Prof. Dr.
ZÜHTÜ ARSLAN'A ARMAĞAN

Essays in Honor of Prof. Dr. Zühtü Arslan

Cilt/Vol: 2

Prof. Dr.
ZÜHTÜ ARSLAN'A ARMAĞAN

Essays in Honor of Prof. Dr. Zühtü Arslan

Editörler
Prof. Dr. Engin YILDIRIM
Prof. Dr. Yusuf Şevki HAKYEMEZ
Dr. Murat ŞEN
Dr. Ömer GEDİK

Cilt/Vol: 2

Ankara, 2024

Anayasa Mahkemesi Yayınları
ISBN: 978-625-6318-00-7 (2.c)
TK: 978-625-98741-8-0 (Tk)

Prof. Dr. Zühtü Arslan'a Armağan

© 2024, Anayasa Mahkemesi

Anayasa Mahkemesinin ve/veya yazarlarının yazılı izni olmaksızın, kitabın tümünün veya bir kısmının elektronik, mekanik ya da fotokopi yoluyla basımı, yayımı, çoğaltılması ve dağıtımı yapılamaz. Kitapta yayımlanan makaleler, kaynak gösterilmeden başka bir yerde yayımlanamaz. 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 : ayam@anayasa.gov.tr
Twitter : @AYMBASKANLIGI
Web : www.anayasa.gov.tr

Grafik Tasarım&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
Mart, 2024

İÇİNDEKİLER

Prof. Dr. Ömer ANAYURT 1111
İptal Kararlarının Yürürlüğünün Ertelenmesi Amaca Uygun İşlemekte Midir?

Prof. Dr. Yavuz ATAR..... 1147
Anayasa Mahkemesinin Anayasa'daki (M. 104/17) "Genel Yetkiye" İstinaden Çıkarılan Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Denetimine İlişkin Bazı Kararları Üzerine Bir İnceleme

Prof. Dr. Nihat BULUT..... 1159
Ekonomik Sistemler ve Temel Anayasacılık Akımları Bağlamında Türkiye'nin Anayasal Ekonomik Düzeni

Prof. Dr. Osman CAN 1201
Kurucu Travma, Negatif Sosyal Sözleşme ve Barış Üretemeyen Anayasal Tercihlerin Temelleri Üzerine -Türkiye Özelinde Bir Deneme-

Prof. Dr. Ayhan DÖNER / Dr. Öğr. Üyesi Yeşim ÇELİK 1247
Kanun Yolunda Gözetilmesi Gereken Hususlarda İnceleme Yapılamaması

Prof. Dr. Selami DEMİRKOL..... 1281
Mahkemeye Erişim Hakkının, Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu Kararı İle Somutlaşması

Prof. Dr. Abdurrahman EREN 1305
Bireysel Başvuruda Hak Öznesi Olarak Din veya İnanç Toplulukları

Prof. Dr. Ece GÖZTEPE..... 1363
Federal Alman Anayasa Mahkemesinin Başörtüsü Kararlarının Argümanlarına Kısa Bir Bakış

Prof. Dr. O. Korkut KANADOĞLU / Doç. Dr. LL. M. Eur. Kutluhan BOZKURT 1389
Yargı Kararları Ekseninde Düzensiz Göç Hareketleri ve Düzensiz Göçmen

Prof. Dr. Hikmet KIRIK..... 1419
Kurucu İrade Neyi Kurar? Türkiye'de Sistem Tartışmalarının Felsefi ve Kavramsal Çözümlemesine Dair Bir Katkı Denemesi

Prof. Dr. Mahmut KOCA / Prof. Dr. Nihat BULUT 1441
Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Üzerine Verdiği Kararların Objektif Etkisi

Prof. Dr. Yüksel METİN / Dr. Öğr. Üyesi Semih Batur KAYA 1465
Anayasal Yorumun Önemi ve Etkileri: Bir Kuramsal İnceleme

Prof. Dr. Ergun ÖZBUDUN 1499
Anayasa Yargısının Türkiye'nin Siyasal Sistemindeki Yeri

Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ 1509
Ceza Mahkûmiyetine Bağlı Olarak Seçme, Seçilme ve Siyasi Hakları Kullanmaktan Yasaklanma Sorunu

Prof. Dr. Bekir Berat ÖZİPEK / Av. Abdulhalim YILMAZ 1527
Anayasa Mahkemesi ve Mülteciler: Haklar İçin Akıntıya Karşı Çıpa Olabilmek

Prof. Dr. Sami SELÇUK 1569
Özbilim Felsefesi (Fenomenoloji) ve Yönteminin Hukuk Bilimine Yansıması

Prof. Dr. Yusuf TEKİN 1591
Anayasa Mahkemesinin İki Dönemi: Yasakçı Zihniyetten Özgürlükçü Paradigmaya Doğru

Prof. Dr. Ahmet Ulvi TÜRKBAĞ 1603
İnsan Varlığının ve Haysiyetinin Teminatı Olarak Hukukun Üstünlüğü

Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ/Doç. Dr. M.Emre TULAY 1623
Önceki Tarihli Mahkûmiyet Kararının Sonraki Tarihte İşlenen Bir Başka Suça İlişkin Mahkûmiyet Hükmüne Esas Alınması — Anayasa Mahkemesi Kararı Özelinde Bir İnceleme (Anayasa Mahkemesi Umut Çongar [GK], B. No: 2017/36905, 21/10/2021)

Doç. Dr. Şeref İBA 1653
Türk Hukukunda Seçim Kanunlarının (Birleştirilmesi) Reform İhtiyacı Üzerine

Doç. Dr. A. Ersoy KONTACI 1675
Kanun Hükmünden Kaynaklanan Hak İhlalleri: Anayasa Mahkemesinin Mevcut Yaklaşımı ve Maruf Bir Alternatif Yaklaşım

Doç. Dr. İsmail KÖKÜSARI..... 1697
AYM'nin Bireysel Başvuru Yolunda Verdiği Kararlarda Hukuki Güvenlik İlkesinin Temellendirilmesi Meselesi

Doç. Dr. Tolga ŞİRİN 1751
Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Ceza Muhakemesinde Tanık Sorgulama Hakkı

Doç. Dr. Hüseyin TURAN 1783
Özel Hayata Saygı Hakkına Müdahale Türü Olarak Arama

Dr. Şermin BİRTANE..... 1823
İnsan Hakları Bağlamında Yargı Alanında Yapay Zekâ ve Uluslararası Etik İlkeler

Dr. Abdullah ÇELİK / Yusuf Enes KAYA 1873
Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Objektifinden Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Uygulamasının Fotoğrafı

Dr. Ömer GEDİK/ Arş. Gör. Murat HAS..... 1919
Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında İnsan Haklarının Sınırlandırma Sebebi Olarak Millî Güvenlik Kavramı ve Bu Sınırlandırma Sebebinin Uygulama Alanı

Dr. Fatma KARAMAN ODABAŞI 1951
An Evaluation on Patents and The Right to Health in The Context of Access of Medicines

Dr. Recep KAPLAN..... 1963
Kamu Tüzel Kişilerini Kendi İradeleriyle Yönetmelik Çıkaramaz Hâle Getiren Kurallar Hakkındaki Anayasa Mahkemesi Kararlarının Analizi

Dr. Murat ŞEN / Murat AZAKLI 2005
Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Yolunda Dosya Yönetimi

Dr. Hilal YAZICI / Denizhan HOROZGİL 2037
Bireysel Başvuru Yolu Kapsamında İhlalin Anayasadan Kaynaklanmasının Anayasa Değişikliklerinin Esas Bakımından Denetimi Yasağı Karşısındaki Durumu

Mehmet ALTUNDİŞ..... 2073
Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Kararlarına Göre Mülkiyet Hakkının Kapsamı

Aydın DEMİREL 2099
Koşullu Salıverme ve Umut Hakkı

Özgür DUMAN 2133
Yöneticilerinin Şirketlerin Sosyal Güvenlik Primlerinin Ödenmesinden Müteselsilen ve Sınırsız Sorumlu Olmasının Anayasa'ya Uygunluğu Meselesi: Anayasa Mahkemesinin *Erol Kesgin* Kararının Analizi

Ayhan KILIÇ 2175
Anayasa Mahkemesinin Özerk Yorum Yetkisi

İKİNCİ BÖLÜM

BİLİMSEL ÇALIŞMALAR

Prof. Dr. Ömer ANAYURT
(Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Öğretim Üyesi)

İPTAL KARARLARININ YÜRÜRLÜĞÜNÜN ERTELENMESİ AMACA UYGUN İŞLEMEKTE MİDİR?*

ÖZET

İptal kararlarının zaman içerisindeki etkisi anayasa yargısının en tartışmalı konularından biridir. Şüphesiz bu tartışma iptal kararının ne zaman hüküm ifade edeceği ve geriye yürüyüp yürümeyeceği üzerinde yoğunlaşmaktadır. Tartışmanın temelinde adalet ile hukuk güvenliği arasındaki tercih ikilemi yatmaktadır. Elbette geriye yürümenin de derhâl etki ilkesinin de faydalı ve sakıncalı yanları bulunmaktadır. Bu nedenle bir ülkede saf anlamıyla ne geriye yürüme ilkesi ne de derhâl etki ilkesi uygulanmaktadır.

Derhâl etki modelinde ilke olarak iptal edilen norm, iptal kararı yayımlandığı andan itibaren anayasal geçerliliğini yitirmektedir. Bu durum bazen kamu düzeni ya da kamu yararını ihlal edici nitelikte bir hukuksal boşluk ortaya çıkartabilmektedir. Bu hukuksal boşluğun giderilmesi için bazı ülkelerde iptal kararının yürürlüğe giriş zamanı ertelenebilmektedir.

Türkiye'de gerek anayasa yargısı gerek iptal kararlarının ertelenmesi 1961 Anayasası ile gelmiştir. 1982 Anayasası'nda da erteleme kurumu varlığını sürdürmektedir. Ellinci yılını dolduran Türk anayasa yargısı alanında iptal kararlarının zamansal etkisine dair birçok sorun hâlen varlığını sürdürmektedir. Bu alanda yaşanan sorunların her birini konu alan çeşitli çalışmalar yapılmıştır. Biz bu çalışmada bugüne kadar satır aralarında kalmış erteleme kararlarının analizini yapıp erteleme kurumunun meşrulaştırıldığı amaçla uygun bir biçimde işleyip işlemediği sorusuna cevap bulmaya çalışacağız. Bu bağlamda da erteleme kurumunun yeniden sorgulanmasına dair bir perspektif sunacağız.

Anahtar Kelimeler: İptal kararının ertelenmesi, geriye yürüme/derhâl etki, yargı kararlarının etkisi, hukuk boşluğu, anayasanın üstünlüğü.

* Bu makale hakem denetiminden geçmiştir.

Prof. Dr. Zühtü Arslan'a Armağan

DOES THE POSTPONEMENT OF THE EXECUTION OF ANNULMENT DECISIONS SERVE ITS PURPOSE?

ABSTRACT

The gradual effect of annulment decisions comes to the forefront as one of the most controversial issues in constitutional jurisdiction. Undoubtedly, this debate revolves around effective date of the annulment decision and whether it will be retroactive or not. The basis of the debate lies in the dilemma between justice and legal security. In this respect, both retroactivity and the principle of immediate effect certainly have their benefits and drawbacks. Therefore, neither the principle of retroactivity nor the principle of immediate effect is applied in a country in its pure sense.

In the immediate effect model, the annulled norm, in principle, loses its constitutional validity as soon as the annulment decision is promulgated. This may sometimes lead to a legal gap in violation of public order or public interest. In some countries, the entry into force of the annulment decision may be postponed in order to eliminate this legal gap.

In Turkey, both constitutional jurisdiction and postponement of annulment decisions were introduced with the 1961 Constitution. In the 1982 Constitution, the institution of postponement has been maintained. In the field of Turkish constitutional jurisdiction, which has completed its fiftieth year, many issues regarding the temporal effect of annulment decisions have yet to be solved. Various studies have been conducted on each of the issues in this context. In this study, we will analyze the postponement decisions that have been left unadressed and try to find an answer to the question of whether the postponement institution operates in accordance with its legitimized purpose. In this context, we will offer a perspective on re-questioning of the institution of postponement.

Keywords: Postponement of the annulment decisions, retroactivity/ prospectivity, effect of judicial rulings, legal gap, supremacy of constitution.

GİRİŞ

Anayasa yargısında kararların zaman yönünden etkisi; bastırıcı, düzeltici, *ex ante, a posteriori* denetim gibi isimlerle anılan denetim sistemi bakımından anlam ifade etmektedir. Çünkü önleyici denetim ya da *a priori* denetim sisteminde zaten henüz yürürlüğe girmiş bir norm bulunmamaktadır[1]. Bu sistemde norm eğer anayasaya uygun bulunmuşsa yürürlüğe girebilecektir. Dolayısıyla anayasallık denetimi bu sistemde normun yürürlüğe girişinin şartını oluşturmaktadır. Oysa düzeltici denetim sisteminde artık her bakımdan normatif kimlik kazanmış bir norm söz konusudur. Doğal olarak da bu normun anayasaya aykırı bulunarak iptal edilmesi durumunda iptal kararının ne zamandan itibaren hüküm ve sonuçlarını doğuracağı önemli güçlükleri ve sorunları beraberinde getirmektedir.

Düzeltici denetim yolunun olduğu ülkelerde iptal kararlarının zaman bakımından etkisinde başlıca üç model bulunmaktadır. Bunlar yargılama dilinde; *ex tunc etki, ex nunc* etki ve *pro futura* etki olarak isimlendirilmektedir[2].

"Ex tunc etki" modelinde[3] iptal kararı geriye yürütülmektedir. Böylece, iptal edilen norm yürürlüğe girdiği andan itibaren geçerliliğini yitirmektedir. İptal edilen normun hukuk düzeninde hiçbir zaman var olmadığı, bu nedenle de bu norma dayalı olarak yapılmış işlemlerin hukuk düzeninden arındırılması varsayımını esas almaktadır. Diğer bir ifadeyle bu model, anayasaya aykırı normun zaten hukuk düzenine hiç girmemiş olması gerektiği fikrine dayanmaktadır. Madem ki girmiştir ve bu da yetkili makamca tespit edilmiştir öyleyse hukuk düzenine girmiş olduğu andan itibaren de bu düzenin dışına atılması gerekir. Hâliyle böyle bir modelde iptal kararının yürürlüğünün ertelenmesinden söz edilemez. *"Ex nunc etki"* olarak nitelendirilen modelde iptal kararları "derhâl etki" *(application immédiate)* ilkesine tabi tutulmuştur. Bu bağlamda iptal kararı normun yürürlüğe girişinden itibaren değil iptal hükmünün yürürlüğe girişinden itibaren sonuçlarını doğurmaktadır. Literatürde *pro futura* ya da *ad futurum* deyimleriyle ifade edilen modeldeyse, iptal kararı hüküm ve sonuçlarını kararın verilmesi ya da yayımlanmasıyla değil daha

1 Rousseau, D. (1998). *La Justice constitutionnelle en Europe,* 3. Baskı, Paris: Montchrestien, s. 109-110; Tusseau, G. (2021). *Contentieux constitutionnel comparé,* Paris: LGDJ-Lextenso, s. 1234; Ülgen, Ö. (2016). *Anayasa Yargısında İptal Kararlarının Etkileri;* İstanbul: On İki Levha Yayınları, s. 7.

2 Magnon, X. (2011). "La modulation des effets dans le temps des décisions du juge constitutionnel", *Annuaire international de justice constitutionnelle,* XXVII, s. 558 vd; Tusseau, G. (2021). s. 1234 vd; Popelier, P. ve diğerleri (2013). The Effects of Judicial Decisions in Time: Comparatives Notes, içinde Popelier, P., Verstraelen, S., Vanheule, D. ve Vanlerberghe, B. (Der.), *The Effects of Judicial Decisions in Time* (ss. 1-12), United Kingdom: Larcier Intersentia; Kaboğlu, İ. Ö. (2007). *Anayasa Yargısı,* 4. Baskı, Ankara: İmge Kitabevi Yayınları, s. 155 vd; Özveri, K. C. (2020). *Anayasa Mahkemesi İptal Kararlarının Zaman Yönünden Uygulanması,* Ankara: Bilkent Üniversitesi Basılmamış YL Tezi, s. 22 vd.

3 Almanya başta olmak üzere (AY, m. 78, 82); Portekiz'de (AY, m. 282), İspanya'da (Mahkeme Organik Kanunu, m. 39), Belçika'da (Mahkeme Kanunu, m. 8), Nikaragua (AY, m. 182), Suriye (AY, m. 147), Kosta Rika, (Mahkeme Kanunu, m. 91) gibi…

sonraki bir zaman diliminde gösterecektir[4]. Aslında "pro futura etki" *ex nunc* etki modelinin bir istisnası olarak da nitelendirilebilir. Çünkü bu modelde de ilke olarak iptal kararının *ex nunc* etkisi kabul edilmekle birlikte karar bu etkisini derhâl değil ileri bir tarihte göstermiş olacaktır[5]. Kısaca *ex nunc* modelini *"iptal hükmünün derhâl yürürlükten kalkması" pro futura* modelini ise *"iptal hükmünün erteleme süresinden sonra yürürlükten kalkması"* olarak ifade edebiliriz[6]. İptale rağmen kararın sonuçları askıya alındığından iptal hükmü anayasal geçerliliğini devam ettirmektedir. Şu var ki bu model tek başına hemen hiçbir ülkede uygulanmamakta, daha ziyade *ex nunc* modeli benimsemiş ülkelerde verilen iptal kararının derhâl yürürlüğe girmesinin bir istisnası olarak belirli bir süre ertelenmesi şeklinde bir uygulama olarak karşımıza çıkmaktadır.

