır ihlâlin ise, yasama işlemini yoklukla malûl hale getireceğini kabul etmektedir.⁷⁴

4- Anayasa Mahkemesinin 13.5.1998 tarihli ve 1996/51 esas ve 1998/17 karar sayılı kararı''⁷⁵ ve Yalçın Acargün, Mustafa Yakupoğlu, Fulya Kantarcıoğlu'nun Karşioy Gerekçesi ile Mustafa Bumin'in Değişik Gerekçe Yazısı

Anayasa Mahkemesinin 13.5.1998 tarihinde verdiği kararda iki ayrı karşioy gerekçesinde dava konusu olayda kanunun yokluğuna hükmedilmesi gerektiği öne sürülmüştür. Bu gerekçelerden ilki Yalçın Acargün, Mustafa Yakupoğlu, Fulya Kantarcıoğlu'nun ortak imzasını taşıırken, ikinci gerekçe bir önceki kararda da aynı görüşü dile getiren Mustafa Bumin'e aittir. Sondan başlarsak incelemeye; Bumin'in bir önceki kararda yer verdiği gerekçeye herhangi bir ek yapmayarak gerekçesini aynen yinelemekle yetindiğini söyleyebiliriz.⁷⁶ Bir önceki davada kanunun iptali yönünde oy kullanan ve değişik gerekçesi bulunmayan üyelerden Yalçın Acargün ve Mustafa Yakupoğlu ile bir önceki karar verildiği sırada Mahkemede üye olarak görev yapmayan Fulya Kantarcıoğlu ise Bumin'den ayrı olarak değişik gerekçe ortaya koymuşlardır.⁷⁷

Gerekçede Anayasanın 138' inci maddesinin son fıkrasında yer alan "Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez" ilkesine de değinilerek, yine Anayasanın 153'üncü maddenin son fıkrasındaki Anayasa Mahkemesi kararlarının yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzelkişiler için bağlayıcı olduğundan hareketle, Anayasa Mahkemesinin Anayasaya aykırı bularak iptal ettiği bir konuda

74 Bumin. "Yasama organı. Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararlarından sonra aynı konuda yeni bir yasa yaparken Anayasa Mahkemesi'nin kararlarında açıklanan gerekçeleri göz önünde bulundurulmalıdır. Anayasa Mahkemesi kararlarına uyma ve bu kararların gereğini yerine getirme yükümlülüğü hukuk devleti olabilmenin temel göstergesidir" demektir. Mustafa Bumin, bu yorumunu "Başka bir anlatımla. Anayasa'nın 6. maddesinin üçüncü fıkrasının son tümcesine göre, hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasa'dan almayan Devlet yetkisi kullanamaz. Yasama da Anayasa'nın verdiği yetkilerle sınırlı olmak üzere faaliyet gösterir ve işlemlerinde Anayasa'ya aykırı davranma çabası ve özeni içinde bulunmalıdır. Anayasa'nın 153. maddesine aykırı bulunarak iptal edilen bir yasanın aynınının çıkartılması hususunda Anayasa'dan alınmış bir yetkinin varlığından söz edilemez. Aksine, Anayasa'nın 153. maddesine aykırı davranış Anayasa'yı ihlâl suçu teşkil eder. Böyle bir direnme sonucu ortaya çıkan yasanın ise "yoklukla sakat" olması ve ilgilileri lehine hiçbir hak doğurması gerekir" savıyla desteklemektedir (s. 847).

75 E. 1996/51. K. 1998/17, k.t. 13.5.1998. AMKD. Sayı 35, Cilt 1. s. 168-182.

76 Bkz., Mustafa Bumin'in Değişik Gerekçe Yazısı, E. 1996/51, K. 1998?17, k.t. 13.5.1998, AMKD, Sayı 35, Cilt 1, s. 178-182.

77 Bkz., Yalçın Acargün, Mustafa Yakupoğlu ve Fulya Kantarcıoğlu'nun Karşioy Gerekçesi, E.1996/51, K. 1998/17, k.t. 13.5.1998. AMKD, Sayı 35. Cilt 1. s. 175-178.

aynı kapsam, içerik ve nitelikte yeni bir yasa çıkarılmamasını zorunlu kılacağını; yasama organının, Anayasa Mahkemesinin Anayasaya aykırı görerek iptal ettiği bir kuralın aynını veya değişik ifadelerle benzerini yasalaştırmaması gerektiğini ifade etmişlerdir (s. 177). Buna ek olarak, Acargün, Yakupoğlu ve Kantarcıoğlu'na göre,

“Anayasa Mahkemesi kararlarının bir yasama tasarrufu ile geçersiz kılınmasının bir diğer sonucu da bunun açık bir *fonksiyon gasbına* yol açmasıdır. Bu durum, “Kuvvetler ayrımının, Devlet organları arasında üstünlük sıralaması anlamına gelmeyip, belli Devlet yetki ve görevlerinin kullanılmasından ibaret ve bununla sınırlı medeni bir işbölümü ve işbirliği olduğu ve üstünlüğün ancak Anayasa ve kanunlarda bulunduğu” görüşünün benimsendiği Anayasa'nın Başlangıç'ında dile getirilen erkler ayrılığı ilkesine de açık bir aykırılık oluşturmaktadır” (s. 178).

Üç üyenin ortaklaşa ortaya koyduğu son argüman ise, Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen kuralların kimi kişisel yararlar gözetilerek yeniden yasalaştırılmasının *yasama yetkisinin kötüye kullanılması* anlamına geleceğidir. Bu nedenlerle, yani Anayasa'yı *ihlâl iradesi ve fonksiyon gasbının bir yasama işleminin yetki ögesinde ağır ve açık bir sakatlık hali oluşturduğundan* hareketle, gerekçede söz konusu yasama işleminin “iptal” edilmesi yerine “yok” hükmünde sayılmasının gerekeceği ileri sürülmüştür (s. 178).⁷⁸

5- *Anayasa Mahkemesinin 27.5.1999 tarihli ve 1998/58 esas ve 1999/19 karar sayılı kararı*⁷⁹ ve *Fulya Kantarcıoğlu'nun değişikoy ve karşıoy gerekçesi ile Mustafa Bumin'in değişik gerekçe yazısı*⁸⁰

Mustafa Bumin, karşıoy yazısında dava konusu yasa kurallarıyla, daha önce yayımlanan ve Anayasa Mahkemesinin birçok kararıyla Anayasanın 153'üncü maddesine aykırı bulunarak iptal edilen kararları gözetilmeden bu kararları etkisiz hale getirecek biçimde yeni yasal düzenleme yapıldığından; ayrıca iptali istenen

78 “İlk fıkrada sayılan yasaların. Yasama Meclisi Üyeleri ile dul ve yetimlerinin özlük hakları ile sağlık ve sosyal haklarına ilişkin kimi kuralları Anayasa Mahkemesi'nin çeşitli kararlarıyla iptal edilmiştir. İtiraz konusu 201. madde ile bu iptal kararlarına konu olan ilgili yasa kurallarının sağladığı olanakların korunması ve sürdürülmesine olur verilirken, kazanılmış hak ilkesine de hukuksal tanımı ile bağdaşmayan bir anlam ve içerik kazandırılmıştır. Gerçekten, bir hakkın kazanılmış hak olarak nitelendirilebilmesi için, öncelikle hukuka uygun olarak elde edilmiş olması gerekir. Bu nedenle. Anayasa Mahkemesi'nin 12.12.1989 günlü. E. 1989/11. K. 1989/49 sayılı kararında da açıkça belirtildiği gibi Anayasa'ya aykırı olduğu Anayasa Mahkemesi kararı ile saptanan bir yasaya dayanılarak elde edilen hak, ileriye yönelik kazanılmış hak olarak nitelendirilemez. Ayrıca personel hukukunda kişinin bulunduğu statü kazanılmış hak oluşturmayacağından belli görevler karşılığı ödenen aylık, tazminat gibi ödentilerde değişiklik yapan objektif düzenleyici kuralların kazanılmış hak kavramına dayanılarak hukuka aykırılığının ileri sürülmesi olanaklı değildir” (s. 176) demek suretiyle ortaya koydukları görüşü desteklemişlerdir. Bkz., Yalçın Acargün, Mustafa Yakupoğlu ve Fulya Kantarcıoğlu'nun Karşıoy Yazısı. E. 1996/51. K. 1998/17. k.t. 13.5.1998. AMKD. Sayı 35. Cilt 1. s. 178.

79 E. 1998/58. K. 1999/19. k.t. 27.5.1999. AMKD. Sayı 36. Cilt 1. s. 436-484.

80 Üye Yalçın Acargün de. kaleme aldığı karşıoy yazısında 4234 sayılı Yasa ile ilgili olarak Üye Fulya Kantarcıoğlu tarafından yazılan karşıoy gerekçesinin. 2949 sayılı Yasanın 29. maddesiyle ilgili bölümü dışındaki görüşlere katıldığını belirtmekle yetinmiştir (s. 466).

kurallar, Anayasa Mahkemesince verilen *iptal kararlarına direnme* niteliğinde olduğundan bahisle itiraz konusu kuralların yok hükmünde olduğu görüşünü ileri sürmüştür (s. 466). Bumin görüşünü, yukarıda yer vermiş olduğumuz kararlara ilişkin karşıoy yazılarında ortaya koyduğu gerekçelere dayandırmıştır.⁸¹

Benzer şekilde Kantarcıoğlu da, öz yönünden aynı nitelikte olan yasaların Anayasa Mahkemesinin çeşitli kararlarıyla iptal edilmiş bulunan ilgili kurallarının Anayasanın 138’inci maddesinde yer alan mahkeme kararlarının bağlayıcılığı ve Anayasanın 153’üncü maddesinin son fıkrasında yer alan Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı ilkesine aykırı olarak yeniden yasalastırılmasının, Anayasa Mahkemesinin Anayasaya aykırı bularak iptal ettiği konuda aynı kapsam, içerik ve nitelikte yeni bir yasa çıkarılmaması gereğine ters düştüğünü ortaya koymuştur (s. 481-482). Zira Kantarcıoğlu’na göre aynı kural uyarınca *yasama organının Anayasa Mahkemesinin Anayasaya aykırı görerek iptal ettiği bir kuralın aynınu veya değişik ifadelerle benzerini yasalastırmaması gerekir*. Aksi bir tavır ise. “.. yalnız Anayasanın 153’üncü maddesinin son fıkrasına açık bir aykırılık değil, aynı zamanda yasakoyucunun Anayasayı ihlâl iradesinin ve bu konudaki kararlılığının çok belirgin bir göstergesidir” (s. 482).

“Bu davranışın hukukun üstünlüğü temeline dayanan hukuk devleti ilkesi ile bağdaştırılması olanaklı değildir. Gerçekten Anayasa’nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, Anayasa’ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan yasaların üstünde yasakoyucunun da uyması gereken Anayasa ve temel hukuk değerlerinin bulunduğu bilincinde olan yargısal denetime açık, yargı kararlarına saygılı, bu kararların uygulanması için çaba harcayan, devlettir. Bu nedenle, hukuk devleti, kanun devleti ya da Anayasal devletten daha geniş ve kapsamlı değerler bütününe ifade eder. Hukuk devletinde yasakoyucunun, yalnız yasaların Anayasa’ya uygunluğunu sağlaması yetmez; Anayasa’nın da, insanlığın ortak değerleri haline gelmiş ve tüm uygar ülkelerde benimsenmiş hukukun genel ilkelerine uygunluğunu sağlaması gerekir. Çünkü devletin temel yapısını oluşturan Anayasa üstün hukuk değerleriyle donatılıp adil bir hukuk düzeni kurulmasına elverişli hale getirilmedikçe bu çerçevede çıkarılan yasaların Anayasa’ya uygunluğu kabul edilse bile hukuka uygunlukları tartışılır. Bu nedenle, yasalarla, Anayasa ve hukukun temel değerleri arasında uyum sağlayamayan bir devlet gerçek anlamıyla hukuk devleti olamaz. Böyle algılandığında da bir hukuk devletinde, Anayasa’nın üstünlüğünü gerçekleştirmekle yükümlü Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen bir yasanın aynı içerikle yeniden yasalastırılması düşünülemez” (s. 482-483).

Kantarcıoğlu, gerekçesini hukuk devleti ilkesi ile destekledikten sonra, bir önceki kararda yer verdiği Anayasa Mahkemesi kararlarının bir yasama tasarrufu ile geçersiz kılınmasının bir diğer sonucunun da açık bir *fonksiyon gasbı* yaratılması ol-

81 Bkz.. Mustafa Bumin’in Değişik Gerekçe Yazısı, E. 1998/58. K. 1999/19, k.t. 27.5.1999. AMKD. Sayı 36. Cilt 1. s. 466- 470.

duğu şeklindeki yorumu ile Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen kuralların kimi kişisel yararlar gözetilerek yeniden yasalaştırılmasının *yasama yetkisinin kötüye kullanılması* anlamına geleceğini ve nihai olarak Anayasa hukuku alanında *Anayasayı ihlâl iradesi ve fonksiyon gasbının bir yasama işleminin yetki ögesinde ağır ve açık bir sakatlık oluşturduğundan* bahisle bu durumun yaptırımının söz konusu yasama işleminin “iptal” edilmesi olmayıp “yok” hükmünde sayılması olduğu görüşünü tekrarlamıştır (s. 483-484).

6- *Anayasa Mahkemesinin 5.7.2007 karar günlü 2007/72 esas ve 2007/68 karar sayılı kararı*⁸²

10’uncu Cumhurbaşkanı Ahmet Necdet Sezer ve TBMM üyelerinin bir kısmı tarafından açılan ve Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulu’na 31.5.2007 gününde kabul edilen ve halkoyuna sunulmak üzere 16.06.2007 günlü, 26554 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 5678 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun’un, öncelikle yok hükmünde olduğunun saptanması, olmaması durumunda şekil yönünden Anayasaya aykırılığı nedeniyle Yasanın tümünün iptali istemi karşısında Anayasa Mahkemesi 1992 tarihli kararından sonra ikinci kez yokluk tartışmasına girmek durumunda kalmıştır.⁸³ Cumhurbaşkanı dava dilekçesinde, Yasanın yeniden görüşülmek üzere TBMM’ye geri gönderilmesi üzerine gerçekleştirilen birinci tur görüşmelerde, Yasanın tümünün görüşülmesi bitirildikten sonra yapılan oylamada maddelere geçilmesinin 366 oyla kabul edildiğinin açıklandığını, oysa bu sayının üye tamsayısının 2/3 çoğunluğundan az olması nedeniyle Anayasa değişikliğinin TBMM’ce reddedilmiş sayılması gerektiğini, maddelerin görüşülmesine geçilmesine ve sonuçta

82 E. 2007/72, K. 2007/68. k.t. 5.7.2007. Resmi Gazete, 7 Ağustos 2007, Sayı 26606, s. 1-5. <http://rega.basbakanlik.gov.tr/main.aspx?home=http://rega.basbakanlik.gov.tr/eskiler/2007/08/20070807.htm&main=http://rega.basbakanlik.gov.tr/eskiler/2007/08/20070807.htm>.

83 Davanın esasını kısaca şu şekilde aktarabiliriz: Bilindiği gibi. Anayasanın 88 ve 175. TBMM İçtüzüğü’nün 81, 93 ve 94. maddelerine göre. Anayasa değişiklik önerileri Genel Kurul’da. aralarında en az 48 saatlik süre olmak koşuluyla iki kez görüşülmekte, bu iki turda toplam dört tur oylama yapılması gerekmektedir. Birinci görüşmede, maddelere geçilmesi ve tek tek maddeler; ikinci görüşmede ise, yine tek tek maddeler ve son olarak da Anayasa değişikliğine ilişkin Kanunun tümü oylanmaktadır. Yine, TBMM İçtüzüğü gereğince maddelere geçilmesi ya da tümü kabul edilmeyen teklifler Genel Kurulca reddedilmiş olmaktadır. Nihayetinde. Anayasanın belirlediği nitelikli oy çoğunluğu ile maddelere geçilmesi kabul edilmeyen Anayasa değişikliklerine ilişkin teklifler reddedilmiş olacağından, bu tür bir durumda maddelerin görüşülüp oylanması aşamasına da geçilememesi gerekecektir. Hâl böyleyken. Cumhurbaşkanı tarafından Meclis’e iade edilen Kanunun Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulu’ndaki birinci tur görüşmelerinde Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığınca maddelere geçilmesinin kabulü için yapılan oylamada 366 kabul oyu kullanıldığı saptanması üzerine maddelerin görüşülmesine geçilmiş ve ayrıca ikinci görüşmede Kanunun 1. maddesi de Genel Kurul’dan 367’nin altında bir oy çoğunluğu ile (366 kabul oyu ile) geçmiştir. Bu oy sayısı, Cumhurbaşkanı’nca geri gönderilen Anayasa değişikliklerine ilişkin yasaların kabulünde bulunması gereken üye tamsayısının üçte iki çoğunluğundan az olduğundan. Anayasa değişikliği Türkiye Büyük Millet Meclisi’nce reddedilmiş sayılması gerekirken, maddelere geçilmesinin kabul edildiği açıklanarak maddelerin görüşülmesine geçilmesinin ve sonuçta bu Yasa önerisi kabul edilerek yeniden Cumhurbaşkanı’na gönderilmesinin biçimsel yönden Yasa’yı “yokluda sakatladığı” görüşü ileri sürülmüştür. Anlaşılacağı gibi, dava dilekçesinde “Anayasanın düzenlemesi karşısında, nitelikli oy çokluğunun dört tur oylamada da aranması gerektiği” görüşü ileri sürülmüştür.

Yasa önerisinin kabul edilerek yeniden Cumhurbaşkanına gönderilmesine ilişkin tüm oylamalarda nitelikli çoğunluğun bulunması gerektiğine ilişkin E. 1970/1 ve E. 1973/19 sayılı Anayasa Mahkemesi kararlarına aykırılık olduğunu, bunun Yasayı şekil yönünden sakatladığını, bu nedenle Yasanın öncelikle yok hükmünde olduğunun saptanmasını istemektedir.

Netice olarak Anayasa Mahkemesinin gerek yokluk talebini gerekse şekil yönünden Anayasaya aykırılık nedeniyle yasanın iptali talebini reddettiği davada, yokluk konusunda aşağıda ayrıntılı olarak tartışacağımız şu saptamada bulunduğu dikkat çekmektedir:

“Yokluk, bir normun var olmadığının ifadesidir. Yasalar bakımından, parlamento iradesinin olmaması, Cumhurbaşkanının yayımlama iradesinin bulunmaması, resmi gazetede yayımlanmaması gibi bir normun varlığının zorunlu koşulları bulunmadığı sürece “var”lıktan söz etmek olanaksızdır. Ancak, bunun dışındaki sakatlıklar, denetime tâbi oldukları sürece, Anayasal denetimin konusunu oluşturabilirler ... Anayasada denetlenebilir olduğu kabul edilen ve uygulanacak yaptırımın da açıkça öngörüldüğü bir sakatlığın, yokluğun tespiti yoluyla giderilmesi olanaksızdır. Ancak bunun dışındaki sakatlıklar, denetime tâbi oldukları sürece, Anayasal denetimin konusunu oluşturabilirler”.⁸⁴

*7- Anayasa Mahkemesinin 27.11.2007 karar günlü 2007/99 esas ve 2007/86 karar sayılı kararı*⁸⁵

Anayasa Mahkemesi son olarak 16.10.2007 günlü, 5697 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun Anayasaya aykırılığı savı ile Anayasa Mahkemesine dava açıldığında yokluk talebi ile karşı karşıya kalmıştır. Daha önce Cumhurbaşkanı tarafından halkoylamasına sunulmuş olmakla beraber Abdullah Gül’ün 28 Ağustos 2007 tarihinde Cumhurbaşkanı seçilmesi üzerine 1’inci Cumhurbaşkanı tarafından halk tarafından seçilmesine ilişkin getirdiği somut düzenlemeler nedeniyle tartışmalı hale gelen 31.5.2007 günlü ve 5678 sayılı Anayasa değişikliği hakkındaki kanunun, sözü edilen düzenlemelerin yer aldığı 18 ve 19’uncu maddeleri, uygulama kabiliyetini yitirmiş olmaları nedeniyle 5697 sayılı kanunla metinden çıkarılmaktaydı.

Dâva dilekçesinde, TBMM’nin 5697 sayılı Kanun ile 5678 sayılı Kanunda değişiklik yapma yetkisi bulunduğunu iddia etmenin mümkün olmadığı görüşü savunulmuştur. Buna göre, Anayasanın 175’inci maddesi halk oylaması sürecini ayrılmaz bir bütün olarak düzenlediğinden, yasama organının halkoyuna sunulmuş bir kanun metninde değişiklik yaparak metne yabancı bir unsur sokmasına, metni başkalaştırmasına ve böylece halkoylaması sürecini bölmesine olanak vere-

⁸⁴ Aynı karar, s. 14.

⁸⁵ E. 2007/99. K. 2007/86. k.t. 27.11.2007. /Resmi Gazete. 19 Şubat 2008. Sayı 26792. s. 1- 3. <http://rega.basbakanlik.gov.tr/main.aspx?home=http://rega.basbakanlik.gov.tr/eskiler/2008/02/20080219.htm&main=http://rega.basbakanlik.gov.tr/eskiler/2008/02/20080219.htm>.

bilecek herhangi bir yetki ne yasama organına ne de bir başka organa tanınmıştır. Hâl böyleyken, başlamış olan halkoylaması süreci içerisinde, TBMM halkoyuna sunulan anayasa değişikliğine ilişkin kanun metninde değişiklik yapacak olursa bu, “kaynağını Anayasadan almayan bir yetkinin kullanımıyla gerçekleştirilmiş bir işlem niteliği taşır ve bu işlem yetki unsuru bakımından ağır bir sakatlıkla malûl hale girer” denmektedir. Zira “söz konusu düzenlemelerle hem halkın tâli kurucu iktidar olarak Anayasayı değiştirme yetkisi(nin) hem de Cumhurbaşkanının anayasa değişikliklerini referanduma sunma yetkisi(nin) TBMM’ce gasbedilmiş” olduğu, “...Cumhurbaşkanının tasarrufu üzerine halkoylaması yoluyla anayasayı değiştirme yetkisi(nin) halka geçmiş” olduğu ileri sürülmektedir.⁸⁶ Dolayısıyla, “TBMM'nin 5697 sayılı Kanunu kabul ederek 5678 sayılı Kanunu değiştirmesi, Anayasayı değiştirme konusunda Anayasanın kendisine tanıdığı yetkileri aşması anlamına gelmesinin yanı sıra, Anayasanın Anayasayı değiştirme sürecinde halka tanıdığı tâli kurucu iktidar olarak Anayasayı değiştirme yetkisini de gasbetmesi niteliğini taşımakta”dır.⁸⁷ Sonuç olarak, iddiaya göre “ağır ve açık yetki tecavüzü ya da yetki gasbı olarak” tanımlanabilecek bu durumun 5697 sayılı Kanunla yapılan düzenlemeyi yetki unsuru açısından yokluk ile malûl hale getireceği açıktır. Öte yandan, bir hukuki işlemin yetki unsuru bakımından sağlıklı ve geçerli sayılabilmesi yetkili bir organ tarafından yapılmasının yanı sıra yetkinin Anayasanın çizdiği alan içerisinde ve Anayasaya uygun olarak kullanılmasını da gerektirir. Buna karşılık gerçekleştirilen “yasama işlemlerinin kamu yararı amacına değil, öznel amaçlara yönelik olarak yapılması halinde ise yasama yetkisinin saptırıldığını söylemek gereklidir.”⁸⁸ Böylesi bir yetki saptırmasının da benzer şekilde hukuki işlemin Anayasaya aykırı bir görünüm almasına yol açacağı için, bu işlemin yoklukla malûl olması sonucunu doğuracağı iddia edilmektedir. Zaten “148’inci maddede belirtilen şekil denetiminin, işlemin yetki unsuru bakımından geçerliğini denetleme hususunu dışta bırakmış olduğu düşünülemez. Anayasa Mahkemesi’nin şekil denetimi yetkisinin özünde, işlemi öncelikle yetki unsuru bakımından denetlemek yetkisi saklıdır.”⁸⁹ Dolayısıyla TBMM, kaynağını Anayasa’dan almayan bir yetkiyi kullanmıştır ve bu düzenlemelerin “yetki unsuru bakımından ağır bir sakatlıkla malûl” olduğu, “yetki gasbı veya yetki tecavüzü niteliği taşıdığı da kuşkusuzdur” demek suretiyle, işlemin yokluğuna hükmedilmesi gerektiği ileri sürülmüştür.⁹⁰

Yokluk talebi karşısında Anayasa Mahkemesi, öncelikle Anayasa değişikliklerinin Cumhurbaşkanınca yayımlanması ya da halkoyuna sunulması işleminin doğası gereği Anayasanın değiştirilmesine ilişkin yasanın varlık koşulu niteliğinde olmadığını, Anayasa değişikliğine ilişkin yasaların Genel Kurul iradesiyle varlık kazanacağını ve halkoyuna sunulmaması durumunda Cumhurbaşkanınca

86 Aynı karar, s. 1.

87 Aynı karar, s. 2.

88 Aynı karar, s. 2.

89 Aynı karar, s. 3.

90 O günlerde, kanunun yoklukla malûl sayılması gerektiği görüşü, bilebildiğimiz kadarıyla ilk olarak Cem Eroğul tarafından savunulmuştur. Bkz., Cem Eroğul, “Hukuka ve Demokrasiye Aykırı Halkoylaması,” *Cumhuriyet*, 19 Ekim 2007.

yayımlanmakla yürürlüğe gireceğini, dolayısıyla yürürlük koşulunun Cumhurbaşkanlığı ile halk arasında paylaştırıldığı kimi durumlarda her iki iradenin de Anayasa değişikliklerinin yürürlüğe girmesinin ön koşulunu oluşturduğunu belirlemiştir. Dolayısıyla Anayasanın 7., 87., ve 175. maddeleri uyarınca olağan yasa ya da Anayasa değişikliği niteliğindeki her bir tasarrufu gerçekleştirme yetkisine sahip olan TBMM'nin “bu yetkisini yürürlük koşullarını *yerine getiren ya da getirmeyen yasalar* bakımından herhangi bir ayırım yapmaksızın tanımakta” olduğu, Anayasa Mahkemesinin Anayasa değişikliklerini şekil bakımından denetleme yetkisinin, Anayasanın 148'inci maddesinin 2'inci fıkrasında *referanduma sunulan-sunulmayan ve yürürlüğe giren-girmeyen* yönünden herhangi bir ayırma tâbi tutulmadığı gibi, Anayasa Mahkemesinin denetleyebildiği yasama tasarrufları üzerinde değişiklik yapma yetkisinin de evleviyetle TBMM'ye ait olduğunu kabul etmek gerekeceğine yer verilmiştir.⁹¹

Anayasa Mahkemesinin görev ve yetkilerini belirleyen Anayasanın 148'inci maddesinde, Anayasa değişikliklerine ilişkin yasaların esas yönünden denetimine yer verilmediği gibi, bunların biçim yönünden denetimlerinin de, teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlı tutulduğu, “yaptırımı iptal olarak belirlenmiş bu hususlar dışında denetim olanağı bulunmayan tâli kurucu iktidar iradesinin hukuksal geçerliliği üzerinde daha ileri bir tartışma yapmak için *iptal nedenlerinden daha ağır bir hukuka aykırılığın varlığı(nın) zorunlu*” olduğu kabul edilmiştir. Anayasa Mahkemesi'ne göre,

“Anayasanın norm olarak tanımadığı bir tasarrufu norm olarak var kabul etmek olanaksızdır. Anayasa bir normun varlığını, bu normu ortaya çıkaran belirli bir iradenin varlığına bağladığı durumlarda, bu iradenin yokluğunun normun yokluğu anlamına geleceği açıktır.”⁹²

Anayasa Mahkemesi 05.07.2007 günlü, E. 2007/72, K. 2007/68 sayılı kararına da yollama yaparak “Yokluk, bir normun var olmadığının ifadesidir. Yasalar bakımından, parlamento iradesinin olmaması, Cumhurbaşkanının yayımlama iradesinin bulunmaması, resmi gazetede yayımlanmaması gibi bir normun varlığının zorunlu koşulları bulunmadığı sürece ‘varlıktan söz etmek olanaksızdır. Ancak, bunun dışındaki sakatlıklar, denetime tâbi oldukları sürece, Anayasal denetimin konusunu oluşturabilirler”⁹³ ifadesine yer vererek, yokluğu ancak bir norma vücut veren ya da yürürlüğe koyan iradelerin yokluğu hususlarıyla sınırlı olarak kabul etmiştir.

Buna karşılık, Yüksek Mahkeme 5678 sayılı “Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun”u açık bir şekilde TBMM'nin Anayasayı değiştirme yetkisi kapsamında görmüştür. Mahkemeye göre, değişikliğin henüz yürürlüğe girmemiş olması bu sonucu değiştirmediği gibi, bu süre içerisinde Anayasa, TBMM'nin Anayasayı değiştirme yetkisini kul-

91 Aynı karar, s. 4-5.

92 Aynı karar, s. 5.

93 Aynı karar, s. 5.

lanmasına, “halkoyuna sunulan yasalar üzerinde tasarrufta bulunmama” şeklinde bir istisna da öngörmüş değildir. Ayrıca, halkoyuna sunulurken kabul edilen bir Anayasa değişikliğini yürürlükten kaldırma yetkisine sahip olan TBMM’nin henüz referandumda oylanmamış ve yürürlüğe girmemiş bir Anayasa değişikliği yasası üzerinde evleviyetle tasarruf yetkisine sahip olduğu kabul edilmelidir. Sonuç olarak, Anayasa Mahkemesi dava konusu yasanın Anayasanın 148’inci maddesinde öngörülen teklif ve oylama çoğunluğu ile ivedilikle görüşülemeyeceği koşullarına aykırı bir yönü bulunmadığından iptal isteminin reddine karar vermiştir.⁹⁴

B- Değerlendirme: Anayasa Mahkemesi Yokluk Kararı Verebilir mi?

1- Anayasa Mahkemesinin Görüşü

Karşıoy yazıları bir yana bırakılırsa, Anayasa Mahkemesinin yokluk tartışmasına girdiği üç karar göze çarpmaktadır. Yüksek Mahkeme ilk olarak 17.9.1992 tarihli 1992/26 esas, 1992/48 karar sayılı kararında idare hukukunda yokluğun, bir hukuksal işlemin hiç doğmamış, hukuk alemine hiç çıkmamış sonucunu doğuracağına yer vermek suretiyle anayasa yargısında da yasama işlemlerinin yok sayılabilmesinin *ancak yetki ve görev gaspı ya da çok ağır biçim eksikliği* durumlarında söz konusu olabileceğini ortaya koymuştur.⁹⁵ Demek ki, Anayasa Mahkemesi yokluk kararı verme yetkisini bu hallere münhasır olarak kendisinde görmekte olduğunu, ancak dava konusu olayda böyle bir durumun var olmadığını kabul etmektedir. Yüksek Mahkeme bu konuda ikinci kez 05.07.2007 tarihli 2007/72 esas ve 2007/68 karar sayılı kararında tekrar görüş belirtmiştir. Bu kararda ise, “(Y)okluk, bir normun var olmadığının ifadesidir. Yasalar bakımından, parlamento iradesinin olmaması, Cumhurbaşkanının yayımlama iradesinin bulunmaması, resmi gazetede yayımlanmaması gibi bir normun varlığının zorunlu koşulları bulunmadığı sürece “var”lıktan söz etmek olanaksızdır. Ancak, bunun dışındaki sakatlıklar, denetime tâbi oldukları sürece, Anayasal denetimin konusunu oluşturabilirler ... Anayasada denetlenebilir olduğu kabul edilen ve uygulanacak yaptırımın da açıkça öngörüldüğü bir sakatlığın, yokluğun tespiti yoluyla giderilmesi olanaksızdır. Ancak bunun dışındaki sakatlıklar, denetime tâbi oldukları sürece, Anayasal denetimin konusunu oluşturabilirler”⁹⁶ denmiştir.

Görüldüğü gibi Anayasa Mahkemesi ancak hukuk hayatında doğmuş, varlığı olan bir hukuki işlemin geçersiz kılınabileceği mantığından hareket etmiş; yasalar için parlamento iradesinin olmaması, Cumhurbaşkanının yayımlama iradesinin bulunmaması, resmi gazetede yayımlanmaması gibi eksiklikleri normun varlığının zorunlu koşulları (varlık koşulları) olarak örneklemiştir. Yüksek Mahkeme, ayrıca Anayasada denetlenebileceği kabul edilen ve uygulanacak yaptırımın da açıkça öngörüldüğü bir sakatlığın yokluğun tespiti yoluyla giderilemeyeceğine yer vermiştir. Demek oluyor ki, Mahkemeye göre Anayasada herhangi bir yaptırıma yer

94 Aynı karar, s. 5-6.

95 Bkz., E. 1992/26. K. 1992/48. k.t. 17.9.1992. AMKD. Sayı: 28/2. s. 545-546.

96 E. 2007/72. K. 2007/68, k.t. 5.7.2007. Resmi Gazete. 7 Ağustos 2007, Sayı 26606, s. 14. <http://rega.basbakanlik.gov.tr/eskiler/2007/08/20070807-13.htm>.

verilmemiş bir sakatlık söz konusu ise yokluk yaptırımının uygulanması mümkün olacaktır. Aksi halde uygulanacak yaptırımın ne olacağı Anayasada açıkça belirlenmiş olduğu için böyle bir yola başvurulması da düşünülemeyecektir. Son olarak. Anayasa Mahkemesi 27.1 1.2007 tarihli 2007/99 esas ve 2007/86 karar sayılı kararında yokluk konusunda belirlemelerde bulunmuştur. Bir önceki kararında yaptığı saptamalara göndermede bulunan Yüksek Mahkeme, yokluğu *ancak bir norma vücut veren ya da yürürlüğe koyan iradelerin yokluğu hususlarıyla sınırlı olarak* kabul etmiştir. Mahkemeye göre, “Anayasanın norm olarak tanımadığı bir tasarrufu norm olarak var kabul etmek olanaksızdır. Anayasa bir normun varlığını, bu normu ortaya çıkaran belirli bir iradenin varlığına bağladığı durumlarda, bu iradenin yokluğunun normun yokluğu anlamına geleceği açıktır.”⁹⁷

Anlaşılabacağı gibi Anayasa Mahkemesi şu ana dek yokluk kararı vermemişse de, belli durumlara münhasır olarak yokluk kararı verebileceği sonucuna varmıştır.

2- Anayasa Mahkemesinin Görüşünün Eleştirisi

Yüksek Mahkeme bu görüşü İdare hukuku ve diğer hukuk dallarında yokluk yaptırımının uygulanabilmesinden hareketle geliştirmiştir. Kanaatimizce, Anayasa Mahkemesinin yokluk kararı verebileceğini kabul etmesi pek çok açıdan isabetli olmamıştır. Bu nedenleri üç ana başlık altında incelemek mümkündür:

a- Yokluk Düşüncesinin Esasına Yönelik İtirazlar

Her şeyden önce, “Anayasanın norm olarak tanımadığı bir tasarrufu norm olarak var kabul etmek olanaksızdır” diyen Mahkeme normun varlık koşullarıyla etkililik koşulları arasında bir ayırım yapmaktadır. Hatırlanacağı üzere bu ayırım, kaynağını Roma hukukunda bulan “*Substantia*” (Varlık) ve “*Effectus*” (Etkililik)⁹⁸ ayrılığından hareket etmektedir. O dönemde son derece yaygın olan bu ayırım, etki ve sonuç doğurabilmesi için bir işlemin öncelikle hukuk hayatında sıhhatli bir biçimde doğmuş olması gerektiği düşüncesine dayanmaktaydı. Bu düşünceden hareketle “*Substantia*” ve “*Effectus*” kavramları birbirinden ayrıştırılıyor; ilkinde, en basit ifadeyle işlem hukuk hayatında doğmamış kabul edilirken, ikinci halde ise doğmuş olmasına rağmen, işlemin hukuk hayatında etki ve sonuç doğurmak- tan uzak olduğu sonucuna varılıyordu.⁹⁹ Daha sonra, 1808 yılında Kari Zachariae, Klasik Okul çerçevesinde temelde her türlü hukuksal işlemin varolmak için belli oluşum gereklerinin tamamlanmasına ihtiyaç duyduğu düşüncesinden hareket ederek, aynı noktaya işaret etmiş oluyordu. Buna göre, sözü edilen gerekler ortaya çıkmamışsa, en basit şekliyle hukuksal işlem varolmamaktaydı. Zachariae’ya göre, bu noktada işlemin yokluğundan (*l’inexistence de l’acte*) söz edilmekte olduğundan,

97 E. 2007/99. K. 2007/86, k.t. 27.11.2007. *Resmi Gazete*. 19 Şubat 2008. Sayı 26792. s. 5. <http://rega.basbakanlik.gov.tr/eskiler/2008/02/20080219-9.htm>.

98 Bu ayırım ve yerine ikame edilen diğer düşünsel kategoriler yukarıda “Feodal Hukuk: Kesin hükümsüzlük (*l’inefficacité radicale*) ve iptal edilebilirlik (*l’annulabilité*) ayrımı” başlığı altında ayrıntılı olarak sunulmuştur.

99 Gaudet (1995), s.301’den naklen: G.Renard “L’idée d’annulabilité chez les interprètes du droit romain au Moyen-Age,” *Nouvelle Rev. Historique de dr. Français*, 27, 1903, s. 331-332.

bu durum hükümsüzlük halinden temelde ayrılmaktaydı. Böylece Zachariae, Romalıların “*substantial/effectus*” ayrımını geliştirerek, varolan düşünsel kategoriye “yokluk” düşüncesini eklemiş olmaktadır.¹⁰⁰

Fransa’da klasik okulun bir buluşu olan “yokluk” düşüncesi, çoğu hukukçunun ve muhtemelen Anayasa Mahkemesinin de anladığı gibi işlem teorisinin tartışmasız bir parçası ve doğal bir sonucu değildi. Zachariae’yı “yokluk” kategorisini oluşturmaya iten aslında Fransız hukukundaki bir düzenleme eksikliğinden ibaretti. Fransız Hukukunda klasik okulun kanunun açıkça belirlemediği hallerde bir butlan sebebinin varlığından söz edilemeyeceği görüşünü taşıması; Fransız Medeni Kanununun ise, aynı cinsten iki kişi arasında yapılan evlilik sözleşmesinin yaptırımını konusunda herhangi bir düzenleme getirmemesi karşısında kanun koyucunun butlanla sakat olacağını açıkça belirlemediği böyle bir evlenmenin batıl olduğunu iddia etmek mümkün olamıyordu. Böylesine ağır bir fesada uğrayan bir evlenmeyi kanun koyucunun dikkate almamasının düşünülemediğini belirten Zachariae, başlangıçta buradaki düzenleme eksikliğini aşabilmek için yokluk düşüncesine başvurmuştu.¹⁰¹ Dolayısıyla, işin başında yokluk teorisinin ortaya çıkışında da hukukun sınırlarının zorlanması suretiyle “hukuka uygun” (*legal*) olanı “geçerli” (*valid*) olana koşut kılma çabasının bulunduğu gözden kaçırılmamalıdır. Böyle bir yaklaşım ise, hukuka uygunluğun hukuk tarafından belirlenmesi gibi, hukuka aykırılığa bağlanan sonuçların da hukuk tarafından belirlendiğini; hükümsüzlüğün kabulü ve neticelerinin de hukukun sahası içinde olduğunu ihmal etmektedir. Klasiklere göre, hukuki işlem temel “organlarından yoksun olduğunda, doğması olası değildir ya da böyle bir işlem “ölü-doğmuş” (*mort-né*) bir işlemdir. Buna karşılık, ihtiyacı olan tüm unsurları taşımakla birlikte bunlar bir şekilde sakatlandığında, sözleşme doğabilir ancak bu kez de “sakat” ya da “hasta” olarak nitelenecektir. Görüleceği gibi, “organik” yaklaşım ve buradan hareketle ileri sürülen teorisinin tüm kuralları tamamen ve mantıksal olarak “işlemin durumu”ndan hareketle yapılan *çıkarsamalardan* ibarettir.¹⁰² “İşlemin durumu” ise, maddi yokluğun ta kendisidir. Özellikle yokluk teorisinin başlangıçta yalnız hukuki işlemin niteliği gereği sahip olması gereken *doğal* ve *fili* unsurlardan birinin bulunmaması durumuna hasredilen evlenmelere ilişkin bir yaptırım olarak uygulandığı dikkate alınrsa, ortaya çıkışı itibarıyla de “hukuki yokluk” düşüncesinin gerçekte “mutlak/maddi yokluk”tan farkı olmadığı anlaşılacaktır.¹⁰³ Kaldı ki, “yok işlem” (*acte inexis-*

100 K.-S. Zachariae, *Le droit civil français*, trad. par. G. Massé et C. Verge (Paris: Auguste Durand, 1857). Konuya yukarıda “Klasik Okul: Yokluk (l’inexistence) ve iptal edilebilirlik (l’annulabilité) Ayrımı” başlığı altında ayrıntılı olarak değinilmektedir.

101 Bkz.. Güral. s. 55-56, Gaudet (1995). s. 312, dipnot 82. Ona göre, kanunda açıkça öngörülme de aynı cinsten iki kişi arasında gerçekleşen bir evlenme, sözleşmenin niteliği gereği evlenme olarak kabul edilmeyecek, böyle bir evlenme ancak “yok evlenme” olarak nitelenecekti.

102 Gaudet (1995), s. 316’dan naklen: R. Japiot, *Des nullités en matière d’actes juridique: essai d’une théorie nouvelle* (Paris: Arthur Rousseau, 1909), s. 124

103 Madden yok olan bir işlemin herhangi bir hukuki sonuç doğurması, yani hukuk düzeninde herhangi bir değişiklik meydana getirebilmesi, üçüncü kişiler üzerinde haklar ve yükümlülükler yaratması mümkün değildir. Dolayısıyla böylesine yok olan ve hukuk düzeninde herhangi bir sonuç doğurmayan bir şey hakkında bir müeyyidenin uygulanmasına da gerek yoktur: *zaten istense de uygulanamaz*. Keza madden yok olan bir şey hakkında bir dava da açılmaz: açılmış olan bir dava da

tant) ifadesi tartışmasız bir biçimde paradoksal bir durumu ifade etmektedir. Bir işlem varsa, onun aslında doğmuş olduğunu da kabul etmek gereklidir. Oysa “hukuki eksikliği” “maddi eksiklik” içerisinde eriten klasik yazarlar işlemin “hukuki” yokluğunun sıklıkla onun “maddi” varlığı ile açık bir çelişki içerisinde olduğunu görmezden gelmişlerdir.¹⁰⁴

Hukuki açıdan “yok” olarak nitelenen işlemin *gerçekte* maddi açıdan “var” olması ise Roma kaynaklı bir başka ilkenin, görünüş (*l'apparence*) ilkesinin ihmal edilmişinin açık bir göstergesidir. O dönemde ileri sürüldüğü gibi, hükümsüz olması gereken ve fakat görüntüde geçerli olan bir işlem, görüntüdeki geçerliliği nedeniyle belli ölçüde hukuksal etki kazanabilir (*idem est esse et apparere*).¹⁰⁵ İşlem gerçeklik alanında görünüş itibarıyla tamamlanmışsa, hukuksal etki yaratacak gücü olmasa da, hukuksal etki yaratmaktaymış; yani “öyleymiş” gibi görünen bir takım sonuçlar doğurmuş olacaktır. Diğer bir deyişle, hukuk ortaya çıkan bu sonuçları engelleme noktasında güçsüzse de, işlemin hukuki olmayan bu yapısının üzerine birtakım sonuçlar bina edilmesine izin verebilir. Hükümsüz olduğu ve kanun nazarında hiçbir değer ifade etmediği iddia edilen bir sözleşmeye dayanılarak tarafların mameleklerinde fiili bir değişiklik ortaya çıkmış, edimler yerine getirilmiş olabilir. Böyle bir durumda aslında geçersiz olan ancak görünüşte geçerlilik taşıyan işlemin, görünüş ilkesi ve onun temelinde yatan hukuk güvenliğini sağlama ihtiyacının bir sonucu olarak belli ölçüde sıhhatli bir işlemmiş gibi sonuç doğuracağını kabul etmek zorunludur. Diğer bir deyişle, hükümsüzlük hukuk alanında bütün varlığıyla boy gösterebilse de, gerçeklik dünyasında aynı gücü taşımamaktadır. Bu açıdan “hukuk dünyasında yokluk varsa da, “gerçeklik dünyası”nda yokluktan söz etmek

esastan incelenemez. Böyle *madden yok olan* bir şey hakkında açılmış bir dava varsa, mahkeme bu şey hakkında “iptal” kararı veremeyeceği gibi “yokluğunun tespiti” kararı da veremez. Zira ortada *maddî varlığa* sahip bir şey yoktur. Yok olan bir şey ise bir yargısal usule konu olamaz; bu nedenle yok olan şeyin “yokluğu” tespit edilemez. Zaten yok olan bir şeyin yokluğunun tespiti mantık bakımından mümkün değildir; eşyanın tabiatına aykırıdır. Gözler (2003), s. 884-885. Maddi yokluk konusunda ayrıca bkz.. Gözler (2003), s. 880-885; Kemal Gözler, *Hukukun Genel Teorisine Giriş: Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu* (Ankara: US-A Yayıncılık, 1998), s. 27-28. İdare hukuku öğretisinde Vedel, “yok hükmünde işlemler” ve “yok hükmünde sayılması gerekli işlemler” arasında bir ayırım yaparak: birinci halde, işlemlerin hiç gerçekleşmemiş ya da idari makamlar ve idarenin ajanları dışındaki kişiler tarafından yapılmış işlemler olduklarını, bu tür işlemlere yokluk teorisinin tüm hükümlerinin uygulanacağını belirtmiştir. Vedel, işlemin hiç gerçekleşmemesi ile maddi yokluk halini kastetmektedir. “Yok hükmünde sayılması gereken işlemler” ise, Vedel’e göre, yasa koyucu tarafından önceden hükümsüz ve yok sayılan veya çok ağır ve önemli hukuksal aykırılık taşıyan işlemlerdir. Celâl Erkut, “İdare Hukukunda Yokluk Teorisi,” *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, Prof. Dr. Lütfi Duran a Armağan Özel Sayısı, Sayı: 1-3, Yıl: 9, 1988, s. 73-74. “Maddî yokluk” kavramına, Georges Vedel ve Pierre Delvolve aynı zamanda “mutlak yokluk” (*inexistence absolue*) demekte ve “mutlak olarak yok olan işlem”den bahsetmektedir. Bkz., Gözler (2003), s. 880’den naklen: Georges Vedel - Pierre Delvolve, *Droit administratif* (Paris: Presses universitaires de France, 1992), Cilt. 2, s. 263.

104 Aynı düşüncüyü Gözler de şu şekilde dile getirmektedir: “İdari işlemin yokluğu (*inexistence de l’acte administratif*)” ifadesi saçma bir ifadedir. “İdari işlem”den bahsedilebilmesi için sakat da olsa bir irade açıklamasının “var” olması gerekir. Zaten “yok” olan bir şeyin “yokluğu”ndan bahsedilmesi anlamsızdır. Bir şey ya vardır: ya da yoktur. Yok olan bir şeyin yokluğundan bahsetmek anlamsız, var olan bir şeyin yokluğundan bahsedilmesi ise yanlıştır.” Gözler (2003), s. 880.

105 Gaudet, s. 301-302’den naklen: G. Renard, “L’idée d’annulabilité chez les interprètes du droit romain au Moyen-Age.” *Nouvelle Rev. Historique de dr. français*, 27, 1903, s. 329- 331.

doğru olmayacaktır.¹⁰⁶ “Gerçeklik dünyası” (*le monde du fait*) ile “hukuk dünyası” (*le monde du droit*) birbirinden ayrılması gereken alanlardır. Kelsen’in ifadesiyle, “Kral Midas’ın dokunduğu her şeyin altına dönüşmesi gibi, hukuka ilişkin olan her şey de hukuk haline, yani hukuken varolan bir şey haline gelir”.¹⁰⁷

Dolayısıyla işlemin geçerli olduğu görüntüsünün bulunduğu her durumda, hükümsüzlüğün bir dava yoluyla ileri sürülmesi ve bu davanın kabulü ile birlikte -gerekli görüldüğünde- hakim işlemin doğduğu andan itibaren geçmişe dönük olarak ortadan kaldıracak şekilde işlemin hükümsüzlüğüne hükmetmesi (iptal edilebilirlik), hukuk güvenliği ve hukuki istikrar ilkeleri de dikkate alınarak, madde yokluktan gerçekte bir farkı bulunmayan hukuki yokluk düşüncesine yeğlenmelidir. Özellikle kamu hukuku alanında özel hukuktan farklı olarak ilgililerin rıza ve muvafakâatine ihtiyaç göstermeksizin hukuki işlemin bireylerin (yönetilenlerin) hukuki durumunda değişiklik yaptığı düşünülürken bireylerin kendilerini kamu gücü ve devlet otoritesi karşısında güvende hissedebilmeleri için yokluk yaptırımının bir hukuk politikası olarak başvurulması tercih edilmeyecek ya da son derece istisnai olarak kanunda açıkça öngörülen hallerde başvurulacak bir yaptırım olarak algılanmasında büyük yarar vardır. Kaldı ki, kamu gücüne dayanan ve devlet otoritesinin bir yansıması olan kamu hukuku işleminin hukuka uygunluk karinesinden yararlanması ilkesi de yokluk teorisinin kamu hukukunun gerekleri ile bağdaşmadığını açıkça ortaya koymaktadır.¹⁰⁸

b- Anayasa Hukukunda Yokluk Yaptırımının Uygulanmasına Yönelik İtirazlar: Yargısal Üstünlük Tehlikesi (Ya da Anayasa Mahkemesi Neden Yokluk Kararı Vermemeli?)

Hiç şüphesiz, yokluk düşüncesinin esasına yönelttiğimiz temel eleştiriler dikkate alındığında, teorisinin uygulanmasının en fazla sıkıntı yaratacağı alanın yasa-ma işleminin hükümsüzlüğünden söz ettiğimiz anayasa hukuku alanı olduğu açıkça ortadadır. Her şeyden önce, anayasa hukuku ve dolayısıyla anayasa yargısının doğası yokluk teorisinin özünde yer alan hukukun sınırlarının zorlanması yoluyla

106 Gaudet (1995). s. 317’den naklen: Japiot (1909). s. 282. .

107 Kelsen (2006). s. 161.

108 Rağıp Sarıca ise, tam tersi bir yaklaşımla, medeni hukukta irade serbestisi ilkesi geçerli olduğuna göre ancak kamu düzeninin söz konusu olduğu çok istisnai hallerde uygulanabilecek olan yokluk nazariyesinin, tersine kamu düzeni ilkesinin hakim olduğu idare hukukunda çok daha geniş bir uygulama alanı bulacağını belirtmektedir. Rağıp Sarıca. “İdare Hukukunda Yokluk ve Butlan.” *Ebül ’ula Mardin ’e Armağan* (İstanbul: Kenan Matbaası, 1944). s. 1196, dipnot 9. İdare hukukunda yokluk teorisinin benimsenip benimsenmeyeceği tartışması konumuz dışıdır. Ancak Profesör Sarıca’nın yürüttüğü mantığı başta idari işlemin hukuka uygunluk karinesinden yararlanması olmak üzere idare hukukunun temel prensipleri ile uyumlu bulmamaktayız. Gerçekten de, idare hukukunda yetkilerin Anayasa ve kanunlardan kaynaklanan, istisnai nitelik taşıyan *verilmiş* yetkiler olması, dolayısıyla dar yoruma tâbi tutulması bu yöndeki değerlendirmemizi desteklemektedir. Celâl Erkut da. “...idarenin kamu gücü ve kudreti dolayısıyla her türlü işlemini re’sen icra edebilme ayrıcalığını haiz olması karşısında: yokluk teorisinin benimsediği diğer hukuksal sonuçların (burada “dava süresi” ve “yokluk halinin tespiti sonrasındaki hukuksal etkiler” dışındaki hukuksal sonuçlar kastedilmektedir -Y.N.) sadece teoride kaldığı ve daha da önemlisi bireyler için bir güvence mekanizması altında büyük bir tehlike oluşturduğu son derece açıktır” demektedir. Erkut (1988), s. 91.

“hukuka uygun” (legal) olanı “geçerli” (valid) olana koştur kılma çabası ile hiçbir biçimde bağdaşmayacak yapısal bazı özellikler taşımaktadır.

Bir “anayasa organı” niteliğindeki Anayasa Mahkemesinin yargısal faaliyetleri ile diğer yüksek mahkemelerin faaliyetleri arasında hukuk tekniği açısından ilk bakışta fark görülmeyebilir de, Anayasa Mahkemesinin “siyaset” ile “hukuk”un keşiştiği noktada belli oranda siyasal bir fonksiyon ifa etmekte olması, durumunu diğer mahkemelerden son derece farklı kılmaktadır. Anayasa yargısının işlevine dair temel sorun temsili demokrasinin olağan usulleri çerçevesinde hesap sorulabilir konumda olmayan *seçilmemiş* yargıçların, halkın demokratik araçlarla hesap sorulabilir temsilcilerinin iradesine karşı çıkması ve onların yasama tercihlerini etkisiz kılmasının meşruluğudur.¹⁰⁹ Gerçekten de, seçilmemiş yargıçlar tarafından gerçekleştirilecek bir denetimin vatandaşların siyasal çıktılar üzerinde yapacağı etkiyi sınırladığı açıktır. Öte yandan, *seçilmiş* yargıçların aynı yetkiyi kullanarak, halkın temsilcilerinin yapacağı yasayı etkisiz kılması da büsbütün sorunsuz değildir.¹¹⁰ Seçilmiş yargıçların, ancak nitelikli çoğunluk gerektiren anayasa değişiklikleri ile devre dışı bırakılabilmesi mümkün olan çoğunluk iradesini bir çırpıda bertaraf edebilecek güce sahip olmalarını demokrasi ile bağdaştırmak da aynı şekilde kolay görünmemektedir.^{111 112}

En basit şekliyle, demokrasi halk iradesini gerektirdiğine göre seçilmemiş yargıçlar tarafından gerçekleştirilen yargı denetiminin bu açıdan problemlili görülmesi şaşırtıcı olmamaktadır. Yasaları anayasaya aykırı oldukları gerekçesiyle geçersiz kılma ya da en iyi ihtimalle, Anayasayı yorumlama işlevini yerine getirecek olan seçilmemiş yargıçların gerçekleştireceği her iki işlevin de halkın onaylayacağı bir biçimde gerçekleşeceğinin garantisi bulunmamaktadır.¹¹³ Diğer bir deyişle, bu işlevleri halk iradesine bağlayan herhangi bir araç yoktur. Bu son nokta, anayasa yargısının kendisini meşru kılacak bir nedene ihtiyaç gösterdiği; yani anayasa yargısının “halk iradesi”nin eksikliğinden doğan boşluğu telâfi edecek bir meşruluk gerekçesine muhtaç olduğu gerçeği ile yüzleşmemizi sağlamaktadır. Bu gerekçe, çoğu zaman zannedildiği gibi demokrasi düşüncesini ötelemeye yarayan, içi boş bir “hukuk devleti” formülasyonu ile açıklanamayacak denli değerlidir. Anayasacılık

109 Bu doğrultuda özellikle bkz., Jeremy Waldron, “A Right-Based Critique of Constitutional Rights”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 13, No 1, 1993, s. 18-51, Jeremy Waldron, *Law and Disagreement* (Oxford: Oxford University Press, 1999); Jeremy Waldron, “The Core of the Case Against Judicial Review,” *Yale Law Journal*, 2006, Vol. 115, s. 1346-1406.

110 Bkz., Samuel Freeman, “Constitutional Democracy and The Legitimacy of Judicial Review”, *Law and Philosophy*, Vol.9, No.4. November 1990, s. 327.

111 “The Least Dangerous Branch”adlı eserinde çoğunlukçu demokrasi ile çoğunlukçuluğa karşı bir organ olan yüksek mahkeme arasındaki çatışmaya dikkat çeken ve ünlü çoğunlukçuluk-karşıtı güçlük (countermajoritarian difficulty) deyişle Amerikan demokrasisinin ayırıcı özelliğe ters düştüğünü dile getiren Alexander Bickel’in altını çizdiği de bundan başka bir şey değildir. Bkz., Alexander M. Bickel, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics* (İndianapolis: Bobbs- Merrill. 1962).

112 Bkz., Wojciech Sadurski, “Judicial Review and the Protection of Constitutional Rights,” *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 22, No. 2. 2002, s. 276.

113 Joseph M. Farber, “Justifying Judicial Review: Liberalism and Popular Sovereignty,” *Capital University Law Review*, No. 32: I. October 2003, s. 66-67.

hareketi gibi, kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetiminin de nihai hedefi anayasal düzeye yükseltilmiş kişi haklarının, “yeri asla doldurulamayacak olan insan onurunun paha biçilmez değeri”nin¹¹⁴ korunmasıdır. Öyleyse, anayasa yargısının muhtaç olduğu meşruluğun ancak “halk iradesi” yoluyla doldurulabileceğini söylemek dahi meseleyi fazlasıyla basitleştirmek anlamına gelebilir. Yani, hangi “ulvî” gerekçe söz konusu olursa olsun, Waldron’un “hakların hakkı” dediği katılma hakkının¹¹⁵, Dworkin’in deyimiyle katılmanın “özel değeri”nin (*dignity value*)¹¹⁶ bundan zarar görmemesi gerekmektedir. Oysa iki halde, katılma hakkının özel değeri açık bir biçimde zedelenmektedir.

Bunlardan birincisi, katılmacı olmayan bir karar yapım yöntemi olan anayasa yargısının nihai olarak kişi haklarının korunması hedefini yerine getirmemesidir. Bu durumda anayasa yargısı, katılmacı olmayan bir karar yapım yöntemi olarak meşruluğunu ispatlayamamış; siyasal kararların niteliğini artırdığı yönünde olumlu bir gerekçe ortaya koyamamıştır. İkinci hal ise, anayasa yargısının “yargısal denetim”in ötesine geçerek “yargısal üstünlüğe” kayması halidir. İşte, bu son nokta Anayasa Mahkemesinin yokluk kararı vermesi ile yakından ilgilidir.

Yargısal üstünlük ile yargısal denetim birbirinden ayrıştırılması gereken kavramlardır. Yargısal üstünlüğün olduğu bir sistem zorunlu olarak anayasa yargısını içinde barındırır, ancak anayasa yargısının var olduğu her sistem bir yargısal üstünlük durumu yaratmaz.¹¹⁷ Yargısal üstünlük üç özellikte tanımlanabilir: Birincisi, böyle bir sistemde önemli konuları tüm siyasal sistem adına mahkemeler karara bağlamaktadır. İkincisi, varılan kararlar siyasal sistemin tüm aktörleri için mutlak bağlayıcılık taşımaktadır. Son olarak ise, mahkemeler bu kararları verirken devletin diğer organlarının aynı konularda geçmişte ya da şimdi takındıkları tutumları dikkate almazlar. Bu kapsamda, bir yargısal üstünlük sisteminde mahkemelerin geçmişte kendi aldıkları kararları dahi dikkate almaması ya da onlarla bir ölçüde de olsa kendilerini bağlı hissetmemesi önemli bir noktadır.¹¹⁸ Bundan fazla olarak yargısal üstünlük sistemi, yargıçlar ne diyorsa anayasanın o olduğunu kabul eder. Bu, anayasanın objektif bir anlamı olmamasından ya da mahkemelerin yanlış yapmayacağını düşünülmesinden kaynaklanmaz. Yargıçlar ne diyorsa anayasa odur; zira böyle bir anlayışa göre mahkemelerin (ya da Anayasa Mahkemesinin) dışında Anayasayı yorumlayabilecek herhangi bir otorite yoktur.¹¹⁹ Yargısal üstünlük, eşit konumdaki devlet görevlilerinin sadece yargısal içtihatlarla uymasını değil, gelecekte de bu kararların gerekçelerine uygun davranmasını zorunlu kıldığı için, di-

114 Stephen M. Griffin. “The Age of Marbury: Judicial Review in a Democracy of Rights.” Tulane Law School Working Paper No. 2003-01, (September 3, 2003), <http://ssrn.com/abstractM41240>. s. 50’den naklen: Frank I. Michelman, *Brennan and Democracy* (Princeton: Princeton University Press, 1999). s. 40.

115 Bkz., Waldron (1999), s. 232.

116 Ronald Dworkin, “What is Equality? Part 4: Political Equality,” *University of San Francisco Law Review*, Vol 22, 1987, s.4-5, 19-23

117 Keith E. Whittington. “*Political Foundations of Judicial Supremacy* (Princeton: Princeton UP, 2007). s. 5-6.

118 Waldron (2006). s. 1354. dipnot 22.

119 Whittington (2007). s. 7.

ğer kurum ve organlar Mahkemenin Anayasayı yorumlama biçimi ile bağlıdır.¹²⁰ Bu ise, sadece “şimdi”yi değil, “geleceği” de bağlamak anlamına geldiğinden anayasa yargısı kavramından çok daha fazlasını içinde barındırır.¹²¹

Bu çerçevede, son dönemde özellikle 1’inci Cumhurbaşkanının seçimi sürecinde mevcut siyasal kadrolar ile Anayasa Mahkemesi arasında yaşanan gerilim, Anayasa Mahkemesinin Anayasayı yorumlama ve Anayasanın anlamını belirleme konusunda sahip olduğu görelî yetkinin abartılması ve hatta Mahkemenin, kendisini kuran ve yetkilendiren devlet elitleri tarafından¹²² siyasal erk karşısına Anayasayı yorumlama ve Anayasanın anlamını belirleme yetkisini kullanma konusunda tek otorite olarak çıkarılması ile tepe noktasına ulaşmıştır. Anayasa Mahkemesinin Anayasanın 102’nci maddesini eylemlî olarak değiştiren ve Cumhurbaşkanlığı seçimi için öngörülen toplantı yeter sayısını TBMM’nin 2/3’ü olarak belirleyen tartışmalı -kamuoyunda bilinen adıyla- 367 kararının,¹²³ yukarıda tanımladığımız çerçevede bir yargısal üstünlük durumuna yol açtığı rahatlıkla söylenebilir. 1982 Anayasası döneminde, 102’nci maddenin uygulanması suretiyle üç Cumhurbaşkanı’nın seçilmiş olması ve gerçekleşen her üç seçimde de bu madde çerçevesinde herhangi bir tartışma yaşanmamış olması yanı sıra sayılan üç Cumhurbaşkanı’dan biri olan 8’inci Cumhurbaşkanı Turgut Özal’ın seçiminde Anayasa Mahkemesinin aradığı 2/3’lük toplantı yeter sayısının da sağlanmamış olması,¹²⁴ Anayasa Mahkemesinin devlet organlarının geçmiş uygulamalarını dikkate almayarak, verdiği kararlar tüm unsurlarıyla siyasal sisteme ne şekilde hükmettiğine dair açık bir gösterge teşkil etmektedir.¹²⁵

Benzer şekilde Anayasa Mahkemesinin “yargısal denetim”in ötesine geçerek “yargısal üstünlük” yarattığı bir başka çarpıcı duruma ise, 9.4.1991 günlü E. 1990/36, K. 1991/8 sayılı kararı örnek gösterilebilir. Mahkeme, “dini inanç sebebiyle boyun ve saçların örtü ve türbanla kapatılması serbesttir” biçimindeki hükmü iptal eden

120 Walter F. Murphy, “Who Shall Interpret? The Quest for the Ultimate Constitutional Interpreter,” *The Review of Politics*, Vol. 48. No. 3. Summer, s. 407.

121 Kenneth Ward da. yargısal üstünlüğün anayasa yargısında yargıcın karar vermesinden sonraki aşamada ne olacağına işaret ettiğini belirtmektedir. Ward’a göre, yargısal üstünlük seçilmiş kurumlar tarafından karşı çıkılan yargısal içtihatların statüsünü tanımladığından, yargıçlar ve seçilmiş temsilcilerin anayasanın anlamına ilişkin olarak düştüğü ihtilâflarda siyasal alanı belirler. Bkz., Kenneth Ward, “Legislative Primacy: A Neglected Alternative to Judicial Supremacy.” Paper presented at the Annual Meeting of the *Midwest Political Science Association*. Palmer House Hilton. Chicago. Illinois, Apr. 20. 2006. http://www.allacademia.com/meta/pl_39631_index.html.

122 Bu yönde bir çözümleme için bkz., Ergun Özbudun “Anayasa Yargısı ve Demokratik Meşruluk Sorunu.” *Demokrasi ve Yargı* (ed., Ozan Ergül) (Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları. Aralık 2005). s. 336-351.

123 E. 2007/45. K. 2007/54. k. g. 1/5/2007. Resmi Gazete Sayı: 26656. Yayın Tarihi: 27/06/2007.

124 8. Cumhurbaşkanı Turgut Özal 31 Ekim 1989 tarihinde yapılan üçüncü tur oylamada. 450 milletvekilinin yer aldığı TBMM’de 284 üyenin katıldığı oylamada 263 milletvekilinin olumlu oyu ile seçilmiştir. Buradan da anlaşılacağı gibi. Özal’ın seçildiği üçüncü tur oylamanın yapıldığı oturumda TBMM’nin 2/3’ü hazır bulunmamıştır.

125 Yargısal üstünlük açısından bu değerlendirmeyi yaparken, kararın hukukun siyasallaşmasına ne şekilde araç kılındığına değinilmemiştir. Bu açıdan kapsamlı bir değerlendirme için bkz... Nur Uluşahin. “Cumhurbaşkanı Seçiminin Düşündürdükleri ya da Hukukun Siyasallaşması.” *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı 2. Bahar 2007. s. 18-31.

7.3.1989 günlü, E. 1989/1, K. 1989/12 sayılı kararından ve Anayasanın 153'üncü maddesinin son fıkrasındaki "Anayasa Mahkemesi kararları ... yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzelkişileri bağlar" hükmünden hareketle başvurunun konusunu oluşturan 25.10.1990 günlü, 3670 sayılı Yasanın 12. maddesi ile 2547 sayılı Yükseköğretim Yasasının Ek 17. maddesine eklenen "Yürürlükteki kanunlara aykırı olmamak kaydı ile Yükseköğretim Kurumlarında kılık ve kıyafet serbesttir" kuralını anayasal açıdan şu şekilde yorumlamıştır:

"Yukarıya kimi bölümleri alınan karara göre, yükseköğretim kurumlarında dini inanç sebebiyle boyun ve saçların örtü veya türbanla kapatılması Anayasanın lâiklik ve eşitlik ilkesine aykırıdır. Bu durumda, dava konusu kuralda öngörülen yükseköğretim kurumlarındaki kılık kıyafet serbestisi, '... dini inanç sebebiyle boyun ve saçların örtü ve türbanla kapatılması ve dinsel nitelikli giysileri kapsamaz. Bu konudaki düzenlemeler, Anayasa Mahkemesi kararlarına aykırı olarak gerçekleştirilemez ve özellikle 2547 sayılı Yükseköğretim Yasası'yla bu Yasa'ya dayanılarak çıkarılacak düzenlemelerde Anayasa Mahkemesi kararına uygunluk gözetileceği gibi yürürlüğe konulacak yeni kurallar da bu metinlere aykırı olamaz. Çünkü, maddeyle getirilen serbesti 'Yürürlükteki Kanunlara aykırı olmamak' koşuluna bağlıdır. Dini inanç sebebiyle boyun ve saçların örtü ve türbanla kapatılmasının, öncelikle Anayasa'ya aykırı olduğu, Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda belirtilen kararıyla belirlenmiştir. Dolayısıyla maddedeki "Yürürlükteki Kanunlara aykırı olmamak" koşulu Anayasa'ya aykırılığı saptanmış olan "Dini inanç sebebiyle boyun ve saçların örtü ve türbanla kapatılması" durumunu, kılık kıyafet serbestisi kapsamı dışında tutmaktadır. Madde, öngördüğü serbestiyi kendi içinde sınırlandırmıştır."¹²⁶

Mahkeme doktrinde "yorumlu red kararı" olarak nitelenen bu kararı ile 2547 sayılı Kanunun Ek 17'nci maddesinde yer alan "yürürlükteki kanunlara aykırı olma" ibaresini yorumlarken yaptığı belirleme ile, seçilmiş temsilcilerin Yükseköğretim kurumlarına öğrencilerin türbanla girmesi yönündeki iradesine set çekmiş olmakla kalmamakta, bu iradenin ileriki dönemde yeniden bir yasal düzenlemenin konusu olamayacağını da açık bir biçimde belirlemiş olmaktadır. Bunun sonucunda, Yüksek Mahkeme yaptığı yorum ile "yargısal üstünlük" olarak nitelediğimiz, "yargıçlar ne diyorsa anayasa odur" yaklaşımını ortaya koymuş ve Anayasa Mahkemesinin dışında Anayasayı yorumlayabilecek herhangi bir otorite olmadığını da bir bakıma altını çizmiştir.¹²⁷ Özellikle eşit konumdaki devlet görevlilerinin sa-

126 E. 1990/36. K. 1991/8, k.t. 9.4.1991, AMKD, Sayı 27/1, s. 309.

127 Gerçi Anayasa Mahkemesinin hem 7.3.1989 günlü. E. 1989/1, K. 1989/12 sayılı kararı, hem de 9.4.1991 günlü E. 1990/36. K. 1991/8 sayılı kararındaki gerekçelerin bağlayıcı olduğu tartışmalıdır. Bizim de katıldığımız görüşe göre. Anayasanın 153'üncü maddesinde yer alan Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı ilkesi, kararın hüküm fıkrasına münhasır olarak anlaşılmalıdır. Aksi yorum, yukarıda yokluk tartışmasına ilişkin olarak belirttiğimiz gibi anayasa yargısının doğası ve işleviyle bağdaşmamakta; sadece "şimdi"yi değil, "geleceği" de bağlamak sonucunu yaratarak yargısal üstünlüğe yol açmaktadır. Bu ise, belirttiğimiz gibi anayasa yargısının meşruluğunu tartışmalı hale getirir. Ayrıca, somut duruma ilişkin olarak. Anayasanın 13'üncü maddesine göre özgürlükleri sınırlayıcı bir düzenlemenin ancak kanunla konabilmesi mümkündür. Öte yandan,

dece yargısal içtihatlara uymasını değil, gelecekte de bu kararların gerekçelerine uygun davranmasını bir zorunluluk haline getirmenin; diğer kurum ve organların Mahkemenin Anayasayı yorumlama biçimi ile bağlı görülmesinin yargısal üstünlüğe işaret ettiği anımsandığında, Anayasa Mahkemesinin yorumlu red kararının yargısal üstünlük durumunun tipik bir örneği olduğu açıkça anlaşılmaktadır. Yüksek Mahkeme, Anayasayı belli bir şekilde yorumlayarak ve bu yorumun tüm devlet organları için bağlayıcı olduğunu ilân ederek yargıçlar ve seçilmiş temsilciler arasındaki ihtilâfın çözümünde açık bir şekilde üstünlük sağlamış olmaktadır.¹²⁸

Bu noktada, tıpkı yorumlu red kararında olduğu gibi Anayasa Mahkemesinin yokluk tartışmalarında da, Anayasanın 153’üncü maddesinde yer alan “Anayasa Mahkemesi kararları ... yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzelkişileri bağlar” hükmünden hareketle Anayasa Mahkemesine siyasal iktidar karşısında *yargısal üstünlük alanı* yaratılmakta olduğunu söyleyebiliriz. Yüksek Mahkeme kararlarının, anayasa değişikliği ile dahi zorlukla bertaraf edilebilecek şekilde Anayasayı “dondurulmuş” bir kalıba sokması ve Mahkemenin kararları aracılığıyla kendisine dokunulmaz bir yetki alanı çizmesi, siyasal alanı gitgide daha da daraltarak demokratik sistemin yara almasına neden olmakta; bu ise, temel hakların korunmasına ilişkin işlevi tartışma götürmeyecek olan Anayasa Mahkemesinin varlığını ve meşruluğunu tartışmalı hale getirmektedir. Bu nedenle, yukarıda yer verdiğimiz çoğu karşıoy yazısında temel dayanak olarak ileri sürülen,¹²⁹ Anayasanın 153’üncü maddesinin son fıkrasında yer alan Anayasa

Anayasanın 153’üncü maddesi “Anayasa Mahkemesi bir kanun veya kanun hükmünde karamenin tamamını veya bir hükmünü iptal ederken, kanun koyucu gibi hareketle, yeni bir uygulamaya yol açacak biçimde hüküm tesis edemez” ifadesine açıkça yer vermiştir. Anayasa yargısının benimsendiği bir hukuk düzeninde iptal kararının ardından yeni bir uygulamanın ortaya çıkması kaçınılmaz olduğuna göre, anayasa koyucunun bu fıkraya yer vermesinin gayesi, üniversitede başörtüsü yasağı ihdası örneğinde olduğu gibi, Anayasa Mahkemesinin verdiği iptal kararının gerekçesi ile yeni bir uygulamaya yol açacak bir hüküm tesisini yasaklamak olarak anlaşılacak gerekir. Bu doğrultuda bkz., Yusuf Şevki Hakyemez, “Üniversitelerde kılık kıyafeti yasaklayan bir kural var mı?” *Zaman*, 27.02.2008. Ayrıca bkz., Sami Selçuk, “Başörtüsünde ‘sanal yasak’ tan ‘gerçek yasak’a gerileme(mi?)” *Radikal*, 4 Şubat. Anayasa koyucunun bu suretle siyasal iktidarı gelecekteki uygulamalarında serbest kılmaya; diğer bir deyişle hukukun siyasal alana müdahalesini engelleme amacını güttüğü söylenebilir.

128 Öyle ki, içinde bulunduğumuz günlerde üniversitelerde türban kullanılmasını serbest kılmak isteyen siyasal irade, Anayasa Mahkemesinin neden olduğu durumu aşabilmek için muhalefet partisinin desteği ile 5735 sayılı Kanunla (kabul tarihi: 09.02.2008. RG’de yayım tarihi: 23.02.2008; Sayı: 26796) anayasa değişikliği yoluna gitmişse de, bu yöndeki iradenin tam olarak hayata geçirilmesini sağlayacak şekilde yeni anayasal çerçeveye uygun olarak Yükseköğretim Yasasında gerekli yasal düzenlemeleri gerçekleştirilememiştir. Hiç şüphesiz, siyasal iradenin bu yönde tavır almasında en önemli etken, anayasa değişikliğini hayata geçirecek yasal düzenlemenin, Anayasa Mahkemesinin anayasayı aynı şekilde yorumlamakta ısrar etmesi sonucunda iptal edilebilmesi ihtimalinin halen oldukça yüksek olmasıdır. Kaldı ki. Anayasa Mahkemesinin anayasa değişikliklerini esas yönünden denetleme yetkisinin bulunmamasına rağmen, yine hukukun sınırlarının zorlanması suretiyle anayasa değişikliğine ilişkin kanunun yokluğunun ileri sürülerek Anayasa Mahkemesinde dava konusu olması, bu yöndeki düzenlemeye her şekilde set çekmek isteyen devletçi laik elitlerin gerçekleştirilecek *yasal* düzenlemeyi vakit kaybetmeksizin Anayasa Mahkemesine götürceklerinin en açık işareti olarak ortaya çıkmaktadır.

129 Örneğin. Anayasa Mahkemesinin 13.5.1998 tarihli ve 1996/51 esas ve 1998/17 karar sayılı kararına ilişkin olarak kaleme aldığı değişik gerekçe yazısında üye Mustafa Bumin. “Yasama organı. Anayasa Mahkemesi’nin iptal kararlarından sonra aynı konuda yeni bir yasa yaparken Anayasa Mah-

Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı ilkesinden hareket ederek “yokluk” kararı verilebileceğini ileri sürmek, “demokratik” siyasal sistemde halkın temsilcilerinin yer aldığı yasama organının değil de, açıkça Anayasa Mahkemesinin son karar mercii olduğunu kabul etmek anlamına geleceğinden savunulması hiçbir biçimde mümkün olmayan bir yorum teşkil etmektedir. Pek çok karşıoy yazısında yer verildiği gibi, Yüksek Mahkemenin Anayasaya aykırı bularak iptal ettiği bir konuda aynı kapsam, içerik ve nitelikte yeni bir yasa çıkarılmasının mümkün olmayacağını,¹³⁰ zira yasama organının, Anayasa Mahkemesinin Anayasaya aykırı görerek iptal ettiği bir kuralın aynı veya değişik ifadelerle benzerini yasalastırmasının yasama yetkisinin kötüye kullanılması anlamına geleceğini ve Anayasa Mahkemesi kararlarının bir yasama tasarrufu ile geçersiz kılınmasının açık bir fonksiyon gasbına yol açacağını: bunun da yasama işleminin yetki ögesinde ağır ve açık bir sakatlık hali oluşturacağını¹³¹ ileri sürmek anayasa yargısının işlevini ve sınırlarını kavrayan bir yorum değildir. “Kuvvetler ayrımının, Devlet organları arasında üstünlük sıralaması anlamına gelmeyip, belli Devlet yetki ve görevlerinin kullanılmasından ibaret ve bununla sınırlı medeni bir işbölümü ve işbirliği olduğu ve üstünlüğün ancak Anayasa ve kanunlarda bulunduğu”¹³² görüşünden hareket ederek “hukuk devleti”ni yargının yasamaya hükmettiği bir rejim olarak sunmak olanaklı değildir. Hukuka bağlı devlet, hiçbir biçimde siyasal ihtilâfları çözme ve toplum adına siyasal kararları alma yetkisinin seçilmiş olmayan yargıçlara tanındı-

kemesinin kararlarında açıklanan gerekçeleri göz önünde bulundurmalıdır. Anayasa Mahkemesi kararlarına uyma ve bu kararların gereğini yerine getirme yükümlülüğü hukuk devleti olabilmenin temel göstergesidir ... Anayasamın 153. maddesine aykırı bulunarak iptal edilen bir yasanın ayınının çıkartılması hususunda Anayasaldan alınmış bir yetkinin varlığından söz edilemez. Aksine. Anayasa'nın 153. maddesine aykırı davranış Anayasa'yı ihlâl suçu teşkil eder. Böyle bir direnme sonucu ortaya çıkan yasanın ise "yoklukla sakat" olması ve ilgilileri lehine hiçbir hak doğurmaması gerekir" demektir (Mustafa Bumin'in Değişik Gerekçesi, E. 1996/4. K. 1996/39. k.t. 17.10.1996. AMKD. Sayı 32. Cilt 2. s. 847). Aynı doğrultudaki yorumu desteklemek için kimi zaman Anayasamın 138. maddesinin son fıkrasında yer alan "Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez" ilkesi, bazen de "Anayasamın bağlayıcılığı ve üstünlüğü" başlığını taşıyan 11'inci maddede yer alan "Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kuralıdır. Kanunlar Anayasaya aykırı olamaz" şeklindeki düzenleme kullanılmıştır (bkz.. Muammer Turan'ın Değişik Gerekçesi, E. 1988/11. K. 1988/11. k.t. 24.5.1988. AMKD, Sayı: 24, s. 167). Yargısal üstünlüğün, çoğu zaman yargısal denetime için bir olgu olarak görüldüğüne dair en iyi örnek ise. Anayasamın 153'üncü maddesine aykırı bulunarak iptal edilen kararları gözetmeden bu kararları etkisiz hale getirecek biçimde yeni yasal düzenlemeler yapılmasının iptal kararına direnme olarak nitelendiği durumdur (Bkz., Mustafa Bumin'in Değişik Gerekçe Yazısı, E. 1998/58. K. 1999/19. k.t. 27.5.1999. AMKD. Sayı 36, Cilt 1, s. 466).

- 130 Muammer Turan'ın Değişik Gerekçesi, E. 1988/11. K. 1988/11. k.t. 24.5.1988. AMKD. Sayı: 24, s. 167; Mustafa Bumin'in Değişik Gerekçe Yazısı, E. 1996/4. K. 1996/39. k.t. 17.10.1996. AMKD. Sayı 32/2. s. 847; Fulya Kantarcıoğlu'nun Değişikoy ve Karşıoy Gerekçesi, E. 1998/58. K. 1999/19. k.t. 27.5.1999. AMKD. Sayı 36. Cilt 1, s. 481-482; Yalçın Acargün. Mustafa Yakupoğlu ve Fulya Kantarcıoğlu'nun Karşıoy Gerekçesi, E. 1996/51. K. 1998/17, k.t. 13.5.1998. AMKD. Sayı 35. Cilt 1, s. 177
- 131 Fulya Kantarcıoğlu'nun Değişikoy ve Karşıoy Gerekçesi, E. 1998/58, K. 1999/19, k.t. 27.5.1999. AMKD, Sayı 36. Cilt 1. s. 483-484; Yalçın Acargün. Mustafa Yakupoğlu ve Fulya Kantarcıoğlu'nun Karşıoy Gerekçesi, E. 1996/51. K. 1998/17, k.t. 13.5.1998, AMKD. Sayı 35. Cilt 1.s. 178.
- 132 Bkz., Yalçın Acargün. Mustafa Yakupoğlu ve Fulya Kantarcıoğlu'nun Karşıoy Gerekçesi, E. 1996/51, K. 1998/17. k.t. 13.5.1998. AMKD, Sayı 35. Cilt 1, s. 178.

ği devlet anlamına gelmemektedir. Pek çok yönüyle eleştirilen 1982 Anayasasının “Anayasa Mahkemesi bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin tamamını veya bir hükmünü iptal ederken, kanun koyucu gibi hareketle, yeni bir uygulamaya yol açacak biçimde hüküm tesis edemez” şeklindeki hükmü de herhalde Anayasanın böylesine bir yargısal üstünlüğü benimsemediğinin açık bir göstergesi olarak yorumlanmak gerekir.

Öte yandan, siyasal aktörlerin pek çok defa tartışmalı soruları siyasal gündemden ayıklayıp mahkemelere veya yansız olarak nitelenen kurumlara gönderme eğiliminde olması ve demokratik siyasete hukukun aşkın bir referans olarak sürekli müdahalede bulunması, ihtilâflı siyasal sorunu siyasal alanın dışında “çözerken”; aynı zamanda siyasal gerilimlerin artmasına ve kutuplaşmanın çoğalmasına katkıda bulunmaktadır.¹³³ Demokrasilerde yasama süreci pazarlıklara ve uzlaşmalara dayanır; oysa yargısal sürecin amacı gerçeği bulmak ve suçluyu belirlemektir. Yani, yargısal süreç “mutlak olarak kazananlar” ve “mutlak olarak kaybedenler” yaratır. Yargıda “ya hep ya hiç” söz konusudur. Dolayısıyla, gerilimler çoğaldıkça seçimlerde ve yasama organında kaybedenlerin bu kayıplarının telâfisi ve ihtilâflı siyasal sorunların çözümü için yargıya müracaat etmesi gerilimleri azaltmak bir yana, tam tersine yeni gerilimlerin ortaya çıkması olasılığını da beraberinde getirmektedir.¹³⁴ Siyasal alanın daralması, siyasal iktidarın yerine devlet iktidarının ikame edilmesine, temsili meşruiyetin zedelenmesine ve toplumsal taleplerin müzakere sürecinin devre dışı bırakılmasına zemin hazırlamaktadır. Siyasal ihtilâfların çözümünde yargısal sürece dayanmak yalnız siyasal alanı daraltmamakta, aynı zamanda rejime desteği zayıflatırken, demokrasinin pekişmesine yönelik bir tehdit oluşturmaktadır. Ayşe Kadioğlu’nun ifadesiyle “siyaset yok ise eğer demokrasi de yoktur.”¹³⁵

c- 1982 Anayasası Çerçevesinde Yokluk Kararı Verilebilmesine Yönelik İtirazlar

İlk iki grupta yer verdiğimiz itirazlar kadar hayati görmesek de,¹³⁶ 1982 Anayasasının mevcut sistematiğinin Anayasa Mahkemesinin yokluk kararı vermesine elverişli olup olmadığını bu kayıt altında tartışmakta yarar bulunmaktadır.

133 Bu doğrultuda bkz.. Hootan Shambayati, “A Tale of I wo Mayors: Courts and Politics in Iran and Turkey”. *International Journal of Middle East Studies* 36 (2004). s. 254.

134 Shambayati (2004). s. 254-255.

135 Ayşe Kadioğlu, “Darbe değilmiş gibi bir darbe,” *Radikal İki*, 06.04.2007.

136 1982 Anayasası çerçevesinde yapılacak çözümlemenin değersizliğinden ziyade, burada anlatılmak istenen ilk iki başlık altında yer verilen gerekçeler karşısında bu başlık altında söyleneceklerin hiçbir koşulda Anayasa Mahkemesinin yokluk kararı vermesini savunulabilir kılmayacağıdır. Bunun kanıtı ise, ilk iki kategoride yaptığımız değerlendirmelerin yer almadığı 2003 tarihli bir başka çalışmamızda Anayasa Mahkemesinin yokluk kararı verebileceği görüşünü savunmuş olmamızdır. Bkz., Nur Uluşahin, “Savaş Hâli İlânı ve Silahlı Kuvvet Kullanılmasına İzin Verme Yetkisi ve Anayasa Mahkemesi’nin 24.9.1990 Tarihli Kararı,” *Prof. Dr. Turgut Kalpsüz’e Armağan*, (Ankara: Turhan Kitabevi, Ağustos 2003), s. 1039-1065. Her iki çalışma arasında fark yaratan, son çalışmada “yokluk” kavramının hükümsüzlük nazariyeleri çerçevesinde geniş bir biçimde incelenmiş olması ve daha da önemlisi, bu süre içerisinde anayasa yargısı ve demokrasi konularında yaptığımız okumaların konuya farklı bir perspektiften ve çok daha derinlikli bir biçimde bakmamızı sağlamasıdır.

1982 Anayasası bir kanunun anayasaya uygunluğu konusunda hüküm verme yetkisini esas itibariyle Anayasa Mahkemesine bırakmış; 1961 Anayasasından farklı olarak genel mahkemelerin kanunların anayasaya uygunluğu konusunda hüküm verebilecekleri istisnai durumu da ortadan kaldırarak, Anayasa Mahkemesini denetim konusunda tek yetkili kılmıştır. Özbudun'un belirttiği gibi, 1982 Anayasası fonksiyonunun mahiyeti gereği olarak Anayasa Mahkemesine yargı organı içerisinde özel ve öncelikli bir konum vermiştir.¹³⁷ 1982 Anayasasının Anayasa Mahkemesinin kuruluş, görev ve yetkilerini, diğer yüksek mahkemelere oranla çok daha ayrıntılı şekilde düzenlemesi ve kanuni düzenlemeye çok daha sınırlı bir alan bırakmış olması, Anayasa Mahkemesinin statüsünde değişiklik yapılmasının bir anayasa değişikliğine ihtiyaç göstermesi sonucunu doğurmaktadır. Bunun gibi, Anayasa Mahkemesinin Anayasanın 149'uncu maddesi 3'üncü fıkrası gereğince kendi çalışma esaslarını kendi yaptığı içtüzükle düzenleyebilmesi onun yönemsel bağımsızlığını sağlamaktadır. Tüm bunlar, Anayasa Mahkemesinin diğer devlet organları karşısında bağımsızlığının Anayasanın çeşitli hükümleri ile garanti altına alınmış olması ile birlikte değerlendirildiğinde, Anayasa Mahkemesinin görevinin gerektirdiği bir "anayasa organı" statüsüne kavuşturulmuş olduğu açıkça anlaşılmaktadır.

Kısacası, kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetiminde 1982 Anayasası tümüyle "özel mahkeme" sistemini benimsemiştir. 1982 Anayasasına göre, "hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir devlet yetkisi kullanamaz" (m. 6/son). Dolayısıyla bir "anayasa organı" konumundaki Anayasa Mahkemesinin diğer yüksek mahkemelere oranla son derece ayrıntılı bir biçimde düzenlenen kuruluş, görev ve yetkilerinin Anayasanın oluşturduğu çerçevede değerlendirilmesi ve Anayasada öngörülmeleyen bir yetkinin Anayasa Mahkemesi tarafından kullanılmaması gerekir. Anayasanın kanunların anayasaya uygunluğu ile görevli bir özel mahkeme ihdas etmesinin gereği de budur. Hâl böyleyken, Anayasa Mahkemesinin "*substantia/effectus*" ayırımından hareket ederek yasama işleminin "varlık koşulları" ile "etkililik koşulları" arasında bir ayırım yapması ve "Anayasanın norm olarak tanımadığı bir tasarrufu norm olarak var kabul etmek olanaksızdır" saptamasında bulunması kaynağını Anayasadan almayan bir devlet yetkisinin kullanılması anlamına gelmektedir. Zira Anayasa Mahkemesinin Anayasada denetlenebileceği öngörülen ve uygulanacak yaptırımın da açıkça öngörüldüğü hallerin ötesine geçerek denetim alanını genişletmesi, Anayasa Mahkemesinin Anayasa tarafından çizilen yetki alanının dışına çıkarak normu koyan organın; yani TBMM'nin yerine geçmesi (ya da TBMM'nin yetkisini gasbetmesi) sonucunu doğurmaktadır.

Bu noktada yasama yetkisi ile yargı yetkisi arasındaki nitelik farkına da dikkat çekmek gerekir. Yürütme ve yargı yetkileri yasama yetkisinden farklı olarak "asli" birer yetki değildir. Diğer bir deyişle yürütme ve yargı organlarının yetkileri "verilmiş yetkiler"dir. Kemal Gözler'in belirttiği gibi;

137 Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayınları, Gözden Geçirilmiş 8. Baskı), s. 371-372.

“.. (B)u organların yetkileri kendilerine Anayasayla veya kanunla *verilmiş* yetkilerden ibarettir. Bu şu anlama gelir ki, yürütme ve yargı organlarının yetkisiz olması kural, yetkili olmaları ise istisnadır. Dolayısıyla bu organların yetkileri istisnai yetkililerdir ve dar yoruma tâbi tutulurlar. Belirli bir konudaki bir yetki yürütme ve yargı organına ayrıca ve açıkça verilmemiş ise, o organ o konuda yetkisizdir.”¹³⁸

Profesör Özbudun ise, Anayasa Mahkemesinin 2007/72 esas, 2007/68 karar sayılı kararında yer verdiği “Yokluk, bir normun var olmadığına ifadesidir. Yasalar bakımından, parlamento iradesinin olmaması, Cumhurbaşkanının yayımlama iradesinin bulunmaması, resmi gazetede yayımlanmaması gibi bir normun varlığının zorunlu koşulları bulunmadığı sürece “varlıktan söz etmek olanaksızdır. Ancak, bunun dışındaki sakatlıklar, denetime tâbi oldukları sürece, Anayasal denetimin konusunu oluşturabilirler”¹³⁹ ifadesine dayanarak, Mahkemenin yokluğu *ancak bir norma vücut veren ya da yürürlüğe koyan iradelerin yokluğu hususlarıyla sınırlı olarak* kabul etmesini isabetli bulduğunu söylemektedir. Özbudun’a göre, hukuki işlem bir irade açıklaması olduğuna göre, bu iradenin var olmadığı durumlarda, işlemin maddi olarak varlığından söz edilememesi doğaldır.¹⁴⁰ Bu konuda Özbudun’ un görüşüne katılmadığımızı belirtmek zorundayız. Anayasa Mahkemesinin kararında öne sürdüğü şekilde, normun varlığının zorunlu koşullarının neler olduğuna dair Anayasada herhangi bir açıklık bulunmadığı gibi; Anayasa, bu “zorunlu koşullar”ın bulunmaması durumunu da yokluk gibi son derece ağır sonuçlar doğuracak bir yaptırıma bağlamamaktadır. Ayrıca Özbudun, aynı yazının ilerleyen satırlarında, “şekil denetiminin ‘yetki’ unsuru bakımından denetimi içerdiği yolundaki iddia, hukuken savunulamaz bir iddiadır” demektedir. Oysa, yazarın yargı organınca tespitini mümkün gördüğü iradenin yokluğu durumu pek çok zaman yetki unsuruna ilişkin bir denetim yapılmasını zorunlu kılar. Anayasanın şekil denetimini hangi hususlarla sınırladığı açıkken, yetki unsuru bakımından yapılacak denetim şekil denetimi kapsamında düşünülemez; anayasa değişiklikleri yönünden yasaklanmış olan esas denetiminin ise, şekil adı altında yapılması mümkün görülemez; göre Anayasa Mahkemesinin “iradenin var olup olmadığını,” “işlemin maddi varlığından söz edilip edilemeyeceğini” tespit etmesinin de söz konusu olamayacağını kabul etmek gerekir. Gerçekten de, yasama işleminin yokluğuna ilişkin denetim şekil denetimi kapsamında gerçekleştirilemez. Anayasa değişikliklerinin esas yönünden denetimi ise açıkça yasaklanmıştır. Şu durumda, geriye sadece denetime tâbi diğer normların esas yönünden denetimi sonucunda yokluk yaptırımına hükmedilebilmesi olasıdır ki; bu son halde de,

138 Kaldı ki. Anayasanın 6. maddesi son cümlesi de “hiçbir kimse veya organ kaynağını anayasadan almayan bir devlet yetkisi kullanamaz diyerek devlet organlarının yetkilerinin genel yetkiler olmadığı, kendilerine ayrıca verilmesi gereken istisnai yetkiler olduğunu açıkça hükme bağlamaktadır. Kemal Gözler. *Türk Anayasa Hukuku Dersleri* (Bursa: Ekin Yayınları. Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş 5. Baskı. 2008). s. 105.

139 E. 2007/72. K. 2007/68. k.t. 5.7.2007. Resmi Gazete. 7 Ağustos 2007. Sayı 26606. s. 14. <http://rega.basbakanlik.gov.tr/main.aspx?home=http://rega.basbakanlik.gov.tr/eskiler/2007/08/20070807.htm&main=http://rega.basbakanlik.gov.tr/eskiler/2007/08/20070807.htm>.

140 Bkz., Ergun Özbudun. “Anayasa Yargısı ve Yokluk Müeyyidesi,” *Zaman*, 25 Şubat 2008.

Yüksek Mahkemenin bir kararında belirttiği gibi “Anayasada denetlenebilir olduğu kabul edilen ve uygulanacak yaptırımın da açıkça öngörüldüğü bir sakatlığın, yokluğun tespiti yoluyla giderilmesinin olanaksız olduğunu”¹⁴¹ anımsamamız yeterli olacaktır.¹⁴²

Anayasa Mahkemesinin sahip olduğu yetkinin dar yorumlanması gereken, istisnai bir yetki olduğuna ve Anayasa Mahkemesinin kendi belirlediği ayrıksı hallerde dahi “yokluk” kararı verebilmesinin 1982 Anayasası çerçevesinde mümkün olmadığına ilişkin destekleyici diğer argümanlara ise, aşağıda Yüksek Mahkemenin yokluk kararı veremeyeceğine ilişkin gerekçelerin bütünsel bir çerçeve içerisinde sunulmaya çalışıldığı sonuç bölümünde yer verilmektedir.

SONUÇ

John Hart Ely'nin belirttiği gibi, kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetiminin temel problemi seçilmemiş olan ya da açık bir şekilde siyasal açıdan sorumluluğu olmayan bir organın, halkın seçilmiş temsilcilerine *istedikleri gibi yönetemeyeceklerini* söylemesi anlamını taşımaktadır.¹⁴³ ABD'de, düşünsel alt yapısını oluşturan *Marbury v. Madison* kararının verildiği 1803 tarihinden bu yana, yaklaşık ikiyüz yıldır hiç dinmeyen bir tartışmanın konusunu oluşturan kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi, meşruluğuna yönelik görüşlerin tartışılmasının dahi geniş çevrelerde şüphyle karşılandığı ülkemizde ise, verili bir ön kabul ile demokratik siyasal sistemin ayrılmaz bir parçası olarak görülmektedir. Böylesi bir ön kabul ise, “anayasal demokrasi” kavramının iç içe iki karşıt ilkenin birliğinden oluştuğunu ihmal etmektedir. Aslında anayasal demokrasi ne demokrasi ilkesinden vazgeçebilmekte, ne de işleri bütünüyle halkın hür iradesine bırakacak cüreti gösterebilmektedir. Gerçekten de, anayasanın temel işlevi belli konuları önceden karara bağlamak suretiyle devlet iktidarını sınırlandırmak ve bireysel özgürlükleri korumaktır. Ne var ki, anayasacılık hareketi bireysel özgürlükleri koruma adına bunu yaparken, güvence altına alınmış normlarla karara bağladığı konuları büyük ölçüde demokratik sürecin - en azından çoğunlukçu karar alma mekanizmasının- dışına itmiş olmaktadır. Bu ise, ne denli görmezden gelinse de demokrasi düşüncesi karşısında anayasacılık hareketini içkin bir biçimde sorunlu kılmaktadır. Dolayısıyla, “anayasal demokrasi” kavramının “anayasa” ayağından beslenen yargısal denetim düşüncesini tartışmalı hale getiren de, aslında bir biçimde halkı siyasal sürecin dışına iten anayasacılık anlayışından başka bir şey değildir. Öyleyse, kaynağını halk iradesinden alma iddiasında olan bir rejimde; yani demokratik bir siyasal sistemde sadece anayasa yargısının değil, *anayasacılık anlayışı dahil olmak üzere* halk iradesinin bir biçimde dışlandığı tüm kurumsal mekanizmaların bu

141 Bkz., E. 2007/72. K. 2007/68. k.t. 5.7.2007. Resmi Gazete, 7 Ağustos 2007. Sayı 26606. s. 14. <http://rega.basbakanlik.gov.tr/eskiler/2007/08/20070807-13.htm>.

142 Anayasa koyucunun açıkça “iptal” yaptırımına bağladığı Anayasaya esas yönünden aykırılık hallerinde “yokluk” yaptırımının uygulanması, bu doğrultudaki iradenin en iyimser ifadeyle görmezden gelinmesinden başka bir şey olmayacaktır.

143 John Hart Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review* (Cambridge: Harvard University Press, 1980), s. 4-5.

yoksunluğu telâfi edecek bir meşruluk gerekçesine muhtaç olduğu gözden uzak tutulmamalıdır.

Hâl böyleyken, ülkemizde herhangi bir meşruluk gerekçesine hiçbir biçimde ihtiyaç duyulmaksızın; tersine, siyasal sistemdeki kimi zaman gerçek, kimi zaman da siyasal aktörlerin ürettiği sanal tikanıklıkların çözümü için aşkın bir referans olarak her daim hukuka başvurulması ve siyasal alanda çözülmesi gereken ihtilâfların, “yansız” olma niteliğini tanım gereği bünyesinde barındıran yargı kurumuna havale edilmek suretiyle, ulaşılabilecek belli-yöndeki çözümü “hukukilik” görüntüsü altında meşrulaştırma çabası içerisine girilmesi sadece demokratik sistemi değil, siyasal alanda taraf olmaya mecbur kılınan, buna karşılık siyasal sorumluluğu bulunmayan Yüksek Mahkemeyi de yıpratmaktadır.¹⁴⁴ Waldron’un savunduğu gibi, anayasa yargısı önemli bir kişi hakkı olan demokratik kendi geleceğini belirleme hakkını (*a right to democratic self-determination*) dışlamakta; temsili kurumları işlemez kılarak demokratik katılımı sınırlamaktadır.¹⁴⁵ Dolayısıyla, bu şekilde kendi geleceğini belirleme hakkının ortadan kalkmış olması, ancak yasama tarafından göz ardı edilen diğer hakların anayasa yargısı yoluyla üstün bir şekilde korunması ile telâfi edilebilir.¹⁴⁶ Toplumda siyasal konuları son karar mercii olarak karara bağlama yetkisine sahip olan yasama organı karşısında anayasa yargısı, meşruluğunu ispat yükü altında olan taraftır. Bu ise, katılımcı olmayan bir karar yapım yöntemi olan anayasa yargısının kişi haklarının korunması hedefini yerine getirmesi ile mümkün olur. Ne var ki, 1961 Anayasasından bu yana Anayasa Mahkemesi, genel olarak hak-temelli değil de, “ödev ya da amaç-temelli” bir yaklaşım benimsemekte,¹⁴⁷ sözü edilen “ödev” ya da “amaç” ise Anayasayı yapan devlet elitlerinin benimsediği resmi ideolojiyi korumak şeklinde ortaya çıkmaktadır. Bunun ise, liberal hak anlayışını üstün tutacak hak-temelli bir yaklaşımı yansıtmadığı açıktır.¹⁴⁸ Özbudun’un belirttiği gibi, 1982 Anayasasının uygulamasında Anayasa Mahkeme-

144 Bu tür bir tavrın, varolan siyasal gerilimin ve kutuplaşmanın artmasına katkıda bulunduğu yuvarında ayrıca değinilmiştir.

145 Waldron (1993), s. 42; Waldron (1999), s. 213.

146 Wojciech Sadurski. “Judicial Review and the Protection of Constitutional Rights”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 22. No. 2. 2002. s. 281.

147 Hukuk ve ahlak kuramlarında ilk olarak Dworkin’in ortaya koyduğu *hak-temelli, ödev-temelli ve amaç-temelli* üçlü ayrımın hukuk felsefesinde önemli bir yeri vardır. Dworkin’e göre etik, siyaset ve hukuk kuramı amaç veya ödev temelli değil, hak-temelli olmalıdır: yani haklar ödevlerden ve kolektif amaçlardan üstün tutulmalı ve bu yolla *herkesin eşit ilgi ve saygı görme hakkına* saygı gösterilmelidir. Dworkin’in ‘haklar tezi’ hakların genel yarar düşüncelerinden önce geldiği anlamına gelmektedir. Ronald Dworkin. *Taking Rights Seriously* (Cambridge: Harvard University Press. 1977), s. 171-177. Raymond Wacks. *Understanding Jurisprudence: An Introduction to Legal Theory* (Oxford: Oxford University Press. 2005), s. 273.

148 Zühtü Arslan da, muhtemelen Dworkin’den esinlenerek siyasal haklar konusunda birbiriyle çatışan iki hukuksal paradigmanın varlığından söz etmektedir. Bunlardan, “hak eksenli” paradigma, bireye ve onun haklarına devlet karşısında öncelik verirken, “ideoloji eksenli” paradigma devleti ve onun üzerine yaslandığı “resmi söylem” i korumaya çalışmaktadır. Bkz., Zühtü Arslan. *Anayasa Teorisi* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2005), s. 241; Zühtü Arslan. “Conflicting Paradigms: Political Rights in the Turkish Constitution’al Court,” *Critique: Critical Middle Eastern Studies*, Vol. 11, No. 1, Spring 2002, s. 15. Bu konuda, aynı mantığa tekabül eden benzer bir ayırım için bkz.. Nur Uluşahin. “Azınlık Haklarından Hareketle Ulusal Azınlıklar ve Ulus-Devlet İkilemi.” *İnsan Hakları Yıllığı*, TO-DAİE, Cilt 25. 2007.41.

sinin kendisini yaratan ve yetkilendiren devlet elitlerinin¹⁴⁹ değer ve beklentileri ile esas itibarıyla uyumlu bir tavır sergilediğini söylemek yanlış olmayacaktır.¹⁵⁰ Türk Anayasa Mahkemesinin aktivizminin hak ve özgürlüklerin genişletilmesi ve güçlendirilmesi yolunda bir aktivizm olmayıp devletin temel değerlerini ve çıkarlarını korumaya yönelik bir *seçici* aktivizm¹⁵¹ olması, Türkiye’de anayasa yargısına ilişkin yaşanan hukuki sorunların da, bu noktanın dikkate alınarak açıklanmasını ve özel bir hassasiyetle ele alınmasını zorunlu kılmaktadır. Dolayısıyla, Anayasa Mahkemesinin, liberal hakları korumak yerine ikame ettiği bu ters işlev dikkate alındığında, Mahkemenin “yorumlu red” kararı gibi, “yokluk” kararı verme yolu- nu açmasının da, siyaseti hukukileştirirken,¹⁵² hukukun da siyasallaşmasına katkı- da bulunacak bir tercih olacağı anlaşılmaktadır.

Türkiye’de 1924 Anayasasının egemenliğin sahibini “millet” olarak belirleyerek, bu egemenliği kullanma hakkını onun temsilcisi olan Türkiye Büyük Millet Mec- lisine vermesi ve üstün yetkili meclis anlayışı benimsemesine karşılık, 1961 Ana- yasası ve bu konuda onun kurduğu sistemi izleyen 1982 Anayasasının, milletin egemenliğini “Anayasanın koyduğu esaslara göre *yetkili organlar eliyle* kullanaca- ğını” (1961 Any. m. 4/2, 1982 Any. m. 6/2) belirtmiş olması, anayasal düzenimizde

149 Türkiye’de anayasa yargısının kuruluşu ve o dönem içinde bulunan tarihsel koşulların kapsamlı ve son derece yetkin bir değerlendirmesi için bkz., Ozan Ergül. *Yeni Kurumsalcı Yaklaşımla Türk Anaya- sa Mahkemesi ve Demokrasi* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2007), s. 147-224. Yazar, kitabında o dönemde Türk siyasal yaşamına için gerilimleri açıklamakta ve Türk Anayasa Mahkemesinin de bu gerilimlerin bir ürünü olarak ortaya çıktığını ortaya koymaktadır. Bkz., Ergül (2007), s. 209-224. Ergül, siyasal denge üzerine kurulu bir *sınırlı iktidar özleminin* 1953 yılından itibaren Anayasa Mahkemesi- nin kurulması taleplerinde kendisini göstermiş olduğunu belirtmektedir. Ergül (2007), s. 223. Ayrıca, merkez-çevre ilişkileri ve Anayasa Mahkemesinin kuruluşundaki etkilerine ilişkin olarak da bkz.. Ergül (2007), s. 209-215. Benzer şekilde, Türkiye’de anayasa yargısının ortaya çıkışının Hir- schl’in teorisi doğrultusunda yapılan bir çözümlenmesi için bkz., Ergun Özbudun. “Political Origins of the Turkish Constitutional Court and the Problem of Democratic Legitimacy.” *European Public Law*, Vol. 12, Issue 2, 2006, s. 216 vd. Bize göre de, 1982 Anayasası devletin sahiplerinin iktidarını güvence altına alan diğer iki kurum olarak Ordu ve Anayasa Mahkemesi ile birlikte Cumhurbaşkanını da rejim muhafızı olarak öngörmek suretiyle varolan ikiliyi bir üçlü haline dönüştürmüştür. 2007 yılında Cumhurbaşkanlığı seçiminin bir krize dönüşmesinde de demokratik sürecin varolan fotoğrafı değiştirmesi olasılığı karşısında ve üçlü ittifakın mevzi kaybetme noktasında Ordu ve Anayasa Mahkemesinin demokratik siyasal sürece müdahaleden geri kalmaması yatmaktadır. Bu konuda bkz.. Nur Uluşahin, “Rejim Muhafızlığından ve İki Başlıktan Vazgeçmek.” *Birikim*, Sayı 219, Temmuz 2007, s. 18-26.

150 Özbudun (2005). s. 343.

151 Ergun Özbudun. “Türk Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve Siyasal Elitlerin Tepkisi”. *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Yavuz Sabuncu ya Armağan Cilt: 62, No. 3, Temmuz-Eylül 2007, s. 264. Bu durumu Ceren Belge seçici aktivizm (*selective activism*) olarak açıklamaktadır. Belge’ye göre, Yüksek Mahkemenin hak ve özgürlükler konusundaki bu tutumu- nun nedeni Mahkemenin “Cumhuriyetçi ittifak” tarafından yaratılmış olmasında saklıdır. “Cum- huriyetçi ittifak.” askeri ve sivil bürokrasi. Cumhuriyet Halk Partisi, aydınlar (üniversiteler, basın) ve üniversite öğrencilerinden oluşmaktadır. “Cumhuriyetçi ittifakı” birbirine bağlayan ya- pılandırıcı unsur ise Kemalist dünya görüşüdür. Bu ittifakın öncelikleri, değerleri ve menfaatlerine göre hazırlanan 1961 Anayasasına göre ittifakı seçilmişlere karşı koruyacak olanlar çoğunlukçu karşıtı kurumlardır. Bu durum 1982 Anayasasında da değişmemiştir. Söz konusu kurumlar ise. hak ve özgürlüklerin genişletici yorumlarına pek fazla itibar etmeyen bir dünya görüşüne sahiptir. Ceren Belge. “Friends of Court: The Republican Alliance and Selec- tive Activism of the Constituti- onal Court of Turkey”, *Lan and Society Review*, Vol. 40. No. 3. 2006. s. 656-657.

152 Bu kavram “judicialization of politics” karşılığında kullanılmaktadır.

“çoğunluğun dilediği her şeyi yapamayacağı, azınlığın da hakları olduğu, Meclisin egemenliği kullanan yetkili organlardan *sadece birisi olduğu*” söylemini desteklemek için kullanılmaktadır. Bu saptamaların kısmen ve teknik olarak doğru olmasına karşın yukarıda atıfta bulunduğumuz anayasal çerçevenin herhangi bir biçimde yargısal üstünlük yaratacak, Anayasa Mahkemesini bir önceki bölümde tanımladığımız çerçevede son sözü söyleme yetkisi ile donatacak bir *son karar mercii* haline getirdiğini ileri sürmek mümkün değildir.

Pozitif hukuk açısından bakıldığında da, Anayasa Mahkemesinin kendi belirlediği ayrıksı hallerde dahi “yokluk” kararı verebilmesinin 1982 Anayasası çerçevesinde mümkün olmadığı düşüncesindeyiz. Kanunların anayasaya uygunluğunun denetiminde Kıta Avrupasındaki benzerleri gibi bir “özel mahkeme” sistemi kuran ve Anayasa Mahkemesinin diğer yüksek mahkemelerden farklı olarak kuruluş, görev ve yetkilerini son derece ayrıntılı bir biçimde düzenleyerek, statüsünde yapılacak bir değişiklik için anayasanın değişmesini zorunlu kılan bir kurumsal yapıda, “anayasa organı” statüsündeki Mahkemenin sahip olduğu tek yetki *Anayasanın çizdiği çerçeve içerisinde, Anayasaya aykırı bulunduğu denetimine tâbi normların Anayasaya aykırılığına hükmetmek; yani, iptal kararı vermektir.*¹⁵³ Buradan da anlaşılacağı gibi, Anayasa Mahkemesi her yasama işleminin değil “bazı yasama işlemlerinin”, her türlü anayasaya aykırılığının değil “Anayasanın açıkça belirlediği kimi anayasaya aykırılık durumlarının”; her şekilde değil de “sadece Anayasanın öngördüğü sınırlı çerçeve içerisinde” *hukuki sonuç doğurmasını engelleme* konusunda yetkilendirilmiştir. Bu ise, Anayasanın tanıdığı “verilmiş” bir yetkidir; istisnai bir yetki olarak dar yorumlanması esastır. Anayasanın, kanunların şekil yönünden denetimini “son oylamanın öngörülen çoğunlukla yapıp yapılmadığı,” anayasa değişikliklerinin ise “sadece teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı” hususları ile sınırlamış olmasının (m. 148) anlamının da bu olması gerekir. Bunun gibi, Anayasanın iptal kararlarının geriye yürümeyeceğini; hatta iptal kararının yaratacağı olası bir kaosu engellemek amacıyla iptal kararının yürürlüğe gireceği tarihin bir yıla kadar ertelenebileceğini öngörmesi (m. 153) Anayasa koyucunun “yokluk teorisi” ile göz ardı edilen “hukuki güvenlik” düşüncesini ne denli önemseydiğinin açık göstergesidir. Son olarak, Anayasa koyucu “Anayasa Mahkemesi bir kanun ya da kanun hükmünde kararnamenin tamamını veya bir hükmünü iptal ederken, kanun koyucu gibi hareketle yeni bir uygulamaya yol açacak biçimde hüküm tesis edemez” diyerek siyasal sorumluluğa sahip olmayan yargısal nitelikteki bir organın halkın siyasal tercihlerinin yansımaları olan yasama organının yerine geçerek karar veremeyeceğini; yani “pozitif yasa koyucu” işlevine bürünemeyeceğini belirtmektedir.¹⁵⁴

153 İtalikle ifade edilen hususlardan anlaşılacağı şekilde. Anayasa Mahkemesi her yasama işleminin değil “bazı yasama işlemlerinin”, her türlü anayasa aykırılığının değil “açıkça belirlediği kimi anayasa aykırılık durumlarının”: her şekilde değil de “sadece öngördüğü sınırlı çerçeve içerisinde hukuki sonuç doğurmasını engelleme” konusunda yetkilendirilmiştir. Bu ise. Anayasanın tanıdığı “verilmiş” bir yetkidir, istisnai bir yetki olarak dar yorumlanması esastır.

154 Oysa bir hukuki işlemi tümüyle yok saymak, işlemi yapan gücün yerine geçmekten başka bir şey değildir.

Kısacası, bizim Anayasamız açık bir şekilde Anayasa hukukunda hükümsüzlüğü, “hukuki” olanı “geçerli” olana koşut kılacak bir biçimde kurgulamamış; olası tüm anayasaya aykırılıkları “hükümsüz” kılmak gibi bir amaç gözetmemiştir. Böyle olsaydı, anayasa değişikliklerinin esas yönünden; kanunların ve anayasa değişikliklerinin açıkça belirlenen anayasaya aykırılık durumları dışında şekil yönünden denetim dışı bırakılmaları gibi bir esas benimsemezdi. Bunun gibi, anayasaya aykırılığı saptanan bir normun o tarihe kadar doğurduğu sonuçların hukuk hayatından silinmemesi anlamına gelen geriye yürüme yasağı ve iptal edilen normun en iyi ihtimalle gerekçe yazılana ve Resmi Gazete’de yayımlanana kadar, en kötü ihtimalle ise bir yıl gibi bir süre yürürlükte kalabilmesine müsaade edilmesi de, Anayasamızda yasama organının anayasaya aykırı işleminin yürürlükte olmasının açacağı yaranın, hukuki istikrar ve hukuk güvenliğinin zedelenmesi halinde açılacak yaradan daha fazla olmadığı varsayımının kabul edildiğini göstermektedir.

Öte yandan, çoğu zaman yanlış bir biçimde işlem teorisinin doğal bir sonucu olduğu varsayılan “yokluk” düşüncesi, hükümsüzlük nazariyeleri içerisinde tartışmasız kabul gören bir yaklaşım değildir. Fransa’da klasik okulun bir buluşu olan “yokluk” düşüncesi ve “organik” yaklaşıma ne Roma’da ne de feodal hukuk döneminde rastlanmaktadır. Klasiklerin ortaya attığı “yokluk” düşüncesi, ardılı olan eleştirel okul tarafından reddedilmiş; sonrasında Fransız hukukuna hakim yaklaşım da eleştirel okulun yaklaşımı olmuştur. Klasiklere göre, temel “organlarından yoksun olduğunda, doğması olası olmayan ya da “ölu-doğmuş” (*mort-ne*) sayılan hukuki işlem, ihtiyacı olan tüm unsurları taşımakla birlikte bunlar bir şekilde sakatlandığında, doğabilmekte ancak bu kez de “sakat” ya da “hasta” olarak nitelenmekteydi. Klasikleri, hukuki işlemi canlı bir organizmaya benzeterek bu tür bir düşünsel kategori oluşturmaya iten, Fransız Medeni Kanununun aynı cinsten iki kişi arasında yapılan evlilik sözleşmesinin yaptırımı konusunda herhangi bir düzenleme getirmemesi; diğer taraftan da, kanun koyucunun butlanla sakat olacağını açıkça belirlemediği böyle bir evlenmenin batıl olduğunun iddia edilememesiydi. Klasikler başlangıçta bu düzenleme eksikliğini aşabilmek için yokluk düşüncesine başvurmuşlar; böylesine ağır bir fesada uğrayan evlenmeyi kanun koyucunun dikkate almamasının düşünülemediğini ileri sürerek, mevcut düzenleme eksikliğini aşma çabası içerisinde girmişlerdi. Dolayısıyla, “yokluk” kategorisine başvurulduğu her durumda olduğu gibi, işin başında -yani, yokluk teorisinin ortaya çıkışında- da *hukukun sınırlarının zorlanması* suretiyle “hukuka uygun” (*legal*) olanı “geçerli” (*valid*) olana koşut kılma çabası bulunmaktadır. Böyle bir yaklaşım ise iki açıdan hatalıdır.

Her şeyden önce, “yokluk” teorisinin temel sorunu tutarsız olmasıdır. Teoriyi ileri sürenler hukuka uygunluğun hukuk tarafından belirlenmesi gibi, hukuka aykırılığa bağlanan sonuçların da hukuk tarafından belirlendiğini; hükümsüzlüğün kabulü ve neticelerinin de hukukun sahası içinde olduğunu ihmal etmektedir. “Organik” yaklaşım ve buradan hareketle ileri sürülen teorisinin tüm kuralları tamamen ve mantıksal olarak “işlemin durumu”ndan hareketle yapılan *çıkarsamalardan* iba-

rettir. “İşlemin durumu” ise, maddi yokluğun ta kendisidir. “Hukuki eksikliği” “maddi eksiklik” içerisinde eriten klasik yazarlar işlemin “hukuki” yokluğunun sıklıkla onun “maddi” varlığı ile açık bir çelişki içerisinde olduğunu görmezden gelmişlerdir. Oysa bir işlem varsa, onun aslında doğmuş olduğunu da kabul etmek gereklidir.

İkinci olarak ise, “yokluk” teorisi bir hukuk politikası olarak yetersiz ve sakıncalar içeren bir kurumdur. Hukuki açıdan “yok” olarak nitelenen işlemin maddi açıdan “var” olması hukuk güvenliğini zedeleyen bir durum yaratmaktadır. Hükümsüz olması gereken ve fakat görüntüde geçerli olan bir işlem, görüntüdeki geçerliliği nedeniyle belli ölçüde hukuksal etki yaratabilmektedir. Böyle bir durumda aslında geçersiz olan ancak görünüşte geçerlilik taşıyan işlemin, görünüş ilkesi (*idem est esse appare*) ve onun temelinde yatan hukuk güvenliğini sağlama ihtiyacının bir sonucu olarak belli ölçüde sıhhatli bir işlemmiş gibi sonuç doğuracağını kabul etmek zorunludur. Diğer bir deyişle, hükümsüzlük hukuk alanında bütün varlığıyla boy gösterebilse de, gerçeklik dünyasında aynı gücü taşımamaktadır. Bu açıdan “hukuk dünyası”nda yokluk varsa da, “gerçeklik dünyası”nda yokluktan söz etmek doğru olmayacaktır. Kelsen’in ifadesiyle, “Kral Midas’ın dokunduğu herşeyin altına dönüşmesi gibi, hukuka ilişkin olan herşey de hukuk haline, yani hukuken varolan birşey haline gelir”.¹⁵⁵

Dolayısıyla işlemin geçerli olduğu görüntüsünün bulunduğu her durumda, hükümsüzlüğün bir dava yoluyla ileri sürülmesi ve bu davanın kabulü ile birlikte -gerekli görüldüğünde- hakimin işlemi doğduğu andan itibaren geçmişe dönük olarak ortadan kaldıracak şekilde işlemin hükümsüzlüğüne hükmetmesi (iptal edilebilirlik), hukuk güvenliği ve hukuki istikrar ilkeleri de dikkate alınarak, maddi yokluktan gerçekte bir farkı bulunmayan hukuki yokluk düşüncesine yeğlenmelidir. Özellikle kamu hukuku alanında özel hukuktan farklı olarak ilgililerin rıza ve muvafakâatine ihtiyaç göstermeksizin hukuki işlemin bireylerin (yönetilenlerin) hukuki durumunda değişiklik yaptığı düşünüldüğünde bireylerin kendilerini kamu gücü ve devlet otoritesi karşısında güvende hissedebilmeleri için yokluk yaptırımının bir hukuk politikası olarak başvurulması tercih edilmeyecek ya da son derece istisnai olarak kanunda açıkça öngörülen hallerde başvurulacak bir yaptırım olarak algılanmasında büyük yarar vardır. Kaldı ki, kamu gücüne dayanan ve devlet otoritesinin bir yansıması olan kamu hukuku işleminin hukuka uygunluk karinesinden yararlanması ilkesi de yokluk teorisinin kamu hukukunun gerekleri ile bağdaşmadığını açıkça ortaya koymaktadır.

Ortaya koyduğumuz tüm nedenler, özellikle anayasa hukukunda yokluk teorisinin uygulanamayacağını; pozitivist açıdan da, Anayasamızın Yüksek Mahkemeye böyle bir yetki tanımadığını göstermektedir. Hâl böyleyken, Anayasa Mahkemesinin ihtilâflı pek çok siyasal sorun karşısında çoğu kez siyasal alanın içerisine çekilerek, yasama organına karşı kullanabileceği “yokluk” silahı ile kıyasıya bir mücadelenin tarafı haline getirilmek istenmesi varolan tıkanıklıkları çözmek yerine, yenilerini üretecek son derece tehlikeli bir yoldur.

155 Kelsen (2006), s. 161

“Yargısal denetim”in ihtiyaç duyduğu meşruluk gerekçesini bulabileceği en son yer herhalde hak temelinde değil de, ideoloji temelinde kurgulanan bir “yargısal üstünlük” rejimidir.

KAYNAKÇA

- Arslan, Zühtü (2002) “Conflicting Paradigms: Political Rights in the Turkish Constitutional Court,” *Critique: Critical Middle Eastern Studies*, Vol. 11, No. 1, Spring, s. 9-25.
- Arslan, Zühtü (2005) *Anayasa Teorisi* (Ankara: Seçkin Yayıncılık).
- Belge, Ceren (2006) “Friends of Court: The Republican Alliance and Selective Activism of the Constitutional Court of Turkey,” *Law and Society Review*, Vol. 40, No. 3, s. 653 - 692.
- Bickel, Alexander M. (1962) *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics* (Indianapolis: Bobbs-Merrill).
- Dworkin, Ronald (1977) *Taking Rights Seriously* (Cambridge: Harvard University Press, 1977).
- Dworkin, Ronald (1987) “What is Equality? Part4: Political Equality,” *University of San Francisco Law Review*, Vol 22, No. 3, s. 1 -28.
- Ely, John Hart (1980) *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review* (Cambridge: Harvard University Press).
- Erdoğan, Mustafa (2005) “Anayasa Mahkemeleri Önemli Midir? Orta Avrupa’da Anayasa Yargısı ve Demokrasinin Pekişmesi,” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 54, Sayı 3, s. 1-22.
- Ergül, Ozan (2007) *Yeni Kurumsalcı Yaklaşımla Türk Anayasa Mahkemesi ve Demokrasi* (Ankara: Adalet Yayınevi).
- Erkut, Celâl (1988) “İdare Hukukunda Yokluk Teorisi,” *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, Prof. Dr. Lâtfi Duran’a Armağan Özel Sayısı, Sayı: 1-3, Yıl: 9, s. 69- 91.
- Eroğul, Cem (2007) “Hukuka ve Demokrasiye Aykırı Halkoylaması,” *Cumhuriyet*, 19 Ekim.
- Farber, Joseph M. (2003) “Justifying Judicial Review: Liberalism and Popular Sovereignty,” *Capital University Law Review*, No. 32: 1, October, s. 65-100.
- Freeman, Samuel (1990) “Constitutional Democracy and The Legitimacy of Judicial Review,” *Law and Philosophy*, Vol.9, No.4, November 1990, s. 327-370.
- Gaudet, S. (1995) “Inexistence, nullite et annulabilite du contrat: essai de synthèse,” *Revue de droit de McGill*, 40, s. 291-363.
- Gözler, Kemal (1998) *Hukukun Genel Teorisine Giriş: Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu* (Ankara: US-A Yayıncılık).
- Gözler, Kemal (2008) *Türk Anayasa Hukuku Dersleri* (Bursa: Ekin Yayınları, Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş 5. Baskı).
- Gözler, Kemal (2003) *İdare Hukuku* (Bursa: Ekin Kitabevi Yayınları, Cilt 1).

- Griffin, Stephen M. (2003) "The Age of Marbury: Judicial Review in a Democracy of Rights" Tulane Law School Working Paper No. 2003-01, September 3. <http://ssrn.com/abstract-441240> (Erişim tarihi: 23 Ocak 2008)
- Günday, Metin (2002) *İdare Hukuku* (Ankara: İmaj Yayınları, 6. Bası).
- Güral, Jale (1953) *Hükümsüzlük Nazariyeleri Karşısında Türk Medenî Kanununun Sistemi* (Ankara: İstiklal Matbaacılık).
- Hakyemez, Yusuf Şevki (2008) "Üniversitelerde kılık kıyafeti yasaklayan bir kural var mı?" *Zaman*, 27 Şubat.
- Kadioğlu, Ayşe (2007) "Darbe değilmiş gibi bir darbe," *Radikal İki*, 6 Nisan.
- Karadeniz Çelebican, Özcan (2005) *Roma Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayınları, Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış Onbirinci Baskı).
- Kelsen, Hans (2006) *General Theory of Law and State* (New Brunswick: Transaction Publishers).
- Koschaker, Paul - Kudret Ayiter (1983) *Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları* (Ankara: Olgaç Matbaası).
- Murphy, Walter F. (1986) "Who Shall Interpret? The Quest for the Ultimate Constitutional Interpreter," *The Review of Politics*, Vol. 48, No. 3, Summer, s. 401-423.
- Özbudun, Ergun (2004) *Türk Anayasa Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayınları, Gözden Geçirilmiş 8. Baskı).
- Özbudun, Ergun (2005) "Anayasa Yargısı ve Demokratik Meşruluk Sorunu," *Demokrasi ve Yargı* (ed., Ozan Ergül) (Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Aralık 2005), s. 336-351.
- Özbudun, Ergun (2006) "Political Origins of the Turkish Constitutional Court and the Problem of Democratic Legitimacy," *European Public Law*, Vol. 12, Issue 2, s. 213-223.
- Özbudun, Ergun (2007) "Türk Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve Siyasal Elitlerin Tepkisi", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Yavuz Sabuncu'ya Armağan*, Cilt: 62, No: 3, Temmuz-Eylül, s. 257- 268.
- Özbudun, Ergun (2008) "Anayasa Yargısı ve Yokluk Müeyyidesi," *Zaman*, 25 Şubat.
- Özekes, Muhammet (2000) "Medeni Usul Hukukunda Yok Hüküm ve Etkisiz Hüküm," *Yargıtay Dergisi*, Cilt. 26, Ekim 2000, s. 661- 699.
- Sadurski, Wojciech (2002) "Judicial Review and the Protection of Constitutional Rights," *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 22, No. 2, s. 275-299.
- Sarıca, Ragıp (1944) "İdare Hukukunda Yokluk ve Butlan," *Ebül'ula Mardin'e Armağan* (İstanbul: Kenan Matbaası), s. 1191- 1279.
- Rubinstein, Amnon (1965) *Jurisdiction and Legality* (Oxford: Oxford University Press).

- Selçuk, Sami (2008) “Başörtüsünde 'sanal yasak'tan 'gerçek yasak'a gerile-me(-mi?)”, *Radikal*, 4 Şubat.
- Shambayati, Hootan (2004) “A Tale of Two Mayors: Courts and Politics in Iran and Turkey”, *International Journal of Middle East Studies*, Vol. 36, s. 253-275.
- Tandoğan, Haluk (1952) *La nullité, l'annulation et la résiliation partielles des contrats* (Lausanne: Librairie de l'universite),
- Turhan, Mehmet (2007) “Anayasanın Hak Temelli Yorumu ve Anayasa Yargısı,” *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Yavuz Sabuncu 'ya Armağan*, Cilt. 62, No. 3, Temmuz-Eylül, s. 379-404.
- Uluşahin, Nur (2003) “Savaş Hali İlânı ve Silahlı Kuvvet Kullanılmasına İzin Verme Yetkisi ve Anayasa Mahkemesinin 24.9.1990 Tarihli Kararı,” *Prof. Dr. Turgut Kalpsüz'e Armağan*, (Ankara: Turhan Kitabevi, Ağustos), s. 1039-1065.
- Uluşahin, Nur (2007) “Azınlık Haklarından Hareketle Ulusal Azınlıklar ve Ulus-Devlet İkilemi,” *İnsan Hakları Yıllığı, TODAİE*, Cilt. 25, s. 35-54.
- Uluşahin, Nur (2007) “Cumhurbaşkanı Seçiminin Düşündürdükleri ya da Hukukun Siyasallaşması,” *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı 2, Bahar, s. 18-31.
- Uluşahin, Nur (2007) “Rejim Muhafızlığından ve İki Başlıktan Vazgeçmek,” *Birikim*, Sayı 219, Temmuz, s. 18-26.
- Uluşahin, Nur (2008) “Anayasa Yargısının Meşruluğu: J. Waldron karşısında R. Dworkin,” *Aydınlanma ve Hukuk: Modern Hukukun Sorunları Bağlamında Türkiye'de Hukuk*, 30 Kasım-1 Aralık 2007 Tarihlerinde Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler (İstanbul: Osmanlı Bankası Arşiv ve Araştırma Merkezi, Nisan), s. 106-118.
- Wacks, Raymond (2005) *Understanding Jurisprudence: An Introduction to Legal Theory* (Oxford: Oxford University Press).
- Waldron, Jeremy (1993) “A Right-Based Critique of Constitutional Rights”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 13, No 1, 1993, s. 18-51.
- Waldron, Jeremy (1999) *Law and Disagreement* (Oxford: Oxford University Press, 1999).
- Waldron, Jeremy (2006) “The Core of the Case Against Judicial Review,” *Yale Law Journal*, Vol. 115, s. 1346-1406.
- Ward, Kenneth (2006) “Legislative Primacy: A Neglected Alternative to Judicial Supremacy,” Paper presented at the Annual Meeting of the *Midwest Political Science Association*, Palmer House Hilton, Chicago, Illinois, Apr. 20. http://www.allacademia.com/meta/D139631_index.html. (Erişim tarihi: 8 Ocak 2008)
- Whittington, Keith E. (2007) *Political Foundations of Judicial Supremacy* (Princeton: Princeton University Press).

(48. Makale - 2009)

Abdurrahman EREN

*Türk Hukukunda Siyasi Partilerin
Hukuki Niteliği ve Türk
Anayasa Mahkemesinin Tutumu**

* Abdurrahman Eren, "Türk Hukukunda Siyasi Partilerin Hukuki Niteliği ve Türk Anayasa Mahkemesinin Tutumu", Prof. Dr. Yılmaz Aliefendioğlu' na Armağan, 2009, 45-71.

TÜRK HUKUKUNDA SİYASİ PARTİLERİN HUKUKİ NİTELİĞİ VE TÜRK ANAYASA MAHKEMESİNİN TUTUMU

Abdurrahman EREN

GİRİŞ

Liberalizmin etkisiyle 19. yüzyılın ortalarına kadar siyasi partiler, hukukun düzenleme alanının dışında tutulmuş, bu tarihten sonra dernek statüsünde hukukun düzenleme alanına girmeye başlamıştır¹. Siyasi partilerin anayasalarda düzenlenmeye başlaması İkinci Dünya Savaşı sonrasında rastlamaktadır. İtalya’da faşist partilerin, Almanya’da nasyonal sosyalist partilerin demokrasi için bir tehdit haline gelmesi, militan demokrasi anlayışını doğurmuş ve partilerin demokrasiyi korumak adına anayasalarda düzenlenmesi uygulaması başlamıştır². İtalya’da 1947 tarihli ve Federal Almanya Cumhuriyeti’nin 1949 tarihli Anayasaları siyasi partilere anayasada yer veren ilk örnekler olmuştur³.

Türkiye’de siyasi partilerin hukuki niteliği, tarihsel yönden ele alındığında görülmektedir ki, 1960 Anayasası’na kadar siyasi partiler “dernek” kabul edilmiştir. İlk Osmanlı-Türk Anayasası kabul edilen 1876 tarihli Kanuni Esasi’de dernek kurma özgürlüğü dahil partilere ilişkin bir düzenleme yer almamıştır. Kanuni Esasi’de 1909 yılında yapılan değişiklikler sonrası dernek kurma özgürlüğü tanınmış ve bu tarihten sonra yasal çerçevede ilk partiler ortaya çıkmaya başlamıştır⁴. Cumhuriyetin ilk anayasası olan 1924 tarihli Teşkilat-ı Esasiye Kanunu’nda da sadece dernek kurma özgürlüğü yer almıştır⁵. Siyasi partilere anayasal temel, ilk kez 1961

- 1 Erdoğan Teziç, *Anayasa Hukuku*. Beta Yayınları, İstanbul, 2007, s. 315-317.
- 2 Fransız kamu hukukçusu G. Vedel partilerin demokrasi açısından rolüne ilişkin şu veciz açıklamayı yapmıştır: “Demokrasi siyasi partiler olmaksızın yaşayamaz, ancak siyasi partiler yüzünden de son bulabilir.” Bk. Teziç, *Anayasa Hukuku*, s. 317.
- 3 Karşılaştırmalı hukukta siyasi partilere ilişkin anayasal düzenlemeler hakkında geniş bilgi için bk. Fazıl Sağlam, *Siyasi Partiler Hukukunun Güncel Soranları*, Beta Yayınları, İstanbul, 1999, s. 8-26.
- 4 II. Meşrutiyetin ilanı ile yasal çerçevede ilk parti İttihat ve Terakki Cemiyeti (1908) kurulmuştur. Daha sonra Ahrar Fırkası, Fedakaran-ı Millet, Osmanlı Demokrat Fırkası. İttihad-ı Muhammedi Fırkası, İslahat-ı Esasiye-i Osmaniye Fırkası, Ahali Fırkası, Osmanlı Sosyalist Fırkası ve Hürriyet ve İhtilaf Fırkası bu dönemde kurulan partilerdir. Siyasi Partilerin tarihsel gelişimi için bk. Tanık Zafer Tunaya, *Siyasi Müesseseler ve Anayasa Hukuku*, 3. Baskı, İstanbul, 1975, s. 414-435.
- 5 II. Meşrutiyetle başlayan çok partili düzen 23 Ocak 1913’de Bab-ı Ali baskını sonucunda iktidarı ele geçiren İttihat ve Terakki çok partili rejime son vererek tek parti dönemini başlatmıştır. Bu parti Osmanlı İmparatorluğunun I. Dünya Savaşında mağlup olması sonrası 14 Kasım 1918 tarihinde kendini fesih karan almıştır. 1918-1922 yıllar arasında Meclis Dışında 15 siyasal parti kurulmuştur. Cumhuriyetin ilanından sonra Halk Fırkası adıyla kurulan ve 1935 tarihinde Cumhuriyet Halk Fırkası 1945 yılına kadar tek parti rejimini sürdürmüştür. Bu dönemde 1925’de Terakki Perver Cumhuriyet Fırkası ve 1930’da Serbest Cumhuriyet Fırkası şeklinde iki parti kurma denemesi olmuştur. Ancak bu partilerin ömrü kısa olmuştur. 1946 Cemiyetler Yasasında yapılan değişiklik sonrası çok partili döneme geçilmiş ve 1945’de Milli Kalkınma Partisi, 1946’de Demokrat Parti ve 1948 tarihinde Millet Partisi kurulmuştur. Bk. Yılmaz Aliefendioğlu, “Siyasi Partiler ve Sivil Toplum Örgütleri”. *Anayasa Yargısı*, Cilt 16, 1999, s. 99-100 (95-115).

Anayasası ile kazandırılmıştır. Siyasi partiler en geniş şekilde 1982 Anayasası’nda düzenlenmiştir⁶.

Siyasi partilerin hukuki niteliği Türk hukukunda tartışmalı bir konudur. Siyasi partiler, “kamu yararına çalışan kuruluş” olarak nitelendirildiği gibi, “özel hukuk tüzel kişisi” ya da “kendine özgü (sui generis)” bir yapıda kuruluşlar olarak da nitelendirilmiştir. Siyasi partilerin hukuki niteliği konusunda Türk hukukunda açık bir hüküm bulunmamaktadır. Avrupa ölçeğinde en çok parti kapatan Türk Anayasa Mahkemesi de 1960 Anayasası döneminden günümüze kadar bir birinden farklı kararlarında, siyasi partilerin hukuki niteliği konusunda tutarlı bir içtihat oluşturamamıştır.

Bu çalışmada ilk olarak, Anayasal ve yasal temelde siyasi partilerin hukuki niteliği ele alınacak, devamında Türk doktrininde siyasi partilerin hukuki niteliği hakkındaki görüşler incelenecektir. Daha sonra Türk Anayasa Mahkemesinin siyasi parti kararları çerçevesinde, siyasi partilerin hukuki niteliği hakkındaki görüşleri değerlendirilecektir. Sonuç kısmında ise, tüm bu bilgiler ışığında Türk hukukunda siyasi partilerin hukuki niteliği ve Türk Anayasa Mahkemesinin bu konudaki tutumu değerlendirilecektir.

A. Anayasal Temelde Siyasi Partilerin Hukuki Niteliği

Siyasi partilere anayasal düzeyde yer verilmesi, İkinci Dünya Savaşı sonrası Batı Avrupa’da ortaya çıkan faşist yönetimlere karşı liberal demokrasiyi koruma çabasından doğmuştur. Siyasal partilerin Anayasa ile güvence altına alınması, yaşanan diktatörlüklerin tasfiyesi sonrası, yeniden demokrasiyi kurma çabalarının sonrasına denk gelmektedir. Bu kapsamda faşist bir yönetimden sonra ilk kez İtalya’da 1947’de başlayan anayasal düzenleme uygulaması, 1949 Bonn Federal Almanya Anayasası ile devam etmiş, daha sonra Türkiye, Yunanistan, Portekiz ve İspanya örnekleri görülmüştür⁷.

İtalyan Anayasası’nın 49. maddesinde, “Bütün yurttaşlar, ulusun politikasının demokratik yollarla belirlenmesine katılmak üzere partilerde birleşme hakkına sahiptir” ifadesine yer vermektedir. İtalya’da bu kısa düzenleme dışında siyasi partilere özgü bir yasa çıkarılmamıştır. Anayasa’da bir de, “kapatılmış bulunan Faşist Parti’nin yeniden kurulamayacağı”na ilişkin geçici bir madde bulunmaktadır. Böylece İtalya’da siyasi partilerin serbest kuruluşlar olduğu fikri ağırlık kazanmıştır⁸.

Batı Avrupa ülkeleri içinde siyasi partiler konusunda en kapsamlı düzenlemenin Federal Almanya Anayasası’nın 21. maddesinde yer aldığı kabul edilmektedir. Anayasa’nın 21. maddesi aynen şöyledir:

“Partiler, halkın siyasal iradesinin oluşumuna katılırlar. Kuruluşları serbesttir.

6 Türkiye’de siyasi partilerin tarihsel gelişimi hakkında bk. Teziç, Anayasa Hukuku, s. 318-320: Hüseyin Özcan/Murat Yanık, Siyasi Partiler Hukuku, DER Yayınları, İstanbul, 2007, s. 19-24.

7 Bk. Fazıl Sağlam, Siyasi Partiler Hukukunun Güncel Sorunları, Beta, İstanbul, 1999, s. 14.

8 Sağlam, Siyasi Partiler Hukukunun Güncel Sorunları, s. 15.

Türk Hukukunda Siyasi Partilerin Hukuki Niteliği ve Türk Anayasa Mahkemesinin Tutumu

İç düzenlemeleri demokratik ilkelere uygun olmak zorundadır. Sahip oldukları maddi araçların kaynağı ve kullanımı hakkında kamusal hesap vermekle yükümlüdürler

Amaçları ve mensuplarının davranışlarıyla özgürlükçü demokratik temel düzeni ihlal etmeye veya ortadan kaldırmaya veya Federal Alman Cumhuriyeti'nin varlığını tehlikeye düşürmeye yönelik partiler Anayasa'ya aykırıdır. Anayasa'ya aykırılık konusunda Federal Anayasa Mahkemesi karar verir.

Bu çerçevede içinde diğer hususlar federal yasa ile düzenlenir”.

Sağlam, bu düzenlemede geçen “kuruluşları serbesttir” ifadesinden hareketle, önceden izin almaksızın parti kurma, partiye üye olma, üyelikten ayrılma gibi bireysel düzeyde haklar ortaya çıktığı gibi, partilere üyelerinden ayrı bir temel hak süjesi olma imkanını tanıdığını ifade etmektedir⁹. Siyasi partilerin Federal Alman Anayasası'nca da bir kamu tüzel kişisi değil serbestçe kurulan kuruluşlar olduğu ifade edilmektedir. Ancak bu kuruluşların tam bir özel hukuk tüzel kişisi mi yoksa kendine özgü kuruluşlar mı olduğu açıkça düzenlenmiş değildir.

Bir diğer Batı Avrupa ülkesi olan Fransa'da da 1958 Fransız Anayasası'nın 4. maddesinde, “Partiler ve siyasal gruplar, seçimlere katılırlar; partiler kurulma ve faaliyetlerinde serbesttir. Partiler, ulusal egemenlik ve demokrasi ilkelerine uymakla yükümlüdür.” Denilmektedir. Anayasa Konseyi'nin 24.06.1959 tarih ve 59/2 sayılı bir kararında 4. maddeyi yorumlarken, partilere devlet yardımı yapılmasının Anayasaya aykırı olmadığını, ancak bu yardımın partileri devlete bağımlı kılmamaları ve çeşitli düşüncelerin demokratik yoldan ifade imkanını kısmamalı ve demokrasinin temelini oluşturan düşünce akımlarının çokluğu ilkesini tehlikeye düşürmemesi gerektiği ifade edilmiştir¹⁰. Bu açıklama, Fransız Anayasası açısından da siyasi partilerin bir devlet kuruluşu kabul edilmediğini serbest kuruluşlar olduğunu göstermektedir.

Yunanistan Anayasası'nın 29. maddesinde “siyasi partiler” başlığı ile düzenleme yapılmıştır. Bu düzenlemenin temel hak ve özgürlüklerle ilgili bölümde değil, “Devlet Yapısı” başlıklı bölümde yer aldığı görülmektedir. Ancak maddede siyasi partilerin serbest kuruluşlar olduğu kabul edilmektedir. Madde'nin 1. fıkrasına göre, “Oy hakkına sahip olan Yunan vatandaşları, örgütleri ve faaliyetleri itibarıyla demokratik yönetimin serbestçe işleyişine hizmet eden siyasal partileri serbestçe kurabilir ve bunlara katılabilir.” Aynı şekilde 3. fıkrada, devlet görevlilerinin görevlerinin ifası sırasında, bir siyasi partinin lehinde veya aleyhinde herhangi bir şekilde gösteride bulunmaları kesinlikle yasaklanmıştır¹¹. Üçüncü fıkra aynen şöyledir:

9 Sağlam. Siyasi Partiler Hukukunun Güncel Sorunları, s. 8.

10 Sağlam, s. 16-17.

11 Siyasi Partileri düzenleyen Yunanistan Anayasası'nın 29. maddesinin Türkçe çevirisi şöyledir: “Oy hakkına sahip olan Yunan vatandaşları, örgütleri ve faaliyetleri itibarıyla demokratik yönetimin serbestçe işleyişine hizmet eden siyasal partileri serbestçe kurabilir ve bunlara katılabilir. Henüz oy hakkını kazanmamış olan vatandaşlar, partilerin gençlik kollarına katılabilir. Siyasal Partiler, kanunla belirtilen şekilde seçim ve faaliyet giderleri için, Devletten mali yardım alma hakkını haizdirler. Kanun, seçi giderlerine ilişkin saydamlığın güvencelerini ve genel olarak siyasal

“Yargı görevlileriyle, silahlı kuvvetler ve güvenlik güçlerinde hizmet görenlerin, bir siyasal parti lehinde veya aleyhinde herhangi bir şekilde gösteride bulunmaları kesinlikle yasaktır. Devlet görevlilerinin, yerel yönetimler, kamu hukuku tüzel kişileri, kamu iktisadi teşebbüsleri veya yerel yönetim makamlarının teşebbüsleri veya Devletin yöneticilerini idari bir işlemle atadığı veya hisse sahibi olduğu teşebbüslerin çalışanlarının, görevlerinin ifası sırasında, bir siyasal partinin lehinde veya aleyhinde herhangi bir şekilde gösteride bulunmaları kesinlikle yasaktır.”

Bu düzenleme açıkça, siyasi partilerin kamu tüzel kişilerinden, yerel yönetimlerden ve her türlü devlet kuruluşunun dışında, serbestçe kurulan birer özel hukuk tüzel kişisi olduğunu göstermektedir.

1961 Anayasası'nın “Siyasi partilerle ilgili hükümler” kenar başlıklı 56 ve 57. maddeleri siyasi partileri düzenlemektedir. “Parti kurma hakkı ve partilerin siyasi hayattaki yeri” kenar başlıklı 56. maddeye göre, “Vatandaşlar, siyasi parti kurma ve usulüne göre partilere girme ve çıkma hakkına sahiptir. Siyasi partiler önceden izin almadan kurulur ve serbestçe faaliyette bulunurlar.” Önceden izin almadan serbestçe kurulma, faaliyette bulunma ve girme ve çıkma özellikleri ile Anayasa'nın 29. maddesindeki “Dernek kurma hakkı”¹² ile 46. maddedeki “Sendika kurma hakkı”¹³ arasında paralellik bulunmaktadır. Buradan yola çıkarak dernekler ve sendikalar gibi siyasi partilerin de “serbestçe kuruluşlar” niteliğinde olduğu söylenebilir.

1982 Anayasası'nda “Siyasi partilerle ilgili hükümler” 68 ve 69. maddelerde düzenlenmiştir. 1961 Anayasası'nın 56. maddesinde düzenlenen siyasi partilerin kurulması ve siyasi partilere girip çıkma serbestisi 68. maddede aynen tekrarlan-

partilerin, Parlamento üyelerinin, Parlamento adaylarının ve her düzeydeki yerel yönetim adaylarının mali işlerinin yönetimini belirler. Kanun, seçim giderlerine azami bir sınır koyar, bazı seçim öncesi reklam türlerini yasaklayabilir ve gelecek bölümdeki özel organın girişimi üzerine Parlamento üyeliğinin kaybı sebeplerini oluşturacak, ilgili hükümlerin hangi şartlar altında ihlal edilmiş olacağını belirler. Siyasal partilerin ve Parlamento adaylarının seçim giderlerinin denetlenmesi de, kanunda belirtilen şekilde, kıdemli yargı görevlilerinin katılımıyla oluşturulan özel bir organ tarafından gerçekleştirilir. Kanun, bu düzenlemeleri, seçimle kazanılan diğer makamların adaylarına da teşmil edebilir.

Yargı görevlileriyle, silahlı kuvvetler ve güvenlik güçlerinde hizmet görenlerin, bir siyasal parti lehinde veya aleyhinde herhangi bir şekilde gösteride bulunmaları kesinlikle yasaktır. Devlet görevlilerinin, yerel yönetimler, kamu hukuku tüzel kişileri, kamu iktisadi teşebbüsleri veya yerel yönetim makamlarının teşebbüsleri veya Devletin yöneticilerini idari bir işlemle atadığı veya hisse sahibi olduğu teşebbüslerin çalışanlarının, görevlerinin ifası sırasında, bir siyasal partinin lehinde veya aleyhinde herhangi bir şekilde gösteride bulunmaları kesinlikle yasaktır.” Çeviri için bk. Hasan Tunç, Türkiye'ye Komsu Devletlerin Anayasaları”, Asil Yayımcılık, Ankara, 2008. s. 239.

12 Demek kurma hakkı kenar başlıklı 29. madde şöyledir: “Herkes, önceden izin almaksızın demek kurma hakkına sahiptir. Bu hakkın kullanılmasında uygulanacak şekil ve usuller kanunda gösterilir... Hiç kimse bir derneğe üye olmaya veya dernekte üye kalmaya zorlanamaz. Demekler, kanunun gösterdiği hallerde hakim kararıyla kapatılabilir...”

13 Sendika kurma hakkı kenar başlıklı 46. madde şöyledir: “İşçiler ve işverenler, önceden izin almaksızın, sendikalar ve sendika birlikleri kurma, bunlara serbestçe üye olma ve üyelikten ayrılma hakkına sahiptir... Sendikalar ve sendika birliklerinin tüzükleri, yönetim ve işleyişleri demokratik esaslara aykırı olamaz”.

Türk Hukukunda Siyasi Partilerin Hukuki Niteliği ve Türk Anayasa Mahkemesinin Tutumu

muştır¹⁴. Nitekim 68. maddeye ilişkin gerekçede, “1961 Anayasasının 56 ncı maddesinde düzenlenen siyasi partilerin kurulması ve siyasi partilere girip çıkma serbestisi bu maddede aynen muhafaza edilmiştir” denilmektedir. 1982 Anayasası’nda da 1961 Anayasası’nda olduğu gibi 33. maddede demek ve vakıfların, 48. maddede şirketlerin ve 51. maddede sendikaların kuruluşunda siyasi partilerde olduğu gibi “serbestlik ilkesi” benimsenmiştir. Ayrıca kapatılmalarında yargı güvencesi ortak ilke olarak düzenlenmiştir. Anayasa’da tüzel kişilerin kuruluşları ve kapatılmalarına ilişkin bu ortak ilkelerden yola çıkılarak, siyasi partilerle dernek, şirket, vakıf ve sendika gibi özel hukuk tüzel kişileri arasında hukuki nitelik olarak bir fark olmadığı söylenebilir.

B. Yasal Temelde Siyasi Partilerin Hukuki Niteliği

Karşılaştırmalı hukuk açısından bakıldığında Batı Avrupa ülkeleri arasında, Almanya, İspanya, Portekiz ve Avusturya; Doğu Avrupa ülkeleri arasında ise Polonya ve Çek Cumhuriyeti dışında “özel bir siyasi partiler yasası”na sahip ülke bulunmamaktadır. Özel bir siyasi partiler yasasına sahip olmayan ülkelerde siyasi partilere ilişkin konular ya dernekler yasası veya diğer yasalarla düzenlenmektedir. Batı Avrupa ülkelerinde genellikle siyasal partilerin bir “tüzel kişilik” olarak örgütlenme zorunluluğunun bulunmadığı görülmektedir. Örneğin Federal Almanya’da partilerden bazıları tüzel kişiliği bulunmayan tescilsiz dernek statüsünde kurulmuştur. Aynı şekilde İngiltere, Hollanda, Lüksemburg, İrlanda, İtalya ve Belçika’da siyasi partilerin tüzel kişiliği bulunmamaktadır. Bu ülkelerde siyasi partiler “fiili birlikler” olarak kabul edilmektedir. Bunun başlıca sebebi, parti yaşamına yasal düzenleme ile müdahale edilmesinin, parti özgürlüğüne bir müdahale görülmesinden kaynaklanmaktadır. Bu ülkelerde siyasi partilere ilişkin konular derneklere ilişkin düzenlemeler çerçevesinde ele alınmaktadır. Buna karşın Almanya ve Fransa’da ise bazı partiler dernek statüsünde özel hukuk tüzel kişisi olarak kurulmuştur. Aynı şekilde İspanya’da da siyasi partiler “özel hukuk tüzel kişisi” olarak düzenlenmiştir¹⁵.

Alman Siyasal Partiler Yasası’nın 2. maddesinde parti kavramı şu şekilde tanımlanmaktadır:

“Partiler, sürekli ya da uzunca bir süre için Federal Devlet alanında ya da bir eyalet alanında siyasal irade oluşumunu etkileme ve halkın Federal Mecliste ya da bir eyalette temsil edilmesine katılma amacı güden ve içinde buldukları gerçek ilişkilerin genel görünümünü ve özellikle örgütlerinin kapsamı ve saydamlığı, üyelerinin sayısı ve kamu önündeki görüntüleri açısından bu amacın ciddiliği konusunda yeterli bir güvence sunabilen yurttaş birlikleridir (sivil kuruluşlardır)”.

14 1982 Anayasası’nın 68. maddesi şöyledir: “Vatandaşlar, siyasi parti kurma ve usulüne göre partilere girme ve partilerden ayrılma hakkına sahiptir. Parti üyesi olabilmek için onsekiz yaşını doldurmuş olmak gerekir. Siyasi partiler, demokratik siyasi hayatın vazgeçilmez unsurlarıdır. Siyasi partiler önceden izin almadan kurulurlar ve Anayasa ve kanun hükümleri içerisinde faaliyetlerini sürdürürler... Siyasi partilere, Devlet, yeterli düzeyde ve hakça mali yardım yapar...”.

15 Sağlam, Siyasi Partiler Hukukunun Güncel Sorunları, s. 27-35.

Tanımdan açıkça anlaşıldığı gibi partiler birer “sivil kuruluşlar” olarak kabul edilmektedir. Dolayısıyla partileri kamu tüzel kişisi olarak görmek mümkün değildir. Ancak Fazıl Sağlam, bu düzenlemeden hareketle Alman Doktrinin de siyasi partilerin “kamu hukukunun sui generis kuruluşları” olarak nitelendirildiğini aktarmaktadır¹⁶.

Benzer bir tanım Portekiz Siyasi Partiler Yasasının 1. maddesinde verilmektedir. Bu maddede siyasi partiler şu şekilde tanımlanmıştır: “Siyasal partiler, Anayasa’ya ve kendilerince açıklanan tüzük ve programlarına göre halkın iradesinin oluşum sürecinin bir ifadesi olarak ülkenin siyasal yaşamına demokratik yöntemlerle katılma temel amacıyla kurulan ve sürekli olma niteliği taşıyan sivil toplum örgütleridir. Partiler özellikle seçim sürecinde kendilerini göstererek adayların belirlenmesine ve desteklenmesine aracılık ederler.” Bu düzenleme de Alman Siyasal Partiler Yasası’nda olduğu gibi siyasi partilerin sivil toplum kuruluşları olduğu ifade edilmektedir. Buna karşın Avusturya, Çek Cumhuriyeti ve İspanya’da ise siyasi partiler yasada tanımlanmamış, genellikle Anayasa ve diğer yasalardan yola çıkarak siyasal partileri dernek statüsünde özel hukuk tüzel kişisi olarak kabul edilmektedir.¹⁷

Türkiye’de siyasi partilerin hukuki statüsünün tarihsel gelişimine bakıldığında önceleri derneklerle aynı hukuki statüye tabi tutulduğu görülmektedir. Osmanlı’nın ilk anayasası olan 1876 Kanuni Esasi’de 1909 değişiklikler ile demokurma özgürlüğü getirilince, 3 Ağustos 1325 (1909) tarih ve 310 sayılı Cemiyetler Kanunu ile dernek kurma özgürlüğü düzenlenmiştir. 1 Temmuz 1901 tarihli Fransız kanunundan çevrilerek alınan bu kanunda siyasi partiler derneklerle aynı yasal statüye tabi tutulmuştur¹⁸. Bu uygulama Cumhuriyetin ilanından sonra da devam etmiş ve 1924 Anayasasının 70. maddesinde dernek kurma özgürlüğü düzenlenmiştir. 310 sayılı Cemiyetler Kanunu’nda 10 Aralık 1923 tarih ve 387 sayılı kanunla bazı değişiklikler yapılmasına rağmen 310 sayılı Kanun 1936 tarihine kadar yürürlükte kalmıştır. 28 Haziran 1938 tarihinde 3512 sayılı yeni “Cemiyetler Kanunu” kabul edilmiştir. 1961 Anayasası ile ilk kez dernekler ve siyasi partiler birbirinden ayrılarak farklı yasal statüye bağlanmıştır. Yine bu dönemde ilk kez 13 Temmuz 1965 tarih ve 648 sayılı ayrı bir Siyasi Partiler Kanunu çıkarılmıştır. Bu uygulama 1982 Anayasası döneminde de devam etmiş ve 22.4.1983 tarih ve 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu ile siyasi partiler ayrı bir yasal statüye tabi tutulmuştur¹⁹.

1961 Anayasası’ndan önceki dönemde Anayasalarda siyasi partiler dernekler gibi kabul edilmiş ve bu dönemde çıkarılan 310 ve 3512 sayılı Cemiyetler Kanunu’nda siyasi partiler dernek statüsünde kabul edilerek kurulması ve kapatılması aynı yasal statüye tabi tutulmuştur²⁰. Kanuna aykırı faaliyette bulunan siyasi cemi-

16 Sağlam, s. 41.

17 Sağlam, s. 41-43.

18 Teoman Akünel, Türk Medeni Hukukunda Tüzel Kişiler, Filiz Kitabevi, İstanbul. 1988, s. 7.

19 Tarihsel gelişim için bk. Teziç, Anayasa Hukuku, s. 318-319.

20 3512 Sayılı Cemiyetler Kanunu’nda siyasi partiler "siyasi cemiyet" olarak nitelendirilmiştir. Kanun’un Genel Hükümler başlıklı birinci fasılda. derneklerin kuruluşuna ilişkin genel esaslar belir-

Türk Hukukunda Siyasi Partilerin Hukuki Niteliği ve Türk Anayasa Mahkemesinin Tutumu

yetler “mülki idare amirinin emriyle” faaliyetten men edilebilirken, Kanuna aykırı faaliyette bulunanlar hakkında “Türk ceza kanununun tatbik edileceği” ifade edilmiştir²¹. Türk ceza kanununda suç sayılan fiiller ya da Kanunda açıkça yasaklanan fiiller dolayısıyla cezai müeyyide öngörülmüştür. Bu dönemde partilerin kapatılması dernekler gibi sulh ceza mahkemelerince yapılmıştır²².

1961 Anayasası'nın 56 ve 57. maddeleri ile siyasi partiler derneklerden ayrı bir yasal dayanağa bağlanırken 13.07.1965 tarih ve 648 sayılı Siyasi Partiler Kanunu ile de siyasi partiler derneklerden ayrı bir yasal statü kazandırılmıştır. Kanunun 2. maddesinde “Siyasi parti niteliğinde dernekleri kurma yasağı” kenar başlığı ile derneklerle siyasi partilerin birbirinden farklılığına işaret edilmiştir:

“Dernekler, belli bir siyasi partiyi desteklemek veya desteklememek yahut siyasi partiler arasında işbirliği sağlamak veyahut Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeliği veya mahalli idareler veya muhtarlık yahut ihtiyar heyeti seçimlerinde belli adaylar desteklemek veya desteklememek yahut bunlar arasında işbirliği sağlamak amacıyla kurulamaz”.

Bu farklılık daha çok amaçlarda farklılığa işaret etmekte, derneklerin siyasi partilerle aynı amaçta faaliyette bulunmasını yasaklamaktadır. Bu farklılık siyasi partilerin dernekler gibi birer serbest kuruluşlar olduğunu değiştirmemektedir. Kanunun “Kuruluş ve çalışma serbestliği” kenar başlıklı 3. maddesinde, “Siyasi partilerin kurulması serbesttir; önceden izin alma şartına bağlı değildir. Siyasi partiler, kanun çerçevesinde serbestçe faaliyette bulunur” denilmektedir. Kanunun “Üye olma ve üyelikten ayrılma serbestliği” kenar başlıklı 4. maddesinde, “Her Türk vatandaşı, kanunda ve parti tüzüğünde gösterilen şartlara ve usullere göre siyasi partilere üye olmakta ve dilediği anda üyelikten çekilmekte serbesttir” denil-

lenirken, “Siyasi cemiyetlere aza olabilmek için mebus seçmek hakkını haiz olmaları şarttır (md.3), “Siyasi cemiyetlerle birden ziyade vilayetlerde faaliyet gösterecek cemiyetlerin ana nizamnameleri ve beyannameleri Dahiliye vekaletine verilir (md.4/2)”; “Siyasi partilerden başka cemiyetler birden fazla mevzu ile uğraşamazlar (md.15)” denilmektedir.

- 21 Cemiyetler Kanunu'nun “Cezai Hükümler” kenar başlıklı Beşinci Fasal'da “...mahallin en büyük mülki amirinin emriyle faaliyetten men olunur ve mevcut malları muhafaza altına alınır (md.33/1)” denilmektedir. Maddenin ikinci fıkrasında “Bu suretle faaliyette bulunanlar hakkında hareketleri daha ağır cezayı müstelzim bir suç olmadığı takdirde Türk Ceza Kanununun 526. maddesi hükmü tatbik edilmek üzere kanuni takip yapılır (md.33/2)” denilmektedir. Cemiyetler Kanununun 34. maddesinde, “Ana nizamnamesindeki mevzu ve gayesi haricinde işlerle meşgul olan cemiyetlerin tescil vesikaları veren makamlarca geri alınarak faaliyetten men olunur ve mevcut malları muhafaza altına alınır ve alakalıları hakkında yukarıdaki madde hükümleri dairesinde kanuni takip yapılır” denilmektedir. Kanunun 35. maddesinde, “9, 10, 11, 12, 13, 14, 23 ve 25. maddeler hükümlerine aykırı harekette bulunanlar Türk ceza kanununa göre bu fiilleri ayrıca bir suç teşkil etmediği takdirde bir seneye kadar hafif hapis veya 10 liradan 200 liraya kadar hafif para cezası ile cezalandırılır” denilmektedir.
- 22 Bu dönemde sulh ceza mahkemesi kararı ile kapatılan parti Millet Partisi olmuştur. 26.01.1954 tarihli Millet Partisi Kapatma kararında sulh ceza mahkemesi, “Siyasi bir cemiyet olan ve Cemiyetler Kanunu hükümlerine tabi olan Millet Partisi'nin mucip sebepli kararımızda tahlil ve izah bulunduğu şekilde, kurulmuş ve programının 7, 12 ve 13. maddelerinin taşıdığı mana ve maksat yönünden din, mezhep ve tarikat esaslarına dayanan ve gayesini saklayan dernekler durumunda bulunduğu anlaşılmıştır”. Demiştir. Bk. Bülent Daver, “Anayasa Mahkemesi Kararları Açısından Siyasi Partiler: Birkaç Örnek Olay”, Anayasa Yargısı, Cilt 2, 1985, s. 108.

mektedir. “Partilerin kurulması” kenar başlıklı 6. maddede, “Siyasi parti kuruluş bildirisinin İçişleri Bakanlığına verilmesi ile tüzel kişilik kazanır” denilmektedir. Bu hükümler birlikte yorumlandığında siyasi partilerin de diğer özel hukuk tüzel kişileri gibi serbestçe kurulan “özel hukuk tüzel kişisi” olma niteliğinde bir farklılık yaratmadığını göstermektedir.

Siyasi partilerle ilgili esasları düzenlemek amacıyla hazırlanan 22.04.1983 tarih ve 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu, siyasi partilerin kurulması, teşkilatlanması, faaliyetleri, görev ve sorumlulukları, mal edinmeleri, denetlenmeleri, kapanma ve kapatılmaları ile ilgili hükümler içermektedir (md.1-2). Siyasi Partiler Kanunu’nun 3. maddesinde siyasi partiler şu şekilde tanımlanmıştır:

“Siyasi partiler, Anayasa ve kanunlara uygun olarak; milletvekili ve mahalli idareler seçimleri yoluyla, tüzük ve programlarında belirlenen görüşleri doğrultusunda çalışmaları ve açık propagandaları ile milli iradenin oluşmasını sağlayarak demokratik bir Devlet ve toplum düzeni içinde ülkenin çağdaş medeniyet seviyesine ulaşması amacını güden ve ülke çapında faaliyet göstermek üzere teşkilatlanan tüzelkişiliğe sahip kuruluşlardır.”

Tanımda siyasi partilerin tüzelkişiliğe sahip kuruluşlar olduğu ifade edilmektedir. Türk hukukunda tüzel kişiler kamu ve özel hukuk tüzel kişileri olarak ikiye ayrılmaktadır. Bu ifadeyi Anayasada belirtilen serbestçe kurulma, serbestçe girilme ve çıkılma, serbestçe faaliyette bulunma özellikleri ile birleştiren, Anayasa ve siyasi partiler yasasına göre siyasi partilerin “özel hukuk tüzel kişi”leri ile aynı niteliklere sahip olduğu sonucunu doğurur.

“Siyasi Partilerin Vazgeçilmezliği ve Niteliği” kenar başlıklı 4. maddede, “Siyasi partiler, demokratik siyasi hayatın vazgeçilmez unsurlarıdır. Atatürk ilke ve inkılaplarına bağlı olarak çalışırlar. Siyasi partilerin kuruluşu, organlarının seçimi, işleyişi, faaliyetleri ve kararları Anayasada nitelikleri belirtilen demokrasi esaslarına aykırı olamaz.” Bu maddede siyasi partilerin demokratik siyasi hayat bakımından vazgeçilmez olduğu belirtildiği halde niteliği hakkında bir açıklamaya yer verilmemiştir. Oysa siyasi partilerin niteliği kenar başlığını taşıyan bu maddede daha açık bir şekilde siyasi partilerin niteliği ortaya konulması beklenirdi. Yasada açıkça niteliğinin ortaya konmaması aşağıda inceleneceği gibi Anayasa Mahkemesi’nin bu konudaki tutumu ile açıklanabilir.

Kanun’un 5. maddesinde “Siyasi parti kurma hakkı” kenar başlığı ile, “Siyasi partiler, Anayasa ve kanunlar çerçevesinde, önceden izin almaksızın serbestçe kurulurlar” diyerek, partilerin serbest kuruluşlar olduğu ifade edilmiştir. Ayrıca “Kamu yararına dernek sayılmama” kenar başlıklı 34. maddede, “22 Kasım 1972 tarihli ve 1630 sayılı Demekler Kanununun kamu yararına çalışan dernek sayılma hükümleri siyasi partiler hakkında uygulanmaz” denilerek, siyasi partilerin “kamu yararına çalışan kuruluşlar” olmadığı ifade edilmiştir. Kanunun 6. maddesine göre, “Her Türk vatandaşı, kanunda ve parti tüzüğünde gösterilen şartlara ve usullere göre siyasi partilere üye olma ve dilediği anda üyelikten çekilme hakkına sahiptir.” Siyasi partilerin kurulması kenar başlıklı 9. maddede, “Siyasi partiler, partiye üye

Türk Hukukunda Siyasi Partilerin Hukuki Niteliği ve Türk Anayasa Mahkemesinin Tutumu

olma yeterliğine sahip en az otuz Türk vatandaşı tarafından kurulur.” Denilmektedir. Tüm bu hükümler siyasi partilerin serbestçe kurulan, üye olunan ve üyelikten çıkılabilen, gönüllü kuruluşlar olduğunu göstermektedir.

Türk hukukunda siyasi partilerin dernek, şirket, vakıf, sendika gibi birer özel hukuk tüzel kişisi olarak nitelendirilebileceği, 5237 sayılı yeni Türk Ceza Kanunu’ndan da çıkarılabilir. Mevcut Türk Ceza Kanunu tüzel kişiler hakkında ceza değil güvenlik tedbirlerinin uygulanabileceğini kabul etmektedir. “Tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirleri” kenar başlıklı 60. maddede, “Bir kamu kurumunun verdiği izne dayalı olarak faaliyette bulunan özel hukuk tüzel kişisinin organ veya temsilcilerinin iştirakiyle ve bu iznin verdiği yetkinin kötüye kullanılması suretiyle tüzel kişi yararına işlenen kasıtlı suçlardan mahkûmiyet hâlinde, iznin iptaline karar verilir.” denilmektedir. Aynı şekilde “Belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma” kenar başlıklı 53. maddede, “Kişi kasten işlemiş olduğu suçtan dolayı hapis cezasına mahkûmiyetin kanuni sonucu olarak; d) Vakıf, dernek, sendika, şirket, kooperatif ve siyasî parti tüzel kişiliklerinin yöneticisi veya denetçisi olmaktan, yoksun bırakılır” denilmektedir. Görüldüğü gibi tüzel kişilerinin yöneticisi veya denetçisi olmamaktan yoksunluk şeklinde uygulanan “güvenlik tedbiri” bakımından özel hukuk tüzel kişileri TCK kapsamında tek tek sayılmıştır. TCK’nın “Özel kanunlarla ilişki”sini düzenleyen 5. maddesinde, “Bu Kanunun genel hükümleri, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanır.” demektedir. Dolayısıyla TCK kapsamında güvenlik tedbiri uygulanacak özel hukuk tüzel kişileri arasında siyasi partilerin de açıkça sayılması, Siyasi Partiler Kanunu kapsamında uygulanacak güvenlik tedbirleri açısından da siyasi partileri özel hukuk tüzel kişisi olarak kabul etme sonucunu doğuracaktır.

C. Türk Doktrinine Göre Siyasi Partilerin Hukuki Niteliği

Siyasi partilerin hukuki niteliği konusunda Türk doktrininde iki farklı görüş bulunmaktadır. Bunlardan biri siyasi partilerin dernekler gibi özel hukuk tüzel kişisi olduğu yönündedir. Bir diğeri ise kamu tüzel kişisi ve özel hukuk tüzel kişisi arasında kendine özgü (sui generis) kuruluşlar olduğudur.

Erdoğan Teziç, öncelikle siyasi partilerin “Anayasa organı” olarak nitelendirilmesine karşı çıkmakta ve bu bağlamda siyasi partilerin bir devlet organı da olmadığı görüşünü dile getirmektedir²³. Teziç’e göre, siyasi partiler “kamu kuru-

23 Teziç bu konuda şu açıklamalarda bulunmakta: “Anayasada yer almaları dolayısı ile, siyasi partileri ‘Anayasa organı’ olarak nitelendirmekte doğru değildir. Çünkü, bir kuruluşun anayasa organı olabilmesi için, her şeyden önce, anayasanın tüzel kişiliği olması gerekir. Anayasanın tüzel kişiliği olamayacağına göre, anayasa organından sözetmek mümkün değildir. Tüzel kişiliği olan devletler ve olsa olsa devletin organlarından söz edilebilir. Ancak bu açıdan, çok partili bir düzende siyasi partileri, devletin organları olarak da nitelendirmek, doğru olamaz. Devletin egemenliğinin kullanılmasında yetkili organlar, yasama, yürütme ve yargılamadır. Çünkü, bu organlar devlet tüzel kişisinin iradesini ortaya koyarlar. Oysa siyasi partiler, devlet örgütü dışında, tüzel kişiliğe sahip olup, devlet iradesinin yasama ve yürütme organları ile ortaya çıkmasında birer araçlardır. Parlamenter rejimde, yasama/yürütme bütünlüğünü sağlayan çoğunluk partisi, ya da partiler koalisyonu, yalnızca devlet iradesinin oluşmasında, bunun sorumluluğunu taşırlar”. Bk. Erdoğan Teziç, Anayasa Hukuku, Beta, 12. Bası, İstanbul, Kasım 2007, s. 320-321.

luşları” olarak da nitelendirilemezler. Çünkü siyasi partileri kamu kuruluşu kabul etme, faaliyetlerinde devlet müdahale ve denetimini kabul etmeyi gerektirecektir. Teziç’e göre, Anayasanın 68/5 fıkrasında kamu görevlilerinin siyasi partilere girmesini yasaklayan kuralında siyasi partileri kamu kuruluşu olarak görmeyi engellemektedir. Özellikle muhalefet partilerinin hükümete bağlı olmadan ona karşı faaliyet sürdürmesi onların devlet kuruluşu olmadığına bir diğer kanıtıdır. Ancak tek parti sistemlerinde siyasi partilerin kamu kuruluşu olduğu kabul edilebilir. Teziç siyasi partilerin ne olmadığını söyledikten sonra siyasi partilerin “halkın siyasi düşünce ve inançlarının oluşmasında birer araç olan **serbest kuruluşlar** olarak nitelendirmek gerekir” demektedir²⁴.

Aynı şekilde Hamza Eroğlu’da, siyasi partilerin özel hukuka göre düzenlenmiş bir tüzel kişilik olduğunu kabul etmektedir. Eroğlu’na göre, siyasi partiler kamu tüzel kişisi sayılamaz, çünkü belirli bir üstün güce sahip değillerdir. Yine Hamdi Mehter’de, “siyasi partilerin örgüt yapıları, kuruluş biçimleri, kamu gücünü doğrudan kullanmaktan yoksun olmaları nedeniyle özel hukuk kuruluşları olduklarını...” belirtmektedir²⁵.

Teoman Akünel’da Türk Medeni Kanununda Tüzel Kişiler adlı eserinde, tüzel kişilerin türlerini incelerken, özel hukuk tüzel kişileri arasında siyasi partileri de saymaktadır. Akünel, özel hukuk tüzel kişilerini “bünyeleri” açısından kişi toplulukları ve mal toplulukları olarak ikiye ayırdıktan sonra kişi toplulukları arasında siyasi partilere de yer vermektedir:

“Pozitif hukukumuzda dernekler, sendikalar, siyasi partiler ideal bir gaye izlemek üzere kurulan kişi topluluklarıdır. Buna karşılık ticaret şirketleri ve kooperatifler ise iktisadi amaçlara yönelik kişi topluluklarını oluştururlar. Kişi topluluklarından dernekler, Medeni Kanunumuzda ‘Cemiyet’ adı altında 53-72 maddelerde ayrı bir fasılda düzenlenmiştir. 4.10.1980 tarih ve 2908 sayılı Demekler Kanunu ile dernekler özel olarak düzenlenmiştir. 1982 Anayasası’nın sendikalarla ilgili düzenlenmesi çerçevesinde yürürlüğe konulmuş olan 5.5.1983 tarih ve 2821 sayılı Sendikalar Kanunu işçi ve işveren sendikaları ile bunların üst kuruluşları niteliğindeki konfederasyonlarla ilgili hükümleri içermektedir. Siyasi partilerle ilgili esaslar ise Anayasanın 68 ve 69. maddelerinde yer alan esaslar çerçevesinde 22.4.1983 tarih ve 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu ile düzenlenmiştir”²⁶.

Ergun Özbudun ise siyasi partilere devlet yardımı konusunu ele alırken, siyasi partilerin sivil toplumla devlet kurumları arasında kendine özgü (sui generis) nitelikte kuruluşlar olduğuna işaret etmektedir:

“Siyasi partiler, sivil toplumla devlet kurumları arasında köprü oluşturan, bu nitelikleri itibarıyla de bazı açılardan özel hukuk tüzel kişilerine, bazı açılardan da kamu hukuku tüzel kişilerine benzeyen, kendilerine özgü (sui generis) kuruluşlar-

24 Teziç, Anayasa Hukuku, s. 322.

25 Bk. Özcan/Yanık, Siyasi Partiler Hukuku, s.48-49.; Hamdi Mehter, Siyasi Partilerin Mali İşlemleri ve Denetimi, Ankara, 1995, s. 4.

26 Akünel, Türk Medeni Hukukunda Tüzel Kişiler, s. 11.

Türk Hukukunda Siyasi Partilerin Hukuki Niteliği ve Türk Anayasa Mahkemesinin Tutumu

dır. Siyasal Partilerin bu yarı-kamusal niteliği, birçok Batı demokrasisinde siyasal partilere devlet bütçesinden yardımda bulunulmasına neden olmuştur.²⁷

Özbudun, siyasi partilerin devlet bütçesinden yardım almaları kriterinden hareketle, onların sui generis kuruluşlar olmaları arasında bir bağ kurmaktadır. Ancak, kamu yararına çalışan bazı derneklerin de devletten yardım aldığı göz önünde bulundurulunca sadece bu unsurdan hareketle siyasi partilerin sui generis kuruluşlar olduğunun savunulması güçleşmektedir. Nitekim Anayasa Mahkemesi de önceleri siyasi partileri devletten yardım aldıkları için kamu yararına çalışan kuruluş kabul etmiş ancak daha sonra devletten yardım alsa bile özel hukuk tüzel kişisi saymış, son olarak ise yine devlet yardımı almasına rağmen sui generis kuruluşlar olduğu yönünde içtihat değiştirmiştir.

D. Anayasa Mahkemesine Göre Siyasal Partilerin Hukuki Niteliği

Türk Anayasa Mahkemesi 1969 tarihli kararında önceleri siyasi partileri “kamu yararına çalışan kuruluşlar” olarak nitelendirmiş, ancak 1970 tarihli kararı ile bu görüşünden dönmüştür. Mahkeme 648 sayılı Siyasal Partiler Kanununun 74. maddesini değiştiren 22.02.1968 tarih ve 1017 sayılı kanunun 1. maddesini siyasi partilere mali yardımı belli koşullara bağlayan hükümlerini incelerken siyasi partilerin hukuki niteliğini değerlendirmiştir.²⁸

Mahkeme “Siyasî Partilere Devletçe yardım edilmesinin ilke bakımından Anayasa’ya aykırı olup olmadığı sorunu” nu incelerken siyasi partilerin hukuki niteliği hakkında özetle şu değerlendirmelerde bulunmuştur:

- Siyasal partilere devletçe yardım yapılması, yapılan yardımın kamu gideri sayılmasına ve dolayısıyla siyasi partilerin kamu yararına çalışan kuruluşlar olması- na bağlıdır²⁹.

- Anayasa siyasi partileri doğrudan doğruya kamu hukuku kuruluşu ve devlet organı olarak nitelendirmemiş, ancak partileri sıradan dernekler gibi özel hukuk kuruluşları da saymamıştır³⁰.

27 Bk. Ergun Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, Gözden Geçirilmiş 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005, s. 96.

28 AYM Kararı, E. 1968/26, K. 1969/14, K.t. 18 ve 19 Şubat 1969, RG. 25.02.1970/13430, s. 1-24.

29 Mahkemeye göre, “Siyasî partilere Devletçe yardım edilmesi yolunda bir ilkenin kabulü bunlara Devlet Hazinesinden yani yurtdaşların vergi ödevini yerine getirerek Devlete verdikleri paralar- dan ödemelerde bulunulması sonucunu doğurur. Anayasa’nın vergi ödevini koyan 61. maddesi, herkesin kamu giderlerini karşılamak üzere, malî gücüne göre vergi ödemekle yükümlü olduğunu hükme bağlamıştır. Demek ki Anayasa’nın 61. maddesine dayanılarak kanunlarla konulmuş malî yükümlerden elde edilen paraların ancak kamu giderlerinin karşılanması yolunda kullanılması düşünülebilir. Böyle olduğuna göre sorunun çözümlenebilmesi için siyasî partilere Devletçe ödenecek yardım paralarının kamu giderleri arasında yer alıp alamıyacağının araştırılması zorunlu- dur. Bu zorunluk önce ve özellikle siyasî partilerin ve gördükleri işlerin niteliği üzerinde durulma- sını gerekli kılar.” Bk. E. 1968/26, K. 1969/14, K.t. 18 ve 19 Şubat 1969, RG. 25.02.1970/13430, s. 4.

30 Mahkeme’ye göre, “Türkiye Cumhuriyeti Anayasa’sı, siyasi partileri doğrudan doğruya kamu hu- kuku müessesesi ve Devlet organı olarak nitelemiş değildir. Ancak yine Anayasa’nın partileri özel kesim kuruluşları saymadığı ve bunlara üstün bir önem verdiği de açık ortadadır. Siyasal parti- lerin uyacakları esasların Anayasa’da yer alması (Anayasa: Madde 57/1) bunların yine bir Anayasa hükmü ile gelir kaynakları ve giderleri hakkında Anayasa Mahkemesine hesap vermek zorunda

- Siyasi partilerin uyacakları esasların Anayasa tarafından düzenlenmesi, mali denetiminin ve kapatılmalarının Anayasa Mahkemesince yapılması, demokratik siyasi hayatın vazgeçilmez unsurları olarak görülmeleri ve faaliyetlerinin kamu yararı niteliği taşımaları siyasi partileri **kamu yararına çalışan kuruluşlar** haline getirmektedir³¹.

Anayasa Mahkemesi siyasi partilerin niteliğine ilişkin ilk değerlendirmesinde siyasi partileri “kamu yararına çalışan kuruluşlar” olarak nitelendirmiş ve bu kapsamda siyasi partilere yapılan mali yardımı bir kamu gideri olarak kabul edip, böyle bir yardımın Anayasaya aykırı olmayacağına karar vermiştir³². Anayasa Mahkemesi kararında siyasi partilerin bir “kamu kuruluşu” “devlet organı” olmadığını, ancak, “kamu yararına çalışan kuruluşlar” olduğunu belirtmektedir. Çünkü bu iki nitelendirme birbirinden farklıdır. Bir kuruluşun kamu yararına çalışıyor olması onu kamu kuruluşu haline getirmez. Nitekim 04.11.2004 tarih ve 5253 sayılı Dernekler Kanununun 27. maddesine göre bazı derneklere “kamu yararına çalışan dernek” niteliği kazandırabilmektedir³³.

bırakılmaları (Madde 57/2): kapatılmalarının ancak Anayasa Mahkemesi kararına bağlı tutulması (Madde 19/5 ve 57/4); Anayasa’ca demokratik siyasi hayatın vazgeçilmez unsurları olarak tanınmaları ve tanımlanmaları (Madde 56/3) Anayasa açısından siyasi partilerin yerlerini bulmağa yarayacak olgulardır. Bunlar daha ilk bakışta siyasi partilerin alelade demek olmadığı, onların çok ilerisinde ve üstünde bulunduğu gerçeğini ortaya koyar. Siyasi partileri demokratik siyasi hayatın vazgeçilmez unsurları olarak belirten deyimi yalnızca siyasi partilere değer ve şeref verme bükümü gibi nitelemek yanlış olur. Bu hüküm altında Anayasa’nın Türkiye için çok partili bir demokrasi düzenini öngördüğünün kanıtı ve siyasi partileri böyle bir düzenin gerektirdiği ölçüde çoğaltma ve geliştirme talimatı vardır. Çok partili demokrasi düzeninin gerekli kıldığı ölçüde siyasi partinin yaşamasına ve gelişmesine halkın ilgisinin yeterli olmadığı hallerde Devlet de bu alanda maddî, manevî desteğini esirgerse Anayasa koyucusunun ereği yerini bulmamış olacaktır.” Bk. E. 1968/26, K. 1969/14, K.t. 18 ve 19 Şubat 1969, RG. 25.02.1970/13430, s. 5.

- 31 Mahkemeye göre, "Demokrasi düzeninin işleyişi, hatta Devletin yönetilmesi yolundaki kolaylaştırıcı ve hazırlayıcı bütün bu ve benzeri faaliyetlerin kamu yararı niteliği, tartışmayı gerektirmeyecek bir açıklıkla ortadadır. Kamu yararına olan sürekli faaliyetlerin siyasi partileri kamu yararına çalışan kuruluşlar durumuna getirdiğinden de şüphe edilmez. Siyasi partilere bu niteliği kazandıran yalnız çalışmaları da değildir. Aslında Anayasa, yukarıda değinildiği üzere, koyduğu hükümlerle onları böyle bir niteliğe ulaştırmıştır. Öte yandan çalışmalarını üyelerinin olağan yardımlarıyla sürdüremeyen siyasi partiler, paraca güçlü bir takım kişi ve kuruluşların etki ve baskısı altına düşmek ve soysuzlaşmak tehlikesiyle de karşılaşılır. Böyle bir tehlikeyi Devletin yardımı uzaklaştırabilir. Yardımda bu bakımdan da kamu yararına bulunduğu söz götürmez." Bk. E. 1968/26, K. 1969/14, K.t. 18 ve 19 Şubat 1969, RG. 25.02.1970/13430, s. 10.
- 32 Mahkeme’ye göre, “Siyasi partilerin ve çalışmalarının niteliği bu olunca, partilere Devletçe yapılacak para yardımının kamu giderleri arasında sayılabilmesi gibi bir sonuç kendiliğinden ortaya çıkar. Şu duruma göre siyasi partilere Devletçe yardım edilmesinin ilke bakımından Anayasa’ya aykırı olduğu düşünülemez.” Bk. E. 1968/26, K. 1969/14, K.t. 18 ve 19 Şubat 1969, RG. 25.02.1970/13430, s. 15.
- 33 Dernekler Kanununun "Kamu yararına çalışan dernekler" kenar başlıklı 27. maddesi şöyledir: Kamu yararına çalışan dernekler, ilgili bakanlıkların ve Maliye Bakanlığının görüşü üzerine, İçişleri Bakanlığının teklifi ve Bakanlar Kurulu kararıyla tespit edilir. Bir derneğin kamu yararına çalışan derneklerden sayılabilmesi için, en az bir yıldan beri faaliyette bulunması ve derneğin amacı ve bu amacı gerçekleştirmek üzere giriştiği faaliyetlerin topluma yararlı sonuçlar verecek nitelikte ve ölçüde olması şarttır. Kamu yararına çalışan dernek statüsünün kazanılması, kaybedilmesi ve gerekli belgeler ile diğer esas ve usuller yönetmelikte düzenlenir. Kamu yararına çalışan dernekler en az iki yılda bir denetlenir. Yapılan denetimler sonucunda düzenlenen raporlar üzerine, kamu yararına çalışan derneklerin organlarında görev alan üyeler veya ilgili personel, ağır hapis veya ağır para

Türk Hukukunda Siyasi Partilerin Hukuki Niteliği ve Türk Anayasa Mahkemesinin Tutumu

Anayasa Mahkemesi 1961 Anayasası döneminde verdiği ikinci kararında siyasi partilerin niteliğine ilişkin görüşünü değiştirmiştir. 648 sayılı Siyasi Partiler Kanununun 74. maddesine ilişkin 02.02.1979 tarih ve 1219 sayılı Kanunla yeniden değişiklik yapılması üzerine açılan iptal davasında yine siyasi partilerin hukuki niteliği üzerinde durmuştur³⁴. “Siyasi Partilere devletçe yardım edilmesinin ilke bakımından Anayasaya aykırı olmadığı sorunu” çerçevesinde bu kez görüşünü değiştirerek siyasi partileri kamu yararına çalışan kuruluşlar olmadığına hükmetmiştir. Mahkeme önceki kararında olduğu gibi yine siyasi partilere mali yardım yapılabilmesi için siyasi partilerin kamu yararına çalışan kuruluşlar olup olmadığına belirlenmesi gerektiğinden hareket etmiştir. Mahkeme kararında bu kez siyasi partilerin niteliği hakkında özetle şu tespitlerde bulunmuştur:

- Siyasi partilere mali yardım yapılabilmesi, yapılan yardımın kamu gideri niteliğinde olması, dolayısıyla siyasi partilerin kamu yararına çalışan kuruluşlar olmasına bağlıdır³⁵.

- Anayasa siyasi partileri kamu hukuku kurumları olarak nitelememiş ve onlara devlet örgütü içinde yer vermemiştir³⁶.

Siyasi partilerin serbestçe kurulması ve serbestçe faaliyette bulunuyor olması, seçimler yoluyla halk iradesinin oluşmasında etkili olması onların devlet kurumu sayılmasına engeldir³⁷.

cezası verilmesini gerektiren suçların işlendiğinin tespit edilmesi halinde, geçici bir tedbir olarak İçişleri Bakanınca görevden uzaklaştırılabilir. Görevden uzaklaştırılanların yerlerine, kesin hükme kadar, öncelikle dernek üyelerinden olmak üzere görevlendirme yapılır. Kamu yararına çalıştıklarına karar verilen dernekler, denetimler sonunda bu nite-liklerini kayb ettikleri tespit edilirse, birinci fıkrada öngörülen usulle haklarında alınan kamu yararına çalışan derneklerden sayılma kararı kaldırılır. Türkiye Kızılay Demeği ve Türk Hava Kurumunun tüzüklerini onaylamaya Bakanlar Kurulu yetkilidir.”

34 AYM Kararı, E. 1970/12, K.1971/13, Kt.02.02.1971, RG. 09..07. 1971/13890, s. 1-25

35 Mahkeme’ye göre, “Anayasamın vergi ödevini koyan 61. maddesi, herkesin kamu giderlerini karşılamak üzere malî gücüne göre vergi ödemekle yükümlü olduğunu hükme bağlamıştır. Demek ki Anayasa’nın 61. maddesine dayanılarak kanunlarla konulmuş malî yükümlerden elde edilen paraların ancak kamu giderlerinin karşılanması yolunda kullanılması düşünülebilir. Böyle olduğuna göre sorunun çözülebilmesi için siyasî partilere Devletçe ödenecek yardım paralarının kamu giderleri arasında yer alıp alamayacağına araştırılması zorunludur. Bu zorunluk önce ve özellikle siyasî partilerin ve gördükleri işlerin niteliği üzerinde durulmasını gerekli kılar. Çünkü siyasî partilerin kamu hizmeti gören birer kamu kurumu olduğu, hiç değilse kamu yararına çalıştıkları saptanıp kabul edilmedikçe bunlara Devletçe yardımda bulunulabilmesi düşünülemez.” Bk. E. 1970/12, K.1971/13, Kt.02.02.1971, RG. 09..07. 1971/13890, s. 4.

36 Bununla birlikte Türkiye Cumhuriyeti Anayasa’sı siyasi partileri kamu hukuku kurumları olarak nitelemiş ve onlara Devlet örgütü içinde yer tanımuş değildir. Tam tersine gerek parti kurma hakkına ilişkin hükümler gerekse halk iradesinin ve oyunun Devlet etkisi dışında ve serbestçe oluşumunu öngören ilkeler böyle bir görüşü kesinlikle reddeder niteliktedir. Bk. Bk. E. 1970/12, K.1971/13, Kt.02.02.1971. RG. 09..07. 1971/13890, s. 4.

37 Mahkeme’ye göre, “Anayasa’nın 56. maddesine göre vatandaşlar siyasî parti kurma ve usulüne göre partilere girme ve çıkma hakkına sahiptir. Siyasî partiler, önceden izin almadan kurulur ve serbestçe faaliyette bulunurlar. Siyasî partilerin kuruluş ve çalışmalarını serbestlik ilkesine oturtan bu kesin ve açık Anayasa hükmü partilerin gerek kurulmalarında gerek çalışmalarını sırasında Devletten doğrudan doğruya veya dolaylı olarak gelebilecek etkilerden uzak tutulmaları zorunluğunu ortaya koyar. Öte yandan siyasî partilerin seçimler yoluyla halk oyunun ve iradesinin oluşturulmasında etkili biçimde aracılık ettikleri bilinmektedir. Anayasa’nın Başlangıç Bölümü ve 2.

- Siyasi partiler de dernekler gibi serbestçe kurulur ve amaçlarını serbestçe belirler. Derneklerden ayrılan yönleri seçim yoluyla iktidara gelerek ülkeyi yönetme amacı taşımalarıdır. **Amaçlardaki farklılık siyasi partileri derneklerden ayrı bir hukuki niteliğe büründürmez**³⁸.

- Siyasi partilerin genel seçimlerle ve mahalli idare seçimleri ile devlet yönetimine gelmeleri partili üyelerin aracılığı ile gerçekleşir ve bu kapsamda kamu hizmeti görenler gördükleri hizmetin karşılığını alırlar. Bu kapsam dışında kalan partiler ve partililerin kamu hizmeti gördüğü kabul edilemeyeceği gibi bunların kamu yararına hizmet eden kuruluşlar olarak nitelendirilmesi de mümkün değildir³⁹.

maddesi hükümleri uyarınca Türk Devletinin demokratik bir Devlet olması ilkesi halk oyunun ve iradesinin oluşumunu Devlet organlarının etkileyememesini gerekli kılar. Egemenliğin kayıtsız şartsız Türk Milletinin olduğunu, Milletin egemenliğini Anayasa'nın koyduğu esaslara göre yetkili organlar eliyle kullanacağını belirleyen temel kuraldan da (Anayasa-madde 4) millî iradenin, başka deyimle kamu oyunun Devletin etkisi dışında oluşması gerektiği sonucu çıkar. Yine Anayasa'daki basın özgürlüğü ile ilgili sansür yasağına, haber, düşünce ve kanaatlerin serbestçe yayımlanmasını engelleyici veya güçleştirici siyasi, İktisadi, malî veya teknik sınırlandırmalar koyma yasağına, kişilerin basın dışı haberleşme ve yayın araçlarından yararlanma hakkına, halkın bu araçlarla haber almasını, düşünce ve kanaatların yayılmasını ve kamu oyunun serbestçe oluşumunu köstekleyici kayıtlamalar koyma yasağına, radyo ve televizyon istasyonları idaresinin özerk bir kamu tüzel kişiliği biçiminde örgütlenmesine, her türlü radyo ve televizyon yayımlarının yansızca yapılmasına ilişkin hükümler (madde 22., 23., 26., 121) Devlet organlarının halk iradesinin ve kamu oyunun oluşumunu etkisi altında tutamayacağı düşüncesine dayanır. Halk oyunun ve iradesinin Devlet etkisi dışında, serbestçe oluşumunu öngören Anayasa buyruğu ise partilerin bu yoldaki çalışmaları dolayısıyla onların birer Devlet kurumu durumuna sokulmalarına ve örgütlenmiş Devlet yapısı içine alınmalarına engeldir.” Bk. E. 1970/12, K.1971/13, Kt.02.02.1971, RG. 09..07. 1971/13890, s. 5.

38 Mahkeme'ye göre, “Anayasa'nın yukarıda değinilen 56. maddesinin açıkça ortaya koyduğu üzere siyasi partiler belli siyasi düşünce ve erekler çerçevesinde birleşen yurtdaşlarını serbestçe kurdukları ve girip çıkabildikleri kuruluşlardır. Derneklerden ayrılan yönleri seçim yollarından iktidara gelerek ülkeyi kendi tüzük ve programlarının doğrultusunda yönetebilmek düşüncesiyle siyasi alanda faaliyet göstermelerinin esas ereği oluşturmakta bulunmasıdır. Devletin hiçbir müdahalesi olmaksızın ereklerini ve çalışma yollarını kendileri serbestçe düzenlerler. Devlet hayatındaki etkilerinin derneklerle kıyaslanamı- yacak bir önemde olması ve o nedenler de yukarıda işaret edildiği gibi bunlara ilişkin bir takım düzenlemelerin Anayasa'da yer alması siyasi partilerle derneklerin hukukî bünyelerindeki benzerliği ortadan kaldıramaz.” Bk. E. 1970/12, K.1971/13, Kt.02.02.1971, RG. 09..07. 1971/13890, s. 5.

39 Mahkeme'ye göre, “Bir siyasi partinin toplum ve Devlet düzenini, kamu faaliyetlerini belirli görüşlerin doğrultusunda yönetmesi, denetlemesi ve etkilemesi kamu hizmeti niteliğini taşır. Ancak bu hizmetin yerine getirilmesi o siyasi parti mensuplarının Türkiye Büyük Millet Meclisine, Hükümete ve mahallî idarelerin seçimle iş başına gelen kuruluşlarına girmeleriyle başlar ve bu mensupların aracılığı ile gerçekleşir. Hizmetleri görenlere ise, hizmetlerin karşılığı olarak Devletçe ve mahallî idarelerce para ödendiği de bilinmektedir. Siyasi partilerin kamu hizmeti niteliğindeki çalışmaları ancak bu dar çerçeve içinde söz konusu edilebilir. Bu çerçeveden dışarda siyasi partiler bakımından kamu hizmeti sayılabilecek bir çalışma düşünölemeyeceği gibi yukarıdan beri açıklanan nedenlerle de partilerin birer kamu kurumu olarak kabul edilmelerine olanak yoktur. Siyasi partilerin kamu yararına hizmet eden kuruluşlar olarak nitelendirilmesi de yersiz ve dayanaksız kalır. Çünkü partiler, kişilerin ülke yararına saydıkları özel, siyasi, sosyal ve İktisadi düşüncelerini uygulama alanına sokabilme ve yurt yönetimine o yönü verebilme çabasının ve girişiminin bir sonucu olarak ortaya çıkarlar. Bunların, mensuplarının toplum ve Devlet düzenini, kamu faaliyetlerini yönetme, denetleme işlerinde görev elde edebilmeleri için yaptıkları sürekli çalışmalarda mensupların kişisel yararları ön alanda yer alır. Siyasi partilere yön veren fikirlerin ülke yararına uygun olup olmadığı da kesinlikle çözülebilen sorunlardan değildir. Bir siyasi partinin görüşünü, ters kanıdaki yurttaşların kurduğu bir başka siyasi parti veya partiler yurda yararsız üstelik zararlı sayabilirler. Yararları ve zararları bakımından büyük yurtaş toplulukları arasında tartışmalara yol açan siyasi parti çalışmalarında kamu hizmeti niteliği görülmesi veya bunların kamu yararına hizmet etmekte olduklarının öne sürülmesi olanaksızdır.” Bk. E. 1970/12, K.1971/13, Kt.02.02.1971,

Türk Hukukunda Siyasi Partilerin Hukuki Niteliği ve Türk Anayasa Mahkemesinin Tutumu

- Siyasi partilerin demokratik hayatın vazgeçilmez unsurları sayıldığı gibi, sendikalarda sosyal devlet ilkesinin vazgeçilmez unsurları kabul edilir. Sendikalar bakımından devlet kurumu olma gündeme gelmediği gibi siyasi partiler bakımından da gündeme gelmemelidir. Bir kurumun Anayasada devletin vazgeçilmez unsuru olarak düzenlenmesi, o kurumun kamu yararına çalışan bir kurum ve yapılan hizmetinde kamu hizmeti olarak kabul edilmesinin bir kanıtı olamaz⁴⁰.

Anayasa Mahkemesi bu kararında siyasi partilerin kamu kuruluşu ya da devlet organı niteliğinde olmadığı gibi “kamu yararına çalışan kuruluş” da olmadığına karar vermiştir. Siyasi partilerin dernekler ya da sendikalar gibi özel hukuk tüzel kişisi olduğunu kabul etmiştir.

Anayasa Mahkemesi 1982 Anayasası döneminde yine görüş değiştirerek siyasi partilerin özel hukuk tüzel kişisi sayılmayacağı yönünde karar vermiştir. Mahkeme 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanununa 26.07.1984 tarih ve 3032 sayılı Kanunla eklenen 1. ek maddenin Anayasaya aykırılığını incelerken, siyasi partilerin hukuki niteliğini bir kez daha ele almıştır⁴¹. Mahkeme kararında özetle siyasi partilerin hukuki niteliği hakkında şu değerlendirmelerde bulunmuştur:

- Siyasi partilerin mali denetiminin ve kapatılmasının Anayasa Mahkemesi tarafından yapılıyor olması, yabancı devletlerden, kuruluş ve kişilerden yardım alamaması ve demokratik siyasi hayatın vazgeçilmez unsurları olarak nitelendirilmeleri siyasi partileri derneklerden ayırmaktadır⁴².

- Anayasanın siyasi partilere verdiği önem gereği, siyasi partilerin işlevleri gözönünde tutularak değerlendirme yapılmalıdır. Siyasi partiler siyasi katılma, serbest seçimler, halkın demokrasi bilincinin gerçekleşmesi ve demokratik düzenin işleyişini sağlayan temel rolleri ile **kamu yararına çalışan kuruluş niteliğindedir**⁴³.

RG. 09..07.1971/13890, s. 6.

40 Mahkeme'ye göre, “Türkiye Cumhuriyeti Anayasa'sında Devlet hayatı için vazgeçilmez sayılan kimi varlıklar ile doğrudan doğruya Devlet yapısı içinde yer alan ve yapıyı oluşturan varlıklar yanyana düzenlenmiş bulunmaktadır. Söz gelimi Anayasa'nın 46. maddesinde işçi ve iş veren sendikalarına ilişkin ilke yer almıştır. Gerçekten demokratik hukuk Devleti için siyasî partiler ne büyük bir önem taşırırsa sosyal Devlet için de sendikaların önemi aynı derecede büyüktür. Türkiye Cumhuriyeti ise Anayasa'nın 2. maddesi uyarınca yalnızca demokratik bir devlet değildir; hem demokratik hem de sosyal bir hukuk Devletidir. Bununla birlikte şimdiye dek sendikaların Devlet yapısı içinde yer alan bir kuruluş olduğu görüşü de ortaya atılmış değildir; çünkü böyle bir iddianın ileri sürülebilir ve savunulabilir yanı yoktur. Her hangi bir kurumun sırf Anayasa'da vazgeçilmez bir unsur olarak gösterilmiş bulunması onun Devlet yapısının bir parçası ve gördüğü işlerin de giderlerinin Devletçe karşılanmasını gerektiren bir kamu hizmeti sayılabilesinin kanıtı ve anayasal desteği olamaz.” Bk. E. 1970/12, K.1971/13, Kt.02.02.1971, RG. 09..07. 1971/13890, s. 6.

41 AYM Kararı, E. 1988/39, K. 1989/29, Kt. 06.07.1989, s. 1-17.

42 Anayasa Mahkemesi'ne göre, “Sözü edilen siyasî partilerle ilgili hükümler birlikte incelendiğinde; Anayasakoyucunun, “Demokratik siyasî hayatın vazgeçilmez unsurları” olarak nitelediği siyasî partileri bir dernek ya da benzeri kuruluş saymayıp onların çok ilerisinde ve üstünde değerlendirdiği anlaşılmaktadır. Siyasî partilerin uyacakları esasların Anayasa'da yer alması, Anayasa gereği gelir kaynaklarıyla giderlerinin Anayasa Mahkemesi'nce denetlenmesi, kapatılmalarının Anayasa Mahkemesi kararına bağlı tutulması ve belirtilen nitelikleriyle tanımlanmaları Anayasa yönünden siyasî partilerin konumu ve işlevlerini açıklığa kavuşturan olgulardır. Bk. E. 1988/39, K. 1989/29, Kt. 06.07.1989, s. 6.

43 Anayasa Mahkemesi'ne göre, “Anayasa'nın siyasî partilere verdiği büyük önemin, onların Ana-

Anayasa Mahkemesi tekrar görüş değiştirerek ilk kararında olduğu gibi siyasi partilerin kamu yararına çalışan kuruluş olduğu ve özel hukuk tüzel kişilerinden ayrıldığını ifade etmiştir. Üstelik Mahkeme siyasi partilerin niteliği hakkında görüş değiştirirken aynı ilkeleri sürekli farklı yorumlayarak bunu yapmaktadır. Siyasi partilerin demokratik siyasal yaşamın vazgeçilmez ögesi olduğu ve siyasi partilere mali yardım yapılıyor olması ilkelerini her kararında farklı yorumlayarak siyasi partilerin niteliği hakkında görüş değiştirmektedir. Nitekim bu kararında karşı oy yazısı yazan bir üye mahkemenin tutumu hakkında şu değerlendirmeyi yapmıştır⁴⁴:

“Siyasal partilerin işlevleri, demokratik siyasal yaşamın vazgeçilmez öğeleri olmaları onların özel hukuk tüzel kişileri niteliğini değiştiremez. Hukuksal yapıları, kuramsal özellikleri, bilimsel kavramları gereksiz değerlendirmelerle tersine çevirmek türünde yorumlar uygun sonuca ulaşamaz. Bilimsel görüşlerden uzaklaşarak olumlu belirleme yapamaz...”

Anayasa Mahkemesi 10.02.1994 tarihli Yeşiller Partisi kararında, siyasi partilerin “kamu kurumu” sayılamayacağı, ancak “dernekler”den de ayrıldığı söyleyerek, yeni bir görüşle siyasi partilerin “sui generis” (kendine özgü) nitelikte olduğu yönünde adım atmıştır. Mahkeme kararda konuya ilişkin şu açıklamalarda bulunmaktadır:

- “Siyasî Partilere ilişkin Anayasa kuralları gözden geçirilirse Anayasa koyucunun bu konuya özel bir önem ve değer vermiş olduğu görülür. Ancak, siyasî Partiler Anayasa’da kamu kurumları olarak nitelenmemiştir.

- Siyasal partilerin kuruluş ve çalışmalarının özgürlük içinde olması ilkedir. Siyasî Partiler, belli siyasal düşünce ve erekler çerçevesinde birleşen yurttaşların özgürce kurdukları ve özgürce katılıp ayrıldıkları kuruluşlardır.

- Demokrasinin simgesi sayılan, olmazsa olmaz koşulu olarak nitelenen siyasal partiler, özgürlük ve hukuksallığın ulusal araçları durumundadır.

- Devlet yönetimindeki etkinlikleri ve Ulusal iradenin gerçekleşmesinde başlıca araç oluşları nedeniyle, Anayasa koyucu, siyasal partileri öteki tüzel kişilerden farklı görerek kapatılma nedenlerini Anayasa’nın 69. maddesinin son fıkrasında özel biçimde düzenlemiştir.

yasa gereği göreceği iş ve faaliyetlerin kapsamı gözönünde tutularak değerlendirilmesi gerekir... Cumhuriyet rejiminin herkese açık, herkes için eşit ve serbest siyasî katılımı, bunun da siyasî partiler yoluyla gerçekleşeceği, siyasî partilerin, halkın demokrasi alanında yetişmesi, olgunlaşması için bir okul hizmeti gördükleri ve demokrasinin oluşum aracı oldukları gözetilirse, demokratik düzenin işleyişi, devletin yönetilmesi yolundaki kolaylaştırıcı ve hazırlayıcı bütün bu ve benzeri sürekli faaliyetlerin, siyasî partileri kamu yararına çalışan kuruluşlar durumuna getirdiği belirgindir. Siyasî partilere bu niteliği kazandıran yalnız çalışma biçimleri de değildir. Aslında Anayasa, yukarıda değinildiği üzere, içerdiği hükümlerle onları böyle bir niteliğe kavuşturmuştur. Bk. E. 1988/39, K. 1989/29, Kt. 06.07.1989, s. 7.

44 Yekta Güngör Özden’e ait karşı oy yazısı için bk. E. 1988/39, K. 1989/29, Kt. 06.07.1989, s. 12.

Türk Hukukunda Siyasi Partilerin Hukuki Niteliği ve Türk Anayasa Mahkemesinin Tutumu

- Siyasal partilerin uyacakları esasların Anayasa'da yer alması, çalışmalarının Anayasa ve yasa kurallarına uygunluğunun özel biçimde denetlenmesi, onların olağan bir dernek sayılmadıklarını, demokratik yaşamın vazgeçilmez ögesi olduklarını doğrulamaktadır"⁴⁵.

Görüldüğü gibi Anayasa Mahkemesi siyasi partilerin kamu kurumu olmadığını, ancak dernekte sayılamayacağını, dolayısıyla kendine özgü "sui generis" nitelikte kuruluşlar olduğunu ifade etmiştir. Anayasa Mahkemesi bundan sonraki kararlarında da siyasi partilerin "sui generis" kuruluşlar olduğu görüşünü sürdürmüştür. Nitekim 30.07.2008 tarihli Adalet ve Kalkınma Partisi kararında da siyasi partilerin dernekler gibi özel hukuk tüzel kişisi kabul edilemeyeceği görüşü yer almıştır⁴⁶.

SONUÇ

Türk Hukukunda tüzel kişilerin kamu ve özel hukuk tüzel kişisi şeklinde iki tipte tanımlandığı görülmektedir. Bir kişi veya mal topluluğunun tüzel kişi olarak kabul edilmesi hukuk düzeninin öngördüğü tiplerden birine uygun olarak tanınmasına bağlıdır. Türk Medeni Kanununun "Tüzel kişilik" başlıklı 47. maddesine göre, "Başlıbaşına bir varlığı olmak üzere örgütlenmiş kişi toplulukları ve belli bir amaca özgülenmiş olan bağımsız mal toplulukları, kendileri ile ilgili özel hükümler uyarınca tüzel kişilik kazanırlar." Görüldüğü gibi Türk Hukukunda özel hukuk tüzel kişileri "kişi toplulukları" ve "mal toplulukları" olarak tüzel kişilik kazanabilmektedir. Bu kapsamda, siyasi partiler kişi topluluğu olarak özel bir yasa olan siyasi partiler kanununun ile düzenlenmiş bir özel hukuk tüzel kişisi kabul edilebilir.

Siyasi partilerin Türk Hukukunda kamu tüzel kişisi olarak kabul edilmesi mümkün değildir. 1982 Anayasası'nın 123. maddesinde, "Kamu tüzelkişiliği, ancak kanunla veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanarak kurulur" denilmektedir. Aynı şekilde "Kamu hizmeti görevlileri ile ilgili hükümler" kenar başlıklı 128. maddede, "Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişiliklerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür" denilmektedir. Oysa siyasi partileri düzenleyen Anayasanın 68. maddesinde, "Siyasi partiler önceden izin almadan kurulurlar ve Anayasa ve kanun hükümleri içerisinde faaliyetlerini sürdürürler" denilmektedir. Dolayısıyla siyasi partiler kanunla veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanarak değil, önceden izin almadan serbestçe kurulan bir tüzel kişiliktir. Önceden izin almadan serbestçe kurulma koşulu dernekler (md.33), sendikalar (md.51), vakıflar (md. 33) içinde kabul edilmiştir. Dolayısıyla kamu tüzel kişisi ile özel hukuk tüzel kişisini ayıran en önemli ölçü "kanunla kurulma" veya "serbestçe kurulma"dır. Siyasi partiler-

45 AYM (Parti Kapatma Kararı), E. 1992/2, K.1994/1, Kt. 10.02.1994, s. 14.

46 Adalet ve Kalkınma Partisi Kararında Başsavcı hazırladığı iddianamede bu görüşe şu şekilde yer vermiştir: "Siyasal partilerin, uyacakları esasların Anayasa'da yer alması, çalışmalarının anayasa ve yasalara uygunluğunun özel biçimde denetlenmesi, onların olağan bir dernek sayılmadıklarını, demokratik yaşamın vazgeçilmez ögesi olduklarını doğrulamaktadır.". Bk. AYM (Parti Kapatma Kararı), E. 2008/1, K. 2008/2, Kt. 30.07.2008. s. 3.

de önceden izin almadan serbestçe kurulduğuna göre bu açıdan diğer özel hukuk tüzel kişilerinden nitelik olarak bir farkı yoktur.

Kamu tüzel kişileri ile özel hukuk tüzel kişilerini ayıran bir diğer ölçü de faaliyetlerinin kimin eliyle yürütüldüğüdür. Kamu tüzel kişilerinin yürütmekle yükümlü oldukları hizmetler “kamu görevlileri” eliyle yürütülürken, özel hukuk tüzel kişilerinin yürüttüğü hizmetler “gönüllülük esasına” göre serbestçe girilen veya çıkılan üyelik çerçevesinde yerine getirilmektedir. 1982 Anayasası’na göre de, dernekler (md.33) ve sendikalarda (md. 51) olduğu gibi siyasi partilerde (md.68) de serbestçe üye olma ve üyelikten ayrılma esastır. Serbestçe üye olma ve ayrılma hakkı açısından da, siyasi partilerin diğer özel hukuk tüzel kişilerinden bir farkı bulunmamaktadır.

Özel hukuk tüzel kişilerini birbirinden ayıran tek unsur “amaç unsuru”dur. Derneklerin, siyasi partilerin, sendikaların, şirketlerin demokratik toplum düzeyinde farklı amaçları bulunmaktadır. Dolayısıyla amaç unsurundan hareketle, siyasi partilerin kendine özgü kuruluşlar olduğunu söylemek mümkün değildir. Çünkü amaçlardaki farklılık her özel hukuk tüzel kişisini kendine özgü kılan unsurdur. Bu unsur onların özel hukuk tüzel kişiliğine ilişkin niteliğinde bir farklılık yaratmaz. Siyasi partiler demokratik siyasi hayatın ne kadar vazgeçilmez unsuru ise, dernekler demokratik çoğulculuk ilkesinin, sendikalar sosyal demokrasinin, şirketler liberal demokrasinin vazgeçilmez unsurlarıdır. Aynı şekilde özel hukuk tüzel kişilerinin kapatılmasında yargı güvencesi ortak olmakla birlikte, farklı yargı organlarının kapatılıyor olmaları da onların sui generis kuruluşlar olarak kabul edilmelerini gerektirmez. Ayrıca Anayasal temelde düzenlenme hepsi için ortak özelliktir. Birisi için daha ayrıntılı düzenleme yapılmış olması onu öteki özel hukuk tüzel kişilerinden nitelik olarak ayırmaz.

Yeni Türk Ceza Kanunu bakımından da siyasi partilerin özel hukuk tüzel kişisi olarak kabul edildiği söylenebilir. Özel hukuk tüzel kişileri kapsamında işlenen suçlarda, bu suçları işleyenlere karşı uygulanacak “Belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma” tedbir kararı kapsamında 53. maddenin d) fıkrasında, “Vakıf, dernek, sendika, şirket, kooperatif ve siyasî parti tüzel kişiliklerinin yöneticisi veya denetçisi olmaktan” yoksun bırakılacağı ifade edilmiştir. Bu düzenleme ile Türk Hukukunda özel hukuk tüzel kişileri birlikte sayılmış olmaktadır. Türk Ceza Kanunu kapsamında güvenlik tedbiri uygulanabilecek özel hukuk tüzel kişileri sayılırken siyasi partilere de yer verilmiş olması, siyasi partilerin de bir özel hukuk tüzel kişisi olarak kabul edildiğini göstermektedir.

Anayasa Mahkemesi’nin tutumunu değerlendirdiğimizde, Mahkeme önce “kamu yararına çalışan kuruluş” sonra “özel hukuk tüzel kişisi” ve daha sonra “sui generis” kuruluş olarak siyasi partileri nitelendirmiştir. Mahkemenin aynı anayasal ilkeleri sürekli farklı yorumlayarak, siyasi partilerin niteliği konusunda, tutarlı bir içtihat oluşturamaması, Mahkeme’nin kendi içinden de eleştirilmesine neden olmuştur. Mahkeme’nin bu konuda sürekli fikir değiştirmesinin arkasında yatan temel neden, Mahkeme’nin siyasi partilere karşı duyduğu güvensizlikten gelmek-

Türk Hukukunda Siyasi Partilerin Hukuki Niteliği ve Türk Anayasa Mahkemesinin Tutumu

tedir. Türk Anayasa Mahkemesi'nin kuruluşu, tek parti rejiminden çok partili bir rejime geçişin Askeri bir müdahale ile son bulması sonucu, çok partili bir demokrasiye duyulan bir güvensizliğin ürünü olarak gerçekleştirilmiştir⁴⁷. Bu güvensizliğin arkasında çok partili rejime geçişle birlikte seçim sisteminin de etkisiyle Demokrat Partinin parti çoğunluğuna dayanarak sergilediği "çoğunlukçu demokrasi" tutumu yatmaktadır.

1961 Anayasası ile Anayasa Mahkemesi'nin kurulması yanında ilk kez partiler de Anayasal düzenlemeye konu olmuşlardır. Siyasi partilerin demokratik siyasi yaşamın vazgeçilmez unsurları olduğu 1961 Anayasası ile kabul edilmekle birlikte kapatılmalarının da Anayasa Mahkemesi kararı ile olacağı ifade edilmiştir. Bu düzenlemede temel amaç, partilerin ilk derece mahkemeleri yerine bir yüksek mahkeme tarafından denetlenmesi ve daha güvenceli bir hale gelmesidir. Ancak Anayasa Mahkemesinin, siyasi partileri sui generis kuruluş olarak nitelenmesi ve kapatılma davalarının bir ceza davası değil sui generis dava olarak görmesi, bu değişikliğin yapılmasındaki "daha güvenceli kılma" amacıyla ters düşmektedir.

Anayasa Mahkemesi, 1946 sonrası çok partili rejime geçişle 1960 askeri müdahalesine kadar geçen sürede yaşanan tecrübeler ışığında, özgürlük-güvenlik dengesinde sürekli güvenlik endişesi ile hareket etmiştir. Bu sonuca varmaya bu güne kadar verdiği parti kapatma kararlarının sayısı bile yetmektedir. Avrupa'da 1950'den günümüze kadar ikisi Almanya (1952 Sosyalist Devlet Partisi ve 1956 Alman Komünist Partisi) biri İspanya (2003 Herri Batasuna) olmak üzere üç parti kapatılmışken, Türkiye'de askeri müdahaleler sonrası kapatılan partiler hariç, sadece Anayasa Mahkemesi tarafından altısı 1961, onsekizi 1982 Anayasası döneminde olmak üzere 24 parti kapatılmıştır.

Siyasi partilere karşı duyulan bu güvensizlik Anayasa Mahkemesi'nin siyasi partilerin hukuki niteliği ve parti kapatma davalarının hukuki niteliği konusundaki tutumuna da yansımıştır. Anayasa Mahkemesi yukarıda da incelendiği gibi parti tüzel kişiliğinin hukuki niteliği konusunda aynı ilke ve kuralları sürekli farklı yorumlayarak parti tüzel kişiliğinin hukuki niteliği konusunda tutarlı bir içtihat oluşturamadığı görülmektedir. Anayasa Mahkemesinin bu tavrı karşısında yapılan Anayasa ve yasa değişiklikleri, Türk Hukukundaki parti özgürlüğüne ilişkin düzenlemeleri daha da içinden çıkılmaz bir hale getirmiştir. Oysa Anayasa Mahkemeleri hem bireyler yönünden özgürlüklerin kötüye kullanılmasını hem de devlet organlarının görevlerini kötüye kullanmalarını önleyici, özgürlük ve güvenlik arasında bir uzlaştırma organı işlevini yüklenmişlerdir⁴⁸.

47 Bülent Daver'de benzer şu değerlendirmeyi yapmaktadır: "Özellikle ülkemizde 1961 Anayasası'yla birlikte, 1950-1960 dönemine tepki olarak parlamentonun, siyasal iktidar ve idarenin koyduğu kuralların, yaptığı eylem ve işlemlerin çok sıkı bir yargı kontrolüne tabi tutulması zorunluluğu öngörülmüştür." Bk. Bülent Daver, "Anayasa Mahkemesi Kararları Açısından Siyasal Partiler: Birkaç Örnek Olay", Anayasa Yargısı, Cilt No.2, 1985, s. 95 (93-140).