Yukarıdaki modellerin her birinin olumlu veya olumsuz yanları şüphesiz bulunmaktadır[7]. Bu nedenle iptal kararlarının zaman yönünden etkisine ilişkin kabul edilen modellerin hiçbirisi mutlak şekilde uygulanmamakta eşitlik, hakkaniyet, anayasal hakların korunması adına çeşitli istisnalara yer verilmektedir. İptal kararlarının zaman içindeki etkisine ilişkin bu istisnalar doğrudan anayasal/yasal düzenlemelerle öngörülebildiği gibi, bazı ülkelerde iptal kararlarının zaman içindeki etkisini belirleme konusunda anayasa mahkemelerine geniş takdir yetkisi tanındığı görülmektedir[8]. Hatta bazı anayasalar iptal kararının ne zaman yürürlüğe gireceğine dair belirgin bir modele yer vermemiş, anayasal hakların ve anayasanın üstünlüğünü korumak adına kararların nitelikleri ve konularını göz önünde bulundurmak suretiyle yürürlüğe giriş zamanını belirlemede anayasa mahkemelerine geniş takdir yetkisi sunmuştur (Ekvador, Kolombiya, Güney Afrika ülkeleri örnek olarak gösterilebilir).

Türkiye'de iptal kararlarının yürürlüğe girişinde ilke olarak "derhâl etki" modeli benimsenmiş ancak bazı iptal kararları bakımından da "ertelenmiş etki" ya da *"pro futura etki"* ilkesi benimsenmiştir. İptal kararlarının yürürlüğe girişi ve ertelenmesine dair bu kombin model en katı biçimde Türkiye'de uygulama alanı bulmakta ve yaklaşık elli yıldır varlığını sürdürmektedir. Bugüne kadar özellikle iptal kararının yürürlüğe girişinin ertelendiği geçiş sürecine bağlı birçok sorun ile karşı karşıya kalınmıştır. Özellikle iptal edilmiş ancak yürürlüğe girişi ertelenmiş olan normun geçerliliğine dair yargısal alanda hâlen büyük bir karmaşa yaşanmaktadır.

4 Tusseau, G. (2021). s. 1234; Popelier, P. ve diğerleri (2013). s. 10.

5 Aliefendioğlu, Y. (1996). *Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi,* Ankara: Yetkin Yayınları, s. 308.

6 Stefanini, M. F-R. (2018). "Les effets des décisions du Conseil constitutionnel en matière de QPC. Evolutions et limites du contrôle de constitutionnalité - Regard croisé entre les expériences françaises et est-européennes", s. 6, https://shs.hal.science/halshs-01940258/document (Erişim Tarihi: 12/9/2023).

7 Bkz. Tusseau, G. (2021). s. 1236-1238; Popelier, P. ve diğerleri (2013). s. 6-9; Ülgen, Ö. (2016). s. 9-19; Özveri, K. C. (2020). s. 18-20.

8 Popelier, P. ve diğerleri (2013). s. 3, 284; Ülgen, Ö. (2016). s. 21 vd; Özveri, K. C. (2020). s. 2.

İptal kararlarının yürürlüğe girmesi, geriye yürüyüp yürümemesi, iptal edilen ancak yürürlüğe girişi ertelenmiş normun erteleme sürecindeki uyuşmazlıklarda uygulanıp uygulanamayacağı gibi konuların her biri ayrı ayrı birçok çalışmaya konu olmuştur. Ancak iptal kararlarının yürürlüğünün ertelenmesine dair kararların (kısaca "ertelemeli iptal kararları") anatomisi satır aralarında bırakılmıştır.

Erteleme kurumunun anayasanın üstünlüğünü ve hukuk devletinin temel ilkelerini aşındırıcı doğasına rağmen biz de ilke olarak gerekliliğini kabul etmekteyiz. Ne var ki bu uygulamanın, varlık nedenini meşrulaştıran amacı karşılamaktan giderek uzaklaştığı; verilen erteleme karar sayılarının da ortaya koyduğu üzere istisnai olarak başvurulması gerekirken giderek yaygın bir kullanım hâlini aldığı görülmektedir.

Bu çalışmada öncelikle "ertelemeli iptal kararı" uygulamasına yer veren bazı ülkelere dair kısa açıklamalarda bulunduktan sonra bu kurumun Türk anayasa yargısındaki tarihi ve normatif çerçevesine yer verilecektir. Bu açıklamaların ardından Anayasa Mahkemesinin kuruluşundan günümüze kadar vermiş olduğu erteleme kararlarının çeşitli açılardan analizi yapılacak ve yeni anayasa tartışmalarının da yaşandığı süreçte kurumun ıslahına yönelik çözüm önerileri ortaya konulacaktır.

Çalışmada yer verilen özellikle 1961 Anayasası dönemine ilişkin Anayasa Mahkemesi kararları çeşitli yazım hataları içermektedir. Doğrudan alıntı olduğundan tarafımızca herhangi bir müdahalede bulunulmadığı ve parantez içerisinde düzeltme yoluna gidilmediği belirtilmelidir.

I. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA İPTAL KARARLARININ ERTELENMESİ

Anayasa yargısında iptal kararlarının zamansal etkisi konusunda yaygın uygulama "derhâl etki" ilkesidir. Bu çerçevede de iptal kararları, iptal edilen normun yapıldığı tarihten değil iptal kararının yürürlüğe girdiği tarihten itibaren geleceğe yönelik etki meydana getirirler.

İptal kararının ne zaman yürürlüğe gireceği hususunda da çeşitli alternatifler bulunmaktadır. Bunlardan biri Mahkemenin iptal kararını verdiği tarihten itibaren sonuçlarını ortaya çıkartmasıdır[9]. İkincisi iptal kararının anayasa ya da kanunda belirtilen araçta (örneğin Resmî Gazete gibi) yayımlanmasıyla birlikte etkisini göstermesidir[10]. Üçüncüsü ise kararın yayımıyla birlikte değil

9 Moldova (AY, m. 140.1); Kazakistan (AY, m. 191); Ukrayna (AY, m. 152.2); Cezayir (AY, m. 191); Estonya (Mahkeme Kanunu, m. 58/2) gibi.

10 Örneğin Avusturya (AY, m. 140/5); Fransa (AY, m. 62); Arnavutluk (AY, m. 132/2); Yunanistan (AY, m. 100/4); Çekya (Mahkeme Kanunu, m. 58/1); Hırvatistan (Mahkeme Kanunu, m. 55); Türkiye (AY, m. 153/3); Gürcistan (AY, m. 89/2); Polonya (AY, m. 190/3); Kuzey Makedonya (Mahkeme Kanunu, m. 79); Özbekistan (AY, m. 109) gibi…

yayımlanmasından itibaren belirli bir sürenin geçmesinden sonra yürürlüğe girdiği uygulamadır[11].

Esasen iptal kararının yürürlüğüyle birlikte normun geçerliliğini kaybetmesi anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkesinin sonucudur. Anayasa'ya aykırılığı yetkili yargı kuruluşunca tespit ve tescillenmiş bir normun anayasa düzeninde hâlen geçerliliğini sürdürmesi anayasanın üstünlüğü ve hukuk devletini anlamsız hâle getirir[12]. En yalın örnekle; *"anayasal hak olan seyahat hakkını kısıtlayan kanunun anayasaya aykırı olduğundan iptal edildiğinin açıklanması ve ardından da yine de bu kısıtlama bir süre daha uygulamada kalacaktır"* denilmesi anayasa yargısı bakımından açıklanması kolay olmayan[13] paradoksal bir durumdur[14]. Böyle bir norm anayasal geçerliliğini devam ettirse de sosyolojik açıdan meşruiyetine gölge düşeceği açıktır[15].

İptal edilmiş bir normun bir süre daha uygulamada tutulması bir norm boşluğunun oluşacağı, bu boşluğun gerek otoriteler gerek bireylerin hukuk dünyasında bir istikrarsızlığa yol açacağı ve kamu hizmetinin sürekliliği ve istikrarı ilkesine halel getireceği gerekçesine dayandırılmaktadır[16]. Bu bağlamda derhâl etkiye dayalı modellerde bir yandan iptalle ortaya çıkan boşluğun yeniden düzenlenebilmesi için kural koyucuya zaman tanımak diğer yandan da hukuksal güvenliği ve istikrarı sağlamak adına bir mekanizmaya ilke olarak gereksinim duyulmaktadır. Bu nedenle iptal kararının zamansal etkisi bakımından *ex nunc* modelin olduğu sistemlerde ya anayasada ya da anayasa mahkemelerinin kuruluş ve işleyişlerini düzenleyen kanunlarda mahkemeye iptal kararının yürürlüğe girişini öteleyebilme imkânı verilmektedir. Aşağıda erteleme kurumunu benimsemiş bazı Avrupa ülkelerindeki düzenlemelere kısaca yer verilmiştir.

---

11 Örneğin Bulgaristan Anayasası'na göre (AY, m. 151/2) Anayasa Mahkemesi kararları, verildikleri tarihten itibaren 15 gün içinde Resmî Gazetede yayımlanırlar. Yayımlandıkları andan itibaren de 3 gün içinde yürürlüğe girerler. İptal kararları kararın yürürlüğe girdiği andan itibaren uygulanma kabiliyetini kaybederler". İspanya'da ve İtalya'da Anayasa Mahkemesi kararları, hüküm ve etkilerini Resmî Gazete'de yayımlandıkları günün ertesi gününden itibaren gösterirler (İspanya AY, m. 164/1; İtalya AY, m. 136/1).

12 Rousseau, D. (2017). "Le Conseil constitutionnel, maître des horloges", *Les Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel,* No. 54., s. 7-8; Kıratlı, M. (1969). *Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi,* Ankara: Ankara Üniversitesi SBF Yayınları, s. 183; Azrak, A. Ü. (1984). "Anayasa Mahkemesi İptal Kararlarının Geriye Yürümezliği", *Anayasa Yargısı Dergisi,* C. 1., s. 153.

13 Rousseau, D. (2017). s. 8.

14 Esplugas-Labatut, P. (2020), *Le Conseil constitutionnel,* 9. Baskı, Paris: Dalloz, s. 61. Armağan bunun bir çelişki olmadığını, bunun ana kurala yönelik bir istisna olduğunu ve sosyal istikrar ilkesinin böyle bir istisnayı gerekli kıldığını belirtmektedir. Bkz. Armağan, S. (1967). *Anayasa Mahkememizde Kazaî Murakabe Sistemi,* İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, s. 137.

15 Özbudun, E. (2022). *Türk Anayasa Hukuku*, 22. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 431.

16 Bu konuda bkz. Tusseau, G. (2021). s. 1243, 1246; Magnon, X. (2011). s. 573; Armağan, S. (1967). s. 137; Teziç, E. (2016). *Anayasa Hukuku*, 20. Baskı, İstanbul: Beta Yayınları, s. 261; Ülgen, Ö. (2016). s. 42; Aliefendioğlu, Y. (1996). s. 204.

A. Avusturya

İptal kararının yürürlüğe girişinin ertelenmesine dair düzenlemenin arketipi Avusturya Anayasası'dır. Avrupa anayasa yargısı modelinin de ilk örneğini oluşturan 1 Ekim 1920 tarihli Anayasa'nın 140. maddesinin 4. fıkrasına göre *"Anayasa Mahkemesi, bir kanunu Anayasaya aykırı bularak iptal etmesi durumunda bu karar yetkili makamlar tarafından geciktirilmeksizin yayımlanmak zorundadır. İptal kararları, yayımlarından itibaren hüküm ve sonuçlarını doğurur. Ancak, Anayasa Mahkemesi, iptal kararının yürürlüğe girmesini erteleyebilir. Bu durumda erteleme süresi* ***altı ayı*** *geçemez*[17]*"*.

Anayasa, 1929'da bazı esaslı değişiklikler geçirmiştir. Bununla birlikte erteleme kurumu muhafaza edilmiştir. Sadece bu değişiklikle Anayasa Mahkemesinin iptal ettiği kanun hükmünü erteleme süresi **altı aydan bir yıla** çıkartılmıştır (m. 140/3)[18].

1934 tarihinde Anayasa yenilenmiştir. Konumuz açısından tek farklılık erteleme süresinin **bir yıldan tekrar altı aya indirilmiş** olmasıdır (m. 170/4)[19]. Anayasa'da daha sonraki yıllarda da birçok kez değişikliğe gidilmiştir. Tüm değişikliklerde erteleme kurumu varlığını devam ettirmiştir. 2003 tarihli değişiklikle erteleme süresi **on sekiz aya** çıkartılmıştır (AY, m. 140/5)[20].

B. Fransa

1958 Fransız Anayasası'nın 62/2. maddesine göre, Anayasa Konseyinin, Anayasa'nın 61-1/1'e dayalı olarak verdiği Anayasa'ya aykırılık kararları, Resmî Gazete'de yayımı tarihinde yürürlüğe girer. Böylece söz konusu tarihten itibaren norm uygulama kabiliyetini yitirir. Ancak Anayasa Konseyi, Anayasa'ya aykırılık kararında, iptal kararının daha sonraki bir tarihte yürürlüğe girmesini kararlaştırabilir.

Fransız anayasa yargısı uzunca yıllar önleyici denetimi benimsemiştir. Bu denetim yolunda zaten Anayasa'ya aykırılık tespitine dair karar yasama organına gönderilmektedir. Yasama organı Anayasa Konseyinin anayasaya

17 Avusturya'nın ilk anayasası olan 1920 Anayasası metni için bkz. https://mjp.univ-perp.fr/constit/at1920.htm#cc (Erişim Tarihi: 23/6/2023). Bu anayasanın Anayasa Mahkemesi'ne ilişkin hükümleri esas olarak ünlü hukukçular Hans Kelsen ve Adolf Merkl'ün baş aktörleri olduğu Viyana Hukuk Teorisi Okulu'nun düşüncelerinden esinlenmiştir. Bu düşüncenin temelinde kanunların anayasaya uygunluğunu denetlemek üzere uzmanlaşmış ve bağımsız hakimlerden oluşan bir merkezi yargı yerinin yetkilendirilmesi ve denetim konusunda münhasır yetkiyle donatılmış olması fikri yatmaktadır. 1920 tarihi itibarıyla büyük bir devrim niteliği taşımaktaydı. Kendi türünde de mevcut tek anayasa mahkemesiydi. Bkz. Holzinger, G. (2012). "La Cour constitutionnelle autrichienne", *Les Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel*, S. 3., No. 36., s. 183; Tunç, H. (2008). *Karşılaştırmalı Anayasa Yargısı (Denetimin Kapsamı ve Organları)*, Ankara: Yetkin Yayınları s. 119 vd.

18 https://mjp.univ-perp.fr/constit/at1929.htm (Erişim Tarihi: 23/6/2023).

19 https://mjp.univ-perp.fr/constit/at1934.htm#12 (Erişim Tarihi: 23/6/2023).

20 https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10000138 (Erişim Tarihi: 23/6/2023).

aykırılık kararını görmezden gelip kanunun yayımlanması yoluna gidememektedir. Dolayısıyla kanun henüz yürürlüğe girmemiş olduğundan ve iptali de söz konusu olmadığından düzeltici denetimin *(a posteriori)* olduğu ülkelerdeki etki ve sonuçlarından bahsedilemez. Anayasa zaten bu duruma işaret etmekte ve Anayasa'nın 61. maddesine dayalı olarak işletilen önleyici denetim yolunda (a priori) Anayasa Konseyinin verdiği anayasaya aykırılık kararlarını erteleme dışında tutmaktadır.

Anayasa'da ertelemeye tabi mahkeme kararları, 2008 Anayasa değişikliği ile Fransız anayasa yargısına giren ve *"Öncelikli Anayasal Sorun"* (QPC) adı verilen itiraz davalarında Anayasa Konseyi tarafından verilen iptal kararlarına (mad. 61-1/1) ilişkindir. Bu kararlar ilke olarak Resmî Gazete'de yayımından itibaren sonuçlarını doğurmaktadır. Ancak Anayasa, Konseye kararın yürürlüğünü ileri bir tarih olarak belirleyebilme yetkisi vermektedir. Bu sürenin herhangi bir üst limiti bulunmamaktadır. Ne kadar süre ile erteleneceği Anayasa Konseyinin takdirindedir. Ancak bugüne kadar bir iki istisna dışında bir yılı aşan bir süre vermediği görülmektedir. Aşağıda bu yetkinin bir kullanım örneği sunulmuştur:

> "Mevcut davada, anayasaya aykırı olduğu belirlenen hükümlerin derhâl yürürlükten kaldırılması, davacıları müsadere, yasaklama veya aleniyet önleminin kaldırılmasını isteme imkanından mahrum bırakacaktır. Bu durum aşırılığı açık olan sonuçları doğuracaktır. Bu bağlamda itiraz edilen hükümlerin yürürlükten kaldırılma tarihinin 31 Mart 2024 tarihine kadar ertelenmesi uygun olacaktır. Anayasaya aykırı ilan edilen hükümlerin uygulanmasında bu tarihten önce alınan önlemlere, bu aykırılık nedeniyle itiraz edilemez[21]".

Fransız sisteminde ilke olarak iptal kararı, yayımından sonraki olaylar bakımından sonuç doğurmaktadır. İptal edilen kanun hükmünün "Öncelikli Anayasal Sorun" (QPC) yolunu başlatan dava veya iptal kararının yayımlanmasından önceki tarihte devam eden başvurular bakımından bir koruma sağlamayacağı gibi değerlendirmeler yapılmışsa da Anayasa Konseyi erken harekete geçmiş ve bu yola dair ilk kararında önemli bir içtihat ortaya koymuş[22] ve bugüne kadar da bu içtihat yerleşik uygulama hâlini almıştır.

Konseye göre iptal kararının ertelendiği durumda, öncelikli anayasallık

21 CC, 7 Temmuz 2023 tarih ve 2023-1057 QPC Kararı, § 14. https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2023/20231057QPC.htm (Erişim Tarihi: 26/9/2023).

22 "…Kanun koyucunun belirtilen anayasaya aykırılığı giderebilmesi amacıyla yukarıda belirtilen hükümlerin yürürlükten kaldırılmasının 1 Ocak 2011 tarihinden itibaren yürürlüğe gireceğine; bu kararın yararlı etkisini korumak amacıyla, hâlihazırda devam eden davanın çözümlenmesinde ve sonucu söz konusu hükümlerin uygulanmasına bağlı olan davalarda kararın 1 Ocak 2011'e kadar ertelemesinin mahkemelerin görevi olduğuna; bu karar tarihinde devam eden davalara yeni hükümlerin uygulanmasını sağlamanın kanun koyucunun sorumluluğunda olduğuna…". CC, 28 Mayıs 2010 tarih ve 2010-1 QPC kararı, https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2010/20101QPC.htm (Erişim Tarihi: 16/10/2023).

sorununun "yararlı etkisini" (effet utile) göstermesi adına, iptal edilen norm somut davada ve ayrıca Anayasa Konseyi kararının yayımlandığı tarihte devam eden davalarda uygulanamaz. Böylece iptal kararının yürürlüğe girişi ertelense de hem QPC başvurusuna konu olan davada hem de Konsey kararının yayımlandığı tarihte devam etmekte olan yani kesinleşmemiş tüm davalarda uygulama alanı bulmaktadır[23].

Fransız anayasa yargısında iptal kararının yürürlüğe girişinin ertelendiği durumlarda kararın yayımı ile yürürlük tarihi arasındaki geçiş kurallarının belirlenmesi konusunda Anayasa Konseyi yetkili kılınmıştır. Bu çerçevede de Konsey geçiş süreciyle ilgili üçlü bir yetkiye sahiptir ve bunu ilk kararından itibaren sürdürmektedir[24]: Birincisi iptal kararı ertelenmiş olsa da başvuran dava açısından artık iptal hükmü uygulanamaz. Aksi takdirde mahkemenin de belirttiği üzere eğer iptal kararı başvuran için de uygulanacaksa onu adeta cezalandırmak anlamına gelir. Oysa kararın başvurucu için Konseyin deyimiyle bir "bonus etkisi" olması gerekir. Diğer bir deyişle onun yararına bir etki göstermesi gerekir. İkincisi verilen iptal kararı devam eden başvurular bakımından uygulanamaz. Yani karar sadece davacı açısından değil aynı zamanda diğer hak sahipleri yönünden de sonuç doğurucu objektif etkiye sahiptir. Üçüncüsü erteleme kararı verildiği durumlarda da mahkemelere yeni kanunun kabulüne kadar bakmakta oldukları davaları dondurma kararı alabilmelerini veya iptal kararına bir yorum çekincesi koyarak çıkartılacak kanundan derdest başvuruların da yararlanabilmesini sağlayıcı yönde kararlar alabilmektedir[25].

Kısaca belirtmek gerekirse Anayasa Konseyi, iptal kararının ertelenmesine dair karar aldığı durumlarda öncelikli anayasal sorun başvurusunu harekete geçiren davacı veya devam etmekte olan başvurulardaki davacılar yönünden iptal kararının etkinliğini ve anayasal adaleti sağlayacak şekilde kararlar alabilme yetkisine sahiptir[26].

C. Slovakya

Slovakya Anayasası'nın ilk metnine göre anayasaya aykırılık kararı kara-

23 Goesel-Le Bihan, V. (2016). *Contentieux constitutionnel*, 2. Baskı, Paris: Ellipses, s. 80.

24 Disant, M. (2013). "Les effets dans le temps des décisions QPC Le Conseil constitutionnel, "maître du temps"? Le législateur, bouche du Conseil constitutionnel?" *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, S. 3., No. 40., s. 74.

25 Avril, P. ve Gicquel, J. (2011). *Le conseil constitutionnel*, 6. baskı, Paris: Montchrestien, s. 108; Disant, M. (2013). s. 74.

26 Konunun çeşitli açılardan ele alınışı için bkz. Ducharme T. (2021). "Le bénéfice des décisions d'inconstitutionnalité : quelle(s) application(s) en fonction des droits et libertés méconnus?", *Le droit des libertés en question(s) – Colloque n°3 de la RDLF – Montpellier, Revue des droits et libertés fondamentaux*, https://revuedlf.com/droit-constitutionnel/le-benefice-des-decisions-dinconstitutionnalite-quelles-applications-en-fonction-des-droits-et-libertes-meconnus/ (Erişim Tarihi: 9/9/2023).

rın verilmesinden itibaren altı ay sonra yürürlüğe girmekteydi. Bu süre içerisinde de iptal edilen normu yapan organ söz konusu aykırılığı gidermek durumundaydı. Yürürlüğe girişin altı ay ertelenmiş olması kararın doğal bir sonucuydu. Başka bir deyişle erteleme kararı mahkeme tarafından verilmemekte, iptal kararına Anayasa'nın bağlamış olduğu bir sonuçtu (Anayasa, m. 132/1). Ancak Anayasa'da 2017 yılında yapılan bir değişiklikle 132/1 hükmü ilga edilmiştir[27].

Anayasa değişikliğinin ardından konu hakkında yeni bir anayasal düzenlemeye gidilmemişse de Anayasa Mahkemesi Kanunu ile Anayasa Mahkemesine gerektiğinde Anayasa'ya aykırı normun uygulamasını derhâl askıya alma yetkisi verilmiştir. Dolayısıyla iptal edilen normun otomatik olarak ertelenmesi sona erdirilerek Mahkemeye iptal edilen normun derhâl uygulanmasını askıya alma yetkisi tanınmıştır (Anayasa Mahkemesi Kanunu, m. 70/1)[28]. Askıya alma süresi Anayasa Mahkemesi tarafından belirlenmektedir.

D. Slovenya

Anayasa'nın 161. maddesine göre Anayasa Mahkemesi bir kanunu anayasaya aykırı bularak iptal etmişse bu karar tarihinden itibaren kanun hükmü yürürlükten kalkar. Ancak Mahkeme, iptal edilen kanun hükmünün yürürlüğünü bir yılı geçmemek üzere erteleyebilir. Anayasa Mahkemesinin kanun dışında kalan diğer düzenleyici işlemler hakkında verdiği iptal kararı hükümlerin yapıldıkları andan itibaren sonuç doğurur (f. 1).

Anayasa Mahkemesi, bir Anayasa şikâyetini incelerken eğer bir hak ihlali olduğu ve bunun da kanundan ve diğer düzenleyici işlemlerden kaynaklandığını tespit ederse bu hükümlerin Anayasa'ya aykırılığına hükmeder ve bu kararlar Anayasa'nın birinci fıkrasında belirtilen esaslara dayalı olarak yürürlükten kalkar (f. 2).

Görüldüğü üzere Slovenya iptal kararlarının zamansal etkisi bakımından normlar arasında bir ayrıma gitmiştir. Kanunlar için derhâl etki ilkesini benimsemiş ve bunu *pro futura* modelle kombinlemiştir. Kanun dışında kalan normlara dair iptal kararlarında ise *ex tunc* etki modelini benimsemiştir. Aynı durumu anayasa şikâyeti yolu için de benimsemiş ve hak ihlalinin doğrudan normdan kaynaklanması hâlinde kararın yürürlük etkisini normun niteliğine göre düzenleme altına almıştır.

E. Romanya

Romanya Anayasası da Anayasa Mahkemesi kararlarının yürürlüğe girişinde derhâl etki ilkesini benimsemiştir. Anayasaya göre Mahkeme kararları Resmî Gazete'de yayım anından itibaren bağlayıcı hâle gelir ve yalnızca ge-

27 https://www.ustavnysud.sk/en/ustava-slovenskej-republiky (Erişim Tarihi: 9/8/2023).

28 https://www.ustavnysud.sk/documents/10182/0/314_2018_Law+CC+-+Slovakia.pdf/65fda308-73b4-40f9-bea7-8ff4205cfead (Erişim Tarihi: 14/8/2023).

leceğe yönelik sonuçlar doğurur (AY, m. 147/4). Diğer yandan Anayasa'nın 147/1. maddesine göre Anayasa Mahkemesinin yürürlükte olan bir kanun ya da kararname veya bunların hükümlerini anayasaya aykırı bulması hâlinde bu hükümler Mahkeme kararının yayımlanmasından itibaren 45 gün içerisinde askıya alınır. Bu süre içerisinde eğer anayasaya aykırılığı belirtilen normlar Anayasayla uyumlu hâle getirilmemişse sürenin son bulmasıyla birlikte söz konusu hükümler hukuken ortadan kalkar. (AY, mad. 147/1, Mahkeme Kanunu, m. 31)[29]. Burada yürürlükte olan kanun ve kararname deyimi görülmekte olan davalar yönünden işletilen yol bakımındandır. Çünkü bu ülkede asıl soyut denetim önleyici denetim olup Anayasa'nın 147/2. maddesine göre Anayasa'ya aykırı bulunmuş kanunlar Meclis tarafından yeniden gözden geçirilmek durumundadır.

F. Polonya

1997 tarihli Anayasa tipik bir erteleme düzenlemesine yer vermektedir. Anayasa'nın 190/3. maddesine göre Anayasa Mahkemesi kararları yayımı tarihinde yürürlüğe girer. Mahkeme, iptal kararının yürürlüğe girişini ileri bir tarih olarak belirleyebilir. Ancak Anayasa burada erteleme tarihi konusunda normun niteliğine göre bir ayrıma gitmiş ve kanunlar için on sekiz ayı, diğer normatif düzenlemeler için on iki ayı geçemeyeceği belirtilmiştir. Ayrıca bütçe kanununda öngörülmeyen ve mali yük getirdiğine dair verilen kararlar için Bakanlar Kurulu'nun da görüşü dikkate alınarak yürürlüğe giriş tarihi belirlenir[30].

G. Arnavutluk

Anayasa'nın 132. maddesine göre "*Anayasa Mahkemesi kararları Resmî Gazete'de ve diğer yayın araçlarında yayımlanırlar"* (f.1). "*Kararlar, Anayasa'da aksi öngörülmedikçe Resmî Gazete'de yayımlandıkları andan itibaren sonuç doğurur"* (f. 2).

Anayasa Mahkemesi Kanunu'na göre, mahkeme kararları verildiği tarihten itibaren en geç on beş gün içerisinde yayımlanır. Bireyin anayasal haklarının korunmasının gerekli kılması durumunda Mahkeme, iptal kararını kısa bir özetle karar tarihinden itibaren başlatacağı gibi söz konusu düzenlemenin başka bir tarihte yürürlüğe girmesine de karar verebilir (Kanun, m. 26)[31]. Bu durumda hangi tarihte yürürlüğe gireceği ve ne kadar süre ile erteleneceği Mahkemenin takdirindedir.

29 https://www.cdep.ro/pls/dic/site2015.page?den=act2_3&par1=5#t5c0s0sba147 (Erişim Tarihi: 12/10/2023).

30 https://www.sejm.gov.pl/prawo/konst/francuski/kon1.htm (Erişim Tarihi: 12/10/2023).

31 https://cdn.accf-francophonie.org/2019/11/Loi-Organisation-et-Fonctionnement-Cour-Constitutionnelle-Albanie-2016.pdf (Erişim Tarihi: 13/10/2023).

H. Yunanistan

1975 tarihli Yunan Anayasası'nın 100. maddesi birbirinden değişik görev ve yetkilere sahip bir yüksek mahkemeye yer vermektedir. Bu mahkeme, *"Özel Yüksek Mahkeme"*[32] adını almaktadır. Mahkemenin görevlerinden birisi de kanunların anayasaya uygunluğu denetimini yapmaktır (mad. 100/1-e).

Anayasa'nın 100/4. maddesine göre, *"Anayasaya aykırı bulunan kanun hükümleri kararın yayımlandığı tarihte veya kararda belirtilen tarihten itibaren hüküm geçersiz hale gelirler"*. Böylece, Anayasa ile ilke olarak kararın yürürlüğe girişinde yayım tarihi esas alınmakla birlikte Mahkemeye gerektiğinde kararın yürürlüğe girişini ileri bir tarih olarak belirleyebilme yetkisi de sunulmuştur[33]. İptal kararının ne kadar süre için ertelenebileceğine dair Anayasa kesin bir zaman dilimine yer vermemiş bu konuda Yüksek Mahkemeye değerlendirme ve takdir imkânı vermiştir.

I. Hırvatistan

Hırvatistan Anayasası, erteleme hükmüne açıkça yer vermemekle birlikte Anayasa Mahkemesi Kanunu'nun 55. maddesi bu konuda bir düzenleme içermektedir. Bu maddeye göre Anayasa Mahkemesince iptal edilen kanun hükümleri Resmî Gazete'de yayımlandıkları andan itibaren hukuksal geçerliliğini kaybeder (mad. 55/1). Ancak Mahkeme, iptal kararlarının yürürlüğe girişi için başkaca bir tarih belirleyebilir. Kanun, bu sürenin ne kadar olacağını Mahkemenin değerlendirmesine bırakmıştır. Böylece Hırvatistan anayasa yargısında iptal kararlarının zaman bakımından etkisinde kural olarak derhâl yürürlük ilkesi kabul edilmiştir. Bununla birlikte Mahkemeye, bu tarihten sonraki bir tarihi de yürürlük tarihi olarak belirleyebilme imkânı sunulmuştur[34].

J. Çekya

Çek Anayasası'nın 89. maddesinin birinci fıkrasına göre Anayasa Mahkemesi kararları kanunda belirtilen usuller çerçevesinde yayımlandıkları andan itibaren hüküm ifade ederler. Ancak Anayasa Mahkemesi, ileri bir tarihi yürürlük tarihi olarak belirleyebilir. Anayasa Mahkemesi Kanunu da Anayasa'nın bu hükmünü tekrar eden bir düzenlemeye yer vermektedir (Kanun, m. 58/1)[35]. Her iki metin de bir süre belirlemesine gitmemiş bu konuda Mahkemeyi yetkili kılmıştır.

---

32 "Ανώτατο Ειδικό Δικαστήριο" (Yunanca). "Cour Spéciale Suprême" (Fransızca resmi çeviri metnindeki isim), "Special Highest Court" (İngilizce Resmi çevirideki isim). Mahkemenin bu şekilde Türkçe çevirisi için bkz. Tunç, H. (2008). s. 83.

33 Anayasa'nın resmi metni için bkz. https://www.hellenicparliament.gr/UserFiles/f3c70a23-7696-49db-9148-f24dce6a27c8/001-156%20aggliko.pdf (Erişim Tarihi: 24/10/2023).

34 https://www.ustavnysud.sk/documents/10182/0/314_2018_Law+CC+-+Slovakia.pdf/65fda308-73b4-40f9-bea7-8ff4205cfead (Erişim Tarihi: 24/9/2023).

35 https://www.psp.cz/en/docs/laws/1993/1.html (Erişim Tarihi: 24/9/2023).

K. Ermenistan

Ermenistan Anayasası'nın 170. maddesine (Mahkeme Kanunu, m. 55) göre "*Anayasa Mahkemesinin iptal kararları Resmî Gazete'de yayımlanmalarıyla hükümlerini doğurur (f.2). Ancak Mahkeme, iptal kararında, iptal edilen normun tamamını veya belirli bir kısmının yürürlüğe girişini ileri bir tarih olarak belirleyebilir*" (f. 3)[36]. Ne Anayasa ne Mahkemenin görev ve usullerini düzenleyen Kanunda iptal edilen kanun hükümlerinin ne kadar süre yürürlükte kalacağı ya da iptal hükmünün ne zaman yürürlüğe gireceğine dair bir süre konulmamıştır. Yürürlüğe girişin ertelendiği durumlarda bunun süresini takdir etmek Mahkemeye bırakılmıştır.

II. TÜRK ANAYASA YARGISINDA İPTAL KARARLARININ YÜRÜRLÜĞÜNÜN ERTELENMESİ

Anayasaya aykırı bir normun iptali ancak Kelsen modeli olarak da adlandırılan "Avrupa tipi anayasa yargısı"nın benimsendiği anayasa düzenlerinde söz konusu olabilir. Türkiye'de bu model ilk olarak 1961 Anayasası ile benimsenmiş ve anayasallık denetimini yapmak üzere de Anayasa Mahkemesi kurulmuştur. Daha önceki dönemlerin çalışma konumuzla doğrudan ilgisi bulunmadığından[37] açıklamalarımız sırasıyla 1961 ve 1982 Anayasası çerçevesinde yapılmıştır.

A. 1961 Anayasası

Anayasa Mahkemesince iptal edilen bir normun yürürlüğünün ertelenmesine dair düzenleme ilk olarak 1961 Anayasası ile birlikte hukukumuza girmiştir. Anayasa'nın 152. maddesinin ilk hâlinde, Anayasa Mahkemesinin iptal kararlarının **verildiği tarihten itibaren** hüküm ifade edeceği belirtilmiştir. Böylece anayasallık denetimine tabi tutulan kanunlar ve içtüzükler açısından herhangi ayrıma gidilmemiş ve her iki norm türü bakımından da *ex nunc etki* (derhâl etki ilkesi) kabul edilmiştir. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesine, gereken hâllerde iptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarihi ayrıca ileriye yönelik olarak kararlaştırılabilme yetkisi de verilmiştir. Bu konuda da bir süre sınırlamasına gidilmiş ve kararın verildiği tarihten itibaren **altı ayı geçemeyeceği** ifade edilmiştir. Anayasa'da iptal kararının hangi nedenle ertelenebileceği somut olarak belirtilmemiş **"gereken hâllerde"** deyimi kullanılarak geniş bir yetki alanı oluşturulmuştur.

36 https://www.constituteproject.org/constitution/Armenia_2015 (Erişim Tarihi: 24/9/2023).

37 Elbette 1924 Anayasası döneminde kanunların anayasaya uygunluğu denetimi hususunda öğretide ve yargı yerlerinde derin tartışmalar yapılmıştır. Ancak bu tartışmaların ele aldığımız çalışmaya kayda değer bir katkısı olmadığından değinilmemiştir. Bu dönemde söz konusu tartışmaları konu alan kıymetli bir çalışma için bkz. Feyzioğlu, T. (1951). *Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Kazaî Murakabesi*, Ankara: AÜSBF Yayınları.

44 sayılı ve 22/4/1962 tarihli Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri hakkında Kanun'un[38] 50/3 hükmü Anayasa'daki düzenlemeyi tekrarladıktan sonra dördüncü fıkrası gereken hâllerde ibaresini biraz daha somutlaştırmış ve bir anlamda erteleme şartlarını belirlemiştir. Kanun'un bu maddesine göre Anayasa Mahkemesi erteleme yetkisini **bir kanun veya içtüzüğün veya bunların belirli hükümlerinin iptali hâlinde ortaya bir boşluk çıkmış olması ve bu boşluğun da kamu düzenini tehdit edici nitelikte olması** şartlarına bağlamıştır (Kanun, m. 50/4). Böylece erteleme süresi verilmesinin amacı kamu düzenini tehdit edici nitelikteki boşluğun giderilmesini sağlamak olarak açıklanmıştır. Nitekim Kanun, erteleme kararının verilmesiyle birlikte söz konusu boşluğun doldurulması için Mahkemenin yasama meclisleri başkanlıkları ile Başbakanlığı durumdan haberdar edeceğini belirtmektedir (Kanun, mad. 50/4).