48 Bu yönde bir açıklama için bk. İbrahim Ö. Kaboğlu, "Nasıl Bir Çağdaş Anayasa ve Anayasa Yargısı", Anayasa Yargısı, Cilt 15, s. 189 (185-196)

Anayasa Mahkemesi 1963/101 Esas Sayılı verdiği ilk kararında siyasi partileri diğer özel hukuk tüzel kişileri gibi kabul etmiş, ve “gerçeklik teorisinden” hareket ederek, tüzel kişilerin ceza ehliyetinin olduğunu ve kapatma yaptırımının bir ceza olduğunu, dolayısıyla kapatma davasının da bir ceza davası olduğunu kabul etmiştir⁴⁹. Ancak daha sonra Milli Nizam Partisi kararında, parti kapatma davalarının bir ceza davası olmadığı görüşünü benimsemiştir⁵⁰. 1982 Anayasası döneminde Doğru Yol Partisi kararında tekrar görüş değiştirerek, siyasi parti kapatma davalarının bir ceza davası olduğunu kabul etmiştir⁵¹. Ancak daha sonra Refah Partisi⁵²,

49 Anayasa Mahkemesi bu kararda şu tespitlerde bulunmaktadır: “Bugünkü toplumda tüzel kişilerin çalışma alanları daha geniş ve etkili olmaktadır. Bazı hallerde yalnız idare edenleri cezalandırmak, suçları önleme bakımından yeter bir tedbir olmayabilir. Tüzel kişileri kanunların önleyici etkisinden uzak bulundurarak serbestçe faaliyetlerine yer verilmesi toplumun güvenliği bakımından sakıncalı olabilir. Bu sebeple tüzel kişilerin de yapılarına uygun bir ceza sorumluluğu altında bulundurulmalarına zorunluluk olduğunu kabul etmek gerekir. Nitekim Anayasanın 57. maddesi, bu maddede gösterilen esaslara uymayan siyasal partilerin Anayasa Mahkemesi kararı ile kapatılacağını kabul etmiştir. Buradaki (kapatma) hükmü ile dava konusu 1567 sayılı kanunun değişik 3. maddesindeki (Ticaret ve mesleki faaliyetten men cezası) arasında hukuki nitelik bakımından bir ayrılık bulunmamaktadır. Bu maddede yer alan ve tüzel kişilerin cezalandırılacağını gösteren hükümler, Anayasanın 33. maddesindeki “Ceza sorumluluğu şahsidir” kuralına aykırı değildir. Bu kural, bir kimsenin fiilinden başkasının sorumlu tutulmamasıdır. Tüzel kişilerin iradeleri, organları aracılığı ile açıklandığına ve böylece yöneticilerin fiil ve hareketleri kolektif bir iradenin sonucu olduğuna göre, bundan tüzel kişinin sorumlu tutulması ile başkasının cezalandırıldığının anlamını çıkarmak doğru bir görüş sayılmaz. Anayasanın 33. maddesindeki kimse deyiimi gerçek ve tüzel kişileri de kapsar. Bu sebeplerle iptali istenen hükümler Anayasaya aykırı bulunmadığından davanın reddi gerekir.” Bk. AYM. E. 1963/101, K.1964/49, Kt. 16.06.1964. RG.28.6.1964-11817. Dönmezerden, s. 446-447.

50 Mahkeme davalı parti tarafından, “Duruşmalı düzenin daha güçlü bir teminat getireceği ve derneklerin kapatılması dâvalarında bile duruşma yolu uygulanırken derneklerin kat kat üstünde önemi olan siyasî partilerin kapatılmasında dosya üzerinde inceleme yapılmasının tutarsız kalacağı...” yolunda ileri sürülen iddiaya karşılık şu gerekçe ile iddianın temelsiz olduğunu ifade etmiştir: “Çünkü Anayasa Koyucu Anayasa Mahkemesinin görev ve yetkisine giren işler yönünden asıl teminatı bu Mahkemenin kendine özgü kuruluşunda ve bünyesinde görmüş ve düzenlemesini o görüşe göre yapmıştır. Anayasa Mahkemesi, Anayasayı değiştiren bir kanuna ilişkin iptal davasını bile “dosya üzerinde inceleme ve ilgililerin sözlü açıklamalarının dinlenmesi” yoluyla karara bağlayabilirken ve burada teminat kaygısı duyulmazken bir parti kapatılması dâvası dolayısıyla teminattan söz edilmesinin yeri yoktur. Kaldı ki Anayasa’nın 148. maddesinin son fıkrasının açık hükmü karşısında duruşma düzeninin üstünlüğüne ilişkin iddia inceleme konusu hükmü Anayasa’ya uygunluğunu savunmayı değil ancak Anayasa’da bir değişiklik dileğini ifade edebilir.” Bk. AYM Kararı, E. 1971/27. K. 1971/50, Kt. 6.5.1971, AYMKD. S.9, s. 507.

51 Anayasa Mahkemesi Doğru Yol Partisi kararında konuya ilişkin şu tespiti yapmaktadır: “2820 sayılı Yasanın 96. ve 97. maddeleri bir takım eylemleri yasaklamakta, 101/b maddesi bu yasak eylemlerin belli kişi ya da kurullarca işlenmesi durumunda siyasi partinin kapatılacağını öngörmektedir. Başka bir anlatımla, 96. ve 97. maddelerde esas eylem, bunun yaptırımını da 101. maddede yer almaktadır. Bu haliyle, uygulanması istenilen maddeler birer ceza kuralı niteliğindedir. 101. maddede öngörülen siyasi partinin kapatılmasına ilişkin yaptırım Türk Ceza Kanunu’nun 11. maddesiyle belirlenen klasik cezalar arasında yer almaması, failin tüzel kişi olmasından kaynaklanmaktadır”. AYM Kararı (Parti Kapatma), E. 1984/1, K. 1984/1, Kt. 28.9.1984, s. 41-42.

52 Refah Partisi Kararında parti kapatma davalarının bir ceza davası olmadığı, bu davanın bir tespit davası niteliğinde olduğu, en açık şekilde Başsavcının iddiasının özetlendiği bölümde şu şekilde ortaya konmuştur: “Cezaların TCK’nun 11. maddesinde sayılanlar olduğunu, Ceza Kanunu’nun herhangi bir maddesinde yer alsa bile, 11. maddede sayılmamış olan hususların ceza olarak kabul edilemeyeceğini; 11. maddede sayılmayan parti kapatmanın da bir ceza davası değil, Anayasa veya özel yasaya aykırılığın mahkeme kararıyla **tesbiti davası** olduğunu; esasen hukukumuzda tüzel kişilerin cezai sorumluluklarının bulunmadığını, partinin bazı üyelerinin geçici olarak siyaset-

Türk Hukukunda Siyasi Partilerin Hukuki Niteliği ve Türk Anayasa Mahkemesinin Tutumu

Fazilet Partisi⁵³ ve en son Adalet ve Kalkınma Partisi kararları⁵⁴ ile siyasi partilerin sui generis kuruluşlar olduğu ve buna bağlı olarak kapatma davasının da sui generis nitelikte bir dava olduğu görüşünü benimsemiştir. Anayasa Mahkemesinin siyasi partileri ve kapatma davalarını sui generis nitelikte kabul etme çabası, aslında partileri kapatma yönünde kendisine geniş bir takdir alanı yaratma çabasının bir sonucu olduğu söylenebilir. Aksi takdirde partiler birer özel hukuk tüzel kişisi kabul edilmesi ve kapatma davalarının bir ceza davası olarak görülmesi, Türk Ceza Kanununda öngörülen genel ilkeleri zorunlu olarak uygulamayı gerektirecek, bu da suç sayılmayan söz ve eylemler dolayısıyla parti kapatma gibi bir güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptırım uygulamayı engelleyecektir. Oysa Anayasa Mahkemesi siyasi partileri sui generis nitelikte kabul ederek kapatma davalarının da sui generis nitelikte olduğu sonucunu çıkarmakta ve buradan hareketle ceza ve ceza usul hukukunun ilkelerinin parti kapatma davalarında tümüyle uygulanamayacağını kabul ederek, suç olmasa bile kendi takdir edeceği yasak eylemler kapsamında tespit ettiği hukuka aykırılıklar dolayısıyla partileri kapatabilmektedir.

Görüldüğü gibi Türk Anayasa Mahkemesi'nin siyasi partilerin hukuki niteliğini "sui generis" nitelikte kabul etmesi, daha çok parti kapatma konusunda kendisine geniş bir takdir alanı yaratma çabasının bir sonucudur. Mahkeme bu geniş takdir alanı oluşturma çabasını parti özgürlüğünü geliştirici yönde değil, tam tersine partileri kapatılmasını kolaylaştırıcı yönde kullanmaktadır. Oysa özgürlükler hukukunda Mahkemelerin özgürlükleri geliştirici yönde geniş yorum, özgürlüklerle sınırlama yönünden dar yorum yapması bir genel ilke olarak kabul edilmektedir.

ten yasaklanmasının, doktrinde "medeni ehliyetsizlik" denilen müeyyidelere tabi kılınmalarının, bu davayı, ceza davası saymaya yeterli olmadığını; Anayasa Mahkemesi'nin Yüce Divan sıfatıyla baktığı davaların dışında incelediği bütün davaların bir tesbit davası olduğunu; Alman Anayasa Mahkemesi'nin de bunu böyle yorumladığını ve "partinin feshi, Anayasaya aykırılığın tesbitinin kanunen emredilmiş, normal, tipik ve uygun neticesidir" dediğini; Türk Ceza Kanunu'nun 2. maddesinin konumuzla ilgisi bulunmadığını, zira parti kapatmanın ceza davası olmadığını; emniyet tedbiri olarak düşünülse bile TCK'nun 2. maddesinin değil, yürürlükte olan son yasanın uygulanması gerektiğini;" Bk. AYM (Siyasi Parti Kapatma), E. 1997/1, K. 1998/1, Kt. 16.01.1998, s. 153.

- 53 Anayasa Mahkemesi Fazilet Partisi Kararında şu konuya ilişkin şu tespitte bulunmaktadır: "Beltirilen özellikleri nedeniyle kimilerince hukukun diğer alanlarına göre ceza hukukuna daha yakın olduğu ileri sürülse de, siyasi partilerin kapatılmasına ilişkin davalar, bütünüyle ceza hukuku kuralları içinde değerlendirilmesine olanak bulunmayan kendine özgü davalardır. Ayrıca, siyasi partilere yasaklanan eylemlerin niteliği, bunların kapatılma sonucunu doğurabilmesi için aranan koşullar ve uygulanan yaptırım türünün ceza hukukundaki suç ve cezalardan farklılık göstermesi de bu davaların kendine özgü niteliğini öne çıkarmaktadır." Bk. AYM (Siyasi Parti Kapatma), E. 1999/2, K. 2001/2, Kt. 22.06.2001, s. 399.
- 54 Anayasa Mahkemesi bu davada önsorunlar yönünden yaptığı incelemede konuyu çok geniş bir şekilde ele almadan kısaca siyasi parti kapatma davalarının kendine özgü nitelikte olduğu görüşünü tekrarlamıştır: "Anayasa Mahkemesi'nin önceki kararlarında ifade edildiği gibi siyasi parti kapatma davası ceza niteliği ağır basan kendine özgü davadır. 2949 sayılı Yasanın 33. maddesine göre bu davalar Ceza Muhakemesi hükümleri uygulanarak karara bağlanmaktadır. Muhakemenin yürütülmesi, hükmün tesisi ve oylamalara ilişkin hususlarda Anayasada ve 2949 sayılı Yasada özel hükümler bulunmadığı sürece 5271 sayılı Ceza Muhakemesi hükümleri uygulanacaktır." Bk. AYM (Parti Kapatma Kararı), E. 2008/1, K. 2008/2, Kt. 30.07.2008, s. 691.

KAYNAKÇA

I. KİTAP VE MAKALELER

ALİEFENDİOĞLU, Yılmaz, “Siyasi Partiler ve Sivil Toplum Örgütleri”, Anayasa Yargısı, Cilt 16, 1999, s. 95-115.

AKÜNAL, Teoman, Türk Medeni Hukukunda Tüzel Kişiler, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1988.

ANAYURT, Ömer, Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2005.

DAVER, Bülent, “Anayasa Mahkemesi Kararları Açısından Siyasal Partiler: Birkaç Örnek Olay”, Anayasa Yargısı, Cilt No.2, 1985, s. 93-140.

DURAL, Mustafa, Türk Medeni Hukukunda Gerçek Kişiler, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1987.

EREN, Abdurrahman, Özgürlüklerin Sınırlanmasında Demokratik Toplum Düzeninin Gereklere, Beta Yayınları, İstanbul, 2004.

GÖZLER, Kemal, Hukukun Temel Kavramları, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 2006.

GÖZÜBÜYÜK, Şeref, Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006.

KABAĞLU, İbrahim Ö., “Nasıl Bir Çağdaş Anayasa ve Anayasa Yargısı”, Anayasa Yargısı, Cilt 15, s. 185-196.

KABOĞLU, İbrahim Ö., “İfade Özgürlüğünün Siyasal Partilerce Kullanımının Sınırları”, Anayasa Yargısı, Cilt 16, 1999, s. 71-92.

KABOĞLU, İbrahim Ö., “Kelsen Modeli ‘sınırları’nda Demokratikleşme Sürecinde Anayasa Yargıçları”, Anayasa Yargısı, Cilt 10, 1993, s. 381-404.

KURU, Baki /ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder, Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 1992.

ÖDEN, Merih, “Cumhuriyetin 75. Yıldönümünde Anayasa Yargısı”, Cumhuriyetin 75. Yıldönümünde Yargı Sempozyumu, Manisa, 1998.

ÖZBUDUN, Ergun, “Anayasa Yargısı ve Demokratik Meşruluk Sorunu”, Demokrasi ve Yargı (ed. Ozan Ergül), TBB Yayınları, Ankara, 2005, s. 1-16.

ÖZBUDUN, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Gözden Geçirilmiş 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005.

ÖZBUDUN, Ergun, “Türk Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve Siyasal Elitlerin Tepkisi”, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, Cilt 62-3, 2007, s. 258-268

ÖZCAN, Hüseyin/YANIK, Murat, Siyasal Partiler Hukuku, DER Yayınları, İstanbul, 2007.

Türk Hukukunda Siyasi Partilerin Hukuki Niteliği ve Türk Anayasa
Mahkemesinin Tutumu

SAĞLAM, Fazıl, “Anayasa Hukukumuz Açısından Siyasal Parti Kurumunun Güncel Sorunları”, Anayasa Yargısı, Cilt 14, 1997, s. 367-383.

SAĞLAM, Fazıl, Siyasi Partiler Hukukunun Güncel Sorunları, Beta Yayınları, İstanbul, 1999.

TEZİÇ, Erdoğan, Anayasa Hukuku, Beta, 12. Bası, İstanbul, Kasım 2007.

TUNAYA, Tarık Zafer, Siyasi Müesseseler ve Anayasa Hukuku, 3. Baskı, İstanbul, 1975.

TUNÇ, Hasan, Türkiye’ye Komsu Devletlerin Anayasaları”, Asil Yayımcılık, Ankara, 2008.

II. ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI

AYM (Parti Kapatma Davası), E. 1992/1, K. 1993/1, Kt. 14.07.1993, RG. 18.08.1993/21672.

AYM (Parti Kapatma Kararı), E. 1993/1, K. 1993/2, Kt. 23.11.1993.

AYM (Parti Kapatma Kararı), E. 1992/2, K. 1994/1, Kt. 10.02.1994.

AYM (Siyasi Parti Kapatma), E. 1997/1, K. 1998/1, Kt. 16.01.1998.

AYM (Siyasi Parti Kapatma), E. 1999/2, K. 2001/2, Kt. 22.06.2001.

AYM Kararı (Parti Kapatma), E. 1984/1, K. 1984/1, Kt. 28.9.1984.

AYM Kararı, E. 1970/12, K. 1971/13, Kt.02.02.1971, RG. 09.07.1971/13890.

AYM Kararı, E. 1971/27, K. 1971/50, Kt. 6.5.1971, RG. 22.10.1971/13994.

AYM Kararı, E. 1971/27, K. 1971/50, Kt. 6.5.1971, RG. 22.10.1971/13994.

AYM Kararı, E. 1988/39, K. 1989/29, Kt. 06.07.1989.

AYM Kararı, E. 1968/26, K. 1969/14, K.t. 18 ve 19 Şubat 1969, RG. 25.02.1970/13430.

AYM. E. 1963/101, K. 1964/49, Kt. 16.06.1964. RG.28.6.1964-11817.

AYM. E. 1983/1, K. 1983/1, Kt. 25.08.1983, RG. 23.06.1984-18440.

AYM (Parti Kapatma Kararı), E. 2008/1, K. 2008/2, Kt. 30.07.2008.

(49. Makale - 2010)

Adil ŞAHİN

*Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda
Ekonomik Sosyal ve Kültürel Hakların
Niteliği Bağlamında Sağlık Hakkının
Kapsamı Üzerine Bir İnceleme**

* Adil Şahin, "Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda Ekonomik Sosyal ve Kültürel Hakların Niteliği Bağlamında Sağlık Hakkının Kapsamı Üzerine Bir İnceleme", AÜHF Dergisi, Yıl 2010, Cilt 59, Sayı 4, 711 – 766.

ULUSALÜSTÜ İNSAN HAKLARI HUKUKUNDA EKONOMİK SOSYAL VE KÜLTÜREL HAKLARIN NİTELİĞİ BAĞLAMINDA SAĞLIK HAKKININ KAPSAMI ÜZERİNE BİR İNCELEME

*A Treatise on the Contents of the Right to Health In Supra-National
Human Rights Law within the Context of Qualities of Economic, Social
and Cultural Rights*

Adil ŞAHİN*

ÖZET

Sağlık hakkı bir insan hakkıdır. Bu makale, uluslar arası insan hakları hukukunda sağlık hakkının unsurlarını betimlemekte ve de analiz etmektedir. Sağlık hakkı, hem bölgesel hem de uluslar arası düzlemde pek çok Sözleşmede ayrıntıları ile açıklanmıştır. Sağlık hakkı, tipik olarak ekonomik, sosyal ve kültürel haklar kategorisine ait bir haktr. Uluslar arası insan hakları hukuku bağlamında ekonomik, sosyal ve kültürel haklar, bazen, medeni ve siyasal haklardan farklı nitelikte algılanmaktadır. Hâlbuki her iki hak kategorisi de birbirine bağımlı, birbiri ile ilişkili ve eşit önemdedir. Ekonomik, sosyal ve kültürel haklar da, bütün insan hakları gibi, devletlere, insan haklarına saygı göstermek, insan haklarını korumak ve insan haklarının gereklerini yerine getirmek olarak anılan üç parçalı yükümlülükleri yüklemektedir.

Anahtar Sözcükler: Sağlık hakkı, Uluslararası insan hakları hukuku, Ekonomik, sosyal ve kültürel haklar, Jürispridans, Anayasa

ABSTRACT

The right to health is a human right. This article describes and analyzes the components of the right to health in international human rights law. The right to health has been elaborated on in numerous conventions, at both the international and regional levels. The right to health is typically included in the category of economic, social and cultural rights. In the context of international human rights, economic, social and cultural rights are sometimes distinguished from civil and political rights, although it is often asserted that both sets of rights are interdependent, interrelated, and of equal importance. Like all human rights, economic, social and cultural rights also entail a tri-partite typology of obligations on states to respect, to protect and to fulfill these rights.

Keywords: right to health; International human rights law; economic, social and cultural rights, Jurisprudence, Constitution

GİRİŞ

Doğdukları andan itibaren “sırf insan oldukları için” insan haklarına sahip olan bireylerin, haklarını ve özgürlüklerini kullanabilmeleri, inter alia, sağlıklı olmalarına bağlıdır. Sağlığı olmayan bireylerin siyasal sürece katılmaları, seçme ve seçilme haklarını ya da ifade özgürlüğü, adil yargılanma hakkı gibi özgürlüklerini (ve tabii ki, diğer haklarını da) kullanabilmeleri ve bu hakların onlara sağladığı faydalardan yararlanabilmeleri mümkün değildir. Yani, sağlık hakkının demokrasi ve özgürlükler ile de yakından ilişkili olduğuna dikkat çektiğimiz bu noktada, “insan hakları kahvaltısı ile başlar” şeklinde beyanı¹ olan Senegal’in eski Devlet Başkanı Leopold Senghor’u da anmamak olmaz. Hakikaten, insanların sağlıklı olabilmeleri için de, yeterli gıdaya, temiz ve içilebilir suya, temiz havaya, temiz toprağa velhasıl temiz ve sürdürülebilir bir hayat için uygun ve sağlıklı bir yaşam alanına ihtiyaçları vardır. Kendi gıdalarını ya da konut ihtiyaçlarını karşılayabilmeleri için de, insanların, söz gelimi, çalışma olanağına ihtiyaç duydukları aşîkârdır; ki gelir elde edebilsinler ve ihtiyaçlarını karşılayabilsinler.

Sağlık hakkı, bir başka ifadeyle, “en yüksek düzeyde ulaşılabilir sağlık standardından yararlanma hakkı”, bir insan hakkıdır. Fakat insan haklarının en önemlisi değildir. Çünkü bütün insan hakları, birbiri ile ilişkili ve biri olmadan ötekisi anlamsız olan bir özelliği bünyesinde barındıran bir yapıya sahiptir. Yani, insan haklarının arasında hiyerarşik bir kademelerime söz konusu değildir. Şayet anılan türden bir kategorik tasnif kabul edilecek olursa, hangi haklara öncelik verileceği, hakların hangisinin daha önemli ya da önemsiz olduğunun nasıl ve kim tarafından belirleneceği sorunu ortaya çıkacaktır ki, anılan sorunun çözümü, ister istemez göreceli bir yaklaşımı da beraberinde getirecektir. Yani, sözü edilen sorunun yanıtı, “kişilerin içinde buldukları öznel durumdan kaynaklanmış ihtiyaçlarının karşılanmasına ilişkin olan hak kategorisini” öncelikli olarak ileri sürmesine yol açacaktır. Bu yüzden de, anılan soruya alacağımız yanıt, daima subjektif ve değişken nitelikli olacaktır. Ya da, insan haklarının hangisinin daha önemli olduğuna hangi organ karar verecektir? Karar verirken hangi değerleri nasıl ve ne ölçüde ön planda tutacaktır? Soruları çoğaltmak mümkündür. Bu yüzden, insan haklarının hangisinin en üstün ve daha değerli olduğu sorusu, insan hakları kuramı için anlamsız bir soru manasına gelmektedir; çünkü kesin bir yanıtı yoktur. Ya da, değişik bir söyleyişle, ne kadar yanıt varsa, o kadar da, “birincil nitelikte takdim edilmiş olan farklı hak” kategorilerinin olacağını söyleyebiliriz. Günümüzde, insan haklarının hepsi eşit önemde ve aynı değerde kabul edilmektedirler. Öte yandan da, belirtilmelidir ki, ulusalüstü insan hakları hukukunda sağlık hakkı, bir “ekonomik, sosyal ve kültürel hak” olarak kabul edilmektedir.

Ekonomik, sosyal ve kültürel haklar ise, kimi çevrelerce, ikincil değerde, önemde ve nitelikte kavranmaktadırlar. Bu yaklaşım tarzına katılmak mümkün değildir. Ekonomik, sosyal ve kültürel haklar kategorisi olarak anılmakta olan haklar ve özgürlükler gibi; sözü edilen kategoriye ait bir hak olarak kabul edilmekte olan sağlık

1 Andrew Clapham, *Human Rights a Very Short Introduction*, OUP. New York, 2007. s. 119.

hakkı da, tıpkı diğer insan hakları gibi, aslında, tipik birer haklardır. İnsan haklarının tamamı “evrensel”, “bölünemez”, “birbiri ile ilişkili” ve “birbirine bağımlı”, “birisi olmadan ötekisi eksik ve anlamsız” olan bir nitelik taşımaktadır. Bu noktada ekonomik, sosyal ve kültürel hakların değerinin ikincil nitelikte olduğu görüşü (bir önceki paragrafta sunulan gerekçeler yüzünden) tutarlı değildir ve anılan yaklaşım, şayet benimsenecek olursa, insan hakları kuramını çökertebilecek nitelikte bir bakış açısını yansıtmaktadır. Bu yüzden, hem ekonomik, sosyal ve kültürel haklar, hem de sağlık hakkı, tıpkı öteki bütün insan hakları gibi dava edilebilir nitelikte ve önemdedirler.

Bu Yazıda, önce, ekonomik, sosyal ve kültürel hakların ulusalüstü insan hakları hukukundaki temel nitelikleri belirginleştirilmiş ve öteki insan haklarından, sırf doğası gereği, farklı olmadıkları ortaya konulmuştur. Sonra, ekonomik, sosyal ve kültürel haklar kategorisinden kabul edilmekte olan sağlık hakkının da, tıpkı diğer insan hakları gibi tipik bir hak olduğu ve dava edilebilir bir özellik taşıdığına vurgu yapılmıştır. Bu bağlamda, önce ulusalüstü insan hakları hukukuna özgü temel belgelerde ekonomik, sosyal ve kültürel hakların nitelikleri tespit edilmiş; sonra, yine, sözü edilen belgelerde sağlık hakkına ilişkin düzenlemelerin analiz edilmesi yöntemi yeğlenmiştir. Nihayet, Çalışma, sağlık hakkına ilişkin olan ulusalüstü insan hakları hukukuna özgü örnek vak’a içtihatları ile “sağlık hakkının dava edilebilir nitelikte bir hak olduğunun” kanıtlanabilmesi için, desteklenmiştir. Yani, Yazı, ekonomik, sosyal ve kültürel hakların temel özelliklerinden hareketle, sağlık hakkının kapsamına ilişkin normatif ve içtihadi bir düzleme odaklanmış olmaktadır. Nihayet, konunun bütünlüğü açısından, Türk Anayasa Hukuku tarihinde de, ekonomik, sosyal ve kültürel hakların niteliği ve bu bağlamda sağlık hakkına içkin olan düzenlemeler değerlendirilmiş ve Türkiye’deki tablonun, aynı konudaki ulusalüstü insan hakları hukukunun temel yaklaşımına uygun olup-olmadığı tartışılmıştır.

Bizi bu Çalışmayı hazırlamaya iten sebepler ve dolayısıyla da problem, üç başlık altında toplanabilir; ki, sözü edilen üç başlıkta, aslında, sağlık hakkının normatif ve içtihadi açılımının analizini gerektirmektedir. Birincisi, 2009 yılı kış ayları, kamuoyunda domuz gribi (H1N1) olarak da adlandırılan salgın ile ilgili olarak yoğun bir tartışma ortamı içinde geçirilmiş; ve bu süreçte hem ülkemizde, hem de dünya genelinde önemli sayıda kişi, anılan hastalıktan dolayı kaybedilmiştir. Domuz gribi salgınına karşı bazı devletler ilaç firmalarından aşı temin etmiş ve isteyen bireylerin sözü edilen hastalığa karşı aşı olabilmelerini sağlamışlardır. Fakat olgusal gelişmenin bir başka boyutu daha olmuş ve aşı kampanyasına ilişkin tartışma, siyasal bir boyut kazanmıştır. Toplumdaki kimi çevreler aşılama kampanyasını desteklerken ve gereklidir derken; bazı siyasal çevreler ise anılan aşılama kampanyasının gerekli olmadığını savlayarak, kampanyaya karşı çıkmışlar ve aşı olmayacaklarını ve öteki bireylerin de aşı olmalarının gerekmediğini belirtmişlerdir. Bu noktada birinci soru, devletin, insan haklarına özgü yükümlülükleri bakımından, aşılama kampanyası düzenleme zorunda olup-olmadığı noktasında toplanmaktadır. Yazıda, bahsi geçen sorunun cevabı, “evet” şeklinde yanıtlanmış;

aksi halde devletin sağlık hakkını ihlal etmiş olacağı belirtilmiştir. İkinci olarak, Başbakanlık İnsan Hakları Başkanlığının yayınladığı (2009 yılına ve de 2010 yılının ilk üç aylık dönemine ait) istatistiksel verilere göre, Türkiye’de, bireysel düzlemde kaynaklanan ve sağlık hakkının ihlal edildiğine ilişkin yakınmalar, şikayet başvurularına ilişkin tabloda, nicelik olarak en üst sırada yer almaktadır. Gelinek noktada soru, ulusalüstü insan hakları hukukunda sağlık hakkının içeriğinin ne şekilde doldurulduğuna ilişkindir ve Yazıda bu sorunun cevabı da takdim edilmiştir. Nihayet, bizi bu çalışmayı yapmaya iten üçüncü dürtü ise, Türkiye’de kamuya açık kapalı mekânlardaki sigara yasağının iptal edilmesi amacıyla Danıştay’ın (Haziran 2010’da) Anayasa Mahkemesi’nde somut norm denetimi bağlamında iptal davası açmasıdır. Dolayısıyla, üçüncü soru da, ulusalüstü insan hakları hukukunda, sigaranın olası zararlarına karşı devletin yükümlülüğünün olup-olmadığına ilişkindir ve yanıt, bu Yazıda, “evet” olarak belirginleştirilmiştir. Çünkü aksi halde devlet, (tütün ve benzeri zararlı maddelere karşı bireyleri koruyamadığında) sağlık hakkını ihlal etmiş olacaktır.

Kolaylıkla gözlemlenebileceği gibi, sağlık hakkı, hem evrensel düzlemde, hem de ülkemiz düzeyinde yoğun ve ciddi manada tartışmalara konu olmaktadır. Bu Yazıda, anılan tartışmalara, ulusalüstü insan hakları hukukunun perspektifi ile bir çözüm bulunmaya çalışılmaktadır.

I- İNSAN HAKLARI KAVRAMININ GÜNÜMÜZDEKİ ANLAMI, ÖZELLİKLERİ VE HAK KUŞAKLARI

İnsan hakları kavramı, günümüzde “sırf insan olunduğu için sahip olunan haklar” şeklinde tanımlanmaktadır². Bireyin, bir insan hakkına sahip olabilmesi için insan olmaktan veya insan doğmuş olmaktan başka bir şeye ihtiyacı olmadığı gibi; başlı başına ve de sadece insan olmak, insan haklarına sahip olmak anlamına gelmektedir³. Bir başka söyleyişle insan haklarının kaynağı, insan doğasıdır; insan doğası da, genellikle insan ihtiyaçlarıyla tanımlanmaktadır⁴. İnsan haklarına (sadece) “yaşam” için değil; “onurlu bir yaşam” için ihtiyaç duyulur ve insan hakları ihlalleri, bir kimsenin insanlığının inkârı anlamına gelir⁵. İnsan onuru ve bireyin varlığı için zorunlu olan insan hakları, aynı zamanda, bireyleri devletin suiistimalinden korurlar ve devleti refah ve iyilik için gerekli olan şartları sağlaması için zorlarlar⁶. Öte yandan insan hakları, sadece (dikey ilişkiler alanı olarak da adlandırılan) **devlet-birey** ilişkisi anlamına gelmemekte; aynı zamanda eşitsizliğin olduğu yerlerde-

2 Jack Donnelly, *Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları*, Çev: Mustafa Erdoğan-Levent Korkut, Yetkin Yayınları, Ankara, 1995, s. 11 ve 19.

3 Jack Donnelly, s. 154.

4 Jack Donnelly, s. 27.

5 Jack Donnelly, s. 27. Nozick’i izleyerek ifade edersek; bireylerin hakları vardır, hiç kimsenin veya hiçbir grubun (haklarını ihlal etmeden) onlara yapamayacağı şeyler vardır. Bu haklar öylesine güçlü ve kapsamlıdır ki, devletin veya memurlarının neyi yapabilecekleri sorusunu gündeme getirmektedir. Bu konuda bkz., Robert Nozick, *Anarşi, Devlet ve Ütopya*, Çev: Alişan Oktay, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2006, s.21.

6 Aart Hendriks, “The Close Connection Between Classical Rights And the Right to Health, With Special Reference to the Right to Sexual And Reproductive Health”, *Medicine and Law*, 1999, s. 225-226.

ki (işçi işveren arasında, doktor ile hasta arasında, mal sahibi ile kiracı arasında) **birey-birey** ilişkisini de (yani, yatay ilişkiler alanını da) içermektedir⁷.

Karel Vasak'ın klasikleşmiş ayırımına göre insan hakları; birinci, ikinci ve üçüncü kuşak olmak üzere üç kategoriye ayrılmaktadır⁸. Birinci kuşak haklar ya da medeni ve siyasal haklar, 17. ve 18. yüzyıl liberal bireyciliği ile ilgili olan ve temelini burjuvazide bulmuş olan (negatif) özgürlüklerdir⁹. Birinci kuşak haklar, özgürlük düşüncesine dayanırlar ve bireyi devletin ihlallerine karşı korurlar¹⁰. İkinci kuşak haklar ya da ekonomik sosyal ve kültürel haklar ise, başlangıçta, özellikle işçi sınıfı ile ilgili olan ve sömürülen insanların haklarına atıf yapan (pozitif edimli) insan haklarıdır¹¹. Ekonomik, sosyal ve kültürel haklar, değerlerin eşit dağılımı için devletin müdahalesine dayanırlar ve temel olarak sosyal eşitliği gerçekleştirme iddiasındadırlar. Ekonomik, sosyal ve kültürel haklar, başlangıçta sosyalist devletler ile ilgili olmalarına rağmen, günümüzde, gelişmekte olan devletler tarafından da benimsenmektedirler¹². Ekonomik, sosyal ve kültürel haklar, eşitlik fikrine dayandıkları için, ekonomik ve sosyal mal ve hizmet olanaklarını pozitif olarak garanti ederler¹³. Ekonomik, sosyal ve kültürel haklara ilişkin olan talep ise, işçi sınıfı ve sosyalist aydınlar ile başlamıştır¹⁴. Üçüncü kuşak haklar ya da dayanışma hakları (halkların hakları) ise, üçüncü dünya milliyetçiliğini yansıtan ve kaynakların evrensel dağılımını savunan haklardır¹⁵. Üçüncü kuşak haklar, halkların ve grupların hakları ile ilgilidirler¹⁶. Sözü edilen hakların temel karakteristiği, boyut olarak kolektif nitelikte olmalarıdır¹⁷. Üçüncü kuşak haklar, aynı zamanda kardeşlik fikrine dayanırlar ve uluslar arası işbirliğini gerektirirler¹⁸. Fakat belirtilmelidir ki bu üçlü tasnif, insan haklarının sadece daha iyi kavranabilmesine ve insan hakları-

7 Aart Hendriks, 1999, s. 225-226.

8 Prudence E. Taylor, "From Environmental to Ecological Human Rights: A New Dynamic in International Law", *Georgetown International Environmental Law Review*, Winter-1998. s. 317-319.

9 Prudence E. Taylor, s. 317; Matthew C. R. Craven, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Clarendon Press, Oxford, 1995, s. 8; Jack Donnelly, s. 40; Steven R. Keener - Javier Vasquez, "Alife Worth Living: Enforcement of the Right to Health Through the Right to Life in the Inter-American Court of Human Rights", *Columbia Human Rights Law Review*, Spring-2009, s. 595. Yaşam hakkı, işkence yasağı, konut dokunulmazlığı, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı, adil yargılanma hakkı, özel yaşamın dokunulmazlığı, haberleşmenin dokunulmazlığı, iletişim özgürlüğü, ifade özgürlüğü, ayrımcılık yasağı, inanç özgürlüğü, kanun önünde eşitlik, seçme-seçilme hakkı, seyahat ve yerleşme özgürlüğü gibi haklar, medeni ve siyasal haklar kategorisine örnek olarak verilebilir.

10 Jack Donnelly, s. 153.

11 Matthew C. R. Craven, s. 8; Steven R. Keener - Javier Vasquez, s. 595; Prudence E. Taylor, s. 317-319. Konut hakkı, sağlık hakkı, sosyal güvenlik hakkı, eğitim hakkı, çalışma hakkı, kültürel yaşama katılma hakkı, özürülülerin ve yaşlıların korunması gibi haklar, ekonomik, sosyal ve kültürel haklara örnek olarak verilebilir.

12 Prudence E. Taylor, s. 317-319.

13 Jack Donnelly, s. 153.

14 Jack Donnelly, s. 40.

15 Prudence E. Taylor, s. 317-319. Barış hakkı, insani refah hakkı, sağlıklı çevre hakkı, gelişme hakkı, kendi kaderini tayin hakkı ve insanlığın ortak mirasından yararlanma hakkı gibi haklar, dayanışma haklarına örnek olarak verilebilir.

16 Matthew C. R. Craven, s. 8.

17 Prudence E. Taylor, s. 317-319.

18 Jack Donnelly, s. 153.

nın tarihsel gelişimine içkindir. Yoksa insan haklarının tamamı aynı önemdedirler ve aralarında hiyerarşik bir sıralama yoktur; zaten sözü edilen bu olgusal durum da, kavramsal olarak doktrinde **insan haklarının bütünselliği** olarak kendisine yer bulmaktadır¹⁹. Bazı hakların daha değerli görülmesi ve ön planda tutulması, otomatik olarak, ötekilerin daha değersiz ve ikincil nitelikte olduğu anlamına gelir ki, burada ortaya çıkan sorunun odak noktası, hangi hakların ön planda tutulacağı ve buna kimin karar vereceğidir. Öyle ya, hangi haklar daha önemlidir? Ya da hakların bazılarının daha değersiz olduğunu, ötekilerin ise daha değerli olduğunu kim, nasıl ve de hangi ölçütlere göre belirleyecektir? Açıktır ki, bu soruların yanıtı görecelidir ve kişiden kişiye, içinde bulunulan durumdan duruma göre değişecektir. Bu yüzden de, insan haklarının arasında bir hiyerarşi olduğu düşüncesi abesle iştigaldir ve zaten böyle bir yaklaşımın benimsenmesi de insan hakları kuramını çökertecek niteliktedir. Çünkü kimileri bazı hakları ön planda tutarken, diğerleri başka haklara daha fazla önem atfedebileceklerdir. Örneğin, sağlıklı, geçimini temin etmek ve para kazanmak için çalışmak isteyen ve fakat iş bulamayan bir kişi için çalışma hakkı ön planda tutulabilecek iken; yazdıklarından ötürü cezai takibata uğrayan bir yazar, ifade özgürlüğünü gündeme getirebilecektir. Objektif olmayan ve de seçici olan anılan sorunlu durumların önlenmesi için, günümüzde, insan haklarının tamamının bir bütün olarak eşit ve aynı önemde olduğu kabul edilmektedir.

Öte yandan, insan haklarının korunması ve geliştirilmesi amacıyla evrensel ve bölgesel düzlemde örgütler oluşturulmuştur. İkinci Dünya Savaşı sonrası kurulan ve uluslar arası bir örgüt olan BM, evrensel düzlemde faaliyet göstermektedir²⁰. BM sistemi; sözleşmelerden, bildirilerden, tavsiye kararlarından ve rehber ilkelerden oluşan geniş bir mevzuat ile imzacı devletleri bağlayan bir rejim olarak kurulmuştur²¹. Avrupa Kıtasında (Avrupa Konseyi Örgütü), Amerikan Kıtasında (Amerikan Devletleri Örgütü) ve de Afrika Kıtasında (Afrika Birliği) olmak üzere kurulmuş olan üç bölgesel örgüt de, yine, insan hakları alanında faaliyette bulunmaktadır²². İnsan hakları alanında bölgesel düzlemde fonksiyonel olan örgütler, BM’ye nazaran, daha etkili mekanizmalara (mahkeme gibi) sahiptirler ve bağlayıcı kararlar alabilmektedirler²³.

II- ULUSALÜSTÜ İNSAN HAKLARI HUKUKUNUN GENEL TEORİSİNDE EKONOMİK, SOSYAL VE KÜLTÜREL HAKLAR

Sağlık hakkı, ekonomik, sosyal ve kültürel haklar kategorisine ait bir hak olarak kabul edilmektedir. Bu yüzden de, ilkin, ulusalüstü insan hakları hukukunda, ekonomik, sosyal ve kültürel hakların temel nitelikleri üzerinde durulması, konunun kristalizasyonu ve bütünlüğü için elzemdir.

19 Bu konuda bkz., Mehmet Semih Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş*, Legal yayıncılık, İstanbul, 2007, s. 1672-1700.

20 Lance Gable, “The Proliferation of Human Rights in Global Health Governance”, *Journal of Law, Medicine and Ethics*, Winter-2007, s. 536.

21 Lance Gable, s. 536.

22 Lance Gable, s. 537.

23 Lance Gable, s. 537.

Ulusalüstü insan hakları hukukuna ilişkin temel belgelere göre, sadece medeni ve siyasal haklar değil; aynı zamanda ekonomik, sosyal ve kültürel haklar da “doğuştan sahip olunan” bir niteliğe sahiptir. İnsan hakları temel belgelerinde ekonomik, sosyal ve kültürel hakların niteliği ile ilgili olarak, genellikle, bütün insan haklarının bölünemez ve birbirinden ayrılmaz nitelikte olduğuna, bütün hakların ancak birlikte bir anlam ifade ettiğine ve ekonomik, sosyal ve kültürel haklardan yararlanmada ayrımcılık yapılamayacağına dikkat çekilmektedir²⁴.

Bu noktada belirtilmelidir ki, ekonomik, sosyal ve kültürel hakların gerçekleştirilmelerinde, devletin, mali kaynaklarının yeterliliği ölçütünü dikkate alması ve buna göre davranması gereği, insan hakları belgelerinde, pek de rastlanılabilen bir ifade değildir. İnsan hakları hukukuna özgü olan ve spesifik olarak ekonomik, sosyal ve kültürel haklara ilişkin olarak hazırlanan belgeler içinde, sadece bir belgede (Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesinin Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Alanında Ek Protokolü-madde 1) “gelişmişlik düzeyinin dikkate alınması ve kaynakların elverdiği ölçüde ekonomik, sosyal ve kültürel hakların gerçekleştirilmesi” yönünde bir açıklama vardır. Anılan durum, öteki insan hakları belgelerindeki yaygın tavrın, tam da tersini yansıtmaktadır.

Öte yandan ekonomik, sosyal ve kültürel haklar, çeşitli sınırlandırma ölçütlerine²⁵ dayanarak sınırlandırılabilir iken; olası bir sınırlamanın, hakların amaç ve nedenleriyle uyumlu olması (Ame.İHS'nin Ek Protokolü-madde 5) ve hakların niteliği ile bağdaştığı ölçüde yapılması (ESKH Sözleşmesi-madde 4) gibi koşullara da özel bir önem verildiği tespit edilebilmektedir. Aslında bu koşullar, sınırlamanın sınırı koşullarıdır ve bunlara demokratik toplum düzeninin gerekleri ölçütünü de (ESKH Sözleşmesi-madde 4; ASŞ-madde 31; GGASŞ-madde G) ekleyebiliriz.

24 Medeni ve siyasal haklar ve ekonomik, sosyal ve kültürel haklar da dahil olmak üzere bütün insan hakları, bölünmezdir (Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı-Başlangıç; Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesinin Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Alanında Ek Protokolü-Başlangıç); medeni ve siyasal haklar ve ekonomik sosyal ve kültürel haklar birbirinden ayrılmaz niteliktedirler (Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı-Başlangıç); özgür insan idealine ancak medeni ve siyasal haklar ve ekonomik, sosyal ve kültürel haklar birlikteliği ile ulaşılır (Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi-Başlangıç; Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi- Başlangıç; Ame. İHS'nin Ek Protokolü-Başlangıç); ekonomik, sosyal ve kültürel haklardan yararlanmada ayrımcılık yapılamaz (Af.İHHŞ-madde 2; Avrupa Sosyal Şartı-Başlangıç; GGASŞ-madde E; Ame.İHS'nin Ek Protokolü-madde 3; ESKH Sözleşmesi-madde 2); ekonomik, sosyal ve kültürel hakların geliştirilmesi, mükemmelleştirilmesi ve korunması zorunludur (Ame.İHS'nin Ek Protokolü- Başlangıç); bazı haklar gerçekleştirilecek diye, ötekilerin ihlal edilmesi haklı kılınmaz (Ame.İHS'nin Ek Protokolü-Başlangıç); ekonomik, sosyal ve kültürel hakların tatminkar düzeye getirilmesi, medeni ve siyasal haklardan yararlanmanın bir güvencesidir (Af.İHHŞ-Başlangıç); ekonomik, sosyal ve kültürel hakları gerçekleştirmek için uluslar arası yardımlaşma ve işbirliği gerekir (ESKH Sözleşmesi- madde 2; Ame.İHS-madde 26; Ame.İHS'nin Ek Protokolü-madde 1); ekonomik, sosyal ve kültürel hakların, tedrici bir şekilde gerçekleştirilmeleri gerekir (ESKH Sözleşmesi- madde 2; Ame. İHS-madde 26; Ame.İHS'nin Ek Protokolü-madde 1); ekonomik, sosyal ve kültürel hakların gerçekleştirilmesinde elverişli kaynakların azami derecede kullanılması ve uygun olan bütün araçların kullanılması gerekir (ESKH Sözleşmesi- madde 2).

25 Kamu yararı (ASŞ-madde 1; GGASŞ-madde G); ulusal güvenlik (ASŞ-madde 31; GGASŞ-madde G); kamu sağlığı (ASŞ-madde 31; GGASŞ-madde G); genel ahlak (ASŞ-madde 1; GGASŞ-madde G); başkalarının hakları ve özgürlükleri (ASŞ-madde 31; GGASŞ-madde G) ve genel refah (ESKH Sözleşmesi-madde 4; Ame.İHS'nin Ek Protokolü-madde 5).

Sınırlama ölçütlerinin nicelik açısından değerlendirilmesi, Avrupa Konseyi’ni ön plana çıkarmaktadır. Sözü edilen çıkarım, ekonomik, sosyal ve kültürel hakların, Avrupa Kıt’asında (beş sınırlama ölçütü benimsendiği düşünüldüğünde) sınırlandırılmaya daha çok maruz kalabileceği anlamına gelmektedir.

Doktrinde, insan haklarının bir kısmının, değer açısından, ötekilerden farklı olarak kavranabildiğine şahit olmaktayız. Değişik bir ifadeyle, doktrinde, ekonomik, sosyal ve kültürel hakları, medeni ve siyasal haklardan daha az değerli gören yaklaşımların dillendirildiği de vakiadır. Ekonomik, sosyal ve kültürel hakları, medeni ve siyasal haklardan farklı olarak kabul edenlerin gerekçeleri, temel olarak beş kategoride özetlenebilir: İlkin, ekonomik, sosyal ve kültürel hakların anlamlarının muğlak, içeriklerinin ise soyut olduğu iddia edilmektedir²⁶. İkinci olarak; ekonomik, sosyal ve kültürel hakların, devletin ekonomik kaynaklarına bağlı olduğuna dikkat çekilmektedir²⁷. Üçüncü olarak; ekonomik, sosyal ve kültürel hakların, “tedrici” olarak uygulanmaları gereken haklar olduğunun altı çizilmektedir²⁸. Dördüncü olarak; ekonomik, sosyal ve kültürel haklar, “ulaşılması gereken amaçlar” ya da “ahlaki programatik görevler” olarak algılanmaktadırlar²⁹. Nihayet, ekonomik, sosyal ve kültürel hakların, “dava edilebilir” nitelikte olmadığına vurgu yapılmaktadır³⁰. Fakat sözü edilen iddialara katılmak ve de bunları savunabilmek, çeşitli açılardan, pek de mümkün gözükmemektedir. Çünkü sadece medeni ve siyasal haklar değil; aynı zamanda ekonomik, sosyal ve kültürel haklar da, hem pozitif, hem de negatif edimlidirler³¹. Aslında, bir bütün olarak insan haklarının tamamı, hem pozitif, hem de negatiftir; dolayısıyla, medeni ve siyasal hakların negatif; ekonomik, sosyal ve kültürel hakların ise pozitif edimli olduğu yönündeki geleneksel yaklaşım günümüzde aşılmıştır. Devletin, kamu güvenliğini sağlayabilmesi için, savunma hizmetini sunabilmesi için ya da hukuki uyumsuzlukların çözümünde yargı faaliyetini gerçekleştirebilmesi için pozitif edimi (olumlu eylemi) gerekmektedir³². Adil ve usulüne uygun bir yargılama yapabilmesi için, devletin, ücretsiz

26 Alana Klein, “Judging As Nudging: New Governance Approaches fort he Enforcement of Constitutional Social and Economic Rights”, *Columbia Human Rights Law Review*. Spring-2008, s. 357; Navish Jheelan, “The Enforceability of Socio-Economic Rights”, *European Human Rights Law Review*, 2007, s. 147-148; Michael J. Dennis - David P. Stewart, “Justiciability of Economic, Social and Cultural Rights: Should There be an International Complaints Mechanism to Adjudicate the Rights to Food, Water, Housing and Health?”, *American Journal of International Law*, July-2004, s.464.

27 Ebow Bondzie-Simpson, “A Critique of the African Charter on Human and Peoples’ Rights”, *Howard Law Journal*. 1998, s. 647; A. H. Robertson - J. G. Merrils, *Human Rights in the World*, Manchester University Press, Manchester and New York, 1996, s. 275-276; Amanda Littell, “Can a Constitutional Right to Health Guarantee Universal Health Care Coverage or Improved Health Outcomes?: A Survey of Selected States”, *Connecticut Law Review*, Fall-2002, s. 293; Alana Klein, s. 357; Navish Jheelan, s. 150; Matthew C. R. Craven, s. 15.

28 Matthew C. R. Craven, s. 15.

29 Aart Hendriks, “The Right to Health in National and International Jurisprudence”, *European Journal of Health Law* 5, 1998, s. 392; Navish Jheelan, s. 150; Amanda Littell, s. 293.

30 Matthew C. R. Craven, s. 10; Amanda Littell, s. 293; Alana Klein, s. 357-359; Navish Jheelan, s. 147-148.

31 Jack Donnelly, s. 43; James L. Cavallaro - Emily J. Schaffer, “Less as More: Rethinking Supranational Litigation of Economic and Social Rights in the Americas”, *Hasting Law Journal*, December-2004, s. 252-253; Navish Jheelan, s. 147-151.

32 James L. Cavallaro - Emily J. Schaffer, s. 252-253.

avukat, adli yardım, ücretsiz tercüman temin etmesi zorunludur. Ayrıca, devletin, yaşam hakkını kanun ile koruması, şüpheli ölümleri soruşturması, ifade ve toplandı özgürlüğünün kullanılabilmesi için polis koruması sağlaması yükümlülüğü de vardır; ve bunlar, açıktır ki, (devlet tarafından uygulanması gereken) pozitif edim gerektirmektedir. Eğer bu haklar, sadece negatif (yani devletin müdahale etmesi gerekmeyen) olarak kabul edilecek olursa, insan haklarının gerçekleştirilebilmesi ve bu haklardan faydalanılabilmesi mümkün olmayacaktır. Yine sosyal (yani, devletin pozitif edimi gereken) haklar kategorisinden kabul edilmekte olan örneğin sendika kurma hakkı, sendikaya üye olma hakkı, grev hakkı ve toplu pazarlık hakkı için aslında devletin müdahale etmesine gerek yoktur. Öte yandan, sağlık hakkını ele aldığımızda, devletin, bireylerin sağlığına zarar vermekten kaçınması, kültürel mal varlığını tahrip etmemesi ve eğitimi daha da kötü bir duruma düşürmemesi (yani, negatif edim örneği sergilemesi) gerekmektedir³³. Anılan faaliyetlerin, devletin negatif edimini gerektirdiği açıktır. Demek ki, insan hakları ile ilgili olarak ekonomik, sosyal ve kültürel hakların pozitif edim, medeni ve siyasal hakların ise negatif edim gerektiren haklar olduğu yönündeki yaklaşım tutarlı değildir; her iki hak kategorisi arasında, yukarıda da örneklendirildiği üzere, hem pozitif edim, hem de negatif edim gerektiren simetrik ilişkiler söz konusudur.

Belirtilmelidir ki, ekonomik, sosyal ve kültürel haklar da hukukidirler³⁴. Çünkü medeni ve siyasal hakların tam olarak gerçekleştirilmesi için ekonomik, sosyal ve kültürel haklar zorunludurlar. Örneğin ifade özgürlüğü, aç olmamaya, susuz olmamaya, sağlıklı olmaya ve barınma ihtiyacının giderilmiş olmasına bağlıdır. Kaldı ki, medeni ve siyasal haklara yaptığı katkıyı dikkate almasak bile, ekonomik, sosyal ve kültürel haklar da; doğumla elde edilmiş olan bir değerdedirler, bireyin fiziksel doğası ile yakından ilişkilidirler ve kişilerin ihtiyaçları ve sosyal iyiliklerden/faydalardan yararlanabilmeleri için hayatidirler³⁵. Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesinin³⁶ (ESKH Komitesi), ekonomik, sosyal ve kültürel haklara bakış açısı da, ekonomik, sosyal ve kültürel hakların hukuki olarak bağlayıcı oldukları, uygulanabilir oldukları, başvuru yollarına tabi oldukları ve dava edilebilir nitelik taşıdıkları yönündedir³⁷.

Sonra, ekonomik, sosyal ve kültürel hakların devletin kaynaklarına bağlı olarak tedrici bir şekilde uygulanabilir olduklarına ilişkin bakış açısı da mantıklı

33 James L. Cavallaro - Emily J. Schaffer, s. 252-253.

34 Matthew C. R. Craven, s. 13; Michael J. Dennis - David P. Stewart, s.492-514.

35 Matthew C. R. Craven, s. 13.

36 ESKH Sözleşmesi'nin orijinal metninde, bir organ biçimlendirilmemiştir. BM Ekonomik ve Sosyal Konseyin ESKH Sözleşmesi ile ilgili çalışmaları da etkin değildi. Bu yüzden BM Ekonomik ve Sosyal Konsey, 1978'de, bir "Çalışma Grubu" oluşturulmasına karar verdi. Fakat bu Çalışma Grubunun adı, 1985 tarihinde, Ekonomik ve Sosyal Konsey tarafından, ESKH Komitesine dönüştürüldü. ESKH Komitesinin, 18 üyesi vardır ve bu üyelerin görev süresi 4 yıldır. Üyeler, Taraf Devletin sunduğu adaylar içinden, BM Ekonomik ve Sosyal Konsey'ce, gizli oy ile seçilirler. ESKH Komitesinin üyelerinin ilk seçimi 1986 tarihinde; ilk toplantısı da 1987 tarihinde gerçekleştirilmiştir. Periyodik oturumlarda taraf devletlerin sunduğu raporları değerlendiren ESKH Komitesi, sonradan kendi usul kurallarını hazırlamış ve bu kurallar da BM Ekonomik ve Sosyal Konsey tarafından onaylanmıştır. Bu konuda bkz., Mehmet Semih Gemalmaz, 2007, s. 509.

37 Michael J. Dennis - David P. Stewart, s.492-514.

değildir³⁸; çünkü, örneğin sendika kurma hakkı, devletin müdahale etmemesini gerektirir; fakat cezalandırma sistemi veya adil yargılanma hakkı için ise, devletin olumlu eylemi ve ciddi manada kaynak ayırması gerekir³⁹. Kaynak yokluğu, taraf devletin, ilgili Sözleşmedeki yükümlülüklerini yerine getirmesini geciktirmesine izin vermez⁴⁰; tam da bunun aksine, taraf devletin, kaynak sıkıntısı yüzünden yükümlülüklerini sadece “derhal” yerine getirmeyebileceği anlamına gelir⁴¹. Öte yandan, ekonomik, sosyal ve kültürel hakların, ilke olarak, devletin kaynaklarına bağımlı olması, dolayısıyla, kaynak olmadığı/ bulunmadığında uygulanamayacakları ve konulamayacakları anlamına gelmektedir⁴². Fakat aynı yaklaşım medeni ve siyasal haklar için de geçerlidir⁴³. Örneğin, taraf devletin nezareti altında olan ve şüpheli bir şekilde ölen kişilerin ya da kuvvet kullanılması sonucunda devlet ajanları tarafından öldürülmüş olan kişilerin şüpheli ölümlerini etkili bir şekilde soruşturma yükümlülüğü altında olduğunun belirtildiği bir taraf devletin, anılan soruşturmalar için maddi kaynak kullanması gereği açıktır⁴⁴. Aynı minvalde olmak üzere, adil yargılanma hakkı için, taraf devletin, avukat tutma parası olmayan kişilere, ücretsiz avukatlık hizmeti sağlaması gerektiğini de belirtmeliyiz⁴⁵. Anılan durum göstermektedir ki, hakları gerçekleştirmek için devletin kaynak kullanması, sadece ekonomik, sosyal ve kültürel haklara özgü bir gereklilik değil; aynı zamanda, medeni ve siyasal haklar da devletin kaynak kullanmasını gerektiren haklardır. Dolayısıyla kaynak yokluğuna dayanılarak ekonomik, sosyal ve kültürel hakların arka plana atılması idesi haklı bir argüman değildir. Söz gelimi, adil yargılanma hakkı için, devletin, mahkemeler kurması, orada hakim, savcı ve çeşitli nitelikte idari personel bulundurması zorunluluğu kaynak olmadan yerine getirilebilir nitelikte olan bir hizmet değildir.

Ulusalüstü insan hakları hukuku alanında devletlerin, (insan haklarına) “saygı göstermek”, (insan haklarını) “korumak” ve (insan haklarının) “gereğini yerine getirmek” şeklinde ifade edilmekte olan genel nitelikteki yükümlülükleri de, medeni ve siyasal haklar ile ekonomik, sosyal ve kültürel haklar arasında fark olduğu iddiasını, mesnetsiz bırakmaktadır⁴⁶. İnsan haklarına saygı göstermek yükümlü-

38 Matthew C. R. Craven, s. 15.

39 Matthew C. R. Craven, s. 15.

40 Matthew C. R. Craven, s. 115.

41 Matthew C. R. Craven, s. 136.

42 Navish Jheelan, s. 150-151.

43 Navish Jheelan, s. 151.

44 Navish Jheelan, s. 151.

45 Navish Jheelan, s. 151.

46 Matthew C. R. Craven, s. 110; Aart Hendriks, 1998, s. 393; Michael J. Dennis - David P. Stewart, s.491. Maastricht Kuralları'nın altıncı ve yedinci paragrafında, “saygı göstermek”, “korumak” ve “yerine getirmek” şeklinde ifade edilmekte olan üçlü yükümlülük tipolojisinin her birisinin, ayrıca, “yol göstermek/rehberlik etmek” (obligation of conduct) ve “sonuçlandırınak/önceden belirlenmiş olan standartlara ulaşmak” (obligation of result) olmak üzere, iki farklı yükümlülük alanını da bünyesinde barındırdığı belirtilmektedir. Spesifik olarak bir haktan yararlanmada, makul eylem planı hazırlanması anlamına gelmekte olan “yol göstermek/rehberlik etmek” yükümlülüğü, sağlık hakkı örneğinde, devletin, anne ölüm oranlarının azaltılmasında bir eylem planının kabul edilmiş olmasını gerektirmektedir, “sonuçlandırınak/önceden belirlenmiş olan standartlara ulaşmak” yükümlülüğü ise, sağlık hakkı örneğinde, anne ölüm oranlarının, önceden belirlenmiş olan uluslar

lülüğü, bazı durumlarda (örneğin sendika kurmada ya da ailenin kendi çocuğunun okulunu kamu okulları dışında seçebilmesinde) devletin karışmamasını, devletin müdahale etmemesini veya devletin kendisini sınırlamasını gerektirmektedir⁴⁷. Devletin insan haklarına saygı gösterme yükümlülüğü, aynı zamanda, kamu otoritesinin, bireyin bütünlüğünü veya özgürlüklerini ihlal edici davranışlardan kaçınmasının gerekliliği şeklinde de tanımlanmaktadır⁴⁸. Devletin insan haklarını koruma yükümlülüğü, bireylerin, öteki bireylerin onurunu, hak ve özgürlüklerini, bütünlüğünü ve refahını ihlal etmesin diye, kamu otoritesinin alması gereken önlemleri ifade etmektedir⁴⁹. Devletin, bireylerin özgürlüklerini, üçüncü tarafın müdahalesinden koruması ise, aynı zamanda, “insan haklarının yatay etkililiği” kavramını ortaya çıkarmaktadır⁵⁰. Devletin, insan haklarının gereğini yerine getirme yükümlülüğü ise, kamu otoritesinin, kendi yargı yetki alanındaki herkesin, insan haklarından kaynaklanan ihtiyaçlarını tatmin edebilmesi için gerekli olan bütün önlemleri geliştirici bir şekilde alması anlamına gelmektedir⁵¹. Ekonomik, sosyal ve kültürel hakların anlaşılabilirliği/kavranabilmesi için merkezi önemde bir role sahip olan “gereğini yerine getirme yükümlülüğü”, devletlerin, ekonomik, sosyal ve kültürel haklar için “makul en kısa zaman süresi içinde” önlem alması gerektiği şeklinde kavranmaktadır⁵².

Her ne kadar son zamanlarda geçerliliğini yitirmiş⁵³ bir argüman olsa bile, “ekonomik, sosyal ve kültürel hakların dava edilebilir olmadığı” yönündeki bakış açısı da, makul bir çıkarım değildir. “Dava edilebilir” olma (justiciability), hak ihlali iddialarını çözümlemek için kurulmuş olan mekanizmalar veya prosedür anlamında kullanılmaktadır⁵⁴. Bu bakış açısına göre haklar ve özgürlükler, ne zaman ki onlar hakkında hüküm verme konusunda yetkili bir mekanizma kurulur ve yöntemler ile donatılırlarsa, “dava edilebilir” nitelikte olurlar⁵⁵. Fakat belirtilmelidir ki, zaten, ekonomik, sosyal ve kültürel haklar da, dava edilebilir niteliktedirler⁵⁶. Bahsi geçen iddia, bu yazıda, ileride, maddi vak’a hukukuna ilişkin içtihatlar ile kanıtlanmıştır.

arası standartlara çekilmesi gereği ile aynı anlamda kullanılmaktadır. Sözü edilen örneklerin, taraf devletçe gerçekleştirilememiş oluşu, sağlık hakkının ihlal edilmiş olacağı şeklinde kavranmalıdır. Maastricht Kuralları, Paragraf: 6 ve 7 için bkz., *Human Rights Quarterly* 20, (1998), s. 691-705; Bert9 rand G. Ramcharan (Editor), *Judicial Protection of Economic, Social and Cultural Rights: Cases and Materials*, NLD: Martinus Nijhoff Publishers, Lediden/Boston, 2005, s. 553-562 ve Victor Dankwa - Cees Flintennan And Scott Leckie, “Commentary to the Maastricht Guidelines on Violations of Economic, Social and Cultural Rights”, *Human Rights Quarterly* 20, (1998), s. 705-730.

47 Matthew C. R. Craven, s. 110.

48 Aart Hendriks, 1998, s. 393.

49 Aart Hendriks, 1998, s. 393.

50 Matthew C. R. Craven, s. 111. Okul idarecileri, öğretmenler, doktorlar, mal sahipleri ya da diğer özel aktörlerden kaynaklanan hak ihlallerinin, devlet tarafından önlenmesi anlamında kullanılan “yatay etkililik” kavramı, geleneksel insan hakları anlayışındaki “devletten kaynaklanan ve bireye yönelen ihlaller” şeklindeki algıyı, birey-birey ilişkisini de öne alarak, alanını genişletmiştir. Bkz. Victor Dankwa - Cees Flinterman and Scott Leckie, s. 714, Dipnot No: 32.

51 Aart Hendriks, 1998, s. 393.

52 Matthew C. R. Craven, s. 115.

53 Navish Jheelan, s. 146.

54 Michael J. Dennis - David P. Stewart, s.474.

55 Michael J. Dennis - David P. Stewart, s.474.

56 Bertrand G. Ramcharan, bütün kitap, özellikle s. 1 ve 3.

Bu da göstermektedir ki, ekonomik, sosyal ve kültürel haklar, “doğası gereği” dava edilemez değildirler; tam da bunun aksine, ilgili Sözleşmeye eklenmelerinde, o Sözleşmenin uygulanmasından ve denetlenmesinden sorumlu organ (diyelim ki Komite ya da Komisyon) bu hakların ihlal edilip edilmediğine karar verebilmektedir. Özüne indirgenğinde, örneğin ESKH Sözleşmesi söz konusu olduğunda, demek ki, ESKH Komitesinin yarı-yargısal yetkiler ile donatılması, ekonomik, sosyal ve kültürel hakları “dava edilebilir” nitelikte yapacaktır⁵⁷. Yani, aslında, ilgili Sözleşmeye taraf olmuş devlet için, ekonomik, sosyal ve kültürel haklar bağlayıcıdır ve dolayısıyla da ekonomik, sosyal ve kültürel haklar da, tipik birer “hak”lardır. Çünkü “dava edilebilir olma” hak olmanın olmazsa olmaz koşulu değildir⁵⁸. Bu noktada, ekonomik, sosyal ve kültürel hakların uygulanmasında önemli bir enstrüman rolünü, “soft law”un oynayabileceğini de belirtmeliyiz. “Soft Law”, “denetimsel, raporsal ve kontrol edici mekanizmalar” anlamında kullanılmaktadır⁵⁹. Hükümetlerin ya da özel sektörün üzerinde, bağlayıcı olmayan mekanizmaların kurulması da, ihlal edilmiş olan hakları telafi edebilecektir⁶⁰. Zaten, ESKH Komitesi de, ekonomik, sosyal ve kültürel hakların, “derhal” uygulanma yeteneğine sahip olduklarının altını çizerek, medeni ve siyasal haklar ile ekonomik, sosyal ve kültürel haklar arasındaki (zaten, doktrinde sadece bazı çevrelerce olduğuna inanılan) hiyerarşiyi de ortadan kaldırmış olmaktadır⁶¹.

Nihai olarak gözlemlenen, medeni ve siyasal haklar ile ekonomik, sosyal ve kültürel haklar arasındaki ayrım noktasında, mutlak/ikna edici bir argümanın olmadığıdır⁶². Kuşkusuz ki, ayrım, “hakların tarihsel tanınmaları” ile “felsefi olarak haklaştırılmaları” ya da “uygulamadaki durumları” arasında olabilir⁶³. İkiz Sözleşmeler (MSH Sözleşmesi ile ESKH Sözleşmesi) hazırlanırken kurgulanan iki farklı hak kategorisi (medeni ve siyasal haklar ile ekonomik, sosyal ve kültürel haklar) düşüncesi, günümüzde de mevcudiyetini sürdürüyor olsa bile, bu iki farklı bakış açısı, ekonomik, sosyal ve kültürel hakları ne hak olmaktan çıkarır; ne de onları hiyerarşik olarak alt seviyeye düşürür⁶⁴. Kaldı ki, bu iki farklı hak kategorisi düşüncesi, devletlerin, anılan Sözleşmelere olası taraf olmalarını kolaylaştırmak ve teşvik etmek için kurgulanmıştır.

İnsan hakları arasında öncelik-sonralık şeklinde önem derecesine göre bir sıralama yoktur; hepsi eşit derecede önemlidirler ve eşit derecede uygulanmalıdır⁶⁵.

57 Michael J. Dennis - David P. Stewart, s.474. Kaldı ki, ESKH Sözleşmesi’ne, denetim sistemindeki güçsüzlük nedeniyle, bireysel ve toplu şikayet başvurusu usulünü ekleyecek bir Protokol hazırlanması düşüncesi ve bu konudaki taslak metin, gündemdedir. Ayrıntılı bilgi için bkz., Metanet Semih Gemalmaz, 2007, s.511-515.

58 Michael J. Dennis - David P. Stewart, s. 514.

59 Navish Jheelan, “The Enforceability of Socia-Economic Rights”, s. 147, Dipnot No: 5.

60 Navish Jheelan, “The Enforceability of Socia-Economic Rights”, s. 147, Dipnot No: 5.

61 Michael J. Dennis - David P. Stewart, s. 491. Ayrıca bkz., ESKH Komitesinin 9 Numaralı Genel Yorumu, Paragraf: 3-8 ve 10.

62 Matthew C. R. Craven, s. 16. Bu konuda ayrıca bkz., Bülent Algan, *Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması*, Seçkin Yayınıncılık, Ankara, 2007, s. 51, 74, 127, 143 ve 305.

63 Matthew C. R. Craven, s. 16.

64 Michael J. Dennis - David P. Stewart, s. 465.

65 Andrew Clapham, s. 119.

Zaten, BM, insan haklarının arasında önem ve hiyerarşi bakımından hiçbir ayrımın olmayacağını ve de yapılamayacağını kabul etmektedir⁶⁶. Gerçekten de, insan haklarının nitelikleri, BM tarafından düzenlenmiş olan 1993 tarihli Dünya İnsan Hakları Konferansı'nın⁶⁷ sonucunda hazırlanan "Viyana Bildirisi ve Eylem Programı'nda⁶⁸; "**evrensel**" (universal), "**bölünemez** (indivisible)", "**birbiri ile ilişkili** (interrelated)" ve "**birbirine bağımlı** (interdependent)" olmak üzere dört farklı niteliği bünyesinde barındırır bir şekilde ifade edilmiştir⁶⁹. Bir başka söyleyişle, BM, "medeni ve siyasal haklar" ile "ekonomik, sosyal ve kültürel haklar" arasında (ki sadece bazı çevrelerce olduğuna inanılan) hiyerarşik ya da önem bakımından bir ayrım olduğu yönündeki algıya ve dolayısıyla da ayrıma, 1993 tarihinde son vermiştir⁷⁰.

İnsan haklarının arasında bir hiyerarşinin olduğu şeklindeki temelsiz argümandan ziyade, günümüzde, modern insan hakları öğretisinde önemli olan kavramlar; moral özerklik, insan gereksinimleri, insan onuru, eşitlik, eşit saygı, insan gelişimi ve makul uygulama şeklinde karşımıza çıkmaktadır⁷¹.

66 Sumudu Atapattu, "The Right to Healthy Life or the Right to Die Polluted?: The Emergence of a Human Right to a Healthy Environment Under International Law", *Tulane Environmental Law Journal*. Winter-2002, s. 68; Aart Hendriks, 1998, s. 392.

67 Dünya İnsan Hakları Konferansı, 14-25 Haziran 1993 tarihlerinde Viyana'da düzenlenmiştir. Konferansın sonucunda da, yani 25 Haziran 1993'te, katılımcı devletlerin temsilcileri tarafından "Viyana Bildirisi ve Eylem Programı" kabul edilmiştir. Bu konuda Bkz., DPI/1394/Rev.I/HR-95-93241, April 1995.

68 BM tarafından, 14 - 25 Haziran 1993 tarihleri arasında, Viyana'da, Dünya İnsan Hakları Konferansı düzenlenmiştir. Konferansın sonunda, 25 Haziran 1993 tarihinde, 171 devlet temsilcisi tarafından "Viyana Bildirisi ve Eylem Programı" (VBEP) kabul edilmiştir. VBEP'de, bütün insan haklarının, her insan kişisinde bulunan onurdan ve değerden türediği, doğal yollardan elde edildiği yani kalıtsal olduğu vurgulanmıştır. BM Şartı ile uyumlu olarak, bütün devletlerin ırk, cinsiyet, dil ve din bakımından ayrımcılık yapmaksızın insan haklarına saygıyı geliştirmek ve teşvik etmek sorumluluğuna dikkat çekilen VBEP'de, insan haklarının her insan varlığının doğuştan kazanılmış haklar olduğu, bu hakların korunmasının ve ilerletilmesinin devletlerin birinci sorumluluğu olduğuna işaret edilmiştir (1-1). Devletlerin, siyasal, ekonomik ve kültürel sistemlerini dikkate almaksızın, insan haklarını geliştirmek ve korumak görevlerine atfı yapılan VBEP'de, bütün insan haklarının, **evrensel, bölünemez, birbiri ile ilişkili ve birbirine bağımlı** olduğu belirtildikten sonra, uluslar arası toplumun, insan haklarına evrensel olarak adil ve eşit tarzda davranması ve aynı önemi vermesi gerekliliğine dikkat çekilmektedir (1-5). İnsan haklarına, herhangi bir tür ayrımcılık yapılmaksızın saygı gösterilmesinin uluslar arası insan hakları hukukunun en temel kuralı olduğu dillendirildikten (1-15) sonra, VBEP'de, insan hakları konularının dikkate alınmasında, **evrensel olma, objektif olma ve seçici olmama** kriterlerinin belirlenmiş olduğu (1-32) tespit edilebilmektedir. Sonuçta, VBEP ile, dünyanın her tarafında insan haklarının geliştirilmesi için, uluslar arası topluma ortak bir plan sunulmuştur. Bu amaçla, ilk global insan hakları toplantısı da, zaten 1968'de Tahran'da yapılmıştı. 1993 tarihli Konferansın sonunda hazırlanmış ve alenileştirilmiş olan nihai doküman (VBEP), BM Genel Kurulu'nun 48. oturumunda (resolution 48/121, of 1993) kabul edilmiştir. Bu konuda bkz., DPI/1394/Rev.I/HR-95-93241, April 1995.

69 A. H. Robertson - J. G. Merrills, s. 274; Aart Hendriks. 1998, s. 392; Sumudu Atapattu. s. 68.

70 Prudence E. Taylor, s. 321-322; Aart Hendriks, 1998, s. 392. ESKH Komitesinin 1990 tarihli ve 2 Nu8 maralı olan Genel Yorumunda, insan haklarının bölünemez ve birbirine bağımlı olduğu (paragraf: 6) açıkça belirtilmiştir. Sözü edilen Genel Yorum için bkz., E/1 990/23. Aynı yönde bir değerlendirme için bkz., Albie Sachs, "Enforcement of Social And Economic Rights", *American University International Law Review*, 2007. 694.

71 Matthew C. R. Craven, s. 12.

İnsan haklarının bir bütün olarak eşit önemde olduğu ve aralarında hiyerarşik bir ilişkinin olmadığı “**Limburg Prensipleri**”⁷²nde, ESKH Komitesinin “**3 Numaralı Genel Yorumu**”nda⁷³ ve “**Maastricht Kuralları**”⁷⁴nda da açıkça ifade edilmiştir⁷⁵. ESKH Sözleşmesindeki bazı hakların “**derhal**”, bazılarının ise “**tedrici olarak**” gerçekleştirilebileceğinin ifade edildiği Limburg Prensiplerinde⁷⁶, taraf devletlerin, ESKH Sözleşmesi’ndeki bütün hakların gerçekleştirilebilmesi için “**derhal adım atmaları gereğine**” dikkat çekilmektedir⁷⁷. Ekonomik, sosyal ve kültürel hakların uygulanmasında ayrımcılık yapılamaz ve anılan hakların gerçekleştirilmesinde eşitliğe özel bir önem verilir⁷⁸. Taraf devletlerin, her hangi bir hak ihlali durumunda kullanılmak üzere, önceden, etkili başvuru mekanizmaları kurmaları bir yükümlülüktür⁷⁹. İnsan haklarının tedrici olarak gerçekleştirilebilmesinin, uygulamayı geciktirme şeklinde anlaşılamayacağına dikkat çekilen Limburg Prensipleri’nde, taraf devletlerin, mümkün olan en hızlı bir şekilde harekete geçmeleri gereğine vurgu yapılmaktadır⁸⁰.

72 Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi’nde ifade edilmiş olan ekonomik, sosyal ve kültürel hakların niteliği ve kapsamı ile ilgili olan (iki bölümden ve 103 paragraftan oluşan) Limburg Prensipleri; uluslar arası hukuk alanında tanınmış bir grup uzman (toplam yirmi dokuz kişi) tarafından, 2-6 Haziran 1986 tarihinde, Limburg Üniversitesinde (Hollanda’da) yapılan bir toplantı sonucunda belirlenmişlerdir. Hollanda hükümetinin inisiyatifi ile de, Limburg Prensipleri, BM’nin resmi bir dokümanı olarak, 1987 yılında, yayınlanmıştır. Limburg Prensipleri için bkz., *Human Rights Quarterly* 9, (1987). s.122-135; U. N. Doc. E/CN.4/1987/17, Annex; Victor Dankwa - Cees Flins terman And Scott Leckie, s. 705-730 ve Bertrand G. Ramcharan, s. 31-46.

73 ESKH Komitesinin “taraf devletlerin yükümlülüklerinin niteliklerine” özgü olan 1990 tarihli ve 3 Numaralı Genel Yorumu için bkz., E/1991/23.

74 Toplam otuz dört kişiden oluşan bir grup uzmanın, Maastricht Üniversitesi’nde (Hollanda’da), 22-26 Ocak 1997 tarihinde, Limburg Prensipleri’nin onuncu yıldönümü dolayısıyla yaptığı toplantının sonucunda ilan edilmiş olan ve (spesifik olarak ekonomik, sosyal ve kültürel haklar alanında) hangi durumlarda hak ihlallerinin gerçekleşmiş olacağı konusuna odaklanan (beş bölümden ve otuz iki paragraftan oluşan) Maastricht Kuralları için bkz., *Human Rights Quarterly* 20, (1998), s. 691-705; Bertrand G. Ramcharan, s. 553-562 ve Victor Dankwa - Cees Flinterman And Scott Leckie, s. 705-730.

75 Limburg Prensipleri, Paragraf: 1 ve 3; Maastricht Kuralları, Paragraf: 4.

76 Limburg Prensipleri, Paragraf: 8 ve 22.

77 Limburg Prensipleri, Paragraf: 16. ESKH Komitesine göre, ESKH Sözleşmesi, mevcut kaynakların yetersizliği sonucu oluşan zorlukları kabullenmektedir; fakat Sözleşme, taraf devletler üzerinde **derhal etki doğuran yükümlülükler** de getirmektedir. Bunlardan birincisi, hakların ayırım gözetilmeksizin gerçekleştirilmesini güvence altına alma (paragraf: 1) iken; İkincisi, hakların gerçekleştirilmesi için gerekli tedbirlerin alınmasıdır. Bu tedbirler, Sözleşmenin yürürlüğe girmesinden kısa bir süre sonra gerçekleştirilmelidir; ve bu tedbirler, üzerinde dikkatlice düşünülmüş ve planlı olmalı, somut olmalı ve Sözleşmedeki yükümlülükleri mümkün olduğunca açıkça ve tam olarak gerçekleştirme hedefine yönelik olmalıdır (Paragraf: 2); ayrıca ulusal hukuk sisteminde hak arama yollarının kurgulanabilmesi de dikkate alınmalıdır (Paragraf:5). ESKH Komitesinin 3 Numaralı Genel Yorumu için bkz., E/1991/23.

78 Limburg Prensipleri, Paragraf: 14, 37-38 ve 42.

79 Limburg Prensipleri, Paragraf: 19; Maastricht Kuralları, Paragraf: 16 ve 22.

80 Limburg Prensipleri, Paragraf: 21. ESKH Komitesine göre, **tedrici olarak gerçekleştirme kavramı**, ekonomik, sosyal ve kültürel hakların kısa sürede gerçekleşmeyeceğinin göstergesidir; fakat tedrici olarak gerçekleştirme, Sözleşmenin anlamını değiştirecek şekilde yorumlanmamalıdır, Sözleşme, amaca ulaşmak için **mümkün olduğu kadar hızlı ve etkili olarak** harekete geçmeyi öngörmektedir (paragraf: 9). Kaynak sıkıntısı çekilen hallerde dahi, taraf devletin, hakları gerçekleştirme yükümlülüğü devam etmektedir (paragraf: 11). ESKH Komitesinin 3 Numaralı Genel Yorumu için bkz., E/1991/23.

İnsan haklarının tedrici olarak yerine getirilebilecek olması şeklinde ifade edilen özellik, taraf devletin kaynaklarından bağımsız bir konudur ve kaynakların mümkün olan en etkili bir şekilde kullanılması anlamına gelmektedir⁸¹. İnsan haklarının tam olarak uygulanabilmesi için gerekli olan devlet kaynakları, sadece ulusal zenginliği değil; aynı zamanda, uluslar arası toplum ile işbirliğinden elde edilecek olan kaynakları da içerir bir şekilde kavranmaktadır⁸². Hem Limburg Prensipleri'nde, hem de Maastricht Kuralları'nda, ESKH Sözleşmesi'nde belirtilmiş olan ekonomik, sosyal ve kültürel hakların hangi durumlarda ihlal edilmiş olacağına da açıklık getirilmiştir⁸³. Öte yandan, taraf devletin, ekonomik, sosyal ve kültürel haklar alanındaki "minimum çekirdek yükümlülüğünü"⁸⁴ yerine getirirken, zaten kaynakları dikkate alınmayacaktır⁸⁵. Bir başka söyleyişle taraf devlet, kaynak kıtlığını dayanak göstererek, ekonomik, sosyal ve kültürel haklar alanındaki minimum çekirdek yükümlülüklerini yerine getirmekten kaçınamayacaktır.

Aslında, liberal teorinin medeni ve siyasal haklara daha fazla önem vermesi ve ekonomik, sosyal ve kültürel hakları arka planı atması ya da ikincil nitelikte görmesi, her iki hak kategorisi arasında ideoloji kaynaklı hiyerarşi sorununu ortaya çıkarmıştır⁸⁶. Doğu ile Batı arasındaki ideolojik çekişmeden kaynaklanan anılan ayırımıda Sovyetler Birliği, sosyalist toplum için ekonomik, sosyal ve kültürel hakların şampiyonluğunu yapmış; Batılı devletler ise hür bir dünyada özgürlüğün ve

81 Limburg Prensipleri, Paragraf: 23 ve 25.

82 Limburg Prensipleri, Paragraf: 26 ve 29.

83 ESKH Sözleşmesi'ndeki ekonomik, sosyal ve kültürel haklar, şu durumlarda ihlal edilmiş olacaktır: Taraf devletin, Sözleşme'de belirtilen adımları atmayı aksatması; taraf devletin, bir hakkın derhal uygulanmasını engelleyen problemleri ortadan kaldırmayı aksatması; Sözleşme'nin, derhal uygulanması gerekir diye belirttiği bir hakkı, taraf devletin, gecikmeksizin uygulamasında başarısız oluşu; taraf devletin, kaynak gücünün yeterli olmasına rağmen, genel olarak kabul edilmiş olan asgari minimum standartlara ulaşmada, bilinçli olarak, başarısız oluşu; Sözleşme'de belirtilmiş olan ölçütün dışında başka bir sınırlandırma ölçütü kullanılması; taraf devletin, Sözleşme'de izin verilmiş bir sınırlandırma olmaksızın, bir hakkın tedrici gerçekleştirilmesini, bilinçli bir şekilde geciktirmesi veya durdurması; taraf devletin, Sözleşme'de izin verilmiş bir sınırlandırma olmaksızın, bir hakkın tedrici gerçekleştirilmesini, kaynak yok diye ya da mücbir sebep olmaksızın geciktirmesi veya durdurması; taraf devletin, Sözleşme'de belirtilmiş olan rapor sunma yükümlülüğünü yerine getirmeyi aksatması; bireylerin, ekonomik, sosyal ve kültürel haklardan yararlandırılmasında, taraf devletin (ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal ya da diğer düşünce, ulusal ya da sosyal köken, mülkiyet, doğum ya da diğer bir statü bakımından) her hangi bir ayrımcılık politikası gütmesi ya da eşitlik ilkesine önem vermemesi. Bu konuda bkz., Limburg Prensipleri, Paragraf: 72; Maastricht Kuralları, Paragraf: 5, 11. 14-15.

84 Taraf devletlerin, ekonomik, sosyal ve kültürel hakların gerçekleştirilmesi konusunda minimum yükümlülükleri vardır. Eğer Sözleşme, böyle minimum bir yükümlülük getiren şekilde yorumlanmasaydı, amacını geniş ölçüde yitirmiş olurdu. Bu yükümlülüklerin gerçekleştirilmesi değerlendirilirken, ülkedeki sınırlı kaynakların yetersizliği de dikkate alınmalıdır ve kaynaklar maksimum ölçüde kullanılmalıdır. Taraf devletin minimum yükümlülükleri için, elindeki tüm kaynakları kullanması gerekir (Paragraf: 10). Örneğin ülkesinde temel gıdadan yoksun olan, temel sağlık hizmetlerinden yoksun olan, temel barınmadan yoksun ve evsiz olan ve temel eğitimden yararlanamayan önemli sayıda birey varsa, devlet. Sözleşmeden doğan yükümlülüğünü yerine getiremiyor demektir (Paragraf: 10). Kaynak sıkıntısı çekilen hallerde dahi, devletin, hakları gerçekleştirme yükümlülüğü devam etmektedir (Paragraf: 11). ESKH Komitesinin 3 Numaralı Genel Yorumu için bkz., E/1991/23.

85 Maastricht Kuralları, Paragraf: 9-10.

86 Prudence E. Taylor, s. 319-320; Matthew C. R. Craven, s. 9.

demokrasinin temelidirler diye, medeni ve siyasal haklara öncelik tanımışlardır⁸⁷. Uzun erimli ve ideolojik kaynaklı bir tartışma konusu olan her iki hak kategorisi (ekonomik, sosyal ve kültürel haklar ile medeni ve siyasal haklar) arasındaki hiyerarşi veya öncelik sorunu, 1993 tarihli Dünya İnsan Hakları Konferansı’nda, BM Örgütü tarafından ortadan kaldırılmış ve bu ikili yaklaşım “bölücü/ayrılık yaratıcı” olarak nitelendirilerek; insan hakları “**eşit önemde**” ve “**derhal/acilen uygulanmaları gereken özelliktedir**” denilerek⁸⁸ arka plana atılmıştır.

Medeni ve siyasal haklar ile ekonomik, sosyal ve kültürel haklar arasındaki ayırımın ciddi bir şekilde yanıltıcı ve insan haklarının ihlali anlamına geldiğini belirten Donnelly de, günümüzde, zaten böyle bir ayırımın olmadığına vurgu yapmaktadır⁸⁹. Donnelly’yi izleyerek ifade edersek, bütün insan hakları, hem pozitif ve hem de negatif edimi gerektirdiğinden, artık bu ayırımın aşılması, geçmişteki siyasal çekişmelerin yükünden kurtulmaya da yardımcı olacaktır⁹⁰. Donnelly, devamla, artık günümüzde insan haklarının korunması konusuna ve hak ihlalleri ile ilgili mekanizma ve süreçlere dikkat edilmesinin daha önemli ve isabetli olduğuna işaret etmektedir⁹¹.

III- EKONOMİK SOSYAL VE KÜLTÜREL BİR HAK OLARAK “SAĞLIK HAKKI”

Evrensel (ve de doğum ile kazanılmış) bir hak olarak⁹² kabul edilmekte olan sağlık hakkı, aynı zamanda, ekonomik, sosyal ve kültürel haklar kategorisi dâhilinde mütalaa edilmektedir⁹³. Sağlık hakkının ifade edilmesinde, yani adlandırılmasında pek çok kavram önerilmekteyse de, yaygınlıkla benimsenen ve kullanılan terim “sağlık hakkı” şeklindedir⁹⁴.

87 Matthew C. R. Craven, s. 9.

88 Prudence E. Taylor, s. 319-322. İnsan hakları eşit önemdedir ve bu eşitlik, 1968 tarihli Tahran Bildirisi’nde de ifade edilmiştir. Bkz., Victor Dankwa - Cees Flintennan And Scott Leckie, s. 706 ve 713.

89 Jack Donnelly, s. 38, 40 ve 47.

90 Jack Donnelly, s. 43 ve 47. İnsan haklarının, hepsinin, hem negatif hem de pozitif yönlerinin birlikte olabileceği noktasında bkz., Françoise Tulkens, “In General, European Convention on Human Rights and Implementation”, 50. Yılında AİHM ve Türkiye. Uluslar arası Sempozyum, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, 2009, Ankara, s. 3-10 özellikle 4-5 ve 14-16; Elisabet Fura, “Implementation of European Court of Human Right Violence in the Family”, 50. Yılında AİHM ve Türkiye, Uluslar arası Sempozyum, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, 2009, Ankara, s. 65-72 özellikle 65.

91 Jack Donnelly, s. 47.

92 Sjeff Gevers, “The Right to Health Care”, *European Journal of Health Law* 11, 2004, s. 29; Alicia Ely Yamin, “The Right to Health Under International Law And Its Relevance to the United States”, *American Journal of Public Health*, Vol: 95, No: 7, July-2005. s.1157.

93 Aart Hendriks, 1998, s. 392; Amanda Littell, s. 293.

94 Günümüzde, yaygınlıkla, “sağlık hakkı” şeklinde ifade edilmekte olan kavram; “sağlığın korunması hakkı”, “tıbbi bakım hakkı”, “sağlık bakımı hakkı” ve “sağlığı koruyucu olan koşullar” şeklinde de anılmaktadır. Bu konuda bkz., Aart Hendriks, 1998, s. 390; Brigit Toebes, “Towards An Improved Understanding of the International Human Right to Health”, *Human Rights Quarterly* 21, (1999), s. 662-663; Eleanor D. Kinney, “The International Human Right to Health What does This Mean for Our Nation and World?”, *Indiana Law Review*, 2001, s. 1457.

Son zamanlarda önemi ve popülerliği ciddi manada artan⁹⁵ bir hak olarak sağlık hakkı, uluslar arası alanda 1940'lı yıllardan itibaren düzenlenmeye başlanmıştır. BM'ye bağlı olarak çalışan ve sağlık alanında bir uzmanlık kuruluşu olan Dünya Sağlık Örgütü'nün (DSÖ/WHO) Anayasası⁹⁶'nda, sağlık hakkı, açık bir şekilde tanımlanmıştır⁹⁷. Sözü edilen ve sağlık hakkına ilişkin olan tanım, "sağlık hakkı, sadece 'hastalıkların yokluğu' ya da 'bedence veya zihince zayıflık/dermansızlık (sakatlık)' gibi durumların olmaması anlamına gelmez; bunların yanı sıra, 'tam bir fiziksel, ruhsal ve sosyal iyilik hali' anlamına gelir" şeklinde belirginleştirilmiştir (DSÖ'nün Anayasası, Başlangıç kısmı). "En yüksek düzeyde ulaşılabilir olan sağlık standardından yararlanmanın", her insanın temel bir hakkı olduğunun belirtildiği DSÖ Anayasası'nda (Başlangıç kısmı), sağlık hakkından yararlanmada, "ırk, din, siyasi düşünce, ekonomik durum ve sosyal durum" gibi açılardan, bireyler arasında herhangi bir ayrımcılığın yapılması da yasaklanmıştır. Dolayısıyla, devletin, mevcut sağlık olanaklarını bireylere sunarken kişilerin ırkından dolayı, dininden dolayı, siyasi düşüncesinden dolayı ya da ekonomik ve sosyal durumundan dolayı ayrımcılık yapması ve sağlık hizmetlerini bazı kişiler için sunmaktan kaçınması veya kötü sunması, sağlık hakkının ihlali anlamına gelecektir. Bu noktada, tıbbi bakım hizmeti sunmakta olan görevlilerin de, devlet tarafından etkili bir şekilde denetlenmesi ve sağlık hakkının hiçbir ayırım yapılmadan sunulmasının temin edilmesini sağlaması gerekmektedir. Barışın ve güvenliğin sürdürülmesinde bütün insanların sağlığına dikkat çekildikten sonra, sağlık hakkının gerçekleştirilebilmesi için bireylerin ve devletlerin tam bir işbirliği içinde olmaları gereğine ve tıp olanaklarının herkes için yaygınlaştırılmasının sağlığın tam olarak gerçekleştirilmesi bakımından önemli olduğuna atıf yapılan DSÖ'nün Anayasası'nda (Başlangıç kısmı), ek olarak, devletlerin sağlık konusunda kendi halkı ile ilgili olarak, sağlık hakkının tam olarak yerine getirilmesi noktasında yükümlülüklerinin olduğunun da altı çizilmiştir.

Bazı Sözleşmelerde spesifik olarak "korunmasız gruplar" (kadınlar, çocuklar, ırksal azınlıklar, mahkumlar, göçmen işçiler ve yerli halklar) için ifade edilmiş

95 Son yıllarda, ekonomik, sosyal ve kültürel hakların tanınması konusundaki yaklaşım ve sağlık hakkı ile öteki haklar arasında ilişki kuran bakış açısı, insan hakları hukukunda, sağlık hakkını popüler yapmıştır. Bu konuda bkz., Sjef Gevers, s. 30; Peter Battlett - Oliver Lewis and Oliver Thorold, *Mental Disability and the European Convention on Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, Printed in Nederland, 2007, s. 112.

96 19 Haziran - 22 Temmuz tarihleri arasında, 1946'da, New York'da yapılan "Uluslar arası Sağlık Konferansı"nda kabul edilen, 22 Temmuz 1946'da 61 devlet temsilcisi tarafından imzalanan ve 7 Nisan 1948 tarihinde yürürlüğe giren "Dünya Sağlık Örgütü'nün Anayasası" (The Constitution of World Health Organization) için Dünya Sağlık Örgütü'nün resmi internet sitesine bakılabilir.

97 Eleanor D. Kinney, s. 1460; Amanda Littell, s. 289 ve 298; Steven R. Keener - Javier Vasquez, s. 598-599; Alicia Ely Yamin, s. 1156-1157; Jacques Fomerand, *Historical Dictionary of the United Nations*, The Scarecrow Press, Inc, Lanham, Maryland, Toronto, Plymouth, UK, 2007, s. 399; Aart Hendriks, 1998, s. 389; Robert F. Gorman - Edwards S. Mihalkanin, *Historical Dictionary of Human Rights and Humanitarian Organisations*, The Scarecrow Press, Inc, Lanham, Maryland, Toronto, Plymouth, UK, 2007, s. 116; Brigit Toebes, s. 663 ve "Fact Sheet - The Right to Health Joint Fact Sheet, WHO/OHCHR/233August 2007" için bkz., www.who.int/mediacentre/factsheets/fs323/en/print.html (Erişim Tarihi: 18.02.2010).

olan⁹⁸ sağlık hakkı, bireylerin ve grupların maddi durumları ile ilgili olduğundan, devletlere ödevler yüklemektedir⁹⁹.

Ulusalüstü insan hakları hukukunun, devletlere (insan haklarına saygı göstermek, insan haklarını korumak ve insan haklarının gereğini yerine getirmek olmak üzere ifade edilmekte olan) üç tip yükümlülük yüklediğini dikkate aldığımızda, söz konusu bu yükümlülüklerin tamamı, sağlık hakkı için de aynen geçerlidir¹⁰⁰. Bu yüzden, devletlerin, sağlık hakkına yönelik olan ihlallerden kaçınması, sağlık sisteminde sistematik ayrımcılık yapmaması, sağlık hakkının ihlaline yönelik olan ve üçüncü taraflardan kaynaklanan müdahaleleri önlemesi, temel sağlık olanaklarına ulaşmanın yanı sıra, etkili önlemler yoluyla sağlık hakkı ile ilgili olarak evrensel sağlık hizmetlerinin gereklerini yerine getirmesi yükümlülüğü vardır. Dolayısıyla, devletlerin, sağlık hakkının uygulamadaki yerine getirilişi konusunda serbest bırakılması, anılan hakkın içeriğinin ciddi bir şekilde boşaltılması anlamına gelebilecek uygulamalara yol açacaktır¹⁰¹.

Sağlık hakkı, öteki bazı haklarla birlikte düşünülmekte ve yorumlanmakta olduğundan, insan haklarının tamamının birbirlerini hem karşılıklı, hem de olumlu yönde etkiledikleri ve geliştirdikleri düşünülmektedir¹⁰². Sağlık hakkı; çevrenin korunması, yaşam hakkı, ailenin korunması hakkı, özel yaşam hakkı, kültürel haklar, mülkiyet hakkı, elverişli yaşama standartlarına hak, ayrımcılık yasağı, konut hakkı, beslenme hakkı, doğal kaynaklardan ve zenginliklerden faydalanma hakkı, işkence yasağı, çalışma hakkı ve su hakkı ile birlikte yorumlanmaktadır. Sağlığı olmayan insanların öteki hakları kullanamayacağı; sağlığın ön koşulunun temiz çevre, temiz hava, temiz/içilebilir su, temiz toprak, vs. olduğu; kirliliğin sağlığı tahrip edeceği ve dolayısıyla da bütün insan haklarının yok olacağı gerçeğinden hareketle, insan hakları hukuku ve sağlık hakkının birbirini beslediği gerçeğine ulaşılmaktadır¹⁰³.

98 Sağlığı, özel bazı kişi grupları (korunmasız gruplar) için vurgulayan Sözleşmeler de vardır: Kadınlar (Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi, madde 12); çocuklar (Çocuk Hakları Sözleşmesi, madde 24); ırksal azınlıklar (Irk Ayrımcılığının Her Türünün Ortadan Kaldırılması Uluslar arası Sözleşmesi, madde 5); mahkumlar (Mahpusların Islahı İçin Minimum Kurallar, madde 9); göçmen işçiler (Bütün Göçmen İşçilerin ve Onların Ailelerinin Üyelerinin Haklarının Korunması Hakkında Uluslar arası Sözleşme, madde 28) ve yerli halklar (Bağımsız Ülkelerdeki Yerli ve Kabile Halkları Hakkında Sözleşmesi, madde 25). Bu konuda bkz., Brigit Toebes, s. 664, Dipnot: 10-15.

99 Aart Hendriks, 1998, s. 391; Eleanor D. Kinney, s. 1457; Alicia Ely Yamin, s. 1157 ve Timothy Goodman, “Is There A Right to Health?”, *Journal of Medicine and Philosophy* 30. 2005, s. 652.

100 Alicia Ely Yamin, s. 1157 ve Lance Gable, s. 535.

101 Eleanor D. Kinney, s. 1471.

102 Dinah Shelton, “Human Rights and the Environment: What Specific Environmental Rights Have Been Recognized?”, *Denver Journal of International Law and Policy*, Winter-2006, s. 131, 151 ve 171; Jennifer Cassel, “Enforcing Environmental Human Rights: Selected Strategies of US NGOs”, *Northwestern University Journal of International Human Rights*, Fall-2007, s. 105; Sumudu Atapattu, s. 69 ve 96; Dinah Shelton, “International Decisions: Decision Regarding Communication 155/96”, *American Journal of International Law*, October-2002, s. 937; Sjeff Gevers, s. 30; Andrew Clapham, s. 119; Alicia Ely Yamin, s. 1157; Dinah Shelton, 2006, s. 131 ve 152 ve Lance Gable, s. 535.

103 Dinah Shelton, 2006, s. 171.

A-Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukuna Özgü Temel Belgelerde Sağlık Hakkı

Sağlık hakkı, tarihsel olarak, II. Dünya Savaşı sonrası evrede hazırlanmış olan insan hakları belgelerinde¹⁰⁴ düzenlenmeye başlamıştır. Sözü edilen dönem, aynı zamanda, insan haklarının uluslararası düzlemde kurumsallaşmaya başladığı evre anlamına da gelmektedir.

İçerik olarak sağlık hakkı konusunda bir düzenlemeye sahip olan insan hakları belgelerinde, sözü edilen hak kategorisi; **“sağlığın korunması hakkı”** (Amerikan İnsan Hakları ve Ödevleri Bildirisi, ASŞ, GGASŞ), **“tıbbi bakım hakkı”** (Evrensel İnsan Hakları Bildirisi), **“tıbbi yardım hakkı”** (ASŞ, GGASŞ), **“fiziksel ve ruhsal sağlık standartlarından yararlanma hakkı”** (ESKH Sözleşmesi), **“bedensel ve ruhsal sağlık hakkı”** (Ame.İH Sözleşmesinin Ek Protokolü) ve **“sağlık hakkı”**¹⁰⁵ (Ame.İH Sözleşmesi'nin Ek Protokolü) şeklinde kavramlaştırılmaktadır.

Sağlık hakkının öznesi, insan hakları belgelerine göre; **“her kişi”** (Ame.İHÖB), **“herkes”** (EİHB, ESKH Sözleşmesi, Ame.İH Sözleşmesi'nin Ek Protokolü), **“yeterli kaynağı olmayan kişi”** (ASŞ, GGASŞ), **“sosyal güvencesi olmayan kişi”** (ASŞ, GGASŞ), **“her birey”** (Af. İHH Şartı), **“halk”** (Af. İHH Şartı, Ame.İH Sözleşmesi'nin Ek Protokolü), **“tüm bireyler”** (Ame.İH Sözleşmesi'nin Ek Protokolü), **“aileler”** (Ame.İH Sözleşmesi'nin Ek Protokolü), **“devletin yargı yetkisine tabi tüm bireyler”** (Ame.İH Sözleşmesi'nin Ek Protokolü), **“yüksek risk grupları”** (Ame.İH Sözleşmesi'nin Ek Protokolü), **“yoksullar”** (Ame.İH Sözleşmesi'nin Ek Protokolü) ve **“çocuk”** (Ame.İH Sözleşmesi'nin Ek Protokolü) olarak ifade edilmektedir.

Sağlık hakkı konusunda, insan hakları belgelerinde, taraf devletlere yönelik “ödevler” ise, şu şekilde sıralanmaktadır: **“Sağlığı bozabilecek nedenleri ortadan kaldırmak”** (ASŞ, GGASŞ), **“sağlıklı olmayı geliştirmek”** (ASŞ, GGASŞ), **“sağlık konusunda kişisel sorumluluğu teşvik etmek için danışma ve eğitim olanağı sunmak”** (ASŞ, GGASŞ), **“sağlık konusunu kamunun iyiliğine dair bir mesele olarak tanımak”** (Ame.İH Sözleşmesi'nin Ek Protokolü), **“tüm bireylerin ve ailelerin temel sağlığı için ön sağlık bakımı olanakları sağlamak”** (Ame. İH Sözleşmesi'nin Ek Protokolü), **“kendi yargı yetkisine tâbi tüm bireylere sağlık hizmeti sağlamak”** (Ame.İH Sözleşmesi'nin Ek Protokolü), **“sağlık sorunlarının önlenme-**

104 Amerikan Devletleri Örgütü tarafından hazırlanmış olan 2 Mayıs 1948 tarihli Amerikan İnsan Hakları ve Ödevleri Bildirisi'nde (11. madde); BM tarafından hazırlanmış olan 10 Aralık 1948 tarihli Evrensel İnsan Hakları Bildirisi'nde (25. madde); Avrupa Konseyi tarafından hazırlanmış olan ve 1961 tarihinde imzaya açılıp 1965 tarihinde yürürlüğe giren Avrupa Sosyal Şartı'nda 11. ve 13. maddeler); BM tarafından hazırlanmış olan ve 1966 tarihinde imzaya açılıp 1976 tarihinde yürürlüğe giren Uluslararası Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'nde (12. madde); Afrika Birliği tarafından hazırlanmış olan ve 1981 tarihinde imzaya açılıp 1986 tarihinde yürürlüğe giren Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı'nda (16. madde); Amerikan Devletleri Örgütü tarafından hazırlanmış olan ve 1988 tarihinde imzaya açılıp 1999 tarihinde yürürlüğe giren Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesinin Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Alanında Ek Protokolü'nde (10. madde) ve Avrupa Konseyi tarafından hazırlanmış olan ve 1996 tarihinde imzaya açılıp 1999 tarihinde yürürlüğe giren Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı'nda (11. ve 13. maddeler) sağlık hakkı konusunda düzenlemeler vardır.

105 AmeİHS'nin Ek Protokolü (10. madde), sağlık hakkını; “bedensel iyilik”, “akli iyilik” ve “sosyal iyilik” olmak üzere üç farklı anlamda benimsemektedir.

si ve tedavi edilmesi için halkı eğitmek” (Ame.İH Sözleşmesi’nin Ek Protokolü), **“yüksek risk grupları ile yoksulların sağlık ihtiyaçlarını karşılamak”** (Ame.İH Sözleşmesi’nin Ek Protokolü) ve **“kazalar ortaya çıkmasını diye önlem almak”** (GGASŞ).

Sağlık hakkının yerine getirilmesinde “ön şart” olarak ileri sürülen “kamunun ve toplumun kaynaklarının elverdiği ölçüde” (Ame.İHÖB) yönündeki düzenleme, öteki insan hakları belgelerinde yer verilmemiş oluşu ile de “tek, özel ve tarihi” bir durum olarak karşımıza çıkmaktadır. Yani, ulusalüstü insan hakları hukuku, spesifik olarak sağlık hakkının düzenlendiği madde metinlerinde, kamu otoritesinin sağlık konusundaki görevlerini yerine getirirken **“kaynak yetersizliği”** veya **“kaynak yokluğu”** gibi gerekçelerini haklılaştıran normatif bir eğilime sahip değildir.

Öte yandan, ESKH Komitesinin 14 Numaralı Genel Yorumu¹⁰⁶ ile BM İH Komitesinin 6 Numaralı Genel Yorumunun¹⁰⁷ da sağlık hakkı ile ilgili olduğunun hatırlatılmasında yarar vardır.

B- BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesinin 14 Numaralı Genel Yorumuna Göre Sağlık Hakkı

Sağlık hakkı, ESKH Komitesine göre (pek çok hak da dahil olmak üzere) uygun tıbbi bakım ve tedaviye sadece vaktinde ulaşmak demek değil; aynı zamanda, güvenli ve içilebilir suya ulaşma hakkı, yeterli sağlık korumaya/hıfzıssıhaya hak, güvenilir besinin yeterli derecede sunulması hakkı, beslenme ve barınma (konut) hakkı, sağlıklı çalışma/iş koşulları, sağlıklı çevre koşulları, sağlıkla ilgili eğitime ve bilgiye ulaşma hakkı, cinsel sağlık hakkı ve üreme sağlığı haklarını da içerir bir şekilde tanımlanmaktadır¹⁰⁸. Ve daha da önemlisi, sağlık hakkının tam olarak gerçekleştirilebilmesi için toplumun, hem ulusal, hem de uluslar arası düzlemde sağlıkla ilgili kararların alınması sürecine aktif olarak katılımının, taraf devletlerce sağlanması gerekmektedir¹⁰⁹.

106 Eleanor D. Kinney, s. 1467-1470; “Fact Sheet - The Right to Health Joint Fact Sheet, WHO/OHCHR/233August 2007” için bkz.,www.who.int/mediacentre/factsheets/fs323/en/print.html (Erişim Tarihi: 18.02.2010); Alicia Ely Yamin, s. 1157; Steven R. Keener - Javier Vasquez, s. 605; Dinah Shelton, 2006, s. 144 ve Andrew Clapham, s. 129-130. Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi, 1989’da aldığı bir kararla, ESKH Sözleşmesi’nin çeşitli hükümlerini ve Taraf Devletlerin rapor sunma yükümlülüklerinin yerine getirilmesi konularında “genel yorum” başlıklı kararlar üretmek üzere kendisini yetkilendirmiştir. Bu konuda bkz., Mehmet Semih Gemalmaz, 2007, s. 510. ESKH Komitesinin 25 Nisan - 12 Mayıs 2000 tarihleri arasında Cenevre’deki 22. oturumunda hazırlanmış olduğu ve spesifik olarak sağlık hakkına ilişkin olan 14 Numaralı Genel Yorum için bkz., E/C.12/2000/4, 11 Ağustos 2000.

107 Amanda Littell, s. 298. BM İH Komitesi, 1982 tarihli ve yaşam hakkı ile ilgili olan 6 Numaralı Genel Yorumu’nda; yaşam hakkının dar olarak yorumlanamayacağını, yaşam hakkının korunabilmesi için, taraf devletlerin pozitif önlemler alması gerektiğinin altını çizmektedir. BM İH Komitesi, devamla, yetersiz beslenmenin ve salgın hastalıkların yok edilmesi yolunda önlemler de kabul etmek suretiyle, çocuk ölüm oranlarının düşürülmesi ve ortalama yaşam süresinin artırılması konusunda, taraf devletlerin, mümkün olan bütün olanaklı önlemleri alması gereğine vurgu yapmaktadır (Paragraf: 5). BM İH Komitesinin 6 Numaralı Genel Yorumu için bkz., HRI/GEN/I/Rev.7.

108 14 Numaralı Genel Yorum, Paragraf: 11.

109 14 Numaralı Genel Yorum, Paragraf: 11

Bütün insan haklarının uygulanabilmesi için vazgeçilmez/zorunlu önemde bir hak olan sağlık hakkı, her insanın, “en yüksek düzeyde ulaşılabilir olan” sağlıktan yararlanma konusundaki yetkilerini de içermektedir¹¹⁰. Özgürlükleri ve yetkileri birlikte (kümülatif olarak) içermekte olan sağlık hakkı, sadece “sağlıklı olma hakkı” şeklinde değil; inter alia, işkence yasağı, genel mutabakata dayanmayan tıbbi tedavinin denenmemesi, kişinin sağlığını ve vücudunu kontrol etme hakkı, cinsel özgürlük hakkı, üreme özgürlüğü ve müdahaleden azade olma özgürlüğünü de bünyesinde barındırmaktadır¹¹¹. Bireylerin sağlık hakkı konusunda sahip olduğu yetkiler ise, “en yüksek düzeyde ulaşılabilir olan” sağlık seviyesinden yararlanmada eşit olanaklar sunan sağlık koruma sistemine sahip olma hakkını kapsamaktadır¹¹².

Bütün insan haklarının ayrılmaz bir parçası olan sağlık hakkı, besin hakkı, barınma (konut) hakkı, çalışma hakkı, eğitim hakkı, insan onuru, yaşam hakkı, ayrımcılık yapmama, eşitlik, işkence yasağı, özel yaşamın gizliliği, bilgi edinme özgürlüğü, örgütlenme özgürlüğü, toplanma özgürlüğü ve seyahat özgürlüğü hakları ile yakından ilişkilidir¹¹³.

ESKH Komitesine göre, “en yüksek düzeyde ulaşılabilir olan sağlık standardından yararlanma” hakkı, bireyin, biyolojik ve sosyo-ekonomik ön koşulları ile devletin ulaşılabilir kaynaklarının her ikisini birden göz önünde tutmaktadır. Sağlık hakkı, nihai olarak, “bir kısım olanaklardan, mallardan ve hizmetlerden yararlanma hakkı” ile “en yüksek düzeyde ulaşılabilir olan sağlık hakkının gerçekleştirilebilmesi için gerekli olan koşullardan faydalanma hakkının tamamı” şeklinde tanımlanmaktadır¹¹⁴.

Sağlık hakkının, bir taraf devlette tam olarak yerine getirilebilmesi için, mevcut şartlara bağlı olan önemli ve birbiri ile ilişkili dört unsuru vardır. Bunlar, sırasıyla, “elde edilebilirlik”¹¹⁵ (availability); “erişilmesi kolaylık”¹¹⁶ (accessibility); “kabul

110 14 Numaralı Genel Yorum, Paragraf: 1.

111 14 Numaralı Genel Yorum, Paragraf: 8.

112 14 Numaralı Genel Yorum, Paragraf: 8.

113 14 Numaralı Genel Yorum, Paragraf: 3.

114 14 Numaralı Genel Yorum, Paragraf: 9.

115 “Elde edilebilirlik/kullanılabilirlik/mevcudiyet”, kamu sağlığı ve tıbbi bakım olanaklarının, mallarının, hizmetlerinin ve programlarının yeterli nitelikte olarak, taraf devlette elde edilebilir olması anlamında kullanılmaktadır. Bu faktörler, devletin gelişme düzeyi ile de ilişkili olmasına rağmen, şunları da kapsamaktadır: Güvenli ve içilebilir içme suyu, yeterli sağlık koruma olanakları, hastaneler, klinikler, sağlıkla ilgili binalar, iç şartlara ve rekabet koşullarına göre belirlenmiş yeterli ücret alan eğitilmiş tıbbi personel ve DSÖ’nün eylem raporunda belirlenmiş olan temel ilaçlar. Bkz., 14 Numaralı Genel Yorum, Paragraf: 12.

116 “Erişilmesi kolaylık”, sağlık olanaklarına, mallarına ve hizmetlerine, devletin yargı alanındaki herkes bakımından herhangi bir ayrımcılık olmaksızın ulaşılabilmesi anlamına gelmektedir. Erişilmesi kolay olmanın dört unsuru vardır: İlki, ayrımcılık yapmamadır. Hem hukuki olarak, hem de fiilen, özellikle korunmasız veya marjinal gruplar için, sağlık olanaklarına, mallarına ve hizmetlerine ayrımcılık yapılmaksızın ulaşılabilmesinin kolaylığı şeklinde anlaşılmalıdır. İkincisi, fiziksel olarak ulaşılabilmesinin kolay olmasıdır. Nüfusun her bölümünün, özellikle korunmasız ya da marjinal gruplar için, sağlık olanaklarına, mallarına ve hizmetlerine fiziksel ulaşımın güvenilir olması ile ilgilidir. Korunmasız ve marjinal gruplar derken, kastedilen; etnik azınlıklar, yerli halklar, kadınlar, çocuklar, (13-16 yaş arası) gençler, yaşlılar, engelliler ve HIV/AIDS virüsü taşıyan kişilerdir. Tıbbi hizmetler ve sağlığın unsurları, güvenli ve içilebilir su, yeterli sağlık koruma olanakları,

edilebilirlik¹¹⁷ (acceptability) ve **“kalitelilik”**¹¹⁸ (quality) şeklindedir. Özüne indirgendiğinde, bir taraf devlette sağlık hakkının tam olarak gerçekleştirilebilmesi için, sağlık olanaklarının, mallarının ve hizmetlerinin, öncelikle mevcut olması, sonra bunlara erişimin kolay olması, kabul edilebilir nitelikte olması ve nihayet kaliteli olması gerekmektedir. Tersinden ifade edersek, ilkin, bir taraf devlette sağlık olanakları, malları ve hizmetleri mevcut değil ise (yani, içme suyu, hastaneler, klinikler, tıbbi personel ve temel ilaçlar yok ise), o devlet, sağlık hakkını ihlal etmiş olacaktır. İkinci olarak, sağlık olanaklarına, mallarına ve hizmetlerine erişilmesi kolay değil ise (yani, o taraf devlette sağlık konusunda ayrımcılık yapılmıyorsa, kırsal kesimlerde yaşayanlar ve özürlü kişiler sağlık hizmetlerine ulaşamıyorsa) sağlık hakkı yine ihlal edilmiş olacaktır. Üçüncü olarak, bir devlette, sağlık olanakları, malları ve hizmetleri kabul edilebilir nitelikte değil ise (yani, sağlık konusunda cinsiyete duyarlı yaklaşım benimsenmemiş ise, sağlık hizmeti kültürel olarak uygun değilse ve tıp etiğine saygılı değilse) sağlık hakkının gerekleri yerine getirilmiyor demektir. Nihayet, bir taraf devlette sağlık olanakları, malları ve hizmetleri kaliteli değil ise (yani, bilimsel ve tıbbi değil ise, uzman tıp personeli yoksa, bilimsel olarak uygun ve kullanım süresi dolmamış ilaçlar ve hastane cihazları yoksa, içilebilir su yoksa), yine, sağlık hakkının ihlali söz konusu olacaktır.

ESKH Sözleşmesi, sağlık hakkının tedrici olarak yerine getirilmesini ve kaynakların sınırlı oluşundan kaynaklanan zorlukları kabul etmekteyse de, sözü edilen durum, taraf devletlerin, sağlık hakkı ile ilgili olarak **“derhal/ivedi”** yerine getirmesi gereken çeşitli yükümlülükleri ortadan kaldırmamaktadır¹¹⁹. Aslında, sağlık hakkının, taraf devletlerce tedrici olarak yerine getirilmesi yükümlülüğü, “mümkün olduğunca hızlı ve etkili bir şekilde hareket etme özel ve sürekli yükümlülüğü” altında olduklarını içeren bir zorunluluktur¹²⁰. Sağlık hakkının, tam olarak yerine getirilebilmesi için, taraf devletlerce, **“derhal/ivedi”** yerine getirilmesi gereken yükümlülükler; **“sağlık hakkının herhangi bir ayrımcılık yapılmaksızın**

güvenilir fiziksel ulaşılabilirlik içinde olmalı; kırsal/taşra bölgeleri dahil olmak üzere, özürlü kişilerin binalara ulaşımının yeterli kolaylıkta olması da gerekmektedir. Üçüncüsü, ekonomik olarak ulaşılabilmenin kolay olmasıdır. Sağlık olanakları, malları ve hizmetleri, herkes için, “ödenebilir” olmalıdır. Sosyal olarak, dezavantajlı olan gruplar da dâhil olmak üzere, tıbbi bakım hizmetleri için ödeme koşullarının (hizmeti özel veya kamu kesiminin sunması fark etmeksizin) eşitlik ilkesi üzerine oluşturulmuş ve herkes için ödenebilir olması gerekir. Eşitlik derken kastedilen, fakirlerin, zenginler ile karşılaştırıldığında, sağlık harcamaları konusunda orantısız bir yük altına sokulmamasıdır. Dördüncüsü, bilgiye ulaşımın kolay olmasıdır. Kişisel sağlık bilgilerinin açıklanmasını içermeyen bilgiye ulaşımın kolay olması unsuru; sağlık ile ilgili bilgi ve düşüncelerin araştırılabilmesini ve edinilebilmesini içermektedir. Bkz., 14 Numaralı Genel Yorum, Paragraf: 12.

117 “Kabul edilebilirlik”, bütün sağlık olanaklarının, mallarının ve hizmetlerinin tıp etiğine saygılı ve kültürel olarak uygun olmasını ifade etmektedir. Yani, sağlık hizmeti, hem cinsiyete duyarlı olmalı, hem de bireysel kültüre, azınlıkların, halkların ve toplulukların kültürüne ve yaşam döngüsüne gerekliliklerine saygılı olmalıdır. Bkz., 14 Numaralı Genel Yorum, Paragraf: 12.

118 Sağlık hizmetinin kaliteli olması, bilimsel ve tıbbi içerikte olmasını ifade etmektedir. Yani, sağlık hizmeti, iyi bir kalitede ve nitelikte olmalıdır. Becerikli tıp personeli, bilimsel olarak uygun ve kullanım süresi dolmamış ilaçlar ve hastane cihazları, güvenilir ve içilebilir su ve yeterli sağlık koruma da, sağlık hizmetlerinin kaliteli olması gereği ile ilişkilidir. Bkz., 14 Numaralı Genel Yorum, Paragraf: 12.

119 14 Numaralı Genel Yorum, Paragraf: 30.

120 14 Numaralı Genel Yorum, Paragraf: 31.

uygulanmasını garanti altına almak” ve “ESKH Sözleşmesi’nin 12. maddesinde belirtilmiş olan ve sağlık hakkı ile ilgili olan hükümleri¹²¹ tam olarak gerçekleştirebilmek için adım atma yükümlülüğü” anlamına gelmektedir¹²². Sözü edilen adımların, herkes tarafından müzakere edilerek alınmış kararlar olması, somut olarak ve sağlık hakkının tam olarak yerine getirilmesi saikiyle atılmış adımlar olmaları da gerekmektedir¹²³.

ESKH Komitesi tarafından hazırlanmış olan 14 Numaralı Genel Yorum’un dört paragrafı (34, 35, 36 ve 37. paragraflar) “**özel yasal yükümlülükler**”; dört paragrafı da (30, 31, 32 ve 33. paragraflar) “**genel yasal yükümlülükler**” başlığı ile kaleme alınmıştır.

Aslında, bütün öteki insan hakları için söz konusu olduğu gibi, sağlık hakkının da, taraf devlete, genel olarak (insan haklarına) “**saygı göstermek**”, (insan haklarını) “**korumak**” ve (insan haklarının) “**gereğini yerine getirmek**” olmak üzere üç tip yükümlülük yüklediği kabul edilmektedir¹²⁴. İnsan haklarına saygı gösterme yükümlülüğü, devletlerin, sağlık hakkından yararlanılması konusunda, doğrudan ve dolaylı olarak ihlal niteliğindeki müdahalelerden kaçınması anlamına gelmektedir¹²⁵. İnsan haklarını koruma yükümlülüğü, ESKH Sözleşmesi’nin 12. maddesinde belirtilen hakların, bireylerin, üçüncü tarafların ihlal niteliğindeki müdahalelerinden korunması için, taraf devletlerin önlem alması gerektiğini ifade etmektedir¹²⁶. İnsan haklarının gereğini yerine getirme yükümlülüğü ise, taraf devletlerin sağlık hakkının tam olarak gerçekleştirilebilmesi için yasal, idari, mali/bütçesel, yargısal, geliştirici ve diğer uygun önlemleri alması şeklinde kavranmaktadır¹²⁷.

Sağlık hakkı konusunda taraf devletlerin “özel yasal yükümlülükleri” ise, sırasıyla şöyle ifade edilebilir: Taraf devletler, sağlık hakkı ile ilgili hizmetlere bütün kişilerin (mahkumlar, tutuklular, azınlıklar, mülteciler ve hukuk dışı göçmenler de dâhil olmak üzere) eşit ulaşımını engelleyen ve sınırlayan girişimlerden kaçınmalıdırlar; devlet politikası olarak ayrımcılık yapmamalıdırlar; geleneksel tıbbi tedavi yöntemlerini engellememelidirler; ayrıca taraf devletler, havanın, suyun, toprağın ve benzerlerinin hukuk dışı kirletilmesinden de kaçınmalıdırlar¹²⁸. En önemlisi,

121 ESKH Sözleşmesi’nin 12. maddesinde; “ulaşılabilir en yüksek düzeyde fiziksel ve ruhsal sağlık standardından yararlanma hakkı; ölü doğum oranının ve çocuk ölümlerinin düşürülmesi; çocuğun sağlıklı gelişmesinin sağlanması; çevresel ve sinai sağlık şartlarının bütün yönleriyle iyileştirilmesi; salgın, yöresel, mesleki ve diğer hastalıkların önlenmesi, tedavisi ve denetim altında tutulması; hastalık durumunda bütün sağlık hizmetlerini ve tıbbi bakımı temin edecek koşulların yaratılması” gibi hükümler bulunmaktadır.

122 14 Numaralı Genel Yorum, Paragraf: 30.

123 14 Numaralı Genel Yorum, Paragraf: 30.

124 14 Numaralı Genel Yorum, Paragraf: 33.

125 14 Numaralı Genel Yorum, Paragraf: 33.

126 14 Numaralı Genel Yorum, Paragraf: 33.

127 14 Numaralı Genel Yorum, Paragraf: 33.

128 14 Numaralı Genel Yorum, Paragraf: 34. ESKH Komitesi, öte yandan, şu yükümlülüklerin de, “önceliğine” inanmaktadır: “Taraf devletlerin, üremeyi temin etmeleri, annelik (doğum öncesi ve doğum sonrası) ve çocuk sağlığı bakımını temin etmeleri; toplumda oluşan **önemli bulaşıcı hastalıklara karşı aşılama kampanyası** düzenlemeleri; hastalıkları önlemek, tedavi etmek ve kontrol etmek için önlem almaları; toplumdaki temel sağlık problemleri ve onları önlemek ve kontrol et-

altı çizilerek belirtilmelidir ki, devletler, önemli bulaşıcı hastalıklara karşı aşılama kampanyası düzenlemezlerse, sağlık hakkını ihlal etmiş olacaklardır. Bu yüzden, insan haklarının korunması ve gereğinin yapılması için adım atma iradesi yönünde isteği olan devletlerin, önemli bulaşıcı hastalıklara karşı aşı temin etmesi, aşı stoklaması ve hastalıkların yayılmasını önlemesi, sağlık hakkı ile ilişkili önemli bir yükümlülüktür.

14 Numaralı Genel Yorum’da, taraf devletlerin, sağlık hakkının tam olarak gerçekleştirilebilmesi için uluslar arası yardım ve işbirliğine başvurma yükümlülüğüne dikkat çekildikten¹²⁹ sonra; tıbbi bakım konusunda “**minimum çekirdek yükümlülükler**” kavramı gündeme taşınmaktadır¹³⁰. ESKH Komitesine göre, taraf devletlerin, sağlık hakkı konusunda “minimum çekirdek yükümlülükleri” vardır ve bu yükümlülükler, şu şekilde sıralanmaktadırlar: Taraf devletlerin, özellikle korunmasız ve marjinal gruplar da dikkate alınmak suretiyle, ayrımcılık yapmama temelinde, sağlık olanaklarına, mallarına ve hizmetlerine ulaşma hakkını temin etme yükümlülüğü; besin olarak yeterli ve güvenli minimum temel gıdaya ulaşmayı temin etme yükümlülüğü; herkesin açıktan kurulma özgürlüğünü temin etme yükümlülüğü; temel barınmaya, sağlık koruma hizmetlerine, güvenilir ve içilebilir suya ulaşmayı temin etme yükümlülüğü; DSÖ tarafından belirlenmiş olan hayati ilaçları sağlama yükümlülüğü; bütün sağlık olanaklarının, mallarının ve hizmetlerinin eşit dağıtımını temin etme yükümlülüğü; katılımcı ve şeffaf bir prosedür izlenerek hazırlanmış olan ve periyodik olarak gözden geçirilen “ulusal kamu sağlığı stratejisi ve eylem planı” kabul etme ve uygulama yükümlülüğü; sağlık hakkı konusundaki gelişmeleri izleme amaçlı “göstergeler” belirleme yükümlülüğü ve korunmasız ve marjinal gruplara özel bir önem atfetme yükümlülüğü¹³¹.

ESKH Komitesi, 14 Numaralı Genel Yorumu ile sağlık hakkının hangi durumlarda ihlal edilmiş olacağını da belirlemiştir. ESKH Komitesine göre sağlık hakkı, bazı durumlarda insan haklarına saygı göstermek yükümlülüğü bakımından, bazı durumlarda insan haklarının korunması yükümlülüğü bakımından, bazı durumlarda ise insan haklarının gereğinin yerine getirilmesi yükümlülüğü bakımından ihlal edilmiş olacağından, taraf devletlerin, ihlal niteliğindeki edimlerden kaçınması gerekmektedir.

Bir taraf devlet, sağlık hakkının tam olarak gerçekleştirilebilmesi için mevcut kaynaklarını “**maksimum ölçüde**” kullanmaz ise, sağlık hakkı (bir başka ifadeyle, ESKH Sözleşmesi’nin 12. maddesi) ihlal edilmiş olacaktır¹³². Bir taraf devlette sağlık olanaklarına, sağlık mallarına ve sağlık hizmetlerine ulaşım mümkün değilse ya da bu olanaklara ulaşmada hukuki veya fiili ayrımcılık yapılmakta ise sağlık hakkı,

mek hakkında eğitim ve bilgiye ulaşma olanağı sağlamaları; sağlık ve insan hakları konusundaki eğitim de dâhil olmak üzere sağlık personeli için uygun eğitim temin etmeleri.” Bu konuda bkz., 14 Numaralı Genel Yorum, Paragraf: 44.

129 14 Numaralı Genel Yorum, Paragraf: 38.

130 14 Numaralı Genel Yorum, Paragraf: 43.

131 14 Numaralı Genel Yorum, Paragraf: 43.

132 14 Numaralı Genel Yorum, Paragraf: 47.

insan haklarına saygı gösterme yükümlülüğü bakımından ihlal edilmiş olacaktır¹³³. Taraf devletin, tüketicilerin ve işçilerin sağlığa zararlı pratiklerden korunmasında başarısız olması durumunda¹³⁴ ve **taraf devletin bütün, uyuşturucu ve diğer zararlı maddelerin üretimini, pazarlamasını ve tüketimini engellemede başarısız olması durumunda**, sağlık hakkı, insan haklarını koruma yükümlülüğü bakımından ihlal edilmiş olacaktır¹³⁵. Taraf devletin, kadınları şiddete karşı korumada başarısız olması ya da şiddete uğramış olan kadınların dava açabilmelerini kolaylaştırma da başarısız olması durumunda¹³⁶ ve taraf devletin su, hava ve toprak kirliliğini önlemede başarısız olması durumunda, sağlık hakkı yine insan haklarını koruma yükümlülüğü bakımından ihlal edilmiş olacaktır¹³⁷. Taraf devletin ulusal sağlık politikası belirlemede ya da kamu kaynaklarının eşit paylaşımında başarısız olması durumunda¹³⁸; devletin, önceden, göstergeler/ölçütler kabul etmek suretiyle, sağlık hakkının ulusal gerçekleştirilme düzeyini izlemede başarısız olması durumunda¹³⁹; devletin, sağlık olanaklarının, sağlık mallarının ve sağlık hizmetlerinin eşit olmayan dağılımını engellemek için önlem almada başarısız olması durumunda¹⁴⁰, taraf devletin, sağlık hizmetlerinin yerine getirilmesinde, “cinsiyete dayalı yaklaşım” kabul etmede başarısız olması durumunda¹⁴¹ ve nihayet devletin, çocuk ve anne ölüm oranlarını düşürmede başarısız olması durumunda sağlık hakkı, insan haklarının gereğini yerine getirme yükümlülüğü bakımından ihlal edilmiş olacaktır¹⁴².

Sağlık hakkı konusunda hem kamu sektöründe hem de özel kesim ekseninde önlem alması ve gerekenleri yapması gereken taraf devletin; aynı zamanda, “**hesap verebilirlik**”, “**şeffaflık**” ve “**yargı bağımsızlığı**” üzerine temellenmiş olan “ulusal sağlık stratejisi ve eylem planı” hazırlaması¹⁴³ ve sağlık hakkının gelişim durumunu izlemek için ulusal mekanizmalar kurması¹⁴⁴ da yine, taraf devlete ait bir yükümlülük anlamına gelmektedir.

C-Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukuna Özgü Somut Vak’a İçtihatlarında Sağlık Hakkı

Sağlık hakkı ile bağlantılı pek çok içtihadı bulunan BM İH Komitesine göre; “şikâyetçinin sağlığının ciddi bir biçimde tehdit eden koşullar altında tutulması”¹⁴⁵ MSH Sözleşmesi’nin işkence, zalimane, insanlık-dışı yahut aşağılayıcı muamele ya

133 14 Numaralı Genel Yorum, Paragraf: 50.

134 14 Numaralı Genel Yorum, Paragraf: 51.

135 14 Numaralı Genel Yorum, Paragraf: 51.

136 14 Numaralı Genel Yorum, Paragraf: 51.

137 14 Numaralı Genel Yorum, Paragraf: 51.

138 14 Numaralı Genel Yorum, Paragraf: 52.

139 14 Numaralı Genel Yorum, Paragraf: 52.

140 14 Numaralı Genel Yorum, Paragraf: 52.

141 14 Numaralı Genel Yorum, Paragraf: 52.

142 14 Numaralı Genel Yorum, Paragraf: 52.

143 14 Numaralı Genel Yorum, Paragraf: 55.

144 14 Numaralı Genel Yorum, Paragraf: 56.

145 Mehmet Semih Gemalmaz, *İnsan Hakları Komitesi Kararlarında Yaşam Hakkı ve İşkence Yasağı*, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2002, s. 261-262.

da ceza yasağı ile ilgili olan 7. ve özgürlüğünden yoksun bırakılan herkese insani biçimde ve her insanın doğuştan sahip olduğu onuruna saygı gösterilerek muamelede bulunulması ile ilgili olan 10. maddesinin ihlalidir; “bir hücredeki mağdurun tıbbi bakım talebinin reddedilmesi”¹⁴⁶ (MSH Sözleşmesi’nin 10. maddesinin ihlalidir); “insan kişiliğine yerleşik onuruna saygı gösterilerek kişilere muamele yapılması yükümlülüğü, alıkonulma sırasında yeterli tıbbi bakımın sunulmasını da içerdiğinden, alıkonulan kişilere sağlıkla ilgili temel olanakların sunulmaması”¹⁴⁷ (MSH Sözleşmesi’nin 10. maddesinin ihlalidir); “şikâyetçinin bayılana dek dövülmesinin ve ardından da kırılmış bir kol ve bedeninde oluşmuş diğer yaralanmalara karşın, yaklaşık bir gün, hiçbir tıbbi bakım verilmeksizin bırakılmış olması”¹⁴⁸ (MSH Sözleşmesi’nin 7. ve 10. maddesinin ihlalidir); “başvurucunun, hapisanenin içinde ya da dışında vuku bulan kötü muamelenin ardından tıbbi yardımdan yoksun bırakılması”¹⁴⁹ (MSH Sözleşmesi’nin 7. ve 10. maddesinin ihlalidir); başvurucunun, hekimden birçok randevu almasına karşın, bu muayenelerin gerçekleştirilmesi ve ilgili kişinin cilt rahatsızlığının tedavisiz bırakılarak tıbbi tedavi sunulmaması”¹⁵⁰ (MSH Sözleşmesi’nin 10. maddesinin ihlalidir) MSH Sözleşmesinin ihlali anlamına gelmektedir. Bir başka ifade ile BM İH Komitesi, tıbbi yardımdan yoksun kalmayı, yaygınlıkla MSH Sözleşmesinin 10. maddesinin ihlali olarak değerlendirilirken; bazı vakalarda, 7. madde ile 10. maddenin birlikte ihlal edilmiş olduğuna işaret etmektedir.

Sağlık hakkına ilişkin içtihadi yaklaşımlara AİHS çerçevesinde Strasbourg Organlarında da şahit olabilmekteyiz¹⁵¹. “Devletin, özgürlüklerinden yoksun bırakılan kişilerin sağlığını koruma yükümlülüğü altında olduğu”; “devletin, gerekli tıbbi yardımı ve tedaviyi sağlama suretiyle mahpusları koruması gereği” gibi yükümlülüklerle işaret edildikten sonra, “özel nitelik arz eden sağlık durumunun gereklerine uygun olmayan cezaevi koşullarının AİHS’nin 3. maddesinin (aşağılayıcı muamele yasağının) ihlali anlamına geldiğinin tespit edildiği içtihatlar da vardır. Hatta yine Strasbourg Organları, “astım hastası olan ve tutuklu olarak alıkonulan başvurucunun, kalabalık ve sigara içilen bir hücrede tutulmasının, başvurucunun sağlık durumu bakımından tehlike arz eden sigara dumanına maruz bırakılmasına devletin kayıtsız kalması anlamını taşıdığı” vurgulanmış; dolayısıyla Strasbourg Organlarına göre, devlet, başvurucunun sağlığını güvence altına alma yükümlülüğünü yerine getirmemiş olarak kabul edilmiştir. Dikkat edildiğinde kolaylıkla tespit edilebilecek olan, AİHS sisteminde spesifik olarak sağlık hakkına özgü bir düzenleme yer almadığı için, sağlık hakkı konusundaki ihlallerin Strasbourg Organları tarafından, 3. madde (işkence yasağı) ekseninde değerlendirilmiştir. Anılan ifadenin gösterdiği, ekonomik, sosyal ve kültürel bir hak olarak sağlık hakkının,

146 Mehmet Semih Gemalmaz, 2002, s. 292.

147 Mehmet Semih Gemalmaz, 2002, s. 335.

148 Mehmet Semih Gemalmaz, 2002, s. 346.

149 Mehmet Semih Gemalmaz, 2002, s. 380.

150 Mehmet Semih Gemalmaz, 2002, s. 423.

151 Bu konuda bkz., Mehmet Semih Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Işığında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (Madde 3 / İşkence Yasağı) Analizi*. Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2006, s.245-246; 254 ve 271.

doğası gereği dava edilemez nitelikte olduğu yönündeki bakış açısının yanlış olduğudur. AIHS çerçevesinde sağlık hakkına ilişkin açıkça düzenlenmiş bir hüküm olmadığı için, “sağlık hakkı ihlal edilmiştir” diye bir ifade kullanmaktan kaçınan Strasbourg Organları, sağlıkla ilgili ihlalleri, 3. maddedeki işkence yasağı (insanlık dışı muamele yasağı, aşağılayıcı muamele yasağı) ekseninde değerlendirmektedir.

İnter-Amerikan İnsan Hakları Komisyonu (İnter-Ame.İH Komisyonu) da, ürettiği çeşitli içtihatlarında sağlık hakkının ihlal edilmiş olduğunu not etmektedir. Örneğin, 1985 tarihli bir kararında¹⁵² İnter- Ame.İH Komisyonu, Yanomami Yerlilerinin, otoban yapılması amacıyla otantik yaşam alanlarına girilmesi üzerine ortaya çıkan pek çok hastalık (tüberküloz, grip, kızamık ve zührevi hastalıklar gibi) ve ölüm olayları üzerine, Amerikan İnsan Hakları ve Ödevleri Bildirisi’nin sağlık hakkına ilişkin olan 11. maddesinin (ve ilgili başka maddelerinin de) ihlal edildiğini belirtmiştir. Bir başka içtihadında İnter-Ame.İH Komisyonu, “şikayetçinin alıkonulma koşulları nedeniyle ülser, böbrek yetmezliği ve ruhsal problemlerinin olduğunu belirttiğini, hakkında tıbbi bakım kararı verilmiş olmasına rağmen isteklerinin yerine getirilmemiş olununun Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesinin 5. (insanca muamele görme hakkı), 7. (kişi özgürlüğü hakkı) ve 8. (adil yargılama hakkı) maddelerinin ihlali anlamına geldiğine değinmektedir¹⁵³. İnter-Ame. İH Mahkemesi, Yakye Axa Yerlileri ve Sawhoyamaxa Yerlileri hakkında üretmiş olduğu içtihatlarda¹⁵⁴ da, bahsi geçen yerli kabile üyelerinde “kötü yaşam koşullarından kaynaklanan sağlık bozukluğu, anemi ve yaygın parazit şikayetleri ortaya çıktığını; topluluk üyelerinin bir hastahanesinin ve sağlık merkezinin olmadığını, mevcut hastahanesinin ise mesafe bakımından uzak olduğunu ve sağlık görevlilerinin de topluluk üyelerini düzenli olarak ziyaret etmediğine” işaret etmektedir. Yine, İnter-Ame.İH Mahkemesine göre, sağlık hakkına verilen zarar, beslenme, temiz su, eğitim, kültürel kimlik gibi öteki insan hakları ile de ilişkilidir. Devletin, topluluk üyelerinin sağlığını koruyabilmesi için yeterli içme suyu, kişisel hijyen, düzenli tıbbi bakım ve uygun ilaçlar temin etme yükümlülüğüne dikkat çeken İnter-Ame.İH Mahkemesi, bahsi geçen vak’alarda, Paraguay’ın, İnter-Ame.İH Sözleşmesinin 1. (haklara saygı yükümlülüğü), 2. (iç hukuktaki etkiler), 8. (adil yargılama hakkı), 21. (mülkiyet hakkı), ve 25. (yargısal korunma hakkı) maddelerini ihlal ettiğini düşünmektedir.

Sağlık hakkına ilişkin olan içtihatlarında Afrika İnsan ve Halkların Hakları Komisyonu (Af.İHH Komisyonu); devletin, bireylere, temel hizmetleri (güvenilir içme suyu, elektrik, minimum tıp hizmetleri) sağlama konusunda başarısız olmasını, Af. İHH Şartı’nın sağlık hakkına içkin olan (madde 16) hükmünün ihlali an-

152 Inter- American Commission on Human Rights, Resolution No: 12/85, Case No: 7615, Brazil, March 5, 1985, Annual Report 1984-1985, Paragraf: 3a.

153 Bu konuda bkz., Mehmet Semih Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda Yaşam Hakkı ve İşkence Yasağı*, Kavram Yayınları, İstanbul, 1994, s. 238-239.

154 Inter-American Court on Human Rights, Yakye Axa Indigenous Community v. Paraguay, Judgement of June 17, 2005, Paragraf: 50.97; 50.98; 167, 221-222 ve 242; Inter-American Court on Human Rights, Sawhoyamaxa Indigenous Community v. Paraguay, Judgement of March 29, 2006, Paragraf: 73(72), 73(74) ve 173.

lamına geldiğini belirtmiştir¹⁵⁵. Af.İHH Komisyonu, yine sağlık hakkı ekseninde olmak üzere, “bazı mahkumların yetersiz yiyecek yüzünden sağlık durumlarının kötüleştiğine, bazı mahkumların ise tıbbi bakım eksikliği yüzünden öldüğüne işaret etmekte; mahkumların battaniyesinin ve yeterli hijyenik koşullarının olmayışını da, sağlık hakkının ihlali olarak kabul etmektedir¹⁵⁶. Nispeten daha yeni tarihli bir içtihadında ise Af.İHH Komisyonu, Nijerya’da, petrol konsorsiyumunun, petrol çıkarma işlemlerinde Ogoni Halkı’nın etrafındaki çevreyi kirletmek suretiyle çevresel tahribata ve sağlık problemlerine yol açtığına değinmektedir¹⁵⁷. Af.İHH Komisyonu’na göre, petrol konsorsiyumu, yerel toplulukların sağlığını ve çevresini dikkate almaksızın petrol rezervlerini haksız bir biçimde kullanmakta, toksik atıklarını çevreye boşaltmak suretiyle suyu, toprağı ve havayı kirletmekte; suyun, toprağın ve havanın kirletilmesinin ise kısa ve uzun dönemli olmak üzere çok ciddi sağlık problemlerine (deri enfeksiyonları, mide ve bağırsak rahatsızlıkları, solunum yolu rahatsızlıkları, sinir sistemi problemleri, üreme problemleri ve kanser riskinin artması gibi) yol açmakta olduğuna vurgu yapmaktadır¹⁵⁸. Beslenme hakkının, insan onuru ile ayrılmaz bir bağlantısının olduğuna atıf yapan ve bu yüzden de diğer hakların (sağlık hakkı, eğitim hakkı, çalışma hakkı ve siyasal katılma hakkı gibi) hem gerçekleştirilmesinde, hem de onları kullanabilmede hayati bir öneme sahip olduğuna yollama¹⁵⁹ yapan Af.İHH Komisyonu’na göre, bahsi geçen Ogoni Vak’asında, Nijerya devleti, sağlık hakkı ile ilgili olan Af.İHH Şartı’nın 16. maddesini ihlal etmiştir¹⁶⁰.

155 African Commission on Human and Peoples’ Rights, Free Legal Assistance Group and Others v. Zaire, Communication No: 25/89, 47/90, 56/91, 100/93 (1995), Paragraf: 47.

156 African Commission on Human and Peoples’ Rights, Malawi African Association v. Mauritania, Communication No: 54/91, 61/91, 98/93, 164/97, 196/97, 210/98 (2000), Thirteenth Annual Activity Report of the African Commission on Human and Peoples’ Rights, 1999-2000. AHG/222 (XXXVI), paragraf: 122.

157 African Commission on Human and Peoples’ Rights, The Social and Economic Rights Action Center and the Center for Economic and Social Rights v. Nigeria, Communication No: 155/96 (2001), Fifteenth Annual Activity Report of the African Commission on Human and Peoples’ Rights, 2001-2002, Paragraf: 1.

158 African Commission on Human and Peoples’ Rights, The Social and Economic Rights Action Center and the Center for Economic and Social Rights v. Nigeria, Communication No: 155/96 (2001), Paragraf: 2.

159 African Commission on Human and Peoples’ Rights, The Social and Economic Rights Action Center and the Center for Economic and Social Rights v. Nigeria, Communication No: 155/96 (2001), Paragraf: 65.

160 African Commission on Human and Peoples’ Rights, The Social and Economic Rights Action Center and the Center for Economic and Social Rights v. Nigeria, Communication No: 155/96 (2001), Paragraf: 60. Aynı yönde bir değerlendirme için bkz., Christof Heyns, “The African Regional Human Rights System: The African Charter”, *Penn State Law Review*. Winter-2004, s. 691 ve Chidi Anselm Odinkalu, “Implementing Economic, Social and Cultural Rights under the African Charter on Human And Peoples’ Rights”, Rachel Murray (Editor), *African Charter on Human and Peoples CUP*, NY, USA, 2002, s. 209-211.

VI- TÜRK ANAYASA HUKUKU TARİHİNDE EKONOMİK, SOSYAL VE KÜLTÜREL HAKLARIN NİTELİĞİ VE BİR SOSYAL HAK OLARAK SAĞLIK HAKKININ KAVRANIŞI

A-Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Niteliği

Bu yazıda, ekonomik, sosyal ve kültürel haklar şeklinde ifade ettiğimiz kavram, 1961 Anayasası'nda **“sosyal ve iktisadi haklar ve ödevler”**; 1982 Anayasası'nda ise, **“sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler”** şeklinde kendisine yer bulmuştur. 1961 Anayasası'na göre, **“ulaşılması gereken amaçlar”** olarak kavranan ekonomik, sosyal ve kültürel hakların, hem 1961 Anayasası'na göre (madde 53), hem de 1982 Anayasası'na göre (madde 65) bir **“sınırı”** vardır. Devletin sosyal hakları gerçekleştirmesinin sınırı, 1961 Anayasası'na göre, iktisadi gelişme durumu ve mali kaynakların yeterliliği ölçütü şeklinde ifade edilmektedir. 1982 Anayasası'na göre ise, bu sınır, ekonomik istikrarın korunmasını gözetme ve mali kaynakların yeterliliği olarak alenileştirilmiş; fakat ekonomik istikrarın korunması ölçütü, 2001 tarihinde 4709 sayılı Kanun ile yapılan anayasa değişikliği sonucu madde metninden çıkarılmıştır. Bu bağlamda 1982 Anayasası, günümüzde sosyal hakları gerçekleştirmek için sadece mali kaynakların yeterliliği kriterini muhafaza etmektedir. Dolayısıyla sosyal haklar, Türk anayasa hukuku tarihinde medeni ve siyasal haklardan farklı özellikte ve anlamda algılanmaktadırlar ve (eğer devletin bütçe imkânları elverirse gerçekleştirilecek olan) ikincil bir konuma itilmektedirler. Bir başka ifade ile Türkiye'de kamu otoritesi, ekonomik, sosyal ve kültürel hakların gerçekleştirilmesi yükümlülüğünden, **“mali kaynaklarının yeterli olmadığını”** ileri sürerek her zaman kaçabilecektir. Anılan durum, ekonomik, sosyal ve kültürel hakların tam olarak gerçekleştirilebilmesini engellemeye yönelik bir tavır yansıttığı için, insan haklarının bütünlüğü ilkesine ve dolayısıyla da insan hakları kuramına aykırıdır. Çünkü insan haklarının tamamı, bir bütündürler ve aynı değerdendirler.

Bir başka söyleyişle, mali kaynakların yeterliliği ölçütü, hem 1961 Anayasası döneminde, hem de 1982 Anayasası döneminde, sosyal hakların gerçekleştirilmesinin sınırını çizen ortak bir kriter olarak varlığını muhafaza ettirmiştir. Bu da göstermektedir ki, Türk anayasa hukuku tarihinde (ve de günümüzde) sosyal hakların niteliği, medeni ve siyasal haklardan farklı olarak algılanmakta ve ikincil bir öneme sahip olarak kavranmaktadırlar. Türkiye'de, siyasal iktidar, mali kaynakların yeterli olmadığı argümanına dayanarak sosyal hakları gerçekleştirmekten kaçınabilecektir.

B-Anayasalarda ve Anayasal Belgelerde Sağlık Hakkı

Türk anayasa hukuku tarihinde ilk defa 1856 tarihli İslahat Fermanı'nda **“has-tahanelerin tamir edilmesi”** şeklinde bir ifade ile (dolaylı da olsa) kendisine yer verilmiş olan sağlık hakkı; 1961 ve 1982 anayasalarında da, yine dolaylı olarak dillendirilmiştir. Yani, ne 1961 Anayasası'nda, ne de 1982 Anayasası'nda **“sağlık hakkı”** şeklinde açık ve net bir kavramlaştırma usulü benimsenmemiştir. Fakat önceki anayasalarda ve anayasal belgelerde hüküm altına alınmamış olan sağlık hakkı konusunda, hem 1961 Anayasası'nda, hem de 1982 Anayasası'nda, sağlık hakkını çağrıştıran/anımsatan ifadelerin kullanılmasından da geri durulmamıştır.

1961 Anayasası'nın 49. maddesinin madde kenar başlığı “sağlık hakkı” olmakla birlikte, madde metninde, açıkça bir “hak” olarak benimsenmiş ve sağlık hakkına içkin olan kategorik bir ifade yoktur. 1961 Anayasası'nda sağlık ile ilgili olarak devlet için öngörülmüş olan ödevler bulunmaktadır (1961 An., md: 49). Bu ödevlerden, ancak yorum yolu ile 1961 Anayasası'nda sağlık hakkı ile ilgili olarak şu hakların benimsenmiş olduğunu ileri sürebiliriz: Herkesin beden ve ruh sağlığı içerisinde yaşayabilmesi hakkı ve herkesin tıbbi bakım görmesi hakkı. Tekrar etmek gerekirse, anılan ifadeler, 1961 Anayasası'nda açıkça bir hak olarak düzenlenmiş değildir; sadece “devlete verilmiş ödevler” şeklinde ifade edilmişlerdir. 1961 Anayasası'nda dolaylı yoldan ifade edilmeye çalışılan hakların öznesi ise “herkes” olarak belirtilmiştir (1961 An., md: 49).

1961 Anayasası ekseninde devlete; “herkesin beden ve ruh sağlığı içinde yaşayabilmesini sağlamak”, “herkesin tıbbi bakım görmesini sağlamak” ve “yoksul veya dar gelirli ailelerin sağlık şartlarına uygun konut ihtiyaçlarını karşılayıcı tedbirler almak” şeklinde üç “ödev” yüklenmiştir. 1961 Anayasası, spesifik olarak sağlık hakkının devlet tarafından yerine getirilmesinde “kaynak yetersizliği” konusunda bir yaklaşıma sahip değildir.

1982 Anayasası'nın iki maddesi¹⁶¹ sağlık hakkı ile ilgili olmakla birlikte; bu iki maddenin hiçbirisinde açıkça sağlık hakkı şeklinde bir kavramlaştırma bulunmaz. Yine, 1982 Anayasası'nda, 1961 Anayasası'nda da karşılaştığımız üzere, açık ve net olarak sağlık hakkı ifadesine yer verilmemiş; anılan hak ile ilgili olarak devlete bazı ödevler yüklenmiştir. Biz, bu ödevlerden, yine ancak yorum yolu ile (sağlık ile ilgili olan) bazı hak kategorilerine ulaşabilmekteyiz: “Sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkı” ve “herkesin hayatını beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesi hakkı”. 1982 Anayasası'na göre anılan hakların öznesi “herkes”tir.

1982 Anayasası'nın 56. maddesinde sağlık konusunda devlete verilen ödevler şunlardır: “Herkesin, hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak”, “insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırarak, işbirliğini geliştirmek amacıyla, sağlık kuruluşlarının tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenlemek”. Devlet, sağlık konusundaki ödevlerini yerine getirirken¹⁶², “kamu ve özel kesimdeki sağlık kurumlarından ve sosyal kuramlardan yararlanma ve onları denetleme” yöntemlerini kullanacaktır (1982 An., md: 56/4).

1982 Anayasası'nın 59. maddesi de, yine sağlık konusunda (“hak” olarak ifade edilmemiş olan) bazı hükümler içermektedir. Sözü edilen maddede devlete verilmiş bir ödev şeklinde belirtilmiş olan hükümden, yorum yoluyla, “her yaştaki Türk vatandaşının beden ve ruh sağlığını geliştirme hakkı” şeklinde bir kategoriye ulaşabilmekteyiz. Bahsi geçen maddede belirlenmiş olan hak öznesi, “her yaştaki

161 “Sağlık hizmetleri ve çevrenin korunması” başlıklı 56. madde ile “sporun geliştirilmesi” başlıklı 59. madde, 1982 Anayasası ekseninde sağlık hakkı ile ilgili hükümler ihtiva etmektedir.

162 1982 Anayasası'nın 56. maddesinde, “sağlık hizmetlerinin yaygın bir şekilde yerine getirilmesi için kanun ile genel sağlık sigortası kurulabileceği” (fıkra: 5) belirtilmiş olmakla birlikte; anılan hüküm, devlet tarafından zorunlu olarak yerine getirilmeyecek, isteğe bağlı olacaktır. Bu isteğe bağlı olma durumu ise, hiçbir standarda bağlı değildir. Dolayısıyla anılan hüküm, bireyler için, sağlık hakkı konusunda, açık ve zorunlu bir güvenceyi bünyesinde barındırmamaktadır.

Türk vatandaşı”; devlete düşen ödev ise, “her yaştaki Türk vatandaşının beden ve ruh sağlığını geliştirecek tedbirler almak” şeklinde alenileştirilmiştir.

İlk okuyuşta, sanki üç hak kategorisini (sağlık hakkı, çevre hakkı ve yaşam hakkı) içeriyormuş gibi bir izlenim edinilen 1982 Anayasası’nın 56. maddesi (fıkra: 1), (analitik bir düşüncenin sonucunda) ulaşılan noktada, aslında, anılan üç haktan hiçbirisini bünyesine dâhil etmiş olmamaktadır. Öte yandan, 1982 Anayasası çerçevesinde spesifik olarak sağlık hakkı ile ilgili olan maddelerde, devletin, “ödevini”, “kaynaklar ölçüsünde” yerine getireceği yönünde bir hüküm yoktur.

Nihai olarak gözlemlenen, Türk anayasa hukuku tarihinde, madde metninde açıkça “sağlık hakkı” şeklinde dizayn edilmiş bir kavramlaştırmanın bulunmayışdır. Sözü edilen konu bağlamında, sadece, devlete verilmiş olan ödevler vardır. Bu ödevlerden, sağlık konusunda, ancak “yorum yolu ile”, bazı hak kategorilerine ulaşılabilir. Bu yönü ile 1982 Anayasası (ve 1961 Anayasası) insan hakları hukukunun genel teorisi ile uyumlu değildir. Sağlık konusu gündeme getirildiğinde, insan hakları hukukundaki yalnızca ikili ayrımın (beden sağlığı ve ruh sağlığı) 1982 Anayasası ile koşt olduğu söylenebilir.

SONUÇ

İnsan haklarına saygı gösterme, insan haklarını koruma ve insan haklarının gereğini yerine getirme yükümlülüğü, bütün insan hakları için aynı derecede geçerlidir. Yani sadece medeni ve siyasal haklar için değil; ekonomik, sosyal ve kültürel haklar için de aynı durum söz konusudur. Öte yandan, insan haklarının gerçekleştirilmesinde ihtiyaç duyulan maddi kaynak, sadece ekonomik, sosyal ve kültürel haklar için değil; aynı zamanda medeni ve siyasal haklar (dolayısıyla bütün insan hakları) için de söz konusudur. Ekonomik, sosyal ve kültürel hakların yerine getirilmesi için bir “sorun” olarak gösterilmekte olan devletin kaynak sıkıntısı, devletin insan hakları alanındaki yükümlülüklerinin yerine getirilemeyeceği anlamına gelmez; sadece, devletin, yükümlülüklerini, DERHAL yerine getiremeyebileceği anlamına gelmektedir.

Hem Limburg Prensipleri’ne, hem de ESKH Komitesinin 3 Numaralı Genel Yorumu’na göre, ESKH Sözleşmesi’ndeki haklar, yerine getirilme bakımından ikiye ayrılır. Değişik bir şekilde ifade edersek, ESKH Sözleşmesi’ndeki hakların bir kısmı DERHAL yerine getirilmesi gereken bir nitelik taşırken; bir kısmının gerçekleştirilmesi ise, TEDRİCİ olarak gündeme getirilebilecektir.

Ulusalüstü insan hakları hukukunda ekonomik, sosyal ve kültürel haklar ile ilgili olarak; hakları gerçekleştirilmede ayrımcılık yapmama, hakları gerçekleştirilmede eşitliğe özel bir önem verme, hakların tamamının gerçekleştirilmesi için adım atma ve gerekli tedbirleri alma, hakların gerçekleştirilmesi için alınmış olan tedbirlerin önceden düşünülmüş, planlı ve somut olması ve ulusal düzlemde ekonomik, sosyal ve kültürel hakların ihlallerine karşı başvuru mekanizmaları oluşturması, devletin, DERHAL yerine getirmesi gereken yükümlülükler olarak kavranmaktadır.

Ekonomik, sosyal ve kültürel hakların TEDRİCİ olarak yerine getirilmesi ise, sözü edilen hakların gerçekleştirilmelerinde ve uygulanmalarında herhangi bir “gecikme” anlamına asla gelmez. Tam tersine, devletin, mümkün olan en hızlı ve etkili bir şekilde harekete geçmesi anlamına gelir. Her ne kadar ekonomik, sosyal ve kültürel haklar kısa bir süre içinde gerçekleştirilemezlerse de, bu durum, ESKH Sözleşmesi’nin ve dolayısıyla da bütün bir kategori olarak ekonomik, sosyal ve kültürel hakların amacını değiştirecek bir tarzda yorumlanamaz. Çünkü kaynak sınırlılığı, devletin ekonomik, sosyal ve kültürel haklar alanındaki yükümlülüklerini ortadan kaldıran bir özellik değildir; kaynak yoksa bile devletin yükümlülüğü devam etmektedir. Yani, ekonomik, sosyal ve kültürel hakların tedrici olarak yerine getirilmesi, devletin kaynaklarından bağımsız bir konudur ve mevcut kaynakların, mümkün olan en etkili bir şekilde kullanılmasını ve hatta eğer gerekliyse, uluslar arası yardım alınmasını bile içermektedir. Ulusalüstü insan hakları hukukunda farklı insan hakları çevrelerinin maddi hukuku ve usul hukuku birbirine etkilemekte, değiştirmekte ve de dönüştürmektedir. Dolayısıyla ESKH Sözleşmesi için söylenmiş olanları, soyut, herhangi bir devlet için de düşünebiliriz. Yani burada ifade edilmeye çalışılan düşünceler, insan haklarına önem veren ve insan haklarını tam olarak gerçekleştirmek isteyen bütün devletler için geçerlidir diyebiliriz.

Ekonomik, sosyal ve kültürel haklar alanında, devletlerin, Minimum Çekirdek Yükümlülükleri vardır. Maastricht Kurallarına göre, sözü edilen bu Minimum Çekirdek Yükümlülükler için devletin kaynakları zaten dikkate alınmaz. Devletin, Minimum Çekirdek Yükümlülüklerini yerine getirebilmesi için mevcut kaynaklarını maksimum ölçüde kullanması gerekmektedir. Şayet devlet, mevcut kaynaklarını maksimum ölçüde kullanmıyorsa, Minimum Çekirdek Yükümlülüklerini yerine getirmiyor demektir. Örneğin, ESKH Komitesine göre, ülkesinde, temel gıdadan yoksun olan, temel sağlık hizmetlerinden yoksun olan, temel barınmadan yoksun ve evsiz olan, temel eğitim hakkından yararlanamayan önemli sayıda birey varsa, devlet, Sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmiyor demektir.

Özüne indirildiğinde, insan haklarının tamamı eşit önemde ve derhal uygulanmaları gereken özelliktedir. Başka bir söyleyişle bütün insan hakları evrensel, bölünemez, birbiri ile ilişkili ve birbirine bağımlı niteliktedir. Bu yüzden, insan haklarının ve insan hakları konularının ele alınmasında evrensel bir bakış açısına sahip olma, objektif olma ve seçici olmama şeklinde kavramlaştırılan bakış açısına sahip olunması elzemdir. Aksi halde, bazı hakları daha değerli görme, bazı hakları daha ön planda tutma ya da insan hakları ile ilgili konularda subjektif bir tutum takınma, insan hakları kuramını çökertebilecek sonuçlara yol açacaktır.

Ekonomik, sosyal ve kültürel haklar kategorisine dâhil olan bir hak şeklinde kavranmakta olan sağlık hakkı, uluslar arası alanda 1940’lı yıllardan itibaren düzenlemelere konu olmuştur. Sağlık hakkı, “sadece hastalıkların yokluğu ya da bedence veya zihince sakatlık anlamına gelmemekte; bunların yanı sıra, tam bir fiziksel, ruhsal ve sosyal iyilik hali” şeklinde tanımlanmaktadır.

Ulusalüstü insan hakları hukukunun, insan hakları alanında devletlere yüklediği yükümlülüklerin tamamı (insan haklarına saygı göstermek, insan haklarını korumak ve insan haklarının gereğini yerine getirmek) “en yüksek düzeyde ulaşılabilir sağlık standardından yararlanma hakkı” için de aynen ve eşit ölçüde geçerlidir. Yani, devlet, sağlık hakkına saygı göstermeli, sağlık hakkını korumalı ve sağlık hakkının gereklerini yerine getirmelidir. Bahsi geçen yükümlülükler, sağlık hakkı konusundaki Genel Yasal Yükümlülükler olarak adlandırılmaktadırlar. Yeri gelmişken, bir de, sağlık hakkı konusundaki Özel Yasal Yükümlülüklerden bahsedilmelidir. Sağlık hakkının yerine getirilmesinde devlet politikası olarak ayrımcılık yapmama, geleneksel tıbbi tedavi yöntemlerini dikkate alma, devletin havayı, suyu, toprağı ve benzerlerini kirletmekten kaçınması ve sağlık konusundaki hizmetlere bütün kişilerin eşit ulaşımının sağlanması şeklinde ifade edilmekte olan yükümlülükler ise, devletin, sağlık hakkı konusundaki Özel Yasal Yükümlülükleridir. Devletlerin, bireylerin en yüksek düzeyde ulaşılabilir sağlık standardından yararlanabilmesi için hem Genel Yasal Yükümlülükleri, hem de Özel Yasal Yükümlülükleri dikkate alması ve bunları kelimenin tam manasıyla uygulamaya koyması gerekmektedir.

Önemli bulaşıcı hastalıklara karşı aşılama kampanyası düzenlemesi zorunlu olan (ESKH Komitesinin 14 Numaralı Genel Yorumu, Paragraf: 44) devletin; tütün, uyuşturucu ve diğer zararlı maddelerin üretimini, pazarlamasını ve tüketilmesini engellemede başarısız olması (ESKH Komitesinin 14 Numaralı Genel Yorumu, Paragraf: 51) sağlık hakkının ihlali anlamına gelmektedir. Dolayısıyla bir devlet, önemli bulaşıcı hastalıklara karşı aşılama kampanyası düzenlemez de, bireylerin bu hastalıklara yakalanmasına negatif tutumu ile sebep olursa, sağlık hakkını ihlal etmiş olacaktır. Ve yine altı çizilmelidir ki, devlet, tütün, diğer uyuşturucu ve zararlı maddelere karşı da, bireyleri koruyucu ve etkili önlemler almak zorundadır; aksi halde, ilgili devlet, hak ihlalcisi pozisyonuna sokulabilecektir.

ESKH Komitesine göre, taraf devletin, kaynak sorunundan bağımsız olarak yerine getirmesi gereken; ayrımcılık yapmama, yeterli ve güvenli minimum temel gıda sağlama, açlıktan kurtulma özgürlüğünü temin etme, güvenli ve içilebilir su temin etme, DSÖ'nün belirlediği hayati ilaçları sağlama, ulusal kamu sağlığı stratejisi ve eylem planı hazırlama, sağlığın gelişim seviyesini izleme ve korunmasız gruplar ile marjinal gruplara (etnik azınlıklar, mahkumlar, göçmen işçiler, yerli halklar, kadınlar, çocuklar, gençler, yaşlılar, engelliler) özel önem verme yükümlülükleri ise, sağlık hakkı konusundaki Minimum Çekirdek Yükümlülükler olarak tasnif edilmektedir.

Sağlık hakkı, öteki bazı haklar ile birlikte yorumlanmaktadır: Çevrenin korunması, yaşam hakkı, ailenin korunması hakkı, özel yaşam hakkı, mülkiyet hakkı, beslenme ve konut hakkı, içilebilir su hakkı, sağlıklı çalışma koşulları hakkı, cinsel sağlık ve üreme sağlığı hakkı ve işkence yasağı gibi. Değişik bir söyleyişle, bireyin insanlık onuru içinde bir yaşam sürdürebilmesi, bütün insan haklarının önemli ve birbirini ile ilişkili, biri olmadan ötekilerin anlamsız olduğunun kavranması ve bu şekilde uygulanması ile yakından ilintilidir.

Ulusalüstü insan hakları hukukuna özgü temel belgelerdeki hâkim yaklaşıma göre, devlet, sağlık konusundaki ödevlerini yerine getirirken, kaynak yetersizliği veya kaynak yokluğu gibi gerekçelere dayanarak yükümlülüklerini yerine getirmekten kaçınamayacaktır. En yüksek düzeyde ulaşılabilir sağlık standardından yararlanma hakkının bir devlette tam olarak yerine getirilebilmesi ise, dört unsura bağlıdır. Sözü edilen bu unsurlardan birincisi; sağlık olanaklarının, mallarının ve hizmetlerinin “mevcut” oluşu ile ilgilidir. İkincisi, sağlık olanaklarına, mallarına ve hizmetlerine “erişimin kolay oluşu” ile ilgiliyken; üçüncüsü, sağlık olanaklarının, mallarının ve hizmetlerinin “kabul edilebilir” nitelikte olması ile ilgilidir. Nihayet dördüncü unsur ise, bireylere sunulan sağlık olanaklarının, mallarının ve hizmetlerinin “kaliteli” olmasına karşılık gelmektedir. Bir devlette sağlık olanakları, malları ve hizmetleri mevcut değilse; sağlık olanaklarına, mallarına ve hizmetlerine erişilemiyorsa; sağlık olanakları, malları ve hizmetleri kabul edilebilir nitelikte değilse ve de sağlık olanakları, malları ve hizmetleri kaliteli değilse, ilgili devlet, en yüksek düzeyde ulaşılabilir sağlık standardından yararlanma hakkının gereklerini yerine getiremiyor demektir; ya da daha özlü bir şekilde söylersek, ilgili devlet, sağlık hakkını ihlal ediyor demektir.

ESKH Komitesine göre, sağlık hakkı konusunda taraf devletlerin TEDRİCİ olarak yerine getirebileceği yükümlülükler olduğu gibi; DERHAL yerine getirmesi gereken yükümlülükler de vardır. Taraf devletin, sağlık hakkı konusundaki hizmetlerini sunarken herhangi bir ayrımcılık yapmaması ve ESKH Sözleşmesi’nin 12. maddesini tam olarak gerçekleştirmek için adım atması DERHAL yerine getirmesi gereken iki yükümlülüğü işaret etmektedir. Bir taraf devletin, sağlık hakkı konusunda TEDRİCİ olarak yerine getirebileceği yükümlülükler ise; “mümkün olduğunca hızlı ve etkili bir şekilde hareket etmek” anlamında kullanılmaktadır. Yani, devlet, kaynak sorununu gündeme getirerek sağlık konusundaki ödevlerini yerine getirme sorumluluğundan kaçınamayacaktır.

Ulusalüstü insan hakları hukukuna özgü somut vak’a içtihatlarında da tespit edilebileceği gibi, ekonomik, sosyal ve kültürel haklar kategorisine ait bir hak olarak karşılanmakta olan sağlık hakkı, “dava edilebilir” nitelikte bir özgürlük alanıdır. Ulusalüstü insan hakları hukukunda açıkça sağlık hakkının ihlal edilmiş olduğuna vurgu yapan içtihatlarla (Af. İHH Komisyonu ve inter-Ame.İH Komisyonu çevresinde) rastlanılabilmektedir. Ulusalüstü insan hakları hukukunda sağlık hakkına ilişkin olan içtihatları iki kategoride değerlendirebiliriz. Bazı insan hakları sistemlerinde (Af. İHH Komisyonu ve İnter-Ame.İH Komisyonu) ilgili Sözleşmelerde açıkça dillendirilmiş bir hak olduğu için, sağlık hakkının ihlal edildiğine ilişkin net ifadeler kullanılabilmektedir. Fakat bazı Sözleşmelerde sağlık hakkı açıkça düzenlenmediği için, tıbbi bakım eksikliğinden kaynaklanan ihlaller, yaşam hakkı, insanca muamele yasağı, işkence yasağı, kişi özgürlüğü hakkı gibi özgürlük alanlarıyla (BM İH Komitesi ve Strasbourg Organları) ilişkilendirilmekte ve sözü edilen hakların ihlal edildiğine dikkat çekilmektedir. Dolayısıyla sağlık hakkı, doğası gereği dava edilemez nitelikte değildir; tam tersine, sağlık hakkı dava edilebilir nitelikte bir haktır ve zaten ulusalüstü insan hakları hukukundaki içtihadi uygu-

lama da bu yöndedir. Nedir, problem, sağlık hakkının ilgili sözleşmelerde açıkça düzenlenmemiş oluşundan kaynaklanmaktadır. Bu sorunun çözümü ise, sağlık hakkının ilgili sözleşmelere eklenmesiyle bulunabilir. Bir başka çözüm yolu da, sağlık hakkının düzenlenmiş olduğu sözleşmede, şayet o sözleşmedeki hakları denetleyebilecek nitelikte bir organ kurulmamış ise, böyle bir organın o sözleşme ekseninde oluşturulmasıdır.

Türk Anayasa Hukuku tarihinde, devletin kaynakları ölçüsünde gerçekleştirebilecek nitelikte olan ekonomik, sosyal ve kültürel haklar; medeni ve siyasal haklardan farklı özellikte ve de ikincil nitelikte ve değerde kavranmaktadırlar. Yine, Türk Anayasa Hukuku tarihinde, anayasa hukukuna özgü hiçbir belgede madde metninde açıkça sağlık hakkı ifadesine yer verilmemiştir. Sadece dolaylı olarak sağlık hakkını anımsatan ifadelerin kullanılması yolu seçilmiştir ki, aslında bu da bir yanıltmaca anlamına gelmektedir. Sağlık hakkı ile dolaylı olarak ilişkili görülen maddelerde de, anılan hakkın gerçekleştirilmesi için kaynak sorunu gündeme getirilmemiştir. Bu cümleden olmak üzere, Türk Anayasa Hukuku açısından sağlık hakkına ilişkin düzenlemeler (açıkça ifade edilmediği için) insan hakları kuramı açısından ciddi mahiyette sorunludur.

Nihai tahlilde söylenebilecek olan, ekonomik, sosyal ve kültürel hakların insan hakları kuramında, ikincil değerde ve dava edilemez nitelikte olmadığıdır. Anılan durum, aslında tam tersine bir olguyu yansıtmaktadır. Yani, ekonomik, sosyal ve kültürel haklar da dava edilebilir nitelikte ve öteki insan hakları ile hiyerarşik olarak aynı konumda ve değerdedirler. Bu cümleden olmak üzere, sağlık hakkı da dava edilebilir nitelikte bir haktır ve bu konudaki yükümlülüklerini yerine getirmeyen devletler, en yüksek düzeyde ulaşılabilir sağlık standardından yararlanma hakkını ihlal etmiş olacaklar ve uluslar arası alanda hak ihlalcisi devlet kategorisine yerleştirilebileceklerdir.

KAYNAKÇA

- Algan, Bülent. (2007). *Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması*. Ankara: Seçkin. Yayıncılık.
- Atapattu, Sumudu. (2002) “The Right to Healthy Life or the Right to Die Polluted?: The Emergence of a Human Right to a Healthy Environment Under International Law”. *Tulane Environmental Law Journal*, 65-126.
- Battlett, Peter.-Oliver Lewis and Oliver Thorold. (2007). *Mental Disability’ and the European Convention on Human Rights*. Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers.
- Cassel, Jennifer. (2007). “Enforcing Environmental Human Rights: Selected Strategies of US NGOs”. *Northwestern University Journal of International Human Rights*, 104-127.
- Cavallaro, James L.,- Emily J. Schaffer. (2004). “Less as More: Rethinking Supranational Litigation of Economic and Social Rights in the Americas”, *Hastings Law Journal*, 217-281.
- Clapham, Andrew. (2004). *Human Rights a Very Short Introduction*. OUP, New York.
- Craven, Matthew C. R. (1005). *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*. Oxford: Clarendon Press.
- Dankwa, Victor, - Cees Flintennan And Scott Leckie, (1998) “Commentary to the Maastricht Guidelines on Violations of Economic, Social and Cultural Rights”. *Human Rights Quarterly* 20, 705-730.
- Dennis, Michael J., - David P. Stewart. (2004). “Justiciability of Economic, Social and Cultural Rights: Should There be an International Complaints Mechanism to Adjudicate the Rights to Food, Water, Housing and Health?”. *American Journal of International Law*, 462-515.
- Donnelly, Jack. (1995). *Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları*. Çev: Mustafa Erdoğan-Levent Korkut. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Fomerand, Jacques. (2007). *Historical Dictionary of the United Nations*. The Scarecrow Press, Inc, Lanham, Maryland, Toronto, Plymouth, UK.
- Fura, Elisabet, “Implementation of European Court of Human Right Violence in the Family”, *50. Yılında AİHM ve Türkiye, Uluslararası Sempozyum*. Ankara: Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, 2009, 65-72.
- Gable, Lance. (2007). “The Proliferation of Human Rights in Global Health Governance”. *Journal of Law, Medicine and Ethics*, 534-542.
- Gemalmaz, Mehmet Semih. (2002). *İnsan Hakları Komitesi Kararlarında Yaşam Hakkı ve İşkence Yasağı*. İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları.

- Gemalmaz, Mehmet Semih. (2006). *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Işığında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (Madde 3 / İşkence Yasağı) Analizi*. Ankara: Ankara Barosu Yayınları.
- Gemalmaz, Mehmet Semih. (1994). *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda Yaşam Hakkı ve İşkence Yasağı*. İstanbul: Kavram Yayınları.
- Gemalmaz, Mehmet Semih. (2007). *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş*. İstanbul: Legal yayıncılık.
- Gevers, Sjef. (2004). "The Right to Health Care", *European Journal of Health Law*, 11, 29-34.
- Goodman, Timothy. (2005). "Is There A Right to Health?". *Journal of Medicine and Philosophy*, 30, 643-662.
- Gonnan, Robert F., - Edwards S. Mihalkanin.(2007). *Historical Dictionary^ of Human Rights and Humanitarian Organisations*. The Scarecrow Press, Inc, Lanham, Maryland, Toronto, Plymouth, UK.
- Hendriks, Aart. (1999). "The Close Connection Between Classiccal Rights And the Right to Health, With Special Reference to the Right to Sexual And Reproductive Health". *Medicine and Law*, 225-242.
- Hendriks, Aart. (1998). "The Right to Health in National and International Jurisprudence". *European Journal of Health Law*, 5, 389-408.
- Heyns, Christof. (2004). "The African Regional Human Rights System: The African Charter". *Penn State Law Review*, 679-702.
- Jheelan, Navish. (2007) "The Enforceability of Socio-Economic Rights". *European Human Rights Law Review*, 146-157.
- Keener, Steven R. - Javier Vasquez. (2009). "A life Worth Living: Enforcement of the Right to Health Through the Right to Life in the Inter-American Court of Human Rights". *Columbia Human Rights Law Review*, 594-624.
- Kinney, Eleanor D. (2001). "The International Human Right to Health What Does This Mean for Our Nation and World ?". *Indiana Law Review*, 1457-1475.
- Klein, Alana. (2008). "Judging As Nudging: New Governance Approaches fort he Enforcement of Constitutional Social and Economic Rights". *Columbia Human Rights Law Review*, 351-422.
- Littell, Amanda. (2002). "Can a Constitutional Right to Health Guarantee Universal Health Care Coverage or Improved Health Outcomes?: A Survey of Selected States". *Connecticut Law Review*, 289-314.
- Nozick, Robert. (2006). *Anarşi, Devlet ve Ütopya*. Çev: Alişan Oktay, İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları.

- Odinkalu, Chidi Anselm. (2002). “Implementing Economic, Social and Cultural Rights under the African Charter on Human And Peoples’ Rights”. Rachel Murray (Editor), *African Charter on Human and Peoples CUP*, NY, USA, 178-218.
- Ramcharan, Bertrand G., (Editor). (2005). *Judicial Protection of Economic, Social and Cultural Rights: Cases and Materials*. NLD: Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/ Boston.
- Robertson, A. H., - J. G. (1996). Merrills, *Human Rights in the World*. Manchester University Press, Manchester and New York.
- Sachs, Albie. (2007). “Enforcement of Social And Economic Rights”. *American University International Law Review*, 673-708.
- Shelton, Dinah. (2006). “Human Rights and the Environment: What Specific Environmental Rights Have Been Recognized?”. *Denver Journal of International Law and Policy*, 129-171.
- Shelton, Dinah. (2002). “International Decisions : Decision Regarding Communication 155/96”. *American Journal of International Law*, 937-942.
- Simpson, Ebow Bondzie. (1998). “A Critique of the African Charter on Human and Peoples’ Rights”. *Howard Law Journal*, 643-665.
- Taylor, Prudence E. (1998). “From Environmental to Ecological Human Rights: A New Dynamic in International Law”. *Georgetown International Environmental Law Review*, 309-397.
- Toebes, Brigit. (1999). “Towards an Improved Understanding of the International Human Right to Health”. *Human Rights Quarterly*, 21, 661-679.
- Tulkens, Françoise. (2009). “In General, European Convention on Human Rights and implementation”, 50. *Yılında AİHM ve Türkiye, Uluslararası Sempozyum*. Ankara: Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, 3-10.
- Yamin, Alicia Ely. (2005). “The Right to Health Under International Law And Its Relevance to the United States”. *American Journal of Public Health*, 95(7), 1156-1161.

(50. Makale - 2011)

Bertil Emrah ODER

*Temel Hakların Yargısallaşmasında
Kuramsal Sorunlar: Türkiye Örneği**

* Bertil Emrah Oder, "Temel Hakların Yargısallaşmasında Kurumsal Sorunlar: Türkiye Örneği", Hukuk Felsefesini Yeniden Düşünmek: Hukuk Teorileri, İnsan Hakları ve Anayasalar, Maltepe Üniversitesi Yayınları, Ed. İoanna Kuçuradi, 2011, 143-162.

Temel Hakların Yargısallaşmasında Kuramsal Sorunlar: Türkiye Örneği

Bertil Emrah Oder

Sunuş: "Ayna İçinde Ayna"

Bu tebliğin çıkış noktası, Anayasanın tarihsel bağlamla sınırlı durağan bir belge değil, yargısal yorum ve siyasal uygulamalarla yenilenen, metne dayalı bir "algılama biçimi" olduğudur. Çıkış noktası, en iyi "ayna içinde ayna" metaforu ile anlatılabilir.¹ Anayasanın tarihsel bağlamı ve sözel metni, görünüşteki büyük aynayı oluştururken, derin bir bakış ve gözlem, içindeki diğer aynaları da görür. Yargısal yorum ve siyasal uygulama, kimi zaman bağımsız kimi zaman karşılıklı etkileşim ile, büyük aynada birbirinin içine geçen, birbiriyle yarışan aynalar oluşturur. Büyük ayna aynı kalsa da, yargısal yorum ve uygulama ile oluşan aynalar değişebilir. Büyük aynanın çerçevesi korunur, ama yansıttığı hep aynı kalmayabilir.

Türkiye örneğinde, temel hakların yargısallaşması bakımından "ayna içindeki ayna" neyi yansıtıyor? Sorunun yanıtı, kuşkusuz geniş ölçekli bir çalışmayı gerektirecek boyuttadır. Ancak burada, temel haklar alanındaki kimi temel sorunlara ilişkin yargısal yaklaşımlardan kuramsal çerçeve oluşturma yönünde, kısa gözlemler yapmakla yetinilmektedir. Aşağıda, anayasal içtihatla öne çıkan sınırlı sayıda örnek ele alınmaktadır. Böylece, Anayasada sınırlama nedeni içeren ve içermeyen haklar bakımından yargısal yorum farklılaşması; ölçülülük ilkesi, hakkın özüne dokunma yasağı ve sosyal haklar alanındaki yargısallaşma çerçevesinde, özellikle 2001 Anayasa değişiklikleri sonrası yargısal tutumlarla oluşmuş "ayna"nın göstereceklerine odaklanmak amaçlanıyor.

A. Temel Hakların Yargısallaşmasında Genel Gözlemler

(1) Sınırlama ilkeleri: Temel hakların yargısallaşmasında kavramsal çerçeveyi çizen temel Anayasa normu, olağan dönemler bakımından Anayasanın 13. maddesidir. 13. madde "sınırlamanın sınırları" nı da içeren "sınırlama ilkeleri" ni saptarken, sınırlamaya hangi koşullar altında izin verilebileceğini gösterir. Buna göre, sınırlama her tür düzenleyici işlem ile değil, yalnızca kanun ile yapılabilen

ve “anayasal neden”e bağlı bir işlemdir. Türk Anayasa Hukukunda “neden” unsurunun az sayıda Anayasa normunda öngörüldüğü ve böylece yasakoyucunun takdir yetkisine ağırlık verildiği düşünüldüğünde, “nedene bağlılık ilkesi” yasakoyucuyu kural olarak sınırlamaktadır. Anayasada kimi özgül hak normlarında sınırlama nedenlerinin çokluğu karşısında, elbette sözkonusu sınırlayıcı işlevin etkililiği tartışmalı görülebilir. 2001 Anayasa değişikliklerinde özgül hak normlarındaki “özel sınırlama nedenleri” yanında varolan “genel sınırlama nedenleri”nin kaldırılması, beraberinde kuramsal sorunları getirmektedir. Bu konuya aşağıda kısaca değinilecektir.

Anayasa, sınırlamanın sınırına ilişkin ilkeler bakımından zaman zaman birbiriyle geçişkenlik de gösteren bir dizi ilkeyi içermektedir: sınırlamanın Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olması; sınırlamanın demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olması; sınırlamanın ölçülülük ilkesine uygun olması (elverişlilik, gereklilik, orantılılık); sınırlamanın hakkın özüne dokunması yasağı. Tüm bu ilkeler, etkili bir yargısallaşma ile somutlaşarak anlam kazanabilecek türdendir.

2001 Anayasa değişiklikleri bakımından 13. maddenin kazandığı en ilgi çekici kavram, sınırlamanın sınırı olarak “laik Cumhuriyetin gerekleri”dir. Hakkın özü kavramı, 2001 Anayasa değişiklikleri ile 1961 Anayasasından sonra yeniden Anayasa metnine girse de, zaten anayasal içtihadta kullanılan bir kavramdı. Ölçülülük ilkesi de, sınırlama konusundaki içtihadta yabancı değildi. Sınırlamanın sınırı olarak “laik Cumhuriyetin gerekleri” iki temel işleve sahip olabilir. İlki, dinsel özgürlüklerin bir dine inanmama ya da onun gereklerini yerine getirmeme gibi pasif ya da negatif olarak tanımlanabilecek kısımdan yararlananları ilgilendirir. Bu kısımdan yararlananlara yönelik sınırlamaların, laik Cumhuriyetin bir dizi gereğine uygun olması gerekir. Bu gerekler arasında, öncelikle devletin dinsel tarafsızlığı, eşitlik, din karşısında farklı tutumların (onaylayıcı, eleştirel, yansız gibi) varlığına dayalı ve dinsel baskının önüne geçen çoğulcu toplum yapısını koruma yer alır. İkincisi, dine inanma ve onun gereklerini yerine getirmeyi içeren dinsel özgürlük alanına yönelik sınırlamaların da laik Cumhuriyetin anılan gereklerine uygun olması beklenir. Laik Cumhuriyet, böylece anayasal düzen bakımından hem Anayasa madde 24 ve 14 gereği yasak ve sınırlamalar öngörebilen hem de dinsel özgürlüklerin yukarıda değinilen iki alanı arasında “denge kurabilen” bir işlev görür. İkili bir niteliğe sahip din ve vicdan özgürlüğünün (inanma-inanmama ya da dinsel pratiği yapma-yapmama gibi) farklı kullanım biçimleri arasındaki çatışmalarda “laik Cumhuriyetin gerekleri” belirleyici olabilir.

(2) Bireylerarası ilişkilerde temel haklar: Anayasanın 13. maddesi, devletin temel hak ve özgürlüklere müdahalesi düşünülerek tasarlanmıştır. Madde, sınırlamayı yapacak olanın bir kamusal işlem (“kanun”) olması ve bu işlemin içeriğe (“esas”) ilişkin gözetmesi gereken unsurlar bakımından (“neden” unsuru olarak, Anayasa’da gösterilen nedenler ve “konu” unsuru olarak, sınırlamanın sınırına ilişkin ilkeler), devlete yönelmektedir. Bu yönüyle, bireyler arasındaki ilişkilerdeki hak ihlallerini ya da taleplerini doğrudan dikkate almamaktadır. Temel hak ve özgürlüklerin bireylerarası ilişkilerdeki rolü, Anayasanın bağlayıcı-

lığı ilkesinde “kişiler”e ilişkin açık vurgu nedeniyle (Anayasa madde 11/1), her bir hak ya da özgürlüğe ilişkin özgül Anayasa normundan yola çıkarak, özellikle yargısal yorum ile anlam kazanabilir. Anayasanın 12/1. maddesinde, temel hak ve özgürlüklerin kişinin diğer kişilere karşı ödev ve sorumlulukları çerçevesinde tanımlanması da bu noktada bir dayanak olabilir. Somut olaylarda, bireylerarası hak çatışmaları bakımından 13. maddenin açıkça öngördüğü ve hukuk devletinin saklı bir ilkesi olarak farklı hukuk alanlarında uygulama alanı bulan “ölçülülük ilkesi”ne başvurulabilir.² Türkiye’de Anayasa Mahkemesine bireysel başvurunun (“Anayasa şikâyeti”) tanınmadığı düşünüldüğünde, bireylerarası hak çatışmalarında temel hakların etkisi, öncelikle adlî yargı ve özellikle Yargıtay kararları ile açıklık kazanabilir.

(3) Düzenleme-sınırlama ikiliği: Anayasanın 13. maddesi, klasik liberal öğretiyeye uygun olarak, devletin tek yanlı “sınırlama” yetkisi bakımından tasarlandığı için “devletin olumlu edimini gerektiren sosyal ve ekonomik haklar”daki “düzenleme” gereğine ve bunun sınırlarına değinmemektedir.³ Dolayısıyla bu maddede çerçevesinde, sosyal alanda düzenleme yapan bir kanunun, bir hakkı yaşama geçirirken diğer haklarla çatışması olasılığı dikkate alınmamaktadır. Öte yandan, 13. maddedeki sınırlamaya ilişkin ilkelerin sürekli dokunmama üzerine kurulu olması, onların sosyal haklar alanında nasıl uygulanacağı sorusunu da beraberinde getirir. Çünkü devletin olumlu edimini gerektiren sosyal haklar, doğaları gereği devletin müdahaleci önlemler almasını gerektirebilirler. Örneğin sosyal güvenlik, sağlık ya da eğitim alanında, bu alanları ilgilendiren sosyal hakların “düzenlenmesi”, işveren ya da yatırımcılar bakımından çalışma ve sözleşme özgürlüğünün “sınırlanması” anlamını taşıyabilir. “Düzenleme-sınırlama” ikiliğine ilişkin hukuksal sorununun çözümü için de yargısal yorum belirleyicidir.

B. 2001 Anayasa Değişiklikleri Sonrası Anayasal İctihatta Kuramsal Yaklaşımlar

Anayasanın 13. maddesinin 2001 Anayasa değişikliği ile yeniden biçimlenmesi karşısında, temel hak dogmatığında gelişme ve yenilenme kaçınılmaz sayılmalıdır.⁴ Bu alanda yargısallaşma henüz bir oluşum içindedir ve yeterince derinleşme sağlanamamıştır. Genel değerlendirmelerde bulunmak için, ilkelerin yorumunda yeni yaklaşımları ve yargısal somutlaşma sürecini izlemek zorunludur. 2001 sonrası yargısal yorumda beliren yaklaşımlar bakımından aşağıdaki konular özellikle dikkat çekmektedir:

(1) Özel sınırlama nedeni içeren ve içermeyen özgürlükler: Anayasa Mahkemesi, özel sınırlama nedeni içeren ve içermeyen özgürlüklerin sınırlanması konusunu, 2001 sonrası içtihadında ele alma fırsatını bulmuştur. Anayasa Mahkemesinin 2001 öncesi içtihadında, 13. maddede yer alan genel sınırlama nedenlerini aşan nedenlerle dahi sınırlama yapılmasına izin veren bir örneği bulmak mümkündür:

Anayasanın 31. maddesinin birinci fıkrası, kişilerin ve siyasî partilerin Devlet elinde olan radyo ve televizyondan yararlanabilme olanağını

belirtmektedir. Böylece kişiler ve siyasî partiler radyo ve televizyon yoluyla halka hitap edebilme imkânını bulabileceklerdir. Ancak, kişiler ve siyasî partiler Anayasanın 31. maddesini ileri sürerek radyo ve televizyondan doğrudan yararlanmayı bir hak olarak isteyemezler. (...)

Bu hakkın kullanılması Kanun Koyucu'nun takdirine bırakılmıştır, denilebilir. (...) *Bu düzenleme yapılırken Kanun Koyucu 13. maddedeki sınırlama nedenleriyle yetinmek zorunda değildir.* Bunların dışında kalan nedenlere dayanılarak bazı kayıtlar da koyabilir. Bu bir takdir sorunudur. Buradan hareketle, objektif ve tarafsız kalınmak ve eşitlik ilkesi ihlal edilmemek suretiyle, evvelce tanınmış olan yararlanma hakkının, Kanun Koyucu tarafından sınırlandırılması mümkündür.⁵

Bu noktada, 2001 Anayasa değişiklikleri sonrasındaki içtihat bakımından, öncelikle özel sınırlama nedeni içeren özgürlüklerin sınırlanması sorununa değinilebilir. Mahkeme, 2003 ve 2007 yılındaki kararlarında özel sınırlama nedeni içeren özgürlüklerden düşünceyi açıklama özgürlüğü ve dernek özgürlüğü için, Anayasanın söz konusu özgürlüklere ilişkin özgül normlarındaki özel sınırlama nedenlerini esas almaktadır. Böylece bu tür özgürlüklerin -2001 Anayasa değişikliklerine koşut olarak- kendi özel sınırlama nedenleri dışındaki nedenler ile sınırlandırmayacağını açıkça benimsemektedir. Düşünceyi açıklama özgürlüğü bakımından, Mahkeme özel sınırlama nedenleri dışında nedenlerle sınırlama yapılamayacağını şöyle vurgulamıştır:

İtiraz konusu kural uyarınca ödeme yapılınca kadar yayının durdurulmasına karar verilmesi, Anayasa'nın 26. maddesinin güvence altına aldığı düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetine yapılmış açık bir müdahale niteliğindedir. Böyle bir sınırlamanın her şeyden önce Anayasa'nın ilgili maddesinde belirtilen nedenlerden birine dayandırılmış olması gerekir. Oysa, itiraz konusu kural Anayasa'nın 26. maddesinde belirtilen sınırlama nedenlerinden herhangi birine dayanmamaktadır.⁶

Ne özel sınırlama nedeni ne de genel olarak kanun ile sınırlandırılabilirlik klozu içeren özgürlükler bakımından, 2001 sonrası içtihatı iki farklı eğilim saptanabilir:

(i) İlk eğilim, özel sınırlama nedeni içermeyen, hatta sınırlama konusunda suskun kalan “hak arama özgürlüğü”nün sınırlandırmayacağını belirten içtihatıdır. Söz konusu davada, Ceza Muhakemesi Usulü Kanununun 163. maddesine göre sulh ceza mahkemelerinden gönderilen iddianamelerde sanığa yüklenen eylemin ve bunun hukuksal niteliğinin belirtilmesi zorunluluğu aranmamaktaydı. Mahkeme, 2002 yılındaki içtihadında, hak arama özgürlüğünü içeren Anayasanın 36. maddesinde özel sınırlama nedenlerinin yer almadığını vurgulayarak, Ceza Muhakemesi Usulü Kanununun ilgili hükmünü iptal etmiştir:

Anayasa'nın 13. maddesine göre temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması ancak ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olup, Anayasa'nın 36. maddesinde böyle bir sınırlandırma öngörülmemiştir.

Niteliği ne olursa olsun kişiye yöneltilen bir suçlamaya karşı savunma hakkının sağlanması bakımından suçların hafif ya da ağır veya sulh, asliye ve ağır cezalı olması gibi bir ölçüye göre farklılık oluşturulması kabul edilemez.

Bu nedenlerle kural Anayasa'nın 36. maddesine aykırıdır. İptali gerekir.⁷

Anayasa Mahkemesi, 2002 yılında yine hak arama özgürlüğü bakımından benzer değerlendirmeyi, dava açmayı koşullu hale getiren bir kanun hükmü için de yapmaktadır. Belediye Gelirleri Kanununa göre, harcamalara katılma payı tahakkuk ettirilen bir mükellefin buna karşı dava açabilmesi, söz konusu payın yarısının önceden ilgili belediyeye ödenmesi koşuluna bağlanmaktaydı. Mahkeme, dava açma hakkının koşula bağlanarak sınırlandırılmasında, kamu yararına dayanıldığını saptamaktadır. Kamu yararı, "ilgili belediyelerin sözkonusu gelirleri öncelikle tahsil ederek projelerini kısa sürede tamamlamaları ve bu konudaki dava sayısının azaltılarak mahkemelerin iş yükünün hafifletilmesi" olarak özetlenebilir. Bununla birlikte, tıpkı yukarıda aktarılan içtihadta olduğu gibi, bir sınırlama nedeni olarak "kamu yararı"nın varlığı yeterli görülmemektedir. Mahkeme, hak arama özgürlüğünün sınırlama nedeni içermeyen bir özgürlük olduğunu belirterek, sınırlamanın yapılamayacağı yönünde karar vermiştir.⁸

Hak arama özgürlüğü bakımından somutlaşan bu ilk eğilim, genel olarak kanun ile sınırlanabilirlik klozu içermeyen ve sadece hakkın sınırlarını göstererek hakkı koruyan özgürlükler bakımından koruma düzeyinin yüksekliğini göstermektedir. Hak arama özgürlüğünde, hakkın sınırları "meşru vasıta ve yollardan faydalanmak" olarak belirtilmekte ve özgürlük üç temel unsuru içermektedir: (1) Davalı ve davacı olarak iddia ve savunma hakkı. (2) Adil yargılanma hakkı. (3) Mahkemelerin görev ve yetkisindeki davalara bakmaktan kaçınma yasağı. Bu unsurlarda, "meşruluk" ölçütü hakkın doğal sınırlarını oluşturan ve Anayasaya uygunluk denetiminde incelenmesi gereken temel ölçüttür.

Yukarıdaki içtihadı göre, Anayasada sınırlanması öngörülmemiş özgürlükler için Mahkemenin kuramsal yaklaşımı, "sınırlanamazlık"tır. Böylece, Anayasa Mahkemesi başkalarının hak ve özgürlükleri ve diğer anayasal değerler karşısında, sınırlamanın yapılabileceği varsayımından yola çıkmamaktadır. Mahkeme, hak arama özgürlüğünde "sınırlanamazlık" varsayımını kabul ederek, başkalarının hak ve özgürlükleri ve diğer anayasal değerler karşısında ortaya çıkabilecek sınırlamaları tartışmalı kılmaktadır. Eğer varsayımı, sınırlanabilirlik yönünde olsaydı, hiç kuşku yok ki, her sınırlama Anayasaya uygun sayılmayacaktı. Özellikle demokratik toplum gerekleri, ölçülülük ve öze dokunmama gibi denetimin çekirdeğini oluşturan ilkeler bakımından ilgili normun denetlenmesi gerekecekti.

Oysa İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (İHAM), İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin sınırlama nedenleri içermeyen ve Avrupa düzeyinde hak arama özgürlüğünü güvence altına alan 6/1. maddesi bakımından farklı bir kuramsal değerlendirme yapmaktadır. İHAM, Sözleşmenin 6/1. maddesinde düzenlenen mahkemeye başvuru hakkı bakımından, hakkı mutlak nitelikte görmemiş, hakkın niteliği

gereği ulusal düzenleme yapmayı gerekli kıldığını benimsemiştir. Hakkın kullanımına ilişkin koşullarda ağırlığı denetimin çekirdeğini oluşturan ilkelere uygunluğa kaydırmıştır.⁹ Söz konusu ilkeler de, Anayasadakilere benzer biçimde özellikle sınırlamada güdülen meşru amaç, hakkın özü ve ölçülülük gibi ilkelerdir.

Serbest seçim hakkını düzenleyen 1 Nolu Protokolün 3. maddesi için de benzer durum söz konusudur. Seçim hakkı, Sözleşmeye taraf devletlerin yükümlülükleri biçiminde ve sınırlanabilirliğe ilişkin hiçbir hüküm içermemek üzere düzenlenmiştir: “Yüksek Sözleşmeciler Tarafından, yasama organının seçilmesinde halkın kanaatlerinin özgürce açıklanmasını sağlayacak şartlar içinde makul aralıklarla gizli oyla serbest seçimler yapmayı taahhüt ederler.” Bu hüküm karşısında Mahkeme, seçim hakkı bakımından sınırlanamazlık değil, “saklı sınırlamalar” kavramını tercih etmiş ve sınırlama nedenleri olarak saptanan “meşru amaçlar”ın yokluğu halinde, sınırlamayı haklı kılacak amaçlara dayanılabileceğini vurgulamıştır. Ancak sınırlama nedeni olarak kullanılabilecek bu tür amaçlar “hukuk devleti ilkesi” ve “Sözleşmenin genel amaçları” ile bağdaşmalıdır:

1 Nolu Protokolün 3. maddesinde güvence altına alınan haklar mutlak değildir. (...)

1 Nolu Protokol’ün 3. maddesi bakımından “saklı sınırlamalar” kavramı bu hükümle güvence altına alınan hakların sınırlanmasında güdülen amaçların ilintili olup olmadığına karar vermek için büyük öneme sahiptir. [Sözleşmenin] 8-11. maddelerinin aksine, 3. madde “meşru amaçlar”a ilişkin özel liste ile sınırlı olmadığından, taraf devletler sınırlamayı haklı kılmak için hukuk devleti ilkesi ile bağdaşan ve davanın özel koşullarında Sözleşmenin genel amaçlarıyla doğrulanmış, listede yer almayan bir amaca dayanmakta serbesttirler.¹⁰

(ii) Anayasal içtihatla, sınırlama nedeni içermeyen özgürlükler için benimlenen ikinci eğilim, bu özgürlüklerin sınırlanabilirliğine ilişkindir. Ancak “sınırlanabilirlik” varsayımı, yasakoyucunun sınırlama tercihlerinin *a priori* olumlandığı mutlak bir anlayışa karşılık gelmez. Sınırlama içeriğinin, sınırlama ilkeleri ile denetlenmesi gereken göreceli ve koşullu bir anlayışa dayanır. Çoğulcu-özgürlükçü demokrasilerde, denetimsiz bir mutlak sınırlama yaklaşımı söz konusu olamaz. Anayasa Mahkemesi, aşağıda değinilen 2002 yılındaki içtihadında, çalışma ve sözleşme özgürlüğüne ilişkin anayasal düzenlemeyi (Anayasa madde 48), sınırlama nedeni içermeyecek biçimde yorumlamıştır. Buna karşılık, Anayasanın 48. maddesinin 2. fıkrasında sınırlama nedenlerinin düzenlenme biçimine benzemeyen, ancak devletin çalışma ve sözleşme özgürlüğünün kullanımını düzenlemesini gerektiren bir dizi esasa da yer verildiği dikkat çekmektedir: “Devlet, özel teşebbüslerin millî ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır.”¹¹

Anayasa Mahkemesi, çalışma ve sözleşme özgürlüğünün sınırlanmasına da yol açabilecek bu tür “tedbir alma esasları”nın, maddî anlamda sınırlama nedeni sayılıp sayılamayacağı sorununu ayrıntılı biçimde tartışmamaktadır. Çalışma

ve sözleşme özgürlüğü alanı, farklı kişilerin çalışma ve sözleşme özgürlüklerinin çatışmasına da elverişli olduğu için, aslında bir grup için özgürlüğü koruyan önlemler, diğer grup için sınırlama anlamını taşıyabilir. O nedenle, aynı özgürlükten farklı konumlardaki kişilerin farklı biçimlerde yararlandığı özgürlüklerde, “özgürlük çatışmaları” önemli bir hukuksal sorundur.

Çalışma ve sözleşme özgürlüğünün sınırlanması sorununa ilişkin örnek, Avukatlık Kanununda yer alıyordu. Buna göre, emeklilik veya istifa gibi sebeplerle görevlerinden ayrılan “adli, idarî ve askerî yargı yargıç ve savcılarının son 5 yıl içinde hizmet gördükleri yargı çevresinde, görevden ayrılma tarihinden itibaren 2 yıl süre ile avukatlık yapmaları yasaklanıyordu. Mahkeme, 2002 yılındaki içtihadında, normun denetiminde çalışma ve sözleşme özgürlüğünün sınırlama nedeni içermediğini vurgulamakla birlikte, sınırlamanın Anayasanın koruduğu değer ve ilkelerden olan “hukuk devleti” (Anayasa madde 2) ve “yargı bağımsızlığı”ndan (Anayasa madde 138) kaynaklandığını belirtmektedir. Bu nedenle, çalışma ve sözleşme özgürlüğünün sınırlarını belirlerken, onu bulunduğu anayasal normatif bağlam çerçevesinde okumaktadır. Dolayısıyla, sistematik kanıtlarla, çalışma ve sözleşme özgürlüğü, içinde bulunduğu normatif sistematığe uygun olarak sınırlanabilecektir. Ancak söz konusu sınırlamanın, Anayasanın 13. maddesinde somutlaşan sınırlama ilkelerine uygun olması da zorunludur:

Anayasa'nın 48. maddesinde de, herkesin, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahip olduğu belirtilirken *bu özgürlük için bir sınırlama nedeni öngörülmemiş ise de dava konusu kuralla getirilen sınırlama, bu maddeden değil, Anayasa'nın mahkemelerin bağımsızlığı ilkesini düzenleyen 138. maddesinden kaynaklanmaktadır.*

Hukuk devletinin olmazsa olmaz koşulu olan bağımsız yargı gücü, günümüzde temel hak ve özgürlüklerin olduğu kadar kamusal düzenin korunmasının da güvencesidir. Yargının bağımsızlığının amacı ise bireylere her türlü etki, baskı, yönlendirme ve kuşkudan uzak kalınarak adaletin dağıtılacağı güven ve inancını vermektir. Bu bağlamda, Anayasa'nın 138. maddesinde düzenlenen objektif bağımsızlık da yargılamaya çalışmalarında hâkimlerin hiçbir etki altında kalmamaları gereğine dayanmaktadır.

Taraflardan birinin davasını üstlenen bir avukatın kısa bir süre önce o mahkemede hakim veya savcı olarak görev yapmış olması, karşı tarafta ve toplumda kuşku ve rahatsızlık yaratabilir. Yargıya bir etkinin yapılması kadar, yapılabilmesi olasılığı da adaleti olumsuz yönde etkileyerek sonuçta yargı bağımsızlığını zedeler.

Anayasa'nın tüm maddeleri aynı etki ve değerde olup, aralarında bir üstünlük sıralaması bulunmadığından, uygulamada bunlardan birine öncelik tanımak olanaklı değildir. Bu nedenle, kimi zaman zorunlu olarak birlikte uygulanan iki Anayasa kuralından biri diğerinin sınırını oluşturabilir. Ne var ki bu sınırlamaların da temel hak ve özgürlüklerin

özüne dokunmaması, demokratik toplum düzeninin gerekli kıldığından fazla olmaması ve ulaşılmak istenilen amacı aşmaması, başka bir anlatımla ölçülülük ilkesiyle uyum içinde bulunması zorunludur.

Önceki düzenlemeyle getirilen adlî, idarî ve askerî yargı hâkim ve savcılarının yalnızca ayrıldıkları mahkemelerde iki yıl süreyle avukatlık yapamamalarına ilişkin yasak, Avukatlık Kanunu’nun 14. maddesinin 4667 sayılı Kanunla değiştirilen birinci fıkrası ile emeklilik veya istifa gibi nedenlerle ayrılma tarihinden geriye doğru beş yıl içinde görev yapılan yerlerin yargı çevresinde avukatlık yapamama biçiminde genişletilmiştir.

Yargı çevresi bir bölgeyi bazen de yüksek mahkemelerde olduğu gibi tüm ülkeyi kapsayabileceğinden, dava konusu kuralla kimileri için son beş yıl içinde hizmet gördükleri mahkeme ve dairelerin yargı çevresini kimileri için de tüm ülkeyi kapsayacak biçimde getirilen yasaklama, çalışma özgürlüğünün ölçsüz biçimde sınırlandırılmasına yol açabilecek niteliktedir.¹²

Yukarıdaki kararda beliren kuramsal yaklaşım, sınırlama nedeni içermediği düşünülen bir özgürlük bakımından, diğer anayasa normlarının -ağırlık ve etkilerine göre- sınırlayıcı işlev görebilecekleridir. Ancak sözkonusu sınırlayıcı işlev, sınırlama ilkelerine uygunluğu ölçüsünde Anayasaya uygun sayılacaktır.

Buna karşılık, Mahkemenin 2002 yılındaki başka bir içtihadında çalışma ve sözleşme özgürlüğüne müdahale, mutlak biçimde yasaklanmakta ve davanın konusu bakımından sözleşme özgürlüğünün diğer anayasal normlar karşısındaki yerine değinilmemektedir.¹³ Anılan içtihatla, sözleşme özgürlüğü irade serbestisi çerçevesinde mutlak olarak algılanmakta ve hukuk devleti ilkesi, özgürlüğün korunmasında bir ölçü norm olarak değerlendirilmektedir. Yukarıda anılan diğer karar da dikkate alındığında, şu söylenebilir: kullanma biçimleri bakımından, yalnızca devletin düzenleyici ve koruyucu önlem alma yükümlüklerini içeren özgürlükler için, Anayasa Mahkemesi kendi içtihatları arasında ortak bir kuramsal çerçeve oluşturmaksızın sonuca varmaktadır:

Anayasa'nın “Çalışma ve sözleşme hürriyeti” başlıklı 48. maddesi, “Herkes dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetine sahiptir” kuralını içermektedir. Buna göre taraflar, özgür iradeleriyle ilişkilerini sözleşmelerle düzenleyip biçimlendirebilirler. Bir sözleşmenin ne zaman ve ne şekilde sona ereceğine ancak sözleşmenin taraflarınca karar verilebilir. Anayasanın 48. maddesinde koruma altına alınan bu özgürlük, sözleşme yapma serbestisi yanında yapılan sözleşmelere dışarıdan müdahale yasağını da içerir.

Dava konusu kuralla daha önce düzenlenmiş ve tarafların özgür iradeleri sonucunda belli şartlara bağlanmış olan sözleşmeler, kimi aşamalarda yeni koşullar öngörülerek değiştirilmekte ya da tümüyle sona erdirilmektedir.

Öte yandan, bir hukuk devletinde hukuk güvenliğinin sonucu olan ahde vefa ilkesi de sözleşme özgürlüğünün korunmasını zorunlu kılar.

Açıklanan nedenlerle, mevcut sözleşmelerin yasa ile sona erdirilerek sözleşme özgürlüğüne müdahale edilmesi Anayasanın 2. ve 48. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.¹⁴

Anayasal içtihadta bir özgürlük ya da hakkın diğer bir özgürlük ya da hak ile “dengelenmesi” (tartım) yaklaşımı, 1961 Anayasası döneminde uygulanmıştı. 1961 Anayasasının 11. maddesi, temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasında özel sınırlama nedenleri ile sınırlamayı veya bir dizi genel nitelikli sınırlama nedenine dayanarak sınırlamayı öngörmekteydi. Düşünceyi açıklama özgürlüğüne ilişkin 20. madde sınırlama nedeni içermiyor; basın özgürlüğüne ilişkin 22. madde ise özel sınırlama nedenleri içeriyordu. Anayasa Mahkemesi 1979 yılındaki “Bayram Gazetesi”ne ilişkin içtihadında, “dinlenme hakkı” ile “düşünce özgürlüğü” arasında, dinlenme hakkı lehine bir denge kurarak, hak-özgürlük çatışması sorununu ele almaktadır.¹⁵ Davada denetlenen norm, iki dinsel bayrama denk düşen tatil günlerinden, yılda toplam beş gün, günlük gazetelerin çıkmamasını, onlar yerine gazetecilik meslek örgütleri tarafından “Bayram Gazetesi”nin çıkmasını öngörmekteydi. Anayasa Mahkemesi, sorunu basın özgürlüğü açısından değerlendirirken, Anayasanın bu özgürlük için belirlediği özel sınırlama nedenlerine aykırılık olmadığını saptamaktadır.¹⁶ Oysa ilgili sınırlama, özel sınırlama nedenleri ile bağdaştırılacak bir nitelik taşımamaktaydı. Mahkeme sınırlamayı, 1961 Anayasası madde 23/2’de yer alan ve gazete çıkarılması, yayımı, malî kaynakları ve gazetecilik mesleğinin kanunla düzenlenmesini öngören hükmün ve dinlenme hakkının (Anayasa madde 44) yansıması olarak yorumlamıştır. Kararda ilgi çekici olan ve “dengeleme” yaklaşımına uygun düşen denetim, düşünce özgürlüğü bakımından yapılan denetimde saklıdır. Mahkeme öncelikle sınırlama konusunda dengelemenin nasıl yapılacağını belirleyen öncülü saptamaktadır. Buna göre, sınırlamanın topluma sağlayacağı yarar, kişilere getirdiği zarara göre “ağır basmaktaysa”, kamu yararının varlığı benimsenmelidir. Bu çerçevede, düşünce özgürlüğünün dinlenme hakkı nedeniyle sınırlandırıldığı saptanmaktadır. Ancak Mahkeme, dinlenme hakkından kaynaklanan sınırlamanın, sınırlamayı tek başına haklı kıldığını söylemez. Sınırlamanın düşünce özgürlüğünün özüne dokunup dokunmadığını da inceler. İnceleme sonucunda bir dizi etkene dayanarak, hakkın özünün zedelenmediği sonucuna ulaşılmaktadır. Sıralanan etkenler arasında, sınırlamanın yalnızca 5 günü içermesi, gazetecilik meslek örgütleri tarafından çıkartılacak “bayram gazetelerinin varlığı ve sınırlamanın düşüncenin kendisine değil, yayım aracına ilişkin olması özellikle dikkat çekicidir.

Anayasa Mahkemesi, 2001 Anayasa değişiklikleri öncesi içtihadında, özel sınırlama nedeni ile uyumlu diğer Anayasa hükümlerini de kullanmaktaydı. 1996 yılında, mülkiyet hakkına getirilen bir sınırlamayı denetlerken, sistematik yorum ile Anayasanın diğer bir maddesinde korunan değeri dikkate almaktadır. Bu davada tartışılan kanun hükmüne göre, orman sayılmayan sahipli yerlerdeki fıstık ağaçlarını kesmeden önce yerel orman idaresine haber verilmeli ve durum bir tu-

tanakla belgelenmeliydi. Anayasa Mahkemesi, kanunda mülkiyet hakkına sınırlama getirildiğini kabul etmekte, ancak sınırlamanın Anayasanın mülkiyet hakkına ilişkin özel sınırlama nedeni olan kamu yararına uygun olduğunu saptamaktadır. Mahkeme, “kamu yararı”na uygunluk ile yetinmemiştir. Sınırlamanın, Anayasanın 169. maddesinde yer alan devletin ormanları koruma yükümlülüğü ile de uyumlu olduğunu vurgulamıştır.¹⁷

(2) Ölçülülük ilkesi ve hakkın özü: Temel hakların yargısallaşmasında ölçülülük ilkesi ile hakkın özü kavramlarının uygulanması 2001 Anayasa değişiklikleri sonrasında nasıl bir görünüm kazanmaktadır? Soru önem taşımaktadır. Çünkü 2001 öncesine değin, ölçülülük ilkesi ve hakkın özü kavramları anayasal içtihatla başvurulan, ancak 1982 Anayasasının metninde pozitifleşmemiş sınırlama ilkelere karşılık gelmekteydiler. 2001 Anayasa değişiklikleri her iki sınırlama ilkesini açıkça Anayasanın 13. maddesine yerleştirdi.

Anayasa Mahkemesi 2001 sonrası içtihadında ölçülülük ilkesini, eski içtihadında olduğu gibi, kimi zaman demokratik toplum düzeni ile içiçe kullanmakta ve ilkeyi olay bakımından kapsamlı bir çözümlemeye bağlı tutmamaktadır. Buna göre, “sınırlamaların (...), demokratik toplum düzeninin gerekli kıldığından fazla olmaması ve ulaşılmak istenen amacı aşmaması, başka bir anlatımla ölçülülük ilkesiyle uyum içinde bulunması” gereklidir.¹⁸

2001 sonrası içtihatla ölçülülük ilkesinin alt ilkeleri ile ele alındığı ve uygulandığı bir örnek de göze çarpmaktadır. Tüm alt ilkelerin dikkate alındığı bu örnek, ölçülülük ilkesine ilişkin anayasal içtihat için önem taşımaktadır.¹⁹ Anılan içtihatla, Anayasa’nın sınırlama ilkelerini içeren 13. maddesi anılmamakta, ancak çalışma ve sözleşme özgürlüğünün sınırlanması bakımından Anayasanın 48. maddesine aykırılık sorunu tartışılmaktadır. Denetlenen norm, Kamu İhale Kanunu’nun bir hükmüdür. İlgili hükme göre, kişiler geçici süreyle kamu ihalelerine katılmaktan yasaklı sayılabileceklerdir. Bunun koşulu, anılan kanunda öngörülen eylemlerden birini gerçekleştirme ve eylemin, Türk Ceza Kanununa göre suç oluşturduğu iddiasıyla açılan bir kamu davasının varlığıdır. Mahkeme, davada ölçülülük ilkesinin iki alt ilkesi olan gereklilik ve elverişlilik ilkelerine uygunluğu birlikte ele almakta, orantısızlığı ayrıca incelemektedir. Mahkemenin, alt ilkelerin uygulanmasında daha açık ve kapsamlı bir inceleme yapması uygun olurdu. Bununla birlikte, alt ilkelerin açıkça vurgulanması da kuşkusuz önemlidir. Kararın, orantılılık ilkesine uygunluğunun denetiminde, düzenlemede gözetilen “kamu yararı”nın niçin ağır basması gerektiği başka kanıtlarla da desteklenebilirdi (örneğin, kamusal kaynakların kullanılmasında özen; kamu ihalelerinde etik kurallara uygunluk). Davada, çalışma ve sözleşme özgürlüğünde özel sınırlama nedenleri sorunu ve özellikle özel teşebbüslere yönelik devletin önlem alma yükümlülüğünün bu kapsamda değerlendirilip değerlendirilemeyeceği dikkate alınmamıştır:

Kamu İhale Kanunu’nda, kamuya ait parasal kaynakların kullanılması da gözetilerek, kamu ihalelerinde rekabetçi bir ortamın yaratılması ve ihaleye katılanlar arasında fırsat eşitliğinin sağlanması amaçlanmaktadır.

Yukarıda sözü edilen eylemlerin niteliği dikkate alındığında itiraz konusu kural ile getirilen önlemin Kamu İhale Kanunu ile ulaşılacak istenen amaç için elverişsiz ve gereksiz olduğundan söz edilemez.

Söz konusu önlemin, belirtilen nedenlerle yargılanmaları devam eden kişilerin hukukî menfaatlerini olumsuz yönde etkileyeceği kuşkusuzdur. Bu kişilerin yargılama sonucunda beraat etmeleri halinde bu olumsuz etki daha belirgin olarak ortaya çıkacaktır. Ancak bu kişilere isnat olunan eylemlerin niteliği ve bu eylemlerin sübut bulma olasılığı gözetildiğinde, bu kişilerin katılımı ile gerçekleştirilecek kamu ihalelerinin, ihaleyi yapan idareler bakımından olduğu kadar kamu yararı bakımından da telafisi güç ya da imkânsız sonuçlar doğurabileceği de açıktır. Bu yönüyle, itiraz konusu kural ile öngörülen İdarî önlemin, kamu yararının korunması amacıyla getirildiği anlaşıldığından, bu önlemin ulaşılacak istenen amaç yönünden orantısız olarak kabulü mümkün değildir.²⁰

Anayasa Mahkemesi, öz kavramının 2001 sonrası Anayasaya girmesinden sonra, “öze dokunma yasağı” ile “sınırlama” kavramı arasında karşıt bir ilişkinin olduğu görüşünü yinelemiştir. 2003 yılındaki anayasal içtihat, mülkiyet hakkına ilişkin bir davada, öze dokunmanın sınırlamayı aşan bir durum olduğunu açıkça vurgulamaktadır:

Yirmi yıllık hak düşürücü sürenin geçmesiyle taşınmaz malikinin her türlü dava açma hakkının engellenmesi ve taşınmazın hiçbir karşılık ödenmeden idareye geçmesi, mülkiyet hakkının sınırlanmasını aşan, hakkın özünü zedeleyen bir durumdur.²¹

Hakkın özüne dokunma yasağı, 1961 Anayasası'nın “sınırlamanın sınırı” olarak benimsediği ilkelerdendir. Anayasa Mahkemesi, öze dokunmanın sınırlamayı aştığını benimseyen tutumunu, 1976 yılındaki anayasal içtihatla sergilemekteydi:

Kamu yararına dayanan kamulaştırma işleminde taşınmazın gerçek karşılığının ödenmesi halinde mülkiyet hakkı paraya çevrilmek suretiyle korunmuş olacağından, “öze dokunma” durumu da “sınırlama” niteliğine dönüşmüş olacaktır.²²

Öz kavramı, 2001 Anayasa değişikliklerine değin 1982 Anayasasının metninde yer almamakla birlikte, anayasal içtihatla başvurulacak bir kavram oldu. Bu durum, “hakkın özü” kavramının, yargının “anayasa kültürü”nde benimsenmiş olduğunu göstermektedir. Yargı, Anayasanın metninden çıkartılan bir kavramı kullanmayı içtihat yolu sürdürmüştür. Anayasa öğretisinde sıklıkla vurgulandığı gibi, 1982 Anayasası dönemindeki içtihadın bir kısmında öz kavramı, 1961 Anayasası dönemindeki içtihadla oranla, daha dar biçimde tanımlanmıştır. 1961 Anayasası döneminde öz tanımı, hakkın korunması lehine geniş tutulmuştu: bir hak ya da özgürlüğün kullanılmasını açıkça yasaklayıcı veya örtülü şekilde kullanılmaz hale koyucu veya ciddi surette güçleştirici ve amacına ulaşmasını önleyici ve etkisini ortadan kaldırıncı sınırlamalar.²³ 1982 Anayasası'nın uygulandığı dönemde,

iki unsur dikkat çekicidir. İlkın, 1982 Anayasası dönemindeki içtihadta, “öze dokunma yasağı” demokratik toplum düzeni ile koşut biçimde kullanılmıştır. Buna göre, temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunan düzenlemeler, demokratik toplum düzeninin gereklerine de aykırıdır.²⁴ İkincisi, öz tanımını daraltan ifadeler anayasal içtihadta gözlenmeye başlamıştır. İchtihadta, öze dokunma, hak veya özgürlüğü “tümüyle” kullanılmaz hale getirme ya da “tümüyle” ortadan kaldırma gibi ifadelerle tanımlanmaktadır. Buna karşılık, 1990lı yıllara denk düşen kimi kararlarda, aslında özü geniş tutan tanımın unsurlarına, bazen demokratik toplum düzenine dayanarak, bazen devletin yükümlülükleri çerçevesinde yer veren örnekler görmek de mümkündür:

Kamu yararı amacıyla getirilen bu sınırlama hakkın kullanılmasını ortadan kaldıran veya *önemli ölçüde zorlaştıran bir nitelik taşımadığından* demokratik toplum düzeninin gereklerine de aykırılık oluşturmamaktadır.”²⁵

Anayasa’nın 56. maddesiyle. Devlete, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak amacıyla sağlık kuruluşlarının hizmetlerini düzenleme, denetleme ve organize etme gibi görevler verilmiştir. Devlet, bu görevini kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal güvenlik kurumlarını oluşturarak onlardan yararlanarak ve onları denetleyerek yerine getirecektir. Devlet için bir görev, kişiler için de bir hak olan bu amacın gerçekleştirilmesinde, bu hakkı sınırlayıcı, *yararlanmayı zorlaştıran ya da zayıflatıcı düzenlemeler* 56. maddede yer alan kurallara aykırı düşer.

Bu nedenlerle, EK 14. maddenin (a) bendinin sağlık yardımı bakımından sınırlayıcı düzenleme getiren itiraz konusu ikinci fıkrası, henüz tedavisi süren kişinin yaşama hakkını, hayatını beden ve ruh sağlığı içinde sürdürme hakkının özünü zedelediğinden ve *Devletin, kişilerin yaşamını, ruh ve beden sağlığı içinde sürdürmelerini sağlamak amacını yerine getirmesini sınırlayıp zorlaştırdığından* Anayasa’nın 17. ve 56. maddelerine aykırıdır.²⁶

2001 Anayasa değişiklikleri sonrasındaki içtihadta da, öz tanımını genişleten yaklaşımın kimi unsurlarını bulmak mümkün olmuştur:

Anayasal açıdan dokunulamayacak öz, her temel hak ve özgürlük açısından farklılık göstermekle birlikte kanunla getirilen sınırlamanın hakkın özüne dokunmadığının kabulü için *temel hakların kullanılmasını ciddi surette güçleştirip, amacına ulaşmasına engel olmaması ve etkisini ortadan kaldırıcı bir nitelik taşımaması* gerekir. (...)

Ülkemizde yaşanan terörün amacı, niteliği, kullandığı araçlar ve nihai hedefi dikkate alındığında, iptal konusu kuralların, *Anayasa’nın 26. ve 28. maddelerindeki hakların gayesine uygun bir şekilde kullanılmasını son derece zorlaştıran veya onu kullanılmaz duruma düşüren kayıtlara bağlamadığı dolayısıyla bu hakların özüne dokunmadığı*, devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün, kamu düzeninin ve milli güvenliğin

korunmasının gereği olarak, zorunlu bir sosyal ihtiyaçtan kaynaklandığı ve ülkenin milli birlik ve bütünlüğü gibi meşru bir amaç taşıdığı anlaşılmaktadır.²⁷

Yukarıda aktarılan içtihat, Terörle Mücadele Kanununa ilişkindir. Kanunun davada denetlenen maddesi, yine aynı kanunda suç olarak düzenlenen kimi fiillerin, basın ve yayın yoluyla işlenmesi durumunu ele alıyordu. Denetlenen madde uyarınca, basın ve yayın organlarının suçun işlenişine iştirak etmemiş olan yayın sorumluları da, 1000 günden 5000 güne kadar adli para cezasıyla cezalandırılmaktadır. Anayasa Mahkemesi, maddeyi, düzenleme konusunun terörle ilintili oluşuna dayanarak, öze dokunma yasasına ve diğer sınırlama ilkelerine uygun bulmuştur.

(3) Sosyal hakların yargısallaşması sorunu:²⁸ Sosyal hakların yargısallaşmasında, 2001 sonrasındaki anayasal içtihadın, “malî kaynaklar” ile “insan onuruna uygun bir yaşam sürme” arasındaki dengeyi kurmaya çalıştığı görülebilir. Anayasa Mahkemesi, Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesinin benimsediği “hakkın asgarî çekirdeği” ölçütünü anımsatacak biçimde, insan onuruna uygun asgarî bir yaşam güvencesini açıkça “sosyal devlet”in bir gereği saymaktadır.²⁹ Ancak işsizlik sigortasına ilişkin 2001 yılındaki içtihadında kaynak sınırlılığı ile sosyal devlet arasındaki ilişkiyi kurarken, işsizlik sigortasının koşulsuz biçimde kabulüne değil, belirli süre prim ödeme koşuluna bağlanmasını da Anayasa’ya uygun bulmaktadır:

İşsizlik sigortasından yararlanma koşulları içinde yer alan “sigortalının hizmet akdinin sona ermesinden önceki son 120 gün içinde sürekli çalışarak prim ödemesi” gerçekleşmesi olanaksız ya da çok zor bir koşul olmadığı gibi, işsizlik sigortasından yararlanmayı ortadan kaldıran ya da kullanılamayacak şekilde güçleştiren bir koşul olarak da nitelendirilemez.³⁰

Yukarıdaki alıntıda, ekonomik kaynaklar ile sosyal devlet arasında dengeyi kuran unsurun “hakkın özüne dokunmama” olduğu dikkat çekmektedir. Mahkeme, aynı yaklaşımı, şu ifadelerle de yinelemektedir:

Bu bağlamda Devlet, vatandaşların sosyal güvenliğini sağlama görevini malî olanakları ölçüsünde yerine getirirken sosyal sigortacılığın teknik gereklerine uygun kimi sınırlamalar yapabilirse de sosyal hakları kullanılamayacak hale getirecek düzenlemelerde bulunamaz. (...)

Bu durumda, alınacak katkı payının üst sınırının belirlenmiş olması ve kimi sigortalıların özel durumları gözetilerek bu uygulamanın dışında bırakılması, sağlanacak protez, araç ve gereç bedellerinin sadece %20’sinin sigortalı tarafından ödenmesinin öngörülmesi sosyal güvenlik hakkını ortadan kaldırmadığı gibi onu kullanılamayacak ölçüde güçleştirecek nitelikte de değildir.³¹

Yukarıdaki alıntıların ortaya koyduğu, sosyal ve ekonomik alanlarda devletin yükümlülüğünün Anayasa’nın 65. maddesinde değinilen “malî kaynaklar” ile

mutlak biçimde sınırlı olmadığıdır.³² Anayasanın 65. maddesinde yer alan “malî kaynakların yeterliliği” ölçütü, ancak sosyal güvenlik hakkının asgarî özünün sağlanması halinde öne sürülebilir.

Anayasa Mahkemesi, 1991 yılındaki içtihadında, sosyal haklar ile kişi hakları arasındaki güçlü ilişkiyi vurgulayarak hakların bütünselliği yaklaşımını savunmuştu.³³ Bu içtihadta sosyal güvenlik hakkı (Anayasa madde 60) ile yaşam ve maddî ve manevî varlığın korunması (Anayasa madde 17) arasında açık bir bağ kurulmaktaydı. Sosyal haklar ve klasik haklar arasında bağ kurulmasının önemli bir pratik ve kuramsal sonucuna dikkat çekmek gerekiyor. Sosyal hakkın, aynı zamanda klasik hak ile birlikte değerlendirilmesi, Anayasanın 65. maddesindeki sınırların (“malî kaynak” ve dava tarihinde “ekonomik istikrar” ölçütleri) uygulanmasını güçleştirir. Çünkü hak klasik hak grubu ile ne kadar ilintili ise bu ölçütler zor uygulanır ya da uygulanamaz. Öte yandan, hakların bütünselliği yaklaşımı, devletin, “görevlerinin amaçlarına uygun öncelikleri dikkate alarak sosyal ve ekonomik hakların sınırlarını belirlemesi” ölçütünü de işlevsel hale getirebilir. Bu ölçüt, 2001 Anayasa değişiklikleri ile kabul edilmişti. Sosyal haklar, Anayasanın özellikle 17. maddesi ile birlikte yorumlanabildikleri ölçüde, öncelikleri somutlaştırır ve daha geniş bir korumadan yararlanabilirler.³⁴

“Öncelik” kavramının yorumunda, 2004 Anayasa değişiklikleri ile devlete yüklenen kadın-erkek eşitliğini hayata geçirme “yükümlülüğü” (Anayasa madde 10/2) dikkate alınmalıdır. Anayasa eylemli (*de facto*) cinsiyet eşitliğini devletin bir yükümlüğü olarak tanımlayarak, önceliğin içeriğini somutlaştırmaktadır.

Sonuç

Yukarıda temel hak ve özgürlüklere ilişkin olarak 2001 sonrası anayasal içtihadattan verilen örnekler, Anayasa Mahkemesinin bu konuda belirlemeye başlayan kuramsal ve yönetsel yaklaşımlarını ortaya çıkartıyor. İçinde bulunduğumuz evre, söz konusu yaklaşımların pekişme değil, henüz gelişme ve tartışılma evresidir. O yüzden de belirsizliklerle yüklüdür. Mahkemenin, özel sınırlama nedeni içermeyen ya da içerip içermediği tartışmalı hak ve özgürlükler alanında tutarlı bir yaklaşımı olmadığı dikkat çekmektedir. Ancak sözkonusu sorun, yargısallaşma sürecinde giderilebilir. Ölçülülük ilkesi ve hakkın özüne dokunma yasağı alanında, bu kavramların tanımlarına ve unsurlarına ilişkin içtihadî somutlaşmanın süregeldiği söylenebilir. Ölçülülük ilkesinin uygulaması, halen daha ayrıntılı ve çözümlemeci bir biçimde yapılmamaktadır. Anayasal içtihat, hakkın özü bakımından, hak ve özgürlüğü koruyan yaklaşımın pekişmesi yönünde kimi mesajlar vermektedir. Sosyal haklar alanında öz kavramının kullanılması, hakkın asgarî çekirdeğine ve insan onuruna uygun asgarî yaşam koşullarına dayalı uluslararası anlayışa uygundur.

Her durumda birkaç sonuç gözleminde bulunulmak da yararlı gözüküyor. Öncelikle, hak ve özgürlükler alanında, tikel olaylarda hak ve özgürlüğün “somutlaşması”nı sağlayacak olan tek yargı organı Anayasa Mahkemesi değildir.

En az onun kadar, idarî ve adlî yargı, özellikle Danıştay ve Yargıtay uygulamaları değer taşımaktadır. Hak ve özgürlükler alanında, Anayasa normları ile yasama organı ve idarî makamların düzenleyici işlemleri, siyasal ve hukuksal yönden çıkış noktasıdır. Ancak temel hak ve özgürlüklere ilişkin normların “norm yapıları”, çoğunlukla yargısal somutlaşmayı ve bu somutlaşmanın sonuçlarının kendi içinde bir dogmatik oluşturarak benzer olayları etkilemesini gerekli kılar. O nedenle, hak ve özgürlük alanında hukukun ne olduğunu söylemek için yargısal tutumlar, dikkatle ve özenle izlenmelidir. Aksi halde, “ayna içindeki ayna”yı görmek de söz konusu olamaz.

Notlar

- 1 Bu metafor, Michael Ende'nin “Ayna İçinde Ayna” başlıklı öykü kitabından esinleniyor. Ancak elinizdeki çalışma, metaforu kitaptaki yaklaşımla birebir özdeş biçimde elbette kullanmıyor. Yine de, romanın arka kapağında kitap ve okur ilişkisi için tanımlanan bakış açısı, Anayasa ile yargısal yorum ve siyasal uygulama arasındaki ilişki için de geçerlidir. Buna göre, iki okur aynı kitabı okusa bile, her okurun kitaba kendi deneyimlerini ve çağrışımlarını katması nedeniyle, kitap aslında aynı kitap olmaz. Tam tersi de geçerlidir. Bir okur, farklı kitapları okusa da, kitaplar okurun kişisel algısı nedeniyle aynılaşabilir: “Ama okur ile okuduğu kitap arasında yaşananlar nerede gerçekleşmekte? Bu sorunun yanıtı “kitap” değildir; çünkü sonuçta kitap yalnızca beyaz kağıtların üstündeki siyah işaretlerden oluşur ve mutlaka bir okura ihtiyacı vardır. Ama sorunun yanıtı “okur” da değildir; çünkü kitap olmazsa bütün bu süreç gerçekleşmez.” bkz. Ende, Michael, Ayna İçinde Ayna, Bir Labirent, Kabcacı Yayınevi, İstanbul, 2005.
- 2 Hak çatışmalarında kuramsal yaklaşımlardan özel hukuk boyutunda tartım/dengeleme için bkz. Kaneti, Selim, “Çatışan Değerlerin Tartılmasına Dayanan Hukuka Uygunluk”, Danıştay Dergisi, 1979, Cilt: 34-35,7-19; her iki hakka da optimal yürürlük imkânı sağlamaya yönelik pratik uyum ilkesi için bkz. Hesse, Konrad, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Neudruck der 20. Auflage, 1999, Heidelberg, C.F. Müller Verlag, Rdnr. 317-319; Alman öğretisindeki yaklaşımların tartışılması bakımından bkz. Sağlam, Fazıl, Temel Hakların Sınırlanması ve Özü, 1982, Ankara, A.Ü.S.B.F Yayınları No: 506,40-41; Gören, Zafer, Temel Hak Genel Teorisi, Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No: 57, 1995, Ankara, (passim); Kanadoğlu, Korkut, Türk ve Alman Anayasa Yargısında Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyumlaştırılması, Beta Yayınları (tüm kitap), İstanbul, 2000.
- 3 Genel olarak düzenleme-sınırlama sorunu için bkz. Sağlam, Temel Hakların Sınırlanması ve Özü, 23 vd.
- 4 Anayasa öğretisinde 2001 Anayasa değişikliklerinin etkisinin tartışılması bakımından özellikle bkz. Anayasa Yargısı 19, Ankara, 2002 (tüm makaleler).
- 5 E. 1984 / 1, K. 1984 / 2, K.t. 1.3.1984 (İtalik ile özellikle vurgulanmıştır).
- 6 E. 2003 / 40, K. 2007 / 96, K.t. 12.12.2007; demek özgürlüğü bakımından benzer değerlendirme için E. 2002/43, K. 2003 / 103, K.t. 24.12.2003.
- 7 E. 2000 / 48, K. 2002 / 36, K.t. 20.3.2002; benzer yönde bkz. E. 2001 / 5, K. 2002 / 42, K.t. 28.3.2002; E. 2007 / 33, K. 2010 / 48, K.t. 24.3.2010.
- 8 E. 2001 / 5, K. 2002 / 42, K.t. 28.3.2002. Buna karşılık karşı. E. 2004 / 8, K. 2004 / 28, K.t. 3.3.2004:

“İtiraz konusu kural ile dava sonunda tarifeye dayanılarak karşı tarafa yüklenecek vekâlet ücretinin avukata ait olacağı öngörülmüştür. Böylece taraflar arasında ücret kararlaştırılmadığı durumlarda, avukatın sunduğu hizmetin karşılıksız kalmamasını sağlama ve vekil ile müvekkil arasında çıkacak ücret uyumsuzluklarına engel olma amacı güdülmüştür. (...) Avukatların hukuksal bilgi ve tecrübelerinden yararlanma hak arama ve savunmada başvurulacak meşru yol ve vasıtaların başında gelir. Vekâlet ücreti, savunma hakkının en önemli parçası olan hukukî danışmanlık görevinin, konunun uzmanı hukukçular tarafından yapılmasının doğal bir sonucudur. Avukatların mesleklerini serbestçe ve herhangi bir kaygı olmadan yapabilmeleri için yaptıkları hizmetin karşılığı olan makul bir ücret almaları gerekir. Avukatla yapılacak sözleşmede ücret kararlaştırılırken, dava sonunda karşı tarafa yüklenecek avukatlık ücretinin gözetilmesi engellenmediğinden, itiraz konusu kuralla hak arama özgürlüğünün kullanılmasının zorlaştırdığından ya da itiraz konusu kuralın adalet anlayışına aykırı olduğundan söz edilemez.”

- 9 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, Lichtenstein Prensi Hans-Adam II / Almanya, Application no. 42527 / 98, 12.7.2001: “Sözleşmenin 6. maddesinin 1. fıkrasıyla korunan mahkemelere başvuru hakkı mutlak değildir; sınırlamalara tâbi tutulabilir; (mahkemeye) başvuru hakkı niteliği gereği devletin düzenleme yapmasını gerektirdiğinden, bunlara üstü kapalı olarak (zımnen) izin verilmiştir. Sözleşmenin gereklerinin gözetilmesi konusunda nihaî karar Mahkemeye ait olmakla birlikte, bu çerçevede taraf devlet belirli bir takdir serbestisine sahiptir. Uygulanan sınırlamaların bireye bırakılan başvuruyu [mahkemeye başvuru hakkı], hakkın özünü ortadan kaldıracak şekilde ya da ölçüde kısıtlamaması ya da daraltmaması sağlanmalıdır. Ayrıca, sınırlama meşru bir amaç gütmüyorsa ve kullanılan araçlarla öngörülen amaç arasında makul bir ölçülülük ilişkisi yoksa, sınırlama 6. maddenin 1. fıkrası ile bağdaşmayacaktır.”
- 10 *Yumak ve Sadak / Türkiye (Büyük Daire)*, Application no. 10226 / 03, 8.7.2008.
- 11 Anayasa madde 48/2'deki tedbir alma yükümlülüğünün teknik anlamda sınırlama nedeni sayılamayacağı, ancak düzenleme yapıldığı oranda özgürlüğün sınırlanacağı yönünde bkz. Sağlam, Fazıl, “2001 Yılı Anayasa Değişikliğinin Yaratabileceği Bazı Sorunlar ve Bunların Çözüm Olanakları” Anayasa Yargısı 19, 2002, Ankara, 5.
- 12 E. 2001 / 309, K. 2002 / 91, K.t. 15.10.2002 (İtalik ile özellikle vurgulanmıştır).
- 13 Çalışma özgürlüğünde özel sınırlama nedenleri bulunmaması nedeniyle mutlak koruma anlayışı için ayrıca bkz. E. 2008 / 73, K. 2009 / 120, K.t. 1.10.2009.
- 14 E. 2001 / 389, K. 2002 / 29, K.t. 13.2.2002. Ayrıca karış. E. 2005 / 128, K. 2008 / 54, K.t. 7.2.2008:: “5043 sayılı Yasa hükümlerinin uygulanacağı uyumsuzlukların kapsamına, avukatlık ücretine ilişkin (uyumsuzluklar da) girmektedir. Bu durumda, bir sözleşmenin yapıldığı tarihte yürürlükte bulunmayan yasa hükmünün o sözleşmeden doğan uyumsuzluğun çözümünde uygulanması söz konusu olmaktadır. Hukuk devletinde hukuk güvenliğinin sağlanması, öncelikle hukuki işlemlerin sonuçlarının öngörülebilir olmasına bağlı bulunduğundan, bir sözleşmenin yapıldığı tarihte mevcut olmayan bir yasa hükmünün daha sonra geriye yürür şekilde bu sözleşmeden doğan bir ihtilafta uygulanmasının öngörülmesi, hukuk güvenliği ilkesine aykırıdır.

“Bu durum aynı zamanda, Anayasanın 48. maddesinde düzenlenen sözleşme özgürlüğüne de aykırılık oluşturur. Sözleşme özgürlüğü, sözleşmeden doğan uyumsuzluklarda sözleşme hükümlerinin esas alınmasını da gerekli kılar. Tarafların özgür iradeleri ile düzenledikleri ve hukuken geçerli olan sözleşmelerden doğan uyumsuzluklarda sözleşme

Temel Hakların Yargısallaşmasında Kuramsal Sorunlar: Türkiye Örneği

hükümlerinin belirgin olmadığından ya da tartışmalı olduğundan bahisle, söz konusu sözleşmenin akdedildiği tarihte yürürlükte olmayan bir yasa kuralının esas alınarak uyuşmazlığın çözümlenmesinin öngörülmesi, sözleşme özgürlüğüne aykırıdır.”

- 15 E. 1978 / 54, K. 1979 / 9, K.t. 8.2.1979.
- 16 E. 1978 / 54, K. 1979 / 9, K.t. 8.2.1979: “Ayrı maddenin ikinci fıkrasında Devlete, basın ve haber alma özgürlüklerini sağlayacak önlemleri alma ödevi verilmiştir. Yılın yalnız beş gününde günlük gazetelerin çıkmamasına karşın, bunların yerine bayram gazetelerinin yayımlanması radyo ve televizyon yayımlarının sürmesi, günlük gazeteler dışındaki basın ve yayım işlerinin yürütülebilmesi olgusu karşısında, basın ve haber alma özgürlüğü açısından Anayasa'nın 22. maddesinin üçüncü fıkrasındaki özel sınırlama kuralına aykırı bir durum bulunmadığı gibi, bu özgürlüğün özüne dokunulduğu da söylenemez.”
- 17 E. 1997 / 75, K. 1999/10, K.t. 13.4.1999.
- 18 E. 2001 / 309, K. 2002/91, K.t. 15.10.2002.
- 19 Buna karşılık, Anayasanın 13. maddesindeki ilkelerin -ölçülülük ilkesi dahil- adlarının anıldığı, ama uygulamaları yapılmaksızın denetlenen normun Anayasaya uygun bulunduğu bir örnek için karşı. E. 2005 / 13, K. 2009 / 141, K.t. 8.10.2009.
- 20 E. 2007/68, K. 2010/2, K.t. 14.1.2010.
- 21 E. 2002 / 112, K. 2003 / 33, K.t. 10.4.2003.
- 22 E. 1976 / 38, K. 1976 / 46, K.t. 12.10.1976.
- 23 Bu konuda farklı karar örnekleri ve öğretiden değerlendirmeler için bkz. Sağlam, Temel Hakların Sınırlanması ve Özü, 171-172; Uygun, Oktay, 1982 Anayasası'nda Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1992,188 (dn. 438).
- 24 E. 1997 / 75, K. 1999 / 10, K.t. 13.4.1999: “Hakkın özüne dokunan düzenlemeler, gerçek anlamda mülkiyet hakkını ortadan kaldırır ve bu bağlamda temel hak ve özgürlüklerle ilgili genel ve özel sınırlamaların ölçüsünü oluşturan demokratik toplum düzeninin gerekleri ile bağdaşmaz”; ayrıca bkz. Yüzbaşıoğlu, Necmi, Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku, İ.Ü.H.F. Yayınları No: 3762, İstanbul, 1993,315-316.
- 25 E. 1997 / 75, K. 1999/10, K.t. 13.4.1999 (İtalik ile özellikle vurgulanmıştır).
- 26 E. 1996/17, K. 1996 / 38, K.t. 16.10.1996 (İtalik ile özellikle vurgulanmıştır).
- 27 E. 2006 / 121, K. 2009 / 90, K.t. 18.6.2009 (İtalik ile özellikle vurgulanmıştır).
- 28 Sosyal hakların “gerçekleştirilmesi” üzerine ayrıca bkz. Çavuşoğlu, Naz, “Sosyal Hakların Gerçekleştirilmesi”, *Yoksulluk, Şiddet ve İnsan Hakları*, Özdek, Yasemin (Ed.), 2002, Ankara, TODAİE Yayını: 311, 467-475; anayasal içtihat bakımından bu tebliğde yer alan görüşler ve ayrıntılı sınıflandırma için bkz. Oder, Bertil Emrah. “Devletin Olumlu Edimini Gerektiren Sosyal Hakların Anayasal Düzeyde Korunması ve Yargısal Tutumlar”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1/2008, *İHEB'in 60. Yılında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunları*, 199-233.
- 29 E. 2001/351, K. 2003/10, K.t. 11.3.2003: “Sosyal devletin amaçlarından biri de kısmen ya da tamamen çalışamamaları nedeniyle gelir kaybına uğrayarak muhtaç duruma düşebileceklere, insan onuruna yaraşır asgari bir hayat sürmeleri için gerekli olan geliri sağlamaktır”.

“Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 60. Yılı Anısına”

- 30 E. 1999/43, K. 2001/46, K.t. 27.2.2001.
- 31 E. 1999/43, K. 2001/46, K.t. 27.2.2001.
- 32 2001 Anayasa değişikliklerinde, “işsizleri koruma” yükümlülüğü çalışma hakkına ilişkin anayasa hükmüne eklendi (Anayasa madde 49/2). Bu durumda, içtihadın işsizler lehine gelişmesi de beklenmektedir, bkz. Kaboğlu, İbrahim Ö., Özgürlükler Hukuku, 6. Baskı, İmge Kitabevi, Ankara, 2002, 463-464.
- 33 E. 1990/27, K. 1991/2, K.t. 17.1.1991; sağlık hizmetlerinde katkı payının Anayasaya uygun olduğu ve sosyal yardım zammının prim karşılığı olmaksızın verilmesi nedeniyle malî kaynakların yeterliliği ölçüsünde belirlenebileceği yönünde bkz. E. 1999/43, K. 2001/46, K.t. 27.2.2001.
- 34 “Devletin görevlerinin amaçlarına uygun öncelikleri gözetme yükümlülüğü”, sosyal alandaki diğer anayasa hükümlerinin aracılığı ile de anlam kazanabilir. Anayasa Mahkemesi, Anayasanın sosyal anlamda güçsüz kişilere yönelik “korumacı hükümler”i bağlamında yer alan 61. maddesini, “öncelikler” çerçevesinde görmektedir, bkz. E. 2001/351, K. 2003/10, K.t. 11.3.2003.

(51. Makale - 2012)

Serkan AYAN

*Anayasa Mahkemesi Kararları ve
Çocuklar ile Kadının Soyadına İlişkin
Değişiklik Tasarısı Taslağı Işığında
Soyadının İlk Kez Edinilmesi,
Kendiliğinden Değişmesi
ve Değiştirilmesi **

* Serkan Ayan, "Anayasa Mahkemesi Kararları ve Çocuklar İle Kadının Soyadına İlişkin Değişiklik Tasarısı Taslağı Işığında Soyadının İlk Kez Edinilmesi, Kendiliğinden Değişmesi ve Değiştirilmesi", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 2012, Cilt 16, Sayı 4, 19 – 90.

ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI ve ÇOCUKLAR ile KADININ SOYADINA İLİŞKİN DEĞİŞİKLİK TASARISI TASLAĞI IŞIĞINDA SOYADININ İLK KEZ EDİNİLMESİ, KENDİLİĞİNDEN DEĞİŞMESİ ve DEĞİŞTİRİLMESİ

Serkan AYAN*

ÖZET

Bu makalede, soyadının ilk kez edinilmesi, kendiliğinden değişmesi ve talep üzerine değiştirilmesi halleri sistematik biçimde incelenmiştir. Bu kapsamda çalışma, temel olarak soyadının edinilmesi ve değişmesi / değiştirilmesi hallerinin incelenmesine yönelik olarak hazırlanmıştır.

Bu konuda özellikle, Anayasa Mahkemesinin, kadının ve çocuğun soyadı hakkında verdiği önemli kararlar, temel çıkış noktasını oluşturmaktadır. Bu kararlardan, özellikle boşanma sonrasında velayeti anneye verilen çocuğun soyadı ile evlilik dışında doğan çocuğun soyadı hakkındaki iki karar, uygulamada hatalı düşüncelere neden olmaya elverişli olduklarından özel olarak değerlendirilmiştir.

Ayrıca konuya karşılaştırmalı hukuk penceresinden yaklaşılarak, bu konuda İsviçre Hukukunda yapılan ve 01.01.2013 tarihinde yürürlüğe girecek olan değişiklikler ile Alman ve Avusturya hukuklarındaki ilgili düzenlemeler de incelenmiştir.

Son olarak Adalet Bakanlığınca hazırlanıp kamuoyunun bilgisine sunulan çocuklar ile kadının soyadına ilişkin değişiklik tasarısı taslağı hükümleri hakkındaki görüşlerimiz de, kişisel değişiklik önerisi ile birlikte ayrıca belirtilmiştir.

***Anahtar Kelimeler:** Evli kadının soyadı, Çocuğun soyadı, Soyadının edinilmesi, Soyadının değişmesi, Soyadının değiştirilmesi.*

ACQUISITION OF SURNAME FOR THE FIRST TIME, CHANGE AUTOMATICALLY AND AMENDMENT OF IT IN THE LIGHT OF CONSTITUTIONAL COURT DECISIONS AND MODIFICATION DRAFT RELATED TO THE SURNAME OF CHILDREN AND WOMEN

ABSTRACT

In this article, acquisition of surname for the first time, change of it automatically and amendment of it upon request have been discussed systematically. Within this scope study has focused principally on the examination of the acquisition and change of surname.

Important decisions given by constitutional court on the surname of women and children has been taken into consideration for the matter involved. Especially decisions on the

* Yrd. Doç. Dr., Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk ABD. Öğretim Üyesi.

surname of the child whose guardianship is given to mother and the surname of the child born out of wedlock were considered in special manner because it is possible to consider them wrongly in practice.

Furthermore approaching the subject within the frame of comparative law modifications in Swiss Laws to be effective on 01.01.2013 and related regulations in German and Austrian Laws have been considered also.

Finally our personal opinions on the provisions of modification draft related to the surname of children and women which is prepared and submitted by Ministry of Justice to the public have been stated together with personal modification suggestion.

Key Words: *Surname of Married Woman, Surname of Child, Acquisition of Surname, Change of Surname, Amendment of Surname.*

Giriş

Kişinin adı ve soyadı, kişinin toplumda bireyselleştirilmesini, diğer insanlardan ayrılmasını sağlayan ve kişiliğin bir parçası olan, aynı zamanda korunmasında kamunun da menfaati olan kimliğini ifade eder¹. Soyadı, bunun yanında kişinin belli bir aileye aidiyetini de ortaya koyar².

Türk hukukunda, ailede soyadında birlik ilkesi geçerlidir. Buna göre, eşlerin ve çocukların aynı soyadını taşımaları zorunludur. İsviçre hukukunda da geçerli olan bu ilke³, söz konusu hukuk sisteminde 01 Ocak 2013 tarihinden itibaren ortadan kaldırılmıştır⁴.

Çalışmamızın konusu, soyadının ilk kez edinilmesinin ve mevcut soyadının kendiliğinden değiştiği ve değiştirildiği hallerin incelenmesidir. Bu kapsamda, özellikle Türk hukukunda geçerli olan sebeplerin topluca ve sistematik olarak ortaya konulmasına çalışılacaktır. Bu yapılırken, Anayasa Mahkemesinin konuyla ilgili kararlarının etkisi ve özellikle soyadında birlik ilkesinin kaldırılması sonucu bazı ülkelerde konunun nasıl düzenlendiği incelenecektir. Bu kapsamda, Adalet Bakanlığınca hazırlanarak kamuoyunun bilgisine sunulan soyadı değişiklikleriyle ilgili Taslak değerlendirilecek ve yapılması gereken değişikliklere ilişkin önerimiz ortaya konulacaktır.

Yabancılık unsuru içeren hallerde soyadının nasıl belirleneceği, ayrı bir çalışmanın konusu olabileceğinden, kapsam dışı bırakılmıştır⁵.

1 HEGNAUER Art. 270, s. 8, no. 10; HÜRLIMANN-KAUP / SCHMID s. 182; BRAEM Art. 160, no. 7; THURNHEER no. 30; SUTTER-SOMM / KOBEL, s. 31, no. 108; HAUSHEER / GEISER / AEBI-MÜLLER s. 61, no. 07.03; HOFER (Einleitungsartikel und Personenrecht), s. 198, no.12.01 vd; van der MEER / PERREN s. 83; LAVANTE s. 65; ABİK s. 23 vd; BAYGIN s. 97; OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR s. 101; ÇAKIRCA s. 703.

2 HEGNAUER / BREITSCHMID s. 130, no. 13.03; HEGNAUER (Kindesrecht), s. 111, no. 16.02; GENÇ-ARIDEMİR (Adal'a Armağan), s. 731; AKKAYAN-YILDIRIM s. 69.

3 HÜRLIMANN-KAUP / SCHMID s. 183; BRAEM Art. 160, no. 8; ABİK s. 23.

4 Bu konuda bkz. THURNHEER no. 43; AEBI-MÜLLER (HandKoom), Art. 30-30a, no. 1 vd.

5 Bu konuda bkz. EK Şİ s. 326 vd.

I. SOYADININ İLK KEZ EDİNİLMESİ

Soyadının ilk kez edinilmesi, daha önce soyadı olmayan bir kişinin soyadı edinmesini ifade eder. Bu ise iki biçimde gerçekleşir: 1. 1934 tarihli Soyadı Kanununa göre seçimle, 2. Doğumla.

A. 1934 Tarihli Soyadı Kanununa Göre Seçimle

Soyadı kullanma zorunluluğu Türk Hukukunda ilk kez, 21.06.1934 tarih ve 2525 sayılı Soyadı Kanunuyla kabul edilmiştir⁶. Bu Kanundan önce Türk hukukunda soyadı kullanma zorunluluğu bulunmamaktaydı.

Bu Kanunun 1. maddesine göre *“Her Türk öz adından başka soyadını da taşımağa mecburdur.”* 2. maddesine göre: *“Söyleyişte, yazıŷta, imzada öz ad önde, soyadı sonda kullanılır.”*

Bu Kanun, soyadının bulunmadığı dönemde, soyadının ilk kez seçimle kazanılacağını düzenlemiştir. Bu aşamada, Kanunda iki hususun cevabı verilmiştir. 1. Soyadını ne zamana kadar seçilecek? 2. Soyadını kim seçecek?

Kanunun 7. maddesine göre: *“Bu kanunun neşri tarihinden itibaren iki yıl içinde gerek soyadı olmayanlar ve gerekse soyadlarını değiştirmek isteyenler taşıyacakları adı Hükkümetin tayin edeceği şekilde nüfus kütüklerine geçirilmek üzere bildirirler. ...”*

Görüldüğü üzere soyadı seçme işleminin, iki yıl içinde (02.07.1936 tarihine kadar) tamamlanması gerektiği düzenlenmiştir.

Kanunun 8. maddesinde: *“Soyadı seçme işlerinde çıkacak ihtilafları halletmek ve kendiliklerinden soyadı seçmeyenlerle anası babası belli olmayan çocuklara ad takmak ve bir adın kanunun istediği şekle uygun olup olmadığı hakkında karar vermek salahiyeti ana kütüğün bulunduğu yerin en büyük müлкиye memuruna aittir.”*

24.12.1934 tarih ve 2/1759 sayılı Soyadı Nizamnamesinin⁷ (Tüzüğünün) 15 ila 30. maddeleri arasında, kimlerin soyadı seçmeye yetkili oldukları düzenlenmiştir. Tüzüğün 3. maddesinin birinci fıkrasına göre: *“2/7/1936 günlemesine (gününe) kadar soyadlarını seçip nüfus kütüklerine yazdırmayanların soyadlarını 29uncu maddeye göre vali veya kaymakamlar seçerler.”* Anılan 29. maddeye göre ise: *“2/7/1936 günlemesine kadar kendilerine soyadı seçmeyenlere vali veya kaymakamlar veya bunların memur edeceği kimseler tarafından soyadı seçilip nüfus kütüklerine ve doğum kağıtlarına yazdırılır ve bu suretle seçilen soyadlarını bu kimseler kullanmağa mecburdurlar.”*

Görüldüğü gibi, Kanun ve Tüzük hükümleri gereğince, soyadı seçme işleminin sona ereceği tarih 02.07.1936 olarak belirlenmiştir. Bu tarihten sonra soyadının seçimle edinilmesi mümkün değildir. Soyadı seçme işleri için tanınan bu sürenin sona ermesine rağmen soyadı seçilmemişse, soyadının, vali veya kaymakamca yetkilendirilecek memur tarafından belirlenerek nüfus kaydına tescil edileceği düzenlenmiştir. Böylece bu tarih itibarıyla her Türk vatandaşının bir soyadı sahibi olması

6 RG. 02.07.1934, S. 2741.

7 RG. 27.12.1934, S. 2891.

sağlanmıştır. Bu tarihten sonra soyadı, ancak doğumla ilk kez edinilebilecektir. Ayrıca bu tarihten sonra edinilmiş olan soyadının değiştirilmesi de ancak Kanunda özel olarak belirtilen hallerde gerçekleştirilebilir⁸.

B. Doğumla

Soyadının normal kazanılma yolu doğumdur⁹. Doğumla birlikte çocuk kanun gereği kendiliğinden bir soyadını kazanır¹⁰. Bunun için herhangi bir bildirim veya karara gerek yoktur. Fakat hangi soyadının alınacağı değişik alternatiflere göre belirlenir.

1. Türk Hukukunda

Türk hukuku açısından çocuğun soyadı edinmesi, çocuğun evlilik içinde mi, yoksa evlilik dışında mı doğduğuna göre ikiye ayrılarak incelenmelidir.

a. Evlilik içinde doğan çocuğun soyadı

aa. Genel olarak

Medeni Kanununun 321. maddesinin ilk cümlesine göre: “Çocuk, ana ve baba evli ise ailenin; ... soyadını taşır.” Bu hükmün ne anlama geldiği iki açıdan değerlendirilmiştir. Bunlar ilk olarak “ailenin soyadı” kavramının, ikinci olarak ise ana - babanın evli olmasının neyi ifade ettiği.

Ailenin soyadı, evli kişilerin birlikte kullandıkları soyadını ifade eder. Medeni Kanununun 187. maddesine göre kadın, evlenmekle kocasının soyadını alacağından, Türk hukukunda aile soyadı, kocanın soyadıdır¹¹. Kadının, bekârlık soyadını, kocasının soyadının önüne ekleyerek kullanması halinde de bu sonuç değişmez¹². Çocuk bu halde de babasının soyadını alır.

Ana - babanın evli olması ifadesi ise, babalık karinesinin uygulandığı halleri ifade eder. Buna göre, babalık karinesinin uygulandığı hallerde, yani evlilik sırasında veya evliliğin sona ermesinden itibaren 300 gün içinde doğan çocuk, ailenin soyadını alacaktır¹³.

8 AB İ K s. 54.

9 HEGNAUER Art. 270, no. 17; MÜLLER s. 2; AB İ K s. 55; O Ğ UZMAN / SEL İ Ç İ / OKTAY-ÖZDEMİR s. 102.

10 HEGNAUER Art. 270, s. 10, no. 21; MICHEL (KurzKomm ZGB) Art. 270, no. 2; ENDERS (BeckOK BGB) § 1616, no. 17.

11 Aşağıda evli kadının soyadı meselesinde ayrıntılı olarak inceleneceği üzere, Türk hukukunda geçerli olan, kocanın soyadının zorunlu olarak ailenin soyadı sayılması biçimindeki, gelişmiş ülkelerde örneği kalmamış olan bu kuralın, gerek 1982 tarihli Anayasaya, gerek İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine, gerekse de Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesine Dair Sözleşmeye aykırı olduğu açıktır. Fakat Anayasa Mahkemesi, söz konusu hükmü iki kez incelemiş ve her ikisinde de Anayasa’ya aykırılık iddiasını reddetmiştir. Bkz. aşa. II, D. 1.

12 SEROZAN (ÖZTAN Armağanı) s. 770.

13 BRAEM Art. 160, no. 50A; HEGNAUER (Kindesrecht), s. 112, no:16.03; DURAL / ÖĞÜZ s. 160; OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR s. 102; GENÇ-ARIDEMİR (Adal’a Armağan), s. 733; AKKAYAN-YILDIRIM s. 70.

Evlilik içinde doğan çocuğun, ailenin soyadını alması için, velayet hakkının ana - babaya ait olması gerekmez. Velayet, çocuğun doğumundan önce anne - babasından alınmış olsa bile çocuk, ana - babasının ortak soyadını alır. Zira evlilik içinde doğan çocuğun, ailenin soyadını edinmesi, velayet hakkına değil, soybağı ilişkisine dayanır¹⁴.

Evlilik içinde doğmakla birlikte, iki halde çocuğun soyadının edinilmesi özel olarak incelenmelidir:

bb. Doğumdan önce soybağı reddedilen çocuğun soyadı

Evlilik içinde doğmuş bulunan çocuğun soybağı, çocuğun doğumundan önce reddedilmişse¹⁵, çocuk doğumla birlikte, bu andan itibaren annesinin soyadını alır¹⁶.

Bu durumda çocuğun, annesinin hangi tarihteki soyadını alacağı tartışılabilir. Zira çocuk doğduğu sırada annesi, Medeni Kanununun 187. maddesi gereğince kocasının soyadını taşımaktadır. Fakat koca, çocuğun babası değildir. İşte böyle bir durumda soybağının reddedilmesi üzerine çocuk; annenin, çocuğun doğum tarihindeki soyadını (kocanın soyadını) mı, yoksa annenin evlilik öncesinde taşıdığı soyadını mı alacaktır?

İsviçre hukukundaki hâkim görüşe göre bu halde çocuk, çocuğun doğduğu tarihte annenin soyadı neyse onu alır¹⁷. Anne, çocuk doğduğu tarihte iki soyadı kullanıyorsa çocuğun, annesinin soyadının ilk kısmını alacağı kabul edilmektedir¹⁸.

14 Fakat Anayasa Mahkemesi 08.12.2011 tarih ve 2010/119 E, 2011/165 K sayılı, aşağıda incelenecek olan kararında, soyadının seçiminin (!) velayet hakkının bir parçası olduğuna hükmetmiştir. Bkz. a.ş.a. IV, A.

15 Soybağının reddi kararının, çocuğun doğumundan sonra kesinleşmesi ise, çocuğun babalık karinesi gereğince doğumla kazandığı baba soyadının değişmesini gerektirir. Fakat burada sonradan değişme söz konusu olduğu için, bu durum aşağıda ayrıca incelenecektir. Bkz.a.ş.a. II, F.

16 HEGNAUER Art. 270, s. 11, no. 26; HEGNAUER (Kindesrecht), s. 114, no:16.09; BRAEM Art. 160, no. 50A; THURNHEER no. 66; HAEFLINGER s. 235.

17 HEGNAUER Art. 270, s. 12, no. 31; HEGNAUER (Kindesrecht), s. 114, no:16.09; HEG- NAUER / BREITSCHMID s. 137, no:13.49; TUOR / SCHNEIDER / SCHMID / RUMO- JUNGO s. 451, no. 9; BRAEM Art. 160, no. 50A; HAUSHEER / REUSSER / GEISER Art. 160, no. 57; BÜHLER (BSK ZGB I), Art. 270, s. 1449, no. 8. Avusturya hukuku için bu yönde: HOPF (Kurzkomm. zum ABGB), § 165, no. 2. Türk hukukunda bu yönde: OKTAY- ÖZDEMİR s. 295.

Aksi görüşte MÜLLER s. 2. Yazara göre evlilik dışında doğan çocuk, annesinin bekârlık soyadını alır. Fakat bu soyadı, doğumla kazanılan soyadı olabileceği gibi, mahkeme kararıyla, evlat edinilmeyle, tanınmayla, babalığa hükümle değişmiş soyadı olabilir. Fakat evlenmeyle değişmiş soyadı olamaz.

Alman Medeni Kanununun 1617b/II hükmüne göre, soybağının reddi üzerine, kocanın ve çocuğun aynı soyadını taşıması halinde çocuk, başvurusu üzerine veya çocuk beş yaşını doldurmamışsa kocanın başvurusu üzerine, annenin çocuğun doğum tarihinde taşıdığı soyadını alır. Bkz. ENDERS (BeckOK BGB) § 1617a, no. 9 vd.

18 HAUSHEER / REUSSER / GEISER Art. 160, no. 57; HEGNAUER Art. 270, no. 32; HA- USHEER / GEISER / AEBI-MÜLLER s. 282, no. 17.07; HEGNAUER / BREITSCHMID s. 137, no:13.49; HEGNAUER (Kindesrecht), s. 113, no:16.06; MICHEL (Kurzkomm ZGB) Art. 270, no. 3; SUTTER-SOMM / KOBEL, s. 31, no. 109. Bu yönde: BGE 119 II 307, E.3.c.

Kanaatimce soybağının reddi halinde çocuğun, çocuğun doğduğu sırada annesinin taşıdığı soyadını alması, kocanın baba olduğu izlenimi uyandıracığından, çocuğun annesinin bekârlık soyadını alması yerinde olur¹⁹. Nitekim 2006/11081 sayılı “Nüfus Hizmetleri Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik”in²⁰ 104. maddesinde, soybağının reddi halinde çocuğun, annenin çocuğun doğumu tarihindeki mevcut soyadını değil, bekârlık soyadını alacağı açıkça belirtilmiştir²¹.

cc. Kocanın gaipliğine karar verilmesi halinde, gaiplik kararının hüküm doğurduğu tarihten 300 gün geçtikten sonra doğan çocuğun soyadı

Medeni Kanunun 35 / II hükmüne göre gaiplik kararı, ölüm tehlikesinin gerçekleştiği veya son haberin alındığı günden başlayarak hüküm doğurur. Fakat gaiplik kararı, gaibin evliliğini İsviçre Hukukunun aksine kendiliğinden sona erdirmez (ZGB 38/III). Medeni Kanunun 131. maddesine göre gaipliğine karar verilen kişinin eşi, mahkemece evliliğin feshine karar verilmedikçe yeniden evlenemez.

İşte çözülmesi gereken mesele, gaiplik kararının hüküm ve sonuç doğurduğu tarih olan ölüm tehlikesinin gerçekleştiği veya son haberin alındığı günden sonra, fakat evlilik feshedilmeden önce doğan çocuğun soyadının ne olacağıdır.

Medeni Kanunun 285. maddesine göre “Kocanın gaipliğine karar verilmesi hâlinde üçyüz günlük süre, ölüm tehlikesi veya son haber tarihinden işlemeye başlar.” Böylece babalık karanesi sınırlandırılmıştır. Bunun sonucu olarak, babalık karanesinin geçerli olmadığı tarihte doğan çocuk, kocanın değil, annesinin soyadını alacaktır²².

Fakat hemen belirtelim ki, bu ihtimalde çocuk aslında doğduğu sırada, hakkında henüz gaiplik kararı verilmemiş bulunan kocanın soyadını almıştır. Babalık karanesinin etkisinin geçmişe etkili olarak ortadan kalkması, sonradan verilen gaiplik kararına bağlı bir sonuç olduğundan, çocuğun soyadının değişmesi kendiliğinden gerçekleşir. Diğer bir ifadeyle, ölüm tehlikesi veya son haber tarihinden işlemeye başlayan 300 günlük süreden sonra doğan ve kanun gereğince o tarihe kadar babası sayılan kişi hakkında gaiplik kararı verilen çocuğun soyadı, kendiliğinden annesinin soyadıyla değişir.

19 Karş. DURAL / ÖĞÜZ s. 161; ABİK s. 56. TMK.m.321 hükmünün anlamından yola çıkarak aksi görüşte: OKTAY-ÖZDEMİR s. 294, s. 295. Yazara göre, soybağının reddi halinde bile çocuk, annesinin mevcut, yani soybağını reddeden kocanın soyadını taşımaya devam eder.

İsviçre Medeni Kanununda 30 Eylül 2011 tarihinde kanunlaşmış, 01 Ocak 2013 tarihinde yürürlüğe girecek olan değişikliklerde, evlilik dışında doğan çocuğun, annesinin bekârlık soyadını alacağı açıkça belirtilmiştir (İMK.m.270a / I). Hükmün gerekçesinde de, mesela çocuğun doğduğu sırada annenin eski evliliğinden edindiği soyadını taşıması halinde, çocuk ile annesinin farklı soyadlarına sahip olacağı açıkça belirtilmiştir. Aynı sonuç genelleştirildiğinde, söz konusu değişiklik gereğince, soybağı reddedilen çocuğun, annesinin bekârlık soyadını alacağı sonucuna da ulaşılabilir.

20 RG. 23.11.2006, S. 26355.

21 Soybağının Reddi / Madde 104 - “(1) Mahkeme kararı ile soybağı reddedilen çocuk, baba hanesindeki kaydına açıklama yapılarak nüfus kaydı kapatılır ve anasının bekârlık hanesine anasının bekârlık soyadı ile taşınır.” Aynı Yönetmelik madde 23/III: “(3) Anası halen bir başkası ile evli ise çocuk, anasının bekârlık hanesine, bekârlık soyadı ve anasının bildireceği baba adı ile tescil edilir.”

22 HEGNAUER Art. 270, no. 22; DURAL / ÖĞÜZ s. 160.

Görüldüğü üzere ortaya çıkan sonuç, soybağının reddi halindeki durumla aynıdır. Zira çocuk doğduğu tarihte annesi, hakkında ileride gaiplik kararı verilecek olan kişiyle evli olduğundan ve bunun sonucu olarak da kocasının soyadını taşıyacağından, çocuğun soyadı hâkim görüşün kabul ettiği üzere değişmez. Bu halde çocuğun annesi, kocasının soyadını taşımaktadır. Fakat Türk hukukunda, soybağının reddine ilişkin ilgili Yönetmelik hükmünün kıyas yoluyla uygulanması yoluyla, bu halde çocuğun, annesinin bekârlık soyadını alacağı sonucuna ulaşılabilir.

b. Evlilik dışında doğan çocuğun soyadı

aa. Genel Olarak

Evlilik dışında doğan çocuğun soyadı meselesi, ortaya çıkabilecek iki ihtimali de²³ içerecek biçimde Medeni Kanunun 321. maddesinde düzenlenmişti. Buna göre, çocuk evlilik dışında doğmuşsa, annesinin soyadını alırdı²⁴. Buna göre “Çocuk, ana ve baba evli ise ailenin; evli değilse ananın soyadını taşır. Ancak, ana önceki evliliğinden dolayı çifte soyadı taşıyorsa çocuk onun bekârlık soyadını taşır.”²⁵

Fakat 25.04.2006 tarihli 5490 sayılı “Nüfus Hizmetleri Kanunu” nun²⁶ 28. maddesinin dördüncü fıkrasında, tanıma üzerine, evlilik dışı çocuğun doğrudan babasının soyadını alacağı şöyle düzenlenmiştir: “Tanınan çocuklar babalarının hanesine baba adı ve soyadı ile analarının kimlik ve kayıtlı olduğu yer bilgileri belirtilmek suretiyle tescil edilir.”

Anılan hükmün gerekçesinde de aynen şu ifadeye yer verilmiştir: “4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 321 inci maddesine göre tanınan çocuk ana hanesine ananın soyadı ile tescil edilmektedir. Bu madde ile, mülga 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi uygulamasında olduğu gibi, tanınan çocuğun baba hanesine babanın soyadı ile tescil edilmesi öngörülmektedir.”

Gerekçeden anlaşılacağı üzere Yasama Organı, 2006 yılında yapılan bu kanun değişikliğiyle, Medeni Kanunun 321. maddesindeki esası değiştirmek amacıyla anılan hükmü kabul etmiştir²⁷. Diğer bir ifadeyle, Medeni Kanunun 321. madde-

23 Bu ihtimaller, çocuk ile babası arasında hukuki anlamda soybağı ilişkisinin kurulmuş olup olmasına göre ortaya çıkmaktadır. SEROZAN (ÖZTAN Armağanı) s. 770; AKKAYAN-YILDIRIM s. 78. DURAL / ÖĞÜZ'e göre ise (s. 161) Kanunda, babasıyla arasında soybağı ilişkisi kurulan çocuğun annesinin soyadını alacağına ilişkin bir hüküm yoktur. Gerekçeden yola çıkılarak bu sonuca varılması, o tarihte yürürlükte olan Nüfus Kanunu madde 20/V karşısında mümkün değildir.

24 Fakat Medeni Kanunun 292. maddesine göre, evlilik dışında doğmakla birlikte, anne babanın sonradan evlenmesiyle çocuk evlilik içi çocuk statüsü kazanacağından, çocuğun doğrudan babasının soyadını alacağı gözden kaçırılmamalıdır.

25 Önceki Medeni Kanunda ise, evlilik dışında doğan çocuk ile babası arasında soybağı ilişkisi kurulmuşsa, çocuk babasının soyadını alırdı. Bkz. ACABEY s. 283.

26 RG. 29.04.2006, S. 26153.

27 Bu yönde: DURAL / ÖĞÜZ / GÜMÜŞ s. 316; BAYGIN s. 99. Bu yöndeki bazı Yargıtay kararları için bkz. AKKAYAN-YILDIRIM s. 80, dn.23.

Doktrinde OKTAY-ÖZDEMİR (s. 298) ise, nüfus kayıtlarının nasıl tutulacağını düzenlemekten öte bir işlevi olmayan Nüfus Hizmetleri Kanununun, bir maddi hukuk kuralı olan Medeni Kanunu değiştirme gücü yoktur. Bu nedenle yazara göre, Nüfus Hizmetleri Kanununun ilgili hükmüne rağmen Medeni Kanunun 321. maddesi, kabul ettiğimiz görüşün aksine yürürlükte kalmaya devam etmiştir.

sinin, evlilik dışı çocuğun her durumda anasının soyadını alacağına ilişkin hüküm, Nüfus Hizmetleri Kanununun 28/IV hükmüyle örtülü olarak kaldırılmıştır. Bu değişikliğin yürürlüğe girdiği tarihten sonra, tanıma halinde çocuk doğrudan babasının soyadını alacaktır²⁸.

Hemen belirtelim ki, anılan Kanunda, çocuk ile babası arasında soybağının mahkeme kararıyla kurulması halinde çocuğun hangi soyadını alacağı hakkında bir düzenleme yoktur. Sadece Meclis görüşmeleri sırasında Kanuna eklenen geçici 5. maddede şu hükme yer verilmiştir: “*Bu Kanun yürürlüğe girinceye kadar tanıma beyanı veya babalığa hüküm kararı sonucu ana hanesine tescil edilen çocukların baba hanelerine nakline ana ve babanın birinin, çocuk ergin ise kendisinin müracaatı aranır.*” Bu hüküm sadece babanın nüfus hanesine kaydına ilişkin olup, soyadını düzenlemektedir.

Fakat mahkemenin vereceği babalık hükmü, tanıma gibi, evlilik dışı çocuk ile babası arasında soybağı ilişkisini kuracaktır. Bu nedenle tanıma için kabul edilmiş soyadına ilişkin sonucun, babalık hükmü için de en azından kıyas yoluyla uygulanması uygun olur²⁹.

Bu nedenle, Nüfus Hizmetleri Kanununun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren, babasıyla arasında tanıma veya babalık hükmüyle soybağı ilişkisi kurulan çocukların, doğrudan babasının soyadını alacağı, Medeni Kanunun 321. maddesinin bununla ilgili hükmünün örtülü olarak³⁰ yürürlükten kaldırıldığı sonucu ortaya çıkmaktadır.

Ancak Nüfus Hizmetleri Kanununun bu açık hükmüne ve özellikle gerekçe-sindeki net ifadelerle rağmen Anayasa Mahkemesi, bu Kanunun yürürlüğe girmesinden üç yıldan fazla bir süre geçtikten sonra 02.07.2009 tarihli kararıyla, evlilik dışında doğmuş olan çocuğun, annesinin soyadını alacağına ilişkin Medeni Kanunun 321. maddesinin ilgili hükmünü iptal etmiştir³¹.

28 BAYGIN s. 102.

29 2006 / 11081 sayılı “Nüfus Hizmetleri Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik”in madde 103 hükmünde, babalığa hükmedilmesi halinde, çocuğun babasının soyadını alacağı açıkça belirtilmiştir. Bu yönde aynı Yönetmelik madde 23 / IV, bend (b).

30 Fakat bu aşamada belirtelim ki, Nüfus Hizmetleri Kanununun anılan hükmüyle getirilen bu önemli değişikliğin yanında, açık bir hüküm konularak Medeni Kanunun 321. maddesinin ilgili hükmünün kaldırıldığı belirtilmesi veya ilgili maddenin yeniden düzenlenen haline yer verilmesi gerekirdi. Bu durum, kanun yapma tekniğindeki özen eksikliğini ortaya koymaktadır. Bkz. GENÇ-ARİDEMİR (İmre’ye Armağan), s. 24.

Yasama organı, evlilik dışı çocuğun soyadı konusunda, yeni tarihli özel kanun niteliği taşıyan Nüfus Hizmetleri Kanununda, genel kanun niteliği taşıyan Medeni Kanunun getirdiği esas değişikliği amaçlamıştır. Bunun yerindeliği tartışılabilir. Fakat yasama organı tercihini farklı bir doğrultuda yapacaksa, bunu açıkça yapması ve bu değişikliğin asıl yeri olan Medeni Kanunun 321. maddesini buna uygun olarak yeniden düzenlemesi gerekirdi. Aksi halde, Medeni Kanunun 321. maddesinin evlilik dışı çocuğun soyadına ilişkin hükmünün yürürlükte olup olmadığı tereddütü bir duruma neden olabilecek ve somut olarak yaşandığı gibi mahkemeler, örtülü olarak yürürlükten kalkmış olan hüküm esas alarak hüküm verebileceklerdir. Bkz. bir sonraki dipnotta belirtilen Anayasa Mahkemesi kararı. Zira bu Anayasa Mahkemesi kararında, örtülü olarak yürürlükten kalktığı kanaatine vardığımız yasa kuralının iptaline karar verilmiştir.

31 AMK. 02.07.2009, 2005/114 E, 2009/105 K. (RG. 07.10.2009, S. 27369).

Açıklamalardan anlaşılacağı üzere Anayasa Mahkemesi, aslında örtülü olarak yürürlükten kalkmış bir hükmü iptal etmiştir³². Karar bu yönüyle hatalıdır. Kaldı ki, Nüfus Hizmetleri Kanunuyla anılan değişiklik yapılmamış olsaydı bile, kararın dayanağı olarak ileri sürülen gerekçeler de kanaatimce yerinde değildir.

Zira bu iptal kararının iki gerekçeye dayandırıldığı görülmektedir. Bunlardan ilki, evlilik içi ve dışı çocuklar arasında ayırım gözetilmemesi ilkesine aykırılık³³, ikincisi ise evlilik dışı çocuğun babasının soyadını almasının onun menfaatine olacağı varsayımdır. Kararda çocuğun babasının soyadını taşımasının bir hak olduğu, ona annesinin soyadının verilmesinin ise çocuğun menfaatlerinin ihlali sayılacağı ifade edilmiştir. Bu açıdan kararda geçen şu ifadeler çarpıcıdır: *çocuk evlilik dışı dünyaya gelse bile, ..., babasının nüfusuna yazılmak, bunun getireceği haklardan yararlanmak, ... gibi kişiliğine bağlı temel haklara sahiptir. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinde bütün çocukların evlilik içi veya evlilik dışı doğmuş olmalarına bakılmaksızın aynı sosyal korumadan yararlanması gerektiği."*

Görüldüğü gibi kararda, evlilik dışı çocuğun babasının soyadını alamamasının, çocuğun farklı ve hatta daha eksik bir sosyal korumaya tabi tutulması anlamına geleceği, diğer bir ifadeyle babanın soyadının alınmasının, sosyal koruma seviyesini artıracığı sonucuna ulaşılmıştır.

Fakat evlilik dışı çocuğun annesinin soyadını taşımasının, çocuğun menfaatlerinin ihlali anlamına geleceği varsayımı yerinde değildir. Evlilik dışında doğan çocuğun velayetinin annesinde olması halinde bile çocuğun babasının soyadını Kanun gereği alması, Anayasa Mahkemesi Kararının dayandığı temel esaslardan biri olan "*çocuğun menfaati*" ilkesine aykırıdır³⁴.

32 Karara muhalif kalan üyelerden Sacit ADALI ve Serruh KALELİ'nin muhalefet şerhlerinde de benzer bir gerekçe ileri sürülmüştür.

33 Kararın bu gerekçe yönünden yerinde olduğu görüşünde: OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY- ÖZDEMİR s. 103.

34 Karş. AKKAYAN-YILDIRIM s. 83.

Evlilik dışında doğan çocuğun annesinin soyadını almasının temel gerekçesi, evlilik dışı doğan çocuğun daha çok annesinin yanında kalması ve annesinin çevresinde yetiştirilmesi nedeniyle, annesinin soyadını almasının çocuğun menfaatine daha uygun olacağı düşüncesidir. Bkz. HEGNAUER Art. 270, s. 10, no. 21. Bu yönde: 9 Temmuz 2010 tarihli BGer 5A_224/2010 (E.3.4.1). Karar için bkz http://jumpcgi.bger.ch/cgi-bin/JumpCGI?id=0_9.07.2010_5A_224/2010. Bu yaklaşımın yerinde olduğu görüşünde: SEROZAN (ÖZTAN Armağanı) s. 770; Alman hukukundaki gibi, ana - babaya, seçim hakkı verilmesinin uygun olacağı görüşünde: ACABEY s. 283. Kanaatimce de yazarın bu görüşü yerindedir. Fakat böyle bir seçim hakkı verilmeyecekse, annenin soyadını alması çocuğun daha menfaatine olacaktır.

SEROZAN'ın haklı olarak belirttiği gibi, çocuğuyla ilişkisini inkâr ederek, aleyhine babalık davası açılmasına neden olan bir baba karşısında, velayeti annesinde olan çocuğun, babasının soyadını taşımasının yerinde olmadığı açıktır. SEROZAN (Medeni Hukuk), s. 429.

İsviçre, Almanya ve Avusturya Medeni Kanunlarına göre de evlilik dışında doğan çocuk kural olarak annesinin (velayet hakkına sahip olan ebeveynin) soyadını alır. Çocuğun babası tarafından tanınması veya babalığa hükmedilmesi de bu sonucu değiştirmez. Anayasa Mahkemesinin, çocuğun yararına olmadığı gerekçesiyle iptal ettiği hüküm, anılan ülkelerin hukuk sistemlerinde çocuğun daha menfaatine olduğu için özel olarak kabul edilmiş ve ne eşitlik ilkesine, ne de çocuğun menfaatine aykırılığı konusunda herhangi bir tereddüt ileri sürülmüştür.

Bu gerekçelerle Anayasa Mahkemesinin, velayeti annesinde bulunan ve annesinin aile yaşantısı içinde büyüyen çocuğa, onu tanımış olan babasının soyadının verilmesinin çocuğun menfaatine

Nüfus Hizmetleri Kanununun 28/IV hükmünden sonra, evlilik dışı çocuğun soyadı meselesi, babasıyla arasında soybağının kurulup kurulmadığı esası üzerine tespit edilmelidir. Fakat şunu da ekleyelim ki, soybağı kurulduğunda çocuğun alacağı baba soyadının, Medeni Kanunun 27. maddesi gereğince haklı sebeplerle değiştirilme imkânını ortadan kaldırılmış değildir. Bu nedenle, babasıyla arasında hukuki anlamda soybağı kurulan evlilik dışı çocuğun yeni edindiği babasına ait soyadını kullanmasında, çocuğun haklı menfaatleri zarar görecektse, Medeni Kanunun 27. maddesi gereğince çocuğun soyadının değiştirilmesi yoluyla, söz konusu sakıncalar giderilebilir³⁵.

bb. Evlilik dışında doğup, babasıyla arasında hukuki anlamda soybağı kurulmamış olan çocuğun soyadı

Hukuki anlamda soybağı evlilik içinde doğmak dışında, ana ile babanın sonradan evlenmesi, babalık hükmü ve tanımayla kurulur. Babasıyla arasında hukuki anlamda soybağı kurulmamış olan çocuk, annesinin soyadını taşır³⁶. Bu aslında mantıksal bir zorunluluktur. Çünkü bu durumda çocuğun soyadını alabileceği hukuken tanınan başka bir kişi de yoktur.

Çocuğun annesinin soyadını alması, annesinin velayet hakkına sahip olmasına bağlı değildir³⁷. Velayet kaldırılmış olsa bile çocuk annesinin soyadını alır.

Çocuk, çocuğun doğduğu tarihte annesinin taşıdığı soyadını alır. Mesela anne, evliliğinin ölümle sona ermesi nedeniyle veya evliliğinin boşanmayla sona ermesine rağmen eski kocasının soyadını taşımaya devam ediyorsa, bu ilk evliliğin sona ermesinden 300 gün geçtikten sonra evlilik dışı bir çocuk dünyaya gelmişse, bu çocuk annesinin eski kocasının soyadını almış olacaktır³⁸. Fakat çocuk doğduğu sırada anne, eski evliliğinden gelen çifte soyadını taşıyorsa, çocuk bu soyadın ilk kısmını alır³⁹.

daha uygun olacağı gerekçesiyle söz konusu hükümü iptal etmiş olması yerinde değildir. Nitekim işbu karara muhalif kalan Anayasa Mahkemesi üyeleri de muhalefet şerhlerinde benzer hususları yerinde olarak açıkça ortaya koymuşlardır Bkz. Osman Ali Feyyaz PAKSÜT ve Mehmet ERTEN’in muhalefet şerhleri.

35 AKKAYAN-YILDIRIM s. 85.

Çocuk ile birlikte yaşadığı ebeveyni arasındaki soyadı farklılığının Medeni Kanunun 27. maddesi yoluyla giderilmesi imkânı ve bunun özellikle İsviçre hukukundaki uygulanış biçimi hakkında bkz. aşa. IV, A.

36 HEGNAUER Art. 270, s. 12, no. 28; DURAL / ÖĞÜZ / GÜMÜŞ s. 316; AKKAYAN- YILDIRIM s. 77.

37 HEGNAUER Art. 270, s. 12, no. 30.

38 HAUSHEER / REUSSER / GEISER Art. 160, s. 120, no. 57; HEGNAUER (Kindesrecht), s. 113, no:16.06; TUOR / SCHNEIDER / SCHMID / RUMO-JUNGO s. 451, no. 9; THURN- HEER no. 61; OKTAY-ÖZDEMİR s. 294 ve özellikle s. 295. Karş. GENÇ-ARİDEMİR (İmre’ye Armağan), s. 23. Bunun yerinde olmadığını düşünen İsviçre Kanun Koyucusu, 30 Eylül 2011 tarihinde kanunlaşmış, 01 Ocak 2013 tarihinde yürürlüğe girecek olan değişikliklerde, İsviçre Medeni Kanununun evlilik dışında doğan çocuğun soyadına ilişkin hükümleri arasına yeni bir hüküm olarak eklediği 270 a maddesinin birinci fıkrasında, evlilik dışı çocuğun, annesinin mevcut soyadını değil, bekârlık soyadını alacağını açıkça düzenlemiştir.

39 HAUSHEER / REUSSER / GEISER Art. 160, no. 57; HEGNAUER Art. 270, no. 32; HA- USHEER / GEISER / AEBI-MÜLLER s. 282, no. 17.07; HEGNAUER / BREITSCHMID s. 137, no:13.49; HEGNAUER (Kindesrecht), s. 113, no:16.06; MICHEL (KurzKomm ZGB) Art. 270, no. 3; SUTTER-SOMM / KOBEL, , s. 31, no. 109. Bu yönde: BGE 119 II 307, E.3.c.

Fakat çocuğun doğduğu tarihte annesinin başkasıyla evli olması halinde çocuğun soyadının ne olacağı ayrıca incelenmelidir. Annesi evli olduğu halde bir çocuğun evlilik dışı çocuk niteliği kazanması iki halde mümkündür. 1. Soybağının reddi, 2. Koca hakkında gaiplik kararı verilmesi ve çocuğun, evliliğin feshinden önce, fakat son haber veya ölüm tehlikesi içinde kaybolma tarihinden 300 gün geçtikten sonra doğmasıdır.

Türk hukukunda bu sorunun çözüldüğü görülmektedir. Zira Nüfus Hizmetleri Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmeliğinin “*Evlilik Dışında Doğan Çocuklar*” kenar başlıklı 23. maddesinin üçüncü fıkrasına göre: “(3) *Anası halen bir başkası ile evli ise çocuk, anasının bekârlık hanesine, bekârlık soyadı ve anasının bildireceği baba adı ile tescil edilir.*” Böylece Türk hukukunda, anılan iki halde çocuğun anasının mevcut soyadı değil, bekârlık soyadını taşıyacağı sonucuna ulaşılabilir.

Anası babası belli olmayan bulunmuş çocuklar ise⁴⁰, Nüfus Hizmetleri Kanununun 19. maddesine göre resen nüfusa kaydedileceğinden, bunlara nüfus müdürlüğüne bir soyadı verilir⁴¹.

cc. Evlilik dışında doğmakla birlikte, babası ile arasında hukuki anlamda soybağı çocuğun doğmasından önce kurulmuş olan çocukların soyadı

Nüfus Hizmetleri Kanununun 28/IV ve Anayasa Mahkemesinin iptal kararı gereğince, evlilik dışında doğmakla birlikte, çocuğun doğumundan önce⁴² tanıma veya babalık hükmüyle babası arasında hukuki anlamda soybağı kurulan çocuk, babasının soyadını alacaktır. Böylece bu konu, Nüfus Hizmetleri Kanunundan sonra, Medeni Kanunun 01.01.2002 tarihinde yürürlüğe giren şeklinin tam tersi biçimde düzenlenmiş olmaktadır.

2. İsviçre, Almanya ve Avusturya hukuklarında

Çocukların soyadı konusunda çeşitli ülkelerde farklı düzenlemeler bulunmakla birlikte, bütün ülkelerin düzenlemelerinin üzerinde uzlaştıkları konu, aynı soydan gelen çocukların aynı soyadını taşıması ilkesidir⁴³. Bu kapsamda İsviçre, Almanya ve Avusturya hukuklarında geçerli olan sistem ana hatlarıyla şöyledir:

İsviçre hukukunda, 31 Aralık 2012 tarihine kadar yürürlükte kalacak olan İsviçre Medeni Kanununun 270. maddesi, 4721 sayılı Medeni Kanunun 321. maddesinin Anayasa Mahkemesinin iptal kararından önceki şekliyle aynıdır. Buna göre evlilik içinde doğan çocuk, ailenin ortak soyadını alırken⁴⁴, çocuğun ana babası birbirleriyle evli değilse, çocuk anasının soyadını alacaktır⁴⁵.

40 Bkz. BIDERBOST s. 60 vd.

41 Aynı sonuç İsviçre hukuku için de geçerlidir. HÜRLIMANN-KAUP / SCHMID s. 184; MÜLLER s. 3; HEGNAUER Art. 270, no. 18; BÜHLER (BSK ZGB I), Art. 270, s. 1449, no. 10.

42 Soybağının kurulması, çocuğun doğumundan sonra gerçekleşirse, çocuğun doğumla birlikte anesinden alacağı soyadı değişeceğinden, bu husus aşağıda ilgili kısımda ayrıca incelenecektir. Bkz. aşa. II, B.

43 Bkz. İsviçre Medeni Kanununda yapılan Eylül 2011 tarihli değişiklik gerekçesi.

44 BRAEM Art. 160, no. 50; HEGNAUER (Kindesrecht), s. 112, no:16.03.

45 HEGNAUER Art. 270, s. 10, no. 22 vd; HAUSHEER / REUSSER / GEISER Art. 160, s. 120, no.

İsviçre hukukunda, çocuk ile babası arasında soybağı mahkeme kararı veya tanıma yoluyla kurulmuş olsa bile bu sonuç değişmez⁴⁶. Fakat ZGB 259/I hükmüne göre, ana - babanın sonradan evlenmesiyle, çocuk ailenin ortak soyadını alır⁴⁷.

Fakat hemen ekleyelim ki, İsviçre Medeni Kanununun soyadına ilişkin hükümlerinde 30.09.2011 tarihinde çok önemli değişiklikler gerçekleştirilmiştir⁴⁸. Fakat önceki düzenlemenin temel çıkış noktası olan evlilik içi - dışı çocuk ayrımı değişmemiştir. Bu yeni düzenlemelere göre:

Evlilik içinde doğan çocuğun soyadı: 01.01.2013 tarihinde yürürlüğe girecek olan bu değişikliklere göre, evlilik içinde doğan çocuk, ana babasının ortak bir soyadı varsa onu alır (ZGB 270/III). Bu ihtimalde (ana - babanın ortak soyadı kullanmaları halinde), çocuklara bu ortak soyadından farklı bir soyadı verilmesi mümkün değildir⁴⁹.

Fakat çocuğun ana babası birbirleriyle evli olmakla birlikte, yeni ZGB 160/I geçince farklı soyadlarına sahiplerse çocuklar, anne babanın çocukları için evlilik sırasında belirledikleri (sadece eşlerden birinin bekârlık soyadı olabilen) soyadını alır (ZGB 270/I)⁵⁰.

Yeniden düzenlenen ZGB 160/III hükmünde, eşlerin ortak bir aile soyadı seçmemiş olmaları halinde, çocukların soyadı konusunda özel bir düzenleme getirilmiştir. Buna göre, eşler ayrı soyadlarına sahip olsalar bile, çocuklar için ortak bir soyadı gerekir. Bu nedenle çocukların, eşlerden hangisinin bekârlık soyadını taşıyacağıının, evlilik öncesinde nüfus memurluğuna bildirilmesi gerekli tutulmuştur⁵¹. Fakat aynı hükümde, haklı sebeplerin bulunması halinde, nüfus memurluğunun, eşleri bu zorunluluktan muaf tutabileceği de belirtilmiştir. Buna göre mesela eşlerin çocuk yapma yeteneğinin bulunmadığının kanıtlanması halinde bu sonuca ulaşılabilir⁵². Bu ihtimalde, eşlerin sonradan her nasılsa (tıp bilimindeki öngörüle-meyen gelişmeler nedeniyle) çocuk sahibi olabilmesi halinde⁵³, eşlerin ZGB 270/II

57; TUOR / SCHNEIDER / SCHMID / RUMO-JUNGO s. 451, no. 8; HEGNAU-ER (NZZ Nr.217 19.09.2007), s. 20; SUTTER-SOMM / KOBEL, s. 181, no. 816; BÜHLER (BSK ZGB I), Art. 270, s. 1447, no. 1.

46 HEGNAUER Art. 270, s. 12, no. 29 ve özellikle s. 13, no. 34; HEGNAUER (Kindesrecht), s. 113, no:16.06; HAUSHEER / REUSSER / GEISER Art. 160, s. 121, no. 57; HAEFLINGER s. 233.

47 HÜRLIMANN-KAUP / SCHMID s. 187; HEGNAUER (Kindesrecht), s. 113, no:16.06; HEGNAUER Art. 270, s. 13, no. 34; HEGNAUER Art. 259, s. 237, no. 43; BRAEM Art. 160, no. 52; HAEFLINGER s. 233.

48 Bu konuda bkz. THURNHEER no. 2; ZEITER (HandKoom), Art. 160, no. 2 ve özellikle Art. 270-270b, no. 4 vd.

49 ZEITER (HandKoom), Art. 270-270b, no. 7.

50 ZEITER (HandKoom), Art. 160, no. 4 ve özellikle Art. 270-270b, no. 6.

51 Böylece, çocukların hangi soyadını alacakları, evlilik öncesinde tespit edilmiş olmaktadır. ZEITER (HandKoom), Art. 160, no. 4; FASSBIND s. 1028.

52 Bu hüküm hakkında bkz. ZEITER (HandKoom), Art. 160, no. 4; FASSBIND s. 1022 vd.

53 Kanaatimce söz konusu durum sadece doğum yoluyla değil, birlikte evlat edinme ihtimalinde de bir sorun olarak ortaya çıkacaktır. Zira İsviçre Medeni Kanununun 264a/I maddesine göre, evli kişiler kural olarak ancak birlikte evlat edinebilirler. İşte birlikte evlat edinme halinde evlatlık hangi soyadını alacaktır? Bu sorunun da açık bir cevabını bulmak kolay görünmemektedir.

gereğince bir yıl içinde bu çocuğun soyadı için seçim yapması gerektiği doktrinde leri sürülmüştür⁵⁴.

ZGB 270/II hükmünde, ana babanın birbiriyle evli olmasına rağmen farklı soyadlarını kullanmaları halinde çocukların, anne babanın çocukları için evlilik sırasında belirledikleri soyadını kullanacaklarına ilişkin kurala bir istisna getirilmiş, daha doğru ifadeyle eşlere evlilik sırasında yaptıkları seçimi bir defaya mahsus olmak üzere değiştirme yetkisi verilmiştir. Buna göre eşler, ilk çocuğun doğumundan itibaren bir yıl içinde, nüfus memurluğuna birlikte yapacakları başvuruyla, çocuklara diğer eşin bekârlık soyadının verilmesini istediklerini bildirebilirler (İMK.m.270/II)⁵⁵.

Evlilik dışında doğan çocuğun soyadı: Evlilik dışı çocukların soyadı, İsviçre Medeni Kanununun 01.01.2013 tarihinde yürürlüğe girecek olan yeni 270a maddesine ayrıca düzenlenmiştir. Buna göre, kural olarak evlilik dışı çocuk annesinin bekârlık soyadını alır (270a / I). Burada “*bekârlık soyadı*” ifadesinin özel olarak vurgulandığı görülmektedir. Bu nedenle, mesela çocuğun doğduğu sırada anne, eski evliliğinden gelen soyadını kullanıyorsa veya soybağı reddedildiği için çocuk evlilik dışı çocuk statüsü kazanmışsa ve anne kocasının soyadını kullanıyorsa, çocuk annesinin mevcut soyadını değil, bekârlık soyadını alacaktır⁵⁶.

Evlilik dışında doğan çocuğun velayeti sadece babaya verilmişse, çocuk yine annesinin soyadını taşımakla birlikte, baba nüfus memurluğuna bir yıl içinde yapacağı başvuruyla, çocuğa kendi bekârlık soyadının verilmesini isteyebilir (270a/III). Bunun için annenin onayı gerekmediği gibi, herhangi bir haklı sebep de aranmayacaktır.

Mahkemece velayetin, ana baba tarafından birlikte kullanılmasına karar verilmişse⁵⁷, çocuk yine annesinin soyadını taşımakla birlikte, ana ve babanın nüfus memurluğuna bir yıl içinde birlikte yapacağı başvuruyla, çocuğa babanın bekârlık soyadının verilmesini isteyebilecekleri de ayrıca düzenlenmiştir (270a / II)⁵⁸.

54 ZEITER (HandKoom), Art. 270-270b, no. 6. Fakat eşler bu süre içinde seçim yapmazlarsa veya bu konuda uzlaşamazlarsa ne olacağı hakkında Kanunda bir hüküm yoktur. Hükümün Tasarı halinde yer alan ve bu halde çocuğun annenin bekârlık soyadını alacağına ilişkin hükmün, Meclis görüşmeleri sırasında metinden çıkarıldığı hakkında: ZEITER (HandKoom), Art. 270-270b, no. 6.

55 ZEITER (HandKoom), Art. 270-270b, no. 12. İspanya ve Fransa hukuklarında çocuğa, ergin olduktan sonra belli bir süre içinde, eşlerin ortak bir soyadını kullanmadıkları durumda çocuğa verilmiş bulunan soyadının değiştirilerek, diğer eşin soyadını almak isteme hakkının verildiği yönünde: HEGNAUER (Kindesrecht), s. 114, no. 16.12a.

56 Aksi fikirde: ZEITER (HandKoom), Art. 270-270b, no. 6 ve no. 8. Yazara göre bekârlık soyadı, çocuğun doğduğu tarihte annenin taşıdığı soyadını ifade eder. Bu nedenle mesela anne eski evliliğinden gelen soyadını taşıyorsa, çocuk bu soyadını alır.

Fakat değişikliğe ilişkin gerekçede ise açıkça, eski evlilikten gelen soyadının çocuğa verilmesinin yerinde olmadığı belirtilmiştir. Bu nedenle yazarın görüşüne katılma olanağı bulunmamaktadır.

57 İsviçre Medeni Kanununda yapılan ve 1 Ocak 2000 tarihinde yürürlüğe giren değişikliklerle, boşanma üzerine velayetin eşlere birlikte verilmesi mümkün hale getirilmiştir (ZGB 133/ III). Bkz. SUTTER-SOMM / KOBEL, s. 125, no. 559; BÜCHER / WIRZ (FamKomm), Art. 133, no. 19 vd; HAUSHEER / GEISER / AEBI-MÜLLER s. 153, no. 10.153.

58 ZEITER (HandKoom), Art. 270-270b, no. 9.

270a /II ve III hükümlerinde geçen bir yıllık sürenin, velayete ilişkin kararın kesinleşmesiyle başlayacağı kabul edilmektedir⁵⁹.

Yine İsviçre Medeni Kanuna yeni eklenen ve 01.01.2013 tarihinde yürürlüğe girecek olan 270b hükmüne göre, çocuk 12 yaşını doldurmuşsa, çocuğun soyadının 270a maddesine göre değiştirilebilmesi, ancak çocuğun bunu kabul etmesiyle mümkündür⁶⁰.

Alman hukukunda, çocuğun soyadı meselesi, İsviçre ve Türk hukuklarından farklı olarak, çocuğun evlilik içi veya dışı olmasından bağımsız biçimde düzenlenmiştir. Kanunun temel çıkış noktası, çocuğun evlilik içi - dışı olması değil, velayet hakkının kime ait olduğudur⁶¹.

Alman Medeni Kanununun 1616. maddesine göre çocuk, varsa ailenin ortak soyadını alır. Fakat çeşitli bazı ihtimaller ise ana hatlarıyla şöyle düzenlenmiştir⁶²:

1617 maddeye göre, ailenin ortak bir soyadı yoksa; fakat velayet ana - baba tarafından birlikte kullanıyorsa, onların nüfus memurluğuna birlikte yapacakları başvuruyla, ananın veya babanın soyadının çocuğa verilmesini tercih edilebilir. Bu hükmün uygulanabilmesi için, önemli olan velayetin ana - babaya birlikte ait olmasıdır. Ana babanın evli olup olmamasının bir önemi yoktur⁶³. Eşlerin birden çok çocuğunun bulunması halini de düşünen Alman yasama organı, bir çocuk için yapılan tercihin, diğer çocuklar için de geçerli olacağını kabul etmiştir⁶⁴.

Hükmün ikinci fıkrasına göre, anne - baba çocuğun doğumundan itibaren bir ay içinde gerekli başvuruyu yaparak tercih haklarını kullanmazlarsa, aile mahkemesi, seçim hakkını eşlerden birine, bir süre tanıyarak verir. Bu süre içinde de tercih hakkı kullanılmazsa çocuk, tercih hakkını kullanması için yetkilendirilen ebeveynin soyadını alır⁶⁵.

1617a maddesine göre, ana - babanın ortak bir aile soyadı yoksa ve velayet eşlerden sadece birine aitse, çocuk velayet hakkına sahip olan ebeveynin, çocuğun doğumu anındaki soyadını alır⁶⁶.

Hükmün ikinci fıkrasında ise, velayet hakkına tek başına sahip olunan çocuğun evlilik dışı bir çocuk olması halinde, velayet hakkına sahip olan ebeveynin, nüfus memurluğuna yapacağı başvuruyla, çocuğa diğer ebeveynin soyadının verilmesini

59 ZEITER (HandKoom), Art. 270-270b, no. 12.

60 ZEITER (HandKoom), Art. 270-270b, no. 15.

61 PEIPER (PWW BGB Komm.), vor §§ 1616 bis 1625 no. 1 vd; ENDERS (BeckOK BGB) § 1616, no. 5; v. SACHSEN GESSAPHE (Münchener Kommentar zum BGB 6. Aufl.), § 1616, no. 2 vd.

62 Bkz. ENDERS (BeckOK BGB) § 1617, no. 1 vd; v. SACHSEN GESSAPHE (Münchener Kommentar zum BGB 6. Aufl.), § 1617, no. 1 vd.

63 PEIPER (PWW BGB Komm.), § 1617, no. 1; ENDERS (BeckOK BGB) § 1617, no. 2.

64 PEIPER (PWW BGB Komm.), § 1617, no. 4; ENDERS (BeckOK BGB) § 1617, no. 13; v. SACHSEN GESSAPHE (Münchener Kommentar zum BGB 6. Aufl.), § 1617, no. 21.

65 ENDERS (BeckOK BGB) § 1617, no. 17; v. SACHSEN GESSAPHE (Münchener Kommentar zum BGB 6. Aufl.), § 1617, no. 28.

66 ENDERS (BeckOK BGB) § 1617a, no. 2; v. SACHSEN GESSAPHE (Münchener Kommentar zum BGB 6. Aufl.), § 1617a, no. 1 vd.

isteyebileceği düzenlenmiştir. Bunun kabulü, soyadı verilmek istenen ebeveynin ve çocuk beş yaşını tamamlamışsa çocuğun rızasına bağlıdır⁶⁷.

*Avusturya hukukunda*⁶⁸, Medeni Kanununun 139. maddesine göre, evlilik içinde doğan çocuk, varsa ailenin ortak soyadını alır. Eşler ayrı soyadları taşıyorlarsa çocuklar, eşlerin çocuklar için, en geç evlenme anına kadar belirledikleri ortak soyadını alır. Eşlerin ayrı soyadı taşımaları halinde, eşlerin çocuklar için seçecekleri ortak aile soyadı, sadece ana - babadan birinin soyadı olabilir. Başka bir soyadının seçilmesi mümkün değildir. Eşlerin ortak bir soyadı yoksa ve eşler de çocuklar için ortak bir soyadı belirlememişlerse, çocuklar babanın soyadını alır⁶⁹.

Görüldüğü gibi eşlerin farklı soyadlarının bulunması halinde bile, çocuklar için ortak bir aile soyadının bulunması zorunlu tutularak, çocukların tamamının aynı soyadını alması sağlanmıştır⁷⁰. Buna göre, eşler farklı soyadlarını kullanacaklarsa, evlilikten doğacak çocukları için ortak bir aile soyadı belirlemeleri gerekir. Fakat böyle bir seçim yapılmamışsa, ana - baba farklı soyadlarını taşıyabilirler, çocuklar 139. maddenin ikinci fıkrası gereğince babanın soyadını taşıyır⁷¹.

Seçim yapılmaması nedeniyle ortak çocukların babanın soyadını almasını, Avusturya Anayasa Mahkemesi, hukuk politikası sorunu olarak algılamış ve Kanun koyucunun burada bir tercihte bulunduğu işaret ederek, bu hükmü özel yaşam ve aile yaşamına saygı kuralına veya eşitlik ilkesine aykırı görmemiştir⁷².

Avusturya Medeni Kanununun 165. maddesine göre, evlilik dışında doğan çocuk, annesinin soyadını alır⁷³. Fakat İsim Değiştirme Kanununun 2. maddesinin 9. bendinde, velayetin babada olmasının, bu halde çocuğun soyadının değiştirilmesi için haklı bir sebep teşkil ettiği de kabul edilmiştir⁷⁴.

Anne ile baba sonradan evlenirse, çocuk aile soyadını alır (ABGB § 162a). Fakat çocuk reşitse, aile soyadını alması için çocuğun onayı gerekir.

II. SOYADININ KENDİLİĞİNDEN DEĞİŞMESİ

Soyadıyla ilgili temel esas, soyadının değişmezliği ilkesidir⁷⁵. Soyadının değişmezliği ilkesinde, kamunun menfaati bulunmaktadır⁷⁶. Fakat Kanunun açıkça dü-

67 ENDERS (BeckOK BGB) § 1617a, no. 7; v. SACHSEN GESSAPHE (Münchener Kommentar zum BGB 6. Aufl.), § 1617a, no. 11 vd.

68 Avusturya hukukunda soyadı meselesi, 01.05.1995 tarihinde yürürlüğe giren İsim Değişikliği Kanunuyla mevcut halini almıştır. Bkz. BECK (Kommentar zum Ehe- und Partnerschaftsrecht), § 93, no. 1.

69 HOPF (Kurzkomm. zum ABGB), § 139, no. 1, 2.

70 HOPF (Kurzkomm. zum ABGB), § 139, no. 2.

71 KOCH (Kurzkomm. zum ABGB), §93, no. 1.

72 Bkz. HOPF (Kurzkomm. zum ABGB), § 139, no. 3; TADES / HOPT / KATHREIN / STABENTHEINER Art. 139, s. 128; BECK (Kommentar zum Ehe- und Partnerschaftsrecht), § 93, no. 1.

73 HOPF (Kurzkomm. zum ABGB), § 165, no. 1.

74 Karş. TADES / HOPT / KATHREIN / STABENTHEINER Art. 139, s. 128.

75 HAEFLINGER s. 41; SUTTER-SOMM / KOBEL, s. 31, no. 109; DÖRR (Kurzkomm ZGB) Art. 30, no:1. BGE 136 III 161 (E.3.1); AEBI-MÜLLER (HandKomm), Art. 30-30a, no. 2; HRUBESCH-MILLAUER (Berner Komm. ZGB), Art. 4, no. 432; HOFER (Einleitung und Personenrecht), s. 198, no:12.04; van der MEER / PERREN s. 85; BÜHLER (BSK ZGB I), Art. 30, s. 344, no. 1; ABİK s. 41.

76 BGE 131 III 201 (E.3); BRAEM Art. 160, no. 8; BREITSCHMID s. 32.

zenlediği bazı hallerde, özellikle de kişinin medeni durumundaki ve ailesiyle ilgili bazı değişikliklerde soyadı kendiliğinden değişebilir.

A. Ergin olmayanların evlat edinilmesiyle

Evlat edinmenin evlatlığın soyadına etkisi Medeni Kanunun 314. maddesinin üçüncü fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre, “*Evlatlık küçük ise, evlat edinenin soyadını alır. ...*”

Bu sonuç yasa gereği kendiliğinden gerçekleşir⁷⁷. Türk hukukunda birlikte evlat edinme sadece evli olan kişiler için mümkün olduğundan, birlikte evlat edinme halinde küçük olan evlatlık, onu evlat edinen eşlerin ortak soyadını kendiliğinden alacaktır⁷⁸.

Evli kişilerin tek başına evlat edinme hakkı bulunan istisnai durumlar ise ayrıca incelenmelidir (TMK.m.306 / III ve 307). Mesela eşlerden biri, diğerinin çocuğunu evlat ediniyorsa, evlat edinen koca ise, evlatlığın soyadı değişirken, evlat edinen kadın ise çocuğun soyadı değişmez⁷⁹. Zira evli kadın, kocasının eski evliliğinden olan çocuğunu evlat edinecekse, kadının soyadı ile çocuğun soyadı zaten aynı olacağından, evlatlığın soyadı fiilen değişmeyecektir.

TMK.m.307 hükmünde belirtilen istisnalardan birinin bulunması halinde evli bir kişi, ergin olmayan bir kişiyi tek başına evlat edinmek isterse evlatlık, onu evlat edinenin soyadını alacaktır. Evlatlığın alacağı soyadı, evlat edinenin evlat edinme anında taşıdığı soyadı olacaktır⁸⁰.

Önceki Medeni Kanunun 257 / V hükmünde yer alan ve evlatlığa, ergin olmasından sonra dilerse öz ana - babasının soyadını tercih etme hakkı veren hüküm 4721 sayılı Medeni Kanuna alınmamıştır⁸¹. Bu nedenle mevcut yasal düzenlemede, evlatlık ergin olduktan sonra, öz ana - babasının soyadını kullanmak istiyorsa, bunu ancak Medeni Kanunun 27. maddesine göre haklı sebepleri kanıtlayarak mahkemeden alacağı soyadı değişiklik kararıyla gerçekleştirebilecektir⁸².

77 Haklı sebepler varsa, ergin olmayan evlatlığın eski soyadını kullanmasının ancak Medeni Kanunun 27. maddesi gereğince soyadı değiştirme davasıyla mümkün olabileceği görüşünde: AYDOĞDU s. 624; BAYGIN s. 214.

78 Avusturya Medeni Kanununun 183. maddesine göre de, ergin olmayanın evlat edinilmesi halinde evlatlık, evlat edinenin soyadını alır. Bkz. HOPF (Kurzkomm. zum ABGB), § 183, no. 1; FRIEDERICI (PWW BGB Komm.), § 1757, no. 1 vd.

İsviçre Medeni Kanununun 267. maddesinde ise, evlatlığın reşit olup olmaması arasında bir ayrım yapılmamıştır. Bu nedenle evlat edinmeyle, evlatlık reşit olsa da olmasa da, onu evlat edinenin soyadı kendiliğinden alır.

Alman hukukunda da bu sonuç geçerlidir. Bkz. MAURER (Münchener Kommentar zum BGB 6. Aufl.), § 1757 no. 2.

79 HEGNAUER Art. 267, s. 546, no. 34b.

80 Aksi görüşteki AYDOĞDU (s. 633) ise evli kadının tek başına evlat edinmesi halinde evlatlığın, kadının evlat edinme anındaki soyadını değil, bekârlık soyadını taşıması gerektiğini ileri sürmüştür. Bu yönde: BAYGIN s. 214.

81 Bkz. ABİK s. 60, dn.170.

82 AYDOĞDU s. 627.

B. Evlilik dışında doğmuş olan çocuk ile babası arasında, çocuğun doğumundan sonra soybağının kurulmasıyla

Çocuğun doğumu anında, evlilik dışı çocuk ile babası arasında hukuki anlamda soybağı kurulmamışsa, çocuk doğumla annesinin soyadını alır. Fakat babasıyla çocuk arasında, çocuğun doğumundan sonra soybağı kurulursa, Nüfus Hizmetleri Kanunu 28/IV ve Anayasa Mahkemesinin iptal kararı gereğince, çocuğun var olan soyadı değişir ve çocuk babasının soyadını alır.

Çocuğun, babanın soyadını almasında, çocuğun yaşı veya medeni hali önem taşımaz. Çocuk ergin ve evli olsa bile soyadı kendiliğinden değişir⁸³. Fakat bu çocuk evli bir kadınsa, onun soyadının değişmeyeceği gözden kaçırılmamalıdır.

C. Anası - babası belli olmayan çocuğa kamu kurumlarınca soyadı verilmesinden sonra, çocuğun ailesinin belirlenmesiyle

Anası - babası belli olmayan çocuğa, kamu kurumlarınca resen bir soyadı verilir. Fakat çocuğun anne babasının sonradan belirlenmesiyle çocuğun soyadı kendiliğinden değişir. Buna göre, çocuğun doğduğu tarihte annesi evli değilse, çocuk annesinin; çocuğun doğduğu tarihteki soyadını alır. Fakat anne o tarihte evliyse, çocuk bu kez de babalık karinesiyle bağlı olduğu babasının soyadını alacaktır⁸⁴.

Bu sonucun kabulü, çocuğun ergin olup olmamasından bağımsızdır. Fakat bu çocuk evli bir kadınsa, onun soyadının değişmeyeceği gözden kaçırılmamalıdır.

D. Kadın için evlenmeyle

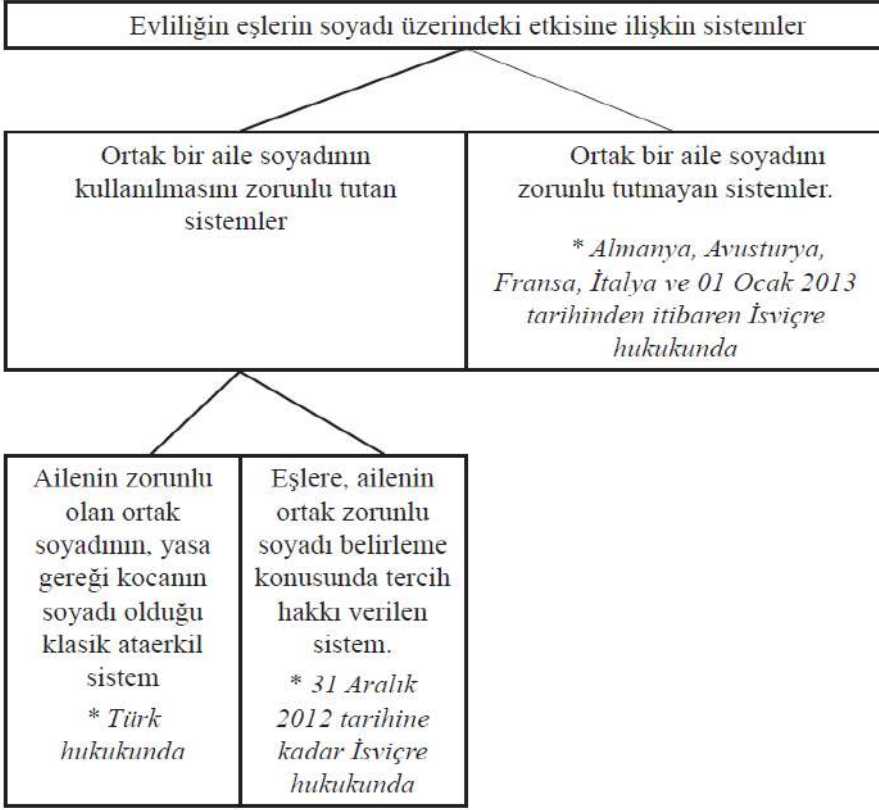
Evlenmenin; kadının, daha geniş ifadeyle, eşlerin soyadına etkisi konusunda çeşitli ülkelerde genel olarak iki ana sistemin bulunduğu görülmektedir⁸⁵. Bu sistemlerin ilkinde, evlenme üzerine zorunlu olarak ortak bir aile soyadı bulunur. İkincisinde ise, ortak bir aile soyadı zorunluluğu yoktur.

Ortak aile soyadını zorunlu tutan sistemler de kendi içinde ikiye ayrılabilir. Bunlardan ilki, klasik ataerkil sistem olup, bu sistemde kadın evlenmekle, kanun gereği kocasının soyadını alır. İkincisinde ise, yine bir ortak aile soyadı zorunlu olmakla birlikte eşlere, kadının soyadını da ailenin ortak soyadı olarak seçme yetkisi verilmektedir.

83 HEGNAUER Art. 259, s. 238, no. 46; HEGNAUER Art. 270, s. 14, no. 42; BRAEM Art. 160, no. 52; HAUSHEER / GEISER / AEBI-MÜLLER s. 283, no. 17.10 vd.

84 HEGNAUER Art. 270, s. 14, no. 41; HEGNAUER (Kindesrecht), s. 113, no:16.07 ve s. 114, no. 16.11; BIDERBOST s. 65, s. 73; MÜLLER s. 3; HAUSHEER / GEISER / AEBI- MÜLLER s. 283, no. 17.14; MICHEL (KurzKomm ZGB) Art. 270, no. 4; HAEFLINGER s. 235.

85 Ayrıntılı bilgi için bkz. ABİK s. 65 vd.



1. Türk hukukunda

Türk hukukunda, ailede ortak soyadı esas geçerlidir⁸⁶ ve bu da kocanın soyadıdır. Bu nedenle Türk hukukunda, evli kadının zorunlu olarak kocasının soyadını alması yönündeki klasik ataerkil sistemin geçerli olduğu söylenebilir⁸⁷. Fakat bu sistem kendi içinde yumuşatılarak, kadına dilerse kocasının soyadının önünde, kendi soyadını da kullanma yetkisi verilmiştir (TMK.m.187). Kadın bu talebi, evlenme sırasında veya evlenmeden sonra dilediği bir zamanda ileri sürebilir⁸⁸.

Kadının eklenmesini isteyebileceği soyadı, evlenme anında fiilen taşıdığı soyadı olacaktır. Evlendiği sırada kadın, eski eşinin soyadını taşımaya devam ediyorsa, bunu da yeni evliliğinde kocasının soyadının önüne ekleyebilir⁸⁹.

86 Birçok ülkede, ortak aile soyadı uygulaması kaldırılmıştır. Bu konuda bkz. İsviçre Medeni Kanununda soyadı alanında yapılan değişikliklerin gerekçesi 4.1.

87 Karş. DURAL / ÖĞÜZ / GÜMÜŞ s. 155; ABİK s. 56 vd; ÇAKIRCA s. 739 vd.

88 ZEVLİLİLER / ACABEY / GÖKYAYLA s. 375; ABİK s. 91; ÖZDAMAR s. 262.

89 HEGNAUER /BREITSCHMID s. 131, no:13.14 ve özellikle s. 136, no:13.46. Türk hukukunda da bu yönde: DURAL / ÖĞÜZ / GÜMÜŞ s. 155; ÖZTAN s. 161; ABİK s. 91; ÖZDAMAR s. 262. Hatta

Fakat kadın, önceki evliliğinden dolayı çifte soyadı kullanıyorsa ve bunu da evliliğin sona ermesinden sonra da sürdürmüşse, ikinci evlilikte bu çifte soyadının tamamını değil, sadece ilk kısmını ekleyebilir⁹⁰.

Evlilik üzerine, kadının zorunlu olarak kocasının soyadını alması kuralının eşler arası eşitlik ilkesine uygun olmadığı açıkça ortadadır⁹¹. Nitekim İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi de, 16.11.2004 tarihli kararıyla bu hükmün İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine aykırı olduğunu açıkça tespit etmiştir⁹².

Fakat çok ilginçtir, bu karara ve genel eşitlik anlayışının ulaştığı seviyeye rağmen Anayasa Mahkemesi, 10.03.2011 tarihinde verdiği kararında, evlenme üzerine kadının, kocasının soyadını alması zorunluluğunun Anayasa'ya aykırı olmadığına, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin anılan kararının bu sonucun kabulünü zorunlu kılmadığına hükmedebilmiştir⁹³. Hatta kararda o derece ileri gidilmiştir ki, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi kararlarında, soyadı konusunda bu gibi bir düzenlemeye izin verildiği şu ifadelerle ima edilmiştir: "*Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de soyadı kullanımı ile ilgili başvuruları, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesinde yer alan "özel hayatın ve aile hayatının korunması" ilkesi kapsamında incelemiş ve kararlarında, nüfusun eksiksiz ve doğru olarak kaydedilmesi, aile adlarının istikrarına verilen önem, kişisel kimlik saptaması veya belli bir ismi taşıyanların belli bir aile ile bağlantılarının kurulabilmesi gibi kamu yararının gerekleri uyarınca, soyadı değiştirme imkânına yasal sınırlamalar getirilebileceği; ulusal yasakoyucunun bu sınırlamaları da kendi devletiyle ilgili tarihi ve siyasal yapısına bağlı kalarak seçmesinde takdir hakkının bulunduğunu belirtmiştir."*

Fakat İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin anılan kararında aynen şu ifadelere yer verildiği görülmektedir: "*Avrupa Konseyi'nin üye ülkeleri arasında Türkiye-çift başka bir düzenlemeyi tercih etse bile- kocanın soyadının çiftin soyadı olarak kabul edilmesini ve bu nedenle kadının, evlendiğinde otomatik olarak kendi soyadını kaybetme-*

İsviçre hukukunda mümkün olan, kadının soyadının aile soyadı olarak belirlenebilmesi imkânı gereğince, ikinci evlilikte, kadının halen taşınması kaydıyla, ilk evliliğindeki kocasının soyadının ortak aile soyadı olarak belirlenebileceği bile kabul edilmektedir. Bkz. HEGNAUER / BREITSCHMID s. 136, no:13.47.

90 HEGNAUER / BREITSCHMID s. 132, no:13.16; ABİK s. 92.

91 Bu yönde: ÖZTAN s. 161; SEROZAN, (Medeni Hukuk), s. 430; ABİK s. 93; OÇUZMAN / SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR s. 104; ÖZDAMAR s. 271; EKŞİ s. 311; OKTAY-ÖZDEMİR s. 292; ÇAKIRCA s. 746.

Fakat Türk hukukunda, kadının soyadının aile soyadı olarak seçilmesi yönündeki önerilerin yerinde olmayacağı da savunulmaktadır. Bkz. AKINTÜRK s. 118.

92 Tekeli - Türkiye kararı. Karar hakkında bkz. ABİK s. 120 vd. Bu karardan sonra, bazı yerel mahkemelerde verilen ve evli kadının bekârlık soyadını kullanmasına izin veren kararlar için bkz. EKŞİ s. 322 vd.

Fakat Yargıtay 18. HD, 06.07.2010, 6750 / 10314 ve 2. HD, 12.05.2009, 2008/3618, 2009/9413 sayılı kararlarında yerel mahkemenin TMK.m.187 hükmüne aykırı olarak verdiği kararın kanun yararına bozulmasına karar verilmiştir. Bkz. EKŞİ s. 325.

93 Anayasa Mahkemesi Kararı: 2009/85 E, 2011/49 K. RG.21.10.2011, S. 28091.

743 sayılı önceki Medeni Kanununun 153. maddesindeki aynı yöndeki hükmün Anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle yapılan iptal başvurusunda da Anayasa Mahkemesi, aynı gerekçelerle, ilgili hükmü Anayasaya aykırı bulmayarak davayı reddetmişti. Bkz. Anayasa Mahkemesi'nin 29.09.1998 tarih ve 1997/61 E, 1998/59 K. (RG 15.11.2002, s. 24937).

sini yasalarla öngören tek ülke konumundadır. ... AİHM'nin önündeki ilk soru aile birliğinin erkeğin ismi ile yansıtılması geleneğinin söz konusu davada nihai bir etken sayılıp sayılamayacağıdır. Bu geleneğin, erkeğin aile içerisinde sahip olduğu birincil ve kadının sahip olduğu ikincil rollerden kaynaklandığı açıktır. Günümüzde, erkek-kadın eşitliğinin, Türkiye de dâhil, Avrupa Konseyi'ne üye ülkeler içerisinde gösterdiği gelişim ve özellikle de ayrımcılık yapmama ilkesine verilen önem, Devletlerin bu geleneği uygulamasını engellemektedir. Bu bağlamda, aile birliği, aile soyadı olarak erkeğin soyadının kabul edilmesiyle yansıtılabileceği gibi kadının soyadının ya da çift tarafından seçilen ortak bir soyadın kabul edilmesiyle de yansıtılabilir. ... AİHM, evli kadınların aile birliği adına kocalarının soyadını taşımak zorunda bırakılmalarının -önüne kendi kızlık soyadlarını ekleyebilseler de- nesnel ve makul bir nedeni olmadığı kanısındadır. ... AİHM, bu kararın getirdiği, başvuran da dâhil evli çiftlerin kendi soyadlarını kullanabilme ya da aile isminin seçiminde eşit derecede söz sahibi olma hakkını sağlamaya yönelik yükümlülükleri yerine getirmek için gerekli önlemleri almayı Türk Devleti'ne bırakmıştır.”⁹⁴

Görüldüğü üzere söz konusu kararda, evli çiftlerin kendi soyadlarını kullanabilme ya da aile isminin seçiminde eşit derecede söz sahibi olma hakkını sağlamaya yönelik yükümlülükleri yerine getirmek için gereken önlemlerin alınması gerektiği açıkça belirtilmiştir. Kararın hiçbir yerinde, Medeni Kanunun 187. veya önceki Medeni Kanunun 153. maddesindeki düzenlemenin eşitlik ilkesine uygun olduğu belirtilmiş değildir.

Ne yazık ki, Tekeli - Türkiye kararının Türk Anayasa Mahkemesi üzerinde doğurmadığı etkinin, İsviçre hukukunda gerçekleştiği görülmektedir. Bu karardan sonra İsviçre hukukunda, soyadına ilişkin hükümlerin değiştirilmesinin gerektiği, daha şiddetli biçimde ifade edilmeye başlanmıştır⁹⁵ ve nihayet 30 Eylül 2011 tarihinde önemli değişiklikler yapılmıştır.

2. İsviçre, Alman ve Avusturya Hukuklarında

İsviçre hukukunda 31.12.2012 tarihine kadar yürürlükte kalacak olan İsviçre Medeni Kanununun 160. maddesine göre, ailenin aynı soyadını taşımasının zorunludur. Evlilik sonrasında eşlerin farklı soyadlarına kullanmaları, bu hukuk sisteminde, Türkiye'de de olduğu gibi mümkün değildir⁹⁶.

İsviçre Medeni Kanununun 160. maddesinde, kocanın soyadı aile soyadı olarak kabul edilmiştir. Böylece herhangi bir girişimde bulunulmazsa evli kadın, kocasının soyadını alacaktır⁹⁷. Fakat hükmün ikinci fıkrasına göre, aynen TMK.m.187 hükmünde olduğu gibi, kadına evlilik öncesinde⁹⁸ nüfus memurluğuna yapacağı

94 Ayrıca bkz. STURM s. 67 vd.

95 Bkz. HEGNAUER (NZZ Nr.85 14.04.2009), s. 11.

96 HÜRLIMANN-KAUP / SCHMID s. 183; HAUSHEER / REUSSER / GEISER Art. 160, s. 106, no. 27 vd; TUOR / SCHNEIDER / SCHMID / RUMO-JUNGO s. 317, no. 6; BRAEM Art. 160, no. 9; THURNHEER no. 55; HAEFLINGER s. 116 vd; HAUSHEER / GEISER / AEBI-MÜLLER s. 62, no. 07.04; HOFER, (Einleitungsartikel und Personenrecht), s. 199, no:12.05; HEGNAUER / BREITSCHMID s. 130, no:13.07; BÜHLER (BSK ZGB I), Art. 160, s. 957, no. 1.

97 BRAEM Art. 160, no. 11; FASSBIND / SPRING s. 265.

98 Türk Medeni Kanununda, kadının evlilik öncesindeki soyadını, kocasının soyadı önünde kullan-

başvuruyla, kocasının soyadının önünde kendi soyadını da ekletme yetkisi verilmiştir⁹⁹.

Fakat İsviçre hukukunda, adın haklı sebeple değiştirilmesine ilişkin Medeni Kanunun 30. maddesine eklenen ikinci fıkrayla, eşlere farklı bir alternatif sunulmuştur¹⁰⁰. Buna göre, evlilik öncesinde¹⁰¹ nişanlıların birlikte başvurusu üzerine¹⁰², talepleri gereği kadının soyadının aile soyadı olarak kullanılmasına izin verilebilir. Bunun için talebin dikkate değer sebeplere (achtenswerte Gründe) dayandırılması istenmiştir¹⁰³. Doktrinde bu hükmün, söz konusu durumu bir yandan serbest bir seçim hakkı haline getirmediği, diğer taraftan da haklı sebep seviyesi çıkmasa bile önemli sebeplerle bu değişikliğe izin verilebileceği ifade edilmiştir¹⁰⁴. Fakat uygulamada, bu hükmün serbest bir seçim hakkı olarak işlediği ve herhangi bir başvurunun reddedilmediği de ifade edilmiştir¹⁰⁵.

İsviçre Medeni Kanununda yapılan bu değişiklikten sonra, 30. maddenin ikinci fıkrasına göre, kadının soyadının aile soyadı olarak seçilmesi halinde kocanın, bekarlık soyadını, aile soyadın önüne almasının mümkün olmadığı yönündeki Federal Mahkeme kararı¹⁰⁶ nedeniyle İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, İsviçre'yi mahkûm etmiştir¹⁰⁷. Bu karardan çok kısa bir süre sonra, 25.05.1994 tarihli Kanun-

mak için yapacağı başvurunun evlilik öncesinde olması zorunlu değilken, İsviçre hukukunda, böyle bir zorunluluk getirilmiştir. Evlendikten sonra kadın, kendi soyadını, kocasının soyadı önünde alamayacaktır. Bkz. HAUSHEER / REUSSER / GEISER Art. 160, s. 99, no. 13a.

Fakat İsviçre hukukunda, bu değişiklik talebi kabul edilmiş olmasına rağmen evlilik gerçekleşmezse, anılan değişiklik konusuz kalacak ve gerçekleşmeyecektir. BRAEM Art. 160, no. 17; HAEFLINGER s. 160.

99 BRAEM Art. 160, no. 33; FRANKHAUSER, (KurzKomm ZGB) Art. 160, no:3 vd; HEG- NAUER / BREITSCHMID s. 131, no:13.14.

100 Bkz. HAUSHEER / REUSSER / GEISER Art. 160, s. 105, no. 27 vd; BRAEM Art. 160, no. 12 vd; HAEFLINGER s. 116 vd; SUTTER-SOMM / KOBEL, s. 32, no. 113 vd; HAUSHEER / GEISER / AEBI-MÜLLER s. 62, no. 07.07; DÖRR (KurzKomm ZGB) Art. 30, no:6; van der MEER / PERREN s. 86; HEGNAUER / BREITSCHMID s. 132, no:13.19.

101 HÜRLIMANN-KAUP / SCHMID s. 184 ve özellikle s. 189; BRAEM Art. 160, no. 14; HAEFLINGER s. 149; HEGNAUER / BREITSCHMID s. 133, no:13.23. BGer 5A_42/2008 (E.4.6). Bu kararda soyadının değiştirilmesi talebinin evlilik sonrasında ileri sürülmesi halinde, ancak haklı sebepler varsa bunun gerçekleştirilebileceği kabul edilmiş, sadece eşlerin talebinin, bu sonuç için yeterli olmadığı belirtilmiştir. Bkz. AEBI-MÜLLER (Aktuelle Anwaltspraxis 2009), s. 54.

102 Başvurunun birlikte yapılması gerekir. Sadece kadının başvurusu yeterli değildir. HAUSHEER / REUSSER / GEISER Art. 160, s. 107, no. 28; BRAEM Art. 160, no. 13; TUOR / SCHNEIDER / SCHMID / RUMO-JUNGO s. 317, no. 6; HAEFLINGER s. 149. BGE 127 III 193.

103 Bu kavramın Tasarı halindeki tartışmaları ve geçirdiği evreler için bkz. HAEFLINGER s. 135.

104 Karş. HAUSHEER / REUSSER / GEISER Art. 160, s. 109, no. 31; HAUSHEER / GEISER / AEBI-MÜLLER s. 62, no. 07.07; TUOR / SCHNEIDER / SCHMID / RUMO-JUNGO s. 317, no. 6; BRAEM Art. 160, no. 14; THURNHEER no. 57; HÜRLIMANN-KAUP / SCHMID s. 190; HEGNAUER / BREITSCHMID s. 132, no:13.19; SUTTER-SOMM / KOBEL, s. 32, no. 113; van der MEER / PERREN s. 86; HAEFLINGER s. 138; BÜHLER (BSK ZGB I), Art. 30, s. 349, no. 18. Mesela, ailece soyadlarıyla anılan şirketi yöneten kadının, evlendikten sonra doğacak çocuklarının da bu soyadını taşımasının yararlı olacağı gerekçesiyle, kadının soyadının kullanılmasına izin verilebileceği belirtilmiştir. Bkz. HAUSHEER / REUSSER / GEISER Art. 160, s. 110, no. 32.

105 Bkz. bir önceki dipnotta belirtilen yazarlar.

106 BGE 115 II 199.

107 22.02.1994 tarihli Burghartz - İsviçre kararı. Bu süreç hakkında bkz. HAEFLINGER s. 164 vd; STURM s. 39.

la, Medeni Hal Yönetmeliğinin 12. maddesinin birinci fıkrasına, Medeni Kanunun 30/II hükmüne göre, kadının soyadının aile soyadı olarak kullanılmasına izin verilmesi halinde, erkek nişanlının, nüfus memurluğuna, kendi soyadını, aile soyadı olan kadın nişanlının önünde kullanmak istediğini belirtmesinin mümkün olduğu yönünde bir hüküm eklenmiştir¹⁰⁸.

Görüldüğü üzere İsviçre Hukukunda, evlenme üzerine aile soyadı olarak kadının soyadının kullanılması, eşlerin bunu kabul etmelerine bağlıdır. İsviçre hukukunda, hükmün bu haliyle eşler arası eşitliği sağlamaktan uzak olduğu ifade edilmiştir¹⁰⁹. Bu nedenle, anılan hükmün yeniden düzenlenmesi için çeşitli tasarıları hazırlanmış¹¹⁰ ve son olarak 30.09.2011 tarihinde soyadı konusunda önemli değişiklikler yapılmıştır. Bu değişiklikler 01.01.2013 tarihinde yürürlüğe girecektir.

01.01.2013 tarihinden sonra: Yeniden düzenlenen İMK.m.160/I hükmüne göre, evlilik sırasında her eş mevcut soyadını kullanabilir. Böylece, ailenin zorunlu olarak ortak bir soyadına sahip olması biçimindeki esas tamamen terk edilmiştir¹¹¹.

Hükmün ikinci fıkrasında, ortak soyadı belirleme imkânı da sağlanmıştır. Buna göre nişanlılar, evlenme öncesinde nüfus memurluğuna başvurarak, evlenmeden sonra, erkek veya kadın nişanlının bekârlık soyadını¹¹², ortak aile soyadı olarak kullanmak istediklerini açıklayabilirler¹¹³. Buna göre yeni sistemde evlenecek olanların, en geç evlenme gerçekleşene kadar, hangi nişanlının soyadının ailenin ortak soyadı olacağını belirlememiş olmaları halinde, eşler evlenmeden sonra eski soyadlarını kullanmaya devam edeceklerdir. Fakat bu durumda da, ZGB 30 hükmüne göre dikkate değer sebeplerle eşlerin soyadının değiştirilmesi, mesela aynı soyadını kullanmaya izin verilmesi istenebilir¹¹⁴.

Alman hukukunda, ortak bir aile soyadının bulunması zorunluluğu yoktur¹¹⁵. Bu nedenle eşler farklı soyadlarını da kullanabilirler¹¹⁶.

108 Bkz. BÜCHLER (FamKomm), Art. 119, no. 2; HEGNAUER / BREITSCHMID s. 134, no:13.28; HÜRLIMANN-KAUP / SCHMID s. 184; STURM s. 40.

109 HÜRLIMANN-KAUP / SCHMID s. 185; TUOR / SCHNEIDER / SCHMID / RUMO-JUNGO s. 318, no. 8; HEGNAUER Art. 270, s. 29, no. 113 vd; HAUSHEER / REUSSER / GEISER Art. 160, s. 105, no. 27; BRAEM Art. 160, no. 5; FASSBIND / SPRING s. 265; RUMO-JUNGO s. 167 vd; HEGNAUER (NZZ Nr.85 14.04.2009), s. 11; HEGNAUER (NZZ Nr.217 19.09.2007), s. 20; SUTTER-SOMM / KOBEL, s. 31, no. 111; HOFER (Einleitungsartikel und Personenrecht), s. 199, no:12.05.

110 Bu konuda bkz. FASSBIND / SPRING s. 267; FASSBIND s. 1021; RUMO-JUNGO s. 173; HEGNAUER (NZZ Nr.85 14.04.2009), s. 11; BÜCHLER (FamKomm), Art. 119, no. 13 vd; STURM s. 37 vd.

111 AEBI-MÜLLER (HandKoom), Art. 30-30a, no. 5 ve no. 6; ZEITER (HandKoom), Art. 160, no. 2.

112 Bekârlık soyadının, nişanların evlilik anında kullandıkları soyadını ifade ettiği yönünde: ZE-ITER (HandKoom), Art. 160, no. 3. Fakat değişiklik gerekçesinde, eski evlilikten gelen soyadının bu kapsama girmediği açıkça belirtilmiş olduğundan, yazarın görüşüne katılmaya imkân görmemekteyim.

113 ZEITER (HandKoom), Art. 160, no. 2.

114 ZEITER (HandKoom), Art. 160, no. 8.

115 WEINREICH (PWW BGB Komm.), § 1355, no. 2; HAHN (BeckOK BGB) § 1355, no. 2; v. SACHSEN GESSAPHE (Münchener Kommentar zum BGB 5. Aufl.), § 1355, no. 2.

116 Eşlerin soyadı konusunda Alman hukukunda yaşanan gelişim süreci hakkında bkz. v. SACHSEN GESSAPHE (Münchener Kommentar zum BGB 5. Aufl.), § 1355, no. 1; HAHN (BeckOK BGB) § 1355, no. 1.

Alman Medeni Kanununun 1355. maddesine göre, evlenecek olanlar, ortak bir aile soyadı belirlememişlerle; eşlerin her biri, evlilikten sonra da bekârlık (evlenme anında sahip oldukları) soyadlarını kullanmaya devam ederler.

Aile soyadı olarak, kadın veya erkeğin, doğum soyadı veya başvuru tarihindeki soyadının seçilmesi mümkündür¹¹⁷. Aile soyadının seçiminin, evlenmeden sonra gerçekleştirilmesi de mümkündür¹¹⁸.

Fakat hüküm bununla da sınırlı kalmamaktadır. Eğer eşler ortak bir aile soyadı belirlemişlerse, eşinin soyadını alan eş, nüfus müdürlüğüne yapacağı başvuruya, doğum anındaki soyadının veya aile soyadını seçtikleri tarihte kullandığı soyadının, aile soyadının önüne veya arkasına eklenmesini talep edebilir. Ancak aile soyadı birden fazla isimden oluşuyorsa bu talep dikkate alınmaz¹¹⁹. Bu talebin evlilik sonrasında da herhangi bir süreye bağlı olmaksızın ileri sürülmesi mümkündür¹²⁰.

Avusturya Hukukunda¹²¹, Avusturya Medeni Kanununun 93. maddesine göre, nişanlılar evlenme öncesinde veya evlenme sırasında, hangi nişanlının soyadını aile soyadı olarak seçtiklerini bildirebilirler. Böylece erkeğin veya kadının soyadının ailenin ortak soyadı olarak belirlenmesi imkânı tanınmıştır¹²². Aynı şekilde, aile soyadı olarak kendi soyadı seçilmemiş olan nişanlıya, evlenme öncesinde veya evlenme sırasında, kendi soyadını, aile soyadının önüne veya arkasına eklemeyi talep hakkı da verilmiştir.

Nişanlılar böyle bir seçim yapmazlarsa, erkek nişanlının soyadı ailenin ortak soyadı olur. Görüldüğü üzere Avusturya hukukunda, Alman ve İsviçre hukuklarından farklı olarak nişanlıların herhangi bir girişimde bulunmamaları halinde, eşler kocanın soyadını alacaktır¹²³. Fakat bu kesin bir durum değildir. Zira anılan hükmün üçüncü fıkrasına göre, seçim yapılmadığı için erkek nişanlının soyadı aile soyadı olarak kullanılacaksa, kadın nişanlı, evlenme öncesinde veya en geç evlenme sırasında bildirimde bulunarak, kendi soyadını devam ettirebilir¹²⁴. Bu ihtimalde ise, eşlerin farklı soyadları bulunacaktır. Fakat bu durumda nişanlılara, 139. mad-

117 HAHN (BeckOK BGB) § 1355, no. 7; v. SACHSEN GESSAPHE (Münchener Kommentar zum BGB 5. Aufl.), § 1355, no. 13.

118 HAHN (BeckOK BGB) § 1355, no. 4 ve no. 5; v. SACHSEN GESSAPHE (Münchener Kommentar zum BGB 5. Aufl.), § 1355, no. 19.

119 Ayrıntılı bilgi için bkz. WEINREICH (PWW BGB Komm.), § 1355, no. 1 vd; HAHN (BeckOK BGB) § 1355, no. 10 vd; v. SACHSEN GESSAPHE (Münchener Kommentar zum BGB 5. Aufl.), § 1355, no. 25 vd.

120 HAHN (BeckOK BGB) § 1355, no. 14.

121 Avusturya hukukunda soyadı meselesi, 01.05.1995 tarihinde yürürlüğe giren İsim Değişikliği Kanunuyla mevcut halini almıştır. Bkz. BECK (Kommentar zum Ehe- und Partnerschaftsrecht), § 93, no. 1.

122 KOCH (Kurzkomm. zum ABGB), §93, no. 1; BECK (Kommentar zum Ehe- und Partnerschaftsrecht), § 93, no. 8.

123 Bildirimde bulunulmaması halinde erkeğin soyadının seçilmiş sayılmasının eşitlik ilkesine aykırı olduğu görüşünde: KOCH (Kurzkomm. zum ABGB), §93, no. 1; BECK (Kommentar zum Ehe- und Partnerschaftsrecht), § 93, no. 1.

124 BECK (Kommentar zum Ehe- und Partnerschaftsrecht), § 93, no. 7.

denin ikinci fıkrası gereğince, çocuklar için ortak soyadı seçme görevi yüklenmiştir. Aksi halde çocuklar, babanın soyadını alır¹²⁵.

Avusturya hukukunda, eşlerin aile soyadıyla ilgili olarak yapacakları bütün tercihlerin, en geç evlenme gerçekleşene kadar yapılmış olması gerekir¹²⁶.

E. Evlatlık ilişkisinin kaldırılmasıyla

Ergin olmayan kişinin evlat edinilmesi halinde kanun gereği veya ergin kişinin evlat edinilmesi halinde evlatlığın talebi üzerine değişmiş bulunan evlatlığın soyadı, evlatlık ilişkisinin kaldırılması üzerine değişir ve evlatlık eski soyadına döner¹²⁷.

Bu sonucun kabulü, evlatlığın yaşından ve medeni durumundan bağımsızdır.

F. Soybağının, çocuğun doğumundan sonra reddedilmesiyle

Soybağının, çocuğun doğumundan önce reddedilmesi halinde çocuk, doğumla annesinin soyadını alır. Fakat soybağının reddi, çocuğun doğumundan sonra gerçekleşirse, çocuğun doğumla kazandığı baba soyadı değişir ve çocuk annesinin soyadını alır¹²⁸. Çocuk ergin olsa bile bu sonuç gerçekleşir.

Yukarıda belirtildiği üzere¹²⁹, İsviçre hukukunda ileri sürülen hâkim görüşe göre soybağının reddi halinde çocuk, çocuğun doğduğu tarihte annenin soyadı neyse onu alır. Bunun sonucu da, çocuğun soybağını reddeden kocanın soyadını taşımaya devam etmesidir. Ancak Türk hukukunda, 2006/11081 sayılı “Nüfus Hizmetleri Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik”in 104. maddesinde, soybağının reddi halinde çocuğun, annenin mevcut soyadını değil, bekârlık soyadını alacağı açıkça belirtilmiştir.

G. Tanımanın iptaline karar verilmesiyle

Nüfus Hizmetleri Kanunu ve Anayasa Mahkemesinin iptal kararının doğurduğu sonuç gereğince, tanıma üzerine onu tanıyanın soyadını alan çocuk, tanımanın iptaline karar verilmesi halinde, eski soyadına döner¹³⁰.

Bu sonucun kabulünde çocuğun yaşının ve medeni halinin önemi yoktur. Reşit ve hatta evli olsa bile soyadı bu halde değişir¹³¹.

125 BECK (Kommentar zum Ehe- und Partnerschaftsrecht), § 93, no. 2.

126 KOCH (Kurzkomm. zum ABGB), §93, no. 4; BECK (Kommentar zum Ehe- und Partnerschaftsrecht), § 93, no. 9.

127 MÜLLER s. 3; AYDOĞDU s. 807. Karş. MAURER (Münchener Kommentar zum BGB 6. Aufl.), § 1765 no. 5; SEROZAN (Medeni Hukuk), s. 429.

128 HEGNAUER Art. 256, no. 112 ve Art. 270, no. 37; HEGNAUER (Kindesrecht), s. 114, no:16.09; HAEFLINGER s. 235

129 Bkz. yuk.I, B, 1, a, bb.

130 Karş. HEGNAUER Art. 250a, no. 127 vd.; HEGNAUER (Kindesrecht), s. 113, no:16.08.

Ayrıca bkz. 2006/11081 sayılı “Nüfus Hizmetleri Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik” maddede 110 / II, b.

131 HAEFLINGER s. 233. Fakat bu durumun, eski soyadına dönmek için bir haklı sebep oluşturabileceği görüşünde: HAEFLINGER s. 233.

H. Kadın için boşanmayla

1. Türk Hukukunda

Kural: Medeni Kanununun 173. maddesine göre boşanma üzerine kadın, evlilik öncesindeki soyadını alır. Bekârlık soyadı, evlenmeden önce kullanılan soyadı anlamına gelir. Bu nedenle kadın evlenmeden önce, mesela eski evliliğinin ölümle veya boşanmayla sona ermesine rağmen TMK.m.187 gereğince sadece kocasının soyadını veya kocasının soyadının önüne kendi bekârlık soyadını da eklemiş olarak kullanmaya devam ediyor idiyse, işte bu soyadına dönecektir¹³².

Fakat kadın evlenmeden önce dul olduğu için, sadece eski kocasının soyadını veya kocasının soyadının önüne kendi bekârlık soyadını da eklemiş olarak kullanıyor idiyse, bekârlık soyadını taşımasına izin verilmesini hâkimden talep edebilir. Görüşlerini paylaşmadığım bazı yazarlara göre¹³³, kadın eski evliliğinden sonra bekârlık soyadına dönmüş ve yeniden evlenmiş bile olsa, bu ikinci evlilik de boşanmayla sonuçlanınca, kadın ilk evlilikteki soyadının verilmesini isteyebilir.

İstisna: Kadının, evlilik soyadını kullanmakta menfaati varsa ve bunu kullanmaya devam etmesinin kocaya zarar vermeyeceği ispatlanırsa, talebi üzerine mevcut soyadını¹³⁴ kullanmasına mahkemece izin verilebilir¹³⁵. Bu ihtimalde boşanma kararına rağmen kadın, eski kocasının soyadını taşımaya devam edecektir.

Kanaatimce yapılacak olan bir Kanun değişikliğinde, evlenme üzerine soyadı değişmiş olan eşin, mevcut soyadını kullanmaya devam etmesi, sadece onun talebine bağlanmalı, diğer eşin buna bir müdahalesi veya mahkemenin bir haklı sebep araştırmasına girmesi koşulu kaldırılmalıdır¹³⁶.

Bu hükümlerle ilgili olarak iki hususun incelenmesi gerekir.

1. Bu izin boşanma kararıyla birlikte istenmek zorunda mıdır?

Yargıtay'a göre, eski eşin soyadının kullanılmasına izin verilmesine ilişkin dava, evliliğin boşanmayla sona ermesinden doğan bir talep olup, Medeni Kanununun 178. maddesi gereğince, boşanma davasının kesinleşmesinden itibaren en geç bir yıl içinde ileri sürülmesi gerekir¹³⁷. Anayasa Mahkemesinin bir kararında da¹³⁸, aynı sonuca varılmıştır.

Bunun sonucu olarak, bu süre, zamanaşımı süresi olarak algılamakta ve davalı eski kocanın süresi içinde zamanaşımı savunmasında bulunmaması halinde, bu

132 Karş. BÜCHLER (FamKomm), Art. 119, no. 6; HEGNAUER / BREITSCHMID s. 136, no:13.42; DURAL / ÖĞÜZ / GÜMÜŞ s. 134.

133 HEGNAUER / BREITSCHMID s. 136, no:13.42. Aksi kanaatte: HAUSHEER / REUSSER / GEISER Art. 160, no. 43.

134 Mevcut soyadı, sadece kocanın soyadı olabileceği gibi, kadının evlilik öncesindeki soyadını eklediği birleşik soyadı da olabilir. ÖZTAN s. 461.

135 Bunun koşullara hakkında bkz. ÖZTAN s. 460; AKINTÜRK s. 290.

136 Benzer bir görüş için bkz. OKTAY-ÖZDEMİR s. 298.

137 ÖZTAN'a (s. 164) göre, Kanunda bu talep için herhangi bir süre belirtilmediğinden, bu talebin boşanma davası sırasında ileri sürülmesi uygun olur.

138 Anayasa Mahkemesi kararı: 01.03.2012, 2011/51 E, 2012/32 K. (RG. 21.07.2012, S. 28360).

süre geçtikten sonra da talebin ileri sürülebileceğine hükmedilmektedir¹³⁹. Kanaatimce kadının soyadının değiştirilmesi talebi, kamusal bir işlem niteliği taşır. Soyadının değişmezliği ilkesinin, davalının tutumuna bağlanması yerinde değildir. Bu nedenle yapılacak olan kanun değişikliğinde, ya bu talebin bağlı olacağı sürenin hak düşürücü süre olarak düzenlenmesi ya da bu talebin en geç boşanma kararı kesinleşene kadar ileri sürülmesinin kabulü uygun olur.

2. Bu karar verildikten sonra, eski soyadına dönüş mümkün müdür?

Medeni Kanununun 173/III hükmüne göre: “Koca, koşulların değişmesi hâlinde bu izinin kaldırılmasını isteyebilir.” Kanaatimce boşanmış kadının kişilik haklarına aykırı bir nitelik taşıyan bu hükümde, boşanma üzerine kadının evlilik soyadını kullanmaya devam etmesi halinde, koşulların değiştiği gerekçesiyle eski kocanın, eski karısının soyadının değiştirilmesini istemesi söz konusu olmaktadır.

Bu hüküm, aile soyadının, kocanın soyadı olarak kabul edilmesinin bir yansımasıdır. Fakat kocanın soyadı, evlilikten sonra ailenin soyadı haline gelir. Haklı sebepler varsa Kanun, boşanan kadına, mevcut soyadını koruma hakkı verilmiştir. Meseleye boşanmış kadının, eski kocasının soyadını kullanması gözüyle bakmak hatalı olur. Çünkü 173/II hükmünde düzenlenen durum, kadının mevcut soyadını kullanmaya devam etmesidir. Bunun eski kocasını ilgilendiren bir yönü yoktur. Bu nedenle kocaya, eski karısının soyadının değiştirilmesini isteme hakkı veren bu düzenleme, kadının kişilik haklarının ihlaline yol açan haksız bir düzenlemedir.

Ayrıca koşulların değişmesi ne anlama gelir? Hangi koşullar değiştiğinde, eski koca yıllar sonra, eski karısının soyadının kullanılmasına itiraz edecektir?¹⁴⁰ Hükümün temelinde yatan temel bakış açısı, mesela kadının sonradan ahlak kurallarına aykırı bir yaşantı sürmesi halinde, kadının soyadını kullanmasının, eski kocasının kişilik haklarını ihlal edeceği, onu rencide edeceğidir¹⁴¹. Fakat mesela aynı fiiller, kocanın kız kardeşi tarafından gerçekleştirilseydi, kız kardeşin soyadının değiştirilmesi de talep edilebilecek miydi? Elbette ki, hayır. Peki neden o zaman aynı yetki, eski kocaya eski karısının soyadı için verilmiştir?

Kanaatimce bu hüküm, soyadıyla ilgili değişiklikler sırasında Kanundan tamamen çıkarılmalıdır. Mevcut durumda da, kocanın bu yetkisini kullanmasının,

139 Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin, 10.05.2004, 5317/5992 sayılı kararından: “Davacı kocasının soyadının kullanılmasına karar verilmesini istemiştir. Taraflar 31.3.1997’de boşanmış, dava ise 7.11.2003’te açılmıştır. Medeni Kanununun 178. maddesi, evliliğin boşanma sebebiyle sona ermesinden doğan dava hakkının boşanma hükmününün kesinleşmesinin üzerinden bir yıl geçmesi ile zamanaşımına uğrayacağını hükme bağlamıştır. Zamanaşımını definin davaya cevap süresi içerisinde ileri sürülmesi halinde incelenmesi imkân dâhilindedir. (HUMK.m.189,195) Davalı cevap dilekçesinde zamanaşımı def’i ni ileri sürmemiştir. Gerçekleşen bu durum karşısında işin esasının incelenmesi gerekirken hak düşürücü süre olarak algılanıp, yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır.”

140 Mesela boşanmış ve evlilik soyadını sürdüren bir kadının, yeniden evlenmesi ve mevcut soyadını, yeni evlilik soyadının önüne eklemesi halinde, bunun bir haklı sebep olup olmayacağı doktrinde tartışılmaktadır. Bkz. ÖZTAN s. 161; ABİK s. 92.

141 Karş. ÖZTAN s. 460.

kadının kişilik haklarına aykırı olduğu gerçeği karşısında, aşırı derecede sınırlı hallerde uygulanması önerilebilir¹⁴².

Meselenin diğer yönü de, boşanmadan sonra mevcut soyadını kullanmaya devam eden kadının, sonradan bekârlık soyadına dönmeyi talep edip edemeyeceğidir. Kanaatimce kadına, evlilik soyadını devam ettirme hakkı verildikten sonra bekârlık soyadına dönüş, ancak kadının haklı sebeplerle (TMK.m.27) mahkeme kararıyla mümkün olabilir. Bu da, kadının kişilik hakkının bir parçası olan soyadının değiştirilmesine ilişkin normal bir dava olacaktır. Bu nedenle bu davanın aile mahkemesinde değil, asliye hukuk mahkemesinde incelenmesi gerekir¹⁴³.

Fakat uygulamada, 173/III gereğince, kadının eski soyadına geçişinin, ancak kocasının izniyle mümkün olabileceği algısının oluştuğu anlaşılmaktadır. Mesela bir davada yerel mahkeme, bu nedenle anılan hükmün Anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle Anayasa Mahkemesine başvurmuştur. Anayasa Mahkemesi 01 Mart 2012 tarihli kararında¹⁴⁴ şu sonuca ulaşmıştır:

“İtiraz konusu kuralla ilgili aykırılık savında, boşanan kadına soyadı kullanımına dair verilen iznin kaldırılması sadece kocanın talep edebileceği belirtilmişse de anılan düzenlemenin amacının boşanan kadının dava hakkını engellemek değil koşulların değişmesi halinde bu durumdan doğrudan etkilenecek olan kocaya imkân tanınması için öngörülmüş olduğu açıktır. Ayrıca soyadının vazgeçilemez, devredilemez, kişiye sıkı surette bağlı bir kişilik hakkı oluşu, anılan fıkrada kadınların dava açmalarını engelleyici bir kısıtlama bulunmaması ve bu davayı da sadece kocanın açabileceğine dair emredici bir hüküm bulunmaması karşısında kocasının soyadını kullanmaya izin alan kadının, koşulların değişmesi, menfaatinin kalmaması veya haklı nedenlerin varlığı halinde verilen bu iznin kaldırılmasını Türk Medenî Kanunu’nun 173. maddesi uyarınca isteyebileceği de ortadadır. Nitekim Yargıtay içtihatlarında da boşanan kadının, soyadı kullanımına dair verilen iznin kaldırılmasını isteyebileceği belirtilmiştir. Dolayısıyla boşanan kadının, “boşandığı kocasının soyadını taşımaya izin” kararının kaldırılmasını isteyebilecek olması dikkate alındığında itiraz konusu kuralın Anayasadaki eşitlik ilkesine ve hak arama hürriyetine aykırı bir yönünün bulunmadığı açıktır.”¹⁴⁵

142 Karş. ÖZTAN s. 161.

143 Yargıtay 2. Hukuk Dairesi’nin 05.10.2009, E. 2008/11096, K. 2009/16625 sayılı kararının muhalefet serhinden: “Boşanma halinde kadının, evlenmeden önceki soyadını yeniden alması, koşulların gerçekleşmesi halinde, kadının istemi üzerine hâkimin, boşanmadan sonra kocanın soyadını taşımaya izin vermesi, koşulların değişmesi halinde de, kocanın bu iznin kaldırılmasını istemesi, TMK’nun 173. maddesinde düzenlenmiş bulunan, aile mahkemesinin görevi içindeki hususlardandır. Kadının, kocasının soyadını taşımaya izin istemi, evlilik birliği sırasındaki edinimlerinden kaynaklandığından bu madde içersinde yer almıştır. Oysa, boşanmadan sonraki istekler, evlilik birliği ile bir ilişkisi kalmadığından, kadının kişisel yaşamını ilgilendirmektedir. Yasa koyucu da bu durumu değerlendirerek, koşulların değişmesi halinde, kocanın, izni kaldırabileceğini hüküm altına almış, kadına bu madde uyarınca bu konuda bir dava hakkı tanımamıştır. Ancak kadının genel hükümler uyarınca, bu soyadını kullanmasında yarar kalmadığını belirterek, nüfus kaydındaki soyadının düzeltilmesi yolunda, genel mahkemelerde dava açmasında bir engel bulunmaktadır. Gerçekleşen bu durum karşısında, davaya bakmak asliye hukuk mahkemesinin görevi içerisinde bulunduğundan, görevsizlik kararı verilmesi gerekirken...”

Yargıtay 18. Hukuk Dairesinin 03.11.2008 tarih ve 10519/11485 sayılı kararında, kadının açtığı eski soyadına dönme davasının asliye hukuk mahkemesinde görüleceği örtülü olarak kabul edilmiştir.

144 2011/51 E, 2012/32 K. (RG. 21.07.2012, S. 28360).

145 Boşanmış kadının evlilik soyadını kullanmaya izin aldıktan sonra eski soyadına geçişinin, sadece

2. İsviçre, Alman ve Avusturya Hukuklarında

31.12.2012 tarihine kadar yürürlükte kalacak olan İsviçre Medeni Kanununun 119. maddesinde, boşanmanın, eşlerin soyadları üzerinde hiçbir etki yapmayacağı düzenlenmiştir (İMK.m.119/I). Buna göre, evlenmeyle soyadı değişen eş (kadın veya koca), bu soyadını boşanmadan sonra da korur. Fakat evlenmeyle soyadı değişen eşe, boşanma kararının kesinleşmesinden itibaren bir yıl içinde, nüfus memurluğuna yapacağı başvuruyla, bekârlık soyadını veya evlenmeden önceki soyadı kullanmak istediğini bildirme yetkisi verilmiştir¹⁴⁶.

Fakat İsviçre Medeni Kanunun soyadına ilişkin olarak, 30.09.2011 tarihinde gerçekleştirilip, 01.01.2013 tarihinde yürürlüğe girecek yeni 119. madde hükmünde bu esaslar kısmen değiştirilmiştir. Buna göre boşanma üzerine, evlenmeyle soyadı değişen eşin bu soyadını boşanmadan sonra da koruyacağı esası aynen korunmakla birlikte, bu eşin nüfus memurluğuna yapacağı başvuru için geçerli olan 1 yıllık süre kaldırılmıştır¹⁴⁷. Böylece boşanmadan sonra, her zaman nüfus memurluğuna başvuru mümkün olabilecektir. Fakat bu hükümle bir de sınırlama yapılmıştır. Buna göre, boşanmadan sonra, evlenmeden önceki (evlenme sırasındaki) soyadının kullanılmak istenmesi mümkün olmayacak, sadece bekârlık soyadının

kocasının izniyle mümkün olabileceği algısının, bu Anayasa Mahkemesinin kararından sonra da ortadan kalkmadığı şu gazete haberlerinden anlaşılmaktadır:

Milliyet gazetesindeki habere göre: “Eski koca izin vermeden kadının soyadı değişmez! Anayasa Mahkemesi, boşanmasına rağmen, evlenirken aldığı kocasına ait soyadını kullanmaya devam eden kadınların, ilerleyen yıllarda evlilik öncesindeki soyadına dönebilmesini eski kocanın insafına bıraktı. Yüksek Mahkeme, Medeni Kanun’da yer alan ve sadece kocanın soyadı kullanımını sonlandırabileceğini düzenleyen iptali istemini reddetti. Mahkemenin gerekçeli kararında, kadınların da soyadını kullanmaktan vazgeçebileceği düzenlenmezse, boşanırken kocasının soyadını kullanmaya devam etmek isteyen kadınlar, bu kararlarından vazgeçse bile soyadından kurtulamayacak.” Bkz. <http://gundem.milliyet.com.tr/eski-koca-iznin-vermeden-kadının-soyadi-degismez-/gundem/gundemdetay/09.03.2012/1513012/default.htm> (erişim 12.08.2012).

Sabah gazetesindeki habere göre: “Eski eşinin soyadı izne tabi. Boşanmasına rağmen, evlenirken aldığı kocasına ait soyadını kullanmaya devam eden kadınların, ilerleyen yıllarda evlilik öncesindeki soyadına dönebilmesinin eski kocanın iznine bırakan Anayasa Mahkemesi, amacın koşulların değişmesi halinde bu durumdan doğrudan etkilenen olacak kocaya imkân tanımak olduğuna dikkat çekti.” Bkz. <http://www.sabah.com.tr/Gundem/2012/07/21/eski-esinin-soyadi-izne-tabii#> (erişim 12.08.2012).

- 146 HEGNAUER / BREITSCHMID s. 135, no:13.38; HÜRLIMANN-KAUP / SCHMID s. 187; HAUSHEER / REUSSER / GEISER Art. 160, s. 113, no. 39 ve s. 115, no. 44; TUOR / SCHNEIDER / SCHMID / RUMO-JUNGO s. 233, no. 3; BRAEM Art. 160, no. 44; MONTAVON s. 380; THURNHEER no. 62; BÜCHLER (FamKomm), Art. 119, no. 1 ve no. 8; SUTTER-SOMM / KOBEL, s. 111, no. 482; HAUSHEER / GEISER / AEBI-MÜLLER s. 63, no. 07.14; CANTIENI / VETTERLI (KurzKomm ZGB) Art. 119, no:2; HOFER (Einleitungsartikel und Personenrecht), s. 199, no:12.07; STECK (BSK ZGB I), Art. 119, s. 797, no. 1.

İsviçre hukukunda HEGNAUER / BREITSCHMID’e göre (s. 135, no:13.39), Kanunun ifade tarzının sadece boşanmaya ilişkin olmasına rağmen, ölüm halinde de menfaatler dengesinin aynı olması gerekçesiyle, sağ kalan eşe, bekârlık soyadına geçebilme hakkının kıyas yoluyla tanınması uygun olur.

- 147 BREITSCHMID (HandKoom), Art. 119, no. 1; ZEITER (HandKoom), Art. 160, no. 9. Söz konusu değişikliklerin henüz yürürlüğe girmedeği bir tarihte İsviçre Federal Mahkemesi, söz konusu değişiklikleri de esas alarak, bir yıllık süresin geçtiği bir olayda, soyadı değişikliği talebini, bir haklı sebep aramaksızın uygun görmüştür. 12.12.2011 tarihli BGer 5A_695/2012. Karar için bkz. HRUBESCH-MILLAUER / WYSS s. 1020.

kullanılması mümkün olabilecektir¹⁴⁸. Mesela boşanma veya eşinin ölümü nedeniyle sona eren ilk evliliğindeki soyadını taşıyan kadın yeniden evlenir ve bu ikinci evliliği de boşanmayla sona ererse, ZGB 119 gereğince yapacağı başvuru sonucunda, ancak doğum sırasındaki ilk soyadını alabilecektir. Eski evliliğindeki soyadını alması artık mümkün değildir.

Alman hukukundaki düzenleme de buna paraleldir. Alman Medeni Kanununun 1355. maddesinin 5. maddesine göre, boşanma sonucu eşlerin soyadı değişmez¹⁴⁹. Fakat boşanan eş, nüfus memurluğuna yapacağı başvuruyla, doğum soyadını veya aile soyadını tercih ettiği tarihe kadar kullandığı soyadını yeniden alması ya da bunları, aile soyadının önüne veya arkasına ekleme yetkisi verilmiştir. Bu talebin ileri sürülmesi için herhangi bir süre sınırı bulunmamaktadır¹⁵⁰.

Avusturya hukukunda ki düzenleme ise ana hatlarıyla bu yöndedir (ABGB § 93a). Buna göre evlilik iptal edilmişse, eşler boşanmışsa veya evlilik ölümle sona ermişse, eşlerin soyadlarında herhangi bir değişiklik olmaz. Fakat evlilik nedeniyle soyadında değişiklik olan eş, evliliğin sona ermesinden sonra herhangi bir süreye bağlı olmaksızın¹⁵¹, nüfus memurluğuna başvurarak, evlenmeden önceki soyadını tercih edebilir. Fakat bu talepte bulunan eş, evlenmeden önce, eski evliliğinden aldığı soyadını kullanmakta idiyse, ilk evliliğin ölümle sona ermesi durumu hariç¹⁵², bu soyadını ancak ilk evliliğinden altsoylarının bulunması halinde tercih edebilir¹⁵³.

I. Kadın için evliliğin iptaline karar verilmesiyle

Evliliğin iptaline karar verilmesi halinde eşlerin soyadı hakkında Medeni Kanununun 158 / II hükmüne göre boşanmaya ilişkin hükümler uygulanacağından¹⁵⁴ kadın, evlenmeye aldığı soyadını kendiliğinden kaybeder.

J. Soyadları belli bir kişiye bağlı olarak belirlenmiş olan kişilerin soyadlarının, soyadlarının alındığı kişinin soyadının soybağına ilişkin sebeplerle değişmesiyle

Soyadının soybağına ilişkin sebeplerle değişmesi halinde; soyadı, soyadı değişen kişiye bağlı olarak belirlenen bütün herkesin soyadının da kendiliğinden değişmesini sağlar¹⁵⁵. Bu durumun ortaya çıkmasında, ilgili kişilerin yaşının, medeni durumunun bir önemi yoktur. Mesela aşağıdaki bir durumda soyadı değişen kişi evli ve çocuk sahibi bir erkekse, onun soyadının değişmesi, eşinin ve çocuklarının

148 BREITSCHMID (HandKoom), Art. 119, no. 5.

149 WEINREICH (PWW BGB Komm.), § 1355, no. 6; HAHN (BeckOK BGB) § 1355, no. 17; v. SACHSEN GESSAPHE (Münchener Kommentar zum BGB 5. Aufl.), § 1355, no. 33.

150 HAHN (BeckOK BGB) § 1355, no. 19; v. SACHSEN GESSAPHE (Münchener Kommentar zum BGB 5. Aufl.), § 1355, no. 38.

151 BECK (Kommentar zum Ehe- und Partnerschaftsrecht), § 93a, no. 3.

152 BECK (Kommentar zum Ehe- und Partnerschaftsrecht), § 93a, no. 3.

153 KOCH (Kurzkomm. zum ABGB), § 93a, no. 1; BECK (Kommentar zum Ehe- und Partnerschaftsrecht), § 93a, no. 1 ve no. 3; HÖLLWERTH (Kommentar zum Ehegesetz), § 62, no. 1 vd.

154 HAUSHEER / REUSSER / GEISER Art. 160, s. 118, no. 50.

155 HEGNAUER (Kindesrecht), s. 114, no:16.11; MICHEL (Kurzkomm ZGB) Art. 270, no. 6; BÜHLER (BSK ZGB I), Art. 270, s. 1450, no. 14; DURAL / ÖĞÜZ / GÜMÜŞ s. 316, dn.2; SEROZAN (Medeni Hukuk), s. 430.

da soyadının kendiliğinden değişmesini sağlar¹⁵⁶. Çocukların reşit ve hatta evli olması bile sonucu değiştirmez. İsviçre hukukunda, bu sonucun kişilik haklarına uygun olmadığı ve kanuna eklenecek bir hükümlerle, soyadı değişikliğinden etkilenecek olan diğer kişilere, bu sonucun etkili olabilmesi için bunu kabul etmeleri veya bu etkiye maruz kalmamak için buna itiraz edebilme yetkisinin verilmesi gerektiği ileri sürülmüştür¹⁵⁷.

Bu haller şunlardır:

- Evlilik içinde doğduğu için kocanın soyadını taşıyan çocuğun soybağının reddi üzerine, çocuğun annesinin bekârlık soyadını alması halinde;
- Ölüm tehlikesi veya son haber tarihinden işlemeye başlayan 300 günlük süreden sonra doğan ve kanun gereğince o tarihe kadar babası sayılan kişi hakkında gaiplik kararı verilen çocuğun soyadının, gaiplik kararı üzerine kendiliğinden annesinin bekârlık soyadıyla değişmesi halinde;
- Ana babası belli olmadığı için resmi makamlarca soyadı verilen çocuğun anasının belirlenmesi üzerine, çocuğa resmi makamlarca verilen soyadının değişmesi halinde;
- Evlilik dışında doğmuş olan çocuğun, babasıyla soybağı henüz kurulmamışken kazandığı anne soyadının, çocuk ile babası arasında tanıma, babalık hükmü veya anneye evlenme nedeniyle soybağının kurulması üzerine çocuğun soyadının değişmesi halinde¹⁵⁸;
- Tanınmanın iptali üzerine, tanınmış olan çocuğun soyadının değişmesi halinde¹⁵⁹;
- Evli ve çocuklu bir erkeğin evlat edinilmesi ve onun da evlat edinilenin soyadını tercih etmesi üzerine soyadının değişmesi halinde¹⁶⁰;
- Babasıyla soybağı ilişkisi kurulmadığı için annesinin soyadını taşıyan çocu-

156 HEGNAUER Art. 270, s. 14, no. 41.

157 HEGNAUER Art. 270, s. 15, no. 45; HEGNAUER (Kindesrecht), s. 114, no:16.12. Karş. BRAEM Art. 160, no. 53; HAEFLINGER s. 234.

İsviçre Medeni Kanununa eklenen ve 1 Ocak 2013 tarihinde yürürlüğe girecek olan 270 b maddesinde, çocuk onikinci yaşını doldurmuşsa, onun soyadı, ancak buna rıza vermesiyle değişeceği düzenlenmiştir.

Alman hukukunda, bu tip hallerde, soyadı değişikliğinden etkilenecek olan kişilerin rızası aranmaktadır. Bkz. BGB § 1617b, § 1617c, § 1757/III. Benzer hükümler Avusturya hukukunda da kabul edilmiştir. Bkz. ABGB § 162a.

158 Bu durumda ergin çocukların soyadının değişmesinin, buna rıza göstermelerine bağlı olduğu görüşünde: HEGNAUER Art. 259, s. 238, no. 46. Aksi görüşte: BRAEM Art. 160, no. 53. Buna göre ergin çocuğun bu halde yapabileceği tek şey, yeni soyadının haklı sebeplerle değiştirilmesini talep etmektir. Hatta aynı sonucun, henüz ergin olmamakla birlikte, yakın bir zamanda erginliğini kazanacak ayırt etme gücüne sahip çocuk için de geçerli olduğu ileri sürülmüştür. BRAEM Art. 160, no. 53.

159 2006/11081 sayılı “Nüfus Hizmetleri Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik” in (RG. 23.11.2006, S. 26355) madde 110 / II, ç.

160 HEGNAUER Art. 267, s. 548, no. 40.

2006/11081 sayılı “Nüfus Hizmetleri Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik” in 105. maddesinin 6. fıkrasında, evli bir erkeğin evlat edinilmesi halinde, sadece onun rızasının hem kendisinin, hem eşinin, hem de ergin olmayan çocuklarının soyadının değişmesini sağlayacağı belirtilmiştir. Ergin çocukların soyadı ise değişmemektedir.

ğün annesinin evlat edinilmesi ve onun da evlat edinenin soyadını tercih etmesi üzerine soyadının değişmesi halinde¹⁶¹.

K. Soyadları belli bir kişiye bağlı olarak belirlenmiş olan kişilerin soyadlarının, soyadlarının alındığı kişinin soyadının MK.m.27 gereğince mahkemece değiştirilmesiyle

Soyadının Mahkeme kararıyla değiştirilmesi halinde, kişi evli bir erkekse, karısının¹⁶² 163 ve ergin olmayan çocuklarının / ergin olmayan evlatlığının soyadı da kendiliğinden değişir¹⁶⁴. Aynı şekilde soyadı mahkeme kararıyla değişen kadın, kendi soyadını taşıyan altsoylara sahipse, kadının soyadının mahkeme kararıyla değişmesi üzerine, ergin olmayan altsoyların / ergin olmayan evlatlığın da soyadı kendiliğinden değişir.

Fakat her iki halde de ergin olan altsoyların bu karadan etkilenmeyeceği, onların soyadlarının aynı kalacağı kabul edilmektedir¹⁶⁵. Ancak bu durumda, ergin altsoyların, Medeni Kanununun 27. maddesi gereğince haklı sebeplerle soyadının değiştirilmesini isteme imkânları bulunmaktadır.

III. Türk Hukukunda Soyadının Değişmediği Haller

A. Boşanma sonrası kocanın soyadı değişmez

Boşanmadan sonra kocanın soyadı, aynen kalmaya devam eder.

B. Boşanma / evliliğin iptali sonrası çocukların ve evlatlıkların soyadı değişmez

Çocuğun anne babasının boşanması, annesinin bekârlık soyadına geçmesi halinde bile çocukların soyadını değiştirmez¹⁶⁶.

Boşanma sonrasında çocukların velayetinin kime verildiğinin bunda hiçbir önemi yoktur. Velayet anneye verilmiş olsa bile, çocuklar aynı soyadını kullanmaya devam ederler.

161 HEGNAUER Art. 267, s. 548, no. 40.

162 Aşağıda görüleceği üzere, Türk hukukunda, İsviçre hukukunda oybirliğiyle kabul edilen görüşün aksine, evli erkeğin, karısının katılımı olmaksızın tek başına kendi soyadını değiştirebileceği kabul edilmektedir. Bunun doğal sonucu olarak da, evli erkeğin soyadının değişmesi, doğrudan karısının soyadının değişmesini de sağlayacaktır.

163 Medeni Kanununun 173/II hükmü gereğince boşanan kadın, mahkeme kararıyla eski kocasının soyadını taşımaya devam ediyorsa ve boşanmadan sonra eski eş Mahkeme kararıyla soyadını değiştirirse, bu karar kadının kullanmaya devam ettiği soyadına hiçbir etki yapmaz. Bkz. HAUSHEER / REUSSER / GEISER Art. 160, s. 119, no. 52.

164 HEGNAUER Art. 267, no. 40 ve Art. 270, no. 46; BRAEM Art. 160, no. 20 ve no. 56; THURNHEER no. 72; MÜLLER s. 29; DURAL / ÖĞÜZ / GÜMÜŞ s. 316, dn.2.

Ayırt etme gücü bulunan çocuğun rızasının alınması gerektiği görüşünde: HEGNAUER Art. 270, no. 53; HAEFLINGER s. 68. BGE 99 Ia 556 (E.3c).

165 BRAEM Art. 160, no. 59; HEGNAUER Art. 270, s. 17, no. 56; HAEFLINGER s. 68, s. 91. Bu yönde: BGE 97 I 623.

166 HEGNAUER Art. 270, s. 13, no. 36; HEGNAUER (Kindesrecht), s. 113, no:16.05; MON- TAVON s. 380; RÜFENACHT s. 62; HOFER (Einleitungsartikel und Personenrecht), s. 199, no:12.08.

Evli kadının istisnai olarak tek başına evlat edinmesi halinde evli kadın boşanır ve eski (bekârlık) soyadına dönerse, altsoylar gibi evlatlığın soyadı da değişmez¹⁶⁷.

C. Ayrılık kararı üzerine eşlerin soyadı değişmez

Ayrılık kararı evliliği sona erdirmedeğinden, ayrılık durumunda eşlerin soyadı değişmez¹⁶⁸.

D. Eşlerden birinin ölmesi üzerine, sağ kalan eşin ve çocukların soyadı değişmez

Türk Medeni Kanununa ve İsviçre Medeni Kanununun 01.01.2013 tarihine kadar yürürlükte kalacak şekline göre, evlenmeyle soyadı değişen eş, evliliğin, diğer eşin ölümü nedeniyle sona ermesi halinde, bu soyadını muhafaza eder¹⁶⁹. Bu eşin eski soyadına dönmesi, ancak haklı sebepler varsa, Mahkemeden alınacak soyadı değişikliği kararıyla mümkün olabilir¹⁷⁰.

Aynı sonuç, ölüm karinesinin işlediği hallerde ve eşlerden biri hakkında gaiplik kararı verilmesinin ve bunun yanında evliliğin feshine karar verilmesi hallerinde de geçerlidir¹⁷¹.

Fakat İsviçre Medeni Kanununun eşlerin soyadına ilişkin hükümlerinde 30.09.2011 tarihinde gerçekleştirilip, 01.01.2013 tarihinde yürürlüğe girecek olan değişikliklerden, Medeni Kanununun 30. maddesinden sonra gelmek üzere eklenen 30a maddesine göre; evliliğin ölümle sona ermesi halinde, evlilik nedeniyle soyadı değişen eş¹⁷², nüfus memurluğuna her zaman başvurarak, bekârlık soyadını taşımak istediğini bildirebilir¹⁷³. Böylece bu değişikliklerle, evlenmeyle soyadı değişen eşe, evliliğin eşinin ölümü nedeniyle sona ermesi halinde mevcut soyadını devam ettirme ile bekârlık soyadına serbestçe dönme arasında bir seçim hakkı tanınmış olmaktadır. Bu seçim hakkı kullanılmadığı sürece, evlenmeyle soyadı değişen eş, eşinin ölümü üzerine bu soyadını kullanmaya devam edecektir.

167 Karş. AYDOĞDU s. 633, 634.

168 ÖZDAMAR s. 263.

169 HAUSHEER / REUSSER / GEISER Art. 160, s. 112, no. 37; HAUSHEER / GEISER / AEBI-MÜLLER s. 63, no. 07.13; BRAEM Art. 160, no. 43; ÖZTAN s. 163; ABİK s. 207. Fakat Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 12.02.2007 tarih ve E. 2006/11282, K. 2007/1666 sayılı kararında, kocasının ölümünden sonra kadının açtığı ve ölmüş eşinin soyadını kullanmaya izin verilmesine ilişkin davayı, sanki ölüm üzerine kadın bekârlık soyadına dönüyormuş gibi düşünülerek değerlendirmiştir. Kararın muhalefet şerhinde durum doğru bir biçimde açıklanmıştır.

170 HAUSHEER / REUSSER / GEISER Art. 160, no. 37; HAUSHEER / GEISER / AEBI-MÜLLER s. 63, no. 07.13; BÜCHLER (FamKomm), Art. 119, no. 1.

Fakat 2006/11081 sayılı “Nüfus Hizmetleri Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik”in 67. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde, evliliği, eşinin ölümüyle sona ermiş kadının yazılı talebi üzerine bekârlık soyadını alabileceği belirtilmiştir. Bu hüküm Medeni Kanuna ve Nüfus Hizmetleri Kanununa aykırıdır. Zira mevcut yasal düzenlemeye göre bu halde kadının bekârlık soyadına dönmesi, ancak Medeni Kanunun 27. maddesi gereğince mahkemeden alınacak kararlarla mümkün olabilir. Fakat olması gereken hukuk açısından, söz konusu düzenleme yerinde görülebilir.

171 ÖZDAMAR s. 264, s. 266.

172 Hemen ekleyelim ki, söz konusu değişikliklerin en önemli hükmü olan yeni 160 / I hükmüne göre, evlilik üzerine eşlerin ortak bir soyadı seçmesi ve taşınması artık zorunlu olmayacaktır.

173 THURNHEER no. 65; AEBI-MÜLLER (HandKomm), Art. 30-30a, no. 7a.

Türk hukuku açısından da, sağ kalan eşe benzer bir tercih hakkının verilmesi uygun olacaktır.

E. Boşanmış veya kocası ölmüş kadının evlenmesi üzerine, (yeni) kocasından olmayan çocukların soyadı değişmez.

Kadının ikinci kez evlenmesi üzerine soyadı değişse bile, yeni eşiyile ortak olmayan çocukların soyadı değişmez¹⁷⁴.

F. Evlatlık ilişkisinin kurulması sırasında evlatlığın soyadı değişmişse, evlatlığın soyadı, gerçek ana - babasına bağlı olarak değişmez

Mesela bulunmuş bir çocuk olduğu için nüfus idaresince soyadı verilen ve daha sonra evlatlık ilişkisinin kurulması üzerine onu evlat edinenlerin soyadını alan çocuğun soyadı, daha sonra evlatlığın gerçek ana babasının tespit edilmesiyle değişmez. Aynı şekilde babasıyla arasında soybağı ilişkisi bulunmadığı için annesinin soyadını taşıırken evlat edinilen çocuğun, daha sonra babasıyla arasında hukuki anlamda soybağı ilişkisinin kurulmasıyla veya babasının soyadının herhangi bir sebeple değişmesiyle evlatlığın soyadı değişmez¹⁷⁵. Zira evlatlık, evlat edinmeden sonra, soyadı açısından ana - babasına tabi olmaktan çıkıp, evlat edinene tabi olur.

IV. SOYADININ TALEP ÜZERİNE DEĞİŞTİRİLMESİ

A. Haklı sebeplere dayanarak hâkim kararıyla

Soyadının talep üzerine değiştirilmesi, ancak Medeni Kanununun 27. maddesi gereğince haklı sebeplerin varlığı halinde mümkün olabilir¹⁷⁶. Buna göre, mevcut soyadının kullanılmaya devam etmesinin, kişilik haklarına önemli derecede olumsuz etkilediği hallerde, haklı sebeplerin varlığı kabul edilmektedir. Zira haklı sebeplerle adın değiştirilmesine izin verilmesinin amacı, mevcut adın kullanımından kaynaklanan ciddi olumsuzlukların giderilmesinin sağlanmasıdır¹⁷⁷.

İsviçre hukukunda, Federal Mahkemenin evlilik dışı çocuklar ile boşanma sonrasındaki çocukların soyadı değişiklik taleplerini, aşırı derecede sıkı koşullara bağlaması nedeniyle¹⁷⁸, İsviçre Medeni Kanununda yapılan ve 01 Ocak 2013 tarihin-

174 HEGNAUER Art. 270, s. 13, no. 36. Karş. HAUSHEER / REUSSER / GEISER Art. 160, s. 112, no. 36.

175 MÜLLER s. 3.

176 Bu konuda bkz. MÜLLER s. 21 vd; HAEFLINGER s. 41 vd; BÜHLER (BSK ZGB I), Art. 30, s. 344, no. 2 vd.

Ad veya soyadın değiştirilmesi konusunda en ayrıntılı düzenleme Avusturya hukukundadır. 1988 tarihli İsim Değiştirme Kanununda, özellikle 2. ve 3. maddelerde, çok detaylı biçimde hangi hallerde adın veya soyadının değiştirilmesine izin verilebileceği belirtilmiştir. (Namen- saenderungs-gesetz BGBl 1988/195). Bkz. BECK (Kommentar zum Ehegesetz), § 93, no. 12. Benzeri bir kanun Alman hukukunda da bulunmakla birlikte, bu Kanunda hangi hallerde soyadının değiştirilebileceği tek tek sayılmamış, 3. maddenin birinci paragrafından, genel bir ifadeyle, soyadının ancak haklı sebeple değiştirilebileceği belirtilmiştir.

Aynı şekilde İsviçre hukukunda, 1974 yılında haklı sebepleri liste halinde örnekleme biçiminde belirleyen bir değişiklik tasarısı hazırlandığı ve burada belirtilen haklı sebep çeşitleri hakkında bkz. HAEFLINGER s. 41 vd. Bu tasarı yasalaşma şansı bulamamıştır.

177 BÜHLER (BSK ZGB I), Art. 30, s. 345, no. 5.

178 Federal Mahkeme soyadı değişiklik talebinin, duygusal ve manevi sebeplere dayandırılmasının haklı sebep olmaya yetmeyeceğini, mevcut soyadının kullanılmasının neden ve nasıl bir olumsuz

de yürürlüğe girecek olan değişikliklerde, ZGB 30/I hükmü değiştirilmiş ve isim değişikliği için “*haklı sebep*” aranması yerine, “*dikkate değer sebep*” (achtenswerte Gründe) kavramına yer verilmiştir¹⁷⁹. Böylece, isim değişikliklerinin, eskisine oranla daha kolay gerçekleşeceği, Federal Mahkemenin aşırı katı tutumuna ilişkin kararlarının uygulanabilirliğinin kalmayacağı ileri sürülebilir¹⁸⁰.

Türk hukuku açısından nelerin haklı sebep olacağı ve bu talebin özellikleri inceleme konumuzun dışındadır¹⁸¹. Fakat konuyla ilgili üç sorunun özel olarak incelenmesi gerekir:

1. Eşler mahkemeye birlikte başvurarak, haklı sebeple erkeğin ve kadının mevcut soyadlarının, kadının soyadıyla değiştirilmesini talep edebilirler mi?

İsviçre hukukunda¹⁸² Federal Mahkeme, İsviçre Medeni Kanununun 30/II hükmündeki değişiklikten önceki kararlarında, bu yöndeki bir talebin, ailenin kocanın soyadını taşımasına ilişkin hükmün dolanılması anlamına geleceğinden, bu talepleri reddetmekteydi¹⁸³. Buna göre, ZGB 30/II hükmündeki değişiklikten önce, kadının kocasının soyadını taşıması zorunlu olduğundan, eşler birlikte başvurursa bile, eşlerin soyadının, kadınıkiyle değiştirilmesi yerinde görülmemiştir.

Fakat anılan yasal değişiklikten sonraki kararlarında ise, mevcut evliliklerde de haklı sebeplere dayanılarak, kadının soyadının aile soyadı olarak kullanılması için dava açılabileceğini kabul etmiştir¹⁸⁴. Fakat Mahkeme, bu taleplerin Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren 1 yıl içinde gerçekleştirilebileceğini, bu tarihten sonra böyle bir talebin ileri sürülmesinin mümkün olmadığını belirtmiştir. Federal Mahkemenin bu sınırlayıcı tutumu, doktrinde eleştirilmiştir¹⁸⁵. Buna göre, haklı sebeplerle her zaman kadının soyadının, aile soyadı olarak kullanılması talep edilebilir.

Türk hukukundaki yasal düzenleme, İsviçre Medeni Kanununun 30/II maddesi hükmündeki değişiklik öncesi duruma uygundur. Bu nedenle, anılan kararlarda belirtildiği gibi, yasa değişikliği yapılmadan, eşlerin birlikte talebi olsa bile, kadının soyadının, ailenin ortak soyadı olarak kabulü mümkün görünmemektedir¹⁸⁶.

etki doğurduğunun iddia ve ispat edilmesi gerektiğini ileri sürmektedir. AEBI- MÜLLER (Hand-Koom), Art. 30-30a, no. 3.

179 THURNHEER no. 6; AEBI-MÜLLER (Jusletter 13. August 2012), no138.

180 AEBI-MÜLLER (HandKoom), Art. 30-30a, no. 2 ve no. 4; THURNHEER no. 89; AEBI-MÜLLER (Jusletter 13. August 2012), no. 138. Karş. HAEFLINGER s. 30.

181 Bu konuda bkz. MÜLLER s. 21 vd.

Yargıtay 3. Hukuk Dairesi'nin 02.03.1989, 1012 / 2375 sayılı kararından: “*Hangi hallerin haklı sebep teşkil ettiği konusunda bir yasal düzenleme bulunmadığından ve esasen bu konuda bir kıstas belirlenmesi de söz konusu olmadığından, haklı sebebin var olup olmadığı, her bir davadaki özel koşullara göre mahkemece belirlenecektir. Bu belirleme yapılırken objektif koşullardan çok, değiştirme isteminde bulunanın mahkemeye sunacağı özel nedenlerin dikkate alınması gerekir. Bu özel, kişiye özgü nedenler; istemde bulunanın kişiliği, sosyal statüsü, aile ilişkileri ve mahkemeye yansıyan ruhsal durumu dikkate alınarak hakim tarafından değerlendirilmelidir.*” (Kazancı İçtihat Bankası).

182 Bu konuda bkz. BRAEM Art. 160, no. 22.

183 BGE 108 II 161 (E.3.a). Bkz. HAEFLINGER s. 198 ve s. 213.

184 BGE 115 II 197 (E.3.b). BRAEM Art. 160, no. 22; HAEFLINGER s. 198.

185 BRAEM Art. 160, no. 22.

186 AKINTÜRK s. 117; ZEVKLİLER / ACABEY / GÖKYAYLA s. 751; EKŞİ s. 311. ÖZTAN ise (s. 162),

Fakat İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin 2004 tarihli kararından sonra, eşlere ortak soyadını belirleme yetkisinin verilmemiş olmasının eşitlik ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle, eşlerin ortak talebi üzerine, Medeni Kanununun 27. maddesi gereğince kadının soyadının ailenin ortak soyadı olarak kabulüne imkân bulunduğu daha rahat biçimde savunulabilir bir görüş haline gelmiştir.

2. Eşlerden biri tek başına sadece kendi soyadının veya ailenin ortak soyadının değiştirilmesini talep edebilir mi?

Bu başlık altında incelenmesi gereken üç husus bulunmaktadır. Buna göre ilk olarak, eşlerden birinin, sadece kendi soyadının değiştirilmesini isteyip isteyemeyeceğidir. Türk hukukunda geçerli olan ortak soyadı ilkesi gereğince, eşlerden birinin, sadece kendi soyadının değiştirilmesini istemesi mümkün değildir. Kanun eşler arasında aynı soyadının kullanılmasını zorunlu tuttuğundan, bu ilkeyi sarsacak biçimde eşlerin farklı soyadları kullanmalarına izin verilmesi hatalı olur.

İkinci husus ise, ailenin ortak soyadının değiştirilmesinin eşlerin biri tarafından ileri sürülmesinin mümkün olup olmadığıdır.

İsviçre hukukunda, ailenin ortak soyadının haklı sebeple değiştirilmesi talebinin, eşlerce birlikte yapılması gerektiği oybirliğiyle kabul edilmektedir¹⁸⁷. Buna göre, aile soyadında birlik ilkesi gereğince, ne kadının, ne de erkeğin tek başına soyadının değiştirilmesini talep edebileceği kabul edilmektedir. Diğer eşin de buna katılması veya en azından değişiklik talebini onaylaması gerektiği ileri sürülmüştür. Zira evli kadın gibi, evli erkeğin de ortak aile soyadını kullanmakla yükümlüdür. Bu nedenle, evli erkeğin de tek başına ailenin soyadının değiştirilmesini isteyemeyeceği kabul edilmektedir¹⁸⁸.

Fakat evli kadın, Medeni Kanununun 187. maddesi gereğince bekârlık soyadını, aile soyadının önüne eklemişse, sadece bu soyadının değiştirilmesini tek başına talep edebilir¹⁸⁹.

Türk hukuku açısından, mevcut yasal düzenlemeye göre kadın, kocasının soyadını taşımakla yükümlü olduğundan, kadının tek başına sadece kendisinin veya ailenin soyadının değiştirilmesini isteme yetkisinin bulunmadığı kabul edilebilir¹⁹⁰. Kanaatimce aynı sonuç İsviçre hukukunda ileri sürüldüğü gibi, koca için de

evlenme öncesinde erkeğin, soyadını TMK.m.27 gereğince değiştirmesi yoluyla bunun sağlanabileceğini belirtmektedir. Bu görüşte: ABİK s. 92. Fakat kanaatimce bu görüşe karşı, hangi haklı sebebin bu sonucu sağlamaya yeterli olacağı sorulabilir. Yazar s. 164'de ise, evlilik sırasında da bu talebin ileri sürülebileceğini örtülü olarak belirtmiştir.

187 HEGNAUER / BREITSCHMID s. 135, no:13.36; BRAEM Art. 160, no. 20, no. 24; HAUS- HEER / REUSSER / GEISER Art. 160, s. 119, no. 51; TUOR / SCHNEIDER / SCHMID / RUMO-JUNGO s. 122, no. 63; HAEFLINGER s. 67 ve s. 93. Bu yönde: BGE 127 III 193 (E.3.b). Karar için bkz. RIEMER / RIEMER-KAFKA s. 473; ZEITER (HandKoom), Art. 160, no. 8. Bkz. BGE 98 Ia 449; BGE 108 II 161.

Aksi görüşteki MÜLLER'e göre (s. 28) koca, tek başına soyadının değiştirilmesini isteyebilir. Ancak verilecek karar eşini de etkileyeceğinden, kadının da bu davada dinlenmesi gerekir.

188 HAEFLINGER s. 213.

189 BGE 136 III 161 (E.3.1.2). MÜLLER s. 29; HAUSHEER / REUSSER / GEISER Art. 160, no. 51a.

190 Bu yönde: ABİK s. 43; DURAL / ÖCÜZ s. 170.

geçerlidir. Evlilikten sonra, kocanın soyadı, sadece onun soyadı olmaktan çıkmış, ailenin ortak soyadı olmuştur. Bu nedenle kocanın, soyadının değiştirilmesini isteyebilmesi, eşinin de bunu onaylamasına bağlıdır. ÖZDAMAR’ın da haklı olarak belirttiği gibi, diğer eşin bu onayı vermekten haksız olarak kaçınması halinde hâkimin müdahalesi talep edilebilir¹⁹¹.

Fakat Nüfus Hizmetleri Kanununun 36/I, b bendinde, kocanın tek başına bu davayı açabileceği örtülü olarak belirtilmiştir¹⁹².

Üçüncü husus ise, soyadını değiştirmek isteyen kişinin ergin olmayan çocuğunun bulunmasıdır. Ana-babanın soyadının değiştirilmesi, ergin olmayan çocukları da etkiler¹⁹³. Boşanma sonrası çocuğun velayeti babasına verilmişse, baba kendisi ve çocuğun soyadının değiştirilmesini, talep edebilir¹⁹⁴. Çocuktan bağımsız olarak sadece babanın soyadının değiştirilmesi mümkün değildir. Velayet anneye verilmişse ve annenin soyadı, boşanma sonrasında değişmişse, sadece çocuğun veya sadece annenin soyadının değiştirilmesi istenebilir¹⁹⁵. Zira bu halde her ikisinin soyadı farklıdır.

3. Sadece çocuğun soyadının değiştirilmesi mümkün müdür?

Evlilik içinde doğup, ailenin ortak soyadını kullanan çocuğun, evlilik birliği devam ettiği sürece sadece kendi soyadının değiştirilmesini istemesinin mümkün olmadığı ileri sürülmüştür¹⁹⁶. Aynı sonuç, eşlerin sadece çocuğun soyadının değiştirilmesini istemeleri için de geçerlidir.

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, 27.09.2001 tarihli G.M.B. ve K.M. / İsviçre kararında, ailenin ortak bir soyadı bulunmasına rağmen, eşlerin çocuğa diğer eşin aile soyadını verme girişimlerinin reddedilmesinin, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine aykırı olmayacağı belirtilmiştir¹⁹⁷.

Evlilik birliği sona erdikten sonra, mesela boşanma veya ölümden sonra, yeni aile ilişkilerine göre sadece çocuğun soyadının değiştirilmesi teorik olarak mümkündür^{198’ 199}.

191 ÖZDAMAR s. 264.

192 Karş. ABİK s. 43 vd.

193 İsviçre doktrininde, ayırt etme gücüne sahip küçüklerin kişiye sıkı biçimde hakları tek başlarına kullanabileceklerine ilişkin ZGB 19/II (TMK.m.16/I, c.2) dayanılarak, çocuk ayırt etme gücüne sahipse, soyadı değişikliği için çocuğun rızasının alınmasının gerektiği ileri sürülmektedir. Bkz. HEGNAUER Art. 270, no. 53; HAEFLINGER s. 68. BGE 99 Ia 556 (E.3c). 1 Ocak 2013 tarihinde yürürlüğe girecek olan ZGB 270b hükmünde, çocuğun 12 yaşını doldurmuş olması halinde, çocuğun soyadının değişmesinin rızasına bağlı olduğu düzenlenmiştir.

194 HAEFLINGER s. 68.

195 HAEFLINGER s. 69.

196 MÜLLER s. 29; HEGNAUER Art. 270, no. 18, 52; HAEFLINGER s. 68, s. 242; BRAEM Art. 160, no. 60.

197 STURM s. 53.

198 MÜLLER s. 30 ve özellikle s. 67; HAEFLINGER s. 68; BRAEM Art. 160, no. 60; GENÇ- ARIDEMİR (Adal’a Armağan), s. 740 vd.

199 Soyadının değiştirilmesi nispi biçimde kişiye sıkı biçimde bağlı bir hakkın kullanılması niteliğinde olduğu için, ayırt etme gücüne sahip olan kişinin, tam ehliyetli olmasa bile soyadının değiştirilmesini tek başına isteyebileceği kabul edilmektedir. Bu yönde: 17.03.2011 tarihli BGER 5A_624/2010, E.1.2. Bu yönde: HEGNAUER (Kindesrecht), s. 115, no:16.13; MÜLLER s. 29; HAEFLINGER s.

Sadece çocuğun soyadının değiştirilmesi, özellikle çocuk ile ona fiilen bakan kişi arasındaki soyadı farklılığının giderilmesi için talep edilmektedir²⁰⁰.

Bu konuda İsviçre Federal Mahkemesi'nin konuya yaklaşımı kısaca şöyledir:

Federal Mahkeme kararlarına konu olaylarda, çocuğun soyadının değiştirilmesi, boşanma sonrası üç biçimde talep edilebilir. Bunlardan ilkinde, boşanmadan sonra çocuğun velayeti annesine verilmiş olup, annesi, çocuğa kendi soyadının verilmesini istemektedir²⁰¹. Bu durum, Türk hukukunda da sıklıkla karşılaşılabilecek bir durumdur.

Federal Mahkeme, 1995 yılına kadar verdiği kararlarında genellikle, bu durumda çocuğun soyadının, velayetinin bırakıldığı ve birlikte yaşadığı annesinin soyadıyla aynı hale getirilmesi biçimindeki değişiklik taleplerini, çocuğun bunda menfaati olduğu gerekçesiyle kabul etmekteydi²⁰².

Fakat 1995 yılından itibaren verdiği kararlarında, boşanmadan sonra velayeti anneye verilen ve annenin eski soyadını kullandığı hallerde, çocuğun soyadının, annesiyle aynı hale getirilmesi konusundaki değişiklik taleplerini, değişen sosyal yaşam koşulları ve farklı soyadının tek başına çocuğu olumsuz etkilemeyeceği gerekçesiyle genellikle reddetmektedir²⁰³. Buna göre sosyal yaşamdaki değişimler nedeniyle, artık çocuğun annesinden farklı bir soyadını taşımasının, tek başına çocuk için sosyal bir olumsuzluk yarattığı ve haklı sebep olduğu kabul edilemez.

65, s. 245; HOFER (Einleitungsartikel und Personenrecht), s. 200, no:12.11; DÖRR (KurzKomm ZGB) Art. 30, no:1; LAVANTE s. 66. Fakat bu durumda, çocuğun rızasının da alınması kaydıyla söz konusu davanın yasal temsilci tarafından da açılacağı kabul edilebilir. Bkz. MÜLLER s. 29. Bu halde soyadı taşıyan ebeveynin rızası da aranmaz. Bkz. HEGNAUER (Kindesrecht), s. 115, no:16.13. Ayırtetme gücüne sahip olmayanların ise yasal temsilcisinin bu talebi ileri sürebileceği kabul edilmektedir. Bkz. MÜLLER s. 29; HAEFLINGER s. 66 ve özellikle s. 242; HEGNAUER Art. 265, no. 17 ve Art. 270, no. 60.

200 BÜHLER (BSK ZGB I), Art. 270, s. 1451, no. 16; GENÇ-ARIDEMİR (Adal'a Armağan), s. 740.

201 HAEFLINGER s. 263.

202 RÜFENACHT s. 63; SUTTER-SOMM / KOBEL, s. 181, no. 819; HAUSHEER s. 611; HA-EFLINGER s. 256. Bkz. BGE 109 II 177; BGE 110 II 433; BGE 119 II 307 (E.3.c). Bu kararlarda, annesinin yanında büyüyen çocuğun, annesinden farklı bir soyadı taşımasının, çocuk için başlı başına olumsuz bir durum yarattığı kabul edilmiştir.

203 RÜFENACHT s. 63; SUTTER-SOMM / KOBEL, s. 181, no. 819; DÖRR (KurzKomm ZGB) Art. 30, no:4; HRUBESCH-MILLAUER (Berner Komm. ZGB), Art. 4, no. 440; HOFER (Einleitungsartikel und Personenrecht), s. 200, no:12.10; van der MEER / PERREN s. 85; GENÇ-ARIDEMİR (Adal'a Armağan), s. 745. Bkz. 10.09.1998 tarihli BGE 124 III 401 (E.2.b.bb). Ayrıca bkz. FASSBIND / SPRING s. 266.

01.10.2002 tarihli (BGer 5C.163/2002, E.2.2.2) kararda Federal Mahkeme, boşandıktan sonra velayetleri anneye verilen iki kardeşin açtığı soyadı değiştirme davasını reddetmiştir. Buna göre somut olayda, çocuklar babalarının "İbrahimi" olan soyadını kullanmalarının, kendilerinin okul ve iş yaşamında olumsuzluklara neden olduğunu, bu nedenle annelerinin soyadını almak istemişlerdi. RÜFENACHT s. 64; FASSBIND / SPRING s. 266; HRUBESCH-MILLAUER (Berner Komm. ZGB), Art. 4, no. 433; LAVANTE s. 67.

23.06.2004 tarihli (BGer 5C.97/2004, E.3) kararda, boşandıktan sonra velayeti annesine verilen ve çocuğun babasıyla hiç ilişkisinin kalmadığı ileri sürülen bir başka olayda da Federal Mahkeme, çocuğun soyadı değişikliği talebini haklı sebep olmadığı gerekçesiyle reddetmiştir. Bkz. RÜFENACHT s. 64; FASSBIND / SPRING s. 266; LAVANTE s. 67. Benzer içerikte bkz. 17.03.2011 tarihli BGer 5A_624/2010 (E.3.3); 26.06.2006 tarihli BGer 5C.9/2006 (E.5). Bkz. LAVANTE s. 66.

Çocuğun babasının soyadını kullanmasının, neden ve nasıl bir olumsuz etki yarat-
tığının somut olarak kanıtlanması gerekir²⁰⁴.

Doktrinde ise bu kararlar eleştirilmiş ve bu hallerde de çocuğun soyadının de-
ğiştirilmesi için haklı sebep olabileceği kabul ileri sürülmüştür²⁰⁵. Kanaatimce de,
boşanma üzerine kadın bekârlık soyadına dönmüşse, velayeti kendisine bırakılan
çocukların soyadlarının değiştirilmesini ve çocuklar ile annesinin aynı soyadına sa-
hip olmasının sağlanmasında, Türk toplumunun içinde bulunduğu sosyal koşullar
dikkate alındığında haklı sebebin varlığı kabul edilebilir²⁰⁶.

Fakat annenin yeniden evlenmesi ve soyadının değişmesi halinde, çocuğun
soyadının annesinin yeni kocasının soyadı olarak değiştirilmesi istemleri ise ayrı
bir alt grup olarak düşünülebilir. İsviçre Federal Mahkemesinin 03.06.2010 tarihli
(BGer 5A_89/2010) kararında, boşanma sonrası velayete sahip olan annenin yeni-
den evlenmesi üzerine, çocukların soyadının değiştirilmesinin, bu sonucun çocuk-
ların yeni kocanın çocukları olduğu izlenimi yaratacağı ve bunun da çocukların
gerçek babasının kişilik haklarına aykırı olacağına hükmedilmiştir²⁰⁷. Türk huku-
kunda Genç-Aridemir, kocanın dinlenmesi ve haklı sebeplerin çok titiz incelenme-
si kaydıyla, bu hususu teorik olarak uygun görmektedir²⁰⁸.

Federal Mahkeme kararlarındaki ikinci grup olay ise, Anayasa Mahkemesi-
nin 321. maddeye ilişkin iptal kararından sonra, Türk hukukunda karşılaşılabilecek
mümkün olmayan bir duruma ilişkindir. Buna göre evlilik dışında doğan çocuğun
velayetinin babada olması ve çocuğun babasıyla birlikte yaşaması halinde, çocu-
ğun taşıdığı anne soyadının, babasınkiyle değiştirilmesi haklı sebep sayılabilir²⁰⁹.
İsviçre Federal Mahkemesinin 9 Temmuz 2010 tarihli konuya ilişkin kararında²¹⁰,
evlilik dışı çocuğun annesinin soyadını almasının; çocuğun daha çok annesinin

204 HAUSHEER / GEISER / AEBI-MÜLLER s. 283, no. 17.15. BGer 5A_626/2010 (E.3.3). Karar için bkz. HRUBESCH-MILLAUER / WYSS s. 1018.

205 BREITSCHMID s. 32; FASSBIND / SPRING s. 266; RÜFENACHT s. 65. Bu kararlardan önce bu yönde: MÜLLER s. 68 ve özellikle s. 69 vd; HAEFLINGER s. 262; HEGNAUER (Kindesrecht), s. 115, no:16.14.

206 Bu yönde: SEROZAN (ÖZTAN Armağanı) s. 771; GENÇ-ARIDEMİR (Adal’a Armağan), s. 742. Aksi yönde: Yargıtay 18. HD. 11.12.1996, 10269/11112 (ABİK s. 47, dn.87). Bu yöndeki diğer kararlar için bkz. GENÇ-ARIDEMİR (Adal’a Armağan), s. 741, dn.54.

İsviçre Medeni Kanununda, 1974 yılında hazırlanan ve haklı sebepleri liste halinde belirleyen de-
ğişiklik kanunu tasarınsında, ilk olarak bu durum soyadı değişikliği için bir haklı sebep olarak kabul edildiği hakkında bkz. HAEFLINGER s. 42, s. 252.

207 Bkz. HAEBERLI / MEIER (ZKE 2010), s. 469. Fakat Federal Mahkeme, boşanmadan sonra yeniden evlenin kadının eski evliliğinden olan çocuğunun soyadının yeni eşinin soyadının verilmesi yönündeki değişiklik talebini daha eski bir kararında uygun görmüştü. Bkz. BGE 99 Ia 561, E.3.a.

208 GENÇ-ARIDEMİR (Adal’a Armağan), s. 747.

209 HAUSHEER / GEISER / AEBI-MÜLLER s. 283, no. 17.15; HEGNAUER (Kindesrecht), s. 115, no:16.14. TMK.m.321’e ilişkin iptal öncesinde bu yönde: ÖZTAN s. 163; GENÇ- ARIDEMİR (İmre’ye Armağan), s. 24.

22 Mayıs 2006 tarihli BGE 132 III 497 (E.4). Bu görüşte: HÜRLIMANN-KAUP / SCHMID s. 188; LAVANTE s. 69. Bu karar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. BREITSCHMID s. 31 vd; FASSBIND / SPRING s. 266. Bkz. BGer 5A_224/2010, 09.07.2010. Karar için bkz http://jumpcgi.bger.ch/cgi-bin/JumpCGI?id=09.07.2010_5A_224/2010. Bkz. HAEBERLI / MEIER (ZKE 2010), s. 470.

210 BGer 5A_224/2010 (E.3.4.1).

yanında kalması, onun gözetiminde büyümesi ve anneye daha sıkı ilişki içinde olduğu varsayımına dayandığı; fakat somut olayda bu varsayımın doğru olmadığı anlaşılıyorsa, çocuğun babasının soyadını almak istemesinin haklı sebep kabul edilmesinin mümkün olduğu belirtilmiştir²¹¹.

Türk hukukunda Nüfus Hizmetleri Kanununun 28/IV hükmü ve Anayasa Mahkemesinin iptal kararı gereğince, evlilik dışında doğan çocuk ile babası arasında soybağı ilişkisi kurulmuşsa, çocuk zaten babasının soyadını alacağından, bu ihtimal Türk hukuku için gerçekleşmez. Fakat aynı ihtimalde, çocuğun velayeti annesindeyse, çocuğun soyadının annesininkiyle aynı hale getirilmesi konusundaki talep, bu kapsamda uygun görülebilir.

Üçüncü grup durum ise, süreklilik taşıyan evlilik dışı ilişkiden doğan ve çocuğun ana-babasıyla birlikte yaşadığı fiili birlikteliklerde, çocuğun babasının soyadını alma talebiyle ilgilidir. İsviçre Federal Mahkemesi, yeni kararlarında süreklilik taşıyan bir evlilik dışı birlikte yaşam ilişkisinde doğup, velayetin sadece anneye veya ana - babaya birlikte verilmiş olduğu hallerde, Kanun gereği annesinin soyadını taşıyan çocuğun, babasının soyadını almak için yaptığı başvuruyu, bunun haklı sebep teşkil etmeyeceği gerekçesiyle reddetmektedir²¹². Fakat belirtelim ki, 5A_424/2010 sayılı kararlara konu olayda anne ve buna bağlı olarak çocuklar, kadının eski evliliğinden gelen kocasının soyadını taşımaktaydı. Federal Mahkeme, çocuğun annesinin soyadını taşımasının neden ve nasıl bir olumsuz etki yarattığının kanıtlanmasını aramıştır. Bu karara göre, anne baba evlenmekle, zaten söz konusu çocuğun soyadının değişmesini sağlayabileceklerinden, haklı sebep sayılabilecek bir durum bulunmamaktadır²¹³. Ayrıca çocuğun taşıdığı soyadının, hiçbir ilişkisi olmayan bir erkeğin soyadı olarak algılanmasının hatalı bir bakış açısı olduğu, zira çocuğun, annesinin soyadını taşıdığı, bu soyadının, annesinin eski evliliğinden gelip boşanma üzerine kullanmaya devam ettirdiği soyadı olmasının bu açıdan önemi olmadığı belirtilmiştir²¹⁴.

Türk hukuku açısından sonuncu durumun gerçekleşme ihtimali, Nüfus Hizmetleri Kanununun 28/IV ve Anayasa Mahkemesinin kararından sonra bulunmamaktadır. Zira çocuk tanınmışsa veya babalığa hükmedilmişse, zaten babasının soyadını alacağından, babanın soyadının verilmesinin istenmesine gerek yoktur.

Türk hukuku açısından özetle belirtilebilecek olan husus, evlilik birliğinin sona ermesinden sonra, özellikle küçük çocuğun velayetinin annesine verildiği ve annenin, bekârlık soyadına döndüğü olaylarda veya Nüfus Hizmetleri Kanunundaki

211 HOFER (Einleitungsartikel und Personenrecht), s. 200, no:12.11.

212 Federal Mahkemenin bu yöndeki yaklaşımı ilk olarak 5 Nisan 1995 tarihli kararla (BGE 121 III 145 E.2.c) başlamış ve o tarihten sonra istikrarlı biçimde devam etmiştir. Bkz. 28.08.2007 tarihli BGer 5A_374/2007 (E.4.2.2); 02.11.2010 tarihli BGer 5A_424/2010. Bkz. HAEBER- LI / MEIER (ZKE 2011), s. 152; HRUBESCH-MILLAUER / WYSS s. 1017; THURNHE- ER no. 80; Bkz. HAEFLINGER s. 259; RÜFENACHT s. 63; AEBI-MÜLLER (Aktuelle Anwaltspraxis 2009), s. 66. Federal Mahkemenin bu yaklaşımının yerinde olduğu görüşünde: HEGNAUER (Kindesrecht), s. 115, no:16.14.

213 BGer 5A_424/2010 (E.3.1).

214 Bu kararın eleştirisi için bkz. BUCHER s. 847. Yazara göre çocukların, annelerinin eski kocasının soyadını taşımak zorunda bırakılmaları yerinde değildir.

değişiklik ve Anayasa Mahkemesinin 321. maddeye ilişkin iptal kararından sonra, çocuğun velayetinin annesinde olmasına rağmen babasının soyadını taşıdığı hallerde, çocuğun soyadının haklı sebeplerle değiştirilmesi mümkündür. Anayasa Mahkemesinin 08.12.2011 tarih ve 2010/119 E, 2011/165 K sayılı kararıyla²¹⁵, kabul ettiğinin aksine, 21.06.1934 tarih ve 2525 sayılı Soyadı Kanunu'nun 4. maddesinin ikinci fıkrasında geçen “*Evliliğin feshi veya boşanma hallerinde çocuk anasına tevdi edilmiş olsa bile babasının seçtiği veya seçeceği adı alır.*” biçimindeki birinci cümlesi, 1936 yılında uygulama kabiliyetini kaybetmiş bir hüküm olup, bu talebe hiçbir engel oluşturmamaktaydı.

Soyadı Kanununun 4/II hükmünün uygulanabilirliği hiçbir biçimde kalmamıştır. Zira çocuğun soyadını doğumla kendiliğinden kazanır. Çocuğun kazandığı bu soyadı, mevcut yasal duruma göre, ya annesinin, ya da babasının soyadıdır. Bu soyadının kazanılması için, ananın, ya da babanın bu yönde bir tercihte bulunması, talepte bulunması gerekmez.

Anılan Kanunun uygulama kabiliyetinin kalmadığının bir diğer kanıtı da mesele 5. maddede geçen “*Mümeyyiz olan reşit soyadını seçmekte serbesttir.*” hükmüdür. Tam ehliyetliler bugün itibariyle soyadını serbestçe seçmekte serbest midir? Elbette ki, değil. Anılan Kanun 02.07.1936 tarihine kadar yapılacak olan seçim işleminin kim tarafından yapılacağını düzenlemektedir. Bu nedenle, Anayasa Mahkemesi, uygulanabilir olmayan bir hüküm hakkında iptal kararı vermiştir. Bu nedenle, Anayasa Mahkemesinin verdiği iptal kararının hiçbir etkisinin bulunmadığı, hiçbir hüküm ve sonuç doğurmayacağı kanaatindeyim.

Ayrıca eşitlik ilkesine aykırılık iddiası ve sonucu da tamamen hatalıdır. Kararda, erkeğin soyadını seçebileceği, fakat kadının seçememesinin eşitlik ilkesine aykırı olduğu belirtilmiştir. Fakat erkeğin de soyadı seçme yetkisi bulunmamaktadır. Hiçbir erkek ne kendisinin, ne de çocuğunun soyadını seçebilmektedir.

Boşanma sonrasında çocuğun babanın soyadını kullanmaya devam etmesi, soyadının değişmezliği ilkesinin bir sonucudur. Yukarıda da belirttiği üzere, bu ilkenin en önemli istisnası, Medeni Kanunun 27. maddesidir. Buna göre, haklı sebepler varsa, soyadının değiştirilmesi istenebilir. İşte iptal kararı verilen davadaki durum da aynen böyledir. Anılan davada, uygulama kabiliyeti bulunmayan iptal edilen hüküm yerine, Medeni Kanunun 27. maddesi kapsamında çocuğun soyadının değiştirilmesi için haklı sebep bulunup bulunmadığı incelenmeliydi. Yukarıda belirtildiği üzere, boşanma sonrasında çocuğun velayetinin anneye verilmesi ve annesinin bekârlık soyadını kullanması halinde, çocuğun soyadının farklı olmasının çocuğun gelişimi ve kişiliği üzerinde olumsuz etki doğurduğu tespit edildiğinde, zaten mevcut olan yasal hükümler çerçevesinde çocuğun soyadının değiştirilmesi mümkün olabilecektir²¹⁶.

215 RG. 14.02.2012, S. 28204.

216 RÜFENACHT s. 62.

Fakat Türk hukukunda da, iptal edilen hükmün, TMK.m.27 hükmünün uygulanmasına engel olucu bir niteliğinin bulunduğu da ileri sürülmüştür. Bkz. GENÇ-ARIDEMİR (Adal'a Armağan), s. 737.

Bu açıklamalara göre, Anayasa Mahkemesi hukuken yürürlükte olmayan bir hüküm hakkında iptal kararı vermiş olduğundan, Anayasa Mahkemesinin kararının hiçbir etkisi bulunmayacaktır²¹⁷. Fakat haklı sebeplerle çocuğun soyadının değiştirilmesi imkânı, koşulları oluşmuşsa her zaman bulunmaktadır. Diğer bir ifadeyle, boşanmadan sonra çocuğun velayeti anneye verilmişse, haklı sebepler de bulunuyorsa, annesi açacağı davayla çocuğun soyadının değiştirilerek, kendi soyadının verilmesini TMK.m.27 gereğince isteyebilir. Soyadı Kanununun 1936 yılında yürürlükten kalmış olan hükmü buna hiçbir etki yapmaz.

B. Ergin evlatlığın talebiyle

MK.m.314/III hükmüne göre, evlat edinilen kişi erginse, evlat edinilme sırasında talep etmesi halinde evlat edinilenin soyadını alır. Fakat evli bir kadının evlat edinilmesi halinde, onun soyadı talebi üzerine bile değişmez²¹⁸.

2006/11081 sayılı “Nüfus Hizmetleri Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik” in 105. maddesinin 6. fıkrasında, evli bir erkeğin evlat edinilmesi halinde, sadece onun rızasının hem kendisinin, hem eşinin, hem de ergin olmayan çocuklarının soyadının değişmesini sağlayacağı belirtilmiştir²¹⁹.

217 Fakat hemen ekleyelim ki, bu hatalı karar medyada da yankı bulmuş ve boşanmış kadının velayeti kendisine ait çocuğa dilediği soyadını verebileceği biçiminde yine hatalı olarak kamuoyuna açıklanmıştır.

“Boşanan kadınlara soyadı müjdesi - Anayasa Mahkemesi, kocasından boşanıp da velayeti kendisine verilen çocuğuna kendi soyadını verebileceğine karar verdi.” Bkz. <http://haber.mynet.com/bosanan-kadinlarsoyadi-mujdesi-615817-guncel/> (erişim 12.08.2012).

“Kadınların soyadı devrimi - Anayasa Mahkemesi kadınlara “devrim” niteliğinde bir kararla destek verdi. Buna göre kocasından boşanan kadınlar velayetindeki çocuklarına kendi soyadlarını verebilecek.” Bkz. <http://www.pudra.com/yasam/hukuk/kadinlarin-soyadi-devrimi-10231.htm> (erişim 12.08.2012).

“Anayasa Mahkemesi’nin, Soyadı Kanunu’nun, evliliğin feshi veya boşanma hallerinde çocuğun babasının soyadını alacağına ilişkin hükmünü iptali ile boşanan anne ile çocuk arasındaki soyadı farkı ortadan kalkacak, çocukların annesinin soyadını alması da mümkün olabilecek. ... Yüksek Mahkeme, Yargıtay’ın, çocukların soyadı değişikliğine ilişkin açılan davaları, bu kanun hükmünü gerekçe göstererek reddetmesini de ele aldı. Çocukların soyadı değişikliğine ilişkin davaların önündeki engeli kaldıran Anayasa Mahkemesinin bu iptal kararıyla boşanmış ailelerde çocuğun soyadının değiştirilmesinin önünü açmış oldu.” Bkz. <http://www.ntvmsnbc.com/id/25305525/> (erişim 26.09.2012).

Fakat bu kararın uygun görenler de bulunmaktadır. Bkz. Moroğlu: “Her ne kadar 18 yaşına kadar çocukların tek başına yapamayacağı işler olsa bile, özellikle boşanmalarda velayet anneye verilmişse annenin çocuğunun soyadını değiştirme hakkı olmalıdır. 1934 yılında kabul edilmiş Soyadı Kanunu buna izin vermiyordu. Ama günümüz koşullarına artık uymayan bu hüküm Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edildi. Bunu çok doğru bir karar olarak nitelendiriyorum. Soyadı, kişilik hakkı olarak çocuğa da kadına da eşit olarak kullanma hakkı veren bir hukuki kavramdır. Dolayısıyla mahkemenin kararı, eşitliğe ve çocuk haklarının korunmasına uygun bir karar.” Bkz. <http://www.ntvmsnbc.com/id/25305525/> (erişim 26.09.2012).

Bunun bir sonucu olarak da, anılan karardan sonra mahkemelerce, sanki önceden mümkün değilmiş gibi, bu yöndeki davaları kabul edilmeye başlandığı görülmektedir. Bkz. <http://www.ensonhaber.com/isteyen-cocuk-annesinin-soyadinin-kullanabilecegi-2012-09-28.html>: “Ankara 11. Aile Mahkemesi, boşanmış bir çiftin çocuğunun, anne soyadını kullanması talebiyle açılan davayı, “Çocuğun, beraber yaşadığı annesiyle soyadının aynı olmasının sosyal yaşamı içinde ve hakların kullanılmasında menfaatine olduğu” gerekçesiyle kabul etti. . Soyadı Kanunu’nun 4/2. maddesinin, “Evliliğin feshi veya boşanma hallerinde çocuk anasına tevdi edilmiş olsa bile babasının seçtiği veya seçeceği adı alır” biçimindeki birinci cümlesinin, Anayasa Mahkemesi’nce iptal edildiği anumsatılan kararda, “Kanunun iptalinden sonra, boşanan eşlerden çocuğun bırakıldığı tarafın, velayet hakkını serbestçe kullanabileceği ve bu bağlamda kendisine bırakılan çocuğun soyadını belirleyebileceğinden kuşku duymamak gerekir” değerlendirmesi yer aldı.” Erişim. 29.09.2012.

218 HEGNAUER Art. 267, no. 39; ABİK s. 61.

219 İsviçre hukukunda evlatlığın ergin çocukların bile soyadının değişeceği ileri sürülmüştür: HEGNAUER Art. 267, no. 40.

Aynı maddenin 7. fıkrasına göre ise, evli kadın evlat edinilmiş ve kadın, onu evlat edinenlerin soyadını almak istiyorsa, Mahkeme kararında bu isteğin ve yeni soyadının, mevcut soyadının önüne eklenmesini talep ettiğinin yazılması gerektiği belirtilmiştir.

Fakat İsviçre Medeni Kanununda, ergin bir kişinin evlat edinilmesi halinde bile soyadı kendiliğinden değişmektedir²²⁰. Mesela İsviçre Federal Mahkemesinin 27 Ocak 2011 tarihli bir kararına konu olayda, 56 yaşında evlat edinilen bir kişinin, evlat edinme üzerine soyadının değişeceği ve eski soyadının alınmasının ancak haklı sebepler varsa soyadı değiştirme davası açılarak gerçekleştirilebileceği belirtilmiştir²²¹. Mahkemenin bu kararında, ergin evlatlığın, evlat edinenin soyadını almasında kamusal bir menfaatin bulunmadığına ve bu nedenle sadece ergin evlatlığın bu yöndeki talebinin, eski soyadını kullanmaya devam etmesine izin verilmesi için yeterli olduğuna hükmedilmiştir.

V. Adalet Bakanlığının Hazırladığı Çocuklar ve Eşin Soyadına İlişkin Değişiklik Tasarı Taslağı

A. Taslak hükümleri ve bunlar hakkındaki değerlendirmeler

Adalet Bakanlığınca hazırlanıp, eşler arası eşitliği ve uluslararası normlara uyum sağlamak gibi iddialı gerekçelerle kaleme alındığı belirtilen iki maddelik taslak kısaca incelenecek, ardından da, olması gereken türden kapsamlı ve alternatifli önerimiz sunulacaktır.

Bunlara geçmeden önce genel bir değerlendirme yapılması uygun olur. Soyadı meselesi, sadece iki maddenin değiştirilmesiyle çözülebilecek bir sorun değildir. Bu nedenle Medeni Kanunun tüm soyadı hükümlerinin birlikte ele alınması ve geçiş hükümleri de konularak mevcut evliliklerdeki kişilerin soyadının nasıl etkileneceği de belirtilmelidir. Bu açıdan sadece iki maddeye ilişkin bu Taslak ihtiyaca cevap vermekten uzaktır.

Kadının soyadına ilişkin 187. madde bakımından

Taslağın düzenlediği ilk madde, kadının soyadına ilişkin 187. maddedir. Buna göre:

“MADDE 187- Kadın, evlenmekle kocasının soyadını alır; ancak evlendirme memuruna veya daha sonra nüfus idaresine yapacağı yazılı başvuruyla kocasının soyadı önünde önceki soyadını kullanabileceği gibi, sadece önceki soyadını kullanmaya da devam edebilir. Daha önce iki soyadı kullanan kadın, bu haktan sadece bir soyadı için yararlanabilir.”²²²

220 HRUBESCH-MILLAUER / WYSS s. 1019; HAEFLINGER s. 236 ve s. 238; HAUSHEER / GEISER / AEBI-MÜLLER s. 276, no. 16.108; HEGNAUER Art. 256, no. 34 ve Art. 267, no. 34; HEGNAUER (Kindesrecht), s. 114, no:16.10; BÜHLER (BSK ZGB I), Art. 270, s. 1450, no. 12; Karş. AYDOĞDU s. 625.

221 BGE 137 III 97 (E.3.4.3). HAEFLINGER s. 236; HEGNAUER Art. 267, no. 37, HRUBESCH- MILLAUER / WYSS s. 1019; HAEBERLI / MEIER (ZKE 2011), s. 152; STRAZS s. 5; AEBI-MÜLLER (Jusletter 13. August 2012), no. 137.

222 Hükümün gerekçesi ise şöyledir: *Türk Medenî Kanununun 187 nci maddesinin mevcut hükmüne göre, kadın evlenmekle kocasının soyadını almakta, ancak evlendirme memuruna veya daha sonra nüfus idaresine yap-*

Hüküm incelendiğinde Taslakın, ortak aile soyadı kullanılması zorunluluğunu ortadan kaldırdığı görülmektedir. Buna göre eşler, isterlerse farklı soyadlarını kullanabileceklerdir. Bu açıdan serbestinin sağlanmasının uygun olduğu söylenebilir.

Kadın herhangi bir beyanda bulunmazsa, doğrudan kocasının soyadını alması da nötr bir düzenlemede bulunması gereken bir hükümdür. Fakat Taslak'ta, kadına bekârlık soyadını tek başına kullanma yetkisi verilmiş olduğundan, sessiz kalınması üzerine kocanın soyadının alınması eşitlik ilkesine aykırı sayılmayabilir. Nitekim Avusturya hukukunda da, herhangi bir beyanda bulunulmazsa, kocanın soyadının ailenin ortak soyadı olacağı düzenlenmiştir.

Hükümün hatalı yönleri ise kısaca şöyledir:

1. Eşlere, kadının soyadının ortak aile soyadı olarak seçilme imkânının verilmiş olması uygun olmamıştır. Nötr bir düzenleme yapılması isteniyorsa, kadının soyadının ailenin ortak soyadı olarak belirlenmesine de imkân verilmelidir.

2. Kadına verilen bekârlık soyadına serbestçe dönebilme hakkının sınırının da aşıldığı kanaatindeyim. Zira evlilik öncesinde bu seçim işlemlerinin tamamlanması ve evlilik sırasında soyadı sorununun yeniden gündeme gelmemesi, evlilik birliğinde potansiyel bir huzursuzluğu baştan önlemiş olacaktır. Nitekim çok yeni bir tarihte kabul edilen İsviçre Medeni Kanununun soyadı hükümlerinde de, soyadı seçiminin evlilik öncesinde tamamlanmasına, evlilik içine dâhil edilmemesine özel bir özen gösterilmiştir. Fakat bu seçim yetkisinin evlilik sürecinde de kullanılmasına izin verilmesi istenecekse, buna mesela evlilikten itibaren bir yılın sonuna kadar denilerek makul bir sınır çizilebilirdi.

Çocukların soyadına ilişkin 321. madde bakımından

Taslak'ta düzenlenen ikinci madde ise çocuğun soyadına ilişkindir. Bu hükme göre:

"MADDE 2- Türk Medenî Kanununun 321 inci maddesinde geçen "ailenin" sözcüğü "babanın" şeklinde değiştirilmiş ve maddeye aşağıdaki iki fıkra eklenmiştir.

"Çocuk, evlilik dışında doğmuş olmakla birlikte babasıyla arasındaki soybağı, tanıma veya babalık hükmüyle kurulmuş ise babanın soyadını taşır.

Çocuğun menfaatine ise mahkemece ananın soyadını taşımasına karar verilebilir."

Hemen belirteyim ki, kanaatimce bu hüküm, hatalı biçimde düzenlenmiş ve mutlaka yeniden ele alınması gereken bir hükümdür. Bunlar kısaca şöyle özetlenebilir:

çağı yazılı başvuruyla kocasının soyadı önünde önceki soyadını da kullanabilmektedir. - Maddeyle, kadın ve erkek arasındaki eşitliğin gereği olarak, evlenmeden önce tanıdığı ve bilindiği soyadını taşımaya devam etmek isteyen, kocasının soyadını almak istemeyen kadınlara, evlendirme memuruna veya daha sonra nüfus idaresine yapacağı yazılı başvuruyla sadece önceki soyadını taşıma konusunda da yeni tercih hakkı tanınmıştır. - Söz konusu düzenleme sonunda, Kanun gereğince kocasının soyadını alan veya kocasının soyadı önünde önceki soyadını birlikte kullanmayı tercih etme hakkı bulunan kadınlara, kocasının soyadını almaksızın sadece önceki soyadını kullanmaya devam edebilme konusunda yeni bir hak daha tanınmaktadır. - Getirilen bu yeni düzenlemeyle tanınan hak, inşâî nitelikte yenilik doğurucu bir hak olması sebebiyle kullanılmakla tükeneceğinden, bir defaya mahsus olmak üzere kullanılacaktır."

1. Bu taslak hükmüyle, eşler arası eşitlik ilkesinden daha da uzaklaşıldığı açıkça görülmektedir. Taslakta, evlilik üzerine eşlere farklı soyadlarını kullanma yetkisi verilmiştir. Bu nedenle, çocuklara babanın soyadının verildiği görülmektedir. Fakat aşağıda belirtileceği gibi, böyle bir tercihte bulunulmasına gerek kalmadan çocukların soyadı sorunu eşitlikçi biçimde çözülebilirdi. Kanunun doğrudan bir tarafı tutarak soyadını belirlemesi uygun olmamıştır.

2. Ayrıca Taslağın genel çıkış noktası da hatalıdır. Taslağın genel gerekçesinde aynen şu ifadelerle yer verilmiştir: “Öte yandan, Türk Medenî Kanununun “Soyadı” başlıklı 321 inci maddesindeki “Çocuk, ana ve baba evli ise ailenin; evli değilse ananın soyadını taşır.” hükmü nedeniyle evlilik dışında doğan çocukla babası arasındaki soybağı, tanıma veya babalık hükmüyle kurulmuş olsa bile analarının nüfus kayıtlarında kalmaya ve analarının soyadını taşımaya devam etmekte, bu durum da tanımak suretiyle çocuğunu nüfusuna almak ve soyadını vermek isteyen babaların haklı yakınmalarına neden olmaktadır. 25/4/2006 tarihli ve 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanununun “Tanıma işlemi” başlıklı 28 inci maddesinin dördüncü fıkrasında, tanınan çocukların, babalarının hanesine baba adı ve soyadı ile analarının kimlik ve kayıtlı olduğu yer bilgileri belirtmek suretiyle tescil edileceği öngörülmüştür. Türk Medenî Kanununun 321 inci madde hükmünün, 5490 sayılı Kanunun tanıma işlemini düzenleyen 28 inci maddesine uyumlu hâle getirilmesi gerekmektedir.”

Görüldüğü üzere, hükmün temel gerekçesi, tanıma üzerine babanın tanıdığı çocuğu kendi soyadına alamamasına ilişkin haklı yakınmaları olarak iade edilmiştir. Bu hukuki olmayan gerekçe karşısında şunlar söylenebilir:

Evlilik dışı çocuk ya annesinin ya da babasının soyadını alacaktır. Kural olarak başka bir alternatif bulunmamaktadır. Annesin soyadının verilmesinde çocuğun büyük menfaatleri vardır. Bu nedenle İsviçre ve Avusturya gibi birçok ülkede evlilik dışı çocuğun kural olarak annesinin soyadını alacağı kabul edilmiştir. Fakat Taslakta, babanın soyadının verilmemiş olmasının, haklı bir yakınma olduğu da belirtilmiştir. Peki, hüküm bu haliyle yasalarsa, annelerin soyadın verilmemesine ilişkin itirazı haklı bir yakınma olmayacak mıdır? Bu mantıkla meselenin eşitlikçi ve çocuğun menfaatine olacak biçimde çözümlenmesi mümkün görünmemektedir.

Ayrıca, tamamen ters bir bakış açısıyla temel Kanun olan Medeni Kanunun, buna bağlı olarak çıkarılan Nüfus Hizmetleri Kanununa uydurulması da hükmün amaçları arasında yer almıştır. Temel Kanunun felsefesinin ve mantığının, buna bağlı olarak çıkarılan ikincil mevzuat ile değiştirilmesi uygun değildir.

3. Ayrıca evlilik dışı çocukların soyadının tanıma veya babalık hükmü üzerine doğrudan babanın soyadına geçeceği, fakat çocuğun menfaatineyse, anasının soyadını taşımasına izin verilebileceği belirtilmiştir. Çocuğun menfaatine aykırı olması yanında, uygulama açısından da ciddi tereddütlere neden olacak bu hüküm yerinde değildir. Zira son fıkraya göre hangi hâkim, hangi süre içinde, hangi hükme dayanarak soyadının değiştirilmesine karar verebilecektir? Bunlar muğlak noktalar.