İptal hükmünün ertelenebilmesine dair düzenlemenin Temsilciler Meclisinde görüşülmesi sırasında hayli tartışmaların yaşandığı görülmektedir[39]. Bazı üyeler iptal edilen normun bir süre daha yürürlükte tutulmasını şiddetle eleştirmiş ve böyle bir düzenlemeye karşı koymuşlardır[40]. Temsilciler Meclisinde iptal edilen normun bir süreliğine yürürlükte kalmasına yönelik eleştiriler özellikle yürürlükte kaldığı süre içerisinde iptal edilen normun itiraz yoluyla yine Anayasa'ya aykırılığının ileri sürülebilmesi ve erteleme süresinin de fazla uzun tutulmaması gibi uzlaştırıcı formüllerle benimsenmiştir. Özellikle kurucu meclisteki tartışmalarda derhâl uygulamaya konulmasının ortaya çıkartabileceği hukuk boşluğu gerekçesi makul bulunmuştur[41].

38 *Resmî Gazete*, 25/04/1962-11091.

39 Bkz. Temsilciler Meclisi Tutanak Dergisi (TMTD), C. IV, Birleşim 53, s. 221-225. https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TM__/d00/c004/tm__00004053.pdf (Erişim Tarihi: 25/9/2023).

40 Bkz. TMTD, C. IV, Birleşim 53, Alp Kuran ve Cahit Zamangil'in eleştirileri, s. 221-223.

41 Bu eleştirilere ve sorulan sorulara cevaplar Komisyon Sözcüsü Nurettin Arduçoğlu ve Muammer Aksoy tarafından verilmiş ve ilke olarak endişelere katılınmakla birlikte ertelemenin önemine işaret edilmiş ve endişeleri giderici bazı açıklamalara yer verilmiştir. Komisyon sözcülerinden Muammer Aksoy'un şu açıklaması dikkat çekicidir: "Gerekli izahlar arkadaşım tarafından verilmişti. Ama anlaşılıyor ki, diğer cevaplar arasında nazarı dikkati celbetmemiş. Bu altı aylık müddetin konulmasının sebebi, iptal sebebiyle bir kanun boşluğuna mâni olmak içindir. Yoksa Anayasaya aykırı olan kanunu vatandaşlara tatbik etmek için değil. Binaenaleyh bu devre içinde dahi defi dâvası açmak gayet tabiî caizdir" (TMTD, C. IV, Birleşim 53, s. 225). Yine bir başka Anayasa Komisyonu sözcüsü Arduçoğlu ise kurumun gerekçesini ve süresine yönelik tartışmalar üzerine şu açıklamalarda bulunmuştur: "Efendim, Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen bir kanunun belli bir maddesi yerine, teşriî organ tarafından yeni bir kanun, yeni bir kaide getirilinceye kadar bir boşluğu izale etmek için, diğer bazı anayasalarda olduğu gibi iptal kararının yürürlüğe girmesi tarihinin Anayasa Mahkemesi tarafından tespit edilmesi derpiş edilmiştir, Yani hakikaten bir iptal kararı üzerine bir hukuki boşluk meydana gelirse, bu istisnai halde yasama organına bu boşluğu doldurmak üzere verilen marjı azami altı ay olarak tespit ettik. Buna -muhakkak olarak altı ay da denemez, azami had budur, çünkü Anayasa Mahkemesi kararını verdikten itibaren 15 günde bu boşluğun doldurulması için marj verebilir ve iptal kararı 15 gün sonra yürürlüğe girecektir, diyebilir. Tabiatıyla takdir Yüksek Heyetinizindir" (TMTD, C. IV,

Bu dönemde Anayasa Mahkemesi de iptal edilen normun ertelenmesini iki sakıncadan daha az sakıncalı olanın tercihi şeklinde değerlendirerek kuruma olan gereksinimi şu şekilde açıklamıştır:

> *"Anayasa'ya aykırı bir kuralın geçici bir süre için bile olsa uygulanmasının sakıncalı bir durum yarattığı açıktır. Ancak Anayasa'nın 152. maddesinin ikinci fıkrasının ikinci ve üçüncü cümlelerinde (Gereken hallerde, Anayasa Mahkemesi, iptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarihi ayrıca kararlaştırabilir. Bu tarih kararın verildiği günden başlıyarak altı ayı geçemez.) denilerek iptal kararının yürürlüğe girmesini geciktirme yetkisi Anayasa Mahkemesine tanınmış ve böylelikle birtakım olaylarda* ***Anayasaya aykırı kuralın yürürlükte kalmasından doğacak sakınca bu türlü 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****"*[42].

Anayasaya göre iptal kararlarının verildiği tarihten itibaren yürürlüğe girmesi ve gerekçesi yazılmadan hüküm ve sonuçlarını doğurması ve buna bağlı olarak da erteleme süresinin başlamış olması çeşitli açılardan eleştirilmiştir. Bu bağlamda; ortada henüz gerekçe yokken yeni düzenlemeye gidilmesinin anlamlı olmayacağı, gerekçe yazımının da zaman alması nedeniyle iptalle ortaya çıkan boşluğu doldurmak için getirilen altı aylık sürenin yeterli olmadığına işaret edilmiştir. Özellikle yasama çevresinden gelen bu eleştiriler 1971 Anayasa değişikliklerinde konunun yeniden ele alınmasını beraberinde getirmiştir.

20/9/1971 tarihli ve 1488 sayılı Anayasa değişikliği ile Anayasa Mahkemesi kararlarının gerekçesi yazılmadan açıklanamayacağı ve iptal edilen kanun ve İçtüzük hükümlerinin gerekçeli kararın Resmî Gazete'de yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkacağı hükmü getirilmiştir. Diğer yandan iptal kararlarının ertelenmesi süresi de altı aydan bir yıla çıkartılmıştır. Süreninin bir yıla çıkartılması da şu şekilde gerekçelendirilmiştir:

> *"İptal sebebiyle yeniden çıkarılacak veya değiştirilecek Kanunun gerek tasarı olarak hazırlanması gerekse Yasama Meclislerinde görüşülmesi bazan altı aylık bir süreye sığdırılamadığından, Anayasa Mahkemesine, kanunun niteliğine göre bir yıla kadar süre vermek yetkisi tanınmıştır*[43]*"*.

Bu dönemde, sürenin bir yıla çıkartılmış olmasına rağmen iptalle ortaya çıkan hukuk boşluğunun giderilmesi hususunda verilen süreye rağmen yasama organının gerekli hassasiyeti göstermediği belirlenmiştir. Dolayısıyla sunulan gerekçenin çok da gerçekçi olmadığı görülmektedir.

Birleşim 53, s. 224).

42 AYM, E.1970/56, K.1971/45, 20/4/1971.

43 Millet Meclisi Tutanak Dergisi, Dönem 3, C. 17, 27.08.1971, Birleşim 156.

44 sayılı 22/4/1962 tarihli Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un Anayasa Mahkemesi kararlarının yürürlüğe girmesi kenar başlığını taşıyan 50. maddesi Anayasaya paralel düzenlemeler içermektedir. Sadece Anayasa'nın **"gerekli görülürse"** erteleme kararı verilebileceğini belirten ifadesi belirli ölçüde açıklığa kavuşturulmaktadır. Maddenin dördüncü fıkrasına göre iptal hâlinde ortaya bir boşluk çıkmakta ve bu boşluk da kamu düzenini tehdit edici nitelikte ise Mahkeme bu şartlar altında iptal kararının yürürlüğe girişini erteleyebilecektir[44]. Diğer bir deyişle erteleme kararının uygulanması için Anayasa'nın ifade ettiği "gerekli görülürse" ibaresi iki şarta bağlanmaktadır. Birincisi iptal ile bir hukuk boşluğunun ortaya çıkması ikincisi ise bu boşluğun kamu düzenini tehdit edici nitelik taşımasıdır.

B. 1982 Anayasası

Anayasa'nın 153. maddesinin üç, dört ve beşinci fıkraları iptal kararlarının yürürlüğe girişine dair şu esasları getirmektedir: "Kanun, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi[45] veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü ya da bunların hükümleri, iptal kararlarının Resmî Gazete'de yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkar. Gereken hâllerde Anayasa Mahkemesi iptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarihi ayrıca kararlaştırabilir. Bu tarih, kararın Resmî Gazete'de yayımlandığı günden başlayarak bir yılı geçemez" (f. 3). "İptal kararının yürürlüğe girişinin ertelendiği durumlarda, Türkiye Büyük Millet Meclisi, iptal kararının ortaya çıkardığı hukuki boşluğu dolduracak kanun (…) teklifini öncelikle görüşüp karara bağlar" (f. 4). "İptal kararları geriye yürümez" (f. 5)[46].

Bu hükümlerle 1982 Anayasası da iptal kararlarının yürürlüğü konusunda 1961 Anayasası'nın "derhâl etki" ilkesini benimsemiştir. Bu bağlamda iptal kararları ilke olarak Anayasa Mahkemesi kararının Resmî Gazete'de yayımı ile birlikte yürürlük kazanmakta ve hâliyle bu andan itibaren iptal edilen kurallar normatif gücünü yitirmektedir. Anayasa'nın ertelemeye dair düzenlemesi 1961 Anayasası'nın 1971 değişikliğiyle birebir aynıdır. Ancak bu Anayasa'nın ilke hâlinde ve 1971 değişikliğinde olmayan yeni bir fıkraya yer vermiştir. Bu hüküm bir bakıma erteleme kararı alınmasının somut gerekçesi ve düzenlemenin muhatabının kim olacağına dair açıklık getirmektedir.

44 Resmî Gazete'de yayımdan itibaren ve bir yıllık süre Anayasanın 1971 değişikliği ile getirilmiş olduğunu ve

45 2017 Değişikliği öncesinde kanun hükmünde kararname ibaresi yer almaktaydı. Yeni hükümet sistemine uyarlamak bakımından buradaki ibare Cumhurbaşkanlığı kararnamesi şeklinde değiştirilmiştir.

46 Bu düzenleme Danışma Meclisi Anayasa Komisyonunun hazırlayıp sunduğu ve Danışma Meclisi Genel Kurulu'nca kabul edilen Anayasa tasarısındaki hükümle neredeyse birebir örtüşmektedir. Tek farklılık kesinleşen iptal kararlarının yürürlüğe girişinden söz edilmesidir. Çünkü Tasarı iptal kararının kesinleşmesi ile ilgili bir düzenlemeye yer vermektedir. Ayrıca bu maddede geçen Cumhurbaşkanlığı kararnamesi 2017 değişikliği ile getirilmiştir. Maddenin ilk halinde kanun, kanun hükmünde kararname ve TBMM İçtüzüğü şeklinde geçmekteydi.

Anayasa Mahkemesi kararlarının yürürlüğe girişi ve ertelenmesine dair yukarıdaki düzenlemeleriyle ilgili olarak gerek Danışma Meclisi gerek Millî Güvenlik Konseyi görüşmelerinde önemli bir tartışma yaşanmamıştır. Bu konuda tek ciddi tartışma Danışma Meclisi tarafından hazırlanıp kabul edilen Tasarıda Mahkemenin verdiği iptal kararının kesinleşmesi konusunda getirilen son derece ilginç düzenleme üzerinde gerçekleşmiştir. Tasarının 162. maddesinde şu yönde bir düzenleme önerilmişti: *"Anayasa Mahkemesinin iptal kararları dışındaki kazaî kararları kesindir, iptale ilişkin kararları ise, Cumhurbaşkanınca yeniden incelenme isteme süresinin geçmesi veya bu istemde bulunmayacağının açıklanması ya da Anayasa Mahkemesince, iptale ilişkin kararın kaldırılmasına yer olmadığına karar verilmesi hallerinde kesinleşir*[47]". Bu öneri de zaten Millî Güvenlik Konseyi Anayasa Komisyonu tarafından benimsenmemiş ve Millî Güvenlik Konseyi de kendi Anayasa Komisyonu tarafından sunulan metni herhangi bir tartışma yapılmaksızın kabul etmiştir[48].

2949 sayılı 1983 tarihli Anayasa Mahkemesinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 53. maddesi Mahkeme kararları kenar başlığı altında Anayasa'nın 153. maddesindeki düzenlemeleri tekrarlamaktadır. Kanun, Anayasa'da ertelemenin kullanılabilmesi için temel ölçüt olarak yer verdiği "*gereken hallerde*" ibaresini somutlaştırmaktadır. Kanun'un 53/5 maddesinde ifade edilen erteleme gerekliliğini yani "*gerektiğinde*" deyimini iptal hâlinde ortaya bir hukuksal boşluğun çıkması ve bu boşluğun da **kamu düzenini tehdit veya kamu yararını ihlal edici nitelikte olması** şartlarına bağlamaktadır. 44 sayılı Kanundan farklı olarak 2949 sayılı Kanun erteleme şartı olarak hukuksal boşluğun kamu düzenini tehdit etmesi yanına bir de kamu yararını ihlal edici olmasını ekleyerek Mahkemenin erteleme alanını genişletmiştir[49].

30/32011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 75. maddesi ile 2949 sayılı Kanun kaldırılmıştır. Bugün yürürlükte bulunan 6216 sayılı Kanun'un "mahkeme kararları" başlığını taşıyan 66/3. maddesinde, iptal kararlarının Resmî Gazete'de yayımlandıkları tarihte yürürlükten kalkacağı hüküm altına alındıktan sonra gereken hâllerde iptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarihin ayrıca kararlaştırılabileceği ve bu sürenin de bir yılı geçemeyeceği belirtilmektedir.

47 Bkz. Yılmazoğlu, Y. E. ve Perdecioğlu, İ. E. (Der.). (2019). *Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (Gerekçeli)*, Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları, s. 959.

48 Metinde Milli Güvenlik Konseyi Anayasa Komisyonu tarafından değişikliğe gidilmiş ve iptal kararının Cumhurbaşkanınca kesinleşmesi kaldırılmıştır. a.g.e. s. 961.

49 Kamu düzeni ve kamu yararı kavramları birbirinden farklı olmasına rağmen bir erteleme kararının metin kısmında kamu yararına, hüküm fıkrasında ise kamu düzenine atıfta bulunulduğu belirlenmiştir. Bu son derece ilginç örnek için bkz. "…iptali sonucu doğan hukuksal boşluk **kamu yararını bozacak nitelikte görüldüğünden"** (kararın metin kısmında), "İptal edilen kuralın doğuracağı hukuksal boşluk **kamu düzenini bozucu nitelikte görüldüğünden**, Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasıyla, 2949 sayılı Yasa'nın 53. maddesinin dördüncü ve beşinci fıkraları uyarınca İPTAL KARARININ, RESMİ GAZETE'DE YAYIMLANMASINDAN" (AYM, E.1995/55, K.1996/1, 18/1/1996).

Kanun'un bu maddesi Anayasa'nın 153/3. maddesindeki hükmü olduğu gibi aktarmış ve "*gereken hallerde*" ibaresine kendinden önceki kanunlarda yer verilen kamu düzenini tehdit edici veya kamu yararını ihlal edici nitelikte bir boşluk ortaya çıkmış olması gibi ifadeleri kullanmamıştır.

6216 sayılı Kanun'un 66. maddesinin kendinden önceki Kanun'da yer verilen ve bir anlamda Anayasa'nın 153. maddesinde kaynağını bulan "*gereken hallerde*" ibaresini somutlaştıran kamu düzeni ve kamu yararı ibarelerini kullanmayıp sadece anayasal deyime yer vermekle yetindiği anlaşılamamaktadır. Maddenin gerekçesinde de bu hususa dair herhangi bir açıklamaya yer verilmemiştir. Bir an için kamu düzeni ve kamu yararıyla sınırlı bir erteleme yetkisinin anayasa ile belirtilen "*gereken hallerde*" deyimini daraltacağından ve bunlardan başka nedenlerin de ertelemeye gerekçe oluşturacağından erteleme yetkisini sınırlayıcı bu tür kavramlardan kaçınıldığı düşünülebilirse de bunun da çok zayıf bir ihtimal olduğu belirtilmelidir. Çünkü kamu yararı ve kamu düzeni kavramları zaten olabildiğince esnekliği sağlamakta ve Mahkemeye yeterince erteleme gerekçesi sunmaktadır. Kaldı ki Kanunda kamu düzeni ve kamu yararı kavramları geçmese de "*gereken hallerde*" tabirinin bir biçimde somut olayda gerekçelendirilmesine gidilmek durumundadır. Nitekim 6216 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten sonra da "*iptal kararının yürürlüğe gireceği gün sorunu*" başlığı altında doğacak hukuksal boşluğun kimi zaman kamu düzeni çoğu zaman da kamu yararını ihlal edecek nitelikte bulunması gerekçesine dayandırıldığı görülmektedir[50].

III. YÜRÜRLÜĞÜN ERTELENMESİNE DAİR UYGULAMA

1961 Anayasası ve 1982 Anayasası döneminde iptal kararlarının ertelenmesine dair kararlar incelendiğinde konumuz açısından aşağıdaki tespitlerle karşılaşılmıştır:

A. Erteleme Kararının Kullanımına Dair Veriler

1961 Anayasası'nın uygulamada kaldığı süre içerisinde toplam 245 iptal kararı verildiği, bunların 116'sının iptal davası, 129'unun ise itiraz davasına dair olduğu belirlenmiştir. Toplam 245 iptal kararının 48'inde yürürlüğün er-

50 "…doğacak hukuksal boşluk **kamu yararını ihlal edecek nitelikte** görüldüğünden" (AYM, E.2023/37, K.2023/37, 26/7/2023, § 27). "doğacak hukuksal boşluk **kamu yararını ihlal edecek nitelikte** görüldüğünden Anayasa'nın" (AYM, E.2015/76, K.2017/153, 15/11/2017). "… doğacak hukuksal boşluk **kamu düzenini ihlal edecek nitelikte** görüldüğünden" (AYM, E.2013/14, K.2013/56, 10/4/2013). "…doğacak hukuksal boşluk **kamu düzenini ihlal edici** nitelikte görüldüğünden" (AYM, E.2014/62, K.2014/125, 3/7/2014). "… iptal edilmesi nedeniyle doğacak hukuksal boşluk **kamu düzenini ihlal edici** nitelikte görüldüğünden (AYM, E.2012/147, K.2013/78, 18/6/2013).

telendiği (29'unun iptal davası, 19'unun ise itiraz davası) tespit edilmiştir[51]. İstatistiksel olarak bakıldığında iptal kararlarının yaklaşık %19.59'u ertelenmiştir. 1982 Anayasası döneminde ise (28 Ekim 2023 itibarıyla) toplamda 947 dosyada iptal kararı verilmiş olup (409'unun iptal davasında, 538'inin ise itiraz davasında) bunlardan 419'u için yürürlüğü erteleme kararı alınmıştır (241'i iptal davası, 178'i de itiraz davasında alınan iptal kararlarına yönelik erteleme). Bu dönemde toplam iptal kararlarının istatistiksel olarak %44,25'i ertelenmiştir. Diğer bir deyişle yaklaşık iki iptal kararından birinin ertelendiği görülmektedir ki bu oranın 1961 Anayasası dönemindeki uygulamaya göre hayli yüksekliği göze çarpmaktadır. Veriler aşağıdaki tabloda karşılaştırmalı olarak gösterilmiştir.