4. Ayrıca hükmün madde gerekçesine göre, son fıkra, sadece evlilik dışı çocuklara ilişkin olmayıp, evlilik içi çocukları da kapsamaktadır. Madde gerekçesinde aynen şu ifadeler yer verilmiştir: “*Ana ve babanın evli olması (ya da evlilik dışı doğmuş olmasına karşılık babasıyla arasındaki soybağının, tanıma veya babalık hükmüyle kurulmuş olması) halinde, çocuğun, babanın soyadını taşıyacağı kural olarak öngörülmekle birlikte, kadın-erkek eşitliği ile çocukların yararı dikkate alınmak suretiyle, çocuğun yararına ise mahkemeye ananın soyadını taşımasına karar verilebileceği yönünde 321 inci maddeye hüküm eklenmektedir.*” Bu gerekçeye bağlı kalındığında evlilik içinde doğup zorunlu olarak babasının soyadını alan çocuklara da, çocuğun menfaatineyse analarının soyadının verilebileceği iddia edilebilir. Fakat kanaatimce gerekçede belirtildiği biçimde anlaşılması mümkün olmayan bu hüküm, sadece evlilik dışı çocuklara yöneliktir. Hüküm okunduğunda, son fıkranın evlilik içinde doğan çocukları da kapsadığı biçiminde bir yorum yapılması mümkün değildir. Kaldı ki, böyle bir şeye gerek de yoktur. Eşlerin soyadı sorunu eşitlikçi biçimde çözümlerse, buna bağlı olarak da çocukların soyadı sorunu halledilebilir.

B. Soyadı hakkında yapılması gereken değişikliğe ilişkin önerimiz

Yukarıda da belirtildiği üzere, soyadı sorunu sadece 187 ve 321. maddelerin değiştirilmesiyle çözülemez. Bununla bağlantılı birkaç değişikliğe daha ihtiyaç vardır. Fakat bunların temel çıkış noktası 187. maddedir. Bu nedenle sorun bu madde üzerinden çözümlenmelidir.

Türk hukuku açısından Medeni Kanununun 187. maddesinin yeniden düzenlenmesinin gerektiği açıktır. Bu düzenleme kapsamında ilk değişiklik hükmün kenar başlığına ilişkin olmalıdır. Zira “*kadının soyadı*” kenar başlığı, sadece kadının soyadını ifade ettiğinden, yapılması gereken değişikliği tam olarak anlatmaktan uzaktır. Yeni hükmün kenar başlığı “*Eşlerin soyadı*”, “*Aile soyadı*” veya kısaca sadece “*Soyadı*” olabilir.

Bunun ardından bir konuda tercihte bulunulması gerekir. Bu da, ortak bir aile soyadının kabul edilip edilmeyeceğidir. Hemen belirtelim ki, ortak bir aile soyadının zorunlu tutulması, ne İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine, ne İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi kararlarına, ne de Kadınlara Karşı Her türlü Ayrımlığın önlenmesine dair sözleşmeye aykırıdır²²³. Önemli olan, bu ortak aile soyadının tespitinde, her iki eşi de eşit derecede söz sahibi yapmaktır.

1. Yasa koyucunun, tercihini, ortak bir aile soyadının bulunması yönünde yapması:

Yasa koyucu tercihini, ortak bir aile soyadının kabulü yönünde kullanırsa, hangi soyadının ailenin ortak soyadı olacağı sorununun, evlenme gerçekleşmeden önce çözülmesi uygun olur. Bunun için de en mantıklı yöntem nişanlıları, hangi nişanlının soyadını ailenin ortak soyadı olarak tercih ettikleri yönünde zorunlu bir irade açıklamasına tabi tutmaktır. Nişanlılar, böyle bir beyanda bulunarak, kadın veya erkek nişanlının soyadının ailenin ortak soyadı olmasını kararlaştırabilmelidirler.

223 STURM s. 67 ve özellikle s. 68.

Bu aşamada üç alternatif bile düşünülebilir. 1. Erkeğin soyadı, 2. Kadının soyadı, 3. Her iki nişanlının soyadının birleşimi.

Tercih hakkının kullanılması zorunlu hale getirilirse, soyadı meselesi evlilik öncesinde eşitlikçi bir yaklaşımla çözülmüş olur²²⁴. Fakat nişanlıların tercih hakkının kullanılması zorunlu tutulmazsa, ortak soyadının hangi eşin soyadı olacağı konusunda bu kez Kanunun bir tercihte bulunması gündeme gelir. Alman Anayasa Mahkemesi, tercihte bulunulmazsa erkeğin soyadının aile soyadı olacağına ilişkin hükmü eşler arası eşitlik ilkesine aykırı görüp iptal etmişken, aynı hüküm Avusturya hukukunda bir hukuk politikası sorunu olarak kabul edilerek, Avusturya Anayasa Mahkemesince eşler arası eşitlik ilkesine aykırı görülmemiştir.

Kişisel görüşüm bu tartışmaya hiç girilmesine imkân vermeden, eğer yasa koyucu tercihini ortak bir aile soyadının bulunması yönünde kullanacaksa, evlenme öncesinde nişanlıların bu konudaki tercihinin zorunlu olarak kullandırılmasıdır. Bu nedenle, evlenme başvurusuna ilişkin 136. maddeye bu yönde bir fıkranın eklenmesi uygun olur²²⁵.

Ayrıca, nişanlıların yaptıkları tercihten sonra, yine evlenme gerçekleşene kadar, kendi soyadı aile soyadı olarak seçilmeyen nişanlıya, bekârlık soyadını, aile soyadının önüne ekleme yetkisinin verilmesi de uygun olur.

Böylece hem ailenin ortak bir aile soyadına sahip olması sağlanmış olurken, diğer yandan da evlilik sırasındaki soyadı değişiklikleri önlenmiş olur. Bu ihtimalde çocukların soyadı da önemli bir sorun haline gelmez. Zira ortak çocuklar, ailenin ortak soyadını alacaktır.

Yapılacak değişiklikle birlikte, evliliğin ölümle sona ermesine ilişkin bir hükmün eklenmesi ve boşanmanın soyadına etkisine ilişkin 173. maddenin de yeniden kaleme alınması gerekir. Çocukların soyadına ilişkin hükümde dikkate alındığında, olması gereken düzenlemeye ilişkin Medeni Kanunun aşağıdaki maddelerinin belirtildiği biçimde değiştirilmesi uygun olur:

“II. Adın değiştirilmesi

Madde 27-

Ek fıkra: *Evlilik sırasında soyadı değişen eş, evliliğin eşinin ölümüyle sona ermesi halinde, ölümden itibaren bir yıl içinde nüfus memurluğuna başvurarak, evlenmeden önceki veya bekârlık soyadına dönmeyi istediğini bildirebilir. Bunun için haklı sebep veya önceki eşin rızası aranmaz.”*

224 Nitekim bu sistemin bir örneği Lihçestayn’da 1974 tarihli Evlilik Kanununun 44. maddesinde bulunmaktadır. Buna göre nişanlılar evlilik öncesinde hangi nişanlının soyadını kullanacaklarını bildirmekle yükümlüdür. Aksi halde evlilik gerçekleşmez. Kanun metni için bkz. <http://www.gesetze.li/Seite1.jsp?LGBIm=1974020>.

225 Nitekim İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi 27.09.2001 tarihli G.M.B. ve K.M. / İsviçre kararında, nişanlılara evlilik öncesinde, kadının soyadını ailenin ortak soyadı olarak seçebilme olanağının verilmesinin yeterli olduğu belirtilmiştir. Bkz. STURM s. 55.

“II. Belgeler

Madde 136-

Ek Fıkra: Başvuru sırasında ailenin ortak soyadının aşağıdaki alternatiflerden hangisi olacağı nişanlılarca bildirilir.

1. Erkeğin mevcut veya bekârlık soyadı,
2. Kadının mevcut veya bekârlık soyadı.”

“IV. Boşanan Eşin Soyadı

Madde 173- Boşanma halinde, evlenmeyle soyadı değişmiş bulunan eş, bekârlık soyadını yeniden alır. Fakat bu eş evlendiği sırada önceki evliliğinden gelen soyadını taşıyorsa, sonraki evliliğin sona ermesi üzerine nüfus memurluğuna yapacağı başvuruda, önceki evlenme sırasında kullandığı soyadını taşımayı istediğini bildirebilir. Bunun için haklı sebep veya önceki eşin rızası aranmaz.

Evlenmeyle soyadı değişmiş bulunan eş, evlilik sırasında kullandığı soyadını boşanma sonrasında da kullanmak istediğini nüfus memurluğuna bildirebilir. Bunun için haklı sebep veya eşinin izni aranmaz.

Birinci ve ikinci fıkralardaki bildirim, boşanma kararının kesinleşmesinden itibaren bir yıl içinde ileri sürülebilir.

İkinci fıkraya göre boşanmadan sonra da kullanılmaya devam edilen soyadının değiştirilmesi, ancak Medeni Kanununun 27. maddesi gereğince haklı sebeplerle, soyadını kullanan eş tarafından talep edilebilir.”

“III. Aile Soyadı

Madde 187- Nişanlılar, hangi nişanlının mevcut veya bekârlık soyadının ailenin ortak soyadı olarak kullanılacağı konusunda tercih hakkına sahiptir. Bu tercihin evlenme başvurusu sırasında 136. maddenin ikinci fıkrası hükmü gereğince birlikte yapılması zorunludur.

Soyadı, ailenin ortak soyadı olarak seçilmemiş olan nişanlı, en geç evlenme anına kadar mevcut veya bekârlık soyadının, evlenme üzerine kullanacağı soyadının önüne eklenmesini isteyebilir.”

“A. Soyadı

Madde 321- Evlilik içinde doğan çocuk, varsa ailenin ortak soyadını alır.

Evlilik dışında doğan çocuk, anasının; çocuğun doğumu sırasında kullandığı soyadını alır. Çocuğun doğduğu sırada anası evliyse ve bu sebeple soyadı değişmişse, çocuk ananın bekârlık soyadını alır.

Babasıyla olan soybağı tanıma veya mahkeme kararıyla kurulan evlilik dışı ve henüz ergin olmayan çocuğun babasının soyadını alması, velayetin babaya verilmiş olması ve haklı sebeplerin gerektirmesi halinde mümkündür.

Soybağının üçüncü fıkraya göre kurulduğu sırada çocuk erginse, çocuk bir yıllık süre içinde nüfus memurluğuna yapacağı başvuruyla, herhangi bir haklı sebebe gerek olmaksızın babasının soyadını almak istediğini bildirebilir. ”

Yukarıda da açıklandığı üzere, evlilik dışında doğmuş olan çocuğun, babasıyla arasında soybağı kurulmuş bile olsa, velayet annesinde kaldığı sürece çocuğun annesinin soyadını taşıması uygun olur.

Fakat bu hükümlere bir de geçiş hükümleri eklenmelidir²²⁶. Buna göre:

“Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte kurulmuş bulunan evliliklerde eşler, Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren 1 yıl içinde, nüfus memurluğuna birlikte başvurarak, kadının evlilik tarihindeki mevcut veya bekârlık soyadının ailenin ortak soyadı olarak kaydedilmesini talep edebilirler.

Bu durumda kocanın, birinci fıkrada belirtilen süre içinde, kendi soyadının, evlenme üzerine kullanacağı soyadının öniüne eklenmesini isteme hakkı da vardır.

Ailenin ortak soyadının birinci fıkraya göre değiştirilmesi, soyadını bunlardan alan ve değişiklik tarihinde ergin bulunmayan kişilerin soyadının da değişmesini sağlar. Ergin olanların soyadı, ancak aynı süre içinde buna rıza göstermeleri halinde mümkündür.”

2. Yasa koyucunun, tercihini, ortak bir aile soyadının zorunlu tutulmaması yönünde yapması:

Yasa koyucu, evlenme üzerine ortak bir aile soyadının bulunmasını zorunlu tutmayacaksa, en azından bu ihtimali bir alternatif olarak sunmalıdır. Buna göre, nişanlılara en geç evlenme anına kadar, hangi nişanlının soyadının ailenin ortak soyadı olacağını belirleme yetkisinin verilmesi uygun olur. Zorunlu aile soyadı bulunmayacaksa ve nişanlılar da ortak aile soyadını belirlememişlerse, her nişanlının mevcut soyadını devam ettirmesi gerekir.

Fakat bu ihtimalde, çocukların soyadının nasıl belirleneceği önemli bir sorundur. Aşağıda belirtildiği üzere, İsviçre ve Almanya hukuklarında, eşler farklı soyadları kullanmaya devam edecek olsalar bile, evlenme anına kadar çocuklar için hangi nişanlının soyadının kullanılacağını seçme görevi ve yetkisi verilmiştir. Bu nedenle benzer biçimde, eşler ayrı soyadı taşıyacak olsa bile, evlenme öncesinde, çocukların hangi nişanlının soyadını alacağı tespit edilmiş olmalıdır. Doğrudan nişanlılardan birinin soyadının, hiçbir alternatif sunulmadan çocuklara geçmesi eşitlik ilkesinin ihlali sayılır.

Bu kapsamda önerim şöyledir:

“II. Adın değiştirilmesi

Madde 27-

Ek fıkra: *Evlilik sırasında soyadı değişen eş, evliliğin eşinin ölümüyle sona ermesi halinde, ölümden itibaren bir yıl içinde nüfus memurluğuna başvurarak, evlenmeden önceki veya bekârlık soyadına dönmeyi istediğini bildirebilir. Bunun için haklı sebep veya önceki eşin rızası aranmaz.”*

226 Bu geçiş hükmünün ekleneceği en uygun yer, 4722 sayılı Türk Medeni Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanundur.

“II. Belgeler

Madde 136-

Ek Fıkra:

Başvuru sırasında ailenin ortak soyadının aşağıdaki alternatiflerden hangisi olacağı nişanlılarca bildirilir.

1. Erkeğin mevcut veya bekârlık soyadı,
2. Kadının mevcut veya bekârlık soyadı,

Nişanlılar ortak aile soyadı belirlenmeyecekse, hangi nişanlının mevcut soyadının çocukların soyadı olarak tercih edildiği nişanlılarca birlikte bildirilir.”

“IV. Boşanan Eşin Soyadı

***Madde 173-** Boşanma halinde, evlenmeyle soyadı değişmiş bulunan eş, bekârlık soyadını yeniden alır. Fakat bu eş evlendiği sırada, önceki evliliğinden gelen soyadını taşıyorsa, sonraki evliliğin sona ermesi üzerine nüfus memurluğuna yapacağı başvuruda, önceki evlenme sırasında kullandığı soyadını taşımayı istediğini bildirebilir. Bunun için haklı sebep veya önceki eşin rızası aranmaz.*

Evlenmeyle soyadı değişmiş bulunan eş, mevcut soyadını boşanma sonrasında da kullanmak istediğini, nüfus memurluğuna bildirebilir. Bunun için haklı sebep veya eşinin izni aranmaz.

Birinci ve ikinci fıkralardaki bildirim, boşanma kararının kesinleşmesinden itibaren bir yıl içinde ileri sürülebilir.

İkinci fıkraya göre boşanmadan sonra da kullanılmaya devam edilen soyadının değiştirilmesi, ancak Medeni Kanununun 27. maddesi gereğince haklı sebeplerle, soyadını kullanan eş tarafından talep edilebilir.”

“III. Aile soyadı

***Madde 187-** Nişanlılar, evlenme başvurusu sırasında, hangi nişanlının mevcut veya bekârlık soyadının ailenin ortak soyadı olarak kullanılacağı yönünde veya ortak soyadı kullanmama konusunda birlikte tercih hakkına sahiptir.*

Soyadı, ailenin ortak soyadı olarak seçilmemiş olan nişanlı, en geç evlenme anına kadar mevcut veya bekârlık soyadının, ailenin ortak soyadının önüne eklenmesini isteyebilir.

Nişanlılar ortak aile soyadı belirlenmeyecekse, hangi nişanlının mevcut soyadının çocukların soyadı olarak tercih edildiği evlenme başvurusu sırasında nişanlılarca birlikte bildirilir.”

“A. Soyadı

***Madde 321-** Evlilik içinde doğan çocuk, varsa ailenin ortak soyadını alır. Ailenin ortak soyadı yoksa çocuklar, nişanlıların evlilik başvurusu sırasında çocuklar için belirlediği soyadını alır.*

Evlilik dışında doğan çocuk, anasının; çocuğun doğumu sırasında kullandığı soyadını alır. Çocuğun doğduğu sırada anası evliyse ve bu sebeple soyadı değişmişse, çocuk ananın bekârlık soyadını alır.

Babasıyla olan soybağı tanıma veya mahkeme kararıyla kurulan evlilik dışı ve henüz ergin olmayan çocuğun babasının soyadını alması, velayetin babaya verilmiş olması ve haklı sebeplerin gerektirmesi halinde mümkündür.

Soybağının üçüncü fıkraya göre kurulduğu sırada çocuk erginse, çocuk bir yıllık süre içinde nüfus memurluğuna yapacağı başvuruyla, herhangi bir haklı sebebe gerek olmaksızın babasının soyadı almak istediğini bildirebilir. ”

Geçiş hükmü:

“Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte kurulmuş bulunan evliliklerde eşler, Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren 1 yıl içinde, nüfus memurluğuna birlikte başvurarak, kadının evlenme tarihindeki veya bekârlık soyadının ailenin ortak soyadı olarak kaydedilmesini talep edebilirler.

Kadının soyadı ile soyadı olarak kabul edilirse koca, kendi soyadının, ailenin ortak soyadının önüne eklenmesini isteyebilir.

Ailenin ortak soyadının birinci fıkraya göre değiştirilmesi, soyadını bunlardan alan ve değişiklik tarihinde ergin bulunmayan kişilerin soyadının da değişmesini sağlar. Ergin olanların soyadı, ancak aynı süre içinde buna rıza göstermeleri halinde mümkündür.

Eoli kadın birinci fıkrada belirtilen süre içinde nüfus memurluğuna başvurarak, evlenme tarihindeki mevcut veya bekârlık soyadını kullanmak istediğini bildirebilir. Bu durumda eşler aynı süre içinde birlikte başvurarak, ortak ve henüz ergin olmamış çocuklarının mevcut soyadının, kadın için seçilen soyadıyla değiştirilmesini isteyebilirler. Ergin olanların soyadı, ancak aynı süre içinde buna rıza göstermeleri halinde mümkündür.”

Sonuç

Soyadının doğal kazanım yolu doğumdur. Fakat soyadı kullanımının ilk kez getirildiği 1934 yılında, soyadının seçimiyle ilgili özel kurallar getirilmiştir. Uygulama alanı kalmamış bu hükümlerin, günümüzde soyadının değiştirilmesine bir etkisi yoktur. Bu nedenle, boşanma sonrasında haklı sebepler varsa çocuğun soyadının değiştirilmesi mümkündür. Anayasa Mahkemesinin, Soyadı Kanununun 1936 yılına kadar uygulanan bir hükmünün, buna engel gibi görüp iptaline karar vermesi hatalıdır.

Nüfus Hizmetleri Kanununun 2006 yılında yürürlüğe girmesiyle, babasıyla arasında soybağı ilişkisi kurulan evlilik dışında doğan çocukların, babasının soyadını alacağı esası getirilmiş ve Medeni Kanunun 321. maddesi örtülü olarak değiştirilmiştir. Buna rağmen Anayasa Mahkemesinin bu hükmü iptal etmesi yerinde olmamıştır.

Eşlerin ve çocukların soyadı konusunda, gelişmiş ülkelerde çok yakın tarihlere kadar önemli değişiklikler yapılarak, kadın erkek eşitliği sağlanmaya çalışılmıştır.

Soyadının İlk Kez Edinilmesi Kendiliğinden Değişmesi ve Değiştirilmesi

Bu konuda Anayasa Mahkemesi, yine yerinde olmayarak Medeni Kanununun 187. maddesini iptal etmekten kaçınmıştır. Bu aşamadan sonra söz konusu olan eşitsizlik, Türk toplumunun genel yapısı ve aile anlayışına uygun olarak eşitlik ilkesine göre yasa değişikliğiyle çözümlenmelidir.

Bu amaçla hazırlanan Taslak, ulaşılmak istenen standardın gerisinde kalmaktadır. Bu nedenle çok yakın bir tarihte İsviçre hukukunda yapıldığı üzere, tüm soyadı meselesini bütüncül biçimde ele alıp, eşitlikçi biçimde düzenlemek gerekmektedir.

KAYNAKÇA

ABİK, Yıldız: Kadının Soyadı ve Buna Bağlı Olarak Çocuğun Soyadı, Ankara 2005

ACABEY, Mehmet Beşir: Soybağı, Kurulması, Genel Olarak Sonuçları, Özellikle de Evlilik Dışında Doğan Çocukların Mirasçılığı, İzmir 2002

AEBI-MÜLLER, Regina Elisabeth: “Aktuelle Entwicklungen im Familienrecht” (Aktuelle Anwaltspraxis 2009, s.33-112)

AEBI-MÜLLER, Regina Elisabeth: “Aktuelle Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Familienrecht” (Jusletter 13. August 2012)

AKINTÜRK, Turgut: Türk Medeni Hukuku, C.II, Aile Hukuku, 11.Baskı, İstanbul 2008

AKKAYAN-YILDIRIM, Ayça: “Evlilik Dışı Çocuğun Soyadı ve 02.07.2009 Tarih 2005/114 E. 2009/105 K. Sayılı Anayasa Mahkemesi Kararının Bu Bağlamda Değerlendirilmesi” (Prof.Dr. Rona SEROZAN’a Armağan, C.I, İstanbul 2010, s.69-89)

AYDOĞDU, Murat: Çağdaş Hukuki Gelişmeler Işığında Evlat Edinme, İzmir 2006

BASLER KOMMENTAR, Zivilgesetzbuch I, Art.1-456 ZGB, Hrsg. Honsell, Heinrich / Vogt, Peter Nedim / Geiser, Thomas, 4.Aufl. Basel 2010 [yazar adı (BSK ZGB I)]

BAYGIN, Cem: Soybağı Hukuku, İstanbul 2010

BECK’SCHER ONLINE-KOMMENTAR BGB, Hrsg.Bamberger / Roth, Stand: 01.05.2012 [yazar adı (BeckOK BGB)]

BERNER KOMMENTAR ZUM SCHWEIZERISCHEN

ZİVİLGESETZBUCH, Band I: Einleitung und Personenrecht, 1. Abteilung: Einleitung Art.1-9 ZGB, Bern 2012 [Yazar adı (Berner Komm. ZGB)]

BİDERBOST, Yvo: “Findelkinder Gedanken zum Thema aus juristscher Sicht - hier und dort angereicherter durch die drei letztjaehrigen Faelle, insbesondere desjenigen im Zürcher Universitätsspital” (ZVW 1999, s.49-74)

BRAEM, Verena: Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, B.II/1c, Die Wirkungen der Ehe im allgemeinen, Art.155- 180 ZGB, 3.Aufl., Zürich 1998

BREITSCHMID, Peter: “Der Name des Kindes: Namenskontinuität odar Namenskoordination mit Betreuungssituation? Bemerkung zu BGE 132

III 497” (ZVW 2007, s.31-33)

BUCHER, Andreas: “Bundesgericht, II. Zivilabteilung, Urteil vom 2. November 2010, 5A_424/2010, i.S.C.Y.c. Departement de l’Interieur du canton de Vaud” (AJP 2011, s.845-849)

ÇAKIRCA, Seda İrem: “Kadın Erkek Eşitliği Açısından MK.m.187’nin Değerlendirilmesi” (Prof.Dr. Rona SEROZAN’a Armağan, C.I, İstanbul 2010, s.703-748)

DAS ALLGEMEINE BÜRGERLICHE GESETZBUCH, Band I ABGB, 37.Aufl. Hrsg. Helmuth Tades / Gerhard Hopt / Georg Kathrein / Johannes Stabentheiner, Wien 2009 (Tades / Hopt / Kathrein / Stabentheiner)

DURAL, Mustafa / ÖĞÜZ, Tufan / GÜMÜŞ, Mustafa Alper: Türk Özel Hukuku C.III, Aile Hukuku, İstanbul 2008

DURAL, Mustafa / ÖĞÜZ, Tufan: Türk Özel Hukuku C.II, Kişiler Hukuku, İstanbul 2006

EKŞİ, Nuray: “Medeni Kanununun Kadının Soyadına İlişkin Hükmünün AİHS. Anayasa, Cedaw ve Möhuk Kapsamında Değerlendirilmesi” (Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayısı, 2011/II - 2012/I, Prof.Dr. Erhan ADAL’a Armağan, İstanbul 2012, s.311-331)

FAMKOMMENTAR, Scheidung B.I: ZGB, Hrsg. Ingeborg Schwenzer, 2.Aufl, Bern 2011 [Yazar adı (FamKomm)]

FASSBIND, Patrick / SPRING, Monika: “Revisionbedürftiges Namensrecht” (SJZ 2007, s.265-271)

FASSBIND, Patrick: “Bestimmung des Familiennamens der Kinder verheirateter Eltern de lege ferenda” (AJP 2008, s.1021-1028)

GENÇ-ARIDEMİR, Arzu: “Tanıma Yola ile Kurulan Soybağı” (Prof. Dr. Zahit İMRE’ye Armağan, İstanbul 2009, s.1-37)

GENÇ-ARIDEMİR, Arzu: “Türk Hukukunda Anne ve Babası Evli Olan Çocuğun Soyadı ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar” (Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayısı, 2011/II - 2012/I, Prof.Dr. Erhan ADAL’a Armağan, İstanbul 2012, s.731-753)

HAEBERLI, Thomas / MEIER, Philippe: “Übersicht zur Rechtsprechung im Kindes- und Vormundschaftsrecht (November 2010 bis Februar 2011)” (ZKE 2011, s.137-160)

HAEBERLI, Thomas / MEIER, Philippe: “Übersicht zur Rechtsprechung im Kindes- und Vormundschaftsrecht (Juli bis Oktober 2010)” (ZKE 2010, s.462-480)

HAEFLIGER, Rolf: Die Namensänderung nach Art.30 ZGB, Zürich 1996

HANDKOMMENTAR ZUM SCHWEIZER PRIVATRECHT, Personen- und Familienrecht inkl. Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, 2.Aufl. Hrsg. Peter Breitschmid / Alexandra Rumo-Jungo, Zürich 2012 [yazar adı (HandKoom)]

HAUSHEER, Heinz / GEISER, Thomas / AEBI-MÜLLER, Regina Elisabeth: Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuch, 4.Aufl. Bern 2010

HAUSHEER, Heinz / REUSSER, Ruth / GEISER, Thomas: Berner Kommentar zum Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, Band II; 1. Abt. Das Ehe-recht; 2. Teilband Die Wirkungen der Ehe im allgemeinen, Art.159-189 ZGB; Bern 1999

HAUSHEER, Heinz: “ *Die Familie im Wechselspiel von Gesellschaftsentwicklung und Recht*” (ZBJV 2003, s.585-636)

HEGNAUER, Cyril / BREITSCHMID, Peter: Grundriss des Eherechts, 4. Aufl. Bern 2000

HEGNAUER, Cyril: “ *‘Neues Namensrecht in Sicht - Für eine überzeugende und zeitgemaesse Neuordnung*” (NZZ Nr.217 19.09.2007, s.20)

HEGNAUER, Cyril: “ *Vom Treten an Ort beim Namensrecht: Der Nationalrat und Europäische Menschenrechtskonvention*” (NZZ Nr.85 14.04.2009, s.11)

HEGNAUER, Cyril: Berner Kommentar zum Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, Band II, 2. Abt. Die Verwandtschaft; 2. Teilband Die Wirkungen des Kindesverhaeltnisses; 1. Unterteilband Die Gemeinschaft der Eltern und Kinder, Art.270-275 ZGB; Die Unterhaltspflicht der Eltern, Art.276-295 ZGB, Bern 1997

HEGNAUER, Cyril: Berner Kommentar zum Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, Band II, 2. Abt. Die Verwandtschaft; 1. Teilband Die Entstehung des Kindesverhaeltnisses Art.252-269c ZGB; Bern 1984

HEGNAUER, Cyril: Grundriss des Kindesrecht und des übrigen Verwandtschaftsrecht, 5.Aufl. Bern 1999 (Kindesrecht)

HOFER, Sibylle / HRUBESCH-MILLAUER, Stephanie /

ROBERTO, Vito: Einleitungsartikel und Personenrecht, Bern 2011 [Yazar adı (Einleitungsartikel und Personenrecht)]

HRUBESCH-MILLAUER, Stephanie / WYSS, Dominic: “*Rechtsprechungübersicht des Bundesgerichts (Auswahl) im Jahr 2010 und 2011 im Bereich des Personenrechts*” (AJP 2012, s.1017-1025)

HÜRLIMANN-KAUP, Bettina / SCHMID, Jörg: Einleitungsartikel des ZGB und Personenrecht, 2.Aufl. Zürich 2010

KOMMENTAR ZUM EHE- UND PARTNERSCHAFTSRECHT, Hrsg. Edwin Gitschthaler / Johann Höllwerth, Wien 2011 [yazar adı (Kommentar zum Ehe- und Partnerschaftsrecht)]

KOMMENTAR ZUM EHEGESETZ, Hrsg. Edwin Gitschthaler / Johann Höllwerth, Wien 2008 [yazar adı (Kommentar zum Ehegesetz)]

KURZKOMMENTAR ZUM ABGB, Hrsg. Koziol, Helmut / Bydlinski, Peter / Bollenberg, Raimung, 3.Aufl. Wien 2010 [yazar adı (Kurzkomm. zum ABGB)]

KURZKOMMERTAR ZUM SCHWEIZERISCHES ZIVILGESETZBUCH, Hrsg. Andrea Büchler / Dominipue Jakob, Basel 2012 [yazar adı (Kurzkomm ZGB)]

LEVANTE, von Marco: "Namensaenderung in der Rechtsprechung des Bundesgerichts" (ZZW 2007, s.65-73)

MONTAVON, Pascal: "Die persönlichen und die güterrechtlichen Auswirkungen der Scheidung" (TRES 2001, s.380-390)

MÜLLER, Paul: Die Namensänderung nach Art.30 ZGB, Zürich 1972

MÜNCHENER KOMMENTAR ZUM BGB, 5.Aufl. 2010 [yazar adı (Münchener Kommentar zum BGB 5. Aufl.)]

MÜNCHENER KOMMENTAR ZUM BGB, 6.Aufl. 2012 [yazar adı (Münchener Kommentar zum BGB 6. Aufl.)]

OĞUZMAN, M. Kemal / SELİÇİ, Özer / OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe: Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), 11.Baskı, İstanbul 2011

OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe: "Aile Hukukunda Eşitliğe Aykırı Hükümler" (Prof.Dr. Zahit İMRE'ye Armağan, İstanbul 2009, s.289-305)

ÖZDAMAR, Demet: Türk Hukukunda, Özellikle Türk Medeni Kanunu Hükümleri Karşısında Kadının Hukuki Durumu, Ankara 2002

ÖZTAN, Bilge: Aile Hukuku, 5.Baskı, Ankara 2004

PRÜTTING / WEGEN / WEINREICH BGB KOMMENTAR, 5. Aufl. 2010 [yazar adı (PWW BGB Komm.)]

RIEMER, Hans Michael / RIEMER-KAFKA, Gabriela: "Entwicklungen im Personenrecht (natürliche Personen)" (SJZ 2002, s.471- 474)

RUMO-JUNGO, Alexandra: "Das neue Namensrecht - ein Diskussionbeitrag" (ZVW 2001, s.167-178)

RÜFENACHT, Michael: "Praxis des Bundesgerichts zur Namensänderung beim Scheidungskind" (recht 2005, s.62-65)

SEROZAN, Rona: "Soybağı Hukuku Üzerine Çeşitlemeler" (Prof.Dr. Bilge Öztan'a Armağan, Ankara 2008, s.759-777)

SEROZAN, Rona: Medeni Hukuk, Genel Bölüm / Kişiler Hukuku, İstanbul 2011 (Medeni Hukuk)

STRAZS, Anna: "Weiterführung des bisherigen Familiennamens im Rahmen einer Erwachsenenadoption" (ius.focus 2011/3, s.5)

STURM,Fritz: "Verschlungene Wege derSchweizerNamensrechtsreform - Wo stehen wir heute?" (Familie, Erbe, Name, Hrsg. Dieter Henrich / Erik Jayme / Fritz Sturm, Frankfurt am Main 2010, s.37-70)

SUTTER-SOMM, Thomas / KOBEL, Felix: Familienrecht, Zürich 2009

THURNHEER, Simon: "Die Namensänderung in England und der Schweiz" (Jus-letter 6. Februar 2012)

TUOR, Peter / SCHNEIDER, Bernhard / SCHMID, Jörg / RUMO- JUNGO, Alexandra: *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch*, 13.Aufl. Zürich 2009

van der MEER, Jens / PERREN, Ruben: *Repetitorium Personenrecht*, 2.Aufl. Zürich 2011

ZEVKLİLER, Aydın / ACABEY, Mehmet Beşir / GÖKYAYLA, Kadir Emre: *Medeni Hukuk*, 6. Baskı, Ankara 2000

Ek: İsviçre Medeni Kanununun 30.11.2011 tarihinde kanunlaşp, 01.01.2013 tarihinde yürürlüğe girecek olan soyadına ilişkin hükümlerinin tercümesi

<i>İsviçre Medeni Kanunu</i>	
<i>Yürürlükteki hükümler</i>	<i>01.01.2013 tarihinde yürürlüğe girecek olan hükümler</i>
<p>2. Adın değiştirilmesi Madde 30 Yerleşim yerinin kanton yönetimi, haklı sebeplerin bulunması halinde, ad değiştirilmesine izin verebilir.</p> <p>Nişanlıların, kadının soyadının aile soyadı olarak kullanılması yönündeki başvurularına, ciddi sebeplerin bulunması halinde izin verilir</p> <p>Adın değiştirilmesinden zarar gören kimse, bunu öğrendiği günden başlayarak bir yıl içinde değiştirme kararının kaldırılmasını dava edebilir.</p>	<p>2. Adın değiştirilmesi a. Genel olarak Madde 30 Yerleşim yerinin kanton yönetimi, ciddi sebeplerin bulunması halinde, ad değiştirilmesine izin verebilir. İkinci fıkra kaldırılmıştır.</p> <p>Adın değiştirilmesinden zarar gören kimse, bunu öğrendiği günden başlayarak bir yıl içinde değiştirme kararının kaldırılmasını dava edebilir. b. Eşlerden birinin ölmesi halinde</p> <p>Madde 30 a Eşlerden birinin ölmesi üzerine, diğeri, evlenmeyle soyadının değişmiş olması halinde, evlendirme memurluğuna her zaman yapabileceği başvuruyla, yeniden bekârlık soyadını kullanmak istediğini açıklayabilir.</p>

Soyadının İlk Kez Edinilmesi Kendiliğinden Değişmesi ve Değiştirilmesi

<p>A. Boşanan eşlerin hukuki durumu Madde 119 Soyadı değişmiş olan eş, evlenmeye kazandığı soyadını; boşanma kararının kesinleşmesinden itibaren bir yıl içinde nüfus memurluğuna yapabileceği başvuruyla, bekârlık soyadını (doğum soyadını) veya evlenmeden önceki soyadını kullanmak istediğini bildirmezse, korur.</p> <p>Vatandaşlık hakları boşanmadan etkilenmez.</p>	<p>A. Soyadı Madde 119 Soyadı değişmiş olan eş, evlenmeye kazandığı soyadını boyanmadan sonra da korur; fakat nüfus memurluğuna her zaman yapabileceği başvuruyla, bekârlık soyadını yeniden kullanmak istediğini bildirebilir.</p>
<p>B. Aile soyadı Medde 160 Kocanın soyadı, eşlerin aile soyadıdır.</p> <p>Fakat kadın nişanlı, nüfus memurluğuna yapacağı başvuruyla, mevcut soyadını, aile soyadının önüne eklemek istediğini bildirebilir.</p> <p>Daha önce iki soyadı kullanan kadın, bu haktan sadece bir soyadı için yararlanabilir.</p>	<p>B. Soyadı Madde 160 Her eş, kendi soyadını muhafaza eder.</p> <p>Fakat nişanlılar, nüfus memurluğuna başvurarak, kadının veya erkeğin bekârlık soyadının aile soyadı olarak kullanılacağını istediklerini bildirebilirler.</p> <p>Nişanlılar kendi soyadlarını muhafaza edeceklerse, çocuklarının hangi nişanlının bekârlık soyadını taşıyacağını tespit ederler. Haklı sebeplerin varlığı halinde, nüfus memurluğu, nişanlıları bu yükümlükten muaf tutabilir.</p>

<p>A. Soyadı Art. 270 Ana-baba birbiriyle evliyse, çocuk onların aile soyadını alır. Birbirleriyle evli değilse, çocuk annesinin soyadını ya da anne önceki evliliğinden dolayı çifte soyadı taşıyorsa, ilkinin alır.</p>	<p>A. Soyadı I. Evli ana babanın çocuğu Madde 270 Ana-baba birbiriyle evliyse ve farklı soyadlarını taşıyorlarsa çocuk, ana-babanın evlilik sırasında ortak çocukların soyadı için belirledikleri eşin bekârlık soyadını alır. Ana-baba, ilk çocuğun doğumundan itibaren bir yıl içinde birlikte, çocuğun diğer eşin bekârlık soyadını taşımamasını isteyebilirler. Ana-baba ortak soyadı kullanıyorlarsa, çocuklar bu soyadını alır. II. Evli olmayan ana-babanın çocuğu Art. 270a Ana-baba birbiriyle evli değilse, çocuk annesinin bekarlık soyadını alır. Vesayet makamı, velayeti ana-babaya birlikte vermişse, bunlar nüfus memurluğuna bir yıl içinde, çocuğun babanın bekârlık soyadını taşıyacağını bildirebilirler. Velayetin sadece babaya bırakılması halinde, baba aynı açıklamayı yapabilir. III. Çocuğun onayı Madde 270 b Çocuk onikinci yaşını doldurmuşsa, onun soyadı, ancak buna rıza vermesiyle değişebilir.</p>
---	--

Söz konusu değişikliklere ilişkin geçiş hükümleri de şöyle düzenlenmiştir:

2. Soyadı

Madde 8a

20 Eylül 2011 tarihli bu Kanunun yürürlüğe girmesinden önce evlilik sırasında soyadı değişmiş olan eş, nüfus memurluğuna her zaman başvurarak, yeniden bekârlık soyadını taşımak istediğini açıklayabilir.

IVquater. Çocukların soyadı

Madde 13d

Eşler, 30 Eylül 2011 tarihli bu Kanunun yürürlüğe girmesinden sonra, bu bölümün 8a maddesindeki açıklama (başvuru) nedeniyle artık ortak soyadı taşımayacaklarsa; eşler bu yeni Kanunun yürürlüğe girmesinden itibaren bir yıl içinde, çocukların anılan açıklama-yı yapan eşin bekârlık soyadını taşıyacağını açıklayabilirler.

30 Eylül 2011 tarihli bu Kanunun yürürlüğe girmesinden önce velayet, birbirleriyle evli olmayan ebeveynlere birlikte veya sadece babaya verilmişse; 270a maddesinin 2. ve 3. fıkralarında öngörülen açıklama, Kanunun yürürlüğe girmesinden itibaren bir yıl içinde yapılabilir.

Çocuğun rızasına ilişkin 270b hükmü saklıdır.

(52. Makale - 2013)

Yaşar SALİHPAŞAOĞLU

*Özel Hayatın Kapsamı: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında
Bir Değerlendirme**

* Yaşar Salihpaşaoğlu, “Özel Hayatın Kapsamı: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında Bir Değerlendirme”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 2013, Cilt 17, Sayı 3, 227 – 266.

ÖZEL HAYATIN KAPSAMI: AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ İÇTİHATLARI IŞIĞINDA BİR DEĞERLENDİRME

Yaşar SALİHPAŞAOĞLU*

ÖZET

Özel hayat ile ilgili olarak en çok dile getirilen şikâyet, bu kavramın tanımlanmasının zorluğuna ve kapsamının belirsizliğine ilişkindir. Birçok uluslararası ve ulusal belgede özel hayatın gizliliği hakkının tanınmasına rağmen tanımlanmaması bunun en açık göstergesidir. Özel hayatın gizliliği hakkını tanıyan ama tanımlamayan uluslararası belgelerden biri olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin uygulayıcısı konumundaki Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de birçok kararında “Mahkeme, özel hayat kavramının tam olarak tanımlanmasının mümkün olduğu ya da böyle bir gayretin gerekli olduğu kanaatinde değildir.” diyerek onu tanımlamaktan kaçınmıştır. Bunun yerine verdiği kararlarla özel hayatın kapsamını belirlemiştir. Buna göre; kişinin adı, soyadı, cinsiyet kimliği, etnik kimliği, yaşam biçimi, görüntüsü, onur ve şöhreti, fiziksel ve psikolojik bütünlüğü, cinsel hayatı ve kişisel verileri özel hayata dâhil hususlar içinde yer alır.

Anahtar Kelimeler: Özel Hayat, Kişinin Kimliği, Onur ve Şöhret, Kişisel Veriler, Fiziksel ve Psikolojik Bütünlük, Cinsel Hayat

THE SCOPE OF PRIVATE LIFE: AN ASSESSMENT IN THE LIGHT OF THE CASE LAW OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

ABSTRACT

Private life is a complex and broad concept, so it is difficult to define it and determine its scope. For this reason it is not defined although it is recognized as a human right in many national and international documents. For instance, The Universal Declaration of Human Rights and European Convention on Human Rights recognizes the right of private life but doesn't define it. Human Rights Court has also never offered a clear and precise definition of what is meant by private life. Because “the Court does not consider it possible or necessary to attempt an exhaustive definition of the notion of private life.” Instead, the Court determined the scope of private life by judgments. According to the Court's case law, private life covers name, surname, gender and ethnic identification, lifestyle, image, honour and reputation, personal data, physical and moral integrity and sexual life.

Keywords: Private Life, Personal Identification, Honour and Reputation, Personal Data, Physical and Moral Integrity, Sexual Life

* Yrd. Doç. Dr., Gazi Üniv. Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

I. GİRİŞ

Norbert Elias ve Richard Sennett içinde yaşadığımız mekânın özel ve kamusal alan olmak üzere ikiye bölünmesinin uygarlaşma sürecinin nispeten geç bir ürünü olduğunu ileri sürseler de¹ antropolojik araştırmalar, çeşitli dinlerde yer alan hükümler ve bazı hukuk kuralları özel hayatın bir yönünü oluşturan mahremiyet olgusunun tüm insanlar ve zamanlar için geçerli bir durum olduğunu ortaya koymaktadır².

Bölme duvarları ve paravanları olmayan büyük evlerde oturan ilkel topluluklarda bile “hayali duvarlar” aracılığı ile oluşturulmuş soyut bir mahrem alan vardır³. Peru'nun kuzeydoğusunda böyle evlerde yaşayan Yagualar ve Laos'taki Lametler buna verilebilecek ilginç örneklerdir. Yagualarda, duvar ve paravanlarla bölünmemiş büyük evlerde yaşayan bir kişi özel bir alan oluşturmak istediğinde, yüzünü evin duvarına döner. Yüzünü evin duvarına dönen adam, kadın ya da çocuk, diğerleri için artık “*mevcut değildir*”. Evdeki hiç kimse ona bakmaz onu gözetlemez, ne kadar acil olursa olsun ona hitap etmez⁴. Laos'taki Lametlerde ise bir ziyaretçinin asla aşmaması gereken hayali “tabu çizgileri” vardır⁵. Yine benzer evlerde yaşayan Mehinakularda da mahremiyet az bulunan çok değerli bir şeydir. Yabancı bir eve ya da aynı evde yaşayan başka bir ailenin alanına izin almaksızın elini kolunu sallayarak girmek ayıp karşılanır⁶. Bu örnekler, ilkel topluluklarda kişiyi (artık mevcut olmayanı) diğerlerinin bakışlarından tamamen koruyan mükemmel bir özel alan olduğunu değil; ama ilkel topluluklarda bile bir özel alana duyulan şiddetli ihtiyacı gösterir⁷.

Dinlerde ise özel alan ve özel alana saygı çok daha net ve somuttur. Özellikle Musevilik ve İslâm'ın kutsal kabul edilen metinlerinde bu konuda açık hükümler yer almaktadır. İzinsiz olarak bir eve ya da odaya girmeyi hatta bakmayı yasaklayan ayet⁸ ve hadisler⁹ bu konuda verilebilecek birçok örnekten sadece birkaçıdır.

1 Bkz. *Elias*, N.: Uygurlık Süreci, Cilt:1, 2. Baskı, Çev.: Ender ATEŞMAN, İstanbul, 2002, s. 269 vd.; *Sennett*, R.: Kamusal İnsanın Çöküşü, 3. Basım, Çev. Serpil DURAK&Abdullah YILMAZ, İstanbul, 2010, s. 35 vd.

2 *Moore*, B.: Privacy: Studies in Social and Cultural History, New York, 1984, s.276.

3 *Duerr*, H. P.: Uygurlaşma Sürecinin Miti: I, Çıplaklık ve Utanç, Çeviren: Tarhan ONUR, Ankara, 1999, s.147.

4 Bkz. *Fejos*, P.: Ethnography of the Yagua, New York, 1943, s.87.

5 *Duerr*, s.150.

6 *Duerr*, s.148.

7 *Duerr*, s.148, 150.

8 “Ey iman edenler! Kendi evleriniz dışındaki evlere, sahiplerinden izin isteyip onlara selam vermeden girmeyiniz..” (Nur Sûresi, 27. Ayet), “Ey iman edenler! Ellerinizin altında bulunan köle ve hizmetçileriniz ile içinizden henüz bülûğa ermemiş çocuklarınız, odanıza girmek için şu üç vakitte sizden izin istesinler: Sabah namazından önce, öğle vakti istirahat için elbiselerinizi çıkardığınız zaman ve bir de yatsı namazından sonra.” (Nur Sûresi, 58. Ayet). Bkz. *Yıldırım*, S.: Kur’ân-ı Hakîm ve Açıklamalı Meali, İstanbul, 2008, s.351, 356.

9 “Benim Allah'ın Rasulü olduğuma şahitlik eden izin almadan ve selam vermeden başkasının evine girmesin; izin almadan evin içine bakınca girmiş sayılır... ve o Rabbine âsi olmuştur. Buhârî, el-Edebu'l-müfred, *Kahraman*, A.: İslam Hukuk ve Ahlak İlkeleri Işığında Özel Hayatın Gizliliği (Mahremiyet), Ankara, 2008, s.162'den naklen.

İngiltere'de 1361 yılında çıkarılan "Justices of the Peace Act" ile sulh yargıcına başkalarını gizlice dinleyen ve izleyen insanları tutuklama yetkisi verilmesi¹⁰, özel hayat olgusunun hukuk tarafından korunmasının da yeni olmadığını ortaya koymaktadır. Bununla birlikte özel hayat kavramının bir hak olarak ele alınması çok daha yenidir. Bunda 1890 yılında Amerika'da Harvard Law Review'de yayımlanan ve Samuel D. Warren-Louis D. Brandeis tarafından kaleme alınan "The Right to Privacy" (Mahremiyet Hakkı) isimli makalenin büyük etkisi vardır¹¹. Özel hayatın gizliliği hakkının "the right to be let alone" (yalnız kalabilme hakkı)¹² olarak tanımlandığı bu makalenin yazılmasına büyük oranda fotoğrafçılığın ve basının ortaya çıkması ve yaygınlaşması neden olmuştur¹³.

Ancak bu konudaki en önemli gelişme, uluslararası düzeyde oluşturulmuş kuruluşların kabul ettiği belge ve sözleşmelerde bu hakka yer verilmesidir. Çünkü Birleşmiş Milletler Genel Kurulunun, 10 Aralık 1948 tarihli ve 217A(III) sayılı kararıyla kabul edilen İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi (The Universal Declaration of Human Rights)¹⁴, Avrupa Konseyine üye devletlerin Dışişleri Bakanları tarafından 4 Kasım 1950 tarihinde imzalanan ve 3 Eylül 1953 tarihinde yürürlüğe giren İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi (Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms)¹⁵, 16

- 10 Bkz. Michael, J.: Privacy And Human Rights: An International and Comparative Study, with Special Reference to Development in Information Technology, Paris, 1994, s.15.
- 11 Oppenheimer, W. D.: "Television and the Right of Privacy", *Journal of Broadcasting*, Volume:1, 1956-1957, s.194; Mills, R. W.: "Radio, Television and the Right of Privacy", *Journal of Broadcasting*, Volume: 13, 1968-1969, No:1, s.52; Mckaig, D. L.: "Public Interest as a Limitation of the Right to Privacy", *Kentucky Law Journal*, Volume:41, 1952-1953, s.126; Lundsgaarde, H. P.: "Privacy: An Anthropological Perspective on the Right to be Let Alone", *Houston Law Review*, Volume: 8, 1970-1971, s.861; Workman, R. D.: "Balancing the Right to Privacy and the First Amendment", *Houston Law Review*, Volume:29, 1992, s.1061.
- 12 Özel hayatın gizliliği hakkını "yalnız olabilme hakkı" olarak ilk ifade eden hâkim Thomas M. Cooley'dir. *Lundsgaarde*, s.861.
- 13 Bu makalede, özel hayatın gizliliği hakkı gerekçe gösterilerek kamu yararına olan yayınların ve iletişimin yasaklanamayacağı, yapılan yayımın doğru olmasının ve yayımın kötü niyetle yapılmasının savunma aracı olamayacağı, kişisel rızanın dava açma hakkını ortadan kaldıracığı gibi günümüzde de geçerli temel ilkeler ortaya konulmuştur. Bkz. Warren, S. D.- Brandeis, L. D.: "The Right to Privacy", *Harvard Law Review*, Volume: IV, No: 5, 1980, s.214, 217, 218.
- 14 Beyannamenin 12. maddesine göre, "Kimsenin mahremiyetine(privacy), ailesine, konutuna ya da haberleşmesine keyfi olarak müdahale edilemez, onur ve saygınlığına saldırlamaz. Herkesin bu gibi karışma ve saldırılara karşı kanun tarafından korunma hakkı vardır." Beyannamenin İngilizce metni için bkz. (<http://www.un.org/en/documents/udhr/index.shtml#a11>, erişim 24.02.2013). Beyannamenin Türkçe metni için bkz. Resmî Gazete, Tarih: 27.05.1949, sayı:7217; Çeçen, A.: İnsan Hakları, Genişletilmiş Üçüncü Basım, Ankara, 2000, s.339-347; Gündüz, A.: Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Teşkilatlar Hakkında Temel Metinler, Gözden geçirilmiş 2. Baskı, İstanbul, 1994, s.181-185; Gemalmaz, M. S.: Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri, II. Cilt, Uluslararası Sistemler, İstanbul, 2011, s. 4-19. İngilizce metni için bkz. (<http://www.un.org/en/documents/udhr/>, erişim 01.03.2010).
- 15 Kısaca "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi" olarak adlandırılan bu Sözleşmenin 8. maddesine göre, "Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu otoritesinin müdahalesi, ancak ulusal güvenlik, kamu emniyeti, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için, demokratik bir toplumda, zorunlu olan ölçüde ve yasayla öngörülmüş olmak koşuluyla söz konusu olabilir." Gözübüyük, A. Ş. - Gölcüklü, F.: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulanması, 9. Bası, Ankara, 2011, s.450-451. Günümüze kadar birçok değişikliğe uğramış olan

Aralık 1966 tarihinde New York'ta kabul edilen ve 23 Mart 1976'da yürürlüğe giren Medeni ve Siyasi Haklara Dair Uluslararası Sözleşme¹⁶, çokuluslu özel hayat yönergeleri¹⁷, direktifler¹⁸ ve çerçeveler¹⁹ bu hakkın çok sayıda devletin iç hukukuna girmesine neden olmuştur²⁰.

Bugün özel hayat dünya çapında büyük önem arz eden bir meseledir. Neredeyse tüm devletler, anayasalar ve mahkeme kararları özel hayatı korumaya çalışır. Anayasa hukuku açısından özel hayat temel bir haktır. Amerikan Anayasası açıkça “özel hayat” ya da “mahremiyet” sözcüğünden bahsetmese de evin kutsiyetini ve devletin müdahalesi karşısında iletişimin gizliliğini korur²¹. Yüksek Mahkeme, 4. Değişiklik(Amendment), bir kişinin sahip olduğu “makul özel hayat beklentisine”²² hükümet tarafından yapılacak müdahalelere karşı koruduğunu dile getirmiştir. Yüksek Mahkeme verdiği kararlarla, Anayasanın, insanların cinsel ilişkilerini gerçekleştirdikleri ve kişisel verilerinin yer aldığı “bir özel hayat bölgesi” çizdiğini ve bu alanda insanların doğum kontrolüne ve sağlıklarına yönelik devletin haksız müdahalelerine karşı korunduğunu ortaya koymuştur²³.

ABD dışındaki birçok devlet anayasasında da bu hak garanti altına alınmıştır. Örneğin; Brezilya Anayasası m. 5, “mahremiyet, özel hayat, onur ve insanların görünüşü dokunulmazdır”²⁴; Finlandiya Anayasası m. 10, “herkesin özel hayatı, onuru ve konutunun kutsallığı garanti altındadır...”²⁵; Gürcistan Anayasası m. 20, “herkesin özel hayatı... dokunulmazdır”²⁶; Güney Afrika Anayasası m.14 “herkesin özel hayat hakkı

Sözleşmenin ilk resmî çevirisi için bkz. Resmî Gazete, Tarih: 19.03.1954, Sayı: 8662.

- 16 Sözleşmenin 17. maddesine göre, “Kimsenin mahremiyetine(privacy), ailesine, konutuna ya da haberleşmesine keyfi ya da kanunsuz olarak müdahale edilemez, onur ve saygınlığına kanunsuz saldırılarda bulunulamaz.” Sözleşmenin İngilizce metni için bkz. (<http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b3aa0.html>, erişim 24.02.2013).
- 17 Örneğin, 1980 tarihli OECD Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data.
- 18 Örneğin, 1995 European Union Data Protection Directive.
- 19 Örneğin, 2004 APEC Privacy Framework.
- 20 Solove, D. J.: Understanding Privacy, Harvard University Press, 2008, s.3.
- 21 Solove, s.2. 3. Değişiklik: “Hiç bir asker, barış zamanında sahibinin rızası olmadan; savaş zamanında da yasanın belirlediği şekle uyulmadan, bir eve yerleştirilmeyecektir.” 4. Değişiklik: “Kişilerin üstleri, coleri, belgeleri ve eşyaları makul olmayan aramalara ve el koymalara karşı korunacak ve bu yetkiyi veren müzekkere mutlaka muhtemel bir nedene dayanacak, yemin ve beyanla desteklenecek, özellikle aranacak yer ve tutuklanacak kişi ya da el konacak eşyalar belirlenecektir.”
- 22 Yüksek Mahkeme tarafından günümüzde de kullanılan “makul özel hayat beklentisi” kriteri ilk olarak 1967 yılında Katz v. United States davasında Yargıç Harlan tarafından yazılan “mutabık görüş”te kullanılmıştır. Bkz. Katz v. United States, 389 U.S. 347 (1967). Söz konusu karar için bkz. (<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/389/347/case.html>, erişim 26.02.2013).
- 23 Solove, s.3. Bkz. Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479 (1965); Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973); Lawrence v. Texas, 539 U.S. 558 (2003).
- 24 (<http://www.unhcr.org/refworld/country,,NATLEGBOD,,BRA,,4c4820bf2,0.html>, erişim 26.02.2013)
- 25 (<http://www.unhcr.org/refworld/country,,NATLEGBOD,,FIN,,4e5cf5f12,0.html>, erişim 26.02.2013)
- 26 (<http://www.unhcr.org/refworld/country,,NATLEGBOD,,GEO,,3ae6b5b10,0.html>, erişim 26.02.2013)

vardır"²⁷, Güney Kore Anayasası m.17, "hiç kimsenin özel hayatı ihlal edilemez"²⁸; Türkiye Cumhuriyeti Anayasası m.20, "Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz."

Özel hayat hakkına anayasalarında açıkça yer vermeyen Kanada, Fransa, Japonya ve Hindistan gibi birçok ülke mahkeme kararları ile bu hakkı üstü kapalı olarak bir anayasal hak olarak kabul etmiştir²⁹.

Birçok ülke özel hayatın korunmasını yasalarla da güvenceye almıştır. Avusturya'nın 1988 tarihli "Özel Hayat Kanunu", Danimarka'nın 2000 tarihli "Kişisel Verilerin İşlenmesi Kanunu", Kanada'nın 2000 tarihli "Kişisel Bilgilerin Korunması ve Elektronik Belgeler Kanunu", Japonya'nın 2003 tarihli "Kişisel Bilgilerin Korunması", bunlara verilebilecek birçok örnekten sadece bazılarıdır³⁰. Amerika Birleşik Devletleri'nde de yüzlerce düzenleme ile özel hayat korunmaktadır. 1970'den beri Kongre onlarca düzenleme yaparak hükümet kayıtlarının, öğrenci kayıtlarının, ekonomik bilgilerin, elektronik iletişimin, video kiralama verilerinin ve sürücü kayıtlarının diğer birçok şeyle birlikte gizliliğini koruma altına almıştır³¹.

Tüm bunlar özel hayatın önemi ve korunması konusunda dünya çapında bir uzlaşmanın olduğunu ortaya koymaktadır. Ancak yasal koruma özel hayat kavramına bağlıdır ve bu konuda ciddi bir kafa karışıklığı vardır³².

II. TERİM SORUNU

Gündelik dilde, felsefede, sosyolojide, siyasette ve hukukta kullanılan "özel hayat" terimi için İngilizcede "private life", Fransızcada "vie privée"³³. İspanyolcada "vida privada"³⁴, Almancada "privatleben"³⁵, İtalyancada "vita privata"³⁶ sözcükleri kullanılmaktadır. "Kamusal hayattan ayrılmış, kişiye özgü" anlamlarına gelen Latince "pri-

27 (<http://www.info.gov.za/documents/constitution/1996/96cons2.htm#14>, erişim 26.02.2013)

28 (<http://www.unhcr.org/refworld/topic,4565c2252,459d2ecd2,3ae6b4dd14,0,NATLEGBOD,LEGISLATION,KOR.html>, erişim 26.02.2013)

29 Bu konuda geniş bilgi için bkz. *Solove*, dipnot 15.

30 Ülkelerin bu konudaki düzenlemeleri için bkz. (<http://www.privereal.org/content/dp/countries.php>, erişim 26.02.2013)

31 Bu konuda geniş bilgi için bkz. *Solove*, dipnot 20.

32 *Solove*, s.4.

33 İnsan Hakları evrensel Bildirisinin 12. maddesinin Fransızca metni için bkz. (<http://www.un.org/fr/documents/udhr/>, erişim 14.06.2012). Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8. maddesinin Fransızca metni için bkz. (http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_FRA.pdf, erişim 14.06.2012).

34 İnsan Hakları evrensel Bildirisinin 12. maddesinin İspanyolca metni için bkz. (<http://www.un.org/es/documents/udhr/>, erişim 14.06.2012). Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8. maddesinin İspanyolca metni için bkz. (http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf, erişim 14.06.2012).

35 İnsan Hakları evrensel Bildirisinin 12. maddesinin Almanca metni için bkz. (<http://www.un.org/depts/german/grunddok/ar217a3.html>, erişim 14.06.2012). Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8. maddesinin Almanca metni için bkz. (http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_DEU.pdf, erişim 14.06.2012).

36 İnsan Hakları evrensel Bildirisinin 12. maddesinin İtalyanca metni için bkz. (<http://www.unhcr.it/news/dir/15/view/375/dichiarazione-universale-dei-diritti-dell'uomo-del-1948-37500.html>, erişim 14.06.2012). Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8. maddesinin İtalyanca metni için bkz (http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ITA.pdf, erişim 14.06.2012).

vatus³⁷ sözcüğünden İngilizce ve diğer birçok dile giren terim, bugün bir “insan hakkını” ifade etmek için kullanılmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde “right to respect for private and family life”(özel ve aile hayatına saygı hakkı) olarak isimlendirilen bu hak, 1961 ve 1982 Anayasalarında “özel hayatın gizliliği” başlığı altında düzenlenmiştir.

“Özel hayatı” ifade etmek için kullanılan bir başka sözcük “mahremiyet”tir. Arapça “yasak, tabu, dokunulmaz” anlamına gelen “haram” kelimesinden türetilen ve sözlük anlamı “gizlilik”³⁸ olan “mahremiyet”³⁹ sözcüğü, yanlış bir biçimde “özel hayat” ile eş anlamlı olarak kullanılmaktadır. Oysa özel hayat; kişinin güven duyduğu kimselerle paylaştığı, öteki tüm kişilerin bilgisinden uzak tuttuğu ve başkaları tarafından öğrenilmesini istemediği “giz alanı” ve kişinin giz alanına dâhil olmayan fakat ailesi, yakınları ve arkadaşları gibi kendisine yakın kişilerle paylaştığı ve bunun dışındaki kişilere gizli kalmasını istediği “özel alanı” da içeren daha geniş bir kavramdır⁴⁰. Yani “özel hayat” sadece kişinin hayatının “mahrem”(giz) alanını değil, “mahrem olmayan”(giz alanına dâhil olmayan) alanının bir kısmını da kapsamaktadır⁴¹. Bununla birlikte özel hayata ilişkin ulusal ve uluslararası belge ve sözleşmelerde söz konusu hakkı ifade etmek için bazen “özel hayat”(private life)⁴² bazen ise “mahremiyet”(privacy)⁴³ terimi kullanılmaktadır.

Arapça kökenli “hayat” sözcüğünün yerine, Türkçe “yaşam” sözcüğünün kullanılması sorun oluşturmeyen bir “tercih”tir. Ancak biz, hukuki terimlerde “yeknesaklığın” sağlanması adına Anayasanın ve kanunların kullandığı⁴⁴ terim olan “özel hayat”ı kullanacağız.

III. TANIM SORUNU

Özel hayat ile ilgili olarak en çok dile getirilen şikâyet, bu kavramın tanımlanmasının zorluğuna ve kapsamının belirsizliğine ilişkindir. Hukukçu Arthur MIL-

37 Bkz. Oxford Dictionary of English Etymology, Edited by C. T. Onions with the assistance of G.W.S. Friedrichsen and R.W. Burchfield, Oxford University Press, First Published 1966, s.711.

38 Bkz. Türk Dil Kurumu, Türkçe Sözlük, 10. Baskı, Türk Dil Kurumu Yayınları:549, Ankara 2005, s.1328.

39 Bkz. Nişanyan, S.: Sözlerin Soyağacı, Çağdaş Türkçenin Etimolojik Sözlüğü, Gözden Geçirilmiş 2. Basım, İstanbul, 2004, s.161, 273.

40 “Giz alanı” ve “özel alan” için bkz. Helvacı, S.: Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar (MK md.24/a fıkra I/ İMK md. 28/a fıkra I), İstanbul, 2001, s.62; Zeokliler, A.- Acabey, M. B.- Gökyayla, K.E.: Medeni Hukuk, Ankara, 1992, s.416-419; Öz- tan, B.: Şahsın Hukuku, Hakiki Şahıslar, 10. Bası, Ankara, 2001, s.133-135.

41 Üzeltürk, S.: 1982 Anayasası ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine Göre Özel Hayatın Gizliliği Hakkı, İstanbul, 2004, s.2-3.

42 Bkz. İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi, m.8; Gürcistan Anayasası, m. 20; Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, m.20.

43 Bkz. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, m.12; Medeni ve Siyasi Haklara Dair Uluslararası Sözleşme, m.17; Güney Afrika Anayasası, m. 14; Güney Kore Anayasası, m. 17.

44 Bkz. 1961 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, m. 15; 1982 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, m. 20; 2954 sayılı Türkiye Radyo ve Televizyon Kanunu, m. 5; 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu, m. 21; 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, m. 134; 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu, m. 100; 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu, m. 63; 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun, m. 8.

LER “özel hayatı tanımlamak zordur, çünkü o sınırlayıcı bir belirsizliğe ve gözden kaybolma eğilimine sahiptir”⁴⁵, Profesör Hyman GROSS “özel hayat kavramı ölümcül belirsizliğe yakalandı”⁴⁶, felsefeci Julie C. INNESS “özel hayat kavramı konusunda ayağımızı sağlam bir yere basmak için hukuk ve felsefeye yöneldiğimizde bir kaos ile karşılaşırız”⁴⁷ derken ve Ferdinand David SCHOEMAN “Privacy and Social Freedom” isimli kitabının Giriş(Introduction) Bölümünün başlığını “On Not Defining Privacy”(Özel Hayatı Tanımlamama Üzerine) koyarken⁴⁸ özel hayatın bu yönüne dikkat çekmek istemişlerdir.

Birçok uluslararası ve ulusal belgede özel hayatın gizliliği hakkının tanınması- na rağmen tanımlanmaması, bu zorluğu aşmaya çalışanların mücadelesinden geriye derin bir tatminsizlik kalması ve özel hayat ile ilgili kapsamlı hukuka rağmen, bu konuda yaşanan sorunların çözümünde sürekli zorluklar ve başarısızlıklar ile karşılaşılması⁴⁹ bu iddiaları haklı çıkartmaktadır.

Özel hayatın gizliliği hakkını tanıyan ama tanımlamayan uluslararası belgelerden biri de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesidir. Sözleşmenin 8. maddesine göre, “Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu otoritesinin müdahalesi, ancak ulusal güvenlik, kamu emniyeti, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için, demokratik bir toplumda, zorunlu olan ölçüde ve yasayla öngörülmüş olmak koşuluyla söz konusu olabilir.”⁵⁰ Görüldüğü üzere maddede bir özel hayat tanımı yapılmamıştır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin uygulayıcısı konumunda olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de özel hayatı tanımlamaktan özenle kaçınmıştır. Özel hayatın giz alanından daha geniş olduğunu, tanımlanmasının mümkün ve gerekli olmadığını ileri süren Mahkeme, Niemietz v. Germany davasında bu durumu şu şekilde ifade etmiştir: “Mahkeme, özel hayat kavramının tam olarak tanımlanmasının mümkün olduğu ya da böyle bir gayretin gerekli olduğu kanaatinde değildir. Bununla birlikte özel hayat kavramını, bireyin kişisel hayatını dilediği gibi yaşayabileceği bir ‘giz alanı’⁵¹ ile sınırlamak ve bu alanın dışında kalan dış dünyayı bu alandan bütünüyle ayırmak, onu aşırı sınırlayan bir yaklaşımdır. Özel hayata saygı, diğer insanlarla ilişki kurmak ve bu ilişkileri geliştirmek hakkını da bir dereceye kadar kapsmalıdır...”⁵² Costello-Roberts v. The United Kingdom davasında da aynı anlayışı sürdüren Mahkeme, Niemietz v.

45 Miller, A. R.: Assault on Privacy: Computers, Data Banks and Dossiers, The University of Michigan Press, 1971, s.25.

46 Gross, H.: “The Concept of Privacy”, *New York University Law Review*, Volume: 42, Issue: 1, 1967, s.35.

47 Inness, J. C.: Privacy, Intimacy and Isolation, Oxford University Press, 1992, s.3.

48 Schoeman, F. D.: Privacy and Social Freedom, Cambridge University Press, 1992, s.11.

49 Solove, s.2.

50 Gözübüyük - Gölçüklü, s.450-451.

51 Kararda kullanılan ifade “inner circle”dır. Bu ifadenin Türkçeye çok farklı şekillerde çevrilmesi mümkündür. Ancak ifadenin kullanıldığı bağlam dikkate alındığında, en uygun çevirinin “giz alanı” olacağı kanaatine vardık.

52 Niemietz v. Germany, 13710/88, 16.12.1992, §29.

Germany davasına atıfta bulunarak, özel hayat kavramının tam olarak tanımlanmaya elverişli olmadığını tekrarlamıştır⁵³.

Ancak bir şeyin tanımlanamaması onun var olmadığını ya da önemli olmadığını göstermez. Özel hayat kavramının tanımlanması konusunda yaşanan yaygın hoşnutsuzluğa rağmen, bu hak, özgürlük ve demokrasi için vazgeçilmezdir⁵⁴. Demokratik toplumun temeli olarak görülen⁵⁵, yaratıcılığımız ve başkalarıyla sosyal ilişkiler kurmamızı ve bunu sürdürmemizi sağlamak için kritik öneme sahip olan⁵⁶, özerk bir yaşam⁵⁷ ve fiziksel huzur için gerekli olan bu hak, insanlığımızın tamamlayıcı bir parçası⁵⁸, özgürlüğümüzün kalbi⁵⁹ ve tüm özgürlüklerin başlangıcı⁶⁰ olarak değerlendirilir⁶¹.

Belki de teknolojinin ve toplumun bu kadar hızlı değiştiği bir dönemde, bu süreç sona ermeden özel hayat kavramının kesin sözcüklerle tanımlanmaması⁶², bunun yerine her somut olayın kendi koşulları içerisinde değerlendirilmesi ve “*özel hayatı oluşturan ilişkiler nelerdir?*” sorusuna cevap aranması daha yararlıdır. Bu soruyu cevaplandırırken bize rehberlik edecek olan en yetkin kurumlardan biri, belki de birincisi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin uygulayıcısı olarak özel hayata ilişkin binlerce karara imza atmış olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesidir.

IV.AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİNİN 8. MADDESİNİN KURDUĞU ALAN

Özel hayatı oluşturan ilişkilerin neler olduğu sorusuna cevap ararken öncelikle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin konuyu nasıl düzenlediğine bakmak gerekir. Sözleşmenin 8. maddesinin ilk cümlesi şöyledir: “*Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.*” Görüldüğü üzere Sözleşmenin 8. maddesi; sadece “*özel hayatı*” değil aynı zamanda “*aile hayatını*”, “*konut dokunulmazlığını*” ve “*haberleşmenin gizliliğini*” de korumaktadır. Her ne kadar maddenin başlığı “*özel ve aile hayatına saygı hakkı*” olsa da, madde başlıklarının Sözleşmenin orijinal hâlinde bulunmadığı ve 1994 yılında 11. Ek Protokolle kabul edildiği düşünüldüğünde, maddede geçen hak ve özgürlüklerin, en azından başlangıçta, birbirleriyle ilgili ama ayrı hak ve özgürlükler olarak değerlendirildiğini gösterir. Bu nedenle Sözleşmenin 8. maddesini “*özel hayat*” kavramıyla özdeşleştirmek doğru bir bakış açısı değildir. Böyle bir bakış açısı ile maddede yer alan “*aile hayatı*”, “*ko-*

53 Costello-Roberts v. The United Kingdom, 13134/87, 25.03.1993, §36.

54 Solove, s.2.

55 Gavison, R.: “Privacy and the Limits of Law”, *The Yale Law Journal*, Vol.:89,No:3, 1980, s. 455.

56 Rachels, J.: “Why Privacy is Important?”, *Philosophy and Public Affairs*, Vol: 4, No:4, 1975, s.326; *Gavison, s.450.*

57 Rosler, B.: *The Value of Privacy*, Cambridge, 2005, s.1.

58 Bkz. Lake v. Wal-Mart Stores, Inc. 582 N.W.2d 235 (Minn. Sup. Ct. 1998), (<http://www.ucs.louisiana.edu/~ras2777/judpol/lake.html>, erişim 26.07.2012).

59 Kaboğlu, İ.Ö.: *Özgürlükler Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6. Baskı*, İstanbul, 2002, s. 292.

60 Bkz. Public utilities Commission v. Pollak, 343 U.S. 468 (1952), Justice Douglas dissenting.

61 Solove, s.1.

62 Schoeman, s.11.

nut dokunulmazlığı” ve “haberleşmenin gizliliği” ifadelerini açıklayamayız. Nitekim Sözleşme maddelerini yorumlayan Mahkemeye göre de, “özel hayat”, “aile hayatı”, “konut dokunulmazlığı” ve “haberleşmenin gizliliği” zaman zaman çakışsa da farklı hak ve özgürlük alanlarını koruyan birbirleriyle ilgili ancak farklı kavramlardır. Mahkemenin verdiği kararlarda bu dört haktan hangisinin ihlal edildiğini özellikle belirtmesinin nedeni de budur⁶³. Bazı kararlarında Mahkemenin tam olarak hangi hakkın ihlal edildiğini belirtmemesi ve bu hakların tamamını ya da birkaçını sayması bu hakların aynı alanı koruduklarını değil, birbirleriyle ilgili olduklarını gösterir. Haberleşmeye müdahale niteliği taşıyan bir şikâyetle, Mahkemenin söz konusu durumun “özel hayat, aile hayatı ve haberleşme haklarına müdahale olduğunu” belirtmesi buna örnek olarak verilebilir⁶⁴.



V. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİNE GÖRE ÖZEL HAYATIN KAPSAMI

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Sözleşmenin 8. maddesi tarafından korunan hak ve özgürlüklere ilişkin bir başvuruyu değerlendirirken ilk olarak şu soruya cevap arar: “Şikâyet, 8. maddenin 1. fıkrasında garanti altına alınan haklardan birinin kapsamına giriyor mu?” Bu soruya verilen cevap “hayır” ise şikâyet sona erer, “evet” ise ikinci aşamaya geçilir. İşte biz bu çalışmada Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin, Sözleşmenin 8. maddesi tarafından korunan hak ve özgürlüklere ilişkin bir başvuruyu değerlendirirken, yukarıdaki soruya hangi durumlarda “evet” cevabını verdiğini esas alarak, neleri özel hayat kapsamında gördüğünü belirlemeye çalıştık. Buna göre aşağıdaki grafikte belirtilen hususlar Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından özel hayat kapsamında değerlendirilmektedir.



A) Kişinin Kimliği (Personal Identification)

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine göre; isim, cinsel kimlik, etnik kimlik, yaşam biçimi ve görüntü kişinin kimliğini belirler ve bu yönüyle de özel hayatın bir parçasını oluşturan hususlar içerisinde yer alır.

63 Bkz. Calogero Diana v. Italy, 15211/89, 15.11.1996; Campbell v. The United Kingdom, 13590/88, 25.03.1992; Schönberger and Durmaz v. Switzerland, 11368/85, 20.06.1988; Johnston and Others v. Ireland, 9697/82, 18.12.1986; X., Y. and Z. v. The United Kingdom, (Grand Chamber), 21830/93, 22.04.1997; Kroon and Others v. The Netherlands, 18535/91, 27.10.1994; K. and T. v. Finland, (Grand Chamber), 25702/94, 12.07.2001; Gillow v. The United Kingdom, 9063/80, 24.11.1986; Buckley v. The United Kingdom, 20348/92, 25.09.1996; Camenzind v. Switzerland, 21353/93, 16.12.1997.

64 Bkz. Klass and Others v. Germany, 5029/71, 06.09.1978, § 41.



1. Kişinin İsmi(Name)

İsmi bir insan hakkı olarak düzenleyen ilk uluslararası belge, 16 Aralık 1966 tarihinde New York'ta kabul edilen ve 23 Mart 1976'da yürürlüğe giren Medeni ve Siyasi Haklara Dair Uluslararası Sözleşmedir. Sözleşmenin 24. maddesinin 2. fıkrasına göre “*her çocuk, doğumundan hemen sonra nüfus kütüğüne kaydedilecek ve bir isme sahip olacaktır.*”⁶⁵ 22 Kasım 1969'da kabul edilen ve 18 Temmuz 1978'de yürürlüğe giren Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesinde de benzer bir düzenleme vardır. Sözleşmenin 18. maddesine göre “*herkesin bir isim ve ebeveynlerinin ya da onlardan birinin soyadını kullanma hakkı vardır...*”⁶⁶ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde ise bu iki belgeden farklı olarak ismin bir insan hakkı olduğuna ve korunduğuna dair açık bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak bu eksiklik Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarıyla giderilmiştir.

Mahkemeye intikal eden bu konuya ilişkin davalar büyük oranda ebeveynlerin çocuklarına vermek istedikleri isimlerin ve isimler yazılırken kullanılmak istenen ya da istenmeyen harf ve eklerin idarece uygun görülmemesi ile ilgilidir. Bu ve benzeri konulara ilişkin başvurular üzerine Mahkeme hemen hemen aynı cümleleri kullanarak verdiği kararlarda “*ismin, kişinin kimliğini belirlediğini ve ailesi ile bağlantı kurmasını sağladığını bu nedenle de özel hayatın ve aile hayatının bir parçası olduğunu*” açıkça ifade etmiştir⁶⁷. Ancak bu hak belirli bir dilin kamu otoriteleriyle ilişkide kullanılmasını garanti altına almaz. Çünkü Mahkemeye göre her sözleşme-ci devletin resmî dilini kimlik kartlarında ve diğer resmî dokümanlarda kullanma ve dayatma hakkı⁶⁸ vardır⁶⁹. Ayrıca kişinin adının veya soyadının değiştirilmesine zorlanması hariç, isme yönelik düzenlemelerin tamamının illa da özel hayata yönelik bir müdahale oluşturduğunu düşünmeyen Mahkeme⁷⁰, bu konuda taraf devletlere geniş bir takdir yetkisi tanımaktadır⁷¹. Bu takdir yetkisini; isimlerin kullanı-

65 Sözleşmenin Türkçe metni için bkz. *Gündüz*, s. 195-212; Sözleşmenin İngilizce metni için bkz. (<http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b3aa0.html>, erişim 24.02.2013).

66 Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesinin (American Convention on Human Rights) İngilizce metni için bkz. (<http://www.cidh.oas.org/basicos/english/basic3.american%20convention.htm>, erişim 27.02.2013).

67 Bkz. *Burghartz v. Switzerland*, 16213/90, 22.02.1994, § 24; *Stjerna v. Finland*, 18131/91, 25.11.1994, § 37; *Guillot v. France*, 22500/93, 24.10.1996, § 21; *Bulgakov v. Ukraine*, 59894/00, 11.09.2007, § 42; *Kemal Taşkın and Others v. Turkey*, 30206/04, 37038/04, 43681/04, 45376/04, 12881/05, 28697/05, 32797/05, 45609/05, 02.02.2010, § 45.

68 Mahkeme kararında “*impose*” sözcüğü kullanılmıştır. Sözcüğün Türkçe karşılığı “*Zorla kabul ettirmek, zorlamak, yüklemek*”tir. Bkz. *Collins Cobuild Essential Dictionary*, İngilizce-İngilizce Türkçe Sözlük, Türkçeye uygulayan Ö. *Renkliydırım*, İstanbul, 1994, s. 513. Ancak biz, “*impose*” sözcüğünü kullandığı bağlamı da dikkate alarak “*dayatma*” olarak Türkçeye çevirdik.

69 *Bulgakov v. Ukraine*, § 43/a.

70 *Johansson v. Finland*, 10163/02, 06.09.2007, § 29.

71 *Bulgakov v. Ukraine*, § 43/c.

mının tarihsel, dilsel, dinî ve kültürel birçok boyutunun bulunması nedeniyle yerel otoritelerin, bu hassas alanda, uluslararası mahkemelere ve yargıçlara göre daha iyi pozisyonda bulunmaları ile gerekçelendirmektedir⁷². Elbette öngörülen bu takdir yetkisi sınırsız değildir. Benzer diğer durumlarda olduğu gibi takdir yetkisi “bireysel fayda” ile “toplumsal fayda” arasında bir denge kurularak kullanılmalıdır⁷³.

2. Kişinin Cinsiyet Kimliği(Gender Identification)

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine göre Sözleşmenin 8. maddesi tarafından korunan alanlardan biri de kişinin cinsiyet kimliğidir⁷⁴. Mahkemenin cinsiyet kimliğine yönelik bakış açısını ortaya koyan davalar daha çok transseksüellerin(cinsiyet değiştirenlerin) durumuna ilişkindir. Bu anlamda Van Kück v. Germany davasının özel bir önemi vardır. Çünkü bu davada Mahkeme özel hayata ilişkin diğer davalarda sıklıkla dile getirdiği “özel hayatın tanınmama elverişli olmayan geniş bir kavram olduğunu, cinsiyet kimliğinin, cinsel eğilimin ve cinsel hayatın yanında diğer insanlarla ilişki kurmak ve bu ilişkileri geliştirmek hakkını da koruduğunu” belirttiikten sonra 8. maddenin kapsamına “self-determinasyon” kavramını eklemiştir. “Kişisel özerklik” kavramı ile ilişkilendirdiği “self-determinasyon”(kendi belirleme) hakkının en temel unsurlarından birinin “kişinin kendini kadın ya da erkek olarak tarif etme özgürlüğü” olduğunu belirten Mahkeme, bu durumun dikkate alınmamasının Sözleşmeye aykırılık oluşturacağını ifade etmiştir⁷⁵. Bununla birlikte cinsiyet değişikliğine bağlı olarak ortaya çıkan transseksüellerin çeşitli taleplerinin karşılanması konusu, şimdilik, bilimsel belirsizlik, farklı yasal düzenlemeler ve uygulamalar nedeniyle sorumlu devlete bırakılmıştır⁷⁶. Yani bu konuda sorumlu devletlerin takdir yetkisi söz konusudur⁷⁷. Mahkemenin, cinsiyet değişikliğinden sonra, kişiye ait doğum sertifikasının yeni cinsiyet kimliğine uygun olarak değiştirilmesi talebinin reddini Sözleşmenin ihlali olarak görmemesi bu takdir yetkisi nedeniyledir⁷⁸. Ancak takdir yetkisi elbette sınırsız değildir. Sorumlu devlet bu takdir yetkisini toplumsal yarar ile bireysel yarar arasında adil bir denge kurarak kullanılmalıdır⁷⁹. Van Kück v. Germany davasında Mahkemenin “Bu koşullar altında Mahkeme, Alman otoritelerinin 8. maddenin 2. paragrafının olanak sağladığı takdir yetkisini aştığı kanaatinde.” ifadesi

72 Bulgakov v. Ukraine, § 43/b, c.

73 Johansson v. Finland, § 29.

74 Bkz. S. and Marper v. The United Kingdom, (Grand Chamber), 30562/04, 30566/04, 04.12.2008, § 66; Perry v. The United Kingdom, 63737/00, 17.07.2003, § 36; Schüth v. Germany, 1620/03, 23.09.2010, § 53; Peck v. The United Kingdom, 44647/98, 28.01.2003, § 57; Van Kück v. Germany, 35968/97, 12.06.2003, § 69.

75 Bkz. Van Kück v. Germany, § 69; Schlumpf v. Switzerland, 29002/06, 08.01.2009, § 100.

76 Roagna, I.: Protecting the right to respect for private and family life under the European Convention on Human Rights, Council of Europe human rights handbooks, Council of Europe, Strasbourg, 2012, s.63. (http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/capacitybuilding/Source/documentation/hb11_privatelife_en.pdf, erişim 28.11.2012).

77 Sheffield and Horsham v. The United Kingdom, (Grand Chamber), 22985/93, 23390/94, 30.07.1997, § 76.

78 Rees v. The United Kingdom, 9532/81, 17.10.1986, § 44; Cossey v. The United Kingdom, 10843/84, 27.09.1990, § 38.

79 Bkz. Van Kück v. Germany, § 71; Sheffield and Horsham v. The United Kingdom, § 76;

bu durumu açıkça ortaya koymaktadır⁸⁰. Bununla birlikte transseksüellere ilişkin davalarda Mahkeme toplumun genel yararı ile bireyin haklarının dengelenmesinde teraziye toplumsal yararın lehine ağırlık vermektedir⁸¹.

3. Kişinin Etnik Kimliği ve Yaşam Biçimi(Ethnic Identity and Lifestyle)

Mahkeme, Sözleşmenin 8. maddesi ile ilgili olarak verdiği bazı kararlarında, “etnik kimliğin” özel hayatının önemli bir parçası olduğunu belirtmiştir⁸². Mihai Ciubotaru v. Moldova davası bu konuyla yakından ilgilidir. Söz konusu dava, 1952 yılında Sovyet otoritelerce annesi ve babası Moldovalı olarak kaydedilen başvurucunun; bu bilginin doğru olmadığını, anne babasının Romanyalı olduğunu, kendisinin de öyle hissettiğini ve bu nedenle etnik kimliğinin bu yönde değiştirilmesi talebinin ulusal makamlarca reddedilmesi üzerine Mahkeme önüne gelmiştir⁸³. Mahkeme bu davada; “kişisel özerklik” kavramının Sözleşmenin 8. maddesinin sağladığı teminatların yorumlanmasında önemli bir ilke olduğunu, bu ilkenin bireye kendi kimliğini oluşturması için bir alan ihdas ettiğini ve etnik kimliğin de bu alan içerisinde yer aldığını hatırlatarak, başvurucunun talebinin ulusal makamlarca reddinin Sözleşmenin 8. maddesi ile koruma altına alınan özel hayatın ihlali olduğuna karar vermiştir⁸⁴.

Mahkeme tarafından özel hayatın kapsamında değerlendirilen diğer bir husus “yaşam biçimi”dir. Bu husus daha çok idarenin, göçebe bir hayat süren Romanların bu yaşam biçimlerini etkileyen müdahalelerde bulunması üzerine gündeme gelmiştir. Söz konusu davalarda Mahkeme, bir Roman olan başvurunun kendi karavanında oturmasının göçebe yaşam biçimini yansıttığını ve onun etnik kimliğinin tamamlayıcı bir parçası olduğunu, bu nedenle de söz konusu müdahalenin özel ve aile hayatına etki etme potansiyeli taşıdığını belirtmiştir⁸⁵.

4. Kişinin Görüntüsü(Image)

Kişinin görüntüsü(image) üzerindeki hakkını, 2009 yılına kadar, basında(press) yayımlanan resim(picture) bağlamında değerlendiren Mahkeme, Reklos and Davourlis v. Greece davası ile bunun kapsamını önemli ölçüde genişletmiştir⁸⁶. Özel bir kliniğin müşteriler için hazırlamayı düşündüğü bir kitapçık için, profes-

80 Bkz. Van Kück v. Germany, § 85.

81 Bkz. Van Kück v. Germany; Schlumpf v. Switzerland; Sheffield and Horsham v. The United Kingdom; Cossey v. The United Kingdom.

82 Bkz. S. and Marper v. The United Kingdom, § 66; Ciubotaru v. Moldova, 27138/04, 27.04.2010, § 49; Aksu v. Turkey, (Grand Chamber), 4149/04, 41029/04, 15.03.2012, § 58. ; Coster v. The United Kingdom, (Grand Chamber), 24876/94, 18.01.2001, § 87; Jane Smith v. The United Kingdom, (Grand Chamber), 25154/94, 18.01.2001, § 80; Lee v. The United Kingdom, (Grand Chamber), 25289/94, 18.01.2001, § 75; Beard v. The United Kingdom, (Grand Chamber), 24882/94, 18.01.2001, § 84.

83 Bkz. Ciubotaru v. Moldova.

84 Ciubotaru v. Moldova, § 49.

85 Bkz. Chapman v. The United Kingdom, (Grand Chamber), 27238/95, 18.01.2001, § 73; Jane Smith v. The United Kingdom, § 80; Coster v. The United Kingdom, § 87; Jane Smith v. The United Kingdom, § 80; Lee v. The United Kingdom, § 75; Beard v. The United Kingdom, § 84.

86 *Roagna*, s.18. (http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/capacitybuilding/Source/documenta-tion/hb11_privatelife_en.pdf, erişim 28.11.2012).

yonel bir fotoğrafçıya çektirilen ve o klinikte doğan bir bebeğin yüzünü gösteren fotoğraflarla ilgili olan Reklos and Davourlis v. Greece davasında Mahkeme eski içtihatlarına da atıfta bulunarak; özel hayat kavramının, kimlik hakkını(the right of identity)⁸⁷, kişisel gelişim hakkını(right to personal development)⁸⁸ ve kişisel özerkliği(personal autonomy)⁸⁹ kapsadığını, kişiyi diğerlerinden ayıran ve onun özgün karakterini ortaya koyan görüntüsünün, kişiliğin ve kişisel gelişimin en önemli bileşenlerinden biri olduğunu, bu nedenle kişinin onu kontrol etme hakkı bulunduğunu, kontrol hakkının ise (çoğu zaman) kişiye görüntüsünün kaydına, muhafazasına, çoğaltılmasına ve yayımlanmasına itiraz etme olanağı sağladığını, bu nedenle kişinin izni alınmaksızın görüntüsünün kaydı, muhafazası, çoğaltılması ve yayımlanmasının (çoğu zaman) özel hayat hakkının ihlaline yol açtığını belirtmiştir⁹⁰. Bununla birlikte Mahkeme, ilgili kişinin kamuoyunun ilgisini çeken bir kamu figürü(public figure) olması ve konunun haber değeri taşıması durumunda “kamu yararı” gerekçesiyle kişinin görüntüsünün izni dışında kaydedilmesini haklı görmektedir⁹¹. Güvenlik amacıyla kamu otoritelerince çekilen bir fotoğraf ya da görüntünün kişinin özel hayatına müdahale niteliği taşıyıp taşımadığı ise bunların, nerede ve nasıl çekildiğine, ne amaçla kullanıldığına ve kamuya açıklanıp açıklanmadığına bağlıdır. Sokağa yerleştirilen kapalı devre kameranın (CCTV) kaydettiği ve içinde başvuranın bileklerini kesme anının da bulunduğu görüntülerin medyaya verilmesini, Mahkemenin, başvurucunun kamu figürü olmaması ve söz konusu halka açık mekânda kamusal bir olayın parçası olarak bulunmaması ve görüntülerin kamuya açıklanması nedeniyle Sözleşmenin ihlali olarak görmesi buna örnek olarak verilebilir⁹².

B) Kişinin Onur ve Şöhreti(Honour and Reputation)

Kişinin onur ve şöhretinin özel hayata saygı hakkının bir parçası olarak korunması gerektiğe dair Sözleşmenin 8. maddesinde herhangi bir ifade yoktur. Mahkemenin ifadesi ile “*bu maddede, 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirisinin 12⁹³ ve 1966 tarihli Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmenin 17. maddesinden⁹⁴ farklı olarak, bir kişinin onur ve şöhretine(honour and reputation) yönelik saldırılara karşı*

87 Wisse v. France, 71611/01, 20.12.2005, § 24.

88 Christine Goodwin v. The United Kingdom, (Grand Chamber), 28957/95, 11.07.2002, § 90.

89 Bkz. Evans v. The United Kingdom, (Grand Chamber), 6339/05, 10.04.2007, § 71; Pretty v. The United Kingdom, 2346/02, 29.04.2002, § 61.

90 Reklos and Davourlis v. Greece, 1234/05, 15.01.2009, § 40.

91 Burada çoğu zaman Sözleşmenin koruduğu iki değer yarışmaktadır: İfade özgürlüğü ve özel hayatın korunması. Mahkeme, özel hayatın korunmasını ifade özgürlüğü karşısında dengelemek zorunda olduğu davalarda her zaman basında yayımlanan fotoğrafların kamu menfaatine yaptığı katkıyı dikkate almıştır. Bkz. News Verlags GmbH & CoKG v. Austria, 31457/96, 11.01.2000, § 52; Krone Verlag GmbH & Co. KG v. Austria, 34315/96, 26.02.2002, § 33, 37; Von Hannover v. Germany, 59320/00, 24.06.2004, § 76.

92 Bkz. Peck v. The United Kingdom, § 62.

93 İnsan Hakları Evrensel Bildirisinin 12. maddesine göre, “*Kimsenin özel hayatına, ailesine, konutuna veya haberleşmesine keyfi olarak karışamaz, onur ve şöhretine (honour and reputation) saldırılamaz. Herkesin bu gibi karışma ve saldırılara karşı yasa tarafından korunmaya hakkı vardır.*”

94 Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası sözleşmenin 17. maddesinin 1. fıkrasına göre, “*Hiç kimsenin özel hayatına, ailesine, konutuna veya haberleşmesine keyfi veya hukuka aykırı olarak müdahale edilemez; onuru ve şöhreti (honour and reputation) hukuka aykırı saldırılara maruz bırakılamaz.*”

bir koruma sağlandığı açıkça belirtilmemiştir.”⁹⁵ Sadece Sözleşmenin 10. maddesinin 2. fıkrasında ifade hürriyetinin “başkalarının şöhret(reputation) ve haklarının korunması” için sınırlanabileceği belirtilmektedir. Bu nedenle onur ve şöhrete yönelik saldırı iddiaları genellikle 10. maddede düzenlenen hakkın(ifade hürriyeti) kullanımı ile ilgili olarak Mahkemenin önüne gelmiştir.

Mahkeme, özellikle son yıllarda verdiği kararlarda, “kişinin şöhretinin (reputation), özel hayata saygı hakkının bir parçası olarak, Sözleşmenin 8. maddesi tarafından korunduğunu” açıkça ifade etmektedir⁹⁶. Pfeifer v. Austria davasında Mahkeme, “bir kişinin şöhretinin, onun kişisel kimliğinin ve psikolojik bütünlüğünün bir kısmını oluşturduğunu ve bu nedenle özel hayat kapsamına girdiğini” belirtmiştir⁹⁷. Aynı şey kişinin onuru(honour) için de geçerlidir⁹⁸. Ancak bu tür durumlarda Sözleşmenin 8. maddesinin uygulanabilmesi için “kişinin onur ve şöhretine yönelik saldırının vahameti belirli bir seviyeye ulaşmalı ve özel hayata saygı hakkından yararlanan kişi için bir şekilde önyargıya neden olmalıdır.”⁹⁹ Mahkeme, saldırının “kişinin normal bir hayat sürmesine engel olma potansiyeli taşımasını”, bu konuda bir ölçü olarak kabul etmektedir¹⁰⁰.

Kişinin onur ve şöhretinin, özel hayata saygı hakkının bir parçası olduğu konusunda tutarlı kararlara imza atarak tartışmalara noktayı koyan Mahkemenin bu tür davalarda dikkat ettiği en önemli husus, Sözleşmenin ifade hürriyetini düzenleyen 10. maddesi ile özel hayatı düzenleyen 8. maddesi arasında adil bir dengenin(a fair balance) kurulup kurulmadığıdır¹⁰¹. Çatışma hâlinde bulunan her iki hakka dikkat çekerek çatışmayı dengeli bir yaklaşımla çözmeye çalışan Mahkeme¹⁰², bu tür davalarda sıklıkla karşılaşılan “bireysel menfaat” ile “kamusal menfaat” arasındaki rekabeti bir bütün olarak değerlendirmektedir¹⁰³.

C) Kişisel Veriler(Personal Data)

Sözleşmenin 8. maddesi ile güvence altına alınan “özel hayat” kavramının kapsamına giren en önemli konulardan biri de kişisel verilerdir. Özel hayat kavramının geniş yorumlanması gerektiğini düşünen Mahkeme, bir kişinin özel hayatı ile ilgili veri toplanmasını, bu verilerin saklanması ve kullanılmasını Sözleşmenin 8. maddesi kapsamında değerlendirmektedir¹⁰⁴.

95 A. v. Norway, 28070/06, 09.04.2009, § 63.

96 Bkz. Chauvy and Others v. France, 64915/01, 29.06.2004, § 70; White v. Sweden, 42435/02, 19.09.2006, § 26; Leempoel&S.A. ED. Cine Revue v. Belgium, 64772/01,09.11.2006, § 67; Pfeifer v. Austria, 12556/03, 15.11.2007, § 35.

97 Pfeifer v. Austria, § 35.

98 Sanchez Cardenas v. Norway, 12148/03, 04.10.2007, § 38; A. v. Norway, § 63, 64.

99 A. v. Norway, § 64.

100 Bkz. Sidabras and Dziautas v. Lithuania,55480/00, 59330/00, 27.07.2004, § 49.

101 Bkz. A. v. Norway, § 65; Pfeifer v. Austria, § 38; Chauvy and Others v. France, § 70.

102 Smet, S.: “Freedom of Expression and the Right to reputation: Human Rights in Conflict”, *American University International Law Review*, Volume:26, Issue:1, s.232.

103 Pfeifer v. Austria, § 37.

104 Bkz. Leander v. Sweden, 9248/81, 26.03.1987, § 48; Amann v. Switzerland, (Grand Chamber), 27798/95, 16.02.2000, § 65; Rotaru v. Romania, (Grand Chamber), 28341/95, 04.05.2000, § 44; Peck v. The United Kingdom, § 59; Mitkus v. Latvia, 7259/03, 02.10.2012, § 137. Bununla birlikte kişisel verilerin, özel hayatın gizliliği hakkının geleneksel yaklaşımıyla ve bu alanda benimsenen ilke-

Mahkemenin, kişisel verilerin toplanması, saklanması ve kullanılmasına ilişkin başvurular üzerine verdiği birçok kararda, “*Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunmasına Dair Sözleşme*”ye¹⁰⁵ atıfta bulunması, onun, bu Sözleşmedeki “*kişisel veri*” tanımını benimsediğini ortaya koymaktadır¹⁰⁶. Söz konusu Sözleşmenin 2. maddesinde kişisel veriler, “*kişinin kimliğini belirten ya da belirtmeye elverişli olan her türlü bilgi*” olarak tanımlanmaktadır. Peki, hangi bilgiler kişinin kimliğini belirtir ya da belirtmeye elverişlidir?

Mahkemenin sıklıkla atıfta bulunduğu söz konusu Sözleşmenin “*özellikli veri kategorileri*” başlığını taşıyan 6. maddesine göre, “*iç hukukta uygun güvenceler sağlanmadıkça, ırk menşeyini, politik düşünceleri, dinî veya diğer inançları ortaya koyan kişisel nitelikteki verilerle sağlık veya cinsel yaşamla ilgili kişisel nitelikteki veriler ve ceza mahkûmiyetleri, otomatik bilgi işlemine tâbi tutulamazlar.*”¹⁰⁷ Bu maddeden hareketle, söz konusu Sözleşmeye göre kişinin kimliğini belirten ya da belirtmeye elverişli verilerin “*özellikli veriler*” ve “*diğer veriler*” olmak üzere ikiye ayrıldığı söylenebilir.



Özellikli kişisel verilerin ne olduğu konusunda her hangi bir sorun yoktur. Çünkü Sözleşmenin 6. maddesinde “*ırk menşeyinin*”, “*politik düşünceleri, dinî veya diğer inançları ortaya koyan kişisel nitelikteki verilerin*”, “*sağlıkla ilgili kişisel verilerin*”, “*cinsel yaşamla ilgili kişisel verilerin*” ve “*ceza mahkûmiyetlerinin*” özellikli kişisel veriler olduğu açıkça belirtilmiştir. Sorun bu maddede sayılmayan, ancak kişinin kimliğini belirten ya da belirtmeye elverişli diğer verilerin neler olduğuna ilişkindir. Bu sorunu çözmek için başvuracağımız en önemli kaynak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin içtihat bankasıdır. Bu tür iddialar içeren başvurular üzerine verilen kararlar incelendiğinde; kişinin görüntüsünün¹⁰⁸, fotoğraflarının¹⁰⁹, parmak

lerle korunmaya çalışılmasının, teknolojik alanda yaşanan gelişmeler karşısında yetersiz kaldığı, kendine özgü bazı gereklilikleri nedeniyle ayrı bir alan olarak ele alınması gerektiği de ileri sürülmektedir. Bkz. Küzeci, E.: *Kişisel Verilerin Korunması*, Ankara, 2010, s.70.

105 Orijinal adı “*Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data*” olan bu Sözleşme Avrupa Konseyi tarafından 28 Ocak 1981 tarihinde kabul edilmiş ve 1 Ekim 1985 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Sözleşmenin İngilizce metni için bkz. (<http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/108.htm>, erişim 26.01.2013). Türkçe metni için bkz. (http://www.avrupakonseyi.org.tr/antlasma/aas_108.htm, erişim 26.01.2013).

106 Bkz. Amann v. Switzerland, § 65; Rotaru v. Romania, § 43; Cemalettin Canli v. Turkey, 22427/04, 18.11.2008, § 34; Uzun v. Germany, 35623/05, 02.09.2010, § 46.

107 (http://www.avrupakonseyi.org.tr/antlasma/aas_108.htm, erişim 26.01.2013)

108 Peck v. The United Kingdom.

109 Sciacca v. Italy, 50774/99, 11.01.2005.

izin¹¹⁰, DNA profilinin¹¹¹, hücre örneklerinin¹¹², ev adresinin¹¹³ ve kişisel mali harcamalarının detaylarının¹¹⁴ da “*kişisel veri*” kapsamında değerlendirildiği görülür. Bununla birlikte, gelişmelere bağlı olarak, nihai nitelikte olmayan bu listenin kapsamının genişlemesi kaçınılmazdır.

Yukarıda Mahkemenin, bir kişinin özel hayatı ile ilgili veri toplanmasını, bu verilerin saklanması ve kullanılmasını Sözleşmenin 8. maddesi kapsamında değerlendirdiğini belirtmiştik. Ancak Sözleşmenin 8. maddesi ile koruma altına alınan “*özel hayat*” hakkının ihlali için toplama, saklama ve kullanma eylemlerinin birlikte gerçekleşmesi gerekmez. Her bir eylem tek başına bu hakkın ihlaline neden olabilir. Nitekim Mahkeme S. and Marper v. The United Kingdom davasında, önceki kararlarına da atıfta bulunarak¹¹⁵, “*sadece bir kişinin özel hayatı ile ilgili bilgi saklanması da Sözleşmenin 8. maddesi anlamında bir müdahale oluşturduğunu, bu bilginin daha sonra kullanılıp kullanılmamasının bir önemi olmadığını*” belirtmiştir.¹¹⁶ Bununla birlikte Mahkeme, toplanan ve saklanan bilgilerin niteliğini, kullanılma biçimini ve elde edilmesi muhtemel sonuçları da dikkate almaktadır¹¹⁷. Kullandığı ölçüt ise Sözleşmenin 8. maddesinin 1. fıkrası ile 2. fıkrası arasında “*adil bir dengenin*” kurulup kurulmadığıdır. Mahkemenin bu anlamda dikkat çeken ilk kararlarından biri, gizli izlemeye ilişkin bir yasanın Sözleşmeye uygunluğunun denetlendiği Klass and Others v. Germany davasında verilmiştir. Söz konusu davada Mahkeme, istihbarat servislerinin, gizli izleme yoluyla bireylerin haklarına yönelik müdahalelerinin “*etkili bir denetime*” (*an effective control*) tabi tutulması gerektiğini¹¹⁸, casusluk ve terörizm ile mücadele gerekçe gösterilerek her türlü tedbirin alınamayacağını¹¹⁹, 8. madde ile güvence altına alınan hak ile demokratik bir toplumun korunması amacıyla gizli izleme yapılmasının gerekliliği arasında bir dengenin kurulması gerektiğini¹²⁰ ifade etmiştir¹²¹. Ancak Mahkeme, Leander v. Sweden davası ile bu konuda gerileme kabul edilebilecek bir adım atmıştır. Davaya konu olan olayda başvuruçunun, askeri güvenlik bölgesinde yer alan denizcilik müzesindeki görevine, yapılan güvenlik soruşturmasının olumsuz sonucu gerekçe gösterilerek son verilmiş; ancak bu bilgilerin içeriği hakkında kendisine bilgi verilmemiştir. Başvuruçucu, kendisi hakkında bilgi toplanmasının, toplanan bu bilgilerin içeriği hakkın-

110 S. and Marper v. The United Kingdom, § 69.

111 S. and Marper v. The United Kingdom, § 69.

112 S. and Marper v. The United Kingdom, § 69.

113 Alkaya v. Turkey, 42811/06, 09.10.2012.

114 X. v. Belgium, (Decision), 2568/65, 06.02.1968.

115 Leander v. Sweden, § 48; Amann v. Switzerland, § 69; Kopp v. Switzerland, 23224/94, 25.03.1998, § 53.

116 Bkz. S. and Marper v. The United Kingdom, § 67.

117 Bkz. S. and Marper v. The United Kingdom, § 67; Peck v. The United Kingdom, § 59.

118 Bkz. Klass and Others v. Germany, § 55. Benzer bir değerlendirme için bkz. Loenen, B. V - Zevenbergen, J.A.: “The Impact of the European Privacy Regime on Location Technology Development”, *Journal of Location Based Services*, Volume:1, No:3, 2007, s.171. (<http://www.tandfonline.com/doi/pdf/10.1080/17489720701779644>, erişim 25.01.2013)

119 Bkz. Klass and Others v. Germany, § 49.

120 Bkz. Klass and Others v. Germany, § 59.

121 Benzer bir değerlendirme için bkz. Loenen -Zevenbergen, s.171, (<http://www.tandfonline.com/doi/pdf/10.1080/17489720701779644>, erişim 25.01.2013); Atak, S.: “Avrupa Konseyi'nin Kişisel Veriler Açısından Sağladığı Temel Güvenceler”, *TBB Dergisi*, sayı:87, 2010, s.103, 104.

da kendisine bilgi verilmemesinin ve bu bilgilerin yanlışlığını kanıtlama hakkının kendisinden esirgenmesinin özel hayat hakkının ihlali olduğunu ileri sürmüştür. Mahkeme bu davada, söz konusu durumun, Sözleşmenin 8. maddesi ile güvence altına alınan özel hayat hakkına müdahale niteliği taşıdığını¹²²; ancak bu müdahaleyi haklı kılan koşulların da bulunduğunu belirtmiştir¹²³. Ulusal güvenlik bakımından önem arz eden görevlere getirilecek kişilerin bu görevler için uygun olup olmadığının değerlendirilmesinde, bu kişiler hakkında toplanan verilerin kullanılabilirliğini kabul eden Mahkeme, bu davada, başvuruçunun müzede yapacağı işin niteliği üzerinde durmaması, bu görevin ulusal güvenlik bakımından önem arz edip arz etmediğini incelememesi, yukarıda bahsedilen dengeyi en azından bu davada gözetmediğini ortaya koymaktadır¹²⁴. Bununla birlikte Mahkemenin kişisel verilerin toplanması, saklanması ve açıklanması konusundaki bugünkü anlayışı Leander kararından birkaç adım ötededir¹²⁵.

D) Kişinin Fiziksel ve Psikolojik Bütünlüğü(Physical and Moral Integrity)

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, “kişinin fiziksel ve psikolojik bütünlüğünün” özel hayat kavramına dâhil olduğunu, kişinin fiziksel ve psikolojik bütünlüğüne yönelik müdahalelerin bazı durumlarda “özel ve aile hayatına saygı hakkı” başlığını taşıyan Sözleşmenin 8. maddesinin ihlali olabileceğini ifade etmektedir. Mahkeme bu tutumunu “özel hayat, kişinin fiziksel ve psikolojik bütünlüğünü kapsar ve garanti altına alır”¹²⁶, “Mahkeme, kişinin fiziksel ve psikolojik bütünlüğünün özel hayat kavramı içinde yer aldığını düşünmektedir”¹²⁷, “Sözleşmenin 8.maddesi kişinin maddi ve manevi bütünlüğünü güvence altına alır”¹²⁸, “kişinin maddi ve manevi bütünlüğü özel hayat kavramı içinde yer alır”¹²⁹ gibi ifadelerle açıkça ortaya koymuştur. Her ne kadar Mahkeme bazen “maddi ve manevi bütünlük”(physical and moral integrity)¹³⁰, bazen ise “fiziksel ve psikolojik bütünlük”(physical and psychological integrity)¹³¹ ifadelerini kullansa da, bu ifadelerin kullanıldığı bağlam incelendiğinde korunan değer aynı olduğu görülür. Bu değer kişinin “fiziği” ve “psikolojisi”dir. Bu konuda herhangi bir tartışma yoktur. Tartışma, kişinin “fiziği” ve “psikolojisi”ne yönelik hangi müdahalelerin Sözleşmenin 8. maddesinin ihlali olduğuna ilişkindir. Sözleşmenin hem 3. maddesi, hem de 8. maddesi tarafından korunan kişinin “fiziksel ve psikolojik bütünlüğü” konusunda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin ortaya koyduğu temel yaklaşım şöyledir:

122 Leander v. Sweden, § 48.

123 Bkz. Leander v. Sweden, § 67, 68.

124 Atak, s. 105-106.

125 Akıllıoğlu, T.: “İdari Usul ve Kişisel Verilerin Korunması”, (<http://www.idare.gen.tr/akilli-oglu-idariusul.htm>, erişim 25.01.2013)

126 S. And Marper v. The United Kingdom, § 66.

127 Y.F. v. Turkey, 24209/94, 22.07.2003, § 33.

128 Juhnke v. Turkey, 52515/99, 13.05.2008, § 71.

129 A. v. Croatia, 55164/08, 14.10.2010, § 58.

130 Bkz. Juhnke v. Turkey, § 71; A. v. Croatia, § 58.

131 Bkz. S. And Marper v. The United Kingdom, § 66; Avram and Others v. Moldova, 41588/05, 05.07.2011, § 37; Y.F. v. Turkey, § 33.

- 1) *Sözleşmenin 8. maddesi kişinin fiziksel ve psikolojik bütünlüğünü de güvence altına alır*¹³². Ancak kişinin fiziksel ve psikolojik bütünlüğünü olumsuz yönde etkileyebilecek her hareket veya önlem Sözleşmenin 8. maddesinin ihlali anlamına gelmez¹³³. Nitekim Mahkeme, üst düzey bir disiplinin uygulandığı yatılı bir okulun hazırlık sınıfına devam eden ve davranışları nedeniyle birçok kez uyarılan yedi yaşındaki bir öğrencinin kaba etine, okul müdürü tarafından bir jimnastik ayakkabısının kauçuk tabanıyla vurulmasını Sözleşmenin 3 ve 8. maddesinin ihlali olarak görmemiştir¹³⁴. Mahkemenin bu kararında, hem verilen cezanın hafifliği, hem de öğrenci ve müdür dışında olay mahallinde başka kimsenin bulunmaması önemli rol oynamıştır¹³⁵.
- 2) *Kişinin fiziksel ve psikolojik bütünlüğü konusunda, Sözleşmenin 8. maddesi, Sözleşmenin 3. maddesinin ötesinde bir koruma sağlar*¹³⁶. “İşkencenin yasaklanması” başlığını taşıyan Sözleşmenin 3.maddesine göre, “hiç kimse işkence veya insanlık dışı veya küçük düşürücü muamele veya cezaya maruz bırakılamaz.” Görüldüğü üzere bu maddenin koruduğu en temel değerlerden biri de kişinin fiziksel ve psikolojik bütünlüğüdür. Ancak her türlü kötü muamele(ill-treatment) 3. madde kapsamında değerlendirilemez. Mahkemeye göre, kötü muamelenin 3. madde kapsamına girebilmesi için “belli bir asgari şiddet düzeyine” ulaşması gerekmektedir. Bu şiddet düzeyi belirlenirken muamelenin süresi, doğurduğu fiziksel ve ruhsal etkiler, mağdurun cinsiyeti, yaşı ve sağlık durumu gibi çeşitli faktörler dikkate alınmaktadır¹³⁷. İşte bu faktörler dikkate alınarak yapılan değerlendirmede, kişinin fiziksel ve psikolojik bütünlüğünü ihlal eden fakat “belli bir asgari şiddet düzeyine” ulaşmamış kötü muameleler, bazen Sözleşmenin 8. maddesinin ihlali olarak değerlendirilmektedir¹³⁸. Başka bir ifadeyle Costello-Robert davasındaki gibi çok hafif olmayan, ancak 3. maddenin uygulanabilmesi için gerekli olan “belli bir asgari şiddet düzeyi-

132 Juhnke v. Turkey, § 71; A. v. Croatia, § 58; S. and Marper v. The United Kingdom, § 66; Avram and Others v. Moldova, § 37; Y.F. v. Turkey, § 33.

133 Costello -Roberts v. The United Kingdom, § 36.

134 Bkz. Costello- Roberts v. The United Kingdom.

135 Kararda yer alan “..o anda başka kimse yoktu” ifadesi, Mahkemenin bunu dikkate aldığına delil olarak gösterilebilir. Bkz. Costello- Roberts v. The United Kingdom, § 9. Benzer bir tespit için bkz. Kilkelly, U.: The right to respect for private and family life, A guide to the implementation of Article 8 of the European Convention on Human Rights, Human rights handbook, No:1, Council of Europe, 2007, s.15. Söz konusu kitapçığa (<http://echr.coe.int/NR/rdonlyres/77A6BD48-CD95-4CF-F-BAB4-ECB974C5BD15/0/DG2ENHRHA ND012003.pdf>, erişim 28.07.2012) internet adresinden ulaşılabilir.

136 Costello- Roberts v. The United Kingdom, § 34, 36.

137 Bkz. Stanev v. Bulgaria, (Grand Chamber), 36760/06, 17.01.2012, § 202; M.S.S. v. Belgium and Greece, (Grand Chamber), 30696/09, 21.01.2011, § 219; A, B and C v. Ireland, (Grand Chamber), 25579/05, 16.12.2010, § 164; A. and Others v. The United Kingdom, (Grand Chamber), 3455/05, 19.02.2009, § 127; Cruz Varas and Others v. Sweden, 15576/89, 20.03.1991, § 83; Yazgül Yılmaz v. Turkey, 36369/06, 01.02.2011, § 40.

138 Wainwright v. The United Kingdom, 12350/04, 26.09.2006, § 43; Juhnke v. Turkey, § 71.

ne” de ulaşmayan kötü muameleler Sözleşmenin 8. maddesinin korumasındadır. Bu nedenle kişinin fiziksel ve psikolojik bütünlüğü konusunda, Sözleşmenin 8. maddesi, Sözleşmenin 3. maddesinin ötesinde bir koruma sağlar. Wainwright v. The United Kingdom davasında, yakınlarını ceza evinde ziyaret etmek isteyen başvurucuların, güvenlik nedeniyle, rektal inceleme dâhil soyularak aranmalarının ve maruz kaldıkları bu abartılı güvenlik önlemleri nedeniyle bunalıma girmelerinin, “belli bir asgari şiddet düzeyine” ulaşmadığı gerekçesiyle 3. madde kapsamında değil de 8. madde kapsamında değerlendirilmesi buna verilebilecek örneklerden biridir¹³⁹. Ancak “belli bir asgari şiddet düzeyine” ulaşan kötü muameleler genellikle Sözleşmenin 3. maddesinin ihlali olarak değerlendirilmektedir. Buna göre aynı eylem muamelenin süresi, doğurduğu fiziksel ve ruhsal etkiler, mağdurun cinsiyeti, yaşı ve sağlık durumu gibi çeşitli faktörler dikkate alınarak bazen Sözleşmenin 3. maddesinin, bazen de Sözleşmenin 8. maddesinin ihlali olarak görülmektedir. Örneğin; Mahkeme, Juhnke v. Turkey davasında, “herhangi bir tıbbi sebep olmaksızın ilgilinin rızası dışında” yapılan jinekolojik muayeneyi, Sözleşmenin 8. maddesinin ihlali olarak görürken¹⁴⁰, Yazgül Yılmaz v. Turkey davasında 16 yaşındaki başvurucunun maruz kaldığı aynı eylemi, Sözleşmenin 3. maddesinin ihlali olarak görmüştür¹⁴¹.

- 3) **Sözleşmenin 3 ve 8. maddelerinin birlikte uygulanması mümkündür.** Mahkeme özellikle 2003 yılından sonra Sözleşmenin 3 ve 8. maddelerini sıklıkla birlikte uygulamaktadır. Bu anlamdaki ilk dava, 14 yaşındaki bir kıza iki kişinin tecavüz etmesine ilişkin M.C. v. Bulgaria davasıdır¹⁴². Bu davada Mahkeme, başvurucunun, cinsel istismar ve tecavüze karşı yeterli derecede korunmadığı gerekçesiyle Sözleşmenin 3 ve 8. maddelerinin birlikte ihlal edildiğine karar vermiştir¹⁴³. Bununla birlikte Sözleşmenin 3 ve 8. maddelerinin birlikte ihlal edildiği bariz olan bazı davalarda, eğer 3. madde bağlamında bir ihlal tespit edilmişse, 8. madde kapsamında yapılan şikâyetin değerlendirilmesi gereksiz görülmektedir¹⁴⁴.

139 Wainwright v. The United Kingdom, § 46.

140 Bkz. Juhnke v. Turkey, § 71, 77.

141 Bkz. Yazgül Yılmaz v. Turkey, § 53.

142 *Roagna*, s.24-25.

143 M.C. v. Bulgaria, 39272/98, 04.12.2003, § 187; benzer başka karar için bkz. E.S. and Others v. Slovakia, 8227/04, 15.09.2009; Ebcin v. Turkey, 19506/05, 01.02.2011.

144 Bkz. Jalloh v. Germany, 54810/00, 11.07.2006, § 86; Yazgül Yılmaz v. Turkey, § 69.

KİŞİNİN FİZİKSEL VE PSİKOLOJİK BÜTÜNLÜĞÜNE YÖNELİK MÜDAHALENİN ŞİDDET DÜZEYİ	UYGULANABİLECEK MADDE
<i>Costello-Robert davasındaki gibi çok hafif olursa</i>	İkisi de uygulanmaz
<i>“Belli bir asgari şiddet düzeyine” ulaşmamışsa</i>	Sadece 8. madde uygulanır
<i>“Belli bir asgari şiddet düzeyine” ulaşmışsa</i>	(koşullara bağlı olarak) Sadece 3. madde uygulanır
<i>“Belli bir asgari şiddet düzeyine” ulaşmışsa</i>	(koşullara bağlı olarak) 3 ve 8. madde birlikte uygulanır.

4) **Özel hayatın en mahrem yönünü oluşturan kişinin bedenine yönelik “tıbbi müdahaleler” Sözleşmenin 8. maddesi kapsamında değerlendirilmektedir¹⁴⁵.** Mahkeme, Juhnke v. Turkey davasında, “herhangi bir tıbbi sebep olmaksızın ilgilinin rızası dışında” yapılan jinekolojik muayeneyi, kişinin fiziksel bütünlüğüne müdahale olarak kabul etmiş ve 8. maddenin ihlali olarak görmüştür¹⁴⁶. Ancak her “tıbbi müdahale” Sözleşmenin ihlali olarak kabul edilemez. Kişinin özel hayatına yönelik kamu otoritesinin müdahalesini haklı kılan çeşitli nedenler vardır. Bu nedenlerden biri de “toplumun ve kişinin sağlığının korunması”dır. Sözleşmenin 8. maddesinin 2. fıkrasında belirtilen bu neden Mahkeme kararlarına da yansımıştır. Herczegfalvy v. Austria davasında Mahkeme, açlık grevi yapan başvurucunun sağlığını korumak amacıyla zorla beslenmesini, psikolojik sorunları ve kendi kararlarını verme konusundaki yetersizliğini gerekçe göstererek, özel hayata müdahale olarak görmemiştir¹⁴⁷.

5) **Devletin fiziksel ve psikolojik bütünlüğün ihlal edilmesine karşı kişileri koruma yönünde bir pozitif yükümlülüğü vardır.** Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8. maddesinde düzenlenen “özel ve aile hayatına saygı hakkı”, sadece kamu otoritelerine karşı değil, diğer kişi ya da kuruluşlara karşı da bir koruma sağlar¹⁴⁸. Her ne kadar Sözleşmenin 34. maddesinde, başvuruların ancak Sözleşmeyi çiğnediği ileri sürülen devlete karşı yapılabileceği belirtilse de, ihlal birey aracılığı ile devlete yüklenebiliyorsa, yani ihlal devletin “pozitif yükümlülüğü”nü yerine getirmemesinin sonu-

145 Y.F. v. Turkey, § 33. Bu konuda geniş bilgi için bkz. Arslan Öncü, G.: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Yaşamın Korunması Hakkı, İstanbul, 2011, s. 86 vd.

146 Bkz. Juhnke v. Turkey, § 71, 77.

147 Herczegfalvy v. Austria, 10533/83, 24.09.1992, § 83, 86.

148 Salihpaşaoğlu, Y.: Türkiye’de Basın Özgürlüğü, Ankara, 2007, s.60; Arslan Öncü, s.56.

cu ise, devlet aleyhine şikâyette bulunulabilecektir¹⁴⁹. Mahkemeye göre devletin bu “pozitif yükümlülüğü”nün dayanağı Sözleşmenin 1. maddesindeki “Yüksek Sözleşmeciler Tarafından, kendi yetki sınırları içinde bulunan herke- se, bu Sözleşmenin Birinci Bölümünde açıklanan hak ve özgürlükleri tanırlar.” hükmüdür. Çünkü bu hüküm, taraf devletlere, söz konusu hak ve özgür- lükleri çiğnememe taahhüdü (negatif yükümlülük) yanında, özel ve aile hayatına saygının sağlanması konusunda gerekli önlemleri alma yüküm- lülüğünü de yükler¹⁵⁰. Devlet, bu hakların korunması için gerekli cezai düzenlemeleri yapmalı ve pratikte etkili bir kovuşturma ve soruşturma ile bunun takip edilme olanağını sağlamalıdır¹⁵¹. Kısaca devlet, kişinin fi- ziksel ve psikolojik bütünlüğünü “başkalarına” karşı korumalıdır¹⁵². Mah- kemenin, bir kadına kocası tarafından uygulanan şiddeti önleyemeyen bir devletin, kişinin fiziksel ve psikolojik bütünlüğünü korumak için ge- rekli pozitif önlemleri almadığı gerekçesiyle mahkûm etmesi bu konuda verilebilecek ilginç örneklerden biridir¹⁵³.

- 6) *Çevreden kaynaklanan koku ve gürültü gibi faktörler kişinin fiziksel ve psikolojik bütünlüğü ile ilgilidir.* Mahkeme, 8. maddenin temiz ve sessiz bir çevrede yaşama hakkını açıkça tanımadığını, fakat bir kişinin gürültü veya başka çeşit bir çevre kirliliğinden doğrudan ve ciddi biçimde etki- lenmesi söz konusu olursa 8. maddeye ilişkin bir sorunun ortaya çıkabi- leceğini belirtmiştir¹⁵⁴. Nitekim Lopez Ostra-Spain davasında, Mahkeme, başvurucunun evinin yakınında bulunan deri fabrikasından yayılan ve birçok kişinin hastalanmasına neden olan duman ve pis kokunun özel ve aile hayatını çekilmez hâle getirdiği iddiasını, “şiddetli çevre kirliliği bire- yin huzurunu etkileyebilmekte ve evlerinde rahat yaşamalarını engellemektedir” gerekçesiyle kabul etmiştir¹⁵⁵. Aynı şekilde Guerra and Others v. Italy da- vasında Mahkeme, başvurucuların yaşadığı bölgenin yakınında bulunan ve kimyasal maddeler üreten bir fabrikanın üretim esnasında büyük mik- tarda parlayıcı gaz, sülfür dioksit, nitrik oksit, sodyum, amonyak, metal hidrit, benzoik asit ve daha da önemlisi arsenik trioksidin havaya karış- tığı ve önlem alınmadığı için Sözleşmenin 8. maddesinin ihlal edildiği iddiasını da aynı gerekçeyle haklı bulmuştur¹⁵⁶. Heathrow havaalanını kullanan uçakların neden olduğu aşırı sesle ilgili bir davada Mahkeme,

149 Gözübüyük - Gölçüklü, s.45.

150 Gözübüyük - Gölçüklü, s.45-48. Bkz. X and Y v. The Netherlands, 8978/80, 26.03.1985, § 23;

151 M.C. v. Bulgaria, § 153.

152 Bkz. A. v. Croatia, § 60; X and Y v. The Netherlands, § 22, 23; D.P. and J.C. v. The United Kingdom, 38719/97, 10.10.2002, § 118; M.C. v. Bulgaria, § 150, 152; Bevacqua and S. v. Bulgaria, 71127/01, 12.06.2008, § 65.

153 Bkz. A. v. Croatia, § 57.

154 Bkz. Hatton and Others v. The United Kingdom, (Grand Chamber), 36022/97, 08.07.2003, § 96; Powell and Rayner v. The United Kingdom, 9310/81, 21.02.1990, § 40; Lopez Ostra v. Spain, 16798/90, 09.12.1994, § 51; Guerra and Others v. Italy, (Grand Chamber), 14967/89, 19.02.1998, § 57.

155 Lopez Ostra v. Spain, § 51.

156 Guerra and Others v. Italy, § 60.

“aşırı ses başvurusunun özel hayatını ve evdeki konforunu doğrudan etkiler”¹⁵⁷ diyerek bu tür durumların da 8. madde kapsamında değerlendirilebileceğini ortaya koymuştur.

- 7) *Kadının isteğine bağlı olarak gerçekleştirilen kürtaj fiziksel ve psikolojik bütünlükle ilgilidir ve özel hayat kapsamında değerlendirilir.* Strasbourg makamlarının, hamile bir kadının özel hayatının gelişmekte olan cenin ile yakından ilgili olduğuna dair bakış açısı 1970’li yıllara kadar geri gider¹⁵⁸. Kürtaja ilişkin bir yasa nedeniyle yapılan başvuruda Avrupa İnsan Hakları Komisyonu tarafından hazırlanan raporda yer alan, “bir kadının özel hayatı hamile kaldığı andan itibaren cenin ile yakından ilgilidir”¹⁵⁹ ifadesi sonraki benzer başvurular için önemli bir referans oluşturmuştur¹⁶⁰. Elbette bu ifade Sözleşmenin 8.maddesinin kürtajı bir hak olarak tanıdığı anlamına gelmez. Mahkemenin A, B and C v. Ireland davasında, Sözleşmenin 8. maddesinin kürtaj hakkı veriyor şeklinde yorumlanamayacağını, ancak onun yasaklanmasının özel hayat kapsamında yer alan fiziksel ve psikolojik bütünlüğün korunması ile yakından ilgili olduğunu belirtmesi¹⁶¹ bu durumu açıkça ortaya koymaktadır. Ancak kürtaj sadece annenin değil, aynı zamanda potansiyel babanın ve doğmamış çocuğun haklarıyla da yakından ilgilidir. Bu nedenle ilgili devletlerin kürtajın belli koşullarda yasaklanması ya da serbest bırakılması konusunda takdir yetkileri vardır. Elbette ki bu takdir yetkisi sınırsız değildir. Sınırlama getirilirken çatışma hâlinde bulunan haklar arasında bir denge kurulmalıdır¹⁶². Ancak Mahkeme söz konusu haklarının dengelenmesinde teraziye annenin lehine ağırlık vermektedir. Stasbourg makamlarının, Sözleşmenin 2. maddesinin ceninin “hayat hakkını” mutlak anlamda korumadığına dair verdiği birçok karar¹⁶³ ve babanın isteği dışında gerçekleştirilen kürtajı potansiyel babanın özel hayat hakkının ihlali olarak görmemesi ve kürtaj konusunda kararı anneye bırakan yasayı devletlere tanınan takdir yetkisi dâhilinde değerlendirmesi¹⁶⁴ bu durumu açıkça ortaya koymaktadır.

E) Kişinin Cinsel Hayatı(Sexual Life)

Sözleşmenin 8. maddesi kapsamında yer alan unsurlardan biri de cinsel hayatır(sexual life)¹⁶⁵. Mahkemeye göre gönüllü homoseksüel ilişkiler de bu durum-

157 Powell and Rayner v. The United Kingdom, § 40.

158 Roagna, s.21.

159 Brüggemann and Scheuten v. Germany, 6959/75, Report of the Commission, 12.07.1977, § 59.

160 Bkz. X. v. The United Kingdom, (Decision), 8416/79, 13.05.1980, § 27; Vo v. France, (Grand Chamber) 53924/00, 08.07.2004, § 76; Tysiç v. Poland, 5410/03, 24.09.2007, § 106; A, B and C v. Ireland, § 213; R.R. v. Poland, 27617/04, 26.05.2011, § 181.

161 A, B and C v. Ireland, § 214; P. and S. v. Poland, 57375/08, 30.10.2012, § 96.

162 A, B and C v. Ireland, § 213, 237; Vo v. France, § 80.

163 Bkz. X. v. The United Kingdom; Vo v. France, § 77; Boso v. Italy, (Decision), 50490/99, 05.09.2002.

164 Bkz. H. v. Norway, (Decision), 17004/90, 19.05.1992; Boso v. Italy.

165 Bkz. Dudgeon v. The United Kingdom, 7525/76, 22.10.1981, § 41; Stubing v. Germany, 43547/08, 12.04.2012, § 55; Hass v. Switzerland, 31322/07, 20.01.2011, § 50; Laskey and Others v. The United Kingdom, 21627/93, 21826/93, 21974/93, 19.02.1997, § 36.

dan yararlanır¹⁶⁶. Hatta özel alanda gerçekleşen homoseksüel ilişkileri yasaklayan bir mevzuatın varlığı bile tek başına özel hayatı etkileme ihtimali vardır¹⁶⁷. Çünkü Mahkemeye göre, toplumun bir kesiminin eşcinselliği ahlak dışı görmesinin ve bu durumu kabullenememesinin, tek başına bu tür davranışların yasaklanmasını gerektirmez¹⁶⁸. Bununla birlikte kapalı kapılar ardında gerçekleşen tüm cinsel aktiviteler özel hayat kapsamında değerlendirilemez. Birtakım cinsel ilişki biçimlerinin düzenlenmesi ve yaş, sağlık, ahlak gibi gerekçelerle sınırlanması “*demokratik bir toplumda gerekli olma*” ölçütüne uygundur¹⁶⁹. Örneğin Mahkemeye göre encest(encest)¹⁷⁰ ve bazı sado-masochistic¹⁷¹ ilişkiler kapalı kapılar ardında gerçekleşse de Sözleşmenin 8. maddesinin sağladığı korumadan yararlanamazlar. Bu konuda taraf devletlerin takdir yetkisi vardır ve bu tür ilişkilerin yasaklanması ve yaptırıma bağlanması özel hayatın ihlali olarak kabul edilmemektedir¹⁷². Bahsi geçen kararlarda da görüldüğü üzere kişinin cinsel hayatı özel hayatının en mahrem alanlarından birini oluşturmaktadır. Bu nedenle söz konusu alanda devletin negatif ve pozitif yükümlülükleri vardır. Negatif yükümlülük bu alana “demokratik bir toplumda gerekli olmadığı” takdirde müdahale edilmemesini gerektirirken, pozitif yükümlülük bu alana yatay ilişkiler bağlamında yönelecek tehditlerin ortadan kaldırılmasını gerektirmektedir¹⁷³. Bu nedenle yatay ilişkiler bağlamında bir kişinin cinsel hayatına müdahale edilmesi, bu alanda gerçekleşen aktivitelere dair fotoğraf ve görüntülerinin yayımlanması da özel hayata müdahale niteliğindedir. Ancak bu tür durumlarda Mahkeme öncelikli olarak “*ifade hürriyeti*” ile “*özel hayata saygı*” hakkı arasında adil bir dengenin kurulup kurulmadığını inceler¹⁷⁴. Mahkemenin bu konuya ilişkin içtihatlarına göre bu denge kurulurken (1) kamu yararına sunduğu katkı, (2) kişinin tanınan biri olup olmadığı, (3) bilginin elde edilme biçimi, koşulları ve gerçekliği, (4) bilginin içeriği, yayımın şekli ve sonuçları gibi çeşitli durumlar birlikte değerlendirilmelidir¹⁷⁵.

VI. SONUÇ

Demokratik toplumun temeli olarak görülen, çeşitli sosyal ilişkiler kurmamızı ve bunları sürdürmemizi sağlamak için kritik öneme sahip olan özel hayat hakkının korunması gerektiği konusunda dünya çapında bir uzlaşma vardır. Bununla birlikte özel hayat kavramının tanımını yapmak ve ne olduğunu net bir biçimde ortaya koymak neredeyse imkânsızdır. Bu zorluğu aşmaya çalışanların mücade-

166 Dudgeon v. The United Kingdom, § 62.

167 Modinos v. Cyprus, 15070/89, 22.04.1993, § 24; A.D.T. v. The United Kingdom, 35765/97, 31.10.2000, § 23.

168 Norris v. Ireland, 10581/83, 26.10.1988, § 46.

169 Dudgeon v. The United Kingdom, § 62; A.D.T. v. The United Kingdom, § 37.

170 Stubing v. Germany, § 66.

171 Bkz. Laskey and Others v. The United Kingdom, § 36.

172 Stubing v. Germany, § 66.

173 Schüth v. Germany, § 55; Mosley v. The United Kingdom, 48009/08, 10.05.2011, § 106.

174 Bkz. Biriuk v. Lithuania, 23373/03, 25.11.2008, § 38; Mosley v. The United Kingdom, § 11; Von Hannover v. Germany (No.2), (Grand Chamber), 40660/08, 40641/08, 07.02.2012, § 106 ; Axel Springer AG v. Germany, (Grand Chamber), 39954/08, 07.02.2012, § 84.

175 Von Hannover v. Germany (No.2), § 109-113; Axel Springer AG v. Germany, § 89-95

lesinden geriye kalan başarısızlık ve tatminsizlikten hareketle, özel hayatın ne olduğunu tam olarak kelimelere dökmek yerine, hangi durumların özel hayatla ilgili olduğunu, hangi eylemlerin onu ihlal ettiğini ve ona zarar verdiğini ortaya koymak¹⁷⁶daha doğrudur. Bu konuda bize yardımcı olacak olan en yetkin kurumlardan biri, belki de birincisi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesidir. Gerçekten de her somut olayı kendine özgü koşullar içinde değerlendiren ve belli bir özel hayat tanımı vermekten kaçınan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, özel hayata ilişkin verdiği binlerce kararla sadece başvuruları neticeye bağlamamış, aynı zamanda özel hayata dâhil olan hususları da belirlemiştir.

Elbette müdahalede bulunulan hakkın Sözleşmenin 8. maddesi tarafından korunan özel hayat kapsamında bulunması, yani ilk aşamada sorulan “*şikâyet, 8.maddenin 1.fıkrasında garanti altına alınan haklardan birinin kapsamına giriyor mu?*” sorusuna “*evet*” cevabının verilmesi tek başına ihlalin gerçekleştiğini göstermez. Bir ihlalin var olup olmadığı ancak ikinci aşamada sorulacak şu üç soruya verilecek cevaba göre belirlenir: (1) “*Müdahalenin yasal dayanağı var mıdır?*”, (2) “*Müdahalenin meşru bir amacı var mıdır?*”, (3) “*Müdahale demokratik bir toplumda gerekli midir?*”¹⁷⁷ Ancak bu durum özel hayatın kapsamının önemsiz olduğu anlamına gelmez. Bilakis müdahalede bulunulan hakkın özel hayat kapsamında bulunması ikinci aşamaya geçmek için ön koşuldur.

Özel hayatın kapsamın belirlenmesi ve bilinmesi Türkiye'nin adli makamları için de önem arz etmektedir. Çünkü Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi nezdinde Türkiye'nin insan hakları karnesi iyi değildir ve bu durum düzeltilmek istenmektedir. 2010 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile Anayasanın 148. maddesine eklenen “*Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir...*” ifadesi ile “*bireysel başvuru*” hakkının kabul edilmesi ve “*öte yandan ülkemiz aleyhine, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine her yıl binlerce başvuru yapılmaktadır. Bu başvuruların iç hukuk yollarında çözüme bağlanması amacıyla bireysel başvuru hakkının getirilmesi öngörülmektedir.*” şeklindeki madde gerekçesi¹⁷⁸ bu “*isteğin*” en açık göstergesidir.

“*Bireysel başvuru*” hakkının kabul edilmesinin temel amacı Türkiye'nin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından mahkûm edilmesini engellemek ve insan hakları karnesini düzeltmek olduğuna göre, Anayasa Mahkemesi, bu başvuruları söz konusu amaca uygun olarak, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin içtihat birikimini dikkate alarak sonuçlandıracaktır. Bu yeni durum Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarını, Türkiye'nin adli makamları için hukuken olmasa da “*filen*” bağlayıcı bir niteliğe kavuşturmuştur. Çünkü herhangi bir mahkeme tarafından verilen bir karara karşı yapılan bireysel başvurunun, Anayasa Mahkemesi

176 Francis, H. W. S.: “Of Gossips, Eavesdroppers, And Peeping Toms”, Journal Of Medical Ethics, Volume:8, No:3,, Sem., 1982, s.134.

177 Bkz. Kil Kelly, s.7; Roagna, s.10.

178 Söz Konusu Anayasa Değişikliğinin madde gerekçeleri İçin Bkz. (<http://www.tbmm.gov.tr/D23/2/2-0656.Pdf>, erişim 30.04.2013).

tarafından haklı bulunması hâlinde, ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için dosyanın yeniden yargılama yapılmak üzere ilgili mahkemeye gönderilmesi, yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hâllerde ise tazminata hükmedilmesi¹⁷⁹, gözlerin söz konusu kararı veren mahkemeye çevrilmesine neden olacaktır. Bu duruma düşmek istemeyen mahkemeler, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin ihlaline ilişkin karar verirken, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin bu konudaki kararlarını dikkate almak zorundadır¹⁸⁰.

Hem Anayasa tarafından güvence altına alınmış, hem de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamında yer alan haklardan biri de bu çalışmanın konusunu oluşturan “özel hayatın gizliliğidir.” Bu nedenle 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun “Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar” başlığını taşıyan bölümde düzenlenen suçların ve özellikle de “özel hayatın gizliliğini ihlal” başlığını taşıyan torba suçun kapsamı ve uygulama alanı belirlenirken¹⁸¹ başvurulması gereken en önemli referans yine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin içtihat birikimi olmalıdır. Aksi bir tutum bireysel başvuru yolunun “etkili bir başvuru yolu” olarak kabul edilmemesine neden olur. Bu ise bireysel başvuru hakkının getiriliş amacıyla örtüşmez.

KAYNAKÇA

Kitaplar

Arslan Öncü, Gülay: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Yaşamın Korunması Hakkı, İstanbul, 2011.

Çeçen, Anıl: İnsan Hakları, Genişletilmiş Üçüncü Basım, Ankara, 2000.

Doğru, Osman: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Rehberi, İstanbul, 2012.

Duerr, Hans Peter: Uygarlaşma Sürecinin Miti: I, Çıplaklık ve Utanç, Çeviren: Tarhan ONUR, Ankara, 1999.

Elias, Norbert: Uygarlık Süreci, Cilt:1, 2. Baskı, Çev.: Ender ATEŞMAN, İstanbul, 2002.

Fejos, Pal: Ethnography of the Yagua, New York, 1943.

Gemalmaz, Mehmet Semih: Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri, II. Cilt, Uluslararası Sistemler, İstanbul, 2011.

Gözübüyük, A. Şeref - Gölcüklü, Feyyaz: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 9. Bası, Ankara, 2011.

Gündüz, Aslan: Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Teşkilatlar Hakkında Temel Metinler, Gözden geçirilmiş 2. Baskı, İstanbul, 1994.

Helvacı, Serap: Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar (MK md.24/a fıkra I/ İMK md. 28/a fıkra I), İstanbul, 2001.

179 Bkz. 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun, m. 50.

180 Osman DOĞRU bu durumu “Türk hukukunda, bireysel başvuru vasıtasıyla, konusu insan hakları (temel hak ve özgürlükler) olan yeni bir maddi hukuk ve usul hukuku oluşmaktadır.” şeklinde ifade etmektedir. Bkz. Doğru, O.: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Rehberi, İstanbul, 2012, s.1.

181 Zafer, H.: Özel Hayatın ve Hayatın Gizli Alanının Ceza Hukukuyla Korunması, İstanbul, 2010, s.19.

İnness, Julie C.: Privacy, Intimacy and Isolation, Oxford University Press, 1992.

Kaboğlu, İbrahim Ö.: Özgürlükler Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6. Baskı, İstanbul, 2002.

Kahraman, Abdullah: İslam Hukuk ve Ahlak İlkeleri Işığında Özel Hayatın Gizliliği(-Mahremiyet), Ankara, 2008.

Kilkelly, Ursula.: The right to respect for private and family life: A guide to the implementation of Article 8 of the European Convention on Human Rights, Human rights handbook, No:1, Council of Europe, 2007.

Küzeci, Elif: Kişisel Verilerin Korunması, Ankara, 2010.

Michael, James: Privacy and Human Rights: An International and Comparative Study, with Special Reference to Development in Information Technology, Paris, 1994.

Miller, Arthur Raphael: Assault on Privacy: Computers, Data Banks and Dossiers, The University of Michigan Press, 1971.

Moore, Barrington: Privacy: Studies in Social and Cultural History, New York, 1984.

Öztan, Bilge: Şahsın Hukuku, Hakiki Şahıslar, 10. Bası, Ankara, 2001.

Roagna, Ivana: Protecting the right to respect for private and family life under the European Convention on Human Rights, Council of Europe human rights handbooks, Council of Europe, Strausbourg, 2012.

Rosler, Beate: The Value of Privacy, Cambridge, 2005.

Salihpaşaoğlu, Yaşar: Türkiye'de Basın Özgürlüğü, Ankara, 2007.

Schoeman, Ferdinand David: Privacy and Social Freedom, Cambridge University Press, 1992.

Sennett, Richard: Kamusal İnsanın Çöküşü, 3. Basım, Çev. Serpil DURAK&Abdullah YILMAZ, İstanbul, 2010.

Solove, Daniel J.: Understanding Privacy, Harvard University Press, 2008.

Üzeltürk, Sultan: 1982 Anayasası ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine Göre Özel Hayatın Gizliliği Hakkı, İstanbul, 2004.

Yıldırım, Suat: Kur'ân-ı Hakîm ve Açıklamalı Meali, İstanbul, 2008.

Zafer, Hamide: Özel Hayatın ve Hayatın Gizli Alanının Ceza Hukukuyla Korunması, İstanbul, 2010.

Zevkililer, Aydın- Acabey, M. Beşir- Gökyayla, K.Emre: Medeni Hukuk, Ankara, 1992.

Makaleler

Atak, Songül: “Avrupa Konseyi'nin Kişisel Veriler Açısından Sağladığı Temel Güvenceler”, *TBB Dergisi*, sayı:87, 2010, s. 90-120.

Francis, Huw W. S.: “Of Gossips, Eavesdroppers, And Peeping Toms”, *Journal Of Medical Ethics*, Volume:8, No:3,, Sem., 1982, s.134-143.

Gavison, Ruth E.: “Privacy and the Limits of Law”, *The Yale Law Journal*, Vol.:89,No:3, 1980, s. 421-471.

Gross, Hyman: “The Concept of Privacy”, *New York University Law Review*, Volume: 42, Issue: 1, 1967, s.34-54.

Loenen, B. Van. - Zevenbergen, J.A.: “The Impact of the European Privacy Regime on Location Technology Development”, *Journal of Location Based Services*, Volume:1, No:3, 2007, s.165-178.

Lundsgaarde, Henry P.: "Privacy: An Antropological Perspective on the Right to be Let Alone", *Houston Law Review*, Volume: 8, 1970-1971, s.858-875.

Mckaign, Dianne Louise: "Public İnterest as a Limitation of the Right to Privacy", *Kentucky Law Journal*, Volume:41, 1952-1953, s.126-133.

Mills, Robert W.: "Radio, Television and the Right of Privacy", *Journal of Broadcasting*, Volume: 13, 1968-1969, No:1, s.51-62.

Oppenheimer, Walter D.: "Television and the Right of Privacy", *Journal of Broadcasting*, Volume:1, 1956-1957, s.194-201.

Rachels, James: "Why Privacy is Important?", *Philosophy and Public Affairs*, Vol: 4, No:4, 1975, s.323-333.

Smet, Stijn: "Freedom of Expression and the Right to reputation: Human Rights in Conflict", *American University International Law Review*, Volume:26, Issue:1, s. 183-236.

Warren, Samuel D.- Brandeis, Louis D.: "The Right to Privacy", *Harvard Law Review*, Volume: IV, No: 5, 1980, s. 193-220.

Workman, Russell. D.: "Balancing the Right to Privacy and the First Amendment", *Houston Law Review*, Volume:29, 1992, s.1059-1089.

Sözlükler

Collins Cobuild Essential Dictionary, İngilizce-İngilizce Türkçe Sözlük, Türkçeye uygu-
layan Ö. Renkliyıldırım, İstanbul, 1994.

Nişanyan, Sevan: Sözlerin Soyağacı, Çağdaş Türkçenin Etimolojik Sözlüğü, Gözden Geçirilmiş 2. Basım, İstanbul, 2004.

Oxford Dictionary of English Etymology, Edited by C. T. Onions with the assistance of G.W.S. Friedrichsen and R.W. Burchfi eld, Oxford University Press, First Published 1966.

Türk Dil Kurumu, Türkçe Sözlük, 10. Baskı, Türk Dil Kurumu Yayınları:549, Ankara 2005.

İnternetKaynakları

(<http://www.un.org/en/documents/udhr/index.shtml#a11>, erişim 24.02.2013).

(<http://www.un.org/en/documents/udhr/>, erişim 01.03.2010).

(<http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b3aa0.html>, erişim 24.02.2013).

(<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/389/347/case.html>, erişim 26.02.2013).

(<http://www.unhcr.org/refworld/country,,NATLEGBOD,,BRA,,4c4820bf2,0.html>, erişim 26.02.2013)

(<http://www.unhcr.org/refworld/country,,NATLEGBOD,,FIN,,4e5cf5f12,0.html>, erişim 26.02.2013)

(<http://www.unhcr.org/refworld/country,,NATLEGBOD,,GEO,,3ae6b5b10,0.html>, erişim 26.02.2013)

(<http://www.info.gov.za/documents/constitution/1996/96cons2.html>, erişim 26.02.2013)

(<http://www.unhcr.org/refworld/topic,4565c2252,459d2ecd2,3ae6b4dd14,0,NATLEGBOD,LEGISLATION,KOR.html>, erişim 26.02.2013)

(<http://www.privereal.org/content/dp/countries.php>, erişim 26.02.2013)

(<http://www.un.org/fr/documents/udhr/>, erişim 14.06.2012). (http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_FRA.pdf, erişim 14.06.2012).

“Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 60. Yılı Anısına”

- (<http://www.un.org/es/documents/udhr/>, erişim 14.06.2012). (http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf, erişim 14.06.2012)
- (<http://www.un.org/depts/german/grunddok/ar217a3.html>, erişim 14.06.2012). Avrupa İnsan (http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_DEU.pdf, erişim 14.06.2012).
- (<http://www.unhcr.it/news/dir/15/view/375/dichiarazione-universale-dei-diritti-delluomo-del-1948-37500.html>, erişim 14.06.2012). (http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ITA.pdf, erişim 14.06.2012).
- (<http://www.ucs.louisiana.edu/~ras2777/judpol/lake.html>, erişim 26.07.2012).
- (<http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b3aa0.html>, erişim 24.02.2013).
- (<http://www.cidh.oas.org/basicos/english/basic3.american%20convention.htm>, erişim 27.02.2013).
- (http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/capacitybuilding/Source/documentation/hb11_privatelife_en.pdf, erişim 28.11.2012).
- (http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/capacitybuilding/Source/documentation/hb11_privatelife_en.pdf, erişim 28.11.2012).
- (<http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/108.htm>, erişim 26.01.2013).
- (http://www.avrupakonseyi.org.tr/antlasma/aas_108.htm, erişim 26.01.2013).
- (http://www.avrupakonseyi.org.tr/antlasma/aas_108.htm, erişim 26.01.2013)
- (<http://www.tandfonline.com/doi/pdf/10.1080/17489720701779644>, erişim 25.01.2013)
- (<http://www.idare.gen.tr/akillioglu-idariusul.htm>, erişim 25.01.2013)
- (http://echr.coe.int/NR/rdonlyres/77A6BD48-CD95-4CFF-BAB4-ECB974C5BD15/0/DG2ENHRHA_ND012003.pdf, erişim 28.07.2012) (<http://www2.tbmm.gov.tr/D23/2/2-0656.Pdf>, erişim 30.04.2013).

Amerikan Yüksek Mahkemesi Kararları

- Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965).
- Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967).
- Lake v. Wal-Mart Stores, Inc.* 582 N.W.2d 235 (Minn. Sup. Ct. 1998).
- Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003).
- Public Utilities Commission v. Pollak*, 343 U.S. 451 (1952)
- Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları

- A, B and C v. Ireland*, (Grand Chamber), 25579/05, 16.12.2010.
- A. and Others v. The United Kingdom*, (Grand Chamber), 3455/05, 19.02.2009.
- A. v. Croatia*, 55164/08, 14.10.2010.
- A. v. Norway*, 28070/06, 09.04.2009.
- A.D.T. v. The United Kingdom*, 35765/97, 31.10.2000.
- Aksu v. Turkey*, (Grand Chamber), 4149/04, 41029/04, 15.03.2012.
- Alkaya v. Turkey*, 42811/06, 09.10.2012.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında Bir Değerlendirme

- Amann v. Switzerland*, (Grand Chamber), 27798/95, 16.02.2000.
- Avram and Others v. Moldova*, 41588/05, 05.07.2011.
- Axel Springer AG v. Germany*, (Grand Chamber), 39954/08, 07.02.2012. *Beard v. The United Kingdom*, (Grand Chamber), 24882/94, 18.01.2001. *Bevacqua and S. v. Bulgaria*, 71127/01, 12.06.2008.
- Biriuk v. Lithuania*, 23373/03, 25.11.2008.
- Boso v. Italy*, (Decision), 50490/99, 05.09.2002.
- Brüggemann and Scheuten v. Germany*, 6959/75, Report of the Commission, 12.07.1977.
- Buckley v. The United Kingdom*, 20348/92, 25.09.1996.
- Bulgakov v. Ukraine*, 59894/00, 11.09.2007.
- Burghartz v. Switzerland*, 16213/90, 22.02.1994.
- Calogero Diana v. Italy*, 15211/89, 15.11.1996.
- Camenzind v. Switzerland*, 21353/93, 16.12.1997.
- Campbell v. The United Kingdom*, 13590/88, 25.03.1992.
- Cemalettin Canli v. Turkey*, 22427/04, 18.11.2008.
- Chapman v. The United Kingdom*, (Grand Chamber), 27238/95, 18.01.2001.
- Chauvy and Others v. France*, 64915/01, 29.06.2004.
- Christine Goodwin v. The United Kingdom*, (Grand Chamber), 28957/95, 11.07.2002.
- Ciubotaru v. Moldova*, 27138/04, 27.04.2010.
- Cossey v. The United Kingdom*, 10843/84, 27.09.1990.
- Costello-Roberts v. The United Kingdom*, 13134/87, 25.03.1993.
- Coster v. The United Kingdom*, (Grand Chamber), 24876/94, 18.01.2001.
- Cruz Varas and Others v. Sweden*, 15576/89, 20.03.1991.
- D.P. and J.C. v. The United Kingdom*, 38719/97, 10.10.2002.
- Dudgeon v. The United Kingdom*, 7525/76, 22.10.1981.
- E.S. and Others v. Slovakia*, 8227/04, 15.09.2009.
- Ebcin v. Turkey*, 19506/05, 01.02.2011.
- Evans v. The United Kingdom*, (Grand Chamber), 6339/05, 10.04.2007. *Gillow v. The United Kingdom*, 9063/80, 24.11.1986.
- Guerra and Others v. Italy*, (Grand Chamber), 14967/89, 19.02.1998. *Guillot v. France*, 22500/93, 24.10.1996.
- H. v. Norway*, (Decision), 17004/90, 19.05.1992.
- Hass v. Switzerland*, 31322/07, 20.01.2011.
- Hatton and Others v. The United Kingdom*, (Grand Chamber), 36022/97, 08.07.2003.
- Herczegfalvy v. Austria*, 10533/83, 24.09.1992.
- Jalloh v. Germany*, 54810/00, 11.07.2006.
- Jane Smith v. The United Kingdom*, (Grand Chamber), 25154/94, 18.01.2001.
- Johansson v. Finland*, 10163/02, 06.09.2007.
- Johnston and Others v. Ireland*, 9697/82, 18.12.1986.
- Juhnke v. Turkey*, 52515/99, 13.05.2008.
- K. and T. v. Finland*, (Grand Chamber), 25702/94, 12.07.2001.

“Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 60. Yılı Anısına”

- Kemal Taşkın and Others v. Turkey*, 30206/04, 37038/04, 43681/04, 45376/04, 12881/05, 28697/05, 32797/05, 45609/05, 02.02.2010.
- Klass and Others v. Germany*, 5029/71, 06.09.1978.
- Kopp v. Switzerland*, 23224/94, 25.03.1998.
- Krone Verlag GmbH & Co. KG v. Austria*, 34315/96, 26.02.2002.
- Kroon and Others v. The Netherlands*, 18535/91, 27.10.1994.
- Laskey and Others v. The United Kingdom*, 21627/93, 21826/93, 21974/93, 19.02.1997.
- Leander v. Sweden*, 9248/81, 26.03.1987.
- Lee v. The United Kingdom*, (Grand Chamber), 25289/94, 18.01.2001.
- Leempoel & S.A. ED. Cine Revue v. Belgium*, 64772/01, 09.11.2006. *Lopez Ostra v. Spain*, 16798/90, 09.12.1994.
- M.C. v. Bulgaria*, 39272/98, 04.12.2003.
- M.S.S. v. Belgium and Greece*, (Grand Chamber), 30696/09, 21.01.2011. *Mitkus v. Latvia*, 7259/03, 02.10.2012.
- Modinos v. Cyprus*, 15070/89, 22.04.1993.
- Mosley v. The United Kingdom*, 48009/08, 10.05.2011.
- News Verlags GmbH & CoKG v. Austria*, 31457/96, 11.01.2000.
- Niemietz v. Germany*, 13710/88, 16.12.1992.
- Norris v. Ireland*, 10581/83, 26.10.1988.
- P. and S. v. Poland*, 57375/08, 30.10.2012.
- Peck v. The United Kingdom*, 44647/98, 28.01.2003.
- Pfeifer v. Austria*, 12556/03, 15.11.2007.
- Powell and Rayner v. The United Kingdom*, 9310/81, 21.02.1990.
- Pretty v. The United Kingdom*, 2346/02, 29.04.2002.
- R.R. v. Poland*, 27617/04, 26.05.2011.
- Rees v. The United Kingdom*, 9532/81, 17.10.1986.
- Reklos and Davourlis v. Greece*, 1234/05, 15.01.2009.
- Rotaru v. Romania*, (Grand Chamber), 28341/95, 04.05.2000.
- S. and Marper v. The United Kingdom*, (Grand Chamber), 30562/04, 30566/04, 04.12.2008.
- Perry v. The United Kingdom*, 63737/00, 17.07.2003.
- Sanchez Cardenas v. Norway*, 12148/03, 04.10.2007.
- Schlumpf v. Switzerland*, 29002/06, 08.01.2009.
- Schönenberger and Durmaz v. Switzerland*, 11368/85, 20.06.1988.
- Schüth v. Germany*, 1620/03, 23.09.2010.
- Sciacca v. Italy*, 50774/99, 11.01.2005.
- Sheffield and Horsham v. The United Kingdom*, (Grand Chamber), 22985/93, 23390/94, 30.07.1997.
- Sidabras and Dziutas v. Lithuania*, 55480/00, 59330/00, 27.07.2004.
- Stanev v. Bulgaria*, (Grand Chamber), 36760/06, 17.01.2012.
- Stjerna v. Finland*, 18131/91, 25.11.1994.
- Stubing v. Germany*, 43547/08, 12.04.2012.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında Bir Değerlendirme

Tysiqc v. Poland, 5410/03, 24.09.2007.

Uzun v. Germany, 35623/05, 02.09.2010.

Van Kück v. Germany, 35968/97, 12.06.2003.

Vo v. France, (Grand Chamber) 53924/00, 08.07.2004.

Von Hannover v. Germany (No.2), (Grand Chamber), 40660/08, 40641/08, 07.02.2012.

Von Hannover v. Germany, 59320/00, 24.06.2004.

Wainwright v. The United Kingdom, 12350/04, 26.09.2006.

White v. Sweden, 42435/02, 19.09.2006.

Wisse v. France, 71611/01, 20.12.2005.

X and Y v. The Netherlands, 8978/80, 26.03.1985.

X. v. Belgium, (Decision), 2568/65, 06.02.1968.

X. v. The United Kingdom, (Decision), 8416/79, 13.05.1980.

X. , Y. and Z. v. The United Kingdom, (Grand Chamber), 21830/93, 22.04.1997.

Y. F. v. Turkey, 24209/94, 22.07.2003.

Yazgül Yılmaz v. Turkey, 36369/06, 01.02.2011.

(53. Makale - 2014)

*Sultan TAHMAZOĞLU
ÜZELTÜRK*

*Ad ve Soyada İlişkin Kararlar
Bireyin Kimlik Hakkı**

* Sultan Tahmazoğlu Üzeltürk, "Ad ve Soyada İlişkin Kararlar Bireyin Kimlik Hakkı", Anayasa Hukuku Dergisi, Yıl 2014, Cilt 3 Sayı 5, 11-36.

BÖLÜM 1 / SECTION 1

AD VE SOYADA İLİŞKİN KARARLAR BİREYİN KİMLİK HAKKI

(JURISPRUDANCE ON FORENAME AND SURNAME
RIGHT TO INDIVIDUAL IDENTITY)

Sultan Tahmazoğlu-Üzeltürk*

ÖZET

Kadının kendi soyadını kullanması ve bireyin etnik kökenine dayanan isimler alması karşısında Türk Anayasa Mahkemesi güçlü bir direnç göstermektedir. Anayasa şikayeti yolu ile kadının soyadına ilişkin sorun bir ölçüde aşılmıştır. Burada da kararın etkisi tartışması başlayacaktır. Aksi yönde İHAM kararlarına rağmen hem anayasa yargısı alanında, hem de yasama organının sessizliği anlamında son üç yıllık bilanço negatiftedir.

Anahtar Kelimeler: Kadının soyadı, etnik temelli isim, 1982 Anayasası madde 90/5.

ABSTRACT

Turkish Constitutional Court opposes a rigorous resistance against women would like to use her own surname and individuals want to use name based on their ethnic origin. The problem related to the woman's last name has been surpassed in a certain extent through constitutional complaint way. Now the discussion of the impact of the decisions would be another problem. Although the ECHR decision is contrary, in the field of constitutional jurisdiction as well as policy of inaction of the legislature, the consequences of the problem in this field are negative for last three years.

Keywords: Maiden name, ethnic-based name, 1982 Turkish Constitution Article 90/5.

* Prof. Dr., Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Anayasa mahkemesinin ad ve soyada ilişkin kararlarını iki kategoride toplam mümkündür. Bunlardan ilki kadının soyadına, ikincisi ise sadece soyadına ilişkin kararlardır. Bu iki alanda yer alan kararlar farklı gibi görülmekle beraber Anayasa Mahkemesinin “soy” kavramına bakışını yansıtmaları bakımından paralel bir çizgiyi takip etmektedir.

I- KADININ SOYADI

Anayasa Mahkemesinin son üç yılda kadının soyadına ilişkin kararlarını değerlendirmek için, bu yönde önceki eğilimine de değinmek gerekir.

a- ANAYASA MAHKEMESİ’NİN 1998/59 KARAR SAYILI KARARI

Anayasa Mahkemesinin kadının soyadına ilişkin olarak ilk dikkat çeken kararı, kadının evlenmeden önceki soyadını aile soyadı olarak kullanmak istemesine olur vermeyen MK md. 153/1¹ in anayasaya aykırı olduğu iddiasıyla Ankara 4. Asliye Hukuk Mahkemesinden yapılan başvuru sonucunda gerçekleşmiştir.

Başvuruda amacın erkeği dışlamak ve onu ikinci sıraya itmek olmayıp, onunla yan yana olmak olduğu ve bunun bir iktidar hırsı olmadığı, sadece alını açık, başı dik bir onur mücadelesi olduğu belirtilmektedir. Bu ifadeler, kadının toplumun direncine karşı “amacım erkekten üstün olmak” ya da “iktidar hırsı içinde değilim”, “sadece eşit olmak istiyorum” mesajları ile kendisini anlatma kaygısı taşımaktadır.

Kararda, Anayasa Mahkemesi MK. Md. 153/1’in anlamını şu net ifadelerle açıklamaktadır: Kadın evlenmekle kocasının adını alacak, koca soyadını değiştirdiğinde kadının soyadı da değişecek ve kadın tek başına soyadını değiştirme olanağına sahip olamayacak ve kadının soyadının değişmesi de Yargıtay kararlarına atf yapılarak kendiliğinden olacaktır.

Anayasa Mahkemesi, yukarıda ne anlama geldiğini belirttiği hükümde, şu gerekçelerle Anayasaya aykırı bir durum görmemektedir:

“İtiraz konusu ‘Kadın evlenmekle kocasının soyadını alır’ kuralı **kimi sosyal gerçeklerin doğurduğu zorunluluklardan ve yasa koyucunun yıllar boyu kökleşmiş bir geleneği kurumsallaştırmasından kaynaklanmaktadır.** ‘Aile hukuku’ öğretisinde de **kadının erkeğe göre farklı yaratıldığı, zorunluluklar ve toplumsal gerçekler karşısında kadının korunması, aile bağlarının güçlendirilmesi, evlilik birliğinde düzen ve uyum sağlanması, aile içinde iki başlılığın önlenmesi gerektiği gibi hususlarda görüşler bulunmaktadır.**

Kullanılan aile isminin kuşaktan kuşağa doğumla geçmesiyle **aile birliği ve bütünlüğü** devam etmiş olacaktır. Aile birliğinin sağlanması için yasa koyucu eşlerden birisine öncelik tanımıştır. **Kamu yararı, kamu düzeni ve kimi zorunluluklar soyadının kocadan geçmesinin tercih nedeni olduğunu göstermektedir.** Kaldı ki itiraz konusu kuralda aile isminin sadece erkeğin soyadına bağlanacağı öngörül-

1 MK. 153: “Kadın, evlenmekle kocasının soyadını alır; ancak evlendirme memuruna veya daha sonra nüfus idaresine yapacağı yazılı başvuru ile kocasının soyadı önünde önceki soyadını da kullanabilir. Daha önce iki soyadı kullanan kadın, bu haktan sadece bir soyadı için yararlanabilir.”

memekte, kadının başvurusu durumunda kocanın soyadıyla birlikte kızlık soyadını da kullanma olanağı bulunmaktadır.

Kadının evlenmekle kocasının soyadını almasının cinsiyet ayırımına dayanan bir farklılaşma yarattığı savı da yerinde değildir. Anayasa'nın 10. maddesinde öngörülen eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı olacağı anlamına gelmez."

"Kişilerin **haklı bir nedene dayanarak** değişik kurallara bağlı tutulmaları eşitlik ilkelerine aykırılık oluşturmaz. Durum ve konumlarındaki özellikler kimi kişilerin ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerekli kılabilir. Yasa koyucunun aile soyadı olarak kocanın soyadına öncelik vermesi belirtilen haklı nedenler karşısında eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmamaktadır..."

Anayasa mahkemesi kararda özetle kadının kocasının soyadını kullanma zorunluluğunun haklı bir nedene dayandığı için eşitlik ilkesini ihlal etmediğine ve bu haklı sebeplerin de "kamu yararı, kamu düzeni ve kimi zorunluluklar" olduğunu belirtmektedir. Anayasa Mahkemesinin bu kavramların muğlaklığı ve somut verilerle desteklenmemesi bir yana "kimi zorunluluklar" gibi bir gerekçenin ikna kabiliyetinin zayıflığı da ortadadır.

Kararda üç karşı oy bulunmaktadır. Ortak karşı oyda özetle, eşitsizliğin haklı sebebinin olmadığı, sınırlamanın demokratik bir toplumda zorunlu olmadığı ve bu durumun kadının maddi ve manevi varlığının gelişmesini de engellediği belirtilmektedir².

b- İHAM'IN TEKELİ KARARI³

Ayşe Ünal Tekeli tarafından İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'ne (İHAM) yapılan başvuruda "sadece evlenmeden önceki soyadını kullanma" talebi söz konusudur. 1997 de Medeni Kanunda yapılan değişiklik, kadının sadece kendi soyadını kullanmasına izin vermemektedir.

Mahkeme ilk olarak, "kimlik belirleme ve aile bağı aracı olarak insanın isminin özel ve aile yaşamını etkilediğini" belirterek müdahalenin Sözleşmenin 8. Maddesinin kapsamında olduğunu saptamıştır. İkinci bir adım olarak ise, özel hayat hakkı ile beraber sözleşmenin 14. Maddesinin de ihlal edilip edilmediği incelenmiştir.

2 "Bu anlayış içinde bakıldığında, yalnız kadın yönünden zorlama getirdiği anlaşılan "Kadın evlenmekle kocasının soyadını alır." biçimindeki itiraz konusu kural, evlilik birliği içinde hak ve yükümlülükler bakımından aynı hukuksal konumda bulunan taraflardan kocayı kadın karşısında üstün duruma getirmektedir. Bu eşitsizliği kamu düzeni kamu yararı gibi soyut kavramlarla açıklamak da olanaklı değildir. Çünkü bu tür gerekçelerin, ancak kamu düzenini bozan ya da kamusal yararı zedeleyen somut olayların varlığı halinde geçerli olabileceği açıktır. Evlenen kadının soyadı üzerindeki kişilik hakkının kimi olasılıklara veya varsayımlara dayanarak sınırlandırılmasının demokratik toplum düzeninin gerekleriyle bağdaştığı ileri sürülemez. Bu nedenle itiraz konusu kural Anayasa'nın 13. maddesi ile de uyum içinde değildir.

Aile soyadının seçimini, evlilik birliğinin eşit haklara sahip bireyleri olan eşlerin özgür iradesine bırakmayarak bu konuda kocaya mutlak bir üstünlük sağlayan kural, yalnız eşitlik ilkesine değil, kadının soyadı üzerindeki kişilik haklarını sınırlaması, bu yolla onun maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına bir müdahale niteliği taşıması nedeniyle Anayasa'nın 17. maddesine de aykırılık oluşturmaktadır."

3 *Ünal Tekeli v. Turkey*, Application no. 29865/96, 16 Kasım 2004.

Bu inceleme çerçevesinde Mahkeme üç aşamalı bir değerlendirme yapmaktadır: Farklı muamelenin var olup olmadığı ve bu farklılığın nesnel ve makul bir nedeninin olup olmadığı; bu nedenin varlığının demokratik toplumda zorunlu olup olmadığı; nihayet, kullanılan yöntem ile gerçekleştirilmesi istenilen amaç arasında makul bir orantının olup olmadığı incelenmiştir.

Mahkemenin yaptığı ilk tespit kadın ve erkeğe evlilik içinde “farklı muamele” yapıldığıdır. Buna göre evli kadınlar evlendikten sonra yalnızca önceki soyadlarını yasal olarak kullanamazken, evli erkekler evlenmeden önceki soyadlarını kullanabilmektedirler. Bu durum cinsiyet temelinde bir farklı muameledir.

İkinci adım bu muamelenin “haklı bir nedene” dayanıp dayanmadığının tayinidir. İHAM böyle bir haklı neden olmadığı sonucuna şu değerlendirmelerle ulaşmaktadır. Mahkeme’ye göre, Avrupa Konseyi’nin üye ülkeleri arasında Türkiye -çiftler başka bir düzenlemeyi tercih etse bile-kocanın soyadının aile soyadı olarak kabul edilmesini ve bu nedenle kadının, evlendiğinde otomatik olarak kendi soyadını kaybetmesini yasalarla öngören tek ülke konumundadır ve yapılan son kanun değişikliği ile iki soyadının birlikte kullanılması da bu durumu değiştirmemiştir.

Mahkeme bu bağlamda bazı sorulara yanıt aramıştır: **İlk soru**, aile birliğinin erkeğin ismi ile yansıtılması geleneğinin söz konusu davada nihai bir etken sayılıp sayılmayacağıdır. Mahkeme; günümüzde kadın erkek eşitliğinin geldiği nokta da dikkate alınarak aile birliğinin, erkeğin soyadının kabul edilmesiyle yansıtılabileceği gibi kadının soyadının ya da çift tarafından seçilen ortak bir soyadın kabul edilmesiyle de yansıtılabileceği sonucuna vararak soruyu olumsuz yanıtlamıştır. **İkinci soru**, aile birliğinin ortak bir aile ismiyle yansıtılmasının gerekli olup olmadığı ve evli çiftler arasında bir fikir ayrılığı halinde çiftlerden birinin soyadının diğerine empoze edilmesinin mümkün olup olmadığı meselesidir. Mahkeme Avrupa tecrübesini de kullanarak, evli çiftlerin ortak bir aile adı taşımamayı tercih ettiği durumlarda da aile birliğinin korunup güçlendirilebileceğini belirtmekte ve bu durumda KAMU YARARININ zarar gördüğü somut bir sorun görememektedir. **Nihayet** Mahkeme, soyadında tercihlisi sistemin kabulü halinde doğum, evlilik ve ölüm kayıtlarının tutulması konusunda bazı sorunlar yaşanacağını öngörmektedir. Ancak bireylerin seçtikleri isme göre, onur ve itibarla yaşamalarını sağlamak için toplumdaki bir miktar sıkıntı çekmesini beklemenin makul olacağı kanaatinde dir.

SONUÇ olarak Mahkeme aile birliğini ortak bir aile ismi aracılığıyla yansıtma amacının, cinsiyete dayalı farklı muamele için yeterli bir gerekçe oluşturmadığına ve 8. madde kapsamında ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine OYBİRLİĞİYLE karar vermiştir.

c- ANAYASA MAHKEMESİNİN 2011/49⁴ KARAR SAYILI KARARI

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin yukarıda belirtilen Tekeli kararından sonra sorun bir kez daha Anayasa Mahkemesi önüne taşınmıştır. Yukarıda verilen İHAM kararının(2004), Anayasanın 90. Maddesinin son fıkrasına eklenen cümle-

4 Esas Sayısı: 2009/85, Karar Sayısı: 2011/49, Karar Günü: 10.3.2011, RG. 21. 10. 2011.

nin(2004) ve aradan geçen on altı yılın etkisiyle Anayasa Mahkemesinin içtihadını değiştirmesi beklenmekteydi.

Evli kadının sadece önceki soyadını kullanması isteminin tekrarlandığı başvuru bu kez Fatih, Ankara ve Kadıköy'den Anayasa Mahkemesine ulaşmış ve başvurular birleştirilmiştir. 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun 187. maddesinin Anayasa'nın 2., 10., 12., 17., 41. ve 90. maddelerine aykırılığı iddiası ile iptali istenmiştir. Bu süreç içinde Anayasanın 10. 41. ve 90. maddelerinde kadın erkek eşitliğini sağlamak üzere yararlanılabilecek değişikliklerin yapıldığı da hatırlamak gerekir.

Başvurularda itiraz konusu kural ile evlenen kadının kocasının soyadını almak zorunda bırakıldığı, kadının kendi soyadını tek başına kullanmasına izin verilmediği, bu durumun eşler arasındaki eşitlik ilkesine, maddi ve manevi varlığının geliştirilmesi hakkına aykırı olduğu gerekçeleri ile hükmün iptali istenmiştir.

Anayasa Mahkemesi kararda şu gerekçeleri kullanarak yasayı anayasaya uygun bulmuştur:

1- Kanun önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durum ve konumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları gerekli kılabilir. **Aynı hukuksal durumlar aynı, aynı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'nın öngördüğü eşitlik ilkesi çiğnenmiş olmaz.** Bu ilke ile eylemli değil hukuksal eşitlik öngörülmektedir.

Bu durumda Anayasa Mahkemesine göre, kadın ve erkek durum ve konumları farklı olduğu için, ayrı hukuksal durumları oluşturmakta ve bu yüzden farklı kurallara tabi olmaları eşitlik ilkesini ihlal etmemektedir. Oysa yukarıda verilen Tekeli kararında İHAM farklı bir değerlendirme yapmıştır. Cinsiyet temelinde farklı davranmanın haklı sebebinin olması gerektiğini ve somut durumda da bunun bulunmadığını tespit etmiştir.

2- Anayasa Mahkemesinin kullandığı diğer dayanaklar ise, Anayasa'nın 12. 17. ve 41. maddeleridir.

Anayasa Mahkemesi anayasanın 12. maddesini tekrarlayarak **temel hak ve hürriyetlerin, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva ettiğini vurgulamıştır.** Bu ifadeden hareketle anayasa koyucunun kişiyi temel hak ve hürriyetlerle donatırken, bu hak ve hürriyetlerin kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı olan ödev ve sorumluluklarından ayrı düşünülmemeyeceğini ifade etmiştir.

Anayasa Mahkemesinin bu değerlendirmesini çözmek mümkün değildir. Zaten son derece sorunlu olan ödev ve sorumluluk bilinci ile kullanılan hak ve hürriyetler hatırlatılırken, bu sorumluluğun sadece kadın tarafından yüklenilmesi sonucuna hangi anayasal veri ile ulaşıldığı anlaşılamamaktadır.

Anayasa Mahkemesinin kadının soyadını tek başına kullanması yasağını anayasaya uygun bulduğu kararda dayandığı "ailenin korunması" ve "bireyin mad-

di ve manevi varlığının geliştirilmesi hakkını” düzenleyen 41. ve 17 maddeler tam tersine yoruma uygun hükümler ihtiva etmektedir. Örneğin, ailenin eşler arasında eşitliğe dayandığına ilişkin hükümden, kadının kendi soyadını tek başına taşıyamayacağı ve erkeğin taşıyabileceği sonucuna ne hukuken ne de mantıken ulaşmak mümkün değildir. Yine herkesin maddi ve manevi varlığını koruma hakkından kadın ve erkek arasında tercih yapılması sonucu çıkarılamaz. Ayrıca Mahkeme kararında vurgulanan “**ailenin**” korunması, bireyi ya da kadını feda ederek mümkün olabilir mi?

Kararın dayandığı gerekçeler, hukuk mantığı ile alay etme noktasındadır.

3- Anayasa Mahkemesine göre; Türk hukukunda aile ismi ile eş anlamda kullanılan soyadının, kişinin kimliğini belirleme işlevi yanında, ailesini ve soyunu belirleme, kişiyi başka ailelerin bireylerinden ayırt etme işlevleri de bulunmaktadır. Bu işlevleri nedeniyle yasa koyucu, nüfus kayıtlarının düzenli tutulması, resmi belgelerde karışıklığın önlenmesi, soyun belirlenmesi, ailenin korunması gibi sebeplerle soyadı kullanımını yasal düzenlemelerle kural altına almaktadır. İtiraz konusu “kadın evlenmekle kocasının soyadını alır” kuralının da aile birliğinin korunması ve aile bağlarının güçlendirilmesi başta olmak üzere, nüfus kayıtlarının düzenli tutulması, resmi belgelerde karışıklığın önlenmesi ve soyun belirlenmesi gibi kamu yararı ve kamu düzeni gerekleri nedeniyle kabul edildiği anlaşılmaktadır.

Anayasa Mahkemesinin soyadına yüklediği işlev sadece Türk hukuku için değil, tüm sistemler için geçerlidir. Bu noktada hukuken tartışılması gereken husus, kamu yararı ve kamu düzeninin söz konusu ayrımcı muameleyi haklı kılıp kılmadığı, bu müdahalenin demokratik toplumda zorunluluğu ve ölçülü olup olmadığıdır.

İHAM Tekeli kararında kadının kendi soyadını korumasının sakıncalarının olduğunu belirtmekle beraber, bireyin adı ve kimliği ile onurlu yaşamı karşısında toplumun sıkıntılarının göz ardı edilebileceğini belirtmektedir. Tersinden okunursa İHAM kararında toplum yararı için bireyin adı ve kimliğine müdahale ölçülü olmayacaktır.

Aile bağlarının kadının kendi soyadını taşıyarak da güçleneceğini Avrupa örnekleri ile de pekiştiren İHAM, bu şekilde aile bağlarının güçleneceğine ilişkin kanıt bulamamıştır. Türk Anayasa Mahkemesinin bu veriyi hangi kayıtlara dayandığını bilmek mümkün değildir.

4- Anayasa Mahkemesi'nin şu saptaması ilginçtir: “Milletlerin **ayırıcı vasıflarının, değer yargılarının, inanç ve düşünce kalıplarının** aktarılması ve kuşaklararası bağın sürdürülmesini sağlayan aile, üstlendiği rol ve işlevleri ile geçmişten günümüze hemen her toplumun özelliklerini yansıtmaktadır. Bu bakımdan ailenin toplumdaki etkinliği ve algılanışı da toplumdan topluma değişmektedir. Toplumun temel ögesi olan aile, sevgi, saygı, hoşgörü ve benzeri insani ve ahlaki değerlerin, **gelenek, görenek**, dil, din ve diğer özelliklerin yaşandığı ve gelecek nesillere aktarıldığı **kutsal** bir kurumdur.”

Anayasa Mahkemesi aileyi kutsarken aileyi oluşturan bireyleri unutmaktadır. Bireyin özgür olmadığı bir ailede hangi değerler sonraki nesillere aktarılacaktır? Gelenek ve görenekler bireyin hak ve hürriyetlerinin sınırlanmasının haklı nedeni olabilirler mi? Ayrıca “kutsal aile” bireyin hak ve hürriyetlerinin feda edildiği bir kurum olabilir mi?

5- AYM, trajikomik biçimde İHAM’ın (İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi) 8. maddesine, eksik ve sonuç olarak yanlış biçimde atıf yapmaktadır:

Anayasa Mahkemesi kararında şu paragrafa yer vermektedir. “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de soyadı kullanımı ile ilgili başvuruları, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 8. maddesinde yer alan “özel hayatın ve aile hayatının korunması” ilkesi kapsamında incelemiş ve kararlarında, nüfusun eksiksiz ve doğru olarak kaydedilmesi, aile adlarının istikrarına verilen önem, kişisel kimlik saptaması veya belli bir ismi taşıyanların belli bir aile ile bağlantılarının kurulabilmesi gibi kamu yararının gerekleri uyarınca, soyadı değiştirme imkânına yasal sınırlamalar getirilebileceği; ulusal yasakoyucunun bu sınırlamaları da kendi devletiyle ilgili tarihi ve siyasal yapısına bağlı kalarak seçmesinde takdir hakkının bulunduğunu belirtmiştir.”

İHAM kararında, 52. paragrafta üye devletlerin belli ölçüde takdir marjından söz edilmektedir. Ancak Mahkeme, 53. paragrafında ise şu net vurguyu yapmaktadır⁵: Sadece cinsiyet temelli farklı muamelenin sözleşmeye uygun olması için çok güçlü nedenlere ihtiyacı bulunmaktadır.

Anayasa Mahkemesi kararında İHAM kararının kendine yakın olan kısmını kararına aldığını ve bir sonraki paragrafa ve sonuca bakmadan ya da bakarak özel bir kasıtle karar verildiği görülmektedir. En hafif ifade ile bu yaklaşım etik değildir. Eğer Yüksek Mahkeme İHAM kararı ile çelişen bir karar verecekse, hiç değilse tam da bu kararı kendisine destek olarak kullanmamalıdır.

6- Anayasa Mahkemesine göre, itiraz konusu kural ile aile ismi olarak kullanılan soyadının kuşaktan kuşağa geçmesiyle, Türk toplumunun temeli **olan aile birliği ve bütünlüğünün** devamı sağlanmış olmaktadır. Kamu yararı ve düzeninin gerektirdiği zorluklar nedeniyle eşlerden birine öncelik tanınması, bu çerçevede anayasaya uygun bulunmuştur. Ayrıca kadının kendi soyadını kocasının soyadı önünde kullanabilmesi ile “adil bir denge” nin de sağlandığı belirtilmektedir.

Öncelikle aile birliği ve bütünlüğünün sağlanması ve bu çerçevede kamu yararının ve düzeninin sağlanması saptamalarına daha önce işaret edilmişti. İlave olarak, adil denge sağlandığı söylenen kuralda eşlerden biri sadece kendi soyadını kullanabilirken, diğerinin kullanamaması sözkonusudur. İki soyadının kadın tarafından birlikte kullanılması zorunluluğu bu sorunu çözmekte ve Tekeli kararından ifade edildiği gibi kadının çıkarı doğrultusunda bir çözüm olmamaktadır.

5 “53. However, very weighty reasons have to be put forward before a difference of treatment based on the ground of sex alone can be regarded as compatible with the Convention.”

Burada kadının iki soyadını birden kullanmasının gerek kadın hakları gerekse bürokraside yarattığı sıkıntıları önlemek için İsviçre'nin dahi bu uygulamadan vazgeçtiği eklenmelidir⁶.

7- Anayasa Mahkemesi kuralı Anayasanın 2,10, 12, 17 ve 41. Maddelerine aykırı görmemiş, 90. Madde ile ise İLGİSİNİ GÖRMEMİŞTİR. Anayasa mahkemesinin m. 90/son da yapılan değişikliği hayata geçirmesi hak ve hürriyetlerin garanti edilmesi bakımından son derece önemlidir. Temel haklara ilişkin uluslararası sözleşmelerin iç hukuktaki yeri konusunda öğretilerde tam bir uzlaşmanın sağlandığı söylenemese de Anayasa Mahkemesinin bu konuda yolu açması çok önemlidir. Özellikle anayasa şikâyeti süreci bu yolu daha da zorlamaktadır. Anayasa Mahkemesi uluslararası sözleşmeleri, İHAM kararını açıkça görmezden gelmiştir.

Anayasa Mahkemesinin uygulamasında temel haklara ilişkin uluslararası sözleşmeler pek kullanılmamakta ve Anayasanın 90. Maddesine gereken anlam verilmemektedir. Yukarıdaki “ilgisiz” saptaması da bunun örneklerinden biridir. Soyadı konusundaki bireysel başvuru kararının gerekçesinde ise o ilgi açıkça kurulmuştur.

Anayasa Mahkemesinin 2011/49 karar sayılı kararında tek olumlu yanı şudur: İlk soyadı kararında 11 yargıç arasında sadece üç karşı oy bulunmaktaydı. 2. Soyadı kararında ise, 17 yargıç arasında 8 karşı oy bulunmaktadır. Muhalif oy oranı %27 den %47'ye çıkmıştır.

d- KARAR SAYISI 2012/32⁷ BOŞANDIĞI KOCASININ SOYADINI KULLANMAKTAN VAZGEÇME HAKKI

Boşandıktan sonra kocasının soyadını kullanmak için kadına verilen iznin kaldırılması talebinin sadece kocaya tanınmasının anayasaya aykırı olduğundan hareketle, Muğla 2. Asliye Hukuk (Aile) Mahkemesinden Anayasa mahkemesine itiraz başvurusu yapılmıştır.

Boşandığı eşine ait olan soyadının kaldırılarak, kızlık soyadının kullanılmasına izin verilmesi istemiyle açılan davada, MK. m.173/son daki⁸ hüküm çerçevesinde

6 Eski uygulamaya göre yapılan, kadınların bekârlık soyadları ile birlikte eşlerinin soyadını da beraber taşıması uygulaması da yeni yasa ile son bulmuş oluyor. Kadın nikâh sırasında ya eşinin soyadını alacak ya da kendi soyadında devam edecek. Kendi bekârlık soyadında karar kılan çiftlerin çocukları ise ana-babanın belirlediği (çiftlerden birinin) soyadının taşıyacaklar. Nikâhsız beraberlikten doğan çocuklar doğrudan annenin soyadını alacak. Ancak, çiftlerin ortak talebi ile çocuk babanın soyadını da kullanabilecek. Eski evliler de bu uygulamadan yararlanabilecekler. RADİKAL, 8 Ocak 2013

7 Esas Sayısı: 2011/51, Karar Sayısı: 2012/32, Karar Günü: 1.3.2012, R.G. Tarih-Sayı: 21.07.2012-28360

8 08/12/2001 tarihinde 24607 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 173. maddesi hükmü şöyledir:

“Boşanma halinde kadın, evlenme ile kazandığı kişisel durumunu korur; ancak, evlenmeden önceki soyadını yeniden alır. Eğer kadın evlenmeden önce dul idiyse hâkimden bekarlık soyadını taşımasına izin verilmesini isteyebilir.

Kadının, boşandığı kocasının soyadını kullanmakta menfaati bulunduğu ve bunun kocaya bir zarar vermeyeceği ispatlanırsa, istemi üzerine hâkim, kocasının soyadını taşımasına izin verir. Koca, koşulların değişmesi halinde bu iznin kaldırılmasını isteyebilir.

“boşandığı kocasının soyadını kullanmaya izin” kararının kaldırılmasını mahkemeden isteme hakkının sadece kocaya tanındığı, koşulların değişmesi halinde kadınların, boşandıkları eşlerinin anılan fıkra uyarınca dava açmalarını beklemekten başka çarelerinin kalmadığı, bu durumda da dava açma hakkının koca ile sınırlandırılmasının kanun önünde eşitlik ve hak arama hürriyeti ilkeleriyle çeliştiği belirtilmiştir.

ANAYASA MAHKEMESİNİN GEREKÇESİ

Anayasa Mahkemesi esas olarak kararında soyadı kararlarında kullandığı çerçeveyi tekrarlamıştır:

1- *“Anayasa’nın amaçladığı eşitlik, mutlak ve eylemli eşitlik değil hukuksal eşitlik. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar ayrı kurallara bağlı tutulursa Anayasa’nın öngördüğü eşitlik ilkesi ihlal edilmiş olmaz.”*

2- *“Anayasa’nın hak arama hürriyetini düzenleyen 36. maddesinin birinci fıkrasında *“Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.”* denilerek yargı mercilerine davacı ve davalı olarak başvurabilme ve bunun doğal sonucu olarak da iddia, savunma ve adil yargılanma hakkı güvence altına alınmıştır. Kişinin uğradığı bir haksızlığa veya zarara karşı kendisini savunabilmesinin ya da maruz kaldığı haksız bir uygulama veya işleme karşı haklılığını ileri sürüp kanıtlayabilmesinin, zararını giderebilmesinin en etkili ve güvenceli yolu, yargı mercileri önünde dava hakkını kullanabilmesidir. Kişilere yargı mercileri önünde dava hakkı tanınması hak arama özgürlüğünün bir gereğidir.”*

3- *“Soyadı, belli bir ailenin bireylerini diğer ailenin bireylerinden ayırmaya yarayan ve kuşaktan kuşağa geçen addır. Bir kimsenin kimliğinin belirlenmesinde en önemli unsur olan soyadı, vazgeçilmez, devredilmez, feragat edilmez ve kişiye sıkı surette bağlı bir kişilik hakkıdır. Soyadı üzerindeki hak, mutlak haklardan olması nedeniyle herkese karşı ileri sürülebilme ve yasayla özel olarak korunmaktadır.”*

4- *“4721 sayılı Kanun’a göre kadın, doğumla aldığı soyadını evlenince terk etmek ve kocasının soyadını almak zorundadır. Boşanma halinde ise kadının kişisel durumunu koruyacağı ve evlenmeden önceki soyadını alacağı öngörülmüştür. Kadın boşandığı kocasının soyadını kullanmaya devam etmek istediğinde ise, bunu boşanma davası ile birlikte veya boşanma hükmünün kesinleşmesinden itibaren bir yıl içinde mahkemeden talep etmesi gerekmektedir. **Yasa koyucu boşanan kadının menfaatini korumaya yönelik olarak böyle bir düzenleme yapmış ve koşulların bulunması halinde boşanan kadının, kocasının soyadını kullanmak için izin davası açabileceğini öngörmüştür. Bununla birlikte maddede kocasının soyadını kullanmaya izin alan kadının bu iznin kaldırılmasını talep edebileceğine dair bir düzenleme mevcut değildir.”***

SONUÇ OLARAK kararda, İtiraz konusu kuralda boşanan kadına soyadı kullanımına dair verilen iznin kaldırılmasını sadece kocanın talep edebileceği belirtilmişse de anılan düzenlemenin amacının boşanan kadının dava hakkını engelle-

mek değil koşulların değişmesi halinde bu durumdan doğrudan etkilenecek olan kocaya imkan tanınması için öngörülmüş olduğunu belirten Mahkeme hükmün amacına gönderme yapmıştır.

Ayrıca hükümde kadınların dava açmalarını engelleyici bir kısıtlama bulunmaması ve bu davayı da sadece kocanın açabileceğine dair emredici bir hüküm bulunmaması karşısında kocasının soyadını kullanmaya izin alan kadının, koşulların değişmesi, menfaatinin kalmaması veya haklı nedenlerin varlığı halinde verilen bu iznin kaldırılmasını Türk Medenî Kanunu’nun 173. maddesi uyarınca isteyebileceği sonucuna varmakta ve bu yönde Yargıtay kararlarına gönderme yapmaktadır.

Anayasa Mahkemesi sonuç olarak bir tür YORUMLU RED kararı ile hükmü anayasaya uygun bulmuştur. Karar oybirliği ile alınmıştır.

Ancak Anayasa Mahkemesi kararının kadının soyadı sorununu çözdüğü söylenemez. İlk iki soyadı kararından biraz ileriye gidilmiştir, ama kadın erkek eşitliğinin soyadı konusunda sağlandığını söylemek mümkün değildir. Hükmün kurgusu dahi eşitsizliğe vurgu yaparken, son derece kaygı uyandırıcı uygulamalar bulunurken kadının kocasının soyadını kullanmak istememesi halinde dava açma olanağının yeknesak biçimde uygulanması yönünde şüphelerin oluşması da doğaldır. Anayasa Mahkemesinin kararı bağlayıcıdır. Kadının da boşandığı kocasının soyadını değiştirmek için izin davası açma yetkisinin olduğu açıktır. Ancak daha doğru bir çözüm yasal düzenleme ile durumun netleştirilmesi olmalıdır.

e- ANAYASA MAHKEMESİNİN K.2011/165 KARAR SAYILI KARARI⁹

Velayeti anneye bırakılan küçüğün, küçük düşürücü ve alaya maruz bırakıcı isim ve soyadının değiştirilmesi talebi ile Siirt Asliye Hukuk Mahkemesine dava açılmıştır. Davada uygulanana 21.6.1934 günlü, 2525 sayılı Soyadı Kanunu’nun 4. maddesinin ikinci fıkrasının “*Evliliğin feshi veya boşanma hallerinde çocuk anasına tevdi edilmiş olsa bile babasının seçtiği veya seçeceği adı alır.*” biçimindeki kuralın, Anayasa’nın 10., 13. ve 41. maddelerine aykırılığı sebebiyle iptali talep edilmektedir.

2525 sayılı Soyadı Kanununda başka ilginç hükümlere de rastlamak mümkündür. Söz konusu kanununda aile birliğinin reisi hala “Koca” olarak işaret edilmektedir. Ayrıca aynı yasanın 4. Maddesine göre (son fıkra) eğer anne yeniden evlenmişse çocuğun adını belirleme hakkı anneye değil, baba cihetinden en yakın erkeğe ve bunların en yaşlısına yoksa vasiye ait olacaktır¹⁰. Çocuk üzerinde annenin hakkı bu koşullarda erkeğin ailesinden ve vasiden önce değildir. Bu düzenlemenin de Anayasa Mahkemesi önüne gitmesi halinde iptali beklenir.

Anayasa Mahkemesi 2525 sayılı yasanın 4/2. maddesini OYBİRLİĞİ ile iptal ederken bu kez yukarıda belirtilen kararların aksine İHAM kararlarına doğru yollamalarda bulunmaktadır. Anayasa Mahkemesinin iptal gerekçeleri şu şekildedir:

⁹ E.2010/119, K.2011/165, Karar Günü: 8.12.2011, R.G. 14.02.2012-28204

¹⁰ Kocanın vefatıyla karı evlenmiş veya koca evvelki fıkrada zikredilen sebeplerle vesayet altına alınmış ve evlilik de zeval bulmuş ise bu hak ve vazife çocuğun baba cihetinden olan kan hısımlarından en yakın erkeğe ve bunların en yaşlısına yok ise vasiye aittir.

1- "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında da çok geçerli nedenlerin varlığı dışında, yalnızca cinsiyete dayalı bir farklı muamelenin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 14. maddesinde düzenlenen ayrımcılık yasağını ihlal ettiği kabul edilmektedir."

2- "Kimi kişilerin başka kurallara bağlı tutulmalarında haklı nedenler varsa, yasa önünde eşitlik ilkesine aykırılıktan söz edilemez. Bu nedenle, yaradılış ve işlevsel özelliklerin zorunlu kıldığı kimi ayrımlar haklı bir nedene dayandığı ölçüde eşitliği bozmadığı halde, sadece cinsiyete dayalı ayrımlar eşitlik ilkesine açık bir aykırılık oluştururlar."

3- "Eşler, evliliğin devamı boyunca ve boşanmada sahip oldukları hak ve yükümlülükler bakımından aynı hukuksal konumdadırlar. Erkeğe velayet hakkı kapsamında tanınan çocuğun soyadını seçme hakkının kadına tanınmaması, velayet hakkının kullanılması bakımından cinsiyete göre ayırım yapılması sonucunu doğurur. Bu nedenle itiraz konusu kural, Anayasa'nın 10. ve 41. maddelerine aykırıdır, iptali gerekir."

Dikkat edilirse Anayasa Mahkemesi farklı muamelenin "haklı sebep" değerlendirmesinde cinsiyete dayalı ayrımcılığı bu kez kabul etmemiştir.

f- YARGITAY 2. HUKUK DAİRESİ TUTKU YURDAKUL KARARI¹¹

Kadının sadece kendi soyadını kullanmasına dair yürüyüşü gel-gitlerle ve çoğu kez de "git"lerle dolu bir macera olmuştur. Bu kez Yargıtay, kadının sadece kendi soyadını kullanmasına ilişkin olarak önüne gelen davada Anayasa Mahkemesinin 2011/49 karar sayılı kararına gönderme yapılarak yasa değişmediği sürece İHAM kararının uygulanmasının mümkün olmadığını ifade etmiştir.

Yargıtay'a göre, "Burada ihlale yol açan, ulusal mahkemelerin uygulaması veya yasa hükmünü yorum tarzı değil, yasal düzenlemenin bizatihi kendisidir. Bu düzenleme değiştirilmedikçe mahkemeler yasaya uygun karar vermekle yükümlüdür. Bu bakımdan, yerel mahkemenin olayda uygulanma olanağı bulunmayan Anayasa'nın 90/son maddesinden hareketle ulaştığı sonuç, doğru olmadığı gibi, Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılık etkisini de bertaraf edici niteliktedir. Böyle bir yaklaşım "yürürlükte olan yasa hükmüne aykırı kararlar verilmesi" sonucunu hâsıl eder. Bu ise Türk Medeni Kanunu'nun benimsediği aile birliğinin ve bütünlüğünün kocanın soyadı üzerinden devamına ilişkin genel prensibi ve kamu düzenini bozar. Öyleyse davanın reddine karar verilmelidir. Açıklanan hususlar gözetilmeksizin yasal olmayan gerekçelerle yazılı şekilde karar verilmesi doğru bulunmamıştır."

Yargıtay kararının buraya kadarki kısmı üzerinde yapılan değerlendirmede 2. Hukuk Dairesinin kararını Anayasa Mahkemesinin 2011/49 karar sayılı kararına dayandırdığı görülür. Daire, Anayasa Mahkemesinin anayasaya uygun bulunduğu yasal düzenleme değişmediği sürece kanun hükmünü uygulama zorunluluğuna işaret etmektedir.

¹¹ Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, E.2011/7737 E., K.2012/16695.

Bu noktada yapılacak ilk şey yasama organının harekete geçerek Medeni Kanunun 187. Maddesini Sözleşmeye uygun olarak değiştirmesidir. Üstelik Türk hükümeti bu hususu İHAM önündeki savunmalarında sürekli dile getirmektedir.

Yargıtay kararının arkasındaki ikinci sorun bizzat Anayasa Mahkemesinin verdiği karardır. Çünkü aslında 1982 Anayasasında kadının tek başına soyadını kullanmasına engel bir hüküm yoktur. Tersine Anayasanın 10. Maddesinin 2004 değişikliğinde yer alan kadınlar ve erkeklerin eşit haklara sahip olduğu ve devletin de bunu hayata geçirmekle yükümlü olduğuna ilişkin düzenleme tam da kadının kendi soyadını erkekle eşit biçimde kullanmasına yol açacak bir hükümdür. Bu durumda medeni kanundaki düzenleme ile İHAS arasında bir çatışmadan söz edilebilir. Bunun çözümü de Anayasanın 90. Maddesi gereğince temel hakka ilişkin sözleşmenin yasaya üstünlüğünün hayata geçirilmesi ile mümkün olabilirdi.

Anayasanın 90/son fıkrasında yer alan değişikliğin önemli olmakla beraber birçok sorunu beraberinde getirdiği de açıktır. Belki biraz da bu sebeple sözkonusu düzenleme yargı kararlarında tam olarak hayata geçmemiştir. Özellikle temel haklara ilişkin uluslararası sözleşme anayasa çatışmasına açık çözüm getiren açık bir hükme ihtiyaç bulunmaktadır. Bu tür bir hükmün anayasa mahkemesi kararı ile sözleşmenin çatışması halinde de yol göstereceği açıktır. Bir başka tercih de anayasa yargısı yolunda da davanın esasına bakıldığı durumlar ve İHAM tarafından yasal düzenlemenin sözleşmeye aykırı bulunduğu durumlarda yargılamanın yenilenmesi olasılığı tartışılmalıdır.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin karardaki ilginç tesbitlerinden biri de anayasanın 90. Madde hükmünün temel haklara ilişkin uluslararası sözleşmelerle yasaların aynı konuda farklı hükümler içermesi gereğinden hareketle yapılan yorumdur. Daireye göre Türkiye'nin taraf olduğu temel hak ve özgürlüklere ilişkin başta İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ile temel hak ve özgürlükleri düzenleyen diğer sözleşmelerde, evli kadının “evlenmeden önceki soyadını muhafaza edeceğine” ilişkin açık bir hüküm ve düzenleme bulunmamaktadır. Başka bir ifade ile “aynı konuda farklı hüküm” söz konusu değildir. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi “Tekeli-Türkiye” kararında kişinin soyadını, özel hayatın kapsamında kabul etmiş, Türk Medeni Kanunu'nun 187. maddesindeki düzenlemenin “evli kadına kocasının soyadını taşımayı dayattığını, bunun da soyadını seçme ve evlenmeden önceki soyadını muhafaza etme hakkını ortadan kaldırdığını” belirterek, yasal düzenlemenin Sözleşmenin 8. maddesinde düzenlenen “özel hayata” müdahale oluşturduğunu kabul ederek ihlal kararı vermiştir.

Yargıtay 2. Dairesinin bu görüşüne katılmak mümkün değildir. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin yaşayan bir metin olduğu ve sözleşmenin yorumlanması yetkisinin İHAM'a ait olduğu kararda göz ardı edilmiştir. Ayrıca Anayasanın 90/son maddesinin 2004 değişikliğinde yer alan “aynı konuda farklı hükümler içermeye” ifadesinin çok dar olarak anlaşılması sonucuna da bu durum yol açacaktır. Anayasadaki bu ifadenin temel haklara ilişkin sözleşmelerin sadece pozitif me-

tinleri değil, onun yanında İHAM gibi “yetkili denetim ve koruma organlarının”¹² kararlarını da içerir biçimde yorumlanması hakların güvencelenmesi bakımından son derece önemlidir.

g- İHAM’IN LEVENTOĞLU¹³, TUNCER GÜNEŞ KARARI¹⁴ ve TANBAY TÜTEN¹⁵ KARARLARI

Anayasa Mahkemesinin 2. soyadı kararından sonra bir dizi İHAM kararı ile karşı karşıya kalınmıştır. Her üç kararda da başvuru sahiplerinin iddiası, evlendikten sonra sadece kendi soyadlarını kullanmak biçimindedir. Mahkeme bu yöndeki başvuruları kabul edilebilir bulmuştur.

Hükümet kararlarındaki savunmasında, Medeni Kanununun 187. maddesinin Sözleşme ile uyumunu sağlamak üzere yasama çalışmaları olduğundan bahsetmektedir. Kararlar *Tekeli* kararı ile karşılaştırıldığında son derece kısa ve neredeyse “tıpkısı” biçimindedir.

Mahkemeye gönderilen dökümanların incelenmesi sonucu Mahkeme, hükümetin cinsiyet temelli ayrımcı müdahaleyi haklı çıkaracak ikna edici deliller ileri sürmediği kanaatine vararak özel hayat temelinde ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine karar vermiştir. Kararların tümünde sonuç olarak, 14. maddenin 8. madde ile bağlantılı olarak ihlal edildiğine, oybirliği ile karar verilmiştir.

İHAM, bu kez çocuğun soyadına ilişkin olarak İtalya’ya karşı *Fazzo*¹⁶ kararında son derece önemli bir içtihat oluşturmuştur. Milano’da ikamet eden Alessandra Cusan- Luigi Fazzo çifti, 1999 yılında doğan kızları Maddalena’ya, annesinin kızlık soyadını vermek istemişler, fakat bu talepleri nüfus müdürlüğü tarafından reddedilmiştir. Yargı yoluna başvuran Fazzo çifti bu tür bir uygulamaya zorlamanın yasal temelleri olmadığını iddia etmişlerdir. Buna karşılık yargı makamları uygulamanın köklerinin toplumsal yapı ve İtalyan tarihine uygun olduğuna karar vermişlerdir. Kararda ayrıca İtalyan Anayasa Mahkemesinin kadının çocuğuna tek başına soyadını verememesine ilişkin düzenlemeyi ne ahlaki ve hukuki eşitliğe ne de anayasa korunan eşit vatandaşlık kavramına aykırı bulmadığına işaret edildiği belirtilmektedir. Mahkeme ayrıca Anayasa Mahkemesinin bu alanda düzenleme yapma yetkisinin parlamentoya ait olduğunu vurguladığını da belirtmektedir.

İHAM ise kararında sözkonusu yasanın son derece sert ve kadınlara karşı ayrımcı olduğuna ve özel hayat temelinde ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine karar vermiştir. Mahkeme kararını verirken düzenlemenin İtalyan anayasa Mahkemesi tarafından vurgulanan ataeril niteliği ve eşitlik ilkesine aykırılığı saptamasını da kararına dayanak olarak kullanmıştır. İHAM ayrıca İçtüzüğü’nün 46. Maddesini hatırlatarak bu alanda düzenleme yapma ve uygulamada değişiklik yapma yükümlülüğünü de hatırlatmaktadır.

12 M. Gülmez, İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması, (Anayasa, md. 90/son), Türkiye Barolar Birliği, Ankara, 2004, s. 80.

13 Case of *Leventoğlu Abdulkadiroğlu v. Turkey*, Başvuru no: 7971/07, 28 Mayıs 2013, Final, 28/08/2013.

14 Case of *Tuncer Güneş v. Turkey*, Başvuru No: 26268/08, 3 Eylül 2013, Final, 03/12/2013.

15 Case of *Tanbay Tüten v. Turkey*, Başvuru no:38249/09, 10 Aralık 2013.

16 Case of *Cusan and Fazzo v. Italy*, Başvuru no: 77/07, 7 Ocak 2014.

Türk Anayasa Mahkemesi evlilik dışı doğan çocuğun tanıma olsa bile annenin soyadını alacağına ilişkin kuralı evlilik içi ve evlilik dışı doğan çocukların babanın soyadını taşımaları bakımından eşitsizlik yarattığından hareketle anayasaya aykırı bulunarak iptal edilmiştir¹⁷.

Aşağıda ifade edileceği gibi kadının soyadına ilişkin mücadelesi İHAM kararlarının etkisiyle Anayasa Mahkemesini de zorlamaya başlamıştır. Bu sebeple Bireysel başvuru yolu ile varılan sonuç sürpriz değildir. Ama sorunun çözüldüğü anlamına da gelmemektedir.

h- ANAYASA MAHKEMESİNİN BİREYSEL BAŞVURU KARARI¹⁸

Kadının sadece kendi soyadını kullanmasına ilişkin olarak verdiği hukuk mücadelesi sırf anayasa yargısı boyutu ile 16 yılı doldurmuştur. Anayasa Mahkemesinin önceki çizgisinde ısrar eden ikinci soyadı kararının (K.2011/49) resmi gazetede yayım tarihi 21.10.2011 dir. Bu tarihten itibaren 10 yıl süre ile aynı kanunun anayasa mahkemesi önüne itiraz yolu ile getirilmesi mümkün değildir. Bireysel başvurunun Türk hukukunda 23 Eylül 2011 den itibaren fiilen işlemesi sebebiyle artık bu yol aşılardan İnsan Hakları Avrupa Mahkemesine de gitmek mümkün değildir.

Sorunun çözümünde biri siyasi diğeri yargısal iki yol kalmıştır: İlki MK. md. 187’yi değiştirmek. Diğeri ise bu kez anayasa mahkemesine bireysel başvuru yolu ile gitmek. Zira artık bu yolu aşmadan Anayasa mahkemesine bireysel başvuruda bulunmadan artık İHAM’ne gitme olanağı da yoktur.

Anayasa Mahkemesi anayasa şikayeti olarak önüne gelen başvuruda MK mf. 187 çerçevesinde yapılan uygulama karşısında cinsel olarak ayrımcılığa maruz tutularak özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmediği ve anayasal haklarının ihlal edildiği iddiasında bulunulmuştur.

Anayasa Mahkemesi kararını şu esaslara dayandırmıştır:

1- Anayasanın 17. maddesinde yer alan kişinin dokunulmazlığı, bireyin maddi ve manevi varlığının korunması hakkı çerçevesinde korunan isim hakkı İHAS nin 8. maddesi kapsamında korunmaktadır.

Anayasa Mahkemesi İHAM kararlarından yararlanarak Sözleşme kapsamında “*kişiliğin serbestçe geliştirilmesi*” kavramına açıkça yer verilmemekle beraber, ismin kişinin kimliğinin ve aile bağlarının belirlenmesinde kullanılan bir araç olması nedeniyle, özel ve aile yaşamına saygı hakkı kapsamında değerlendirildiğine işaret etmekte ve korunmaktadır. Anayasal açıdan ise madde 17 çerçevesinde; bireyin yaşamıyla özdeşleşen ve kişiliğinin ayrılmaz bir unsuru haline gelen, birey olarak kimliğin belirlenmesinde en önemli unsurlardan biri ve vazgeçilmez, devredilmez, kişiye sıkı surette bağlı bir kişilik hakkı olan soyadının da kişinin manevi varlığı

17 Esas Sayısı: 2005/114, Karar Sayısı: 2009/105, Karar Günü: 2.7.2009, R.G. Tarih-Sayı:07.10.2009-27369. “tanıma işleminin varlığına veya babalık hükmü verilmiş olmasına rağmen çocuğun babasının soyadını alabilmesini engelleyen itiraz konusu “... evli değilse ananın...” ibaresi, Anayasanın 10., 11. ve 41. maddelerine aykırıdır, iptali gerekir.”

18 I. BÖLÜM, Başvuru Numarası: 2013/2187, Karar Tarihi: 19/12/2013

ği kapsamında yer aldığını belirtmiştir. Bu durumda kararın ilk aşamasında isim hakkı hem anayasada (md. 17) hem de sözleşmede (md.8) korunan bir hak olarak bireysel başvurunun konusu kapsamındadır.

2- İkinci aşamada Anayasa Mahkemesi isim hakkına bir müdahale olduğunu tespit etmektedir.

3- Anayasa Mahkemesi hakka yapılan müdahalenin anayasal güvence ölçütleri kullanılarak sınırlanıp sınırlanmadığını araştırmaktadır. Burada mahkeme yapılan müdahalenin “hukuki” olup olmadığını yani müdahaleye yetki veren bir yasal düzenlemenin olup olmadığını incelemektedir.

Bu değerlendirmede Anayasa mahkemesi hangi yasal düzenlemenin olaya uygulandığı ve uygulanması gerektiği değerlendirmesini yapmaktadır. Anayasa Mahkemesine göre uygulanan kural MK. md. 187 dir. Uygulanması gereken kural ise, Anayasanın 90/son hükmü gereği temel haklara ilişkin uluslararası sözleşmelerdir¹⁹.

Mahkeme Anayasanın 90/son düzenlemesine göre, birbiriyle çatışan temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir uluslararası andlaşma hükmü ile bir kanun hükmünü önlendeki olaya uygulamak durumunda olan yargı dahil uygulayıcıların, kanunu göz ardı ederek uluslararası andlaşmayı uygulama yükümlülükleri bulunmaktadır. Anayasa Mahkemesi ilginç bir yorum ile Anayasanın 90/son hükmünü bir “zımni ilga” kuralı olarak kabul etmekte ve temel hak ve özgürlüklere ilişkin sözleşme hükümleriyle çatışan kanun hükümlerinin uygulanma kabiliyetlerinin zımnen ilga edildikleri için ortadan kaldırıldığı sonucuna varmaktadır.

4- Sonuç olarak somut olaya uygulanan kural olan MK md 187'nin, bu kural Anayasa md. 90/son gereği uluslararası sözleşmeler karşısında zımnen ilga edildiği için, uygulanma kabiliyeti bulunmamaktadır. Zımnen ilga edilen bir yasa ile hürriyete müdahale edilmiştir. Hürriyetin sınırlanmasında kanunilik şartı yerine getirilmediği için müdahale anayasanın 17. maddesine aykırıdır.

Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru sonucu verdiği karar son derece önemlidir. Öncelikle temel haklara ilişkin uluslararası sözleşmeler ile yasaların çatışması halinde anayasa mahkemesinin yorumu özgürlükçü bir tercihtir. Bu yönüyle desteklenmelidir.

Şimdi tartışılacak husus ise Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru kararlarının ve gerekçelerinin aynı tür davalara bakan mahkemeler üzerindeki etkisidir.

19 Bunlar iHAS 8 çerçevesinde verilen kararlar, Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 23. maddesinin 4. fıkrasında taraf devletlerin, eşlerin evlenirken, evlilik süresince ve evliliğin sona ermesinde eşit hak ve sorumluluklara sahip olmalarını sağlamak için gerekli tedbirleri alacakları; Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Sözleşme'nin 16. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (g) bendinde ise yine taraf devletlerin kadınlara karşı evlilik ve aile ilişkileri konusunda ayrımı önlemek için gerekli bütün önlemleri alacakları ve özellikle kadın erkek eşitliğine dayanılarak aile adı, meslek ve iş seçimi dâhil her iki eş için geçerli, eşit kişisel haklar sağlayacaklarına ilişkin düzenlemelerdir.

Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru kararlarının tarafları bağlayıcı subjektif kararlar olduğu, herkesi bağlayıcı sonuçlar doğurmayacağı ifade edilebilir. Anayasa m. 153/son da yer alan Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığına ilişkin hükmün bireysel başvuru kararları için geçerli olmadığı da başvurunun niteliği gereği dayanaksız argümanlar değildir.

Ancak, anayasa şikayetinin amacını ve anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğünü esas alan yaklaşım gereği haklı olarak bu kararlar ile somutlaşan ölçütlerin davaya bakmakta olan mahkemeler tarafından aynı ve benzer durumlar için dolaylı olarak bağlayıcılığına vurgu yapmakta ve bu yolla hak ihlallerinin en aza indirilmesi savunulmaktadır²⁰. Bu yorum anayasa şikayetinin objektif etkisi ile de örtüşmektedir²¹.”

Bir diğer yaklaşım ise, anayasa mahkemesinin yargı sistemi içerisindeki yeri ve otoritesinden hareketle mahkemelerin bu kararlara uygun yorum yapma gereğine işaret etmektedir²².

Anayasa şikayeti esas olarak subjektif nitelikli bir yargı yoludur. Ancak bu durum kararların aynı durumlarda uygulanması, emsal teşkil etmesine engel değildir²³. Devam eden davalar bakımından anayasa şikayetinin amacı ve anayasa mahkemesinin niteliği dikkate alınarak sözkonusu somut karar verilmemiş gibi davranmak hukuka olan saygı ve güveni sarsacak, hakkın teslimini geciktirecektir. Gecikmiş adaletin adalete götürmeyeceği de açıktır.

II- ETNİK TEMELLİ SOYADI KARARLARI

a-ANAYASA MAHKEMESİNİN 2011/51²⁴ KARAR SAYILI KARARI

Midyat Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından Anayasa Mahkemesi önüne götürülen başvuruda 21.6.1934 günlü, 2525 sayılı Soyadı Kanunu'nun 3. maddesinde yer alan “...yabancı ırk ve millet isimleriyle...” ibaresinin, Anayasa'nın 10. maddesine aykırılığı savıyla iptali istenmektedir.

Olayda Süryani kökenli bir Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olan Favlus Ay ad ve soyadını Paulus Bartuma olarak değiştirmek için dava açmıştır. Davacı Sürya-

20 İ.Ö. Kaboğlu, “Anayasa, Yargıçları da Bağlar” Birgün, <http://birgun.net/yazi-goster/ibrahim-o-kayboglu/19-12-2013/anayasa-yargiclari-da-baglar-1448.html>, erişim tarihi 10.3.2014. Kaboğlu, bireysel başvuru kararlarının “doğrudan” ve “dolaylı” etkisinden bahsetmekte ve dolaylı etkinin aynı ve benzer konularda bulunan kişiler açısından söz konusu olacağını ifade etmektedir.

21 R. Mellinshof, “Federal Almanya Cumhuriyetinde Anayasa Şikayeti, Anayasa Yargısı, 2009, C. 26., s.33. “Anayasa şikayetinin işlevi, bireysel temel hakların korunmasıyla sınırlı değildir. Anayasa şikayeti usulünün bir diğer işlevi de objektif Anayasa hukukunun korunmasına, yorumlanması ve geliştirilmesine hizmet etmektedir. Dolayısıyla, Anayasa şikayeti sadece subjektif temel hakların korunmasına değil, aynı zamanda objektif Anayasa hukukunun korunmasına da hizmet eden bir başvuru yoludur.”

22 Rıza Türmen, Düşünenlerin Düşüncesi, Milliyet, 19.12.2013 <http://gundem.milliyet.com.tr/balbay-karari-ve-tutuklu-vekiller/gundem/ydetay/1809485/default.htm>, erişim tarihi, 9.1.2014.

23 Tolga Şirin, Türkiye’de Anayasa Şikâyeti, (Bireysel Başvuru): İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Almanya Uygulaması ile Mukayeseli Bir İnceleme, İstanbul: XII Levha, 2013, s. 662 vd.

24 Esas Sayısı: 2009/47, Karar Sayısı: 2011/51, Karar Günü: 17.3.2011, R.G. Tarih- Sayı: 12.07.2011-27992

nice bir kelime olan -Bartuma-'yı soyadı olarak kullanmak istemektedir. Başvuru 21.6.1934 günlü, 2525 sayılı Soyadı Kanunu'nun aşağıda verilen 3. Maddesine dayanılarak reddedilmiştir:

“Madde 3- Rütbe ve memuriyet, aşiret ve yabancı ırk ve millet isimleriyle umumi edepelere uygun olmıyan veya iğrenç ve gülünç olan soyadları kullanılmaz.”

Maddenin **“yabancı ırk ve millet isimleriyle”** kısmının iptali için Anayasa Mahkemesine başvurulmuştur.

Anayasa Mahkemesi hükmü 17 yargıçtan sekizinin karşı oyunun bulunduğu bir karar ile Anayasaya uygun bulmuştur.

ANAYASA MAHKEMESİNİN GEREKÇELERİ ŞUNLARDIR:

Anayasa Mahkemesi iki dayanak bakımından diğer soyadı kararlarında da kullandığı şablonu kullanmaya devam etmiştir.

1- “Yasa önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, aynı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa’da öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez.”

2- “Bir kimsenin kimliğinin belirlenmesinde en önemli unsur olan soyadı, vazgeçilmez, devredilmez, feragat edilmez ve kişiye sıkı surette bağlı bir kişilik hakkıdır. Soyadı üzerindeki hak, mutlak haklardan olması nedeniyle herkese karşı ileri sürülebilme ve yasayla özel olarak korunmaktadır. Ayrıca soyadı kullanmak, yasakoyucu tarafından kişiye yüklenmiş bir yükümlülüktür. Nitekim 2525 sayılı Yasa’nın 1. maddesindeki *“Her Türk öz adından başka soy adını da taşımağa mecburdur”* kuralı ile bu yükümlülük açıkça belirtilmiştir.

Soyadının, bir kimsenin kimliğini belirleme işlevi yanında ailesini ve soyunu belirleme, kişiyi başka ailelerin bireylerinden ayırt etme ya da kişinin hangi kökene, topluluğa veya ulusa ait olduğunu belirleme işlevi de bulunmaktadır. Bu işlevleri nedeniyle yasakoyucu, nüfus kayıtlarının düzenli tutulması, resmi belgelerde karışıklığın önlenmesi, soyun belirlenmesi, ailenin korunması, ulusal birliğin sağlanması, dil ve dil kimliğinin korunması gibi sebeplerle soyadı kullanımını yasal düzenlemelerle kural altına almaktadır. Kamu yararı ve kamu düzeni gerekleri uyarınca soyadı kullanımına yapılan bu müdahalede, Anayasaya uygun olmak koşuluyla yasakoyucunun takdir hakkının bulunduğu açıktır.”

3- “Yasakoyucu kural ile birleştirici, bütünleştirici, çoğunluğun içinde azınlığın hak ve hürriyetlerinde ayrımcılık yapılmasını engelleyen, ulusal aidiyet ilkesi içinde anayasal birliktelik altında aynı topraklarda ve ortak atmosferde yaşayan vatandaşlar yönünden ulus kimliği ve dili altında toplanan bir dil kimliği anlayışı getirmiştir.

Ulus bütünlüğünün algılanabilmesi ve aynı iklimde yaşayan insanların tasa ve kıvanç ortaklığı, koruma, kollama, yardımlaşma duygularının devamlılığı ve birbirlerine karşı yabancılaşmalarının önlenmesi nedeniyle yasakoyucunun bu alana müdahale yetkisi, kamu yararı ve kamu düzeni niteliğini içermekte ve takdir yetkisi içinde kalmaktadır”.

Anayasa Mahkemesinin kullandığı üçüncü dayanak, farklı gibi görünmekle beraber ailenin birliği ve bütünlüğünden ulusun birliği ve bütünlüğü kavramına geçiş yapıldığı ve bu kez kadının kocaya tabi olması yerine azınlığın çoğunluğa tabi olmasında KAMU DÜZENİ VE YARARI bulunmuştur. Tabi bu alan da devletin takdir yetkisi içinde bırakılmıştır.

Mahkeme bu tezini, esasın incelenmesine başlarken Soyadı Nizamnamesinin 1934 deki Meclis tutanaklarına giderek saptadığı “milli birlik ve bütünlük amacı” ile de desteklemiştir. Anayasa mahkemesinin bu yorumu kabul edildiği zaman bile maksadını aşan bir düzenleme olarak bugünün koşullarını karşılamadığı belirtilecek eleştirilmiştir²⁵.

Karşıoylarda iptali istenen kuralın birleştirici bütünleştirici olmaktan ziyade bütünlüğe zarar verdiği haklı olarak vurgulanmıştır²⁶.

4- Anayasa Mahkemesi daha önceki soyadı kararlarında yaptığı gibi İHAM kararları ile süslemiştir:

“...nüfusun eksiksiz olarak kaydedilmesi, kişisel kimlik saptaması veya belli bir ismi taşıyanların belli bir aile ile bağlantılarının kurulabilmesi gibi kamu yararının gerekleri uyarınca soyadı değiştirme imkânına yasal sınırlamalar getirilebileceği; ulusal yasakoyucunun bu sınırlamaları da kendi devletiyle ilgili tarihi ve siyasal yapısına bağlı kalarak seçmesinde takdir hakkının bulunduğu...”

Daha önceki soyadı kararlarında görüldüğü gibi Anayasa Mahkemesi, İHAM kararlarından yaptığı alıntılarını kararların sadece bir kısmına giderek diğer değerlendirmeleri ve sonucu görmezden gelerek yapmaktadır.

5- Karar yeni alınacak soyadını yabancı ırk ve millet ismi olarak almak isteyen herkese ayırım gözetmeksizin uygulandığı için kuralın, Anayasa’nın eşitlik ilkesine aykırı bir yönü de bulunmamaktadır diyerek bağlanmaktadır.

Anayasa mahkemesinin bu yorumu her şeyden önce bir Türkiye Cumhuriyeti vatandaşının etnik kökenine ait bir kelimeyi YABANCI olarak nitelendirmesi ile tartışmaya açıktır.

25 O.A. Paksüt’ün karşıoyu: “... Soyadı Kanunu’nun kabulü sırasında toplumsal bütünlüğü sağlama kaygısıyla ve o gün dahi amacını aşan şekilde yasalaştığı anlaşılan kuralın mevzuatımızdan temizlenmesi için iptali gerektiği..” H. Kılıç ve E. Yıldırım’ın karşıoyları: “1934 yılında anlaşılabilir olan bu kural.”

26 H. Kılıç ve E. Yıldırım’ın karşıoyları: “.... bu kural, günümüzde bütünleştirici ve birleştirici olmak bir yana, vatandaşların bir kısmında, özellikle çoğunluğa oluşturanlardan farklı etnik ve/veya dini kimliğe sahip olanlar arasında haklı olarak ayrımcılığa uğradıkları kanısını doğurmakta, bu da milli birlik ve beraberliğe aslında zarar vermektedir.”

6- Kararın karşı oylarında millet kavramının tanımına subjektif farklı biçimlerde yapıldığı görülmektedir. Bu ve objektif milliyetçilik kavramlarını vurgular şekilde farklı yaklaşıldığı görülmektedir:

“Bir insan topluluğunu oluşturan bireylerin ortak kaderi paylaşan bir birlik olma konusundaki iradeleri millet olgusunun olmazsa olmaz koşuludur. Dil, din, etnik ve ırk farklılıkları millet olmaya engel değildir. “Yabancı ırk ve millet isimleriyle” ibaresindeki “yabancı” kelimesi Türkiye Cumhuriyeti vatandaşları arasında çoğunluğu oluşturanlardan farklı etnik ve/veya dini topluluklara mensup olanları ima edecek şekilde anlaşılmalıdır²⁷.”

Aynı yönde: “Türk Milleti kavramının Türk ırkı ile eş anlamlı olmadığıdır.²⁸”

Diğer yönde bir başka karşı oyda millet kavramının içine objektif milliyetçiliğin kriterlerinin de yerleştirildiği de görülmektedir²⁹:

“Millet ise çoğunlukla aynı topraklar üzerinde yaşayan, aralarında dil, tarih, ülkü, duygu, gelenek ve görenek birliği olan insanların oluşturduğu topluluk olarak tanımlanmaktadır.”

7- Kararın ilginç yönlerinden biri de her ikisi de bireyin kimlik hakkına ilişkin olmakla beraber Anayasa Mahkemesinin kadının soyasına ilişkin 2. Kararı ile 2011/51 karar sayılı kararını veren yargıçların aynı olmasıdır. Daha da ilginç olan ilk kararda karara katılmayıp karşıoy yazan dört yargıç ikinci kararda karşıoy yazmayıp karara katılmışlar, etnik temelli soyadının kullanılmasının yasaklanmasını anayasaya aykırı bulmamışlardır³⁰. Kadının sadece kendi soyadını kullanmasına ilişkin yasağı anayasaya uygun bulan dört yargıç da, bu kez yabancı soyadını anayasaya aykırı bulmaktadır³¹. Yargıçlardan sadece dördünün her iki kararda da karşıoyu bulunmaktadır³². Aynı hukuki temele sahip iki kararda yargıçların bu farklı tutumlarını anlamak kolay değildir.

Anayasa Mahkemesi, 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu’nun 36. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendinin “Aynı konuya ilişkin olarak nüfus kaydının düzeltilmesi davası ancak bir kere açılabilir.” biçimindeki birinci cümlesini anayasaya aykırı bularak iptal etmiştir³³. Kararın gerekçesi iki ayrı Anayasa Mahkemesi olduğu izlenimi yaratmaktadır:

“Bireyin yaşamıyla özdeşleşen ve kişiliğinin ayrılmaz bir parçası olan kimliği ve aile bağlarıyla ilgili bilgileri içeren nüfus kayıtlarında haklı nedenlerin varlığı halinde değişiklik ve düzeltme yapılmasını isteme hakkı, maddi ve manevi varlığını koruma, geliştirme hakkı kapsamında olup, bunun dava yoluyla bir defadan fazla talep edilememesini öngören kural Anayasa’nın 17. maddesi ile bağdaşmamaktadır.

27 H. Kılıç ve E. Yıldırım’ın karşıoyları.

28 O.A Paksüt’ün karşıoyu.

29 H. Dursun’un karşıoyu.

30 Bu yargıçlar, Kaleli, Pektaş, Özgüldür ve Kömürcü’dür.

31 Bu yargıçlar; Kılıç, Tercan, Dursun ve Akıncı’dır.

32 Bu yargıçlar, Paksüt, Kantarcıoğlu, Oto, ve Yıldırım’dır

33 E. 2011/34, K. 2012/48, Karar Günü: 30.3.2012, R.G. Tarih-Sayı: 06.10.2012-28433

Öte yandan, itiraz konusu kuralla kişilerin ad, soyadı, cinsiyet ve doğum kaydı gibi bilgilerinde herhangi bir nedenle meydana gelen değişikliklerin resmi kimlik kayıtlarında yer almasını sağlamak amacıyla dava açmaları hak arama özgürlüğünün doğal bir sonucudur. Ancak dava hakkının bir kere ile sınırlandırılarak maddi gerçeğin resmi kayıtlara geçmesinin engellenmesi hak arama özgürlüğüne müdahale niteliğindedir.”

b- YARGITAYIN KÜRDİSTAN KARARI³⁴

Bireyin isim hakkı konusunda ve özellikle etnik temelli isimler hakkında Yargıtay’ın önemli kararları bulunmaktadır³⁵. Bu kararlardan belki de en önemlisi Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Mizgin adının kullanılması ile ilgili olarak verdiği içtihatır. Yargıtay’a göre: “Ad üzerindeki bu hak Anayasamızda güvence altına alınmış bulunan temel hak ve özgürlükler kapsamında olup, her Türk yurttaşının milli kültür ve çağdaş hukuk düzeni içinde eşit olarak yararlandırılması ilkesine dayandırılmıştır”.

Yargıtay’ın bu yöndeki kararları bugün de devam etmektedir. Bir kız çocuğuna verilen ‘Kürdistan’ isminin, Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından “çocuğu ve toplumu rencide edeceği” gerekçesiyle ‘Helin’ olarak değiştirilmesine ilişkin olarak Yargıtay 18. Hukuk dairesine ulaşan davada Yargıtay “isim verme hakkının anne ve babaya ait olduğu” belirterek yerel mahkemenin kararını bozmuş ve ‘Kürdistan’ adının kullanılabilmesine karar vermiştir.

Daireye göre; “Her kişinin bir adı olması zorunlu kılınmıştır. Bu zorunluluk kişinin yaşamıyla özdeşleşen ve kişiliğinin ayrılmaz bir ögesini oluşturan adını özgürce seçmesi ve onurla taşıması için kendisine tanınmış bir temel kişilik hakkıdır. Bu hak Anayasa’da güvence altına alınmış, temel hak ve özgürlüklerden olup, her Türk yurttaş eşit olarak yararlanır. İlgili yasalarda çocuğun adını koyma hakkı anne ve babaya aittir. Ayrıca adın yabancı kökenli olması da onun değiştirilmesini gerektirmez. Gerçek kişilerin ön adlarının düzenlendiği yasal mevzuat kapsamında söz konusu ismin tescilini ve kullanılmasını engelleyen bir hüküm bulunmamaktadır. Ayrıca bu hakkın kullanılmasını ortadan kaldıracak şekilde mahkemece mevcut ismin silinerek yerine re’sen Helin isminin verilmesi hukuken mümkün değildir. Hüküm tesisi isabetsiz, temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde olduğundan kararın bozulmasına oy birliği karar verilmiştir.”

Ad konusunda bir diğer sorun ismin yazılışında kullanılan alfabeyle ilişkin olarak ortaya çıkmıştır. Anayasa Mahkemesinin üç yıllık karar bilançosunu ortaya koymayı hedefleyen bu çalışmanın sınırlarını aşan bir tartışma olduğundan sadece hatırlatılmakla yetinilecektir³⁶.

34 HÜRRİYET, 13.7.2013.

35 Kararlar için bkz. S.Üzeltürk, 1982 Anayasası ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine Göre Özel Hayatın Gizliliği Hakkı, Beta, İstanbul, 2004, s. 134 vd.

36 Kemal Taşkın ve Diğerleri kararı, (Başvuru no: 30206/04, 37038/04, 43681/04, 45376/04, 12881/05, 28697/05, 32797/05 et 45609/05) İHAM Başvurucuların isimlerini Türk alfabesinde olmayan harflerle yazma taleplerinin reddini yetkililerin takdir marjını aşmadıklarından bahisle sözleşmenin 8. Maddesine aykırı görmemiştir. Bu konudaki tartışmalar için bkz. S. Tahmazoğlu Üzeltürk, “Uyum

c- GÜZEL ERDAGÖZ - TÜRKİYE DAVASI³⁷

Başvurucu 1930 doğumludur ve Kars'ta ikamet eden bir çiftçidir. Adı nüfusa "Güzel" olarak kaydedilmiştir. Yazılışı "Gözel" olan adının yasal kayıtlarda "Güzel" olarak yer alması nedeniyle tarım destek kredisini alamamıştır. Adının "Gözel" olarak değiştirilmesi talebi bilirkişinin Türk Dil Kurumu'nun yayınladığı Türkçe sözlükte "güzel" sözcüğünün yer aldığını, bu kullanımın imlasının doğru olduğunu, "gözel" kelimesinin ise Türkçe sözlüklerde yer almayan fakat yöresel bir kullanım olduğunu belirtmiş ve Mahkeme de başvurusunun talebini reddetmiştir. Yargıtay da kararı onamıştır.

İHAM kararında ulusal mahkemelerin başvuranın talebini reddetme gerekçelerinin esasen bu ismin Türkçe sözlükte bulunmaması olduğunu, işaret etmektedir ve ayrıca mahkemenin karar gerekçesinin açık bir mevzuat uygulamasına dayanmadığını belirtmektedir. Mahkemeye göre Nüfus Kanununun ilgili maddesinin Türkçe sözlükte yer almayan adların kaydedilmesine ilişkin genel bir yasak olarak yorumlamak güç olması yanında Türk adlarının çok çeşitli dilsel kökenleri olduğu gerçeği ile ve sözleşmenin 8. Maddesi ile de bağdaşmayacaktır.

Mahkemeye göre hem sınırlama açık bir mevzuata dayanmamaktadır. Red talebinin yeterli ve uygun bir gerekçesi yoktur ve bu tür bir sınırlama demokratik toplumda gerekli değildir.

Erdagöz davası Anayasa Mahkemesinin 2011/51 karar sayılı kararının karşısına konulacak bir karar olarak değerlendirilebilir. Bundan sonraki süreçte bireysel başvurularda da gündeme geleceği söylenebilir.

SONUÇ OLARAK; bireyin ismi, kimliği konusunda bazı istisnalar olmakla beraber ulusal yargı makamları iyi sınavlar verememişlerdir. Kadının sadece kendi soyadını kullanması talebi gibi son derece basit bir durum karşısında bile büyük bir dirençle karşılaşılabilmekte, uluslararası hukuk göz ardı edilebilmektedir. Üstelik bu yol son derece zorlayarak, İHAM kararları eksik yorumlanarak yapılmıştır.

Kadının soyadının bireysel başvuru yolu ile tanınması büyük ölçüde artık sona gelmesinden ve özellikle de uluslararası mekanizmaların zorlamasından kaynaklanmaktadır. Yazık ki Türk uygulamasında içeriden gelen değil dışarıdan gelen seslere karşı duyarlılık görece daha fazladır.

Ancak soyadı konusunda sorun henüz bitmemiştir. Karşılaştırmalı hukukta da benzer gelişmeler işaret edilebilir. Türk medeni hukuku açısından son derece önemli bir kaynak olan İsviçre'de 1 Ocak 2013'ten itibaren geçerli olan düzenlemeye göre eşlerden her biri evlendikten sonra kendi soyadını taşıyabilecek, isterse tek bir soyadı kullanabilecekler ve tercihlerini nikahta beyan edeceklerdir.

Yasaları ve İHAS 14 Bağlamında Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı", Danıştay'da 24-25 Ekim 2003 tarihleri arasında düzenlenen "İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve İdari Yargı" Sempozyumunda sunulan Tebliğ.

37 Güzel Erdagöz / Türkiye, 21 Ekim 2008, Başvuru no: 37483/02, Kararın Türkçe çevirisi için bkz. <http://www.yargitay.gov.tr/aihm/upload/37483-02.pdf>, erişim tarihi 1.2.2014.

Bu durumda çocuğun soyadını da eşler birlikte belirleyebileceklerdir. Eşler evli değilse çocuk annenin soyadını taşıyacak, ancak anlaşma halinde babanın soyadını da alabilecektir. Türkiye’de yakın zamanda benzer yasal düzenlemeler yapmak durumunda kalacaktır. Kalmalıdır. Sorunun temelinde şüphesiz yasama organının bu alanda sessiz kalması da yatmaktadır.

Kadının soyadı konusundaki direnç, etnik temelli isim davalarında da farklı değildir. Bu konuda Yargıtay kararları çok daha ileri noktalarda iken, Anayasa Mahkemesinin yorumu kadının soyadının arkasındaki tabiiyet anlayışından farklı değildir.

Ayrıca Anayasa Mahkemesinin kadının soyadı ve etnik temelli isimler dışında isim hakkına bakışı oldukça liberal görünmekte ve özünde İHAM çizgisini aratmamaktadır. Bu durum bazen iki ayrı Anayasa Mahkemesi var izlenimi yaratmaktadır.

İHAM, *Daróczy* kararında³⁸ başvurucunun elli yıl önce evlendikten sonra aldığı ve bu süre içinde kullandığı soyadının değiştirilmesi karşısında düzenlemenin kadının çıkarlarını kollamadığına ve katılığına hükmetmiştir. Mahkemeye göre isim, bireyin öz-kimliği ve kendini tanımlamasında kilit kavramlardandır. Bu alanda haklı bir sebep olmaksızın sınırlama getirmek, veya ismi ilgili sebepler olmadan değiştirmek Sözleşmenin 8. Maddesinin amacı olan bireyin kişisel gelişimi ve kendi geleceğini tayin hakkının korunmasına aykırıdır. Soyadı meselesine yaklaşımın tabiiyet esas alınmaksızın bu merkezde biçimlenmesi zorunluluğu bulunmaktadır.

SORU: Çocuğun soyadına ilişkin olarak anne babanın öncelikle uzlaşması aranır. Eğer bu konuda anne ve baba uzlaşamıyorsa farklı tercihler düşünülebilir:

1- Ataerkil bir anlayışla otomatik olarak çocuğun babanın soyadını alması. Bu tercih tüm tartışmaları yeni baştan yapmaya yol açacaktır.

2- Annenin soyadının çocuğa verilmesi bir öncekinden daha adil bir sonuçtur anne ve çocuğun inkar edilemez bağlantısı düşünüldüğünde.

3- İdari veya yargısal bir otoritenin çocuk adına karar vermesi.

38 Case of *Daróczy v. Hungary*, Başvuru no: 44378/05, 1 Şubat 2008, Final 01/10/2008. Bayan Tibor İpolyne Daróczy Macar vatandaşı ve 1933 Budapeşte doğumludur. 1950 de bay Tibor İpoly Daróczy ile evlenmiştir. Doğum sertifikasına göre Bay Tibor İpoly Daróczy iki soyadı taşıma hakkına sahiptir. Başvurucunun eşi nikah belgesini Tibor Daróczy olarak imzalamıştır. Başvurucu da Tibor a son ek (ne) ekleyerek eşinin adını almış ve Tiborne Daróczy olarak kaydetmiştir. Yani başvurucunun evlilik sonrası soyadı budur. Daha sonra kadının eşinin soyadının bütününe alması gerektiği ve Tibor İpolyne Daróczy olarak kaydedilmesi ve aksi durumun yasalara aykırı olduğu ortaya çıkmıştır.

KAYNAKÇA

GÜLMEZ Mesut, İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması, (Anayasa, md. 90/son), Türkiye Barolar Birliği, Ankara, 2004, s. 38-82.

KABOĞLU İbrahim Ö., “Anayasa, Yargıçları da Bağlar” Birgün, <http://birgun.net/yazi-goster/ibrahim-o-kaboglu/19-12-2013/anayasa-yargiclari-da-baglar-1448.html>, erişim tarihi 10.3.2014.

MELLINGHOF Rudolf, “Federal Almanya Cumhuriyetinde Anayasa Şikayeti, Anayasa Yargısı, 2009, C. 26., s. 31-44.

ŞİRİN Tolga, Türkiye’de Anayasa Şikâyeti (Bireysel Başvuru): İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Almanya Uygulaması ile Mukayeseli Bir İnceleme, İstanbul: XII Levha, 2013.

TAHMAZOĞLU ÜZELTÜRK Sultan, “Uyum Yasaları ve İHAS 14 Bağlamında Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı”, Danıştay’da 24-25 Ekim 2003 tarihleri arasında düzenlenen “İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve İdari Yargı” Sempozyumunda sunulan Tebliğ.

TÜRMEN Rıza, Düşünenlerin Düşüncesi, Milliyet, 19.12.2013 <http://gundem.milliyet.com.tr/balbay-karari-ve-tutuklu-vekiller/gundem/ydetay/1809485/default.htm>, erişim tarihi, 9.1.2014.

ÜZELTÜRK Sultan, 1982 Anayasası ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine Göre Özel Hayatın Gizliliği Hakkı, Beta, İstanbul, 2004.

(54. Makale - 2015)

Sibel İNCEOĞLU

*Hukuk Devletinin İnsan Hakları Avrupa
Mahkemesi ve Türk Anayasa Mahkemesi
Kararlarında Tezahürü:
Karşılaştırmalı Bir Çalışma**

* Sibel İnceoğlu, "Hukuk Devletinin İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Türk Anayasa Mahkemesi Kararlarında Tezahürü: Karşılaştırmalı Bir Çalışma", Anayasa Hukuku Dergisi, Cilt 4, Sayı 7, Yıl 2015, 85-108.

HUKUK DEVLETİNİN İNSAN HAKLARI AVRUPA MAHKEMESİ VE TÜRK ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARINDA TEZAHÜRÜ: KARŞILAŞTIRMALI BİR ÇALIŞMA

(THE MANIFESTATION OF THE RULE OF LAW IN THE JUDGMENTS OF THE
EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS AND THE TURKISH CONSTITUTIONAL
COURT: A COMPARATIVE STUDY)

Sibel İnceoğlu*

ÖZET

Hukuk devleti, adil yargılanma hakkı, hak arama özgürlüğü, yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı, yasallık ilkesi, mahkeme kararlarına saygı gibi pek çok ilkeyi içerir. Son günlerde Türkiye'de özellikle yasallık ilkesi ve mahkeme kararlarına saygı ilkesi çokça tartışılmıştır. Söz konusu tartışmalar ışığında, bu makalede belirtilen iki ilkenin İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi kararlarında nasıl yorumlandığı üzerinde durulmaktadır. Ardından bu iki ilkenin Türk Anayasa Mahkemesi kararlarında nasıl ele alındığı incelenmekte ve iki mahkemenin yaklaşımındaki benzerlikler ortaya koyulmaktadır. Bu çerçevede Türkiye'nin gündemini büyük ölçüde meşgul eden Anayasa Mahkemesinin verdiği *Twitter* kararı incelenmekte ve bu karardan sonra bir milletvekili ve başbakan tarafından yapılan bireysel başvuruların akıbeti ve anlamı üzerinde tartışma yürütülmektedir.

Anahtar kelimeler: Bireysel başvuru, hukuk devleti, yasallık, mahkeme kararının icrası, yargı kararlarına saygı, *Twitter*, özel yaşam hakkı, ifade özgürlüğü.

ABSTRACT

*The rule of law includes many principles such as fair trial, right to court, independence and impartiality of the judiciary, lawfulness, and respect for courts' judgements. Nowadays in Turkey especially the principles of lawfulness and respect to courts' judgements are discussed excessively. In the light of said discussion, this article focuses on how the European Court of Human Rights interprets these two principles. Secondly, it observes the interpretation of these principles by the Turkish Constitutional Court and it discusses the similarities between the two Courts' methods of approach. In the limits of this frame, the *Twitter* judgement of the Constitutional Court which occupied the agenda of Turkey is examined and then a discussion is carried on about the meaning and the result of the individual application to the Constitutional Court by a Member of Parliament and the Prime Minister.*

Keywords: *Individual application, Rule of law, Lawfulness, Execution of court judgments, Respect to courts' judgements, Twitter, Right to privacy, Freedom of expression.*

* Prof. Dr., İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

GİRİŞ

Hukuk devleti kavramı yasallık ilkesi ile başlar. Özellikle hak ve özgürlüklerin yasayla düzenlenmediği ve kural koyanlar da dâhil herkesin yasaya uygun davranması kuralının işlemediği toplumlarda hukuk devletinin birincil koşulu yerine gelmemiştir demektir. Bu tür toplumlar keyfiliğin hüküm sürdüğü veya daha da teknik bir dille polis devletinin olduğu toplumlardır. Elbette hukuk devleti yasa devleti ile aynı şey değildir. Yasallık bir devleti hukuk devleti olarak nitelemek için yeterli değildir. Hukuk devletinden söz edebilmek için hak arama özgürlüğünün, adil yargılanma hakkının, yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığının, hukukun genel ilkelerinin korunması, idarenin işlem ve eylemleri kadar yasamanın işlemlerinin de yargı denetimine tabiliğinin sağlanması ve bu kararlara bütün devlet kurumlarının saygı göstermesi gerekir.

Bütün bu unsurlar son derece hayati olmakla birlikte ben son günlerde sürekli karşımıza çıkan iki hukuk devleti sorununa öncelik vermek isterim. Bunlardan birincisi yasallık ilkesi. Bu çerçevede “yasallık ilkesinden ne anlamalıyız?” sorusuna cevap aramaya çalıştım. İkincisi ise mahkeme kararlarının uygulanmaması sorunu. “Yargı kararlarının uygulanmama sorunu bizi nasıl bir hukuk devleti çıkarmazına götürüyor?” sorusunu irdelemek üzerinde yoğunlaştım. Bu iki konuyu İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi içtihatlarını karşılaştırarak değerlendirmeye çaba gösterdim. Elbette yukarıda belirttiğim hukuk devleti unsurlarının çoğu bakımından Türkiye’de tartışma var. Örneğin yargının tarafsızlığı ve bağımsızlığı, adil yargılanma hakkı bu kapsamda öncelikle dillendirilebilir. Fakat bu çalışma sınırları içinde bütün konuları ele almak ne yazık ki mümkün değil.

I. Hukukilik veya Yasallık

Osmanlı Türk Anayasal gelişmelerinde yasallık ilkesi ilk defa 1839 tarihli Tanzimat fermanıyla dile getirilmiştir. Ferman, yasa üstünlüğüne ya da yasaya saygı ilkesine yer vererek, kamusal yaşamda keyfi işlemlere yer verilmeyeceğinin altını çizer. Böylece herkesin yasa önünde eşit olduğunu dile getirir.¹ Daha sonra aynı ilkenin 1876² , 1924³ , 1961⁴ ve 1982 Anayasalarında da dile getirildiğini görmek mümkündür.

Hak ve özgürlüklerin yasayla sınırlanması ölçütü Anayasa Hukukunda önemli bir yere sahiptir. Türk Anayasa Hukukunda yasa terimi daha çok şekli anlamda kullanılmaktadır ve yasa çıkarma yetkisinin yasama organının yetki alanında olduğu anlamına geldiği vurgulanmaktadır.⁵ Bu anlayış önemli bir güvence ortaya çıkarır elbette. Özellikle hak ve özgürlüklere yönelik sınırlamanın halk tarafından seçilmiş bir organ tarafından, müzakereci bir yöntemle yapılmasını sağlar, hak

1 Tanör, Bülent, Osmanlı - Türk Anayasal Gelişmeleri, (İstanbul: Der Yay., 1995), s.71-72.

2 Örn. Bkz.md.10,12,15,17.

3 Örn.md 68, 72, 74, 76, 77, 78, 79, 80, 83, 85, 88.

4 Örn.md5, 6, 11, 12, 13, 15, 16, 17, 18, 22, 23, 26, 27, 28, 29, 30, 32, 33, 36, 37, 38, 39, 40, 42, 44, 46, 47, 54, 53, 56, 57, 59, 60, 61.

5 Teziç, Erdoğan, Anayasa Hukuku, (İstanbul: Beta Yay., 14.Baskı, 2012), s. 17.

ve özgürlüklerin kolayca, muhalefetin söz hakkına yer vermeden kısıtlanmasının önüne geçer. Ayrıca yasa yapma süreci şeffaf olduğundan halkın bilgilenmesi ve buna karşı kamuoyu oluşturarak yasa yapma sürecini etkilemesi de sağlanır.

Fakat yasallık ölçütü aynı zamanda maddi bir içeriği de gerektirir, bu noktada yasanın niteliği önem kazanır. Yasayla sınırlama ölçütü sınırlamanın erişilebilirliğinin yanı sıra açıklığını ve kesinliğini de sağlamalıdır, böylece uygulayıcının keyfi davranışlarının önüne geçilebildiği gibi kişinin hukuku bilmesine yardımcı olunur ve kuralın öngörülebilirliği güvence altına alınır. Bu anlayış hukuk güvenliği güvencesi bakımından çok önemlidir.

A. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Yasallık İlkesi

İHAS' a ve İHAM kararlarına baktığımızda yasa teriminden şekli anlamda yasa kavramının anlaşılmadığı görülmektedir, burada önemli olan maddi yasadır. Bu yaklaşım çerçevesinde, sınırlamayı yapan hukuki düzenlemenin niteliği önem kazanır, kaynağı ya da yapan organ değil. Hak ya da özgürlüğe bir müdahale olduğunda ilgili devletin yapması gereken şey müdahaleye yetki veren bir hukuk kuralının, bir hukuki temelinin olduğunu göstermesidir. Bu anlamda yasayla sınırlama ilkesinin getirdiği birinci tür güvenceden çok ikinci tür güvencenin ön plana çıktığı söylenebilir. Bu nedenle Türkiye'deki hukuk algısı temelinden hareket edildiğinde, İHAS çerçevesinde parlamentonun çıkardığı şekli yasayla sınırlama ölçütünün değil, **erişilebilirlik, açıklık, kesinlik ve hukuken öngörülebilirlik** ölçütleri temelinde maddi yasa anlayışının uygulandığını söylemek gerekir. Diğer bir deyişle İHAM kuralın niteliğini tartışmaktadır. Bu niteliklere sahip olmayan yasa hukuk devleti ilkesine uygun olmayan bir yasa olarak görülmektedir.⁶

Nitekim İHAM, kararlarında, hak ya da özgürlüğe müdahale konusunda iç hukuktaki yargı kararlarıyla oluşmuş istikrarlı içtihadı erişilebilirlik, kesinlik ve öngörülebilirlik bakımından yeterli görebilmiş, yasama organının çıkardığı bir yasa olmasını aramamıştır. Örneğin İngiltere'de mevcut yazısız hukuk, erişilebilir ve kişinin davranışlarını düzenlemesine olanak verecek ölçüde açık ve kesin olması durumunda, yasayla sınırlama ölçütünü karşılayabilmektedir. Önemli olan hakka veya özgürlüğe müdahalenin iç hukukta öngörülebilir temelleri olmasıdır⁷. Benzer şekilde İHAM Türkiye'de üniversitelerde başörtüsünü yasaklayan açık bir yasal düzenleme olmamasını dikkate almamış, Anayasa Mahkemesinin 2. türban başvurusunda verdiği yorumlu ret kararını ve bu⁸ konudaki Danıştay kararlarını yasal dayanak olarak görmüştür⁸. Devletin müdahale için hukuki bir dayanağı olduğunu göstermesi durumunda İHAM hukukun milli mahkemeler tarafından doğru uygulanmadığı veya yorumlanmadığı yönündeki itirazlara karşı çekingen davranmakla birlikte, istisnaen bazı kararlarında uygulamanın hukuki dayanağın ötesine geçip geçmediğini denetlemiştir.⁹

6 ECtHR, Malone v. U.K., 02.08.1984, App. no. 8691/79, para. 67.

7 Örn.bkz.Malone v, U.K.para66

8 ECtHR, Leyla Şirin v. Turkey,(Grand Chamber) 10.11.2005 App. No. 44774/98 para 87 vd.

9 ECtHR, Foxley v. U.K., 20.06.2000, App. no. 33274/96, para. 35.

İHAM kararlarında Sözleşmenin 8., 9., 10. ve 11. maddelerindeki yasayla sınırlama ölçütünün yerine getirilip getirilmediği denetlenirken sınırlamanın iç hukukta hukuken öngörülebilir ve erişilebilir bir dayanağının olup olmadığının araştırılması noktasından hareket edilmektedir. Bu anlamda müdahalenin hukuki dayanağının bulunması zorunluysa da soyut olarak bulunması yeterli değildir. Hukuki dayanağın keyfiliğe yol açmayacak bir içerikte olması gerekmektedir. İlk olarak müdahalenin dayandığı kuralın erişilebilir olması, ikinci olarak kuralın vatandaşın kendi davranışlarını ayarlayabileceği ölçüde açık ve kesin olması diğer bir deyişle öngörülebilir olması gerekmektedir. Bir kararında İHAM, yasallık ölçütünü şöyle tarif etmiştir: “*yasa ilgili kişi tarafından erişilebilir olmalı, kendisi açısından sonuçları öngörülebilir olmalı, hukuk devletine uygun olmalıdır*”.¹⁰ Kuralın karmaşık olması ya da belirli ölçülerde soyutluk içermesi ve bu nedenle bir hukuki yardım ile tam olarak anlaşılabilir hale gelmesi tek başına hukuken öngörülebilirlik ilkesine aykırı görülmemektedir.¹¹

Hak ya da özgürlüğe müdahale eden kural belirli ölçülerde takdir alanını elbette uygulayıcıya sunabilir, fakat bu takdir alanının sınırlarının yeterli açıklıkta belirlenmesi belirli bir kesinlik içermesi gerekmektedir. Nitekim *Kruslin* kararında İHAM telefon dinlemesine yetki veren kuralın niteliğini test etmiştir. Mevcut hukuki düzenleme dinleme süresini ve dinlenecek kişilerin niteliklerini yeterli açıklıkta belirlemediğinden ve diğer başka güvenceleri de içermediğinden yeterince kesin bir düzenleme olarak görülmemiştir.¹² Benzer şekilde Türkiye aleyhine sonuçlanan *Gülmez* kararında da müdahaleye izin veren hukuk kuralının niteliği araştırılmıştır. Söz konusu davada, başvuranın ziyaretçi kabul etme hakkına uygulanan kısıtlama, Ceza İnfaz Kurumları ile Tevkif Evlerinin Yönetimine ve Cezaların İnfazına Dair Tüzük'ün 157. maddesine dayanmaktadır. İHAM bu Tüzük'ün yayımlanmış olduğunu ve başvuranın buna erişebilir konumda olduğunu belirlemekle beraber, fiillerin ve bunların cezalarının açık bir dille ifade edilmediğini tespit etmiştir. İHAM'a göre bu durum, uygulanabilecek disiplin cezalarını belirlemede yetkili makamlara geniş bir takdir yetkisi bırakmıştır. Bu nedenle Tüzük'ün, yetkili makamların başvuruçunun aile hayatına yaptıkları haksız müdahaleye karşı yerinde koruma sağlayabilecek derecede açık ve ayrıntılı olduğuna ikna olmamıştır.¹³

İHAM uygulayıcıya sınırları belirsiz müdahale yetkisi veren hukuki düzenlemelerin hukuk devleti ilkesiyle de çatıştığını vurgulamakta ve öngörülebilirlik ilkesine aykırı görmektedir. Keyfi müdahaleleri önlemek için, hukuk kuralı, verdiği yetkinin amacını ve kullanım biçimini yeterli ölçüde açıklıkta belirlemiş olmak zorundadır.¹⁴

Nitekim başka bir kişinin yasaya aykırı davranışı nedeniyle başvuruçunun verilerini paylaştığı Google Sitesinin mahkeme kararıyla tümünden kapatılmasını ifade özgürlüğüne aykırı bulurken İHAM internet yasasını inceleme altına almıştır.

10 ECtHR, Dink c. Turquie, 14.09.2010, Req. no. 2668/07, 6102/08, 20079/08, 7072/09, 7124/09, para. 114.

11 ECtHR, Sunday Times v. U.K., 26.04.1979, App. no. 6538/74, para. 49.

12 ECtHR Kurslin v France, 24.04.1990, App. no. 11801/85, para.35-36

13 ECtHR, Gülmez v. Turkey, 20.05.2008, App. no 16330/02, para. 44-46.

14 ECtHR, Al Nashif v. Bulgaria, 20.06.2002, App. no. 50963/99, para. 119-124.

Hukuk Devletinin İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Türk Anayasa Mahkemesi Kararlarında Tezahürü: Karşılaştırmalı Bir Çalışma

Olayda başvuru aleyhine açılmış herhangi bir dava yoktur, başka bir kişinin sitesi hakkında alınmış bir erişimi engelleme yönünde tedbir kararı vardır, kararı uygulamakla yükümlü Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı kararı uygulamanın tek yolunun Google Site isimli yer sağlayıcı siteye erişimin tamamen engellenmesi olduğunu belirterek tamamen engelleme kararı verilmesini talep etmiştir. TİB gerekçe olarak karara muhatap sitenin sunucu belgesine sahip olmadığını, yurt dışında yaşadığını göstermiştir. Mahkeme TİB'in talebine olumlu karşılık vererek Google Site'a erişimin tamamen engellenmesi yönünde karar oluşturmuştur. İHAM internet yasasının öngörülebilirliğini test etmiştir. İHAM şöyle demektedir: *“Temel haklara zarar veren fiiller söz konusu olduğunda, şayet bu duruma ilişkin takdir yetkisi kullanmakta idare organları açısından bir sınır belirlenmemişse, kanun, Sözleşme ile korunan, demokratik toplumun temel ilkelerinden birini oluşturan hukukun üstünlüğü ilkesine aykırı düşmektedir. Dolayısıyla, kanunda böyle bir yetkinin kullanılmasına ilişkin kapsam ve usullerin yeterli açıklıkla tanımlanması gerekmektedir.”*¹⁵

İHAM bu davada mevcut kanunun kişinin davranışlarını önceden ayarlamasına imkân verecek ölçüde açık ve kesin olup olmadığını, keyfi uygulamalara izin vermediğini test etmiştir. Mahkemeye göre 5651 sayılı kanun belirli yayınların kaldırılması için müdahaleye izin vermekte, Google Site'ın bütününe ya da başvuru sitesine müdahaleye olanak vermemektedir, zaten kendileri herhangi bir adli soruşturmanın muhatabı da değildirler, başka bir sitedeki içerikten sorumlu tutulmaktadırlar, kaldı ki Kanunun ilgili maddeleri internet alanının tümünden kapatılmasına dahi izin vermemektedir. Ayrıca dava dosyasından Google Site'a illegal içeriğin bildirildiğini ve Google Site'ın bu içeriğe yönelik tedbir kararını kaldırmayı reddettiğini gösteren bir delil de sunulmamıştır.¹⁶ Bu davada hem TİB'in hiçbir sınır veya koşula tabi olmaksızın mahkemeden tedbir kararının genişletilmesini talep edebilmesi; hem de Denizli Sulh Ceza Mahkemesinin ihtilaf konusu siteyi bloke etmek için uygulanabilecek daha hafif nitelikli bir tedbir kararının varlığını bile araştırmaksızın, TİB'in kendisine sunduğu talebe atıf yaparak, Google Sites isimli yer sağlayıcısını tümünden erişime kapatması önemli sorunlar olarak görülmüştür.¹⁷ İHAM 5651 sayılı Kanunun 8. maddesinin öngördüğü müdahalenin, Sözleşme'nin gerektirdiği öngörülebilirlik koşuluna cevap vermediği ve demokratik bir toplumda hukukun üstünlüğünün gerektirdiği ölçüde başvurana yeterli bir koruma sağlamadığı sonucuna varmış ve şu şekilde davayı yorumlamıştır: *“İHAM söz konusu tedbir kararının keyfi sonuçlar doğurduğunu ve sadece ihtilaf konusu siteye erişimin engellenmesinin hedeflendiğinden söz edilemeyeceğini, çünkü bu tedbir kararıyla Google Sites kapsamında açılan tüm sitelere erişimin genel olarak engellendiğini gözlemlemektedir. Ayrıca internet sitelerine erişimin engellenmesine ilişkin yargısal denetim, kötüye kullanmayı engelleyici ölçütleri karşılaması bakımından yetersizdir, çünkü iç hukuk belirli bir siteye erişimin engellenmesine ilişkin verilmiş tedbir kararının genel bir engelleme yapmak için araç olarak kullanılmasını önlemeye yönelik herhangi bir güvence sunmamaktadır”*.¹⁸

15 ECtHR, Ahmet Yıldırım v. Turkey, 18.12.2012, App. no. 3111/10, para. 59.

16 Para. 60-62.

17 Para.63-64.

18 Para. 68.

B. Anayasa Mahkemesi Kararlarında Yasallık İlkesi

1961 Anayasasından bu yana yasama organının keyfiyete izin vermeyen, ön-görülebilir düzenlemeler yapma zorunluluğu Anayasa Mahkemesi tarafından da vurgulanmıştır. Anayasa Mahkemesi idareye keyfi uygulamalara meydan verebilecek çok geniş bir takdir yetkisi tanınmasını gerek 1960'lardaki ilk kararlarında¹⁹ gerekse 1982 Anayasası dönemindeki birçok kararında Anayasaya aykırı görmüştür.²⁰

İHAM' ın gösterdiği yaklaşımın benzerini Anayasa Mahkemesinin gerek 13. md' deki yasallık ilkesini yorumlayan kararlarında gerek 7. md' deki yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesini yorumlayan kararlarında ve gerekse 2. md' deki hukuk devleti ilkesini ele alan kararlarında görmek mümkündür. Bu kararlarda AYM kanunun şeklen var olmasını yeterli görmemekte kanunun niteliğini de araştırmaktadır.

Bir kararında AYM Anayasanın 13. md' sindeki yasayla sınırlama ilkesi çerçevesinde şöyle der: “Bir sınırlamanın nerede başlayıp nerede bittiği belirtilmezse, amacı aşan demokratik toplum düzeninin gerekleriyle bağdaşmayan, içeriğinin takdiri yönetime bırakılmış sakıncalı sınırlama getirilmiş olur. İçeriğinin belirlenmesi yönetimin görüşüne bırakılan sınırlamanın yasa ile konulduğundan söz edilemez... Bu çelişki Anayasanın 13. md' sine açık aykırılıktır”.²¹

Başka bir kararında ise Anayasanın 2. md' si çerçevesinde şu yaklaşımı ortaya koymuştur: “Öte yandan, hukuk deoletin hukuk güvenliği ilkesi belirliliği de gerektirir. Belirlilik ilkesi, yükümlülüğün hem kişiler hem de idare yönünden belli ve kesin olmasını, yasa kuralının, ilgili kişilerin mevcut şartlar altında belirli bir işlemin ne tür sonuçlar doğurabileceğini makul bir düzeyde öngörmelerini mümkün kılacak şekilde düzenlenmesini gerekli kılar”.²²

AYM Anayasanın 7. md' sinde yer alan yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesi çerçevesinde verdiği bir başka kararında da şu ifadeleri kullanmıştır: “Anayasa'nın 7. maddesinde ‘Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinindir. Bu yetki devredilemez’ denilmektedir. Buna göre, Yasa Koyucunun temel ilkeleri koymadan, çerçeveyi çizmeden yürütmeye yetki vermemesi, sınırsız, belirsiz bir alanı, yönetimin düzenlemesine bırakmaması gerekir”.²³

Bireysel başvuru sürecinde AYM' nin “yasa” sözcüğünü geniş yorumlamak suretiyle, hak ve özgürlüğe yapılan müdahalenin kaynağı olan hukuki düzenlemenin maddi niteliğini ön plana çıkararak denetimini sürdürmesi Avrupa Sözleşmesi ile uyumu artıracaktır. Nitekim AYM bu konudaki yaklaşımını ortaya koymaya başlamıştır. *Twitter* kararı yasallık ilkesini yorumladığı ilk kararlarından biridir.

19 Örn. AYM, E. 1965/45, K. 1966/16, K.T. 29.03.1966.

20 Örn. AYM, E1984/14, K.1985/7, K.T.13.06.1985

21 AYM, E.1987/16, K.1988/8, K.T.19.04.1988

22 AYM, E.2010/7, K.2011/172, K.T.22.12.2011

23 AYM, E. 2006/35, K. 2007/48, K.T. 11.04.2007.

Hukuk Devletinın İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Türk Anayasa Mahkemesi Kararlarında Tezahürü: Karşılaştırmalı Bir Çalışma

Başvurucular, TİB tarafından İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı ve bazı mahkemelerde verilen kararlara istinaden koruma tedbiri uygulanarak twitter.com adresine erişimin engellendiğini, TİB'in bu işlemine dayanak olarak gösterdiği mahkeme kararlarının twitter.com isimli siteye erişimin tamamen engellenmesine yönelik olmadığını, bu uygulamanın hukuka aykırı olduğu ve keyfi nitelik taşıdığını belirtmişlerdir. Başvuruculara göre 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesinin (4) numaralı fıkrası uyarınca kişilik haklarının ihlali iddiasının söz konusu olduğu hallerde erişim sadece hâkim kararı ile ve ihlalin gerçekleştiği kısma ilişkin olarak engellenebilir, tüm sitenin erişiminin engellenmesi ancak gerekçesini belirtmek kaydı ile hâkim kararı ile verilebilir, hâkim tarafından URL bazında kısmi engelleme kararı verilmesi halinde TİB'in sitenin tamamen erişime kapatılmasına karar vermesi fonksiyon gaspıdır, TİB'in engelleme kararına dayanak gösterdiği yargı kararlarının belli URL adreslerine erişimin engellenmesine yönelik olmasına rağmen TİB tarafından twitter.com adlı internet sitesine erişimin tamamen engellenmesinin kanuni dayanağı bulunmamaktadır.

AYM bu itirazları haklı bulmuş ve şu yönde karar vermiştir: *“Anayasa’ nın 13. maddesine göre temel hak ve özgürlüklere ilişkin sınırlandırmalar kanunla öngörülmeli ve sınırlamalar kanuna uygun olmalıdır. Somut olayda, erişimin engellenmesinin URL bazında değil de tüm bir siteye yönelik erişimin engellenmesi şeklinde uygulandığı görülmektedir. 5651 sayılı Kanun’da yer alan düzenlemeler dikkate alındığında TİB’in kararına dayanak gösterdiği mahkeme kararlarını aşan ve milyonlarca kullanıcı bulunan bir sosyal medya ağı olan twitter.com sitesine erişimin tamamen engellenmesini öngören işlemin kanuni dayanağının bulunmadığı ve bu sosyal paylaşım sitesine erişimin kanuni dayanağı olmaksızın ve sınırları belirsiz bir yasaklama kararı ile engellenmesinin demokratik toplumların en temel değerlerinden biri olan ifade özgürlüğüne ağır bir müdahale oluşturduğu açıktır.*

Bu durumda, bireysel başvuruya konu edilen ihlal iddiasının konusunu oluşturan ifade özgürlüğünün demokratik hukuk devletindeki önemi dikkate alındığında TİB tarafından twitter.com isimli internet sitesine erişimin engellenmesi yalnızca bu engellemeye dayanak gösterilen ve URL bazlı verilen kararların muhataplarını değil, twitter.com ağından yararlanan tüm kullanıcıların ifade özgürlüğüne yönelik ağır müdahale niteliğinde olduğu ve hukuki dayanağının olmaması nedeniyle başvurucuların Anayasa’nın 26. maddesinde korunan ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.”²⁴

Bu davada AYM yapılan müdahalenin yasal dayanağı olmadığı üzerinden gerekçe oluşturmuştur. Twitter kararında yasanın niteliğini tartışmaya dahi girmenin anlamı kalmamıştır, çünkü TİB açıkça yetki gaspı yapmıştır.

II. Yargı Kararlarına Saygı

A. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında

Kesinleşmiş yargı kararlarının uygulanması, mahkemeye başvurma hakkının bir parçası olarak İHAM tarafından 6. md'nin 1.fkr'sının kapsamı içinde görülmüştür. Eğer bir hukuk sistemi içinde yargının verdiği ve bağlayıcı olan kesin hüküm

24 AYM, Akdeniz, Tanrıkulu, Altıparmak davası, 02.04.2014, Başvuru no. 2014/3986, para. 48-49.

zarar gören taraf açısından işlevsiz duruma getirilmişse, adil yargılanma hakkının sağladığı güvencelerin bir anlamı kalmamaktadır,²⁵ bu nedenle İHAM yargı kararının uygulanmamasını mahkemeye başvurma hakkının ortadan kalkması olarak görmektedir.

Örneğin *Hornsby - Yunanistan* kararında yargının verdiği kesin hükümden sonra beş yıldan fazla bir süre geçmesine rağmen, kararın yerine getirilmesine yönelik olarak yetkili makamların gerekli adımları atmamaları, md 6/1'in işlevsel etkilerini yok ettiği gerekçesiyle, ihlal olarak görülmüştür. Bu davada, İngiliz vatandaşı olan başvurucular Yunanistan'da yabancı dil okulu açmak istemişler, fakat bu talepleri sadece Yunan vatandaşlarının okul açma yetkisi olduğu gerekçesiyle idare tarafından reddedilmiştir. Başvurucular Roma Andlaşmasına aykırılık nedeniyle Adalet Divanı'na başvurmuş ve söz konusu yasağın Roma andlaşmasına aykırı olduğunu tespit ettirmiş, daha sonra Yüksek İdare Mahkemesi'nde de, okul açma taleplerini reddeden kararı iptal ettirmişlerdir. Fakat bu karar iç hukukta uygulanmamış, yetkili idareye başvurularına karşın beş yıldan fazla bir süre izin alamamışlardır. İHAM bu davada, md 6/1'in uygulanabilip uygulanamayacağını tartışmıştır. Mahkeme md 6/1'in mahkemeye başvurma hakkını içerdiğini, fakat iç hukuktaki kesin hüküm niteliğindeki ve bağlayıcı bir yargısal kararın davanın zarar gören tarafı açısından işlevsiz hale getirilmesi durumunda, bu hakkın hayali bir hak haline geleceğini belirtmektedir. Mahkemeye göre, md 6/1'in, yargısal kararın uygulanmasını korumaksızın, bazı detaylı usuli güvenceler tanıdığını düşünmek mümkün değildir. Bu nedenle, *bir yargı kararının uygulanması, md 6'nın kapsamına giren “yargılamanın” ayrılmaz bir parçası olarak görülmek zorundadır.*²⁶

Kesinleşmiş mahkeme kararlarının gereğinde cebri icra yoluyla yerine getirilmesi mahkemeye başvurma hakkının kapsamı içindedir. Böylece, bir mahkeme kararının yerine getirilmesi için kamu gücü kullanılmasını isteyen kişinin bu talebinin reddedilmesi bu hakkın ihlaline neden olmaktadır.²⁷ Mahkeme kararının cebri icra yoluyla yerine getirilmesi hukuken mümkün olmakla birlikte yasal boşluklar nedeniyle fiilen uygulanamıyorsa bu durum da ihlale neden olabilir. Örneğin *Pavese - İtalya* davasında, kiracısı ile arasındaki kira sözleşmesini fesheden ve mahkeme kararı ile de bu fesih işlemi onaylanan başvuru icra yoluyla kiracısını taşınmazından çıkarmak istemişse de, polis yardımı alamayan icra memurunun pek çok sayıdaki girişimine rağmen taşınmaz on yıla yakın bir süre boşaltılamamış ve sonunda kiracı kendiliğinden çıkmıştır. Bu davada İtalyan hükümeti tazminat ödemeyi teklif ederek başvuru ile anlaşmış ve dostane çözüme gidilmiştir.²⁸ İHAM'a

25 Starmer, Keir, *European Human Rights Law*, (London: Legal Action Group Press, 2000) s. 377.

26 ECtHR *Hornsby v. Greece*, 19.03.1997, App. no: 18357/91, para 40; Ayrıca bkz. ECtHR *Pialopoulos v. Greece*, 15.02.2001, App. no: 37095/97, para. 68-70; *Burdov v. Russia*, 07.05.2002, , App. no: 59498/00, para. 36-37; *Vasilopoulou v. Greece*, 21.03.2002, App. no: 47541/99, para. 16-18.

27 Gölcüklü, Feyyaz/Gözübüyük A. Şeref, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, Ankara: Turhan Kitabevi, 3. Baskı, 2002), s. 279. Eserde şu kararlara gönderme yapılmaktadır: ECtHR, *Lunari/İtalya*, 11.01.2001, App. no: 21463/93; *Georgiadis/Yunanistan*, 28.03.2000, App. no: 21522/93

28 ECtHR, *Pavese v. Italy*, 05.04.2001, App. no: 32388/96; Aynı yöndeki diğer kararlar için bkz. *Tarducci v. Italy*, 19.04.2001, App. no: 31460/96; *D.V. v. Italy*, 15.11.2002, App. no: 32589/96, para. 35-38; *M.P. v. Italy*, 19.12.2002, App. no: 31923/96, para. 25-27.

Hukuk Devletinın İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Türk Anayasa Mahkemesi Kararlarında Tezahürü: Karşılaştırmalı Bir Çalışma

göre, bir mahkeme kararının uygulanmamasını, yeterli maddi olanakların olmaması gibi gerekçeler haklı kılamaz. Fakat bazı özel koşulların olması infazın gecikmesini haklı kılabilmekle birlikte, İHAM'a göre bu tür bir gecikme md 6/1'deki hakkın özüne zarar vermemelidir.²⁹

Nitekim *Taşkın ve diğeri - Türkiye* kararında, Ovacık'taki Eurogold Madencilik Şirketinin, maden işletme ruhsatının İzmir İdare Mahkemesi ve Danıştay'ın kararları ile iptaline karar verildiği halde, bu kararların uygulanmasının geciktirilmesi, daha sonra başka bir isim altında ve yasaya dayanmayan idari kararlarla tekrar bu maden işletmesinin faaliyete başlamasının sağlanması md 6/1'e aykırı bulunmuştur.³⁰

Fuklev - Ukrayna kararında İHAM, mahkeme kararlarının uygulanması konusunda şöyle diyor: “Mahkeme, Devletin mahkeme kararlarının icrası için hem yasa önünde hem de uygulamada etkili olan ve gereksiz bir gecikme olmaksızın icrayı güvence altına alan bir sistem oluşturma pozitif yükümlülüğü olduğunu dikkate alır”.³¹

Benzer şekilde daha yeni bir İHAM kararında da mahkeme kararının uygulanmaması konu edilmiştir. *Ülger - Türkiye* kararında başvuru Rusya'da iş yapan bir şirket aleyhine kıdem tazminatı ve ödenmemiş maaşlarını almak için dava açmış ve haklı bulunmuştur. Kararda, nispi mahkeme harcına da hükmedilmiş, bu harcin, içinden başvuranın davanın başında ödediği meblağın çıkarılarak davalı şirket tarafından ödenmesine karar verilmiştir. Mahkeme icra dairesine mahkeme harcını şirketten almasını emretmiştir. Başvuranın avukatı, kararı icraya koymak üzere kararın kendisine verilmesini talep etmiştir. Avukat, başvuranın davayı kazandığını, davalı şirketin ise tazminat ödemesine ek olarak yargılama giderlerinden de yükümlü olduğunu ifade etmiştir. Mahkeme'nin karar verdiği tarihte adresi belli olan şirketin, mali sorunları nedeniyle başka bir yere taşınarak yükümlülüklerinden kaçma girişiminde bulunma tehlikesine işaret etmiştir. Ayrıca başvuranın kararı almak amacıyla yargılama giderlerini ödemeye istekli olduğunu ancak bunu yapmak için kaynaklarının yetersiz olduğunu belirtmiştir. Aynı gün mahkeme bu talebi, 492 Sayılı Harçlar Kanunu'nun 28 (a) maddesi çerçevesinde gerekli harç ödenmedikçe kararın ilgiliye verilemeyeceği gerekçesiyle reddetmiştir. Bu nedenle başvuran söz konusu kararın uygulanması için icraya koyulmasını sağlayamamıştır. Bu arada şirketin taşındığı anlaşılmış ve başvuru lehine olan mahkeme kararını uygulatamamıştır.

İHAM kararda şöyle demektedir: “İHAM, İHAS'ın md 6/1 kapsamındaki etkili hakları güvence altına alma yükümlülüğünün yerine getirilmesinin, yalnız müdahale olmaması anlamına gelmediğini, Devlet'in olumlu bir faaliyette bulunmasını gerektirebileceğini de yineler. Yargılama giderlerinin karşılanmasında tüm sorumluluğu başvurana yükleyerek, Devlet'in, kararların uygulanması için hem hukuken hem de uygulamada etkin

29 ECtHR, *Immobiliare Saffi v. Italy*, 28.07.1999, App. no: 22774/93, para 74; *Pasteli and others v. Moldova*, 15.06.2004, App. nos: 9898/02, 9863/02, 6255/02, 10425/02, para. 22; *Prodan v. Moldova*, 18.05.2004, App. no: 49806/99, para. 55; *Shmalko v. Ukraine*; 20.07.2004, App. no: 60750/00, para. 44-47.

30 ECtHR, *Taskin and others v. Turkey*, 10.11.2004, App. no. 46117/99, para. 135-138

31 ECtHR, *Fuklev v. Ukraine*, 07.06.2005, App. no. 71186/01, para. 84

bir yöntem belirleme yönünde genel ya da özel her türlü uygun tedbiri alma yükümlülüğünden (pozitif yükümlülük) kaçındığı kanısındadır. Dolayısıyla, bu davada, yargılama giderlerinin miktarı ile bu giderlerin ödenmesi, başvuranın bu meblağları ödeme kapasitesi ve kararın bir kopyasının başvurana verilmesi arasındaki makul orantılılık ilişkisi de göz önünde bulundurulmalıdır. Yukarıda belirtilenler ışığında, İHAM, başvuranın kararın bir kopyasını alamadan mahkeme harcını ödemekle yükümlü tutulmasının, üzerinde aşırı bir yük oluşturduğu ve mahkemeye ulaşma hakkını bu hakkın özünü zedeleyecek derecede kısıtladığı kanısındadır.”³²

B. Anayasa Mahkemesi Kararlarında

Anayasanın 36. md' si “herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma... hakkına sahiptir” demek suretiyle, İHAS' dan farklı olarak mahkemeye başvurma hakkını açıkça düzenlemektedir. Ayrıca Anayasa Mahkemesi tıpkı İHAM gibi mahkemeye başvurma hakkının adil yargılanma hakkının önkoşulu olduğunu belirtmektedir.³³

Ayrıca Anayasanın 125. md' sinin 1. fkr' sında yer alan “idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır” hükmü ile 5. fkr' sında yer alan idare mahkemelerine tanınmış yürütmeyi durdurma kararı verme yetkisi mahkemeye başvurma hakkına ek güvence getirmekte, Anayasanın 36. md' sini desteklemektedir.

1982 Anayasasında yargı kararının geciktirilmeksizin uygulanmasına mahkemelerin bağımsızlığı başlığı altında 138. md'nin son fkr'sında yer verilmiştir. Mahkeme kararlarının uygulanmasına yönelik bu düzenleme de 36. md'deki hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkını destekler niteliktedir. Hüküm şöyle diyor: “Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez”. Bu hüküm mahkeme kararlarının uygulanmasının ihmal edilmesi veya engellenmesi yoluyla hak arama özgürlüğünün fiilen kullanılmaz hale getirilmesine engeldir. Mahkeme kararına saygı uluslararası hukuk düzenine özgü hukukun genel ilkelerinden biri olarak da kabul görmektedir.³⁴ Türk Anayasa Mahkemesi de, kesin hükme saygı ilkesini hem 138. md ' nin son fkr' sının bir gereği hem de hukukun genel ilkesi olarak benimsemektedir.³⁵

Anayasanın 138. md' sinin son fıkrası mahkeme kararlarının uygulanmasının ihmal edilmesi veya engellenmesi yoluyla hak arama özgürlüğünün fiilen kullanılmaz hale getirilmesine engeldir. AYM de mahkeme kararının bazı hukuksal durumlar için sonuç doğurmamasını 138. md bakımından değerlendirmektedir.³⁶

32 ECtHR, Ülger v. Turkey, 26.06.2007, App. no. 25321/02, para. 44-45.

33 AYM, E. 2010/41, K. 2012/19, K.T. 09.02.2012.

34 Bkz. Yüzbaşıoğlu, Necmi, Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku, (İstanbul: İÜHF Yay., 1993), s. 20.

35 Örn. AYM, E. 1988/36, K. 1989/24, K.T. 02.06.1989

36 Yasal düzenleme, emeklilik hakkı tanınan bir göreve ilk defa atanma sırasında nüfus hüviyet cüzdanlarında yazılı doğum tarihini, eğer 18 yaşın tamamlanmasından sonra mahkeme kararı ile yaş düzeltilmesi yapılmışsa, 18 yaşın doldurulması tarihindeki doğum tarihinin esas alınacağını öngörmüştür. Bu hükmün iptal talebini reddeden AYM Anayasanın 138. md' si çerçevesinde konu-

Hukuk Devletinın İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Türk Anayasa Mahkemesi Kararlarında Tezahürü: Karşılaştırmalı Bir Çalışma

Mahkeme kararının icrasının kısıtlanmasını veya engellenmesini, AYM, 138. md'ye göndermede bulunmadan da doğrudan 36. md'ye aykırı bulabilmektedir. Bir kararında, sorumlusu olmadığı bir harcın tahsili koşuluyla ilamın verilmesi suretiyle, dava açarken peşin harcı ödeyen ancak nisbi harca tabi davalarda işin niteliği gereği dava sonuna bırakılan bakiyenin harçtan yasal olarak sorumlu olmadığı mahkeme kararıyla belirlenen davacıya ödettirilmesini 2. md' yle birlikte 36. md'ye aykırı bularak iptal etmiştir.³⁷ Bu karar İHAM' ın Türkiye hakkında *Ülger* davasında verdiği yukarıda ele alınan kararıyla tam bir uyum içindedir.

Anayasanın 125. md' sinin 5. fkr' sında yer alan idare mahkemelerine tanınmış *yürütmeyi durdurma kararı verme yetkisi* mahkemeye başvurma hakkına ek güvence getirmekte, Anayasanın 36. md' sini desteklemektedir. Nitekim, AYM 'de bu iki hükmü birlikte kullanarak karar vermektedir. Haziran 2010 tarihli bir kararında AYM yürütmeyi durdurma kararının bazı durumlarda (Taşınmaz Mal Zilyetliğine Yapılan Tecavüzlerin Önlenmesi Hakkında Kanununda yürütmeyi durdurma kararı verilemeyeceğine ilişkin hüküm bulunmaktaydı) verilememesini düzenleyen hükmü, Anayasanın 125. md' sine aykırılığın yanı sıra 36. md' sinde düzenlenmiş olan hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkına da aykırı görerek iptal etmiştir.³⁸

AYM 2006 tarihli bir başka kararında yürütmeyi durdurma kararının verilmesini engellemekle birlikte geciktiren düzenlemeyi de 125.md ile birlikte 36. md' ye aykırı görmüştü. AYM' ye göre yürütmeyi durdurma kararının verilmesinin geciktirilmesi hak arama özgürlüğünün etkili kullanımına zarar vermektedir.³⁹ Gerçek-

yu incelerken şöyle demektedir: “Devletin, personel politikasını belirlemede büyük önemi olan emeklilik düzenini, bilimsel verilere göre belirlemesi ve buna göre gerekli yasal düzenlemeleri yapması doğaldır. Devletin bilimsel verilere dayanarak kurduğu bu düzenin korunmasında kamu yararı bulunduğu kuşkusuzdur. Çünkü, kamu düzeni nesnel ve sürekli kurullarla sağlam ve sağlıklı temellere oturabilir. İtiraz konusu kuralın yapılacak yaş düzeltmelerinin yalnızca emeklilik hakkı yönünden gözönünde tutulmamasını ön- görmesinin emeklilik düzeninin kimi aksaklıklara yol açmadan sürdürülmesi amacına yönelik olduğu kuşkusuzdur. Burada yargı kararı hukuksal bir gerçek olarak değerini ve geçerliliğini korumakta ancak, bu karara emeklilik yönünden sonuç bağlanma- maktadır. Bu nedenle, itiraz konusu düzenleme, Anayasanın 138. maddesine aykırı görülmemiştir”. AYM, E. 1997/4, K. 1998/15, K.T. 12.05.1998.

37 AYM, E. 2009/27, K. 2010/9, K.T. 14.01.2010

38 AYM, E. 2008/77, K. 2010/77, K.T. 03.06.2010. AYM'nin farklı yöndeki eski bir kararı için bkz. AYM, E. 1996/7, K. 1996/11, K.T. 18.04.1996.

39 AYM, E. 2006/33, K. 2006/36, K.T. 09.03.2006. Bankacılık Kanununun bir hükmüyle ilgili olan bu kararda AYM şöyle diyor: “itiraz konusu kurala göre “idari işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkansız zararın doğması” durumu davanın ilk aşamasında belirlense bile yürütmenin durdurulması kararı verilemeyecek ve süresi kısaltılsa da öncelikle Kurumun savunması alınıp duruşma yapılacağından belli bir sürenin geçmesi gerekecektir. Bu itibarla itiraz konusu kural her ne kadar yürütmenin durdurulması koşullarını değiştirmemekte ise de, mahkemelerin bu konuda karar vermesini geciktirerek kişilerin telafisi imkansız zararlarla karşılaşmalarına yol açacak niteliktedir. İdari yargıda yürütmenin durdurulması kararıyla güdülen amacın kişilerin hak arama özgürlüklerini daha etkili biçimde kullanabilmelerini sağlamak olduğu gözetildiğinde, böyle bir durumun Anayasa'nın 125. maddesinin beşinci fıkrasında öngörülen “idari işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkansız zararın doğması” koşulunu etkisiz kılarak yürütmenin durdurulması kararlarıyla gerçekleştirilmek istenen hukuksal yararı olumsuz yönde etkileyeceğinden bu yönden davacının, otuz günlük savunma süresini yedi güne indirerek davalının hak arama özgürlüğünü de zedeleyeceği açıktır.”

ten de ileride giderilmesi zor veya imkânsız zararları önlemek için benimsenmiş olan yürütmeyi durdurma kararının bazı durumlarda mahkemelerce verilememesi veya verilmesinin geciktirilmesi mahkeme kararının etkisini ve uygulanabilirliğini ortadan kaldırmaktadır. Bu yaklaşım İHAM'ın mahkeme kararının uygulanamamasını mahkemeye başvurma hakkına aykırı gören kararlarıyla paraleldir.⁴⁰

AYM, mahkeme kararını kasten uygulamayan memura doğrudan tazminat davası açılmasına izin veren kanun hükmünün iptali talebini de mahkeme kararlarının uygulanmasını güvence altına alma amacı olduğu için reddetmiştir. Anayasanın 129. md'sinde yer alan “*memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan dolayı tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir*” hükmüne rağmen AYM'nin bu kararı vermesi son derece anlamlıdır. AYM kararında şöyle demektedir: “*Anayasa'nın 138. maddesinin dördüncü fıkrasında, 'Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir surette değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez' denilmektedir. Bu hükme göre, kamu görevlileri de mahkeme kararlarını yerine getirmek zorunda olup, bu konuda seçim hakları bulunmamaktadır. Kaldı ki, mahkeme kararlarını kasten yerine getirmeyen memur ve diğer kamu görevlilerinin eylemleri suç oluşturmaktadır. Bu bağlamda, Anayasa'nın 138. maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca mahkeme kararlarını uygulayıp uygulamama konusunda seçim hakkı bulunmayan kamu görevlilerinin, yargı kararlarını kasten yerine getirmeme eylemleri, Anayasa'nın 129. maddesinin beşinci fıkrası kapsamında değildir. Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu ibare Anayasa'nın 129. maddesine aykırı değildir*”⁴¹

Ne yazık ki bu yasa hükmü (İdari Yargılama Usulü Kanunu md 28) 21.02.2014 tarihinde değiştirilmiş ve kamu görevlisi kasten mahkeme kararını uygulamasa dahi hakkında tazminat davasının açılmayacağı ancak idare aleyhine açılacağı düzenlenmiştir. Böylece kamu görevlilerinin kasten mahkeme kararını yerine getirmemeleri durumunda kendilerinden tazminat istenmeyeceği rahatlığıyla hareket etmeleri sağlanmıştır. Her ne kadar Anayasanın 40. md' sinin son fıkrasında yer alan “*Devletin sorumlu olan görevliye rücu hakkı saklıdır*” ifadesinin bu sakıncayı giderebileceği iddia edilse de bugüne kadar ortaya çıkan uygulama, Anayasanın 40. md' sinin kolay kolay işletilmediğini göstermektedir. Diğer bir deyişle idare kendine bağlı kamu görevlilerini koruma eğilimi göstermekte, böylece sadece vergi yükümlülüklerini zarara uğratmakla kalmamakda hukuka saygıyı da erozyona uğratmaktadır.

Son günlerde nihai kararlar olmasa da mahkemelerin tedbir kararlarının uygulanmaması konusu Türkiye'nin gündeminde önemli yer işgal etmiştir. 17 ve 25 Aralık 2013 soruşturmaları sırasında bazı savcı talimatlarının yanı sıra mahkeme-

40 Taskin and others v. Turkey, para. 135-138. İHAM'ın bu konuyla ilgili yaklaşımı ve diğer kararları için bkz. İnceoğlu, Sibel, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, (İstanbul: Beta Yay., 2013), s. 151-153.

41 AYM, E. 2012/22, K. 2012/133, K.T. 27.09.2012.

Hukuk Devletinin İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Türk Anayasa Mahkemesi Kararlarında Tezahürü: Karşılaştırmalı Bir Çalışma

den alınan tedbir kararlarının uygulanmaması tartışılmıştı.⁴² Ankara İdare Mahkemesinin ana imar planı hakkında yürütmeyi durdurma kararı vermesine rağmen, Atatürk Orman Çiftliğinde (daha sonra cumhurbaşkanlığına tahsis edilen) Başbakanlık konutu ve Ankara Büyükşehir Belediyesinin Ankapark inşaatlarının devam ettirilmesi ise Ankara Barosu tarafından Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru konusu edilmiştir.⁴³

Yakın zamanda Anayasa Mahkemesi, mahkemelerin tedbir kararlarıyla ilgili yaklaşımını ortaya koydu. Twitter.com isimli sitenin Telekomünikasyon İletişim Başkanlığınca tümden erişime kapatılmasına karşı yapılan başvuruda, AYM kapatma işlemine karşı Ankara 15. İdare Mahkemesince verilen yürütmeyi durdurma kararını ele aldı. AYM bu konu özelinde sorunu, bireysel başvuruda gerekli olan başvuru yollarının tüketilmesi gereği üzerinden tartışmak zorunda kaldı.

Kararda AYM şunu söylüyor: “...mevzuat hükümleri uyarınca yargı kararının icaplarına göre gecikmeksizin işlem tesis etmeye veya eylemde bulunmaya mecbur olan idarece anılan internet sitesinin bu konudaki mahkeme kararına rağmen erişime açılmadığı, her ne kadar kanunda yargı kararının yerine getirilmesine ilişkin sürenin otuz günü geçemeyeceği belirtilmiş ise de bu sürenin azami bir süreye işaret ettiği anlaşılmaktadır. *Hukuk devletinde yargı kararının uygulanması, yalnızca şeklen bir yerine getirmeyi değil, objektif koşullar altında, olabilecek en kısa süre içinde, tespit edilen hukuka aykırılığın giderilmesini gerektirir.* ... TİB tarafından anılan sitenin derhal erişime açılmaması nedeniyle bu yükümlülüğün yerine getirilmediği anlaşılmaktadır.

Ülkemizde milyonlarca kullanıcısı olan bir sosyal paylaşım sitesine erişimin engellenmesinin bu kişilerin demokratik toplumun temellerinden olan ifade özgürlüğünü sınırlayıcı etkisi dikkate alındığında, bu tür sınırlamaların hukuka uygunluğunun *acilen denetlenmesi ve hukuka aykırılık tespiti halinde sınırlamanın hemen kaldırılması* demokratik hukuk devleti ilkesinden kaynaklanan bir zorunluluktur. *Sosyal medyada belli olay ve olgulara ilişkin olarak paylaşılan haber ve düşüncelerin zamanın geçmesiyle güncelliğini yitirip etki ve değerini kaybedebileceği açıktır. Bu durumda yargı kararının yerine getirilerek siteye erişimin ne zaman sağlanacağı konusundaki belirsizliğin sürmesi karşısında ihlali ve olumsuz sonuçlarını ortadan kaldırmak bakımından etkili ve erişilebilir nitelikte bir koruma sağladığının söylenemeyeceği ve böylece başvuruçuların idare mahkemesine başvurularının etkili bir yol olmadığı sonucuna ulaşılmıştır.”⁴⁴*

Özetle AYM sosyal medyanın bu şekilde engellenmesinin milyonlarca kişinin ifade özgürlüğüne müdahale olduğunu, paylaşılan haber ve düşüncelerin eskime özelliği olduğunu, zamanında kullanılmadığı takdirde haber ve düşüncenin etkisini yitireceğini, bu nedenle bu konuda yürütmeyi durdurma kararı verildiğinde

42 <http://www.ajanshaber.com/zafer-uskul-17-aralik-operasyonunu-degerlendirdi-haberi/28374>; <http://www.yurtgazetesi.com.tr/m/?id=47363> (Erişim: 07.05.2014)

43 http://www.radikal.com.tr/cevre/ataturk_orman_ciftligi_anayasa_mahkemesinde_ele_alinacak-1189288 (Erişim: 07.05.2014)

44 Akdeniz, Tanrıkulu, Altıparmak davası, para. 24-26.

mümkün olan en kısa sürede⁴⁵ gereğinin yerine getirilmesini eğer bu yapılmıyorsa, idare mahkemesine başvurmanın etkisiz bir yol haline dönüşeceğini belirledi.

Bu karar yürütme organının şimşeklerini AYM üzerine çekti. Tepki olarak önce bir AK Parti milletvekili Twitter' da kendisine karşı hakaret içeren ve kişilik haklarını zedeleyici içeren yazılar paylaşılması nedeniyle yaptığı suç duyurusunun Twitter 'in işbirliği yapmaması sonucu muhatap tespit edilemediğinden soruşturulamadığını gerekçe göstererek AYM'ye başvurdu.⁴⁶ Ardından başbakan da kendisi ve ailesi hakkında yine Twitter'da yapılan ve yolsuzluk iddiaları içeren yayınlar nedeniyle özel yaşamının gizliliğinin ihlal edildiğini, erişimin engellenmesi yönünde aldığı mahkeme kararlarının uygulanmadığını öne sürerek AYM' ye başvurdu.⁴⁷

Her iki başvuru sırasında da Twitter'in tümünden kapatılmasının ifade özgürlüğünün ihlali anlamına geldiğini tespit eden AYM kararının revize edileceği umudu bulunmaktaydı.⁴⁸ Elbette, yukarıda dile getirildiği gibi, mahkeme kararlarının uygulanmaması gerek adil yargılanma hakkı gerekse mahkeme kararının konusu maddi hak bakımından önemli bir sorundur ve AYM tarafından ihlal kararı verilmesine neden olabilir. Devletin, kişisel saygınlığı ihlal eden yayınlar karşısında özel yaşam hakkı bakımından pozitif yükümlülüğü doğar. Nitekim bu yaklaşımı İHAM yakın tarihteki bir kararında dile getirmiştir.⁴⁹ Fakat bu iki başvuru bakımından önemli bazı farklılıkları dile getirmekte fayda bulunmaktadır.

İlk olarak İHAM' ın kararlarına bakıldığında, ifade özgürlüğünün sınırlarının bir siyasetçiye ilişkin olarak yapılan yayınlar ile olağan vatandaşlar hakkında yapılan yayınlar bakımından değişim gösterdiğini hatırlamak gerekir. Bir siyasetçi olağan bir kişiye göre kendisine yönelik eleştiri ve siyasi saldırılara çok daha fazla açık olmak zorundadır, siyasetçiye yönelik eleştiri sınırları olağan vatandaşa kıyasla oldukça geniştir. Eğer yayının muhatabı hükümet ise ifade özgürlüğünün sınırları daha da genişler.⁵⁰ Başbakan hakkındaki yayınların kişisel özel yaşamından öte ailesinin de karıştığı dile getirilen bazı yolsuzluk iddialarına yani hükümet etmesine ilişkin olduğu görülebilmektedir. Bununla beraber, başvuruların özel şartları detaylı olarak bilinmediğinden elbette yapılan yayınların ifade özgürlüğü içinde olup olmadığı, diğer bir deyişle özel yaşam hakkına ilişkin devletin pozitif yükümlülüklerinin ihlal edilip edilmediğini şimdiden söylemek mümkün değil.

45 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 28. Md'si şöyle diyor: “Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemelerinin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarının icaplarına göre idare, gecikmeksizin işlem tesis etmeye veya eylemde bulunmaya mecburdur. Bu süre hiçbir şekilde kararın idareye tebliğinden başlayarak otuz günü geçemez.”

46 <http://www.yirmidorthaber.com/Haber/burhan-kuzudan-anayasa-mahkemesine-twitter-basvurusu/haber-867912>; <http://t24.com.tr/haber/burhan-kuzu-twitterin-kapatilmasi-icin-anayasa-mahkemesine-basvurdu>, 255653 (Erişim 01.05.2014).

47 <http://www.hurriyet.com.tr/gundem/26251778.asp> (Erişim 01.05.2014).

48 <http://www.cnnturk.com/haber/turkiye/burhan-kuzudan-twitteri-kapatin-basvurusu> (Erişim 01.05.2014).

49 ECtHR, Delfi AS v. Estonia, 10.10.2013, App. no. 64569/09.

50 Bu konuda bkz. Inceoğlu, Sibel, “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Çoğulculuk”, Çoğulcu Demokrasi ve Çoğunlukçu Demokrasi İkilemi ve İnsan Hakları Toplantısı, 5-6 Haziran 2010 Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yay. No. 186, (2011), s. 97-114.

İkinci olarak, AYM özel yaşamın korunmadığına veya adil yargılanma hakkının zedelendiğine dair ihlal kararı verse dahi, bu “Twitter gibi bir sosyal mecranın tümünden kapatılmasına olanak tanıyacak bir gerekçe yazılmasını sağlar mı” sorusuna da cevap aramak gerekmektedir. Bu konuda İHAM'ın yaklaşımı ışık tutucudur. *Delfi AS - Estonya davasında* bir internet haber portalında yayımlanan makalenin altında yer alan yorum bölümüne okuyucular tarafından hakaret ve küfür içeren yorumlar yapılmıştır. Haber portalı bu tür hakaret ve küfürleri filtrelemek yönünde etkin bir sistem oluşturmadığı için iç hukukta tazminatla karşılaşmıştır. İHAM, haber portalı Delfi hakkında tazminata hükmedilmesini, haber portalının da yazılanlardan sorumluluğu olabileceği yönündeki gerekçesi ile Sözleşmenin 10. md'sinde düzenlenen ifade özgürlüğüne aykırı bulmamıştır. Fakat bu kararda ölçülülük testi de yapılmıştır. İç hukukta hükmedilen tazminatın düşüklüğü ve yorum yazılmadan önce kaydolma zorunluluğu getirilmemesi ya da yorumları yayımlamadan önce kontrol etme gibi özel yükümlülüklerin başvuru Delfi'ye yüklenmemesi Mahkemenin ölçülü bir müdahale olduğu kanaatine varmasında önemli rol oynamıştır.⁵¹ Bu karar ışığında konuya bakarsak, AYM'nin Twitter'ı tümünden kapatmaya yönelik bir müdahaleyi ölçülülük ilkesine uygun bulması pek mümkün görünmemektedir.

Son olarak “söz konusu pozitif yükümlülüğün muhatabı kimdir?” sorusunu da irdelemek gerekir. AYM'ye bireysel başvuru devlet erklerinin anayasal hakları ihlal ettiği gerekçesiyle yapılır. Diğer bir deyişle muhatap yasama, yürütme veya yargıdır. Twitter'ın yargı organları ile işbirliği yapmasını zorlayıcı pozitif adımlar atması gereken merci öncelikle yürütme organı olarak görünmektedir. Dolayısıyla bu tür bir davada AYM devletin, Twitter'ı ulusal yargı organlarıyla işbirliği yapmaya zorlayıcı hangi adımları attığını sorgulayabilecektir. Twitter'ın yasaya aykırı bir biçimde kapatılması gibi kolaycı ve ölçüsüz bir yonteme başvurmadan önce, yürütme organının Twitter'ın merkezi ABD'de dava açmak dâhil olmak üzere, kullanılabilir uluslararası hukuka uygun hangi yöntemleri tükettiği önem kazanacaktır. Diğer bir deyişle bu tür eksikliklerin olması durumunda AYM kararının muhatabı yürütme organı olacaktır. Bu ihtimalde, başbakanın kendisine karşı dava açmış duruma düşmesi mümkün görünmektedir. Diğer yandan bu yöntemleri yürütme organının kullanabilmesi için yasal bir alt yapı da gerekli olabilir. Yeterli yasal alt yapı oluşturulmamışsa devletin sorumluluğu, daha somut ifadeyle yasama organının sorumluluğu doğabilir, bu durumda da başvuranlardan biri olan iktidar partisi milletvekili dâhil olmak üzere, bütün milletvekillerinin bu konudaki ihmallerini dolaylı olarak düşünmek gerekecektir.

SONUÇ

Demokratik ülkelerde hukuk devleti toplumun barış içinde ve hukuki güvenlik içinde yaşaması için en önemli ilke olarak karşımıza çıkmaktadır. Türkiye, hukuk devleti anlayışının gelişmesi bakımından önemli bir birikime sahiptir. Buna rağmen son zamanlarda özellikle yasallık ilkesi ve yargı kararlarına saygı bakımından ciddi tartışmalar yaşanmasından kaçınmak mümkün olmamıştır. Yasallık ilkesi ve

51 Delfi AS v. Estonia, para. 89-94.

yargı kararlarına saygı, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi kararlarında belirli ilkelere temelinde tanımlanmıştır. Anayasa Mahkemesi de hem norm denetimi yaptığı kararlarda hem de bireysel başvuru kararlarında bu ilkelere bağlı kaldığını ortaya koymuştur. İktidarın şimşeklerini üzerine çeken Twitter'ın kapatılmasını Anayasa aykırı bulan kararında da Anayasa Mahkemesi İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin yaklaşımını benimsemiştir. Kararın ardından kişilik haklarının ve özel yaşamın gizliliği hakkının ihlal edildiği gerekçeleriyle iktidar partisine mensup bir milletvekili ve başbakanın Anayasa Mahkemesi'ne yaptığı başvuru gündeme gelmiştir. Başvuruların detayları tam olarak bilinemediğinden nasıl sonuçlanacağını kesin olarak söylemek mümkün değildir. Fakat ihlal kararı verilse dahi bunun Anayasa Mahkemesi'nin verdiği Twitter kararındaki yaklaşımının değişmesi anlamına gelmeyeceğini söylemek yanlış olmaz. İhlal devlet erklerine yönelik olacağından özellikle yürütme ve yasama organının sorumluluğunun ortaya çıkacağını belirtmek gerekir. Bu iki erkin Twitter'ı tümenden kapatmak gibi ölçsüz bir tedbir yerine başvuru sahiplerinin haklarını korumak için ne tür çabalar harcadıklarının tartışma konusu yapılacağı düşünülmektedir.

KAYNAKÇA

Kitap ve Makaleler

Gölcüklü, Feyyaz/Gözübüyük A. Şeref, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulanması*, Ankara: Turhan Kitabevi, 3. Baskı, 2002.

İnceoğlu, Sibel, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı*, İstanbul: Beta Yay., 2013.

İnceoğlu, Sibel, “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Çoğulculuk”, *Çoğulcu Demokrasi ve Çoğunlukçu Demokrasi İkilemi ve İnsan Hakları Toplantısı*, 5-6 Haziran 2010 Ankara, Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yay. No. 186, 2011, ss. 97-114.

Starmer, Keir, *European Human Rights Law*, London: Legal Action Group Press, 2000.

Tanör, Bülent, *Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri*, İstanbul: Der Yay., 1995.

Teziç, Erdoğan, *Anayasa Hukuku*, İstanbul: Beta Yay., 14. Baskı, 2012.

Yüzbaşıoğlu, Necmi, *Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku*, İstanbul: İÜHF Yay., 1993.

Kararlar

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararları

Ahmet Yıldırım v. Turkey, 18.12.2012, App. no. 3111/10. *Al Nashif v. Bulgaria*, 20.06.2002, App. no. 50963/99.

Burdov v. Russia, 07.05.2002, , App. no: 59498/00.

Hukuk Devletinin İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Türk Anayasa
Mahkemesi Kararlarında Tezahürü: Karşılaştırmalı Bir Çalışma

D.V. v. Italy, 15.11.2002, App. no: 32589/96.

Delfi AS v. Estonia, 10.10.2013, App. no. 64569/09.

Dink c. Turquie, 14.09.2010, Req. no. 2668/07, 6102/08, 20079/08, 7072/09, 7124/09.

Foxley v. U.K., 20.06.2000, App. no. 33274/96, 20.06.2000.

Fuklev v. Ukraine, 07.06.2005, App. no. 71186/01.

Gülmez v. Turkey, 20.05.2008, App. no 16330/02.

Hornsby v. Greece, 19.03.1997, App. no: 18357/91.

Immobiliare Saffi v. Italy, 28.07.1999, App. no: 22774/93

Kruslin v. France, 24.04.1990, App. no. 11801/85.

Leyla Şahin v. Turkey, (Grand Chamber), 10.11.2005, App. no. 44774/98.

M.P. v. Italy, 19.12.2002, App. no: 31923/96.

Malone v. U.K., 02.08.1984, App. no. 8691/79.

Pasteli and others v. Moldova, 15.06.2004, App. nos: 9898/02, 9863/02, 6255/02,
10425/02

Pavese v. Italy, 05.04.2001, App. no: 32388/96.

Pialopoulos v. Greece, 15.02.2001, App. no: 37095/97.

Prodan v. Moldova, 18.05.2004, App. no: 49806/99.

Shmalko v. Ukraine; 20.07.2004, App. no: 60750/00.

Sunday Times v. U.K., 26.04.1979, App. no. 6538/74.

Tarducci v. Italy, 19.04.2001, App. no: 31460/96.

Taskin and others v. Turkey, 10.11.2004, App. no: 46117/99.

Ülger v. Turkey, 26.06.2007, App. no. 25321/02.

Vasilopoulou v. Greece, 21.03.2002, App. no: 47541/99.

Anayasa Mahkemesi Kararları

E. 1965/45, K. 1966/16, K.T. 29.03.1966.

E. 1984/14, K. 1985/7, K.T. 13.06.1985.

E. 1997/4, K. 1998/15, K.T. 12.05.1998.

E. 1987/16, K. 1988/8, K.T. 19.04.1988.

E. 1988/36, K. 1989/24, K.T. 02.06.1989.

E. 1996/7, K. 1996/11, K.T. 18.04.1996.

E. 1997/4, K. 1998/15, K.T. 12.05.1998.

E. 2006/33, K. 2006/36, K.T. 09.03.2006.

E. 2006/35, K. 2007/48, K.T. 11.04.2007.

E. 2009/27, K. 2010/9, K.T. 14.01.2010.

E. 2008/77, K. 2010/77, K.T. 03.06.2010.

E. 2010/7, K. 2011/172, K.T. 22.12.2011.

E. 2010/41, K. 2012/19, K.T. 09.02.2012.

E. 2012/22, K. 2012/133, K.T. 27.09.2012.

Akdeniz, Tanrıkulu, Altıparmak davası, 02.04.2014, Başvuru no. 2014/3986.

İnternet Kaynakları

<http://www.yirmidorthaber.com/Haber/burhan-kuzudan-anayasa-mahkemesi-ne-twitter-basvurusu/haber-867912>(Erişim 01.05.2014).

<http://t24.com.tr/haber/burhan-kuzu-twitterin-kapatilmasi-icin-anayasa-mahkemesine-basvurdu,255653> (Erişim 01.05.2014).

<http://www.hurriyet.com.tr/gundem/26251778.asp> (Erişim 01.05.2014).

<http://www.cnnturk.com/haber/turkiye/burhan-kuzudan-twitteri-kapatin-basvurusu> (Erişim 01.05.2014).

<http://www.ajanshaber.com/zafer-uskul-17-aralik-operasyonunu-degerlendirdi-haberi/28374> (Erişim: 07.05.2014) <http://www.yurtgazetesi.com.tr/m/?id=47363> (Erişim: 07.05.2014). http://www.radikal.com.tr/cevre/ataturk_orman_ciftligi_anayasa_mahkemesinde_ele_alinacak-1189288 (Erişim: 07.05.2014).

(55. Makale - 2016)

Prof. Dr. Sururi AKTAŞ

*Arş. Gör. Sencer Abdullah
AKKOYUNLU*

*İdari Kolluk Faaliyetlerinin Temel
Anayasal Sınırları Olarak Kanunilik ve
Ölçülülük İlkeleri**

* Sururi Aktaş /Sencer Abdullah Akkoyunlu, "İdari Kolluk Faaliyetlerinin Temel Anayasal Sınırları Olarak Kanunilik ve Ölçülülük İlkeleri", Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 2016, Cilt XX, Sayı 1-2, 1 – 25.

İDARİ KOLLUK FAALİYETLERİNİN TEMEL ANAYASAL SINIRLARI OLARAK KANUNİLİK VE ÖLÇÜLÜLÜK İLKELERİ*

Prof. Dr. Sururi AKTAŞ**

Arş. Gör. Sencer Abdullah AKKOYUNLU***

I- Giriş

Kanunilik ve ölçülülük ilkeleri idari kolluğu bağlayan temel anayasal ilkelerdir. İdari kolluğun bu ilkelerle ilişkisi temel hak ve özgürlüklere müdahale ediyor olmasından kaynaklanmaktadır. Anayasaya göre *“temel hak ve hürriyetler... ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar ..ölçülülük ilkesine aykırı olamaz”* (m.13). İdari kolluk bakımından kanunilik ilkesi, idari kolluğun temel hak ve özgürlüklere müdahale yetkisinin varlığını ve bu yetkinin sınırlarını ortaya koyan ilkedir. Çünkü idari kolluk faaliyetleriyle temel hak ve özgürlükler sınırlandırılmaz. İdari kolluk temel hak ve özgürlüklere müdahale yetkisini ve bunun sınırlarını kendisi tayin edemez. Temel hak ve özgürlükler ancak kanunla sınırlandırılabilirdiğinden, idari kolluğun temel hak ve özgürlüklere müdahale yetkisi kanunun varlığına bağlıdır. İdari kolluğun müdahale yetkisini belirleyen kanun, kolluğun yetkisinin sınırlarını da belirler. İdari kolluk bu sınırların dışına çıkamaz. İdari kolluğun temel hak ve özgürlüklere müdahale yetkisinin kanunla belirlenmesi, bu yetkilerin sınırlarının kanunla çizilmesi ve idari kolluğun bu sınırların dışına çıkamaması temel hak ve özgürlükler bakımından önemli bir güvence teşkil eder. Dolayısıyla kanunilik ilkesi idari kolluk faaliyetleri bakımından ayrıca üzerinde durulması gereken bir ilkedir.

Ölçülülük ilkesi idari kolluğun faaliyetlerinde aşmaması gereken ölçüyü, dolayısıyla idari kolluk faaliyetlerin sınırlarını gösteren ilkedir. İdari kolluk faaliyetlerinin hukuka uygun olabilmesi için idari kolluğun kanunla yetkilendirilmesi yeterli değildir. İdari kolluk faaliyetlerinin ölçülülük ilkesine de uygun olması gerekir. Ölçülülük ilkesi öncelikle kanun koyucu tarafından uyulması gereken ilkedir. İdari kolluk faaliyetlerinin dayanağını oluşturan kanunların ölçülü olması gerekmektedir. Aksi takdirde kanunların uygulanmasına ilişkin idari faaliyetler de ölçüsüz olacaktır. İdari kolluk faaliyetlerinin ölçülülük ilkesine uygun olabilmesi için bu faaliyetlerin kamu düzenini korumak için temel hak ve özgürlüklere gereğinden fazla müdahale etmemesi, idari kolluğun amacına ulaştığında artık faaliyetlerini

* Bu makale, 25 Temmuz 2017 tarih ve 30134 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Erzincan Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği'nin 51. maddesinin 3. fıkrası gereği olarak yukarıdaki yazarlar (danışman hoca ve doktora öğrencisi) tarafından doktora tez konusuyla ilgili olarak yazılmıştır.

** Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

*** Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı.

sonlandırması gerekmektedir. Ölçülülük ilkesinin idari kolluk alanındaki önemi, esas itibarıyla idari kolluğun zor kullanma yetkisinden kaynaklanmaktadır. İdari kolluğun özellikle kalabalıklara zor kullanmak suretiyle müdahale ederken ölçülülük ilkesine uygunluğu tartışmaları hiçbir zaman güncelliğini yitirmemektedir. Bu bağlamda ölçülülük, idari kolluk faaliyetleriyle ilgili olarak ayrıca incelenmesi gereken bir ilkedir.

II- İdari Kolluk Faaliyetleri

İdari kolluk faaliyetlerini bu faaliyetlerin amacı üzerinden tanımlamak doğru olacaktır. Çünkü idare tarafından yürütülen bir faaliyetin kolluk faaliyeti olup olmadığını bu faaliyetin amacı belirlemektedir. Nitekim idari kolluğun amacı kamu düzenini korumaktır.¹ İdari kolluk, kamu düzeninin korumak için faaliyette bulunmaktadır.² Önleyici kolluk olarak da adlandırılan idari kolluk faaliyetleri, kamu düzeninin bozulmasını engellemeye yönelik faaliyetlerdir.³ İdari kolluk faaliyetlerinden başka bir de adli kolluk faaliyetleri vardır. Bunlar birbirinden farklı faaliyetlerdir. Adli kolluk faaliyeti suç faillerini yakalayıp, suç delillerini elde edip adli makamlara teslim etmek için yerine getirilen faaliyetir.⁴ Adli kolluğun işlenmiş bir suçtan sonra harekete geçtiği, idari kolluğun ise suçların işlenmesini önlediği ifade edilmektedir.⁵ Dolayısıyla adli kolluk faaliyetinin suç işlendikten sonra, idari kolluk faaliyetlerinin ise suç işlenmeden önce, suçu önlemek üzere yerine getirildiği ortaya konulmaktadır.

İdari kolluk faaliyetleri, düzenleyici kolluk faaliyetleri ve bireysel kolluk faaliyetlerinden meydana gelmektedir. Düzenleyici ve bireysel kolluk faaliyetleri kolluk makamları⁶ tarafından yerine getirilmektedir. Düzenleyici kolluk faaliyetleri, idarenin düzenleyici işlemlerindedir. Düzenleyici işlemler soyut, nesnel, herkesi kapsayan, genele yönelik, süreklilik arz eden ve muhatapları bakımından bağlayıcı olan işlemlerdir.⁷ O halde düzenleyici kolluk faaliyetleri de kolluk makamları tarafından kamu düzeninin korunması amacıyla tesis edilen soyut, nesnel, sürekliliğe sahip, herkesi kapsayan, bir kez uygulanmakla son bulmayan bağlayıcı işlemlerdir. İdari kolluğun düzenleyici faaliyetleri kolluk makamının tesis etmeye yetkili olduğu işlemlerin farklılık göstermesi bakımından tüzük, yönetmelik, genel karar, genel emir ve diğer düzenleyici işlemlerden meydana gelmektedir.

1 Özyay, İl Han, *Günışığında Yönetim*, Filiz Kitabevi Yayını, İstanbul 2004, s. 723.

2 Gözübüyük, A. Şeref /Tan, Turgut, *İdare Hukuku (Genel Esaslar)*, Turhan Kitabevi, C. I, 9. Bası, Ankara, 2013, s. 652.

3 Duran, Lütfi, *İdare Hukuku Ders Notları*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1982, s. 250-251; Gözler, Kemal/Kaplan, Gürsel, *İdare Hukuku Dersleri*, 18. Baskı, Ekin Yayınevi, 2016, s. 580.

4 Duran, s. 250.

5 Bkz. Fendoğlu, Hasan T., “Adli Kolluk Üzerine”, *Yargıtay Dergisi*, C. 23, S. 3, Temmuz-1997, s. 235.

6 Kolluk makamı, gerek kamu düzeninin korunmasında gerekse de kamu düzeninin sağlanmasında bireysel ve düzenleyici işlemler yapma yetkisine sahip olan idari makamdır (Günday, Metin, *İdare Hukuku*, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 10. Baskı, İmaj Yayınları, Ankara 2011, s. 297).

7 Giritli, İsmet/Bilgen, Pertev/Akgüner, Tayfun/Berk, Kahraman, *İdare Hukuku*, Der Yayınları, 6. Baskı, İstanbul, Kasım 2013, s. 217.

İdari Kolluk Faaliyetlerinin Temel Anayasal Sınırları Olarak Kanunilik ve Ölçülülük İlkeleri

Bireysel kolluk faaliyetleri, kolluk makamının kolluğa ilişkin kanunlara ve düzenleyici işlemlere dayanarak kişiler hakkında aldığı kararlardır.⁸ İdari kolluk çok çeşitli alanlarda faaliyet gösterdiğinden bireysel kolluk faaliyetleri de çeşitlilik arz etmektedir. Nitekim bireysel kolluk faaliyetleri izin, faaliyeti erteleme, faaliyetten men, kapatma, yıkma, önleme araması, el koyma, koruma altına alma faaliyetleri ile daha burada saymadığımız birçok faaliyetten meydana gelmektedir.

III- İdari Kolluk Faaliyetlerinin Amacı Olarak Kamu Düzeni

İdari kolluk ile kamu düzeni arasında sıkı bir ilişki vardır. Zira idari kolluğun amacı, kamu düzenini sağlamaktır.⁹ Kamu düzeni sağlanırken hak ve özgürlüklere müdahale edilmektedir. Hürriyetlerin sınırlandırılması kamu düzeninin sağlanması için bir gereklilik olarak ortaya çıkmaktadır.¹⁰ Böylece idari kolluk kamu düzenini sağlamak amacıyla hürriyetleri sınırlandırıcı faaliyetlerde bulunmaktadır. Kamu düzeni, idari kolluk faaliyetlerinin ortaya çıkışında ve çeşitlilik arz etmesinde belirleyici faktördür. Kamu düzeni anlayışı zaman içinde gelişmekte ve değişime uğramaktadır. Kolluğun faaliyet alanı da bu değişim ve gelişimden etkilenmektedir. Kamu düzeninin geleneksel unsurları, *güvenlik, genel sağlık ve dirlik ve esenlik* şeklinde gösterilirken,¹¹ modern anlayışta, *genel ahlak, kamusal estetik gibi bazı önemli alanlar da* unsurlar arasında gösterilmektedir.¹² Kamu düzeninin unsurlarından güvenlik, asayiş olarak da tarif edilen¹³ ülkenin iç güvenliğidir. Bu bağlamda güvenliğin kapsamına, vatandaşların can ve mallarının her türlü tehlike ve zararlardan korunması girmektedir.¹⁴ Genel sağlık ise toplumun salgın ve bulaşıcı her türlü hastalıktan korunmasını ifade etmektedir.¹⁵ Dirlik ve esenlik de toplumun gürültü ve duman gibi rahatsız edici her türlü huzursuzluktan korunması demektir.¹⁶ Kamu düzeni genel olarak toplumun *dış ve maddi düzeni* olarak algılanmaktadır.¹⁷ Kural olarak idari kolluk, ahlâkla ilgilenmeyip, toplumun dış ve maddi düzenini korumayı amaçlasa da, toplumun maddi düzenini bozacak bazı ahlâki alanların düzenlenmesini ve korunmasını da üstlenmektedir.¹⁸ Kamu düzeni ile ilgili yeni yaklaşımlarda, belirli alanlarda kamusal estetiği sağlamak için de idari kolluk faaliyetlerinin yerine getirilebileceği benimsenmektedir.¹⁹ Belirli bir tarihi

8 Gözübüyük/Tan, s. 665.

9 Günal, H. Yılmaz, "İdare Amirlerine Tanınan Zabıta Selâhiyetlerinin Kullanılma Şekilleri ve Tahdidini", *A.Ü.S.B.F.D.*, C. 14, S. 2, 1959, s. 122

10 Kalabalık, Halil, *İnsan Hakları Hukuku*, Seçkin Yayınevi, 2. Baskı, Ankara, 2009, s. 121.

11 Özay, Günışığında, s. 728-729; Günday, s. 292-293.

12 Gözler/Kaplan, s. 579; Akgül, Aydın, *Genel İdari Kolluk Faaliyetleri ve Yargısal Denetimi*, Adalet Yayınevi, Ankara 2006, s. 23.

13 Günday, s. 292.

14 Akyılmaz, Bahtiyar/Sezginer, Murat/ Kaya, Cemil, *Türk İdare Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, 5. Baskı, Ankara 2014, s. 566; Çağlayan, Ramazan, *İdare Hukuku Dersleri*, Genişletilmiş 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2016, s. 281; Akgül, s. 24.

15 Duran, s. 255; Çağlayan, 282; Akgül, s. 26; Özay, Günışığında, s. 729.

16 Özay, Günışığında, s. 729; Akyılmaz/Sezginer/ Kaya, s. 566; Akgül, s. 25.

17 Akgül, s. 18; Günday, s. 290.

18 Duran, s. 255; Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s. 567.

19 Gözler/Kaplan, s. 579.

dokuyla tutarlı olmak için, o yerdeki evlerin aynı mimariyle yapıma zorunluluğu getirilmesi kamusal estetiğe örnek gösterilebilir²⁰.

Kamu düzeni zaman içinde genişleyip, kendisine başkaca unsurlar eklenebileceği gibi, mevcut unsurlarında değişiklikler de meydana gelebilir. Kamu düzeni hangi unsurlardan meydana gelirse gelsin, kendisini oluşturan bu unsurların korunması idari kolluk faaliyetlerini gerektirir. Bu faaliyetler temel hak ve özgürlüklere müdahaleyi gerektirebileceği için hem olağan dönemlerde hem de olağanüstü dönemlerde hukuki zeminde kalmalıdır.

IV- İdari Kolluk Faaliyetlerinin Sınırları

İdari kolluk faaliyetleriyle temel hak ve özgürlüklere müdahale edilebilmektedir. Örneğin idari kolluk faaliyeti olarak önleme araması yapıldığında ve bu kapsamda kişilerin üzerleri arandığında onların özel hayatlarının gizliliğine (m.20), hatta kişi (m.19) ve seyahat (m.23) hürriyetlerine müdahale edilmektedir. Dolayısıyla idari kolluk faaliyetlerinin sınırlarının tespit edilmesi ve idari kolluk faaliyetlerinin bu sınırlar içerisinde tutulması gerekmektedir. İdari kolluk faaliyetlerinin sınırları her şeyden önce Anayasadan kaynaklanmaktadır. Bu nedenle önce idari kolluk faaliyetlerinin Anayasal sınırlarına bakmak gerekmektedir. İdareden önce kanun koyucuya hitap eden bir sınır olmakla birlikte idari kolluk faaliyetlerinin Anayasanın 13. maddesinde ve ilgili oldukları temel hak ve özgürlüklerin düzenledikleri maddelerde öngörülen sınırlara saygılı olmaları gerekmektedir.

Temel hak ve özgürlüklere müdahale eden idari kolluk faaliyetlerinin başkaca sınırları da bulunmaktadır. Bu sınırlar faaliyetin kendi özelliklerinden kaynaklanmaktadır. Her şeyden önce idari kolluk faaliyetlerinin kamu düzenini koruma amacı dışında bir amaçla yerine getirilmemesi gerekmektedir. Örneğin idareye gelir sağlamak veya sırf kişiler üzerinde baskı kurmak amacıyla idari kolluk faaliyetlerinin zorlayıcı gücünden yararlanılmamalıdır. Ayrıca idari kolluk faaliyetleri kamu düzeninin tehlikeye girmesi üzerine yürütülen faaliyetler olduğundan, tehlikenin varlığına ilişkin tespitlerin iyi yapılması gerekmektedir. Bu kapsamda uzak bir tehlike karşısında, daha az sınırlayıcı kolluk tedbirlerine başvurmak yeterliyen daha fazla sınırlayıcı faaliyetlere girilmekten kaçınılmalıdır. İdari kolluğun önleyici faaliyetlerinde daha az sınırlayıcı olabilmesi için tehlikeleri zamanında öğörebilmesi büyük önem arz etmektedir.

İdari kolluk faaliyetleriyle kamu düzeninin unsurları arasındaki ilişki bu faaliyetlerin sınırlarında belirleyici olabilmektedir. İdari kolluk faaliyetlerinin müdahale düzeyi bu faaliyetlerin ilgili oldukları unsura bağlı olarak değişebilmektedir. İdari kolluk faaliyetinin yöneldiği unsurun önem düzeyine göre bu faaliyetin sınırları farklılık arz edebilmektedir. Dolayısıyla idari kolluk faaliyeti daha az veya daha fazla sınırlandırıcı olabilmektedir. Nitekim kamu düzeninin, örneğin *güvenlik, sağlık ve dirlik - esenlik* gibi unsurlarının kamu düzeninin sağlanmasındaki ağırlıkları birbirinden farklıdır. Dolayısıyla kamu güvenliğini (iç güvenliği) sağlamak

20 Ayrıca bkz. Akgül, s. 21.

İdari Kolluk Faaliyetlerinin Temel Anayasal Sınırları Olarak Kanunilik ve Ölçülülük İlkeleri

için gerçekleştirilen idari kolluk faaliyeti ile dirlik ve esenliği sağlamak için gerçekleştirilen idari kolluk faaliyeti, temel hak ve özgürlükleri sınırlayıcılık bakımından farklı derecelere sahip olabilmektedir. Örneğin koşulları oluştuğunda bir yerde güvenliği sağlamak için son derece ağır bir tedbir olarak sokağa çıkma yasağı ilan edilebilmektedir. Ancak dirlik ve esenliğin korunması için böyle bir yasağa başvurulması mümkün değildir.

V- İdari Kolluk Faaliyetlerinin Temel Sınırı Olarak Anayasal Hükümler

İdari kolluk faaliyetlerinin en başta Anayasanın 13. maddesinde yer alan ölçüt- lere uygun olması gerekmektedir. Bu ölçütler önce kanun koyucuya, daha sonra da bu kanunların uygulayıcısı konumunda bulunan idari kolluğa hitap etmekte- dir. Anayasanın 13. maddesine baktığımızda sınırlama koşullarının “*temel hak ve özgürlüklerin özlerine dokunmamak, Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere (sınırlama sebeplerine) bağlı kalmak, ancak kanunla sınırlamak, Anayasanın sözüne ve ru- huna, demokratik toplum düzeninin ve laik cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olmamak*” şeklinde düzenlendiği görülmektedir. Çalışmamızı idari kolluk fa- liyetlerinin anayasal sınırları olarak kanunilik ve ölçülülük ilkeleriyle sınırlı tut- tuğumuzdan Anayasada sayılı bulunan diğer sınırlama sebeplerine ayrıca değinil- meyecektir.

Anayasanın 13. maddesinde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin getirilen sınırlamalar daha çok kanun koyucuya hitap etmektedir. Ancak, duruma göre 13. maddedeki sınırlamalar idareyi de ilgilendirebilir. Örneğin, sınırlamanın kanunla olması gereği ile ölçülülük ilkesi idareye de hitap etmektedir. İdare olağan dönemlerde temel hak ve özgürlükleri düzenleyici işlemlerle sınırlayamayacaktır. Aynı zamanda idare kanunların kendisine verdiği kolluk yetkilerini kullanırken, kanunda yer almasa bile Anayasa gereği ölçülü olmak durumundadır. Örneğin idare kendisine kanunlarla verilen idari para cezası verme yetkisi bakımından ka- nunun öngördüğü alt ve üst sınırı içinde kalarak, kabahatin işleniş biçimi ve hak- sızlığıyla orantılı bir idari para cezası vermek durumundadır.

İdari kolluk faaliyetlerinin Anayasanın 13. maddesinde yer alan genel sınırla- rı yanında, yine Anayasadan kaynaklanan özel sınırları da bulunabilmektedir.²¹ Dolayısıyla temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında Anayasanın 13. mad- desini dışındaki maddelerin de dikkate alınması gerekmektedir. Ek güvence²² nite- liğindeki hükümlerin yer aldığı bu maddeler idari kolluk faaliyetlerinin anayasal- lık sınırını çizmektedir. Anayasal sınırlar kanun koyucuya ve idari kolluğa karşı güvence oluşturmaktadır.²³ Zira kanun koyucu Anayasada değişiklik yapmadıkça, bu güvenceye aykırı kanun çıkaramayacağı gibi, kanun olmayan alanda temel hak ve özgürlüklere müdahale edemeyen idari kolluk da bu güvenceye aykırı faaliyetlerde bulunamayacaktır. Anayasada, ilgili oldukları temel hak ve özgür- lükler için ek güvence oluşturan çok sayıda düzenleme bulunmaktadır. Örneğin

21 Bkz. Günday, s. 312.

22 Bkz. Günday, s. 312-313.

23 Günday, s. 312.

Anayasa (m.33/5) gereğince dernekler kamu düzenine aykırı faaliyetleri nedeniyle doğrudan idari kolluk tarafından faaliyetten alıkonulamazlar. Anayasaya²⁴ göre dernekler kural olarak hakim kararıyla faaliyetten alıkonulur. İdari kolluk dernekleri ancak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, kanunla yetkilendirilmesi durumunda faaliyetten men edebilir. Ayrıca, kanunla yetkilendirilmiş olsa da idari kolluğun faaliyetten men kararını yirmidört saat içinde görevli hakimın onayına sunması gerekir. Hakim kararını kırksekiz saat içinde açıklamadığı takdirde idari kolluğun faaliyetten men kararı kendiliğinden son bulur. Buna göre derneklerin faaliyetten men edilmeleri bakımından birden fazla ek güvence bulunmaktadır. Bunlardan ilki, kanun koyucunun idari kolluğu hakim kararı aranmaksızın dernekleri faaliyetten men etmekle yetkilendirememesi ve dolayısıyla idari kolluğun dernekleri doğrudan faaliyetten men edememesi, ikincisi idari kolluğun kanunla yetkilendirilmiş olduğu hallerde faaliyetten men yetkisini ancak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde kullanabilmesi, üçüncüsü ise idari kolluğun faaliyetten men kararı aldığı anda bunu hakimın onayına sunmak zorunda olması ve hakimın kararını belli bir sürede açıklamaması halinde kararın kendiliğinden kalkmasıdır.

Anayasal sınır olarak idari kolluğun kişilerin belli bir faaliyetine ilişkin olarak izin yetkisini kullanamayacağı öngörülebilir. Nitekim Anayasada süreli ve süresiz yayın hakkı bakımından idari kolluğa böyle bir sınırlama getirilmiştir.²⁵ Anayasaya göre “Süreli veya süresiz yayın önceden izin alma şartına... bağlanamaz” (m.29/1). Çıkarılacak bir kanunla süreli ve süresiz yayınlar için önceden idari kolluktan izin alınacağı öngörülemez. Çünkü Anayasada öngörülen güvence mutlaklıdır. İzin koşulu bakımından herhangi bir ayrık duruma yer verilmemiştir. İzin koşulu getiren bir kanun çıkarılmayacağına göre idari kolluk da kişilere karşı faaliyetlerinden önce kendisinden izin alma koşulu ileri süremez.²⁶ Kişiler idari kolluğun müdahalesi olmaksızın faaliyetlerine başlama güvencesine sahiptirler. Anayasada ayrıca gösterilmediği için idari kolluğa gecikmesinde sakınca bulunan hallerde dahi böyle bir yetki verilemez.

Kanunların ve bunlara dayanılarak gerçekleştirilen idari kolluk faaliyetlerinin milletlerarası anlaşmalarda yer alan hükümlere de uygun olması gerekmektedir. Bu, anayasal bir zorunluluktur. Anayasanın 90. maddesinin “Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası anlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası anlaşma hükümleri esas alınır” biçimindeki düzenlemenin gereği olarak aynı konuda kanun hükmü ile anlaşma hükmü arasında farklılık bulunmaması halinde kanun hükmü uygulanacaktır. İkisi arasında farklılık bulunması halinde ise kanun hükmü değil, milletlerarası anlaşma hükmü uygulanacaktır.

24 Anayasal düzenleme şöyledir: “Dernekler, kanunun öngördüğü hallerde hâkim kararıyla kapatılabilir veya faaliyetten alıkonulabilir. Ancak, millî güvenliğın, kamu düzeninin, suç işlenmesini veya suçun devamını önlemenin yahut yakalamanın gerektirdiği hallerde gecikmede sakınca varsa, kanunla bir merci, derneği faaliyetten men ile yetkilendirilebilir. Bu merciın kararı, yirmidört saat içinde görevli hâkimın onayına sunulur. Hâkim, kararını kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, bu idarî karar kendiliğinden yürürlükten kalkar” (m.33/5).

25 Bkz. Günday, s. 312.

26 Günday, s. 312-313.

İdari Kolluk Faaliyetlerinin Temel Anayasal Sınırları Olarak Kanunilik ve Ölçülülük İlkeleri

Bu bağlamda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, en önemli uluslararası metinlerdendir. Dolayısıyla Sözleşmenin uygulayıcısı konumunda bulunan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararları çalışmamızda dikkate alınmaktadır.

VI- İdari Kolluk Faaliyetleri ve Kanunilik İlkesi

İdare, kolluk alanında neredeyse her eylem ve işlemle, yani her faaliyetiyle hak ve özgürlükler üzerinde etki meydana getirmektedir. Çünkü kamu gücü kendisini en somut haliyle kolluk faaliyetleriyle göstermektedir.²⁷ Kamu gücünü kullanan ve temel hak ve özgürlüklere müdahale eden idari kolluğun kanunlara uyma gereği önemli bir güvence oluşturmaktadır. Hürriyetlerin sınırlandırılması kanunla yapılmasının demokratik hukuk devletlerinde öteden beri yerleşmiş bir kural olduğu ifade edilmektedir.²⁸ Dolayısıyla Anayasa (m.13) gereğince temel hak ve özgürlükler ancak kanunla sınırlandırılabilir. Yani idari kolluk kanunla sınırlandırılmayan temel hak ve özgürlüklere müdahale edemez. İdari kolluk temel hak ve özgürlüklere müdahale ederken kendisine getirilen sınırlamalara uymak mecburiyetindedir. İdari kolluk temel hak ve özgürlüklere kanunla yetkilendirildiği hallerde, kendisine verilen yetkinin çizdiği çerçevenin dışına çıkmamak kaydıyla müdahale edebilir.²⁹

Anayasanın 13. maddesinde temel hak ve özgürlüklerin ancak kanunla sınırlandırılmasının öngörülmesi önce kanun koyucuya, sonra da idareye yönelik bir ilkedir. Ancak Anayasada doğrudan idarenin kanuna bağlılığını ortaya koyan bir düzenleme de vardır. Bahsi geçen düzenleme idarenin kanuna bağlılığını ortaya koyarak temel hak ve özgürlükleri kanunla sınırlama gereğini ayrıca göstermektedir. Nitekim Anayasaya göre “İdare, kuruluş ve görevleriyle...kanunla düzenlenir” (m.123/1). Bu düzenlemeye göre idarenin varlığı ve görevleri kanundan kaynaklanır. İdari kolluğa kamu düzenini koruması için verilen görevler kanunla belirlenir. İdari kolluğa görevleri kanunla verilirken kamu düzenini sağlamak için kullanılacağı yetkiler de verilir.

İdareye kamu düzenini korumak ve yeniden sağlamak için hak ve özgürlüklere müdahale etme yetkisi veren kanunlara “kolluk kanunları” denilmektedir.³⁰ İdari kolluk alanına ilişkin temel hak ve özgürlükler kolluk kanunlarıyla sınırlandırılabilir. İdari kolluğun yetkisi bu kanunları uygulamaktan ibarettir. İdari kolluk ancak hak ve özgürlükleri sınırlandıran kanunları uygulayarak hak ve özgürlüklere müdahale edebilmektedir.³¹ İdari kolluğun bu sınırlı yetkisi hem düzenleyici hem bireysel işlemleri bakımından geçerlidir. Buna göre idari kolluk, hak ve özgürlükler alanını doğrudan düzenleyemez; bu alanda doğrudan faaliyette bulunamaz.

27 Özay, İl Han, “Anayasa: Özgürlükler ve İdari Kolluk Etkinlikleri,” *Anayasa Yargısı- 19* (Anayasa Mahkemesinin 40. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler, 25-26 Nisan 2002), s. 275.

28 Kalabalık, s. 122.

29 Kalabalık, s. 124.

30 Giritli/Bilgen/Akgüner/Berk, s. 1147.

31 Günday, s. 310.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında kolluğun yetkilerinin kanunla öngörülmesini ve sınırlarının belli edilmesini gösteren şu noktalara temas etmektedir: ...*Mahkeme, polis veya jandarma gibi kolluk görevlilerinin, görevlerini yerine getirirken, ister planlanmış bir operasyon dâhilinde ister tehlikeli olduğu düşünülen bir kişinin anlık takibi sırasında, yasal dayanaktan yoksun bırakılmaması ve kolluk görevlilerinin güç ve ateşli silah kullanabilecekleri durumları, bu anlamda geliştirilen uluslararası standartlar ışığında tanımlayan yasal ve idari bir çerçevenin oluşturulması gerektiğini hatırlatmaktadır...*”³²

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi yetkinin kanunla verilmesini tek başına yeterli görmemektedir. Mahkeme kanunların aynı zamanda kesin, ulaşılabilir ve öngörülebilir olması gerektiğini ifade etmekte, hukukun üstünlüğü ilkesine uygun olmasının şart olduğunu belirtmektedir. Buna göre “. *Mahkeme, Sözleşme'nin 11. maddesinde yer alan 'kanunla öngörülme' ifadesinin, sadece ihtilaf konusu tedbirin iç hukukta yasal bir dayanağının bulunmasını gerektirmediğini, aynı zamanda bu dayanağın kanun kavramının niteliklerini taşımasına atıf yaptığını vurgulamaktadır. Kanun ilgili kişiler tarafından erişilebilir olmalı ve kişilerin belirli bir eylemin doğurabileceği sonuçları, şartların izin verdiği ölçüde öngörebilmelerini ve davranışlarını düzenlemelerini, gerekirse uygun tavsiyeler ile birlikte sağlayacak şekilde yeterli kesinlikte formüle edilmiş (olmalıdır) olmasını gerektirmektedir... Ayrıca, yasal normların hukukun üstünlüğü ilkesiyle bağdaşması gerektirmektedir...*”³³

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararında da belirtildiği üzere kanunların öngörülebilir olması şart olmakla birlikte, kanun hükümleri bazen yeterince belirli olmadığından öngörülebilirlik düzeyi de azalmaktadır. Kolluk alanında kararların alınmasında bazen bu böyle olmakta, yetkiye ilişkin olarak genel ifadelerin kullanıldığı kolluk kanunlarında bir zorunluluğun gereği olarak kolluğun yetkileri yorum yoluyla tespit edilmektedir. Nitekim kolluğa yetki veren kanunlarda yetkili makam için örneğin “*kamu düzenini sağlayacak tedbirleri alır*” veya “*kişilerin can ve mal güvenliğini korur*” şeklinde ifadeler kullanılarak yetkinin içeriğinin tespiti yorum yoluyla sağlanmaktadır. Örneğin 5442 sayılı İl İdaresi Kanunu gereğince “*Vali... suç işlenmesini önlemek, kamu düzen ve güvenliğini korumak için gereken tedbirleri*” alır (m.11/A). Ayrıca il sınırları içinde huzur ve güvenliğin, kişi dokunulmazlığının, tasarrufa müteallik emniyetin, kamu esenliğinin sağlanması ve önleyici kolluk yetkisi valinin ödev ve görevlerinden olup, vali bunları sağlamak için “*gereken karar ve tedbirleri*” alır (m.11/C). Görüldüğü gibi yukarıdaki hükümlerde, alınması gereken karar ve tedbirlerin neler olacağı gösterilmemektedir. Ancak kolluğun yetkilerinin genel ifadelerle gösterilmesi bir eksiklik olarak görülmemektedir. Nitekim idareye kanunla kamu güvenliğini ve sağlığını koruma görevi verilmesi üzerine bu kavramlarda saklı bulunan, bunlara sıkı şekilde bağlı olan işlemlerin içeriklerinin de tespit edildiği belirtilmektedir.³⁴ Ayrıca kanunda açıkça gösterilmese bile,

32 AİHM, İzci-Türkiye, 42606/05, 23.07.2013, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

33 AİHM, Gülcü-Türkiye, 17526/10, 19.01.2016, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

34 Bkz. Güneş, Turan, *Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri*, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1965, s. 140.

İdari Kolluk Faaliyetlerinin Temel Anayasal Sınırları Olarak Kanunilik ve Ölçülülük İlkeleri

bazı hallerde saklı yetkinin varlığının kanunun ruhundan anlaşılabilceği ortaya konulmaktadır.³⁵ Ancak saklı yetki, kanunda düzenlenen yetkinin yorumlanması suretiyle belirlenirken bu yetkinin tespitine ilişkin genel kuralların bulunmadığı, bu tespitin her olayda hakim tarafından yapıldığı ifade edilmektedir.³⁶

Olağan dönem içerisinde valiler tarafından alınan sokağa çıkma yasağı kararları yorum yoluyla çıkarılan yetki kullanıma örnek teşkil etmektedir. Kolluk kanunlarında olağan dönemlerde valiye bu yetkiyi veren açık bir düzenleme bulunmamasına karşın valiler, il düzeyinde kamu güvenliğini sağlama yetkileri kapsamında bu yetkiyi kullanmaktadırlar. İlde kamu güvenliğini sağlama görevinin içeriğine hangi faaliyetlerin girebileceği tespit edilirken başka seçeneği kalmayan valinin bu yetkiye sahip olduğunu düşünmekteyiz. Bu yetkiyi 5442 sayılı İl İdaresi Kanunu gereğince valinin suç işlenmesini önlemek, kamu düzen ve güvenini korumak için *gereken tedbirleri alabileceği* (m.11/A) ve il sınırları içinde huzur ve güvenliği, kişi dokunulmazlığını sağlamak için *gereken karar ve tedbirleri alabileceği* (m.11/C) ifadelerinden yorum yoluyla çıkarmaktayız. Başka bir ifade ile valilerin sokağa çıkma yasağı ilan etme yetkisinin, 5442 sayılı İl İdaresi Kanununun m. 11/A ve m. 11/C hükümlerinde saklı olduğunu kabul etmekteyiz. Çünkü bu hükümler, valilere söz konusu yetkiyi ve sorumluluğu yüklemektedir. Ancak söz konusu Kanun hükümlerinin valilere bu yetkiyi zımnen verdiğini kabul etsek de, bu hükümlerin Anayasaya uygunluğu tartışmaya açıktır.

Kanunda açıkça yazılı bulunmayan, hak ve özgürlükleri sınırlayıcı kolluk faaliyetlerinin kanunilik ilkesine uygunluğu bakımından, bu ilkenin suç ve cezaların kanuniliği ilkesi gibi dar anlamda mı, yoksa daha esnek şekilde, geniş anlamda mı anlaşılacağı tartışması yapılabilir. Kanaatimizce buradaki kanunilik ilkesi daha esnek, yani geniş anlamda kanunilik olarak anlaşılmalıdır. Çünkü hayatın akışı ani tedbirlerin alınmasını zorunlu kılabilir. Dolayısıyla kolluğa kanunla verilen çerçeve niteliğindeki yetkilerde, bu yetkilerin tabii uzantısı olan yetkilerin de saklı olduğu kabul edilmelidir.³⁷ Bu, eşyanın tabiatından kaynaklanan bir durumdur. Ancak önceden öngörülebilir nitelikte olmakla birlikte öngörülemeyen ve idareye verilen yetkilerin tabii uzantısı sayılmayan yetkilerin önceden düzenlenmesi gerekmektedir. Düzenleme yapılmamışsa, idare kamu düzenini sağlamak amacıyla bu tür yetkileri ancak ıztırar halinde kullanabilecektir. ıztırar hali varsa, örneğin başkalarının can güvenliği tehlike altındaysa idarenin kanunla verilmesi gereken, ancak verilmeyen yetkileri kullanabileceğini düşünmekteyiz. Zira ıztırar hali hukukun evrensel bir ilkesidir.

VII- İdari Kolluk Faaliyetleri ve Ölçülülük İlkesi

Ölçülülük ilkesi idari kolluk faaliyetlerinde uyulması gereken anayasal bir ilkedir.³⁸ Nitekim bu ilke temel hak ve özgürlükleri koruyucu bir işlev görenek idari

35 Bkz. Giritli/Bilgen/Akgüner/Berk, s. 1267.

36 Bkz. Akıllıoğlu, Tekin, "Saklı Yetki Kavramı", *Amme İdaresi Dergisi*, S. 11/3, Y. Eylül/1978, s. 76.

37 37 Tartışmalar için bkz. Güneş, s. 134-140.

38 Ölçülülük Anayasada yer almasa bile, yine de kolluğun bu ilkeye aykırı hareket etmemesi gerekir. Çünkü ölçülülük herkesin yerine getirmesi gereken genel bir davranış kuralıdır. Dolayısıyla kolluk

kolluk faaliyetlerini sınırlandırmaktadır.³⁹ Ölçülülük ilkesi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde açıkça yer almamakla birlikte,⁴⁰ bu ilkenin Sözleşmenin tümünde zımnen yerleşik bulunduğu kabul edilmektedir.⁴¹ Her şeyden önce bu ilke, pozitif hukukun üstünde bir doğal hukuk ilkesidir. Ölçülülük ilkesi insan aklının ve eşyanın doğasının gereğidir.

Ölçülülük ilkesine öncelikle kanun koyucu uymalıdır. Kanun koyucu kolluk kanunlarını ölçülülük ilkesine aykırı olarak düzenlememelidir. Kolluk kanunlarıyla temel hak ve özgürlükler sınırlandırılırken ölçülü olunmalıdır. Nitekim Anayasaya göre “...sınırlamalar...ölçülülük ilkesine aykırı olamaz” (m.13). Kamu düzenini sağlamak amacıyla tedbirler alınabilecek olmakla birlikte ölçülülük sınırı aşılanmalıdır. Nitekim Anayasa Mahkemesine göre “...Kamu güvenliği, kamu düzeni ve kamu sağlığının korunması ve ortaya çıkması kuvvetle muhtemel bir tehlikenin önlenmesi amacıyla yasa koyucu tarafından idari önlemler öngörülebileceği açıktır. Bununla birlikte, idari önlemlere başvurulabilmesi bu önlemler bakımından sınırsız bir yetkiye sahip olunması anlamını taşımamaktadır. İdari önlemlerin, hukuk devleti ilkesinin bir gereği olan “ölçülülük ilkesine” uygun olması gerekmektedir.”⁴²

Kanun koyucu temel hak ve özgürlükleri sınırlandırırken ölçülü olsa bile kolluk kanunlarının uygulayıcısı olan idari kolluk, faaliyetlerinde ölçüsüz davranabilir. Bunun gerçekleşmemesi için ölçülülük ilkesine uygun olarak çıkarılan kanunların yine bu ilkeye uygun olarak yerine getirilmesi gerekmektedir. Yani idari kolluk da faaliyetlerinde bu ilkeyi göz ardı etmemelidir. Aksi durumda uygulama faaliyeti olarak idari kolluk faaliyeti hem kolluk kanununa hem Anayasaya aykırı olacaktır. Örneğin 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanununda polise zor kullanma yetkisi verilmiştir. Ancak aynı Kanunla polise zor kullanma yetkisini kullanırken ölçülü olması için sınırlamalar da getirilmiştir. Polis, Kanunda öngörülen sınırlamalara uymadığı, yani önce daha şiddetli zor kullanma aracına başvurduğu takdirde faaliyeti ölçülülük ilkesine aykırı olacaktır. Nitekim PVSK'ya göre “Zor kullanma yetkisi kapsamında, direnmenin mahiyetine ve derecesine göre ve direnenleri etkisiz hale getirecek şekilde kademeli olarak artan nispette bedenî kuvvet, maddî güç ve kanunî şartları gerçekleştirdiğinde silah kullanılabilir” (m.16/2).

Ölçülülük idari kolluğu bağlayan bir ilke olmakla birlikte, onu tamamen hareketsiz kılmayı amaçlayan bir ilke değildir. Zira idari kolluk faaliyetleri hak ve özgürlükler için aynı zamanda güvence teşkil etmektedir. Dolayısıyla ölçülülük ilkesi hak ve özgürlükler ile sınırlayıcı faaliyetler arasında bir denge kurmaya çalışmak-

da faaliyetlerinde ölçülü olmalıdır. Ayrıca ölçülülük, hukukun genel ilkeleri arasında yer almaktadır (Oğurlu, Yücel, *Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2002, s. 25).

39 Kalabalık, s. 135.

40 Wade, H.W.R./Forsyth, C.F., *Administrative Law*, Eleven Edition, Oxford University Press, 2014, s. 305.

41 Christoffersen, Jonas, *Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity In The European Convention of Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden- Boston 2009, s. 31

42 AYM, 14.1.2010, E. 2007/68, K. 2010/2, Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası.

İdari Kolluk Faaliyetlerinin Temel Anayasal Sınırları Olarak Kanunilik ve Ölçülülük İlkeleri

tadır.⁴³ Ölçülülük ilkesinin temel işlevi dengeyi sağlamaktır.⁴⁴ Dengenin sağlanmasında bazen hak ve özgürlüğün koruyucu işlevine, bazen de onun karşısındaki hukuki menfaatin sınırlayıcılık işlevine ağırlık verildiği ifade edilmektedir.⁴⁵ Yani iki menfaat arasında tam bir denge halinin sağlanması gerekmemektedir. O halde önemli olan, her iki menfaati de tamamen feda etmeden bir denge oluşturmaktır.

Ölçülülük ilkesi, sınırlama amacını gerçekleştirmek için hak ve özgürlüklere hangi ölçüde müdahale etmenin yeterli olacağını göstermektedir.⁴⁶ Bu ilke gereklik, elverişlilik ve orantılılık şeklinde alt ilkelere ayrılmakta,⁴⁷ alt ilkeler ölçülülüğün unsurları olarak kabul edilmekte⁴⁸ ve bu unsurlardan sadece birisinin ihlali bile ölçüsüz bir faaliyete neden olmaktadır.⁴⁹ Buna göre sınırlamanın ölçülülük ilkesine uygun olduğunu kabul edebilmek için sınırlamada kullanılan aracın amacı gerçekleştirmek için elverişli, amaca ulaşmada gerekli olması ve araçla amaç arasında ölçülü bir oranın bulunması lazımdır.⁵⁰ Anayasa Mahkemesine göre "...Ölçülülük ilkesinin alt ilkelerini oluşturan, 'elverişlilik ilkesi', başvuru önleminin ulaşılmak istenen amaç için elverişli olmasını, 'gereklik ilkesi' başvuru önleminin ulaşılmak istenen amaç bakımından gerekli olmasını ve 'orantılılık ilkesi' ise başvuru önlem ve ulaşılmak istenen amaç arasında olması gereken ölçüyü ifade etmektedir..."⁵¹.

Ölçülülük ilkesi, yukarıda değindiğimiz üzere gereklik, elverişlilik ve orantılılık alt ilkeleriyle açıklanmaktadır. Ancak ölçülülük ilkesinin başka unsurlara ayrılarak da ortaya konulması mümkündür. Nitekim Wade ve Forsyth, ölçülülük ilkesini, proportionality (orantılılık) sözcüğü ile aynı anlamda kullanmakta ve "yapılandırılmış test" (structured test) adını verdikleri bir testle ölçülülük ilkesinin varlığını şu dört koşulun bir araya gelmesine bağlamaktadır⁵²:

a) "Temel bir hakkı sınırlamayı haklılaştırmaya dönük yasa (kural) koyma faaliyetinin amacının yeterli derecede önemli olup olmadığı, b) Yasanın amacını karşılamaya dönük tedbirlerin rasyonel olarak ona bağlanıp bağlanamayacağı, c) Hak ve özgürlükleri sınırlayan araçların, öngörülen amacı gerçekleştirmek için gerekli olandan fazla olup olmadığı, d) Bireysel haklarla toplumsal yarar arasında adil bir dengenin bulunup bulunmadığı"⁵³.

43 Danıştay'a göre ".Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan, temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması kriterlerinden biri olan ölçülülük ilkesi...; amaç ve araç arasında makul bir ilişkinin bulunması, diğer bir deyişle yapılan sınırlamayla sağlanan yarar arasında hakkaniyete uygun bir dengenin bulunması gereğini ifade etmektedir." (D.10.D, 15.9.2008, E. 2006/946, K. 2008/6084, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

44 Oğurlu, s. 23.

45 Bkz. Rumpf, Christian, "Ölçülülük İlkesi ve Anayasa Yargısındaki İşlevi ve Niteliği", *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt 10, 1993, s. 45.

46 Metin, Yüksel, *Ölçülülük İlkesi-Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2002, s. 194.

47 Oğurlu, s. 36.

48 Oğurlu, s. 36 v.d.

49 Oğurlu, s. 231.

50 Özbudun, Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayınları, 15. Baskı, Ankara, 2014, s. 116; Oğurlu, s. 21.

51 AYM, 14.1.2010, E. 2007/68, K. 2010/2, Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası.

52 Wade/Forsyth, s. 307.

53 Wade/Forsyth, s. 307.

Gereklilik ilkesine göre alternatif, yani birbirine muadil elverişli araçlardan en yumuşağı, en hafif olanı seçilmelidir.⁵⁴ Yani hak ve özgürlükleri en az etkileyecek yöntemler izlenmelidir. Nitekim AİHM'nin araçlar arasından en hafif olanı tercih etme gerekliliğini ortaya koyan bir kararında şu ifadeler yer almaktadır: “...gösterilerin genel anlamda yasaklanması, ancak gösterilerin diğer daha az sert tedbirlerle önlenemeyecek nitelikte karışıklıklara yol açabileceği konusunda gerçek bir tehlikenin mevcut olması halinde haklı gösterilebilmektedir...”⁵⁵

Tercihe konu faaliyetlerin birbirlerinin alternatifleri olabilmeleri için bu faaliyetlerin amaca ulaşmada aynı etkiye sahip olmaları gerekmektedir.⁵⁶ Yani araçların hepsi amaca ulaşmak için yeterli olmalıdır. Araçlardan birisi bu yeterliğe sahip değilse, birbirlerine alternatif araçların varlığından söz edilemez. Ancak bu durum idari kolluğun sorumluluğunu ortadan kaldırmaz. Çünkü alternatif araçların önceden hazır hale getirilmesi idari kolluğun sorumluluğundadır. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bir kararında şunları dile getirmektedir: “...Jandarmalar, çok güçlü bir silah kullanmışlardır, çünkü copları, koruyucu kalkanları, su topları, plastik mermileri veya göz yaşartıcı gazları yoktur. Bu malzemelerin olmaması, tamamen anlaşılabilir ve kabul edilemezdir, çünkü...ili, Hükümet'in de belirttiği üzere, olağanüstü halin ilan edildiği bir bölgedir, söz konusu tarihte her türlü kargaşanın çıkması olasıdır...”⁵⁷

Elverişlilik ilkesi sınırlamada başvuru aracının sınırlama amacını sağlamaya kısmen de olsa katkıda bulunması demektir.⁵⁸ Aracın en elverişli araç olması şart değildir; fayda sağlaması yeterlidir.⁵⁹ Başvuru aracının ancak amacın gerçekleştirilmesini zorlaştırdığında veya hiçbir faydası bulunmadığında elverişsiz kabul edilmektedir.⁶⁰ Bu kapsamda kolluğun elverişsiz araçları tercih etmesi gereksiz ve orantısız müdahalelerde bulunmasına neden olabilmektedir. Zira kolluğun elverişsiz araçlar arasından yapacağı bir seçim, gereklilik ilkesine aykırı bir faaliyette bulunmasına neden olabileceği gibi, bu seçimi zor kullanma düzeyini artırmasıyla orantılılık ilkesini ihlal etmesine de sebebiyet verebilecektir.

Orantılılık ilkesi, amacı gerçekleştirmek için başvuru aracının amaçla orantısız olmamasına, ilgilileri bakımından tahammül edilebilir nitelikte olmasına ilişkin ilkedir.⁶¹ Dolayısıyla bu ilke kolluğa, kişilere ve başka şeylere amacın gerçekleştirilmesini sağlayacak kadar müdahalede bulunmasını, bunu aşacak hareketlerden kaçınmasını emretmektedir. Kolluk, somut olayın özellikleri doğrultusunda düzeni koruma ve yeniden temin etme amacına yönelik uygun yöntemleri yeterli düzeyde kullanmalı, bunun dışında kalan yöntemlerden uzak durmalıdır.⁶² Avrupa İnsan

54 Metin, s. 30-31.

55 AİHM, Gün ve Diğerleri-Türkiye, 8029/07, 18.06.2013, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

56 Metin, s. 34.

57 AİHM, Güleç-Türkiye, 54/1997/838/1044, 27.07.1998, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

58 Oğurlu, s. 36.

59 Metin, s. 188.

60 Metin, s. 27.

61 Metin, s. 36.

62 Özey, İl Han, “İdari Kolluk Eylemlerinde Amaç”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 45, S. 1-4, 1979-1981, s. 316.

İdari Kolluk Faaliyetlerinin Temel Anayasal Sınırları Olarak Kanunilik ve Ölçülülük İlkeleri

Hakları Mahkemesi bir kararında olayları analiz ederek kolluğun gereksiz yere ve orantısız şekilde güç kullandığına işaret etmiştir⁶³

VIII. Olağanüstü Dönemlerde Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında İdari Kolluk Faaliyetleri

İdari kolluk faaliyetlerinin hukuka uygunluğunun tespitinde içinde bulunulan hukuki rejimin büyük etkisi bulunmaktadır. Zira idarenin olağan dönemlerdeki yetkileri ile olağanüstü dönemlerdeki yetkileri birbirinden farklıdır. Olağanüstü dönemlerde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması daha kolay hale geldiğinden, idari kolluğun yetkileri böyle dönemlerde genişlemektedir. Bu genişlemeye bağlı olarak temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin güvenceler olağanüstü dönemlerde değişime uğramaktadır. Değişim kendisini en başta Anayasanın 15. maddesinin uygulanmasıyla göstermektedir. Bu dönem içerisinde çıkarılabilen olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamelerine karşı yargısal denetim yolunun kapatılmasıyla güvenceler iyice zayıflamaktadır. Dolayısıyla idari kolluk faaliyetlerinin hukukiliği meselesinin olağan ve olağanüstü dönemlerde farklı ele alınması gerekmektedir.

Olağanüstü dönemlerde temel hak ve özgürlükler durdurulabilmekte ve bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilmektedir. Nitekim Anayasanın 15. maddesine göre “*Savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde... temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir*” (m.15/1). Dolayısıyla olağanüstü hallerde, Anayasanın 15. maddesine uygun olmak kaydıyla Anayasanın 13. maddesinde temel hak ve özgürlükler için öngörülen güvencelere ve temel hak ve özgürlüklerin düzenlendikleri maddelerde yer alan ek (özel) güvencelere aykırı tedbirlere başvurulabilir.

Anayasanın 15. maddesi gereğince olağanüstü dönemlerde Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabildiğinden, bu dönemlerde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması/durdurulması kanunla olmak zorunda değildir. Böyle dönemlerde Anayasada (m.13) öngörülen bir güvence olarak temel hak ve özgürlüklerin kanunla sınırlandırılması zorunluluğu ortadan kalkmaktadır. Olağanüstü dönemlerde Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu, olağan dönem kanun hükmünde kararnamelerinden farklı olarak yetki kanununa ihtiyaç duymaksızın⁶⁴ ve olağan dönem kanun hükmünde kararnameleri için ön-

63 “...Mahkeme, Hükümet tarafından ibraz edilen, olaylarla ilgili video görüntüsünü incelemiş...ve polis memurlarının sert yöntemlere başvurduklarını kaydetmiştir. Polis memurlarının olay yerinden kaçmaya çalışan, yere düşen ve polisten saklanan göstericilere saldırdıkları ve ayrıca rastgele göz yaşartıcı gaz siktikleri ve sıkılan gazdan sadece göstericilerin değil çevredeki olayla ilgisi olmayan kişilerin de etkilendiğini gösteren video görüntüsünü inceleyen Mahkeme, Hükümet’in, polis memurları tarafından kullanılan gücün orantılı olduğu yönündeki beyanlarını inandırıcı bulmamaktadır...Mahkeme, kolluk görevlileri tarafından yersiz göz yaşartıcı gaz kullanılmasının, Sözleşme’nin 3. maddesi kapsamında yer alan kötü muamele yasağına aykırı olduğunu vurgulamaktadır...” AİHM, İzci-Türkiye, 42606/05, 23.07.2013, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

64 Tanör, Bülent / Yüzbaşıoğlu, Necmi, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, 12. Bası, İstanbul, Ekim 2012, s. 419.

görülen konu sınırlaması olmaksızın,⁶⁵ olağanüstü hal kanun hükmünde kararnameleri çıkarabilmekte ve bu kararnamelere karşı yargı yoluna gidilememektedir. Nitekim Anayasaya göre “*Olağanüstü hal süresince, Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu, olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda, kanun hükmünde kararnameler çıkarabilir...*” (m.121/3).⁶⁶ Anayasaya göre “*...olağanüstü hallerde, sıkıyönetim ve savaş hallerinde çıkarılan kanun hükmünde kararnamelerin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla, Anayasa Mahkemesinde dava açılmaz*” (m.148/1).

Olağanüstü dönemlerde, kanun hükmünde kararnamelere karşı iptal davası açılmasa da, bunun dışındaki idari faaliyetlere karşı kişiler idari yargıda iptal ve/veya tam yargı davası açabilirler⁶⁷. Ancak bu dönemlerde çıkarılan ve idareye yetki veren kanun hükmünde kararnamelerin görülmekte olan bir davada Anayasaya aykırılığı ileri sürüldüğünde davayı görmekte olan mahkemenin bu iddiayı Anayasa Mahkemesinin önüne taşıma yetkisi bulunmamaktadır. Çünkü kararnamelere karşı yargı yolu kapalıdır. Yargı yolu açık kanunlar ve olağan dönem kanun hükmünde kararnameleri bakımından böyle bir kısıtlama bulunmamaktadır. Anayasaya göre “*Bir davaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin hükümlerini Anayasaya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa, Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakır*” (m.152/1). Ancak kişiler kararnamenin Anayasaya aykırı olduğunu ileri sürmeyip, kendilerine hatalı uygulandığı veya hiç uygulanmadığı iddiasıyla idari yargıda iptal ve/veya tam yargı davası açtıklarında bir netice elde edebilirler.

Olağanüstü dönemlerde temel hak ve özgürlükler kanun hükmünde kararnamelerle sınırlandırılabilmeyle birlikte, bu dönemlerde de yasama organı ve idare

65 Tanör/Yüzbaşıoğlu, s. 422. Olağan dönem kanun hükmünde kararnameleri her konuda çıkarılmamaktadır. Anayasada buna sınır getirilmiştir. Nitekim Anayasaya göre “*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 siyasi haklar ve ödevler kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenemez*” (m.91/1). Olağanüstü dönemlerde çıkarılan kanun hükmünde kararnameler bakımından ise böyle bir sınıra yer verilmemiştir. Nitekim m.91/1’de olağan dönem kanun hükmünde kararnamelerine konu sınırlaması getirildikten sonra “*sıkıyönetim ve olağanüstü haller saklı kalmak üzere*” denilerek olağanüstü dönemlerde böyle bir sınırlamanın getirilmeyebileceği gösterilmiştir. Nitekim Anayasada olağanüstü dönemlerde çıkarılan kanun hükmünde kararnamelerin düzenlendiği maddelerde de böyle bir sınıra yer verilmemiştir. Düzenlemeler şu şekildedir: “*Olağanüstü hal süresince, Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu, olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda, kanun hükmünde kararnameler çıkarabilir.*” (m.121/3). Ayrıca “*Sıkıyönetim süresinde, Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu sıkıyönetim halinin gerekli kıldığı konularda kanun hükmünde kararname çıkarabilir*” (m.122/2).

66 6771 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 18. maddesinin (a) bendi gereğince birlikte yapılan TBMM ve Cumhurbaşkanlığı seçimleri sonucunda Cumhurbaşkanının göreve başladığı tarihte yürürlüğe girecek olan ve bu Kanunla değiştirilen Anayasanın 119. maddesinin 6. fıkrasında da, Cumhurbaşkanına konu sınırlaması olmaksızın olağanüstü hallerde, Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle temel hak ve özgürlükler konusunda düzenleme yapma yetkisi verilmektedir.

67 Sıkıyönetim komutanının idari işlemlerine karşı dava açmak mümkün değildir. Zira 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanununa göre “*Bu Kanunla sıkıyönetim komutanlarına tanınan yetkilerin kullanılmasına ilişkin idari işlemler hakkında iptal davası açılmaz. Şahsi kusurları nedeniyle hukuki sorumlulukları ileri sürülemez*” (Ek Madde 3).

İdari Kolluk Faaliyetlerinin Temel Anayasal Sınırları Olarak Kanunilik ve Ölçülülük İlkeleri

ölçülülük ilkesine uygun hareket etmelidir. Zira Anayasanın 15. maddesi gereğince temel hak ve hürriyetlerin durdurulması veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınması “*durumun gerektirdiği ölçüde*” mümkündür. Dolayısıyla “*ölçülülük ilkesi*”nin 15. maddede de tekrarlandığı açıktır.⁶⁸ Buna göre ölçülülük ilkesine uygun hareket etme zorunluluğu olağanüstü dönemlerde de devam etmektedir. Böyle dönemlerde kanunların, kanun hükmünde kararnamelerin ve idarenin her türlü eylem ve işleminin ölçülü olması gerekmektedir. Örneğin idari bir faaliyet olarak olağanüstü dönem içerisinde kamu güvenliğini sağlamak amacıyla kişilere kimlik belirleyici belge taşıma mecburiyeti koymak ve kimlik bilgilerini sormak yeterliyse onların üstü, araçları veya eşyaları aratılmamalıdır. Buna rağmen arama yapılması halinde ölçüsüz bir kolluk tedbirine başvurulmuş olacaktır.

Olağanüstü dönemlerde ölçülü olma gereğinin yanı sıra milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler uyma gereği de yasama ve yürütme organı ile idari kolluğu bağlamaktadır. Buna göre idari kolluk faaliyetlerinin milletlerarası hukuka aykırı olmaması gerekmektedir. Anayasaya göre “*Savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmemek kaydıyla... temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir*” (m.15/1). Milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler bakımından Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi önemli bir metindir. AİHS'ye göre “*Savaş veya ulusun varlığını tehdit eden başka bir genel tehlike halinde her Yüksek Sözleşmeci Taraf, durumun kesinlikle gerektirdiği ölçüde ve uluslararası hukuktan doğan başka yükümlülüklerle ters düşmemek koşuluyla, bu Sözleşme’de öngörülen yükümlülüklerle aykırı tedbirler alabilir*” (m.15/1). Görüldüğü gibi düzenleme Anayasanın 15. maddesiyle aynı çizgidedir. Anayasanın 15. maddesinden farklı olarak “kesinlikle” ibaresine yer verilerek ölçülülük ilkesine daha kuvvetli bir vurgu yapılmaktadır.

Anayasamız olağanüstü dönemlere ilişkin olarak getirdiği hükümlerle dokunulmamacak, çekirdek bir alan oluşturmak istemiştir. Anayasaya göre “...savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler dışında, kişinin yaşama hakkına, maddi ve manevi varlığının bütünlüğüne dokunulamaz; kimse din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz ve bunlardan dolayı suçlanamaz; suç ve cezalar geçmişe yürütülemez; suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz” (m.15/2). Örneğin, Anayasanın bu hükmüne göre, olağanüstü dönemlerde dahi kişilerin düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlayan bir kanun çıkarılamaz; buna yönelik herhangi bir kolluk faaliyeti gerçekleştirilemez.

IX- Sonuç

İdarenin faaliyetlerinin hukuk içinde kalması hukuk devleti idealinin bir gereğidir. Bunun için idari kolluk faaliyetlerinin, hak ve özgürlükler bakımından güvence oluşturan sınırları aşmaması önemlidir. Ancak idari kolluk faaliyetlerinin temel hak ve özgürlüklere müdahalesi kanunun varlığına bağlı olduğundan önce

68 Bkz. Gözler, Kemal, *Türk Anayasa Hukuku Derstleri*, 16. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2014, s. 136.

kanun koyucunun bu sınırlara saygı göstermesi gerekmektedir. Yani kanun koyucu, Anayasanın 13. maddesinde ve temel hak ve özgürlüklerin düzenledikleri maddelerde öngörülen güvenceleri kanun yaparken ihlal etmemelidir. İdari kolluk da anayasal güvencelere uygun olarak faaliyette bulunmalıdır. Bunun için önce temel hak ve özgürlüklere doğrudan müdahale etmekten çekinmelidir. Çünkü Anayasa (m.13) gereğince temel hak ve özgürlükler ancak kanunla sınırlanabilmektedir. Ayrıca idari kolluk, temel hak ve özgürlüklere müdahale yetkisi verilse bile, ölçülülük ilkesine uygun olarak faaliyette bulunmalıdır. Anayasal güvenceler içerisinde kanunilik ve ölçülülük ilkesi idari kolluk faaliyetlerinin sınırlarını oluşturması bakımından ayrıca üzerinde durulması gereken temel ilkelerdir.

Temel hak ve özgürlüklerin ancak kanunla sınırlandırılması idari kolluk faaliyetlerinde özel önem arz etmektedir. Çünkü idari kolluk faaliyeti, kamu hizmetinden farklı olarak bir hizmetin sunumundan ibaret bir faaliyet değildir. Kamu hizmetlerinin sunumunda da, idare bazen hak ve özgürlükler alanına girmektedir. Mesela yol yapımı için bir taşınmazın kamulaştırılmasında mülkiyet hakkına müdahale etmektedir. Ancak idare esas itibarıyla kolluk faaliyetleriyle hak ve özgürlükler alanına girmektedir. İdare kolluk faaliyetlerine girdiğinde, örneğin kişilerin faaliyetlerini yasakladığında veya ertelediğinde, kişileri kimlik bilgilerini öğrenmek üzere durdurduğunda, yakaladığında, arama yaptığında, eşyaya el koyduğunda, zor kullanma yoluna gittiğinde hep temel hak ve özgürlükleri sınırlandırmaktadır. Dolayısıyla idari kolluğa bu yetkiler kanunlarla tanınmaktadır. Kolluk alanında temel kanunlar olarak başta 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu olmak üzere 5442 sayılı İl İdaresi Kanunu, 2803 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu, 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu, 5393 sayılı Belediye Kanunu, 3194 sayılı İmar Kanunu ve ilgili diğer kanunlar kamu düzeninin korunmasına ve temel hak ve özgürlüklere müdahale edilmesine ilişkin yetkileri içermektedir.

İdari kolluğa verilen sınırlayıcı yetkiler bakımından kanunilik ilkesini ceza normlarında olduğu gibi dar anlamda bir kanunilik olarak görmemekteyiz. İdari kolluk faaliyetlerinde kanuniliği daha esnek bir kanunilik olarak kabul etmekteyiz. İdarenin önceden öngörülemeyen, ancak kendisine verilen yetkilerin tabii uzantısı niteliğindeki yetkileri de kullanabileceğini düşünmekteyiz. Çünkü idare, kamu düzenini sağlamak zorunda kaldığında, mevcut yetkilerinin genel çerçevesi içinde sayılabilecek, bunların tabii uzantısı niteliğindeki yetkilere de gereksinim duyacaktır. Bu, eşyanın tabiatından kaynaklanan bir durumdur. Ancak önceden öngörülebilir ve idareye verilen yetkilerin tabii uzantısı sayılmayan yetkilerin önceden düzenlenmesi gerekmektedir. Eğer düzenlenmemişse, idare kamu düzenini sağlamak için bu tür yetkileri ancak ıztırrar halinde kullanabilecektir. ıztırrar hali varsa, örneğin başkalarının can güvenliği tehlikede ise idarenin kanunla verilmesi gereken, ancak verilmeyen yetkileri kullanabileceğini düşünmekteyiz. Çünkü ıztırrar hali hukukun evrensel bir ilkesidir.

İdare kolluk faaliyetlerinde ölçülü de olmak zorundadır. Ölçülülük ilkesi, pozitif hukukun üstünde yer alan bir doğal hukuk ilkesidir. İnsan aklının ve eşyanın

İdari Kolluk Faaliyetlerinin Temel Anayasal Sınırları Olarak Kanunilik ve Ölçülülük İlkeleri

doğasının gereği olan bu ilke, Anayasada düzenlenen ilkelerden birisidir. Anayasa açısından gerek olağan dönemlerde gerekse olağanüstü dönemlerde temel hak ve özgürlüklerin düzenlenmesinde (sınırlanmasında AY. m. 13 ve durdurulmasında AY. m. 15) gözetilmesi gereken bir ilkedir. Dolayısıyla Anayasada, ölçülülük ilkesinin göz ardı edebilecek istisnalarına yer verilmemiştir.

Kamu düzeninin korunması önemli bir menfaat olmakla birlikte, bu uğurda temel hak ve özgürlükler gerektiğinden fazla sınırlandırılmamalıdır. İdare kolluk faaliyetlerinde bu ikisi arasındaki dengeyi koşullar elverdiği ölçüde iyi sağlamalıdır. Aksi takdirde kamu düzenini sağlamak uğruna hak ve özgürlüklerinden yararlanamayan, hareket sahası kısıtlanmış bir toplum yaratmış olur. Şüphesiz idarenin bu nitelikteki faaliyetleri yargı yerleri tarafından denetlendiğinde hukuka aykırılıkları tespit edilecektir. Ancak bunlar iptal edilinceye veya yürütmeleri durduruluncaya kadar etkilerini devam ettirecektir. İdarenin aksi bir tutum izlemesi, yani faaliyette bulunmaması halinde ise kamu düzeni bozulacak veya tehlike altına girecektir. Böylece idarenin hizmet kusuru doğabilecektir. Dolayısıyla idarenin kolluk faaliyetlerinde, koşullar doğrultusunda dengeyi her zaman gözetmesi, faaliyetlerini bu gerekliliğe uygun şekilde yerine getirmesi gerekmektedir.

(56. Makale - 2017)

A. Ersoy KONTACI

*Anayasada Sayılmayan
Hakların Yargısal Korunması**

* Ersoy Kontacı, "Anayasada Sayılmayan Hakların Yargısal Korunması", AÜHF Dergisi, Yıl 2017, Cilt 66, Sayı 2, 427 – 460.

ANAYASADA SAYILMAYAN HAKLARIN YARGISAL KORUNMASI

Judicial Protection of Unenumerated Rights

A. Ersoy KONTACI*

ÖZ

Anayasada sayılmayan haklar, anayasalarda veya anayasal değer taşıyan diğer belgelerde açıkça zikredilmeyen, söz konusu hakka yönelik müdahalelerin sınırlandırılmasından hareketle varlığı kanıtlanamayan veya anayasalarda ayrıntılı biçimde düzenlenerek güvence altına alınmamış olan hakları ifade etmektedir. Konunun Türk Doktrini'nde ele alınış biçimine bakıldığında ise, genel olarak bu hakların sınırlandırılması sorunu üzerine odaklanan bir yaklaşımın hâkim olduğu görülmektedir. Bununla birlikte bu çalışmada benimsenen yaklaşım; anayasada sayılmayan hakların “nasıl sınırlandırılacağı” sorununu değil, bu hakların “nasıl tespit edilip korunacağı” sorununu temel almaktadır. Bu bağlamda, bu türden hak kategorilerinin yaratılması konusunda yargı organının rolünün ne olabileceği tartışılmakta; karşılaştırmalı gözlemlerden hareketle ulaşılan sonuçlar, anayasa yargısının hukukî koruma işlevi bağlamında tartışmaya açılmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Anayasada sayılmayan haklar, isimsiz haklar, yargısal denetim, Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi, Fransız Anayasa Konseyi, Avustralya Yüksek Mahkemesi

ABSTRACT

Unenumerated rights respond to those rights which are not defined or referred to -either explicitly or implicitly- in the constitutions or constitutional documents of the country in question. Turkish academic literature seems to have developed a tendency of approaching the question of “unenumerated rights” from a limitation point of view. However, this study aims to offer an alternative perspective on the subject matter, i.e. how to explore and protect those rights. The role of the judiciary and of the constitutional courts/supreme courts is given a particular importance in this regard. Finally, a comparative inquiry covering several selected examples is conducted and the findings are discussed by reference to the judicial protection function of constitutional review.

Key Words: Unenumerated rights, constitutional review, United States Supreme Court, French Constitutional Council, High Court of Australia.

Makalenin geliş tarihi: 23.08.2017 **Makalenin kabul tarihi:** 10.10.2017

* Yardımcı Doçent Doktor, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı

I. Giriş

“Anayasada sayılmayan haklar”, anayasalarda veya anayasal değer taşıyan diğer belgelerde açıkça zikredilmeyen, söz konusu hakka yönelik müdahalelerin sınırlanmasından hareketle varlığı kanıtlanamayan veya anayasalarda ayrıntılı biçimde düzenlenerek güvence altına alınmamış olan hakları ifade etmek üzere kullanılan bir kavramdır.

Bu bağlamda, “anayasada sayılmayan hak” tabiri, içinde kavramsal bir çelişkiyi de barındırmaktadır. Zira “hak”, esasen hukuk düzeni tarafından tanınan bir özgürlüğü ifade etmektedir.¹ Hukuk düzeni tarafından tanınma, haklara hukukî araçlarla korunma ve icra edilebilirlik niteliği kazandırmaktadır.² Bu anlamda her bir özgürlük, ancak hukuk düzeni tarafından tanınmakla birlikte *hak* niteliği kazanır.³ Öyleyse anayasalarda “sayılmayan haklar”dan ziyade, “sayılmayan özgürlükler”den söz etmenin daha uygun olacağı savunulabilir. Bunun birlikte “özgürlük”, hukuk düzeni tarafından yasaklanmamış olan tüm insan davranışlarını içeren bir kategoriye denk düştüğü için, “anayasada sayılmayan özgürlükler” kavramıyla işaret edilen çerçevenin, çalışma konumuz açısından makul bir sınırlama yapmaya elverişli olmayacağı açıktır. Bu sebeple, ilk anda göze çarpan kavramsal çelişkiye rağmen, bu çalışmada “anayasada sayılmayan haklar” teriminin kullanılması tercih edilmiş bulunmaktadır.

Bu bağlamda hemen ifade etmek gerekir ki, demokratik bir hukuk devletinde kişilerin sahip oldukları özgürlükler, anayasada sayılan haklar aracılığıyla tanınan ve güvence altına alınan davranış kalıplarından veya taleplerden ibaret değildir. Nitekim pek çok hukuk düzeninde, anayasalarda sayılmayan bu türden özgürlüklerin de sistem içinde meşru bir konum sahibi olduğunu kanıtlamak üzere, çeşitli açıklama ve formüllerin ortaya atıldığı görülmektedir. Bu kapsamda örneğin Almanya’da; Federal Anayasa’nın “*herkes(in) kişiliğini serbestçe geliştirme hakkına sahip...* ” olduğunu belirten 2. maddesinin, Anayasa’da açıkça

- 1 GÖZLER, Kemal, **İnsan Hakları Hukuku**, Ekin Yayınları, Bursa 2017, s. 68. Bu bağlamda hak kavramı, kişiye izafe edilen bir davranış imkânı (Bkz. BİLGE, Necip, **Hukuk Başlangıcı, Hukukun Temel Kavramları ve Kurumları**, Turhan Kitabevi, Ankara 2003, s. 210) veya başkalarının belli şekilde davranmasını veya bir şey yapmasını isteme yetkisi (GÜRİZ, Adnan, **Hukuk Başlangıcı, Siyasî Kitabevi**, Ankara 2003, s. 44) olarak yetkisi olarak da tanımlanmaktadır. Bununla birlikte, hukuk öğretisinde yaygın olarak kullanılan bu tanımın, büyük ölçüde 18. yüzyılın klâsik liberalizm anlayışının hukuk dünyasında doğurduğu etkinin izlerini taşıdığı söylenebilir. Zira günümüzde ve özellikle 2. Dünya Savaşı sonrası dönemde sosyal hakların anayasal düzeyde tanınmaya başlamasıyla birlikte, “hak” kavramının hukuk düzeni tarafından tanınan özgürlüklere ek olarak, kişilerin bazı kamusal imkânlardan yararlanma taleplerini de içeren daha geniş bir anlama kavuştuğu görülmektedir (Bkz. SENCER, Muzaffer, “Hak ve Özgürlük Kavramı”, **İnsan Hakları Yılığ**, Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayını, Cilt 14 (1992), s. 3). Doktrinde, burada “hak” olarak tanımlanan kategorinin “kamu hürriyeti” olarak isimlendirildiği temel eserlere de rastlanmaktadır. Bkz. KAPANI, Münici, **Kamu Hürriyetleri**, Yetkin Yayınları, Ankara 1993, s. 14.
- 2 HEYWOOD, Andrew, **Key Concepts in Politics**, Palgrave, London 2000, s. 147.
- 3 Buna karşın, anılan ilişkiyi farklı biçimde açıklayan ve “özgürlük” ile “hak” kategorilerinin birbirinden ayıramayacağını savunan (Bkz. MUMCU, Ahmet ve Elif KÜZECİ, **İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri - Kavramlar, Evrensel ve Ulusal Gelişimleri, Bugünkü Durumlar**, Turhan Kitabevi, Ankara 2007, s. 14) veya özgürlüğün “aslen bir hak olduğunu” ileri süren yazarlar da bulunmaktadır (Bkz. KABOĞLU, İbrahim, **Özgürlükler Hukuku**, İmge Kitabevi, Ankara 2002, s. 15; MUMCU ve KÜZECİ (2007), s. 14).

düzenlenen temel hak kurallarından hiçbirinin geçerlilik alanı içine girmeyen insan eylemlerinin anayasal düzende tanınmasını sağlayan madde olduğu kabul edilmektedir.⁴ Federal Anayasa'nın 1. maddesinde düzenlenen "insan onuru" nun da, Alman Anayasa Hukuku'nda genel bir eylem özgürlüğünün garantisi olarak yorumlandığı örnekler mevcuttur.⁵ Benzer şekilde, ülkemizde de anayasada sayılmayan hakların Anayasa'nın 5. maddesinde yer alan "*insanın maddi ve manevi varlığını geliştiren (tir)me...*" hakkı çerçevesinde ele alınması gerektiğini ifade eden çalışmalara rastlanmaktadır.⁶ Bu bağlamda bir de, Anayasa'nın 12. maddesinde yer alan; "*Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir*" ifadesinin, bu türden haklar açısından bir "depo madde" olarak kullanılmasını öneren görüşlere dikkat çekmek gerekmektedir.⁷

Sonuçta, anayasal mimari içinde bu türden haklara yapılan veya yapıldığı düşünülen göndermenin türü ne olursa olsun, bir özgürlüğün hukuk düzeni tarafından tanınıp düzenlenmesi ile düzenlenmemesi aradaki farkın, o temel hak veya özgürlüğün *varlığına* değil ama sahip olduğu *güvencelere* ilişkin bir mesele olduğunu söylemek mümkündür.⁸ Bu çerçevede ve genel bir varsayım olarak; doğrudan anayasalarda düzenlenen bir hakkın, başta yasama organı olmak üzere sistemdeki tüm aktörlere karşı oldukça güvenceli bir statüye kavuşturulmuş olacağı ifade edilebilir. Nitekim böyle bir tercihin, "anayasacılık" düşüncesinin ruhuna uygun düşen bir tutum olacağına da kuşku yoktur. Zira bilindiği üzere klâsik anayasacılık düşüncesi, merkezinde yer alan "sınırlı iktidar" ve "hukuk devleti" prensiplerini hayata geçirebilmek için öncelikle bireysel ve toplumsal yaşamın belli alanlarının iktidarın müdahalelerinden tamamen soyutlanmasını öngörmekte (*alan sınırlamaları*); ikinci adımda ise iktidarın meşru hareket alanı üzerine yoğunlaşarak, kamu gücünün işleyişinin ve eylemlerinin öngörülebilir hale getirilmesini amaçlamaktadır (*prosedürel sınırlar*).⁹ Bu akıl yürütmeden hareketle, temel hakların doğrudan anayasalar veya anayasal değer taşıyan metinlerde tanınmalarının, anayasacılığın bu temel amacına hizmet etmek açısından en faydalı yol olduğu kolaylıkla görülebilmektedir.¹⁰ Bu kapsamda bir de, anayasalarda sayılmamış olan hakların, anayasa altı normlarla tanınmasının ve düzenlenmesinin

4 SAĞLAM, Fazıl, **Temel Hak ve Hürriyetlerin Özü**, Ankara Üniversitesi Siyasî Bilgiler Fakültesi Yayını, Ankara 1982, s. 41-42.

5 GÖREN, Zafer, "Türk-Alman Hukukunda Kişiliğin Korunması", **Anayasa Yargısı**, Cilt 9, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara 1992, s. 174.

6 GÜMÜŞ, Tarık, **Türk Anayasasında Kişinin Maddi ve Manevi Varlığını Koruma ve Geliştirme Hakkı**, Eğitim Akademi Yayınları, Konya 2010, s. 1.

7 GÖZLER, Kemal, **Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, Cilt-II**, Ekin Yayınları, Bursa 2011, s. 526-527.

8 GÖZLER (2011), s. 518.

9 CASTIGLIONE, Dario: "The Political Theory of the Constitution", **Political Studies**, XLIV (1996), s. 423. Aynı yönde bkz. FRIEDRICH, Carl, J.: **The Philosophy of Law in Historical Perspective**, The University of Chicago Press, Princeton 1969, s. 220, 221.

10 Anayasacılık düşüncesinin klâsik teorisini en iyi ifade eden çalışmalarından birinde Giovanni SARTORI; "yazılı belgeler" in, sadece basit birer araç niteliği taşıdığını; esas meselenin araçlar değil, bu araçlarla ulaşılmak istenen "amaç" olduğunu ve bu amacın da "garantıcılık" (*garantisme*) olarak tanımlanabileceğini ifade etmektedir. Bkz. SARTORI, Giovanni: "Constitutionalism: A Preliminary Discussion", **The American Political Science Review**, Vol. 56, No. 4 (1962), s. 853-864. Bu konuda ayrıca bkz. TURHAN, Mehmet: "Anayasa ve Anayasacılık", **Amme İdaresi Dergisi**, Cilt 27, Sayı 3 (Eylül 1994), s. 3-12.

de mümkün olduğunu ifade etmek gerekmektedir. Ne var ki, böyle bir yöntemle koruma altına alınan hakların, ancak normaler hiyerarşisinde bu düzenlemelere tâbi olan organlar karşısında güvence altına alınmış olacaktır.¹¹

Türk doktrininde bu alanda yapılan çalışmalara genel olarak bakıldığında ise; yürütülen tartışmaların genellikle Anayasa’da sayılmayan hakların “sınırlandırılması” konusu üzerine odaklandığı görülmektedir. Bu bağlamda konunun, özellikle 2001 değişiklikleri kapsamında Anayasa’nın 13. maddesinde yer alan “genel sınırlama sebepleri”nin metinden çıkarılması ve tüm haklara ilişkin “özel sınırlama sebepleri”nin ilgili maddelere eklenmesi sonucuna daha da dikkat çekici hale geldiği anlaşılmaktadır. Bu noktada genellikle üzerinde durulan soru; *Anayasa’da sayılmayan* ve dolayısıyla *hakkında hiçbir sınırlama sebebi de bulunmayan hakların* nasıl sınırlanabileceği şeklinde formüle edilmektedir. Bu soruya verilen cevapların ise, temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasında dayanak alınacak sebeplerin yalnızca ilgili maddelerde yazılanlardan ibaret olmadığı; aksine, ilgili temel hakkın objektif anlamından ve toplum halinde yaşamının gereklerinden kaynaklanan sınırlamaların da mevcut olduğu tespitinden yola çıkılarak oluşturulduğu gözlemlenmektedir.¹²

Konuya ilişkin olarak bu çalışmada benimsenen yaklaşıma gelindiğinde ise, yukarıdaki incelemelerden farklı olarak; anayasalarda açıkça sayılmayan hakların “nasıl sınırlanacağı” sorununun değil; ama bunların “varlığının nasıl tespit edilebileceği” ve bu hakların “nasıl korunacakları” sorununun temel alındığını belirtmek, konuya giriş açısından elverişli bir başlangıç noktası olarak görülmektedir.

Bu bağlamda farklı ülke uygulamalarına bakıldığında, anayasada sayılmayan hakların tüketici bir listesinin hiçbir hukuk düzeninde bulunmadığı söylenebilir. Nitekim bu durum, incelenen konuyu mahiyetine uygun düşen mantıksal bir sonuç olarak göze çarpmaktadır. Bunun yerine, karşılaştırmalı gözlemlerin bizi ulaştırdığı ilk sonuç; çeşitli yargı çevrelerinde bu türden hakların varlığına yönelik tespitlerin, bunların korunmasını konu alan yargı kararlarıyla *iç içe geçmiş halde* bulunduğudır. Başka bir ifadeyle, anayasalarda sayılmayan haklar -bu hakların kanunlar veya yürütmenin düzenleyici işlemleri aracılığıyla tanındığı ayrıksı haller bir tarafa bırakılırsa- kural olarak varlıklarını ortaya koyan birer yargı kararıyla tespit edilmekte ve *hakkın varlığına yönelik bu tespit, çoğu durumda anılan hakkın ihlâl edildiğine ilişkin ikinci bir tespit* tarafından izlenmektedir. Bu ikili tespitten hareketle ulaşılan sonuç ise, çoğu durumda ve anayasal sistemin özelliğine göre, bir “iptal” veya “ihmal” kararı olmaktadır.

11 GÖZLER (2017), s. 171.

12 Bu türden çalışmalara birkaç örnek için bkz. GÖZLER, Kemal, “Sigara İçme Özgürlüğü ve Sınırlar: Özgürlüklerin Sınırlandırılması Problemi Açısından Sigara Yasağı”, **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl 47, Sayı 1 (Ocak 1990), s. 31-67; YAVUZDOĞAN, Seçkin, “Tütün Çiğneme, Emme, Tüttürme Özgürlüğünün Sınırlandırılması ve 4207 sayılı Kanun Üzerine Birkaç Not”, **Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S. 1 (Aralık 2011), s. 21-34; GÖLBAŞI DİNÇ, Aslı, “Anayasa Hukukunda İsimsiz Özgürlüklerin Sınırlandırılması Sorunu”, **Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S.1 (Nisan 2017), s. 95-115.

Başlangıç niteliğindeki bu gözlemlerin de ortaya koyduğu üzere; anayasada açıkça sayılmayan haklar konusu, özü itibarıyla *ıçtihadı bir hukuk alanı* olarak belirginleşmektedir. Dolayısıyla bu alanda yapılacak çalışmaların da, kaçınılmaz olarak *ıçtihadı bir analiz çizgisini* takip etmesi gerekecektir. Nitekim takip eden sayfalarda yapılacak incelemede de; öncelikle farklı yargı çevrelerinde bu türden hakları konu alan yüksek mahkeme kararları üzerinde durulacak, sonrasında ise bu inceleme kapsamında ulaşılan bulgulardan hareketle bazı tespit ve sonuçlara varılmaya çalışılacaktır.

II. Anayasada Sayılmayan Hakların *ıçtihadı Keşfi: Bazı Karşılaştırmalı Gözlemler*

Anayasada sayılmayan hakların *ıçtihatlar* yoluyla tespiti ve korunması, farklı yargı çevrelerinde, farklı hukukî ve siyasî koşullar çerçevesinde gerçekleşmektedir. Bu bağlamda, farklı yargı organlarının bu alanda sahip oldukları eylem olanakları da; ilgili ülkelere hâkim olan hukuk kültürlerinden mahkemelerin üye kompozisyonuna, döneme hâkim olan siyasî atmosferden anayasal sistem tercihlerine kadar pek çok faktörün etkisiyle şekillenmektedir. Bu faktörlerin her birinin, incelenen her bir yargı çevresi bakımından ayrı ayrı tespit edilip değerlendirilmesinin, ülkeler bazında ayrı bir uzmanlığı gerektirdiği ve ayrı bir çalışma türünün konusu olduğu açıktır. Bununla birlikte anılan durumun varlığı, bu çalışmada temel hakların anayasal mimarî içindeki konumunu merkez alan bir değerlendirme yapmaya da engel teşkil etmemektedir.

Bu çerçevede, anayasada sayılmayan haklara ilişkin korunma ihtiyacının, temel hakların anayasalarda tanınma ve düzenlenme biçimlerine bağlı olarak en az üç farklı sistem tercihi bağlamında ortaya çıkması mümkündür. Bu kapsamda akla gelebilecek ihtimallerden ilki; anayasada belli temel hakların açıkça sayılmış ve düzenlenmiş olmasına karşılık, korunması talep edilen hakkın anayasada sayılan haklar arasında yer almamasıdır. Bu kapsamda akla gelebilecek ikinci bir ihtimal ise; korunması talep edilen hakkın yine anayasada sayılmıyor olmasına karşılık, anayasanın “tamamlayıcı metinlerine” yapılan göndermelerden hareketle varlığının tespit edilebildiği durumlardır. Nihayet bu konuda akla gelebilecek üçüncü bir ihtimal ise; anayasada bir temel haklar kataloğuna yer verilmiyor oluşu, başka bir deyişle, temel haklar alanının bütünüyle anayasa metninin dışında bırakılmış olmasıdır.

Öyleyse, çalışma konusuna ilişkin yapılacak *ıçtihadı bir analiz*in anlamlı sonuçlar verebilmesi için, bu ihtimallerin her birini temsil eden en az birer örneği kapsamına alması gerekmektedir. Nitekim aşağıda incelenen ülkelere Amerika Birleşik Devletleri bu ihtimallerde ilkinde; Fransa ikincisine, Avustralya ise üçüncüsüne denk düştüğü için tercih edilmiş bulunmaktadır. Bu kapsamda, incelenen ülkelere her birinde, öncelikle ele alınan kararın arka plânına ilişkin bilgiler verilmekte, sonrasında kararın ayrıntılı analizi yapılmakta ve son adımda da karşılaştırmalı gözlemler için kaynak oluşturacak bazı hususların vurgulanması amaçlanmaktadır.

1. Amerika Birleşik Devletleri: Anayasa'da Sayılmayan Haklar Teorisinin Doğumu - Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479 (1965)

a. Arka Plan

Amerika Birleşik Devletleri'nin Federal Yasama Organu olan Kongre, 3 Mart 1873 tarihinde “Müstehcen Edebiyat ve Ahlâka Aykırı Yazıların Ticaretinin ve Dolaşımının Yasaklanması Hakkında Kanun’u (*Act for the Suppression of Trade in, and Circulation of, Obscene Literature and Articles of Immoral Use 1873*) kabul etmişti. Teklifin en büyük destekçisi olan Anthony Comstock'a atfen “Comstock Kanunu” olarak da bilinen Kanun ile, Birleşik Devletler Posta İdaresi'nin; erotik içerikli yayınlar, seks içerikli veya bu konuda bilgiler veren mektuplar, doğum kontrol ilaçları, çocuk düşürtmeye yarayan ilaçlar ve seks oyuncakları taşımak amacıyla kullanılması suç haline getiriliyor ve aksi yöndeki davranışların cezalandırılması öngörülüyordu.

Anılan kanun, takip eden yıllarda pek çok eyalette yapılan benzer düzenlemelere de ilham kaynağı olmuş; bu çerçevede doğum kontrol araçlarının kullanımı çeşitli şekillerde yasaklanmış ve bu türden davranışların suç haline getirilmesi görülmüştü.

Bu yönde yapılan düzenlemelerin göze çarptığı eyaletlerden biri de, Amerika Birleşik Devletleri'nin kuzeybatı kıyısında yer alan ve 1787 tarihli Federal Anayasa Konvansiyonu'nun toplanmasında oynadığı rol nedeniyle “Anayasa Eyaleti” olarak da anılan Connecticut olmuştur. Gerçekten, Connecticut Eyalet Meclisi tarafından 1879 yılında kabul edilen bir kanun ile; “*Hamileliği önlemek amacıyla herhangi bir ilaç veya medikal bir gereç kullanan kişiler(in)...*” 50 dolardan az olmayan bir para cezasına veya 60 gün ila 1 yıl arasında bir hapis cezasına veya her ikisine birden mahkûm edileceği kabul edilmişti. Düzenlemenin daha da vahim olan boyutu ise; bu “suç”u işleyenlere “*..yardım eden veya rehberlik yapanların...*” da aslı fail gibi cezalandırılacağı öngörülmüş olmasıydı. 1960'lı yıllara gelindiğinde ise, nüfusunun önemli bir kısmı Katolik mezhebine mensup olan Connecticut, bu yöndeki düzenlemelerin halen yürürlükte olduğu az sayıdaki eyaletten biri olarak göze çarpıyordu.

Bu dönemde Connecticut Eyaleti'nde yaşayan kişilerden olan Estelle Naomi Trebert Griswold, Eyalet bünyesinde kurulmuş olan Aile Planlaması Merkezleri'nin de Direktörlüğünü yürütmekteydi. Bayan Griswold'un çalışma arkadaşı ve aynı zamanda Yale Üniversitesi'nde Profesör olan Lee Buxton ise, Connecticut Eyaleti'nin New Heaven şehrinde bir doğum kontrol kliniği işletmekteydi. Her iki kişi de, evli çiftlere belli bir ücret karşılığında (ve bazen de ücretsiz olarak) doğum kontrol yöntemleri hakkında bilgiler, eğitim ve tıbbî tavsiyeler veriyordu. New Heaven kendinde kurulan Kliniğin 1 Kasım 1961 tarihinde faaliyetlerine başlamasından kısa bir süre sonra ise, Griswold ve Buxton, yukarıda anılan Kanun hükümlerine aykırı faaliyetlerinden ötürü yargılanarak 100 Amerikan Dolar tutarında para cezasına çarptırıldılar. Anılan cezanın Bölge Temyiz Mahkemesi ve Connecticut Yüksek Mahkemesi tarafından onanmasının ardından Griswold,

kendisine uygulanan cezanın dayanağı olan kanun hükmünün, evli çiftlerin mahrem alanlarına müdahale ederek bu kişilerin özel yaşamlarının gizliliği ilkesini ihlâl ettiği ve dolayısıyla da Federal Anayasa'ya aykırı düştüğü iddiasıyla meseleyi Federal Yüksek Mahkeme'nin (*Supreme Court*) önüne taşıdı.

b. Karar

Griswold kararında Yüksek Mahkeme'nin 9 üyesinden 7'si, söz konusu düzenlemenin Federal Anayasa'ya aykırı olduğuna hükmetti. Yargıç Black ve Yargıç Stewart ise, çoğunluk kararına muhalif kalan üyeler oldular. Bununla birlikte anılan kararın son derece ilginç bir yönü, Yüksek Mahkeme'nin dokuz üyesinin tümünün, önlerine gelen kanunun anlamsız bir düzenleme olduğu yönünde fikir birliği içinde olmasıydı. O kadar ki; karara muhalif kalan Yargıçlar Black ve Stewart bile, karşı karşıya kaldıkları düzenlemeyi “... eşi benzeri görülmemiş aptallıkta bir kanun” (“*uncommonly silly law*”) olarak tanımlamakta bir sakınca görmüyorlardı.

Kararın daha da ilgi çekici olan boyutu ise, ABD Anayasası'nın gerek orijinal metninde, gerekse Anayasa'ya 15 Aralık 1791 tarihinde eklenen ilk 10 Değişiklikten (*First 10 Amendment*) oluşan “Haklar Bildirgesi”nde¹³ özel yaşamın gizliliğine ilişkin hiçbir düzenlemenin yer almamasıydı. Zira “özel yaşamın gizliliği” konusu, 18. yüzyılın sonlarında halen kısmen feodal toplum düzenini devam ettiren tarım toplumları açısından, korunması ihtiyacı hissedilen bir hak alanı olarak ortaya çıkmış değildi. Nitekim anılan hakka, aşağı yukarı aynı yılların ürünü olan Fransız Haklar Bildirgesi'nde de yer verilmemiş olması, özel yaşamın gizliliği hakkının bu çağın ihtiyaç listesinde yer almamasından kaynaklanıyordu.¹⁴ Dahası, özel yaşamın gizliliği hakkının akademik çalışmalara tartışılmaya başlanması için bile, bu tarihten itibaren yaklaşık yüz yıl beklemek gerekecek ve söz konusu kavram, ilk olarak 1890 yılında yayımlanan bir makalede bugünkü anlamıyla kullanılacaktı.¹⁵

Yüksek Mahkeme'nin bu kararı içeriği yönünden tahlil edildiğinde ise, önlerine gelen kanun hükümlerinin “aptallığı” konusunda fikir birliği içinde olan yargıçların, düzenlemenin Federal Anayasa karşısındaki konumu hakkında son derece farklı fikirlere sahip oldukları görülebilmektedir. Üstelik bu farklı fikirler, düzenlemenin Federal Anayasa'ya aykırı olduğu görüşünü paylaşan 7 yargıç ile aksi görüşü savunan 2 yargıç arasındaki görüş farklılıklarından da ibaret değildir. Gerçekten, düzenlemenin Federal Anayasa'ya aykırı olduğu yönünde oy kullanan

13 ABD Anayasası'nın orijinal halinde, bir temel haklar kataloğu bulunmamaktaydı. Zira; Federal Konvansiyon, ulusal ve merkezi bir hükümeti güçlendirmek amacıyla toplanmıştı ve temel hakların buradan kaynaklı tehlikelerle karşı karşıya olduğu düşünülüyordu. Federe devletlerin zaten temel hakları koruyacakları inancı hâkimdi.

- Merkezi hükümetin yetkileri sınırlı sayıda olduğu için, merkezi hükümet anayasasında tanınacak bazı temel hakların da sınırlı sayıda tanınmış oldukları gibi bir anlayışın ortaya çıkmasından korkuluyordu. Bkz. ROGGE, O. John, “Unenumerated Rights”, *California Law Review*, Vol 47, No. 5 (1959), s. 787-788.

14 KOOPMANS, Tim, *Courts and Political Institutions, A Comparative View*, Cambridge University Press, Cambridge 2003, s. 25.

15 Anılan öncü çalışma için bkz. WARREN, Samuel D., ve Louis D. BRANDEIS, “The Right to Privacy”, *Harvard Law Review*, Vol. 9, No. 5 (1890), s. 193-220.

7 yargıcın bile, toplam 4 “farklı gerekçe” ile Anayasa'ya aykırılık sonucuna varmış oldukları görülmektedir.

Mahkeme'nin görüşünü kaleme alan Yargıç Douglas, konuya Anayasa'da *sayılmayan* bazı hakların, açıkça *sayılan* hakların “gölgesinde” (“*penumbra*”) yaşadıkları noktasından yaklaşmaktadır. Yargıç Douglas, bu düşüncesini desteklemek için Mahkeme'nin daha önce vermiş olduğu bazı kararlara işaret etmekte ve örneğin *NAAP v. Alabama* kararında¹⁶ Mahkeme'nin dernek özgürlüğüne ilişkin başvuruyu karara bağlarken, 1. Değişiklik (*First Amendment*) kapsamında açıkça sayılmayan dernek kurma özgürlüğünü, maddede açıkça sayılan diğer özgürlüklerin anlamlı bir şekilde kullanılabilmesi için koruma altına almış olduğunu hatırlatmaktadır. Yargıç Douglas, incelenen kanun hükümlerinin “özel yaşamın gizliliği” hakkını ihlâl ettiği sonucuna varırken de, anılan hakkın Anayasa veya Haklar Bildirgesi'nde açıkça sayılmamış olmasına karşılık, çeşitli hakların “gölge alanında” var olduğuna işaret etmektedir. Bu kapsamda, 3. Değişiklikte yer alan; “*Bariş zamanında sahibinin izni olmadan, savaş zamanında ise kanunla belirlenen çerçevenin dışında hiçbir asker herhangi bir meskene yerleştirilemez*”¹⁷ hükmü, Yargıç Douglas'a göre kişilerin özel yaşam alanlarının mahremiyetine saygı fikrini içermektedir. İlaveten, 4. Değişiklikle arama ve el koymaya ilişkin getirilen usul kuralları ile 5. Değişiklikte yer alan “... *kimsenin kendisini suçlayıcı bir beyan vermeye zorlanamayacağı*”¹⁸ kuralı da, bireyin özerk yaşam alanının Anayasa tarafından korunduğunu ve bu alana müdahale edilemeyeceğini göstermektedir. Sonuç olarak “özel yaşamın gizliliği hakkı”, Anayasa'da açıkça sayılmasa da, kişilerin özel yaşamlarına saygı gösterilmesi gerektiğini farklı biçimlerde ifade eden 1., 3., 4. ve 5. değişikliklerin “gölge alanında” var olmaya devam etmektedir. Kararında 14. Değişiklikte yer alan “*adil muamele görme hakkı*”na (*Due Process Clause*) da değinen Yargıç Douglas, Anayasa'da sayılmayan hakların da aslında var olduğu ve bunların Yüksek Mahkeme tarafından korunması gerektiği yolundaki görüşünü 9. Değişikliğin ünlü ifadesini hatırlatarak sağlamlaştırmaktadır: “*Anayasa'da belli hakların açıkça sayılmış olması, halkın evvelden beri sahip olduğu diğer hakların aleyhine veya olanları ortadan kaldıracak biçimde yorumlanamaz*”¹⁹

16 *National Association for the Advancement of Colored People v. Alabama*, 357 US 449 (1958).

17 “*No Soldier shall, in time of peace be quartered in any house, without the consent of the Owner, nor in time of war, but in a manner to be prescribed by law*” - III. Amendment

18 “*Noperson (...) shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself...*” - V. Amendment.

19 “*The enumeration in the Constitution, of certain rights, shall not be construed to deny or disparage others retained by the people.*” - IX. Amendment.

Bu anlamda Yargıç Douglas'ın ilgili hükmü yorumlama biçimi şu şekilde somutlaştırılabilir: Anayasa yapıcılar, belli bazı temel hakları, özellikle belli bazı hükümet eylemlerinden çekindikleri için Anayasa'ya koymuşlardır. Benzer çekinceler, bu temel haklar tarafından açıkça yasaklanmayan eylemler tarafından harekete geçirildiğinde de, Mahkemeler bunların anayasa aykırı olduğunu tespit ve ilân etmeye hazır olmalıdır. TUSHNET, Mark, “*Testimony of Mark Tushnet, Carmack Waterhouse Professor of Constitutional Law Georgetown University Law Center*”, presented to **The Subcommittee on the Constitution Committee on the Judiciary United States House of Representatives**, April 22, 1996. Mahkeme'nin görüşünü kaleme alan Yargıç Douglas'ın, sonlara doğru bu hukukî argümanlarını bazı etik ve duygusal tonlu ifadelerle de destekleme ihtiyacı hissettiği gözlemlenmektedir: “*Haklar Bildirgesinden, siyasî sistemimizden, okul sistemimizden bile daha eski ve yerleşik bir hak olan Özel Yaşamın Gizliliği Hakkı ile karşı karşıya bulunmaktayız. Evlilik, eşlerin iyi ve kötü*

Çoğunluk görüşüne “farklı gerekçe” ile katılan Yargıç Goldberg, Başyargıç Warren ve Yargıç Brennan'ın ise, “gölge alanlar” teorisine hiç girmeksizin, doğrudan 9. Değişiklikte yer alan “Anayasa’da belli hakların açıkça sayılmış olması, halkın evvelden beri sahip olduğu diğer hakların aleyhine veya olanları ortadan kaldıracak biçimde yorumlanamaz” formülünden hareket ettikleri ve Anayasa’daki temel haklar kataloğunun “tahdidi” bir yöntemle sayılmamış olduğuna işaret ederek hükme vardıkları görülmektedir. 14. Değişiklikteki “özgürlük hükmü”nün (*Liberty Clause*), 9. Değişiklik uyarınca evlilik içi mahremiyet hakkını da içerdiğini belirten Yargıçlar, düzenlemenin ayrıca “ölçülülük” ilkesi yönünden de Anayasa’ya aykırı olduğuna işaret etmektedirler.

Yukarıdaki görüşlerden tümüyle ayrılan Yargıç Harlan ise, 14. Değişiklikle güvence altına alınmış bulunan “adil muamele görme hakkı”ndan (*Due Process Clause*) hareketle sonuca varmaktadır. Karara yine farklı bir gerekçe ile katılan Yargıç White ise, söz konusu düzenlemeyle evli çiftlerin doğum kontrol yöntemleri hakkında “bilgilenme haklarının” 14. Değişikliğe aykırı biçimde sınırlanmış olduğundan hareketle sonuca ulaşmaktadır. Bu bağlamda Yargıç White, incelenen düzenlemenin aynı zamanda doğum kontrol yöntemleri hakkında hâlihazırda bilgi sahibi olmayan vatandaşları, eğitilmiş ve bilgili vatandaşlara göre dezavantajlı bir konuma düşürdüğü kanaatinde dir.²⁰

Mahkeme çoğunluğunun bütün bu görüşlerine karşın, başvurunun reddedilmesi gerektiğini savunan Yargıç Stewart ve Yargıç Black'in karşı oyları, hukuk tekniği ve Amerikan anayasa hukuku doktrinine Hâkim olan temel yaklaşımlardan biri olan “özcülük” (*originalism*) bağlamında okunmaya değer bir başyapıt görünümündedir.²¹ Takip eden yıllarda Yüksek Mahkeme çatısı altında Yargıç Scalia tarafından üstlenilecek olan “özcülük” görüşünün temellerine ilişkin büyük ipuçları içeren karşı oyda, çoğunluğa mensup yargıçların yukarıdaki görüşleri tek tek ele alınmakta ve eleştirilmektedir.²² Yargıç Stewart ve Yargıç Black'in bu kapsamda dile getirdiği görüşler arasında belki de en ilginç olanı; Yüksek Mahkeme tarafından Connecticut Eyaleti Parlamentosunca kabul edilen

günde ve sonsuza kadar sürmesi umuduyla bir araya geldiği, kutsallık derecesinde mahrem bir birlikteliktir.” Bkz. KOMMERS, Donald P., John E. FINN ve Gary J. JACOBSON, **American Constitutional Law, Essays, Cases and Coparative Notes, Vol. I**, Rowman & Littlefield Publishers, Inc., Lanham 2010, s. 48.

20 Nitekim bu tespitite önemli bir haklılık payı bulunduğu da vurgulanmalıdır. Zira söz konusu kanun hükmünün, doğum kontrol ilaçlarının doktorlar tarafından hastalarına “fiziksel ve psikolojik sağlık” gerekçesiyle yazılmasını engellemediği kabul ediliyordu. Bu yorumdan hareketle orta ve üst gelir gruplarına mensup aileler rahatlıkla söz konusu hizmetlere erişebilirken; alt gelir gruplarına mensup aileler söz konusu hizmetlerden yararlanamıyorlardı. Bu bağlamda, özellikle toplumun alt kesimlerine hizmet verme amacıyla olduğunu beyan eden bir kliniğin açılması, Kanun kapsamındaki yasakların “hatırlanmasında” önemli bir faktör olmuştur. Bkz. FALLON, Richard H. Jr., **The Dynamic Constitution: An Introduction to American Constitutional Law**, Cambridge University Press, Cambridge 2004, s. 142.

21 Bu karşı oyun ayrıntılı bir değerlendirmesi için bkz. TUSHNET, Mark (Der.), **I Dissent: Great Opposing Opinions in Landmark Supreme Court Cases**, Beacon Press Books, USA 2008, s. 179-190.

22 Yargıçların karşı oylarının tahlili için bkz. O'NEILL, Johnathan, **Originalism in American Law and Politics: A Constitutional History**, The Johns Hopkins University Press, Baltimore 2007, s. 90-92.

bir Kanun'un Federal Anayasa'ya aykırı olduğunu tespit ederken dayanılan 9. Değişiklik hükmünün, aslen federe devletlerin yetki alanının federal hükümete karşı savunulması amacıyla getirilmiş olduğu yönündeki tespitleridir.²³

c. Değerlendirme

Griswold v. Connecticut kararı, günümüzde Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin vermiş olduğu en önemli kararlardan biri olarak kabul edilmektedir.²⁴ Bu bağlamda söz konusu karar, Yüksek Mahkeme'nin gelecek yıllarda vereceği çok önemli bazı kararların da temelini oluşturmuştur. Bu kararlar arasında, özel yaşamın gizliliği hakkının, aralarında resmî bir evlilik bağı olmaksızın birlikte yaşayan çiftleri de kapsayacak şekilde genişletildiği *Eisenstadt v. Baird* kararının (1972)²⁵, kadınların kürtaj hakkının tanındığı *Roe v. Wade* kararının (1973)²⁶ ve aynı cins arası evliliğin anayasal güvence altına alındığı *Obergefell v. Hodges*. kararının (2015)²⁷ sayılması mümkündür.²⁸

Bununla birlikte, Yüksek Mahkeme'nin *Griswold* kararının, zayıf bir gerekçeye sahip olduğu için sıklıkla eleştirilen bir karar olduğunu da belirtmek gerekmektedir. Bahsedilen bu zayıflık, esasen *Griswold* kararındaki çoğunluk gerekçesinin aşırı şekilde parçalanmış olmasından kaynaklanmaktadır. O kadar ki, kararda teknik anlamda bir “çoğunluktan” bahsetmek yerine, farklı gerekçelerle ve neredeyse tesadüfi olarak aynı sonuca ulaşmış bir “yargıçlar topluluğundan” söz etmek bile mümkün görünmektedir. Bütün bu dezavantajına ve hukuk tekniği açısından ciddi ölçüde eleştirilen yönlerine karşın, bu kararın toplum ve hukuk hayatında büyük etkiler doğurmuş olması ise, hukuk tarihi açısından kendine özgü ilginç bir durum olarak anılmaya değerdir.

Sonuç olarak, kararın konusunu oluşturan kurum -aile- ve konu -özel yaşamın gizliliği- düşünüldüğünde, anayasada açıkça sayılmayan haklar teorisinin Amerikan liberal dünya görüşü ve siyaset anlayışı ile doğal bir uyum içinde olduğu; buna karşın muhafazakâr dünya görüşünü benimseyen toplum kesimleri açısından çeşitli sorunlar yaratan bir düşünüş tarzı olduğu ileri sürülebilir. Fakat teorisinin, Yüksek Mahkeme tarafından ortaya atıldığı ilk dönemden beri takip ettiği seyre bakıldığında; anayasada sayılmayan haklar teorisinin, günümüzde liberal düşünüş ve hayat tarzına sahip toplum kesimleri tarafından olduğu kadar,

23 9. Değişikliğin Mahkeme'ye içtihat yoluyla yeni haklar keşfetme hakkı vermediği yönündeki bir görüş için bkz. McAFFEE, Thomas B., “Unenumerated Rights Under the U.S. Constitution”, *Nevada Lawyer*, Vol. 28 (2001), s. 27-29.

24 Kararın Amerikan Anayasa Hukuku'nda özel hayatın gizliliği hakkının korunması bağlamında sahip oldu yer hakkında bir değerlendirme için bkz. BOZLAK, Ayhan, **ABD Hukukunda Özel Hayatın Gizliliği Hakkının Korunması**, Beta, İstanbul 2015, s. 26-37 ve özellikle de s. 28 vd.

25 *Eisenstadt v. Baird*, 405 U.S. 438 (1972).

26 *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973). Bu kararla *Griswold* kararı arasındaki bağlantının tahlili için bkz. VILE, John R., **Essential Supreme Court Decisions: Summaries of Leading Cases in U.S. Constitutional Law**, Rowman & Littlefield Publishers, Inc., U.K. 2004, s. 382.

27 *Obergefell v. Hodges* 576 US ___ (2015).

28 Anılan kararın Yüksek Mahkeme'nin sonraki yıllarda verdiği kimi önemli kararlara etkisi hakkında bkz. KERSCH, Ken I., **Constructing Civil Liberties, Discontinuities in the Development of American Constitutional Law**, Cambridge University Press, Cambridge 2004, s. 256, dn. 68.

muhafazakâr hukuk ve siyaset anlayışına mensup toplum kesimleri tarafından da benimsenmiş olduğu ve kullanılmaya başlandığı anlaşılmaktadır.²⁹ Başka bir ifadeyle “anayasa sayılmayan haklar” düşüncesi, ilk ortaya atıldığında neden olduğu onca gürültü ve anlaşmazlığa rağmen, günümüzde Amerika Toplumunun ve Amerikan hukuk kültürünün vazgeçilmez bir parçası haline gelmeyi başarmış görülmektedir.

2. Fransa: Cumhuriyet Kanunları Tarafından Tanınan Temel İlkeler - *Conseil Constitutionnel* Decision n° 71-44DC du 16juillet 1971, *Liberte d'association*

a. Arka Plân

İkinci Dünya Savaşı'nın Fransa'da yol açtığı etkiler, yalnızca çatışmaların doğurduğu maddî zararlardan ve insan kaybının neden olduğu acılardan ibaret kalmamış; Ülke'de izleri on yıllar boyunca silinmeyecek olan derin yaraların ve çeşitli toplumsal ve siyâsî ayrışmaların da doğumuna neden olmuştur. Bu sonuca yol açan en önemli etkenlerden biri; Almanya karşısında alınan yenilgiyi takiben Mareşal Philippe Pétain liderliğinde kurulan ve “Vichy Hükümeti”³⁰ olarak bilinen rejimin, bir kısım Fransız toprağı ile Fransa'nın denizaşırı sömürgelerini işgal dışında tutmak karşılığında Nazi Almanyası ile açık ve çoğu zaman da gönüllü bir işbirliğine girişmesi olmuştur. Bu rejim, Fransız Devrimi'nin değerleriyle ve Fransa'nın Cumhuriyetçi gelenekleriyle çatışma içinde olan tutucu Katolikler'in ve Aristokrat kalıntıların desteğini arkasına almış ve görevde kaldığı işgal yılları boyunca Fransa'nın kendini algılama ve tanımlama biçimleri üzerinde son derece yıkıcı etkiler doğurmuştur. Modernite karşıtı bir karşı devrim ideolojisine dayanan bu rejim, işbaşına gelmesinin ardından “Fransa Cumhuriyeti” ismini bile “Fransa Devleti”ne dönüştürmüştü; Fransız Devrimi'nin “özgürlük, eşitlik, kardeşlik” (*liberté, égalité, fraternité*) sloganını ise “çalışma, aile, anavatan” (*travail, famille, patrie*) olarak değiştirmiştir. İşçi sendikalarının ve sol siyasetin baskı altında tutulduğu, kadının rolünün annelik imgesi ekseninde yeniden tanımlandığı bu dönem, demokratik değerlerin dışlandığı ve otoriteryanizmin öne çıktığı bir içerik kazanmış³¹; işgal yılları boyunca bu rejimi desteklemiş olan toplum kesimleriyle toplumun diğer kesimleri arasında, savaş sonrası yıllarda da kapanması güç yarılmalar ortaya çıkmıştır.

Üstelik Fransa'nın İkinci Dünya Savaşı sonrasında karşılaştığı zorluklar, işbirlikçi Vichy Hükümeti'nin bıraktığı toplumsal izlerden de ibaret kalmamıştır. Gerçekten, 1946 yılında kurulan “IV. Cumhuriyet”, 12 yıllık ömrü boyunca göreve gelen 21 hükümet ile tam bir istikrarsızlık dönemi haline dönüşmüş; en nihayetinde sistem, Cezayir krizinin de etkisiyle 1958 yılında tümüyle çökmüştür.

Çöken bu sistemin ardından başlayan yeni dönem ise, 1958 yılında gerçekleştirilen kapsamlı anayasa değişiklikleriyle belirlenmiş ve Fransa'da savaş

29 TUSHNET, Mark, “Can You Watch Unenumerated Rights Drift?”, *Journal of Constitutional Law*, Vol. 9, No. 1 (2006), s. 211-215.

30 Rejimin ismi, fiili idare merkezi olarak seçilen *Vichy* kentinden gelmektedir.

31 NORD, Philip G., *France's New Deal: From the Thirties to the Postwar Era*, Princeton University Press, Princeton 2010, s. 12.

kahramanı Charles de Gaulle öncülüğünde “V. Cumhuriyet” dönemine geçiş yapılmıştır. Ne var ki, zayıflatılmış bir parlamento ve yargı organı karşısında, cumhurbaşkanının şahsında somutlaşan güçlü bir yürütme fikrine dayanan bu yeni sistem de Fransa'nın istikrar arayışlarına çare olamamış; aksine, 1960'lı yıllar Fransa'da son derece çalkantılı geçen yıllar olarak kayda geçmiştir. Bu dönemde bütün dünyayı etkisine alan öğrenci hareketleri, Fransa'yı da kasıp kavurmaya başlamış ve yalnızca üniversite öğrencileri arasında değil, lise öğrencileri arasında da geniş taban bulan sol hareketler, devrimci bir hareketlilik içinde kamusal alanda ciddi etkiler doğuran protesto eylemlerine dönüşmüştür. Her ne kadar Fransız Polis güçleri sonuçta bu eylemleri belli ölçüde kontrol altına almayı başarmışlarsa da, anılan sürecin toplum ve siyasî sistem üzerinde doğurduğu etkiler uzun yıllar boyunca devam etmiştir.

Bu dönemde, artan toplumsal ve siyasî hareketlilikle başa çıkmaya çalışan Fransız Hükümeti'nin karşılaştığı en büyük sorunlardan biri, çoğu Maoist doktrinler etrafında örgütlenmiş olan öğrenci derneklerinin gittikçe çoğalması olmuştur. Gerçekten, 1901 tarihli “Dernek Özgürlüğü Kanunu” uyarınca kurulmuş olan bu dernekler; sistem içinde meşru olarak faaliyet gösteren örgütler niteliği taşımaktaydılar. Kanunda “kâr amacı gütmeyen” oluşumlar olarak tanımlanan bu örgütler, ayrıca devletten de önemli miktarda destek almaktaydılar.³² Dönemin siyasî atmosferinin etkisiyle sürekli çoğalan bu derneklerin kurulabilmesi için kişilerin herhangi bir ek yükümlülüğü yerine getirmeleri gerekli olmayıp; bu konudaki iradenin açıklanmasıyla dernek kuruluşu gerçekleşmiş sayılmaktaydı. Dahası, kurulan derneğin tüzel kişilik sahibi olması, yani kendi adına hak sahibi olabilen ve borç üstlenebilen bir hukukî varlık haline dönüşmesi de isteniyorsa, ilgili bölgesel idareye bir mektup gönderilmesi ve anılan yönde bir talepte bulunulması yeterli olmaktadır. Söz konusu mektupta, tüzel kişilik kazanması istenen derneğin yetkili organlarının kimlerden oluştuğu, idare merkezinin neresi olduğu, derneğin kuruluş amacının ne olduğu gibi bilgilerin de yer alması gerekmektedir. Bu başvurunun alındığına dair belgenin başvuruçuların eline ulaşmasıyla birlikte ise, dernek tüzel kişilik kazanmış sayılıyordu.

Dönemin Fransız Hükümeti, hâlihazırda kurulmuş ve tüzel kişilik kazanmış olan dernekler hakkında alınabilecek etkili bir önlem bulunmadığını kabul ederken, gelecekte kurulması plânlanan bu türden dernekleri kontrol edebilmek için farklı bir yöntem uygulamaya karar verdi. Bu bağlamda, 1901 tarihli Dernekler Kanunu'nun 5. ve 7. maddelerinin değiştirilmesi ve tüzel kişilik kazanmak için başvuru yapan derneklere otomatik cevap vermek yerine, derneklerin amaçları yönünden denetime tâbi tutulmaları ve herhangi bir suç şüphesi sezilmesi halinde, dosyanın adli soruşturma başlatılmak üzere savcılık makamına iletilmesi plânlandı.

Fransız Meclisi'nin (*Assemblée National*) alt kanadı olan Temsilciler Meclisi'nde büyük bir çoğunluğa sahip olan Hükümet, teklifi buradan zorlanmadan geçirdi.³³

32 COLE, Alistair, *French Politics and Society*, Prentice Hall, Essex 1998, s. 192.

33 Nitekim bu gelişme, İkinci Dünya Savaşı sonrası dönemde, Fransa'da vatandaşların temel haklarına yönelik ihlallerin, güvenlik güçlerinden ziyade yasama organının faaliyetlerinden kaynaklandı-

Ancak teklif, “dernek özgürlüğü”ne aykırı olduğu gerekçesiyle Senato’da ciddi bir muhalefetle karşılaştı. Ne var ki, Fransa’da geçerli olan “asimetrik çift meclis” sistemi uyarınca, Parlamento’nun iki kanadı olan Temsilciler Meclisi ve Senato arasında bir kanun hükmü konusunda uzlaşmazlık yaşandığında, Temsilciler Meclisi’nin iradesine üstünlük tanınmakta ve Senato’nun bu iradeyi engelleme yetkisi bulunmamaktaydı. Anayasa’nın sunduğu bu imkândan faydalanan hükümet, Temsilciler Meclisi’nde sahip olduğu çoğunluğun verdiği güçle Senato engelini aşmayı etmeyi başardı ve söz konusu teklif, böylelikle kanunlaşmış oldu.

Bu durum karşısında siyasî açıdan çaresiz kalan Senato’nun o dönemki başkanı Alain Poher, son çare olarak Temsilciler Meclisi ile yaşanan bu uyuşmazlığı hukukî boyuta taşımaya ve getirilen düzenleme hakkında Anayasa Konseyi’ne başvurmaya karar verdi. Bununla birlikte, yapılan bu başvurunun olumlu sonuçlanacağına ilişkin ciddi bir beklenti de bulunmamaktaydı. Zira Anayasa Konseyi’nin kuruluşundan o tarihe kadar geçen yaklaşık 10 yıllık süre boyunca vermiş olduğu tüm kararların -Anayasa hükümleri açıkça çiğnenerek gerçekleştirilen 28 Ekim 1962 tarihli Anayasa değişikliği gibi sıra dışı örnekler de dâhil olmak üzere- hükümetlerin pozisyonunu destekler nitelikte olduğu görülmüştü.³⁴

b. Karar

Konsey, 1901 tarihli Dernekler Kanunu’nda değişiklik yapan Kanun’un 3.maddesi hakkında kendisine yapılan başvuruyu, 16 Temmuz 1971 tarihinde karara bağladı. Karar açıklandığında ise, sonucun herkes açısından tam bir sürpriz olduğu görüldü! Zira Senato Başkanı tarafından önüne getirilen Kanun maddelerinin Anayasa’ya aykırı olduğuna hükmeden Konsey, böylece kurulduğu tarihten beri ilk defa hükümetin aleyhine bir hüküm vermiş oluyordu.³⁵

ğı yönündeki eleştirileri haklı çıkarır nitelikte idi. Zira Fransız anayasal sisteminin ve diğer temel haklar mevzuatının genel karakteri itibarıyla demokratik değerlere dayandığı kuşkusuz olmakla birlikte; İkinci Dünya Savaşı’ndaki işbirlikçilerin cezalandırılması, Cezayir krizinin yarattığı gerilimlerle başa çıkılması ve hükümete karşı ayaklanan askerlerin yargılanmaları gibi gerekçelerle sık sık bu yerleşik ilkelerden uzaklaşılabildiği görülmekteydi. Bkz. SARFAN, William, **The French Polity**, Longman Publishers, New York 1995, s. 286-287.

- 34 Fransız Anayasası’nın 89. maddesine göre, bir anayasa değişikliği teklifinin kabul edilebilmesi için, öncelikle *Parlamentonun her iki kanadında onaylanan* teklifin halkoylamasına sunularak kabul edilmesi gerekmektedir. Ancak, anılan hüküm, Charles de Gaulle tarafından, Cumhurbaşkanı’nın doğrudan halk tarafından seçilmesini öngören 1962 tarihli anayasa değişiklik tekili kapsamında açıkça amacından saptırılacak uygulanmıştı: De Gaulle, Anayasa’nın 11. maddesinde kendisine sunulan yetkiyi kullanarak, anayasa değişikliği teklifini *doğrudan halkoylamasına götürme* kararı almış ve böylece Parlamento’yu açıkça devre dışı bırakmıştı. Burada önemli olan husus ise, Anayasa’nın 11. maddesiyle Cumhurbaşkanı’na tanınan “doğrudan referanduma başvurma” yetkisinin anayasa değişiklik tekliflerini kapsam dışında bırakmasıydı! Anayasa Konseyi, bu konuda referandumdan önce vermiş olduğu danışma görüşünde, söz konusu yöntemin Anayasa’ya aykırı olduğunu ifade etmişti. Buna rağmen, referandum yapıldıktan sonra konu hakkında yeniden bir karar vermesi istendiğinde, referandumun hâlihazırda gerçekleşmiş (ve olumlu sonuçlanmış) olduğuna işaret ederek, konu hakkında karar verme yetkisinin bulunmadığını ileri sürmüştü. COLE (1998), s. 66.
- 35 Decision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971. Karar metni için bkz. **Anayasa Konseyi’nin Resmî İnternet Sitesi**: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/1971/71-44-dc/decision-n-71-44-dc-du-16-juillet-1971.7217.html>> Aynı adreste, kararın İngilizce ve Almanca resmî çevirilerine de yer verilmektedir.

Kararda daha da ilginç olan husus ise; 1958 tarihli Fransız V. Cumhuriyet Anayasası'nda dernek özgürlüğünü güvence altına alan ve dolayısıyla Konsey'in bu kararına dayanak olabilecek bir hükmün bulunmamasıydı. Gerçekten de Senato Başkanı Poher'in, başvurusuna dayanak olarak gösterdiği “dernek özgürlüğü”, 1958 Anayasası'nda hiçbir şekilde düzenlenmemekteydi. Buna rağmen Konsey'in, 6'ya 3 çoğunlukla verdiği kararında ilgili kanun maddelerinin anayasaya aykırı olduğuna hükmederken;

*“Örgütlenme (Dernek) özgürlüğünün Cumhuriyet'in temel kanunları tarafından tanınan ve Anayasa'nın başlangıç kısmında da ciddiyle vurgulanan ilkeler arasında yer aldığına...”*³⁶

işaret ettiği görüldü. Başka bir ifadeyle Konsey, bu kararıyla birlikte, kanunların anayasaya uygunluğunun denetlenmesinde “ölçü norm” olarak kullanılan anayasallık bloğunu (*bloc de constitutionnalité*) 1958 Anayasası'nda açıkça sayılan temel hakların çok ötesine taşımış oluyordu. Zira “Cumhuriyet'in temel kanunları tarafından tanınan (...) ilkeler...”, 1958 Anayasası'nda değil ama 1958 Anayasası'nın “Başlangıç” kısmında atıf yapılan³⁷ 1946 Anayasası'nın “Başlangıç” kısmında³⁸ sözü edilen unsurlar arasında yer almaktaydı.³⁹

Gerçekten de, 1946 Anayasası'nın “Başlangıç” kısmına bakıldığında, modern anayasaların pek çoğunda görülmeye alışık olunanın aksine, düz yazı biçiminde ve çoğunlukla edebî bir dille kaleme alınmış bir metin yerine; bir dizi temel hakkın ve yine çok önemli bazı temel ilkelerin 18 madde halinde sıralandığı bir “mini anayasa” ile karşılaşmaktadır. Anılan maddelerde; kadın-erkek eşitliğinden ayrımcılık yasağına, eğitim hakkından çalışma, sendika kurma ve grev haklarına kadar pek çok temel hakka değinilmekte ve bunlara ilişkin çeşitli güvenceler sıralanmaktadır.

Sonuç olarak Anayasa Konseyi, bu kararıyla birlikte, 1958 Anayasası'nda “açıkça sayılmayan” pek çok temel hakkı, 1946 Anayasası'nın “Başlangıç” kısmında sayıldıkları gerekçesiyle anayasal denetimde ölçü norm seviyesine yükseltmiştir. Ancak işin daha da ilginç olan boyutu; dernek özgürlüğünün 1946 Anayasası'nın başlangıç kısmında da “açıkça sayılan” haklar arasında da yer almamasıdır. Buna rağmen Konsey, 1946 Anayasası'nın Başlangıç metninde geçen (ve aslen III. Cumhuriyet dönemine yapılan bir gönderme olan) “Cumhuriyet'in temel kanunları tarafından tanınan (...) ilkeler...” kavramının, dernek özgürlüğünü de içerdiğini “tespit etmiş” ve bu yolla gerek 1958 Anayasası'nda, gerekse 1946 Anayasası'nın

36 “...Considerant qu'au nombre des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République et solennellement réaffirmes par le préambule de la Constitution il y a lieu de ranger le principe de la liberté d'association;...”

37 “Le peuple français proclame solennellement son attachement aux Droits de l'homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le préambule de la Constitution de 1946. ...”

38 Söz konusu metin için bkz. **Anayasa Konseyi'nin Resmî İnternet Sitesi:** <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/pdf/conseil-constitutionnel-5077.pdf>>

39 “Il réaffirme solennellement les droits et libertés de l'homme et du citoyen consacrés par la Déclaration des droits de 1789 et les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République”.

“Başlangıç” kısmında açıkça sayılmayan bir hak kategorisini anayasal koruma kapsamına dâhil etmiştir.⁴⁰

c. Değerlendirme

Bu kararın Fransa açısından önemini layığıyla takdir edebilmek için, Fransız kamu hukuku geleneğinde yargıya ve özellikle de yargıcın hukuk yaratması fikrine ne derecede olumsuz bir bakışın hâkim olduğunu hatırlamakta fayda bulunmaktadır. Üstelik bu olumsuz yaklaşım, salt kamu hukuku alanının sınırlarını da aşan boyutlara sahiptir. Gerçekten de, tekil davalarda verilen hükümlerin içtihat hukuku halinde dönüşmesini açıkça yasaklayan 1804 tarihli Fransız Medeni Kanunu'nun 5. maddesi, bu anlayışın Fransız hukuk sisteminin bütünü üzerinde etkiler doğuran yerleşik bir kültür haline gelmiş olduğunun en çarpıcı örneği olarak görülmelidir.

Bu anlayışın Fransız anayasal sistemi açısından doğurduğu sonuç ise; 1958 Anayasası'nda yargı organının bir “kuvvet” veya “erk” (*pouvoir*) olarak değil, ama bir “yetki” (*autorité*) olarak tanımlanmış olmasıdır. Gerçekten, 1958 Anayasası'nın orijinal mimarisinde Anayasa Konseyi, hiçbir zaman yasama işlemlerinin etkin şekilde denetimini gerçekleştirecek bir üst yargı organı olarak düşünülmemiş; aksine, yasama ve yürütme organları arasındaki uzlaşmazlıkları çözmekle (veya daha doğru bir ifadeyle; yürütmenin özerk eylem alanını yasamaya karşı savunmakla) görevli teknik bir uzmanlık kurumu şeklinde örgütlenmiştir.⁴¹ Nitekim 1959 yılından 1974 yılına kadar Konsey'e yalnızca 9 meselenin havale edilmiş olması da, sistem içinde Anayasa Konseyi'ne biçilen bu sınırlı rolün, sistemdeki diğer aktörler tarafından da benimsenmiş olduğunun açık bir göstergesi olarak yorumlanmaktadır.⁴²

Konuya bu çerçeveden bakıldığında, incelenen kararın, yargı organı tarafından yürütme iktidarına karşı sergilenen ve o güne kadar eşi benzeri görülmemiş nitelikte olan bir karşı çıkış anlamına geldiği kolaylıkla görülebilmektedir. Nitekim her ne kadar kimi gözlemciler bu kararın Fransız Danıştay'ın “anayasal değerdeki ilkeler”e işaret eden 1936 tarihli kararının bir devamı olduğunu ifade etmiş olsalar da; Konsey'in sergilediği tutumun, V. Cumhuriyet Anayasası'nın tasarlayanların aklında yatan tablonun tam tersi bir yöne işaret etmekte olduğu açıktır.⁴³ Nitekim *Liberte d'association* kararı, Konsey kararlarına uzun yıllar hâkim

40 Fransız Anayasa Konseyi'nin “Cumhuriyet kanunları tarafından tanınan temel ilkeler” arasında kabul ettiği hak, özgürlük ve ilkeler arasında; dernek özgürlüğü, savunma hakkı, vicdan özgürlüğü, öğrenim özgürlüğü, idarî yargı organlarının bağımsızlığı ve üniversite profesörlerinin bağımsızlığı ilkesi gibi hususlar sayılabilir. LAVROFF, Dimitri Georges, *Le droit constitutionnel de la Ve Republique*, Dalloz, Paris 1995, s. 174'ten aktaran: GÖZLER, Kemal, “Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloğu Kavramına İhtiyaç Var mıdır?”, *Ankara Üniversitesi Siyasî Bilgiler Fakültesi Dergisi*, Cilt 55, Sayı 3 (Temmuz- Eylül 2000), s. 84.

41 LAVROFF, Dimitri, *Le Systeme Politique Francais*, Paris 1991, s. Ch. 2.2.v e 3.2.

42 KNAPP, Andrew ve Vincent WRIGHT, *The Government and Politics of France*, Routledge, London 2001, s. 62.

43 KNAPP ve WRIGHT (2001), s. 391, 392.

olan kendi kendini sınırlama eğiliminin etkisini yitirmesine giden yolu açmış⁴⁴ ve temel haklar alanında gittikçe güçlenecek aktivist bir tutumun da doğmasına zemin hazırlamıştır.

Anayasa Konseyi'nin bu kararı, hiç kuşku yok ki başlangıçta hükümetin ve Fransız sağının büyük tepkisini çekmiştir. Bu kapsamda Konsey'e yöneltilen eleştiriler; yargının “...bütünüyle sorumsuz ve korkunç bir oligarşi” haline dönüşmüş olduğu noktasına kadar ulaşmıştır.⁴⁵ Bununla birlikte, sosyalistlerin hükümete gelişinin ardından muhalefete düşen merkez sağın da Konsey'e başvuru imkânını etkili bir muhalefet yöntemi olarak sıklıkla kullanılmaya başlaması, bu türden eleştirilerin gittikçe etkisini yitirmesine sebep olmuştur. Sonuçta, Konsey'in anayasada sayılmayan haklar içtihadının, bir yandan V. Cumhuriyet sistemi içinde yargının konumunun pekiştirilmesine katkı sağlarken, diğer yandan da Fransa'da farklı toplumsal kesimler arasında ortak bir yargısal korunma kültürünün yerleşmesine giden yolu açmış olduğunu söylemek, yerinde bir tespit olarak görülmektedir.