Anayasa Dönemi	Toplam İptal kararı	İptal davası	İtiraz davası	Erteleme	İptal davasında	İtiraz davasında	Erteleme Oranı
1961 Anayasası	245	116	129	48	29	19	%19,59
1982 Anayasası	947	409	538	419	241	178	%44,25

B. Erteleme Kararının Gerekçelendirilmesine Dair Tespitler

Her iki Anayasa döneminde alınan erteleme kararlarının gerekçelerinin belirlenmesinde bir farklılık göze çarpmaktadır. 1961 Anayasası döneminde Mahkemenin ilk yıllarına ait bir iki kararı istisna edilirse[52] iptal kararı alındıktan sonra bu kararın yürürlüğünün ertelenmesini gerekli kılan durumların var olup olmadığına dair derin tartışmaların yapıldığı ve erteleme kararı alınan durumlarda da gerekçelerinin teker teker somutlaştırıldığı görülmektedir. Aşağıda örnek kabilinden birkaç karar sunulmuştur[53]:

> *"Emeklilik konusunda 1327 sayılı Kanunun ek geçici 33. maddesiyle başlayıp 1971 Yılı Bütçe Kanununa söz konusu 27. maddesiyle sürdürülen uygulama sekiz aydır devam edegelmekte ve konuyu yeni baştan düzenliyen bir kanun tasarısı da Yasama Meclislerinde görüşülmektedir. İptal hükmünün karar gününde yürürlüğe girmesi halinde, iptal kararları geriye yürümiyeceğinden, eski*

51 Veriler, AYM'nin norm denetimine ilişkin kararlarının birer birer incelenmesi sonucunda tarafımızca ortaya konulmuştur. Esası etkilemeyecek oranda küsuratlı hesap hatası içerebilir. Belirtelim ki AYM'nin ilk resmi istatistikleri 2012 tarihinden itibaren oluşturulmaya başlanılmıştır. Bu istatistikler de sadece yıllar itibarıyla açılan iptal-itiraz davalarının sayısal dağılımı ve sonucunu göstermekte olup inceleme konumuz bakımından herhangi bir katkısı bulunmamaktadır. T.C. Anayasa Mahkemesi Başkanlığı. (2023). "Norm Denetimi İstatistikleri (2012-2023)", https://www.anayasa.gov.tr/media/9151/norm_tr_2023.pdf (Erişim Tarihi: 24/10/2023).

52 Örneğin "…her iki fıkraya ilişkin iptal hükmünün, Anayasa'nın 152. ve 22/4/1962 günlü ve 44 sayılı kanunun 50 inci maddeleri uyarınca, işbu kararın verildiği günden başlayarak altı ay sonra yürürlüğe girmesine…" AYM, E.1963/138, K.1964/71, 11/12/1964.

53 Kararlarda yazım hataları olup tarafımızdan herhangi bir düzeltemeye gidilmeksizin olduğu gibi aktarılmıştır.

hükümlere göre bağlanan aylıklar olduğu gibi kalacak ve karar gününden sonra bağlanacak aylıklarla eskiler arasında böylece oluşacak farklı duruma, bir de kabul edilecek yeni kanun yürürlüğe girmesiyle yeni bir değişik durum daha eklenmiş olacağından emeklilik konusunda karışık bir ortam meydana gelecektir. Yasama Meclislerinde görüşülmekte olan yeni tasarının, konuya, hak ve adalet ölçüleri içinde bir çözüm yolu getirmesinin varsayılması doğal olduğundan Yasa Koyucuya sözü geçen yasanın çıkartılmasına yetecek bir süre verilmesinin uygun olacağı düşüncesiyle iptal kararının 9 Eylül 1971 gününde yürürlüğe girmesi gerekli görülmüştür[54]".

"…1327 sayılı Kanunla 657 sayılı Kanuna getirilen ek geçici ***2. maddenin b bendi hükmünün iptali halinde, eski kanuna göre kadroları üstünde aylık alanların yeni kanuna intibakları konusundaki kural ortadan kalkmış olacaktır. Kanunda bu gibilerin intibakını sağlayacak nitelikte başkaca bir hüküm de bulunmadığından uygulamada oluşacak boşluğun yasa koyucu tarafından Anayasa'ya uygun nitelikte yeni bir düzenleme ile doldurulması gerekmektedir****… Kararın Resmî Gazete'de yayımlanması için geçecek süre ve Yasama Meclislerinin çalışmaya ara verme zamanları da gözönüne alınarak yeni bir yasa çıkarılması için* ***altı ayın yeteceği düşünülmüştür****. Bu nedenle kararın Resmî Gazete'de yayımı gününden başlayarak altı ay sonra yürürlüğe girmesine karar verilmelidir[55]".*

"…Ancak iptal sonucu olarak bu yetkinin derhâl yürürlükten kaldırılması halinde, bahse konu maddenin l, 2 ve 4 numaralı bentlerinde öngörülen hal ve hareketlerin meydana gelmesi karşısında ne gibi müeyyidelerin uygulanmak suretiyle âmme hizmetinin kanunlar içerisinde kesilmeden devamının sağlanabileceği ve yargı denetiminin hangi esas ve şekiller dairesinde kurulacağı hususlar, kanun koyucu tarafından düzenlenmesi gereken konular olarak belirmekte ve bunun için de kanun koyucunun uygun bir süreye sahip olması gerekmektedir". "İptal hükmünün, Anayasa'nın 152'nci ve Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri hakkındaki 44 sayılı Kanunun 50'nci maddeleri uyarınca karar gününden başlıyarak 6 ay sonra yürürlüğe girmesine…[56]"

Diğer yandan, erteleme kararının alınmasında üyeler arasında farklı yaklaşımlar olduğu ve bir kısım erteleme kararlarının oyçokluğuyla alındığı ya da erteleme gereği hususunda mutabık olunsa da erteleme süresinde fark-

54 AYM, E.1971/16, K.1971/62, 6/7/1971.

55 AYM, E.1971/58, K.1972/22, 9/5/1972.

56 AYM, E.1963/73, K.1963/177, 3/7/1963. Yine başka bir erteleme kararında erteleme şu şekilde gerekçelendirilmektedir: "…erteleme hükmünün iptali kararının derhâl yürürlüğe girmesi halinde memur kitlesinin büyük bir kısmının aylık ve sair istihkaklarına ilişkin mevzuatta bazı karışıklıklar ve hizmeti aksatacak boşluklar meydana geleceği anlaşıldığından, yukarıda açıklanan Anayasa ve 44 sayılı Kanun hükümleri gereğince iptal kararının (..) Anayasa'nın 152. ve 44 sayılı Kanunun 50. maddeleri uyarınca 28/2/1969 gününde yürürlüğe girmesine oybirliği ile, 7/1/1969 gününde karar verildi". AYM, E.1968/24, K.1969/4, 7/1/1969.

lı görüşlerin olduğu ve hâliyle bunların karşıoylara gerekçeleriyle yansıtıldığı göze çarpmaktadır. Verilen 48 erteleme kararının 30'unun oy çokluğu, 19'unun ise oybirliği ile alındığı belirlenmiştir. Hatta aynı kararda birden fazla hükmün iptali söz konusuysa bazı hükümler açısından iptal kararının yürürlüğe gireceği tarihin ertelenmesi kararının oy çokluğuyla bazılarının oybirliğiyle alındığı veya erteleme süreleri konusunda farklı görüşlerin olduğu görülmektedir[57]. Bu durum erteleme kurumunun özelliğinin göz önünde bulundurularak daha hassasiyet gösterildiğini ve bu amaçla da üyeler arasında gerek sebepleri gerek süresi yönünden değerlendirmesinin yapıldığını ortaya koymaktadır. Aşağıda birkaç örnek aktarılmıştır.

> *"…işbu iptal hükmünün Anayasa'nın 152 nci ve 22/4/1962 günlü ve 44 sayılı kanunun 50 inci maddesi uyarınca* ***karar tarihinden başlamak üzere altı ay sonra yürürlüğe girmesine*** *üyelerden Tevfik Gerçeker, İhsan Keçecioğlu, Salim Başol ve Ekrem Korkut'un muhalefetleri ile ve* ***oyçokluğu ile***[58]*…"*

> *"…verilen iptal hükümlerinin Anayasa'nın 152. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca kararın Resmi Gazete'de yayımlandığı günden başlayarak altı ay sonra yürürlüğe girmesine,* ***süre verilmesinde oybirliğiyle*** *ve* ***sürenin altı ay olarak belirtilmesinde*** *Nihat O. Akçakayalıoğlu'nun, sürenin bir yıl olarak belirtilmesi yolundaki karşıoyu ile ve* ***oyçokluğuyla***[59]*".*

> *"İptal hükmünün yürürlüğe gireceği günün* ***ayrıca belli edilmesine yer olmadığına*** *üyelerden İhsan Keçecioğlu, Hakkı Ketenoğlu, Ahmet Akar, Muhittin Gürün ve Ekrem Tüzemen'in muhalefetleriyle ve* ***oyçokluğu ile****…*[60]*"*

> *"İptal kararının Resmî Gazete'de yayımlanması gününden başlayarak* ***altı ay sonra yürürlüğe girmesine*** *Muhittin Taylan, Avnî Givda, Şahap Arıç, Recai Seçkin, Ahmet Akar, Muhittin Gürün ve Lütfi Ömerbaş'ın* ***üç aylık sürenin yeterli olduğu yolundaki*** *karşıoylariyle ve* ***oyçokluğu ile…***[61]*"*

1982 Anayasası'nın ilk yıllarında da 1961 Anayasası dönemindeki anlayışın sürdürüldüğü ve 1990'lı yılların özellikle ortalarına kadar olan süreçte verilen erteleme kararlarında somut gerekçelendirmenin yapıldığı görülmektedir[62]. Ancak giderek erteleme gerekçelerinin sönümlendiği, 2000'li yıllardan

57 "15. maddesindeki iptal hükmünün aynı yolla kararın Resmî Gazete'de yayımlandığı günden başlıyarak bir yıl sonra yürürlüğe girmesine Muhittin Taylan, Kani Vrana ve Ahmet H. Boyacıoğlu'nun karşıoylarıyle ve **oyçokluğu** ile; 18. maddesindeki iptal hükmünün aynı yolla kararın Resmî Gazete'de yayımlandığı günden başlıyarak bir yıl sonra yürürlüğe girmesine **oybirliği** ile" (AYM, E.1973/37, K.1975/22, 25/2/1975).

58 AYM, E.1963/117, K.1963/191, 12/7/1963.

59 AYM, E.1976/1, K.1976/28, 25/5/1976.

60 AYM, E.1963/141, K.1964/50, 23/6/1964.

61 AYM, E.1971/58, K.1972/22, 9/5/1972.

62 "Anayasa'nın 43. maddesine göre deniz, göl ve akarsu kıyılarından ve kıyıları çevreleyen sahil şeritlerinden yararlanma, ayrıca tabii servet ve kaynak değerlerinin korunması ile ilgili önlem ve koşullar ancak kanunla gösterilebilir. 3086 sayılı Kanun tümüyle iptal edilince;

itibaren başlayan süreçte de klişe bir kullanıma dönüştüğü[63] ve bir iki istisna dışında erteleme kararlarının da **oybirliği ile** alındığı[64] görülmektedir.

Anayasa Mahkemesinin 1990'lı yılların ikinci yarısından itibaren alınan erteleme kararlarında mevzuat değişikliğine dair uyarlamalar dışında kullanılan format aşağı yukarı şu şekildedir:

---

ancak yasama yoluyla doldurulabilecek bir boşluk oluşacaktır. İptal hükmünün bu Kanun yönünden Resmî Gazete'de yayımlandığı tarihte yürürlüğe girmesi halinde, Kanun o tarihte yürürlükten kalkacak ve yeni kanun çıkıncaya dek 'Devletin hüküm ve tasarrufu altında' bulunan kıyılarla, bu kıyıları çevreleyen sahil şeritlerinde kamu yararının gözetilmesi sorunu ortada ve açıkta kalacaktır. Onun için, Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrası ve 2949 sayılı Kanunun 153. maddesinin dördüncü fıkrası hükümleri uyarınca iptal hükmünün, yürürlüğe gireceği tarih ayrıca kararlaştırılmalıdır. İşin bu niteliği ve özelliği itibariyle iptal hükmünün; kararın Resmî Gazete'de yayımlandığı tarihten başlayarak altı ay sonra yürürlüğe girmesi uygun olacaktır. Muammer Turan, 'Süre verilmesine yer olmadığına, Yekta Güngör Özden 'Üç ay süre verilmesi gerektiğini' öne sürerek bu görüşe katılmamışlardır" (AYM. E.1985/1, K.1986/4, 25/2/1986). "2464 sayılı Belediye Gelirleri Kanunu'nun, 3239 sayılı Kanunun 125. maddesiyle değişik 97. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "... ve belediye ve mücavir alan sınırları içerisinde yeraltı sularından kamu ve özel kişiler tarafından elde edilen kullanma ve sanayi suları..." hükmü, iptal ile yürürlükten kalktığı takdirde, kamu hizmeti gören belediyeler, hizmetlerinin gerektirdiği harcamalarının karşılığını oluşturan gelir kaynaklarının birinden yoksun kalacak ve dolayısıyla kesintisiz devamı gereken kimi kamu hizmetinin aksamasına sebep olacaktır. Bundan da çeşitli sakıncalar doğacağı cihetle, Anayasa Mahkemesi'nin yetkisini kullanarak, iptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarihi ayrıca kararlaştırması ve bu suretle kanun koyucuya yeniden yapacağı düzenleme için ihtiyacı plan zamanın sağlanması uygun görülmüştür. Yekta Güngör ÖZDEN, Muammer TURAN, Selâhattin METİN ve Mustafa ŞAHİN, 2464 sayılı Belediye Gelirleri Kanunu'nun 3239 sayılı Kanunla değişik 97. maddesinde, yeraltı sularından alınacağı öngörülen ücret, belediyelerin kamu hizmetini etkileyecek bir oran ve değerde değildir ve bundan bir yasal boşlukta husule gelmez. Kararın yürürlük tarihinin ertelenmesi, Anayasa'ya aykırı haksız bir iktisabın bir süre daha devamını sağlamanın yersiz ve haksız olduğunu ileri sürerek bu görüşe katılmamışlardır" (AYM, E.1986/20, K.1987/9, 31/3/1987). "Yasa kuralının iptali nedeniyle oluşacak hukuki boşluğun doldurulması için Anayasa'nın 153. ve 2949 sayılı Yasa'nın 53. maddeleri gereğince iptal hükmünün kararın Resmî Gazete'de yayımlanmasından başlayarak üç ay sonra yürürlüğe girmesine Güven DİNÇER, Yılmaz ALİEFENDİOĞLU ile Sacit ADALI'nın "Süre verilmesine yer olmadığı", biçimindeki karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA" (AYM, E.1993/8, K.1993/31, 22/9/1993).

63 Gerekçesini gösteren tek bir erteleme kararı tespit edebildik. "213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 112. maddesinin dördüncü fıkrası fazla veya yersiz alınan vergilerin iadesinde başvuru tarihinden üç ay sonra başlamak üzere sınırlı da olsa faiz ödenmesine imkân tanımaktadır. Fıkranın iptali halinde sınırlı olarak yapılan ödemelerin dayanağını oluşturacak bir düzenleme kalmayacaktır. Doğacak bu hukuksal boşluk, iptal gerekçelerinde izah edilen kişilerin mülkiyet haklarında mevcut durumdan daha da geriye gidilmesine ve Anayasa gereği olması gereken durumdan daha da uzaklaşılmasına sebep olarak kamu düzeni ve kamu yararını bozucu nitelikte olduğundan…" (AYM, E.2008/58, K.2011/37, 10/2/2011).

64 Tespit edebildiğimiz kadarıyla 2000 yılından 2023 Ekim'ine kadar beş karşıoyla alınmış erteleme kararı bulunmaktadır. Bkz. AYM, E.2004/118, K.2005/8, 18/1/2005 (F. Sağlam'ın karşıoyu); AYM, E.2011/54, K.2011/142, 20/10/2011 (Osman Alifeyyaz Paksüt ile Mehmet Erten'in karşıoyları); AYM, E.2010/52, K.2011/113, 30/6/2011 (Serruh Kaleli ve Mehmet Erten'in karşıoyları); AYM, E.2010/83, K.2012/169, 1/11/2012 (Fulya Kantarcıoğlu'nun karşıoyu); AYM, E.2021/27, K.2023/26, 16/2/2023 (Muhterem İnce'nin karşıoyu). Belirtelim ki sonuncu kararda üye Muhterem İnce iptaline hükmedilen 7. maddenin (1) numaralı fıkrasına dair çoğunluğun erteleme yönündeki kararına muhalif kalmışsa da karşıoy yazısında ertelemenin reddine dair gerekçesi belirlenememiştir.