3. Avustralya: Temel Haklar Kataloğu Yokluğunda Yargısal Korunma - *Australian Capital Television Pty Ltd v. Commonwealth [1992] HCA 45; (1992) 177 CLR 106, F.C. 92/033*

a. Arka Plan

1980'li ve 90'lı yıllar, Avustralya'da genel olarak İşçi Partisi'nin siyasi hâkimiyetinde geçen yıllar olmuştur. Gerçekten, 1983 yılında Bob Hawk liderliğinde girdiği seçimleri büyük bir başarı yüzdesiyle kazanan İşçi Partisi, 1984, 1987 ve 1990 yıllarında yapılan tüm seçimleri de ardı ardına kazanmayı başarmıştır. Buna rağmen, 1990 yılında yapılan son seçimde elde edilen başarının çok az bir puan farkıyla elde edilmiş olması (Temsilciler Meclisi'nde % 4)⁴⁶, İşçi Partisi içinde liderlik tartışmalarının doğmasına sebep olmuş ve bu süreç, 1991 yılının sonuna gelindiğinde ise, artık “yorgun bir lider” olarak anılan⁴⁷ Bob Hawk'ın, parti içi liderlik yarışında koltuğunu Paul John Keating'e kaptırmasıyla sonuçlanmıştı.

44 Konsey'in bu eğilimini yansıtan kararlar Fransa'da devlet organları arasındaki güç dağılımının da yeniden belirlenmesine katkıda bulundu. Bu bağlamda verilen en önemli kararlardan biri de, kuşkusuz Konsey'in 23 Ağustos 1985 tarihli kararıydı: “*Kanunlar, ancak Anayasa'ya uygun olmaları halinde genel iradeyi yansıtırlar*”. Anılan karar, Fransız kamu hukuku anlayışına uzun yıllar boyunca hâkim olan klâsik cumhuriyetçi teoriye, yani milli iradenin münhasıran halkoyuyla oluşan parlamento tarafından temsil edildiği anlayışına da ciddi bir meydan okuma niteliği taşımaktaydı. Bkz. WRIGHT, Vincent, *The Government and Politics of France*, Holmes & Meier Publishers, Inc. New York 1989, s. 35, 350.

45 LACHARRIERE, Rene, “Opinion dissidente”, *Pouvoirs*, Vol. 13 (1980), s. 133-150

46 Bir önceki 1987 Federal Seçimlerinde ise bu fark; Temsilciler Meclisi seçimlerinde Parti'nin en yakın rakibi olan Avustralya Liberal Partisi ile % 11, Senato seçimlerinde ise yine Avustralya Liberal Partisi ile % 20 olarak gerçekleşmişti. Bu konuda daha ayrıntılı bilgi için bkz. NEWMAN, Gerard, *Federal Election Results 1949-1993*, Department of the Parliament Library, Parliament of the Commonwealth of Australia, 1993. <https://www.aph.gov.au/binaries/library/pubs/bp/1993/93bp24.pdf>

47 EDWARDS, John, *Keating, The inside Story*, Penguin Books, 1996, s. 435.

Gerek 1991 yılının Aralık ayına kadar Başbakanlık koltuğunda oturan Hawk, gerekse İşçi Partisi'nin yeni genel başkanı Keating içinen büyük sorun; muhalefetteki Avustralya Liberal Partisi'nin sürekli yükselişi sorunuydu.⁴⁸ Bu bağlamda, Başbakanlık'tan ayrılmadan önce Hawk Kabinesi'nin en önemli faaliyetlerinden biri, 1942 tarihli "Radyo ve Televizyon Yayınları Kanunu"na (*Broadcasting Act 1942*) bazı bölümler (Bölüm III-D) eklenmesini öngören "Siyasî Yayınlar ve Siyasî Açıklamalar Kanunu"nun (*Political Broadcasts and Political Disclosures Act 1991*) Parlamento'da kabul edilmesini sağlamak oldu. Anılan değişiklikle, federe devlet seçimleri ve federal seçimlerin öncesinde, radyo ve televizyon gibi elektronik medya araçlarında yayınlanacak siyasî içerikli reklamların yasaklanması amaçlanıyordu. Haber ve tartışma programları ise, düzenlemenin kapsamı dışında bırakılmıştı. Kanun, siyasî partilerin propaganda ve reklam faaliyetleri için, seçim dönemi boyunca yayın kuruluşlarının sahip oldukları imkânları "bedelsiz olarak kullanmaları" imkânını getiriyordu. Yayıncı kuruluşlar tarafından siyasî partilere tahsis edilecek bedelsiz kullanım sürelerinin de, partilerin bir önceki seçimde Parlamento'da kazanmış oldukları sandalye sayısı üzerinden tespit edilmesi öngörülüyordu. Parlamento'da temsilcisi bulunmayan partiler içinse, başvurmaları halinde tüm siyasî partilere ayrılan toplam sürenin %5'i kadar bir kullanım hakkı tahsis edilmesi kararlaştırılmıştı.

İktidar partisi, bu düzenlemeyle siyasetteki yolsuzlukların önlenmesini ve sistemdeki bazı partilerin medya gücü aracılığıyla haksız avantaj elde etmelerinin önüne geçileceğini savunuyordu. Bu çerçevede anılan düzenlemeyle ulaşılmak istenen hedef; reklam faaliyetlerine ölçsüz para harcama gücüne sahip büyük partilerin siyaset yarışında haksız şekilde öne geçmelerini ve kamuoyunu ölçsüz şekilde etkileme imkânına sahip olmalarını engellemektir. İşin perde arkasına bakıldığında ise, bu düzenlemenin esas amacının; toplumun oldukça zengin bir kesiminin desteğini arkasına almış olan Avustralya Liberal Partisi'nin sahip olduğu malî avantajın yasal araçlarla dengelemesi olduğundan söz ediliyordu. Zira Hawk Hükümeti'nin daha önce seçim kampanyalarının kamusal finansmanı yönünde yapmış olduğu düzenlemeler, artan medya reklamlarının getirdiği yükü karşılamak için yetersiz kalmıştı. Örneğin, 1990 seçimlerinde iktidardaki İşçi Partisi'nin medya harcamaları toplam seçim harcamalarının %70'ine ulaşırken⁴⁹, bunun yalnızca 5,2 Milyon Dolarlık bir kısmı kamusal finansman aracılığıyla finanse edilebilmişti. Bu durumsa, Parti'nin 7 Milyon Dolar'ı aşan bir borç yükü altında kalması anlamına geliyordu.⁵⁰

48 Nitekim Avustralya Liberal Partisi, John Howard liderliğinde girdiği 1996 Federal Seçimlerde, çok küçük bir farkla da olsa Temsilciler Meclisi'nde birinci parti olmayı ve seçimi kazanmayı başardı.

49 HUGHES, C. A., "Australia and New Zealand", **Electioneering: A comparative study of continuity and change** (Der. D. Butler ve A. Ranney) içinde, Clarendon Press, Oxford 1992, s. 103.

50 WARD, I., **Politics of the Media**, Macmillan Education Australia, South Melbourne 1995, s. 222. Konuyu daha geniş bir zaman perspektifinden ele alan bir inceleme için bkz. YOUNG, Sally, "A Century Of Australian Political Communication: From 1901 to 2001", **ANZCA03 Conference**, Brisbane, Temmuz 2003. <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.197.7108&rep=rep1&type=pdf>

Kanun teklifi, Parlamento'ya sunulduğu andan itibaren toplumun çeşitli kesimlerinden gelen ciddi itirazlarla karşılaştı. Teklife yönelik itirazlar, bir yandan bu düzenlemenin İşçi Partisi'nin bir seçim manipülasyonu olduğu iddiasına; diğer yandan da sınırlamanın, Avustralya'da geçerli olan ifade hürriyetine yönelik büyük bir saldırı olduğu iddiasına dayanıyordu. Teklifin yasalaşmasının ardından, “Radyo ve Televizyon Yayınları Kanunu” uyarınca lisans hakkı sahibi olan 8 ayrı televizyon firması, Radyo ve Televizyon Yayınları Kanunu'na eklenen III-D Bölüm'ün iptali için Yüksek Mahkeme'ye başvurdu. New South Wales Bölgesi Hükümeti de, anılan değişikliğin federe devlet seçimlerinde uygulanacak olması yönünden menfaatinin ihlâl edildiğini ileri sürerek, düzenlemenin iptali amacıyla Mahkeme'ye başvuranlar arasında yerini aldı. Güney Avustralya Bölgesi Hükümeti'nin ise, değişikliğin lehinde ve Federal Hükümet'in yanında davaya katılma kararı aldığı görüldü. Böylece, Yüksek Mahkeme önünde görülecek olan davanın adı da belirlenmiş oluyordu: *“Australian Capital Television Pty. Limited and Others and The State of New South Wales v. The Commonwealth of Australia and Another”*⁵¹

b. Karar

Yüksek Mahkeme, yaptığı inceleme sonucunda verdiği detaylı kararında, 1942 tarihli “Radyo ve Televizyon Yayınları Kanunu”na eklenmesi öngörülen III-D bölümünün Anayasa'ya aykırı olduğuna hükmetti. Kararda tartışma yaratan asıl boyut, davaya konu düzenlemenin ihlâl ettiği ileri sürülen anayasal norma ilişkin yapılan tespiti. Zira Mahkeme çoğunluğunun görüşünü kaleme alan Yargıç Mason, kararın gerekçesini; söz konusu değişiklikte başvuruçuların “siyasî haberleşme özgürlüğü”nün (*“freedom of political communication ”*) ihlâl edildiği tespitine dayandıırıyordu. Bu noktada asıl ilginç olan husus ise, Avustralya Anayasası'nın hiçbir maddesinde “siyasî haberleşme özgürlüğü” diye bir kavramın tanımlanmamış olmasıydı. Karar yakında incelendiğinde, Mahkeme çoğunluğunun anılan sonuca şu şekilde bir akıl yürütmeden geçerek ulaştığı görülmüyordu:

- Avustralya'da temsili bir demokratik sistem mevcut olup, bu sistemin Anayasa ile güvence altına alınmış olduğuna şüphe bulunmamaktadır.
- Bu bağlamda, Anayasa'da temsili demokratik sistemi güvence altına alan iki farklı hüküm mevcuttur: m. 7 ve m. 24. Anılan hükümlerden ilki Temsilciler Meclisi üyelerinin halkoyuyla seçileceğini belirtirken, ikinci ise aynı esası Senato üyeleri için tekrarlamaktadır.
- Ancak, seçmenler seçecekleri kişiler üzerinde özgür bir tartışma olanağından yoksun bırakılırlarsa, Anayasa'da yer alan ve milletvekilleri ile senatörlerin serbest seçimlerle belirleneceğine ilişkin bu hükümlerin hiçbir anlamı kalmayacaktır.

51 (1992) 177 CLR 106, F.C. 92/033. Kararın tam metni için bkz. **Australasian Legal Information Institute İnternet Sitesi:** <[<http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/sinodisp/au/cases/cth/HCA/1992/45.html?stem=0&synonyms=0&query=title\(australian%20capital%20television%20and%20commonwealth%20\)>](http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/sinodisp/au/cases/cth/HCA/1992/45.html?stem=0&synonyms=0&query=title(australian%20capital%20television%20and%20commonwealth%20))>

- Öyleyse, “siyasî haberleşme özgürlüğü”, Anayasa'da açıkça sayılmasa bile, temsili demokrasi fikrinden doğan zorunlu bir sonuçtur. Bu özgürlük olmaksızın, temsili bir demokrasinin varlığından da söz edilemeyeceği için, anılan özgürlüğün anayasal olarak korunması gerektiğine de şüphe bulunmamaktadır.⁵²

Kararın devamı yukarıdaki ilkeler ışığında okunduğunda, mahkeme çoğunluğunu oluşturan yargıçların “siyasî haberleşme özgürlüğü”nün kapsamına giren hususların neler olduğu konusunda farklı fikirleri olduğu görülmele birlikte⁵³; yukarıdaki akıl yürütme konusunda uzlaşmış oldukları da açıkça görülebilmektedir.

c. Değerlendirme

Yargısal aktivizm üzerine yapılan tartışmaların ve mahkemelerin bu yöndeki yargısal tutumlarının oldukça yaygın olduğu ABD örneğinin aksine, Avustralya Mahkemeleri'nin geleneksel olarak yasama organının üstün otoritesini tanıma ve “zımnî haklar” konusunda hüküm vermekte kaçınma eğiliminde oldukları bilinmektedir.⁵⁴ Fransız Anayasa Konseyi'nin erken dönem içtihadî çizgisiyle paralellik gösteren bu durum, tesadüfî bir sonuç olmayıp, Avustralya'nın İngiliz menşeli siyaset ve anayasa kültüründe parlamentonun sahip olduğu merkezî konumun yargı organı tarafından da benimsenmiş olduğunun bir göstergesidir. Nitekim Avustralya Anayasası'na bu gözle bakıldığında, metin içinde bir “haklar kataloğu” bölümünün bulunmadığı⁵⁵ ve yalnızca çok sınırlı bazı temel hakların açıkça düzenlenmiş olduğu görülmektedir.⁵⁶ Üstelik bu tutumun, 1900 tarihli Avustralya Anayasası'nı hazırlayan kurucu organın önünde Amerikan Haklar Bildirgesi gibi çok bilinen bir örneğin varlığına rağmen bilinçli olarak tercih edildiği bilinmektedir.⁵⁷

Anayasal mimarinin temellerini oluşturan bu tercihin, genellikle Anayasa'nın kaleme alındığı dönemlerde Avustralya'da hâkim olan “parlamento egemenliği” doktrinin etkisiyle açıklandığı gözlemlenmektedir. Bu anlayış çerçevesinde birey haklarının gerçek garantörü parlamentolar ve demokratik süreç olarak görüldüğü için, parlamentoya karşı koruma işlevi görececek bir haklar kataloğuna da ihtiyaç

52 Karar 6'ya karşı 1 oy çoğunluğuyla alınmış olup; Yargıç Dawson J. muhalif kalmıştır.

53 SPEAGLE, Donald, “Case Notes: Australian Capital Television Pty. Ltd v. Commonwealths”, *Melbourne University Law Review*, Vol. 18 (December 1992), s. 940, 941-943.

54 WEAVER, Russell L. ve Kathe BOEHRINGER, “Implied Rights and the Australian Constitution: A modified New York Times, Inc. v. Sullivan Goes Down Under”, *Seton Hall Constitutional Law Journal*, Vol. 8 (1998), s. 459.

55 The Honourable Sir A Mason, “The Australian Constitution in Retrospect and Prospect”, *Reflections on the Australian Constitution* içinde, Der. R. French G. Lindell ve C. Saunders, The Federation Press, Sydney, 2003, s. 8.

56 Bu haklar şunlardır: Oy Hakkı (m. 41), Mülkiyet Hakkına Haksız Müdahalelerin Önlenmesi (m. 51), Jürili Yargılanma Hakkı (m. 80), Din Özgürlüğü (m. 116) ve İkamet Edilen Federe Devlet Nedeniyle Ayrımcılığa Uğramama Güvencesi (m. 117).

57 Bu konudaki ayrıntılı tartışmalar için bkz. CAMPBELL, Tom, Jeffrey GOLDSWORTHY ve Adrienne STONE (Der.), *Protecting rights without a Bill of Rights: Institutional Performance and Reform in Australia*, Ashgate, Aldershot 2006 - Tüm Kitap.

bulunmadığı savunulmaktadır.⁵⁸ İlaveten, söz konusu tercihi; “...*federal bir birlik kurmak için tasarlanmış (...)* Avustralya Anayasası'nın ideolojik olmaktan ziyade pragmatik bir nitelik taşıması...” ile açıklayanlar olduğu gibi⁵⁹, Avustralya örneğinde “... *faydacı bir felsefenin doğal haklar teorisinin yerini aldığı(nı)*” ileri sürenlere de rastlanmaktadır.⁶⁰ Bu felsefi açıklamaların yanında bir de; sisteme bir haklar kataloğu eklenmesi halinde, Avustralya yerlilerinin de bu haklardan yararlanacağına ilişkin ırkçı korkuların etkisini de vurgulamak gerekmektedir.⁶¹

Sonuçta, yapılan bu anayasal tercihe ilişkin açıklama biçimi ne olursa olsun, Yüksek Mahkeme'nin bu tercihin farkında olduğuna şüphe yoktur. Nitekim Mahkeme'nin çoğunluk görüşünü kaleme alan Yargıç Mason;

“... (Avustralya Anayasası'nda) hak ve özgürlüklerin (yargısal) güvence altında oldukları yönünde bir çıkarımda bulunmak, anayasa koyucunun Anayasa 'ya bir haklar kataloğu eklememek yönündeki iradesi ile çelişmektedir...”

diyerek, anayasa koyucunun bu tercihinin Yüksek Mahkeme üyeleri tarafından da net olarak bilindiğini gözler önüne sermektedir.⁶² Bununla birlikte, Yargıç Mason'un devam eden paragraflarda bu görüşü etkili biçimde çürütmekten uzak kaldığı da gözlerden kaçmamaktadır. Zira yukarıda özetlenen akıl yürütme biçiminin savunulması, Avustralya örneğinde siyasî haberleşme özgürlüğünün bir “kişisel hak” olarak değil ama “yasama ve yürütme organlarına yönelik bir sınırlama hükmü” olarak anlaşıldığı yorumları⁶³ karşısında oldukça güçleşmektedir.

Sonuç olarak, Avustralya kamu hukukuna hâkim olan entelektüel iklime ve yargı organının yüz yıllık davranış alışkanlığına rağmen bu karar, Avustralya'da yalnızca konuyla yakından ilgili kişilerin dikkatini çeken bir yargısal bir aktivizm örneği olmakla kalmamış; aynı zamanda anayasada sayılmayan bir hakkın ölçü norm olarak ortaya konulmasını da mümkün kılmıştır.⁶⁴ Nitekim Avustralya

58 CASTAN, Melissa, “The High Court and the Freedom of Political Communication”, **Castan Centre For Human Rights Law Official Blog**, 05 Aralık 2010. <https://castancentre.com/2010/12/05/the-high-court-and-the-freedom-of-political-communication/>

59 Chief Justice Murray GLEESON, “Boyer Lectures - Four Aspects of the Constitution”, ABC Radio National, 10 Kasım 2000. **Australian Human Rights Commission Resmî İnternet Sitesi**: <https://www.humanrights.gov.au/how-are-human-rights-protected-australian-law#1>

60 COLLINS, H. “Political Ideology in Australia: The Distinctiveness of a Benthamite Society”, **Daedalus**, Winter 1985, s. 147.

61 Örneğin, 1898 Melbourne Konvansiyonu'nda konuşan Batı Avustralya Başbakanı John Forest'ın sözleri, döneme hâkim ırkçı motivasyonları gözlemek açısından mükemmel bir örnek teşkil etmektedir: “*Temel Haklar Kataloğu gibi bir hükmün kabulüne karşıyım; zira böyle bir düzenleme, yerliler hakkında Batı Avustralya'da yapılan ve pek çok yeni kolonide yapılmakta olan şeyleri etkisizleştirecektir.*” Bkz **Official Record of the Debates of the Australasian Federal Convention**, Melbourne 1898, s. 666'dan aktaran WILLIAMS, G., **The Case for an Australian Bill of Rights: Freedom in the War on Terror**, University of New South Wales, Sydney 2004, s. 21. Bu hususta ayrıca bkz. GOLDSWORTHY, J., “The Constitutional Protection of Rights in Australia”, **Australian Federation Towards the Second Century** içinde, Der. G CRAVEN, Melbourne University Press, Melbourne 1992, s. 151, 152-54.

62 Prf. 33.

63 SPEAGLE (1992), s. 947.

64 Bununla birlikte, ifade etmek gerekir ki kimi yazarlar, Avustralya Anayasal sisteminde “açıkça sayılmayan haklar”ın iki alt grupta incelenmesini önermektedirler. Buna göre; ilk grupta Anayasa

Yüksek Mahkemesi, ilerleyen zamanlarda önüne gelen başka uyuşmazlıklarda da benzer nitelikli kararlar vermeye devam etmiş⁶⁵; Mahkeme'nin bu kararları, zaman içinde halk egemenliği ve temsili demokrasi kaynaklı başka pek çok “saklı” hakkın da içtihat yoluyla ortaya çıkarılacağı yönünde beklentilerin doğmasına sebep olmuştur.⁶⁶ Hatta Mahkeme'nin aktivist yargıçlarından biri, içtihat yoluyla Avustralya'da kademeli olarak bir haklar kataloğu inşa edilmesinin dahi mümkün olacağını ileri sürmüştür.⁶⁷

Bununla birlikte, Avustralya Yüksek Mahkemesi'nin siyasî haberleşme özgürlüğü özelinde açmış olduğu bu yolun, bugün için başka hak kategorilerini de kapsayacak şekilde genişletildiğini söylemek mümkün değildir. Bu bağlamda, parlamentonun sistemdeki merkezi rolünü ve siyasî önceliğini temel alan yaklaşımın, Avustralya kamu hukuku alanında halen başat faktör olmaya devam ettiğini ifade etmek mümkündür. Buna karşın, anayasada *sayılmayan haklar* konusunun, anayasada *sayılan hakların* bile çok küçük bir istisna olduğu Avustralya sisteminde, demokratik değerlerin muhafazası konusunda oynadığı merkezi rolle, gelecekte de benzer sıçramaların yapılabileceği verimli bir zihinsel arka plân işlevi görmeye devam ettiği savunulabilir.

III. Sonuç

Yukarıdaki incelemelerden hareketle ulaşılan en temel bulgu; bazı temel hakların anayasalarda “sayılmamış” olmasının, yargı organlarının çeşitli toplumsal özgürlük ve güvenlik arayışlarına cevap vermekte zorlanmaları sonucunu doğurduğudur.

Gerçekten, özellikle “kıdemli” anayasa metinlerinde çağımız ihtiyaçlarına cevap verecek nitelikteki bazı temel hakların düzenlenmemiş olması, bu alanlara ilişkin uyuşmazlıkların yargı önüne taşınması halinde aşılması güç bazı hukukî sorunların doğumuna neden olmaktadır. Dahası, anayasal mimari içinde bir haklar kataloğuna bilinçli olarak yer verilmemiş olan sistemlerde de, temel hakların yargısal korunmasına yönelik ihtiyaç ve talepler ortadan kalkmamakta; aksine,

maddelerinin ve sistematığının yorumundan çıkan haklar bulunmaktadır. Temsili bir demokrasinin ve halka karşı sorumlu bir yhükümetin varlığını şart koşan anayasa maddelerinin yorumunda hareketle siyasî iletişim hakkının varlığının tespit edilmesi, bunun bir örneği olarak verilebilir. İkinci grupta ise, doğrudan bir anayasal norma dayanmamakla birlikte, anayasanın üzerine inşa edildiği temel kabul ve varsayımlardan hareketle “bulunan” haklar yer almaktadır. Bu tartışma hakkında bkz. STONE, Adrienne, “Australia's Constitutional Rights and the Problem of Interpretive Disagreement”, **University of Melbourne Law School Research Series No. 3**, <http://www.austlii.edu.au/au/journals/UMelbLRS/2005/3.html#fn31>

65 Bu kararlardan bazıları için bkz. *Theophanous v. Herald & Weekly Times Ltd.* (1994), *Lange v. Australian Broadcasting Corporation* (1997) (İtibar Zedeleyici Beyanlar); *Coleman v. Power* (2004) ve *Monis v. The Queen* (2013) (Sert ve Kaba Eleştirisi); *Nationwide News Pty. Ltd. v. Wills* (1992) (Hükümeti Eleştirme Hakkı); *Unions NSW v. New South Wales* (2013) (Siyasî Amaçlı Bağışlar).

66 GOLDSWORTHY, Jeffrey, “Australia: Devotion to Legalism”, **Interpreting Constitutions: A Comparative Study** içinde, Der. Jeffrey GOLDSWORTHY, Oxford University Press, Oxford 2006, s. 145 - 146.

67 Justice J TOOHEY, “Government of Laws, and Not of Men?”, **Public Law Review**, Vol. 4 (1993), s. 158.

buralarda yaşanan sorunların üstüne bir de, aslı kurucu iktidarın iradesine sadakat gösterilmediği yönünde yapılan felsefi/siyasî eleştirilerin ağırlığı eklenmektedir.

Bu sorunlardan kaçınabilmek adına, var olan bütün temel hak ve özgürlüklerin açıkça düzenlendiği anayasalar yazılması düşünülebilirse de, bunun imkânsız bir hedef olacağı açıktır. Bu durumda ise geriye yalnızca iki çözüm tarzı kalmaktadır: Ya anayasalarda sayılan hakların “sınırlı sayıda” sayılmış oldukları varsayılacak, ya da yargı organının belli koşullar altında “yeni hak alanları tanıyıcı/yaratıcı” bir işlev görebileceği kabul edilecektir.

Bu ihtimallerden ilki kabul edildiğinde, özellikle anayasalarında bir haklar kataloğu bulunmayan ülkeler açısından, kişilerin hiçbir haklarının bulunmadığı gibi son derece anlamsız bir sonucun ortaya çıkacağı aşikârdır. Anayasalarında belli (ve doğal olarak sınırlı) sayıda temel hakkın düzenlenmiş olduğu ülkeler açısından da bu yorum, zaman içinde eskiecek bir çatışma zemini inşa etmek anlamına gelecektir. Kuşkusuz, bu durumda da temel haklar alanının talî kurucu iktidarın yapacağı anayasa değişiklikleri, yasama organının hazırlayacağı kanunlar veya idarenin düzenleyici işlemleri ile genişletilebileceğini kabul edilebilir. Bununla birlikte, temel hak ve özgürlüklere yönelik tehditlerin çoğu zaman bizatihi yasama veya yürütme organlarından kaynaklandığı gerçeği karşısında, bu yorum biçiminin gerçekçi bir katkı sunamayacağı ortadadır.

Bu durumda geriye kalan tek etkin çözüm, yargı organlarının ve özellikle de anayasa mahkemeleri ile anayasa yargısı işlevi gören diğer yüksek mahkemelerin belli koşullar altında “yeni hak alanları tanıyıcı/yaratıcı” bir işlev sahibi olabileceğinin kabul edilmesidir. Gerçekten, sürekli değişen toplumsal ihtiyaçlar ve yeni yüzyılın getirdiği yeni tehditler karşısında, insanların ihtiyaç duyacakları asgarî hukukî güvenlik ortamının ancak bu yolla sağlanabileceğine şüphe yoktur.

Bu bağlamda değinilmesi gereken bir diğer bulgu da, anayasada sayılmayan haklar bağlamında verilen kararların doğurduğu tartışmaların zaman içinde azalma eğilimi gösterdiğidir.

Gerçekten, anayasada sayılmayan hakları konu alan kararların, ilk başta toplumun çeşitli kesimlerinden yükselen ciddi eleştirilerle karşılaştığı görülmektedir. Dahası, anılan kararların parlamento çoğunluğu ve yürütme organıyla da zorunlu bir çatışma haline yol açtığı düşünüldüğünde, bu kararlara ve genelde yargı organına yönelik eleştirilerin şiddetinin artması da kaçınılmaz olmaktadır. Buna karşın, yapılan karşılaştırmalı gözlemlerin ortaya koyduğu bir diğer sonuç; verilen kararların farklı toplum kesimleri açısından kapsayıcılığının artmasına bağlı olarak, anılan eleştirilerin de gittikçe hafifleme eğilimi gösterdiğidir. Bu durum, haklar alanının genişlemesinin toplumlar tarafından uzun vadede benimsenmesi gibi bir eğiliminin var olduğu şeklinde yorumlanabilir. Ancak hiç kuşku yok ki, bu konuda siyasî seçkinlerin tavrı da büyük önem taşımaktadır. Bu bağlamda, iktidar ve muhalefet arasında makul aralıklarla görev değişiminin

yaşandığı ülkelerde, yargının temel haklar alanındaki aktif tutumunun güvence biçiminde anlaşılmasının daha kolay gerçekleştiği görülmektedir.

Bu kapsamda son olarak ülkemizde mevcut duruma bakıldığında ise; anayasada sayılmayan hakların içtihat yoluyla keşfi konusunda karmaşık mesajlar içeren bir mimarının var olduğu söylenebilir. Bu bağlamda Anayasa'nın 2. maddesinde geçen ve Türkiye Cumhuriyetinin "...insan haklarına saygılı..." bir devlet olduğunun belirten hüküm ile 12. maddede yer alan "*Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir*" hükmü, bu konuda ucu açık bir düzenlemeye gidildiği izlenimi doğurmaktadır. Buna karşın, Anayasa'nın başlangıç metninde geçen; "*Her Türk vatandaşının bu Anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden (...) yararlanma...*" hakkına sahip olduğuna dair ifade ise, okuyucuyu Anayasa koyucunun temel haklara ilişkin kapalı bir liste yapmış olduğu sonucuna götürmektedir. Benzer şekilde, temel hakların "...yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak..." sınırlanabileceğini belirten 13. madde ile "*Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbirinin*..." kötüye kullanılmayacağını ifade eden 14. madde hükümleri de, her bir temel hakkın Anayasa'nın ilgili maddesinde tanınmış olması gerektiğine işaret etmektedir. Bu koşullar altında ve anayasamızda oldukça detaylı bir haklar kataloğunun da mevcut olduğu düşünüldüğünde, Türkiye'de anayasada *sayılan* hakların çağdaş ve yenilikçi yorumundan hareketle sonuçlara varmanın, öngörülebilir gelecekte ortaya çıkacak yargısal korunma ihtiyaçlarının tatmini açısından daha gerçekçi bir çözüm tarzı olacağı sonucuna varmak mümkündür.

Bütün bu tartışmaların ardından, anayasada sayılmayan haklar konusundaki içtihadî keşiflerin 21. yüzyıldaki muhtemel seyrine bakıldığında ise, bu türden kararların, özellikle detaylı bir haklar kataloğu içeren anayasal sistemler açısından istisnai bir nitelik taşıyacağını varsaymak mümkündür. Bununla birlikte; "barış hakkı", "insanlığın ortak kültürel mirasına saygı gösterilmesini isteme hakkı" gibi yeni kuşak haklara ilişkin tartışmalar, anayasacılığın klâsik teorisinin ve geçtiğimiz birkaç yüzyılın anayasal birikiminin, önümüzdeki yüzyılda ciddi ölçüde test edileceğine işaret etmektedir. Bu bağlamda, anayasalarda açıkça sayılmayan haklara dair yargısal arayışların, anayasa yargısının 21. yüzyılın toplumsal ve siyasî sorunlarına cevap verme potansiyelini belirleyecek anahtarlardan biri konumuna yükseleceği öngörmenin, gerçekçi bir yorum tarzı olacağı düşünülmektedir.

KAYNAKÇA

Kitap ve Makaleler:

- BOZLAK, Ayhan, **ABD Hukukunda Özel Hayatın Gizliliği Hakkının Korunması**, Beta, İstanbul 2015.
- CAMPBELL, Tom, Jeffrey GOLDSWORTHY ve Adrienne STONE (Der.), **Protecting rights without a Bill of Rights: Institutional Performance and Reform in Australia**, Ashgate, Aldershot 2006.
- CASTIGLIONE, Dario: “The Political Theory of the Constitution”, **Political Studies**, XLIV (1996).
- COLE, Alistair, **French Politics and Society**, Prentice Hall, Essex 1998.
- COLLINS, H. “Political Ideology in Australia: The Distinctiveness of a Benthamite Society”, **Daedalus** (Winter 1985), s. 147.
- EDWARDS, John, **Keating, The Inside Story**, Penguin Books, 1996.
- FALLON, Richard H. Jr., **The Dynamic Constitution: An Introduction to American Constitutional Law**, Cambridge University Press, Cambridge 2004.
- FRIEDRICH, Carl, J.: **The Philosophy of Law in Historical Perspective**, The University of Chicago Press, Princeton 1969.
- GOLDSWORTHY, J., “The Constitutional Protection of Rights in Australia”, **Australian Federation Towards the Second Century** içinde, Der. G CRAVEN, Melbourne University Press, Melbourne 1992.
- GOLDSWORTHY, Jeffrey, “Australia: Devotion to Legalism”, **Interpreting Constitutions: A Comparative Study** içinde, Der. Jeffrey GOLDSWORTHY, Oxford University Press, Oxford 2006.
- GÖLBAŞI DİNÇ, Aslı, “Anayasa Hukukunda İsimli Özgürlüklerin Sınırlandırılması Sorunu”, **Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S.1 (Nisan 2017).
- GÖREN, Zafer, “Türk-Alman Hukukunda Kişiliğin Korunması”, **Anayasa Yargısı**, Cilt 9, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara 1992.
- GÖZLER, Kemal, “Sigara İçme Özgürlüğü ve Sınırlar: Özgürlüklerin Sınırlandırılması Problemi Açısından Sigara Yasağı”, **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl 47, Sayı 1 (Ocak 1990).
- GÖZLER, Kemal, “Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloğu Kavramına İhtiyaç Var mıdır?”, **Ankara Üniversitesi Siyasî Bilgiler Fakültesi Dergisi**, Cilt 55, Sayı 3 (Temmuz-Eylül 2000).
- GÖZLER, Kemal, **Anayasa Hukukun Genel Teorisi - Cilt II**, Ekin Yayınevi, Bursa 2011.

- GÖZLER, Kemal, **İnsan Hakları Hukuku**, Ekin Yayınları, Bursa 2017.
- GÜMÜŞ, Tarık, **Türk Anayasasında Kişinin Maddi ve Manevi Varlığını Koruma ve Geliştirme Hakkı**, Eğitim Akademi Yayınları, Konya 2010.
- GÜRİZ; Adnan, **Hukuk Başlangıcı, Hukukun Temel Kavramları ve Kurumları**, Turhan Kitabevi, Ankara 2003.
- HEYWOOD, Andrew, **Key Concepts in Politics**, Palgrave, London 2000.
- HUGHES, C. A., "Australia and New Zealand", **Electioneering: A comparative study of continuity and change** (Der. D. Butler ve A. Ranney) içinde, Clarendon Press, Oxford 1992.
- KABOĞLU, İbrahim, **Özgürlükler Hukuku**, İmge Kitabevi, Ankara 2002.
- KAPANİ, Münci, **Kamu Hürriyetleri**, Yetkin Yayınları, Ankara 1993.
- KERSCH, Ken I., **Constructing Civil Liberties, Discontinuities in the Development of American Constitutional Law**, Cambridge University Press, Cambridge 2004.
- KNAPP, Andrew ve Vincent WRIGHT, **The Government and Politics of France**, Routledge, London 2001.
- KOMMERS, Donald P., John E. FINN ve Gary J. JACOBSON, **American Constitutional Law, Essays, Cases and Comparative Notes, Vol. I**, Rowman & Littlefield Publishers, Inc., Lanham 2010.
- KOOPMANS, Tim, **Courts and Political Institutions, A Comparative View**, Cambridge University Press, Cambridge 2003.
- LACHARRIÈRE, René, "Opinion dissidente", **Pouvoirs**, Vol. 13 (1980)
- LAVROFF, Dimitri, **Le Systeme Politique Francais**, Paris 1991.
- LAVROFF, Dimitri Georges, **Le droit constitutionnel de la Ve Republique**, Dalloz, Paris 1995.
- McAFFEE, Thomas B., "Unenumerated Rights Under the U.S. Constitution", **Nevada Lawyer**, Vol. 28 (2001).
- MUMCU, Ahmet ve Elif KÜZECİ, **İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri - Kavramlar, Evrensel ve Ulusal Gelişimleri, Bugünkü Durumlar**, Turhan Kitabevi, Ankara 2007.
- NORD, Philip G., **France's New Deal: From the Thirties to the Postwar Era**, Princeton University Press, Princeton 2010.
- O'NEILL, Johnathan, **Originalism in American Law and Politics: A Constitutional History**, The Johns Hopkins University Press, Baltimore 2007.
- ROGGE, O. John, "Unenumerated Rights", **California Law Review**, Vol 47, No. 5 (1959).

- SAĞLAM, Fazıl, *Temel Hak ve Hürriyetlerin Özü*, **Ankara Üniversitesi Siyasî Bilgiler Fakültesi Yayını**, Ankara 1982.
- SENCER, Muzaffer, “Hak ve Özgürlük Kavramı”, **İnsan Hakları Yıllığı**, Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayını, Cilt 14 (1992).
- SARFAN, William, **The French Polity**, Longman Publishers, New York 1995
- SARTORI, Giovanni: “Constitutionalism: A Preliminary Discussion”, **The American Political Science Review**, Vol. 56, No. 4 (1962).
- SENCER, Muzaffer, “Hak ve Özgürlük Kavramı”, **İnsan Hakları Yıllığı**, Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayını, Cilt 14 (1992).
- SPEAGLE, Donald, “Case Notes: Australian Capital Television Pty. Ltd v. Commonwealths”, **Melbourne University Law Review**, Vol. 18 (1992).
- The Honourable Sir A Mason, “The Australian Constitution in Retrospect and Prospect”, **Reflections on the Australian Constitution** içinde, Der. R. French G. Lindell ve C. Saunders, The Federation Press, Sydney, 2003.
- TURHAN, Mehmet: “Anayasa ve Anayasacılık”, **Amme İdaresi Dergisi**, Cilt 27, Sayı 3 (Eylül 1994).
- TUSHNET, Mark, “Can You Watch Unenumerated Rights Drift?”, **Journal of Constitutional Law**, Vol. 9, No. 1 (2006).
- TUSHNET, Mark (Der.), **I Dissent: Great Opposing Opinions in Landmark Supreme Court Cases**, Beacon Press Books, USA 2008.
- YOUNG, Sally, “A Century Of Australian Political Communication: From 1901 to 2001”, **ANZCA03 Conference**, Brisbane, Temmuz 2003.
- VILE, John R., **Essential Supreme Court Decisions: Summaries of Leading Cases in U.S. Constitutional Law**, Rowman & Littlefield Publishers, Inc., U.K. 2004.
- WARD, I., **Politics of the Media**, Macmillan Education Australia, South Melbourne 1995.
- WARREN, Samuel D. ve Louis D. BRANDEIS, “The Right to Privacy”, **Harvard Law Review**, Vol. 9, No. 5 (1890)
- WEAVER, Russell L. ve Kathe BOEHRINGER, “Implied Rights and the Australian Constitution: A modified New York Times, Inc. v. Sullivan Goes Down Under”, **Seton Hall Constitutional Law Journal**, Vol. 8 (1998).
- WRIGHT, Vincent, **The Government and Politics of France**, Holmes & Meier Publishers, Inc. New York 1989.
- WILLIAMS, G., **The Case for an Australian Bill of Rights: Freedom in the War on Terror**, University of New South Wales, Sydney 2004.

YAVUZDOĞAN, Seçkin, "Tütün Çiğneme, Emme, Tüttürme Özgürlüğünün Sınırlandırılması ve 4207 sayılı Kanun Üzerine Birkaç Not", **Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S. 1 (Aralık 2011).

İnternet Siteleri ve Web Günlükleri:

Anayasa Konseyi'nin Resmî İnternet Sitesi: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/1971/71-44-dc/decision-n-71-44-dc-du-16-juillet-1971.7217.html>>

Anayasa Konseyi'nin Resmî İnternet Sitesi: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/1971/71-44-dc/decision-n-71-44-dc-du-16-juillet-1971.7217.html>>

Anayasa Konseyi'nin Resmî İnternet Sitesi: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/pdf/conseil-constitutionnel-5077.pdf>

Australasian Legal Information Institute İnternet Sitesi: <[http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/sinodisp/au/cases/cth/HCA/1992/45.html?stem=0&synonyms=0&query=title\(australian%20capital%20television%20and%20commonwealth%20\)](http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/sinodisp/au/cases/cth/HCA/1992/45.html?stem=0&synonyms=0&query=title(australian%20capital%20television%20and%20commonwealth%20))>

Australasian Legal Information Institute İnternet Sitesi: <[http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/sinodisp/au/cases/cth/HCA/1992/45.html?stem=0&synonyms=0&query=title\(australian%20capital%20television%20and%20commonwealth%20\)](http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/sinodisp/au/cases/cth/HCA/1992/45.html?stem=0&synonyms=0&query=title(australian%20capital%20television%20and%20commonwealth%20))>

CASTAN, Melissa, "The High Court and the Freedom of Political Communication", **Castan Centre For Human Rights Law Official Blog**, 05 Aralık 2010. <https://castancentre.com/2010/12/05/the-high-court-and-the-freedom-of-political-communication/>

Chief Justice Murray GLEESON, "Boyer Lectures - Four Aspects of the Constitution", ABC Radio National, 10 Kasım 2000. **Australian Human Rights Commission Resmî İnternet Sitesi:**

<https://www.humanrights.gov.au/how-are-human-rights-protected-australian-law#1>

Federal Election Results 1949-1993, Department of the Parliament Library, Parliament of the Commonwealth of Australia, 1993. <https://www.aph.gov.au/binaries/library/pubs/bp/1993/93bp24.pdf>

STONE, Adrienne, "Australia's Constitutional Rights and the Problem of Interpretive Disagreement", **University of Melbourne Law School Research Series No.3**,

<http://www.austlii.edu.au/au/journals/UMelbLRS/2005/3.html#fn31>

Diğer

TUSHNET, Mark, “Testimony of Mark Tushnet, Carmack Waterhouse Professor of Constitutional Law Georgetown University Law Center”, *presented to The Subcommittee on the Constitution Committee on the Judiciary United States House of Representatives*, April 22, 1996.

İncelenen Kararlar:

Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479 (1965) [Amerika Birleşik Devletleri]

Conseil Constitutionnelle Decision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971, *Liberte d'association* [Fransa]

Australian Capital Television Pty Ltd v. Commonwealth, [1992] HCA 45; (1992) 177 CLR 106, F.C. 92/033 (1992) 177 CLR 106 [Avustralya]

(57. Makale - 2018)

Dr. Öğr. Üyesi
İsmail KÖKÜSARI

*Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru
Yolunda İhlal Kararlarının Kesinliği,
Bağlayıcılığı ve Etkisi**

* İsmail Köküarı, "Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Yolunda İhlal Kararlarının Kesinliği, Bağlayıcılığı ve Etkisi", Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 2018, Cilt: XXII, Sayı: 1-2, 56sf.

ANAYASA MAHKEMESİ'NE BİREYSEL BAŞVURU YOLUNDA İHLAL KARARLARININ KESİNLİĞİ, BAĞLAYICILIĞI VE ETKİSİ

*Dr. Öğr. Üyesi İsmail KÖKÜSARI**

Özet

Çalışmada, Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru neticesinde vermiş olduğu ihlal kararlarının kesinliği, bağlayıcılığı ve etkisi irdelenmiştir. Mahkemenin ihlal kararlarının kesinliği, şekli ve maddi anlamda kesinlik ayrımı üzerinden ele alınmıştır. İhlal kararlarının bağlayıcılığı, gerekçelerin ve hüküm kısmının bağlayıcılığı olarak iki başlık altında incelenmiştir. Ayrıca, Anayasa Mahkemesi kararlarının emsal bağlayıcılık etkisine sahip olup olmadığı da tartışılmıştır. Kararların kişi bakımından etkisi, herkes için etki ve sadece taraflar için etki ayrımı bağlamında ele alınmıştır. Zaman bakımından etki de bu son başlıkta incelenmiştir. Pilot kararların ve toplu kararların etkisine de kısaca yer verilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Kesinlik, bağlayıcılık, herkes için etki, taraflar için etki, emsal, ihlal, bireysel başvuru, Anayasa Mahkemesi

Abstract

This article explores the finality, bindingness and effects of the Constitutional Court judgements arising from individual application on human rights. Under the title 'finality of judgements', it has been discussed the material and procedural finality of the judgements. In the second part, we analyzed the bindingness of Constitutional Court judgements arising from individual application on human rights, by classifying the bindingness of justifications and the bindingness of operative part. It is also discussed that whether judgements on human rights are stare decisis. The third part of this article covers erga omnes and inter partes effects of judgements. The effects of pilot judgement and group/class judgements take place in this part as well.

Keywords: Finality, bindingness, erga omnes effect, inter partes effect, precedent, breach, individual application, Turkish Constitutional Court

* Erzurum Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.
Makale Geliş Tarihi:23/10/2018 / Makale Kabul Tarihi:12/11/2018

GİRİŞ

Bireysel başvuru yolu, hukuk düzenine 2010 Anayasa değişiklikleri ile ‘sonradan girmiş’ bir yapıdır. Norm denetimi ile kıyaslandığında, bireysel başvuru yolu için tespit edilebilecek bazı ayırt edici özellikler vardır. Bunlardan ilki, bireysel başvuru yolunun hukuk sisteminin bir kurucu unsuru olarak inşa edilmemiş, sonradan entegre edilmiş olmasıdır. Buna ek olarak bireysel başvuru neticesinde verilen kararlar, kurucu ve inşâî nitelikte değil, *tespit edici ve uyarıcı niteliktedir*¹. Dahası bu yol, *ikincil (tâli) bir hukuki çaredir*. Yani, hak ihlallerinin öncelikle dava mahkemeleri ile telâfi edilmesi gerekmektedir.

Yeni ve gelişmekte olan bir hukuk yolu olarak ifade edebileceğimiz bu yolun, henüz kendine has karakterinin oluşmakta olduğunu ve zamanla gelişeceğini ileri sürmek mümkündür. Ayrıca, 6 yılı aşan tatbikatında da görüldüğü gibi, bireysel başvuru yolu *içtihadî bir yoldur*. Diğer bir deyişle, tüzük, kanun ve Anayasada yer alan pozitif düzenlemelere karşın, onun esas kurucusu Anayasa Mahkemesi’dir. Son olarak, kanaatimizce *adaptasyon* da bu yolun bir niteliğidir. Zira, Anayasa Mahkemesi’nin kararlarından da görüleceği üzere, AİHS ve AİHM pratiği, Mahkeme’nin kararlarının ana yapısını oluşturmakta ve hakların içeriği bu pratiğe göre adapte edilmeye çalışılmaktadır.

Bu temel açıklamalardan hareketle, çalışmada, bireysel başvuru yolunun Anayasa Mahkemesi’nin diğer yetkilerinden nitelik itibarıyla farklı olduğunu ve bu farklılıkların kararların kesinliğine, bağlayıcılığına ve etkisine sirayet ettiğini aşağıda farklı açılardan göstereceğiz.

Bu kapsamda, çalışma içerisinde, üç ayrı başlık oluşturulmuştur. İlk başlık, ihlal kararlarının kesinliğine ayrılmıştır. Kesinlik, maddi ve şekli anlamda kesinlik ayrımları ele alınarak incelenmiştir. Maddi anlamda kesinliğin çeşitli etki ve sınırlarına da bu başlık altında yer verilmiştir.

İkinci ana başlık ise bağlayıcılık ile ilgilidir. Bu başlıkta, kısaca iptal kararlarının bağlayıcılığı hakkında da bilgi verilmiştir. Ayrıca, ihlal kararlarının bağlayıcılığı, kararların gerekçeleri ve hüküm kısmı açısından ayrı ayrı ele alınmıştır. Son

1 Aslında Anayasa Mahkemesi’nin bireysel başvuru neticesinde verdiği ihlal kararlarının, ‘*ihlalin varlığını ortaya çıkarmak*’ açısından ‘*inşâî*’ olduğunu da söyleyebiliriz. Eğer Anayasa Mahkemesi, ileride, AİHM’nin yaptığı gibi bireysel ve somut tedbirlere hükmetmeye başlarsa, kararların bütünüyle inşâî olmaya doğru evrileceğini de tahmin edebiliriz. Ayrıca bkz. AİHM’nin ihlal kararlarının *izharî (declaratory)* nitelikte olduğu noktasında **Hans-Joachim Cremer**, “Prescriptive Orders in the Operative Provisions of Judgments by the European Court of Human Rights: Beyond res judicanda?”, *İç. (editörler: Anja Seibert-Fohr/Mark E. Villiger), Judgments of the European Court of Human Rights Effects and Implementation*, Ashgate, 2015, s.49. Fakat, kanaatimizce artık AİHM’nin ihlal kararı vermesi durumunda, ihlalin taraf devlet tarafından giderilmesi için bireysel, somut tedbirlere doğrudan hükmetmesi gerçeği karşısında, kararların izharî olmaktan, icraî olmaya doğru evrildiğini ifade edebiliriz. Örneğin *Papamichalopoulos ve Diğerleri/Yunanistan* kararında, Mahkeme, ihlalin giderilmesinde tazminat bir çare olmadığı için, nasıl giderileceğini açıkça hüküm kısmında taraf devlete göstermiştir (**Cremer**, s.53). Tüm bunlara karşılık, Mahkemenin iç hukuktaki bir kanun veya genel düzenleyici işlemi iptal etmesi veya geri almasının söz konusu olamayacağı ittifakla kabul edilmektedir (**Dominik Halder**, *The Pilot-Judgment Procedure of the European Court of Human Rights*, Martinus Nijhoff Publisher, 2013, s.140).

olarak, bireysel başvuru neticesinde verilen ihlal kararlarının ‘emsal bağlayıcılık’ etkisine sahip olup olmadığı da tartışılmıştır.

Çalışmanın üçüncü başlığı, bireysel başvuru neticesinde verilen ihlal kararlarının etkisine ayrılmıştır. Bu başlıkta hem kararların *erga omnes* (herkes için) hem de *inter partes* (sadece taraflar için) etkisi incelenmiştir. Kararların zaman bakımından etkisi, geçmişe etki ve geleceğe etki bağlamında yine bu başlık altında ele alınmıştır. Bütün bu incelemelerde, Anayasa Mahkemesi’nin ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin (AİHM) kararlarından somut örnekler sunulmuştur.

Ş1. İHLAL KARARLARININ KESİNLİĞİ

I. İPTAL KARARLARININ KESİNLİĞİNE GENEL BİR BAKIŞ

Anayasa Mahkemesinin iptal kararlarının kesinliği bazı yazarlarca daha önce genel hatlarıyla incelenmiştir. Bu kapsamda şekli ve maddi anlamda kesinlik ayrımı yapılmıştır. Şekli anlamda kesinlik, Mahkemenin verdiği kararlara karşı başvurulabilecek herhangi bir olağan kanun yolunun bulunmaması olarak tanımlanmıştır². Gerçekten de Mahkemenin norm denetimi sonucunda vermiş olduğu kararlara karşı olağan bir itiraz veya temyiz yolu söz konusu olmadığı için, bunların şekli anlamda kesin olduğunu söylemek mümkündür. Maddi anlamda kesinlik ise, hukuk yargılamasındaki teorik ayırmadan esinlenilerek, karar ile sonuca bağlanmış olan uyumsuzluğun bir daha başka bir uyumsuzluğa konu olamayacak şekilde nihayete erdirilmiş olması olarak tanımlanmıştır. Diğer bir deyişle, tarafları, konusu ve sebebi aynı olan yeni bir davanın açılmayacağı şeklinde anlaşılmıştır³. Bu kapsamda Mahkemenin norm denetimi sonucunda verdiği iptal kararında, artık iptal edilen hükmün Anayasaya aykırılığı nihayete ermiş ve maddi anlamda kesinleşmiştir. Ret kararları açısından da, Mahkemenin bir kanun maddesinin veya fıkrasının Anayasaya aykırı olmadığını tespit etmesi, artık bu durumun maddi anlamda kesinleştiği anlamına gelmektedir. Yani, bir daha aynı madde veya fıkranın tekrar dava konusu olmaması sonucu çıkmaktadır. Buna karşılık, Gözler’in ifade ettiği gibi, Anayasa’da sadece on yıllık bir sınır konulduğu için, ret kararlarının maddi anlamda kesinliği zaman bakımından sınırlandırılmıştır⁴.

Norm denetiminde verilen kararların kesinliği ile ilgili olarak doktrinde benimsediğimiz daha detaylı ayrımlar da yapılmıştır. Şimdilik sadece şunu belirtmekle yetinelim ki, kararların kesinliği, bağlayıcılığı ve etkisi birbirinden ayrı şeylerdir. Bu ayrımların eleştirisi bir alt başlıkta yapılacaktır.

2010 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile Yüce Divan sıfatı ile verilen kararlara karşı Mahkemeden yeniden inceleme istenebilmesinin yolu açılmıştır. Bunlar ancak, bu incelemenin sonucunda verilen karar ile şekli anlamda kesinleşebilecekler (Ay. m. 48)⁵. Yüce divan yolunda, maddi kesinlik ise, bir kişi hakkında verilen

2 Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, Ekin Yayınevi, Bursa, 2018, s.1110; İbrahim Ö. Kaboğlu, *Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)*, Legal Yayınevi, İstanbul, 2018, s.386.

3 Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 1110.

4 Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 1111.

5 Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 1028.

beraat veya mahkumiyet gibi kararların, o davada failin ilgili fiilleri işlediğinin veya işlemediğinin bir daha uyuşmazlığa konu edilemeyecek şekilde bitirilmesidir. Siyasi parti kapatma davası sonucunda verilen kararlar, bunlara karşı bir olağan başvuru yolu mümkün olmadığı için verildiği anda şekli olarak kesindir⁶. Maddi anlamda kesinliği ise, partinin kapatıldığının veya devlet yardımından yoksun bırakıldığının maddi olarak kesinleştiğini ve bu hususun bir daha uyuşmazlık konusu olamayacağını ifade eder⁷.

II. İHLAL KARARLARININ KESİNLİĞİ

A. Şekli Anlamda Kesinlik

Anayasa’daki bir hakkın kamu gücü tarafından ihlal edildiğinin tespit edilmesi halinde, ihlalin varlığına karar verilir. Eğer söz konusu işlem veya eylem bir hakkı ihlal etmemişse, o zaman ihlalin yokluğuna hükmedilir.

Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru yolunda vermiş olduğu bir ihlal veya ihlalin yokluğu kararının kesinliğini de şekli ve maddi anlamda kesinlik olarak ikiye ayırabiliriz. Şekli anlamda kararın kesinliği, mahkemenin vermiş olduğu kararın (ihlalin varlığı veya yokluğu) herhangi bir olağan kanun yolu başvurusuna konu olmamasıdır. Tıpkı norm denetiminde verilen kararlardaki gibi, Anayasa Mahkemesi bölümlerinin ve genel kurulunun bireysel başvuru yolunda verdiği kararlara karşı olağan bir kanun yolu söz konusu olmadığı için, bunların şekli anlamda kesin olduğunu söyleyebiliriz⁸. Mahkemenin ihlal kararının bir mahkeme veya kurum tarafından gereği gibi veya hiç icra edilmemesi nedeniyle tekrar bireysel başvuruda bulunulması, şekli anlamda kesinliğe aykırı bir durum doğurmayacaktır. Keza, bu kararlara karşı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvuru yapmak da, olağan bir iç hukuk yolu olmadığı için şekli anlamda kesinliğe engel teşkil etmez.

B. Maddi Anlamda Kesinlik

Bireysel başvuru yolunda verilen ihlalin varlığı veya yokluğu ile ihlalin varlığı halinde bunların giderilmesi yönünde verilen kararların maddi anlamda kesinliği, mahkemenin ihlalin varlığı veya yokluğuna dair tespitinin içeriksel olarak kesinleştiğini, bir daha aynı kişinin aynı olay veya işlemde kaynaklanan aynı hakka yönelik bir hak ihlali iddiasında bulunamayacağını göstermektedir. Daha somut bir örnek vermek gerekirse, Anayasa Mahkemesinin yakın tarihli bir kararını ele alabiliriz. Boşanma davasına dayanan ihlal iddiasında öncelikle, yerel mahkemede cereyan eden olaylardan bahsederek, oradaki hükmün şekli ve maddi anlamda kesinliğinden, bireysel başvurudaki görünümüne geçeceğiz. Olayda, yerel mahkemede davalı eşi bayan B ile evliliğinin çekilmez hale geldiğini ve şiddetli geçimsizlik yaşadıklarını iddia eden davacı M, eşi B’nin evlilikten önce giydiği ve evlendikten

6 Ayhan Döner/İsmail Köküsarı, “AİHM Kararlarının Anayasa Mahkemesi Kararları Açısından Yargılamanın Yenilenmesi Sebepi Olup Olmayacağı Sorunu”, *Gazi ÜHFD*, C. XII, Sayı 1-2, Ankara, 2008, s.667 vd.

7 Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, s.435.

8 Bkz. aynı yönde Ulaş Karan, *Öğretide ve Uygulamada Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı ve İcrası*, XII Levha Yayınevi, İstanbul, 2018, s.128.

sonra değiştirmeye söz verdiği dini giysiyi (çarşaf) bir türlü değiştirmeye yanaşmadığını, oysa kapalı olarak hayatına devam etse de daha modern giymesini istediğini, bu nedenle aralarında sürekli tartışma ve geçimsizlik yaşandığını iddia etmiştir. Yerel mahkeme, davacının davasını haklı bularak boşanmaya karar vermiş, davalının açtığı karşı davadaki tazminat ve nafaka taleplerini de kendisi kusurlu olduğu için reddetmiştir⁹. Bu dava temyiz ve karar düzeltme aşamalarından geçerek şekli olarak kesinleşmiştir. Maddi anlamda, B ile M'yi evli statüsünden çıkaran hüküm kısmı ile nafaka ve tazminat talebinin reddedildiğine dair hüküm kısmı bir daha uyuşmazlık konusu olamayacak derecede nihayete ermiştir. Bu konuda, olağan bir başvuru yolu ve herhangi yeni bir uyuşmazlık söz konusu olamayacaktır.

Davalı B, yerel mahkemenin, dini saiklerle giydiği giysi nedeniyle boşanma davasını kabul ettiğini ve bunun din hürriyetini ihlal ettiğini ileri sürerek Mahkemeye bireysel başvuru yapmıştır¹⁰. Mahkeme incelemesi sonucunda, başvuruçunun dini giysisinin, sadece boşanma davasında yerel mahkemece boşanmanın somut sebebi (ortak hayatı kendilerinden beklenmeyecek derecede temelinden sarsan olgu) olarak tespit edilmesinin, din hürriyetini ihlal etmediği kanaatine ulaşmıştır. Bu nedenle din hürriyetinin ihlal edildiği yönündeki iddiaların açıkça dayanaktan yoksun olduğu hükmüne bağlanmıştır¹¹.

Mahkemenin bu kararı açısından, herhangi bir olağan başvuru yolunun bulunmaması onun şekli anlamda kesinliğini gösterir. Maddi anlamda kesinlik açısından bakılırsa, A'nın M ile boşanma davasında, yerel mahkemenin kararının din hürriyetini ihlal etmediğine dair hüküm kısmı (her ne kadar hüküm de açıkça dayanaktan yoksunluk nedeniyle kabul edilemezlik olarak ifade edilse de), kesin hüküm mahiyetindedir. Bir daha taraflardan herhangi birisi, somut boşanma davasındaki mahkeme kararından kaynaklı bir din hürriyeti ihlalinin varlığını uyuşmazlık konusu yapamayacaktır. Bu örneği, aşağıda göreceğimiz maddi anlamda kesin hükmün etkileri açısından da kullanmaya devam edeceğiz.

Ceza ve medeni yargılama hukukunda kesin hükmü inceleyenler, genellikle aşağıdaki ayrımlar üzerinden konuyu incelemişlerdir. Bu nedenle bu ayrımlardan da bahsetmek yerinde olacaktır.

1. Maddi Anlamda Kesinliğin Olumsuz Etkisi

Medeni usul hukukunda, maddi anlamda kesin hükmün olumsuz etkisi, kesinleşen bir meselenin konusu, sebebi ve tarafları aynı olan başka bir davaya konu

9 *Asiye Lekesiz Başvurusu*, AYM, Başvuru no. 2015/6064, Karar tarihi 13 Eylül 2018.

10 Bkz. başvuru gerekçesi ve ihlal iddiası şu şekildedir: "Başvuruçucu; yaşam tarzının ve bu kapsamda çarşaf giydiğinin davacı tarafından evlilik birlikteliği öncesinde bilindiğini, nişanlılık döneminde de çarşaf konusundaki ihtilaf nedeniyle nişanlılığın sonlandığını ancak davacının daha sonra bu hususu kabul ettiğini beyan etmesi üzerine evlendiklerini belirtmiştir. Başvuruçucu, buna rağmen derece mahkemelerinin -hatalı olarak- geçimsizlik kaynağı olarak çarşaf giymesini gösterdiklerini ileri sürmüştü; bu suretle davacının kıyafetini yönlendirmesinin derece mahkemelerince de benimsendiğini ve giydiği kıyafet kusur gibi gösterilerek davacının davasının kabulü ile kendi davasının reddine karar verildiğini ifade etmiştir".

11 *Asiye Lekesiz Başvurusu*, AYM, Başvuru no. 2015/6064, Karar tarihi 13 Eylül 2018.

olamaması anlamına gelmektedir¹². Bu etki başka şekillerde de ifade edilmiştir. Örneğin, Gözler “res Iudicata”nın (kesin hükmün) “tekrar yargılama yasağı” şeklinde bir sonucu olduğunu ifade ederek, bu başlık altında hükmün olumsuz etkisini incelemiştir¹³. Genelde öğretilerde maddi anlamda kesinlik bu şekilde ifade edilmektedir.

Ceza hukukunda “nebis in idem” ilkesi kapsamında incelenen maddi anlamda kesin hükmün olumsuz etkisi, bir fiil nedeniyle yargılanan veya mahkum olan bir kimsenin aynı fiili nedeniyle bir daha yargılanamayacağı veya mahkum edilemeyeceği anlamına gelmektedir¹⁴. Burada Akkaş’ın belirttiği gibi, hukuk muhakemesinde konusu, tarafları ve sebebi aynı olma şartı değişim göstererek, fiilin ve failin aynılığı ortaya çıkmaktadır¹⁵.

Akkaş’a göre kesin hükmün olumsuz etkisi, aynı muhakeme alanındaki mahkemeler arasında olur¹⁶. Yani hukuk mahkemesinde hakkında hüküm verilen tarafları, konusu ve sebebi aynı olan bir meselenin, ceza mahkemesinde de görülmesine bir engel yoktur. Bu doğrultuda, hukuk mahkemeleri açısından hukuk mahkemelerinde, ceza mahkemeleri açısından ceza mahkemelerinde olumsuz etki söz konusudur¹⁷.

Bu kapsamda bireysel başvuru yolunda kesin hükmün olumsuz etkisini, aynı işleme veya mahkeme kararına (sebeup) dayanılarak aynı kişi (taraf) tarafından aynı hakkın (konu) ihlal edildiğinin ileri sürülememesi olarak ifade etmek mümkündür. Örnek olayda, Başvurucu A’nın din hürriyetinin ihlal edilmediğinin tespiti halinde, bir daha boşanma davasındaki hakimın kararından kaynaklanan bir din hürriyeti ihlalinin olduğu A tarafından ileri sürülemeyecektir.

2. Maddi Anlamda Kesinliğin Olumlu Etkisi

Maddi anlamda kesin hükmün olumlu etkisi, daha önceki bir davada kesinleştiği ileri sürülen meselenin veya talebin tamamının veya bir kısmının daha sonraki davadaki hakim tarafından nazara alınması gereğini ifade etmektedir¹⁸. Bu anlamda olumlu etkinin, bir mahkemenin daha önceki bir davadaki tespitinin, bu dava ile ilgili olan bir başka davada göz önünde tutulması anlamında kullanıldığı görülmektedir. Maddi anlamda kesin hükmün olumlu etkisi, olumsuz etkiden farklı olarak, farklı muhakeme alanına dahil olan mahkemeler arasında da cereyan edebilir¹⁹. Örneğin trafik kazasında zarar görenler hukuk mahkemelerinde tazminat davası açtığı halde, ceza mahkemesinde de ceza yargılamasının yapılması mümkündür.

12 Ahmet Hulusi Akkaş, *Ceza Muhakemesi Bağlamında Yargı Mercileri Kararlarının Birbirleri Üzerindeki Etkisi*, Adalet, Ankara, 2016, s.74.

13 Kemal Gözler, “Res Iudicata’nın Türkçesi Üzerine”, *Ankara ÜHFD*, C. 56, Sayı 2, Y. 2007, s.48.

14 Akkaş, s.75; Gözler, “Res Iudicata’nın Türkçesi Üzerine”, s.48.

15 Akkaş, s.75.

16 Akkaş, s.77.

17 Akkaş, s.77.

18 Akkaş, s.77-78.

19 Akkaş, s 77.

Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Yolunda İhlal Kararlarının Kesinliği, Bağlayıcılığı ve Etkisi

Olumlu etkide, tarafları ve sebebi aynı fakat konusu farklı olan bir davanın olması gerekmektedir²⁰. Oysa olumsuz etkide her üçünün de aynı olması şarttır. Örneğin idare mahkemesinde bir yapının imara aykırı yapıldığı hüküm altına alınmışsa, ceza mahkemesinde imara aykırılık nedeniyle verilecek kararda, idare mahkemesinin 'hukuka aykırılık tespiti' nazara alınmak durumundadır²¹.

Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru yolunda vermiş olduğu kararlarda ihlalin varlığının veya yokluğunun, diğer mahkemelerde olumlu etkisi nasıl olabilir? Örneğin ihlalin varlığını tespit ettikten sonra, bu ihlali gidermek için yerel mahkemeye dosyayı yeniden yargılamak üzere göndermesi halinde, yerel mahkemenin ihlalin varlığını kabul ederek yeniden yargılama yapmak zorunda olması olumlu etkidir. Ayrıca uzun tutukluluğun kişi hürriyetinin ihlali olarak görüldüğü bir davada, yerel mahkemenin, 'ihlalin varlığının tespiti' ile bağlı olması da olumlu etkiye örnektir.

3. Maddi Anlamda Kesinliğin Objektif Sınırı

Maddi anlamda kesin hükmün objektif sınırı, kararın hangi kısmının kesinlik niteliğini haiz olduğu ile ilgilidir²². Bu konuda Savigny'nin başını çektiği, fakat günümüz Almanya'sında yaygın olmayan görüş, kararın hüküm kısmının yanında onun ispatına yarayan diğer bazı unsurların da (gerekçe gibi) maddi anlamda kesin hüküm niteliğinde olduğunu ileri sürmüştür²³.

Kesin hükmün objektif sınırları Alman medeni usul hukukunda, eskiye nazaran az da olsa halen tartışmalıdır²⁴. Medeni usul hukukunda Alman Medeni Usul Kanunu ile kesin hükmün sadece tarafların talepleri ile sınırlı olduğu açıkça belirtilerek, gerekçe kısmı dışarıda tutulmuş ve böylece tartışmaların harareti biraz olsun dinmiştir. Bu kapsamda, *Göztepe*, Almanya'da, Alman Anayasa Mahkemesinin karar gerekçelerinin kesin hükmün objektif etkisi kapsamında olduğu noktasında uzlaşma olduğunu, buna karşılık kararın gerekçesinin hangi kısmının (ratio decidendi veya obiter dictum) bu niteliği haiz olduğu konusunda tartışma olduğunu belirtmiştir²⁵.

20 Akkaş, s.78.

21 Akkaş, s.80.

22 Hamide Özden Özkaya-Ferendeci, *Kesin Hükmün Objektif Sınırları*, Oniki Levha, İstanbul, 2009, s.7.

23 Özkaya-Ferendeci, s.7-8, 60, 22 vd.; Arwed Bloomeyer, "Kesin Hüküm Tesiri ve Sınırları", (Çev. İrfan Yazman), *Ankara ÜHFD*, C. 25, Sayı 3-4, Y. 1968, s.229.

24 Özkaya-Ferendeci, s.7-8, 60. Bkz. benzer ifadenin daha eskiden de başka bir Alman yazar tarafından ifadesi için Bloomeyer, "Kesin Hüküm Tesiri ve Sınırları", s.226 vd.

25 Ece Göztepe, "Bireysel Başvuru Kararlarının Bağlayıcılığı ve İcrası Sorunu ile Kurumsallaşma İhtiyacı", *Anayasa Yargısı*, Sayı 33, Y. 2016, s.97, dn.5. Oysa Göztepe, Anayasa Şikayeti adlı 1998 yılında yayımlanan başka bir eserinde, Alman Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru neticesinde verdiği kararlarının sadece hüküm fıkrasının maddi anlamda kesin hüküm niteliği taşıdığını belirtmiştir (Ece Göztepe, *Anayasa Şikayeti*, Ankara ÜHFY, Ankara, 1998, s.95). Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin de bu yönde uygulaması ve görüşleri bulunmaktadır. Tabii ki bu durumda gerekçelerin bağlayıcılığı da, Mahkeme tarafından savunulmuştur (Alfred Rincken, "Federal Constitutional Court and the German Political System", iç. (Editörler: Ralf Rogowski, Thomas Gauron) *Constitutional Courts in Comparison: The US Supreme Court and the German Federal Constitutional Court*, Berghahn books, 2002, s.71).

Özetle kesin hükmün objektif sınırı biraz aşağıda tartışılacak olan ihlal kararlarının bağlayıcılığının gerekçeyi de kapsayıp kapsamadığı ile doğrudan ilgilidir. Çünkü kararın maddi anlamda kesin hüküm teşkil eden kısmı bağlayıcıdır²⁶. Maddi anlamda kesin hükmün objektif sınırına gerekçeleri dahil edip etmemek, bu kararların diğer mahkemeler açısından emsal bağlayıcılığına da doğrudan etkilidir. Bu husus aşağıda detaylı bir şekilde ele alınmıştır²⁷. Her ne kadar Gözler, maddi anlamda kesin hükmün (res judicata) sonuçlarından olan kararların bağlayıcılığını, nispi (inter partes) ve mutlak (erga omnes) bağlayıcılık olarak ikiye ayırarak, ‘kararların kişi bakımından etkisini’ de bağlayıcılığa ve dolayısıyla maddi anlamda kesin hükme dahil etse de²⁸ biz aşağıda görüleceği üzere bu görüşe katılmıyoruz.

4. Maddi Anlamda Kesinliğin Sübjektif Sınırı

Maddi anlamda kesin hükmün sübjektif etkisi, Alman öğretisinde hükmün etkilediği kişiler kapsamında ele alınmıştır²⁹. Diğer bir deyişle, maddi anlamda kesin hükmün sadece taraflara etkili olarak mı hüküm doğurduğu yoksa üçüncü kişileri de mi kapsayacağı meselesi, bu etki altında incelenmektedir³⁰.

Kararların kimler açısından etkili olduğu, kesin hükmün kimleri kapsadığı açısından ele alınabilirse de, bağlayıcılığı ‘inter partes’ ve ‘erga omnes etki’ olarak ele almak, kanaatimizce kabul edilemez.

Biz kararın kişi bakımından ve zaman bakımından etkisini ayrı bir başlık altında aşağıda inceleyeceğimiz için, burada sadece şunu belirtmekle yetiniyoruz, kural olarak bireysel başvuru neticesinde verilen kararlar sadece başvuranları ve aleyhine başvurulana, yani tarafları etkilemektedir. Eğer pilot karar usulü veya toplu olarak karar verme usulü kullanılırsa, bu durumda tarafların dışındakileri de etkileyebilecektir.

Ş2. İHLAL KARARLARININ BAĞLAYICILIĞI

I. İPTAL KARARLARININ BAĞLAYICILIĞINA GENEL BİR BAKIŞ

Anayasa Mahkemesi’nin iptal kararları, Anayasa’nın 153. maddesi gereğince bütün devlet organları, kamu ve özel hukuk tüzel kişiler açısından bağlayıcıdır. İptal kararlarının bağlayıcılığı, iptal kararına uyulması, onun gereklerinin yerine getirilmesi ve iptal edilen kuralın bir daha uygulanmaması anlamında kullanılmaktadır. Bu konudaki en önemli tartışma, iptal kararlarının gerekçelerinin bağlayıcı olup olmadığı ile ilgilidir. Hüküm kısmının bağlayıcı olduğu ittifakla kabul edilen bir husus olmakla birlikte, iptal kararlarının gerekçelerinin bağlayıcılığı

26 **Özkaya-Ferendeci**, s.6. Benzer yönde bkz. **Gözler**, Türk Anayasa Hukuku, s.1110. Bkz. aksi yönde, **Göztepe**, Anayasa Şikayeti, s.95. Göztepe, Alman Anayasa Mahkemesi kararlarının sadece hüküm kısmının maddi anlamda kesin hüküm teşkil ettiğini, buna karşılık gerekçelerinin de bağlayıcı olduğunu aktarmıştır.

27 Bkz. aşağıda başlık III, B.

28 **Gözler**, “Iudicata’nın Türkçesi Üzerine”, s.48-49.

29 **Bloomeyer**, “Kesin Hüküm Tesiri ve Sınırları”, s.233; **Özkaya-Ferendeci**, s.6.

30 **Bloomeyer**, “Kesin Hüküm Tesiri ve Sınırları”, s.233; **Özkaya-Ferendeci**, s.6.

Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Yolunda İhlal Kararlarının Kesinliği, Bağlayıcılığı ve Etkisi

konusunda lehte³¹ ve aleyhte³² görüşler mevcuttur. İptal kararları açısından Anayasa Mahkemesi kararlarının gerekçelerinin bağlayıcılığı, yorumlu ret kararları bağlamında tartışılmıştır. Özellikle, Anayasa Mahkemesi'nin 1990 yılındaki YÖK Kanunu'nun Ek 17. maddesindeki bir hükmü iptal etmeyip, yorumlayarak bu yoruma göre bir uygulama tesis etmeye çalışması, bu tartışmayı başlatmıştır³³. Karar gerekçelerinin bağlayıcı olmadığını savunlar özetle şu gerekçelere dayanmışlardır: Kararların sadece hüküm kısmının maddi anlamda kesin hüküm teşkil edeceği³⁴; gerekçelerin bağlayıcı olduğunu savunmanın, Mahkemenin yasama, yürütme ve yargı organlarına emir ve talimat vermesine neden olacağı³⁵, bu durumun hâkimlerin bağımsızlığına aykırılık teşkil edeceği³⁶ Anayasa'da, gerekçelerin bağlayıcı olduğu yönünde açık bir düzenleme olmadığı³⁷; gerekçelerin bazen onlarca sayfadan oluşan farklı görüşleri içerdiği, bazen üyelerin farklı gerekçelerle aynı görüşe ka-

- 31 **Servet Armağan**, *Anayasa Mahkememizde Kazai Murakabe Sistemi*, Cezaevi Matbaası, İÜ Yayını (No: 1245), İstanbul, 1967, s.149; **Yılmaz Aliefendioğlu**, *Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi*, Yetkin Yayınları, Ankara, 1996, s.294; **Turan Yıldırım**, "Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı", *Amme İdaresi Dergisi*, C. 26, Sayı 4, Y. 1993, s.74; **Attila Özer**, *Türk Anayasa Hukuku: Türklere Devlet Anlayışı ve Anayasal Yapılanma*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2012, s.248; **Korkut Kanadoğlu**, *Anayasa Mahkemesi*, Beta, 2004, s.274-277; **M. Merdan Hekimoğlu**, *Alman Hukuku Işığında Türk Anayasa Yargısını Hukuki Boyutları*, Detay Yayıncılık, Ankara, 2004, s.269-270; **Fazıl Sağlam**, "Anayasa Yargısının Bazı Sorunları", *Bülent Tanör Armağanı*, İstanbul, 2004, s.540; **Kaboğlu**, *Anayasa Hukuku Dersleri*, s.386; **Tolga Şirin**, *Türkiye'de Anayasa Şikâyeti, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Almanya Uygulaması ile Mukayeseli Bir İnceleme*, Oniki Levha, İstanbul, 2013, s.662 vd.
- 32 **Ergun Özbudun**, *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin, Ankara, 2017, s. 418-419; **Gözler**, *Türk Anayasa Hukuku*, s.1119 vd.; **Ayhan Döner**, "Anayasa Mahkemesi Kararlarının Gerekçelerinin Bağlayıcılığına İlişkin Bazı Sorunlar", *Prof. Dr. Ergun Özbudun'a Armağan, C. II.*, Yetkin Yayınları, Ankara 2008, s.221; **Ömer Anayurt**, *Anayasa Hukuku (Genel Kısım)*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2018, s.718; **Zühtü Arslan**, "Anayasa Mahkemesi'nin Yorum Tekeli Yargısal Üstünlük ve Demokrasi", *Prof. Dr. Ergun Özbudun'a Armağan, C. II.*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2008, s.64; **Yavuz Atar**, *Türk Anayasa Hukuku*, Seçkin, Ankara, 2018, s.359; **Yusuf Şevki Hakyemez**, "Anayasa Mahkemesi Karar Gerekçelerinin Bağlayıcılığı Sorunu", *Prof. Dr. Ergun Özbudun'a Armağan, C. II.* (Anayasa Hukuku), Yetkin Yayınları, Ankara 2008, s.383 vd.; **Semih Batur Kaya**, *Anayasa Mahkemesi Karar Gerekçelerinin Bağlayıcılığı Sorunu*, Oniki Levha, 2017, s.233 vd.; **İsmail Köküsan**, *Anayasa Mahkemesi Kararlarının Türleri ve Nitelikleri*, Oniki Levha, 2009, s.232, 286; **Özcan Özbey**, *Türk Hukukunda Anayasa Mahkemesi ne Bireysel Başvuru Hakkı*, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi (Danışman: Doç. Dr. İsa Döner), 2012, s.180. Fakat yazar, çalışmasının başka bir yerinde bireysel başvuru kararlarının gerekçelerinin diğer mahkemeler açısından bağlayıcı olduğunu ifade etmiştir (**Özbey**, s.370). Kanaatimizce iptal ve bireysel başvuru kararları açısından böyle bir ayırım yapılması hatalıdır.
- 33 *Anayasa Mahkemesi*, 9.4.1991 tarihli ve 1990/36 E.-1991/8 K. sayılı karar. Anayasa Mahkemesi de sonrasında yapmış olduğu bireysel başvuru denetiminde, Anayasa Mahkemesinin 1991 yılındaki bu kararının gerekçesinin, haklı olarak, kanunilik şartını taşımayacağına hükmetmiştir. Bu karar başörtülü olduğu için duruşmaya katılmasına izin verilmeyen bir avukatın yaptığı bireysel başvuru sonucunda verilmiştir (*Tuğba Arslan Başvurusu*, AYM, Başvuru no. 2014/256, Karar tarihi 25 Haziran 2014).
- 34 **Gözler**, *Türk Anayasa Hukuku*, s.1119; **Döner**, ".Gerekçelerinin Bağlayıcılığı.", s.221; **Hakyemez**, ".Gerekçelerin Bağlayıcılığı.", s.383-384. Hakyemez de yargılama hukukunda karar kavramından kastın uyumsuzluğu nihai olarak çözen mahkeme kararının hüküm kısmı olduğunu ve kesin hükmün sadece hüküm fıkrası ile ilgili olduğunu belirtmiştir (**Hakyemez**, ".Gerekçelerin Bağlayıcılığı.", s. 383-384); aksi yönde görüş için bkz. **Kanadoğlu**, *Anayasa Mahkemesi*, s.272.
- 35 **Gözler**, *Türk Anayasa Hukuku*, s.1119; **Döner**, ".Gerekçelerinin Bağlayıcılığı.", s.223.
- 36 **Gözler**, *Türk Anayasa Hukuku*, s.1120; **Döner**, ".Gerekçelerinin Bağlayıcılığı.", s.223; Yargı bağımsızlığına aykırılığı bağlamında bkz. **Anayurt**, *Anayasa Hukuku*, s.718.
- 37 **Gözler**, *Türk Anayasa Hukuku*, s.1119-1120; **Döner**, ".Gerekçelerinin Bağlayıcılığı.", s.223.

tıldığı, bu durumda gerekçenin hangi kısmının bağlayıcı olduğunu tespit etmenin mümkün olmadığı^{38,39}; üyelerin gerekçelerde ideolojik sebeplere dayandığı⁴⁰; bazen gerekçelerin kararlardan yıllarca sonra yazılması nedeniyle hükmün gerekçelerden önce bağlayıcılık kazanacağı ve gerekçelerin bağlayıcı olması için uzun süre onun yazılmasını beklemek gerekeceği⁴¹ ileri sürülmüştür. Son olarak, Anayasa Mahkemesinin yorum yoluyla bir hakkın sınırlarını belirlemesi durumunda gerekçelerin bağlayıcı olduğunu savunmanın, temel hak ve özgürlüklerin sadece kanunla sınırlanabileceği ilkesine de aykırılık oluşturacağı⁴² da savunulmuştur. Norm denetiminde verilen kararların gerekçelerinin bağlayıcı olduğunu savunanların argümanları daha kısadır: Bu yazarlar Anayasa'nın 153. maddesinde kararların bağlayıcılığı hususu düzenlenirken hüküm kısmı ile gerekçe ayrımı yapılmadığı gibi Mahkemenin kararının hüküm ile gerekçeden oluştuğunu,⁴³ Anayasa'nın 153. maddesinde belirtilen “İptal kararları gerekçesi yazılmadan açıklanamaz” ifadesinin karar ve gerekçenin bir bütün olduğunu gösterdiğini; gerekçelerinin bağlayıcılığının, Anayasa yargısının doğasının bir gereği olduğunu ileri sürmüşlerdir⁴⁴.

Bizim de görüşümüz, iptal kararlarının gerekçelerinin bağlayıcı olmadığı noktasındadır. Buna ilişkin argümanlarımızı aşağıda bireysel başvuru kararlarının gerekçelerinin bağlayıcılığı ile ilgili başlıkta belirteceğiz.

II. İHLAL KARARLARININ HÜKÜM KISMININ BAĞLAYICILIĞI

Anayasa Mahkemesi'nin ihlal kararları, bir mahkeme kararı olarak iptal kararları gibi bağlayıcıdır. Bu, mahkeme kararının kendisine içkin niteliğidir. Fakat, iptal kararlarından farklı olarak bu kararlar herkes için etkili sonuç doğurmaz. Bu konuyu aşağıda detaylı bir şekilde ele alacağız.

38 **Erdogan**, Anayasa ve Özgürlük, s.120; **Özbudun**, Türk Anayasa Hukuku, s.418; **Hakyemez**, “...Gerekçelerin Bağlayıcılığı...”, s.386; **Arslan**, “...Yorum Tekeli...”, s.64.

39 **Gözler**, Türk Anayasa Hukuku. s.1120-1121; **Özbudun**, Türk Anayasa Hukuku, s. 418; Özbudun bunu şu şekilde ifade etmiştir: “Anayasa Mahkemesinin birçok kararının gerekçesinde uzun felsefi, sosyolojik, tarihsel, siyasi tahliller yer almıştır. Bunların tümünün bağlayıcılığını kabul etmek devlet hayatını 153'üncü maddeye göre karar 'gerçek kişileri' de bağladığına göre, fikir hayatını ve bireysel ifade hürriyetini bir cendere içine sokar” (**Özbudun**, Türk Anayasa Hukuku. s. 418); **Hakyemez**, “Gerekçelerin Bağlayıcılığı”, s.391.

40 **Anayurt**, Anayasa Hukuku, s.718.

41 **Ahmet İyimaya**, *Siyaset Hukuku Sorunları*, Turhan Kitabevi, Ankara 2007, s.77. İyimaya'ya göre “Gerekçesi henüz yazılmamış bir iptal kararının açıklanmasını izleyen üç ay içinde, yasama iktidarının isdar edeceği yasa hazırlığında müstakbel ve meçhul gerekçeyi keşfedecek zihni ve mekanik bir araç var mıdır?... Bu pratik gerçek dahi, gerekçe bağlayıcılığının olmazlığına eylemsel vurgudur” (**İyimaya**, *Siyaset Hukuku Sorunları*. s.77).

42 **Döner**, “Gerekçelerinin Bağlayıcılığı.”, s.225.

43 **Aliefendioğlu**, Anayasa Yargısı.. s.294; **Armağan**, .Kazai Murakabe Sistemi. s. 149. Kanadoğlu ise Anayasa Mahkemesi kararlarının tam anlamının ortaya çıkarılabilmesi ve uygulamada da ilgili organların bu gerekçeleri dikkate alması için gerekçelere de bağlayıcılık atfedilmesi gerektiğini ileri sürmüştür. Ancak gerekçelerin binlerce sayfa olduğu da göz önünde tutulursa Anayasa Mahkemesinin tüm yorumlarının bağlayıcı olduğunu ileri sürülemeyeceğini ve ancak Anayasa Mahkemesinin karar verirken hangi gerekçenin bağlayıcı olduğunu kendisinin belirlemesi gerektiğini ileri sürmüştür (**Kanadoğlu**, Anayasa Mahkemesi, s.276).

44 **Oya Boyar**, *Anayasal Uyuşmazlıklarda Yorum*, MÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi (Danışman: Prof. Dr. İbrahim Ö. Kaboğlu), YÖK Tez Merkezi, İstanbul, 2008, s.303.

Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Yolunda İhlal Kararlarının Kesinliği, Bağlayıcılığı ve Etkisi

Bireysel başvuru kararları açısından bağlayıcılığa yaklaştığımızda, bu kararların hüküm kısmının bütün diğer mahkeme kararları gibi bağlayıcı olduğunda kuşku yoktur. Zira bağlayıcı olmayan bir kararın mahkeme kararı olmasının bir anlamı yoktur. Bu sonucu Anayasanın 153. maddesindeki Anayasa Mahkemesi'nin kararlarının bağlayıcı olması gerektiğinden de çıkararak yazarlar bulunmaktadır⁴⁵. Fakat, bunun hatalı olduğu görüşündeyiz. Çünkü, bağlayıcılık konusunda 153. maddeye dayanılması, kararların etkisi konusunda da bu maddeye dayanılması gibi bir neticeyi doğurabilir. Biz bireysel başvuru yolunun daha sonradan Anayasaya eklenen bir kurum olduğu için bazı açılardan 153. maddeye dahil edilmemesi gerektiğini düşünüyoruz. Bireysel başvurunun yukarıda bahsettiğimiz kendine has karakterleri de, bu görüşümüzü destekler niteliktedir.

Şunu da önemle belirtmek gerekir ki, Anayasa Mahkemesi'nin belirli bir ihlal kararının (hüküm kısmının) bağlayıcılığı, o kararın '*bir konuyu veya ihlal iddiasını*' nihai olarak sonuca bağladığı ve bu sonucun doğası gereği itaati gerektiren bir otoriteye sahip olduğu anlamına gelir. Sadece hüküm kısmı maddi anlamda kesinlik taşımaktadır. Yoksa, bağlayıcılık, mahkemenin bütün kararlarının, sonraki uyuşmazlıkları da çözecek nitelikte genel bir emsal bağlayıcılık taşıdığı anlamına gelmez⁴⁶. Çünkü böyle bir emsal bağlayıcılık otoritesi, sadece kararın belirli bir ihlal iddiasını çözen bir pratik otorite değil aynı zamanda benzer meselelerde ilgili kurum ve mahkemelerce uygulama zorunluluğu doğuran bir niteliktir ki, Kıta Avrupa'sı hukuk sistemi için böyle bir durum kural olarak kabul edilmemektedir.

Pilot kararlar açısından da Anayasa Mahkemesi'nin kararlarının hüküm kısmı bağlayıcıdır. Tıpkı AİHM'nin pilot kararlar taraf devletlere emrettiği spesifik ve genel tedbirler, onlar için bağlayıcı olduğu gibi⁴⁷, Anayasa Mahkemesi'nin vereceği pilot kararlar da, bağlayıcılık niteliğine sahiptir.

III. İHLAL KARARLARININ GEREKÇELERİNİN BAĞLAYICILIĞI VE EMSAL GÜCÜ

A. BELİRLİ BİR İHLAL KARARININ GEREKÇESİNİN SOMUT İLGİLİLER AÇISINDAN BAĞLAYICILIĞI MESELESİ

Bu başlık altında gerekçelerin bağlayıcılığı, belirli bir kararın icrası anında, o kararın gerekçesinin kararın muhatapları ve tarafları açısından bağlayıcı olup olmadığını ifade etmektedir. Oysa, Mahkemenin genel olarak bütün kararlarının,

45 **Ebru Karaman**, *Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru Yolu*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi (Danışman Doç. Dr. Hüseyin Özcan), İstanbul, 2013, s.301.

46 Bkz. AİHM kararlarının hüküm kısmının bağlayıcı olduğu noktasında **Cremer**, s.46; aynı yönde **Jan Schneider**, *Reparation and Enforcement of Judgments: A Comparative Analysis of the European and Inter-American Human Rights Systems*, Doctoral Dissertation, Faculty of Law, Management and Economics of the University of Mainz, 2015, s.150. Başka bir yerde, **Schneider**, AİHM kararlarının bağlayıcılığını maddi ve şekli anlamda (*material and formal bindingness*) bağlayıcılık olarak ikiye ayırmışsa da içeriğinde maddi ve şekli anlamda kesinliği (*material and formal finality*) anlatarak, çelişkiye düşmüştür (**Schneider**, s.140).

47 **Ivanna Ilchenko**, *Pilot Judgement Procedure of the European Court of Human Rights: Panacea or Dead-End for Poland, Russia and Ukraine*, Yüksek lisans tezi (Danışman: Jeremy McBride), Central European University, Hungary, 2013, s.78; Bkz. aynı yönde **Schneider**, s.150.

sonraki benzer bir uyuşmazlıkta veya başvuruda bağlayıcı bir emsal olarak uygulanıp uygulanmayacağı hususu yine kararların gerekçesinin bağlayıcılığı ile ilgili olduğu için bir alt başlıkta inceleyeceğiz.

Bireysel başvuru yolunda verilen kararların gerekçelerinin bağlayıcı olup olmadığı noktasında az sayıda görüş belirtilmiştir. Biz, ihlal kararlarının gerekçelerinin bağlayıcı olmadığı noktasında, iptal kararlarında belirtmiş olduğumuz görüşümüzden ayrılmayı gerektirecek bir durum olmadığı için, hem Anayasa Mahkemesi'nin ve hem de AİHM'nin ihlal kararlarının⁴⁸ gerekçelerinin bağlayıcı olmadığı kanaatindeyiz⁴⁹. Öğretide, iptal kararlarının gerekçelerinin bağlayıcı olduğunu savunan yazarlar olduğu gibi, ihlal kararlarının gerekçelerinin de bağlayıcı olduğunu savunan yazarlar bulunmaktadır⁵⁰.

Biz öncelikle ihlal kararlarının gerekçelerinin bağlayıcı olmadığını belirten görüşlerimizi özellikle iptal kararlarında belirtilen görüşleri de nazara alarak burada özetlemek istiyoruz. İhlal kararlarının sadece karar (sonuç) kısmı bağlayıcıdır, gerekçe kısmı değil. Çünkü, birincisi, normatif ve inşai bir etki veya sonuç doğuran kısım, kararın sonuç kısmıdır. Gerekçeler ancak bu kısmı ikna edici bir şekilde ispatlamak, muhatapların kararın hukukiliğine ve meşruluğuna inanmasını sağlamak amaçlı bilgi, belge ve mantıksal çıkarımlardır. İkincisi, gerekçeler, kendi içerisinde muhtelif ilkeler ve geniş bir malumat içermesi, bazen bu malumat ve ilkelerin birbiriyle çelişmesi onların bağlayıcı olmasına ve bu şekilde ele alınmasına diğer bir engeldir. Üçüncüsü, diğer yerel mahkemeler ve kurumların da belirli oranda takdir yetkisi ve yorum yetkisinin varlığıdır. Gerekçelerin bağlayıcılığı kabul edildiğinde, böyle bir şeyin mümkün olmadığını sadece Anayasa Mahkemesi'nin yorumlarının geçerli olarak addedildiğini kabul etmek gerekir.

Yukarıda, iptal kararlarının gerekçelerinin bağlayıcılığı konusunda, gerekçeye temel hakların sınırlanmasının kanunilik ilkesine aykırı olacağı karşı argümanı

48 Bu konuda, *Schneider*, Mahkemenin ihlal kararlarının hüküm kısmının gerekçeleri ile birlikte anlaşılabilirliği ve anlam ifade edeceği gerekçesiyle, gerekçelerin hüküm kısmı gibi bağlayıcı olduğunu ifade etmiştir. Ayrıca kararın hüküm kısmının icrası için gerekçelerden yol gösterici ve açıklayıcı mahiyette yararlanılmak durumunda kaldığını eklemiştir (*Schneider*, s.150).

49 Bkz. aksi yönde *Sibel İnceoğlu*, *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru; Türkiye ve Latin Modelleri*, Oniki Levha, İstanbul, 2017, s.302-303; *Karan*, s.136; *Tolga Şirin*, “Üçüncü Yılda Bir Bilanço: Türkiye Anayasa Mahkemesi'nin Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti) Usulünün ve Kararlarının Değerlendirilmesi”, *Kamu Hukukçuları Platformu 5. Toplantısı*, Ankara, 2015 http://www.kamuhukukculari.org/upload/dosyalar/TA_Bildirir.pdf, erişim 30.01.2017, s.50; Yazar, bu görüşüne derece mahkemelerinin yasaların Anayasaya aykırı yorumlarının ayıklanmasını gerektireceğini göstermiştir (*Şirin*, “Üçüncü Yılda Bir Bilanço...”, s.50); *Özbe*, s.370. İlginçtir ki, *Özbe*, iptal kararlarının gerekçelerinin bağlayıcı olmadığı görüşünü Anayasa'nın 153. maddesine dayandırdığı gibi, ihlal kararlarının gerekçelerinin bağlayıcı olduğu görüşünü de aynı maddeye dayandırmıştır (*Özbe*, s.371); *Şirin*, Türkiye'de Anayasa Şikâyeti, s.662b. Bkz. farklı bir ülkeden örnek olarak, Çek Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi'nin norm denetimi sonucundaki iptal kararı ile bireysel başvuru denetimi neticesindeki ihlal kararlarının gerekçeleri ile birlikte bağlayıcı olduğu noktasında *Constitutional Court of Czech Republic*, “Report on the Relations between the Constitutional Courts and the Other National Courts Including the Interference in This Area of the Action of the European Courts”, iç. *Conference of European Constitutional Courts XII. Congress*, 2002, s.23-24.

50 *Schneider*, s.150; *Şirin*, “Üçüncü Yılda Bir Bilanço.”, s.50; *Özbe*, s.370; *İnceoğlu*, s.302-303; *Karan*, s.136.

Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Yolunda İhlal Kararlarının Kesinliği, Bağlayıcılığı ve Etkisi

ileri sürülmüştü⁵¹. Böyle bir argüman bireysel başvuru yolu için de geçerli midir? Daha açık bir deyişle, bu yolun asli amacı temel hak ve hürriyetleri korumak olduğu için, bireysel başvuruda verilen kararların gerekçelerinin de temel hakları korumaya ve geliştirmeye yönelik olması gerekir. Bu kapsamda gerekçe kısmının bağlayıcı olması temel hakları sınırlamak yerine korumaktadır şeklideki bir argüman kabul edilebilir mi? Bu soruya da olumsuz cevap verilmelidir. Çünkü bireysel başvuru yolunda, Anayasa Mahkemesi her zaman ihlal kararı vermemektedir. Bazı hallerde hakkın ihlal edilmediğini tespit ettiği için doğal olarak gerekçesi de hakların kapsamını belirlemektedir. Ayrıca, çatışan hakları dengelerken, bir kararında daha üstün görüp tercih ettiği hakkı diğerinde daha az tercih edebilmektedir. Örneğin, başvurucunun, hukuka aykırı idari para cezası verildiği gerekçesiyle mülkiyet hakkının ihlal edildiği yönündeki iddiası, Mahkeme tarafından 'kanuna ve meşru amaca uygun ölçülü bir sınırlandırmanın' varlığı nedeniyle reddedilmiş ve mülkiyet hakkının ihlal edilmediğine karar verilmiştir⁵². Bu örnekte, mülkiyet hakkının ihlal edilmediğine karar verildiği halde, hakkın kapsamı kamu yararı çerçevesinde daraltılmıştır.

Bunlara ek olarak, gerekçe, hüküm kısmının değil, kararın bir unsurudur. Gerekçe, çeşitli argümantasyon yöntemleri, mantık ve yorum ilkeleri kullanılarak, maddi gerçeğin, mevzuatın ve diğer bütün ispat ve delil mekanizmalarının işletilerek, bir kanaate varma veya varılmış olan kanaati temellendirme ameliyesidir. Normatif bir nitelik arz etmeyen gerekçe, çok çeşitli bilgi yığınıyla dolu olabilmektedir. Fonksiyon itibarıyla, kararın anlaşılmasını, icra ederken karşılaşılan zorlukların çözülmesini, tarafların karar ile ikna olmasını, kanun yolu denetiminde denetim mercilerine yol gösterici olmasını ve nihayet, kararın hukukilik ve meşruiyetini destekleyen bir argümanlar bütünüdür. İster genellikle kolay davalarda kullanılan dedüktif tasımlar zincirinden oluşan birinci düzey gerekçelendirme olsun⁵³, isterse zor davalarda kullanılan kuralın ve olayın tespitinde bazı dış unsurları da nazara katan ikinci düzey gerekçelendirme⁵⁴ olsun, her halükarda gerekçede, mahkemelerin görüş ve akıl yürütmeleri vardır. Bunların bazıları yanlış da olabilmektedir. Hatta, kendi ideolojik anlayışına göre, toplumsal, iktisadi ve ahlaki görüşlerini delil ve gerekçe olarak kullanan mahkeme üyeleri de bulunmaktadır. Gerekçelerin bağlayıcılığı kabul edilirse, yanlış akıl yürütme ve argümantasyon ile elde edilen bu bilgiler de bağlayıcı olmak zorunda kalacaktır.

Bazı hallerde gerekçede bulunan bilgiler, büyük önermenin yani uygulanacak kuralın tespiti mahiyetindedir ki, bu kural zaten hukuk düzeninde mevcut bir ku-

51 Bu görüşler için bkz. §2, I. Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru yolunda vermiş olduğu bir kararda, doktrindeki eleştiriler kapsamında daha önceki iptal yolunda vermiş olduğu gerekçesinin, temel hakları sınırlandırmada kanunilik şartını taşımadığını ileri sürerek (*Tuğba Arslan Başvurusu*, AYM, Başvuru no. 2014/256, Karar tarihi 25 Haziran 2014), AİHM'nin Leyla Şahin kararında savunduğu daha geniş kanunilik şartını kabul etmemiştir.

52 *Mustafa Taş Başvurusu*, AYM, Başvuru no. 2017/23968, Karar tarihi 31 Ekim 2018.

53 Bkz. farklı yazarların bu iç-dış, birinci düzey-ikinci düzey vb. gerekçelendirme ayrımları için **Eveline T Feteris**, *Hukuki Argümantasyonun Temelleri: Yargı Kararlarını Gerekçelendirme Teorileri Üzerine Bir Araştırma* (Çev. Ertuğrul Uzun), Paradigma Yayınları, İstanbul 2010, s.210-211, 173 vd., 241.

54 **Feteris**, s.210-211, 173 vd., 241.

ral olduğu için yerel mahkemelerin gerekçelerin bağlayıcılığını kabul etmeden de bunları uygulaması mümkündür. Diğer yandan, eğer gerekçedeki bilgiler hukuki olayın nasıl cereyan ettiğini ve gerçekleştiğini tespitten ibaret ise, bunlar, başka bir yargılamayla ilişkili olamayacak derece somut ve bireysel olgulardır. Diğer bir gerçek ise, örneğin Almanya’da karar gerekçelerinin kararlara eklenmeye başlaması 19. yüzyıldan itibaren başlamıştır⁵⁵. Osmanlı Devleti’ndeki şerhiye sicillerine bakıldığında da kararların gerekçesinin genellikle yayımlanmadığını görüyoruz. Bu gibi durumlarda kararları uygulayacak olanların onların gerekçesi ile de bağlı olduğunu söylemek çok mümkün değildir.

İhlal kararlarının gerekçelerinin bağlayıcı olması gerektiğini ileri sürenlerin argümanlarından birisi, gerekçe olmadan hüküm kısmının anlaşılamayacağıdır⁵⁶. Oysa gerekçe, onun bağlayıcılığı kabul edilmeden yol göstericilik sıfatıyla da hüküm kısmının anlaşılmasını pekâlâ sağlayabilir. Diğer argüman ise, Anayasa’da kararların bağlayıcı olduğuna dair hükümde, gerekçe ile hüküm kısmı arasında herhangi bir ayırım gözetilmediği⁵⁷ ve iptal kararlarının gerekçesi yazılmadan açıklanamayacağı kuralıdır. Bu argümanın ikinci kısmı sadece iptal kararları ile ilgilidir. Buna karşılık ihlal kararlarını kapsadığı varsayılsa bile, karar gerekçelerinin yazılmadan kararın açıklanmaması, gerekçenin hükmü okuyanları ikna etmesine ve belirlilik sağlanmasına yöneliktir. Ayrıca Anayasa’daki kararların bağlayıcı olduğunu belirten hükümde, gerekçe ile hüküm kısmı arasında ayırım yapılmadığı ileri sürülmüştür. Anayasa’da böyle bir hüküm olmasa bile mahkemelerin yargılama yapmasının bir anlam ifade edebilmesi ve hukuki güvenliğin tesisi için mahkeme kararının hüküm kısmının (tarafların uyuşmazlık konusunun) maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmesi ve bağlayıcı olması zorunludur. Ayrıca, ihlal kararlarının gerekçelerinin bağlayıcı olduğunu ileri süren yazarlar, bireysel başvuru yolunda Anayasa Mahkemesinin kuralların yorumunu yaptığını, bu yorumun, otantik bir yorum olarak insan haklarını korumada objektif bir zemin oluşturmak amacıyla, herkes için bağlayıcı olduğunu savunmuşlardır⁵⁸. Bu görüşün aksinin kabulü, her bir ihlal için ayrı bireysel başvuru ve yargısal süreç gerektireceği için kamuyu zarara uğratmaya ve zaman israfına yol açacağı gerekçesiyle mümkün görülmemiştir⁵⁹. Son iki argümana şu şekilde cevap vermek mümkündür: Anayasa Mahkemesi, elbette ki hem bireysel başvuru yolunda hem de norm denetiminde, kanunların ve Anayasa’nın yorumu açısından otantik yorumcudur. Fakat, bu yorum sadece iptal ettiği kanun hükmü ve ihlal kararı verirken yorumladığı Anayasa hükmü açısından otantikdir. Otantiklik, Mahkemenin nihai yorum mercii olması nedeniyle, yoruma doğruluk ve geçerlilik atfedilmesidir. Bu yorumun kararın gönderildiği mahkeme tarafından veyahut benzer ihlallerinin giderimi için başka mah-

55 Özkaya-Ferendeci, s.27.

56 Göztepe, “Bireysel Başvuru Kararlarının Bağlayıcılığı...”, s.96.

57 Bkz. bireysel başvuru yolunda verilen kararların bağlayıcılığının diğer mahkeme kararlarından ayrı olarak değerlendirmeye gerek olmadığını ve gerekçelerin de bağlayıcı olduğunu savunanlar için Korkut Kanadoğlu, *Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru*, Oniki Levha, 2015, 258-259.

58 İnceoğlu, s.303; Karan, s.136-137.

59 İnceoğlu, s.303.

Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Yolunda İhlal Kararlarının Kesinliği, Bağlayıcılığı ve Etkisi

kemeler açısından bağlayıcı olduğunu göstermez. Çünkü kararın sadece hüküm kısmı bağlayıcıdır. Kararın gönderildiği mahkeme, kararın hüküm kısmını uygulamakla, gerekçedeki yorumun da otantikliğini ve geçerliliğini kabul eder. Aksi taktirde, bu yorumun anayasa hükmü haline geldiğini kabul etmek gerekir. Örneğin Mahkeme, herhangi bir hakkın içeriğini AİHS uygulaması kapsamında genişletmiş olabilir. Adil yargılanma hakkının içeriğine, gerekçeli karar, makul sürede yargılanma, etkili başvuru, silahların eşitliği gibi alt haklar dahil etmiş olabilir. Bu haklar, bir anayasa hükmü haline gelmiş midir? Gelmiştir demek için, mahkemenin yorumlarının herkes için bağlayıcı olduğunu savunmak gerekir. Oysa, bunlar öğreti ve mahkeme kararları ile geliştirilmiş ve geliştirilmeye devam edilecek olan bağlayıcı olmayan yorumlardır. Böyle bir cevap, sanki insan haklarının daha iyi derecede korunmasına muhaliflik gibi algılanabilir. Biz daha ikna edici, hukuki temele sahip ve etkili argüman ve mekanizmalarla insan haklarının korunmasının taraftarıyız. Bunun içerisine halen Mahkemenin kararlarının bağlayıcı olan hüküm kısmını bile uygulamakta tereddüt eden hakimlerin eğitimi de dahil edilebilir.

Bunun yanında, son olarak, gerekçenin hüküm kısmından bağımsız bir şekilde değil onunla birlikte bağlayıcı olduğu savına⁶⁰ da katılmıyoruz. Zira, gerekçe bağlayıcı olmadan da hükmün icrası mümkündür.

Bazı örneklerle, bireysel başvuru kararlarının gerekçelerinin bağlayıcılığını detaylandırmak daha faydalı olabilir:

Birinci örnek, kadının evlilik birliği devam ederken evlilik öncesi kızlık soyadı taşıyabilip taşıyamayacağına dairdir. 2011 yılında itiraz yoluyla Türk Medeni Kanunu'nun 187. maddesinde düzenlenen bu mevzuyu görüşen Anayasa Mahkemesi, oy çokluğu ile ret kararı vermiştir⁶¹. Bu defa bireysel başvuru yoluyla Mahkemeye intikal eden başvuruda, yerel mahkeme ve Yargıtay aşamasından geçilerek yargısal başvuru yolları tüketilmiş ve başvuran, kızlık soyadı kullanmak konusunda olumlu bir netice alamamıştır. Anayasa Mahkemesine yapılan bireysel başvuru neticesinde, Mahkeme, Anayasanın 17. maddesindeki kişinin manevi varlığını geliştirme hakkının ihlalinin varlığına ve bu ihlalin giderilmesi için dosyanın ilgili mahkemeye gönderilmesine karar vermiştir⁶². Kararın 23. paragrafından 49. paragrafına kadar esas incelemesi adı altında Anayasa Mahkemesi'nin konuya dair gerekçeleri yer almaktadır. Hüküm kısmı ise A harfinden F harfine kadar beş maddeden oluşmaktadır. Burada gerekçenin bağlayıcılığı ile ilgili bir kaç tane tasnif yapılabilir:

i. Anayasa Mahkemesi'nin ihlal kararının gerekçesi, gönderilen mahkeme açısından bağlayıcı mıdır?

Bu sorunun cevabı çok önem arz etmektedir. Kararın gerekçesinden bazı örneklerle inceleme yapabiliriz. Kararın 27. paragrafı şu şekildedir: "*Kişinin bireyselliğinin, yani bir kişiyi diğerlerinden ayıran ve onu bireyselleştiren niteliklerin hukuken*

60 Schneider, s.150.

61 Anayasa Mahkemesi, 10.3.2011 tarihli ve 2009/85 E.- 2011/49 K. sayılı kararı.

62 Sevim Akat Eşki Başvurusu, AYM, Başvuru no. 2013/2187, Karar tarihi 19 Aralık 2013.

tanınması ve bu unsurların güvence altına alınması son derece önemlidir. Birçok uluslar arası insan hakları belgesinde ‘kişiliğin serbestçe geliştirilmesi’ kavramına yer verilmekle beraber, Sözleşme kapsamında bu kavrama açıkça işaret edilmediği görülmektedir”. Bu paragrafta, normatif, davranışları yönlendiren ve bir statü değişikliği talep eden ‘hüküm niteliği’ olmadığı ortadadır. O zaman, bu paragrafa ‘dayanarak’ bir şeyler yapılabilir. Yani yerel mahkeme, bu paragraftan gerekçe olarak faydalanabilir. Ya da yerel mahkeme bu ve benzeri diğer paragraflara dayanarak, onları gerekçeye alarak, gönderilen dosyada bu defa davanın başvuran açısından kabulüne veya ihlali giderici başka bir tedbire hükmedebilir. Anayasa Mahkemesi’nin gerekçesindeki bir paragrafta dayanmak, onu gerekçe göstermek ise, onun bağlayıcı değil bir yol gösterici, idari ve yargısal diğer işlemlerde gerekçeyi kuvvetlendirici bir unsur olduğunu kanıtlamaktadır⁶³. Yoksa, yerel mahkemenin, Anayasa Mahkemesi’nin gerekçesindeki herhangi bir paragrafta dayanma zorunluluğu yoktur. Keza, yerel mahkemenin asıl vazifesi, kararın bağlayıcı olan hüküm kısmını, gerekçelerden de faydalanarak icra etmektir.

Diğer bir örnek olarak 44. paragraf alınabilir: “Anayasa’nın 90. maddenin beşinci fıkrası uyarınca, sözleşmeler hukuk sistemimizin bir parçası olup, kanunlar gibi uygulanma özelliğine sahiptir. Yine aynı fıkraya göre, uygulamada bir kanun hükmü ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin olan sözleşme hükümleri arasında bir uyumsuzluğun bulunması halinde, sözleşme hükümlerinin esas alınması zorunludur. Bu kural bir zımni ilga kuralı olup, temel hak ve özgürlüklere ilişkin sözleşme hükümleriyle çatışan kanun hükümlerinin uygulanma kabiliyetini ortadan kaldırmaktadır”. Bu paragrafta, Anayasanın 90. maddesinin hükmü neredeyse tekrar ediliyor ve temel haklara ilişkin sözleşme hükümlerinin iç hukuktaki kanun hükümlerinden üstün ve onları zımnen ilga edici olduğu ifade ediliyor. Yerel mahkemenin hakimi bu gerekçeyi okuduğunda, halihazırda karar kısmının bağlayıcılığı söz konusu olduğu için, Anayasa Mahkemesi’nin gerekçesine ihtiyaç duymadan, o doğrultuda hareket edecektir. Ancak yerel mahkemenin önceki kararındaki hangi noktalarda bir hak ihlali söz konusu olduğunu anlamak ve bu ihlali gidermek için, ihlal kararının gerekçesinden faydalanması kaçınılmazdır.

Ayrıca, gerekçenin hüküm kısmı ile birlikte bütün olarak bağlayıcı olduğu savına karşılık olarak şu cevabı verebiliriz: Hüküm kısmında emredilmeyen bir şeyin ihlal kararının gerekçesinden yerel mahkemenin yorumu yoluyla çıkarılması mümkün olmadığı gibi, hükümde açıkça emredilen bir şeyin gerekçedeki ifadeler ileri sürülerek yok sayılması da mümkün değildir. Ancak, yukarıda gerekçenin fonksiyonlarında da belirttiğimiz gibi, gerekçe hükümdeki muğlaklık ve belirsizliğin giderilmesi ve kararın icrasının layığıyla yapılabilmesi için önemli bir araçtır.

ii. İhlal kararının gerekçesi, bu konuda işlem yapacak olan nüfus idareleri açısından bağlayıcı mıdır?

Bu şık açısından da aynı karardan örnek almayı uygun görüyoruz. Bu kapsamda, soyadı ile ilgili kararın 47. paragrafında şu şekilde bir gerekçe oluşturulmuştur:

63 Bkz. aksi yönde İsmail Yüksel, *Anayasa Yargısında Yorumlu Ret Kararı*, Adalet, 2013, s.106.

Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Yolunda İhlal Kararlarının Kesinliği, Bağlayıcılığı ve Etkisi

“Uluslararası sözleşmelerin, evli erkek ve kadının evlilik sonrasında soyadları bakımından eşit haklara sahip olmasını öngören hükümleri ile evli kadının kocasının soyadını kullanması zorunluluğunu öngören iç hukuk düzenlemelerinin aynı konu hakkında farklı hükümler içermesi nedeniyle, ilgili sözleşmenin hükümlerinin somut uyuşmazlık açısından esas alınması gereken hukuk kuralı olduğu sonucuna varılmakla, başvuruçunun manevi varlığı kapsamında güvence altına alınan isim hakkına yönelik müdahalenin kanunilik şartını sağlamadığı anlaşılmaktadır”.

Bu paragrafta, milletlerarası sözleşmelerin erkek ve kadına soyadı bakımından eşit muameleyi emrettiği, bu nedenle 90. maddenin hükmü doğrultusunda, ilgili sözleşme hükümlerinin uygulanması gerektiği sonucuna varılmış ve ihlalin varlığına hükmedilmiştir. Şu halde, nüfus idaresi, bu kararın gerekçesini okuyarak, yukarıdaki paragraftan sadece gerekçe olarak yararlanır ve kararın sonuç kısmına uygun olarak ihlali gidermeye çalışır. Diğer bir deyişle, nüfus idaresi, sadece belirli bir ihlal kararının icrasında muhatap olarak ihlali gidermek için gerekçeden de yararlanarak işlem yapar. Yoksa, gerekçe nüfus idaresi için bağlayıcılık teşkil etmez⁶⁴.

iii. Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru neticesinde verdiği kararların gerekçesi kendisi için bağlayıcı mıdır?

Mahkeme açısından bakıldığında, ne ihlal kararlarının hüküm kısmı ne de gerekçesi kendisi için bağlayıcıdır. Eğer bağlayıcı olduğu savunulursa, hukukun donması, içtihadın sabitleşmesi ve bunun sonucunda da toplumsal değişimin durdurulması gerekmektedir. Böyle bir şey mümkün olmadığı için, gerekçeler kendisi için bağlayıcı değildir. Ayrıca diğer bir ilginç nokta, Mahkeme'nin 2011 yılında Türk Medeni Kanununun 187. maddesinin iptali istemini reddetmesi ve 2013 yılında bu maddenin kişinin manevi varlığını geliştirme hakkını ihlal ettiğine karar vermesidir. O halde, 2011 yılındaki gerekçesini takip etmek zorunda olan Anayasa Mahkemesi'nin, 2013 yılında böyle bir ihlal kararı verememesi gerekirdi. Hatta, daha önce de bahsettiğimiz gibi Mahkeme, ilgili kanun maddesini 2015 yılında itiraz denetimi sonucunda iptal etmiştir⁶⁵.

Şunu da önemle vurgulayalım ki, Anayasa Mahkemesi'nin gerekçelerinin bağlayıcı olmaması, onun gerekçelerinin çok sık bir şekilde değiştirebileceği anlamına gelmemektedir. Mahkeme kararlarında makul bir istikrarın bulunması için, mahkemenin daha önceki kararlarından farklı bir karar ve gerekçe oluştururken, bu yeni durum ikna edici bir şekilde temellendirilmelidir⁶⁶.

iiii. İhlal kararlarının gerekçesi hükmedilen tazminatı ödemesi gereken Maliye Bakanlığı için bağlayıcı mıdır?

Tazminata hükmetmek de, ihlalin giderilme yöntemlerinden birisidir. Konumuz açısından harç ve vekalet ücretlerinin ödenmesinde de muhatap kurum Mali-

64 Bkz. aksi yönde **İnceoğlu**, s.303-304.

65 *Anayasa Mahkemesi*, 27.5.2015 tarihli ve 2014/36 E.- 2015/51 K. sayılı karar.

66 Bkz. benzer yönde **Aharon Barak**, *The Judge in a Democracy*, Princeton University Press, 2006, s.158-162.

ye Bakanlığı’dır. Maliye Bakanlığı’na yapılan başvuru neticesinde, Bakanlık birimleri, Anayasa Mahkemesinin gerekçesine bakmak yerine doğrudan hüküm kısmını icra edip ödeme yapabilir. Bir varsayım olarak düşündüğümüzde, Bakanlık için, ihlal kararının gerekçesinin bağlayıcı olduğunu ve Bakanlığın kararın gerekçesindeki ifadeleri nazara almak zorunda olduğunu iddia edebilir miyiz? Bu soruya da olumsuz cevap vermek durumundayız. Bakanlık hüküm kısmının ne anlama geldiğini tam olarak anlayamaz ise gerekçeye bakar ve muğlaklığı netleştirmeye çalışır. Böyle yapması, gerekçenin, hükmü açıklayıcı ve destekleyici pozisyonda olduğunu göstermektedir. Gerekçenin hüküm kısmı ile bir bütün şeklinde bağlayıcı olduğu iddiasına cevaben, Maliye Bakanlığı’nın böyle bir şeye gerek duymadan hüküm kısmını uygulamakla yetineceğini, gerekçedeki hükmü destekleyen ilke ve çıkarımların davranış yönlendirici (normatif), icra edilebilir ve emredici bir içeriğinin ve niteliğinin söz konusu olmadığını belirtmekle yetiniyoruz.

İkinci örnek ise uzun tutukluluk süreleri ile ilgili olacaktır. Kararda, başvuru-cu, uzun süredir tutuklu olduğunu, bu sürenin makul olmadığını ve tutukluluğa karşı yapmış olduğu itirazların gerekçesiz olarak veya kalıp gerekçelerle reddedildiğini iddia etmiştir⁶⁷. Anayasa Mahkemesi esas denetimi adı altında yaptığı incelemesinde, 95. paragraftan 117. paragrafa kadar bilgi, yorum, mevzuat ve AİHM kararlarının içtihatlarından müteşekkil bir gerekçe oluşturmuştur. Nihayet, ihlal kararındaki bu gerekçeye dayanarak, Mahkeme, bir miktar tazminata hükmetmiştir. Yerel mahkemeye kararın bir örneği gönderilmiş olsa da, başvuran, Anayasa Mahkemesi’nin karar tarihinden yaklaşık bir ay önce tahliye olmuştur⁶⁸.

Bu kararda, iki önemli husus bulunmaktadır. Birincisi, tazminat ödemesi yapacak olan kurum ile ihlale sebep olan kararı veren mahkemenin, gerekçeyi tek başına bağlayıcı görüp görmeyeceğidir. Tazminat açısından yukarıdaki örnekte ele aldığımız Maliye Bakanlığı ile ilgili şıkka atıfla yetiniyoruz. Tutukluluğun devamına karar veren yerel mahkeme, eğer tutuklu başvuru tahliye edilmemiş olsaydı, ihlal kararının kendisine gelmesinden sonra, ihlal kararının gerekçesini değil hüküm kısmını nazara alarak, tutukluyu tahliye etmek durumunda kalacaktı. Yerel mahkeme, ihlal kararının gerekçesini inceleyerek ne tür hatalar yaptığını, ihlalin neden kaynaklandığını öğrenir, bu ve bundan sonraki kararlarda bu gerekçeye uygun hareket etmeye çalışır, fakat uygun hareket etmek zorunda değildir.

B. EMSALLERİN İKNA EDİCİ VE BAĞLAYICI GÜCÜ BAĞLAMINDA İHLAL KARARLARI

1. Anglo-Amerikan ve Kıta Avrupası Hukukunda Yüksek Mahkeme Kararlarının Emsal Etkisi

Dünya çapında yaygın olan hukuk sistemlerinden ikisi, mevzuat temelli Kıta Avrupası hukuku ve içtihat temelli Anglo-Sakson hukukudur. Bu sistemler, bir

67 *Dursun Çiçek Başvurusu*, AYM, Başvuru no. 2012/1108, Karar tarihi 16 Temmuz 2014.

68 Bkz. tahliye tarihi ile ilgili <http://www.haberturk.com/gundem/haber/959910-dursun-cicek-tahliye-oldu>, erişim 30 Eylül 2016.

Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Yolunda İhlal Kararlarının Kesinliği, Bağlayıcılığı ve Etkisi

cümle ile ifade edilmek istenirse, Kıta Avrupa'sı hukukunun va'z edilmiş, pozitif düzenlemelere bağlı bir hukuk; Anglo-Sakson kaynaklı hukukun ise, içtihat temelli ve yargıçların takdir yetkisinin genişlediği bir hukuk sistemi olduğu söylenebilir.

Görüldüğü gibi, Türkiye'nin de dahil olduğu Kıta Avrupası hukuku, daha çok kanun, yönetmelik, tüzük gibi pozitif düzenlemelere bağlıdır. Bu özelliği itibariyle, hukukun asli kaynağının mevzuat olduğunu söylemek yanlış değildir. Anglo-Sakson hukukunda ise, mahkeme içtihatları, hukuk sisteminin asli kaynakları içerisinde yer almaktadır. Kıta Avrupası'nda mahkemelerin asli vazifesi hukuk yaratmak değil, var olan hukuku uygulamaktır. Bunun en istisnai durumu, içtihadı birleştirme kararları, Anayasa Mahkemesi'nin negatif yasa koyucu konumunda olması gibi hallerdir.

Bu giriş mahiyetindeki açıklamalardan Anglo-Amerikan hukuk sistemindeki '*stare decisis*' doktrini etrafında kararların emsal bağlayıcılığından bahsetmek konumuz açısından önemlidir.

Emsal karar doktrini (*stare decisis*), ortak hukukta yer alan ve '*stare decisis et non quieta movere* (kararının arkasında dur ve yerleşik durumu bozma)' ifadesinden mülhemdir⁶⁹. Emsal karar doktrini, önceki kararlardan çıkarsanan bazı önemli ilkelerin daha sonraki benzer davalarda da uygulanması anlamına gelmektedir⁷⁰. Hukuki uygulamada, daha önceki kararlardan süzülen bu evrensel ilkelerin daha sonraki benzer kararlarda da benzer şekilde uygulanması sonucunu doğurur⁷¹. Tarihsel anlamda ortak hukuk geleneğinin bir ilkesi olarak Amerika'ya da intikal eden bu doktrin, esasında hukuk sisteminde birlik, devamlılık ve istikrar oluşturma ve böylece eşitliğe hizmet etme amaçlıdır⁷². Daha önceki karar, yani emsal tarafından oluşturulan ilke, sonraki davalarda bir başlangıç noktası mahiyetindedir⁷³. Bu başlangıç noktası, yargıcın elinde bulunan karardaki ilkenin kendi davası ile ilişkisini kurmasıdır⁷⁴. Bundan sonraki aşamada, yargıcın, emsalin bağlayıcı mı yoksa yol gösterici mi olduğuna karar vermesi gerekir⁷⁵. Eğer bağlayıcı olduğu kanaatine varırsa, bu durumda önceki davadaki bu ilkenin mevcut davada da uygulanması zorunludur. İkna edici bir emsal ise, o zaman davada uygulanıp uygulanmayacağı diğer bazı faktörlerin varlığına bağlıdır⁷⁶. Yani emsallerin kapsamı sınırlı ve önceki davadaki olay ve şartlara bağlıdır. Ayrıca iki dava arasındaki benzerlikler bu açıdan önemlidir. Yoksa, önceki emsali gelişigüzel bir şekilde bağlayıcı saymak

69 **Federal Judicial Center**, "Stare Decisis", *Education and Training Series (Mayıs 13-16)*, 1975, s.1

70 **Federal Judicial Center**, agm, s.2.

71 **Federal Judicial Center**, agm, s.2.

72 **Federal Judicial Center**, agm, s.2.

73 **Federal Judicial Center**, agm, s.3.

74 **Federal Judicial Center**, agm, s.3.

75 Amerika Birleşik Devletleri'nde, emsalin bağlayıcı mı yoksa ikna edici mi olduğunu tespit aşamasında, bölge mahkemesinin üstünde yer alan Yüksek Mahkeme Dairesinin (Federal Temyiz Mahkemesi) önceden konuyla ilgili bir karar vermemiş olması gerekmektedir. Kendi bağlı olduğu Dairenin bağlayıcı kararı varken, başka dairelerin kararını ikna edici olarak bile nazara alamamaktadır.

76 **Federal Judicial Center**, agm, s.4.

veya saymamak mümkün değildir⁷⁷. Diğer bir önemli nokta, emsalin bütün kısımları değil, kararın belkemiğini oluşturan asıl gerekçe kısmı (*ratio desidendi*) nazara alınmalıdır, yoksa, hakimin çıkarımları veya yorumlarından oluşan tali kısımlar değil (*obiter dicta*). Dicta/dictum olarak adlandırılan bu ikinci kısım, yol gösterici mahiyette; ratio desidenti olarak adlandırılan birinci kısım bağlayıcı niteliktedir⁷⁸.

Kıta Avrupası’nda emsal karar (*stare decisis*) doktrini kabul edilmemektedir. Bunun yerine, emsallerin yol gösterici ve ikna edici bir nitelikte olduğu kabul edilmektedir⁷⁹. Yerleşik içtihat oluşumu gibi bazı istisnai hallerde, bu emsal neredeyse bütün alt derece mahkemeleri tarafından takip edilse bile, bu durum emsalin bağlayıcı olduğunu göstermez⁸⁰.

2. Bireysel Başvuru Neticesinde Verilen Kararların Emsal Olarak Bağlayıcı ya da İkna Edici Olup Olmadığı Sorunu

a. Mahkemenin Kararlarının Emsal Oluşturup Oluşturmadığı Sorunu

Anayasa Mahkemesi’nin emsal kararlarının bağlayıcılığı meselesi, kararların gerekçelerinin ve gerekçelerinden çıkarılacak temel ilkelerin (*ratio decidendi*), sonraki benzer davalarda mahkemeler için bağlayıcı olup olmayacağı ile ilgilidir. Zira, bir kararın hüküm kısmının, -bunlar münferit dava taraflarına ve konusuna ilişkin normatif emirler olduğu için-, emsal bağlayıcılık otoritesine sahip olması çok makul değildir. Çünkü, hüküm kısmındaki bu münferit içerikli normatif emirler, başka bir benzer davada nazara alınarak uygulanamaz.

Anayasa Mahkemesi’nin ihlal kararları açısından, kararların, emsal bağlayıcılığının bulunmadığı meselesi, elbette ki Anglo-Sakson hukukundan farklıdır. Bazen fiiliyatta öncü ve örnek niteliğindeki kararlara emsal adı verilmektedir. Hatta bunlara ilke kararı da denilmektedir. Örneğin, makul sürede yargılanma hakkı ile ilgili olarak ‘Güher Ergun ve diğerleri’ kararı, öncü ya da ilke kararı niteliğindedir⁸¹. Fakat, bunlar emsal bağlayıcılığa sahip olmadığı gibi bağlayıcılık ve pratik otorite olması bakımından diğer kararlarından farkı yoktur. Örneğin Anayasa Mahkemesi’nin uzun süreli yargılama veya ifade hürriyeti ve uzun tutukluluk süresi ile ilgili oluşturduğu bu tip temel kararlar, alt mahkemeler veya kurumlar açısından bağlayıcı bir emsal niteliği taşır mı? Bu soruya bir alt başlıkta cevap aranacaktır.

b. Emsal Kararların Bağlayıcı Etkisi Var mıdır?

(1). **Türk Anayasa Mahkemesi kararları:** Bizim ülkemizin dahil olduğu Kıta Avrupası hukuk sisteminde, yüksek mahkemelerin kararlarına emsal bağlayıcılık otoritesi vermek için, tıpkı Anglo- Amerikan hukuk sisteminde olduğu gibi, daha önceki kararların gerekçelerinin veya gerekçeden çıkarılan temel kaidelerin (ratio

77 Federal Judicial Center, agm, s.6.

78 David Vong, “Binding Precedent and English Judicial Law-Making”, *Jura Falconis*, C. 21, Sayı 3, Y. 1984-1985, s.323; *Federal Judicial Center*, agm, s.6.

79 Vincy Fon/Francesco Parisi, “Judicial Precedents in Civil Law Systems: A Dynamic Analysis”, *International Review of Law and Economics*, Sayı 26, Y. 2006, s.522; *Vong (1984-1985)*, s.319.

80 *Fon/Parisi*, s.522-523.

81 *Güher Ergun ve Diğerleri Başvurusu*, AYM, Başvuru no 2012/13, Karar tarihi 2 Temmuz 2013.

Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Yolunda İhlal Kararlarının Kesinliği, Bağlayıcılığı ve Etkisi

decidendi) bağlayıcılığının kabul edilmesi gerekir. Diğer bir deyişle, yukarıda belirttiğimiz gibi kararların maddi anlamda kesinliğine, hüküm kısmı yanında gerekçeyi de dahil etmek lazımdır. Örneğin konuyla ilgili bütün mahkemeleri bağlayan İçtihadı Birleştirme Kararları'nın bile, tıpkı herkese yönelik etki doğuran Anayasa Mahkemesinin iptal kararlarında olduğu gibi, sadece hüküm/sonuç kısmı bağlayıcıdır, gerekçeleri yardımcı ve açıklayıcı mahiyettedir⁸². Böyle etki alanı geniş kararların bile gerekçeleri bağlayıcı görülemezken, bireysel bir hak ihlali iddiasının gerekçelendirilmesinden ibaret olan ihlal kararlarının gerekçesinin bağlayıcı olduğunu savunmak daha zordur.

Anayasa Mahkemesi'nin ihlal kararları ister temel öncü karar olsun isterse istikrar kazanmamış diğer kararları olsun aynı seviyede etki ve otoriteye sahiptir. Bu kararlar, kararın icrasında muhatap olan mahkeme ve kurumlar hariç, diğer idari ve yargısal kurumlar açısından sadece ikna edici ve yol gösterici niteliktedir. Elbette ki, ihlal kararlarının pratik ve teorik otoritesinin bulunması halinde ülkemizdeki hak ihlallerinde azalma görülebilir. Buna karşılık, böyle bir durum, hukuk sisteminin niteliği gereği çok zor görünmektedir. Herhangi bir mahkeme, vereceği bir kararda, Anayasa Mahkemesi'nin bu kararlarını ve gerekçelerini, tarafları ikna etmek veya gerekçesini kuvvetlendirmek maksadıyla kullanabilir, bu kararlara atıf yapabilir. Buna rağmen, Anayasa Mahkemesi'nin ihlal kararları ve gerekçeleri, söz konusu yerel mahkeme açısından bağlayıcı değildir. Dolayısıyla, onların bu karara bağlayıcılık atfederek uygulaması mümkün değildir.

Anayasa Mahkemesinin ihlal kararlarının '*doğrudan*' emsal bağlayıcılık gücüne sahip olmasının bazı sakıncaları bulunmaktadır. Birincisi, Mahkemenin ihlal kararının sonuç kısmı sadece belirli başvuru sahipleri veya makamlar ile ilgili olduğu için, emsal olarak diğer olaylara uygulamak pek makul görünmemektedir. Örneğin, bir kararda⁸³ Mahkeme, başvuru sahiplerinin makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğine ve tazminata hükmetmiştir. Bu hükmün, diğer ihlal olaylarında kamu kurumları ve mahkemeler tarafından nazara alınarak uygulanması mümkün değildir. Sadece gerekçesinden ikna edici bir mahiyette faydalanılabilir. Çünkü Anayasa Mahkemesi her somut davanın durumuna göre makul bir yargılama süresi belirlemektedir. İkincisi, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararlarının gerekçelerinin emsal bağlayıcılık etkisinde olduğunu kabul ettiğimizde, gerekçelerin bağlayıcı olmasının diğer mahsurlarının yanında, gerekçelerin hangi kısmının bağlayıcı olaca-

82 Son dönemde, başvuru konuyla ilgili içtihadı birleştirme kararı verilemeyeceğine dair İBK verilmiş olması manidardır. Bu kararda "*işçilik alacaklarının çok değişik tür ve nitelikte uyumsuzluk olarak mahkemeler önüne gelebileceği, aynı tür ve nitelikteki işçilik alacaklarında dahi her defasında alacağın belirli veya belirsiz olmasında söz edilmesinin mümkün olmadığı, her somut olayın özelliğine göre mahkemelerin alacağın belirli mi yoksa belirsiz alacak mı olduğunu tespit etmeleri gerektiği, alacağın tür itibarıyla bir alacağın belirli veya belirsiz alacak olduğundan söz edilemeyeceği, bu hususta yapılacak içtihadı birleştirmenin, içtihadı birleştirme kararlarının soyut, genel her defasında geçerli normatif yapısıyla bağdaşmadığı gerekçeleriyle, içtihadı birleştirmeye gerek olmadığına ...karar verilmiştir*". (Yargıtay İBBGK, Karar no. 2016/6 E.-2017/5 K. Karar tarihi 15 Aralık 2017). Görüldüğü gibi, bazı durumlarda, her olayın kendine özgü durumunun somut olayın özelliklerine göre yerel mahkeme tarafından değerlendirilmesi gerekmektedir.

83 83 Faruk Yaman ve diğerleri başvurusu, AYM, Başvuru no 2014/3543, Karar tarihi 04 Ocak 2017.

ğı sorunu ortaya çıkmaktadır. Anglo-Sakson dünyadaki gibi, gerekçenin genelinden çıkarılabilecek sonuca etkili ölçülülük, kanunilik vb. evrensel ilkeler bağlayıcı olarak görüldüğünde (*ratio decidendi*), zaten bunlar doğrudan veya dolaylı şekilde Anayasa’da yer aldığı için, emsallerin bağlayıcılığı ile hedeflenen amaca Anayasanın bağlayıcılığıyla da ulaşılması gerekir. Son olarak diğer bir mahsur, bu durumda Mahkemenin ihlal kararı ile kural yaratmış olmasıdır. Çünkü, ihlal kararı emsal niteliğinde bütün idari kurumlar ve mahkemeler için takip edilmesi zorunlu bir ‘kural’ haline gelmektedir.

Şunu da belirtelim ki uygulamada Anayasa Mahkemesinin ihlal kararlarının ‘dolaylı’ olarak ‘de facto emsal etkisi’ ortaya çıkmaktadır. Anayasa Mahkemesinin ihlal kararından sonra, eğer ihlalin kaynağı yerel mahkeme kararı ise, ihlalin giderilmesi için kararın bu mahkemeye gönderilmesi halinde, (örneğin kadının kızlık soyadı ile ilgili kararda, yerel mahkemenin doğrudan Sözleşmeyi uygulayarak, karar vermesi halinde), Anayasa Mahkemesinin konuyla ilgili ihlal kararı Yargıtay açısından da bağlayıcı olduğu için, Yargıtay’ın yerel mahkemenin ihlali gidermek için aldığı kararı onaması da gerekmektedir. Bu durumda, uzun vadede Yargıtay’ın bu içtihadını diğer kararlarda da sürdürmesi durumunda, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararı, ‘dolaylı’ bir şekilde ‘de facto emsal gücü’ kazanmış olacaktır. Bu durum, uzun vadede insan hakları ihlallerinin giderilmesi açısından istikrarlı bir pratik de oluşturacaktır. Aynı şekilde Danıştay gibi diğer yüksek mahkemelerin, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararının icrası yönünde alınan idare ve vergi mahkemeleri kararlarını onaması gerekmektedir. Böylece, idari yargı açısından da insan hakları ihlallerinin giderilmesi için Anayasa Mahkemesinin ihlal kararları dolaylı bir emsal gücü kazanmış olmaktadır.

Dolaylı de facto emsal etkiye bazı somut örnekler de verebiliriz. Yargıtay, evli kadının kızlık soyadını tek başına kullanabilmek amacıyla açılan davanın temyizinde, AİHM’nin konuyla ilgili verdiği kararın (*Tekeli/Türkiye*) bir bağlayıcılık taşımadığını ve Sözleşme’de doğrudan kadının soyadına dair hüküm olmadığını ifade ederek, yerel mahkeme kararını bozmuştur. Fakat, bozmadan sonra yerel mahkemenin direnme kararı, bu esnada verilen Anayasa Mahkemesinin ihlal kararının da etkisi ile, Hukuk Genel Kurulu tarafından onanmıştır⁸⁴. Böylece Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, Anayasa’nın 90. maddesindeki düzenleme karşısında yerel mahkemelerin AİHS ile çelişen Türk Medeni Kanunu’nun 187. maddesini ihmal etme ve Sözleşme hükümlerini doğrudan olaya uygulama yükümlülüğü olduğunu ifade etmiştir. Ayrıca Anayasa Mahkemesinin kolluk tarafından yapılan aramada tanık bulundurulmamasının, adil yargılanma hakkının ihlali olduğunu tespit etmesi neticesinde⁸⁵, Yargıtay daireleri de bu yönde içtihatlarını değiştirmeye başlamış-

84 *Yargıtay Hukuk Genel Kurulu*, Karar no. 2014/2-889 E.-2015/2011 K., Karar tarihi 30 Eylül 2015, <http://kazanci.com.tr/gunluk/hgk-2014-2-889.htm>, erişim 01.04.2017). Bkz. kararın değerlendirilmesi için **Hakan Atasoy**, “Evli Kadının Soyadı Sorunu “Anayasal” mı? “Bireysel” mi?”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, C. 5, Sayı 5, Y. 2015, s.149.

85 *Yaşar Yılmaz Başvurusu*, Başvuru no. 2013/6183, Karar tarihi 19 Kasım 2014. Karardaki 56. paragrafta bu husus şu şekilde vurgulanmıştır: “...somut olayda, koruma tedbiri niteliğindeki arama kararının icrasının hukuka aykırı şekilde gerçekleştirilmesi ile elde edilen delillerin tek ve belirleyici delil

Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Yolunda İhlal Kararlarının Kesinliği, Bağlayıcılığı ve Etkisi

tır⁸⁶. Yargıtay ve Danıştay gibi üst mahkemelerin daireleri, hukuki istikrar ve insan hakları ihlallerinin giderilmesi için, sonraki benzer yerel mahkeme kararlarını da Anayasa Mahkemesinin söz konusu ihlal kararı yönünde bozmak ya da onamak durumunda kalmaktadır.

(2). **AİHM kararları:** Kanaatimizce, AİHM'nin Türkiye hakkındaki bir ihlal kararı, emsal bir bağlayıcılık otoritesine sahip değildir⁸⁷. AİHM'nin kararlarının emsal bağlayıcılığının iki yönü vardır. Birincisi, bu kararların, kararın tarafı devlet açısından emsal bağlayıcılığı olup olmadığıdır. İkincisi ise, AİHM'nin bir devlet hakkındaki ihlal kararının, başka bir devletteki mahkemeler tarafından benzer olaylarda takip edilme zorunluluğu olup olmadığıdır. Birinci kısım ile ilgili olarak, Türkiye hakkında verilen bir ihlal kararının, kararın kapsamındaki hak açısından benzer davalarda mahkemeler tarafından uygulanmak zorunda olmadığı kanaatindeyiz. Eğer Türk otoriteleri, insan hakları karnesi açısından, spesifik bir ihlal kararında belirtilen ihlal çeşidine benzer diğer ihlalleri gidermek isterse, bu onun açısından takdire şayan önemli bir gelişmedir. Ancak, Anayasa'nın 90. maddesi gereğince, insan hakları ile ilgili bir anlaşma kanunlardan öncelikli olduğu için, AİHM'nin somut olaya uygulanması yoluyla, AİHM kararlarının bir nevi '*dolaylı olarak*' fiilî emsal etkisi sağlanmış oluyor. Fakat buna rağmen, AİHM kararlarının '*doğrudan*' ve *hukuki* emsal bağlayıcılık etkisi bulunmamaktadır⁸⁸. İkinci kısma cevaben, AİHM'nin bir devlet hakkında vermiş olduğu ihlal kararının, diğer devletlerdeki benzer davalarda mahkemeler tarafından uygulanma zorunluluğu da mümkün değildir⁸⁹. Örneğin Türkiye hakkında verilen yaşam hakkının ihlali yönündeki bir karar ve gerekçesi, Rusya devletindeki yaşam hakkı ile ilgili bir ceza davasında, Rus mahkemeleri tarafından takip edilmek zorunda değildir. Çünkü, mahkemenin kararlarının gerekçesi bağlayıcı olmadığı gibi, onların emsal bağlayıcılık otoritesi de bulunmamaktadır.

olarak kullanılmasının bir bütün olarak yargılamanın hakkaniyetini zedelediği ve aramanın icrasındaki "kanuna aykırılığın" yargılamanın bütünü yönünden adil yargılanma hakkını ihlal eder nitelikte olduğu kanaatine varılmıştır. Bu sebeplerle başvuru Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına [alınan] adil yargılanma hakkını[n] ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir".

86 **Fahri Gökçen Taner/Yaprak Öntan**, "CMK'nın 119/4. Maddesi Uyarınca Adli Aramada Bulundurulması Gereken Tanıklar Konusunda İçtihat Dönüşüm", *Ankara ÜHFD*, C. 65, Sayı 4, Y. 2016, s.2452-2459.

87 Bkz. Polonya uygulamasında aynı yönde görüş için **Jacek Chlebny**, "How a National Judge Implements Judgments of the Strasbourg Court", iç. (Editörler: *Anja Seibert-Fohr/Mark E. Villiger*), *Judgments of the European Court of Human Rights Effects and Implementation*, Asghate, 2015, s.240.

88 İngiltere, İnsan Hakları Kanunu'na hüküm koyarak, Sözleşmedeki hakla ilgili bir meseleyi karara bağlayan ulusal mahkemelerin, konuyla ilgili AİHM'nin kararlarını, görüşlerini, beyanlarını nazara almak zorunda olduğunu ifade etmiştir. Fakat kanaatimizce, çok geniş bir emsal bağlayıcılık otoritesi gibi görünse de ortak hukuk geleneğine sahip olan İngiltere için sorun teşkil etmez (bkz. İnsan Hakları Kanunu, madde 2, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/42/data.pdf>, erişim, 31.01.2017). Bkz. aynı yönde **Özbey**, s.58. Bkz. benzer yönde Polonya uygulaması için **Chlebny**, s.239-240. Yazar Polonya'da 'emsallerin bağlayıcılık otoritesi olmadığı için' mahkemelerin kararlarında gerekçe olarak sadece AİHM'nin kararının kullanılmasının yeterli olmadığını, sözleşmenin spesifik hükmüyle kararın desteklenmesi gerektiğini ifade etmiştir, **Chlebny**, s.239-240).

89 Bkz. aynı yönde **Abdurrahman Eren**, *Özgürlüklerin Sınırlanmasında Demokratik Toplum Düzeninin Gerekliliği*, Beta, İstanbul, 2004, s.306.

Şimdi yukarıda ele almış olduğumuz Anayasa Mahkemesi’nin ‘kadının evlendikten sonra kızlık soyadını taşıyıp taşıyamayacağına’ dair karardan hareketle, takip eden sorulara cevap vermek istiyoruz:

(i). İhlal kararının gerekçesi, bu konuyla ilgili dava gören diğer mahkemeler açısından bağlayıcı mıdır?

Kadının soyadına dair kararın gerekçesinden hareketle, bir değerlendirme yapabiliriz. Bu kapsamda, kararın gerekçesinde özet olarak, evli kadının evlilik öncesindeki soyadının kullanamamasının AİHM pratiği kapsamında AİHS’ye de aykırı olduğu ve böyle bir hakkın kişinin maddi ve manevi varlığının bir parçası olduğu, bu nedenle Anayasa’nın 90. maddesi gereğince davacıya Türk Medeni Kanunu’nun ilgili maddesinin değil, doğrudan AİHS’nin uygulanması gerektiği belirtilmiş, neticede ihlalin varlığına ve giderilmesi gerektiğine hükmedilmiştir. İhlal kararından sonra, soyadı ile ilgili başka bir davayı gören yerel mahkemenin, Anayasa Mahkemesi’nin sitesinde veya Resmi Gazete’de yayımlanmış bu kararı bularak gerekçesine bakması ve gerekçesinden anladığı şeyleri bağlayıcı olarak kabul etmesi, hukuk sisteminde hakimın takdir, muhakeme ve yorumlama yetkisi açısından sorunludur. O halde, mahkemenin bu gerekçeden yararlanması, kendi kararının gerekçesini oluştururken etkilenmesi pekala mümkündür, ancak ona bağlayıcı bir anlam yüklemesi mümkün görünmemektedir. Yerel mahkemelerin, Anayasa Mahkemesi’nin gerekçesini bağlayıcı görmesi halinde, hak ihlallerinin daha da azalacağı veya daha hızlı giderileceği ileri sürülebilir. Böyle bir görüşün avantajları olsa bile, yukarıda bir çok yerde belirttiğimiz sakıncaları ve teorik engeller nedeniyle kabulü mümkün değildir. Eğer, gerekçeyle hükmün birlikte bağlayıcı olduğu iddiası ileri sürülürse, emsal doktrini ile ilgili kısımda da belirtildiği üzere, Anlgo-Sakson hukuk sistemindeki (içtihat hukuku, ortak hukuk) önceden verilmiş emsal niteliğini haiz kararların katı bağlayıcılığı, Kıta Avrupası’nda (sivil hukuk, mevzuu hukuk) söz konusu değildir. İçtihadı birleştirme kararları ya da üst mahkemenin kanun yolu denetimindeki kararlarının hüküm kısmı dışında, herhangi bir şekilde önceki kararların hüküm kısmı ve gerekçesi bağlayıcı değildir, bilakis yol gösterici, istikrar oluşturu bir karakterdedir.

Diğer bir örnek olarak uzun tutukluluk süresi nedeniyle verilen ihlal kararlarını gösterebiliriz. Somut ve mevcut bir örnek, Diyarbakır 6. Ağır Ceza Mahkemesi’nin tutuklunun tahliye talebini reddettiği kararıdır⁹⁰. Bu kararda tutuklular, Anayasa Mahkemesi’nin daha önce vermiş olduğu ‘uzun süreli tutukluluğun ve yetersiz gerekçe ile tutuklu yargılamanın kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının ihlali olduğu’ noktasındaki karar gerekçesini⁹¹ emsal göstererek tahliye istemiştir. Ağır Ceza Mahkemesi haklı olarak, Anayasa Mahkemesi’nin önceki ihlal kararının gerekçelerinin bağlayıcı olmadığını belirtmiştir. Buradaki haklılığı sadece ihlal kararının gerekçelerinin bağlayıcı olmadığı noktasındadır, yoksa bu gerekçeleri ikna edici ve destekleyici argümanlar olarak kararında kullanarak tutukluları salıvermesi, -Ana-

90 Bu kararla ilgili bilgilere Anayasa Mahkemesi’nin ihlal kararının gerekçesinden ulaşılmıştır (*Kemal Aktaş ve Selma İrmak Başvurusu*, AYM, Başvuru no 2014/85, Karar tarihi 3 Ocak 2014).

91 *Mustafa Ali Balbay Başvurusu*, AYM, Başvuru no. 2012/1272, Karar tarihi 4 Aralık 2013.

Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Yolunda İhlal Kararlarının Kesinliği, Bağlayıcılığı ve Etkisi

yasa Mahkemesi'nin sonradan ihlal kararında da tanık olduğumuz üzere⁹²- elbette hakların korunması açısından daha yerinde olabilirdi. Öğretide, Ağır Ceza Mahkemesi'nin bu kararını yerinde bulmayan bazı yazarlar, ihlal kararlarının gerekçelerinin bağlayıcılığı kapsamında emsallerin bağlayıcı otoritesini savunmuşlardır⁹³. Bir yazar, emsal kararların bağlayıcı otoritesi (yani bir ihlal kararının gerekçesinin bütün diğer mahkeme ve makamlar açısından bağlayıcılığı) savunulmadığında, Anayasa Mahkemesi'nin yeniden yargılamak ve ihlalin sonuçlarını gidermek üzere dosyayı gönderdiği yerel mahkemenin, eski kararında direnmesi ve Anayasa Mahkemesini dinlememesi gibi bir sonucun ortaya çıkabileceğini ifade etmiştir⁹⁴. Oysa, Anayasa Mahkemesi'nin bir hak ihlali bulduğu ve dosyayı gönderdiği yerel mahkeme bu kararın sonuç kısmının gereğini yerine getirmek zorundadır. Çünkü hem maddi anlamda kesin hüküm teşkil eden karar bağlayıcıdır hem de kararın icrasında muhatap, o yerel mahkemedir. Kısacası, ihlal kararlarının gerekçelerinin- ihlalin ve ihlal kararının icrasının muhatabı yerel mahkeme hariç- diğer mahkemeler açısından bağlayıcı olmadığını kabul etmek, hiçbir şekilde, ihlal kararının sonuçlarını gidermekle mükellef yerel mahkeme açısından anayasa mahkemesi kararının 'hüküm kısmının bağlayıcılığına' hanel getirmez. İhlal kararının muhatabı olmayan diğer mahkemelerin, önündeki dosyalarda sunulan tutukluluk süresi itirazlarında, söz konusu ihlal kararının gerekçesini bağlayıcı olarak görmesi ve ona göre hareket etmesi gerekmez. Yerel mahkemelerin önündeki her olayın farklı hususiyetleri ve değişkenleri vardır.

Öğretide *Kanadoğlu*, ihlal kararlarının maddi anlamda kesin hüküm niteliği taşıdığını ve bu bağlayıcılığın sadece ihlalin muhatabı mahkeme değil diğer mahkemeler için de geçerli olduğunu belirterek, maddi anlamda kesin hükmün objektif sınırına 'hükümün' yanında gerekçeyi de dahil etmiştir⁹⁵. Oysa bizim de katıldığımız görüşe göre⁹⁶, hem iptal kararlarında hem de ihlal kararlarında, kararın sadece hüküm kısmı maddi anlamda kesinlik taşır. Eğer gerekçelerin maddi anlamda kesin hüküm taşıdığı kabul edilirse, aynı gerekçelerin bir daha uyuşmazlık konusu yapılmaması ve yeni bir davaya konu olmaması gerekmektedir. Bu durum Kıta

92 Mahkeme, Diyarbakır 6. Ağır Ceza Mahkemesi'nin tahliye isteminin reddine dair kararının, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının ihlali niteliğinde olduğuna karar vermiştir. *Kemal Aktaş ve Selma İrmak Başvurusu*, AYM, Başvuru no. 2014/85, Karar tarihi 3 Ocak 2014.

93 **Göztepe**, "Bireysel Başvuru Kararlarının Bağlayıcılığı...", s.99-100; **Şirin**, ihlal kararlarının maddi anlamda kesinliği başlığında, bu kararların gerekçelerinin bağlayıcı olduğunu ve erga omnes etkiye sahip nitelik taşıdığını belirtmiştir, **Şirin**, Türkiye'de Anayasa Şikayeti, s.662-663; **Kanadoğlu**, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru, s.261-262.

94 **Şirin**, "Üçüncü Yılda Bir Bilanço...", s.141-142.

95 **Kanadoğlu**, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru, s.262-263. Bkz. aynı yönde **Göztepe**, "Bireysel Başvuru Kararlarının Bağlayıcılığı.", s.100; **Karan**, maddi anlamda kesinliğin gerekçe kısmını kapsayıp kapsamadığını açıkça belirtmiş olmamakla birlikte, bir kararın benzer ihlallerin önlenmesi yönünde diğer idari ve yargısal organları bağladığını belirterek, maddi anlamda kesinliği gerekçeye de teşmil ettirmiştir (**Karan**, s.128). **Karan**, bireysel başvuru kararlarında kabul edilemezlik kararlarının ve tedbir kararlarının maddi anlamda kesin hüküm niteliği taşımadığını belirtmiştir (**Karan**, s.128). Aslında esas incelemesi olarak nitelendirilebilecek kabul edilemezlik kararlarının varlığını göz önünde tutarsak, bazı kabuledilemezlik tutarlarının maddi anlamda kesinlik taşıdığını söylemek mümkündür.

96 **Gözler**, Türk Anayasa Hukuku, s.1110-1111.

Avrupalı hukuk sistemine uygun olmadığı gibi, ihlal kararlarının gerekçelerini kanun hatta Anayasa düzeyinde bir kural haline getirmek olur.

(ii). Anayasa Mahkemesi'nin ihlal kararının gerekçesi, yasama organı açısından bağlayıcı mıdır?

Yukarıdaki soyadı ile ilgili kararın gerekçesine baktığımızda, Yasama'nın 2001 yılında çıkardığı Türk Medeni Kanunu'nun 187. maddesinin, uluslararası sözleşmelerdeki kadın ve erkeğin eşitliğine dair hükümlere aykırı olduğu ve bu nedenle zımnen ilga edildiği ifade edilmiştir. Şu halde, yasamanın bu kanunun ilgili maddesini değiştirmesi, bu gerekçe doğrultusunda davranması zorunlu mudur? Bu soruya hayır cevabı verilmelidir⁹⁷. Zira, öncelikle pozitif hukuk açısından yasama organının Anayasa Mahkemesi'nin iptal ve ihlal kararlarının gerekçesi ile bağlı olduğuna dair herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. İkincisi, yasama, ihlalin kaynağı olan hükmü değiştirmeyi düşünürse, bu gerekçeden bir ikna edici araç olarak faydalanabilir. Aksini iddia ederek, ihlal kararlarının gerekçelerinin yasama organı için bağlayıcı olduğunu ileri sürmek, Anayasa Mahkemesi'nin ihlal kararlarının gerekçelerinin bile Anayasa ile eş değerde olduğunu iddia etmek olur⁹⁸. Bu durumda, Anayasa Mahkemesi hukukun tek yorumlayıcısı ve koyucusu olacaktır ki, demokrasilerde hukuku koyan asli organ ancak yasama organıdır. Buna ek olarak, yasalara karşı doğrudan bir ihlal başvurusu söz konusu olmadığı için yasama organı Anayasa Mahkemesi'nin ihlal kararlarının icrasında 'muhatap' konumunda değildir. Diğer bir deyişle, ihlal kararları ancak taraflarla sınırlı bir etki doğurmaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin ve AİHM'nin ihlal kararları hem hükümet hem de yasama organları için bağlayıcıdır⁹⁹. Fakat, özellikle yasama her zaman kararın icrasında muhatap değildir¹⁰⁰. O nedenle, karar kendisi için bağlayıcı olsa

97 Bkz. aksi yönde **İnceoğlu**, s.303-304. İnceoğlu, Sevim Akat Ekşi başvurusunda verilen ihlal kararının diğer bütün devlet organlarını da bağladığını ifade etmiştir. Kanaatimizce, ihlal kararının muhatabı Yasama organı ise, hüküm kısmı onun için de bağlayıcı olduğu için kanunu değiştirmek zorundadır. Değiştirmese, idari ve yargısal organlar, aynı kanun yerine insan haklarına ilişkin Türkiye'nin taraf olduğu sözleşmeyi (ör. AİHS) olaya uygulayarak benzer ihlalleri önleyebilirler. Yoksa, karar gerekçelerinin bağlayıcılığını veya kararların emsal bağlayıcılığını savunarak benzer ihlalleri çözmeyi savunmak, bizim hukuk sistemimiz açısından mümkün değildir.

98 Eğer kararın muhatabı doğrudan Yasama organı ise, bu durumda sadece hüküm kısmı onun için bağlayıcıdır ve ilgili yasal düzenlemeyi yapmak zorundadır. Bkz. aksi yönde, önceki bütün kararlarının yasama organının bağladığı yönündeki görüş için **Karan**, s.134. Karan'ın savunduğu bu görüşü kabul etmek için tabii ki, kararların gerekçelerinin de bağlayıcı olduğunu savunmak gerekir. Keza, yazar da gerekçelerin bağlayıcı olduğunu savunmaktadır (**Karan**, s.136).

99 Bazı yazarlar AİHM'nin ihlal kararlarının sadece hükümet (*government*) açısından değil, parlamento (*parliament*) açısından bağlayıcı olduğunu ve ihlalin sonuçlarını giderme yükümlülüğü yüklediğini ifade etmişlerdir (**Almut Wittling-Vogel**, "The Role of the Legislative Branch in the Implementation of the Judgments of the European Court of Human Rights", iç. (Editörler: Anja Seibert-Fohr/Mark E. Villiger, *Judgments of the European Court of Human Rights Effects and Implementation*, Asghate, 2015, s.61-62; **Paul Mahoney**, "Discussion Following the Presentation by Luzius Wildhaber", (Editörler: Rüdiger Wolfrum/Ulrike Deutsch) *The European Court of Human Rights Overwhelmed by Applications: Problems and Possible Solutions*, International Workshop Heidelberg, December 17 -18, 2007, s.85).

100 Özellikle Türk Anayasa Mahkemesi açısından, Anayasa Mahkemesi Kanunu'ndaki hükümler nazara alındığında, yasamanın ihlal kararlarının icrasında muhatap olması da pek mümkün görünmemektedir. Çünkü hem kanunlara karşı doğrudan ihlal başvurusu yasaklanmıştır hem de ihlalin kaynağı kanunun Mahkeme tarafından 'doğrudan' iptali söz konusu değildir.

da, yasamanın, her karar sonrasında harekete geçmesini beklemek mümkün değildir. Diğer yandan bazı hallerde hak ihlalleri, idari organların kanunilik (kanunla sınırlama) şartına uymadan hakları sınırlaması nedeniyle ortaya çıkmaktadır. Bu durumda, Anayasa Mahkemesi kanuna dayanan bir sınırlama olmadığı için ihlal kararı verdiğinde, yasama organı harekete geçerek bu ihlale bir dayanak oluşturmak için kanun mu çıkarmalıdır? Öğretide *Göztepe*, bu gibi olaylarda Yasama'nın karar doğrultusunda kanun çıkararak, hakların sınırlandırılmasına kanuni dayanak oluşturması gerektiğini savunmuştur¹⁰¹. Ancak bu görüş kabul edildiğinde, idarenin ihlallerini kanuna dayanan bir sınırlandırmaya dönüştürmek ve böylece hakları daha fazla sayıda sınırlandırmak gibi bir durum ortaya çıkmaktadır.

§ 3. İHLAL KARARLARININ ETKİSİ

I. KİŞİ BAKIMINDAN ETKİSİ

A. KISACA İPTAL KARARLARININ KİŞİ BAKIMINDAN ETKİSİNE BAKIŞ

Bireysel başvuru yolunun anayasallaşması öncesinde, Anayasa Mahkemesi kararlarının kişi bakımından etkisi, norm denetimi neticesinde verilen iptal kararları ile ilgili ele alınmış ve bu kararların herkese yönelik (*erga omnes*) bir sonuç doğurduğu kabul edilmiştir¹⁰².

1961 Anayasasının 152. maddesinin son fıkrasında kararların bütün kurum ve kişiler için bağlayıcı olduğu belirtilmiş, buna karşılık aynı maddenin 4. fıkrasında Anayasa Mahkemesi'nin sadece "*olayla sınırlı ve yalnız tarafları bağlayıcı*" karar verebileceği hususu da hükme bağlanmıştır¹⁰³. Dönemin Anayasası, Anayasa Mahkemesine mahkemenin verdiği kararların etkisinin kapsamını daraltma (*erga omnes* etkiden *inter partes* etkiye indirme) şeklinde bir ek yetki sunmuştur.

1982 Anayasası açısından konuya yaklaşırsa, Anayasanın 153. maddesinde 1961 Anayasasından farklı olarak, taraflar için etkili ve olayla sınırlı bir karar verme yetkisi tanınmamış, Mahkemenin kararlarının bütün kurumlar ve kişiler için etkili sonuç doğuracağı açıkça ifade edilmiştir. Bilindiği gibi, Anayasa Mahkemesi'nin kararlarının kimler ve hangi kurumlar açısından bağlayıcı olduğu Anayasanın 153. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, iptal kararları bütün kurumları ve bireyleri bağlamaktadır. Aslında bu hüküm, iptal kararlarının bağlayıcılığından ziyade iptal kararlarının etkisini kastetmektedir. Zira, Anayasa'da iptal kararlarının bağlayıcılığından bahsedilmese bile bağlayıcıdır. Bağlayıcılık, kesinleşmiş kararlar ortaya

101 *Göztepe*, "Bireysel Başvuru Kararlarının Bağlayıcılığı...", s.107. Kanunilik şartı, ihlali doğuran işlemin kanuna doğrudan veya dolaylı olarak dayanmadığı, diğer bir ifadeyle aykırı olduğunu ifade etmektedir. Bu durumda, yasamanın harekete geçerek ihlalin dayanağını oluşturacak bir kanun çıkarması, bir yönüyle sınırlandırmayı kanunla yapması demektir. Fakat, bu yorum, aslında belki de, kanunla dahi sınırlandırılmaması gereken bir hususun bundan sonra kanuna dayanarak sınırlandırılması sonucunu doğurabilir.

102 *Gözler*, Türk Anayasa Hukuku, s.921; *Özbudun*, şekli ve maddi ayırımına girmeden, kesinliği herhangi bir denetim yoluna gidilememesi olarak tanımlamış, fakat bu kesinliğin 'kesin hüküm olma' özelliğini de taşıdığını vurgulayarak, maddi kesinliğe dolaylı vurgu yapmıştır. *Özbudun*, Türk Anayasa Hukuku, s.413; *Atar*, Türk Anayasa Hukuku, s.358.

103 *Kaboğlu*, Anayasa Hukuku Dersleri, s.385.

çıkaran hukuki duruma kişiler ve idari kurumlar tarafından uyma ve ilgili kararı icra etme zorunluluğudur. Bir mahkeme kararı her zaman bağlayıcı niteliktedir. Bağlayıcılığı olmayan bir kararı mahkeme kararı olarak ifade etmek, onun bağlayıcılık fonksiyonu ile oluşturacağı hukuki güvenliğin önemini azımsamaktır. Örneğin Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru ya da diğer denetimleri arasında bir ayırım yapmadan, verilen kararların hepsinin bağlayıcı olduğunu savunabiliriz.

Mahkemenin kararlarının herkes için etkisi, öğretilerde bazı yazarlar tarafından herkes için bağlayıcı etki olarak ifade edilmektedir¹⁰⁴. Bu tam olarak doğru bir ifade değildir. Zira, ihlal veya iptal kararlarının ‘herkes için’, ‘sadece taraflar için’¹⁰⁵ veya ‘belirli bir muhatap çevresi için’ etki doğurması, bu kararların kimlerin hukuki statüsünde değişiklik meydana getirdiği ile ilgilidir. Oysa bir kararın bağlayıcılığı söz konusu olduğunda, zaten doğası gereği herkes içindir¹⁰⁶. Mahkeme kararı bağlayıcı ise, bazıları için bu bağlayıcılıktan sarfı nazar edilemez. Bir hukuk sisteminde, uyuşmazlıkların nihai olarak sona erdirilmesi ve böylece hukuki güvenliğin sağlanması için, mahkeme kararlarının bağlayıcı olması zorunludur. Oysa, bağlayıcı olan kararın kişi bakımından etkisi davaya göre dar veya geniş olabilir.

Anayasa'nın 153. maddesi nazara alındığında iptal kararlarının herkes için etkili olduğu aşikardır. Herkes için etkililik, kararının açıklanması ile iptal edilen kuralın ‘uygulanacağı’ herkesin bu karardan etkilenmesidir. Bazı istisnalar hariç, ilgili kuraldan geçmişte ‘faydalanan’ kimseler, geçmişe yürümezlik ilkesi nedeniyle karardan etkilenmemektedir. İptal kararlarının herkes için etkili olduğunu, sadece bu hükümden değil, iptal kararlarının niteliklerinden de çıkarabiliriz. Yani böyle bir düzenleme olmasa bile, iptal ile ilgili hükmün hukuk düzeninden çıkması ve bütün kişiler açısından sonuç doğurması karşısında, *erga omnes* etkili olmadığını söylemek güçtür.

104 **Gözler**, Türk Anayasa Hukuku, s.1111; **Anayurt**, Anayasa Hukuku, s.720; **Kaboğlu**, Anayasa Hukuku Dersleri, s.385; **Atar**, Türk Anayasa Hukuku, s.360.

105 Benzer şekilde, Çek Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru kararlarının ‘*en azından*’ sadece taraflar için etkili olduğu ileri sürülmüştür. (**Constitutional Court of Czech Republic**, s.24).

106 Nasıl ki bir kanun hükmü veya kural, onun yetki verici, seçenek sunucu, emredici olup olmadığına bakılmaksızın bağlayıcıdır, mahkeme kararı da onun izhari veya inşai, iptal veya ihlal kararı olup olmadığına bakılmaksızın bağlayıcıdır. Mahkemelerin tavsiye görüşlerinin, bir uyuşmazlığı nihayete erdirmeye otoritesi anlamında, mahkeme kararı olup olmadığı tartışmalı olduğu gibi, AİHS'nin 16. Protokolü'nde düzenlenen ‘AİHM'nin tavsiye görüşlerinin’ bağlayıcı olmadığına dair hüküm (5. madde) görüşümüzü desteklemektedir (Bkz. tavsiye görüşlerinin (*advisory opinion*) niteliği ile ilgili olarak **Thomas Giegerich**, “The Struggle by the German Courts and Legislature to Transpose the Strasbourg Case Law on Preventive Detention into German Law”, (editörler: *Anja Seibert-Fohr/Mark E. Villiger, Judgments of the European Court of Human Rights Effects and Implementation*, Asghate, 2015, s.235-236; **Kanstantsin Dzehtsiarou**, “Interaction between the European Court of Human Rights and Member States: European Consensus, Advisory Opinions and the Question of Legitimacy”, iç. (Editörler: *Spyridon Flogaitis/Tom Zwart/Julie Fraser*) *The European Court of Human Rights and its Discontents; Turning Criticism into Strength*, Edward Elgar, 2013, s.129-132. İngiltere İnsan Hakları Kanunu'nun 4. kısmında düzenlenen aykırılık ihbarı (*declaration of incompatibility*) olarak adlandırılan kurum da, bir nevi yasamaya tavsiyedir. Bu kararlar bağlayıcı değildir, sadece bazı kanuni düzenlemelerin AİHS'ye aykırı olduğunun parlamentoya bildirilmesidir (<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/42/section/4>, erişim 01.04.2017).

B. İHLAL KARARLARININ KİŞİ BAKIMINDAN ETKİSİ

Anayasa Mahkemesi, bireysel başvuru denetiminin neticesinde, ihlal ve ihlalin giderilmesi için tazminat, yeniden yargılama, ihlale neden olan idari makamın ihlali kaldırması¹⁰⁷ yönünde kararlar vermektedir. Bu sınırlı sayıda karar türleri açısından, kararlar her zaman sadece taraflar için etki doğurur. Kararların icrasında muhatap olan kimseleri, başvurucular, yani karardan etkilenecek olanlarla karıştırmamak gerekir. Örneğin tazminata hükmedilmesi halinde Maliye Bakanlığı, yeniden yargılama halinde ilgili mahkeme, idari makamın ihlali gidermesine karar verilmesi halinde ise ilgili idari makam, kararın icrasında muhatap organlardır.

1. Herkes İçin Etki (Erga Omnes)

Bireysel başvuru kararları için 153. maddeyi gerekçe göstererek, *herkes için* etkili olduğu sonucuna ulaşmak, hatalı bir yöntem olabilir. Zira bu hüküm, iptal kararlarının etkisini açıkladığı gibi, böyle bir hüküm olmasa bile ihmal değil de iptal edilen bir norm, uygulamadan kalktığı için doğası gereği herkesi etkilemektedir. Aynı görüşü bireysel başvuru yolunda ihlal kararları için söylemek mümkün değildir. Birincisi, 153. madde 1982 Anayasası yapılırken Anayasa Mahkemesi'nin mevcut yetkileri kapsamında anayasaya konulan bir hükümdür. Diğer bir deyişle, bireysel başvuru yolu 2010 Anayasa değişikliği ile getirilen yeni ve kendine has bir kurumdur. Anayasanın 153. maddesinin bu yeni kurum için hiçbir koşul olmaksızın uygulanması mümkün değildir. İkincisi, ihlal kararının herkes için etkili sonuç doğurduğunu varsaydığımızda, bir hak konusunda bir kere ihlal kararı verilmesi halinde, bu kararın, herhalde başka bir karara gerek kalmadan diğer ihlalleri önlemesi veya bir daha aynı mevzu ile ilgili ihlal başvurusunun gelmemesi gerekirdi¹⁰⁸.

İhlal kararlarının *erga omnes* veya *inter partes* etkisini AİHM kararları açısından tartışan bazı yazarlar, neredeyse Mahkemenin kararlarının etkisini onların bağlayıcılığı ile özdeşleştirerek bir sonuca varmışlardır. Bu yazarlara göre, Anayasa Mahkemesi'nin, AİHM'nin diğer devletler için verdiği ihlal kararlarının gerekçesinden faydalanarak ilke kararlar oluşturması, AİHM kararlarının *erga omnes* bir şekilde bağlayıcılığı anlamına gelmektedir¹⁰⁹ veya en azından Türk Anayasa Mahkemesi böyle bir etki doğuracak şekilde uygulama yapmıştır¹¹⁰. Biz bu görüşe bir-

107 Bosna Hersek Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 65. maddesine göre, Bosna Hersek'te, bir hakkın ihlal edildiğine karar verilen kişi, bu ihlal bir idari işlemten kaynaklanıyorsa, ihlali giderecek şekilde işlemin yenilenmesini idareden talep etme yetkisine sahiptir (Rules of Bosnia and Herzegovina Constitutional Court, <http://www.ccbh.ba/osnovni-akti/pravila-suda/drugi-dio/?title=poglavlje-ii-odluke-i-drugi-akti-ustavnog-suda>, erişim 03 Kasım 2016).

108 Aksi yönde bkz. **Karan**, s.130.

109 Bkz. Polonya uygulamasında mahkemelerin de facto (fili) olarak AİHM kararlarının *erga omnes* bir şekilde uyguladığı noktasında **Chlebny**, s.240-241.

110 Şunu da ekleyelim ki yazar, daha da ileri giderek, Türkiye'deki diğer idari ve yargısal kurumların AİHM'nin Türkiye ile ilgili olmayan kararlarını bile *erga omnes* etkili olarak görüp uygulamaları gerektiğini ifade etmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin Bayram Otelini Kararı değerlendiren yazarın konu ile ilgili görüşlerine ulaşmak için bkz. **Kerem Altıparmak**, "Van Depreminin Hukuktaki Artçıları: Anayasa Mahkemesi'nin Bayram Otelini Kararı", *TESEV Demokratikleşme Programı*, http://tesev.org.tr/wpcontent/uploads/2015/11/Van_Depreminin_Hukuktaki_Artcilar_i_Anayasa_Mahkemesinin_Bayram_Otelini_Karari.pdf, erişim 29.01.2017, s.3-4. Bkz. aynı yönde görüşler için **Kanadoğlu**, Ana-

kaç açıdan katılmıyoruz. Birincisi, kararların etkisi ile bağlayıcılığı aynı değildir¹¹¹. İkincisi, yazarın ifade ettiği şey *erga omnes* bağlayıcılık, ifade etmek istediği şey ise kararın emsal bağlayıcılık otoritesine sahip olduğudur. Oysa, ne kararların etkisi bağlayıcılığı ifade etmektedir ne de AİHM kararları diğer ülkeler açısından emsal bağlayıcılık otoritesine sahiptir. Üçüncüsü, bir ulusal mahkemenin diğer bir uluslararası mahkemenin başka bir devlet ile ilgili kararının gerekçesinden faydalanaarak bir ihlal kararı vermesi, hatta öncü karar oluşturması, emsalin bağlayıcı gücünden ziyade ‘*ikna edici*’ gücünü göstermektedir. Dördüncüsü, bırakalım üçüncü devletler açısından emsal bağlayıcılık otoritesini, aynı devletteki benzer başvurular için bile emsal bağlayıcılık otoritesi bulunmamaktadır. Çünkü, olağan kararlarında olmayan benzer bir *erga omnes* etkiyi sağlamak için AİHM ve Bakanlar Komitesi ‘*pilot karar*’ uygulamasını başlatmıştır. Bu durum, böyle bir etkinin pilot karardan önce söz konusu olmadığını göstermektedir.

2. Sadece Taraflar İçin Etki (İnter Partes)

Tıpkı AİHM kararları gibi¹¹², Anayasa Mahkemesi’nin ihlal kararları da sadece taraflar için etkili sonuç doğurmaktadır¹¹³. İhlal kararı, herkes için etkili bir sonuç doğurmuyorsa, o zaman her hâlükârda inter partes etkiye sahip olduğu sonucuna ulaşmak gerekmemektedir. Zira sadece taraflar için etki, kararın sadece başvuruçular açısından etki doğurmasıdır. İhlal kararlarının büyük bir çoğunluğunda sadece taraflar için etki söz konusudur. Henüz pratikte verilmemiş olmakla birlikte

yasa Mahkemesine Bireysel Başvuru, s.262. Bkz. bu tip bir etkiyi, AİHM kararlarının “*geniş anlamda icrası*” olarak adlandırarak, diğer devletlere de teşmil ettirilmesini savunan görüş için **Chlebny**, s.238-239.

111 Bkz. aksi yönde kararların etkisini, herkes için bağlayıcı etki veya sadece tarafları bağlayıcı etki şeklinde ifade eden yazarlar için **Gözler**, “Res Judicata’nın Türkçesi Üzerine”, s.48-49; **Kaboğlu**, Anayasa Hukuku Dersleri, s.385; **Berkan Hamdemir**, *Türk Anayasa Hukukunda Bireysel Başvuru*, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi (Danışman Prof. Dr. Faruk Bilir), Konya, 2013, s.391.

112 AİHM’nin kararları sadece kararın tarafı devletler ve başvuruçular açısından etki doğurmaktadır. Yoksa diğer devletleri kapsayıcı bir sonuç doğurmamaktadır (**Matthias Hartwig**, “Much Ado About Human Rights: The Federal Constitutional Court Confronts the European Court of Human Rights”, *German Law Review*, C. 6, Sayı 5, Y. 2005, s.880. AİHM kararları, en azından teorik olarak *inter partes* (sadece taraflar için) etki doğurmaktadır (**Giuseppe Martinico**, “National Court and Judicial Disobedience to the ECHR: A Comparative Overview”, iç. *Shifting Centres of Gravity in Human Rights Protection: Rethinking Relations between the ECHR, EU and National Legal Orders (editörler: Oddny Mjöll Arnardottir/Antoine Buyse)*, Taylor&Francis Ltd., 2016, s.73; Bkz. benzer yönde **Schneider**, s.153-154. Gün geçtikçe, başvuru sayısını azaltma amaçlı olarak AİHM’nin kararlarının üçüncü devletler açısından *erga omnes* etkili olması gerektiği savunulmaya başlanmaktadır, **Mark E. Villiger**, “Binding Effect and Declaratory Nature of the Judgments of the European Court of Human Rights: An Overview”, iç. (editörler: Anja Seibert-Fohr/Mark E. Villiger), *Judgments of the European Court of Human Rights Effects and Implementation*, Asghate, 2015, s.34. Fakat böyle bir görüş, devletler arasındaki hukuki, kültürel, siyasal ve toplumsal farklılıkları göz ardı etmektedir. Öğretide Eren, mahkemenin bu kararlarının etkisinin “sadece tarafları” kapsadığını belirtmiştir (**Eren**, s.306).

113 Bkz. benzer yönde **Karaman**, s. 301; **Sami Sezai Ural**, *Hak ve Özgürlüklerin Korunması Bağlamında Bireysel Başvuru*, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi (Danışman: Prof. Dr. Bahri Öztürk), 2013, s.304; **Özbey**, s.370. Bir yazar, bireysel başvuru kararlarının hüküm kısmının sadece taraflar için bağlayıcı etki doğuracağını, gerekçelerinin ise yasama gibi diğer organları da bağlayacağını belirtmiştir (**Hamdemir**, s.392).

pilot kararlarda sadece taraflar için etkiyi aşan bir etki söz konusu olabilecektir¹¹⁴. Bunun detayını bir alt başlıkta ele alacağız.

3. Belirli Bir Çevre İle Sınırlı Etki

Bu etki hem Anayasa Mahkemesi hem de AİHM'nin verdiği/vereceği pilot kararlar açısından mümkün olabilir. Anayasa Mahkemesinin ve AİHM'nin verdiği ihlal kararları, sadece ihlalin tarafı için etkili sonuç doğurur (*inter partes*) fakat benzer ihlaller için sonuç doğurmaz¹¹⁵. Oysa pilot karar, benzer ihlaller yani yapısal sorundan kaynaklanan ihlaller için de sonuç doğurma özelliğine sahip olabilir. Pilot karar, sayıca artan ve yapısal bir idari veya hukuki sorundan kaynaklanan ihlalleri gidermek için verilen bir karardır¹¹⁶. Pilot kararın hüküm kısmında somut başvuru ismi zikredilse bile, karar benzer durumdakileri kapsar. Pilot kararın herkes için etkili sonuç doğurmayacağını, belirli muhataplarla (burada ihlal kaynağı işleminden etkilenen kimseler başvuru yapmamış olsa bile muhatap kapsamına dahildir) sınırlı bir şekilde, başvuranın ihlal edilen hakkının telafisini sağlayabileceğini düşünüyoruz. Ayrıca, AYM İçtüzüğü'nün 75. maddesine göre benzer başvuruları "toplu olarak karara bağlama"¹¹⁷ usulünde de kararlar sadece kararın ekinde listelenen başvuru sahiplerinin hukuki statüsünü etkileyebilecektir.

AİHM açısından pilot kararların diğer taraf devletler için de etkili (*erga omnes*) sonuç doğurması mümkün değilse de¹¹⁸, kararın muhatapları olan taraf devletteki benzer başvurular açısından '*erga omnes*' etkili bir sonuç doğurduğundan kuşku yoktur.

-
- 114 Bkz. AİHM kararları için benzer bir görüş **Jochen Abr. Frowein**, "Discussion Following the Presentation by Jochen Abr. Frowein", iç. (Editörler: Rüdiger Wolfrum/Ulrike Deutsch) *The European Court of Human Rights Overwhelmed by Applications: Problems and Possible Solutions*, International Workshop Heidelberg, December 17-18, 2007, s.59.
- 115 Ancak, AİHM'nin pilot kararlar dışındaki normal kararlarında verdiği genel tedbirler yoluyla, benzer başvuru sahiplerinin de korunması sağlandığı için '*dolaylı*' bir *erga omnes* etki doğurduğu söylenebilir (**Schneider**, s. 151).
- 116 Bkz. pilot karar ile yarı-pilot karar ayrımı ve tarifi için **Linus-Alexander Sicilianos**, "The Role of the European Court of Human Rights in the Execution of its own Judgments: Reflections on Article 46 ECHR", iç. (Editörler: Anja Seibert-Fohr/Mark E. Villiger), *Judgments of the European Court of Human Rights Effects and Implementation*, Asghate, 2015, s.288. Bkz. pilot karar uygulaması hakkında **Yeşim Çelik**, Bireysel Başvuru ve Anayasa Mahkemesi Uygulaması, Adalet, 2016, s.221.
- 117 Bkz. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 75. maddesine göre, pilot kararın devlet organları tarafından yerine getirilmemesi halinde, Mahkemenin bu başvuruları toplu olarak karara bağlayacağı belirtilmiştir. Mahkeme uygulamada bazen, benzer başvuruları tek bir karar olarak listeleyerek karar vermektedir. Örneğin, bkz. *Ülkü Tunca ve Diğerleri Başvurusu*, Başvuru no 2012/928, Karar tarihi 11 Aralık 2014.
- 118 **Rudolf Bernhardt**, "Discussion Following the Presentation by Luzius Wildhaber", iç. (Editörler: Rüdiger Wolfrum/Ulrike Deutsch) *The European Court of Human Rights Overwhelmed by Applications: Problems and Possible Solutions*, International Workshop Heidelberg, December 17-18, 2007, s.88; Bkz. aynı yönde **Wittling-Vogel**, s.67-68; **Derek Walton**, "Subsidiarity and the Brighton Declaration", iç. (Editörler: Rüdiger Wolfrum/Ulrike Deutsch) *The European Court of Human Rights Overwhelmed by Applications: Problems and Possible Solutions*, International Workshop, Heidelberg, December 17-18, 2007, s.200. Buna ek olarak, Walton, diğer devlet otoritelerinin belirli bir ihlal kararını, kendi ülkesindeki ihlalleri azaltmak veya önlemek için, uygulamasında yarar olacağını ifade etmiştir. Fakat bunun, AİHM'nin ihlal kararlarına emsal bağlayıcılık otoritesi vermek anlamına gelmediğini ifade etmiştir (**Walton**, s.200).

Anayasa Mahkemesi'nin pilot karar vermesi halinde, sadece başvuru ile sınırlı bir etki doğmamaktadır. Pilot kararda, ihlal yapısal bir sorundan kaynaklandığı için, ihlalin giderilmesi ve muhtemel ihlallerin önlenmesi bu yapısal sorunun çözümüne bağlıdır. Mahkemenin kararda ihlali ve yapısal sorunların çözümüne yönelik tedbirleri belirtmesi veya bütün gerekli tedbirlerin ilgili kurumlarca alınmasına hükmetmesi halinde, karar, sadece kararda belirtilen başvurucuları değil diğer müstakil başvurucuları ve muhtemel başvurucuları da etkileyebilmektedir. Diğer bir deyişle, ihlalin kaynağı yapısal sorundan etkilenen benzer kişilerin muhtemel/potansiyel muhatap ya da başvuru olmasıdır. Görüldüğü gibi, pilot karar, benzer başvurucuların ihlal iddialarını da kapsayabildiği için sadece taraflar, yani başvurucular için etki doğurucu nitelikte değil, daha geniş bir etki alanına sahiptir.

II. ZAMAN BAKIMINDAN ETKİSİ

A. İPTAL KARARLARININ ZAMAN BAKIMINDAN ETKİSİNE GENEL BİR BAKIŞ

Zaman bakımından etki, Mahkemenin kararlarının geçmişe yürümezliği kapsamında ele alınmaktadır. Daha doğrusu, kararın hangi zamandaki vakaları veya kişileri etkileyeceği bu başlıkla ilgilidir. Kural olarak, Anayasanın 153. maddesinde belirtildiği gibi, Mahkemenin iptal kararları geçmişe yürümemektedir¹¹⁹. Bu durumun mutlak olmadığı, bazı hallerde adaletin, hukuki güvenliğe tercih edilmesi ve böylece kararların geçmişe yürümesi gerektiği haklı olarak ileri sürülmektedir¹²⁰.

Bilindiği gibi kararların geçmişe yürümezliği, hukuki güvenliğin bir gereğidir ve iptal edilen karara dayanılarak geçmişte yapılan işlemlerin ve elde edilen hakların ortadan kaldırılmaması anlamına gelmektedir¹²¹. O nedenle kararlar, prensip olarak, Resmi Gazete'de yayımlandığı anda yürürlüğe girer ve o andan sonraki vakalara teşmil ettirilir.

Anayasa koyucu, bazı hallerde, yine hukuki güvenliğin başka bir yönünü oluşturan, “kural yokluğu” halinde oluşan hukuki boşluktan kaynaklanabilecek sorunları çözmek amacıyla, “iptal kararının yürürlüğe giriş tarihinin bir yıla kadar ertelenebileceğini” hüküm altına almıştır¹²². Fark edileceği üzere, böyle bir kural ile, iptal kararının geçmişe yürümesi amacının da ötesinde, gerektiğinde kural boşluğu doğmasını önlemek amacıyla, karar ileriye de yürütülebilmektedir.

119 **Erdoğan Teziç**, *Anayasa Hukuku*, Beta, İstanbul, 2017, s.264; **Hasan Tunç**, *Türk Anayasa Hukuku*, Gazi, Ankara, 2018, s.386.

120 **Teziç**, *Anayasa Hukuku*, s.264; **Burhan Kuzu**, “Anayasa Mahkemesi'nin İptal Kararlarının Geriye Yürümezliği Sorunu”, *İstanbul ÜHFM*, C. 52, Y. 1987, s. 223; **Faruk Erem**, “Ceza Hukuku Yönünden Anayasaya Aykırılık İddiası”, *Adalet Dergisi*, Sayı 5-6, Y. 1962, s.469; Gözler, itiraz yolunda iptalin yerel mahkemenin önündeki davayı etkilemesini ve ceza hukukunda iptal kararıyla doğan lehe durumun mahkumun durumunu etkilemesini geçmişe yürümezliğe aykırı görmemiştir, **Gözler**, *Türk Anayasa Hukuku*, s.1114-1115; **Aliefendioğlu**, *Anayasa Yargısı...*, s. 306; **Hasan Tunç**, *Türk Anayasa Yargısında İtiraz Yolu*, AÜEHF Yayını (No 1), Erzincan 1992, s.74; **Köküsanı**, s.201-202; Bkz. yasal istisnaların yanında içtihatla oluşturulmuş istisnalar için **Özen Ülgen**, *Anayasa Yargısında İptal Kararlarının Etkileri*, Oniki Levha, İstanbul, 2016, s.90 vd.

121 **Teziç**, *Anayasa Hukuku*, s.264.

122 **Kaboğlu**, *Anayasa Hukuku Dersleri*, s.390; Bkz. daha detaylı bir inceleme için **Ülgen**, s.59. vd.

B. İHLAL KARARLARININ ZAMAN BAKIMINDAN ETKİSİ

1. İhlal Kararları Geçmişe Yürür mü?

Bireysel başvuru neticesinde verilen kararların zaman bakımından etkisi, iptal kararlarından nitelik itibariyle farklı addedilebilir. İptal kararlarının, yürürlüğün durdurulması halinde dolaylı bir şekilde geçmişe yürümesi gibi istisnai haller haricinde, Anayasa'nın da açıkça belirttiği gibi geçmişe yürümediğini biliyoruz. Hatta, lehe ceza kanunların geçmişe yürümesi ve idam gibi telafisi imkânsız durumların varlığı da bazen bu kuralı esnetmeyi gerektirmektedir¹²³. İptal kararlarının geçmişe yürümezliğinin savunulmasında en büyük etkenlerden birisi, iptal edilen kanuna dayanılarak elde edilen kazanılmış haklar ve haklı beklentileri ve böylece hukuki güvenliği temin etmektir¹²⁴.

Bireysel başvuru kararlarında, nitelik itibariyle, muayyen başvuru taraflarından getirilen somut bir vaka söz konusu olduğu için, iptal edilen genel düzenleyici bir işlem ve buna dayanılarak elde edilen kazanılmış hak ve haklı beklentiler de söz konusu değildir. Bu gerçekten hareketle, bireysel başvuru neticesinde verilen kararların iptal kararlarından farklı bir mahiyette olduğu ileri sürülebilir¹²⁵. Zira, Mahkeme'nin 'ihlal' ve 'ihlalin giderilmesi' noktasındaki kararları, bir durumun tespiti ve çözüm yollarının gösterilmesi şeklindedir. Kısacası, ortada, iptal edilen ve bu iptal hükmünün geçmişe yürümesinden olumsuz etkilenecek herhangi bir kazanılmış hak söz konusu değildir.

O halde, Anayasa'nın 153. maddesinde, 2010 Anayasa değişikliği öncesinde iptal kararları için açıkça ifade edilen geçmişe yürümezlik ilkesinin, ihlal kararlarını kapsamadığını veya nitelik olarak kapsar bir şekilde yorumlanamayacağını söylemek mümkündür¹²⁶. Bu görüşe karşı, anayasa değiştiricinin böyle bir niyeti olsa, açıkça ifade edebileceği savı ileri sürülebilir. Fakat, kanaatimizce bu görüşün doğru olmadığı, ülkemiz Anayasa yapma ve değiştirme tarihine de dikkatle bakıldığında, fark edilecektir. Maalesef, anayasa değiştirme ve yapma yetkisi uzun tartışma ve mütalaaların neticesi olmadığı için, tepkisel sâiklerle hareket etmenin doğurduğu bu tür maddi ve şekli hatalara rastlamak olağandır. Anayasayı değiştiren organın, her ihtimali detaylı bir şekilde düşünerek bu süreci gerçekleştiremediği gerçektir. Kısacası, 1982 Anayasa'sının 153. maddesindeki iptal kararlarının geçmişe yürümezliğine dair hüküm, ihlal kararlarına teşmil ettirilemez. Esasında, 1982 Anayasası'nın doğrudan bireysel başvuru ile ilgili olan hükümleri hariç, diğer hükümler ancak bu yolun doğasına uygun olduğu oranda uygulanabilir.

Nihayet, bu başlıkla ilgili kanaatimiz, ihlal kararlarının belirli kişiler için etki doğuran ve özü gereği başvurunun yapıldığı hatta ihlalin gerçekleştiği ana kadar geçmişe yürüyen bir nitelik arz ettiği yönündedir. Örnek vermek gerekirse, Twit-

123 Bkz. aynı yönde **Teziç**, Anayasa Hukuku, s.264; Ceza hukuku açısından bkz. **Kuzu**, "Geriyeye Yürümezliği.", s.210-211.

124 Bkz. benzer yönde **Teziç**, Anayasa Hukuku, s.264.

125 Benzer yönde bkz. **Karan**, s.130.

126 Benzer yönde bkz. **Karan**, s.130.

ter’ a erişimin engellenmesine dair idari karara karşı yapılan bireysel başvuruda, Mahkeme, ihlalin varlığına ve bu ihlalin giderilmesi için kararın Telekomünikasyon İletişim Başkanlığına ve Ulaştırma Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığı’na gönderilmesine karar vermiştir¹²⁷. Bu olayda, ihlalin geçmişte vuku bulduğunun tespiti ve erişimin tekrar açılarak ihlalin giderilmesi durumunda, kararın, ihlalin yapıldığı tarihe kadar etkili olduğunu yani geçmişe yönelik etki doğurduğunu anlıyoruz.

2. İhlal Kararları İleriye Yürür mü veya Ertelenebilir mi?

Bireysel başvuru kararları neticesinde verilen ihlal kararının, ihlalin tespiti anlamında geçmişe yürüdüğünü yukarıda ifade etmeye çalıştık. Burada ileri yürüme, yani ihlal kararının, kararın verildiği tarihten sonra veya daha ileri bir tarihte hüküm doğuracağı Mahkemece karara bağlanabilir mi, sorusuna cevap arayacağız.

Örneğin, yerel mahkemenin bir davada verdiği tutuklama tedbirinin gerekçesinin veya süresinin kişi hürriyeti ve güvenliğini ihlal ettiğine dair bir karar verildiğinde, yerel mahkemenin bu kararı verdiği tarihe kadar ihlalin gerçekleştiği tespit edilmiş ve geriye yürümüş olmaktadır. Fakat, bu ihlalin tazmin yoluyla giderilmesine de karar verilirse, karar ileri yürümüş olur mu? Bu soruya da verilecek cevap olumsuzdur. Çünkü, tazminat, ihlalin varlığına dayanmakta ve tazminat miktarının tayininde tutuklulukta geçen süre nazara alınmaktadır.

Başka tür ihlal kararlarından da örnek vermek gerekirse, Anayasa Mahkemesi’nin ihlal kararından sonra dava mahkemesine tekrar yargılatmak üzere dosyayı göndermesi halinde, yerel mahkemenin bu ihlali yeniden yargılayarak gidermesi de, geçmişteki hatanın tekrar telafi edilmesi niteliğinde olduğu için, bir ileriye yürümeden söz edemeyiz.

Süregelen ihlaller açısından bakıldığında, Mahkemenin ihlal kararları, ihlalin varlığını tespit açısından, ihlalin başladığı ana kadar geriye yürümektedir. Fakat ihlalin varlığını sona erdirmek açısından, eğer ek bir yerel mahkeme kararı ya da idari karar gerekiyorsa, bu kararların alınmasına kadar ileriye de yürüyebilecektir.

Eğer, aksi görüşte olsak da, öğretilerde bazı yazarların kabul ettiği gibi, ihlal kararlarının gerekçesinin ve kendisinin herkes için etki doğurduğunu veya bu kararların bütün mahkeme ve idari kurumlarca bağlayıcı emsal karar olarak takip edilmesi gerektiğini kabul edersek, o zaman bütün kararların ileriye etkili bir sonuç doğurduğunu da kabul etmek gerekir.

SONUÇ

Anayasa Mahkemesi’nin ihlal kararlarının kesinliği, bağlayıcılığı ve etkisi ile ilgili metin içindeki düşüncelerimizi, bir örnek etrafında burada özetlemek istiyoruz. Mahkeme, evli kadının kızlık soyadını kullanamamasını hak ihlali olarak görmüştür. Kararların kesinliği bakımından yaklaştığımızda, başvuruçunun gidebileceği herhangi bir olağan hukuki yol olmadığı için bu karar şekli anlamda kesin-

127 *Yaman Akdeniz ve diğerleri*, AYM, Başvuru no. 2014/3986, Karar tarihi 2 Nisan 2014.

dir. Karar, başvuruçunun 'manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkının ihlal edildiğinin tespiti' açısından maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmektedir. Hüküm kısmı sadece bu başvuruçuyu ile ilgilidir. Gerekçesi ise maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmediği için bağlayıcı da değildir. İhlal kararlarının bağlayıcılığı açısından bakıldığında, bütün mahkeme kararları gibi bu karar da herkes için bağlayıcıdır ama herkesi etkilemez. Birincisi, mahkeme kararları özü itibarıyla bağlayıcıdır. İkincisi, Anayasa Mahkemesi kararları Anayasanın 153. maddesi gereğince bağlayıcıdır. Buradaki bağlayıcılık elbette ki, kararın sonuç kısmı için geçerlidir. Kararın etkisi açısından yaklaşıldığında, bu karar iptal kararlarından farklı olarak sadece taraflar için etki doğurmaktadır. Diğer bir deyişle, bu ihlal kararı, sadece başvuranların hukuki durumunu etkilemekte ve onlar için geçerli bir hukuki sonuç doğurmaktadır. Kararın emsal etkisi olup olmadığı açısından yaklaşıldığında, bu kararın gerekçelerinin veya kararın gerekçesinden çıkarılabilen ilkelerin bağlayıcı olmadığı için emsal bir bağlayıcılık otoritesi bulunmamaktadır. Ayrıca, Kıta Avrupa'sı sisteminde emsallerin sadece ikna edici bir gücü vardır. Son olarak kararın emsal bir bağlayıcılık otoritesi olmamasının diğer bir mantiki gerekçesi ise, kararın hüküm kısmının sadece başvuruçunun kızlık soyadını kullanmamasını bir ihlal olarak görmesidir. Kısacası bu kararın hüküm kısmının icrası ve etkisi ancak belirli bir başvuran açısından söz konusudur, diğer benzer başvuru ve yargılamaları etkilemesi mümkün değildir.

Parlamento bu kararın icrasında, harekete geçmesi gereken organ mıdır? Bu spesifik ihlal kararı, kuşkusuz parlamento açısından da bağlayıcıdır. Çünkü belirttiğimiz gibi bağlayıcı olmayan mahkeme kararı olamaz. Bağlayıcılık, parlamentonun, ihlalin asıl kaynağı olan Medeni Kanunu değiştirmesini gerektirir mi? Bu soruya iki açıdan olumsuz yanıt vermek gerekmektedir. Birincisi, Anayasa Mahkemesi Kanunu'nda belirtildiği üzere düzenleyici işlemlere karşı doğrudan ihlal başvurusu yapılamamaktadır. İhlalin kaynağı bir kanun hükmü olsa bile, 'itiraz yolu ile başvurulmaması' halinde, Mahkemenin bu hükmü iptal etmesi mümkün değildir. Bu nedenle kararın hüküm kısmında bir ihlalin olduğu belirtilse de, Parlamento icranın muhataplarından değildir. İnsan hakları açısından kanunu değiştirmek 'gerekli' bile olsa, 'zorunlu' değildir.

Son olarak, bu örnekteki kararın zaman bakımından etkisine değinmek gerekirse, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararlarından farklı olarak, ihlal kararları geçmişe yürümektedir. Ayrıca bu kararların ileriye yürütmesi veya Mahkemece ertelenmesi de söz konusu değildir.

Kanaatimizce, yeterli bir temel olmadığı halde, Mahkemenin ihlal kararlarının gerekçelerinin bağlayıcılığını ve bu bağlamda emsal bağlayıcı otoriteye sahip olduğunu savunmak yerine, kararların icrasını izleme birimi kurmak, yasama, yürütme ve yargıyı bu şekilde takip ederek, kararın gerekçelerini yerine getirerek ihlali giderip gidermediği noktasında raporlar hazırlayıp bunları Mahkemenin sitesinde yayımlamak çok daha yerinde ve etkili bir araç olabilir. Uygulamada dosyanın gönderildiği yerel mahkemenin, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararının bağlayıcı olan hüküm kısmının bile 'hukuka aykırı bir şekilde' uygulamadığına şahit olmak-

tayız. Bu mahkemelere, ihlalin giderilmesi açısından doğrudan muhatap olmadığı kararların gerekçesini uygulamaya zorlamak ve önceki kararlara ‘emsal bağlayıcılık otoritesi’ tanımak, uygulamada ters tepki yaratarak daha da bir gevşekliğe yol açabilir.

KAYNAKLAR

Makale ve Kitaplar

Akkaş, Ahmet Hulusi, *Ceza Muhakemesi Bağlamında Yargı Mercileri Kararlarının Birbirleri Üzerindeki Etkisi*, Adalet, Ankara, 2016.

Aliefendioğlu, Yılmaz, *Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi*, Yetkin Yayınları, Ankara, 1996.

Altıparmak, Kerem, “Van Depreminin Hukuktaki Artçıları: Anayasa Mahkemesi’nin Bayram Otel Kararı”, *TESEV Demokratikleşme Programı*, http://tese.org.tr/wp-content/uploads/2015/11/Van_Depreminin_Hukuktaki_Artcilari_Anayasa_Mahkemesinin_Bayram_Otel_Karari.pdf, erişim 29.01.2017, s.3-4.

Anayurt, Ömer, *Anayasa Hukuku (Genel Kısım)*, Seçkin, Ankara, 2018.

Armağan, Servet, *Anayasa Mahkememizde Kazai Murakabe Sistemi*, Cezaevi Matbaası, İÜ Yayını (No: 1245), İstanbul, 1967.

Arslan, Zühtü, “Anayasa Mahkemesi’nin Yorum Tekeli Yargısal Üstünlük ve Demokrasi”, *Prof. Dr. Ergun Özbudun’a Armağan, C. II.*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2008.

Atar, Yavuz, *Türk Anayasa Hukuku*, Seçkin, Ankara, 2018.

Atasoy, Hakan, “Evli Kadının Soyadı Sorunu “Anayasal” mı? “Bireysel” mi?”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, C. 5, Sayı 5, Y. 2015*.

Barak, Aharon, *The Judge in a Democracy*, Princeton University Press, 2006.

Bernhardt, Rudolf, “Discussion Following the Presentation by Luzius Wildhaber”, iç. (Editörler: Rüdiger Wolfrum/Ulrike Deutsch) *The European Court of Human Rights Overwhelmed by Applications: Problems and Possible Solutions*, International Workshop Heidelberg, December 17-18, 2007.

Bloomeyer, Arwed, “Kesin Hüküm Tesiri ve Sınırları”, (Çev. İrfan Yazman), *Ankara ÜHFD, C. 25, Sayı 3-4, Y. 1968*.

Boyar, Oya, *Anayasal Uyuşmazlıklarda Yorum*, MÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi (Danışman: Prof. Dr. İbrahim Ö. Kaboğlu), YÖK Tez Merkezi, İstanbul, 2008.

Chlebny, Jacek, “How a National Judge Implements Judgments of the Strasbourg Court”, iç. (Editörler: Anja Seibert-Fohr/Mark E. Villiger), *Judgments of the European Court of Human Rights Effects and Implementation*, Asghate, 2015.

Constitutional Court of Czech Republic, “Report on the Relations between the Constitutional Courts and the Other National Courts Including the Interference in This Area of the Action of the European Courts”, iç. *Conference of European Constitutional Courts XII. Congress*, 2002.

Cremer, Hans-Joachim, “Prescriptive Orders in the Operative Provisions of Judgments by the European Court of Human Rights: Beyond *res judicanda*?”, iç. (editörler: Anja Seibert-Fohr/Mark E. Villiger), *Judgments of the European Court of Human Rights Effects and Implementation*, Asghate, 2015.

Çelik, Yeşim, Bireysel Başvuru ve Anayasa Mahkemesi Uygulaması, Adalet, 2016

Döner, Ayhan, “Anayasa Mahkemesi Kararlarının Gerekçelerinin Bağlayıcılığına İlişkin Bazı Sorunlar”, Prof. Dr. Ergun Özbudun’a Armağan, C. II., Yetkin Yayınları, Ankara 2008.

Döner, Ayhan/Köküarı, İsmail, “AİHM Kararlarının Anayasa Mahkemesi Kararları Açısından Yargılamanın Yenilenmesi Sebebi Olup Olmayacağı Sorunu”, Gazi ÜHFD, C. XII, Sayı 1-2, Ankara, 2008.

Dzehtsiarou, Kanstantsin, “Interaction between the European Court of Human Rights and Member States: European Consensus, Advisory Opinions and the Question of Legitimacy”, iç. (Editörler: Spyridon Flogaitis/Tom Zwart/Julie Fraser) *The European Court of Human Rights and its Discontents; Turning Criticism into Strength*, Edward Elgar, 2013.

Erem, Faruk, “Ceza Hukuku Yönünden Anayasaya Aykırılık İddiası”, *Adalet Dergisi*, Sayı 5-6, Y. 1962.

Eren, Abdurrahman, *Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Demokratik Toplum Düzeninin Gereklere*, Beta, İstanbul, 2004.

Federal Judicial Center, “Stare Decisis”, *Education and Training Series (Mayıs 13-16)*, 1975.

Feteris, Eveline T., *Hukuki Argümantasyonun Temelleri: Yargı Kararlarını Gerekçeleştirme Teorileri Üzerine Bir Araştırma* (Çev. Ertuğrul Uzun), Paradigma Yayınları, İstanbul, 2010.

Fon, Vincy/Parisi, Francesco, “Judicial Precedents in Civil Law Systems: A Dynamic Analysis”, *International Review of Law and Economics*, Sayı 26, Y. 2006.

Frowein, Jochen Abr., “Discussion Following the Presentation by Jochen Abr. Frowein”, iç. (Editörler: Rüdiger Wolfrum/Ulrike Deutsch) *The European Court of Human Rights Overwhelmed by Applications: Problems and Possible Solutions*, International Workshop Heidelberg, December 17-18, 2007.

Giegerich, Thomas, “The Struggle by the German Courts and Legislature to Transpose the Strasbourg Case Law on Preventive Detention into German Law”, iç. (editörler: Anja Seibert-Fohr/Mark E. Villiger), *Judgments of the European Court of Human Rights Effects and Implementation*, Asghate, 2015.

Gözler, Kemal, “Res Iudicata’nın Türkçesi Üzerine”, *Ankara ÜHFD*, C. 56, Sayı 2, Y. 2007.

Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Yolunda İhlal Kararlarının Kesinliği,
Bağlayıcılığı ve Etkisi

Gözler, Kemal, *Türk Anayasa Hukuku*, Ekin Yayınevi, Bursa, 2018, s.1110;

Göztepe, Ece, “Bireysel Başvuru Kararlarının Bağlayıcılığı ve İcrası Sorunu ile Kurumsallaşma İhtiyacı”, *Anayasa Yargısı*, Sayı 33, Y. 2016.

Göztepe, Ece, *Anayasa Şikayeti*, Ankara ÜHFY, Ankara, 1998

Hakyemez, Yusuf Şevki, “Anayasa Mahkemesi Karar Gereçeklerinin Bağlayıcılığı Sorunu”, *Prof. Dr. Ergun Özbudun’a Armağan, C. II. (Anayasa Hukuku)*, Yetkin Yayınları, Ankara 2008.

Halder, Dominik, *The Pilot-Judgment Procedure of the European Court of Human Rights*, Martinus Nijhoff Publisher, 2013.

Hamdemir, Berkan, *Türk Anayasa Hukukunda Bireysel Başvuru*, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi (Danışman Prof. Dr. Faruk Bilir), Konya, 2013.

Hartwig, Matthias, “Much Ado About Human Rights: The Federal Constitutional Court Confronts the European Court of Human Rights”, *German Law Review*, C. 6, Sayı 5, Y. 2005.

Hekimoğlu, M. Merdan, *Alman Hukuku Işığında Türk Anayasa Yargısını Hukuki Boyutları*, Detay Yayıncılık, Ankara, 2004.

Ilchenko, Ivanna, *Pilot Judgement Procedure of the European Court of Human Rights: Panacea or Dead-End for Poland, Russia and Ukraine*, Yüksek lisans tezi (Danışman: Jeremy Mcbride), Central European University, Hungary, 2013.

İnceoğlu, Sibel, *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru; Türkiye ve Latin Modelleri*, Oniki Levha, İstanbul, 2017.

İyimaya, Ahmet, *Siyaset Hukuku Sorunları*, Turhan Kitabevi, Ankara 2007.

Kaboğlu, İbrahim Ö., *Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)*, Legal, İstanbul, 2018.

Kanadoğlu, Korkut, *Anayasa Mahkemesi*, Beta, 2004.

Kanadoğlu, Korkut, *Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru*, Oniki Levha, 2015.

Karaman, Ebru, *Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru Yolu*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi (Danışman Doç. Dr. Hüseyin Özcan), İstanbul, 2013.

Karan, Ulaş, *Öğretimde ve Uygulamada Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı ve İcrası*, Oniki Levha, İstanbul, 2018.

Kaya, Semih Batur, *Anayasa Mahkemesi Karar Gereçeklerinin Bağlayıcılığı Sorunu*, Oniki Levha, 2017.

Köküsarı, İsmail, *Anayasa Mahkemesi Kararlarının Türleri ve Nitelikleri*, Oniki Levha, 2009.

Kuzu, Burhan, “Anayasa Mahkemesi’nin İptal Kararlarının Geriye Yürümezliği Sorunu”, *İstanbul ÜHFM*, C. 52, Y. 1987.

Mahoney, Paul, “Discussion Following the Presentation by Luzius Wildhaber”, iç. (Editörler: Rüdiger Wolfrum/Ulrike Deutsch) *The European Court of Human Rights Overwhelmed by Applications: Problems and Possible Solutions*, International Workshop Heidelberg, December 17 -18, 2007.

Martinico, Giuseppe, “National Court and Judicial Disobedience to the ECHR: A Comparative Overview”, iç. (editörler: Oddny Mjöll Arnardóttir/Antoine Buyse) *Shifting Centres of Gravity in Human Rights Protection: Rethinking Relations between the ECHR, EU and National Legal Orders*, Taylor&Francis Ltd., 2016.

Özbey, Özcan, *Türk Hukukunda Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Hakkı*, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi (Danışman: Doç. Dr. İsa Döner), 2012.

Özbudun, Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin, Ankara, 2017.

Özer, Attila, *Türk Anayasa Hukuku: Türklerin Devlet Anlayışı ve Anayasal Yapılanma*, Turhan, Ankara, 2012.

Özkaya-Ferendeci, Hamide Özden, *Kesin Hükmün Objektif Sınırları*, Oniki Levha, İstanbul, 2009.

Rinken, Alfred, “Federal Constitutional Court and the German Political System”, iç. (Editörler: Ralf Rogowski, Thomas Gawron) *Constitutional Courts in Comparison: The US Supreme Court and the German Federal Constitutional Court*, Berghahn books, 2002.

Sağlam, Fazıl, “Anayasa Yargısının Bazı Sorunları”, *Bülent Tanör Armağanı*, İstanbul, 2004.

Schneider, Jan, *Reparation and Enforcement of Judgments: A Comparative Analysis of the European and Inter-American Human Rights Systems*, Doctoral Dissertation, Faculty of Law, Management and Economics of the University of Mainz, 2015.

Sicilianos, Linos Alexander, “The Role of the European Court of Human Rights in the Execution of its own Judgments: Reflections on Article 46 ECHR”, iç. (Editörler: Anja Seibert-Fohr/Mark E. Villiger), *Judgments of the European Court of Human Rights Effects and Implementation*, Asghate, 2015.

Şirin, Tolga, “Üçüncü Yılda Bir Bilanço: Türkiye Anayasa Mahkemesi’nün Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti) Usulünün ve Kararlarının Değerlendirilmesi”, *Kamu Hukukçuları Platformu 5. Toplantısı*, Ankara, 2015 http://www.kamuhukukculari.org/upload/dosyalar/TA_Bildiri.pdf, erişim 30.01.2017.

Şirin, Tolga, *Türkiye’de Anayasa Şikâyeti İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Almanya Uygulaması ile Mukayeseli Bir İnceleme*, Oniki Levha, İstanbul, 2013.

Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Yolunda İhlal Kararlarının Kesinliği,
Bağlayıcılığı ve Etkisi

Taner, Fahri Gökçen/Öntan, Yaprak, “CMK’nın 119/4. Maddesi Uyarınca Adli Aramada Bulundurulması Gereken Tanıklar Konusunda İçtihat Dönüşüm”, *Ankara ÜHFD*, C. 65, Sayı 4, Y. 2016.

Teziç, Erdoğan, *Anayasa Hukuku*, Beta, İstanbul, 2017.

Tunç, Hasan, *Türk Anayasa Hukuku*, Gazi, Ankara, 2018.

Tunç, Hasan, *Türk Anayasa Yargısında İtiraz Yolu*, AÜEHF Yayını (No 1), Erzincan 1992.

Ural, Sami Sezai, *Hak ve Özgürlüklerin Korunması Bağlamında Bireysel Başvuru*, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi (Danışman: Prof. Dr. Bahri Öztürk), 2013.

Ülgen, Özen, *Anayasa Yargısında İptal Kararlarının Etkileri*, XII Levha Yayınevi, İstanbul, 2016.

Villiger, Mark E., “Binding Effect and Declaratory Nature of the Judgments of the European Court of Human Rights: An Overview”, iç. (editörler: Anja Seibert-Fohr/Mark E. Villiger), *Judgments of the European Court of Human Rights Effects and Implementation*, Asghate, 2015.

Vong, David, “Binding Precedent and English Judicial Law-Making”, *Jura Falconis*, C. 21, Sayı 3, Y. 1984-1985.

Walton, Derek, “Subsidiarity and the Brighton Declaration”, iç. (Editörler: Rüdiger Wolfrum/Ulrike Deutsch) *The European Court of Human Rights Overwhelmed by Applications: Problems and Possible Solutions*, International Workshop, Heidelberg, December 17-18, 2007.

Wittling-Vogel, Almut, “The Role of the Legislative Branch in the Implementation of the Judgments of the European Court of Human Rights”, iç. (Editörler: Anja Seibert-Fohr/Mark E. Villiger), *Judgments of the European Court of Human Rights Effects and Implementation*, Asghate, 2015.

Yıldırım, Turan, “Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı”, *Amme İdaresi Dergisi*, C. 26, Sayı 4, Y. 1993.

Yüksel, İsmail, *Anayasa Yargısında Yorumlu Ret Kararı*, Adalet, 2013.

Kararlar, Mevzuat ve İnternet Kaynakları

Anayasa Mahkemesi, 10.3.2011 tarihli ve 2009/85 E.- 2011/49 K. sayılı karar.

Anayasa Mahkemesi, 27.5.2015 tarihli ve 2014/36 E.- 2015/51 K. sayılı karar.

Anayasa Mahkemesi, 9.4.1991 tarihli ve 1990/36 E.-1991/8 K. sayılı karar.

Asiye Lekesiz Başvurusu, AYM, Başvuru no. 2015/6064, Karar tarihi 13 Eylül 2018.

“Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 60. Yılı Anısına”

Dursun Çiçek Başvurusu, AYM, Başvuru no. 2012/1108, Karar tarihi 16 Temmuz 2014.

Faruk Yaman ve diğerleri başvurusu, AYM, Başvuru no 2014/3543, Karar tarihi 04 Ocak 2017.

Güher Ergun ve Diğerleri Başvurusu, AYM, Başvuru no 2012/13, Karar tarihi 2 Temmuz 2013.

<http://www.haberturk.com/gundem/haber/959910-dursun-cicek-tahliye- oldu>, erişim 30 Eylül 2016.

Human Rights Act, madde 2, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga /1998/42/ data.pdf>, erişim, 31.01.2017.

Kemal Aktaş ve Selma Irmak Başvurusu, AYM, Başvuru no 2014/85, Karar tarihi 3 Ocak 2014.

Mustafa Ali Balbay Başvurusu, AYM, Başvuru no. 2012/1272, Karar tarihi 4 Aralık 2013.

Rules of Bosnia and Herzegovina Constitutional Court, <http://www.ccbh. ba/osnovni-akti/pravila-suda/drugi-dio/?title=poglavlje-ii-odluke-i-drugi-akti-ustavnog-suda>, erişim 03 Kasım 2016.

Sevim Akat Eşki Başvurusu, AYM, Başvuru no. 2013/2187, Karar tarihi 19 Aralık 2013.

Tuğba Arslan Başvurusu, AYM, Başvuru no. 2014/256, Karar tarihi 25 Haziran 2014.

Ülkü Tunca ve Diğerleri Başvurusu, Başvuru no 2012/928, Karar tarihi 11 Aralık 2014.

Yaman Akdeniz ve diğerleri, AYM, Başvuru no. 2014/3986, Karar tarihi 2 Nisan 2014.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, Karar no. 2014/2-889 E.-2015/2011 K., Karar tarihi 30 Eylül 2015, <http://kazanci.com.tr/ gunluk/hgk-2014-2- 889.htm>, erişim 01 Nisan 2017.

Yargıtay İBBGK, Karar no. 2016/6 E.-2017/5 K. Karar tarihi 15 Aralık 2017.

Yaşar Yılmaz Başvurusu, Başvuru no. 2013/6183, Karar tarihi 19 Kasım 2014.

(58. Makale - 2019)

Abdullah SEZER

*Normlar Hiyerarşisi ve
Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri
[Çok Boyutlu Normlar
Piramidi Yaklaşımı] **

* Abdullah Sezer, "Normlar Hiyerarşisi ve Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri [Çok Boyutlu Normlar Piramidi Yaklaşımı]", Anayasa Yargısı Dergisi, Yıl 2019, Cilt 36, Sayı 1, 353-412.

NORMLAR HİYERARŞİSİ VE CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMELERİ [ÇOK BOYUTLU NORMLAR PİRAMİDİ YAKLAŞIMI]*

Abdullah SEZER**

Hukukçularla başlayalım... Bunlar, Sisyphos gibi, kan ter içinde dağın tepesine çıkardıkları kaya aşağı yuvarlandıkça, tekrar yukarı çıkarırlar... Binlerce yasayı yorumlarken, sanırsın bunların mesleği dünyanın en zor sanatı. Kendilerine hayranlıkları, hiçbir ölümlüde görülmez.

[Erasmus: 129]

Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin (CBK¹) normlar hiyerarşisindeki (NH) konumu, CBK-kanun ilişkisinden etkilenirken, CBK'ların denetimini de etkileyecektir.

Error communis facit ius... Yaygın hatalar, zamanla yerleşiyor... Amaç, çok farklı ölçütlerle tartışılan NH kavramını doğru ölçütle analiz ederek, çok boyutlu bir bakış açısı sunmaktır.

GENEL PLÂN

- § I. Giriş: Çok Boyutlu Normlar Piramidi
- § II. Konunun İki Bileşeni: NH ve CBK
- § III. Olağan CBK ve Hiyerarşideki Yeri
- § IV. OHAL CBK ve Hiyerarşideki Yeri
- § V. Sonuçlar & Öneriler

§ I. GİRİŞ: ÇOK BOYUTLU NORMLAR PİRAMİDİ

Rechstaat ve Kelsen dönemi hukuk devleti artık yok². "Normlar enflasyonu" karmaşasını anlamak, hukuk devletinin sacayağından birini geliştiren Kelsen'i doğru okumakla başlar.

A) Kelsen hakkında ön gözlemler

1) *Kelsen, NH kavramını "sıfırdan" mı yarattı?*

Kelsen, NH kavramını sistematize etmiştir, ancak sıfırdan icat etmiş değildir. Önceki birikimlerden yararlanması gayet doğaldır. Öteden beri kanonik hukuk ve İslâm hukukunda kutsal kitap temelli hiyerarşik kalıplar mevcuttu. 1803'te

* AYM'nin 57. Kuruluş Yıldönümü Sempozyumu'na davetleri için, AYM Başkanı sn. Zühtü Arslan ve AYM üyelerine, özellikle Raportör sn. Taylan Barın'a teşekkürler...

** Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Öğretim Üyesi.

¹ Kısaltmalar listesi, kaynakçadan sonra eklenmiştir.

² Milacic: 569.

ABD Federal Yüksek Mahkemesi *Marbury v. Madison* kararı ile anayasaya aykırı kanunun geçersizliği ve ihmaline değindiğinde³, Kelsen'in doğumuna 78, eserinin ilk baskısına 131 yıl vardı⁴. Üstelik Kelsen, "hukukun kademeli yapılanması" kavramını (*stufenbaulehre*), öğrencisi Adolf Julius Merkl'den alıp geliştirmiştir⁵.

2) "Normlar hiyerarşisi" "norm"lardan mı oluşur?

Kelsen, yazılı kuralların ötesinde örf, yargısal işlem⁶ ve özel hukuk işlemlerini de eklediği için, "hukukî işlemler hiyerarşisi" denebilir. Bu bağlamda Kelsen, hapis cezasının infazı örneğinde en alt ve en somut işlemten yukarı doğru geçerliliği ayrı ayrı test ederek, tüm işlemlerin "izini temel norma kadar sürmek"tedir⁷.

3) Kelsen, tabîi hukukçuların eleştirdiği pozitivist mi?

Kelsen, ilâhî ve tabîi hukuku reddetse de, aslında ikincisinin etkisinden kurtulamaz: Anayasa, tüm sistemin değil, sadece pozitif hukukun en üst düzeyidir. Onun da üstünde, pozitif hukukla açıklanamayan *grundnorm* (temel norm) vardır. İçeriğini⁸ aslı kurucu iktidarın belirlediği kavramı, "yerleşik sistemin yazısız genetik kodları" olarak niteliyoruz⁹.