> *"…**iptal edilmesi nedeniyle doğacak hukuksal boşluk kamu yararını**[65] **ihlal edecek nitelikte görüldüğünden**… Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasıyla 6216 sayılı Kanun'un 66. maddesinin (3) numaralı fıkrası gereğince bu kurala ilişkin iptal hükmünün kararın Resmî Gazete'de yayımlanmasından başlayarak… sonra yürürlüğe girmesi uygun görülmüştür[66]".*

Yukarıda tipik örneğinde görüldüğü üzere iptal hükmünün ertelenmesini gerekli kılan bir durumun olup olmadığına dair somut olay üzerinden herhangi bir somut gerekçelendirme yapılmadan kes-yapıştır usulü "hukuksal boşluk doğacağı ve bunun kamu yararı veya kamu düzenini ihlal edeceği" gibi klişe ifadeler kullanıldığı görülmektedir[67]. Hâlbuki iptal kararının derhâl etki ilkesi asıl, ertelenmesi ise istisnadır. Nasıl iptal kararının gerekçeleri gösterilmekteyse, iptal hükmünün yürürlüğünün ertelenmesi gibi istisnai nitelikte kararın da erteleme gerekçesinin ortaya konulması yargı kararının doğal sonucudur. Gerekçeden yoksun bir erteleme kararı verilemez. Şüphesiz Anayasa ve 6216 sayılı Kanun bu hususu "gerektiğinde" gibi jenerik bir tabir ile belirtmişse de kararda erteleme nedeninin somutlaştırılmasına gerek bulunmaktadır.

Mahkemenin "*gerektiğinde*" ibaresini somutlaştırmada göz önünde tutacağı ölçü, iptal ile meydana gelen boşluğun kamu düzenini veya kamu yararını ne ölçüde tehdit altında bulunduracağı ve normun hangi nedenle kamu düzeni veya kamu yararı ihlaline yol açacağı sorunudur. Ne var ki 1990 ortalarından itibaren verilen ertelemeli iptal kararlarında bir iki istisna dışında sadece hukuk boşluğu gibi soyut gerekçe ile yetinildiği, gerçekte hangi nedenlerle hukuk boşluğunun doğacağının somut olarak ortaya konulma yoluna gidilmediği görülmektedir.

C. Erteleme Süresine Dair Tespitler

1961 Anayasası'nın 1971 değişikliğine kadarki uygulama evresinde Anayasa Mahkemesinin ertelemeli iptal kararlarının tamamına yakınında Anayasa'nın verdiği azami erteleme süresini kullandığı göze çarpmaktadır. Bunda kuşkusuz erteleme süresinin iptal kararının verildiği tarihten itibaren başlaması ve erteleme süresinin de altı ayla sınırlandırılmış olması önemli bir etkendir. Bu dönemde 30 iptal kararının 1'i 4 ay, 1'i 45 gün, 1'i iki ay ve 27'si

65 Genellikle kamu yararı, birkaç kararında ise "kamu düzeni" tabirinin kullanıldığı görülmektedir. Ayrıca neden kamu yararı neden kamu düzeni tabirine yer verildiği ve ayrımın da neye göre yapıldığı kolay kolay anlaşılamamaktadır.

66 AYM, E.2023/37, K.2023/140, 26/7/2023, § 27; AYM, E.2023/7, K.2023/150, 13/9/2023, § 63; AYM, E.2023/35, K.2023/163, 28/9/2023, § 31; AYM, E.2023/120, K.2023/128, 26/7/2023, § 12; AYM, E.2023/3, K.2023/139, 26/7/2023, § 44; AYM, E.2023/72, K.2023/75, 4/5/2023, § 26; AYM, E.2022/105, K.2023/54, 22/3/2023, § 38; AYM, E.2022/108, K.2023/55, 22/3/2023, § 66; AYM, E.2022/105, K.2023/54, 22/3/2023, § 38; AYM, E.2022/152, K.2023/66, 5/4/2023, § 45.

67 Aynı yönde tespit için bkz. Ülgen, Ö. (2016). s. 45.

azami süre olan altı ay ertelenmiştir. Dolayısıyla yürürlükte kalma ortalaması **yaklaşık 170 gündür**.

1971 değişiklikleri ile birlikte gerek iptal kararlarının yürürlüğe girişi gerek erteleme süresi 1982 Anayasası ile aynıdır. Zaten bu süreçten sonra erteleme kararlarına yönelik önemli tartışmaların ortaya çıkması hiç de tesadüf değildir. Bir yandan verilen iptal kararının Resmî Gazete'de yayımlanmasına kadar uzunca bir sürenin geçmesi diğer yandan erteleme süresinin uzunluğu erteleme süresi içerisinde iptal edilen normun uygulanıp uygulanamayacağına dair ciddi bir tartışmayı tetiklemiş ve özellikle yargı kolları arasında hatta bir yargı kolunun kendi içerisinde farklı derecedeki mahkemeler arasında birbirinden değişik kararların alınmasını beraberinde getirmiştir. Belirtelim ki bu konuda tam bir içtihadî karmaşa olup hâlen de yaşanmaktadır[68].

Her iki dönemin erteleme sürelerine dair karşılaştırmalı bir veri ortaya koymak çalışmanın sınırını aşacağından Anayasa Mahkemesinin yaklaşık son on yıllık döneminde (1/1/2014-16/11/2023) verilen ertelemeli iptal kararları esas alınmıştır. Söz konusu tarihler arasında toplam 135 iptal kararı (iptal davası+itiraz davası) hakkında erteleme süresi verilmiştir. Bu iptal kararlarının 2'si üç ay, 19'u altı ay, 101'i dokuz ay, 13'ü ise bir yıl ertelenmiştir. Erteleme süresi ortalaması yaklaşık yaklaşık 8.8 aya karşılık gelmektedir. Bu sürelere iptal ile Resmî Gazete'de yayımı için geçen süre de eklendiğinde[69] çok daha yukarılara çıkmaktadır. Örneğin 25/1/2023 tarihinde verilen bir karar 9/11/2023 tarihinde yayımlanmıştır. Dokuz aylık erteleme süresi de eklendiğinde yaklaşık 19 ay

68 İptal kararının yürürlüğe girişinin ertelendiği durumlarda erteleme süresinde söz konusu normun geçerliliğine dair yargı yerlerinin birbirinden farklı yaklaşımları bulunmaktadır. Bu karmaşa, çalışmanın kaleme alındığı an itibarıyla dahi varlığını sürdürdüğü görülmektedir. UYAP üzerinden konu hakkında yüzlerce birbirinden farklı karara ulaşılmıştır. Özetle belirtilecek olursa bu konuda iki bakış açısı söz konusudur. Bazı yargı kararlarında iptal edilen ancak yürürlüğe girişi ertelenmiş normun sadece yasama organına yönelik bir düzenleme olduğu, iptal kararının yayımıyla birlikte artık anayasanın üstünlüğü ve hukuk devleti ilkesi uyarınca uygulanamayacağı görüşü savunulmaktadır. Bazı yargı yerleri ise iptal edilen ancak yürürlüğe girişi ertelenen normun bu süre içerisinde normatif gücünü koruduğu gerekçesiyle iptal edilen norma göre uyuşmazlıkların çözülmesi gerektiği görüşündedir. Sorunun akademik tartışması çalışmamızın sınırlarını bir hayli aşacağından ve ele aldığımız çalışma çerçevesiyle de doğrudan ilişkili olmadığından ister istemez bu konudaki akademik tartışmalara girilmemiştir. Ayrıca söz konusu sorunun yargısal boyutu da çeşitli çalışmalarda ortaya konulmuştur. İdari ve adli yargı yerlerinin yerel mahkeme, istinaf, Danıştay ve Yargıtay, Uyuşmazlık Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi'nin konuya dair yaklaşımları ve birbirinden farklı çok sayıda içtihatları ile öğretisel boyutu için bkz. a.g.e. s. 68 vd; Küçük, A. (2013). "Anayasa Mahkemesi Tarafından Verilen İptal Kararlarının Erken Açıklanmasına ve Yürürlüğün Ertelenmesine Bağlı Olarak Ortaya Çıkan Bazı Sorunlar", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, S. 3., s. 325; Özveri, K. C. (2020). s. 65 vd.

69 Şüphesiz 2000 öncesi süreçte Mahkemenin karar tarihi ile bu kararın Resmî Gazete'de yayımlanma tarihi arasında çok daha uzun süreler geçmekteydi. 2000 yılında AYM İçtüzüğüne getirilen bazı düzenlemeler nispi bir katkı sunmuşsa da halen karar tarihi ve yayım tarihi arasındaki süre diğer ülkelerle karşılaştırılamayacak ölçüde uzundur. Bu durumun hiçbir makul açıklaması bulunmamaktadır.

(yaklaşık 527 gün) uygulamada kalmıştır. Aynı şekilde 9/11/2022 tarihinde verilen karar 20/7/2023 tarihinde yayımlanmıştır. Dokuz aylık erteleme süresiyle birlikte 16 ay 19 gün (499 gün) yürürlüğünü devam ettirmiştir.

Çalışmanın dayandığı tarihler arasında iptal kararının verildiği tarih ile bunların yayımlanması arasında geçen süre ortalaması yaklaşık 89 gündür. Bu süre, verilen erteleme süresi ortalamalarıyla birlikte **yaklaşık 353 güne** karşılık gelmektedir ki kanaatimizce boşluğun ortaya çıkartacağı sorunları gidermek amacıyla yapılacak bir düzenleme için oldukça uzundur.

D. Yasama Organının Ertelenmiş İptal Normları Karşısındaki Tavrı

1961 Anayasası döneminde kanun koyucunun erteleme süresi içerisinde gerekli düzenlemeyi yapmadığı ve pek çok iptal kararının süre bitimiyle birlikte yürürlükten kalktığı ve bir düzenlemenin de getirilmemiş olduğu görülmektedir. Hatta kimi zaman sürenin kısalığından yakınılmış ve önceki satırlarda da ifade edildiği üzere Anayasa'da 1971 değişikliği ile erteleme süresi bir yıla çıkartılmıştır. Ne var ki yasama organının yine verilen süre içerisinde iptalden doğan boşluğu giderici düzenlemeleri yapmadığı görülmüştür[70]. Bu

70 Teziç, E. (2016). s. 261. "*Yasama organının böyle bir endişesi de pek yok gibi görünmektedir. Örneğin Belediye Kanunu'nun, belediye başkanının başkanlık sıfatının kaybını düzenleyen 91., ve 92. maddeleri, iptal hükmünün üzerinden üç sene geçmiş olmasına rağmen hala ele alınmamıştır"* (Yıldırım, T. (1993). "Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı", *Argumentum*, C. 3., S. 34., s. 605). "Uygulamada, TBMM, çok halde, iptal kararının ortaya çıkardığı hukuksal boşluğu dolduracak yasayı, Anayasa mahkemesinin iptal hükmünün yürürlüğe girmesi için verdiği süre içer(i)sinde çıkarmamaktadır" (Aliefendioğlu, Y. (1997). *Anayasa Yargısı*, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 332). Gerekçenin yersizliğine hayıflanan 70'li yılların Anayasa Mahkemesi üyesi olan ve sonradan Anayasa Mahkemesi başkanlığı da yapan Ahmet Boyacıoğlu bu hususu şu ifadelerle ortaya koymaktadır: *"Anayasa Mahkemesinin gerekçeli kararlarını göremedikleri ve iptal kararlarının dayanaklarını bilemedikleri için, kanunların yapılamadığını, bu yüzden Anayasada değişiklik yapılmasının ülkenin yararına olduğunu iddia edenler ve isteyenler, Anayasanın istekleri doğrusunda değişikliğe uğramasından sonra, Anayasa Mahkemesi kararlarında saptanan zaman dilimi içinde, iptale uğramış kanunların yerine Parlamentoca yenilerinin yapılıp yürürlüğe konulmalarına ilişkin bir örnek gösterebilirler mi? Anayasa Mahkemesi kararları ve Resmi Gazeteler birlikte incelendiği taktirde bu soruya malesef olumlu yanıt verilememektedir. İptal kararları üzerine, Anayasa Mahkemesince verilmiş süreler içinde parlamentoda hiç bir tasarı kanunlaşamamış ve böylece Anayasanın, doldurulmasını öngördüğü alanlardaki boşluklar sürüp gitmiştir. O kadar ki, Toprak Reformu gibi kanunların iptallerinden ve yenisinin yapılması için verilen sürenin üzerinden uzun yıllar (4) geçmiş olmasına karşın, bu alandaki kanunun halen dahi yapılıp yürürlüğe konulamamış olması, Anayasanın değiştirilmesi için öne sürülmüş olan nedenlerin inandırıcı olmadığının, gerçeklerle ilgisizliğinin başlı başına kesin kanıtı olmaya yetmez mi?"* (Bkz. Boyacıoğlu, A. H. (1988). Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı ve Yürürlüğe Girişi, içinde *Bahri Savcı'ya Armağan* (ss. 198-209), Ankara: Mülkiyeliler Vakfı Yayınları, s. 201.

Hatta bu dönemde verilen erteleme kararlarına muhalif kalan bazı üyeler karşıoy yazılarında bu hususa sitemkâr bir şekilde yaklaşarak iptal kararının ertelenmesinin oluşan boşluğun giderilmesi amacına olumlu bir yansıması bulunmadığını belirtmişlerdir. *"…Bugüne dek …bir çok benzeri durumlarda da saptandığı üzere iptal kararının yürürlük tarihinin ileriye bırakılmasının, iptal nedeniyle oluşan boşluğun giderilmesinde hiç bir olumlu etkisi görülmemiş bulunduğundan…* işbu iptal kararında Anayasa'nın 152. ve 44 sayılı Kanunun 50. maddelerinde yazılı yetkinin kullanılmasının yalnızca Anayasa'ya aykırılığı saptanmış hükümlerin daha bir süre yürürlükte kalmasına yol açmaktan başka bir sonuç vermeyeceği ortadadır." (Avni Givda ve

hususun ortaya çıkartmış olduğu tepkiler nedeniyle 1982 Anayasası, 1961 Anayasası'nda olmayan bir hükme yer vermiştir. Anayasa'nın 153/4. maddesine göre *"iptal kararının yürürlüğe girişinin ertelendiği durumlarda, Türkiye Büyük Millet Meclisi, iptal kararının ortaya çıkardığı hukukî boşluğu dolduracak kanun teklifini öncelikle görüşüp karara bağlar"*.

Bununla birlikte aynı sorun 1982 Anayasası döneminde de devam etmiştir. Bu dönemde de yasama organının belirlenen erteleme süresi içerisinde iptal edilen normun ortaya çıkarttığı boşluğu doldurmak üzere istisnai durumlar dışında gerekli düzenlemelere gittiğini söyleyebilmek zordur[71].

Her ne kadar Anayasa'nın 153/4. maddesi doğan boşluğu gidermek bakımından yasa koyucuyu zorlasa da ve öğretide de bazı yazarlarca bu hükümden hareketle yasama organının bir düzenleme yükümlüğü olduğu yönünde değerlendirme yapılmaktaysa da[72] kanaatimizce bu hükümden yasama organının yaptırımına dair bir çıkarımda bulunmak zordur[73]. Çünkü Anayasa'da yasama organının ortaya çıkan boşluğu gidermek üzere hiçbir biçimde harekete geçmemiş olması ya da eksik bir düzenlemede bulunması hâlinde[74] (legislatif omission) ne gibi bir yaptırım uygulanacaktır sorusuna dair açık bir cevap yoktur. Dolayısıyla bu düzenlemeyi olsa olsa bazı farklılıklarla birlikte Alman anayasa yargısında görülen bağlayıcı niteliği bulunmayan çağrı kararlarına benzetmek mümkündür[75].

Yukarıdaki tespitler iptal hükmünün ertelenmesinden beklenilen işlevin uygulamada yeterince ve amaca uygun biçimde gerçekleştirilemediğini or-

---

Ahmet Akar'ın karşıoy yazısından Bkz. AYM, E.1970/39, K.1971/44, 20/4/1971).

71 Aynı yönde tespitler için bkz. Teziç, E. (2016). s. 261; Aliefendioğlu, Y. (1997). s. 332; Kaboğlu, İ. Ö. (2007). s. 159; Gözler, K. (2018). *Türk Anayasa Hukuku*, 2. Baskı, Bursa: Ekin Yayınları, s. 1113. Ahmet Necdet Sezer, AYM Başkanlığı yaptığı dönemde Anayasa Mahkemesi'nin 36. Kuruluş Yılı münasebetiyle yapmış olduğu konuşmada benzer sitemi dile getirerek şu ifadelere yer vermiştir: "Anayasa'nın 153. maddesi uyarınca **iptal kararının yürürlüğe girmesinin bir yıla kadar ertelendiği durumların hemen hepsinde, Yasa koyucu, verilen sürelerde yeni düzenlemeler yapmayarak iptal kararıyla oluşan hukuksal boşlukları gidermemektedir**. Böylece, meydana gelen yasa boşlukları, başka yasa kurallarının Anayasa'ya aykırılığı savıyla yeni itiraz başvurularına neden olmaktadır". Bkz. Anayasa Mahkemesi. (2022). *Anayasa Mahkemesi Başkanlarının Kuruluş Yıldönümü Konuşmaları (1984-2002),* Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları, s. 188.

72 Kanadoğlu, O. K. (2004). *Anayasa Mahkemesi*, İstanbul: Beta Yayınları, s. 268.

73 Aynı yönde bkz. Ülgen, Ö. (2016). s. 143 vd.

74 Anayasa yargısında yasama eksikliği, yasama ihmali ya da yasama kusuru (legislatif omission) bazı ülkelerde başlı başına bir anayasaya aykırılık nedeni olarak görülmektedir. Özellikle temel hak ve özgürlükler konusunda devletin pozitif yükümlülükleri tezi giderek yasama alanına da taşınmıştır. Bu konuda bkz. Anayurt. Ö. (2023). *Anayasa Hukuku Genel Kısım (Temel İlkeler, Kavram ve Kurumlar),* Ankara: Seçkin Yayınları, s. 817, 849-852.

75 Erteleme kararıyla çağrı kararı arsında benzerlik ve farklılıklar için bkz. Kanadoğlu, O. K. (2004). s. 268-269. Ayrıca Alman anayasa yargısında çağrı kararlarını çeşitli yönlerden ele alan çalışma için bkz. Göztepe, E. (2021). "Bireysel Başvuru Kararlarının İcrası: Anayasa Mahkemesi'nin Doğrudan ve Dolaylı "Çağrı Kararları" Üzerine Bir İnceleme", *Anayasa Yargısı*, C. 38., S. 1., ss. 43-83.

taya koymaktadır[76]. Diğer bir deyişle iptalin doğurduğu boşluğun giderilmesinde hiçbir katkı sağlamadığı gibi boşu boşuna bu süre boyunca Anayasa'ya aykırı normun uygulamada kalması gibi karşı bir işleve dönüştüğü görülmektedir. Kaldı ki dava mahkemelerinin de iptal edilmiş ancak yürürlüğü ertelenmiş olan normun ortaya çıkarttığı olumsuz durumların önüne geçmek için yeniden itiraz yolunu harekete geçirmeleri ve bu süre içerisinde de zaten erteleme süresinin sona ereceği dikkate alındığında erteleme kurumundan beklenilen amacın pratikte bir karşılığı olduğunu söylemek de kuşkuludur[77].

SONUÇ

İptal kararlarının geriye yürümediği anayasal yargı sistemlerinde iptal kararıyla birlikte ortaya bir norm boşluğu çıkmaktadır. Bu sorunu gidermek için Avrupa anayasa yargısının da arketipi olan Avusturya Anayasası, kanun koyucuya düzenleme süresi vermek zımnında iptal kararının belirli bir süre daha yürürlükte bırakılması yönünde bir düzenleme getirmiştir. Böylece iptal kararının derhâl yürürlüğe konulması hâlinde bir hukuk boşluğunun ortaya çıkması ihtimaliyle Anayasa'ya aykırılığı tespit edilmiş hükmün bir süre daha uygulanmasına devam edilmesi gibi Anayasa'nın üstünlüğü ve hukuk devleti ilkeleriyle paradoks oluşturacak bir durum karşı karşıya gelmiştir. Bu ikilemde pek arzulanmasa da "iki kötüden en az kötü" olan (eski deyimle ehven-i şer) ya da iki sakıncalıdan daha az sakıncalı olandan yana tercihte bulunulmuş ve iptal kararlarının bir süreliğine yürürlüğe girmesinin ertelenmesi yoluna gidilmiştir.

Avusturya ve 1961 Anayasası ile Türkiye'de benimsenen ve uzun yıllar sıra dışı bir uygulama olarak görülen ve fazla rağbet bulmayan bu "ertelemeli iptal kararı" uygulamasına özellikle 1990'lı yıllardan sonra Avrupa'da ortaya çıkan yeni anayasa düzenlerinin çoğunda yer verilmiştir. Ancak Avusturya başta olmak üzere kurumun benimsendiği birçok ülkede erteleme kararının ortaya çıkartacağı hak ve özgürlük ihlalleri, eşitlik ve anayasal adalete aykırı durumlara dair çözümler konusunda anayasa mahkemelerine belirli ölçüde inisiyatif tanınmıştır.

Düzeltici anayasallık denetimini en geç benimsemiş olan Fransa'da bile Anayasa Konseyi, iptaline karar verdiği normun yürürlüğe girişini erteleme süresini belirlemekten başka bu süreçte normun uygulanmasına bağlı olarak ortaya çıkacak olumsuzlukları ve aşırılıkları giderebilmek bakımından oldukça geniş yetkilerle donatılmıştır.

Türkiye'de, iptal edilen normun ertelenmesine dair hemen hemen istisna-

76 Teziç, E. (2016). s. 261.
77 a.g.e. s. 261.

ları olmayan ve katı bir model benimsenmiştir. Bu nedenle de 50 yıllık geçmişi olan erteleme kurumu günümüze değin birçok açıdan eleştirilerin odağından kurtulamamıştır. Özellikle erteleme sürecinde iptal edilen normun somut uyuşmazlıklarda uygulanıp uygulanamayacağına dair yargı kollarında ve bu yargı kollarının da kendi içerisindeki yargı yerlerinde hâlen büyük bir görüş farklılığı yaşanmaktadır. Bu durum hukuk devletinin en temel ilkesi olan hukuksal belirlilik ilkesini zedelemektedir. Yargı yerlerinde yaşanan ve önemli sonuçlara yol açan bu görüş ayrılığının ortaya çıkışında anayasal düzenlemelerin eksikliği ya da yetersizliği yanı sıra kanun koyucunun duyarsızlığı da önemli rol oynamaktadır.

Erteleme kararlarının alınması ve yasama organının bu süre içerisindeki kayıtsızlığı, iptal edilen normun uzunca süre uygulamada kalmasına neden olmaktadır. Bu durumun ortaya çıkarttığı kimi haksızlıkları ve hakkaniyetle bağdaşmayan sonuçları önlemek bakımından zaman zaman *ex tunc* modele geçiş önerileri yapılmışsa da elli yılı aşan deneyimi ve birikimi heba ederek yeni model arayışlarına gitmek yerine mevcut sistemin ıslahı çok daha isabetli bir tercih olacaktır. Bu hususta şu önerilerde bulunmaktayız.

Birincisi, kararların Resmî Gazete'de yayımlanması hayli uzun sürelerde gerçekleşmektedir. Anayasa'nın 153/6. maddesinde belirtilen *"Anayasa Mahkemesi kararları Resmi Gazetede hemen yayımlanır"* hükmü kâğıt üzerinde kalmaktadır. Her ne kadar kararın verilmesiyle Resmî Gazete'de yayımı arasında geçen sürede 2005'ten sonra kademeli bir düşüş görülse de başka ülkelerle kıyaslandığında hâlen kabul edilebilir sürelerin bir hayli üzerinde seyrettiği görülmektedir. Mevzuatın verdiği esneklikle Resmî Gazete'de yayımlama işlemi istismara ve gelişigüzel kullanıma dönüşmektedir. Bu bağlamda, karşılaştırmalı anayasa yargısında Anayasa ya da kuruluş kanunları örneklerinde olduğu gibi kararın verildiği tarihten itibaren en geç bir ay içerisinde Resmî Gazete'de yayımlanmasına dair bir hükme yer verilmelidir. Böylece iptal edilen hükmün ertelenmesi süresine bir de gereksiz yere bu sürelerin eklenmesi nedeniyle hayli uzun süreleri bulan iptal hükmünün yürürlükte kalma süresi kısaltılmış olacaktır. Unutulmamalıdır ki, anayasaya aykırı normun yürürlükte kalış süresi ne kadar kısalırsa Anayasallık denetimi o ölçüde işlevini gerçekleştirmiş olur.

İkincisi, iptal kararlarının ertelenmesi süresi kanaatimizce günümüz teknolojileri ve yasama organının sahip olduğu imkânlar çerçevesinde hayli uzundur. Bu nedenle sürenin altı aya indirilmesinin uygun olacağı değerlendirilmektedir[78]. Eğer yasama organı, iptalin ortaya çıkardığı boşluğu önem-

78 Bugüne kadar çeşitli sivil toplum örgütleri veya siyasal partiler ya da özel kişi ya da çevrelerce sunulan yeni anayasa önerilerinde erteleme süresi altı ay olarak öngörülmektedir. Örneğin 1992 tarihli TÜSİAD önerisi, 1993 tarihli SHP önerisi, TOBB 2000 önerisi, TBB 2001 ve 2007 önerisi. Bununla birlikte 2007 Özbudun önerisinde bir yıllık süre benimsenmiştir. Öğretinin genel olarak erteleme kurumundan hayıflanmasına rağmen bir grup akademisyen eşliğinde

semekteyse bu süreden çok daha kısa zaman diliminde gerekli düzenlemeyi yapabilir. Esasen Anayasa'nın 153/4 hükmü bu amaçla getirilmiştir. İstenildiğinde yasama organının birçok "torba kanunu" oldukça kısa süreler içerisinde çıkarttığı hatta hayli köklü değişiklikleri içeren 2017 Anayasa değişikliğinin dahi kısa bir zamanda yapılabildiği görülmüştür. Zaten yasama organı önemsememekteyse de sürenin bir yıl veya daha fazla olmasının da hiçbir önemi yoktur.

Üçüncüsü, Anayasa'ya aykırılığı tescillenen bir normun hukuk düzeninde varlığını devam ettirmesi anayasanın üstünlüğü ve hukuk devleti açısından kabul edilemez. Bu nedenle iptal kararının ertelenmesine ancak ve ancak "son çare" (ultime remed) olarak başvurulması gerekir. Oysa özellikle 1982 Anayasası döneminde toplam iptal kararları içerisindeki erteleme oranına bakıldığında uygulamanın istisna olmaktan tamamen çıktığı açıkça görülmektedir. Her iki iptal kararından neredeyse birinin ertelenmesine gidildiği bir yerde ertelemenin istisnailiğinden değil olsa olsa asıllığından söz edilebilir.

Dördüncüsü, Anayasa Mahkemesinin erteleme süresini belirlemede belirgin bir standardizasyonun olmadığı; kısa sürede düzenlenmesi mümkün olabilecek bir iptal hükmünün ertelenmesi süresi ile daha uzun süreyi gerekli kılabilecek hükmün iptali için aynı erteleme sürelerinin verildiği ve genellikle de erteleme sürelerinin uzun tutulduğu belirlenmiştir. Zaten uzun takdir edilen sürelere iptal kararının yayımlanmasına kadar geçen sürenin de eklenmesiyle iptal hükmünün yürürlükte kalma süresi oldukça uzamaktadır. Erteleme süresinin iptal ile ortaya çıkan hukuk boşluğunu gidermek üzere verildiği ve yasama organının da çoğu zaman düzenleme konusunda gereken hassasiyeti göstermediği açıkça görülmektedir. Yürürlüğü ertelenen normların yerine yenilerinin konulması oranının son derece düşüklüğü karşısında erteleme amacıyla bağdaşmayacak bir uygulamayla karşı karşıya kaldığımız aşikârdır. Eğer kanun koyucunun gerekli düzenlemelere gitme oranı son derece düşükse bunun anlamı ya sanıldığı gibi bir hukuk boşluğunun olmadığı ya da kanun koyucu açısından bu hukuk boşluğunun önemsenmemiş olmasıdır. Hâl böyleyken Anayasa Mahkemesinin çok sayıda ve hayli uzun sürelere dayalı erteleme kararı vermesinin pratik bir yararı olmaması bir yana anayasanın üstünlüğünü koruma işleviyle de bağdaşmamaktadır. Kaldı ki Anayasa Mahkemesinin işlevi ne kamu düzeninde boşluk ortaya çıkmasını önlemek ne de iptalden sonra ortaya çıkan boşluğun kanun koyucu tarafından doldurulmasını sağlamaktır. Oysa erteleme kararları uygulaması, Mahkemenin hukuk boşluğunu kanun koyucudan daha fazla önemsediği izlenimini uyandırmaktadır.

---

hazırlanmış bu öneride bir yıllık sürenin önerilmesi hayli şaşırtıcı gelmektedir. Çeşitli Anayasa önerilerini içeren bir çalışma için bkz. Erdem, F. H. ve Heper, Y. (2011). *Türkiye Cumhuriyeti Anayasaları ve Çeşitli Anayasa Önerileri,* Ankara: Seta Yayınları, s. 55 vd.

Beşincisi, erteleme kararlarında gerekçelerin somutlaştırılmadığı, Anayasa ve 6216 sayılı Kanun'a göndermede bulunulmakla yetinildiği görülmektedir. Bu "kes-yapıştır" tarzı klişeleşmiş "*gerekçelendirme*", kolay erteleme kararı alınmasını ve süre konusunda da hassasiyet gösterilmemesini beraberinde getirmektedir. Mevzuata atıfta bulunmanın somut gerekçelendirme anlamına gelmeyeceği açıktır. Anayasa'da "gerektiğinde" tabirine jenerik bir kavram olarak yer verilmiş olup bu tabir her bir somut olayda ertelemeye başvurmayı zorunlu kılan durumun ne olduğu ve bunu karşılayacak sürenin de amaç-araç dengesi açısından ne olması gerektiğinin açıkça ortaya konulmasını gerekli kılmaktadır.

Altıncısı ve belki de en önemlisi iptal kararının ertelendiği durumlarda ortaya çıkacak eşitliğe, hakkaniyete, hukukun genel ilkelerine, anayasal hak ve özgürlüklere aykırılık oluşturacak durumların önlenmesi bağlamında Anayasa Mahkemesinin başka ülke örneklerinde olduğu gibi geçiş sürecini yönetme ve gerekli önlemleri alabilmek konusunda yetkilerle donatılmasıdır.

Mahkeme kararlarının zamansal etkisi bakımından *ex nunc* etki modelinde asıl olan derhâl etkililik, istisna ise ertelemedir. Bu amaca göre işletilmeyen erteleme kurumu anayasa yargısının varlık nedenini tersine çevirir. Gereksiz yere iptal kararının yürürlükte kaldığı her an Anayasa'nın üstünlüğü ve hukuk devleti ilkesine halel getirir. Mahkemenin, asıl muhatabın dahi kaygılanmadığı ve önemsemediği hukuk boşluğunu Anayasanın üstünlüğü ve hukuk devleti ilkelerine önceleyerek (ve somut olayda gerçekten boşluk olup olmadığını dahi ciddi bir analize tabi tutmadan) uzun süreli erteleme kararları vermesi kötü uygulamaya bir anlamda katkı sunmasından başka anlam taşımamaktadır. Anayasa Mahkemesinin bu amaç dışı kullanımı ya da istismarı tek başına önlemesi elbette mümkün olamazsa da erteleme süresinin gerekliliğini ortaya koymada ve süresini takdirde daha hassas hareket ederek iptal hükmünün yürürlükte kalma süresini azaltıcı bir işlev görmesi beklenir.

KAYNAKÇA

ALİEFENDİOĞLU, Yılmaz (1996). *Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi*, Ankara: Yetkin Yayınları.

ALİEFENDİOĞLU, Yılmaz (1997). *Anayasa Yargısı*, Ankara: Yetkin Yayınları.

ANAYASA MAHKEMESİ (2022). *Anayasa Mahkemesi Başkanlarının Kuruluş Yıldönümü Konuşmaları (1984-2002)*, Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları

ANAYURT. Ömer (2023). *Anayasa Hukuku Genel Kısım (Temel İlkeler, Kavram ve Kurumlar)*, 6. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınları.

ARMAĞAN, Servet (1967). *Anayasa Mahkememizde Kazaî Murakabe Sistemi*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları.

AVRIL, Pierre ve GICQUEL, Jean (2011). *Le conseil constitutionnel*, 6. Baskı, Paris: Montchrestien.

AZRAK, Ali Ülkü (1984). "Anayasa Mahkemesi İptal Kararlarının Geriye Yürümezliği", *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 1., ss. 151-168.

BOYACIOĞLU, Ahmet Hamdi (1988). Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı ve Yürürlüğe Girişi, içinde *Bahri Savcı'ya Armağan* (ss. 198-209), Ankara: Mülkiyeliler Vakfı Yayınları.

DISANT, Mathieu (2013). "Les effets dans le temps des décisions QPC Le Conseil constitutionnel, "maître du temps"? Le législateur, bouche du Conseil constitutionnel?", *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, S. 3., No. 40., ss. 63- 82.

DUCHARME, Théo (2021). "Le bénéfice des décisions d'inconstitutionnalité : quelle(s) application(s) en fonction des droits et libertés méconnus?", *Le droit des libertés en question(s) – Colloque n°3 de la RDLF – Montpellier 2021 | Revue des droits et libertés fondamentaux*, https://revuedlf.com/droit-constitutionnel/le-benefice-des-decisions-dinconstitutionnalite-quelles-applications-en-fonction-des-droits-et-libertes-meconnus/ (Erişim Tarihi: 9/9/2023).

ERDEM, Fazıl Hüsnü ve HEPER, Yunus (2011). *Türkiye Cumhuriyeti Anayasaları ve Çeşitli Anayasa Önerileri*, Ankara: Seta Yayınları.

ESPLUGAS-LABATUT, Pierre (2020). *Le Conseil constitutionnel*, 9. Baskı, Paris: Dalloz.

FEYZİOĞLU, Turhan (1951). *Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Kazaî Murakabesi*, Ankara: AÜSBF Yayınları.

GOESEL-Le Bihan, Valérie (2016). *Contentieux constitutionnel*, 2. Baskı, Paris: Ellipses.

GÖZLER, Kemal (2018). *Türk Anayasa Hukuku*, 2. Baskı, Bursa: Ekin Yayınları.

GÖZTEPE, Ece (2021). "Bireysel Başvuru Kararlarının İcrası: Anayasa Mahkemesi'nin Doğrudan ve Dolaylı "Çağrı Kararları" Üzerine Bir İnceleme", *Anayasa Yargısı*, C. 38., S. 1., ss. 43–83.

HOLZINGER, Gerhart (2012). "La Cour constitutionnelle autrichienne," *Les Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel*, S. 3., No. 36., ss. 183-193.

JOUANJAN, Oliver (2015). "Les effets dans le temps des décisions de la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne", *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, S. 2., No. 47., ss. 91-97.

KABOĞLU, İbrahim Özden (2007). *Anayasa Yargısı*, 4. Baskı, Ankara: İmge Kitabevi Yayınları.

KANADOĞLU, Osman Korkut (2004). *Anayasa Mahkemesi*, İstanbul: Beta Yayınları.

KIRATLI, Metin (1969). *Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi*, Ankara: Ankara Üniversitesi SBF Yayınları.

KÜÇÜK, Adnan (2013). "Anayasa Mahkemesi Tarafından Verilen İptal Kararlarının Erken Açıklanmasına ve Yürürlüğün Ertelenmesine Bağlı Olarak Ortaya Çıkan Bazı Sorunlar", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, S. 3., ss. 311-357.

MAGNON, Xavier (2011). "La modulation des effets dans le temps des décisions du juge constitutionnel", *Annuaire international de justice constitutionnelle*, XXVII, ss. 557-591.

Millet Meclisi Tutanak Dergisi, Dönem 3, C. 17, 27.08.1971, Birleşim 156.

ÖZBUDUN, Ergun (2022). *Türk Anayasa Hukuku*, 22. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları.

ÖZVERİ, Kübra Cemre (2020). *Anayasa Mahkemesi İptal Kararlarının Zaman Yönünden Uygulanması*, Ankara: Bilkent Üniversitesi Basılmamış YL Tezi.

POPELIER, Patricia ve diğerleri (2013). The Effects of Judicial Decisions in Time: Comparatives Notes, içinde Popelier, Patricia, Verstraelen, Sarah, Vanheule, Dirk ve Vanlerberghe, Beatrix (Der.), *The Effects of Judicial Decisions in Time* (ss. 1-12), United Kingdom: Larcier Intersentia.