4) Kelsen, "saf hukuk teorisi" kurmayı başardı mı?

Kelsen, hukuk-ötesi unsurlardan arınmış sistem kurabilirse, yorum farklarının giderilebileceği, hukuk pratiğinde kesinlik elde edilebileceği ve hukukun bilim hâline gelebileceğini düşündü. Ancak, geçerliliğini başka normdan almayan *grundnorm* hukuk-ötesi değerlere referanssız açıklanamayacağı için, girişimi eksik kaldı¹⁰. Özetle, eserine Saf Hukuk Kuramı adını verse de, hukuku saflaştırma da başarısız oldu.

B) Normlar piramidine "çok boyutlu" bir yaklaşım

1) 3 aşamalı inşâ sürecinde başlıca hata veya tartışmalar

- **Hiyerarşik ilişki:** Piramidin tuğlası, geçerlilik ölçütüdür. 2 norm arası üst-alt¹¹ ilişkisinin kurulması ile norm çiftleri oluşur.

³ ABD'de benzer görüşler 1793'ten beri azınlık oylarında savunulsa da, mahkeme kararı niteliğine erişememişti. Kararın gerekçesini yazan Marshall'ın bu kararlara ve *The Federalist Papers* vb. birikimlere atıf yapmaması eleştirilir. Onar 2003: 96, dp. 228.

⁴ Kelsen, normlar hiyerarşisine 1928'deki bildirisinde de değinir. Kelsen 2015: 866.

⁵ Paulson: 30; Tunç 1997: 119.

⁶ Ancak, yargı kararları ile sınırlı şu tanım eksiktir: "Yargı normlarının, en üstte anayasanın bulunduğu bir piramit şeklinde düzenlenmesi". Renoux: 142.

⁷ Kelsen 2016: 69-70.

⁸ Ancak bir yazara göre, *grundnorm*'un "hiçbir içeriği yoktur". Wacks: 163.

⁹ Kavramı "Anayasaya egemen olan felsefe" olarak niteleyen bir yazara göre, Türkiye'nin "temel norm"unun unsurlarından birkaçı şunlardır: "Türk toplumunun yaşadığı batılılaşma süreci", "sentetik kültür yapısı", "İslâm dini", vs. Sağlam: 47.

¹⁰ Uygun: 308-309.

¹¹ Bazen üst-alt yerine, "üst-ast" kullanılır. Ürger: 147; Gözler 2000-I: 33; Gülgeç: 195, vs. Sözcüğe, birçok kontrolden geçen resmî sınavlarda da rastlanır (2014 KPSS Lisans, Genel Kültür, soru 46). Üst-ast

Normlar Hiyerarşisi ve Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri

- Yanlış ölçütlerin kullanılması: Örneğin geçerlilik yerine denetim yasağı, normlar arasında yanlış hiyerarşik ilişki kurmaya yol açar.
- Geçerlilik ölçütlerinin alternatif veya kümülatif uygulama belirsizliği.
- Doğru ölçütün yanlış yorumlanması: Örneğin geçerlilik ölçütü *lex specialis* ilkesini kapsayacak biçimde yorumlanarak üstünlük çıkarımı yapılır.
- Ölçüt ve uygulama arasında tutarsızlık bulunması¹².
- Ölçütün başka bir normla kıyas yoluyla uygulanması.
- Aynı normdan zıt sonuçlar çıkarılması: Örneğin norm çatışmasından, bazıları eş düzey norm, bazıları üstünlük çıkarımı yapar.

- **Hiyerarşik düzey:** Alt ve üst normla çift yönlü dikey ilişki kurulan norm, hiyerarşide bir düzeye yerleşir.

- İki norm arasında kurulan hiyerarşik ilişkinin diğer düzeyle test edilmesi: Çift yönlü (üst ve alt normla) ilişki kurulmamasıdır¹³.
- Hiyerarşik düzeyler arasında gri bölgelerin kabûlü: Norm için "nispeten üstün", "2 norm arasında bir yerlerde", "bir dereceye kadar üstün" vb. deyimler kullanılır. Bunlara doktrinde¹⁴ ve AYM kararlarında¹⁵ da rastlanır. Oysa, hiyerarşide ara basamak, "*sisli bir bölge*" yoktur¹⁶.

- **Hiyerarşik sistem:** Hiyerarşik düzeylerin uyumlu ilişkisi ve üst üste yapılmasıyla, hiyerarşik sistem tamamlanır.

- Ulusal-üstü normlara yer verilmesi: Geçerlilik ilişkisi yoksa iç hiyerarşide yer almaz. Ancak, iç hukuka aktaran işlem için hiyerarşi tartışılabilir. "Ayrılabilir işlem" olan ilgili kanun denetlenebilir.
- Eş düzey normların ayrı ayrı test edilmemesi: Eş düzey normlardan biri için oluşan 2 yönlü ilişki diğeri ile kurulamıyorsa, saptama hatalıdır.
- Her işleme sistemde yer bulma çabası: Sistemi asıl amacından uzaklaştırmaktadır. Kurulan çok katlı piramitler, geçerlilik zincirinin bazı katmanlarda ispatını da güçleştirmektedir.

(eski dilde mafevk-madun) normları değil, makamları niteler ve idarî hiyerarşiye özgüdür. **Altay:** 184; **Türk Hukuk Lügatı:** 229.

¹² Bir eserde, önce şu ölçüt belirlenir: "*Alt sırada yer alan bir hukuk kuralının, kendisinden üst sırada olan hukuk kuralına aykırı olmaması gerekir*". Alt satırda, "Türk hukukunda normlar hiyerarşisi" başlığında şu sıralama yapılır: Anayasa; haklarla ilgili anlaşmalar; kanun ve KHK; diğer anlaşmalar; tüzük; yönetmelik ve genelge. **Gül & Karan:** 27. Saptama, ayrıca tanıma dönüştürülür (s. 57). Ölçüt üst norma uygunluk ise, kanunun anlaşmaya uygunluğunu öngören anayasal norm hangisidir?

¹³ 2014 KPSS Lisans Sınavı soru 46'da istenen sıralama şudur: KHK-tüzük-yönetmelik (Genel Kültür Testi Kitapçığı: 25). Oysa, ilk 2'si arasında üst-alt ilişkisi tartışmalıdır.

¹⁴ Anlaşma denetlenemediği için kanundan "*bir dereceye kadar*" üstündür. **Şahin:** 67. OHAL KHK'nın denetlenmemesi, kanundan "*nispî bir üstünlük*" yaratır. **Yüzbaşıoğlu:** 202-203.

¹⁵ Anlaşma-kanun arasında "*bir tür hiyerarşi*" vardır. Bkz. AYM 1. Bölüm, Sevim Akat Eşki anayasa şikâyeti başvurusu, T. 19.12.2013, para. 41.

¹⁶ **Gözler** 2000-II: 4.

Çözüm nedir? Tek yönlü hiyerarşik ilişkileri ve çatışma ilkelerini 2. ve 3. boyutlara kaydırarak, iki yönlü hiyerarşik ilişkilerden örülü ana şemayı karmaşadan arındırmak (*saflaştırma*). Böylece, çok katlı piramitler inşa etmeye de gerek kalmayacaktır.

2) 3 boyutlu mimari: Üçgen değil, piramit

Sistem, tek boyutlu ve 3 kenarlı **şekil** değil, üç boyutlu geometrik bir **nesne**dir. Piramidin her boyutu farklı işlev görür. İlk 2 boyut, iki yönlü hiyerarşi ve tek yönlü hiyerarşik ilişkileri içermekte olup, *lex superior* konusudur. 3. boyut, söz konusu ilkenin ve dolayısıyla hiyerarşinin dışında kalan normlar alanıdır:

- **Ana/birincil boyut** (iki yönlü dikey ilişki): Hem üst, hem alt düzey normla geçerlilik ilişkisi olanlar, hiyerarşide bir düzey işgal eder. Bu normlar, hukuk âleminde bağımsız çiftler hâlinde varlıklarını sürdürmemekte, aksine hukukun bütünlüğünün parçası olarak geçerli kalabilmektedirler. 3 boyuttaki normların toplamı ise, çok boyutlu/uzaysal (*spatial figure*) yapıdadır¹⁷.
- **Yan/ikincil boyut** (tek yönlü dikey ilişki): Sadece üst veya alt geçerlilik bağı olan, ancak diğer düzeydeki işlemle hiyerarşi eksik veya kısmî olan işlemler, bir kademe/düzyen işgal etmeyip, bu boyutta yer alır.
- **Hiyerarşi dışı işlemler boyutu / çatışma çözüm hattı** (yatay ilişki): Normlar arasında ne çift, ne de tek yönlü hiyerarşinin kurulabildiği durumlar 3. boyutta yer alır. Örneğin kanun-CBK çatışmasında CBK'nın, kanun-özlürlükle ilgili anlaşma çatışmasında kanunun ihmali öngören çatışma çözme normları, üst-alt ilişkisi yaratmadığı için son boyuttadır¹⁸.

Özetle; işlemin düzeyi açısından birçok olasılık vardır: İşlem ya "tek tip" olup, bu sütunda sabit bir düzey işgal eder; ya alt türleri itibariyle değişken karakterli olup, farklı düzeylerde yer alır; ya tek taraflı ilişki boyutundadır; ya çatışma çözme ilişkisinin tarafı olup 3. boyuttadır; ya da tüm boyutların tamamen dışındadır.

Ş II. KONUNUN İKİ BİLEŞENİ: NH VE CBK

A) Normlar hiyerarşisine ilişkin genel saptamalar

1) Anlamı ve işlevi

Hiyerarşi olgusuna birçok alanda rastlanır: Anayasa Hukukunda (NH), İdare

¹⁷ **Barın**: passim (tebliğ özetini paylaştığı için teşekkür ederiz).

¹⁸ Anlaşma-kanun ilişkisinde benzer bir yorum için bkz. **Dönmez & Barın**: 195-198.

Hukukunda (üst-ast, âmir-memur), askerlikte (subay-asker, emir-komuta), silâhlı kuvvetlerde¹⁹, ulusal-üstünde²⁰, dinde²¹, dünya siyasetinde²², psikolojide²³...

Dilimizde farklı adlarla anılan kavram²⁴, Anayasa'da dolaylı biçimde geçer²⁵. Doğrudan geçtiği örnek, İspanya Anayasası'dır²⁶.

Kavramın 2 bileşeninden (norm²⁷ ve hiyerarşi²⁸), şu tanıma ulaşabiliriz: Normlar arası biçimsel ve içeriksel geçerlilik ilişkisi ile yapılandırılan, üst norma aykırı alt normun yargısal denetim mekanizmalarınca ayıklanmasıyla iç uyumu korunan sistem.

Hukuk devleti, 3 unsurdan oluşur²⁹: NH ile yapılanan normlar, erkler ayrılığı ile yapılanan erkler, yargı bağımsızlığı ile yapılanan denetim mekanizması. Anayasa yargısının 3 şartı (kodifiye anayasa, sert anayasa, norm denetimi) dikkate alınunca, anayasanın üstünlüğünü hayata geçirmede kavramın işlevi anlaşılır.

Hukuk kuralları kademeli biçimde yapılanmaz ve soyuttan somuta inilmezse, hukuk normları karmaşası doğar. NH, normların üst norma uygun olduğu inancını ve hukukî meşruiyeti besler.

Hukuk devletinin unsurları arası ilişkiye gelince; normu yapan-uygulayan-denetleyen organ ayrışması, erkler ayrılığını zorunlu kılar. Erkler ayrılığının özü olan fren & denge ise, norm denetimi ile iç uyumu korunan bir hukuk düzeninin inşasını gerektirir. Nihayet anayasa yargısı, hem özgürlüğün (*bekçilik*), hem yatay ve dikey erkler ayrılığının koruyucusudur (*hakemlik*).

¹⁹ TSK yönergesi'nde iç düzen normları hiyerarşisi: Genel mevzuat, yönerge, prensip emri, devamlı emir, devamlı talimat, diğer işlemler (özel emir, günlük emir, vs).

²⁰ Örneğin AB açısından bkz. **Arsava**: 1-24; **Oder**: 167 vd.

²¹ İslâm hukuku şeması şudur: Kur'an, Sünnet, İcma'-yı ümmet, Kıyas-ı fukahâ. **Sağlam**: 198. Bazen açıkça "hiyerarşi" sözcüğü kullanılır. **Akbulut**: 169; **TDVİA**-26: 122.

²² Güç hiyerarşisi teorisi, "devletler, nispi güçlerine göre merdivenin hangi basamağında duracağını bilirse barış korunur" tezine dayanır. **Roskin & Berry**: 30. BM'de devletlerin iradesini tek başına bloke eden 5'li, küresel iktidar piramidinin A takımıdır.

²³ A. Maslow'un "İhtiyaçlar Hiyerarşisi Teorisi" için bkz. **Maslow**: passim.

²⁴ "Kurallar kademelenmesi" (**Teziç**: 85); "kurallar dizgesi" (**Sav & Sav**: 404); "devlet muameleleri hiyerarşisi" (**Başgil**: 203). "hukuk kaideleri iyerarşisi" (**Özyörük**: 17, 128 vd. Sözcükte basım hatası yoktur); "mevzualar arasındaki hiyerarşi" (**Başgil**: 137); "hiyerarşik kademe" (AYM, K. 2010/87, N. Necipoğlu karşı oy); "hukuk düzeni piramidi" (**Gözler** 2018: 217); "hukuk kurallarında derecelenme" (**Yayla**, Y: 13); "Kurallar silsilesi" (AYM, K. 1998/62, başvuru).

²⁵ M. 137'de normlar sıralanır: "yönetmelik, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, kanun veya Anayasa". M. 138/1 de benzer şema verir: "Anayasaya, kanuna ve hukuka". İlgili başka normlar da vardır: Any. m. 11, 87, 124, 137, 148 (ayrıca eski 91, eski 115), vs.

²⁶ M. 9/3: "Anayasa, ... normlar hiyerarşisini, ... güvence altına alır". **Kaboğlu** 2016: 86. Bir başka çeviride, "kanuni hükümlerin hiyerarşisi" geçer. **Adalet Bakanlığı**: 540.

²⁷ Norm: "ölçü, kural, düstur, kaide". **Altay**: 341.

²⁸ Hiyerarşi: "1. Aşama sırası, mertebeler silsilesi. 2. Teşkilâtteki mertebeler düzeni. 3. Sivil ve askeri amir ve memur, üst ve ast düzeni". **Altay**: 184. Eski dildeki "silsile-i merâtip" normlar değil, makamlar hiyerarşisidir. **Türk Hukuk Lügatı**: 229, 300.

²⁹ **Sezer & Kirit & Boyar**: 21-41.

2) NH sisteminin ilkeleri

Sistemin unsurlarından³⁰ (kaynakların çoğulculuğu, yapım-uygulama-denetleme farklılaşması, denetim) şu ilkeler türetilir:

- Normların iki yönlü dizilimi: Normlar, dağınık hâlde ve rast gele değil, sistematik biçimde yapılırlar. Aynı kademedeki (eş düzey) normlar yan yana³¹, norm kademeleri ise üst üste hiyerarşik biçimde dizilir.
- En üst düzeyde normun tekliği ilkesi (piramidin ucu kesik değil, keskin-dir): Sistemde en üst düzey hariç, daha alt düzeylerde birden çok norm yan yana olabilir³². Karşıt görüş (anayasal değerde normlar tezi), anayasanın başka normlarla birlikte yan yana bir blok oluşturmasıdır. Bu görüş, daha üst norm olmadığı varsayımında, başlıca 2 sorun yaratır: Bloktaki normlar arası uyum, alt normun bu normlardan hangisine uygun olması gerektiği.
- Kelsen'de en üst normun anayasa olmaması: Anayasa'nın üstüne grund-norm'u yerleştiren Kelsen, uluslararası hukuku da "tüm iç hukuk düzenlerinin üstünde"³³ görür. "Anayasal düzeyde" normlar tartışmasından farklı olarak, "anayasa-üstü"lük (*supra constitutionem*) olgusudur. Kanımızca iç hukukta en üst norm, kodifiye edilmiş³⁴ anayasa olmalıdır.
- Şekli anayasa anlayışında metin içi hiyerarşinin reddi: Örneğin değiştirilemez anayasa normu, anayasa içi hiyerarşi yaratmaz.
- En üst norm, hukuk sisteminin birliğini sağlar: Geçerlilik zinciri izlenirse, normların birliğini sağlayan en üst norma ulaşılır³⁵.
- Anayasa sembolik değil, normatiftir: Anayasa üstün ve bağlayıcıdır. Anayasanın üstünlüğü, şekli-maddi üstünlük ayırımına tâbidir.
- Başta en üst norm olmak üzere, her üst norm alt normun ihdas veya içeriğini belirlediğinden "üretim ve denetim zinciri" oluşur.
- Normların ve normları üreten organların çokluğu/çoğulculuğu: Böylece, normu yapan-uygulayan-denetleyen organlar ayrışır. Normlar farklı düzeyde yer aldıkları için, normların sahibi de farklılaşır.
- Sistemde alta indikçe normlar somutlaşır; norm sayısı, ayrıntı, uygunluk aranan (üst) norm sayısı artar; bağlayıcılık azalır. Üste çıktıkça genellik, üstünlük ve bağlayıcılık artar; değiştirme ihtiyacı azalır.
- Üst norma aykırı alt normun denetimi: İptal vb. yaptırımlar öngörülür.

³⁰ **Kaboğlu** 2016: 13.

³¹ Eş düzey normların maddeleri arasında da üst-alt ilişkisi olduğu savunulur. **Kuluçlu**: 9.

³² Örn. **Gözler**'in piramidinde 9 basamaktaki 16 işlemin nedeni budur. **Gözler** 2018: 218.

³³ **Kelsen** 2015: 861.

³⁴ "Tek metin anayasa" anlamındadır. "Yazılı anayasa" deyimini önermiyoruz.

³⁵ **Kelsen** 2016: 79.

3) Doktrinde kullanılan ölçüt ve gerekçeler

Geçerlilik ölçütü yerine veya ondan türetilerek kullanılan ölçütler, her zaman doğru sonuca götürmeyebilir³⁶:

- *Üç erkin işlemleri arasında hiyerarşi olduğu*: Örneğin şekli anlamda yasama işlemi, yürütme işleminden üstündür³⁷.
- *Düzenleyici işlemin her zaman bireysel işlemden üstün olduğu*: Bu ilke, işlem hangi makama ait olursa olsun değişmez³⁸.
- *Denetim mercinin kararının denetlediği normdan üstünlüğü*: AYM kararı, geçerliliğine son verebileceği İçtüzükten üstündür³⁹.
- *Bir normu hükümsüz kılma*: Kanunla CBK'yı hükümsüz kılma, CBK'nın "kanun altı statüde yer aldığı" nı kanıtlar⁴⁰.
- *Norm denetimi yasağı*: Örneğin, uluslararası anlaşma denetlenemediği için, kanundan "bir dereceye kadar" üstündür⁴¹.
- *Bir normu değiştirebilme veya yürürlükten kaldırılabilme*: Eski sistemde KHK'nın "kanun düzeyinde" olma gerekçelerinden biri, kanunu değiştirebilmesi veya yürürlükten kaldırabilmedir⁴².
- *Bir normun ihdasını düzenleyebilme olanağı*: Yasama yetkisinin genelliği gereği kanunla CBK'nın ihdası düzenlenebileceği, buna karşın CBK ile kanunun ihdası düzenlenemeyeceği için, kanunun üst norm olduğu savunulur⁴³.
- *Bir norma uyum sağlama çabası*: Kaboğlu, İHAS-iç hukuk ilişkisinde bu ölçütle "üstünlük" belirlemesi yapar⁴⁴.
- *"Kanun hükmünde" nitelemesini "kanun düzeyinde" olarak değerlendirme*: Haklarla ilgili anlaşma "kanun hükmünde" nitelenip iç hukuka kanunla aktarıldığı için, kanunla eş düzeydir⁴⁵.
- *Norm çatışmasında uygulama-ihmal ilişkisi*: CBK-kanun çatışmasında CBK'nın ihmali, kanunun üstünlüğünü doğurur⁴⁶.

³⁶ Örnek yazarların bir kısmı, bazı analizlerinde geçerlilik ölçütünü de kullanırlar.

³⁷ Şahin: 63.

³⁸ Yazarn "patere legem" olarak nitelediği ilke hakkında bkz. Gözler 2018: 218-221.

³⁹ Gülgeç: 155. Mülga m. 107'deki CBK için de benzer ölçüt kullanılır. Taşdoğan: 963.

⁴⁰ Karatepe & Alkan & Atar vd: 85.

⁴¹ Şahin: 67.

⁴² Gözler 2000-II: 4.

⁴³ Şirin: 297-298; Gülgeç: 198, 213.

⁴⁴ İHAS sisteminde kalındığı sürece, "mevzuatı (Anayasa dahil) buna uygun hale getirme gereği bulunduğuna göre, üstünlüğü de kabul edilmiş oluyor". Kaboğlu 2016: 400.

⁴⁵ Ergül 2014: 85. Niteleme, normatif değerle ilgilidir. Düzeyinde, derecesinde veya kademesinde değil; gücünde, etkisinde biçiminde anlıyoruz.

⁴⁶ Ulusoy: 6; Açıl: 747.

- *Normun münhasır düzenleme alanı*: Uçum'a göre, kanunun CBK'dan üstünlüğünün bir gerekçesi, kanunla düzenlenecek olan 82 konuda CBK çıkaramamadır⁴⁷.
- *Bir normla açıkça düzenlenen konunun düzenlenememesi*: Özbudun'a göre, kanunun CBK'dan üstünlüğünün bir gerekçesi, kanunda açıkça düzenlenen konuda CBK çıkaramamadır⁴⁸.
- *Normun kabûl çoğunluğu*: Gözler, anayasa-kanun ve anlaşma-kanun ilişkisinde kabûl çoğunluğunu ölçüt alır⁴⁹.
- *İşlemin yapım usûlü ve önem derecesi ilişkisi*: TBMM'de özel usûlle çıkarılan "temel kanun", genellikle anayasal önemde olmayan, ancak kanundan daha önemli düzenlemeleri içerdiği için, anayasa-olağan kanun arasındadır⁵⁰.
- *Hukukîlik-yerindelik ilişkisi ve hiyerarşiye etkisi*: CBK'da geçen⁵¹ "uygun bulunmayan" ibâresi, Bakanlık işleminin CB tarafından yerindelik denetimine tâbi tutulmasıdır. Hiyerarşi, hukuka uygunluk yanında yerindelik denetimi kapsar⁵².
- *Aynı normu üreten farklı organların hiyerarşik konumu*: Gözler'e göre, yönetmeliğin hiyerarşideki yeri, yönetmeliği yapan organın makamlar hiyerarşisindeki yerine bağlıdır⁵³.
- *Dolaylı hiyerarşi tezi*: AYM kararı, AYM İçtüzüğü ve TBMM İçtüzüğü ile OCBK arasında "dolaylı hiyerarşi" vardır⁵⁴.
- *Diğer normların aykırı hükümlerinin uygulanamayacağı*: CBK'larda da yer alan⁵⁵ bu tür normlar da ölçüt alınabilmektedir.

⁴⁷ *Hürriyet*, 25.01.2017.

⁴⁸ **Özbudun** 2017: 250.

⁴⁹ Kanunu TBMM koyar ve adî çoğunlukla değiştirir, oysa Anayasayı aslî kurucu iktidar koyar ve TBMM 2/3 çoğunlukla değiştirir. Ayrıca, anlaşma ve kanun TBMM'de adî çoğunlukla kabûl edilir. Anlaşmaya kanun üstü (anayasal) değer tanınacaksa, 2/3'le kabûl edilmelidir. **Gözler** 2004: passim.

⁵⁰ **Bakırcı**: 12.

⁵¹ 10 no.lu CBK, m. 6: Bakanlık veya kamu kurum ve kuruluşunun hazırlayıp RG'de yayım için gönderdiği yönetmelik, tebliğ vb. düzenleyici idari işlemlerin taslakları, şu işlemlere "uygunluğu yönünden incelenir": Anayasa, kanun, CBK, genel hukuk kuralları, CB programı ve kalkınma plan-programı. Üniversiteler ve meslek kuruluşlarının benzer işlemleri ise, "Anayasa ve diğer mevzuat" a yine "uygunluğu yönünden incelenir" (f. 1). İlk f. kapsamında inceleme sonucu "uygun bulunmayan veya hukuka aykırı olduğu tespit edilen taslaklar", ilgili kuruma "iade edilir" (f. 2).

⁵² **Çakır**: 53. Kanunımızca, hukuksal denetimden ziyade siyasal denetime benzer. İncelenen metnin tekemmül etmiş işlem değil, taslaktır. Yetki, iade sonrası tekrar hazırlamayı engellerse, bloke edici işlev görür. "Diğer mevzuat" ibâresinin genişliği ve CB programının ölçü olması da tartışmaya değer.

⁵³ **Gözler** 2018: 215; **Söyler**: 166; **Gençay**: 399.

⁵⁴ Bu normlar doğrudan OCBK'ya geçerlilik sağlamasa ve geçerliliğini etkilemese de, OCBK ile "hiyerarşik olarak aynı seviyede olan kanunların geçerliliğini belirleyip etkileyebildiği" için "hiyerarşik üst konumundadır". **Gülgeç**: 213.

⁵⁵ 3 no.lu CBK m. 12: "Üst kademe kamu yöneticileri hakkında bu [CBK] ile düzenlenen hususlara ilişkin olarak, diğer mevzuatın bu [CBK]ya aykırı hükümleri uygulanmaz".

- *Biçimsel ve içeriksel geçerlilik*: Doğru ölçüt, az sayıda yazar tarafından kullanılır. Bu ölçütlere tekrar dönülecektir.

4) *Hangi ölçüt(ler) kullanılmalı? (olması gereken)*

a) Ön sorun: Hangi tür hiyerarşi? Hukukî mi, siyasî mi?

Esas aldığımız hukukî hiyerarşi, normun önemi ve moral değerinden çıkarılan ahlâkî/siyasî hiyerarşiden ayrılır⁵⁶.

İç-dış hiyerarşi ayırımından da söz edilebilir. Norm denetimi organı, öncelikle normun iç hukuk sistemindeki konumuna ve dolayısıyla "*iç normlar hiyerarşisi*"-ne⁵⁷ odaklanır.

b) Hiyerarşik ilişkinin ön koşulu: Ayrı metinde yer alma

İki norm arasında hiyerarşi kurulabilmesi için, ayrı metinlerde yer almaları gerekir. Metin içi hiyerarşiyi reddettiğimiz için⁵⁸, aynı metindeki normlar arasında *lex superior* değil, *lex posterior* veya *lex specialis* ilkesi uygulanabilir⁵⁹.

c) "Üst norm"dan kasıt: Öncelikle bir üst düzeydeki norm

Hiyerarşinin kilit kavramı, geçerliliğidir. Kelsen, üst-alt norm ayırımında, geçerlilik ilişkisini ölçüt alır. Alt norm üst norma göre yaratılır ve onun uygulanmasını sağlar. Normlar arasında oluşan "*geçerlilik koşulları, üretim koşullarından başkası değildir*"⁶⁰. Norm, üst normdan yürürlüğünü⁶¹ değil, geçerliliğini alır.

Normun öncelikle uygun olması gereken norm, geçerliliğini aldığı normdur, bu ise üst normdan başkası değildir:

*"Altta hukuk kuralının üsttekine mi veya doğrudan anayasaya mı aykırı olmasının aranacağı şeklinde iki ihtimal düşünülebilir. Fakat ... bir üsttekine aykırı olmayacağı hüküm altına alın"ır*⁶².

Normun üstünlüğü, yapan organa üstünlük sağlamaz. Üstünlük organda değil, yaptığı işlemedir. Alt normun bir üstteki norma uygun olma gereği, kendisinden 2 veya 3 düzey üstteki norma da uygunluğu gerektirir⁶³. Anayasa tüm

⁵⁶ Anayasa ile geçerlilik ilişkisi bulunmayan İHAS örnek verilir. **Gözler** 2000-I: 33-34.

⁵⁷ Ulusal hiyerarşi anlamındadır. Uluslararası örgütler için de kullanılır. **Sur**: 161.

⁵⁸ Anayasa normları arasında hiyerarşi kurulacak olsa, değişikliklerle değişikliğin usûlî normu arasında olurdu. Bu bağlamda, Anayasa değişikliğine ilişkin kanunun anayasanın değiştirilemez normlarına aykırılığı denetiminde esas denetim yasağını aşmak için, "*kesinleşmiş Anayasa normları*" deyimi önerilir. Süreci tamamlanmamış anayasa değişikliği, henüz kanun düzeyindedir. **Sezer** 2006: 119, 515 vd.

⁵⁹ Ancak, özel-genel, sonraki-önceki, esas-geçici norm ilişkisini "normlar hiyerarşisinin değişik görünüm şekilleri" başlığında inceleyenler de vardır. **Kuluçlu**: 7-11.

⁶⁰ **Kaboğlu** 2016: 45.

⁶¹ Danıştay'a göre, "*alt düzeydeki normların, yürürlüklerini üst düzeydeki normlardan aldığı kuşkusuzdur*". 2. Daire, K. 2013/1481; *Danıştay Dergisi*, S. 133, 2013: 150.

⁶² **Derdiman**: 9-10.

⁶³ **Gözler** 2018: 224.

normların geçerlilik kaynağı (“*normatif pınar*”⁶⁴) olduğuna göre, geçerlilik zinciri tüm normları “*şemsiye norm*”a uygun kılar. Böylelikle en üst norm (Kelsen’de grundnorm, bizde Anayasa), diğer normları belli ana ilkelerde birleştirici rol oynayarak, NH sisteminin iç uyumunu korur.

Alt normun üst norma uygunluğu koşulundan şu sonuçlar çıkarılabilir⁶⁵:

- Üst normda belirtilenden başkası yapamaz (biçimsel geçerlilik-yetki).
- Üst norma aykırı şekilde ihdas edilemez (biçimsel geçerlilik-usûl).
- Üst normda *numerus clausus* saptanan konuları aşamaz.
- Üst norma aykırı içerikte kural koyamaz (içeriksel geçerlilik).
- Üst norma istisna getiremez.
- Üst normu değiştiremez.
- Üst normu ilga edemez.
- Üst normu ihmal ettirici sonuç çıkarılamaz.
- Üst norma aykırılığı savunulabilir, ama ona aykırı yorumlanamaz.
- Üst norma aykırılığa rağmen uygulanamaz. Ama iptale dek geçerlidir.
- Üst normla ilişkisinde *lex posterior* ve *lex specialis* uygulanamaz.
- Üst norma aykırı ise, ayıklanır (biçimsel ve içeriksel denetim).

Üst normun alt norma üstünlüğü, bir bakıma normun *norma* egemen olmasıdır. Aksi çıkarım, NH piramidinin ters yüz edilmesidir. 3 boyutlu nesne sivri ucu üzerinde sabit duramayıp devrilir⁶⁶. “Üstünlük”ten farklı olarak “bağlayıcılık” ise, normun *kişiye* (gerçek ve tüzel) egemen olmasıdır. Her ikisi, aslında normun üstünlüğü ilkesinin birbirini tamamlayan 2 boyutudur.

d) Geçerlilik ölçütünün 2 boyutu: Biçim ve içerik

Hukukî geçerlilik farklı açılardan tanımlanmakta olup, hukuk düzenine aidiyetten yola çıkan anlayışı esas alıyoruz⁶⁷.

Ön sorun: “İç geçerlilik” mi, “dış geçerlilik” mi⁶⁸? Gözler, normun iç ve uluslararası geçerliliğini ayırt ettikten sonra, İHAS-Anayasa arasında hiyerarşiyi tartışır.

⁶⁴ **Duchacek**:142.

⁶⁵ Sonuçlar tek yönlüdür. Örn. üst norm alt normu değiştirebilir. **Gözler** 2018: 224-225.

⁶⁶ Aslolan, alt normun üst normun izin verdiği ve ona aykırı olmadığı sürece geçerli olmasıdır. Tersine, üst irade (norm), geçerliliğini alt iradeden almaz. **Can**: 1126.

⁶⁷ Türkçe en kapsamlı monografi sahibi Gözler, geçerlilikte 3 ön (maddî varlık, hukukîlik, anayasallık), 1 asıl (biçimsel geçerlilik) ve 2 ek koşul (global hukuk düzeninin etkililiği, normun minimum etkililiği) sayar. Hukukî geçerlilik 3 ölçütle tanımlanır: Âdillik/aksiyolojik geçerlilik (tabii hukuk), etkililik/maddî geçerlilik (hukukî realizm), aidiyet/biçimsel geçerlilik (hukukî pozitivism). **Gözler** 1999: 28-112.

⁶⁸ Dış geçerliliği, ulusal-ulusal-üstü ayırımı bağlamında kullanıyoruz. Diğer anlamı, norm denetiminde dışsal/metin dışı (biçimsel) geçerlilik denetimidir. **Crozat**: 415-435.

İHAM, İHAS'a aykırı gördüğü iç hukuk normunu iptal etmedikçe, iç geçerliliği ile Avrupa Konseyi bağlamında geçerliliği farklıdır. İHAM, veya AYM, İHAS'a aykırı gördüğü iç hukuk normunu iptal etmedikçe, İHAS Anayasa üstünde sayılamaz⁶⁹. Anlaşmanın iç hukukta geçerliliği iç hukuk işlemine dayanır. AYM, iç geçerliliği denetler.

- *Biçimsel geçerlilik mi? İçeriksel geçerlilik mi? Şekli-maddî ölçütlerle, geçerliliğin 2 boyutundan söz edilebilir:*

- **Biçimsel geçerlilik:** NH sisteminde aslolan, normun doğumundaki geçerliliğidir. Normların hiyerarşideki yeri, *"içeriklerine göre değil, biçimlerine göre belirlenir"*⁷⁰. Normu yapan organ ihdas yetkisini, yaptığı norm da biçimsel geçerliliğini aynı normdan alır. Üst normda belirlenen ihdas usûlüne aykırı üretilen norm, içeriği üst norma uygun olsa dahi geçersizdir. Zira, içeriksel uygunluk, normun biçimsel geçerliliğini mutlak şekilde garantiemez. Örneğin kanun Anayasa'ya uygun içerikle üretilse bile, son oylamadaki oy yetersizse iptal edilir. Ancak iptale dek geçerlidir.
- **İçeriksel geçerlilik:** Alt normun içeriğinin, üst normun içerik ve ilkelerine uygun olma zorunluluğudur. Normun içeriği üst norma aykırı ise, usûle uyulmuş olsa da, geçersizdir. Şekli açıdan geçerli norm içeriği aykırı olsa da, iptale dek geçerlidir, uygulanır. TBMM'nin kanun başlığı ile yürürlüğe koyduğu norm, mutlak hak olan masumiyet karinesini zedelese de, şekli açıdan geçerli olduğu için, iptale dek uygulanır. Norm, iptal edilmediği sürece Anayasa'ya uygun addedilir (*"anayasaya uygunluk karinesi"*⁷¹), somut olaya uygulanır ya da ihmal edilebilir. İçeriksel geçerlilik, biçimsel geçerlilikten sonraki sorundur. Kaldı ki, *"usûl esasa mukaddemdir"*. Anayasa yargısında da öncelik şekli denetimdedir (Any. m. 149/4).

Normun geçerliliği, normun üretiminin geçerliliğinin temeli olan, yani normun ihdasına ilişkin işlemin geçerli olacağını öngören norma dayanır. İşte bu norm, geçerliliğini belirlediği normun üst normudur. Geçerlilik ve üst-alt ilişkilerinin alt alta birikmesiyle, kademelenme ve NH sistemi oluşur. Nitekim Kelsen, üst-alt norm ayırımında, normlar arası geçerlilik ilişkisini ölçüt alır:

*"Hukukun dinamik karakteri uyarınca, bir norm belli bir şekilde, yani başka bir normun belirlediği biçimde yaratıldığı için ve böyle yaratıldığı müddetçe geçerlidir; ve bu diğer norm, ilk normun geçerliliğinin temelini teşkil eder. ... Norm yaratmayı belirleyen norm üst düzey, bu belirlemeye uygun biçimde yaratılan norm ise alt-düzyey normdur"*⁷².

Kelsen, hukuk sisteminin total geçerliliğini ise hukuk sisteminin etkililiğine,

⁶⁹ Gözler 2000-I: 34, 38.

⁷⁰ Gözler 2004: passim.

⁷¹ Karine, birey bakımından geçerli *"masumiyet karinesi"* nin mantığını çağırıştırır.

⁷² Kelsen 2016: 78-79.

"grundnorm"la uyumlu olmasına, *insanların fiili davranışlarının hukuk sistemine te-
kabül etmesine*"⁷³ dayandırır.

e) Ölçütlerin uygulanması: Alternatif mi, kümülatif mi?

Kelsen'e göre normun geçerliliğinin temeli, onun ihdasına yol açan olgu de-
ğil, ihdas fiilini öngören normdur. Sistemdeki her norm, geçerli olabilmek için,
bu geçerliliği teyit edecek bir üst norma ihtiyaç duyar. Her norm, geçerliliğini bir
üst normdan ve tüm normlar nihayetinde anayasadan alır.

Bir normun üst norm olabilmesi için, ihdas usûlünü belirlemesi yeterli midir,
yoksa içeriğini de sınırlamalı mıdır? Kelsen, ölçütün iki boyutunu, bazen "ve",
bazen "yahut" bağlacıyla ilişkilendirir:

*"Hukuk normu başka hukuk normunun yaratılması sürecini ve -farklı bir ölçü-
de de- yaratılacak normun içeriğini düzenler"*⁷⁴. *"Alt düzey normun (yaratılması
açısından yahut içeriği açısından) onu düzenleyen üst norma uymaması durumun-
da..."*⁷⁵.

Üst norm, 2 işlevi de (ihdas usûlü veya içeriği belirleme) karşılayabilir. An-
cak, üst norm olması için sadece biri yeterlidir⁷⁶. Normun ihdas şeklini dinamik
olarak ve/veya içeriğini statik olarak belirleyen norm hangisi ise, üstün norm da
odur. Temel ilke, yetkili merci tarafından aksi kanıtlanmadıkça normun geçerli-
liği ve uygunluğudur (*alt normun üst norma uygunluğu karinesi*). Sistem, sadece
anayasaya uygun kanunun değil, anayasaya aykırı kanunun da geçerliliğini ko-
rur⁷⁷.

Böylece her norm, önce geçerliliğini bir başka normdan alır, ancak bundan
sonradır ki üst normun içeriği ile bağlı ve sınırlı olur:

*"Uygunluk, geçerlilikten farklıdır. Bir normun geçerliliği, üretimini düzenleyen
koşullara saygının sonucudur. Yani, normun doğuşu ve yürürlüğe konma aşamala-
rına ilişkindir. Uygunluk sorununun ortaya çıkması için, geçerlilik sorununun ön-
ceden çözülmesi gerekir. Sadece geçerli bir norm uygun olabilir veya olmayabilir"*⁷⁸.

f) Hiyerarşik ilişkide örnek test: Anayasa-kanun

- Yetki: "Kanun koyma, değiştirme, kaldırma" TBMM'dedir (87/1).

⁷³ **Kelsen** 2016: 74. *"Tekabül etme"*yi, "karşılık gelme"den ziyade, *"uygun olma"* biçiminde anlamak
daha isabetli olur. Ayrıca, tabii hukuk kaynaklı *grundnorm* yerine, pozitif hukuk normu olan Ana-
yasa'yı konumlandırmak gerekir.

⁷⁴ **Kelsen** 2016: 78.

⁷⁵ **Kelsen** 2016: 89.

⁷⁶ Yazarlar, ölçütler arasında "veya", "yahut" bağlacı kullanır. **Gülgeç**: 23; **Şirin**: 297.

⁷⁷ *"Anayasa yasaların belli bir usûl çerçevesinde ve belli bir içeriğe sahip olmak (veya olmamak) üzere yaratıla-
cağını belirlemekle kalmaz, aynı zamanda bir yasanın belirlenmiş usûlden yahut içerikten farklı bir şekilde
yaratılması durumunda geçersiz yahut yok hükmünde kabul edilmeyerek yine anayasanın belirlediği usûl
çerçevesinde ve anayasa ile yaratılmış bir otorite -mesela anayasa mahkemesi- tarafından geçerliliği ortadan
kaldırılmaya dek geçerli olmasını da öngörür"*. **Kelsen** 2016: 90 (b.k.v.t.a).

⁷⁸ **Kaboğlu** 2016: 45.

- Usûl: Any. m. 96 ve TBMM İÇtüzüğü'ne göre yapar.
- İçeriksel uygunluk gereği: Kanun "Anayasaya aykırı olamaz" (11/2).
- Denetim yetkisi: AYM, kanunun "Anayasaya şekil ve esas bakımlarından uygunluğunu denetler" (148/1, c. 1).
- Denetim ölçütleri: Şekil denetiminde "son oylamanın, öngörülen çoğunlukla yapıl"ma şartına, esas denetim Anayasal ilkelere uygunluk aranır (148/2).

Sonuç: Anayasa, kanunun üst normudur. Test, yalnızca Anayasa-kanun arası hiyerarşik ilişkiyi ispatlar. 2 işlem arasında hiyerarşik ilişki, hiyerarşide bir düzeyde yer almanın gerek (ilk) şartıdır, ama yeter şartı değildir. İki yönlü testle, başka bir işlemin üst normu olduğunun ispatına ihtiyaç vardır. Aynı test uygulandığında, kanun ve yönetmelik arasında da bir üst-alt ilişkisi kurulur. Sonuç olarak, iki yönlü dikey ilişki tamamlanır, kanun artık hiyerarşide bir düzeye (Anayasa-yönetmelik arası) yerleşir.

g) Geçerlilik-uygunluk ölçütlerinin yaptırımı

aa) Amaç: Aykırı normu hukuk düzeninden ayıklama

Üst norm alt normun geçerlilik kaynağı, alt norm ise üst normun uygulama aracıdır. Üst norma aykırı alt norm ayıklanmazsa, iç uyumu bozulan sistem çöker. Ayıklama, kanserli hücre taşıyan hasta bünyeyi toptan çöpe atmak yerine, sadece zararlı hücreleri temizlemeye benzer.

Böylelikle, yalnızca 2. düzey normların değil, daha alt düzeydeki normların da geçerlilik ve uygunluğu güvencelenir ve sistem içi uyum bütünsel biçimde sağlanır. Kelsen'e göre;

"Alt düzey normun (yaratılması açısından yahut içeriği açısından (onu düzenleyen üst norma uymaması durumunda, ... hiyerarşik olarak inşa edilmiş hukuk sisteminin birliği tartışmalı hale gelir"⁷⁹.

bb) Yaptırım gerekli midir?

Üst-alt ilişkisi için, üst norma aykırı norm yapma yasağı yetmez. Örneğin, alt norm x, üst norm y olsun. Buna göre, "x, y'ye aykırı olamaz" ve/veya "y, x'ten üstündür" formülü, denetim mercii kurulmadıkça, temenniden öteye geçemez. Tipik örnek, 1924 Teşkilât-ı Esasiye Kanunu ve 1961 Anayasası farkıdır⁸⁰.

İptal edilme, üst norm olmanın gereği değildir. Normun üst olması için, alt normun yapım usûlü veya içeriğini belirlemesi yeterlidir. Aykırı alt normun iptali koşulu aranmaz⁸¹. İptal edilme geçerliliği etkiler, ama geçerliliğin unsuru değildir ve fakat geçerliliğin sonucu olarak yaptırıma bağlanabilir. Norm denetiminin

⁷⁹ Kelsen 2016: 89.

⁸⁰ 1924'te hem teşriî tefsir yetkisi tanınır, hem "hiçbir kanun Teşkilât-ı Esasiye kanununa münâfi [aykırı] olamaz" denir (m. 103). Oysa denetim 1961'de AYM kurulunca başlar.

⁸¹ Gülgeç: 23, dp. 87.

hiyerarşik sistemin iç uyumunun korunmasında *sine qua non* unsur olduğu ise pekâlâ savunulabilir.

cc) Yaptırımın türü: Hangi yöntemle?

Sorun, birbirini izleyen iki açıdan incelenebilir.

- *Siyasal denetim mi, yargısal denetim mi?* Norm denetimi yoksa, “piramit” kâğıt üzerinde figür olarak kalır. Siyasal denetimin etkisi sınırlıdır, asıl ve etkili denetim ikincisidir:

“Normlar hiyerarşisi, hukuki olarak yaptırım altına alındığı takdirde etkilidir; temel haklar, ancak onları koruyacak bir yargıç bulunduğu zaman güvence altına alınmış olur”⁸².

- *Yargısal denetim, ama hangi yöntemle?* Birçok yöntem sayılır: İptal, zımnî ilga, ihmal ve anayasayı doğrudan uygulama, anayasaya uygun yorum, yürürlüğü durdurma⁸³.

İptal yaptırımı daha güvenceli ve kesin sonuç doğurur. Zira norm sistem dışına atıldığı için⁸⁴, artık hiçbir merci o normu uygulayamaz. Oysa ihmal yaptırımında norm hâlen varlığını sürdürdüğü için, ilgili merciin inisiyatifini belirleyici olabilir⁸⁵.

Nitekim Venedik Komisyonu'na göre, kanunla çatışan CBK'nın ihmali “makûl” görünse de, “hukukî belirsizlik” yaratır:

“[AYM] ... kararını beklerken devlet idaresinin doğal olarak Reislerinin⁸⁶, yani Cumhurbaşkanının kararlarını uygulama meylinde olacaklarını nazari itibara almaktadır” (para. 80)⁸⁷.

Ne var ki, bu görüş ısrarla savunulursa, ihmale dayanan ABD modelini açıklamak zorlaşır. Zira Avrupa modelinde norm denetimi özel mahkemelere ait olup, genel mahkemeler sorunu sadece itiraz yoluyla AYM'ye taşıırken (merkezî denetim), diğer modelde tüm mahkemeler ihmal yetkisine sahiptir (yaygın denetim). Bu yüzden, esnek bir yaklaşımla, benzer sonucu doğuran yaptırımlar da dâhil edilebilir⁸⁸. Avrupa modelinde ise, norm üzerinde iptal tehdidi olmaksızın yapılan hiyerarşi tartışmasının eksik olacağı yönündeki kanaatimizi koruyoruz⁸⁹.

⁸² Boyar 2008: 26. Ayrıca bkz. Sağlam: 9.

⁸³ Tanör & Yüzbaşıoğlu: 516-528.

⁸⁴ Kelsen, “diskalifiye edilme” deyimini kullanır. Kelsen 2016: 91.

⁸⁵ İlkın, 1924 Any. m. 103'e karşın, dönemin Akşehir yargıcı Refik Gür'ün anayasallık denetimi girişiminin Yargıtay'ca engellendiğini hatırlayalım. Daha yakın örnek, kadının soyadı sorunudur. Daha önce normun Anayasa'ya aykırılığı savını reddeden AYM, Sevim Akat Eşki'nin anayasa şikâyetinde, tartışmalı “zımnî ilga” kavramı ile, çözümü yerel mahkemelere bıraktı. AYM 1. Bölüm, T. 19.12.2013, para. 44. Oysa sorun, çok daha önce verilecek bir iptal kararıyla tamamen giderilebilirdi.

⁸⁶ “Reis” sözcüğü ilginç olup, başka çeviride de geçer (Ank.BD, C. 75, S. 3, 2017: 567).

⁸⁷ AHYDK: 19-20. Önlem, yasama-yürütme dengesinde işlevsizdir. AHYDK: 25.

⁸⁸ Üst-alt norm çatışırsa, üst norm tercih edilir. Alt norm ise “ya ihmal ya da iptal edilir”. Gözler 2000-I: 33. Alt norm üst norma aykırı ise ve iptali istenmişse, mahkeme iptal eder; iptali istenmemişse, üst normu uygular, alt normu ihmal eder. Gözler 2018: 223.

⁸⁹ Anayasa yargısı, “norm denetimi” için gerek şarttır, ama yeter şart değildir. Sadece kanunun anaya-

B) CBK'lar hakkında birkaç saptama

Başkanlık rejiminin prototipi olan ABD'de *executive order*'lar, Anayasa'da tanınmasa da m. 2'den yorumla çıkarılır⁹⁰.

Yasama-yürütme denkleminde *check & balance*'ın bozulması, "*delegasyoncu*" başkanlığın 2 özelliğini yaratır: Siyasetin aşırı ölçüde kişiselleşmesi (*personalismo*), başkanın parlamentoyu by-pass ederek kararnamelerle yönetmesi (*decretismo*)⁹¹. Kararnamelerin anayasal sınırları zorlaması ölçüsünde, "*parlamentosuz kanun*"-⁹²dan söz edilir.

ABD rejiminden sapma gösteren ve bazı tıkanıklıkları devre dışı bırakan Türkiye modeli ise, atipik olarak nitelenebilir⁹³.

Anayasa'da olağan ve OHAL⁹⁴ CBK ayrımı yapılır. Olağan CBK için bazen kullanılan "*Cumhurbaşkanı kararnamesi*" tercihi, işlemi makama değil, makamın tek kişi olmasına özgüler⁹⁵.

Kanunlarda ise, karar-kararname ayrımı yapılır. İlki bireysel, ikincisi düzenleyicidir⁹⁶. Anayasa değişikliği sonrası kanunlardaki değişikliklerde ve Resmî mevzuat sitesinde⁹⁷ yayımlanan işlemlerde, açık ayırım esas alınır⁹⁸. Aslında Anayasa'da açık olmasa da, zımnî ayırma gidildiği çıkarımı yapılabilir. Zira seçme ve atamada CBK geçmez. Atama usûlü ve atama işleminin birlikte geçtiği m. 104/9'da da atamada CBK zikredilmez. Ancak, ayırımın Anayasa'da açıkça yer alması isabetli olur.

sallık denetimi (AYM) yetmez. Ayrıca kanun-altı düzenlemelerin denetimine de (örn. Danıştay'ın yönetmelik denetimi) ihtiyaç vardır.

⁹⁰ İlkini G. Washington 08.06.1798'de yayımlamıştır. **Genovese**: 182. Güncel listede sayı 13856'dır. Bkz. <http://tiny.cc/lue26y> (e.t: 21.05.2019. Linkler kısaltılmıştır).

⁹¹ **Özbudun** 2005: 109; **Sartori**: 212-213. Bu tür rejimler süper başkanlık olarak nitelenir. **Onar** 2001: 367. Bu durumda, yasama "*süper noter*" hâline gelir. **Kalaycıoğlu**: 18. Ancak, etkisiz parlamentonun parlamenter rejimin ürünü olduğunu da savunulur. **Kuzu**: 149-150.

⁹² Deyim (*laws without legislation*), bir makale başlığından alınmıştır. **Neil**: passim.

⁹³ Bu bağlamda, "*neverland sistemi*" denir. **Gözler** 2017: passim. ABD'den farklılaşan modeller "*presidential-style*" olarak nitelenir. **Maddex**: 5, 9, vs. Biz ise "*quasi-presidential*" (başkanlık benzeri) deyimini kullanıyoruz.

⁹⁴ Esasen olağanüstü hâl, seferberlik ve savaş gibi, olağandışı/istisnâî anayasal hâllerdendir. Ancak, yaygın kullanıma uyarak, OHAL kavramını kullanacağız.

⁹⁵ CB yönetmeliği için de, RG'deki başlıkta "*Cumhurbaşkanı*", mevzuat.gov.tr sekmesinde "*Cumhurbaşkanlığı*" geçer. **Gözler** 2019: 845.

⁹⁶ Ancak, sırf başlıktaki "karar" a bakarak bireysel, "-name" son ekine bakarak düzenleyici işlem olduğu savunulamaz. **Gözler** 2019: 854. Örneğin 52 no.lu CB kararı başlığında "*karar*" sözcüğü geçer, ancak düzenleyicidir. **Gözler & Kaplan**: 411.

⁹⁷ Hâlihazırda kategoriler ve kayıtlar: CB Kararnamesi (21), CB Kararı (289), CB Yönetmeliği (25), CB Genelgesi (21), CB Tebliği (1) [e.t: 10.04.2019, saat: 07:18].

⁹⁸ Kanunlardaki ayırımda, CB kararında "*Cumhurbaşkanı*", CBK'da "*Cumhurbaşkanlığı*" tercih edilir (Danıştay Kn. m. 24; İYUK m. 2/2, 7/2, 20/A).

Ş III. OLAĞAN CBK VE HİYERARŞİDEKİ YERİ

A) Niteliği ve hukukî rejimi

1) Konu

CBK yetkisi kanundan değil, doğrudan Anayasa'dan kaynaklandığı için, aslı (ilk-el)⁹⁹ düzenleme yetkisidir. Bu nedenle, yürütme işleminin türevselliğinin istisnasıdır.

Bu bağlamda, şekli (organik) açıdan yürütme, maddî (işlevsel) açıdan yasama işlemidir. Bir düzenleyici işlem kanunu değiştirmese ve kaldırmasa bile, kanunla düzenlenmeyen alanı doğrudan düzenliyorsa, kanun niteliğinde sayılmalıdır¹⁰⁰.

CBK genel olarak kurumsal anayasa hukuku alanına yoğunlaşır (yürütme yetkisi, DDK vb.). Ancak, kısmen özgürlükler anayasa hukukunu da düzenler (sosyal hakları düzenleme).

Genel çerçeve m. 104'tedir: “Yürütme yetkisine ilişkin konular”. Diğer maddelerde sayılan konular ise bunu somutlaştırır.

“Yürütme yetkisi”nden *a contrario* yasama ve yargı¹⁰¹ alanında CBK çıkarılmayacağı sonucuna varılabilir. Yasamanın genelliği korunur. CBK yetkisi aslıdır, ama genel değildir. Buna karşın, yasama yetkisinin devredildiği¹⁰² veya Cumhurbaşkanının yasama yetkisine “ortak olduğu”¹⁰³ da savunulur.

a) Yürütme

CBK, “yürütme yetkisine ilişkin konularda” çıkarılabilir. İbâre muğlak olup, “sınırları belirsiz, çok geniş” alanı kapsar¹⁰⁴.

CBK ile düzenlenebilecek konular, Anayasa'da sayılır¹⁰⁵:

- Üst kademe kamu yöneticisi¹⁰⁶ atama usûlü (104/9).
- Bakanlık kurma/kaldırma, merkez-taşra teşkilâtı kurma (106/son).

⁹⁹ “İlk-el yetki” yerine kullanılan “ilkel yetki” aynı anlamı vermez. Erol: 71.

¹⁰⁰ **Özbuğün** 2017: 213.

¹⁰¹ Hâkim ve savcılar hakkında araştırma, inceleme, soruşturmada “kanun ve diğer mevzuata” uygunluk aranacağı (Any. m. 159/9) ve “diğer mevzuat” ibâresine CBK dâhil olduğuna göre, hâkim ve savcılarının görevini etkileyebilir. **Yokuş**: 26.

¹⁰² “Yasama yetkisi bütünüyle Cumhurbaşkanına devrediliyor. ... temel hak ve özgürlükler, siyasi haklar ve ödevler ve temel haklar konuları dışındaki her konuda, ama aklınıza gelebilecek günlük yaşamdaki her konuda tek başına kararname çıkaracak, yani kanun koyacak”. **Balkız**: 27. Yazarı, aynı yorumu OCBK için de yapar (s. 31). İddia, TBB'nin karşılaştırmalı analizinde de vardır. **TBB** 2017-II: passim.

¹⁰³ **CHP**: 6.

¹⁰⁴ **Özbuğün** 2017: 251. Venedik Komisyonu benzer görüştedir: “Cumhurbaşkanının yasamayla ilgili inisiyatif yetkisi bulunmamaktadır. Ancak ... 'yürütme yetkisine ilişkin konularda [CBK] çıkarılabilir'. Yürütme yetkisine bir şekilde 'ilişkin' olmayan neredeyse hiç konu olmadığından bu nispeten muğlak bir ifadedir” (para. 77). **AHYDK**: 19. CB'nin bazı yeni yetkileri de “muğlak ifadelerle yazılmış” olup, “yorumu ve taktire açık”tır (para. 59). **AHYDK**: 15.

¹⁰⁵ Genelkurmay başkanının da CBK ile atanacağı belirtilir. **Alkan**: 142. Zira, aslı yetkidir. **Kılıç**: passim. Oysa, Any. m. 104/son kapsamına giren bireysel CB işlemidir.

¹⁰⁶ “Üst kademe kamu yöneticisi” kavramı 2 açıdan eleştirilir: Kavramdaki muğlaklık, kural koyan ve yürütenin aynı kişi olması (para. 68). **AHYDK**: 17.

- DDK'nun işleyişi, üye görev süresi ve diğer özlük işleri (108/son).
- MGK Genel Sekreterliği teşkilât ve görevleri (118/son).
- Kamu tüzel kişiliği kurma (kanunla birlikte) (123/son).

Sayılanlardan ilk 4'ü CBK, sonuncusu CBK-kanun ortak alanındadır. Bu sayma, "yürütme yetkisi" muğlaklığını bir bakıma giderme işlevi görür. Ama m. 104'te CBK detaylı düzenlenmişken, ayrıca 4 maddeye yer verilmesi "tereddüde yol açacak nitelikte"¹⁰⁷ olup, münhasır alan tartışması yaratır.

"Yürütme yetkisine ilişkin konular" da CBK çıkarılabilir de, bu genel hükümdür. Yürütmede münhasır kanun alanına (Örn. Kamu Denetçiliği Kurumu, RTÜK) ve kanunî idare alanına girilemez. Bu İstisnalar, hâlihazırda kanunla düzenlenmiş olsun ya da olmasın, her hâlükârda kanunla düzenlenmek zorundadır.

b) Hak ve özgürlükler

CBK ile haklara müdahale edilebileceği veya hiç müdahale edilemeyeceği genellemeleri yanlıştır:

- CBK ile **yalnızca sosyal haklar, yalnızca düzenlenebilir**. Bu genel normdur. Bazı sosyal haklar ise ancak kanunla düzenlenir. Genel norm özel norm karşısında geri çekilir, uygulanmaz, ihmal edilir.
- İki konuya, -istisnalar hariç- "*ancak kanunla*" müdahale edilir: Kişisel ve siyasal hakkı **düzenleme** (m. 104/17); hakkı **sınırlama** (m. 13).

2) Düzenleme alanının sınır ve yasakları

Konu sınırlamalarından hareketle, Anayasa-kanun-olağan CBK ilişkisindeki sorunların çözümünü sıralayabiliriz:

- **Yasama ve yargıyı düzenleme**: Yürütme dışı konulara giremez (104).
- **Hakları sınırlama, sosyal haklar hariç düzenleme**: "*Temel haklar*"¹⁰⁸, kişi hakları ve siyasi haklar düzenlenemez (m. 104).
- **Münhasır kanun alanındaki konular**: "*Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konu*" da CBK çıkarılamaz (104)¹⁰⁹.
- **Hâlihazırda kanunda açıkça düzenlenmiş konular**: "*Kanunda açıkça*"¹¹⁰ dü-

¹⁰⁷ Özbudun 2017: 251.

¹⁰⁸ "Temel haklar" tüm hakların başlığıdır. Aynı hata, m. 91'in eski metninde de vardı. Doğrusu, hakların "*genel hükümleri*" olmasıdır.. Sezer 2004: 232-233, dp. 36.

¹⁰⁹ 4 spesifik konuda kanun çıkarılabilir mi? Yanıt, 2 olasılıkta değişir: CBK için münhasır alan tezinde, asla çıkarılamaz. Öncelikli düzenleme alanı tezinde, CBK kanunla aşılabılır; CBK yoksa, öncelikli yetki CBK'da olduğu için, kanun çıkarılamaz. Zira CBK için öncelikli (ilk kez) düzenleme yetkisi, kanun için öncelikli düzenleme yasağıdır. Burada CBK-kanun çatışma normu da uygulanamaz, zira çatışma aynı anda CBK ve kanunun varlığını gerektirir, olmayan kanun ise CBK ile çatışamaz.

¹¹⁰ Bir görüşte, "açıkça" kaydı belirsiz ve CBK'yı "*fiilen etkisiz kılacak şekilde gereğinden fazla geniş*"tir. Gözler 2019: 930. CBK ile kanunun düzenlemediği konuyu düzenleme ve yasal boşluğu doldurmanın mümkün hale geldiği savunulsa da (Esen: 55-56), her zaman mümkün değildir: 1) Açık düzenleme: Kanun varsa ve açıksa, CBK çıkarılamaz. 2) İhmal ve kanun boşluğu: Münhasır kanun alanındaki konu kanunla henüz düzenlenmemişse, CBK çıkarılamaz. Konu CBK öncelikli alanında ise, CBK çıkarılabilir. 3) Eksik düzenleme: Münhasır kanun alanındaki konuda kanun varsa, ama her yönüyle düzenlenmemişse, CBK ile düzenlenemez. Konu CBK öncelikli alanında ise, eksik

zenlenen konular”da CBK çıkarılamaz (104).

- **CBK-kanun çatışması bulunan alanlar:** CBK ve kanunda “farklı hükümler bulunması halinde”, kanun “uygulanır” (m. 104)^{111; 112; 113}.
- **CBK'dan sonra kanunla düzenlenen konular:** TBMM'nin “aynı konuda kanun” çıkarırsa, CBK “hükümsüz hale gelir” (104)¹¹⁴.
- **Ödenek sınırını aşma yasağı:** Merkezî yönetim bütçesiyle verilen ödenek, harcanabilecek tutarın sınırını gösterir. Bu tutarın CBK ile “aşılabileceğine dair bütçe kanununa hüküm konamaz” (161/7).
- **Doktrinde eklenen:** Kanunu uygulama amaçlı CBK çıkarılamaz¹¹⁵.
- **Yasak alana girmediği hâlde Any'ya aykırı ise:** Denetlenir (148/1).

Sayılanlar, sonuncusu hariç, konu bakımından yetki çerçevesidir. Ancak çözüm ilkeleri uygulanırken, hangilerinin CBK ve kanunun aynı anda varlığını öngördüğüne dikkat edilmelidir¹¹⁶.

kısım düzenlenebilir. 4) Belirsizlik: Kanun varsa, her boyutu düzenlemişse, ama “açık” değilse, 3. duruma benzer yorum yapılabilir. Benzer ayırım: **Yayla**, A: 58.

¹¹¹ “Kanunda açıkça düzenlenen konu”da CBK çıkarma yasağında, sonraki işlem CBK’dır. Oysa CBK ile “aynı konu”da kanun çıkarılarak CBK’nın hükümsüz kılınmasında, CBK vardır ve sonraki işlem kanundur. CBK yoksa, çıkarılan kanun için “aynı konuda” ibâresi anlamsız olur. Çatışmada kanunun uygulanması, olağan CBK’nın “kanun hükmünde” olmaması, ama kanun düzeyinde olması ile de çelişmez. Zira farklı düzeyde olsalar, *lex superior* uygulanacağı için, çatışma kuralına gerek kalmazdı.

¹¹² Bu durum, aynı anda CBK ve kanunun varlığı hâlinde mümkündür. CBK hükümsüz hâle gelmiş, değiştirilmiş veya iptal edilmişse, zaten çatışma normu uygulanamaz. Çatışmada CBK yürürlükte kalmaya devam eder, ama uygulanmaz, ihmal edilir. Zira, NH sisteminde çelişen 2 norm aynı anda uygulanamaz. Bu çözüm, çatışma çözmenin genel ilkeleri (*superior, posterior, specialis*) dışında kalan diğer yöntemdir. Oysa bir görüşte, kanunun uygulanma önceliği vardır, uygulanan kanun “üst norm”dur. Kanun kaldırılırsa, zaten yürürlükte olan CBK uygulanma kabiliyeti kazanır. **Ar-
dıçoğlu**: 46. “Uygulanma önceliği” deyimini eleştirilebilir. Diğer norm uygulanamayacağı için, öncelik-sonralıktan bahsedilemez. Ayrıca, çatışmada diğerini ihmal ettiren norm için “üst” veya “üstün” nitelmesini teknik açıdan yanlış bulduğumuzu da yineleyelim.

¹¹³ Varsayımsal bir sorunu şimdiden not edelim: CBK birey lehine ise, CBK’nın değil de, onun ihmalini emreden m. 104/17’nin ihmali gerekmez mi? Any. m. 90/son gereği anlaşmayı uygulamanın istisnası olan “asgari standart” ilkesi, burada geçerli midir?

¹¹⁴ Hükümdeki 2 ibârenin anlamı belirlenmelidir: A) “Aynı konu” açısından, 2 sorun öne çıkar: 1) Anlamı: Kanun-CBK ortak alanıyla ilgili olduğu belirtilir. **Erol**: 78, 81. Bizce, *CBK’nın düzenlediği konuyla aynı konudur*. 2) Önceki cümle ile bağı: CBK-kanunun çatışması ile “aynı konu” mu kastedilir? Kanımızca, önceki cümlede kanun uygulanıp CBK ihmal edileceği için, buna gerek de yoktur. B) “Hükümsüz hâle gelme” açısından: 1) İbârenin anlamı. 2) Saptayacak merci. Ayrıca, kanunla CBK’yı hükümsüz kılmaya benzer biçimde, CBK sonrası çıkan kanunu AYM iptal ederse, CBK kendiliğinden canlanır mı? Gözler’e göre, ilga eden kanunu ilga etmek, mülga kanunu canlandırmaz. **Gözler** 2019: 184, 1189. Kanımızca, bir adım daha eklenebilir: İçeriksel iptalden farklı olarak biçimsel aykırılıkta ve özellikle yoklukta kanunun iradesinin biçimsel geçerliliği bulunmadığından hareketle, ilk normun (CBK) canlanacağı savunulabilir.

¹¹⁵ CB yönetmeliği, CB genelgesi vb. düzenleyici işlemler mümkündür. **Söyler**: 165-166.

¹¹⁶ 2 hâlde, CBK ve kanun vardır: CBK-kanun çatışması, CBK ile aynı konuda kanun çıkarma. Kanunda açıkça düzenlenen konuda CBK çıkarma yasağında, kanun vardır ve CBK çıkarılamaz. Var olmayan kanun, “açık” da olamaz. Münhasır kanun alanında CBK çıkarma yasağında ise, kanun gerekmez. Kanun olmasa da, CBK çıkarılamaz.

3) Hiyerarşi tartışmasını yönlendiren etken: Alan sorunu

a) CBK-kanun alanlarındaki belirsizliğin nedenleri

Tartışmanın asıl kaynağı, Anayasa hükümleridir. Lâfzî yorumdan sonuca varılamamaktadır. Bu bağlamda, genetik yorumdan da yararlanılamaz. Zira, ilkin, madde gerekçelerinde bu konuda hiçbir ip ucu yoktur. İkinci olarak, müzakerelede de konuya ilişkin hiçbir tartışma yapılmamıştır.

Tarihî yorum açısından; 1961'de istisnası olmayan yasamanın genelliği ilkesinden ilk sapma 1982'dedir. Ne var ki, Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği (CGS) ile sınırlı CBK, 2017'de öngörülen CBK ile tam anlamıyla örtüşmez. Ancak, mülga m. 107'nin pratiğinden bazı argümanlar elde edilebilir.

CBK-kanun alanlarını nitelemedeki tartışmanın asıl kaynağı, Anayasa'daki belirsizlik ve çözümün AYM'ye bırakılmasıdır¹¹⁷. Zira bu belirsizlik gramatik ve amaçsal yorumla çözülemez. Genetik yorumla da, ne müzakerelerden, ne de Anayasa değişikliğinin genel ve madde gerekçelerinden sonuca varılamaz.

Yeni sistem, hukukî belirliliğin 3 alt ilkesi açısından "erişilebilir" olsa da, "bilinilebilir" ve "öngörülebilir" değildir. Bu aksaklık, ancak yeni bir Anayasa değişikliği ile giderilebilir. Bu yönde adım atılana dek (ya da atılmasa da), yüksek yargı, aksaklıkları giderici "yargısal refleks" geliştirebilir¹¹⁸.

b) Doktrinde farklı tezler

CBK'nın 4 spesifik¹¹⁹ konusunu münhasır alan kabûl edenler olduğu gibi¹²⁰, aksini savunanlar da vardır¹²¹. Ancak, her iki görüşü savunanlar da kendi içinde ayrışabilmektedir.

Venedik Komisyonu ilk teze atıf yapar¹²². Ayrıca kanunla CBK'yı aşma kuralının CBK "mündemiç (saklı, münhasır) alanlarında geçerli olacağından kuşkuludur¹²³.

c) Görüşümüz: CBK için "öncelikli düzenleme alanı" tezi

¹¹⁷ "Acaba ... bu konularda kanunî bir düzenleme yapılamayacağı, yani yürütmeye sadece aslı değil, aynı zamanda 'mahfuz' bir düzenleme alanı bırakıldığı mı ifade edilmektedir? ... Anayasa metninde açık bir cevabı olmayan bu soru, bir uyumsuzluk doğduğunda [AYM'ce] karara bağlanacaktır". **Özbuğun** 2017: 251.

¹¹⁸ **Yayla**, A: 64.

¹¹⁹ Ancak bir yazar CBK münhasır alanında 6 konu belirler, kanun-CBK ortak alanındaki kamu tüzel kişiliği kurmayı da CBK münhasır alanına dâhil eder. **Alkan**: 142.

¹²⁰ Örn. **Gözler** 2019: 922; **Erol**: 77; **Ülgen**: 5; **Eren**: passim; **Alkan**: 142.

¹²¹ Örn. **Tanör & Yüzbaşıoğlu**: 438; **Ardıçoğlu**: 50; **Söyler**: 121. Yorum konusunda yetkin isimlerden Boyar ise, diğer yazarlardan farklı olarak, Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun yorumu da katarak, daha bütünsel bir analiz yapar. **Boyar** 2019: 25-27.

¹²² "Yalnızca kararnamelerle düzenlenecek -son derece mühim- alanlarda TBMM'nin kanun koyması mümkün olmayacak ..." (para. 79). **AHYDK**: 19.

¹²³ AYM'nin "[CBK'nun] anayasa uygunluğunu ancak ... yayımlandıktan sonra altmış gün içinde inceleme yetkisi olup [inceleme değil, başvuru süresidir!] ... bu esnada sonraki bir yasayla ilgili bir ihtilaf da doğabilir. Türk resmi makamları, ... TBMM'nin aynı konu hakkında kanun çıkarabileceğini ve ... kararnameden üstün sayılacağını ileri sürmektedir. Venedik Komisyonu'nun, bu ihtimalin [CBK'larda] mündemiç alanlarda geçerli olabileceği konusunda kuşkuluları vardır" (para. 80). **AHYDK**: 19-20.

Organlar arası konu paylaşımında birçok olasılık vardır¹²⁴. Kanun ve CBK'nun genel yetki normları (Any. m. 7, 87, 104, 119), diğer anayasal normlarla birlikte yorumlanmalıdır.

Burada en kritik sorun, *özel-genel norm ilişkisi*dir: *Lex specialis* ilkesi pozitif hukuk normu değil, hukukun genel ilkesidir. Uygulanması mutlak olmayıp, açık veya zımnî referans aranır. Genel normun ihmali için, özel normu kapsamalı ve uygulama alanını daraltmalıdır¹²⁵. 4 konu ve m. 104/17 arasında açık örtüşmeyi belirlemek zordur. Lâfzî yorum bağlamında, bu yönde açıklık yoktur. Türev kurucu iktidarın iradesi de belirsizdir. Madde gerekçeleri ve TBMM müzakerelerinde konu tartışılmadığı için, genetik yorumdan yararlanma olanağı da yoktur¹²⁶.

Özel düzenleme alanı, diğer 2 görüşten ayrılmaktadır:

- CBK öncesi açısından: CBK münhasır alanını reddedenler, 4 konunun CBK'dan önce kanunla düzenlenebileceğini savunur. CBK'lardaki "düzenlenir" ibâresi gereği bunun mümkün olmadığı kanısındayız. Kaldı ki, Any. geçici madde 21(B) gereği hemen düzenlenmiştir^[127, 128].
- CBK sonrası açısından: CBK münhasır alanını savunanlara göre, CBK'yı kanunla aşma yetkisi veren m. 104, spesifik 4 konu karşısında genel normdur. Oysa, yasama yetkisinin genelliği ilkesi yanı sıra, CBK'yı aşma konusunda yasak yoktur. M. 104/17 ve diğer 4 madde arasında genel-özel norm ilişkisi bulunduğu görüşüne katılmıyoruz.

Özetle, 4 konuda CBK öncesinde kanun çıkarılamayacağı, CBK sonrasında ise kanun çıkarılabileceğini savunuyoruz.

Hangi görüş kabûl edilirse edilsin, özellikle spesifik 4 CBK konusu yasamanın genelliğini aşındırmıştır. Ancak, CBK alanı ne denli genişlerse genişlesin, ka-

¹²⁴ 1) Münhasır (tekel, mahfuz, saklı, rezerv, mündemiç, özerk): Bir organa bırakılan alan. 2) Kapalı (yasak): Bir organın düzenleyemeyeceği alan. 3) Ortak (paylaşım, yarışmacı, ihtiyar, serbest): 2 organın da düzenleyebileceği alan. 4) Öncelikli (ilk kez) düzenleme alanı: Bir organın ilk düzenlemeyi yapabileceği, ancak diğerinin aşabileceği alan. 5) İkincil: Diğer organ düzenlemediği takdirde, düzenlenebilecek alan.

¹²⁵ **Çağa:** 373-375. **Cf. Gözler** 2018: 376-381.

¹²⁶ 2017 değişikliğinde benzer sorun, sonrası CB yönetmeliği açısından ortaya çıkan m. 104-124 çelişkisidir. Bu durum, değişikliğe yeterince özen gösterilmediğini kanıtlar. Yönetmeliği 3 irade çıkarır: CB, bakanlık, kamu tüzel kişisi. M. 104/18 sadece CB yönetmeliğini, m. 124/1 üçünü de düzenler. Son ikisi açısından çelişki olmasa da, CB açısından 2 fark vardır: 1) 104'te "kanunlar", 124'te "kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunlar"; 2) 104'te "kanunların", 124'te "kanunların ve CBK'ların" "uygulanmasını sağlamak ve bunlara aykırı olmamak üzere" çıkarılır. İlk bakışta 104 özel norm gibi görünse de, CB için¹²⁴ uygulanmalıdır. M. 104/18'in gereksizliği de savunulabilir.

¹²⁷ Ancak, normun "geçici" niteliği gereği, yetki bir defaya mahsus olup, sonrasında CBK ile kanunu kaldırmak veya değiştirmek mümkün değildir. Zira yürütmeye tanınan bu istisnai yetki, 6 aylık süre kısıtlamasına tâbidir. Aksi hâlde yasama yetkisinin devri yasağı ihlâl edilmiş olur. **Yıldırım:** 28. **Cf. Ardiçoğlu:** 45.

¹²⁸ Bu bağlamda, önemli bir noktaya değinelim: Her ne kadar geçici madde 21(B) uyarınca 6 ay içinde birçok konu CBK ile düzenlenmiş olsa da, 4 spesifik konunun kapsamına giren bazı konularda hâlihazırda yürürlükte olan kanunlar da mevcuttur. Dolayısıyla bu konuları CBK ile aşmak mümkün değildir. Ancak bu durum, öncelikli düzenleme alanı tezi ile çelişmez. Zira bu tezde Any. m. 104/17, spesifik 4 konuya göre genel norm kabul edilmediği ve tüm CBK'lara uygulanma kabiliyetini haiz olduğu için, kanunla düzenlenmiş konuların CBK ile aşlamayacağını zaten belirtiyoruz.

nun alanı sayma yoluyla (*numerus clausus*) sınırlanmadığı için, genel yetki hâlen TBMM'dedir:

- Spesifik 4 konuda **sadece CBK değil, önce CBK çıkarılabilir**. Ortak alanda ise CBK ve kanun çıkarılabilir. Kanunla CBK aşılabilirken, CBK ile kanun aşılamaz. Anayasa'da kanunla düzenlenmesi öngörülen kamu tüzel kişiliği açısından genel norm ihmal edilir. Zira m. 123, CBK bakımından özel norm olsa da, belirli kamu tüzel kişileri için kanunu emreden diğer anayasa maddelerine (örn. üniversite kurma) göre genel normdur¹²⁹. Haklar açısından ise, kanunda açıkça düzenlenen veya kanunla düzenlenmesi öngörülüp de henüz düzenlenmemiş sosyal hak CBK ile düzenlenemez. Diğer hakların düzenlenmesi ve tüm hakların sınırlanması ise, CBK için yasak alandır. Bu alanlarda ihtiyaç doğarsa, ne kadar âcil olursa olsun, CBK çıkarılamaz.
- Diğer tüm konular (kanunla düzenleneceği belirtilen, kanunla düzenlenmesi yasaklanmayan, CBK öncelikli alanına bırakılmayan, Anayasa'da geçtiği hâlde kanunla düzenleneceği belirtilmeyen, Anayasa'da hiç geçmeyen), Anayasa'ya uygun olmak kaydıyla ve sadece kanunla düzenlenebilir.

TABLO I: OLAĞAN CBK - KANUN DÜZENLEME ALANLARI¹³⁰
["ÖNCELİKLİ DÜZENLEME ALANI" ESAS ALINIRSA]

ÖNCELİKLİ DÜZENLEME ALANI (SPEŞİİK CBK'LAR)	YASAK ALAN				DİĞER DÜZENLEME ALANLARI
	CBK'ya dolaylı yasak alanlar (istisna alanlar)		Münhasır kanun alanı	CBK'ya açıkça yasak alan	
	Yürütme yetkisi istisnaları ve idare	Sosyal hak düzenlemede	Kanunla düzenleme		
CBK yoksa kanunla düzenlenemez	Ancak kanunla düzenlenir				Kanun veya CBK ile düzenlenir
<ul style="list-style-type: none"> • Üst kademe kamu yöneticisi atama usulü (104/9) • Bakanlık kurma, ... merkez ve taşra örgütü kurma (106/son) • DDK işleyiş ... (108/son) • MGK Genel Sekreterliği teşkilât (118/son) 	<ul style="list-style-type: none"> • Örn. Üst kademe kamu yöneticisi yetiştirme usulü (128/son) • Ayrıca bkz. 74/son, 101/son, 119/5, 123/1, 124/son, 126/son, 127/2, 128/2, 129/son, 130/1, 131/son, 133/1, 133/2, 134/son, 135/1, 136, 166/son 	<ul style="list-style-type: none"> • Örn. Öğrenim hakkı (42/2) • Ayrıca bkz. 42/6, 43/2, 44, 46, 47/2, 47/3, 50/son, 51/4, 53/2, 53/son, 54/1, 56/son, 61/3 	<ul style="list-style-type: none"> • "Ancak kanunla" Örn. hakkı sınırlama (13) • "Kanunla": Örn. yabancı için hak sınırlama (16) 	<ul style="list-style-type: none"> • Yasama ve yargı (104/17-1) • Kişisel ve siyasal hak düzenleme (104/17-2) • Hak sınırlama (104/17-2) • Münhasır kanun (104/17-3) • Açık kanun (104/17-4) • Ödenek sınırı (161/7) 	<ul style="list-style-type: none"> • Ortak alan: Kamu tüzel kişiliği kurma (123/son) • İkincil düzenleme alanı: Sosyal hak düzenleme • İstisnai düzenleme alanı (Bir kez): (GM 21B) • Bağımlı yetki¹³¹: 73, 167.

¹²⁹ Örn. mahallî idare (127), üniversite kurma (m. 130/1), vs. Aynı görüş: Ülgen: 17.

4) Denetim

a) Siyasal denetim yokluğu, yeni kanun yapma olanağı

Yasama-yürütme dengesinde 2 husus CB lehinedir: Yetki kanunu gerektirmez (eski KHK ile fark), "kanun hükmünde" olmasa da, TBMM'ye sunulmaz¹³⁰ (yeni OCBK ile fark).

Siyasal denetim yokluğu yasama konularının TBMM-CB arasında paylaşılmasının mantığı ile uyumlu olup, geriye 2 yol kalır: Vekiller CBK'nın iptali için AYM'ye başvurabilir (Any. m. 150), TBMM "aynı konuda" kanun çıkarırsa, CBK hükümsüz olur (104/17-son). Yeni kanuna karşılık CB de 2 seçeneğe sahiptir¹³¹.

AYM, KHK döneminde "münhasır alan" savına karşın "yasak yokluğu"na dayanarak, kanunla düzenlenecek konuların, -Anayasa'ya uygun olmak şartıyla-KHK ile de düzenlenebileceğine karar vermişti. Yeni sistemde münhasır kanun alanında CBK çıkarılmayacağı için, AYM'nin eski KHK için geliştirdiği içtihadın CBK'ya uygulanma kabiliyetinin kalmadığı savunulur¹³².

b) Yargısal denetim: AYM

Any. m. 148/2'de kanun ve anayasa değişikliğinin şekli denetim ölçütleri belirlenmiş ve sınırlanmış olmasına karşın, aynı belirleme CBK için yapılmaz. Kaldı ki, kanun için aranan, "son oylamanın, öngörülen çoğunlukla yapılıp yapılmadığı" ölçütü, şekli açıdan yasama işlemi olmayan CBK için uygulanamaz.

CB, imzaladığı CBK'nın iptali için AYM'ye gidebilir¹³³. Anayasal normlar çatışsa da, *lex specialis* ilkesinden çıkan sonuç budur¹³⁴. Pratikte gidip gitmeyeceği ise ayrı konudur¹³⁵.

B) Doktrinde olağan CBK'nın hiyerarşik düzeyi

1) Hiyerarşide kanundan önce güce sahiptir

¹³⁰ OCBK ise "kanun hükmünde" olsa da, TBMM'ye sunulur.

¹³¹ 1) İptali için AYM'ye başvurabilir. 2) Veto edebilir. Vetoda eli daha güçlüdür. Zira, TBMM önüne konan veto bariyeri, tekrar kabûlü zorlaştırır. İlkinde minimum 151, veto sonrasında 301 oy gerekir. Anayasa değişikliği için içtihatla reddedilen güçleştirici veto (AYM K. 2007/68), 2017 değişikliği ile kanun için öngörülmüştür.

¹³² **Kahraman & Balkan: 242; Ardiçoğlu: 50.**

¹³³ Kolektif imzalı eski KHK'da bu başvuru anlamlıdır, oysa CBK'yı tek başına imzalar.

¹³⁴ M. 104'te başvurmaya yetkili olanlar arasında CB sayılmazken, m. 150'de sayılır. Aynı tarihte aynı metne konulan iki norm arasında, ancak *lex specialis* ilişkisi kurulabilir. Ne var ki, bu yolla sorunu çözmek güç olduğu için, yetki konusundaki tereddüdü tamamen gidermek için, Any. m. 104/son'a başvurulabilir: CB, Anayasa ve kanunlarda verilen "diğer görevleri yerine getirir ve yetkileri kullanır". Aslında m. 150 varken, m. 104/7'nin gereksiz olduğu da savunulabilir. Ancak, m. 104'te CB yetkileri sayılmak durumunda olduğu için, böyle bir farklılık doğmuştur.

¹³⁵ Hüküm, diğer 3 olasılıkta önem kazanır: Makamın boşalmasında yeni CB seçilene dek vekâlet, hastalık vb. hâllerde geçici vekâlet, olağan CB seçimi. İlk 2 durumda, CBK'yı yapandan farklı kişi CB yardımcılığına atama ile gelmiş olduğu için, (60 günlük süreye örtüşmede) AYM'ye başvurması meşruiyet krizi yaratabilir. Son durum ise farklıdır.

Bu yoruma katılmak güçtür¹³⁶. Zira, kanunun geçerlilik normu CBK değildir. Aslında "güç" sözcüğünden yola çıkarak, NH kavramı geçse de, CBK'nın hiyerarşik düzeyinin değil, siyasî hiyerarşi veya gücünün kastedildiği biçimde yorumlanabilir. Bu takdirde ise, hiyerarşi sözcüğü kullanılamaz.

2) *Kanunla eş düzeydir*

Bazı yazarlar, farklı gerekçelerle, CBK'nın kanunla aynı düzeyde yer aldığını savunur¹³⁷.

3) *Kanunun altındadır*

Bu görüşü savunanların başlıca dayanağı, Any. m. 104/17'deki çatışma çözme ilkeleridir. Böylece, konunun "yasamayı önde tutacak" şekilde düzenlendiğini savunanlar olduğu gibi¹³⁸, kanunun üstünlüğünün "açıkça vurgulandığı"nı¹³⁹ belirtenler de vardır.

Cumhur İttifakı bileşeni partiler¹⁴⁰ ve siyasîler¹⁴¹ benzer görüştedir. Avrupa Komisyonu, CBK alanının sınırı ve münhasır kanun alanına girme yasağı gerekçeleriyle aynı sonuca varır¹⁴².

Şirin ise, sırasıyla her normla ilişkiyi test eder: Anayasa'nın üstünlüğü gereği, CBK'nın Anayasa altı olduğu tartışmasızdır. Ancak, olağan CBK kanun hükmünde nitelenmediği gibi, yürütme yetkisine ilişkin CBK'nın kanunla eş düzey olduğunu belirten norm da yoktur. CBK-kanun ilişkisini belirleyen anayasal normlara (m. 104/17, 119/7, 161/7) bakınca, kanun öncedir. Sonuç olarak, CBK ya kanunla eş düzey veya altındadır, ancak her hâlükârda kanundan üstün değildir. Yazar, ihdas açısından aynı sonuca varır: CBK'nın ihdasını kanunla düzenlemeye engel olmadığı için, münhasır alan tartışmasına girmeye gerek olmaksızın, kanun üst normdur¹⁴³.

Çoğu yazar, CBK'nın kanunun altında hangi düzeyde olduğunu tartışmaz. Ancak, tüzükle¹⁴⁴ eş düzey olduğu sonucuna ulaşanlar vardır. Eski tüzük, kanuna dayanma ve geçerlilik ölçütünün kanun olması açısından CBK'dan farklıdır.

4) *Klâsik NH şemasında yer almaz*

¹³⁶ TBB ve İstanbul Barosu'nun 2017 Anayasa değişikliği paneli sonrası yayınladığı sonuç bildirgesine göre, CB, "normlar hiyerarşisinde Anayasa'dan sonra, fakat kanunlardan önce bir güce sahip yasa koyma yetkisine sahip olmaktadır". TBB 2017-1: passim.

¹³⁷ Ülgen: 7; Ürgen: 145; Atar: 276-77; Söyler: 156; Erol: 72; Ergül 2018: 31-32.

¹³⁸ Karatepe & Alkan & Atar vd: 83.

¹³⁹ Ulusoy: 6.

¹⁴⁰ Ak Parti: 16; MHP: 59.

¹⁴¹ CB Erdoğan (*Sabah*, 08.02.2017), CB Başkanışmanı Uçum (*Hürriyet*, 25.01.2017), Adalet Bakanı Gül (Gül: 23), Adalet eski Bakanı Bekir Bozdağ (Bozdağ: passim).

¹⁴² Avrupa Komisyonu: 12.

¹⁴³ Şirin: 298, 343.

¹⁴⁴ Kaboğlu 2018: 11; Gözler 2019: 947; Yüksel: 269; Ulusoy: 6-7.

Sorunu doğru ölçütle tartışan Barın'a göre, kanun-CBK arası geçerlilik ilişkisi kurulmadığı için, diğer boyuttadır:

“Anayasa, ... Cumhurbaşkanı'na asli düzenleme yetkisi vermektedir. Anayasa'da ... (CBK) olarak adlandırılan bu düzenleyici işlemlerin, kanunlarla çatışması ihtimali ve düzenleme alanlarına ilişkin yapılan sınırlamalar, doktrinde kanunların normlar hiyerarşisinde CBK'ların üzerinde yer aldığı şeklinde yorumlanmaktadır. Oysa ... Kelsen'in ortaya attığı bağlamda CBK'lar ile kanunlar arasında herhangi bir derece ilişkisi olmadığı gibi bu iki düzenleme, birinin diğerine geçerlilik sağlayabilme kapasitesinden de mahrumdur. ¹⁴⁵ ... CBK, normlar hiyerarşisinde kanunların ne üstünde ne de altında yer almaktadır. Üç boyutlu olarak düşünülebilecek bir piramidin bir yüzeyinde Anayasa'nın altında kanun yer alırken diğer yüzeyinde Anayasa'nın altında CBK yer almaktadır. ... Her iki düzenlemenin de Anayasanın hemen altında ve birbirleriyle herhangi bir hiyerarşi ilişkisi olmaksızın geçerliliklerini sürdürdükleri ...”¹⁴⁶.

5) CBK türlerine göre hiyerarşi farklılaşması

Tunç, konu açısından farklılaşmayı dikkate alır: Yürütmeye ilişkin CBK, “kanunların altında, yönetmeliklerin (ve önceki sistemdeki tüzüklerin) üzerinde”dir. 4 konu ve ortak konudaki (kamu tüzel kişiliği kurma) CBK, “kanun ile aynı seviyede”dir¹⁴⁷.

Söyler ise, CBK-kanun ilişkileri açısından farklılaşmayı dikkate alır: CBK-kanun çatışırsa, çatışmada kanunun uygulanması veya aynı konudaki kanunun CBK'yı hükümsüz kılması, kanunun üstünlüğünü kanıtlar¹⁴⁸. CBK-kanun çatışmazsa, CBK doğrudan Anayasa'dan güç aldığı için, kanun gibi uygulanır. Bu durumda, kanunun içinde bulunduğu hiyerarşiden çıkar, ayrı hiyerarşi içerisinde Anayasa'nın hemen altında tek başına kanunun yerini alır. CBK kanunu değiştiremeyeceği¹⁴⁹ için “aynı düzeyde”dir¹⁵⁰.

C) Görüşümüz: Olağan CBK'nın hiyerarşik düzeyi

1) Hiyerarşik düzeyi saptama güçlüğünün nedenleri

Değişiklikle, (KHK, OKHK, tüzük, eski CBK, Bakanlar Kurulu kararname ve kararı, üçlü kararname, Başbakanlık kararı, vs.) birçok hukukî işlemi yapma¹⁵¹ yetkisinin kaldırılmasıyla oluşan boşluk, tek işlemle doldurulmuştur. Hiyerarşi

¹⁴⁵ Alıntılarda eklediğimiz "/" simgesi, paragraf ayrımını gösterir.

¹⁴⁶ **Barın:** passim (tebliğ özetini paylaştığı için teşekkür ederiz).

¹⁴⁷ Bakan ve üst düzey kamu yöneticisi atama işleminin ise “aksi Anayasa'da belirtilmediğinden” AYM'de denetleneneğini belirtir. **Tunç** 2018: 234.

¹⁴⁸ Kanımızca, hiyerarşik ilişki yaratmadığı için, çatışma çözüme ilkeleri boyutundadır.

¹⁴⁹ Münhasır alan, işlemi değiştirmeyi değil, o alanı düzenlemeyi engeller. Kanunla olağan CBK, olağan CBK ile kanun metni zaten değiştirilemez. Yazarın kastı, aynı konuda kendi işlemiyle farklı norm koymaktır. Böylece norm çatışması oluşur, teknik dille değiştirme (*tâdil*) değil. Any. m. 104/17'deki hüküm de CBK metnini değiştirme değil, kanun çıkararak CBK'yı hükümsüz kılmaktır.

¹⁵⁰ **Söyler:** 164-166.

¹⁵¹ Bazen hata eseri, bu işlemlerin kaldırıldığı yazılır. Oysa yenileri yapılamayacak olsa da, daha önce yapılanlar geçerlidir (Any. geçici madde 21-F).

analizlerindeki çok farklı görüşün, hatta aynı normdan zıt sonuçlara varılmasının bir nedeni, bu hususun gözden kaçırılmasıdır.

Eski sistemde birbirinden farklı düzeylerdeki işlemlerin yerini, tek işlem almıştır. Nitekim Şirin, yeni norm yapılanmasındaki karmaşayı "normlar heterarşisi" olarak niteler¹⁵².

CBK'yı önceki işlemlerden herhangi birine odaklı okumak, hatalı yorumlara neden olur. CBK eski sistemdeki birçok işlemin yerini alan bir tür "çatı işlem" olmanın yanı sıra, farklı ve yeni bir işlemdir. 2017 öncesi 2. düzeyde yer alan OKHK'ya da, 3. düzeyde yer alan tüzüğe de karşılık gelen yeni işlem türü aynıdır. CBK'lar konu ve nitelik açısından kendi içinde de farklı türdedir.

Tüm bunlara karşın, NH sistemindeki sıralamayı yansıtan m. 137/1 değiştirilirken, kanun-CBK konu paylaşımı hesaba katılmadan, 3. düzeye "tek tip" bir CBK yerleştirilmiştir:

- İlk şekliyle sıralama: Anayasa → kanun → tüzük → yönetmelik.
- 2017 sonrası: Anayasa → kanun → CBK → yönetmelik.
- Kanaatimiz: Anayasa → kanun/CBK → yönetmelik → diğer...

Bazı siyasîlerin görüşleri aksine¹⁵³, CBK için "acil durum" gerekçe olamaz. "Aciliyet", eski OHAL KHK'ya benzeyen OHAL CBK için elverişli olabilir. M. 104'ün gerekçesinde de "acil ihtiyaç" değil, yalnızca "ihtiyaç" geçer¹⁵⁴.

Analizi etkileyen ve iç içe geçmiş ayrımların (konu, nitelik, kapsam, yaptırım, vs.) göz ardı edilmesi de, yanlış yorum doğurur. Bunlar, ihdas-uygunluk biçiminde belirlediğimiz 2 ölçüte yenilerini ekleme anlamına gelmez. Aksine, bu ölçütleri uygulayacağımız CBK'ların tek tip olmadığı gerçeğini kanıtlar.

2) Doktrinindeki çelişkiler ve "kanuna aykırılık" tezi

a) Başlıca çelişkiler

- Aynı normdan hiyerarşide zıt sonuçlar çıkarma: Tipik örnek olarak, CBK-kanun çatışma hükmü verilebilir. Hükmü eş düzey normlar arası çatışmanın çözümü olarak değerlendirenler olduğu gibi¹⁵⁵, kanunun üstünlüğünün dayanağı olarak görenler de vardır¹⁵⁶. Bu durum, geçerlilik dışındaki ölçütlerin ne denli farklı sonuçlar doğurabileceğini açıkça kanıtlar niteliktedir.

¹⁵² CBK, "hiyerarşiyi muğlaklaştırabilecek ve 'normlar hiyerarşisi' sistemini, en azından ulusal düzeyde 'normlar heterarşisi' kılacak bir normdur". Şirin: 296.

¹⁵³ Örn. CB Erdoğan (Sabah, 08.02.2017), Adalet eski Bakanı Bozdağ (Bozdağ: passim).

¹⁵⁴ CB, "genel siyasetin yürütülmesinde yürütme yetkisi ile ilgili olarak ihtiyaç duyduğu konular-da" CBK çıkarabilir. Bkz. Teklif, m. 9 gerekçesi. TBMM 2017: 13.

¹⁵⁵ Atar: 276-77.

¹⁵⁶ Ulusoy: 6.

- *Münhasır alanı üstünlük ölçütü olarak kullanma*: Yasama konularının kanun ve CBK arasında paylaştırılmış olmasına karşın, m. 104'te kanuna öncelik verilmesi, kanunun üstünlüğünü kanıtlanmaz. Olsa olsa, eş düzey 2 normun birbirinin alanına müdahalesini önler. Münhasır alan üstünlük yaratıyorsa, CBK için münhasır alan tezi kabûl edildiği takdirde, bu kez kanundan üstünlüğü mü savunulacaktır? Ya da, doğru ölçüt bu mudur? Münhasırlık kanun için üstünlük ölçütü ise, CBK için de uygulanabilir mi? Değilse neden uygulanamaz? Her ikisi için de ölçüt ise, kanun ve CBK için karşılıklı münhasır alanın kabûlünde, yasama yetkisinin genelliği ilkesi TBMM-CB denkleminde ilkinin lehine olmasına rağmen, bu açmazdan nasıl çıkılacağı belirsizdir.

- *CBK'nın aslî niteliği ve kanunun altında olduğu görüşü*: Hem CBK'nın aslî ve özerk niteliğini, hem kanun altı olduğunu savunmak çelişki yaratır¹⁵⁷. CBK-kanun alanının tamamen ayrıştığını, kanun alanından koparılmış 4 konuda düzenleme yetkisinin sadece CBK ile düzenlenebileceğini savunan bazı yazarlar, aynı zamanda CBK'yı hiyerarşide kanun altı düzeye yerleştirir. Oysa, münhasır alan tezi, m. 104/17'nin 4 konuya uygulanmasını reddetmeyi gerektirir. Üstelik çoğu, CBK'ların konu açısından farklı türlerde olduğunu dikkate almaz. M. 104'ün mevzubahis 4 konu karşısında genel norm olduğu ve kanunla CBK'nın eş düzey olduğu görüşleri daha tutarlıdır.

b) CBK'nın "kanuna aykırı olamayacağı" çıkarımı

aa) Anayasa'da açık norm yoktur

Yürütme işlevinin 2 özelliği, kanundan kaynaklanma (*secundum legem*) ve kanuna uygunluktur (*intra legem*). İlkine türevsellik/ikincilik de denir. Oysa CBK yetkisi, kanundan değil, doğrudan Anayasa'dan kaynaklandığı için aslîdir.

CBK'nın kanun altında olduğu, "*kanuna aykırı olamayacağı*"¹⁵⁸, bu çerçevede CBK'nın "*kanunîlik denetimine tâbi*"¹⁵⁹ kılındığı belirtilir. Hatta Ulusoy, kanunun üstünlüğünün "*açıkça vurgulandığı*"¹⁶⁰ görüşündedir. Bu, geçerlilik ölçütünün gereği olarak, üst norma uygunluğun da açık olması anlamına gelir. Oysa yazarı bu sonuca götüren, Any. m. 104/17'deki hükümlerdir. Bazı yazarların benzer iddiayı hangi normdan çıkardığını anlamak ise güçtür. Anayasa'da açık norm olmadığına göre, bu tür görüş sahipleri bu sonucu bir normdan çıkarmakta, ancak esas aldıkları normu belirtmemektedirler.

Özbudun'un yorumu ise nüanslıdır: CBK "*kanundan daha alt düzeydeki bir kural-işlem*" olsa da, kanuna aykırılığı ihtilâf yaratabilir ve AYM'de karara bağlanması gerekebilir¹⁶¹.

¹⁵⁷ Kanadoğlu: 644.

¹⁵⁸ Gözler 2019: 751, 840; Gözler & Kaplan: 386; Kaboğlu (Cumhuriyet, 24.09.2018); Kaboğlu 2018: 11; Yıldırım: 23, 26; Gül: 23.

¹⁵⁹ Boyar 2019: 23.

¹⁶⁰ Ulusoy: 6.

¹⁶¹ Özbudun 2017: 251.

Oysa kanuna aykırılık yasağı CBK için değil, yönetmelik için geçer. Ne Anayasa değişikliği teklifinde (m. 9), ne Anayasa Komisyonu'nun kabûl ettiği metinde (m. 8), ne de kabûl sonrası RG'de yayımlanan metinde, bu tür bir ibâreye rastlayamadık. CBK için kanuna uygunluk koşulu konmamasının asıl nedeni, CBK-kanun düzenleme alanlarının paylaşılması, aralarında geçerlilik ilişkisi olmaması ve aslî düzenleme yetkisi içeren her iki işlemin geçerlilik normunun aynı norm (Anayasa) olmasıdır. Bu zorunluluk CBK'yı kapsıyor olsa, Anayasa'ya konurdu. Özetle, kanuna aykırılık yasağı vardır, ama CBK için değil...

Varsayalım ki, adı geçen yazarların iddia ettiği gibi, "**CBK kanuna aykırı olamaz**". Yine varsayalım ki, CBK-çatışmasında kanunun uygulanması, CBK'nın kanuna uygun olması gereğinin bir şartıdır ve bu yüzden "**kanun CBK'dan üstündür**" iddiasının gerekçesi olsun. Şu hâlde, **CBK, hangi kanuna uygun olmalıdır?** O konuda kanun yoksa, bu argüman nasıl savunulacaktır?

Hatta bazı görüşlerde, bir adım daha atılarak, bu aykırılığın denetleneyeceği¹⁶² de belirtilir. Oysa, kanuna aykırılık denetimi Anayasa'da geçmediği gibi, bu konuda AYM'ye tanınmış bir yetki de yoktur. Aslında Anayasa CBK-kanun arası çatışma olasılığını görmezden gelmez, çözüm yöntemini de gösterir. Ne var ki aykırılık, eş düzey norm uyumsuzluğu değil, üst-alt norm uyumsuzluğudur. CBK-kanun çatışması için çatışma, çelişme kullanılmalıdır. İlgili norm CBK'nın ihmali öngörmesine karşın, "*uygunluğu denetlenebilecek bir norm*" ifadesi AYM denetimi ve iptal yetkisini içerir. Zira ihmal emredici anayasa normundan kaynaklanır, oysa denetim bir yetki konusudur.

Bir diğer nokta şudur: CBK'nın Anayasa'ya aykırı olamayacağı açıktır. Zira, gerek biçimsel, gerek içeriksel geçerlilik açısından üst normu budur. Bunun üzerine bir de, doktrinde iddia edildiği üzere "kanuna aykırı olmama" şartı eklense, haklı olarak şu soru akla gelecektir: Bu varsayımsal durumda, her ikisine birden uygunluğa tâbi ise, hangisine "daha çok uygun" veya "daha az aykırı" olmalıdır? Örneğin, daha üstte olana mı? Eğer öyle ise, iddiadaki norma (kanun) aykırı olmamanın ne anlamı kalır? Görüldüğü üzere, türetilen soru NH sisteminin mantığı açısından yeni sorunlar yaratabilir, sebebi ise soruyu doğuran iddianın bizzat kendisidir. Zira norm, geçerliliğini kaynağına borçludur ve uygunluk gereğinin hesabını da onun üzerinden verir, yani ona uygunluk bakımından denetlenir. Bu norm ise, daha önemli olan norm değil, doğrudan ve öncelikle geçerliliğini aldığı normdur.

bb) CBK'da "kanuna uygunluk": Yorumla mümkün mü?

Kanun-CBK alanlarının ayrıldığı konular açısından, sorun "kanuna uygunluk" değil, sadece "Anayasa'ya uygunluk"tur.

¹⁶² TBMM Başkanı Şentop, TBMM-AK Başkanı iken şöyle der: "[CBK] kanuna uygunluğu denetlenebilecek bir normdur". *Milliyet*, 23.12.2016.

CBK-kanun çatışmasında kanunu uygulama ve aykırılık yasağı ayrı konulardır. İlkinde çatışmada kanunun uygulanması emredilirken; aykırılık yasağında iptal yaptırımı getirilir. Aksi hâlde, etkisiz norm olur. İlki, çatışma ilkeleri (*superior, posterior, specialis*) dışında özel olarak konulan (istisnaî) çatışma kuralıdır. İkincisinde ise *lex superior* ilkesi geçerlidir. İşlemin düzeyi geçerlilik ölçütüyle belirlendiğine göre, ikincisiyle ilişkilidir.

Anayasa'da CBK'nın kanuna aykırı olamayacağı yönünde açık norm olmadığı için, “*Anayasanın bütünlüğü*” ilkesinden yola çıkılabilir. CB, yürütme yetkisi ve görevini, m. 8 gereği sadece “*Anayasaya*” değil, aynı zamanda “*kanun*”a da uygun kullanmak ve yerine getirmek zorundadır. Bu hüküm hem emredici, hem genel anayasa normudur. “Genel hükümler” kısmında (Any. m. 1-11) olmasının sonucu şudur: Eğer başkaca (ayrık/istisnaî) norm yoksa, Anayasa'nın tüm normlarının yorumunda yönlendiricidir. Bilhassa özel norm yoksa, genel norma ve anayasa bütününden çıkacak ilkelere aykırı yorum yapılamaz. Bu durum, “*anayasanın bütünsel yorumu*”na uyulması ve “*iç tutarlılığı*”nın zedelenmemesi için zorunludur. Aksi yorum ise şu sorunun yanıtına bağlıdır: CBK'ya ayrılan düzenleme alanları, m. 8'in istisnası mıdır? Öte yandan, şu soru da sorulabilir: Any. m. 104/17, münhasır CBK alanı tezinde savunulduğu üzere 4 konu karşısında genel norm ise, yani 4 konuya uygulanmayacaksa, yürütme yetkisi genel ibâresine, haklar kısmına ve ortak alana uygulanacaktır.

Gerek m. 104'te sınırlı sayma (*numerus clausus*) yoluyla belirlenen, gerekse m. 104/son'da yollama yapılan görev ve yetkiler, “*Anayasaya ve kanunlara uygun*”luk kaydıyla kullanılır (Any. m. 8). Ama yalnızca kanun değil, Anayasa da geçer, üstelik kanundan önce. Ayrıca m. 8 sistematik açıdan Anayasa'nın “genel esaslar”ını içeren ana bölümdedir. Acaba, *lex specialis* ilkesi gereği genel normun ihmali mi, yoksa özel normu genel norma aykırı yorumlama yasağı mı öne çıkmalıdır? Any. m. 8'de yürütme yetkisi için “kanuna uygunluk” kaydı açıkça geçmesine karşın, CBK için m. 104'te tekrar edilmez. Ancak, burada asıl sorun kanuna uygunluk değildir. Zira, her iki normun alanı ayrılmış olup, dahası CBK'nın kanun alanına girmesi hâlinde kanuna aykırılık zannedilen bu durum, teknik açıdan aslında anayasaya aykırılık sorunudur. Zira kanun alanına girişi yasaklayan norm Anayasa'dadır.

3) Geçerlilik ölçütünün 2 ayrı boyutu açısından analiz

a) Biçimsel geçerlilik (üretim/ihdas ilişkisi)

aa) İhdası belirleyen norm: Kanun değil, Anayasa

Biçimsel geçerlilik çok boyutludur: Genel yetkiyi tanıma, yetkinin konu kapsamı ve sınırları, yapım prosedürü, yayım ve yürürlük süreci, vs. İşlem, bu açılardan farklı normlara dayanabilir.

CBK'nın ihdas normu hangisidir? Anayasa'daki yetki normudur, ancak usûlü eksiktir. Kimin tarafından üretileceği (m. 104/17, c. 1) ve yayımına (m. 104/19)

ilişkin genel normlar Anayasa'dadır. Ayrıca, 4 spesifik ve 1 ortak konuda yetki tanınır.

Görüldüğü üzere, usûlden ziyade, ihdas yetkisi ve yayım düzenlenir. CBK yayım usûlü ise Anayasa'da ayrıntılı belirlenmez. Zira, örneğin TBMM çok sayıda iradeden oluştuğu için, toplantı yeter sayısı, karar yeter sayısı, oylama türleri vs. konular, kanun veya karar çıkarma usûlünün detaylı düzenlenmesini zorunlu kılar. Oysa CBK ihdasının detaylı düzenlenmemesinin en önemli nedeni, Cumhurbaşkanlığının tek kişilik makam olup, iradenin beyanında hemen hiçbir güçlüğü olmamasıdır. Ancak kimin yapacağı, nasıl yayımlanacağı, TBMM'de nasıl görüşüleceği, hangi konularda yapılacağı, diğer normlarla çatışmanın nasıl çözüleceği ve nasıl denetleneceği belirlenir. Şu hâlde, CBK'nın biçimsel geçerliliğinin temeli, üretiminin normatif kaynağı, yani üst normu Anayasa'dır.

Anayasa ihdası detaylı düzenlemediği gibi, münhasır kanun alanına bırakmaz, CBK ile düzenleneceğini de belirtmez.

Anayasa'nın CBK ihdas usûlünü münhasır kanun alanında zikretmemesi, kanunla düzenlenemeyeceği anlamına gelmez. Zira, Any. m. 8 ve 87'deki "yasama yetkisinin genelliği" gereği, bir konunun kanunla düzenlenmesi yasaklanmamış veya münhasıran başka organın alanına dâhil edilmemişse, kanunla düzenlenebilir.

İhdas usûlü Anayasa'da genel çerçevede düzenlenseydi, bu konuda kanunla daha detaylı düzenleme yapılabilir miydi? Soruya, Anayasa'ya uygun olmak kaydıyla, olumlu yanıt verilebilir¹⁶³.

Anayasa CBK ihdas usûlünü CBK alanına bırakmadığı hâlde yasaklamadığına göre, CBK ile düzenlenebilir mi?¹⁶⁴ CBK yetkisi yasama yetkisinin genelliği ilkesinin istisnasıdır. Kaldı ki, yetkide yasak yokluğu değil, açık kural gereğine dayanılır.

TBMM, CBK'nın ihdas usûlünü kanunla düzenlerse, usûlün daha detaylı veya kanunda açıkça düzenlenmeyen yönleri, CBK ile düzenlenebilir mi? İlk bakışta, Anayasa'nın bu yolu kapatmadığı zannedilebilir. Zira, Anayasa'nın yasakladığı husus, kanunda düzenlenen konuda değil, kanunda "açıkça" düzenlenen konuda CBK çıkarmaktır. Ancak, gözden kaçırılmaması gereken kritik nokta şudur: Bu konu, CBK alanında sayılan konulardan değildir. CBK ile hiçbir olasılıkta düzenlenemez. Aksi hâlde iptal edilir.

¹⁶³ Hatta, bu konuda "kanunla düzenlenir" kaydını aramaya da gerek yoktu, zira bu durumda münhasır kanun alanına girerdi. "CBK ile düzenlenir" denilse, 2 olasılık doğardı: CBK münhasır alanı tezinin kabûlünde, kanun çıkarılamazdı; oysa öncelikli düzenleme alanı tezinin kabûlünde CBK ile düzenlenir, ama kanunla aşılabılırdi. Anayasa bu konuda hiçbir hüküm içermediği için, yasanın genelliği gereği bu konu yasama tarafından düzenlenebilir.

¹⁶⁴ Buna karşın, CBK ile kanunun ihdası düzenlenemez. Zira kanunun ihdası normu Anayasa'dır, detayları ise İktüzük'tedir.

CBK'nın ihdas usûlü, Anayasa değişikliği ile CBK'nın düzenleme alanına dâhil edilebilir mi? Bunun mümkün olduğunu düşünüyoruz. Ancak bu takdirde CBK çıkarılmazsa, düzenleme yetkisinde öncelik CBK'da olduğu için, TBMM kanunla öncelikli olarak düzenleyemez. CBK düzenlerse, öncelikli düzenleme tezi gereği kanunla aşılabılır. Ancak burada kanun, CBK'nın varlığına bağlı ve ikincil düzenleme yetkisidir.

Belirli alanları CBK ile düzenleme yetkisinin tanınmış olması, CBK'nın ihdas usûlünü aynı işlemle düzenleme yetkisi verir mi? Yasama yetkisinin genelliği ışığında, yetkide açıklık ve kuralsız yetki olmaz ilkeleri gereği, mümkün değildir. Türev kurucu iktidar istese, bu konuyu CBK alanına dâhil ederdi. Kaldı ki, kural olarak hiçbir işlem kendi ihdas usûlünü belirlememelidir. Nitekim, kanunu TBMM yapsa da, yapım usûlünün detaylarını yine TBMM, ama farklı bir işlem olan İttüzük'le belirler.

İhdas usûlü eksik de olsa, üst norm Anayasa'dır. Yetkiyi -kapsamı genişletmeksizin- alt düzey bir normun aynen tekrar etmesi, o normu biçimsel geçerlilik açısından üst norm yapmaz.

İhdasın Anayasa veya kanunla düzenlenebilme olanağı karşısında kişisel önerimiz, gerçekten ihtiyaç varsa, Anayasa ile düzenlenmesidir. Bu takdirde değiştirilmesi daha güç norm düzeyinde yer alabilir. Ancak daha önemlisi, kanunla düzenleme tercihi, CBK-kanun arasındaki konu paylaşımı ve içeriksel denetim gereksizliğine karşın, başka bir tartışmayı da başlatacaktır.

Sonuç olarak, kanun-CBK arasında biçimsel geçerlilik ilişkisi bulunmamakta olup, her ikisi de geçerliliğini Anayasa'dan alır.

bb) İhdası kanunla belirleyebilme, kanunu üst norm yapmaz

CBK ihdas usûlünün kanunla belirlenmesi hâlinde, kanunun biçimsel açıdan üst norm olacağını belirtmiştik. Ancak, hukuken bu tür bir kanunun çıkarılabilme olasılığı kanunu üst norm yapar mı?

Bazı yazarlara göre CBK'nın ihdası kanunla düzenlenebileceği için, kanun üst normdur¹⁶⁵. CBK'nın ihdas usûlünün kanunla düzenlenebileceği kanaatini paylaşmakla birlikte, bu olanaktan hiyerarşik bir üstünlük çıkarılabileceği görüşüne katılmıyoruz. Zira, biçimsel geçerlilik ilişkisinin tanımı ile tam bir örtüşme için, bir hususu açıklığa kavuşturmaya gerek duyuyoruz: CBK'nın ihdasının kanunla düzenlenebilmesi mümkündür. Ancak, bu konu kanunla bizzat ve açıkça düzenlenmedikçe, sırf düzenlenme olanağından hareketle, CBK'nın geçerlilik normunun kanun olduğu savunulamaz. Düzenleyebilme imkânı gerekir, ama yetmez. Norm başka bir normun ihdasını "düzenleyebileceği" değil, "düzenlediği" takdirde üst normdur. Geçerlilik, varsayımsal normdan değil, ancak pozitif hukuk düzeninde "var olan" bir normdan kaynaklanabilir.

¹⁶⁵ Şirin: 298. Benzer görüş için bkz. Gülgeç: 198, 213.

cc) Hiyerarşik düzeyi netleştirme

Olağan CBK'nın anayasanın altında olduğu konusunda herhangi bir kuşkuya yer yoktur. Ancak, asıl sorun bundan sonra başlar: Kanunla geçerlilik ve üst-alt norm ilişkisi var mıdır?

Öncelikle, CBK kanunun üstünde değildir. Zira kanun geçerliliğini CBK'dan değil, Anayasa'dan alır. Olağan KHK için öngörülen yetki kanunu bağı 2017'de olağan CBK için koptuğu için, bu açıdan geçerlilik ilişkisi ve denetim gereği de yoktur.

CBK'nın Anayasa'nın altında olması, kanunun da altında olmasını engellemez. Ancak bunun için, CBK'nın geçerliliğinin kanuna dayandığının ispatı zorunludur. Ne var ki, bu konuda açık bir norm yoktur. CBK geçerliliğini kanundan değil, doğrudan Anayasa'dan aldığı için, kanuna değil, Anayasa'ya uygun olmalıdır. Kanun-CBK çatışmasında kanunun uygulanması CBK'nın kanun altı düzeyini ispatlamaz. Öyle olsa, bu hükme gerek olmazdı.

Aslında çelişkili görünen bu durum, 2 soruyu doğurur: CBK ve kanun arasında açık normla kurulan geçerlilik ilişkisi bulunmamasına karşın, neden CBK-kanun çatışmasında kanun tercih edilir? Ayrıca, kanunun uygulanması yönündeki emredici Anayasa normu, üst-alt ilişkisi yaratmaz mı? Bir konuda aynı anda hem kanun, hem CBK bulunamaz. Buna rağmen, CBK-kanun çatışmasında kanunu uygulamanın nedeni, CBK ve kanunun aynı konuda olmayan, ancak somut olaya uygulanmaları hâlinde farklı hukukî sonuçlar doğurabilecek hükümler içermesi hâlinde, uygulanacak normu tâyin etmektir. Üstelik çatışma normu, ancak eş düzey düzenlemeler arasında öngörülebilecek nitelikte olduğundan, CBK-kanun arasında esasa ilişkin uygunluğu kapsayan hiyerarşi ilişkisi bulunmadığını da teyit eder¹⁶⁶. Eş düzey normlar arası hiyerarşi olmadığı için, çatışma *lex superior* değil, *lex posterior* (zaman) veya *lex specialis* (konu) göre çözülür. Bu çatışmadan "sonraki norm, öncekinden üstündür" çıkarımı yapılamaz. "Üstün"lük, üst-alt norm ilişkisinin sonucudur.

dd) CBK herhangi bir normun üst normu mudur?

Yönetmeliğin genel yetkisi Anayasa'dadır. Ancak bir CBK normu ile, CB yönetmeliği düzenlenmesi öngörülürse, yetki açısından geçerlilik bağı kurulur. Bu durumda, Any. m. 104/18 ve 124/1 gereği yönetmelik ilgili CBK'ya uygun olmak zorundadır. Dolayısıyla bu yönetmelik açısından CBK üst normudur.

M. 104 ve 124'teki farklı düzenlemelere bakınca, CB yönetmeliği açısından şu soru anlam kazanır: Hangi kanunların uygulanmasını sağlamak ve aykırı olmak durumundadır? M. 104/18'de "kanunlar", m. 124/1'de ise "kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunlar" geçer. Danıştay denetiminde yönetmeliklerin üst normu, duruma göre ilgili olduğu kanun veya CBK olabilecektir. Benzer şekilde,

¹⁶⁶ Ürger: 147, dp. 21.

CBK ile adsız düzenleyici işleme ihdas yetkisi verilirse üst norm niteliği kazanır¹⁶⁷.

Sonuç olarak, genel anlamda CBK, Anayasa'nın altında, yönetmeliğin üstündedir. Kanunun ilgili üst norm olduğu durumda, CBK silikleşir, bu düzeyden kaybolur ve yerini kanuna bırakır.

b) İçeriksel geçerlilik

aa) CBK, içeriksel açıdan hangi normlara uygun olmalıdır?

Sorunun yanıtı, bir başka soruyla bağlantılıdır: CBK'ların konu ve içerik sınırını belirleyen norm nedir? Anayasa. M. 104/17'de genel çerçeveyi "yürütme yetkisi" olarak çizmenin ötesinde, 4 konuda öncelikli düzenleme alanı, 1 konuda ortak ve 1 konuda ikincil düzenleme alanı yaratarak çerçeveyi somutlaştırır. Ayrıca, hangi konularda çıkarılamayacağını m. 104/17'de sıralar: Münhasır kanunu alanı, kanunda açık düzenleme, vb. CBK'nın içeriksel sınırlarını belirleyen özellikle sonuncu hüküm, CBK'nın içeriksel geçerliliği açısından üst normun Anayasa olduğu sonucuna ulaştırır. Ancak, daha önce değindiğimiz üzere, söz konusu yasakların biçimsel denetimle ilgili olduğunu ve konu bakımından yetkisizlik gerekçesiyle iptale konu olduğu savunulur.

Anayasa gereği, üstünlük "*ancak Anayasa ve kanunlarda*"dır (Başlangıç, para. 4). CB, yürütme yetki ve görevini "*Anayasaya ve kanunlara uygun olarak*" kullanır ve yerine getirir (m. 8). Oysa hiçbir yerde CBK için "*kanuna aykırı olamaz*" kuralı olmadığına göre, yorum yoluyla mı çıkarılmaktadır? Bu yorumu m. 104'ten çıkarmak zordur. M. 8 yürütme yetkisiyle ilişkilidir, CBK ise yetkinin spesifik bir aracıdır. Yürütme yetkisinin kullanılmasında kanuna uygunluk aranırken, CBK için aynı şart aranmaz. CBK, m. 8'e göre özel normdur. Aksi olsa, yönetmelik için kanun veya CBK'ya uygunluk kaydını öngören türev kurucu iktidar, CBK için de öngörürdü. Oysa m. 104'le kanuna uygunluk değil, "içerik bakımından çatışma" ile sınırlı çözüm ilkesi getirilir. Bu ise, kanunu üst norm yapmaz. Zira kanunu uygulama zorunluluğu, hiyerarşide üstün olmasından değil, Anayasa'nın emredici normundan kaynaklanır. CBK'nın kanunla hükümsüz kılınması da kanunun üstünlüğünü değil, *lex posterior* benzeri sonuç doğurur.

Doktrinde kullanılan ölçütlerde değindiğimiz üzere, denetim merciinin denetlediği normdan üstünlüğü de savunulmaktaydı. Oysa norm, geçerliliğini, onu yapan, uygulayan veya denetleyen merciden değil, yetkinin dayandığı üst normdan alır¹⁶⁸.

¹⁶⁷ Örneğin, 2018/2 no.lu CB Genelgesi'nde, mülga Kn. 3046 m. 19/A'ya dayanılır.

¹⁶⁸ Üst-alt ilişkisi kurulacaksa, üst norm denetleyen merci değil, denetim ölçütlerini belirleyen normdur. Örn. kanunu denetleyen AYM kararı bağlayıcıdır. Ama bunu sağlayan, kanunun üst normunun (anayasa) üstünlüğüdür. Ayrıca üst norm, alt normun geçerliliğini sağlar. İptal kararı veren merci ise, aksine geçerliliği ortadan kaldırır (*olumsuz yasayıcı*). Bunun geçerlilik ölçütü kullanılması ilk anda mantıklı gelebilir. Ama bu hâlde dahi üst norm, geçersizliğe karar veren merciin kararı değil, referans aldığı normun kendisidir. CBK'dan üstün olan bir şey varsa, denetim mercii veya

bb) AYM, CBK'nun hangi normlara uygunluğunu denetler?

CBK, yalnızca Anayasa'ya uygunluk denetiminden geçer. AYM, işlemin Anayasa'ya yalnızca "şekil" değil, aynı zamanda "esas" bakımından da uygunluğunu denetler (Any. m. 148/1).

Ancak, CBK-kanun çatışmasında yargısal merciler, bazı hukukî sorunları (hükümsüzlük, aynı konu, çatışma, vb.) çözerken, CBK ile kanunu kıyaslamak ve her iki normu da yorumlamak durumunda kalabilir. Ancak bu, "norm denetimi"nden gerek yöntem, gerek hukukî sonuç itibarıyla farklılaşmaktadır.

Sorun AYM önüne hangi bağlamda gelirse gelsin ve AYM hangi tezi kabûl ederse etsin, CBK'nın denetiminde yasallık değil, anayasallık söz konusu olacaktır. Tabii ki bu görüş, mevcut anayasal normlar aynen kaldığı ve bir anayasa değişikliği ile kanuna uygunluk denetimi konulmadığı sürece geçerlidir. Örneğin, m. 104/17'deki yasaklara aykırı CBK'yı, kanuna aykırı olduğu için değil, Anayasa'ya aykırı olduğu için iptal edecektir. İptalin nedeninin, konu bakımından yetkisizlik olduğu da savunulur¹⁶⁹.

Anayasanın "kanunla" (öğrenim hakkı) veya "ancak kanunla" (hakları sınırlama) vs. biçiminde kanunla düzenlenmesini emrettiği, CBK ve başka işlemle düzenlenmesini öngörmeyip kanunla düzenlenmesine (m. 8 ve 87'deki genel yetki gereği) zımnen izin verdiği veya CBK ile düzenlenmesini açıkça yasakladığı (kanunla açıkça düzenlenen konu) durumlarda, CBK çıkarılamaz.¹⁷⁰

CBK-kanun ilişkisinden doğacak birçok tartışmanın temelinde, iddia edildiği gibi kanuna aykırılık değil¹⁷¹, belirlenen kanun alanlarına girme yasağı öngören Anayasa normuna aykırılık sorunu yatar. Örneğin, CBK alanında CBK bulunmadığı hâlde kanun çıkarılırsa, CBK'ya aykırı olduğu için değil, Anayasa'nın yasakladığı alanda çıkarıldığı için iptal edilir. Anayasa'daki içerik sınırlaması, Kelsen'in ölçütünün ikinci boyutu ve Anayasa'nın üst norm olduğunun kanıtıdır.

kararı değil, denetimde kullandığı normdur. Üstün olan AYM değil, Anayasa'dır. AYM, bu üstünlüğü güvenceleyen mekanizmadan ibarettir. NH sisteminin özü de budur.

¹⁶⁹ Benzer görüş için bkz. **Ülgen**: 20-21. Any. mülga m. 107 için bkz. **Taşdöğen**: 941.

¹⁷⁰ Biraz daha somutlaştıralım: Bu tür hâllerde, o konuyla ilgili kanun olabileceği gibi, örneğin basit veya nitelikli yasa kaydı geçen bir hakkı sınırlayan kanun olmayabilir. Bu konu CBK'nın öncelikli düzenleme alanına dâhil olmamaktan öte, açıkça CBK alanına yasaklanmıştır da. Varsayalım ki, CBK ile 4 temel konudan biri düzenlenirken, CBK'ya yasak alana giren bu konuya da dokunulmuş olsun. Ve varsayalım ki, bu konu bir şekilde AYM'ye iptal için götürülmüş olsun. AYM bu CBK'yı denetlerken de, yine Anayasa'da sınırları çizilen konu dışına çıkıldığı, teknik dille konu bakımından yetkisizlik gerekçesiyle iptal kararı verebilir. Bu bağlamda, şu soru sorulabilir: CBK ve kanun arasında üst-alt ilişkisi olsa ve CBK denetiminde yasaya uygunluk denetimi yapılsaydı, bu durumda hangi kanuna uygunluk denetimi yapılacaktı? Olmayan kanunun nesine uygunluk aranacaktı? AYM'nin CBK'yı denetlerken, konuya ilişkin kanun olması ve olmaması arasındaki fark, yapacağı denetimde Anayasa'ya uygunluğu arayacağı gerçeğini değiştirmez. Kanunun varlığı hâlinde, AYM kanun ve CBK konularını kıyaslasa dahi, CBK'yı kanuna uygunluk açısından denetleyemez. Her iki olasılıkta da, yalnızca Anayasa'ya uygunluk denetimi yapar.

¹⁷¹ "[CBK'ların] kanuna aykırılığı hali ... belirli durumlara göre anayasa[ya] aykırılık, uygulanamama veya hükümsüzlük sonuçlarını doğuracaktır". **Ardıçoğlu**: 50.

Nasıl ki diğer durumda kanun CBK'nın üst normu değilse, bu hâlde de CBK kanununun üst normu değildir.

CBK'nın kanun alanı ile çatışmadan uygulanabilmesi Anayasa güvencesindedir. CBK-kanun arasında esas bakımından uygunluğa dayalı hiyerarşi ilişkisi de yoktur. Ancak, CBK'nın kanunla üst-alt ilişkisi olmaması, hiyerarşi dışı kalmasını gerektirmez. Zira iki norm, konuya göre hiyerarşide birbirinin yerine geçer.

cc) CBK'nın ihdas usûlü kanunla belirlenirse, içeriksel denetimde üst norm olur mu?

Yukarıda, CBK'nın ihdas usûlünün özellikle yapım süreci bakımından Anayasa'da ayrıntılı belirlenmediğini, ancak kanunla belirlenmesinin önünde engel olmadığını belirtmiştik. Eğer bu gerçekleşirse, CBK'nın içeriksel denetimi açısından Any. m. 104/17'deki konu sınırları ve başta değişmez normlar olmak üzere diğer maddelerdeki içeriksel sınırlara ek olarak, kanunlar da üst norm olur mu? Bunu birkaç açıdan yanıtlamak mümkündür.

İlkin, bu tür bir kanun her şeyden önce ihdas usûlünü düzenleyecek olup, içeriksel sınır getirmede için, yalnızca biçimsel geçerlilik açısından üst norm olur, içeriksel geçerlilik açısından üst norm hâlen Anayasa'dır. Kanun, Anayasa'daki içeriksel sınırları tekrar etse dahi, bu açıdan üst norm olamaz. Bu yorumun doğrudan sonucu ise şudur: Bu durumda CBK, ihdas usûlüne uygunluk açısından Anayasa yanında kanuna aykırılık denetiminden de geçecektir. Ancak, bu durumda biçimsel denetimde kanunun referans norm olmasından hareketle, içeriksel denetimde de kullanılması düşünülemez.

İkinci olarak, bu tür bir olasılığın gerçekleşmesi durumunda, diğer kanunlarla CBK arasında üst-alt norm ilişkisi oluşmaz. Dolayısıyla, yapılacak biçimsel denetimde (başta Any. m. 148'i dikkate almak kaydıyla) diğer kanunlar ölçü norm olamaz.

Kanunla, CBK çıkarma yetkisine Anayasa'da sayılmayan yeni bir konu veya yeni bir yasak eklenirse, içeriksel açıdan üst norm olur mu? İlk bakışta buna olumlu yanıt verilebilir, ancak bu mümkün değildir. Zira bir düzeydeki kuralın istisnası, aynı düzeydeki normla (örnekte en üst norm olduğu için, yalnızca Anayasa) ile mümkündür. Kaldı ki, bu tür kanun, yasama yetkisinin de devri anlamına gelebilir.

Tüm bu analizlerden ulaştığımız 3 sonuç şudur: CBK Anayasa'nın alt normudur, konusuna göre yerine geçtiği kanunla eş düzey normdur, ilgili yönetmeliğin ise üst normudur.

4) CBK denetiminde aşamalı bir test önerisi

AYM, denetimde aşağıdakine benzer bir test uygulayabilir. Testi geçen CBK Anayasa'nın sınırları içindedir:

- *Biçimsel denetim testi*: CB tarafından ve zaman, yer, konu sınırına uyularak çıkarılmış mı (yetki)?¹⁷²; prosedüre uygun çıkarılmış mı (usûl)?
- *İçeriksel denetim testi*¹⁷³ (sonuncusu hariç diğerlerinin, konu bakımından yetkisizlik konusu olup, biçimsel denetime dâhil olduğu da savunulabilir): CB kararına dâhil konu düzenlenmiş mi? CB'nin diğer düzenleyici işlemlerine dâhil konu düzenlenmiş mi? Yürütme dışı konular düzenlenmiş mi? Sosyal haklar hariç hak düzenlenmiş mi? Bir hak sınırlanmış mı? Münhasır kanun alanı düzenlenmiş mi? Kanunda açıkça düzenlenen konu düzenlenmiş mi? Ödenek sınırını aşma yasağına uyulmuş mu? Kanunu uygulama amaçlı mı?¹⁷⁴ Yasak alanlara girmese de Anayasa'ya aykırı mı?

5) *Konusuna göre CBK'lar farklı düzeylerde midir?*

a) Yürütme yetkisi ve 4 spesifik CBK alanı

aa) 1983 pratiği: Mülga m. 107

Anayasa'da CBK tek konu ile sınırlıydı: Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği (CGS). Ancak düzenleme yetkisi, her yönü kapsamaz: "*kuruluş, teşkilat ve çalışma esasları, personel atama*".

- Önce darbe rejimi kanunu ile¹⁷⁵ şu hüküm kondu: "*Bu Kanun; [CBK] ile düzenlenen¹⁷⁶ [CGS'nin] kuruluşu, teşkilatı, çalışma esasları ve personel atama işlemleri dışında kalan konuları düzenler*". CBK münhasır alanındaki¹⁷⁷ konulara girilmedi. Fazla mesai yönetmeliğe bırakıldı (m. 5).
- CBK ise, Kanun'dan 1 gün sonra çıkarıldı¹⁷⁸. "Amaç" maddesinde, Anayasa'daki konular sayıldı (m. 1). Konuların detayı ve diğer konular (özlük, bütçe, vs.) CGS'nin çıkaracağı yönergeye bırakıldı (m. 18).

1983 pratiğinden şu çıkarımlar yapılabilir: CBK'ya bırakılan konu istisnâ ve tektir. Önce kanun çıkarılmasına karşın, CBK alanına girilmemiştir. CGS konu başlığı ortak olmasına karşın, Any. m. 107 aralarındaki çizgiyi belirlediği için, düzenleme konuları çatışmaz ve buna yönelik norm da konmaz. Ayrıca, her işlem türünün konusu açıkça belirlenir¹⁷⁹. Buna göre, örn. personel görevlendirmede Anayasa'nın altında kanun vardır. Oysa çalışma esasları konusu kanunla değil de CBK ile düzenlendiği için, aynı düzeyde kanun yerine CBK geçer. Kanun ve CBK alanları ayırılmış olup, hiyerarşide 2. düzeyde ya kanun, ya CBK vardır. Bu iki norm, konuya göre birbirlerinin yerine ikame olunurlar.

¹⁷² Olağan CBK'da ilk 2 açıdan sınır yoktur. Ancak, konu bakımından sınırlar vardır.

¹⁷³ Benzer bir test önerisi için bkz. Şirin: 327.

¹⁷⁴ Doktrinde eklenen yasaktır. Bkz. Söyler: 165-166.

¹⁷⁵ K.n. 2789, T. 17.08.1983; RG. 19.08.1983, S. 18140.

¹⁷⁶ CBK henüz çıkarılmadığı hâlde, "düzenlenen" ifadesi tercih edilir.

¹⁷⁷ Taşdöğen: 941.

¹⁷⁸ CBK no. 1, T. 18.08.1983; RG, T. 20.08.1983, S. 18141.

¹⁷⁹ Örneğin CGS çalışma esasları CBK ile (Any. m. 107), kalan konulardan personel görevlendirme kanunla (Kanun, m. 4), fazla mesai yönetmelikle (Kanun, m. 5), saymanlık CGS yönergesi ile (1 no.lu CBK, m. 18) düzenlenecektir.

bb) 2017: M. 104 ve 4 spesifik CBK alanı

En kritik sorun, CBK'nın doktrinde çoğunlukla kanun altı düzeyde görülmesine karşın herhangi bir kanunla geçerlilik ilişkisi bulunmaması, CBK'nın ihdas usûlünün detayının kanunla düzenlenmemesi, kanuna aykırılıktan dolayı iptal kararı verilememesidir. Doktrinde ağırlıkla referans yapılan CBK-kanun çatışma ilkeleri ise bu ölçütlerle örtüşmez. Türev kurucu iktidarın Anayasa değişikliğindeki mantık, aynı konuda kanun ve CBK normunun uygulanmasını engellemek ve çatışma hâlinde hangisinin uygulanacağını tâyin etmektir. Bu yüzden, kanun ve CBK'nın düzenleme alanları -tek konu ile sınırlı ortak alan hariç- ayrıştırılır. CBK kural olarak herhangi bir kanuna aykırılık denetiminden geçmez. CBK-kanun çatışmasının tespiti, kanunda açıkça düzenlenen konuda CBK yasağı ve kanunla CBK'nın hükümsüz kılınmasında AYM, kanuna aykırılık denetimi yetkisini, ne bu çatışma kurallarından, ne de genel norm olan Any. m. 8'den çıkarabilir. Denetimde ölçü norm ise kanun değil, Anayasa'dır.

CBK, duruma göre hiyerarşide kanunla yer değiştirir. Any. m. 108/son gereği, DDK'nın "işleyişi", "üyelerinin görev süresi" ve "diğer özlük işleri", CBK ile düzenlenir. Ancak, DDK'da söz edilen CBK ile düzenleme, DDK'ya ilişkin tüm konuları düzenleme yetkisi vermez. Yasama yetkisinin genelliği uyarınca, CBK alanına tahsis edilmeyen diğer konular (m. 108/son'da sayılan 3 konu dışındaki tüm konular), kanunla düzenlenir. Bu, münhasır CBK alanı ve öncelikli düzenleme alanı tezlerinin ortak sonucudur. Böylelikle, DDK örneğinde Kanun ve CBK alanları ayrılmış olup, her konu açısından hiyerarşide 2. düzeyde ya kanun, ya CBK normu vardır. 3 konuda (işleyiş, görev süresi, diğer özlük işleri) CBK normu olacağı için, 2. düzeyde CBK yer alır, oysa diğer konularda kanunla düzenleme yapılırsa (veya varsa), hiyerarşide CBK yer almaz, yerine kanun geçer.

Görüşümüzü ayrıca, CBK'ya ayrılan 4 konudan biri olan "üst kademe kamu yöneticisi" örneğinde somutlaştıralım:

TABLO II:				
KANUN-CBK ALANINA ÖRNEK: "ÜST KADEME KAMU YÖNETİCİSİ"				
Yetkinin türü	Yetki	İşlem türü	Dayanak	Hiyerarşik konum
Atama ve azletme	CB	CB kararı	Any. 104/8	Kanun altı
Atama usûl-esasları	CB	CBK	Any. 104/9	Anayasa-altı
Yetiştirme usûl-esasları	TBMM	Kanun	Any. 128/ son ¹⁸²	Anayasa-altı

b) Ortak alana ilişkin CBK: Kamu tüzel kişiliği kurma

Burada münhasır alan tartışması yersizdir. Zira, yetki ne hakkı sınırlamada olduğu gibi yalnızca kanuna (örn. m. 13), ne DDK'da olduğu gibi yalnızca CBK'ya (m. 104) aittir¹⁸¹.

Aynı anda aynı kamu tüzel kişiliğini düzenleyen kanun ve CBK olabileceği varsayılmasa da, varlığı hâlinde aralarında hiyerarşi kurulamaz. CBK ya kanunla hükümsüzlüğe uğrattılır, ya ihmal edilir veya Anayasa'daki ilkelere aykırılık gerekçesiyle iptal edilir. Ancak, bu tür bir CBK'nın üst normu kanun değildir. Ne bir kanuna göre ihdas edilir (geçerlilik), ne de AYM'ce kanuna aykırılığı incelenir (denetim). Hükümsüzlüğü saptamada dahi, CBK kanuna aykırı olduğu için değil, Anayasa normu gereğince *lex posterior* ilkesi çerçevesinde yaptırımla karşılaşır. Hangi organ kamu tüzel kişiliği kurarsa kursun diğeri değiştiremez. Her organ, ayrı kamu tüzel kişisi kurabilir. Her kamu tüzel kişisi kanun veya CBK'ya dayanacağı için, hangisinin alanına giriyorsa, duruma göre Anayasa altı düzeyde kanun veya CBK yer alır.

c) Haklar konusunda CBK: Sosyal haklar

Sosyal hakları "düzenleme"¹⁸² amaçlı CBK çıkarma yetkisini ikincil olarak nitelememizin nedeni, kanun yoksa CBK çıkarılabilmesidir. Ancak, münhasır kanun alanındaki sosyal hakkı (kanun çıkarılmış olsun/olmasın) CBK ile "düzenleme" mümkün değildir (örn. öğrenim). Sınırlamada mutlaka kanun gerekir (m. 13). Durdurma ise, OHAL'de mümkündür (m. 15, 119).

Sonuç olarak, konusu farklı CBK'lar, hiyerarşide farklı düzeyde yer almaz. CBK ve kanun eş düzey olup, konuya göre birbirinin yerini alır. Yoksa, konu değişikçe düzeyi değişmez, birbirinin üst normu olmaz. Aynı anda yan yana buldukları varsayımında, örneğin "aynı konuda farklı hüküm"de dahi, kanunun uygulanması ve CBK'nın ihmali hiyerarşi ilişkisi ve üstünlük yaratmaz.

Ş IV. OHAL CBK VE HİYERARŞİDEKİ YERİ

A) Niteliği ve hukukî rejimi

1) Genel olarak: Konu ve sınırlar

OCBK organik açıdan "kanun hükmünde" yürütme işlemi, maddî açıdan yasa işlemdir. TBMM'de kanuna dönüştürüldüğünde ise, şeklî açıdan da yasa işlemleri olur.

¹⁸⁰ "Üst kademe yöneticilerinin yetiştirilme usul ve esasları, kanunla özel olarak düzenlenir". M. 128/son'un 104'ten farkı, "üst kademe kamu yöneticisi" yerine, "üst kademe yöneticisi" ibâresidir. Ancak, m. 128 ve 129'u kapsayan üst başlıktaki "kamu hizmeti görevlileri"nin özel sektör yöneticilerini kapsamadığı açıktır.

¹⁸¹ Bu bağlamda, isabetle belirtildiği üzere "sui generis" CBK türüdür. **Ülgen:** 36.

¹⁸² Düzenleme-sınırlama kavramları bazen karıştırılır. Any. m. 13 ve 104'ün çeliştiği, Anayasa'yı değiştirenlerin Any. 2. kısım 1. bölümden "haberdar olmadıkları" savunulur. **Köker:** passim. CHP'li Kayışoğlu ise, TBMM'de şöyle der: "Vatandaş yarın sabah kalkınca nasıl bir kararnameyle karşı karşıya kalacağını hiçbir zaman bilemeyecek. Mülkiyet hakkı sınırlandırılacaktır". **TBMMTD,** D. 26, YY. 2, B. 58, T. 14.01.2017: 76. Oysa mülkiyet, 1961'den sosyal hak iken, 1982'de kişi hakları kısmına alındı. Gerçi sosyal hak olarak kalsa, yine "kanun"la sınırlanacaktı (m. 13, 35/2).

AYM, eski OKHK'nın konu sınırına süre ve yer bakımından sınırlılığı eklemiştir. İçtihadın devam edip etmeyeceği bilinmez. Venedik Komisyonu raporuna göre, parlamenter rejime ilişkin içtihadın yeni rejime “uyarlanması” zaman olacaktır (para. 81)¹⁸³.

2) Denetim

a) TBMM ve 2 boyutlu siyasal denetim: İlân ve kararname

İlk boyut, ilânın denetimidir. İlân kararı “verildiği gün” yayımlanır, eski sistemdeki “hemen” sözcüğündeki belirsizlikten farklı olarak, “aynı gün” TBMM’ye sunulur.

İkinci boyut, kararnamenin denetimidir¹⁸⁴. “OHAL’in gerekli kıldığı konularda” çıkarılır, yayımlanır, “aynı gün” sunulur¹⁸⁵.

OCBK, savaş ve mücbir sebeple toplanamama hariç, 3 ayda sonuçlandırılmazsa, “kendiliğinden yürürlükten kalkar”¹⁸⁶. Yaptırım, CBK-kanun çatışmasındaki yaptırımlardan (ihmal, hükümsüzlük) farklıdır. Başka hiçbir işleme gerek kalmaksızın re’sen (*ex officio*) sonuç doğuran önlem, Venedik Komisyonu’na göre olağan CBK’dan “çok daha net bir ifade”dir (para. 83)¹⁸⁷. Eski OHAL KHK’daki 30 günlük sürenin işlevsizliğine kıyasla, denetimde “ucu açık” sürece son verilerek süreç takvime bağlanır¹⁸⁸. Değişiklik, “hukukî belirlilik” açısından olumludur.

Denetimin parlâmento kararı ile yapılması önerilir. Kaldı ki, Any. m. 119/7’de, kararname için “kanunlaştırılır” değil, görüşülerek “karara bağlanır” denilir. Buradaki “karar”ın şekli veya maddî açıdan ne anlama geldiği ayrı mevzudur. 683 no.lu OHAL KHK için AYM’ye başvuru gerekçesinde de vurgulandığı üzere, kanunla kabûl, geçici düzenlemeyi kalıcı hâle getirir. Bu durum, “anayasal normlar hiyerarşisini ve hukuk düzeninin tutarlı normlardan oluşması ilkesini altüst eder”¹⁸⁹. TBMM CBK’yı değiştirerek kabûl ederse, CB “güçleştirici veto”ya başvurabilir.

b) Yargısal denetim yasağı

Any. m. 148/1 uyarınca OHAL ve savaşta çıkarılan işlem denetlenemez. Denetim yasağı ile Anayasa’yı değiştirme yetkisinin devredildiği iddiası ise¹⁹⁰, teknik açıdan yanlıştır.

Yargı kısıntısı, bir görüşte Anayasa'nın “askıya alınması”dır¹⁹¹. “Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabil”mesine izin veren, Anayasa'nın kendisidir

¹⁸³ AHYDK: 20.

¹⁸⁴ CBK sadece siyasal (TBMM), OCBK sadece yargısal denetimden (AYM) geçer.

¹⁸⁵ TBMM'nin bir yayınında, yayım günü sunulmama hâlinde bu tarihte yürürlükten kalkacağı belirtilse de (TBMM 2018: 83), dayanağını belirleyemedik.

¹⁸⁶ Bu süre, teklifte (m. 13) “bir ay” olarak belirlenmişti (TBMM 2017: 14).

¹⁸⁷ AHYDK: 20.

¹⁸⁸ “Meclisin ucu açık onay süreci ortadan kalkacak”. Ak Parti: 19. CB Başdanışmanları Yaşar (Habertürk, 14.04.2017) ve Uçum (Hürriyet, 25.01.2017) benzer görüştedir.

¹⁸⁹ AYM, K. 2018/70 (başvuru gerekçesi).

¹⁹⁰ TBMMTD, D. 26, YY. 2, B. 53, T. 09.01.2017: 60 (Deniz Baykal - CHP).

¹⁹¹ Esen: 68.

(Any. m. 15/1). Tedbirler, "istisnâ Anayasa"ya aykırı olamaz. Olağan dönemden sapma (*derogation*) Anayasa'da öngörüldüğüne göre, Anayasa'ya uymak şartıyla, bu dönemin işlemleri anayasa-dışı (*extra constitutionem*) veya anayasaya aykırı (*contra constitutionem*) değil, anayasa içi (*intra constitutionem*) işlemlerdir. Ancak, yazarın belirttiği üzere, OHAL sınırları asla aşılamaz.

B) Doktrinde OCBK'nın hiyerarşik düzeyi

1) Kanunla aynı düzeydedir

Yaygın görüş, kanunla aynı düzeyde olduğu yönündedir. Başlıca gerekçe, "kanun hükmünde" nitelemesidir¹⁹².

2) Olağan CBK'dan doğrudan veya dolaylı üstündür

Bir görüşte, olağan CBK'dan "daha üst düzeyde"dir¹⁹³. Gülgeç ise, "dolaylı hiyerarşi" tezini tartışır: Any. m. 104/17'de "kanun" şekli anlamda kullanılır ve kanun gücündeki diğer işlemleri kapsamaz. Kanunla olağan CBK aşılabileceği ve olağan CBK'nın ihdası belirlenebileceği için, OCBK'nın olağan CBK'dan doğrudan üstünlüğü savunulabilir. Ancak OHAL'in gerekli kıldığı konularda çıkarılma zorunluluğu, bu görüşe temkinli yaklaşmayı gerektirir. Olağan CBK'nın ihdas usûlünün OHAL'le ilgili olup olamayacağı sorusuna verilecek yanıt olumlu ise olağan CBK'dan doğrudan, aksi takdirde dolaylı üstündür¹⁹⁴. Bu teze katılmıyoruz. Dahası, olağan CBK'nın ihdasını kanunla belirleyebilme, esasen eleştiriye en açık yönüdür. Zira, varsayımsal norm üzerinden hiyerarşi kurulabileceği görüşünü kabul etmiyoruz. Kaldı ki yazar, OCBK'nın ihdasının -varsa- kanunla düzenlenmesinin önündeki engeli açıklamamıştır.

C) Görüşümüz: OHAL CBK'nın hiyerarşik düzeyi

1) OCBK'nın hiyerarşik düzeyi

a) Biçimsel geçerlilik ölçütü açısından

Yetkiyi veren norm, Any. m. 119/6'dır. Ancak, ön şartla çıkarılır: OHAL veya savaş ilânı. Niteliği, yayımı, TBMM'ye sunulması ve yürürlükten kalkması da düzenlenir (119/6-7). Usûlü düzenleyen norm, üst normdur. Özetle, biçimsel geçerlilik açısından üst normun Anayasa olduğu konusunda kuşku yoktur.

Bu hususu kanun düzenlese, geçerlilik normu olurdu. Bu tür bir düzenleme olmadığı için, kanunla hiyerarşi kurulamaz.

b) İçeriksel geçerlilik ölçütü açısından

Anayasa'daki içeriksel sınırları sıralayabiliriz: Genel olarak, "OHAL'in gerekli kıldığı konular"la sınırlıdır. Madde gerekçesinde de, "OHAL ilanı şartlarının gerek-

¹⁹² Gözler 2019: 947; Söyler: 165; Açıl: 749.

¹⁹³ Boztepe: 28.

¹⁹⁴ Gülgeç: 213-214.

li kıldığı konular” deyiimiyle, ilân-kararname arasında “*gereklilik*” ilişkisi aranır¹⁹⁵. CBK için öngörülen ödenek sınırı, OCBK için de geçerlidir¹⁹⁶. Olağan CBK'daki “yürütme yetkisi” sınırlaması burada olmasa da, münhasır kanun alanına ilişkin konular düzenlenemez. Olağan CBK için haklar alanındaki konu sınırlaması ise geçerli değildir (Any. m. 119/6). Any. m. 15/2'ye göre, “*Anayasada öngörülen güvenceler*” aşılabılır. Ancak, mutlak haklara dokunulamaz. Kaldı ki, en vahim hâllerde dahi aşılmaz duvar olan m. 15, yalnızca OCBK için değil, OHAL mevzuatının ve en başta OHAL Kanununun sınırı olarak da m. 119/5'te açıkça geçer. Venedik Komisyonu raporu¹⁹⁷ ve doktrinde¹⁹⁸ m. 15'teki mutlak haklara da (*sert çekirdekli temel hak*) dokunulabileceği belirtilse de, mümkün değildir. Zira her yerde, her zaman, her kişi için, her şartta ve herkese karşı mutlak koruma (“*sıfır*” tolerans) esastır.

Olağan CBK'da olduğu gibi, OCBK da kanunla aşılabılır mi? Any. m. 119'da Any. m. 104/17'ye atıfla, 2. cümledeki sınırlamanın geçersiz olacağı hükmü, diğerlerinin geçerliliğinin zımnî kabûlü anlamında yorumlanabilir mi? Bu konu da tartışılmaya değer¹⁹⁹.

Any. m. 8 ve 119 arasında *lex specialis* ilişkisi varsa, OCBK'nun m. 8'in istisnası olup olmadığı tartışılabilir. Hem OCBK “kanun hükmünde”dir, kanunu değiştirebilir (m. 119); hem de yürütme yetkisi kanuna uygun olmalıdır (m. 8). Durum şöyle izah edilebilir: OCBK, Any. m. 8 gereği, tüm kanunlara değil, ilgili kanuna (OHAL Kanunu) ve Any. m. 15 ve 119'a uygun olmak kaydıyla, diğer kanunları değiştirebilir. Kastedilen, geri kalan tüm kanunlar değil, OHAL'in gerektirdiği konularla ilgili kanunlardır.

¹⁹⁵ Teklif, m. 13 gerekçesi. TBMM 2017: 14.

¹⁹⁶ **Ülgen:** 12-13.

¹⁹⁷ “*İnsan hakları dâhil olmak üzere her türlü konuyla ilgili olabilir. 15'inci Maddede teminat altına alınanlar da buna dâhil olabilmektedir*” (para. 83). AHYDK: 20.

¹⁹⁸ “*Yaşam hakkı, vücut bütünlüğü, adil yargılanma hakkı, haberleşme hürriyeti gibi birçok temel hak ve özgürlük OHAL döneminde Cumhurbaşkanının üzerinde sınırlama yapabileceği bir duruma getiriliyor*”. **Tecim & Aydın:** 14. Oysa yaşam hakkı ve vücut bütünlüğü mutlak hak olup, OHAL'de dahi asla müdahale edilemez.

¹⁹⁹ Doktrin, m. 104/17'nin tüm CBK'lar için değil, 4 konuya ilişkin spesifik olağan CBK'lar için genel norm olup olmadığı sorusuna odaklanmış, bu yönü ise pek tartışmamıştır. M. 119/6'da m. 104/17, c. 2'ye referans yapılırken, diğer cümleler ve özellikle c. 3'teki münhasır kanun alanına ilişkin hükme referans yapılmaz. CBK alanı haklar açısından genişlese de, diğer konularda sınırlıdır. OHAL Kanunu ve her tür müdahale ise, m. 15'teki “*ilkeler doğrultusunda*” olmalıdır. Farklı bir yorum da yapılabilir: CBK'yı kanunla aşma, m. 119'da değil, m. 104'tedir. Sistematiği yorumla, m. 104 olağan CBK ile ilgilidir. Eğer böyle ise, m. 119'da neden 104'e atıf yapılır? Ayrıca, m. 104'e atıfla istisna normu öngörülürken, kanunla CBK'yı aşma kapsam dışı bırakılır. Yetkide açık norm aranır. Ancak, öncelikli düzenleme tezinde, -CBK öncelikli düzenleme alanları hariç- düzenleme olmayan her konu kanunla düzenlenebilir. Bu durum, OCBK'yı “karar”a veya “kanun”a dönüştürme işleminde farklıdır. Zira, bahsettiğimiz husus OCBK'dan ayrı ve bağımsız bir işlem olan kanun çıkararak OCBK'yı aşma, son 2 alternatif ise OCBK'yı dönüştürmedir. İlk olasılıkta “*yeni kanun*”, diğerinde “*dönüştürme kanunu*” vardır. Kaldı ki, TBMM -olağan CBK'dan farklı olarak- OCBK'yı kanuna dönüştürebileceği için, ayrıca kanunla aşma konusunu düzenlemeye gerek kalmadığı da savunulabilir.

OHAL ve savaşta çıkarılan CBK, şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılık iddiasıyla AYM'ye taşınmaz (Any. m. 148/1). Ancak, bir normun yargısal denetim yasağından, normun hiyerarşik düzeyine ilişkin çıkarım yapılamaz. Özellikle, denetlenemeyeceği normun üzerinde konumlanacağı görüşüne katılmıyoruz. Herhangi bir kanunla arasında denetim ilişkisi yoktur.

AYM'nin 2015 öncesindeki gibi bir içtihatla bu işlemleri denetleme olasılığını da göz ardı edemeyiz. Anayasal yasak içtihatla aşılsa, Anayasa'nın OCBK'nın üst normu olduğu denetim ölçütü açısından da teyit edilmiş olur. CBK'nın en başta OHAL Kanunu ve ilgili diğer mevzuata uygunluk açısından herhangi bir denetim gereği kanıtlanabilir ve/veya Anayasa'ya bu yönde norm konursa, tartışma başka yöne evrilebilir.

Any. m. 119'da kanunla durdurma atfı dikkate alınınca, ideal uygunluk zinciri şudur: Anayasa, OHAL Kanunu, OCBK, ilgili yönetmelik, diğer düzenleyici işlemler. Ancak, "kanun hükmünde" nitelemesi bu iddiayı etkiler.

Sonuç olarak, OCBK'nın denetimi kapatılsa da, Anayasa ile içeriksel sınırların belirlendiğinden hareketle, üst normun Anayasa olduğu sonucuna ulaşabiliriz. Denetim yasağı ile, üst-alt ilişkisi güvencesiz kalacaktır. OCBK ile -OHAL Kanunu tartışması hariç- diğer kanunlar arasında hiyerarşik ilişki kurulamaz. Bu Kanun'la ilişki ise, biçimsel geçerlilik (ihdas) değil, hakları sınırlama ve durdurma ile sınırlıdır. OCBK ile sadece Anayasa ile -ki, bu da istisnaî anayasa kısmı ile sınırlı- ilişki doğar. OCBK ile alt işlemler arasında ilişki kurulamazsa, NH sisteminde 2. boyutta yer alır.

Re'sen yürürlükten kalkma yaptırımının hiyerarşi yaratıp yaratmadığı da tartışılabilir. TBMM'de 3 ay içinde sonuç alınmazsa OCBK kendiliğinden yürürlükten kalkacağı için, geçerliliği etkilenecektir. Ancak bu, biçimsel veya içeriksel geçerlilik açısından kanuna aykırılık değil, Anayasa normunun usûlî şartta bağladığı sonuç olup, kanunla üst-alt ilişkisi içermez. Kanuna veya karara dönüştür(e)mmeden kaynaklı "ihmal nedeniyle geçersizlik", "ihmal yoluyla anayasaya aykırılık" olarak düşünülse dahi, kanunla hiyerarşi doğurmaz. Geçerlilik ilişkisi kurulacaksa, geçersizlik şartını öngören Anayasa ile kurulabilir, şekli anlamda tekemmül etmeyen "kanun"la değil.

2) *Ek sorun: OCBK'yı kabûl kanununun hiyerarşik düzeyi*

a) Biçimsel geçerlilik (ihdas) açısından

TBMM, OCBK'yı görüşerek karara bağlar (Any. m. 119/7). "Karara bağlamak"-tan söz edilse de, pratikte TBMM, şekli açıdan yürütme işlemi olan OCBK'yı, yasama işlemi olan kanuna dönüştürür. Kanunun ihdas normu, başta Anayasa olmak üzere, İçtüzük'teki detaylı normlardır. Şekli açıdan birer yürütme işlemi olan OHAL ilânı ve OCBK'da usûlü belirleyen norm yalnızca Anayasa iken, kanunda İçtüzük de eklenir. Anayasa kanun için iptal sebeplerini sınırlamış olsa da, İçtüzük kanunun ihdası açısından biçimsel açıdan üst normudur.

b) İçeriksel geçerlilik açısından

OCBK kanunlaşır, yeni işlem denetim yasağı kapsamında çıkar. Zira, istisna ve yasak dar yorumlanır. Anayasal normda *ratio legis* OCBK ile sınırlı olduğu için, yeni kanunun şekil ve esas bakımından Anayasa'ya aykırılığı denetlenebilir. Bu ise, kanunun yalnızca ihdas değil, içeriksel açıdan da Anayasa'nın altında olmasıdır. Ölçü norm -OHAL Kanunu tartışması hariç- kanun değil, Anayasa'nın olağan dışı rejimi, yani "istisnâ Anayasa"dır.

Ş V. SONUÇLAR & ÖNERİLER

Ulaştığımız sonuçlar ve önerilerle çalışmayı noktalyoruz.

A) ULAŞILAN SONUÇLAR

- CBK'nın hiyerarşik konumunu belirleme güçlüğünün başlıca nedeni de, Anayasa normlarının yazımındaki özensizlikten kaynaklanan belirsizliktir. Doktrindeki farklı ölçütler de sorunu derinleştirmektedir.
- Özensizliklere diğer örnek, tekrar maddelerdir. M. 150 varken m. 104/7'nin, m. 124 varken m. 104/18'in tekrar ve gereksiz olduğu savunulabilir.
- Sonuçların birbirinden bu denli farklılaşmasının, hatta aynı Anayasa normundan taban tabana zıt hükümler çıkarılmasının başlıca nedeni ise, türev kurucu iktidarın CBK'yı "tek tip" işlem olarak tasarlamadığı ve düzenleme konularını ayırtırdığı gerçeğinin göz ardı edilmesidir.
- Hiyerarşi konusundaki tartışmanın doktrinindeki değerini yadsımamakla birlikte, önemi ikincil plânda kalır. Zira, asıl sorunla teoriden ziyade pratikte karşılaşılacaktır. Ancak, özellikle Any. m. 104/17'nin yarattığı karmaşadan dolayı, gerek doktrinde ve gerekse AYM içtihadında tutarlı bir çerçeve inşa etmek oldukça güçtür.
- Doktrinde hiyerarşi analizlerinde kullanılan gerekçeler, AYM ve Danıştay'ın CBK ve diğer CB işlemleri üzerinde yapacağı denetime hiç kuşkusuz yön verecektir. Ancak, tartışmaya iç içe geçmiş birçok ayırımın yön vermesi, doktrinde hukuk mantığı ile açıklanması zor yorumlar yaratmıştır. Bu karmaşanın, AYM jürisprüdansını benzer çelişkilere itmesi kaçınılmazdır.
- Aslında Anayasa, normların çatışma olasılıklarını kısmen tüketmiştir. Ancak, başta AYM yargıç ve raportörleri olmak üzere, yargısal mercileri önemli tartışmaların beklediğini tahmin etmek kehanet sayılmamalıdır. Özellikle CBK-kanun ayrışmasındaki belirsizlik, ortak alanda (kamu tüzel kişiliği) düzenleme yetkisi, alan tartışmasının yanı sıra, birçok kavramı içtihadî yorumla açıklığa kavuşturma (tavzîh) gereksinimi...

B) SOMUT ÖNERİLER

- CBK'ların denetiminde, çok boyutlu yaklaşım ekseninde, farklı alan nitelermelerinde kullanılan argümanlar dikkate alınmalıdır.
- Normun hiyerarşik konumunu saptamada, doktrinde öteden beri yerleşmiş çok farklı ölçütler yerine, geçerlilik ölçütü kullanılmalıdır.
- CBK'ların ihdas usûlünün kanunla düzenlenmesinde teorik ve normatif açıdan engel bulunmadığı görüşünden hareketle, pratikte sürecin rasyonel, şeffaf ve dolayısıyla istikrarlı zemine oturması için, Anayasa veya kanunla düzenlenebilir. Bu ve diğer belirsizlikleri normlarla gidermek yerine, sorunu "anayasal gelenekler"e terk etme tercihi gelecekte başkaca sorunlar üretme potansiyelini de barındırmaktadır. Özellikle farklı siyasal parti veya blokların yasama ve yürütmeye egemen olması (*cohabitation*) durumunda, sorun derinleşebilir.
- Anayasa'daki belirsizlikler, özenle hazırlanacak ve TBMM'de politik çekişmelerden uzak biçimde tartışılacak Anayasa değişikliği teklifi ile giderilmelidir. CBK-kanun alan tartışmasının açıklığa kavuşturulması, karar-kararname ayırımına Anayasa'da açıkça yer verilmesi vb. sorunlar, mevzubahis anayasa değişikliğinde değerlendirilmelidir. Bu tercih, doktrindeki birçok tartışmayı sonlandırmanın yanı sıra, AYM üzerindeki yükü hafifletme açısından da katkı sağlayacaktır.

Ve son söz... Erasmus'la başladık, O'nunla bitirelim. Oldukça özensiz kaleme alınan, yetersiz tartışma ile kabûl edilen Anayasa değişikliğindeki belirsizlikleri giderme işlevi tamamen AYM'ye yüklenmiş durumda. Belki bir kez daha, AYM yargıcı sırtladığı kocaman kayayı yukarı taşımayı başaracak, ama nereye kadar? Hayır Erasmus, Hukukçuluk dünyanın en zor sanatı...

KAYNAKÇA

AÇIL, Murat, "2017 Anayasa Değişiklikleri Çerçevesinde Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri", *ÜHFM*, C. 76, S. 2, 2018: 725-756.

Adalet Bakanlığı, *AB Üyesi Bazı Ülkelerin Anayasaları*, Ankara, 2011.

AHYDK (Venedik Komisyonu), *Türkiye Görüşü: Referanduma Sunulacak Olan Anayasa Değişikliği Teklifi Hakkında*, 13.03.2017. <http://tiny.cc/tanc6y>

Ak Parti, *Halk Oylamasına Doğru Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi, Kararımız Evet*, Ak Parti Siyasî ve Hukukî İşler Başkanlığı Yay., 2017.

AKBULUT, İlhan, "İslâm Hukukunda Suçlar ve Cezalar", *AÜHFD*, C. 52, S. 1, 2003: 167-181.

ALKAN, Haluk, "Cumhurbaşkanlığı Sisteminin Kurumsal Özellikleri ve Demokratikleşme Sürecine Olası Etkileri", *TİAD*, S. 30, 2018: 139-153.

ALTAY, Şakir, *Açıklamalı Hukuk ve Sosyal Bilimler Sözlüğü*, Bilgi Yay., Ankara, 1983.

ARDIÇOĞLU, M. Artuk, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi", *Ank.BD*, Y. 75, S. 3, 2017: 20-51.

ARSAVA, Füsün, "Avrupa Anayasallaşma Sürecinde Primer Hukukta Normlar Hiyerarşisi", *Uluslararası İlişkiler*, C. 1, S. 2, Yaz 2004: 1-24.

ATAR, Yavuz, *Türk Anayasa Hukuku*, 12. Bs., Seçkin Yay., Ankara, 2018.

Avrupa Komisyonu, *AB Genişleme Politikasına İlişkin 2018 Bilgilendirmesi Ekindeki 2018 Türkiye Raporu*, Strazburg, 17.04.2018.

BAKIRCI, Fahri, "Yasama Sürecinin Hızlandırılması - Yasama Yetkisinin Devri ve Nedenleri Üzerine", *KHP 6. Toplantısı'na Sunulan Bildiri* (Nihai metne ulaşılamamıştır), 29-30 Nisan 2017: 1-49. <http://tiny.cc/zp5u6y>

BALKIZ, Neval Oğan, "Anayasa Değişikliği Ne Getiriyor? Ne Götürüyor?", *TMHD*, Y. 62, S. 493, 2017: 22-35.

BARIN, Taylan, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Normlar Hiyerarşisindeki Yeri", *Kamu Hukukçuları Platformu Bildiri özeti*.

BAŞGİL, Ali Fuad, *Hukukun Ana Mesele ve Müesseseleri: Konferanslar: Siyasi ve Sivil Hukuk Üzerine Etütler*, Yağmur Yay., İstanbul, 2008.

BOYAR, Oya, "Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ve 'Executive Orders' : Karşılaştırmalı Gözlemler", *Cumhurbaşkanlığı Sisteminde Yürütme*, Marmara Üniversitesi Yay., İstanbul, 2019: 15-28.

BOYAR, Oya, *Anayasal Uyuşmazlıklarda Yorum*, (Doktora Tezi), Marmara Üniversitesi SBE, İstanbul, 2008.

BOZDAĞ, Bekir, "Türkiye'nin Geleceği Cumhurbaşkanlığı Sisteminde", (Söyleşi: **ÖZKIR**, Yusuf), *Kriter*, Y. 1, S. 12, 2017. <http://tiny.cc/e8223y>

BOZTEPE, Mehmet, "2017 Yılı Anayasa Değişikliği Sonrası Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi", *İMÜHFD*, C. 5, S. 1, Bahar 2018: 5-30.

CAN, Osman, "Anayasa Yargısında Yokluk", *55 Yıl 55 Makale*, AYM Yay., Ankara, 2017: 1097-1135.

CHP, *Anayasa Değişikliği Ne Getiriyor? 30 Soru-30 Cevap*, (Genel Başkan Yardımcısı Bülent Tezcan yazmıştır), 2017. <http://tiny.cc/9f9a5y>

CROZAT, Charles, "Yasaların Şekil veya Dış Kontrolü", *İÜHFM*, (Çev. **ARSAL**, Orhan), C. 1, S. 4, Aralık 1935: 415-435.

ÇAĞA, Tahir, "Özel Hüküm Genel Hüküm Daima Bertaraf eder mi?", *TBBĐ*, S. 3, 1991: 366-375.

ÇAKIR, Hüseyin Melih, "Cumhurbaşkanlığı Sisteminde Cumhurbaşkanı-Bakan İlişkisi", *Cumhurbaşkanlığı Sisteminde Yürütme*, 2019: 35-55.

DERDİMAN, Ramazan Cengiz, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları ve Türk Anayasa Düzeni*, Aktüel Yay., İstanbul, 2006.

DÖNMEZ, Ünsal & **BARIN**, Taylan, "Boşanma Sonucunda Birlikte Velayetin Türk Hukukunda Uygulanabilirliği Sorunu", *TAAD*, Y. 9, S. 35, temmuz 2018: 175-210.

DUCHACEK, Ivo D., "Constitution/Constitutionalism", *The Blackwell Encyclopedia of Political Institutions*, (Ed. **BOGDANOR**, Vernon), Blackwell, 1987.

ERASMUS, Desiderius, *Deliliğe Övgü*, (Çev. **İLHAN**, Hasan), Alter Yay., Ankara, 2008.

EREN, Abdurrahman, "Başkanlık Sistemi - 4: Yürütme Alanında Yapılan Değişiklikler", 10.03.2017. <http://tiny.cc/4p494y>

ERGÜL, Ozan, "Usulüne Göre Yürürlüğe Konulmuş Milletlerarası Andlaşmalar Kanun Hükümündedir", *Yıldırım Uler'e Armağan*, YDÜHF Yay., Lefkoşa, 2014: 65-86.

ERGÜL, Ozan, "Yeni Rejimin Kodları Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri", *Güncel Hukuk*, S. 6, 2018: 30-32.

EROL, Ömer Faruk, "Cumhurbaşkanlığı Düzenlemelerinin Yargısal Denetimi", *Cumhurbaşkanlığı Sisteminde Yürütme Sempozyumu*, İstanbul, 2019: 65-87.

ESEN, Selin, "2016 Anayasa Değişiklik Teklifinin Değerlendirilmesi", *Ank.BD*, Y. 74, S. 4, 2016: 45-73.

GENÇAY, Fatma Didem Sevgili, "Adsız Düzenleyici İşlemlerin Normlar Hiyerarşisindeki Yeri", *AÜHFD*, C. 63, S. 2, 2014: 397-417.

GENOVESE, Michael A., *Encyclopedia of the American Presidency*, Revised Ed., Facts on File, New York, 2010.

GÖZLER, Kemal & **KAPLAN**, Gürsel, *İdare Hukuku Dersleri*, 20. Bs., Ekin Yay., Bursa, 2018.

GÖZLER, Kemal, "Cumhurbaşkanlığı Sistemi mi, Başkanlık Sistemi mi, Yoksa Neverland Sistemi mi?", 24.02.2017: 1-26. <http://tiny.cc/ft294y>

GÖZLER, Kemal, "İnsan Hakları Normlarının Anayasaüstülüğü Sorunu", *Türkiye'de İnsan Hakları*, TODAİE, Ankara, 2000: 25-46 [2000-I].

GÖZLER, Kemal, "Milletlerarası Andlaşmalara Kanun Üstü Bir Değer Tanınabilir mi?", 2004. <http://tiny.cc/h3294y> [e.t: 03.05.2019].

GÖZLER, Kemal, *Anayasa Normlarının Geçerliliği Sorunu*, Ekin Yay., Bursa, 1999.

GÖZLER, Kemal, *Hukuka Giriş*, 15. Bs., Ekin Yay., Bursa, 2018.

GÖZLER, Kemal, *Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukukî Rejimi*, Ekin Yay., Bursa, 2000 [2000-II].

GÖZLER, Kemal, *Türk Anayasa Hukuku*, 3. Bs., Ekin Yay., Bursa, 2019.

GÜL, Abdulhamit, "Milletin Özne Olduğu Sistem: Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi", *Yeni Türkiye*, S. 94, 2017: 1-31.

GÜL, İdil Işıl & **KARAN**, Ulaş, "Ayrımcılık Yasağı Eğitim Rehberi", (Ed: **AYATA**, G. & **YEŞİLADALI**, B.), Bilgi Üniversitesi Yay., İstanbul, 2011.

GÜLGEÇ, Yahya Berkol, *Normlar Hiyerarşisi*, 2. Bs., 12 Levha Yay., İstanbul, 2018.

KABOĞLU, İbrahim Ö., *Anayasa Hukuku Dersleri*, 11. Bs., İmge Yay., Ankara, 2016.

KABOĞLU, İbrahim Ö., *Kural Koyan Organ Olarak Yasamanın Özerkliği*, CHP Grubu'na Sunulan Metin, Ankara, 2018. <http://tiny.cc/my3o6y>

KAHRAMAN, Mehmet & **BALKAN**, Ali, "Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ve Denetimi", *IJAVS*, Vol. 4, Issue: 19, pp. 239-246.

KALAYCIOĞLU, Ersin, "Başkanlık Rejimi: Türkiye'nin Diktatörlük Tehdidıyla Sınava", *Başkanlık Sistemi*, TBB Yay., Ankara, 2005: 13-29.

KANADOĞLU, Korkut, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi", *GSÜHFD*, S. 2, 2018: 637-650.

KARATEPE, Şükrü & **ALKAN**, Haluk & **ATAR**, Yavuz & **BİNGÖL**, Yılmaz & **DURŞUN**, Gonca Bayraktar, *Sorularla Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi*, Memur-Sen Yay., Ankara, 2017.

KELSEN, Hans, "Anayasanın Yargısal Teminatı (Anayasa Yargısı)", (Çev. **SÖNMEZ**, Yasin), *AÜHFD*, C. 64, S. 3, 2015: 857-913.

KELSEN, Hans, "Yorum Teorisi Üzerine", (Çev. **AYDIN**, M. B. & **UZUN**, Ertuğrul), *Hukuk Kuramı*, C. 1, S. 5, 2014: 45-51.

KELSEN, Hans, *Saf Hukuk Kuramı: Hukuk Kuramının Sorunlarına Giriş*, (Çev. **UZUN**, Ertuğrul), Nora Yay., İstanbul, 2016.

KILIÇ, Muharrem, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi", *Türkiye*, 16.03.2017.

KÖKER, Levent, "Anayasa Değişiklik Teklifinde Yer Alan Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi Üzerine Bâzı Tespitler ve Eleştiriler". <http://tiny.cc/jd394y>

KULUÇLU, Erdal, "Türk Hukuk Sisteminde Normlar Hiyerarşisi ve Sayıştay Denetimine Etkileri", *Sayıştay Dergisi*, S. 71, 2008: 3-22.

KUZU, Burhan, *Her Yönü ile Başkanlık Sistemi*, 2. Bs., BKY Yay., İstanbul, 2012.

MADDEX, Robert, *Constitutions of the World*, 3rd ed., Washington, 2008.

MASLOW, Abraham, *İnsan Olmanın Psikolojisi*, (Çev. **GÜNDÜZ**, Okhan), Kuraldışı Yay., İstanbul, 2001.

MHP, *Cumhur İttifakı, Millet Akli*, MHP 24 Haziran 2018 Milletvekili Genel Seçimi Beyannamesi, MHP Yay., 2018.

MILACIC, "Bütünleşme, Evrensel Değerler ve Milli Egemenlik", (Çev. **BULUT**, Belgin), *UAHK*, TBB Yay., Ankara, 2001: 550-569.

NEIL, Benjamin A., "Presidential Executive Orders: Laws Without Legislation", *JCSR*: 1-10. <http://tiny.cc/97494y>

ODER, Bertil Emrah, *Avrupa Birliği'nde Anayasa ve Anayasacılık*, Anahtar Kitaplar Yay., İstanbul, 2004.

ONAR, Erdal, "Türkiye'nin Başkanlık veya Yarı-Başkanlık Sistemine Geçmesi Düşünölmeli midir?", *UAHK*, TBB Yay., Ankara, 2001: 362-391.

ONAR, Erdal, *Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Siyasal ve Yargısal Denetimi ve Yargısal Denetim Alanında Ülkemizde Öncüler*, Ankara, 2003.

ÖZBUDUN, Ergun, "Başkanlık Sistemi Tartışmaları", *Başkanlık Sistemi*, TBB Yay., Ankara, 2005: 105-111.

ÖZBUDUN, Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, 17. Bs., Yetkin Yay., Ankara, 2017.

ÖZYÖRÜK, Mukbil, *Hukuka Giriş*, Ege Matb., Ankara, 1959.

PAULSON, Stanley L, "How Merkl's Stufenbaulehre Informs Kelsen's Concept of Law", *Revus*, No. 21, 2013: 29-45.

RENOUX, Catherine Meyson, *Lexique Droit Constitutionnel / Anayasa Hukuku Sözlüğü*, (Çev. **YILMAZ**, Didem), Özel Matb., İstanbul, 2005.

ROSKIN, Michael G. & **BERRY**, Nicholas O., *Uluslararası İlişkiler*, (Çev. **ŞİMŞEK**, Özlem), Adres Yay., Ankara, 2014.

SAĞLAM, Fazıl, *Anayasa Hukuku Ders Notları*, Yakın Doğu Üniversitesi Yay., Lefkoşa, 2013.

SARTORI, Giovanni, *Karşılaştırmalı Anayasa Mühendisliği*, (Çev. **ÖZBUDUN**, E.), Yetkin Yay., Ankara, 1997.

SAV, Atilâ & **SAV**, N. Özden, "Usûlüne Göre Yürürlüğe Konulmuş Temel Hak ve Özgürlüklere İlişkin Milletlerarası Antlaşmaların Özü ve Kapsamı Hakkında", *TBB*, S. 109, 2013: 401-408.

SEZER, Abdullah & **KIRIT**, Emrah & **BOYAR**, Oya, *Hukuk Devleti*, Toplumsal Katılım ve Gelişim Vakfı Yay., İstanbul, 2003.

SEZER, Abdullah, *1982 Anayasası Ekseninde Türev Kurucu İktidar Yetkisinin Sınırları ve Yargısal Denetimi*, (Doktora Tezi), İstanbul, 2006.

SEZER, Abdullah, *1982 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ve İlgili Mevzuat*, Beta Yay., İstanbul, 2004.

SÖYLER, Yasin, *Yeni Başkanlık Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi*, Seçkin Yay., Ankara, 2018.

SUR, Melda, *Uluslararası Hukukun Kaynakları*, Beta Yay., İstanbul, 2013.

ŞAHİN, Metin, *Normlar Hiyerarşisinin Türk İdare Hukukunda Uygulanması*, (Yüksek Lisans Tezi), Gazi Üniversitesi SBE, Ankara, 2014.

ŞİRİN, Tolga, "İşlemeyen Sistemlerin Fonksiyonel Olmayan Yanıtı': Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi", *AHD*, C. 7, S. 14, 2018: 289-356.

TANÖR, Bülent & **YÜZBAŞIOĞLU**, Necmi, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, Beta Yay., İstanbul, 2018.

TAŞDÖĞEN, Salih, "Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri", *AÜHFD*, C. 65, S. 3, 2016: 937-966.

TBB, "Çevre ve Kent Hukuku Komisyonu Tarafından 'Anayasa Değişikliğinin Çevre Hukukuna Etkileri' Konulu Panel Düzenlendi", 23.03.2017. <http://tiny.cc/9x223y> [2017-I].

TBB, *Anayasa Değişikliği Teklifi'nin Karşılaştırmalı ve Açıklamalı Metni*, 2017. <http://tiny.cc/cfoc6y> [2017-II].

TBMM, 2017 Anayasa Değişikliği Teklifi ve Anayasa Komisyonu Raporu, T. 04.01.2017, Esas no: 2/1504, SS. 447, TBMM Yay., Ankara, 2017.

TBMM, *Yeni Sisteme Göre Yasama El Kitabı*, TBMM Yay., Ankara, 2018.

TECİM, Derya & **AYDIN**, Arif Nazif, "Yeni Anayasa", *Hukuk Gündemi*, 2017, S. 1: 10-14.

TEZİÇ, Erdoğan, *Anayasa Hukuku*, Beta Yay., İstanbul, 2008.

TUNÇ, Hasan, *Karşılaştırmalı Anayasa Yargısı*, Yetkin Yay., Ankara, 1997.

TUNÇ, Hasan, *Türk Anayasa Hukuku*, Gazi Kitabevi, Ankara, 2018.

Türk Hukuk Lügatı, (Haz: Türk Hukuk Kurumu) 3. Bs., Başbakanlık Yay., Ankara, 1991.

ULUSOY, Ali, "Aralık 2016 Anayasa Teklifi Neler Getiriyor, Neler Götürüyor?": 1-9. <http://tiny.cc/03394y>

UYGUN, Oktay, "[yorum]", *Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması*, TBB Yay. Ankara, 2013: 308-309.

ÜLGEN, Özen, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Niteliği ve Türleri", *GSÜHFD*, S. 1, 2018: 3-39.

WACKS, Raymond, *Hukuk Kuramını Anlamak*, (Çev. **SÜZGÜN**, Fatma & **ÜNVER**, Şahin & **ÜNVER**, Sedat), Astana Yay., Ankara, 2016.

YAYLA, Ahmet, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Perde-Yasa Kuramı Bakımından Değerlendirilmesi", *Cumhurbaşkanlığı Sisteminde Yürütme*, İstanbul, 2019: 56-64.

YAYLA, Yıldızhan, *Anayasa Hukuku Ders Notları*, MÜHF Yay., İstanbul, 1985.

YILDIRIM, Turan, "Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri", *MÜHF-HAD*, C. 23, S. 2, 2017: 13-28.

YOKUŞ, Sevtap, *Türkiye'de Siyasal Süreçlerin Anayasal Düzleme Yansımaları*, Democratic Progress Institute, 2018. <http://tiny.cc/1d594y>

YÜKSEL, İsmail, "6771 sayılı Anayasa Değişikliği Kanunu'nun Ardından Kanun Yapma Yöntemi", *HÜHFD*, C. 7, S. 2, 2017: 251-274.

YÜZBAŞIOĞLU, Necmi, *Türkiye'de Kanun Hükmünde Kararnameler Rejimi*, Beta Yay., İstanbul, 1996.

Gazeteler: *Milliyet*, 23.12.2016; *Hürriyet*, 25.01.2017; *Sabah*, 08.02.2017; *Haber-türk*, 14.04.2017; *Cumhuriyet*, 24.09.2018.

Diğer kaynaklar: Resmî Gazete, TBMM Tutanak Dergisi, AYM Kararlar Dergisi, Danıştay Dergisi, Sayıştay Dergisi.

KISALTMALAR

AHYDK: Avrupa Konseyi Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu (Venedik Komisyonu); **AHD:** Anayasa Hukuku Dergisi; **ANHTHKİ:** Anayasal Normlar Hiyerarşisi ve Temel Hakların Korunmasındaki İşlevi Sempozyumu; **Ank.BD:** Ankara Barosu Dergisi; **Any:** Anayasa(sı); **AÜHFD:** Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi; **AYM:** Anayasa Mahkemesi; **B:** birleşim; **bkz:** bakınız; **b.k.v.t.a:** bold karakterli vurgular tarafımıza aittir; **C:** cilt; **bs:** baskı, **CBK:** Cumhurbaşkanlığı kararnamesi; **ÇÜHFD:** Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi; **D:** yasama dönemi; **dp:** dipnot; **e.t:** (internet kaynağına) erişim tarihi; **f:** fıkra; **GSÜHFD:** Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi; **HÜHFD:** Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi; **İHAM:** İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi; **İHSDU:** İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması Paneli; **IJAVS:** International Journal of Academic Value Studies, **İMÜHFD:** İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi; **İÜHF:** İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası; **İYUK:** İdarî Yargılama Usûlü Kanunu; **JCSR:** Journal of Criminal Justice Research; **K:** karar no (mahkeme kararı); **KHP:** Kamu Hukukçuları Platformu; **Kn:** kanun(u); **LDD:** Liberal Düşünce Dergisi; **m:** madde; **MÜHF-HAD:** Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi; **OCBK:** OHAL CBK; **OKHK:** OHAL KHK; **örn:** örneğin; **para:** paragraf; **RG:** Resmî Gazete; **s(s):** sayfa(lar); **S:** sayı; **T:** tarih; **UAHK:** Uluslararası Anayasa Hukuku Kurultayı; **TBMM-AK:** TBMM Anayasa Komisyonu; **TBMMTD:** TBMM Tutanak Dergisi; **TDVİA:** Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi; **TİAD:** Türkiye İletişim Araştırmaları Dergisi; **TMHD:** *Türkiye Mühendislik Haberleri Dergisi*, **vb:** ve benzeri; **Y:** yıl; **yay:** yayını; **YY:** yasama yılı; etc.

(59. Makale - 2020)

Muharrem KILIÇ

*Pandemik Tehdit Karşısında Sağlık
Hakkının Sosyo-Legal Dinamiği **

* Muharrem Kılıç, “Pandemik Tehdit Karşısında Sağlık Hakkının Sosyo-Legal Dinamiği”, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, Yıl 2020, Cilt, Sayı 2, 1 – 46.

PANDEMİK TEHDİT KARŞISINDA SAĞLIK HAKKININ SOSYO-LEGAL DİNAMİĞİ

Prof. Dr. Muharrem KILIÇ*

ÖZET

Dünyada milyonlarca insanı tesiri altına alan Covid-19 pandemisi küresel bir tehlikeye dönüşerek hem bireysel hem de sosyal yaşamın tüm alanlarında köklü düşünsel dönüşümleri icbar eden yeni bir durum yaratmıştır. Küreselleşen modern dünyanın bütün sosyo-ekonomik ve sosyo-politik dinamiklerinde dönüşüme yol açan bu 'kriz hali', kurumsal düzeyde hukuki, siyasi ve iktisadi yapısal kırılmalara zemin hazırlamış, bu kriz ile mücadele kapasitesi olarak 'yeni bir kamusal aklın' icadı noktasında derin bir düşünümselliğe kapı aralamıştır. Pandemi riskinin kendinde icbâriliği ile tevessül edilen 'istisnai yönetim' usulleri ve bunun post-pandemik dönem için yönetsel rutine dönüşme olasılığı, bu gündemi kamusal entelektüelliğin tartışma zeminine taşımaktadır.

Bu çalışmaya konu edindiğimiz, sosyal haklar kapsamında tasnif edilen sağlık hakkı, tüm yönleriyle pandemi ile mücadelenin merkezi unsurunu teşkil ettiğinden, ufukta beliren düşünümselliğin önemli bir konusunu oluşturmaktadır. Bu bağlamsal çerçevede burada, modern insan hakları öğretisi ve uygulamasına egemen olan birinci kuşak haklar katalogunun muhkem çerçevesinin dışında varlık mücadelesini sürdüren ikinci kuşak haklar olarak tanımlanan 'ekonomik, sosyal ve kültürel haklar' kapsamında yer alan sağlık hakkını sosyo-legal dinamiği açısından konu edilecektir.

Anahtar Kelimeler: Covid-19, Pandemi, İnsan Hakları, Sosyal Devlet, Sosyal Haklar, Sağlık Hakkı, Sosyo-legal.

SOCIO-LEGAL DYNAMICS OF RIGHT TO HEALTH AGAINST THE PANDEMIC THREAT

ABSTRACT

The Covid-19 pandemic, which has influenced millions of people around the world, has turned into a global hazard, creating a new situation that permits radical intellectual transformations in all areas of both individual and social life. This ‘state of crisis’, which has led to transformation in all socio-economic and socio-political dynamics of the globalizing modern world, has paved the way for legal, political and economic structural breaks at the institutional level and as a capacity to combat this crisis, it opened the door to a deep reflection on the invention of ‘a new public reason’. The exceptional measures and its possibility to turn into an administrative routine for the post-pandemic period bring this agenda to the discussion ground for public intellectuality.

Since the right to health, which is classified within the scope of social rights, constitute the Central element of the fight against the pandemic in all its aspects, constitutes an important topic of the reflective thinking on the horizon. In this context, the right to health within the scope of ‘economic, social and cultural rights’, defined as the second generation rights that continue to struggle for existence outside the strong framework of the first generation rights catalog that dominates modern human rights teaching and practice, will be discussed in terms of socio-legal dynamics.

Keywords: Covid-19, Pandemic, Human Rights, Social State, Social Rights, Right to Health, Socio-legal.

GİRİŞ

Dünya Sağlık Örgütü 11 Mart 2020 tarihinden itibaren koronavirüse bağlı Covid-19 hastalığını pandemi olarak ilan etmiştir. Dünyada yaklaşık on bir milyonun üzerinde insana bulaşan¹ bu virüsün enfekte etme düzeyinin yüksekliği, oldukça kısa bir sürede hastalığın küresel ölçekli bir ‘kamu sağlığı sorunu’ yaratmasına yol açmıştır. Global bir riske dönüşen virüsün yayılım hızı, bütün dünyada hem bireysel hem de sosyal yaşamın tüm alanlarında köklü düşünsel dönüşümleri ve davranışsal tutumları icbar eden yeni bir durum yaratmıştır. Küreselleşen modern dünyanın bütün sosyo-ekonomik ve sosyo-politik dinamiklerinde dönüşüme yol açan bu ‘kriz hali’, kurumsal düzeyde hukuki, siyasi ve iktisadi yapısal kırılmalara zemin hazırlamıştır. Modern zamanların yalnızca bireysel ve toplumsal düzeyde rutinleşen eylemsellikleri açısından değil, makro ölçekte siyasi ve ekonomik düzenin dinamikleri açısından da bir tür ‘istisnâî hâl’ veya ‘olağanüstülük durumu’ ortaya çıkmıştır. İçinde bulunduğumuz tarihsel âna tekaddüm eden ve ‘normal’ olarak nitelenen hâl ile istikbâle egemen olacak olan durum arasındaki olası ‘fark dinamiklerine’ ilişkin belirsizlikler derin sosyal/kamusal kaygı bozukluklarına yol açmaktadır. Bir diğer kaygı bozukluğu yaratan faktör, küreselleşen risk karşısında devreye sokulan olağanüstülükler düzeninin pandemi sonrasında olağanlaştırılmış bir sosyo-politik dizgeye ve kamusal yaşam düzenine tahavvül etmesidir. Bütün bu kaygı temelli projektif tasavvurları bir kenara bırakarak ifade edecek olursak, pandemi döneminin başka birçok alanda olduğu üzere, bir bütün olarak yerleşik zihin yapılarını ve kamusal aklı yapıbozumuna uğratan bir anaför yarattığı aşikârdır.

‘Normal-dışı’ olarak nitelenen bu yeni durumun, insanlık tarihinde yaşanan pandemi krizlerinin yol açtığı büyük buhranlardan ayrılan birtakım yönlerine dikkat çekebiliriz. Tarihteki yıkıcı pandemilerden farklı olarak laboratuvarda üretilme olasılığı üzerine konuşulan Covid-19 pandemisinin, her şeyden önce menşei itibariyle tarihsel örneklerinden ayrışma ihtimalini kaydedebiliriz. Menşei konusundaki kuşkuvarın derin bir tahkikata ihtiyaç duyduğu aşikâr olan koronavirüs, teknolojik modernizasyonun yıkıcı gelişiminin bir eseri olarak değerlendirilebilir. İnsanlık, bu virüsün laboratuvar ortamında üretilme olasılığını bertaraf eden güçlü kanıtlara erişse bile, bu neticeyi mümkün kılma potansiyeline sahip olan ‘teknolojik aklın’ yıkıcı iktidarının ürküten tablosu ile karşı karşıya olduğumuz bir gerçektir. Bir diğer ayrışan yön ise, küreselleşme ile birlikte dünyanın bütün yaşamsal alanları itibariyle totalleşen sektörlerinin birbirleri ile olan sıkı organik bağıdır. Artık dünya, ünlü ‘köy’ metaforunun da ötesinde, kaynaşık düzen içerisinde istiflenmiş bir yaşamsallığa mahkûm olmuştur. Devletleri, ulusal sınırları, kısıtlamaları ve engelleri kolaylıkla aşabilen bir ‘sosyo-ekonomik iç içe olma hali’ söz konusudur.

* Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı, muharremkalic@ybu.edu.tr, ORCID ID: 0000-0002-7937-3998, (Geliş Tarihi: 31.05.2020 - Kabul Tarihi: 30.06.2020).

1 Dünya Sağlık Örgütü 06 Temmuz 2020 tarihli verilerine göre Dünya genelinde 11.327.790 onaylanmış Covid-19 vakası bulunmaktadır. Onaylanmış ölüm sayısı ise 532.340 olarak kaydedilmiştir, <https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019>, s.e.t. 06.07.2020.

Yekpare bir üst-kamusal ağ ile örülü ulusların sanal bile olsa maruz kaldıkları yoğun etkileşimi, tam olarak ‘yarar’ temelinde olmasa da ‘zarar’ temelinde bir ‘küresel eşitlik’ düzenine yol açmıştır. Lokomotif sektörel alanlar başta olmak üzere herhangi bir ulusun ‘ihmalî, ihlali veya kötü yönetimi’, bir bütün olarak küreyi riske maruz bırakabilmektedir. Yine bir başka ayrışan yön ise, bilişim teknolojisi alanındaki dramatik gelişimin ortaya çıkardığı iletişimsel devrimin ‘söz ve söylem’ iktidarının kimi zaman zorbalığa varan sanal evreninin dilidir. Bu ‘sanal evrende’ çeşitlenen iletişim formları ile üretilen ‘enformatif bilgi’ klasik tasniflerde yer alan hiçbir epistemik çerçeveye dahil edilemeyecek türden bir ‘bilgi’ üretmektedir. Pandemi döneminde bu bilgi türü, üretmiş olduğu kirli/zararlı içeriği işlemek üzere ‘infodemi’ olarak adlandırılmıştır.

Farklılaşan dinamiklerini özetle ifade etmiş olduğumuz Covid-19 pandemisi, doğrudan ‘kriz durumuna’ neden olan etkenler başta olmak üzere, bu kriz ile mücadele kapasitesi olarak ‘yeni bir kamusal aklın’ icadı noktasında derin bir düşünümüne kapı aralamıştır. Sözü ettiğimiz ‘yeni kamusal akıl’, ‘siyasal sistemlerden ekonomik düzenlere; piyasa ekonomisinden sanat politikasına; hukuk anlayışından iletişim stratejilerine; sosyal yaşam pratiklerinden eğitim politikasına; hak ve özgürlükler siyasetinden kentleşme düzenine varıncaya kadar birçok alanda bütün olarak yeni arayışları tetikleyen düşünsel süreçlerin bir hasılası olarak nitelendirilebilir.

Bu çalışmaya konu edindiğimiz, sosyal haklar² kapsamında tasnif edilen ‘sağlık hakkı’, ufukta beliren düşünümelliğin dikkat çekici bir konusu olarak karşımızda durmaktadır. Burada ilgili hak konusunu problematize etmeyi gerekli kılan birincil etken kuşkusuz, ‘sağlık’ meselesinin tüm yönleriyle pandemi ile mücadelenin merkezi unsurunu oluşturmasıdır. ‘Sosyal haklar, sağlık hakkı, sağlık güvencesi, sağlık sistemi ve sağlık hizmeti’ gibi temel meseleler pandeminin yol açtığı kamusal kaygının tetikleyici gücü ile pragmatik biçimde küresel bir tartışma zemini yaratmıştır. İçinde bulunduğumuz kriz halinin sıcaklığı ve yıkıcı etkisi altında da olsa bu konunun gündeme gelmesi gelecek adına ümit vericidir. Zira kapitalist modern liberal siyaset, hukuk ve ekonomik düzenin nihai zaferi ile sonlandığı düşünülen tarih tezlerinin, tarihsel gerçekliği ve dinamiği ıskaladığı görülmüştür. Öyle ki tarihsel gerçeklik, daha birçok tarihsel anlatıyı sahneye sokma potansiyelini bağrında taşıdığını her bir krizde olduğu üzere, pandemi krizinde de acı biçimde insanlara anlatmıştır.

Bu çerçevede olmak üzere, varoluşsal anlamda insan olmanın metafiziksel istinatgahı olan ‘insan onurunun’ koruyucu kalkanı olarak hak ve özgürlüklere ilişkin tasavvur da sözü ettiğimiz krizin esaslı gündemlerinden birisini oluşturmaktadır. Zira her şeyden önce pandemi riskinin kendinde icbâriliği ile tevesül edilen ‘istisnai yönetim’ usulleri ve bunun post-pandemik dönem için yönetsel

2 Bir insan hakkı olarak ‘sosyal hakların’ tarihsel arkaplanı ve ilgili hakların etkili korunmasına ilişkin kavramsal çözümleme için bkz., **Ertan, İzzet Mert** (2015) Sosyal Hakların Uluslararası Korunması ve Avrupa Sosyal Şartı Sistemi, İstanbul, Beta Yayıncılık, s. 6-26. Ayrıca bkz., **Algan, Bülent** (2007) Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması, Ankara, Seçkin Yayınları.

rutine dönüşme olasılığı, bu gündemi kamusal entelektüelliğin tartışma zeminine taşımaktadır. Bu bağlamsal çerçevede burada, modern insan hakları öğretisi ve uygulamasına egemen olan birinci kuşak haklar katalogunun muhkem çerçevesinin dışında varlık mücadelesini sürdüren ikinci kuşak haklar olarak tanımlanan 'ekonomik, sosyal ve kültürel haklar' kapsamında yer alan sağlık hakkını sosyo-legal dinamiği açısından konu edineceğiz.

I. HAKLAR DİYALEKTİĞİ: HAK KUŞAKLARINA İÇKİN NORMATİF DİNAMİK

İnsan hakları, birey karşısında devletin ilgili haklara ilişkin olarak yükümlülük çerçevesini belirleyen statüsel durum üzerinden klasik bir sınıflandırmaya tâbi tutulmuştur. Negatif ve pozitif sorumluluk/yükümlülük durumunu belirleyen bu sınıflamanın ilk örneğini ünlü hukuk kuramcısı Georg Jellinek ortaya koymuştur.³ Jellinek'in birey hakları bağlamında kaydettiği statüsel sınıflandırma; negatif (*status negativus*), pozitif (*status positivus*) ve aktif (*status activus*) statü haklarını içermektedir. Bunlardan özellikle aşağıda sözünü edeceğimiz negatif statü hakları, 'bireyin öz alanını' deyimlemektedir. Öte yandan pozitif statü hakları ise, toplumun yararına uygun biçimde devletin sosyal alanda birtakım yükümlülükler üstlenmesini ifade etmektedir.⁴

İnsan hakları öğretilerinde birincil hak kategorisi olarak sınıflandırılmış olan 'medenî ve siyasi haklar, birey karşısında devlete 'müdahalede bulunmama' ilkesi doğrultusunda 'negatif sorumluluk yükleyen haklar kuşağını ifade etmektedir. Bu hak kuşağının normatif dinamiği, ilgili haklar alanında devletin 'pasif ve negatif bir tutum' sergilemesidir. Bir anlamda bu alan, kamu otoritesi açısından 'yasak bölge' olarak tanımlanmıştır. Tarihsel arka plan açısından 18. yüzyılda varlık gösteren söz konusu klasik özgürlükler, literatürde 'negatif özgürlükler' olarak nitelendirilmiştir.⁵

'Negatif yükümlülük' doğuran bu özgürlükler, herhangi bir 'devletin müdahaleden kaçınmasını ve dolayısıyla insan haklarına saygı göstermesini' gerekli kılan bir sorumluluktur. Bu sorumluluk çerçevesinde devletler örneğin, "işkenceden (3. madde) ve ifade özgürlüğüne müsaade edilmeyen sınırlamalardan (10. madde) kaçınma" yükümlülüğü altındadır. Bu türden kamusal yükümlülükler, tipik olarak 'medenî ve siyasi haklara' özgüdür. O nedenle, Sözleşme'nin (AİHS) taraf devletlere getirmiş olduğu yükümlülüklerin çoğu bir tür 'kaçınma' sorumluluğu getirmektedir.⁶

On sekizinci yüzyılda Amerikan ve Fransız devrimlerinin tarihi tektonik etkisi neticesinde 'negatif özgürlükler' üzerinden insan hakları katalogunun normatif biçimlenmesi gerçekleşmiştir. Normatif biçimlenme süreci, trajik tarihsel hak ve

3 Bkz., **Gözler, Kemal** (2017) İnsan Hakları Hukuku, Bursa, Ekin Yayınları, s. 152-154.

4 Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz., **Güngören Bulgan, Birden** (2020) Georg Jellinek'in Hak ve Devlet Kuramı, 2. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s. 47-55.

5 **Kapani, Münci** (1993) Kamu Hürriyetleri, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 50.

6 Bkz., **Harris, D. J./O'Boyle, M./Bates, E. P./Buddey, C. M.** (2013) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku (Çeviren: Ed. H. Dinçer), Avrupa Konseyi, s. 19.

özgürlük mücadeleleri yoluyla başarılı biçimde sonuçlanmıştır. Bu mücadele neticesinde elde edilen birincil alan, daha sonrasında ‘birinci kuşak haklar’ olarak literatürel tanımlamaya mazhar olmuştur. Modern insan hakları düşüncesinin kurucu figürlerinden olan John Locke’un düşünsel çerçevesi üzerinden klasikleşen formu ile bu klasik haklar, ‘yaşam, mülkiyet ve özgürlük’⁷ üçlemesi üzerinden yapılandırılmıştır.

Bunun ardından yine kökeninde sınıfsal bir mücadelenin yer aldığı ‘ekonomik, sosyal ve kültürel haklar’ da farklı tarihsel ve sosyolojik dinamikler ve mücadele biçimleri üzerinden normatif varlığına kavuşmuştur. Bu hakların, tarihsel köklerinin izini 19. yüzyıla kadar sürmemiz mümkün olmakla birlikte, bir hak kataloğu olarak anayasalarda pozitif bir varlığa kavuşması yirminci yüzyılın özellikle ikinci yarısına tesadüf etmektedir.⁸ Siyasi tarih açısından değerlendirildiğinde, bu hak kategorisine dahil olan hak türleri, özellikle ikinci dünya harbi sonrası dönemde liberal siyasal sistemlerin kendilerini konsolide etme yolundaki revizyonist tutumlarının bir tezahürü olarak yorumlanabilir. ‘Adalet’ temelinde kurgulanan bu revizyonist tutum kendisini, yine liberal siyasal felsefenin içinde kalarak ‘sosyal adalet’ olarak tanımlamıştır. ‘Sosyal adalet’, sanayi devriminin yarattığı sosyo-ekonomik ve sosyo-kültürel dinamiklerle birlikte ortaya çıkan sınıfsal çatışmalar ve adaletsizliklerin tetiklemiş olduğu tarihsel huzursuzluklar karşısında siyasal sistemlerin yapısal bünyede bir ehlileştirme çabası olarak doğmuştur. Her ne kadar Hayek, adalet kavramının ‘sosyal’ nitelemesi ile kavramsallaştırılmasının anlamsızlığını vurgulasa da ‘sosyal adaleti’ ortaya çıkaran tarihsel durumun bir ahlaki zemine dayandığını kabul etmektedir.⁹

Özdeşleşik bir aksiyolojik zemin üzerinden kavramsallaştırılan insan hakları, ilk iki hak kuşağının yanı sıra tarihsel dinamikleri ve referansları açısından farklılaşan üçüncü ve dördüncü kuşak haklar da dahil olmak üzere, bütünsellik¹⁰ arz eden bir fikri temel üzerine kurulmuştur. Nitekim Jack Donnelly’nin isabetle tespit ettiği üzere literatürde yer alan bu ikili ayırımın, kuşaklar arasında ‘karşıtlık ve bağlantısızlık’ düşüncesi yaratması doğaldır. Ancak tarihsel kökenine ilişkin dinamiklerden bağımsız olarak ilgili hakların evrimsel biçimde bütünselleşme yönünde evrildiği görülmektedir. Nitekim özellikle Batı Avrupa’da ‘refah devleti’ uygulamaları doğrultusundaki siyasal pratik ile birlikte ikinci kuşak haklara ilişkin tartışmalar anlamını büyük ölçüde yitirmiştir.¹¹ Tarihsel referansları açısından değerlendirildi-

7 “Herkes eşit ve bağımsız olduğundan, hiç kimse diğerinin yaşamına, sağlığına, özgürlüğüne ya da malvarlığına zarar vermemelidir.” Bkz., **Locke, John** (2004) Yönetim Üzerine İkinci İnceleme (Çeviren: Fahri Bakırcı), Ankara, Babil Yayıncılık, s. 7.

8 Siyasi tarihte sosyal hakların pozitif hukuka geçiş süreci konusunda ayrıntılı bilgi için bkz., **Kapani**, s. 53-60.

9 Bkz., **Hayek, F. A.** (2013) *Law, Legislation and Liberty*, London and New York, Routledge, s. 226 vd. Ayrıca bkz., **Aktaş, Sururi** (2018) *Hayek’in Hukuk ve Adalet Teorisi*, 2. Baskı, Ankara, Liberte Yayınları, s. 232.

10 Hak kuşaklarının değerlendirilmesinde ‘bütünsellik ilkesi’ konusunda bkz., **Uygun, Oktay** (2019) *Devlet Teorisi*, 6. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s. 497 vd.

11 **Donnelly, Jack** (1995) *Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları* (Çeviren: Mustafa Erdoğan, Levent Korkut), Ankara, Yetkin Yayınları, s. 38-40.

ğinde 'refah devleti' (*etat-providence; nelfare State; sozialstaat*) 18. yüzyılın sonlarından itibaren Avrupa uluslarının (Fransa, İngiltere ve Almanya)¹² farklı sanayileşme tecrübeleri üzerinden bir siyasi restorasyon olarak ortaya çıkmıştır.

Yukarıda sözünü etmiş olduğumuz fikri zeminin kurucu kavramsallaştırması, '*insan onuru*' (*kuman dignity*)¹³ olarak kaydedilmelidir. Felsefi bağlamda '*onur*' (haysiyet, özsaygı, şeref vd.) terimi, bizatihi kişinin '*kendi imgesine uygun davranma ve yaşama bilincine*' eşlik eden yaşam pratiğinin yine kişide 'belirli bir muamele beklentisi' yaratmasını ifade etmektedir. Bu noktada '*onur*', kişinin kendi imgesine uygunluğu ile tezahür eden bir durum olarak kişinin kendisine biçtiği '*değere karşılık gelmektedir*'.¹⁴ Bir bütün olarak insan haklarının '*metafiziksel istinatgahi*' olarak nitelendirdiğimiz '*insan onuru*', bireyin yalnızca yaşam kalitesini yükseltmesi bakımından değil, bizatihi kişiliğini ya da öz benliğini gerçekleştirebilmesinin varoluşsal zemini olması açısından da esaslı bir yer teşkil etmektedir. Söz konusu varoluşsal durum, kuşkusuz bir bütün olarak hakların diyalektiksel ilişkisi üzerinden yapılandırılması ile mümkün olabilecektir.

Nitekim birinci kuşak haklarla olan zorunlu organik ilişkisi üzerinden sosyal haklar, kişinin onuru zedelenmeden 'doğuştanlık ilkesi' doğrultusunda bireyin sahip olduğu hakların gereğini icra edebilme kapasitesini mümkün kılacaktır. Bu meydana, anayasal düzenlemelerde kendilerine yer bulmuş olan 'eğitim hakkı', 'sağlık hakkı', 'sosyal güvenlik hakkı' ve 'konut hakkı' gibi hakların yanı sıra, henüz 'beslenme hakkı' gibi anayasallaşmamış çok sayıda yeni hak kategorisinden söz edilebilecektir. Çağın dinamikleri ve toplumsal talepler doğrultusunda insan hakları literatürüne konu olan her bir yeni hak kategorisi, tüm kavramsal içerimiyle '*insan onurunu*' tahakkuk ettirme amacına matuf olarak değerlendirilebilecektir.

Onur sahibi bir varlık olarak insanca yaşam sürebilmenin tahkim edici güvencesini oluşturan sosyal hakların insan hakları literatüründe birinci kuşak hak kategorisinden niteliksel anlamda ayrıştığına dair tez, söz konusu hakkın kırılğan doğasını tahkim edici niteliktedir. Öğretide ilgili tez, bu hakların 'soyutluk', 'bağımlılık', 'tedricilik', 'ahlaki görev oluşturmak' ve 'dava edilebilirlik' nitelikleri üzerinden tanımlanmıştır.¹⁵ Bu türden tezlere karşı olmak üzere, Viyana'da 25 Haziran 1993 tarihinde 'Dünya İnsan Hakları Konferansı' tarafından kabul edilen '*Viyana Deklarasyonu ve Eylem Programı*', kuramsal açıdan insan haklarının bütünleşik yapısına dikkat çekmiştir. Bu noktada insan hakları, evrensel (*universal*), bölünmez (*indivisible*) ve birbirine bağımlı ve birbiriyle ilişkili (*interdependent and interrelated*) olan haklardan müteşekkildir. Buna göre uluslararası toplum, insan haklarını küresel

12 **Rosanvallon, Pierre** (2004) Refah Devletinin Krizi (Çeviren: Burcu Şahinli), Ankara, Dost Kitabevi Yayınları, s. 119. Ayrıca bkz., **Balcı Gökçeoğlu, Şebnem** (2007) Tutunamayanlar ve Hukuk, Ankara, Dost Kitabevi Yayınları, s. 21-25.

13 Donnelly'nin de belirttiği üzere, Uluslararası İnsan Hakları Belgelerinde insan haklarının "*insan kişinin özündeki onurdan*" kaynaklandığı kaydedilmektedir. Bkz., **Donnelly**, s. 27.

14 **Kuçuradi, İonna** (1999) Etik, Ankara, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, s. 162.

15 Ayrıntılı bilgi için bkz., **Şahin, Adil** (2010) "Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda Ekonomik Sosyal ve Kültürel Hakların Niteliği Bağlamında Sağlık Hakkının Kapsamı Üzerine Bir İnceleme", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 59, S: 4, s. 722.

olarak adil ve eşit biçimde, benzer bir temelde ve eş vurguyla dikkate alınmalıdır. Ulusal ve bölgesel özelliklerin ve çeşitli tarihi, kültürel ve dini geçmişlerin önemi göz önünde bulundurulmakla birlikte, siyasi, ekonomik ve kültürel sistemlerinden bağımsız olarak tüm insan haklarını ve temel özgürlükleri teşvik etmek ve korumak devletlerin temel sorumluluğu olarak belirlenmiştir.¹⁶

II. HAKLAR DİYALEKTİĞİ AÇISINDAN SAĞLIK HAKKI

Literatürel bir sınıflama olan ‘hak kuşaklarının’ için normatif dinamikleri açısından ‘sağlık hakkı’ konunun çerçevesinin somutlaştırılması noktasında elverişli bir zemin sunmaktadır. Bu meyanda insan hakları doktrininde, ‘bütünlükçü teorik yaklaşımların karşısında ‘ayrıştırıcı’ tezlerin temel argümanları üzerinden yürütülecek olan tartışma daha anlamlı bir çerçeve ortaya koymaktadır.

Bütün ‘ayrıştırıcı’ öğretisel değerlendirmelere ve tezlere rağmen, ‘ekonomik, sosyal ve kültürel haklar’ kataloğu, başta birinci kuşak haklar olmak üzere bütün hak kategorileri ile ‘organik bir ilişkiselliğe sahiptir. Bu kapsamda olmak üzere, yaşamsal bir hak olarak ‘sağlık hakkı’ da böylesi organik bir bağ ile diğer hak alanlarıyla doğrudan ilişkilidir. Bu yaşamsal hak, öngördüğü ‘pozitif yükümlülükler’ ile devletin bireyleri koruyucu birtakım tedbirler almasını gerekli kılmaktadır. Ancak söz konusu yükümlülükler, ‘devletin mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsü¹⁷ ile kayıtlanmıştır. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) de bu çerçevede alınacak önlemlere ilişkin yükümlülüğün “*imkânsız veya orantısız*” olacak biçimde yorumlanmaması gerektiğini vurgulamıştır.¹⁸

Anayasa sistematığımızda bu “organik ilişkisellik”, özellikle anayasal ilkelerin kavramsal içeriminde göze çarpmaktadır. Öyle ki, ‘sosyal adaleti’ tahakkuk ettirebilmenin ilkesel imkânı¹⁹ olarak Anayasamızın 2. maddesindeki²⁰ ‘sosyal devlet’ prensibi, sağlık hizmetinin belirli bir ‘erişilebilirlik’ ve nitelik düzeyinde kamusal bir hizmet olarak yurttaşlara sunumu açısından âmir bir hüküm olarak değerlendirilebilir. İlgili anayasal ilke doğrultusunda devletin sahip olduğu mali kaynakların yeterliliği ölçüsünde bu hakların gereğini yerine getirmesi öngörülmektedir. Bu çerçevede devletin kamu sağlığını koruma adına tedbir olarak önleyici sağlık hizmetleri ve sağlık yatırımları yapması icap etmektedir. Sözü ettiğimiz bütün bu gereklilikler, diğer haklar kuşağının normatif güvencesini tahkim adına hayati bir önemi haizdir.

16 Bkz., World Conference on Human Rights, “Vienna Declaration and Programme of Action”, Vienna, 14-25 June 1993, <https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/vienna.pdf>, s.e.t. 23.05.2020.

17 ‘Devletin iktisadi ve sosyal ödevlerinin sınırlarını’ belirleyen Anayasamızın 65. Maddesine göre; “Devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek malî kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir.”

18 Bkz., Harris/O’Boyle/Bates/Buddey, s. 45.

19 Bkz., Aktaş, s. 224-225.

20 Anayasamızın Cumhuriyetin niteliklerini tâdat eden ikinci maddesinde bu ilkeye şöyle yer verilmiştir; “Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, millî dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devletidir.”

Bu noktada John Locke, yönetim felsefesini temellendirmiş olduğu argümanlarında, siyasal yönetimin “*özel bir yasayla herhangi bir kimsenin yoksullaşmamasını ya da hastalanmamasını*” temin edemeyeceğini ancak, siyasal yönetimin regülatif aracı olan yasalar ile “*mümkün olduğu kadar, vatandaşların mülkiyetinin ve sağlığının başkalarının sahtekarlığı ve şiddeti yüzünden zarar görmemelerini sağlayabileceğini*” belirtmektedir.²¹ Burada Locke, en azından kamu sağlığına yönelecek tehdit karşısında bir yasal güvence mekanizması öngörmektedir.

Temelinde bu tartışmayı, bir ‘haklar dizgesi olarak hukuk’ üzerinden yürütülen bir tartışma olarak nitelendirebiliriz. Nitekim modern dönem hukuk düşünürlerinden Dworkin bu çerçevede bütünlüklü bir hak/hukuk tasavvuru geliştirmiştir. Hukuku, yargılama sürecinde savunulan haklar bütünü olarak değerlendiren Dworkin, yargıçlar gibi tüm devlet görevlilerinin hakları ‘*ciddiye alması*’ gerektiğini vurgulamıştır.²² Düşünür, demokratik siyasallığa dair, ‘çoğunlukçu ve ortaklık demokrasisi’ olmak üzere iki farklı demokrasi yaklaşımından söz etmiştir. Halkın çoğunluğunun halkın geri kalan kısmını yönetme biçimi olarak ‘çoğunlukçu demokrasi’ ile bir şirket veya ortaklığa benzer biçimde halkın kendi kendini yönetmesi usulü olarak ‘ortaklık demokrasisi’ arasındaki ayrışma noktalarına temas etmiştir.²³

Bu doğrultuda Dworkin, dünya anayasalarında özellikle ‘temel sağlık güvencesi’ ya da ‘yaşanabilir konut hakkı’ gibi ekonomik ve sosyal hakların güvence altına alınması noktasındaki ayrışan yönleri dikkat çekmiştir. Sözü edilen güvenceler açısından değerlendirildiğinde Amerika Birleşik Devletleri (ABD) Anayasası’nın herhangi bir güvenceye yer vermediğini kaydetmiştir. Siyasal sistem açısından ‘çoğunlukçu demokratik’ yönetimlerin anayasal sistemlerinde bu tür güvencelere veya hükümlere yer vermediğini öne sürmüştür. Çoğunluğun yerleşik iradesi tarafından karara bağlanması gereken konular kategorisinde olmasından ötürü sosyal haklara ilişkin güvencelerin anayasalarda yer alması uygun görülmemiştir. Zira sosyo-ekonomik konular, ‘bütçe, kaynakların bölüşümü ve vergi sistemi’ gibi temel meselelerde politik bir tercihi gerekli kılmaktadır. ‘Çoğunlukçu demokrasilerde’, söz konusu politik tercihler, halkın seçilmiş temsilcileri tarafından gerçekleştirilmektedir. Diğer yanda ‘ortaklık demokrasisinde’ ise söz konusu haklar, güvence altına alınmak durumundadır. Zira adı geçen haklar, bir anlamda demokrasinin ön koşulu niteliğindedir.²⁴

Sonuç olarak, hak kuşakları arasındaki diyalektiksel dinamik, insan haklarının sancılı tarihsel serencamının merkezi mücadele alanını oluşturan ‘medeni ve siyasi’ haklar ile diğer kuşak hakları arasındaki ilişkiye dair politik perspektifte kendi-

21 **Locke, John** (2012) Hoşgörü Üstüne Bir Mektup (Çeviren: Melih Yürüşen), 5. Baskı, Ankara, Liberte Yayınları, s. 46.

22 Bkz., **Dworkin, Ronald M.** (2007) Hakları Ciddiye Almak (Çeviren: Ahmet Ulvi Türkbağ) Ankara, Dost Kitabevi Yayınları, s. 223 vd.

23 **Dworkin, Ronald M.** (2011) “Siyasal Anayasanın Ahlaki Temelleri”, Anayasa Yargısı Dergisi, S: 28, s. 28.

24 **Dworkin, Ronald M.** (2011), s. 32.

sini açığa çıkarmaktadır. Bütünselci doktriner perspektiften değerlendirildiğinde, sağlık hakkının diğer sosyal hak türleri ile birlikte eklenildiği haklar dizgesinin, bu dinamik üzerinden demokratik siyasi sistemlerde bir ‘talep meşruiyeti’ yaratığı söylenebilir. Nitekim Dworkin’in çerçevesini çizmiş olduğu ‘ortaklık demokrasisi’ böylesi bütüncül bir hak/ lar felsefesi öngörmektedir.

III. SAĞLIK HAKKININ ULUSALÜSTÜ NORMATİF ÇERÇEVESİ

İçerisinde yer alan haklar listesi ve kavramsal içeriği itibarıyla homojenitesi olmayan bir hak kataloğu olarak nitelendirilebilecek olan sosyal haklar²⁵ kapsamında yer alan ‘sağlık hakkına’, ilk kez Birleşmiş Milletlerin (BM) uzmanlık birimlerinden birisi olan Dünya Sağlık Örgütü (WHO)²⁶ Anayasası yasal bir çerçevede yer vermiştir. Bu bağlamda WHO’nun 1946 tarihli Anayasal belgesinde sağlık, ‘bir bütün olarak fiziksel, ruhsal ve sosyal esenlik durumu’ olarak tanımlanmıştır. Burada fiziksel ve ruhsal bir bütünlük olarak tanımlanan insanın herhangi bir ‘hastalık ya da maluliyetten âri olması’ sağlıklı olmanın kriteri olarak kabul edilmiştir. Örgüt, sosyal haklar bağlamında devletlerin ‘pozitif yükümlülüklerine’ de işaretlerle sağlık hakkını şu ifadelerle temel bir hak konusu olarak düzenlemiştir. “Ulaşılabilir en yüksek sağlık standartlarından yararlanma; ırk, din, siyasi görüş, ekonomik ya da sosyal durum farkı gözetilmeksizin her insanın temel haklarından biridir.”²⁷

Sağlık hakkının²⁸ bildirgesel normatif çerçevesi ise, 1948 tarihli ‘Evrensel İnsan Hakları Bildirgesinin 25. maddesinde görece kapsamlı bir sosyal haklar kataloğu üzerinden düzenlemeye konu olmuştur.²⁹ Bu düzenleme sağlık hakkını, kendi ba-

25 Bkz., **Bulut, Nihat** (2009) Sanayi Devriminden Küreselleşmeye Sosyal Haklar, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s. 60-61.

26 Dünya Sağlık Örgütü (World Health Organization - WHO) Birleşmiş Milletlere bağlı olan ve sağlığı geliştirmek, dünyayı güvende tutmak ve savunmasız kişilere hizmet etmek için uluslararası çalışmalar yapan bir örgüttür. Dünya Sağlık Örgütü (WHO) 7 Nisan 1948 tarihinde ‘sağlığın bir insan hakkı olduğu’ ve tüm insanların en yüksek sağlık standardından yararlanmaları gerektiği ilkesi üzerine kurulmuştur.

Bkz., <https://www.euro.who.int/en/about-us/organization/who-at-70/milestones-for-health-over-70years> Örgüt, sağlık hakkının tanımlanması noktasında ilk normatif adımı atmış olmasına rağmen, süreç içerisinde bu hakkın normatif içeriğini geliştirme doğrultusunda girişimsel yetkisini kullanmamıştır. Bkz., **Ertan, İzzet Mert** (2012) Uluslararası Boyutlarıyla Sağlık Hakkı, İstanbul, Legal Yayınevi, s. 15. Bu yönüyle eleştirilen Örgüt, Covid-19 salgını döneminde de pandemik krizi yönetmedeki yetersizlikleri açısından dünya kamuoyunda ciddi eleştirilerin odağı olmuştur. Özellikle ABD Başkanı Donald Trump, ‘koronavirüsün yayılmasını gizleme ve süreci iyi yönetmeme’ gerekçeleriyle WHO’ya yönelik bir soruşturma başlatılacağını duyurmuştur. Bkz., <https://www.bbc.com/news/world-us-canada-52289056>, s.e.t. 29.05.2020.

27 Basic Documents: forty-ninth edition (including amendments adopted up to 31 May 2019). Geneva: World Health Organization; 2020, https://apps.who.int/gb/bd/pdf_files/BD_49th-en.pdf#page=7

28 Sağlık hakkının tarihsel süreci için bkz., **Porter, Dorothy** (1999) Health, Civilization and the State: A History of Public Health From Ancient to Modern Times, London, New York. **Tarantola, Daniel** (2008) “A Perspective on the History of Health and Human Rights: From the Cold War to the Gold War”, *Journal of Public Health Policy*, Vol: 29. **Azarkan, Ezeli** (2018) Uluslararası Hukukta Sağlık Hakkı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 47-49.

29 “Herkesin, yiyecek!(beslenme), giyim, konut, tıbbi bakım ve gerekli sosyal hizmetler dahil olmak üzere, kendisinin ve ailesinin sağlık ve refahını!(esenliğini) temin için, yeterli bir yaşama standardına (sahip olma) hakkı ve işsizlik, hastalık, maluliyet!(sakatlık), dulluk, yaşlılık hallerinde ya da geçim olanaklarından kendi kontrolü dışındaki koşullardan doğan diğer yoksunluk durumlarında, (sosyal) güvenceye (sahip olma) hakkı

sına bir hak olarak ele almaktan ziyade, 'yaşam/a standardı hakkının' bileşenlerinden birisi olarak değerlendirmiştir.³⁰ Bildirge, insan haklarının bütünselliğinin bir göstergesi olmanın ötesinde, aynı zamanda sağlık hakkının yakın ilişki içinde olduğu diğer haklara da işaret etmiştir.³¹

Bir başka düzenleme 1966 tarihli '*Uluslararası Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesinin*' (ICESCR) ilgili 12. maddesinde yer almıştır. İlgili düzenleme ile Sözleşmeye taraf devletler, etkin erişilebilirlik düzeyinde insanların 'en yüksek standartta fiziksel ve ruhsal sağlık hizmetlerinden yararlanma hakkını' tanımakla yükümlendirilmiştir. Taraf Devletlere,³² yurttaşların bu haktan tam anlamıyla yararlanabilmeleri için birtakım önlemler almaları yükümlülüğü getiren düzenlemelere yer verilmiştir. Bu kapsamda olmak üzere ilgili düzenlemede, 'çocuğun sağlıklı gelişimi'; 'çevresel ve sınâi sağlık şartlarının iyileştirilmesi'; 'salgın ve diğer hastalıkların önlenmesi, tedavisi ve denetim altında tutulması'; 'bütün sağlık hizmetlerini ve tıbbi bakımı temin edecek koşulların yaratılması' gibi birtakım sağlık tedbirleri öngörülmüştür.³³ Sözleşmeye 5 Mayıs 2013 tarihinde eklenerek yürürlüğe giren *Ek İhtiyarî Protokol*³⁴ ile sağlık hakkını da içerir biçimde 'ekonomik ve sosyal hakların' uluslararası hukuk bağlamında daha güvenceli hale getirilmesi yönünde kurumsal bir adım atılmıştır. Bu somut adım, ilgili hakların 'dava edilebilirliğine' ilişkin normatif bir güvence yaratmıştır.³⁵

Nitekim bu meyanda '*Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesinin (Committee on Economic, Social and Cultural Rights)*, yayınlamış olduğu '*Genel Yorumda. (General Comment)*' sağlık hakkının değerlendirilebilmesi noktasında dört temel kriter belirlenmiştir. Bu kriterler; 'varlık, erişilebilirlik, kabul edilebilirlik ve kalite' olarak

vardır. 2. Analık ve çocukluk (durumları), (ana ve çocuğu) özel bakım ve yardım görmeye hak sahibi kılar. Tüm çocuklar, ister evlilik içinde isterse evlilik dışında doğmuş olsun, aynı sosyal korumadan yararlanacaklardır." 10 December 1948 dated, Universal Declaration of Human Rights Article 25, https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/eng.pdf

30 Marks, Stephen P. (2013) "Emergence and Scope of the Right to Health", In *Advancing the Human Right to Health*, (ed. Jose M. Zuniga, Stephen P. Marks, and Lawrence O. Gostin), Oxford University Press, p. 8.

31 Bkz., Ertan (2012), s. 18-20.

32 Başta Almanya, Fransa, İspanya ve Türkiye olmak üzere sözleşmenin 170 taraf ülkesi bulunmaktadır. https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=IV-3&chapter=4&clang=en, s.e.t. 22.05.2020.

33 Madde 12/1. "Bu Sözleşmeye Taraf Devletler, herkesin ulaşılabilir en yüksek düzeyde fiziksel/(bedensel) ve ruhsal sağlık standartlarından yararlanma hakkını tanır. 2. Bu Sözleşmeye Taraf Devletlerce bu hakkın tam olarak gerçekleştirilmesini sağlamak için alınacak önlemler: (a) Ölü doğum oranının ve çocuk ölümlerinin düşürülmesi ve çocuğun sağlıklı gelişmesinin sağlanması; (b) Çevresel ve sınâi sağlık şartlarının bütün yönleriyle iyileştirilmesi; (c) Salgın, yöresel, mesleki ve diğer hastalıkların önlenmesi, tedavisi ve denetim altında tutulması; (d) Hastalık durumunda bütün sağlık hizmetlerini ve tıbbi bakımı temin edecek koşulların yaratılması, için gerekli bulunan önlemleri de kapsayacaktır." 16 December 1966 dated, International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, <https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/cescr.pdf>, s.e.t. 22.05.2020.

34 Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CESCR/OPProtocol_en.pdf, s.e.t. 22.05.2020.

35 Dericiler Yücel, Özge (2014) *Sosyal Haklar ve İnsan Hakları Hukuku Çerçevesinde Devletin Yükümlülükleri: Refah Devletinin Krizi Ekseninde Bir İnceleme*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s. 2.

sıralanmıştır. Birinci kriter, ‘işler halde halk sağlığı ve sağlık bakımı kuruluşlarının, malzeme, servis ve programlarının’ yeterli miktarda bulunmasına karşılık gelmektedir. ‘Erişilebilirlik’ kriteri, ‘sağlık kuruluşlarının, malzemelerinin ve servislerinin ayrımcılık yapılmadan herkesin erişimine açık olmasını’ gerekli kılmaktadır. Bu kriter, ‘ayrımcılık yapmama’, ‘fiziksel, ekonomik ve bilgisel erişilebilirlik’ olmak üzere dört bileşenden oluşmaktadır. Kabul edilebilirlik kriteri; tüm sağlık kuruluşları, malzemeleri ve servislerinin tıbbi etiğe saygılı; kültürel olarak uygun, cinsiyete ve yaşam döngüsü gereklerine duyarlı; aynı zamanda hizmet alanların mahremiyetlerine saygı duyulacak ve onların sağlık seviyelerini yükseltecek biçimde tasarlanmış olmalıdır. Son olarak kalite kriteri ise, ‘sağlık kuruluşları, malzemeleri ve servislerinin bilimsel ve tıbbi gereklere uygun ve iyi nitelikte’ olmasını gerekli kılmaktadır.³⁶

Benzer biçimde 1996 tarihli ‘Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartının³⁷11. maddesi, ilgili hak konusunu ‘sağlığın korunması hakkı’ olarak tanımlamıştır. İlgili düzenleme, taraf ülkelerin bu hakkın etkin biçimde kullanılmasını sağlama hedefine matuf olarak birtakım önlemler sıralamıştır. Bu kapsamda olmak üzere; ‘sağlığın bozulmasına yol açan nedenleri olabildiğince ortadan kaldırma’; ‘sağlıklı yaşamı teşvik amacıyla danışma ve eğitim olanakları sağlama’; ‘salgın/epidemik hastalıkları veya süreklilik arz eden/endemik hastalıkları ve diğer hastalıkları önlemeye’ yönelik tedbirlerin geliştirilmesi teklifi getirilmiştir.³⁸ Bütün bunların dışında Avrupa Konseyi Belgeleri, Amerikan Devletleri Örgütü Belgeleri ile Afrika Birliği Belgelerinde de sağlık hakkına ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir.³⁹

Bu çerçevede olmak üzere, 2005 tarihli ‘Uluslararası Sağlık Tüzüğü’ (International Health Regulation)’, halk sağlığı açısından ortaya çıkabilecek olan riskle orantılı ve sınırlı olma koşulu ile ‘hastalıkların uluslararası yayılımını önlemek ve kontrol etmek ve bu hastalıklara karşı korunmak’ adına halk sağlığı açısından gerekli olan önlemleri alabilmek amacıyla matuf bir normatif çerçeve ortaya koymuştur.⁴⁰ İlgili düzenlemenin 18. maddesine göre Dünya Sağlık Örgütü, halk sağlığını tehdit eden durumların gerçekleşmesi halinde, halk sağlığı açısından risk oluşturabilecek şekilde enfekte ya da kontamine olmuş veya enfeksiyon ya da kontaminasyon kaynağı olan kişileri gözlem altına almak; karantina uygulaması yapmak; veya diğer

36 Committee on Economic, Social and Cultural Rights, “General Comment No. 14: The Right to the Highest Attainable Standard of Health (Art. 12)”, 11 August 2000.

37 Avrupa Sosyal Şartı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., Harris, David John/Darcy, John (2001) The European Social Charter, (Harris ve Darcy), 2nd ed., N.Y., Transnational Publishers.

38 Madde 11. “Sağlığın korunması hakkı Taraflar, sağlığın korunması hakkının etkin biçimde kullanılmasını temin etmek amacıyla, ya doğrudan ya da kamusal yahut özel örgütlerle işbirliği yaparak, diğer önlemlerin yanı sıra: 1. sağlığın bozulmasına yol açan nedenleri olabildiğince ortadan kaldırmak; 2. sağlıklı olmayı geliştirmek ve sağlıklı ilgili konularda kişisel sorumluluk üstlenmeyi teşvik etmek üzere, danışma ve eğitim olanaklarını sağlamak; 3. salgın/epidemik hastalıkları, yöresel ve süreklilik arz eden/endemik hastalıkları ve diğer hastalıkları ve bunların yanı sıra kazaları mümkün olduğunca önlemek üzere tasarlanmış uygun önlemleri almayı üstlenirler.”European Social Charter (Revised), 1996, Strasbourg.

39 Ayrıntılı bilgi için bkz., Azarkan, s. 76-81.

40 World Health Organization (WHO) (2005) International Health Regulations, Third Edition, Switzerland, WHO Press, p. 10.

sağlık önlemlerini almak; ve gerekli görüldüğünde izolasyon ve tedavi uygulamasına başvurmanın gerekliliğini düzenlemiştir. Yine bu bağlamda olmak üzere 'şüpheli veya etkilenen kişilerin temaslarının izini sürmek; şüpheli ve etkilenen kişiler ile etkilenmemiş kişilerin etkilenen bölgelere girişine izin vermemek; ve etkilenen bölgelerdeki kişiler üzerinde çıkış taraması ve/ya kısıtlamalar uygulamak' gibi önlemler öngörülmüştür.⁴¹

IV. SAĞLIK HAKKININ KORUNMASINA YÖNELİK YARGISAL EĞİLİM

Teorik kurgusu itibariyle Avrupa Sözleşmesi büyük oranda '*demokratik bir hayat biçimi için zorunlu olan*' medeni ve siyasi haklar üzerine odaklanmıştır. Böylelikle, kısmen tartışmalı niteliğinden ötürü 'ekonomik, sosyal ve kültürel haklar', daha sonra hazırlanacak başka bir sözleşmeye bırakılmıştır.⁴² Sözleşmesel düzeyde normatif çerçevesine kavuşarak öğretide 'ikinci kuşak haklar'⁴³ olarak tanımlanan bu hak kataloğu, kuşkusuz 'tarihsel, sınıfsal ve sosyolojik referansları' açısından ilkinden farklılık arz etmektedir. Temel olarak bu hak kataloğunun 'sağlık hakkı' gibi birey karşısında devlete 'pozitif yükümlülükler' yükleyen hak türleri barındırdığını kaydetmeliyiz.

Bu teorik sınıflamaya uygun biçimde Mahkeme (AİHM) de 'negatif ve pozitif yükümlülükler' tipolojisiyle ilgili kalmaktadır. Bununla birlikte Mahkemenin, '*insan haklarına saygı, insan haklarını koruma ve yerine getirme*' yükümlülüklerini kapsayan bir tipolojik üçlemeyi benimsediği görülmektedir.⁴⁴ Bu tipolojik üçleme yalnızca Mahkeme tarafından değil, *Birleşmiş Milletler (BM) Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi* tarafından da yerleşik biçimde kullanılmaktadır.⁴⁵ Bu çerçevede tüm insan hakları kataloğu açısından geçerli olan, '*saygı, koruma ve yerine getirme*' yükümlülüklerinin geçerliliğini sağlık hakkı için de kaydedebiliriz. Buna göre saygı duyma yükümlülüğü (*respect*), devletlerin sağlık hakkından yararlanmaya doğrudan veya dolaylı olarak müdahale etmekten kaçınmasını gerektirmektedir. Koruma yükümlülüğü (*protect*),⁴⁶ devletlerin üçüncü tarafların 12. madde (*Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi*) garantilerine müdahale etmesini önleyici tedbirler almasını gerekli kılmaktadır. Son olarak, yerine getirme yükümlülüğü (*fulfill*) ise, devletlerin sağlık hakkının tam olarak gerçekleştirilmesi için uygun

41 Ayrıntılı bilgi için bkz., *International Health Regulations -Article 18, "Recommendations with respect to persons, baggage, cargo, containers, conveyances, goods and postal parcels"*, <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/246107/9789241580496-eng.pdf?sequence=1>

42 Bkz., **Harris/O'Boyle/Bates/Buckley**, s. 3.

43 İkinci kuşak haklar kataloğuna ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz., **Uygun, Oktay** (2013) "İnsan Hakları Kuramı", Kamu Hukuku İncelemeleri, 2. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s. 32 vd.

44 Bkz., **Harris/O'Boyle/Bates/Buckley**, s. 19.

45 Bu tipoloji, UN Doc E/CN.4/Sub.2/1987/23 (paragraf 67-68-69) ile formüle edilmiştir.

46 Koruma yükümlülükleri, diğerlerinin yanı sıra, devletlerin üçüncü taraflarla sağlanan sağlık hizmetlerine ve sağlıkla ilgili hizmetlere eşit erişim sağlayan mevzuat kabul etme veya diğer tedbirleri alma görevlerini; sağlık sektörünün özelleştirilmesinin sağlık tesislerinin, mallarının ve hizmetlerinin mevcudiyeti, erişilebilirliği, kabul edilebilirliği ve kalitesi için bir tehdit oluşturmamasını sağlamak; tıbbi cihaz ve ilaçların üçüncü taraflarla pazarlanmasını kontrol etmek; tıp pratiyenlerinin ve diğer sağlık profesyonellerinin uygun eğitim, beceri ve etik davranış kurallarına uymalarını sağlamayı içermektedir.

‘idari, mali, yasal, yargısal ve diğer önlemleri’ almasını gerektirmektedir.⁴⁷

Sözleşme’nin dayandığı temel hak felsefesi ve Mahkemenin (AİHM) itihâdi eğilimi dikkate alındığında herhangi bir hak konusunun etkili bir güvenceye kavuşturulması adına kimi zaman ‘negatif sorumluluk’ ile ‘pozitif yükümlülüğün’ bütünleşik biçimde değerlendirildiği görülmektedir. Örneğin ‘kanunla yaşam hakkının korunması’ (2 (1) maddesi) ile ‘insanlık dışı olmayan cezaevi koşullarının sağlanması’ (3. madde), bu ‘bütünleşik sorumluluğu’ ortaya koymaktadır. Mahkeme, ayrıca Sözleşme (AİHS) kapsamında bazı başka ‘pozitif yükümlülükler’ de ortaya koymuştur. Buna göre, Sözleşmenin 8. maddesinde düzenlenen ‘aile yaşamına saygı hakkı’ kapsamında devlete ‘negatif sorumluluğun’ yanı sıra, ‘etkili saygı’ ilkesi çerçevesinde birtakım pozitif yükümlülüklerin getirilmesi de söz konusu olmuştur. Nitekim bu durumu ortaya koyan Marckx v. Belçika davası⁴⁸ burada ilgi çekici bir yargı kararı olarak kaydedilebilir.⁴⁹

Yüksek insan hakları yargısının dinamik doktriner eğilim doğrultusunda ortaya koymuş olduğu yargısal pratikleri, haklar arasındaki ‘akışkan diyalektiği’ ortaya koymaktadır. Nitekim Sözleşmenin ikinci maddesinde düzenlenen ‘yaşam hakkı’ ile ‘sağlık hakkı’ arasındaki organik bağa ilişkin olarak Calevelli ve Ciglio v İtalya davasına⁵⁰ dikkat çekebiliriz. Mahkeme vermiş olduğu kararda ilgili 2. maddede düzenlenen ‘yaşam hakkını’ korumak için önlemler almaya yönelik ‘pozitif yükümlülüğün’, kamu sağlığı alanına da uygulanacağını teyit etmiştir.⁵¹

Evrensel Bildirge’nin 3. maddesi⁵² ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 2. maddesi⁵³ ile Anayasamızın ‘kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı’⁵⁴ başlıklı düzenlemesi yaşam hakkını güvence altına almaktadır. Yaşam hakkı, demokratik toplumun varoluşsal dinamiği açısından koruma ve güvence mekanizması olarak öngördüğü birincil değerdir.⁵⁵ Bu hak, devletler üzerinde savaş veya herhangi bir olağanüstü durumda bile askıya alınmaması (*derogation*) gereken bir sözleşmesel yükümlülük doğurmaktadır. Söz konusu negatif yükümlülük, devletin kişi hakları açısından asli nitelikli bir değer olan yaşam hakkını ihlal edici tasarruflardan kaçınma sorumluluğuna karşılık gelmektedir. Ancak bununla da sınırlı olmaksızın, yasa’ temelinde bir güvence mekanizması öngörülen bu temel hakkın korunmasına ilişkin pozitif yükümlülükler de söz konusudur.

‘Sağlık hakkı’ ile ‘yaşam hakkı’ arasındaki diyalektik gereği, yaşam hakkının korunmasına dair birtakım önleyici tedbirlerin alınması, taraf devletler için sözleşmesel bir yükümlülük olarak kabul edilmiştir. Nitekim bu durum, ilgili Mahkeme (AİHM) kararlarında ilkesel olarak düzenlenmiştir. LCB v Birleşik Krallık dava-

47 Committee on Economic, Social and Cultural Rights, “General Comment No. 14.”

48 A 31 (1979); 2 EHRR 330 para 31 PC.

49 Bkz., Harris/O’Boyle/Bates/Buddey, s. 20.

50 Bkz., 2002-1 para 49 ve 51.

51 Bkz., Harris/O’Boyle/Bates/Buddey, s. 42-43.

52 İHEB md. 3. “Herkesin yaşama hakkı ile kişi özgürlüğü ve güvenliğine hakkı vardır.”

53 AİHS md. 2. “Herkesin yaşam hakkı yasayla korunur...”

54 Anayasa md. 17. “Herkes yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.”

55 McCann v. Birleşik Krallık, A. 324 (1995); 21 EHRR 97 para 147 BD.

sında⁵⁶ Mahkeme devletin, “başvurucunun hayatına yönelebilecek tüm zararları önlemek için kendisinden beklenebilecek tüm önlemleri alma yükümlülüğü altında” olduğunu karara bağlamıştır.⁵⁷ Bu yönüyle pozitif haklar bir anlamda, negatif hakların etkili biçimde yaşama geçirilebilmesinin aracı olarak kabul edilmiştir.⁵⁸

Yine yaşamı korumak için ‘uygun tedbirler alma’ yükümlülüğü çerçevesinde ‘sağlık hizmetleri’ uygulaması gündeme gelmektedir. Bu bağlamda Kıbrıs v Türkiye davasında⁵⁹ Kuzey Kıbrıs’ta yaşayan bazı Rum ve Marunilerin yeterli sağlık hizmetine erişim kısıtı iddiası ortaya çıkmıştır. Burada Mahkeme, Sözleşmenin 2. maddesinin ‘sağlık hizmetlerinin sunulması’ yükümlülüğünü kapsadığını kabul etmiştir. Mahkeme, genel sağlık hizmeti sunmamaktan ötürü bireyin yaşamını devletin riske atması durumlarında 2. madde sorumluluğunu benimsemiştir. Ancak Mahkeme, ilgili davanın olguları bakımından söz konusu sorumluluğun doğmadığına karar vermiştir.⁶⁰ İdeal anlamda devletlerin egemenlik alanındaki herkese sunması gereken yaşam kurtarıcı sağlık hizmetlerine ilişkin yükümlülüğün, devletlerin mali kaygılarına bağlı olduğu kaydedilmiştir. Temel ve acil sağlık hizmetlerinin bir kamu hizmeti olarak sunulması, ilgili 2. madde açısından beklenmekle birlikte, daha kapsamlı bir sağlık hizmeti sunma yükümlülüğü, AB ulusal mevzuatlarında görüldüğü üzere ‘mevcut kaynaklarla sınırlandırılmıştır.’⁶¹

Bu bağlamda dikkat çekici bir başka karar ise, AİHM yargılamasına konu olan Oyal v. Türkiye davasında verilmiştir.⁶² Mahkeme, Sözleşme’nin (AİHS) 2. maddesinin yalnızca devlet görevlilerinin haksız güç kullanımı sonucunda meydana gelen ölümleri kapsamadığını, ayrıca maddenin birinci paragrafının birinci cümlesinde devletlerin kendi yetki alanlarında bulunanların yaşamını koruma amacına uygun biçimde ‘pozitif yükümlülüğünü’ ortaya koyduğunu vurgulamıştır. Bu ilkelere, halk sağlığı alanına da uygulanabilir nitelikte olduğu kabul edilmiştir. Bu nedenle söz konusu ‘pozitif yükümlülükler’, devletin kamu veya özel hastanelerde hastaların yaşamının korunması için gerekli önlemleri almaya zorunlu kılan düzenlemeler yapmasını gerektirmektedir.⁶³

56 **McCann v. Birleşik Krallık**, A. 324 (1995); 21 EHRR 97 para 147 BD.

57 Bkz., **Harris/O’Boyle/Bates/Buddey**, s. 44.

58 Bu konudaki doktriner tartışma için bkz., **Üzeltürk Tahmazoğlu, Sultan** (2012) Anayasa Hukuku Açısından Sağlık Hakkı, İstanbul, Legal Yayınevi, s. 11-15.

59 2001-IV; 35 EHRR 731 BD.

60 Bkz., **Harris/O’Boyle/Bates/Buckley**, s. 49.

61 Bkz., **Harris/O’Boyle/Bates/Buckley**, s. 49.

62 Davanın ayrıntısı şöyledir; Söz konusu dava, erken doğumda kan nakliyle HIV virüsü enfekte edilen bir hastaya yaşaması için tam ve ücretsiz tıbbi teminat sağlanamamasıyla ilgilidir. Başvuranlar, devlet makamlarının HIV’in kan nakli yoluyla yayılmasını önleyecek önlemler almadığından ve etkili bir soruşturma yürütmediğinden şikayetçi olmuşlardır. Devletin yaşam hakkını koruma sorumluluğu kapsamındaki ‘pozitif yükümlülüğünü’ yerine getirmediği ve suç duyurularına ilişkin olarak etkili bir soruşturma yürütmediği iddia edilmiştir. Başvuranlar, Sözleşme’nin 2. maddesinin sadece kurbanın ölümüyle sonuçlanan olayları değil, aynı zamanda kurbanın hayatını tehdit eden, ciddi bir hasara maruz kaldığı olayları da kapsadığını ileri sürmüştür.

63 **Oyal / Türkiye Davası**, AİHM, 4864/05 Başvuru no, http://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-162088_s.e.t.24.05.2020.

V. SAĞLIK HAKKININ KORUNMASI VE SAĞLIK HİZMETLERİNE ERİŞİM HAKKI

‘İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi’ md. 25/1’de yer alan tanımlaması esas alındığında temelde ‘insanın iyilik haline ulaşmasını hedeflemiş’ olmasından ötürü ‘sağlık hakkının’ insan hakları ile bir ‘amaçsal birlikteliğe’ sahip olduğu ifade edilebilir.⁶⁴ Kapsamı itibariyle sağlıklı yaşamdan sağlık hizmetlerinin sunumuna varıncaya kadar oldukça geniş bir hak çerçevesi ile tanımlanabilecek olan ‘sağlık hakkı’ dinamik bir içerime sahip bulunmaktadır.⁶⁵ Küreselleşen dünyada bu dinamik değişkenleri var eden modern yaşam, ilgili alanı hızlı bir transformasyona uğratmaktadır.

Evrensel Bildirgede yer alan, ‘beslenme, barınma, çalışma ve eğitim hakkı’ gibi haklar ile ‘sağlık hakkı’ yakından ilişkilidir. Bunlar ve diğer haklar sağlık hakkının ayrılmaz bileşenlerini oluşturmaktadır.⁶⁶ Bu çerçevede sağlık hakkı, birçok sağlık hizmeti hakkını içermekle birlikte, ‘güvenli içme suyu, yeterli sanitasyon ve sağlıkla ilgili bilgilere erişim’ gibi sağlığın temel belirleyicilerini kapsayarak sağlık hizmetinin ötesine geçmektedir. Bu hak, ayrımcılık ve istemsiz tıbbi tedaviye (*involuntary medical treatment*) maruz kalmama hakkı gibi özgürlükleri de içermektedir. Ayrıca birinci basamak temel sağlık hizmeti hakkı gibi yetkileri de kapsamına almaktadır. Bu hak, çocuk sağlığı, anne sağlığı ve temel ilaçlara erişim de dahil olmak üzere birçok unsuru kapsamaktadır.⁶⁷ Böylesine kapsamlı bir içerime sahip olan sağlık hakkı, insan haklarının *telosuna* uygunluk arz eder biçimde bireyin devlet ile olan asimetrik ilişkisinde karşı tarafı yükümlendirici hak temelli bir ‘bireysel talep meşruiyeti’ yaratmaktadır.

Böylece ‘sağlık hakkı’ ile insan hakları arasındaki ilişkinin, her biri bir diğeri ile içsel bir bağıntısı bulunan ve her birinin önemli pratik sonuçları olan kavramsal bir çerçeveye sahip olduğunu söyleyebiliriz. Bu çerçeve, birbiri ile ilişkilendirilebilir üç bağıntı düzlemi üzerinden açıklanabilir. Bunlardan ilki; ‘sağlık politikalarının, programlarının ve uygulamalarının’ insan hakları üzerindeki etkisini halk sağlığı bağlamında incelemektedir. Öncelikle sağlık politikaları ve uygulamalarının insan hakları üzerindeki olumlu ya da olumsuz etkisi halk sağlığı bağlamında devlet gücünün kullanımı çerçevesinde açıklanabilir.⁶⁸ İkinci ilişkisellik düzeyi ise, negatif anlamda insan hakları ihlallerinin ‘sağlık hakkı’ üzerindeki etkileridir. Bu meydana örneğin; ‘işkence ve kötü muamele’; ‘ceza ve tutukevlerinde insani yaşam koşullarının bulunmaması’; ‘yargısız infaz ve kayıp olayları’ ile kişisel sağlık durumu arasında ilişki bulunmaktadır.⁶⁹ Üçüncü ilişkisellik düzeyi ise; ‘sağlık hakkı’

64 Alptekin, Kamil (2004) “Sağlık Hakkı ve İnsan Hakları Üzerine Bir Değerlendirme”, T Klin J Med Ethics, Law and History, S: 12, s. 137-138.

65 Bkz., Bulut, s. 207-209.

66 Committee on Economic, Social and Cultural Rights, “General Comment No. 14.”

67 Hunt, Paul (2006) “The Human Right to the Highest Attainable Standard of Health: New Opportunities and Challenges”, Transactions of the Royal Society of Tropical Medicine and Hygiene, Vol: 100, p. 604.

68 Mann, Jonathan M./Gostin, Lawrence/Gruskin, Sofia/Brennan, Troyen/Lazzarini, Zita/Fineberg, Harvey V. (1994) “Health and Human Rights”, Health and Human Rights, Vol: 1, N: 1p. 13-15.

69 Mann/Gostin/Gruskin ve diğerleri, p. 17-19.

ile 'insan hakları' arasındaki kopmaz bağıntıdır. İnsan haklarının korunması ve geliştirilmesi, bizatihi sağlığın korunması ve geliştirilmesiyle bağlantılıdır. Bu kapsamda en yaygın kabul gören analiz, kişilerin sosyo-ekonomik durumlarına ilişkin tespittir. Sosyo-ekonomik durum açısından bireyin varsıllığı ile sağlık durumunun iyi olması arasında pozitif bir ilişki tespit edilmiştir.⁷⁰

İnsan haklarının bütünlüğü fikrine bağlı biçimde devletler, yurttaşlarının mümkün olan en yüksek fiziksel ve zihinsel sağlık standartlarından yararlanabilmesi için gerekli adımları atmak durumundadır. Bu, bir yandan güvenli olmayan içme suyu veya beslenme gibi dış tehditlerden korunmayı; sağlıklı çalışma koşullarını; sağlıklı bir yaşam ortamını⁷¹ sağlayacak önlemleri ve sağlık eğitimini gerekli kılmaktadır. Öte yandan devletlerin, özellikle savunmasız grupların gereksinimlerini karşılamak üzere yeterli kalitede sağlık hizmetlerinin erişilebilirliğini sağlaması gerekmektedir.⁷² Bunu temin adına; sağlık hakkının özünün belirlenmesine yönelik olarak Dünya Sağlık Örgütü (WHO), 'Health for All (Herkes İçin Sağlık)' adlı bir girişim başlatmıştır. WHO, söz konusu girişim/kampanya kapsamında, birinci basamak sağlık bakımına ilişkin temel unsurları yeniden sayarak hakkın öz/çekirdek içeriğine dair standartlarını yenilemiştir.⁷³ Söz konusu unsurlar şöyle sıralanmıştır; "ülkedeki herkesin temel sağlık hizmetlerine ve birinci kademe sevk tesislerine hazır erişime sahip olması; güvenli içme suyu ve sanitasyonun herkes tarafından kullanılabilir olması; bütün insanların yeterince beslenmesinin sağlanması; bütün çocuklara, çocukluğun başlıca bulaşıcı hastalıklarına karşı bağışıklık kazandırılması; bulaşıcı hastalıklarla mücadele edilmesi; temel ilaçların herkes için açık olması."⁷⁴

'Ulaşılabilir en yüksek sağlık standardına' (the highest attainable Standard of health) sahip olma hakkı,⁷⁵ belirli bir normatif derinlikte ve yapıcı politikalarla geliştirilebilir. Bu hak, sağlık politikalarının savunmasız ve dezavantajlı kişilere özel önem verilmesini, toplumsal katılımın artırılmasını, sağlık sistemlerinin güçlendirmesi-

70 Mann/Gostin/Gruskin ve diğerleri, p. 19-21.

71 Bkz., 'Sağlıkta insan haklarının sağlık sonuçlarını iyileştirme çabalarında 'katma değere' düşürülmesi sadece stratejik bir hata değildir çünkü sağlıkla ilgili haklar daha sonra anlamlı demokrasi ve sosyal adalet için daha geniş mücadelelerle ilgisiz olarak algılanan 'sağlık' içinde silolanmıştır. Bu aynı zamanda epistemik bir hatadır çünkü hak savunuculuğunun nihai hedefi, sıradan ve çeşitli insanların haysiyetle yaşamalarını sağlamaktır- ki bu sağlıklı yaşam koşullarını içerir.' Yamin, Alicia Ely (2019) "Struggles for Human Rights in Health in an Age of Neoliberalism: From Civil Disobedience to Epistemic Disobedience", Journal of Human Rights Practice, Vol: 11, p. 365-366.

72 Gevers, Sjef (2004) "The Right to Health Çare", European Journal of Health Law, Vol: 11, N: 1, Netherlands, p. 29.

73 Ertan (2012), s. 118.

74 WHO (1981) "Global Strategy for Health for All by the Year 2000", Geneva, p. 53.

75 Bu çerçevede olmak üzere 'ulaşılabilir en yüksek sağlık standardının' ölçülebileceği parametreler şu şekilde sıralanabilir. Bunların, 'morbidite, mortalite ve özürlülük'; 'çocukların büyüme ve gelişme dönemlerinde alman pozitif sağlık önlemleri'; ve yetişkinlerde ise 'demografik değişkenler, üreme sağlığı, sağlıklı yaşam tarzları, davranış ve uygulama' kriterleri ile ölçülebildiğini kaydedebiliriz. Buradaki odak noktası bireyleri ve popülasyonları etkileyen sağlık sonuçlarıdır. Bkz., Gruskin, Sofla/ Tarantola, Daniel (2005) "Health and Human Rights", Perspectives on Health and Human Rights, (ed. Sofla Gruskin; Michael A. Grodin; George J. Annas; Stephen P. Marks), New York and London, p. 27.

ni vd. sağlamaya katkı sağlayabilecektir.⁷⁶ Bu noktada belirtilmelidir ki, ‘Ulaşılabilir en yüksek sağlık standardı hakkının’ temelinde sağlık hizmetlerini sağlığın temel belirleyicilerini kapsayan, ulusal ve yerel önceliklere yanıt veren ve herkese açık olan etkili ve entegre bir sağlık sistemi yatmaktadır. Güçlü sağlık sisteminin sağlıklı ve eşitlikçi bir toplumun vazgeçilmez unsuru olduğuna ilişkin yükselen bir kabul bulunmaktadır. Böyle bir sağlık sistemi olmadan, ulaşılabilir en yüksek sağlık standardına sahip olma hakkının gerçekleştirilmesi pek mümkün görünmemektedir. Herhangi bir toplumsal yapıda etkin bir sağlık sistemi, adil bir yargı sistemi veya demokratik siyasal sistemden daha az önemde olmayan çekirdek sosyal kurumdur.⁷⁷ Temelde, ‘ulaşılabilir en yüksek sağlık standardına sahip olma hakkı’ küresel olarak meşrulaştırılmış standartlardan oluşmaktadır. Söz konusu standartlara aykırılıklar birtakım yasal yükümlülükler doğurmakta ve bu yükümlülükler etkin hesap verebilirlik mekanizmalarını gerekli kılmaktadır. ‘Standartlar, yükümlülükler ve hesap verebilirlikten’ oluşan bu üç boyutun bileşik etkisi, savunmasız bireylerin ve dezavantajlı toplulukların güçlendirilmesidir.⁷⁸

Bu çerçevede ‘*Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesinin*, yayınlamış olduğu ‘*Genel Yorumda* taraf devletlerin ‘sağlık hakkı’ konusunda özel yasal yükümlülükleri şu şekilde sıralanmıştır: Buna göre ‘taraf devletler, sağlık hakkı ile ilgili hizmetlere bütün kişilerin (mahkumlar, tutuldular, azınlıklar, mülteciler ve hukuk dışı göçmenler de dâhil) eşit ulaşımını engelleyen ve sınırlayan girişimlerden kaçınmalıdırlar; devlet politikası olarak ayrımcılık yapmamalıdırlar; geleneksel tıbbi tedavi yöntemlerini engellememelidirler; ayrıca taraf devletler, havanın, suyun, toprağın ve benzerlerinin hukuk dışı kirletilmesinden de kaçınmalıdırlar’.⁷⁹

Netice itibarıyla, sağlık hakkı kapsamında bir insan hakkı⁸⁰ olarak tanımlanabilecek olan sağlık hizmetlerinin, yerinde ve erişilebilir bir kamu hizmeti olarak sunulabilmesi güçlü bir altyapıyı ve etkin bir sağlık sistemini gerekli kılmaktadır. Söz konusu kamu hizmeti, tekil anlamda bireylerin yurttaşlık hukuku çerçevesinde sağlık hizmeti alabileceği bir güvence mekanizmasını yani ‘sosyal güvenlik hakkının’ gerektirmektedir. Buna önleyici sağlık tedbirlerinin alınmasına ilişkin kurumsal sağlık hizmetleri de dahil edilmelidir. Bütün bu kamusal sorumluluğun devlet tarafından yeterli düzeyde ifa edilebilmesinin belirli bir bütçesel maliyet getirdiği

76 Hunt (2006), p. 604.

77 Hunt, Paul (2008) Report of the Special Rapporteur on “The Right of Everyone to The Enjoyment of The Highest Attainable Standard of Physical and Mental Health”, General Assembly, UN Doc A/HRC/7/11.

78 Hunt (2006), p. 604.

79 Committee on Economic, Social and Cultural Rights, “General Comment No. 14.”

80 Sağlık hakkının bir ‘insan hakkı’ olarak değerlendirilmesine ilişkin görüş ayrılığı için bkz., Goodman Timothy (2005) “Is There A Right to Health?”, Journal of Medicine and Philosophy, Vol: 30, N: 6, p. 655. İnsan hakkı olarak sağlık haklarının değerlendirilmesine ilişkin doktriner tartışma için bkz., Üzeltürk Tahmazoğlu, s. 15-17. ‘Bu argüman şu şekilde gerekçelendirilmiştir: iyi sağlık hizmetini neyin oluşturduğuna dair ortak bir anlayış olmaması, Hastaların sağlık tercihlerinin farklılık göstermesi, tıp kültürü ve uygulama standartlarının bir yerden diğerine farklılık göstermesi; mevcut hizmetlerin ve faydaların yeni teknolojilerin kullanılmasına başlanmasıyla sık sık değişmesi; ve doktorların hastalarının neye ihtiyacı olduğuna dair bağımsız klinik kararlar verebilmesi iyi sağlık hizmetini neyin oluşturduğuna dair ortak anlayışın olmadığını göstermektedir.

aşikârdır. Sonuçta, sağlık hizmetlerine erişimin kamusal sorumluluk doğuran bir hak olarak tanımlanması, bütçesel maliyet hesabı gözetilmeksizin devletin pozitif yükümlülüğünü ifa etme zorunluluğunu beraberinde getirmektedir.⁸¹

VI. PANDEMİ DÖNEMİNDE SAĞLIK HAKKININ SOSYAL DİNAMİĞİ

Dünya tarihinde insanlık, uzunca yıllar kamu sağlığını tehdit eden Covid-19 pandemisine benzer çok sayıda salgının yıkıcı *ve/ya* ölümcül etkisine maruz kalmıştır. Bütün dünyayı etkisi altına alan ölümcül pandemi bilançoları, kuşkusuz insanlık tarihi açısından esaslı dönüştürücü kırılmaları da beraberinde getirmiştir. Çağ kuşaklarını hem bedensel ve zihinsel hem de sosyal anlamda enfekte eden pandemiler, sonraki dönemler açısından ciddi düşünsel dönüşümlere, paradigma-tik kırılmalara ve sosyo-kültürel değişimlere yol açmıştır.

Bu yönüyle, köklü dönüşümlere yol açan pandemi krizleri, bütünlüklü biçimde değerlendirmeye konu edilmek durumundadır. Tarihte kitleselleşen ölümcül salgınlar gibi halen yıkıcı etkileri sürmekte olan Covid-19 pandemisi de etkilediği coğrafyalarda sosyal ve ekonomik yapıları ağır tahribata uğratmıştır. Pandemi krizlerinin değerlendirmeye alınması gereken esaslı boyutlarından birisini özellikle sosyal yapı dinamiği oluşturmaktadır. O yüzden bu başlık altında ‘sağlık hakkı’ temelinde Covid-19 pandemisinin sosyal dinamik üzerindeki etkileri üzerinde durulacaktır. Söz konusu sosyal dinamikler, bütün boyutları ile toplumsal yapıda farklı konum ve statüdeki insanlar üzerindeki etkilerine bağlı biçimde sağlık hakkını farklı açılardan etki altına almaktadır.⁸²

Alicia Ely Yamin, ‘sağlık hakkı fikrini ciddiye almanın adil bir sağlık sistemini gerektirdiğini’ kaydetmiştir. Sağlığı bir hak olarak tanımlamanın, ‘fırsat eşitliğini’ *ve/ya* ‘yeteneklerin adil dağılımını’ sağlamak için toplumdaki kuramların adaletli biçimde düzenlenmesini gerektirdiğini öne sürmüştür. Ona göre bir hak alanı olarak tanımlanan ‘sağlık’ yapılandırılan sağlık sistemleri üzerinden toplumun farklı kesimlerini birbirine bağlayan veya dışlayan, insanların yaşam şanslarını ve topluma tam olarak katılma yeteneğini tanımlayan ‘çekirdek sosyal yapı’ olarak işlev görmektedir.⁸³ Hak ve adalet temelinde talep edilebilir bir hizmet olarak tasavvur edildiğinde sağlık ve beraberinde sağlık sistemlerinin, onurlu yaşam için fırsatları etkileyen sosyal ve güç ilişkilerini nasıl yansıttığı ortaya çıkmaktadır.⁸⁴ Bu yönüyle sağlık hakkı, bir sosyal değişken olarak varlık göstermektedir.

81 De Campos, Thana Cristina (2017) “The Human Right to Health and Its Corresponding Responsibilities”, In The Global Health Crisis: Ethical Responsibilities, Cambridge University Press, p. 70.

82 Barry, Brian (2017) Sosyal Adalet Neden Önemlidir (Çeviren: Ebru Kılıç), İstanbul, Koç Üniversitesi Yayınları, s. 81.

83 Yamin, Alicia Ely (2017) “Taking the Right to Health Seriously: Implications for Health Systems, Courts, and Achieving Universal Health Coverage”, Human Rights Quarterly, Vol: 39, N: 2, p. 351; Freedman, Lynn P. (2005) “Achieving the MDGs: Health Systems as Core Social Institutions”, Development, 2005, https://www.publichealth.columbia.edu/sites/default/files/pdf/freedman_achieving_mdgs.pdf, s.e.t. 20.06.2020.

84 Yamin (2017), p. 367.

Sağlık hakkı ile ilgili en önemli yükümlülüklerden birisi de ayrımcılığı önlenmesidir. Söz konusu yükümlülük, doğrudan sosyal dinamığe ilişkin bir boyuta tekabül etmektedir. Öyle ki ‘cinsiyet, ırk, etnik köken ve diğer faktörler’ temelindeki ayrımcılık sağlığın sosyal bir belirleyicisi olarak karşımıza çıkmaktadır. Zira sosyal eşitsizlikler ve dışlanma sağlık sonuçlarını biçimlendirmekte ve marjinal grupların taşıdığı hastalık yükünün artmasına katkıda bulunmaktadır. Buna ek olarak, bazı endemik ya da pandemik niteliğe bürünen birtakım sağlık durumları da (AIDS, HIV, Covid-19 gibi) ‘bileşik ayrımcılık biçimlerine’ maruz kalmayı içerebilir ve var olan eşitsizlik durumlarını da derinleştirebilir.⁸⁵

Eşitsizliklerin zarar verici etkilerine örnek olarak, yeterli düzeyde sağlık sistemleri altyapısına sahip olmayan Batı Afrika ülkelerinde yaşanan Ebola salgını verilebilir. Bu ve başkaca salgın hastalıklardan öğrenilen derslerden birisi, 19. yüzyıldan beri birçok salgın hastalığın kökeninde sosyal hastalık (*social diseases*) olduğunu vurgulayan sosyal tıbbın önemi olmuştur. Bu nedenle, sağlığın sosyal belirleyicilerinin ve salgın hastalıkların ortaya çıktığı sosyal bağlamın uygun biçimde ele alınması gerekmektedir.⁸⁶ Nitekim insanların sosyo-ekonomik koşulları yaşamaları boyunca onları güçlü bir şekilde etkilemektedir. Bu nedenle sağlık politikası, sağlığın sosyo-ekonomik belirleyicileriyle bağlantılı olmak durumundadır. Zira herhangi bir bireyin sosyal ve ekonomik koşullarının yetersizliği, yaşamı boyunca onun sağlığını etkilemektedir. Bu noktada sağlığın sosyal belirleyicileri, insanların ‘doğduğu, büyüdüğü, yaşadığı, çalıştığı ve yaşlandığı koşullar’ ile ‘günlük yaşam koşullarını’ biçimlendiren daha geniş güçler ile ekonomik, sosyo-politik ve politik sistemler bütünü olarak karşımıza çıkmaktadır.⁸⁷

Bütün türleri ile kamusal bir hizmet olarak sunulan sosyal haklara erişim konusundaki ‘eşitlik’, yalnızca ‘bölüşüm adaletini’ temin edici bir faktör olarak işlev görmemektedir. Kaynaklara erişim noktasındaki ‘paylaşım adaleti’ üzerinden de sosyal haklar olarak sınıflanan ‘eğitim ve sağlık hakkı ile sosyal güvenlik imkanları’ gibi genel sosyal haklar Marshall’ın da vurguladığı üzere, işçileri de kapsamına almak suretiyle yurttaşlığın genişletilmesine imkân sağlayacaktır. Nitekim sosyal hakların bu amaç doğrultusunda ve eşitlik temelinde kamusal hizmet olarak erişime açılması, birçok ülkede⁸⁸ işçi sınıfının ulusal kültürle bütünleşmesine katkı sağlamıştır.⁸⁹ Böylece sosyal haklara erişim noktasındaki eşitlikçi ve katılımcı yaklaşım sınıflar arasındaki sosyal bütünleşmeyi mümkün kılacak bir sosyolojik bağ yara-

85 **Pras, Dainius** (2015) “Report of the Special Rapporteur on The Right of Everyone to The Enjoyment of the Highest Attainable Standard of Physical and Mental Health”, General Assembly, UN Doc A/HRC/29/33; **Hunt, Paul** (2003) “Report of the Special Rapporteur,” submitted in accordance with Commission resolution, 2002/31 E/CN.4/2003/58 13.

86 **Pras** (2015).

87 **WHO** (2008) “Closing The Gap In A Generation Health Equity Through Action On The Social Determinants Of Health,” Geneva.

88 Bu bağlamda ünlü İngiliz tarihçi E. P. Thompson’ın İngiliz işçi sınıfının oluşumuna dair klasik yapıtı ilgi çekici bir çözümlemeye yer vermektedir. Bkz., **Thompson, Edward Palmer** (2015) İngiliz İşçi Sınıfının Oluşumu (Çeviren: Uygur Kocabaşoğlu), 4. Baskı, İstanbul, Birikim Kitapları, s. 547 vd.

89 **Kymlicka, Will** (2020) Çokkültürlü Yurttaşlık (Çeviren: Abdullah Yılmaz), 3. Basım, İstanbul, Ayrintı Yayınları, s. 300.

tacaktır. Aksi durumda sosyal haklara erişim konusundaki sınıfsal mesafe, ulusal bütünlüğü ve bütünlüşmeyi riske atan olumsuz bir etken olarak varlık bulacaktır.

Sosyal bünyeyi tahrip eden ‘mesafe politikalarının’ yanı sıra, küresel ekonomik dinamikleri ve ulusal ekonomik düzenleri tehdit eden pandemi krizi, netice olarak yine kırılğan grupları (özellikle yoksul kesimleri) yaşamsal bir darboğaza sürüklemektedir. Nitekim Covid-19 pandemisinin hem küresel ölçekte ekonomik büyümeyi bastırması hem kısa vadede sürdürülebilir kalkınmayı olumsuz etkilemesi kaçınılmaz biçimde yoksulluğun giderek daha da derinleşmesine yol açacaktır. Pandeminin yol açtığı ekonomik durgunluk, daha düşük gelir, daha az ücretli çalışma saatleri veya doğrudan işsizlik şeklinde birçok insanın istihdamını tehlikeye sokma riskini taşımaktadır.⁹⁰

Bu çerçevede pandemi yoksulluk sınırında yaşayan insanlar, yaşlılar, engelli kişiler, gençler ve yerli halklar dahil olmak üzere nüfusları etkilemeye devam etmektedir. Erken kanıtlar, virüsün sağlık ve ekonomik etkilerinin yoksul insanlar tarafından orantısız bir şekilde karşılandığını göstermektedir. Örneğin, evsiz insanlar, virüs tehlikesine oldukça açıktırlar. Mülteciler, göçmenler veya yerinden edilmiş kişiler de daha az istihdam fırsatı, artan yabancı düşmanlığı vb. nedeniyle pandemi döneminde orantısız bir şekilde zarar görmektedir. Doğru politikalar geliştirilmediği takdirde, Covid-19 salgınının yarattığı sosyal kriz, orta ve uzun vadede eşitsizlik, dışlanma, ayrımcılık ve küresel işsizliği de artırabilir.⁹¹ Bu noktada ifade edilmelidir ki Covid-19 krizinin, bizatihi bireyin ruh sağlığı ve davranışları ile sosyal tutumları üzerindeki olumsuz etkisi kaçınılmaz biçimde sosyal uyumu (*social cohesion*) tehdit etmektedir. Nitekim bu kapsamda olmak üzere başlangıçta, virüsün menşei ve yayılmasından ‘sorumlu’ tutulan bazı sosyal grupların ya da ülke vatandaşlarının damgalandığı görülmüştür. Hatta damgalanarak ötekileştirilen bazı sosyal gruplara yönelik birtakım şiddet olayları ortaya çıkmıştır.⁹²

Neoliberal kapitalizmin merkezi olan ABD, bu türden sosyal sorunların pandemi krizi ile birlikte daha da derinleştiği bir ülke görünümünü vermektedir. Öyle ki sosyal bir sorun olarak ABD’deki gelir eşitsizliği, Covid-19 krizi ile birlikte yoksullar ile zenginler arasındaki sosyo-ekonomik mesafeyi daha da derinleştirme durumu yaratmıştır. Gelir düzeyi düşük olan emekçilerin, kısmen evden çalışabilme olasılıklarının daha zayıf olmasından ötürü, gelir azaltma ve iş kaybı yaşama ihtimali daha da yükselmiştir. Çalışmalarının doğası gereği virüse maruz kalma riski daha yüksek olanlar ‘temel işçiler’ (*essential workers*) olarak tanımlanmıştır. Fiziksel ve ekonomik refahlarına ilişkin söz konusu risklere ilaveten düşük gelirli çalışanların iyi sağlık hizmetlerine erişme olasılıkları ve de bu nedenle Covid-19

90 **World Economic Situation And Prospects: Briefing No. 136** (2020) “COVID-19: Disrupting Lives, Economies and Societies”, <https://www.un.org/development/desa/dpad/publication/world-economic-situation-and-prospects-april-2020-briefing-no-136/>, s.e.t. 19.06.2020.

91 **United Nations- Department of Economic and Social Affairs**, “Everyone Included: Social Impact of COVID-19”, <https://www.un.org/development/desa/dspd/everyone-included-covid-19.html>, s.e.t. 19.06.2020.

92 **United Nations** (2020a) “Shared Responsibility, Global Solidarity: Responding to the Socio-economic Impacts of COVID-19”, p. 11.

testi yaptırabilmeleri ve tedavi edilmeleri oldukça düşük bir ihtimal olarak karşımıza çıkmaktadır.⁹³ Halbuki özellikle acil sağlık durumlarında mali koşulların yarattığı imkansızlıkların, kişileri temel/koruyucu sağlık hizmetinden mahrum bırakan sosyo-politik ve sosyo-ekonomik pratiklerin insan haklarına aykırılığını ifade edebiliriz.

Özellikle sağlık acil durumlarının ortaya çıkardığı krizin ‘eşitsizlik’ temelinde bir insan hakları sorunu yaratabileceğine dikkat çeken Uluslararası Af Örgütü, bu tür durumlarda tüm hükümetlerin ve diğer aktörlerin salgınla mücadele kapsamında aldıkları tedbirlerde insan hakları perspektifinin merkeze yerleştirilmesini öngörmüştür. Örgüt, ulusların Covid-19 salgınına verdikleri karşılıkların uluslararası insan hakları hukuku ve standartlarına uygun olması, ötekileştirilen grupların ve insanların ihtiyaçlarının göz önünde bulundurulması, önlemlerle bağlantılı insan hakları risklerinin azaltılması ve bu risklerin ortadan kaldırılması konusunda çağrı yapmaktadır. Bu kriz, farklı dışlama biçimleri, eşitsizlik ve insan hakları ihlallerinin birbiriyle nasıl bağlantılı olduğunu ortaya koymaktadır. Hükümetlere, sağlık hakkının gereklerinin yerine getirilebilmesi noktasında yeterli bütçenin sağlandığı güçlü sağlık sistemlerine sahip olma imkanını da doğurmuştur. Herkesin yeterli yaşam standardından yararlanabilmesi için ayrımsız biçimde güçlü sosyal koruma mekanizmalarına sahip bir toplum öngörüsünü gerçekleştirecek bir toplum imkânı ortaya çıkmıştır.⁹⁴

Virüsün mutasyona uğrayarak yayılım göstermeye devam ediyor olmasından kaynaklı biçimde farklı fazlar ve dalgalar halinde pandemi riskinin süreceğine ilişkin karamsar beklenti, sosyo-ekonomik yapıya ilişkin iyimser senaryoları baltalamaktadır. Bu noktada pandeminin seyrine ilişkin olumlu beklentileri boşa çıkarırcasına ‘yaşam standartlarının kötüleşmesine, sosyal refahın azalmasına, eğitim başarısının düşmesine, zihinsel sağlığın bozulmasına’ bağlı biçimde giderek daha fazla sosyal ve sağlık gereksinimi ortaya çıkmaktadır. Tüm bu sosyal ve sağlık temelinde ortaya çıkan gereksinimlerin birtakım toplumsal eşitsizliklere ve sosyal parçalanmanın (*social fragmentation*) derinleşmesine yol açacağı görülmektedir.⁹⁵

Sonuç olarak, sağlık hizmetleri alanında yaşanan sosyal eşitsizlik ağır bir sosyal bedel yaratmaktadır. Bu noktada özellikle ‘gelir, eğitim, meslek, sosyal sınıf, cinsiyet ırk veya etnik köken gibi birtakım sosyal belirleyiciler ile birçok hastalığın görülme sıklığı ve ciddiyeti arasında bariz ve veriye dayalı biçimde kanıtlanmış bir ilişkisellik durumu söz konusudur.⁹⁶

93 Davidai, Shai/Day, Martin V/Goya-Tocchetto, Daniela/Hauser, Oliver P./Jachimowicz, Jon M./Usman, Mirza (2020) “COVID-19 Provides a Rare Opportunity to Create a Stronger, More Equitable Society”, p. 2.

94 Amnesty International (2020a) “Europe At A Crossroads Dos And Don’ts For Authorities When Responding To The Covid-19 Pandemic”, p. 12-13.

95 Jani, Anant (2020) “Preparing for COVID-19’s Aftermath: Simple Steps To Address Social Determinants Of Health”, Journal of the Royal Society of Medicine, Vol: 113, N: 6, p. 205.

96 Nassif P., Luiza/Masterson, Thomas/Nikiforos, Michalis/Rios-avila, Fernando/Xavier, Laura (2020) “Pandemic of Inequality”, Public Policy Brief Levy Economics Institute of Bard College No. 149, p. 4.

VII. PANDEMİ DÖNEMİNDE SAĞLIK HAKKININ KORUNMASI

Küresel ölçekte ‘halk sağlığını’ tahrip edici bir pandemi yaratan Covid- 19 virüsünün sosyo-legal ve sosyo-politik anlamda en yıkıcı etkilerinden birisi de ‘insan hakları siyaseti’ alanında yaşanmıştır. Bu çerçevede ‘yaşam hakkı’ başta olmak üzere, ‘sağlık hakkı; doğal çevre hakkı; güvenli ve sağlıklı koşullarda çalışma hakkı; ve sosyal güvenlik hakkı’ gibi çok sayıdaki hak alanları bu viral tehditten etkilenmiştir. Bu noktada birden çok uluslararası örgüt ortaya çıkan hak ihlallerine ilişkin uyarıcı nitelikte çerçeve raporlar yayımlamıştır. Bu kapsamda olmak üzere Uluslararası Af Örgütü’nün yayınlamış olduğu ‘*Yedi Maddede Koronavirüsle Mücadelede İşlenen Hak İhlalleri*’ başlıklı rapor özellikle, ‘sağlık hakkına’ ilişkin ihlallerin varlığına dikkat çekmiştir.

Raporda virüsün çıkış noktası olan Çin’de ilk aşamada sağlık sisteminin büyük bir yük altında olmasından ötürü yeterli düzeyde sağlık hizmetine erişimin sağlanamadığı belirtilmiştir.⁹⁷ Farklı kentlerden gelen sağlık çalışanları ile ülkenin klinik kapasitesi desteklenmiş olmasına rağmen, salgının ilk aşamasında Wuhan kentinde Covid-19 tarama ve tedavi talebi karşılanamamıştır.⁹⁸ Virüsün hızlı küresel yayılımı karşısında başta Avrupa ülkeleri ve Amerika Birleşik Devletleri olmak üzere benzer ‘ihlallerin’ birçok ülkede varlık göstermiştir.

Kurumsal görüş olarak Örgüt, salgının kontrol altına alınması kadar, salgını engellemenin ve tedavi etmenin de önemli olduğunu vurgulamıştır. Bu noktada bireyin pandemik risk karşısında güvenceli kılınması açısından ‘sağlık hakkı’ alınan tüm tedbirlerin temel unsuru olarak kaydedilmiştir.⁹⁹ Kapsamı itibarıyla burada sağlık hakkının, ‘*onurlu bir yaşam sürmeye elverişli en yüksek ulaşılabilir sağlık standardından yararlanma hakkı*’ olarak kabul edilmesi gerekmektedir. ‘İnsan onuruna yaraşırılık’ ilkesi ile kayıtlanan söz konusu hakka erişim noktasında kişilerin eşitlik temelinde sosyo-ekonomik durumlarının herhangi bir kısıt yaratmaması icap etmektedir.¹⁰⁰

Her ne kadar bulaş riski açısından pandemi, başlangıçta tüm bireyleri eşitleyen bir tehdit olarak ortaya çıkmış olsa da mücadele sürecinde ‘sosyal statü, ekonomik durum, sınıfsal aidiyet ve ırk’ gibi birtakım etkenler temelinde birçok eşitsizlik durumu varlık göstermiştir. O yüzden, salgının kontrol altına alınması konusundaki küresel çabaların sözü edilen ‘eşitsizlik durumlarını’ bertaraf edecek eşitlikçi bir strateji geliştirmesi, insan haklarının amaçsal gereği olarak kaydedilmelidir. Öyle ki pandemi ile mücadelenin başarısı, hak temelinde ‘sağlık eşitliği ya da hakkaniyetini’ dikkate alan sağlık hizmetleri politikası ile mümkün olabilecektir.¹⁰¹ Zira

97 **Amnesty International** (2020b) “Explainer: Seven Ways The Coronavirus Affects Human Rights”, <https://www.amnesty.org/en/latest/news/2020/02/explainer-seven-ways-the-coronavirus-affects-human-rights/>, s.e.t. 15.06.2020.

98 **Wang, Zhicheng/Tang, Kun** (2020) “Combating COVID-19: Health Equity Matters”, *Nature Medicine*, Yol: 26, p. 460-462.

99 **Amnesty International** (2020b).

100 **United Nations** (2020b), “COVID-19 and Human Rights-We Are All In This Together”, p. 4.

101 **Wang, Zhicheng/Tang, Kun**, p. 458.

ayrısız biçimde tümüyle toplumsal yalıtımın oluşturulabilmesinin imkansızlığı, pandemi riski karşısında tüm insanları eşitlemektedir.

Diğer yanda Avrupa Sosyal Haklar Komitesi de pandemi ile mücadele sürecinde doğabilecek ‘sağlık hakkı’ ihlallerine dikkat çekerek taraf devletlere somut birtakım öneriler getirmiştir. Komite, taraf devletlere pandemi ile mücadele sürecinde yürüttükleri politikalar, çıkardıkları yasalar ve diğer idari eylemlerinde sağlığın korunması hakkına en yüksek önceliği vermek durumunda olduklarını beyan etmiştir. Bu çerçevede devletlerin yeterli sayıda hastane yatağının, yoğun bakım ünitelerinin ve ekipmanlarının bulunmasını sağlamak da dahil olmak üzere pandemi döneminde hasta olanları tedavi etmek için gerekli tüm önlemleri almak durumunda olduğu noktasına dikkat çekilmiştir.¹⁰²

Pandemi ile mücadele sürecinde ‘sağlık hakkını’ korumak adına mevcut kaynakların azami ölçüde seferber edilmesinde kamu hastanelerinin yanı sıra özel hastaneler ve diğer sağlık merkezlerinin kamu kullanımına açılması öngörülmektedir. Somut biçimde bu kapsamda tanı, destekleyici bakım ve gelecekte Covid-19 için geliştirilen tüm aşı ve tedaviler dahil olmak üzere tıp etiğine saygılı, bilimsel ve tıbbi açıdan uygun, nitelikli sağlık ürünleri ve sağlık hizmetlerinin ayırım gözetilmeksizin herkes tarafından erişilebilir olması beklenmektedir.¹⁰³

Eşit erişim hakkı çerçevesinde pandeminin sürdüğü dönemde kendini etkin bir şekilde koruma imkânı olmadığı için enfeksiyon riski daha fazla olan veya yeterli sağlık hizmetlerine erişimde engellerle karşılaşan grupların - evsizler, göçmenler, mülteciler, ileri yaştakiler, engelliler, cezaevleri gibi farklı yerlerde özgürlüğünden yoksun bırakılan kişiler vb.- haklarını korumak için belirli tedbirler öngörülüp uygulanmalıdır.¹⁰⁴

Bu çerçevede küresel sağlığın korunması noktasında önemli bir role sahip olan Dünya Bankası¹⁰⁵ da sağlık hakkının korunması amacıyla pandemi ile mücadeleye ilişkin birtakım uygulamalar geliştirmiştir. Dünya Bankası’nın küresel sağlıkta-ki rolü, Bankanın piyasanın ve diğer kuramların güçlü yönlerini dengelemesi ve müşteri ülkelerdeki insanlara odaklanması gereken bütünsel, bütünlük ve çok boyutlu bir görev olarak gördüğü daha iyi bir kalkınma anlayışıyla gelişim göstermiştir.¹⁰⁶ Pandemi risk piyasası yaratmak adına Dünya Bankası, pandemi hazırlığını ‘küresel kamu malı’ ilan ederken, küresel sağlık güvenliğini sağlamada daha merkezi bir konuma gelmiştir. Finansal bir aktör olarak Banka, küresel sağlık soru-

102 **European Committee of Social Rights**, “Statement Of Interpretation On The Right To Protection Of Health In Times Of Pandemic”, 21 April 2020, p. 3-4. <https://rm.coe.int/statement-of-interpretation-on-the-right-to-protection-of-health-in-ti/16809e3640>, s.e.t. 15.06.2020.

103 **Amnesty International** (2020a), p. 5.

104 **Amnesty International** (2020a), p. 6.

105 Dünya Bankası’nın sağlık politikasının odağının 1970’lerdeki nüfus kontrolünden evrilerek sağlık sistemlerinin geliştirilmesine doğru yöneldiğini söyleyebiliriz. Bkz. **Tichenor, Marlee/Sridhar, Devi** (2017) “Universal Health Coverage, Health Systems Strengthening and the World Bank”, *British Medical Journal (BMJ)*, Vol: 358, p. 1.

106 **Ruger, Jennifer Prah** (2005) “The Changing Role Of The WORLD BANK In Global Health”, *American Journal of Public Health*, Vol: 95, N: 1, p. 69.

nuna finansal bir çözüm sunmaya çalışmaktadır. Dünya Bankası sağlık sorunlarına ilişkin olarak piyasa temelli çözümlere özellikle vurgu yapmıştır.¹⁰⁷

Dünya Bankası Covi-19'a ilişkin olarak yapmış olduğu raporlamalarda ise pandeminin benzeri görülmemiş zorluklar yaratan bir talep ve arz şoku yarattığını kaydetmiştir. Küresel ekonomik bozulmaya yol açan bu krizin özellikle düşük gelirli ülkelerin giderek küresel finans piyasalarının dışında kaldığını vurgulamıştır. Salgının sosyal ve ekonomik sonuçlarının savunmasız kişileri orantısız bir biçimde etkilediği tespit edilmiştir. Bulaşma riski, kentsel gecekondu sakinleri ile sosyal mesafeyi daha az uygulayabilenlerin yanı sıra, bunu yapmaya gücü yetmeyen piyasa tüccarları (*market traders*) gibi gruplar arasında daha yüksek olduğu belirtilmiştir. Bu noktada alınacak ekonomik tedbirlerin önceden var olan güvenlik açıklarının alevlenmesine yönelik olması ve geçim kaynakları tehdit altında olanların desteklenmesi gerektiği vurgulanmıştır. Halk sağlığına ilişkin olumsuz etkilerinin ötesinde Covid-19, insanların 'temel hizmetlere, gıdalara ve geçim kaynaklarına' erişimini bozarak sağlık, eğitim, beceri ve üretkenlikte zor kazanılmış insan sermayesi kazanımlarının yavaşlamasına veya tersine çevrilmesine yol açmaktadır. En yoksul ve en savunmasız hane halkı ve nüfus, özellikle ekonomik zorunluluktan sosyal mesafe kuralını uygulayamadığı veya gelire erişimi kaybettiği için daha fazla acı çekmektedir.¹⁰⁸

Şüphesiz bu noktada pandemi krizinin ortaya çıkarmış olduğu en trajik tablolardan birisi, dünyanın küresel hegemonik gücü olan ABD¹⁰⁹ kendisini göstermiştir. Neo-liberal kapitalizmin ikonik temsilcisi olan bu küresel gücün pandemi ile mücadele sürecindeki performansı, 'sağlık hakkı, sağlık sistemi ve sağlık hizmetleri' gibi konular üzerinden insan hakları siyasetine ve daha genelde siyasal sistemine dair sorgulamaları beraberinde getirmiştir. Oldukça yüksek maliyetli olan sağlık hizmetlerinden yararlanma ve bunun da öncesinde belirli bir gelir seviyesinin altında olmaktan kaynaklanan yetersiz/sağlıksız beslenmenin yol açtığı çaresizliklere bağlı biçimde salgın sürecinden en çok etkilenen kesim, etnik azınlıklar olmuştur. Sağlıksız beslenme oranının yüksek olduğu bu kırılgan gruplar açısından ülkenin sağlık sistemi etkin bir güvence mekanizması sunmamaktadır.¹¹⁰

107 **Stein, Felix/Sridhar, Devi** (2017) "Health as a 'Global Public Good': Creating A Market For Pandemic Risk", *British Medical Journal (BMJ)*, Vol: 358, p. 1.

108 **World Bank** (2020) "Protecting People And Economies: Integrated Policy Responses To Covid-19", World Bank Group, p. 9-10.

109 ABD'nin sağlık hizmetleri alanında diğer ülkelerle karşılaştırma yapıldığında yapılan harcamanın yüksekliğine rağmen, yeterli bir sonucun elde edilememesine ilişkin dört hipotez öne sürülmüştür. İki, daha fazla sağlık hizmeti alınamamasına rağmen, bunun için daha fazla harcama yapılmasıdır. İkincisi, alınan sağlık hizmetinin niteliğine ilişkindir.

Başka birçok ülkeden daha fazla görüntüleme cihazlarına (MR ve BT gibi) ve diyaliz makinesine sahip olmalarına rağmen sağlık göstergeleri (sağlık hizmeti) daha iyi değildir.

Üçüncüsü, sağlık sisteminin 'eşitsizlik' temeli üzerine inşa edilmiş olmasıdır. Dördüncü hipotez ise, hasarı onarmak için daha fazla yatırım yapılsa bile, hasta bir toplum (*sick society*) yaratılmış bulunmaktadır. Bu sistem daha fazla insanı sefalet ve çaresizliğe sürüklemektedir. ABD'nin sağlık sistemine ilişkin tartışma konusunda bkz., **Levins, Richard** (2020) "Is Capitalism a Disease? The Crisis in U.S. Public Health", *Brecht Forum in New York, Monthly Review*, p. 16-18.

110 Amerika'da Covid-19 pandemisi kayıpları konusunda istatistiksel bilgi için bkz., USA CDC'nin

Tam da bu noktada Türkiye, pandeminin yıkıcı etkisine maruz kalan Amerika ve birçok Avrupa ülkesi gibi ülkelerden pozitif ayrılmıştır. Zira bu çerçevede olmak üzere mali olanakları ölçüsünde devlete ‘pozitif yükümlülükler’ getiren sağlık hakkına yatırım noktasında Türkiye, özellikle son 15 yıllık süreçte ‘sağlıkta reform politikaları’ ile oldukça ciddi gelişmeler kaydetmiştir. Türkiye, sağlık hakkı kapsamında yapılacak olan yatırımları, politik önceliği olan stratejik bir alan olarak benimsenmiş ve sağlık hizmetlerinin iyileştirilmesi adına pek çok reformist adım atmıştır. Yapısal reformlara dayalı biçimde son yıllarda yürütülen sağlık politikalarının semeresi, pandemi döneminde kendisini net bir biçimde göstermiştir. Büyük yatırım kapasitesinin var ettiği sağlık hizmeti altyapısı ile Türkiye, bugüne kadar pandeminin yıkıcı etkisi ile mücadele sürecini birçok ülke ile karşılaştırıldığında başarılı biçimde yürütmüştür.¹¹¹

Sonuç olarak, Dünya Sağlık Örgütü, Uluslararası Af Örgütü ve Dünya Bankası gibi uluslararası örgütlerin kurumsal çabaları, küreselleşen dünyada eş düzeyde yıkıma maruz kalan insanlık için ölümcül tehditleri ve tehlikeleri öngörebilme ve yönetebilme noktasında yetersiz kalmaktadır. Bizatihi insan marifetiyle gerçekleşen doğanın tahrip edilmesi, ekolojik dengenin bozulması ve çevrenin kirletilmesi, ayrımsız tüm insanlığı bir uçuruma doğru sürükleyen küreselleşen bir tehdit yaratmaktadır. Dinamik biçimde giderek derinleşen hak kuramları, normatifleşen yeni hak dizgeleri ve kurumsallaşan insan hakları pratiği, ne yazık ki, küresel kamusal tehdide maruz kalan ‘risk toplumu’¹¹² güvenceli kılablecek bir kudrete sahip değildir.

SONUÇ YERİNE

Covid-19 pandemisi, küreselleşen dünyanın yaşam akış hızına ve momentumuna uygun biçimde oldukça kısa sürede tüm küreyi saran derin bir kriz alanı yaratmıştır. İnsanlık, ‘akıllı teknolojik sistemler, ileri düzeyde rasyonalize edilmiş kurumsal örgütlenmeler, öngörebilme ölçekleri rafine edilmiş yüksek teknolojiler, incelikli istatistiksel hesaplamalar yapabilen hendeseler, toplumsallığı etkinlikle yönetme ve/ya yönlendirme kapasitesine sahip sosyal mühendislikler, dijital çağın gözetleme aygıtları ile donanmış yapay zekalar’ ve buna benzer modern çağı muhkemleş-tiren birçok kurucu değeri âciz bırakan bir kriz ile karşı karşıya kalmıştır. Bu kriz, modern zamanda insanlığın kolektif hafızasında yer eden birçok anlam çerçevesini, bilgi hiyerarşisini ve değer dizgesini altüst eden bir zihinsel anaför yaratmıştır. ‘Normale’ dönüş umudu ile birlikte sönmüneceği şimdiden görülmekte olan bu anaför, yeni bir kamusal aklın yaratıcı zihinsel imkanlarının savurganlıkla heder edileceğine dair öngörülerini tahkim etmektedir. Bütün bu umut kırıcı öngörülere

(Centers For Disease Control and Prevention) 06 Temmuz 2020 tarihli verilere göre toplam vaka sayısı, 2.886.267 toplam ölüm sayısı 129.811 olarak kaydedilmiştir. <https://www.cdc.gov/coronavirus/2019-ncov/cases-updates/cases-in-us.html>, s.e.t. 06.07.2020.

111 Ayrıntılı bilgi için bkz., **Kılıç, Muharrem** (2020) “Sağlıkta Şiddetin Önlenmesinin Mediko- Sosyal ve Yasal Dinamiği”, Rapor, Ankara, SETA Yayınları.

112 Beck’in başyapıtında tanımlanmış olduğu toplumsal tipoloji için bkz., **Beck, Ulrich** (2016) Risk Toplumu, Başka Bir Modernliğe Doğru (Çeviren: Kâzım Özdoğan; Bülent Doğan), 2. Baskı, İstanbul İthaki Yayınları.

rağmen akademik akıl, insanlığı 'apansız' yakalayan pandemi krizinin yakıcı biçimde bize hatırlattıkları üzerine teemmülde bulunma sorumluluğunu taşımaktadır.

Bu kapsamda olmak üzere, bu krizin derinleşerek ağır insani bedellere yol açmasının önündeki en önemli mücadele aygıtı 'sağlık hizmetleri' olmuştur. Sağlık, bir sektörel alan ve hizmet birimi olmanın ötesinde yaşamsal bir insan hakkı olarak insanın 'onurlu yaşam' idealitesinin temel bileşenlerinden birisini teşkil etmektedir. Ayrımsız biçimde her bir insan tekinin hak öznesi olarak değerlendirildiği bir hak kategorisi olarak 'sağlık hakkı', çağ dinamikleri doğrultusunda insan hakları öğretisi ve uygulamasının 'sosyal adalet ilkesi' temelinde derinleşerek varlık bulmuştur. Hem haklar hiyerarşisi hem de hak sistematigi açısından birinci kuşak haklar ile sosyal haklar arasında ayrıştırıcı öğretisel yaklaşımlar olmakla birlikte, bütün hak kuşak ve türleri arasında akışkan bir diyalektikten söz edebiliriz.

Ancak sağlık, toplumun emek gücü değerinin bir parçası olması yönüyle sınıf mücadelesinde bir çekişme konusu olarak tanımlanmıştır. Bu niteliği ile sağlık, endüstrileşen sektörel alanda bir tüketim malı olarak yeniden varlık bulmuştur. Böylelikle bireye özgülünen bir sosyal hak olarak sağlık, neoliberal ekonominin dinamikleri doğrultusunda sektörleşmeyle birlikte bir anlamsal bulanıklığa maruz kalmıştır. Bu durumla birlikte 'sağlık', hastaneler, hasta bakım merkezleri ve ilaç şirketleri de dahil olmak üzere büyük bir endüstriyel sektör olarak kendisine yatırım yapılan bir 'meta' olarak algılanır hale gelmiştir. Hatta öyle ki sağlık hizmetleri, bu hizmete ihtiyacı olan ve hatta olmayan varsıl insanların müşteri oldukları büyük bir pazar olarak her geçen gün büyümektedir.¹¹³ Ancak tüm donanım, ekipman ve hizmetleri ile bir 'metaya' dönüşen 'sağlık endüstrisinin' pandemi sürecinde gereksinim duyulan acil sağlık hizmetlerinin sunumu noktasında yetersizliği ve yarattığı kısıtlar ortaya çıkmıştır.

'Sağlık endüstrisinin' kâr maksimizasyonuna dayalı motivasyonu ve etiko-jüridik değerleri teğet geçen iş potansiyeli, sağlık hakkına ilişkin birtakım kuşkuları beraberinde getirmiştir. İlaç sanayisinden önleyici hekimlik uygulamalarına, tıbbi müdahalelerden sağlık turizmine kadar bütün unsurları ile sağlık hizmetinin endüstriyel bir ticari alana dönüşmesinin beraberinde getirdiği etik soruna dikkat çeken birçok eleştirel yaklaşım bulunmaktadır. Bu meyanda özellikle 'sağlığın gaspından' söz eden Ivan Illich'in radikal eleştirisi dikkat çekicidir.¹¹⁴ Özellikle neoliberal kapitalizmin mutlak egemenliğini sürdürdüğü ve sosyal adaletin dikkate alınmadığı ülkelerde sektörel dinamiklere teslim edilen 'sağlığın gaspı', pandemi ile mücadeleyi zaafa uğratan en büyük etken olarak varlık bulmuştur.

113 Levins, Richard (2020), p. 32.

114 Illich, kışkırtıcı bir söylemle bizatihi 'tıp kurumunun sağlık açısından büyük bir tehlikeye' dönüştüğünü öne sürmüştür. Ona göre tıp alanındaki profesyonelliğe dayalı egemenliğin etkisi salgın boyutlarına ulaşmıştır. Düşünür bu yeni salgının adını 'iatrojenez' olarak belirlemiştir. Bkz., Illich, Ivan (2017) Sağlık Gaspı (Çeviren: Süha Sertabiboğlu), 4. Basım, İstanbul, Ayrıntı Yayınları, s. 11.

Özgün tarihsel dinamikleri çerçevesinde ‘sosyal adalet ve sosyal devlet ilkesi’ ile ‘refah devleti’ uygulamaları üzerinden biçimlenen sosyal hakların tanınması ile birlikte doğan kamusal maliyet, neoliberal ekonomi-politiğin üstlenmek istemediği bir durum yaratmıştır. Bu isteksizlik politikasının ‘sağlık hakkı’ bağlamında yol açtığı maduniyetler krizle mücadele sürecinde özellikle kırılgan gruplar üzerinde ölümcül bir risk doğurmuştur. Küresel piyasa ekonomisinin devlet dışı kurucu aktörleri ve dinamikleri tarafından sistematik bir yadsımaya maruz kalan sosyal haklar alanındaki yetersizlikler, pandemik krizin yıkım bilançosunu ağırlaştırmıştır.

Son yıllarda, gelirler karşısında sosyal ve sağlık harcamalardaki hızlı artış ile söz konusu harcamaları karşılamak adına zorunlu biçimde yapılan kesintilerin, sanayileşmiş ülkelerde bir finansman sorunu doğurmasından ötürü, ‘refah devleti’ uygulamalarının krizinden söz edilmektedir.¹¹⁵ Bu meyanda ‘refah devleti’, bir kriz anlatısı üzerinden neoliberal devlet kuramcılarında Marksist yorumculara ve neomuhafazakarlara kadar farklı düşünsel eğilimlerin eleştirilerine maruz kalmıştır.¹¹⁶ Ancak siyasal felsefe ve devlet kuramı üzerinden yürütülen bütün bu eleştirellikleri paranteze alarak ifade edecek olursak, Pierre Rosanvallon’un da işaret ettiği üzere kriz dönemlerinde refah devleti krizin etkilerini hafifletme işlevi görmüştür. Özellikle kriz dönemlerinin sosyo-ekonomik etkilerini hafifletmek suretiyle, dünya ekonomisinin ‘keskin duraklama sarmalına hapsolmasının’ önüne geçmiştir.¹¹⁷ İçinde bulunmuş olduğumuz pandemi krizinin öngörülebilirlikten kısmen uzak olan sosyo-ekonomik sonuçlarının yaratacağı yıkıcı etkinin hafifletilebilmesi, ancak sosyal haklar temelinde yapılandırılan ‘sosyal koruma mekanizmalarının’ etkin işlevselliği ile mümkün olabilecektir.

Covid-19 pandemisi ile sınırlı olmaksızın dünya tarihinde insanlığı tehdit eden tüm kitlesel salgınlar, insan yaşamına kasteden yıkıcı halk sağlığı sorunu olmanın ötesinde ağır sosyal ve ekonomik neticeler doğuran trajediler olarak tarihe geçmiştir. Bu yönüyle, yol açtığı yıkım tablosu açısından değerlendirildiğinde pandemiler yalnızca insan sağlığı açısından değil, sosyal yapı dinamikleri açısından da derinlemesine bir düşününselliği gerekli kılmaktadır. Bu açıdan değerlendirildiğinde Covid-19 pandemisinin bulaş riski temelinde eşitlediği toplumsal sınıflar arasındaki mesafenin alınan sağlık hizmetlerinin yeterliliği ve kalitesi noktasında açıldığı görülmüştür. Pandemi süreci, bir takım sosyal belirleyiciler temelinde bazı kırılgan gruplara yönelik ayrımcılığın daha da derinleşmesine yol açmıştır. Ayrıca bazı ülke verileri dikkate alındığında pandeminin ölümcül etkisinin en çok maduniyet yaşayan toplumsal sınıflar üzerinde olduğunu göstermiştir.

Sonuç olarak küreselleşmenin bütün sosyo-ekonomik ve sosyo-kültürel taşıyıcı akıllarını ve hedef ayırt etmeksizin global sistemin tüm güç merkezlerini can evinden vuran pandemi krizi, insan hakları siyaseti ve uygulamaları açısından ağır maduniyetler yaratan sistemsel aklın çöküşüne tanıklık etmiştir. Bu trajik tanıklığı sona erdirecek bir düşünsel ricate gereksinim duyulduğu aşikârdır. İnsanlık adına

115 Rosanvallon, s. 9.

116 Ayrıntılı bilgi için bkz., **Dericiler Yücel**, s. 81 vd.

117 Rosanvallon, s. 9.

umudu yeşertebilmenin bir gereği olan bu ricat hali, sürdürülebilir bir düşünsel yoğunlaşmayı gerekli kılmaktadır. Bir bütün olarak sosyal haklar siyasetine dair düşünümseelliğimiz bu fikri mesainin önemli ayaklarından birisi olarak karşımızda durmaktadır.

KAYNAKÇA

- Aktaş, Sururi** (2018) *Hayek'in Hukuk ve Adalet Teorisi*, 2. Baskı, Ankara, Liberte Yayınları.
- Algan, Bülent** (2007) *Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması*, Ankara, Seçkin Yayınları.
- Alptekin, Kamil** (2004) “Sağlık Hakkı ve İnsan Hakları Üzerine Bir Değerlendirme”, *T Klin J Med Ethics, Law and History*, S: 12, s. 132- 139.
- Amnesty International** (2020a) “Europe At A Crossroads Dos And Don'ts For Authorities When Responding To The Covid-19 Pandemic”.
- Amnesty International** (2020b) “Explainer: Seven Ways the Coronavirus Affects Human Rights”.
- Azarkan, Ezeli** (2018) *Uluslararası Hukukta Sağlık Hakkı*, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- Balcı Gökçeoğlu, Şebnem** (2007) *Tutunamayanlar ve Hukuk*, Ankara, Dost Kitabevi Yayınları.
- Barry, Brian** (2017) *Sosyal Adalet Neden Önemlidir* (Çeviren: Ebru Kılıç), İstanbul, Koç Üniversitesi Yayınları.
- Beck, Ulrich** (2016) *Risk Toplumu, Başka Bir Modernliğe Doğru* (Çeviren: Kâzım Özdoğan; Bülent Doğan), 2. Baskı, İstanbul İthaki Yayınları.
- Bulut, Nihat** (2009) *Sanayi Devriminden Küreselleşmeye Sosyal Haklar*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.
- Committee on Economic, Social and Cultural Rights**, “General Comment No. 14: The Right to the Highest Attainable Standard of Health (Art. 12)”, 11 August 2000.
- Davidai, Shai/Day, Martin V/Goya-Tocchetto, Daniela/Hauser, Oliver P./Jachimowicz, Jon M./ Usman, Mirza** (2020) “COVID-19 Provides a Rare Opportunity to Create a Stronger, More Equitable Society”.
- De Campos, Thana Cristina** (2017) “The Human Right to Health and Its Corresponding Responsibilities”, In *The Global Health Crisis: Ethical Responsibilities*, Cambridge University Press.
- Dericiler Yücel, Özge** (2014) *Sosyal Haklar ve İnsan Hakları Hukuku Çerçevesinde Devletin Yükümlülükleri: Refah Devletinin Krizi Ekseninde Bir İnceleme*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.
- Donnelly, Jack** (1995) *Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları* (Çeviren: Mustafa Erdoğan; Levent Korkut), Ankara, Yetkin Yayınları.
- Dworkin, Ronald M.** (2011) “Siyasal Anayasanın Ahlaki Temelleri”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, S: 28, s. 27-39.

- Dworkin, Ronald M.** (2007) *Hakları Ciddiye Almak* (Çeviren: Ahmet Ulvi Türkbağ) Ankara, Dost Kitabevi Yayınları.
- Ertan, İzzet Mert** (2015) *Sosyal Hakların Uluslararası Korunması ve Avrupa Sosyal Şartı Sistemi*, İstanbul, Beta Yayıncılık.
- Ertan, İzzet Mert** (2012) *Uluslararası Boyutlarıyla Sağlık Hakkı*, İstanbul, Legal Yayınevi.
- European Committee of Social Rights**, "Statement of Interpretation on the Right to Protection of Health in Times of Pandemic", 21 April 2020.
- Freedman, Lynn P.** (2005) "Achieving the MDGs: Health Systems as Core Social Institutions", *Development*, p. 19-24.
- Gevers, Sjeff** (2004) "The Right to Health Çare", *European Journal of Health Law*, Vol: 11, N: 1, Netherlands, p. 29-34
- Goodman Timothy** (2005) "Is There A Right to Health?", *Journal of Medicine and Philosophy*, Vol: 30, N: 6, p. 643-662.
- Gözler, Kemal** (2017) *İnsan Hakları Hukuku*, Bursa, Ekin Yayınları.
- Gruskin, Sofla/ Tarantola, Daniel** (2005) "Health and Human Rights", *Perspectives on Health and Human Rights*, (ed. Sofla Gruskin; Michael A. Grodin; George J. Annas; Stephen P. Marks), New York and London.
- Güngören Bulgan, Birden** (2020) *Georg Jellinek'in Hak ve Devlet Kuramı*, 2. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.
- Harris, D. J./O'Boyle, M./Bates, E. P./Buckley, C. M.** (2013) *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku* (Çeviren: Ed. H. Dinçer), Avrupa Konseyi.
- Harris, David John/Darcy, John** (2001) *The European Social Charter*, (Harris ve Darcy), 2nd ed., N.Y., Transnational Publishers.
- Hayek, F. A.** (2013) *Law, Legislation and Liberty*, London and New York, Routledge.
- Hunt, Paul** (2003) "Report of the Special Rapporteur," submitted in accordance with Commission resolution, 2002/31 E/CN.4/2003/58 13.
- Hunt, Paul** (2006) "The Human Right to the Highest Attainable Standard of Health: New Opportunities and Challenges", *Transactions of the Royal Society of Tropical Medicine and Hygiene*, Vol: 100, p. 603-607.
- Hunt, Paul** (2008) Report of the Special Rapporteur on "The Right of Everyone to The Enjoyment of The Highest Attainable Standard of Physical and Mental Health", General Assembly, UN Doc A/HRC/7/11.
- Illich, Ivan** (2017) *Sağlığın Gasprı* (Çeviren: Süha Sertabiboğlu), 4. Basım, İstanbul, Ayrıntı Yayınları.

- Jani, Anant** (2020) “Preparing for COVID-19’s Aftermath: Simple Steps to Address Social Determinants of Health”, *Journal of the Royal Society of Medicine*, Vol: 113, N: 6, s. 205-207.
- Kapani, Münci** (1993) *Kamu Hürriyetleri*, Ankara, Yetkin Yayınları.
- Kılıç, Muharrem** (2020) “Sağlıkta Şiddetin Önlenmesinin Mediko-Sosyal ve Yasal Dinamiği”, Rapor, Ankara, SETA Yayınları.
- Kuçuradi, İonna** (1999) *Etik*, Ankara, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları.
- Kymlicka, Will** (2020) *Çokkültürlü Yurttaşlık* (Çeviren: Abdullah Yılmaz), 3. Basım, İstanbul, Ayrıntı Yayınları.
- Levins, Richard** (2020) “Is Capitalism a Disease? The Crisis in U.S. Public Health”, *Brecht Forum in New York, Monthly Review*, p. 8-33.
- Locke, John** (2012) *Hoşgörü Üstüne Bir Mektup* (Çeviren: Melih Yürüşen), 5. Baskı, Ankara, Liberte Yayınları.
- Locke, John** (2004) *Yönetim Üzerine İkinci İnceleme* (Çeviren: Fahri Bakırcı), Ankara, Babil Yayıncılık.
- Mann, Jonathan M./Gostin, Lawrence/Gruskin, Sofia/Brennan, Troyen/Lazzarini, Zita/Fineberg, Harvey V.** (1994) “Health and Human Rights”, *Health and Human Rights*, Vol: 1, N: 1, s. 6-23.
- Marks, Stephen P.** (2013) “Emergence and Scope of the Right to Health”, In *Advancing the Human Right to Health*, (ed. José M. Zuniga, Stephen P. Marks, and Lawrence O. Gostin), Oxford University Press, p. 1-38.
- Nassif P., Luiza/Masterson, Thomas/Nikiforos, Michalis/Rios-avila, Fernando/Xavier, Laura** (2020) “Pandemic of Inequality”, *Public Policy Brief Levy Economics Institute of Bard College No. 149*, p. 1-16.
- Oyal/Türkiye Davası**, AİHM, 4864/05 Başvuru no, <http://hudoc.echr.coe.int/en-g?i=001-162088>, s.e.t. 24.05.2020.
- Porter, Dorothy** (1999) *Health, Civilization and the State: A History of Public Health From Ancient to Modern Times*, London, New York.
- Pras, Dainius** (2015) “Report of the Special Rapporteur on The Right of Everyone to The Enjoyment of the Highest Attainable Standard of Physical and Mental Health”, *General Assembly, UN Doc A/HRC/29/33*.
- Rosanvallon, Pierre** (2004) *Refah Devletinin Krizi* (Çeviren: Burcu Şahinli), Ankara, Dost Kitabevi Yayınları.
- Ruger, Jennifer Prah** (2005) “The Changing Role of The WORLD BANK In Global Health”, *American Journal of Public Health*, Vol: 95, N: 1, p. 60- 70.
- Stein, Felix/Sridhar, Devi** (2017) “Health as a ‘Global Public Good’: Creating A Market For Pandemic Risk”, *British Medical Journal (BMJ)*, Vol: 358, p. 1-4.

- Şahin, Adil** (2010) "Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda Ekonomik Sosyal ve Kültürel Hakların Niteliği Bağlamında Sağlık Hakkının Kapsamı Üzerine Bir İnceleme", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 59, S: 4, s. 711-766.
- Tarantola, Daniel** (2008) "A Perspective on the History of Health and Human Rights: From the Cold War to the Gold War", Journal of Public Health Policy, Vol: 29, s. 42-53.
- Thompson, Edward Palmer** (2015) İngiliz İşçi Sınıfının Oluşumu (Çeviren: Uygur Kocabaşoğlu), 4. Baskı, İstanbul, Birikim Kitapları.
- Tichenor, Marlee/Sridhar, Devi** (2017) "Universal Health Coverage, Health Systems Strengthening and the World Bank", British Medical Journal (BMJ), Vol: 358, p. 1-5.
- United Nations- Department of Economic and Social Affairs**, "Everyone Included: Social Impact of COVID-19",
<https://www.un.org/development/desa/dspd/everyone-included-covid-19.html>, s.e.t. 19.06.2020.
- United Nations** (2020a) "Shared Responsibility, Global Solidarity: Responding to the Socio-economic Impacts of COVID-19".
- United Nations** (2020b) "COVID-19 and Human Rights-We Are All In This Together".
- Uygun, Oktay** (2019) Devlet Teorisi, 6. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.
- Uygun, Oktay** (2013) "İnsan Hakları Kuramı", Kamu Hukuku İncelemeleri, 2. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.
- Üzeltürk Tahmazoğlu, Sultan** (2012) Anayasa Hukuku Açısından Sağlık Hakkı, İstanbul, Legal Yayınevi.
- Wang, Zhicheng/Tang, Kun** (2020) "Combating COVID-19: Health Equity Matters", Nature Medicine, Vol: 26, p. 458-464.
- WHO** (1981) "Global Strategy for Health for All by the Year 2000", Geneva.
- WHO** (2008) "Closing The Gap In A Generation Health Equity Through Action On The Social Determinants of Health", Geneva.
- WHO** (2020) "Basic Documents: forty-ninth edition (Including Amendments Adopted up to 31 May 2019)", Geneva.
- World Bank** (2020) "Protecting People And Economies: Integrated Policy Responses To Covid-19", World Bank Group.
- World Conference on Human Rights**, "Vienna Declaration and Programme of Action", Vienna, 14-25 June 1993.

World Economic Situation And Prospects: Briefing No. 136 (2020) “COVID-19: Disrupting Lives, Economies and Societies”.

World Health Organization (WHO) (2005) International Health Regulations, Third Edition, Switzerland, WHO Press.

Yamin, Alicia Ely (2019) “Struggles for Human Rights in Health in an Age of Neoliberalism: From Civil Disobedience to Epistemic Disobedience”, *Journal of Human Rights Practice*, Vol: 11, p. 357-372.

Yamin, Alicia Ely (2017) “Taking the Right to Health Seriously: Implications for Health Systems, Courts, and Achieving Universal Health Coverage”, *Human Rights Quarterly*, Vol: 39, N: 2, p. 341-368.

İnternet Kaynakları

<http://www.euro.who.int/en/about-us/organization/who-at-70/milestonesforhealth-over-70-years>, s.e.t. 22.05.2020.

https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=IV-3&chapter=4&clang=_en, s.e.t. 22.05.2020.

<https://www.cdc.gov/coronavirus/2019-ncov/cases-updates/cases-in-us.html>, s.e.t. 06.07.2020.

<https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019>, s.e.t. 06.07.2020.

<https://www.bbc.com/news/world-us-canada-52289056>, s.e.t. 29.05.2020.

https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/eng.pdf s.e.t. 22.05.2020.

<https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/246107/9789241580496-eng.pdf?sequence=1>, s.e.t. 22.05.2020.

https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CESCR/OProtocol_en.pdf.s.e.t. 31.05.2020.

(60. Makale - 2021)

Prof. Dr. Ece GÖZTEPE

*Bireysel Başvuru Kararlarının İcrası:
Anayasa Mahkemesi'nin Doğrudan ve
Dolaylı "Çağrı Kararları"
Üzerine Bir İnceleme**

* Ece Göztepe, "Bireysel Başvuru Kararlarının İcrası: Anayasa Mahkemesi'nin Doğrudan ve Dolaylı "Çağrı Kararları" Üzerine Bir İnceleme", Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt 38, Sayı 1, 2021, 43-83.

**BİREYSEL BAŞVURU KARARLARININ İCRASI: ANAYASA
MAHKEMESİ'NİN DOĞRUDAN VE DOLAYLI "ÇAĞRI KARARLARI"
ÜZERİNE BİR İNCELEME**

*The Execution of Individual Application Decisions: An Overview of the Direct and
Indirect "Appeal Decisions" of the Constitutional Court*

Prof. Dr. Ece GÖZTEPE*

ÖZ

Merkezîleşmiş anayasa yargısında anayasa mahkemelerinin işlevi ister norm denetimi ister bireysel başvuru hakkı söz konusu olsun sadece düzeltici adalet anlayışıyla sınırlı şekilde düşünülemez. Özellikle bireysel başvuru hakkı gibi hem subjektif hem de objektif etkiye sahip olan bir yetki türünde Anayasa Mahkemesi öncelikle hak ihlalinin tespit etmeyle yükümlüdür. Ama bunun da ötesinde benzer türdeki hak ihlallerinin önüne geçmek için ihlalin nedenleri doğrultusunda Mahkeme'nin "doğrudan" ya da "dolaylı çağrı" kararları vermesi ve ihlalin tekrar gerçekleşmemesi için ilgili kurumları göreve çağırması söz konusu olabilir. İlk kez Federal Alman Anayasa Mahkemesi tarafından uygulanmaya başlanan bu yöntem, bireysel başvuru kararları kapsamında Türk Anayasa Mahkemesi tarafından da dogmatik olarak konumlandırılmamış olsa da kullanılmaya başlanmıştır. Bu çalışmada önce kavramsal çerçeve çizilmiş, sonrasında Anayasa Mahkemesi'nin kararları bu kavram çerçevesinde kategorize ve analiz edilmeye çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Bireysel başvuru kararlarının icrası, Anayasa Mahkemesi'nin "çağrı kararları", anayasa yargısının işlevi, yasama organının icra yükümlülüğü, bireysel başvurunun objektif etkisi.

* Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

ABSTRACT

In centralized constitutional judicial review systems, irrespective of whether norm control or individual complaint, the function of constitutional courts cannot be regarded as being limited to only the notion of corrective justice. The Constitutional Court is first and foremost responsible to ascertain the violation of right(s), if any, in exercising its authority as regards individual complaints that carry both subjective and objective impact. Further, in order to prevent similar future violations of right(s), it is possible for the Constitutional Court to make direct and indirect “appeal decisions” and to require relevant institutions and organizations to take necessary actions. This legal method, first employed by the Federal Constitutional Court of Germany, has been also implemented by the Turkish Constitutional Court within the scope of individual complaint decisions even though the latter did not doctrinally and dogmatically position this authorization of “appeal decisions”. In this study, firstly conceptual framework has been drawn and then the Turkish Constitutional Court’s decisions have been categorized and analyzed accordingly.

Keywords: Execution of individual application decisions, “appeal decisions” of the Constitutional Court, function of constitutional justice, execution duty of the Parliament, the objective effect of individual application.

GİRİŞ

23 Eylül 2012 tarihi itibarıyla kesinleşmiş olan yargı kararları aleyhine gidilebilen¹ olağanüstü bir hukuki çare olan Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yolu, geçtiğimiz sekiz yılda Türk anayasa yargısı tarihinde önemli izler bıraktı. Anayasa Mahkemesi'nin (AYM) göreve başladığı 1962 yılından 2021 yılının Haziran ayına kadar geçen dönemde yaklaşık 3.600 olan norm denetimi karar sayısına karşılık bireysel başvuru kararları 9.000 sınırına dayanmıştır. Salt bu sayısal karşılaştırma bile bireysel başvurunun Türk anayasa yargısındaki önemini ve Mahkeme'nin iş yükü kapsamındaki ağırlığını göstermektedir.

Merkezleşmiş anayasa yargısının kabul edildiği her ülkede olduğu gibi Mahkeme'nin verdiği bütün kararlar, hukuk camiasında ya da uzman olmayan kamuoyunda aynı oranda ilgi çekmemekte ve tartışılmamaktadır. Bu durum, karara konu hukuki meselenin muhataplarının sayısı kadar, karara esas teşkil eden konunun devletin temel anayasal değerlerine etkisi, siyasal çatışmalara ne oranda konu olduğu vb. pek çok faktörle ilintilidir. Türk hukuk sisteminde görece yeni olan bireysel başvuru yolunda verilen ihlal kararlarının yararlanıcısı ve ihlalin giderilmesinin muhataplarının kim olduğu sorusu ise hukuk düzeninde henüz etraflı şekilde tartışılmış ve bütünlüklü olarak anlaşılabilmiş değildir.

Anayasa Mahkemesi'nin ilk kez 30/5/2019 tarihli Y.T. kararıyla² uyguladığı "pilot karar" usulü, aynı zamanda ihlal kararının gereğinin yapılması için kararın TBMM'ye gönderilmesine karar verilmesiyle de bir ilk olma özelliğini taşımaktadır. Mahkeme, TBMM'ye yönelik bu "doğrudan çağrıda bulunma" uygulamasını, ihlalin yapısal sorunlardan kaynaklandığı ve sorunun ancak ihlale esas teşkil eden kanunun değiştirilmesiyle mümkün olduğu gerekçesiyle, kararın gereğinin yapılması için TBMM'ye yollandığı dört kararla³ sürdürmüştür. Ancak Anayasa Mahkemesi'nin kararların icrası için doğrudan TBMM'ye yönlendirdiği karar sayısı Haziran 2021 itibarıyla sadece beş olmakla birlikte bireysel başvurularda verilen ihlal kararları yakından incelendiğinde ve ihlal kararlarının gerekçesine bakıldığında TBMM'nin hemen harekete geçmesini ve kanunlarda değişiklik ya da somutlaştırma yapmasını gerektiren pek çok karar olduğu görülmektedir.

Bu çalışmada, ilk kez Federal Alman Anayasa Mahkemesi (FAYM) tarafından kullanılan "çağrı kararı" (*Appellentscheidung*) kavramı esas alınarak Almanya'da başlayan kavramsal tartışma ile uygulama karşılaştırmada "iyi örnek" olarak incelenecektir (I). Kavramsal çerçeve çizildikten sonra TBMM'ye yöneltilmiş "doğrudan çağrı kararları" incelenecek, sözü edilen üç karar ışığında çağrı kararlarının

¹ Bkz. 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun, madde 76/1 a.

² Y.T., B. No: 2016/22418, 30/05/2019.

³ Süleyman Başmeydan, B. No: 2015/6164, 20/06/2019; Bedrettin Morina, B. No: 2017/40089, 5/3/2020; Sabri Uhrağ, B. No: 2017/34596, 29/12/2020; Süleyman Kurtel, B. No: 2016/1808, 22/1/2021. Son iki karar, makale teslim edilip hakem incelemesinden geçtikten sonra yayımlandığından ayrı bir başlık altında incelenememiştir. Son baskı öncesinde bilgi amaçlı olarak dipnota eklenmiştir. Ancak bu iki karar açısından da ayrıntılı olarak ele alınan kararlardan farklı bir durum söz konusu değildir.

işlevi, kuvvetler ayrılığı ilkesi çerçevesinde ortaya çıkabilecek sorunlar ve genel olarak kuvvetler arası iş birliği esas alınarak anayasal düzenin korunmasının nasıl sağlanması gerektiği tartışılacaktır (II). Ancak Türkiye örneğinde Anayasa Mahkemesi'nin sadece doğrudan çağrı kararları değil bireysel başvuru sonucunda verilen ihlal kararlarının gerekçesi okunduğunda aslında yine TBMM'nin ya da yürütme ve derece mahkemelerinin harekete geçip yapısal sorunu düzeltmesi gereken pek çok “dolaylı çağrı kararı” örneğine de rastlanmaktadır. Bu bağlamda bu türün belli başlı örnekleri ele alınarak (III) sonuç bölümünde TBMM başta olmak üzere diğer organların yükümlülükleri ve kurumlar arası iş birliğinin etkili şekilde hayata geçirilebilmesi için alınması gereken önlemler değerlendirilecektir. Alt başlıklarda ele alınan kararların tüketici olması mümkün değildir. Ele alınan kararlar, Anayasa Mahkemesi'nin 8300 karara yaklaşan Kararlar Bilgi Bankası'ndan önemli örnek teşkil edecek olanlar arasından seçilmiştir.

I. BAŞLANGIÇ: FEDERAL ALMAN ANAYASA MAHKEMESİ'NİN “ÇAĞRI KARARI”NI YARATMASI VE SONUÇLARI

Dünyanın en prestijli ve geniş yetkili anayasa mahkemelerinden birisi olan Federal Alman Anayasa Mahkemesi (FAYM), kuruluş kanununda düzenlenmeyen pek çok karar türünü yıllar içindeki geniş içtihadı çerçevesinde geliştirmiş ve hukuk literatürüne kazandırmıştır. Norm ve anayasa teorisinin normatif olarak düzenlenmek üzere öngöremediği bu karar türleri, dava türleriyle amaçlanan hukuki korumanın etkisini sağlamayı ve anayasa yargısının etkili bir başvuru yolu olarak kalmasını güvence altına almayı hedeflemektedir. Yani FAYM'nin amacı, yetki alanını genişletmekten çok kararının etkisini azaltacak ya da ortadan kaldıracak etkenlerin önüne geçmek olmuştur. Bu çerçevede bugün Alman anayasa yargısı öğretisinde genel kabul gören “icat edilmiş” karar türlerinin başında “anayasayla bağdaşmazlık kararları” (*Unvereinbarkeitserklärung*) ve “çağrı kararları” (*Appellentscheidungen*) gelmektedir.

Almanya'daki “çağrı kararları”, soyut ya da somut norm denetimi doğrudan yasaya karşı yapılan ya da mahkeme kararlarına karşı gidilmiş olan bireysel başvuru sürecinde işlemin dayanağını oluşturan kanunun anayasaya aykırılığı iddiasının incelenmesi yoluyla ortaya çıkan bir karar türüdür. FAYM, kanunda öngörülen karar türlerinden birisi olan yokluk kararının yanı sıra (*Nichtigkeitstheorie*), salt tespit edici bir karar olarak yokluk sonucunu yumuşatan pek çok karar türünü içtihadı olarak geliştirmiştir. Bu karar türleri, anayasayla bağdaşmazlık (*Unvereinbarerklärung*)⁴, yasa koyucunun ihmalinin anayasaya aykırılığının tespiti, normu iptal etmeyen anayasaya uygun yorum (*normerhaltende verfassungskonforme Auslegung*), hâlâ anayasaya uygun (*noch verfassungsmäßig*) tespitiyle birlikte çağrı kararlarıdır⁵.

⁴ Önce içtihadı olarak geliştirilen bu karar türü, 1970 tarihli FAYM Kanunu madde 31 ve 79'da yapılan değişiklikle yasal bir dayanağa kavuşmuştur.

⁵ Tablo hâline getirilmiş mevcut bütün karar türlerinin ayrıntılı bir açıklaması için bkz. Yang, T. (2002). *Die Appellentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, Baden-Baden: Nomos, s. 30.

Bireysel Başvuru Kararlarının İcrası: Anayasa Mahkemesi'nin Doğrudan ve Dolaylı "Çağrı Kararları" Üzerine Bir İnceleme

Ortaya çıkış nedenine bakıldığında yasama organına çağrı kararları, Almanya'nın II. Dünya Savaşı sonrasındaki özel anayasal statüsünden doğmuştur. 1945-1949 arasındaki anayasa-öncesi döneme ilişkin olarak galip devletlerin koymuş olduğu yasaların 1949 tarihli Bonn Anayasası'na uygunluğunun incelenmesinden doğan bu kararlar, Mahkeme'nin anayasaya aykırı olduğu açık olan normu hukuk düzeninde hemen ortadan kaldırmanın yaratacağı ağır sonuçlar (mesela düzenleme yokluğundan doğacak kaos) ile anayasaya aykırılığı tespit edip yasa koyucuya bunu gidermek için belli bir süre tanınmasıyla ortaya çıkacak zarar arasında bir denge bulma çabasından doğmuştur.

İlk karar⁶ İngiliz denetimi altındaki bölgede yer alan çiftliklerin öncelikli olarak erkek murislere geçmesini öngören kanuni düzenlemesine ilişkindir. Bu düzenlemenin anayasaya uygunluğu uluslararası hukuka göre Alman mahkemeleri tarafından denetlenemiyordu ama işgal artık sona erdiği için norm Alman kamu makamlarının düzenleme tekeline geçmişti. 1949 yılında kabul edilmiş olan Alman Anayasası'nın eşitlik ilkesine açıkça aykırı olan bu normun yürürlükte kalmaya devam edip edemeyeceği yapılan norm denetiminin asıl konusunu oluşturmaktaydı. Mahkeme "Saarland kararı"ndaki denge formülüne atıfta bulunarak yasa koyucunun anayasaya aykırı normları ortadan kaldırma yükümlülüğüne atıfta bulunmuştur. Bunu yaparken de hem yasa koyucunun AY madde 20/3'ten⁷ kaynaklanan anayasaya bağlı olma yükümlülüğünü hem de Mahkeme olarak bu yükümlülüğün yerine getirilip getirilmediğini denetleme yetkisini aynı argüman içinde birleştirerek gerekçesini oluşturmuştur⁸. Mahkeme yine bir ilk olarak yasa koyucuya 1965 yılının sonbaharında sona eren yasama döneminin sonuna kadar anayasaya aykırı kanuni düzenlemenin kaldırılması için süre tanımış, Federal Meclis de 24 Ağustos 1964 tarihli yasayla⁹ bu kararın gereğini yerine getirmiştir.

İkinci karar ise ilk kararla aynı yılda, 22 Mayıs 1963'te verilmiş olup seçim hukukuna ilişkindir¹⁰. 1949 yılında belirlenen seçim bölgeleri, 1963 yılına kadar yapılan iki seçim yasası değişikliğinde aynen bırakılmış ve aradan geçen sürede eyaletler arasındaki göç hareketleri seçim bölgelerindeki seçmen sayıları ile çıkarılacak milletvekili sayısını orantısız bir hâle sokmuştur. FAYM başvurusu incelemeye başladığında 1961 genel seçimleri, anayasaya aykırılığı ileri sürülen seçim yasasına uygun şekilde yapılmıştı ve seçim dönemi hâlâ devam etmekteydi. Yani Mahkeme'nin seçim yasasının anayasaya aykırılığına ve FAYM Kanunu'ndaki karar türlerine göre "yokluğu"na karar vermesi durumunda anayasaya uygun bir seçim yasasını yapacak bir yasama organı da ortadan kaldırılmış olacaktı. Bu nedenle Mahkeme, 1961 seçimlerinde anayasaya aykırılığın henüz bu boyutta görülmesinin mümkün olmadığına ama yasa koyucunun bu yasama dönemi sona

⁶ BVerfGE 15, 337 (Höfeordnung für die britische Zone) (20/3/1963). Bu kararda, yukarıda anılan denge- nin ilk kez formüle edildiği Saarland kararına da atıf yapılmıştır (BVerfGE 4, 157 (170) (Annäherungstheorie).

⁷ AY madde 20/3: "Yasama, anayasal düzene, yürütme ve yargı organları ise yasa ve hukuka bağlıdır."

⁸ BVerfGE 15, 337 (350).

⁹ Erstes Gesetz zur Änderung der Höfeordnung vom 24/8/1964 (BGBl. I S. 693).

¹⁰ BVerfGE 16, 130.

ermeden önce seçim bölgelerinin yeni nüfus yoğunluğunu dikkate alan bir seçim yasası değişikliği yapması gerektiğine karar vermiştir. Yasa koyucu 1964 yılında ilgili yasayı kabul ederek “çağrı kararı”nın gereğini yerine getirmiştir¹¹.

Görüldüğü üzere “çağrı kararı” kavramı ilk kez norm denetiminde ortaya çıkmış olmasına rağmen Almanya’da bireysel başvurunun (anayasa şikâyeti) hem kesinleşmiş yargı kararlarına hem de belli koşulların gerçekleşmesi hâlinde doğrudan kanunlara karşı yapılabilmesi ve bir kamu gücü işleminin anayasaya aykırılığının bireysel başvuru incelemesi sırasında da mümkün olması nedeniyle “çağrı kararları” belli bir yetki türüyle sınırlı değildir.

Çağrı kararlarının sıkça uygulandığı bir başka durum, Mahkeme’nin bir normu denetlediği anda normu (henüz) anayasaya aykırı bulmadığı ama gelecekteki uygulamaların neredeyse kesin bir şekilde anayasaya aykırılığının öngörüldüğü hâllerdir. Burada amaç, yasa koyucuya hukuk düzenini yakın gelecekte tehdit edecek anayasaya aykırı durumu ortadan kaldıracak yasal düzenlemeleri yapması için uyarıda bulunmak ve zaman vermektir¹². Ancak *obiter dictum* olarak okunabilecek bu karar türünün bağlayıcılığı ve sonuçları konusunda hâlâ belirsizlikler söz konusudur.

Özellikle eşitlik ilkesinin ihlali niteliğindeki yasalarda FAYM, incelediği normun iptali hem yasanın kapsamına alınması gerekirken anayasaya aykırı şekilde alınmamış olan kişilerin otomatik olarak kapsama alınması sonucunu doğurmayacağından hem de yasadaki hâlihazırda yararlananların mevcut haklarını ihlal edeceğinden yasa koyucuya çağrıda bulunarak kapsamın genişletilmesi yolunu tercih etmektedir¹³.

Çağrı kararlarını daha geniş yorumlayan yazarlar da vardır. Buna göre FAYM’nin yasa koyucuyu yeni bir düzenleme yapmaya davet ettiği her kararı “çağrı kararı” olarak nitelendirilmektedir. Bu çağrı belli bir zamanla sınırlı, kesin bir tarih verilerek yapılabileceği gibi genel ve zaman sınırı çizilmeksizin ya da maddi içeriği konusunda somut direktiflerle de yapılabilir¹⁴. Ancak bu yazarlar da anayasaya aykırılığı saptanmış olan bir normun belli bir süre daha hukuk sisteminde yürürlükte kaldığı durumla (henüz) anayasaya aykırı bulunmayıp gele-

¹¹ Gesetz zur Änderung des Bundeswahlgesetzes vom 14/2/1964 (BGBl. I S. 61), Anlage. FAYM’nin Federal Seçim Kanunu’na ilişkin vermiş olduğu 25 Temmuz 2012 tarihli kısmi anayasaya aykırılık kararının (2 BvF 3/11) gerekleri ise 2013 ve 2017 tarihinde yapılan genel seçimlere kadar yapılamamış, 14/11/2020 tarihli “mini reformla” FAYM’nin işaret ettiği hususların bir kısmı giderilmeye çalışılmışsa da muhalefet partileri bu yasa değişikliğine karşı Anayasa Mahkemesi’ne başvurmuşlardır. 2021 sonbaharında yapılacak olan genel seçimler öncesinde FAYM’nin kanun değişikliğine ilişkin bir karar verip vermeyeceği ya da yürürlüğü durdurma kararı vererek 2021 seçimlerinin eski düzenlemeye göre yapılmasını sağlayıp sağlamayacağı bilinmemektedir.

¹² Scherzberg, A. (2009). Individualverfassungsbeschwerde, içinde Ehlers, D., Schoch, F. (Hrsg.), *Rechtsschutz im Öffentlichen Recht*, München: C.H.Beck, s. 341 § 194; Hillgruber, Chr./Goos, Chr. (2012). *Verfassungsprozessrecht*, s. 226 § 544a; Benda, E., Klein, E., Klein, O. (2012). *Verfassungsprozessrecht*, 3. Auflage, Heidelberg: C.F. Müller, s. 560 § 1406. Ayrıca bkz. BVerfGE 101, 158 (159 vd.); 237 vd.); 85, 80 (93); 78, 249 (251).

¹³ Örneğin BVerfGE 8, 28 (36 vd.).

¹⁴ Benda, E., Klein, E., Klein, O. (2012). s. 559 § 1405.

Bireysel Başvuru Kararlarının İcrası: Anayasa Mahkemesi'nin Doğrudan ve Dolaylı "Çağrı Kararları" Üzerine Bir İnceleme

cekteki muhtemel anayasaya aykırı durumdan dolayı çağrı yapılan kararları birbirinden ayırmaktadır. Çünkü ilkindeki çağrı, anayasaya aykırılığın giderilmesi için kararın etkisine içkin iken ikinci durumda henüz bu türden bir anayasa aykırılık tespiti olmadığından yasa koyucu bakımından bağlayıcı olmayan, kararların icrası başlığı altında ele alınmaması gereken bir *obiter dictum* söz konusudur.

Anayasa usul hukuku bakımından sorun hem bu karar türünün yasa koyucu bakımından bağlayıcılığı hem de bununla ilintili olarak çağrıya uyulmaması durumunda hukuk düzenindeki yaptırım olanaklarının sınırlılığı hatta imkânsızlığı nedeniyle karşımıza çıkmaktadır. Ancak hem Alman hem de Türk hukuk düzeninde yasa koyucunun da anayasaya ve Anayasa Mahkemesi kararlarıyla bağlı olduğu göz önüne alınarak iki kurum arasındaki iş birliğinin korunacağını düşünmek ya da ummak yanlış olmayacaktır.

Çağrı kararlarının en önemli özelliği, yasa koyucunun harekete geçmesini gerektirmesidir¹⁵. Bu doğrultuda çağrı kararlarının salt *obiter dictum* olmadığını, bir nevi "düzenleme direktifi" olarak anlaşılması gerektiğini ileri süren yazarlar da vardır¹⁶. Bu doğrultuda Alman öğretisinde "basit" ve "nitelikli" (*qualifiziert*) çağrı kararları ayrımı yapılmaktadır. İlki yasa koyucuya zaman ve içerik konusunda geniş takdir yetkisi tanıyan kararlar iken ikincisi yasa koyucuya düzenlemenin maddi unsurları konusunda da direktifler vermektedir.

Sonuç olarak iyi işleyen bir hukuk devletinde "henüz" anayasaya aykırı olmasa da yakın gelecekte anayasaya aykırı olabilecek yasal düzenlemeler, yasa koyucunun eksik düzenlemeleri, somutlaştırılması gereken normlar ya da doldurulması gereken boşluklar ile ilgili olarak FAYM'nin verdiği kararların yasa koyucu tarafından dikkate alınıp gerekli işlemlerin yapılacağı varsayılmaktadır. Almanya'da geçmişteki bütün uygulamalar, vergi hukukundaki siyasal tercihlerden kaynaklanan örnekler bir kenara bırakılırsa bu iş birliğinin iyi işlediğini göstermektedir.

Ancak tahmin edileceği üzere "çağrı kararları"nın anayasa ve yasaya uygunluğunun yanında etkisi ve bağlayıcılığı konusunda da öğretilerde tartışmalar vardır. Buna rağmen Mahkeme'nin bu türe dâhil edilebilecek kararları aracılığıyla yasa koyucunun anayasaya uygun normatif düzenleme yapması sağlandığından bu karar türüne ilkesel bir karşı çıkış olduğunu söylemek mümkün değildir. Çağrı kararlarının bağlayıcılığı konusunda öğretilerdeki tartışmalar bitmiş değildir ve her bir somut olayda tartışmalar tekrar alevlenebilmektedir. Alman kamu hukuku öğretisinin kavramsal ayrıştırma konusundaki tutkusu dikkate alındığında bu

¹⁵ Schlaich, K., Koriath, S. (2018). *Das Bundesverfassungsgericht. Stellung, Verfahren, Entscheidungen*, 11. Auflage, München: C.H.Beck, § 431. Yazarlar çağrı kararlarının istisnai olarak ve *obiter dictum* mahiyetinde kullanıldığını ve kavramın ilk kez FAYM üyesi Wiltraut Rupp-v. Brünneck tarafından formüle edildiğini belirtmektedir. Bkz. Rupp-v. Brünneck, W. (1970). *Darf das Bundesverfassungsgericht an den Gesetzgeber appellieren?*, içinde Ritterspach, Th., Geiger, W. (Hrsg.), *Festschrift für Gebhard Müller* (ss. 355-378).

¹⁶ Bethge, H. (2020). §§ 31, 35, içinde Maunz, Th., Schmidt-Bleibtreu, Klein, Bethge u.a. (Hrsg.) *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, 59. EL § 56; § 180 (sırasıyla).

durum şaşırtıcı değildir. Heusch, FAYM'nin “çağrı kararları”nın da diğer esasa ilişkin kararlar gibi bağlayıcı olduğunu belirtirken¹⁷ Klein bu bağlayıcılığın ek koşulu olarak, karar tarihinde anayasaya aykırılığın mevcut ve yasa koyucunun harekete geçmesinin zorunlu olmasını öngörmektedir¹⁸. Literatürde çağrı kararlarının sadece “henüz” anayasaya aykırı bulunmamış/hâlâ anayasaya uygun (*noch verfassungsmäßig*) normların yakın gelecekte anayasaya aykırı hâle gelmemesi için mi yapılabileceği yoksa artık anayasaya aykırı olduğu tespit edilmiş norma mı ilişkin olacağı konusunda görüş birliği olduğunu da söylemek mümkün değildir¹⁹. Mahkeme'nin yasa koyucunun belli bir süreye kadar harekete geçmesini öngördüğü kararların ise bir yasal dayanağı mevcut değildir²⁰. Buna karşılık Alman uygulamasında, dolaylı biçimde bir yasanın anayasayla bağdaşmazlığına karar verilmişse (*implizite Unvereinbarerklärung*) ve hüküm kısmında yasa koyucuya belli bir süre tanınmışsa bu sürenin sonunda yasanın yürürlüğünün sona ereceği kabul edilmektedir ve uygulama da bu yönde olmuştur²¹.

Yang çağrı kararlarını ve işlevini, FAYM ile yasa koyucu arasındaki iş birliği ilişkisi ve Mahkeme'nin yasa koyucunun anayasaya uygun davranma yükümlülüğüne yardımcı olması biçiminde açıklamakta, kurumlar arasında herhangi bir hiyerarşi ya da emir ilişkisi kurmamaktadır²². FAYM'nin argümanının da bu görüşü tamamladığı söylenebilir. Mahkeme'ye göre “Yasa koyucunun anayasal düzene bağlılık yükümlülüğü kanun koyma faaliyeti sırasında anayasaya uygunluğu sağlamakla sona ermemektedir, aksine yasa koyucu çıkarılan bir kanunun anayasaya uygunluğunun devam etmesini de sağlamakla yükümlüdür²³.” Bu yükümlülüğün yerine getirilmesinde Mahkeme kendisini “yardımcı” rolünde görmektedir. FAYM'nin çağrı kararlarının kuvvetler ayrılığı ilkesi bakımından eleştirilebileceğini, bir yargı organının yasama organına direktif ya da emir vermesinin birbirinden üstün olmayan kuvvetler açısından düşündürücü olabileceğini belirten ama son kertede FAYM'nin çağrı kararlarının yasa koyucunun görevlerini yerine getirmesinde yardımcı olan, destekleyici nitelikte kararlar olduğunu kabul eden yazarlar da bu işlevi öne çıkartmaktadır²⁴.

¹⁷ Heusch, A. (2005). § 31, içinde, Umbach, D.C., Clemens, Th., Dollinger, F-W. (Hrsg.), *Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Mitarbeiterkommentar und Handbuch*, 2. Auflage, Heidelberg: C.F.Müller, s. 513 § 55.

¹⁸ Benda, E., Klein, E., Klein, O. (2012). § 1280.

¹⁹ Graßhof'un (2005) verdiği bütün FAYM kararları örneği, “hâlâ anayasaya uygun” bulunan norm denetimine eşlik eden mahkeme kararlarıdır. Bkz. Graßhof, K. (2005). § 78, içinde Umbach, D.C., Clemens, Th., Dollinger, F-W. (Hrsg.), *Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Mitarbeiterkommentar und Handbuch*, 2. Auflage, Heidelberg: C.F. Müller, s. 960 § 10 dn. 10 (BVerfGE 39, 169; E 39 107, 218; E 53, 257 (312 vd.); E 54, 11 (37); E 78, 249 (287 vd.).

²⁰ a.g.e., s. 960 § 10.

²¹ Bkz. BVerfGE 101, 158 (159 vd.).

²² Yang, T. (2002). s. 348 vd. Aynı doğrultuda Stettner de çağrı kararlarını yasama yetki ve görevinin yerine getirilmesinin bir boyutu olarak düşünmektedir. Stettner, R. (2013), Art. 76, içinde Dreier, H. (Hrsg.), *Grundgesetz Kommentar*, 3. Auflage, Tübingen: Mohr Siebeck, s. 1731 kn. 10.

²³ BVerfGE 88, 203 (310).

²⁴ Kreuzberger, S. (2007). *Die gesetzlich nicht geregelten Entscheidungsvarianten des Bundesverfassungsgerichts*, Frankfurt a. M.: Peter Lang s. 215, 220, 228.

Bireysel Başvuru Kararlarının İcrası: Anayasa Mahkemesi'nin Doğrudan ve Dolaylı "Çağrı Kararları" Üzerine Bir İnceleme

Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin yasa koyucunun harekete geçmesi için kesin bir son tarih belirlediği kararların yanı sıra²⁵ yasa koyucunun kararını ileriki dönemlerde gözden geçirmesi gerektiğini belirten²⁶, yasanın uygulanmasıyla birlikte oluşan ve tespit edilebilen anayasaya aykırı durumları takip edip bunların yasa koyucu tarafından en kısa sürede düzeltilmesi gerektiğini vurgulayan²⁷ ya da yasa koyucunun yasayı düzeltmesi (*Korrektur*) ya da iyileştirmesi (*Nachbesserung*) gerektiğini belirten²⁸ kararları mevcuttur. Anayasa Mahkemesi ile yasama organı arasındaki iş birliği ilişkisinin ya da başka bir deyişle, anayasa mahkemelerinin yasama organı karşısındaki icra gücünün sınırını gösteren iyi bir örnek, FAYM'nin 29 Eylül 2020 tarihli kararına²⁹ bakılarak anlaşılabilir. Mülkiyet hakkının ihlali iddiasına dayanan bir anayasa şikâyeti başvurusu üzerine verilen kararda FAYM, 6 Aralık 2016 tarihli kararında³⁰ Atom Yasası'nda yeni bir düzenleme yapması için yasa koyucuya 30 Haziran 2018'e kadar bir süre verildiğini ve yasa koyucunun bu doğrultuda 10 Temmuz 2018 tarihli 16. Atom Yasası değişikliğini kabul ettiğini belirtmektedir. Ancak bu yasa henüz yürürlüğe girmemiş olmakla birlikte içerdiği hükümler, FAYM'nin 6/12/2016 tarihli kararında vurguladığı "anayasaya aykırılıkları giderecek nitelikte değildir" ve bu anlamda kararın gerekleri yerine getirilmemiştir. FAYM 2020 tarihli son kararında yasa koyucunun "en kısa zamanda" 2016 tarihli kararında belirtilmiş olan anayasaya aykırılığı giderecek kanun değişikliklerini yapması çağrısında bulunmaktadır. Görüldüğü üzere Mahkeme, 2016 tarihli kararının gereklerinin hangi ölçüde yerine getirilmiş olduğunu denetlemekle birlikte bunun eksik bırakılmış olması durumunda "çağrı kararlarına uyulması çağrısı" dışında FAYM'nin elinde başka bir icrai araç bulunmamaktadır.

II. TÜRK ANAYASA MAHKEMESİ'NİN "DOĞRUDAN ÇAĞRI" KARARLARI

Türk Anayasa Mahkemesi'nin görev ve yetkileri Anayasa'nın 148., 69. ve 85. maddelerinde, 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'da (AYMK) ve Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nde düzenlenmektedir. Almanya ile karşılaştırıldığında Türk Anayasa Mahkemesi'nin yetki kataloğunun da hayli geniş olduğunu söylemek mümkündür. Bu yazının konusu bakımından önemli olan karar türleri ve AYM'nin içtihadındaki genişlemelere bakılacak olursa AYM'nin "karar türü yaratıcılığı"nın Almanya'ya göre daha sınırlı olduğu saptaması yapılabilir.

AYM kararlarının bağlayıcılığı ve etkisi konusundaki anayasal düzenlemeler,

²⁵ BVerfGE 37, 38 (56 vd.); E 78, 249 (251 ve 265); E 85, 386 (402); E 101, 158.

²⁶ BVerfGE 49, 89 (Atom Yasası); E 50, 290 (iş yerlerinde çalışanların oy hakkına ilişkin yasa); E 92, 365 (kısa çalışma ücreti) vb.

²⁷ BVerfGE 43, 291 (Üniversiteler Yasası); E 45, 187 (Ceza Yasası); E 53, 257 (Emeklilik Yasası).

²⁸ BVerfGE 65, 1 (Nüfus Sayımı Yasası); E 68, 155 (Ağır Engelli Yasası). Çağrı kararlarının alt başlıklarının ayrıntılı bir tasnifi için bkz. Yang, T. (2002). s. 37 vd.

²⁹ 1 BvR 1550/19 (29/9/2020).

³⁰ BVerfGE 14, 246.

2010 yılı anayasa değişikliğinde herhangi bir değişikliğe uğramamıştır. Dolayısıyla norm denetiminden yapısal farklılıklarına ve Resmî Gazete’de yayımlanma zorunluluğunun göreceleştirilmiş olmasına rağmen bireysel başvuru kararlarının bağlayıcılığı konusunda farklı bir anayasal kural söz konusu değildir ve genel kurallara tabidir.

Anayasa’nın 153. maddesindeki ilkeler, gözetilen amaç dikkate alarak şöyle kategorize edilebilir:

1. Fıkra: “Anayasa Mahkemesinin kararları kesindir. İptal kararları gerekçesi yazılmadan açıklanamaz.” Öncelikle norm denetimi kararları için geçerli olan bu düzenlemeden beklenen ilk etki, yasa koyucunun tekrar aynı türden bir anayasaya aykırı norm koymasını önlemektir. Gerekçe, yasa koyucuya maddi anlamda yön gösterici bir işleve sahiptir ve anayasal düzende sürekli olarak aynı nitelikte anayasaya aykırı normların konulmasını engellemeyi amaçlar.

2. Fıkra: “Anayasa Mahkemesi bir kanun veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin tamamını veya bir hükmünü iptal ederken kanun koyucu gibi hareketle, yeni bir uygulamaya yol açacak biçimde hüküm tesis edemez.” Bu hüküm, Alman öğretisinde tipik örnek olarak gösterilen, Federal Alman Anayasa Mahkemesi’nin eşlerin soyadı seçimindeki Medeni Kanun hükmünün anayasaya aykırılığını saptadıktan sonra yasa koyucu yeni düzenleme yapmaya dek doğacak boşluğu önlemek için yeni yasal düzenleme yürürlüğe girinceye kadar geçerli olacak ilkeleri belirlediği³¹, aslında bir yasa normu niteliğindeki “geçici düzenleme” (*Auffangregelung*) benzeri bir uygulamayı engelleme amacını taşımaktadır. Türkiye bağlamında ise bu normun özellikle siyasal organlarla yargı arasındaki demokratik meşruluk gerilimini azaltmayı amaçladığı söylenebilir. Gerçi kuvvetler ayrılığı ilkesi gereği, bu norm olmasaydı da AYM’nin bu türden bir norm koyma faaliyetine girişeceğini düşündürecek bir durum zaten hiç mevcut olmamıştır.

3. Fıkra: “Kanun, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü ya da bunların hükümleri, iptal kararlarının Resmî Gazetede yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkar. Gereken hâllerde Anayasa Mahkemesi iptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarihi ayrıca kararlaştırabilir. Bu tarih, kararın Resmî Gazetede yayımlandığı günden başlayarak bir yılı geçemez.” Bu fıkra, anayasaya aykırı normun iptalinin etkilerini erteleme olanağı tanıyarak, AYM kararda açıkça belirtmese de yasa koyucuya “düzenleme çağrısı” yapılmasının anayasal dayanağını oluşturmaktadır. Burada AYM, iptal kararının doğuracağı hukuki boşluktan kaynaklanabilecek zarar ile anayasaya aykırı olduğuna karar verilmiş olan normun belli bir süre daha hukuk düzeninde yürürlükte kalmasından dolayı ortaya çıkabilecek zarar arasında bir tercih yapmakta ve kamu yararı açısından siyasal iradeye anayasaya uygun bir çözüm bulması için zaman tanımaktadır. Türk hukuk tarihinde ilk akla gelen örnek, TCK’de suç olarak düzenlenen ama kadın ve erkek eş arasında suçun unsur-

³¹ BVerfGE 84, 9 vd. Bu Mahkeme kararının da ele alındığı kapsamlı bir çalışma için bkz. Göztepe, E. (1999). “Anayasal Eşitlik İlkesi Açısından Evli Kadınların Soyadı”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. 54, S. 2, s. 101 vd.

Bireysel Başvuru Kararlarının İcrası: Anayasa Mahkemesi'nin Doğrudan ve Dolaylı "Çağrı Kararları" Üzerine Bir İnceleme

ları bakımından asli farklılıklar içeren zina düzenlemelerinin AYM tarafından iki kararla iptal edilmesidir. İlk karardan³² sonra TBMM kendisine yapılan "düzenleme çağrısı"na uymamış, böylelikle iptal kararı yürürlüğe girdikten sonra eşler arasındaki hukuki eşitsizlik daha da büyüdüğünden, önüne gelen ikinci somut norm denetiminde AYM kadının zinasını düzenleyen normu da iptal ederek³³ zina'yı suç olmaktan çıkarmıştır. Yasa koyucu bu hukuki sonuca "negatif yasa koyma iradesiyle" katkıda bulunmuştur.

4. Fıkra: "İptal kararının yürürlüğe girişinin ertelendiği durumlarda, Türkiye Büyük Millet Meclisi, iptal kararının ortaya çıkardığı hukukî boşluğu dolduracak kanun teklifini öncelikle görüşüp karara bağlar." Bu fıkroda ise AYM'nin "düzenleme çağrısı"nın muhatabı olan Meclis'e ilgili düzenlemeye öncelik verme yükümlülüğü getirilmektedir.

5. Fıkra: "İptal kararları geriye yürümez." 153. maddenin, bireysel başvuru usulünün kabulünden sonra yapısal bir değişikliğe uğramadığı dikkate alındığında bu maddenin uygulama alanının norm denetimi kararları olduğunu tespit etmek yanlış olmayacaktır. Bireysel başvuru kararlarında verilen ihlal kararlarının zamansal etki ve sonucu ile ilgili olarak Anayasa'da benzer bir düzenleme yer almaktadır. AY madde 148/5 düzenlemeyi kanuna bırakmaktadır ("Bireysel başvuruya ilişkin usul ve esaslar kanunla düzenlenir.").

6. Fıkra: "Anayasa Mahkemesi kararları Resmî Gazetede hemen yayımlanır ve yasa, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzelkişileri bağlar." Bu fıkra Mahkeme'nin verdiği her türden kararı kapsamaktadır. Her ne kadar bütün bireysel başvuru kararlarının tamamı Resmî Gazete'de yayımlanmasa da kamuoyuna duyurulma koşulu Mahkeme'nin internet sitesi üzerinden gerçekleştirildiğinden bağlayıcılığın koşulu olan bilinebilirlik ve öngörülebilirlik sağlanmaktadır. Bireysel başvuru kararları dikkate alındığında asıl sorun, kararların subjektif ve objektif etkisinin bir arada düşünülmesinin gerekmesi ve salt subjektif etkinin hukuki/siyasal tartışmaların odağını oluşturmamasının sağlanmasıdır³⁴.

FAYM'nin icat ettiği ve Alman hukukunda "çağrı kararları" olarak kavramsallaştırılan olgu, Türk hukuk düzenine uyarlanıp yukarıda anılan normlar ve aşağıda ele alınacak bireysel başvuru kararları ışığında incelenecek olursa, Türk hukukunda bireysel başvuru usulü kapsamında Mahkeme'nin "doğrudan" ve "dolaylı" çağrı kararları ürettiği gözlenmektedir.

Türk anayasa hukuku bakımından norm denetimi kararlarında iptal kararlarının yürürlüğünün ertelenmesi ve yasa koyucunun doğacak boşluğu doldurması için kendisine zaman tanınmasına ya da bireysel başvuru kararlarında özellikle

³² AYM, E.1996/15, K.1996/34, 23/9/1996 (726 sayılı TCK madde 441'e ilişkin). İptal kararının Resmî Gazete'de yayımlanmasından başlayarak bir yıl sonra yürürlüğe girmesine karar verilmiştir.

³³ AYM, E.1998/3, K.1998/28, 23/6/1998 (726 sayılı TCK madde 440'a ilişkin).

³⁴ Aynı doğrultuda bkz. Kanadoğlu, K. (2015). *Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru*, İstanbul: On İki Levha Yay., s. 258: "Bu kural böylelikle AYM'nin iş yükünün azalmasına ve öncekinin tekrarı niteliğindeki çok sayıda olayda AYM'ye başvuruyu önleyecektir."

kanundan kaynaklanan “yapısal soruna” dikkat çekilerek kararın bu sorunun giderilmesi için yasama organına yollanmasına “doğrudan çağrı kararı” denebilir. Burada hem muhatap hem de yapılması gereken işlem açık şekilde belirtilmektedir.

Buna karşılık eğer bireysel başvurularda ihlal kararı verilmesine rağmen ne kanundan kaynaklanan yapısal soruna değinilmiş ne de sorun uygulamanın yeknesak olmamasından dolayı tekrar birçok ihlale yol açabilecek nitelikte olsa bile son kertede yasama organının ya da yürütme ve idarenin yapması gerekenlere değinilmemişse yani kararın gereklerinin yerine getirilmesi uygulayıcı ve öğreti görüşlerinin yorumuna bırakılmışsa “dolaylı çağrı kararı” kavramının kullanılması yerinde olacaktır. Çünkü bu durumda da yasama organının ya da yürütmenin sorunun kaynağıyla ilgilenmesi, önleyici tedbirler alması, anayasaya uygun ve bir örnek hukuk uygulamasının sağlanması için zorunludur.

Yukarıda değinilen norm denetiminin sonucuna ilişkin anayasal düzenlemeler ışığında sorulması gereken ilk soru, yasa koyucunun soyut ya da somut norm denetimi kapsamında verdiği iptal kararlarının yürürlüğünün ertelenmesini müteakip yasa koyucunun hareketsiz kalmasının bir yaptırımı bağlanıp bağlanmadığıdır. Aslında bütün anayasal sistemler için sorulması gereken bu nihai soru, kurumlar arası ilişkilerin hangi oranda anayasal normlara uygun yürütüldüğüne ve bir kurum “oyunun” kuralını bozduğunda sistemin kendisini nasıl koruyabildiğine ilişkin olup hem anayasa hukukunun hem de siyaset biliminin asli sorunlarından bir tanesidir. Almanya gibi güçlü bir hukuk devletinde bile hükümetlerin kendi sabit seçmen tabanlarının taleplerini karşılamak için özellikle vergi politikasıyla ilgili “çağrı kararlarında” siyasal takdir yetkisini son derece geniş yorumladığı görülmektedir. Bu siyasal takdir yetkisi Türkiye örneğinde ceza hukuku, medeni hukuk ya da siyasal partiler hukuku gibi alanlara doğru da genişleyebilmektedir.

Son olarak FAYM ve AYM arasındaki normatif yetki farkından bahsetmek, AYM'nin normatif hareket alanını saptamak ve bazı kısır döngülerin nedenini anlamak için faydalı olacaktır. Almanya'da yasalara karşı doğrudan bireysel başvuru yapma olanağı vardır (FAYMK, mad. § 93/3); bunun yanı sıra bireysel başvuruda verilen ihlal kararının anayasaya aykırı bir kanundan kaynaklandığına karar verilirse bu kanun hakkında bireysel başvuru incelemesi kapsamında iptal kararı verilmektedir³⁵. Oysa AYM Kanunu'nda buna benzer bir düzenleme yer almamaktadır. Kanun'un tasarı aşamasında “Bölümler, bireysel başvuru incelemesi sırasında temel hak ihlâlinin kanun veya kanun hükmünde kararname hükmünden kaynaklandığı kanaatine varırlarsa iptali istemiyle Genel Kurula başvururlar.” düzenlemesi yer almaktaydı. Bu hüküm Anayasa Alt Komisyonunda çıkarılmış, Genel Kurul-

³⁵ § 95/3 of the Act of the Federal Constitutional Court: “If the Court grants a constitutional complaint which challenges a law, that law shall be voided. The same shall apply if a constitutional complaint is granted pursuant to subsection 2 because the reversed decision was based on an unconstitutional law. § 79 shall apply accordingly.”, https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Downloads/EN/Gesetze/BVerfGG.pdf?__blob=publicationFile&v=10 (Erişim Tarihi: 15/12/2020).

da da tekrar gündeme getirilmediğinden Kanun'da yer almamıştır. Komisyon çalışmalarında "yasama organının kanundan kaynaklanan ihlallerde hassasiyet göstererek yeni düzenlemeyi yapacağı" belirtilse de³⁶ bu düzenleme eksikliğini anayasal düzenin anayasaya aykırı normlardan arındırılması için çok dolambaçlı bir yolu zorladığı ortadadır. Çünkü normun anayasallığını bireysel başvuru üzerinden inceleyemeyen AYM, bireysel başvurudaki ihlal kararı sonrasında yeniden yargılama için kararı ilk derece mahkemesine gönderecek ve bu mahkeme tekrar AYM'ye norm denetimi için başvurabilecektir. Bireysel başvuru dolayısıyla somut norm denetimi yapılamamasının normatif olarak açıkça düzenlenmemiş olması, Türk hukuk düzeninde aşağıda ele alınacak bazı sorunların da kaynağını oluşturmaktadır.

A. KANUNİ DÜZENLEME YAPILMASI GEREKLİLİĞİNİN HÜKÜM FIKRASINDA KARARA BAĞLANIP TBMM'YE BİLDİRİLDİĞİ KARAR ÖRNEKLERİ

1. Y.T. Kararı

AYM'nin pilot karar usulünü uyguladığı ilk kararı, aynı zamanda kararın bir örneğinin TBMM'ye bildirilmesine karar verdiği bu anlamda da ilk "doğrudan çağrı" kararıdır. Karara konu düzenlemenin geçirdiği evreler ve sonrasındaki hukuki düzenlemeler bakımından Y.T.³⁷ kararı özel bir öneme sahiptir. Başvuru, sınır dışı edilmesine karar verilen başvurucunun kötü muameleyle maruz kalma riski bulunan ülkeye geri gönderilmesini engellemek için etkili bir yargı yolu bulunmadığı iddiasına dayanmaktadır. AYM tarafından geçici tedbir kararı alınarak geri gönderme işleminin durdurulması talebini de içeren başvuru kapsamında kabul edilebilirlik incelemesini yapan Bölüm, İçtüzük'ün 73. maddesi uyarınca sınır dışı işleminin tedbiren durdurulmasına karar vermiştir. Daha sonra Bölüm tarafından pilot karar usulünün resen başlatılmasına karar verilmiş ve konunun önemi nedeniyle başvurunun Genel Kurula sevk edilmesine karar verilmiştir. Daha sonra da görüleceği üzere sonraki iki "doğrudan çağrı kararı" da Genel Kurul tarafından karara bağlanmıştır.

Başvurunun esas konusu, 4 Nisan 2013 tarihli ve 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nun (YUKK) 53/3 maddesinde düzenlenen, yargı yoluna başvurmaya bağlanan otomatik sonuca ilişkindir. Kanunun ilk düzenlemesine göre "Yabancı veya yasal temsilcisi ya da avukatı, sınır dışı etme kararına karşı, kararın tebliğinden itibaren on beş gün içinde idare mahkemesine başvurabilir. Mahkemeye başvuran kişi, sınır dışı etme kararını veren makama da başvurusunu bildirir. Mahkemeye yapılan başvurular on beş gün içinde sonuçlandırılır. Mahkemenin bu konuda vermiş olduğu karar kesindir. Yabancıların rızası saklı kalmak kaydıyla, dava açma süresi içinde veya yargı yoluna başvurulması hâlinde yargılama sonuçlanıncaya kadar yabancı sınır dışı edilmez."

³⁶ Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun Tasarısı ile Anayasa Komisyonu Raporu, TBMM 23. Dönem, Yasama Yılı: 5, S. Sayısı: 696, s. 20.

³⁷ Y.T., B. No: 2016/22418, 30/5/2019.

Görüldüğü üzere bir yabancıнын idarenin verdiği sınır dışı etme kararına karşı açtığı davanın sonuçlanmasına kadar bu kararın icrasının yasa gereği durması öngörülerek başvuru yoluyla etkili sonuç doğurması güvence altına alınmıştır. Ancak 15 Temmuz 2016 darbe girişiminden sonra çıkarılan 3 Ekim 2016 tarihli ve 676 sayılı Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnamesi'nin (OHAL KHK)³⁸ 35. ve 36. maddeleriyle 6458 sayılı Kanun'un 53. ve 54. maddeleri değiştirilerek dava sonuçlanıncaya kadar kanunun sağladığı, kararın icrasının durdurulmasına ilişkin otomatik koruma kaldırılmıştır³⁹. OHAL KHK'si ile yapılan değişikliğe göre 54. maddenin ilk fıkrasında sayılan kişiler, haklarında verilen sınır dışı etme kararına karşı idari yargı yoluna başvursalar dahi idare mahkemesi tarafından yürürlüğün durdurulması kararı verilmedikçe karar kesinleşmeden önce de her aşamada sınır dışı kararının icrası olanaklı hâle gelmiştir. Bu durumda AYM'ye yapılan bireysel başvurudaki etkili yargı bulunmadığı şikâyetinin yargı organlarının farklı yorum ya da uygulamalarından değil kanundan kaynaklandığı açıktır.

AYM de bu doğrultuda ilk kez İçtüzük'ün 75. maddesindeki pilot karar usulünü uygulama kararı vererek daha önceki iki kararında⁴⁰ sınır dışı ile ilgili olarak usul güvencelerini ortaya koyduğu ilkelerin hukuk düzeninde yeniden tesis edilebilmesinin ilk adımını atmıştır. Mahkeme, önünde bekleyen diğer 1.545 başvurunun (§ 73) da aynı gerekçeyle yapısal sorundan kaynaklanması sebebiyle kararın bir örneğinin yasama organına yollanmasına karar vermiştir. Mahkeme aynı zamanda 8 Nisan 2019 tarihine kadar yapılmış olan 1.545 başvuru ile “*bu tarihten sonra gelmeye devam edecek aynı mahiyetteki yeni başvuruların İçtüzük'ün 75. maddesinin (5) numaralı fıkrası uyarınca **bir yıl süreyle incelemesinin ertelenmesine ve ilgililerin bu hususta bilgilendirilmesine***” karar vermiştir (§ 78). Mahkeme her ne kadar kararın ne gerekçesinde ne de hüküm kısmında düzenleme yapması için yasa koyucuya herhangi bir zaman kısıtlaması getirmemişse de dosyaları bir yıl

³⁸ 676 sayılı OHAL KHK'sinin ilgili maddeleri, 7070 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun'un 31. maddesi uyarınca aynen kabul edilmiştir. Bkz. RG: 8.03.2018, S. 30354 (mükerrer).

³⁹ 676 sayılı KHK ile yapılan değişiklik sonrasında 6458 sayılı Kanun'un 53. ve 54. maddelerinin koynuyla ilgili düzenlemesi şu hâle getirilmiştir:

Madde 53/3, 3 son cümlesi: “*Yabancıнын rızası saklı kalmak kaydıyla, dava açma süresi içinde veya yargı yoluna başvurulması hâlinde **54 üncü maddenin birinci fıkrasının (b), (d) ve (k) bentleri ile ikinci fıkrası kapsamındaki hariç** yargılamaya sonuçlanıncaya kadar yabancı sınır dışı edilmez.*”

“Madde 54 (1):

b) Terör örgütü yöneticisi, üyesi, destekleyicisi veya çıkar amaçlı suç örgütü yöneticisi, üyesi veya destekleyicisi olanlar,

d) Kamu düzeni veya kamu güvenliği ya da kamu sağlığı açısından tehdit oluşturanlar,

k) Uluslararası kurum ve kuruluşlar tarafından tanımlanan terör örgütleriyle ilişkili olduğu değerlendirilenler.

(2) Bu maddenin birinci fıkrasının (b), (d) ve (k) bentleri kapsamında oldukları değerlendirilen uluslararası koruma başvuru sahibi veya uluslararası koruma statüsü sahibi kişiler hakkında **uluslararası koruma işlemlerinin her aşamasında sınır dışı etme kararı alınabilir.**”

⁴⁰ Kötu muameleye maruz kalma riski bulunan ülkeye sınır dışı kararı ve bununla bağlantılı olarak etkili başvuru hakkına ilişkin usul güvencelerinin ortaya konduğu bu iki karar için bkz. A.A. ve A.A., B. No: 2015/3941, 1/3/2017; Yusuf Ahmed Abdelazim Elsayad, B. No: 2016/5604, 24/5/2018.

Bireysel Başvuru Kararlarının İcrası: Anayasa Mahkemesi'nin Doğrudan ve Dolaylı "Çağrı Kararları" Üzerine Bir İnceleme

süreyle bekletme kararının dolaylı biçimde yasama organına tanınan maksimum düzenleme süresi olarak düşünüldüğü söylenebilir.

Yasama organı, kararın Resmî Gazete'de yayımlanmasından yaklaşık dört buçuk ay sonra 7196 sayılı Torba Kanunu'nun 75. maddesiyle, 6458 sayılı Kanun'un 53/3 maddesindeki on beş günlük dava açma süresini yedi güne düşürmüş ama 54/1 maddesinin b, d ve k bentlerine atıf yapan istisna hükmünü kaldırarak dava açma süresi içinde ve dava açılması hâlinde karar kesinleşinceye kadar davacının sınır dışı edilmesini engelleyen eski düzenlemeyi tekrar yürürlüğe sokmuştur. Mahkemenin "doğrudan çağrı" kararlarının ilki olan bu karar, yargı ile yasama organı arasındaki olumlu iş birliği için de iyi bir örnek teşkil etmektedir.

2. Süleyman Başmeydan Kararı

AYM'nin yasama organına yönelik ikinci "çağrı kararı" *Süleyman Başmeydan* başvurusudur⁴¹. Bu karar, ceza muhakemesindeki hükmün açıklanmasının geriye bırakılması (HAGB) kararının bağlı sonuçları konusunda kanuni düzenleme boşluğunun tespitine ilişkindir. Başvurucuya 6831 sayılı Orman Kanunu'nun 93/1 ve 2 fıkralarında düzenlenen işgal ve faydalanma suçunu işlemesinden dolayı verilen on aylık hapis cezası için HAGB'ye karar verilirken ormanlık alandaki boşluklara dikilmiş olan fındık fidanlarının ise müsadere kararına itiraz ve temyiz farklı dosyalar içinde ele alınması ama HAGB'nin kesinleşmesinin müsadere kararı için de geçerli olduğunun kabul edilmesidir. Yargıtay ise temyiz talebini incelerken müsadere kararının HAGB'ye ilişkin hükmün bir parçası olduğunu, müsadere tedbirinin hüküm açıklanıncaya kadar hukuki sonuç doğurma yeteneği bulunmadığını belirtmiştir. Bu içtihada karşılık HAGB kararı ile birlikte verilen müsadere kararının hangi aşamada infaz edileceğine ilişkin açık bir kanuni düzenleme bulunmamasının sonucunda ilk derece mahkemesinin HAGB kararının kesinleşmesini müteakip Orman İşletme Şefliği müsadere kararının infazına girişmiştir.

AYM mevcut yasal belirsizliğin ve yeterli olmayan güvencelerin mülkiyet hakkı üzerinde ölçülü olmayan bir müdahale oluşturduğu gerekçesiyle ihlal kararı vermiştir. İhlalin kaynağı olarak görülen "kanun hükmündeki belirsizliğin" ise müsadere tedbirinin ne zaman, nasıl, hangi koşullarda infaz edileceği ya da durdurulacağı, zorunlu durumlarda hangi tür mekanizmalarla (örneğin tazminat) infazın başlatılabileceğinin TBMM tarafından düzenlenmesi gerektiğine karar vermiştir⁴². Haziran 2021 itibarıyla yasa koyucu bu konuda herhangi bir düzenleme yapmamıştır.

Bu kararlar ilgili olarak -açık kanuni düzenleme eksikliği yanında- mahkemelerin HAGB'nin işlevi ve amacı üzerinde hiç düşünmediklerinin, müsadere gibi HAGB verilen dava konusuna sıkı sıkıya bağlı bir tedbirin infazının HAGB ile

⁴¹ *Süleyman Başmeydan*, B. No: 2015/6164, 20/6/2019.

⁴² *Süleyman Başmeydan*, §§ 63, 72-73.

amaçlanan sonuçla birlikte düşünülmesine hiç itibar edilmemiş olmasının vurgulanması gerekir. Bu nedenle de yargı organı mensuplarının hukuki yorum yöntemleri konusundaki bilgi eksikliğinin giderilmesi için mesleki eğitim vermenin de aşağıda ele alınacak olan Adalet Bakanlığı yükümlülükleri arasında yer aldığını belirtmek gerekir.

3. Bedrettin Morina Kararı

AYM'nin yasama organına yönelik üçüncü “çağrı kararı” *Bedrettin Morina* başvurusudur⁴³. Başvurunun konusu, 3201 sayılı Yurt Dışında Bulunan Türk Vatandaşlarının Yurt Dışında Geçen Sürelerinin Sosyal Güvenlikleri Bakımından Değerlendirilmesi Hakkında Kanun'un 1. ve 3. maddesinin uygulanmasından kaynaklanan, mülkiyet hakkı ile bağlantılı olarak ayrımcılık yasağının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir. Başvurucu 6/9/1996 tarihli Bakanlar Kurulu kararıyla Türk vatandaşlığını kazanan bir Yugoslavya vatandaşı olup 1973-2003 tarihleri arasında yurt dışında çalışmıştır. 3201 sayılı Kanun kapsamında yurt dışı hizmet sürelerinin borçlanması talebinde bulunmuş, SGK önce işlemi gerçekleştirip 2009 yılından itibaren yaşlılık aylığı bağlamış olmasına rağmen 2015 yılında aylığı kesmiştir. Bu kararının gerekçesi olarak da başvurusunun “*Türk vatandaşlığını kazandığı tarihten önce yurt dışında geçen çalışma süresini borçlanmasının mümkün olmaması*” gösterilmiştir. Kalan süreler de aylık bağlanmasının koşulları için yeterli olmadığından yaşlılık aylığı tamamen kesilmiştir. SGK'nin hem yaşlılık aylığının kesilmesi hem de ödemelerin iadesi işleminin iptaline ilişkin davalar reddedilmiştir⁴⁴. AYM yapılan başvuruyu mülkiyet hakkı bağlamında ayrımcılık yasağı iddiası yönünden değerlendirmeye almıştır.

SGK'nin kararı vatandaşlığın kazanılması biçimine dayandığından Mahkeme, 3201 sayılı Kanun'un 1. maddesindeki düzenlemenin doğumla ve sonradan Türk vatandaşı olma arasında ayırım yaptığı tespitinde bulunup incelemenin vatandaşlık temelinde farklı muamele yapılıp yapılmadığı incelemesinde somutlaşması gerektiğine karar vermiştir⁴⁵. Mahkeme yurt dışı hizmet borçlanmasında iki tür vatandaşlık arasında ayırım yapılmasının haklı ve objektif bir nedene dayanmamasından hareketle mülkiyet hakkı bağlamında ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine karar vermiştir. *Süleyman Başmeydan* kararına atıfla ihlal anayasaya uygun yoruma olanak tanımayan bir kanun hükmünden kaynaklandığı için yeniden yargılama yapılmasının ihlali giderici bir araç olmadığına ve ilgili yasa hükmünün gözden geçirilmesi için yasama organına bildirimde bulunulması gerektiğine karar vermiştir⁴⁶.

⁴³ *Bedrettin Morina*, B. No: 2017/40089, 5/3/2020.

⁴⁴ SGK kararlarına dayanak teşkil eden 3201 sayılı Kanun'un 1. maddesi şöyledir: “*Türk vatandaşları ile doğumla Türk vatandaşı olup da çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığını kaybedenlerin on sekiz yaşını doldurduktan sonra Türk vatandaşı olarak yurt dışında geçen ve belgelendirilen sigortalılık süreleri ve bu süreleri arasında veya sonunda her birinde bir yıla kadar olan işsizlik süreleri ile yurt dışında ev kadını olarak geçen süreleri, bu Kanunda belirtilen sosyal güvenlik kuruluşlarına prim ödenmemiş olması ve istekleri hâlinde, bu Kanun hükümlerine göre sosyal güvenlikleri bakımından değerlendirilir.*”

⁴⁵ *Bedrettin Morina*, § 47.

⁴⁶ *Bedrettin Morina*, §§ 52, 60, 62.

Bireysel Başvuru Kararlarının İcrası: Anayasa Mahkemesi'nin Doğrudan ve Dolaylı "Çağrı Kararları" Üzerine Bir İnceleme

AYM bunun dışında eski hâle getirme kuralı çerçevesinde başvurucudan SGK tarafından geri istenen ödenmiş aylıkların tahsilinin durdurulmasına ya da tahsil edilmiş ise başvurucuya iadesine karar vermiştir⁴⁷. Ancak Mahkeme'nin kararında aynı paragrafın son cümlesi yeterince açık olmayıp TBMM ile AYM'nin ihlal kararı arasındaki ilişkinin kurulması bakımından cevaplandırılması gereken sorular içermektedir. Mahkeme kararının 63. paragrafında "*Başvurucunun da aralarında olduğu bu durumda olan kişiler yönünden aylık bağlanması hususunda keyfiyetin Türkiye Büyük Millet Meclisine bildirilmesi gerekir.*" denmektedir. Öncelikle somut olay bakımından sorulması gereken soru şudur: Başvurucudan tahsil edilen ya da edilecek aylık ödemelerinin iadesine ya da durdurulmasına karar verilmiş ve kararın bir örneğinin hem SGK'ye hem ilk derece mahkemesine hem de Yargıtay'a gönderilmesine karar verilmiştir. Acaba SGK ihlal kararına dayanarak kanun değişikliği yapılmadan önce de başvurucuya yaşlılık aylığı bağlama yetkisine sahip olacak mıdır, yoksa başvurucunun ileriye dönük aylık bağlanması talebine karar verilmesi ancak kanun değişikliği sonrasında mı mümkün olacaktır? Haziran 2021 itibarıyla kendisine doğrudan çağrıda bulunulan yasa koyucunun henüz yeni bir kanuni düzenleme yapmadığı dikkate alındığında AYM'nin verdiği ihlal kararının etkisinin korunması için açık bir çözüm önerisi üretilmesi gerektiği açıktır. AYM, hâlâ yürürlükte olan kanuna dayanılarak tesis edilen bireysel işlemi (tahsilin iadesi ya da durdurulması) *ex tunc* etki doğuracak şekilde, doğan zararı eski hâle getirme ilkesi çerçevesinde ortadan kaldırmışsa verdiği ihlal kararının bütün hüküm ve sonuçlarıyla etki doğurabilmesi için başvurucuya kanun değişikliği yapılmadan da yaşlılık aylığı bağlanması gerekir. Aksi durumda başvurucuya aylık bağlanması kanun değişikliğine bırakılacak olursa arada geçen süredeki zarar giderilemeyeceği gibi vatandaşlıktan kaynaklanan haksız farklı muamele başka birçok hak ihlaline neden olacaktır.

Bu karar özelinde dikkate alınması gereken bir diğer husus da özellikle karşı oylarda dile getirilen ve 3201 sayılı Kanun'un ilgili hükümlerinin anayasaya uygun yorumunun mümkün olduğu tezidir. Karşı oy yazan altı üye, kanunun lafzının doğumla ya da sonradan kazanılan Türk vatandaşlığı arasında ayırım yapmadığını, yurt dışında çalışılan sürenin Türkiye'de dikkate alınmasının somut olayı ilgilendiren koşulunun yurt dışında "Türk vatandaşı olarak" geçen süre olduğunu vurgulamıştır. Bu durumda da hem ilk derece mahkemesinin hem de Yargıtay'ın yurt dışında çalışılan sürenin 1996 tarihinde Türk vatandaşlığına geçildikten sonraki kısmının yaşlılık aylığına esas alınmasında Anayasa'ya bir aykırılık yoktur.

Kararın hem çoğunluk görüşü hem de karşı oyları dikkate alındığında ikili bir çözüm akla gelmektedir. AYM'nin ihlal kararından sonra kanun değişikliği yapıldığı takdirde (ki bu değişikliğin kapsamı şu anda bilinmemektedir) başvurucu buna göre belirlenecek prim ve gün sayısına göre yaşlılık aylığına hak kazanacaktır. Kanun değişikliği yapılmadığı takdirde önceden aldığı aylıkların iadesi işleminin durdurulması ya da tahsilin yapılmamasından sonra başvurucunun elinde-

⁴⁷ Bedrettin Morina, § 63.

ki tek olanak, tekrar SGK’ye başvurarak Türk vatandaşı olduğu tarihten itibaren yaşlılık aylığının hesaplanmasını istemektir.

B. İHLALİN KANUNDAN KAYNAKLANDIĞI KARARIN GEREKÇESİNDE YA DA KARŞIOYLARDA BELİRTİLMEKLE BİRLİKTE HÜKÜM FIKRASINDA TBMM’YE ÇAĞRI YAPILMAYAN KARARLAR

AYM yukarıda incelenen üç kararıyla, 6216 sayılı Kanun’un 50/1’in 2. cümlesinde düzenlenen karar yetkisini “İhlal kararı verilmesi hâlinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilir” hükmü çerçevesinde yargı organlarından yasama organına doğru genişletmiştir. Bu hüküm kısmı AYM’nin yetkilerini öngörülmeyle şekilde genişletmemekle birlikte yasama organıyla doğru ilişkiye geçmesi ve yasamanın yetki alanı içinde olan bir zorunluluğa işaret etmesi sebebiyle “mini-maksimalist⁴⁸” bir karar türü olarak nitelendirilebilir. Mahkeme klasik-muhafazakâr bir yaklaşımla kanundan kaynaklanan yetkilerine dayanmakta ama yasa koyucunun öngörmediği ve yasama organıyla yeni bir diyalog olanağı sunan genişleme alanı yaratmaktadır. Bu içtihadını geliştirdiği kararların kamuoyunda siyasal bir bölünme ve tartışmayı da beraberinde getiren konulara ilişkin olmaması, AYM’nin kamuoyu baskısından uzak bir şekilde bireysel başvurunun objektif etkisini⁴⁹ genişletmesine olanak tanımaktadır. Mahkeme’nin bu türden bir “çağrı kararı” verme aşamasına dogmatik bir tartışmadan dolayı değil verdiği yüzlerce bireysel başvuru kararının etki ve sonuç doğurmasının gereklerinin her bir kararda daha da fazla berraklaşması nedeniyle yani yargısal “deneyim kazanma” sonucunda ulaştığı hatırdaki tutulmalıdır.

Bu başlık altında AYM’nin “çağrı kararı” verme aşamasında etkili olduğu söylenebilecek yani Mahkeme’nin kararlarının etki ve sonucu konusunda daha geniş kapsamlı düşünmesini sağlayan örnek kararlar ele alınacaktır. Bu amaçla sürecin aşamalarını göstermek bakımından sadece çoğunluk görüşü değil karşı oylar da dikkate alınmıştır.

⁴⁸ Amerikalı hukukçu Yvonne Tew, farklı ülkelerdeki yüksek mahkemelerin ya da anayasa mahkemelerinin çığır açıcı kararlarındaki yaklaşımları iki üst başlık altında kategorize etmektedir: “Maxi-minimalism” ve “mini-maximalism”. ABD Yüksek Mahkemesi’nin 1803 tarihli *Marbury v. Madison* davası bu kategoride “maxi-minimalism” örneği olarak ele alınmaktadır. Mahkeme, önündeki somut olayda ret kararı verirken yani somut tartışma konusu bakımından bir başarı söz konusu olmazken karar gerekçesinde kendi yetkilerini genişleten argümanlar ortaya koymaktadır. Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi’nin Eylül 2019’da Başbakan Boris Johnson’ın Avam Kamarasını tatile sokma kararının iptaline ilişkin kararı ise “mini-maximalism” kategorisinde ele alınmaktadır. Burada Mahkeme, gerekçesini klasik bir çerçeve sınırında sunmakta ama somut olayda bu gerekçeye dayanarak verdiği karar Mahkeme’nin yetkilerini genişletmektedir. Bkz. Tew, Y. (2020a). “Losing the Battle to Win the War: Judicial Self Empowerment Through Maxi-Minimalism”, *Int’l J. Const. L. Blog*, Oct. 7, 2020, at: <http://www.icconnectblog.com/2020/10/losing-the-battle-to-win-the-war-judicial-self-empowerment-through-maxi-minimalism/> (Erişim Tarihi: 20.12.2020); Tew, Y. (2020b). “Dicey After Brexit: Mini-Maximalism at the United Kingdom Supreme Court”, *Int’l J. Const. L. Blog*, Dec. 9, 2020, <http://www.icconnectblog.com/2020/12/dicey-after-brexit-mini-maximalism-at-the-united-kingdom-supreme-court/> (Erişim Tarihi: 20.12.2020).

⁴⁹ Bireysel başvurunun objektif etkisi hakkında bkz. Göztepe, E. (1998), *Anayasa Şikâyeti*, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, s. 17-20.

1. Aile Konutunun Korunması ile İcra Satışındaki Yararın Dengelenmesi

*Yıldız Eker*⁵⁰ başvurusunda başvurucu, eşi aleyhine başlatılmış olan icra takibi kapsamında haczedilen ve sonrasında açık artırma usulüyle değerinin yarısına satılan taşınmaz üstündeki aile konutu şerhiyle ilgili itirazının icra takibinde taraf sıfatı bulunmadığı gerekçesiyle reddedilmesi sebebiyle özel hayata saygı hakkının, ihaledeki usulsüzlük itirazının reddedilmesinden dolayı satış bedelinin %10'u miktarındaki para cezasının Hazineye irat kaydına karar verilmesi nedeniyle adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

AYM aile konutuna ilişkin olarak verdiği önceki kararlarında⁵¹ aile konutuna ilişkin haklara mutlak bir üstünlük tanımamış ve devletin farklı menfaatler arasında denge kurması gerektiğini belirtmiştir. Somut olayda 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 134. maddesiyle mahkemenin itirazları inceleme yetkisinin konu bakımından hazırlık ve satış işlemlerinin usulüne göre yapılıp yapılmadığı hususıyla sınırlandırılmış olduğu belirtilerek aile konutu güvencesinden doğan hakları inceleme yetkisi bulunmadığı tespit edilmiştir⁵². Bunun yanı sıra ihalenin feshine karşı açılan davanın reddi hâlinde ihale bedelinin %10'unun Hazineye irat kaydedilmesinin amacı, icra sürecinin sürüncemede bırakılmasını önlemek ve kesinleşmiş alacağın tahsilini hızlandırmaktır⁵³. Mahkeme bu düzenlemenin elverişli bir araç olduğunu tespit ettikten sonra, icra takibinde bulunan ile icra takibini durdurmaya çalışan kişinin çıkarları ve hukuki olanakları bakımından orantılı olup olmadığını incelemeye geçmiştir. Satılan malın satış bedeli ile icra takibi yapılan borç arasındaki orantısızlık, başvuruçunun ev kadını olması, mülkün aile konutu olarak manevi değeri vb. hususlar karşısında uygulanan kanun hâkime herhangi bir takdir yetkisi tanımamaktadır⁵⁴.

Somut olaydaki ölçüsüz müdahale de gerçekte doğrudan kanundan kaynaklandığından, AYM bunu şöyle ifade etmiştir:

*"İhlal, idari makamların veya derece mahkemelerinin Anayasa'ya uygun yorum yapmalarına imkân vermeyecek açıklıktaki bir kanun hükmünü uygulamaları nedeniyle ortaya çıkmışsa bu ihlal kanunun uygulanmasından değil doğrudan kanundan kaynaklanmaktadır. Bu durumda ihlalin bütün sonuçlarıyla giderilebildiğinden söz edilebilmesi için yargılamanın yenilenmesi yoluyla ihlal nedenini ortadan kaldıran yeni bir karar verilmesi, bu mümkün olmadığında ise yeterli bir giderim sağlayan ve somut olayın özelliğine uygun, telafi edici birtakım tedbirlerin alınması gerekmektedir*⁵⁵."

Mahkeme'nin 22/11/2018 tarihli bu ihlal kararının da aslında hâkimlere somut olayın koşullarına göre nispi oranda bir para cezası vermesine, ihalenin feshi da-

⁵⁰ *Yıldız Eker*, B. No: 2015/18872, 22/11/2018.

⁵¹ İlkeler konusunda yerleşik içtihat niteliğinde bkz. *Melahat Karkin*, B. No: 2014/17751, 13/10/2016, §§ 48-57, 65-68.

⁵² *Yıldız Eker*, §§ 40-41.

⁵³ *Yıldız Eker*, § 69.

⁵⁴ *Yıldız Eker*, § 75.

⁵⁵ *Yıldız Eker*, § 83.

vasında taraf ehliyetini genişleten, usulden başka itirazların da değerlendirilmesine olanak tanıyacak şekilde 134. maddenin yeniden düzenlenmesi hususunu TBMM’ye sunması gerekirdi. Çünkü mevcut durumda kanun metninde herhangi bir değişiklik yapılmaması, kaçınılmaz olarak bu türden bütün davaların aynı ihlal kararlarıyla sonuçlanmasına neden olacaktır. Yani derece mahkemelerinin yetkilerinde değişiklik yapılmaması, tıpkı *Y.T.* kararında olduğu gibi yüzlerce ihlal kararının gerekçesini oluşturmaya devam edecektir.

Başvurudaki bir başka ilginç husus, başvurucağının aynı zamanda ihlal kararı na dayanak olan normun Anayasa’ya aykırılığını ileri sürmüş ve ihlale neden olan normun iptalini talep etmiş olmasıdır. Ancak Mahkeme, 6216 sayılı Kanun’un 45/3⁵⁶ maddesindeki genel düzenlemeye dayanarak bu talebi reddetmiştir⁵⁷. Oysa burada kanunun yasakladığı “doğrudan başvuru” söz konusu değildir, bireysel başvuruda ileri sürülen “ihlalin dayanağı olan normun” anayasaya aykırı olduğu ileri sürülmüştür. Dolayısıyla Mahkeme’den en azından dogmatik olarak somut norm denetimi yetkisi olup olmadığını tartışması beklenirdi.

2004 sayılı Kanun’un 134/3 maddesine dayanan bir başka yargı kararına karşı bireysel başvuruda ise Mahkeme, bir davada yetkisizlik kararına itiraz süresi ve davacıya bildirimle ilgili normdan kaynaklanan bir ihlal olduğu sonucuna varmış, normu neredeyse bireysel başvuruyla eş zamanda somut norm denetimi yoluyla iptal etmiş olduğundan yeniden yargılama yapılmasına karar vermiştir⁵⁸. Bu örnekte de açıkça görüldüğü üzere, ihlal kararının gerekçesi işleme dayanak oluşturan normun anayasaya aykırılığında kaynaklanıyorsa Mahkeme’nin normun anayasaya aykırılığını incelemesi usul ekonomisi bakımından kaçınılmaz görünmektedir. Aksi hâlde Mahkeme ya her seferinde TBMM’ye doğrudan çağrı kararı vererek düzenlemenin değiştirilmesini bekleyecek ya da kendi iş yükünü birbirini tekrar eden ihlal gerekçeleriyle artırarak yargılamanın yenilenmesi kararından sonra davaya yeniden bakmaya başlayan mahkemenin (ilk derece ya da temyiz mercii fark etmeksizin) somut norm denetimi yoluna başvurmamasını bekleyecektir. Oysa bireysel başvuru dolayımıyla somut norm denetimini yapmak hem usul ekonomisi bakımından hem de hak ihlallerinin en hızlı şekilde engellenmesini sağlayacağından en etkili çaredir.

2. Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında Kanun ve Ölçülülük İlkesi

AYM’nin basın açıklaması da yapılan *Mohamed Kasha ve diğerleri*⁵⁹ başvurusuna ilişkin kararında sadece karşı oylarda TBMM’ye doğrudan çağrı yapılması gerektiği belirtildiği hâlde kanununun kendisinden kaynaklanan yapısal soruna işaret ettiği için bu başlık altında ele alınabilir.

⁵⁶ Madde 45/3: “Yasama işlemleri ile düzenleyici idari işlemler aleyhine doğrudan bireysel başvuru yapılamayacağı gibi Anayasa Mahkemesi kararları ile Anayasa’nın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemler de bireysel başvurucağının konusu olamaz.”

⁵⁷ Yıldız Eker, §§ 44-47. Aynı kanun maddesiyle ilgili bir başka ihlal kararı için bkz. *Cumhuriyetçi Eğitim ve Kültür Merkezi Vakfı*, B. No: 2016/738, 4/7/2019, §§ 53, 71. Norm denetimi talebinin reddedildiği benzer bir başvuru için bkz. *Devrim Alyüz*, B. No: 2017/40383, 16/9/2020, §§ 40-41.

⁵⁸ *Yusuf Büyükcetlep*, B. No: 2016/9878, 6/2/2019, §§ 19, 47, 53-54.

⁵⁹ *Mohamed Kasha ve diğerleri*, B. No: 2015/17659, 20/6/2019.

Bireysel Başvuru Kararlarının İcrası: Anayasa Mahkemesi'nin Doğrudan ve Dolaylı "Çağrı Kararları" Üzerine Bir İnceleme

Başvurunun konusu, izin almadan Türkiye'den nakit döviz çıkışı yapmaya teşebbüs edilmesi üzerine Kabahatler Kanunu'na dayanılarak verilen idari para cezasının ölçsüz olması nedeniyle mülkiyet hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir. Suriye uyruklu başvuruçular yaptıkları şirket satışı sonrasında 630 bin ABD doları ve 11.200 TL parayı araçlarıyla yurt dışına çıkarmak isterken Mersin'de yapılan gümrük çıkış kontrolleri sırasında yakalanmıştır. Bulunan paraya savcılık kararıyla el konmuş ve karar Sulh Ceza Hâkimliği tarafından onaylanmıştır. Daha sonra Sulh Ceza Hâkimliği tarafından kaldırılan elkoyma işlemi üstüne savcılık, 1567 sayılı Türk Parasını Koruma Kanunu'nun 3. maddesine dayanarak kabahat işledikleri gerekçesiyle her bir başvuruçunun 715.196 TL idari para cezası ödemesine karar vermiştir.

Sonuç olarak başvuruçular, ele geçirilen paranın yaklaşık 3,5 katı oranında idari para cezası ödemek zorunda kalırken haklarında herhangi bir ceza soruşturması da açılmamıştır. Mahkeme Heyetinin çoğunluğu, ele geçirilen paranın yaklaşık 3,5 katı oranındaki idari para cezasının başvuruçulara "aşırı ve olağan dışı bir külfet yüklediği"⁶⁰ gerekçesiyle mülkiyet hakkına ölçsüz bir müdahalede bulunulduğuna karar vermiştir.

Bu karara yazılan karşı oylarda ise kanundan kaynaklanan yapısal soruna işaret edilerek *Süleyman Başmeydan* başvurusu ile aynı gün karara bağlanan bu başvurunun da TBMM'ye gönderilmesi gerektiğini vurgulanmıştır. Çünkü ihlal aslında yargı organlarının açık bir kanun hükmünü uygulamasından yani ihlal bizzat kanun hükmünün kendisinden kaynaklanmaktadır. Mahkemelerin takdir yetkisi olmayan bir konuda başka davalarda da benzer yönde karar vermek zorunda kalacakları açık olduğundan yasa koyucunun ölçülü müdahale ilkesinin sınırlarını aşan sonuçlar doğuran düzenlemeyi gözden geçirmesi gerekmektedir.

3. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının İtiraznamesinin Sanığa Tebliğ Edilmemesinin Yapısal Sorun Niteliğinde Olması

Hacı Karabulut başvurusunda⁶¹ uyuşturucu madde ticareti yapma suçundan mahkûm edilen başvuruçunun kararı temyiz aşamasında Yargıtay tarafından bozulmuş, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 308. maddesi gereği itiraz yoluna başvurmuştur. Ancak Başsavcılığın bu itiraznamesi başvuruçuya tebliğ edilmemiştir. Yargıtay Dairesi itirazı kabul ederek bozma kararını kaldırmış ve ilk derece mahkemesinin verdiği hükmün düzeltilerek onanmasına karar vermiştir. AYM kararında itiraznamenin hukuki niteliği ile sonuçları üzerinde durulmuş ve bu esaslı nitelikteki usul işleminin kararı değiştirecek nitelikte olmasından dolayı içeriğinden haberdar olmanın başvuruçunun savunma hakkı (çelişmeli yargılama ve silahların eşitliği ilkesi) bakımından büyük önem taşıdığı belirtilmiştir⁶².

⁶⁰ *Mohamed Kashet ve diğerleri*, § 64.

⁶¹ *Hacı Karabulut*, B. No: 2017/17871, 9/10/2019.

⁶² *Hacı Karabulut*, § 37.

Bu çalışmanın konusu bakımından önem taşıyan husus, AYM'nin itirazname-nin sanığa tebliğ edilmemiş olmasını münferit bir olay olarak görmeyip yapısal bir uygulama sorunundan kaynaklandığını tespit etmiş olmasıdır. Mahkeme, 5271 sayılı Kanun'da itiraznamenin tebliği konusunda açık bir (kanuni) düzenleme bulunmaması sebebiyle Yargıtay daireleri arasında farklı uygulamaların olduğunu belirttikten sonra hak ihlallerinin önlenmesi için “uygulamanın” gözden geçirilmesi gerektiğini belirtmektedir. Bunun amacı da “*bireysel başvuruda verilen ihlal kararlarının bireysel mağduriyetleri gidermenin yanında benzer olaylarda hak ihlallerinin yaşanmasının önlenmesi*”⁶³ olarak ifade edilmiş olup bireysel başvurunun objektif etkisinin güvence altına alınması talep edilmektedir.

AYM her ne kadar itiraznamenin sanığa tebliğ edilmemesi “uygulamasının” hak ihlallerini önleyecek şekilde Yargıtay Başkanlığı tarafından temin edileceğini düşünse de kararında belirttiği gibi 5271 sayılı Kanun'da da bu hususun açıkça düzenlenmesi yapısal sorunun giderilmesinde etkili olacaktır. Ancak AYM bu kararın gereği için sadece Yargıtay Başkanlığı'na gönderilmesini yeterli bulmuş, yasa koyucuya doğrudan çağrıda bulunmamıştır.

III. TÜRK ANAYASA MAHKEMESİ'NİN “DOLAYLI ÇAĞRI” KARARLARI

AYM'nin yukarıda incelenen “doğrudan çağrı” kararları yanında “dolaylı çağrı” adını verdiğimiz kararlarında yasa koyucunun harekete geçmesini gerektiren bir durumun varlığı açıkça dile getirilmemektedir. Bu sonuca ancak kararın bütün mantıksal sonuçları analiz edildikten sonra varılabilmektedir. Ancak AYM'nin kararının objektif bir etki doğurabilmesi için gerekli olan işlemlere dair bu sessizliği karara içkin, yasama organına “dolaylı çağrıyı” ortadan kaldırmamaktadır. Kısaca tanımlamak gerekirse “dolaylı çağrı” kararları, AYM'nin doğrudan TBMM'ye çağrıda bulunmasa da ihlal kararının mantıksal sonucu olarak Meclisin ya da yürütmenin harekete geçmesini gerektiren ihlal kararlarıdır. Bu çerçevede pek çok karar ele alınabilecek olmasına rağmen sadece kategorik örnek teşkil etmesi bakımından önce AYM'nin kanunilik şartı gerçekleşmediğinden verdiği bazı ihlal kararları ele alınacak, sonra da idarenin uygulamasından kaynaklanan yapısal sorun nedeniyle verilen ihlal kararlarının ne biçimde objektif etki doğurmasının sağlanabileceği üzerinde durulacaktır. Son olarak da R.G.⁶⁴ kararı örneğinde görüldüğü gibi yargı organı için meslek içi eğitim gerekliliğini ortaya koyan durumlar el alınacaktır.

1. Kanunilik Şartının Gerçekleşmemiş Olması Nedeniyle Verilen İhlal Kararlarının Gerekliliği

AYM'nin Kararlar Bilgi Bankası'nda “ihlal” ve “kanunilik şartını/koşulunu taşımadığı/sağlamadığı” anahtar sözcükleriyle tarama yapıldığında Haziran 2021 itibarıyla toplam 57 karar bulunmaktadır. Verilen ihlal kararlarında saptanan müdahalenin Anayasa'nın 13. maddesindeki kanunilik şartını taşımadığı tespiti

⁶³ *Hacı Karabulut*, § 49.

⁶⁴ R.G., B. No: 2017/31619, 23/7/2020.

Bireysel Başvuru Kararlarının İcrası: Anayasa Mahkemesi'nin Doğrudan ve Dolaylı "Çağrı Kararları" Üzerine Bir İnceleme

hukukun pek çok alanını ilgilendirmektedir. Güvenlik soruşturması yapılması⁶⁵, kamu görevinden çıkarılan hukukçunun isminin baro levhasından silinmesi⁶⁶, ceza infaz kurumunda tutuklu bulunan başvuruçuya kardeşi ve avukatından gelen mektupların sakıncalı görülerek verilmemesi⁶⁷, forma reklam gelirinden pay alınması⁶⁸, Türkiye Ermenileri Patrikliği Seçimi yapılması taleplerinin reddedilmesinin din özgürlüğünü ihlal ettiği⁶⁹, bazı bebeklik dönemi aşularının zorunlu olarak uygulanması⁷⁰, evli kadınların evlilik öncesi soyadlarını kullanamamaları⁷¹, kanunen verilmemesi gereken kişisel verinin idari makamlara açıklanması⁷², avukatlara başörtüsü yasağı uygulanması⁷³ ve daha birçok konuda verilen ihlal kararının gerekçesi, bir temel hak ve özgürlüğün sınırlanmasının koşulu olan şekli ve maddi anlamda kanunla sınırlandırma şartının gerçekleşmemiş olmasıdır.

Bu durumda yasa koyucu hem Anayasa'da öngörülen özel sınırlama nedenlerini kanuni düzenlemelerde somutlaştırmak hem de kanunda düzenlenmiş olan sınırlama nedenlerinin ötesine geçen idari uygulamaları engellemek için gereken önleyici tedbirleri almakla yükümlüdür. Öğretide, AYM'nin kararlarına daha çok subjektif bir etki atfedilmesi ve aslında yasa koyucunun kararın kapsamlı biçimde icrası için harekete geçmesi gereken durumlarda hareketsiz kalması eleştirilmektedir⁷⁴. Çünkü bu hareketsizlik hem AYM kararlarının gereklerini yerine getirmeme hem de AY madde 13'teki pozitif edimin ihlali anlamına gelmektedir. 2020 sonu itibarıyla TBMM'de AYM'nin bu türden kararlarını takip edip gereğini Meclis Başkanlığı'na, siyasi parti gruplarına ya da ihtisas komisyonlarına rapor eden bir birim oluşturulmuş değildir. Dolayısıyla milletvekillerinin TBMM'nin düzenleme yükümlülüğünü yerine getirmek için harekete geçmesi, tamamen tesadüfi ve kişisel çabalarla sınırlı kalmak zorunda gibi görünmektedir⁷⁵.

2. Cezaevlerinde Süreli Yayınların Denetimi ve Yasakların Ölçülülüğü

AYM'nin verdiği ihlal kararının aslında sonuçsuz kaldığı ve ihlalin kaynağı olarak gösterilen kanun hükmünün düzeltilmesi için ne TBMM'ye "doğrudan

⁶⁵ *Abdurrahim Kaya ve diğerleri*, B. No: 2019/12271, 3/12/2020 (aynı konuya ilişkin kırk üç başvuru bu dosyada birleştirilmiştir).

⁶⁶ *Nesrin Demirel*, B. No: 2018/2020, 18/11/2020; *Hatice Özer*, B. No: 2018/37091, 3/12/2020. Aynı konuda verilmiş on ihlal kararı daha mevcuttur.

⁶⁷ *İrfan Kaplan*, B. No: 2017/34518, 23/6/2020.

⁶⁸ *Fenerbahçe Spor Kulübü Derneği*, B. No: 2017/4483, 13/2/2020.

⁶⁹ *Levon Berç Kuzukoğlu ve Ohannes Garbis Balmumçıyan*, B. No: 2014/17354, 22/5/2019.

⁷⁰ *Halime Sare Aysel*, B. No: 2013/1789, 11/11/2015.

⁷¹ *Neşe Aslanbay Akbıyık*, B. No: 2014/5836, 16/4/2015; *Sevim Akat Eşki*, B. No: 2013/2187, 19/12/2013; *Gülsim Genç*, B. No: 2013/4439, 6/3/2014. AYM'nin kanunilik şartının sağlanmadığına ilişkin argümanını dayandığı "zımnı ilga" gerekçesinin eleştirisi için bkz. Ergül, O. (2014). Usulüne Göre Yürürlüğe Girmiş Anlaşmalar Kanun Hükmündedir, içinde Erdal, M. (Der.), *Yıldırım Uler'e Armağan* (ss. 65-86). Lefkoşa: Yakın Doğu Üniversitesi Yay.

⁷² *Turgut Duman*, B. No: 2014/15365, 29/5/2019; *Fatih Sarıman*, B. No: 2014/7256, 27/2/2019.

⁷³ *Tuğba Arslan*, B. No: 2014/256, 25/6/2014.

⁷⁴ Karan, U. (2018). *Öğretide ve Uygulamada Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı ve İcrası, Norm Denetimi ile Bireysel Başvuru Usulünde Verilen Kararlar Özelinde Bir İnceleme*, İstanbul: On İki Levha Yay., s. 174 vd. (evli kadınların soyadı ile ilgili olarak yasal düzenleme yapılmamış olması hakkında).

⁷⁵ Başka kurumsal önerilerin de geliştirildiği bir çalışma için bkz. GÖZTEPE, E. (2016). "Bireysel Başvuru Kararlarının Bağlayıcılığı ve İcrası Sorunu ile Kurumsallaşma İhtiyacı", *Anayasa Yargısı*, C. 33, s. 93-118.

çağrı” yapılan ne de idareye izlenmesi gereken uygulama birliği konusunda yol gösterilen kararlardan birisi de cezaevlerindeki tutuklu ya da hükümlülerin satın aldıkları süreli yayınların kendilerine teslim edilmemesine yönelik olan 134 başvurunun birleştirildiği karardır⁷⁶. Sorun kısaca 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun’un 62. maddesinde⁷⁷ düzenlenen tutuklu ve hükümlülerin süreli ve süresiz yayınlardan yararlanma hakkının ceza infaz kurumlarının yönetimi ve itiraz mercii olan infaz hâkimliklerinin ağırlıklı olarak hakkı aşırı ve keyfî derecede sınırlayan kararlarından kaynaklanmaktadır.

Başvurucuların şikâyeti, ücretini ödeyerek abone oldukları ya da satın aldıkları süreli yayınların çeşitli nüshalarının “İnfaz Kurumu Eğitim Kurulları”nın kararları doğrultusunda kendilerine teslim edilmemesinden dolayı ifade özgürlüklerinin ihlal edildiği iddiasına dayanmaktadır. Başvuruculara teslim edilmeyen süreli yayınların hiçbiri hakkında bir mahkeme tarafından verilmiş toplatma ya da elkoyma kararı bulunmamaktadır.

Recep Bekik ve diğerleri başvurusunda AYM, üçlü test kapsamında kanunilik ve meşru amacı tespit edip demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluğun incelenmesine yoğunlaşmıştır (aynı kararda bkz. §§ 34-61). Bu kapsamda Mahkeme öncelikle kendi ilkesel kararlarına atıf yaparak⁷⁸ tutuklu ve hükümlülerin yararlanabileceği yayınları ve yararlanma koşullarını kendi içtihadı doğrultusunda kategorize etmiştir. Birleştirilen başvuru dosyalarının incelenmesi sonucunda AYM içtihadındaki ilkelerin kısmen ya da tamamen uygulanmadığı, kararların gerekçelendirilmediği, başvuru sahiplerinin kişisel durumlarına göre norm somutlaştırması yapılmadığı, bu sebeple de “mevcut sistemde bir yeknesaklığın sağlanmadığı” tespit edilmiştir⁷⁹. Bunun sonucunda infaz hâkimliklerinin verdiği birbiriyle uyumsuz kararlara karşı AYM’ye inceleme kapasitesini aşan sayıda başvuru yapılmaktadır.

Mahkeme’ye göre bu konudaki asıl yetkili ve görevli makam, ceza infaz kurumu idareleri, sonrasında ise verilen kararlara itirazları değerlendiren infaz hâkimlikleridir. Ancak bu sorumluluk silsilesi içinde “keyfiliği engelleyecek, aynı huku-ki durumda bulunanlara aynı uygulamanın yapılmasını sağlayacak, açık, yol gösterici ve

⁷⁶ *Recep Bekik ve diğerleri*, B. No: 2016/12936, 27/3/2019.

⁷⁷ 5275 sayılı Kanun’un “Süreli veya süresiz yayınlardan yararlanma hakkı” kenar başlıklı 62. maddesi şöyledir:

“(1) Hükümlü, mahkemelerce yasaklanmamış olması koşuluyla süreli ve süresiz yayınlardan bedelini ödeyerek yararlanma hakkına sahiptir.

(2) Resmî kurumlar, üniversiteler, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ile mahkemelerce yasaklanmamış olması koşuluyla Cumhurbaşkanınca vergi muafiyeti tanınan vakıflar ve kamu yararına çalışan dernekler tarafından çıkartılan gazete, kitap ve basılı yayınlar, hükümlülere ücretsiz olarak ve serbestçe verilir. Eğitim ve öğretimine devam eden hükümlülerin ders kitapları denetime tâbi tutulamaz.

(3) Kurum güvenliğine tehlikeye düşüren veya müstahcen haber, yazı, fotoğraf ve yorumları kapsayan hiçbir yayın hükümlüye verilmez.”

⁷⁸ *İbrahim Kaptan* (2), B. No: 2017/30723, 12/9/2018; *Diyadin Akdemir*, B. No: 2015/9562, 4/4/2018; *Eşref Arslan*, B. No: 2014/14655, 18/7/2018; *Halil Özhan Koral*, B. No: 2017/18895, 9/1/2019; *Sinan İyit* (2), B. No: 2013/1495, 30/11/2017; *Halil Bayık*, B. No: 2014/20002, 30/11/2017; *Cengiz Nergiz*, B. No: 2015/2866, 18/4/2018.

⁷⁹ *Recep Bekik ve diğerleri*, §§ 49-50.

Bireysel Başvuru Kararlarının İcrası: Anayasa Mahkemesi'nin Doğrudan ve Dolaylı "Çağrı Kararları" Üzerine Bir İnceleme

istikrarlı idari uygulamaları garanti edecek bir mekanizmanın bulunmadığı" kanaatine varılmıştır. İdari faaliyetlerin belirliliği ilkesine de aykırılık teşkil eden bu durum karşısında Mahkeme "*farklı uygulamaların doğmasını engelleme potansiyeline sahip bir mekanizmanın kurulması gerektiğine*" karar vermiştir⁸⁰. Ancak Mahkeme'nin yerleşik içtihadına rağmen süreli yayınlar konusunda yeknesak bir uygulama sağlanamamış olması "*uygulamadan kaynaklanan yapısal bir soruna*" işaret etmektedir. Mahkeme somut bir muhataba (yasama ya da idare) çağrıda bulunmaksızın uygulamadan kaynaklanan yapısal sorunların yarattığı durumun başvuru sahiplerinin ifade özgürlüklerini ihlal ettiğine karar vermiştir⁸¹.

Mahkeme'nin verdiği ihlal kararının gereklerinin yerine getirilmesi konusunda seçtiği araçlar ilginçtir. AYM yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar görmezken başvuru sahiplerine sadece 500 TL manevi tazminat ödenmesine karar vermiştir. Yanıtsız bırakılan en önemli husus ise başvuru sahiplerinin infaz kurumundan el konulan süreli yayınlara erişimlerinin bu ihlal kararından sonra sağlanıp sağlanmayacağı ve uygulamada yeknesaklığın sağlanması için hangi kurum ve organın yükümlü kılındığıdır. Eğer tutuklu ve hükümlülere uygulanan kısıtlamalar AYM'nin ilkelerini açıkça ortaya koymasından ve yeknesaklığın sağlanması yükümlülüğünün açıkça belirtilmesinden sonra aynen devam edecek olursa, kararın gereklerinin yerine getirilmemesinden dolayı ikinci bir ihlal kararı verilmesi olasıdır⁸². Bunun da ötesinde yasa koyucunun 5275 sayılı Kanun'da düzenlediği sınırlama nedenlerini tüketici şekilde sayması ve bu sayılan hususlar dışında idareye bir takdir yetkisi bırakmaması da üzerinde düşünülebilecek bir başka çözüm olabilir.

3. Yapısal Sorunların Giderilmesi ve Adalet Bakanlığı'nın Hâkim ve Savcılara Eğitim Vermesi Gerekliliği

Bireysel başvuru hakkının kabul edildiği devletlerde bütün derecelerdeki yargı organları, yargı kararlarına karşı gidilen bireysel başvuru sonucunda ihlal kararı verilmesi hâlinde içtihadını gözden geçirme, daha sonra vereceği kararlarda benzer bir ihlalin gerçekleşmemesi için yapılması gereken değişiklikleri saptama yükümlülüğündedir. Bazı hâllerde ise Adalet Bakanlığı'nın yargı sisteminin yapısal sorunlarına çare bulmasının zorunlu olduğu görülmektedir. Örneğin Anayasa Mahkemesi'nin Kararlar Bilgi Bankası'nda "Kızıltepe", "adil yargılanma" ve "ihlal" anahtar sözcükleriyle yapılan taramada Haziran 2021 sonu itibarıyla 198 ihlal kararı bulunmaktadır. İhlal kararlarının neredeyse tamamının makul sürede yargılanma hakkından kaynakladığı dikkate alındığında Adalet Bakanlığı'nın Kızıltepe mahkemelerinde hâkim sayısının artırılmasından başlayarak bir dizi yapısal önlem alması gerektiği ortadadır. Eğer mahkemelerin karar vermesinin bu denli uzaması güvenlik sebeplerinden kaynaklanıyorsa yine Adalet Bakanlığının İçişleri Bakanlığı başta olmak üzere diğer idari makamlarla iş birliği içinde yapısal çözümler üretmesi gerekir. Aksi hâlde AYM'nin önüne gelecek ihlal kararlarının

⁸⁰ Recep Bekik ve diğ.eri, §§ 54-57.

⁸¹ Recep Bekik ve diğ.eri, §§ 59-60.

⁸² Bkz. Aliğül Alkaya ve diğ.eri (2), B. No: 2016/12506, 7/11/2019.

artması dışında bireysel başvurunun sistemsel ve objektif bir etkisinden bahsedilemeyecektir.

Bu başlık altında son olarak yasal mevzuatın somutlaştırılmasının yanı sıra hâkim ve savcılarının meslek içi eğitimlerinin gerekliliğini ortaya koyan R.G. başvurusu⁸³ ele alınacaktır. Bütün sürecin yaklaşık iki buçuk yıla yayıldığı ve Kafkaesk bir yargılamayı anıştıran bu başvuru, yürütme ve yasama organının acilen harekete geçmesini gerektiren hususları bütün açıklığıyla ortaya koyduğundan gebeliğin sonlandırılması gibi zamana karşı yarışılan bir konuda kurumların zamanı nasıl çarçur ettiğini gösterdiği için olayların gelişim aşamalarının ayrıntılı şekilde anlatılması önem taşımaktadır.

Olayların geçtiği tarihte on sekiz yaşından küçük olan başvurucu 15/5/2017 tarihinde bir devlet hastanesinde yapılan muayene sonucunda on hafta üç günlük gebe olduğunu öğrenmiştir. Cumhuriyet Başsavcılığı'na intikal ettirilen durumda ebeveynler kızlarını istismar edenlerden hem şikâyetçi olmuş hem de kollukta verdikleri ifadelerinde gebeliğin sonlandırılmasına karar verilmesi talebinde bulunmuşlardır. Başsavcılık, Şiddeti Önleme ve İzleme Merkezi'ne (ŞÖNİM) teslim edilen başvurucu ile ilgili olarak kürtaj öncesi Başsavcılığa bilgi verilmesi ve DNA örnekleri alınmadan işleme başlanmaması yönünde bildirimde bulunmuştur. Başsavcılığın bu yazısıyla aynı tarihte başvurucunun ebeveyni, Sulh Ceza Hâkimliğine başvuruda bulunarak TCK madde 99/6⁸⁴ kapsamında gebeliğin sonlandırılmasına izin verilmesini talep etmiştir.

Sulh Ceza Hâkimliği talebi “usulden” reddetmiş ve Başsavcılık tarafından soruşturma yürütüldüğünden gebeliğin sonlandırılması talebinin bu makam tarafından yapılması gerektiğini, ebeveynin başvuruda bulunma hakkının bulunmadığını belirtmiştir. Anne ve baba aynı tarihte Hâkimliğin kararını gerekçe göstererek Başsavcılığın talepte bulunmasını istemiştir. Başsavcılık ise taleplerin takdir ve ifası için Hâkimliğin karar vermesi gerektiğini belirterek soruşturma dosyasını Hâkimliğe yollamıştır. Başsavcılığın bu talebi Mahkeme tarafından reddedilmiştir.

Mahkeme ret kararında özetle şu hususları vurgulamıştır:

- Başsavcılığın soruşturma dosyasında, kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olan gebeliğin sonlandırılması ve tıbbi müdahaleye ilişkin olarak başvurucunun talep ya da rızasına ilişkin bir bilgi yoktur.
- 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'un 5. maddesine göre, on haftayı geçmiş olan gebeliğin başvurucu açısından hayati tehlike ile fiziksel ya da ruhsal zarar oluşturup oluşturmadığına ilişkin sağlık raporu alınmıştır.

⁸³ R.G., B. No: 2017/31619, 23/7/2020.

⁸⁴ “Kadının mağduru olduğu bir suç sonucu gebe kalması hâlinde, süresi yirmi haftadan fazla olmamak ve kadının rızası olmak koşuluyla, gebeliği sona erdirene ceza verilmez. Ancak, bunun için gebeliğin uzman hekimler tarafından hastane ortamında sona erdirilmesi gerekir.”

Bireysel Başvuru Kararlarının İcrası: Anayasa Mahkemesi'nin Doğrudan ve Dolaylı "Çağrı Kararları" Üzerine Bir İnceleme

- Bu eksikler giderilmeden gebeliğin sonlandırılması hâlinde ceninin yaşam hakkı ihlal edilecektir.
- TCK madde 99/6'ya göre gebe kadının bir suçun mağduru olması gerekir. Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun bu madde kapsamında olan bir suç olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği "açık ve belirli değil" dir.

Başsavcılığın tekrar Sulh Ceza Hâkimliği'ne yaptığı başvuru, aynı gerekçelerin yanı sıra başvuru ile ebeveynlerinin dilekçelerinin farklı tarihli olduğu, birlikte müracaat etmedikleri gerekçesini de içermektedir.

Başsavcılık bu ret kararından sonra yerel üniversitenin Adli Tıp Ana Bilim Dalı Başkanlığı'ndan alınan ve başvuru fiziki ve ruhsal durumundan dolayı gebeliğinin sonlandırılmasının hem anne hem de cenin için yararlı olacağı yönündeki raporu ve başvuru ile ebeveynlerinin birlikte yazdıkları talep dilekçesini de ekleyerek tekrar Hâkimliğe başvurmuştur. Talep, "adli tıp raporunun yeterince ayrıntılı olmadığı" gerekçesiyle reddedilmiştir. Bu karara karşı yapılan itiraz başvurusu, itiraz mercii olan Sulh Ceza Hâkimliği tarafından, 2827 sayılı Kanunda geçen "sulh hâkimi" ibaresinin sulh "hukuk" hâkimini ifade ettiği, çekişmesiz yargı niteliğindeki bu talebin, "mevzuatta sulh ceza hâkimliğinin görevli olduğuna dair bir düzenleme bulunmadığından sulh hukuk mahkemesine yöneltilmesi gerektiği" gerekçesiyle reddedilmiştir. Başvurulan sulh hukuk mahkemesi ise görevsizlik nedeniyle talebin reddine ve dosyanın tekrar Sulh Ceza Hâkimliğine gönderilmesine karar vermiştir. Baştaki her aşamada değişik gerekçelerle Başsavcılığın taleplerini reddeden Mahkeme, daha önce aynı konuda karar verildiği ve kararın kesinleştiği gerekçesiyle karar verilmesine yer olmadığına karar vermiştir⁸⁵.

Yukarıda açıklanan hukuk girdabı sürerken başvuru 11/12/2017 tarihinde doğum yapmıştır. Vekilinin başvurusu üzerine kanun yararına bozma yolu na gidilmiş ve Yargıtay lehe verdiği kararında esasen 5395 sayılı Kanun'un 5/1 d maddesinin uygulanması gerektiğini belirtmiştir. Bireysel başvuru aşamasında ise AYM'nin Sağlık Bakanlığı'nın Hukuk Hizmetleri Genel Müdürlüğünden aldığı bilgiye göre, "5237 sayılı Kanun'un 99/6 maddesinde gebeliklerin sonlandırılması ile ilgili hususları açıklığa kavuşturacak bir düzenleme bulunmamaktadır"⁸⁶.

AYM verdiği ihlal kararında, uygulanacak mevzuatı açık şekilde ortaya koymuş; birbirini tamamlayıcı nitelikteki farklı norm kaynaklarını ilişkilendirmiştir⁸⁷. Ancak verilen bu önemli kararın gelecekteki muhtemel ihlalleri önlemesi için hem Adalet Bakanlığı'nın meslek içi eğitimlerle hâkim ve savcılarının bir uyuşmazlığa uygulanacak normu bulma konusunda pratik şekilde eğitilmeleri, Sağlık Bakanlığı bünyesinde bir iş akışı planı hazırlanmasının sağlanması ve nihayetinde yasama organı tarafından değişik normların kuşku ve itiraza meydan vermeyecek şekilde somutlaştırılması için yasama organına çağrıda bulunulması, kararın amacına

⁸⁵ R.G., §§ 10-31.

⁸⁶ R.G., § 37.

⁸⁷ R.G., §§ 90-91.

ulaşmasını sağlamadaki etkili araçlar olabilirdi. Bunun da ötesinde tıpkı AYM'nin bireysel başvuru incelemesi aşamasında yaptığı gibi ilgili kurum ya da makamlardan doğrudan bilgi alma pratiğinin yargı organı mensupları bakımından geliştirilmesi de etkili karar alma mekanizmasını destekleyici bir araç olarak düşünülebilir.

SONUÇ

Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru hakkı kapsamında son sekiz yılda verdiği karar sayısının çokluğu ve kararlara esas mevzuatın çeşitliliği yeni karar tür ve türevlerini de kaçınılmaz şekilde dayatmaktadır. Bu durum aslında kurumsal bir öğrenme sürecine ve anayasa yargısının işlevine içkin bir durumdur. Türk hukuk öğretisinde sıkça yapıldığı üzere yargının kendini sınırlaması (*judicial self-restraint*) ya da yargısal aktivizm tartışmasının başlatılmasını gerektiren bir durum söz konusu değildir. Anayasa Mahkemesi, peş peşe ve aynı konuda verdiği birçok ihlal kararından sonra kanundan kaynaklanan yapısal sorunların yani uygulayıcıların Anayasa'ya uygun yorum yaparak ya da takdir yetkisini kullanarak başka türlü bir sonuca ulaşma şanslarının olmadığı durumlarda kanunun değiştirilmesi için TBMM'ye çağrı yaptığı bir karar türü geliştirmiştir. Kanundan değil ama uygulamadan doğan yapısal sorunların giderilmesi için de sorumlu kurumlara “dolaylı çağrı” olarak nitelendirilebilecek yön gösterici kararlar, Mahkeme'nin Bilgi Bankası'nda giderek artmaktadır.

Mesele, sistematik hak ihlallerini gelecekte önlemeye yönelik bu karar biçiminin kendisinde değil, kararın muhataplarıyla ilişkilerin kurumsallaştırılması ve hızlı bir bilgi akışı sağlanması konusunda düğümlenmektedir. Merkezîleşmiş anayasa yargısında anayasa mahkemelerinin sistemsel etkisini ve rolünü tek bir işleve indirgemeyen, mahkemelere holistik bir kurum olarak bakan yaratıcı yaklaşımlar mevcuttur. Bir devletin anayasal ve siyasal sisteminin gelişmişliğine bağlı olarak anayasa mahkemeleri siyasal karar alma süreçlerine eşlik eden bir danışman (*tutor*), temel hak ve özgürlükleri koruyan bir bekçi, demokratik iletişimin sağlanmasında aracı bir kurum⁸⁸ olarak görev yapabilir. O hâlde AYM'nin görev ve yetkisi sadece düzeltici şekilde hak ihlallerini tespit edip onarıcı adaleti sağlamaya çalışmakla sınırlı olamaz. Mahkeme aynı zamanda mevcut deneyimlerini, önleyici bir adalet anlayışını gerçekleştirecek şekilde gelecekteki hak ihlallerini önlemek için de kullanmak zorundadır. “Doğrudan” ve “dolaylı çağrı kararı” adını verdiğimiz kararlar tam da bu göreve ilişkin olup bireysel başvurunun sekizinci yılında kaçınılmaz şekilde ortaya çıkmıştır.

Karan'ın AYM kararlarının icrası konusundaki kapsamlı çalışmasında kararların icrası konusunda pek çok yapısal öneri getirilmiştir. 6216 sayılı Kanun'un

⁸⁸ Volkman, U. (2013). Bausteine zu einer demokratischen Theorie der Verfassungsgerichtsbarkeit, içinde Bäuerle, Michael, Dann, Philipp, Wallrabenstein, Astrid (Hrsg.), *Demokratie-Perspektiven. Festschrift für Brun-Otto Bryde zum 70. Geburtstag*, Tübingen: Mohr Siebeck, s. 124 vd.; Volkman, U. (2013). *Grundzüge einer Verfassungslehre der Bundesrepublik Deutschland*, Tübingen: Mohr Siebeck s. 167 vd.

Bireysel Başvuru Kararlarının İcrası: Anayasa Mahkemesi'nin Doğrudan ve Dolaylı "Çağrı Kararları" Üzerine Bir İnceleme

29/2 maddesi kapsamında Genel Sekreterliğe bağlı bir izleme birimi kurulması bunlar arasındaki en etkili araçlardan birisi olarak görünmektedir⁸⁹. Bunun yanında öncelikle TBMM, bunun yanı sıra Cumhurbaşkanlığı'nda ve her bir bakanlığın merkez birimlerinde bir "Anayasa İzleme Birimi"nin kurulması ve bunların koordine edilmesi, kurumların kendilerine verilen ödev ve yetkileri etkili şekilde kullanmasına olanak tanıyacaktır. "Çağrı kararı" kavramının mucidi eski FAYM yargıcı Wiltraut Rupp-von Brünneck'in en basit neden olarak ileri sürdüğü usul ekonomisi⁹⁰ de hiç kuşkusuz anayasa yargısının işlevselliği bakımından güçlü bir argüman olmaya devam etmektedir.

⁸⁹ Karan, U. (2018). s. 260 vd.

⁹⁰ Rupp-v. Brünneck, W. (1970). s. 367, 377.

KAYNAKÇA

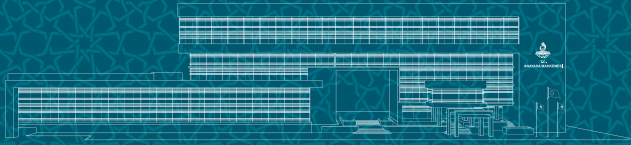
- BENDA, Ernst, KLEIN, Eckart, KLEIN, Oliver (2012). *Verfassungsprozessrecht*, 3. Auflage, Heidelberg: C.F. Müller.
- DREIER, Horst (Hrsg.) (2013). *Grundgesetz Kommentar*, 3. Auflage, Tübingen: Mohr Siebeck.
- ERGÜL, Ozan (2014). Usulüne Göre Yürürlüğe Girmiş Anlaşmalar Kanun Hükümlüdür, içinde Erdal, Muhammed (Der.), *Yıldırım Uler’e Armağan* ss. (65-86), Lefkoşa: Yakın Doğu Üniversitesi Yayınları, 2014.
- GÖZTEPE, Ece (1998). *Anayasa Şikâyeti*, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.
- GÖZTEPE, Ece (1999). “Anayasal Eşitlik İlkesi Açısından Evli Kadınların Soyadı”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. 54, S. 2, ss. 101-131.
- GÖZTEPE, Ece (2011). “Türkiye’de Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Hakkının (Anayasa Şikâyeti) 6216 Sayılı Kanun Kapsamında Değerlendirilmesi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 95, 2011, ss. 13-40.
- GÖZTEPE, Ece (2016). “Bireysel Başvuru Kararlarının Bağlayıcılığı ve İcrası Sorunu ile Kurumsallaşma İhtiyacı”, *Anayasa Yargısı*, C. 33, Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları, ss. 93-118.
- HILLGRUBER, Christian/Goos, Christoph (2015). *Verfassungsprozessrecht*, 4. Auflage, Heidelberg: C.F.Müller.
- KANADOĞLU, Korkut (2015). *Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- KARAN, Ulaş (2018). *Öğretide ve Uygulamada Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı ve İcrası. Norm Denetimi ile Bireysel Başvuru Usulünde Verilen Kararlar Özelinde Bir İnceleme*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- KLEIN, Eckart (1983). *Verfassungsprozessrecht – Versuch einer Systematik an Hand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, *Archiv des öffentlichen Rechts*, ss. 412-444; 561-624.
- KREUTZBERGER, Sonja (2007). *Die gesetzlich nicht geregelten Entscheidungsvarianten des Bundesverfassungsgerichts*, Frankfurt a.M.: Peter Lang.
- MAUNZ, Theodor., SCHMIDT-BLEIBTREU, Bruno, KLEIN, Franz, BETHGE, Herbert u.a. (2020). *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, München: C.H.Beck, 60. Ergänzungslieferung.
- RUPP-VON BRÜNNECK, Wiltraut (1970). “Darf das Bundesverfassungsgericht an den Gesetzgeber appellieren?”, içinde Ritterspach, Theodor, Geiger, Willi (Hrsg.), *Festschrift für Gebhard Müller* (355-378), Tübingen: Mohr Siebeck.

Bireysel Başvuru Kararlarının İcrası: Anayasa Mahkemesi'nin Doğrudan ve Dolaylı "Çağrı Kararları" Üzerine Bir İnceleme

- SCHERZBERG, Arno (2009). Individualverfassungsbeschwerde (§ 13), içinde Ehlers, Dirk, Schoch, Friedrich (Hrsg.), *Rechtsschutz im Öffentlichen Recht* (ss. 273-342), München: C.H.Beck.
- SCHLAICH, Klaus, KORIOETH, Stefan (2018). *Das Bundesverfassungsgericht. Stellung, Verfahren, Entscheidungen*, 11. Auflage, München: C.H.Beck.
- SCHULTE, Marin (1988). Appellentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, *Deutsches Verwaltungsblatt*, ss. 1200-1206.
- SIMON, Sven (2016). *Grenzen des Bundesverfassungsgerichts im europäischen Integrationsprozess*, Tübingen: Mohr Siebeck.
- STARCK, Christian (2009). Auslegung und Fortbildung der Verfassung und des Verfassungsprozessgesetzes durch das Verfassungsgericht, içinde Starck, Christian, *Verfassungen. Entstehung, Auslegung, Wirkungen und Sicherung* (ss. 153-166), Tübingen: Mohr Siebeck.
- STARCK, Christian (2009). Das Bundesverfassungsgericht in der Verfassungsordnung und im politischen Prozeß, içinde Starck, Christian, *Verfassungen. Entstehung, Auslegung, Wirkungen und Sicherung* (ss. 107-152), Tübingen: Mohr Siebeck.
- TEW, Yvonne (2020a), "Losing the Battle to Win the War: Judicial Self Empowerment Through Maxi-Minimalism", *Int'l J. Const. L. Blog*, Oct. 7, 2020, <http://www.iconnectblog.com/2020/10/losing-the-battle-to-win-the-war-judicial-self-empowerment-through-maxi-minimalism/> (Erişim Tarihi: 20/12/2020).
- TEW, Yvonne (2020b), "Dicey After Brexit: Mini-Maximalism at the United Kingdom Supreme Court", *Int'l J. Const. L. Blog*, Dec. 9, 2020, <http://www.iconnectblog.com/2020/12/dicey-after-brexit-mini-maximalism-at-theunited-kingdom-supreme-court/> (Erişim Tarihi: 20/12/2020).
- UMBACH, Dieter C., CLEMENS, Thomas, DOLLINGER, Franz-Wilhelm (Hrsg.) (2005). *Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Mitarbeiterkommentar und Handbuch*, 2. Auflage, Heidelberg: C.F. Müller.
- VOLKMANN, Uwe (2013a). Bausteine zu einer demokratischen Theorie der Verfassungsgerichtsbarkeit, içinde Bäuerle, Michael, Dann, Philipp, Wallrabenstein, Astrid (Hrsg.), *Demokratie-Perspektiven. Festschrift für Brun-Otto Bryde zum 70. Geburtstag* (ss. 118-138), Tübingen: Mohr Siebeck.
- VOLKMANN, Uwe (2013b). *Grundzüge einer Verfassungslehre der Bundesrepublik Deutschland*, Tübingen: Mohr Siebeck.
- YANG, Tzu-hui (2002). *Die Appellentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, Baden-Baden: Nomos.

Anayasa Mahkemesi Kararları

- A.A. ve A.A., B. No: 2015/3941, 1/3/2017.
Abdurrahim Kaya ve diğerleri, B. No: 2019/12271, 3/12/2020.
Aliğül Alkaya ve diğerleri (2), B. No: 2016/12506, 7/11/2019.
Bedrettin Morina, B. No: 2017/40089, 5/3/2020.
Cengiz Nergiz, B. No: 2015/2866, 18/4/2018.
Cumhuriyetçi Eğitim ve Kültür Merkezi Vakfı, B. No: 2016/738, 4/7/2019.
Devrim Alyüz, B. No: 2017/40383, 16/9/2020.
Diyadin Akdemir, B. No: 2015/9562, 4/4/2018.
Eşref Arslan, B. No: 2014/14655, 18/7/2018.
Fatih Saraman, B. No: 2014/7256, 27/2/2019.
Fenerbahçe Spor Kulübü Derneği, B. No: 2017/4483, 132/2020.
Gülsim Genç, B. No: 2013/4439, 6/3/2014.
Hacı Karabulut, B. No: 2017/17871, 9/10/2019.
Halil Bayık, B. No: 2014/20002, 30/11/2017.
Halil Özhan Koral, B. No: 2017/18895, 9/1/2019.
Halime Sare Aysal, B. No: 2013/1789, 11/11/2015.
Hatice Özer, B. No: 2018/37091, 3/12/2020.
İbrahim Kaptan (2), B. No: 2017/30723, 12/9/2018.
İrfan Kaplan, B. No: 2017/34518, 23/6/2020.
Levon Berç Kuzukoğlu ve Ohannes Garbis Balmumciyan, B. No: 2014/17354, 22/5/2019.
Melahat Karkin, B. No: 2014/17751, 13/10/2016.
Mohamed Kashet ve diğerleri, B. No: 2015/17659, 20/6/2019.
Neşe Aslanbay Akbıyık, B. No: 2014/5836, 16/4/2015.
Nesrin Demirel, B. No: 2018/2020, 18/11/2020.
R.G., B. No: 2017/31619, 23/7/2020.
Recep Bekik ve diğerleri, B. No: 2016/12936, 27/3/2019.
Sevim Akat Eşki, B. No: 2013/2187, 19/12/2013.
Sinan İyit (2), B. No: 2013/1495, 30/11/2017.
Süleyman Başmeydan, B. No: 2015/6164, 20/06/2019.
Tuğba Arslan, B. No: 2014/256, 25/6/2014.
Turgut Duman, B. No: 2014/15365, 29/5/2019.
Y.T., B. No: 2016/22418, 30/05/2019.
Yıldız Eker, B. No: 2015/18872, 22/11/2018.
Yusuf Ahmed Abdelazim Elsayad, B. No: 2016/5604, 24/5/2018.
Yusuf Büyükcetlep, B. No: 2016/9878, 6/2/2019.



İncek Şehit Savcı Mehmet Selim Kiraz Bulvarı No: 4 06805 Çankaya / Ankara

Telefon: +90 312 463 73 00 • Faks: +90 312 463 74 00

E-posta: bilgi@anayasa.gov.tr

twitter.com: @AYMBASKANLIGI

www.anayasa.gov.tr