ROUSSEAU, Dominique (1998). *La Justice constitutionnelle en Europe*, 3. Baskı, Paris: Montchrestien.

ROUSSEAU, Dominique (2017). "Le Conseil constitutionnel, maître des horloges", *Les Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel*, S. 1., No. 54., ss. 5-18.

STEFANİNİ, Marthe Fatin-Rouge (2018). "Les effets des décisions du Conseil constitutionnel en matière de QPC. Evolutions et limites du contrôle de constitutionnalité - Regard croisé entre les expériences françaises et est-européennes", ss. 1-13, https://shs.hal.science/halshs-01940258/document (Erişim Tarihi: 12/9/2023).

TEZİÇ, Erdoğan (2016). *Anayasa Hukuku,* 20. Baskı, İstanbul: Beta Yayınları.

TUNÇ, Hasan (2008). *Karşılaştırmalı Anayasa Yargısı (Denetimin Kapsamı ve Organları),* Ankara: Yetkin Yayınları.

TUSSEAU, Guillaume (2021). *Contentieux constitutionnel comparé,* Paris: LGDJ-Lextenso.

ÜLGEN, Özen (2016). *Anayasa Yargısında İptal Kararlarının Etkileri,* İstanbul: On İki Levha Yayınları.

YILDIRIM, Turan (1993). "Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı", *Argumentum*, C. 3., S. 34., ss. 601-606.

YILMAZOĞLU, Yunus Emre ve PERDECİOĞLU, İsmail Emrah (Der.). (2019). *Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (Gerekçeli),* Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları.

Prof. Dr. Yavuz ATAR
(Cumhurbaşkanı Başdanışmanı, İbn Haldun Üniversitesi Öğretim Üyesi)

ANAYASA MAHKEMESİNİN ANAYASA'DAKİ (m. 104/17) "GENEL YETKİYE" İSTİNADEN ÇIKARILAN CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMELERİNİN DENETİMİNE İLİŞKİN BAZI KARARLARI ÜZERİNE BİR İNCELEME

Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Anayasal Çerçevesi

Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, kanunlarla düzenlenmemiş ve Anayasa'da münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülmemiş olmak kaydıyla yürütme yetkisine ilişkin konularda ve ayrıca Anayasa'da belirtilen münhasır alanlarda Cumhurbaşkanı'nın doğrudan doğruya Anayasa'dan aldığı yetkiye dayanarak çıkardığı kanun değerine sahip düzenleyici işlemlerdir.

Anayasa'ya göre (mad. 104/17), "*Cumhurbaşkanı, yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir. Anayasa'nın İkinci Kısmı'nın Birinci ve İkinci Bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenemez. Anayasa'da münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz. Kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz. Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması hâlinde kanun hükümleri uygulanır. Türkiye Büyük Millet Meclisinin aynı konuda kanun çıkarması durumunda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümsüz hâle gelir.*"

Genel olarak Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, yürütme yetkisine ilişkin konularda çıkarılabilir. Dolayısıyla yürütme yetkisi ile ilgili olmayan konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz. Anayasa'yla yürütme organına bireysel işlemlerin yanı sıra, düzenleyici işlem yapma yetkisinin de verilmiş olması nedeniyle yürütmenin yetkisinin sadece kanunları uygulamaktan ibaret olduğu söylenemez. Dolayısıyla "yürütme yetkisine ilişkin konuların" kapsayıcı bir tanımını yapmak veya sınırlarını net bir şekilde belirlemek hemen hemen imkânsızdır. Bu nedenle kural olarak yasama ve yargı organlarının yapısı, oluşumu, görev ve yetkileri gibi hususlar dışındaki konuların yürütmeyle ilgili olduğu kabul edilebilir.

Anayasa'da yer alan bu genel kararname yetkisinin dışında, belli konuların münhasıran Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenmesi öngörülmüştür. Bu konular yalnızca Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile

düzenlenebilir ve "mahfuz yetki" olarak adlandırılabilecek bu hususlarda Meclis kanun çıkaramaz. Bu konular şunlardır:

(1) Bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması (m. 106/11).

(2) Devlet Denetleme Kurulunun işleyişi, üyelerinin görev süresi ve diğer özlük işleri (m.108).

(3) Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin teşkilatı ve görevleri (m.118/6),

(4) Üst kademe kamu yöneticilerinin atanmalarına ilişkin usul ve esaslar (m. 104/9).

Bunlara ilaveten Anayasa'nın 123'üncü maddesine göre (f. 3), *"kamu tüzel kişiliği kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kurulur."* Bu hükümle, kamu tüzel kişiliği kurma yetkisi hem Meclise hem de Cumhurbaşkanı'na tanınmıştır. Meclisin kanunla, Cumhurbaşkanı'nın da kararnameyle kuracağı iktisadi kamu teşebbüsleri gibi bazı kuruluşlar kamu tüzel kişisi olarak varlık kazanacaktır.

Öte yandan Anayasa, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine konu bakımından bazı sınırlamalar getirmiştir. Şu hususlarda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz (mad. 104/17):

(1) Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler.

(2) Anayasada münhasıran kanunla düzenleneceği belirtilmiş olan konular.

(3) Anayasada kanunla düzenlenmesi öngörülmemiş olmakla birlikte, kanunlarla önceden açıkça düzenlenmiş bulunan konular.

Anayasa Mahkemesinin Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Denetimine İlişkin Olarak Belirlediği Genel İlkeler

Anayasa Mahkemesi, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin Anayasa'ya uygunluğuyla ilgili olarak bazı genel ilkeler oluşturmuştur. Mahkeme bir kararnameyi veya kararnamenin belli hükümlerini denetlerken bu ilkelere uygun bulduğu kararname hükümlerini "yetki yönünden" Anayasa'ya uygun kabul etmekte, bu ilkelerden bir veya birden fazlasına uymayanları ise yine "yetki yönünden" Anayasa'ya aykırı bulmaktadır.

Anayasa Mahkemesine göre bir Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin yetki yönünden Anayasa'ya uygun olabilmesi için sırasıyla şu kriterleri sağlaması gerekmektedir:

1) Cumhurbaşkanlığı kararnamesi Anayasa'da belirtilen (izin verilen)

konuları düzenlemelidir.

2) Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle yapılan düzenleme yürütme yetkisine ilişkin olmalıdır.

3) Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, Anayasa'nın İkinci Kısmı'nın Birinci ve İkinci Bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle Dördüncü Bölümü'nde yer alan siyasi haklar ve ödevlerle ilgili düzenleme yapmamalıdır.

4) Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, Anayasa'da münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen ya da kanunda açıkça düzenlenen konulara ilişkin olmamalıdır.

Yukarıdaki hususlar yönünden herhangi bir aykırılık tespit edilmemesi durumunda, Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin içerik yönünden Anayasa'ya uygunluk denetimi yapılmaktadır (bkz. AYM, E.2019/78, K.2020/6, 23/1/2020, §§ 3-13; E.2019/31, K.2020/5, 23/1/2020, §§ 3-13; AYM, E.2018/119, K.2020/25, 11/6/2020, §§ 3-13; E.2018/155, K.2020/27, 11/6/2020, §§ 3-13). İçerik yönünden Anayasa'ya uygunluk denetiminde ise tıpkı kanunlarda olduğu gibi düzenlemenin esas ve muhteva bakımından Anayasa'ya uygun olup olmadığı incelenmektedir.

Anayasa Mahkemesinin, Anayasa'nın "Cumhurbaşkanı, yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir" (m.104/17) Hükmüne İstinaden Çıkarılan *Cumhurbaşkanlığı Merkez Teşkilatı ile Cumhurbaşkanlığına Bağlı Kurum ve Kuruluşların Kurulması, Kaldırılması, Görevleri ve Yetkileri ile Teşkilat Yapısını Düzenleyen Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin* Denetimine İlişkin Yaklaşımı

Anayasa'nın "*Cumhurbaşkanı, yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir*" (mad. 104/17) hükmündeki "genel yetkiye" istinaden çıkarılan kararnameler, Anayasa'da özel olarak Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle düzenleneceği belirtilen konular dışındaki Cumhurbaşkanlığı kararnameleridir.

Anayasa Mahkemesi, "Bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması (mad. 106/11), Devlet Denetleme Kurulunun işleyişi, üyelerinin görev süresi ve diğer özlük işleri (mad. 108), Millî Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin teşkilatı ve görevleri (mad. 118/6), üst kademe kamu yöneticilerinin atanmalarına ilişkin usul ve esaslar (mad. 104/9) ve kamu tüzel kişiliği kurulması (mad. 123/3)" hakkındaki Cumhurbaşkanlığı kararnamelerini veya kararname hükümlerini, isabetli olarak, Anayasa'da öngörülen konularla ilgili olduğu gerekçesiyle yetki yönünden Anayasa'ya uygun bulmakta ve içerik bakımından uygunluk denetimine geçmektedir.

Anayasa Mahkemesi, Cumhurbaşkanlığı merkez teşkilatı ile Cumhurbaşkanlığına bağlı kurum ve kuruluşlara ilişkin olarak çıkarılan kararnameleri de bakanlıkların kararname ile kurulmasını düzenleyen Anayasa mad.106/11 kapsamında mütalaa etmektedir. Mahkemeye göre, Anayasa'da bakanlıkların kararname ile düzenlenmesi öngörüldüğüne göre, Cumhurbaşkanlığı merkez teşkilatı ile Cumhurbaşkanlığına bağlı kurum ve kuruluşların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri ile teşkilat yapısının da "evleviyetle" Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenebilmesi gerekir.

Örneğin Anayasa Mahkemesi, 18/4/2019 tarihli ve 33 numaralı İletişim Başkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinde Değişiklik Yapılmasına Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin bazı hükümlerinin iptali için açılan davada şu gerekçelerle kararnamenin Anayasa m. 106/11 kapsamına girdiğine ve yetki yönünden Anayasa'ya aykırı olmadığına karar vermiştir (AYM, E.2019/71, K.2020/82, 30/12/2020; AYM'nin benzer bir kararı için bkz. AYM, E.2018/133, K.2021/70, 13/10/2021):

> *"25. Anayasa'nın "Cumhurbaşkanı yardımcıları, Cumhurbaşkanına vekâlet ve bakanlar" başlıklı 106. maddesinin on birinci fıkrasında, bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının CBK ile düzenleneceği öngörülmüş olup Cumhurbaşkanlığı merkez teşkilatı ile Cumhurbaşkanlığına bağlı kurum ve kuruluşlara ilişkin ayrıca bir hükme yer verilmemiştir.*
>
> *26. 6771 sayılı Kanun'la yapılan Anayasa değişikliğinin gerekçesinde Cumhurbaşkanı'na ilk elden CBK çıkarma yetkisi verilmesinin amacı, yeni hükûmet sisteminde Cumhurbaşkanı'nın genel siyasetin yürütülmesinde ihtiyaç duyduğu konularda düzenleme yapabilmesini sağlamak olarak açıklanmaktadır (bkz. § 5).*
>
> *27. Bu kapsamda CBK'lar ile bakanlıkların kurulmasını, kaldırılmasını, görevleri ve yetkilerini, teşkilat yapısını düzenleyebilme yetkisini haiz Cumhurbaşkanı'nın, Cumhurbaşkanlığı merkez teşkilatı ile Cumhurbaşkanlığına bağlı kurum ve kuruluşların da kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri ile teşkilat yapısını CBK ile düzenleyebileceği evleviyetle kabul edilmelidir. Kaldı ki Cumhurbaşkanı'nın Anayasa'nın 106. maddesinin on birinci fıkrasına göre bakanlık bünyesinde kurarak teşkilatını düzenleyebileceği bir kurumu tercihen Cumhurbaşkanlığına bağlı kurum veya kuruluş olarak kurması hâlinde ilgili kurum ve kuruluş için Anayasa'nın 123. maddesinde belirtilen sınırlardan dolayı CBK ile düzenleme yapamayacağının kabulü Anayasa'nın genel sistematiğine ve bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması konusunda CBK çıkarma yetkisi tanıyan anayasal hükmün amacına aykırı olacaktır.*

> *28. Bu itibarla kuralın ilişkin olduğu Cumhurbaşkanlığına bağlı kurum ve kuruluşların görev ve yetkisi konusunun Anayasa'nın 106. maddesinin on birinci fıkrası uyarınca CBK ile düzenlenmesi açıkça hükme bağlanmış olan bakanlıklara dair yetki kapsamında kaldığı değerlendirilmektedir. Dolayısıyla Cumhurbaşkanlığı merkez teşkilatı ile Cumhurbaşkanlığına bağlı kurum ve kuruluşların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulmasına dair düzenlemelerin CBK ile yapılması Anayasa'ya aykırılık teşkil etmemektedir."*

Kanaatimizce Cumhurbaşkanlığı merkez teşkilatı ile Cumhurbaşkanlığına bağlı kurum ve kuruluşların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri ile teşkilat yapısının da Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenebilmesini, "evleviyet kuralını" uygulayarak gerekçelendirmek mümkün değildir. Anayasa Mahkemesinin yukarıda zikredilen kararına muhalif kalan üye M. Emin Kuz'un karşıoy yazısında belirttiği gibi "*Cumhurbaşkanlığı ve bakanlıklar… ayrı teşkilat ile görev ve yetkileri bulunan ve buna bağlı olarak ayrı düzenlemelere tabi olan idarelerdir.*" Anayasa'nın "sadece bakanlıklar bakımından verdiği bu yetkinin Cumhurbaşkanlığı ile bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşları da kapsadığı" söylenemez. Anayasa ve idare hukuku prensiplerine göre, kamu yönetimi organları sadece Anayasa ve diğer mevzuat ile açıkça tanınan/verilen yetkileri kullanabilir. Yönetim organları için esas olan "yetkisizliktir". Bu nedenle Anayasa veya diğer mevzuatın yürütmeye/idareye yetki vermediği durumlarda "evleviyet" kuralı uygulanarak yürütme ve idare organlarının yetkilerinin genişletilmesi söz konusu olamaz.

Anayasa Mahkemesi üyesi M. Emin Kuz Anayasa'nın 106. maddesinin on birinci fıkrasının Cumhurbaşkanlığını ve Cumhurbaşkanlığı ile bakanlıkların bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşlarını kapsamadığını belirttikten sonra, Anayasa'nın 123. maddesinin birinci fıkrası uyarınca Anayasa'daki istisnalar dışında idarenin kanunla düzenlenmesi gerektiğinden bahisle bu konuların Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile düzenlenemeyeceği görüşüne de yer vermiştir (Bkz. AYM. E. 2019/71, K.2020/82 ve 30/12/2020 tarihli kararda üye M. Emin Kuz'un karşı oy yazısı):

> *"CBK'ların esasları Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasında düzenlenerek Cumhurbaşkanı'na yürütme yetkisine ilişkin konularda CBK ile düzenleme yapma yetkisi verilmiştir. Ancak aynı fıkranın üçüncü cümlesinde, Anayasa'da kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda CBK çıkarılamayacağı belirtilmiştir.*
>
> *Bilindiği gibi, Anayasa'nın 123. maddesinin birinci fıkrasında idarenin kuruluş ve görevleriyle bir bütün olduğu ve kanunla düzenleneceği hükme bağlanarak idareye ilişkin genel ilke belirlenmiş; üçüncü fıkrasında ise kamu tüzelkişiliğinin kanun yanında CBK ile kurulmasına da imkân sağlanmıştır.*

Diğer taraftan, Anayasa'nın 106. maddesinin son fıkrasında bakanlıkların kurulması ve kaldırılması ile görevleri ve yetkilerinin, teşkilat yapısının, merkez ve taşra teşkilatının kurulmasının; 108. maddesinin son fıkrasında Devlet Denetleme Kurulunun işleyişi, üyelerinin görev süresi ve diğer özlük işlerinin; 118. maddesinin son fıkrasında da Millî Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin teşkilatı ve görevlerinin CBK ile düzenleneceği hükme bağlanarak idarenin kanunla kurulmasına ve düzenlenmesine ilişkin genel ilkenin istisnaları sayılmıştır.

Böylece Anayasa koyucu; Anayasa'nın 123. maddesinin birinci fıkrasında, idarenin kuruluş ve görevlerinin kanunla düzenleneceği yönündeki temel ilkeyi koruyarak bunun istisnalarını bakanlıklar, Devlet Denetleme Kurulu (DDK) ve Millî Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin kurulması, teşkilatı ve görevlerinin düzenlenmesi ile sadece kamu tüzelkişiliği olan idarelerin ve yalnızca kurulması olarak belirlemiştir.

Başka bir anlatımla, Anayasa koyucu 6771 sayılı Kanun'la, 123. maddenin birinci fıkrasındaki idarenin kuruluş ve görevlerinin kanunla düzenleneceğini hükme bağlayan temel ilkeyi değiştirmeden, Anayasa'nın 106., 108. ve 118. maddelerinin son fıkralarında bu ilkenin istisnalarını belirlemiştir. Anılan hükümler dışında ise idarelerin kurulması, kaldırılması, görev ve yetkileri ile teşkilatına ilişkin olarak CBK'larla düzenleme yapılması konusunda bir istisna getirilmemiştir. Bu bağlamda, Anayasa koyucu 106. maddenin son fıkrasında bakanlıkların CBK ile kurulmasına imkân tanırken bunların görev ve yetkileri ile teşkilat yapısının da CBK ile düzenlenebileceğini hükme bağlamış; buna karşılık Cumhurbaşkanlığı ile bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluş şeklindeki idareler bakımından böyle bir yetki öngörmemiştir…

Anayasa koyucunun 106. maddenin son fıkrasında, Cumhurbaşkanlığı ile bakanlıkların ve bunların bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşlarının teşkilatı ile görev ve yetkilerinin CBK ile düzenlenmesini açıkça öngörmesi mümkün iken, açık bir şekilde ve sadece bakanlıklar bakımından verdiği bu yetkinin Cumhurbaşkanlığı ile bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşları da kapsadığı yönündeki bir kabulle yapılan yorum -aşağıda da açıklanacağı üzere- isabetli olmaz.

Öncelikle Cumhurbaşkanlığı ve bakanlıklar genel idare içinde yer alsa da Anayasa'da ayrı ayrı düzenlenen, ayrı teşkilat ile görev ve yetkileri bulunan ve buna bağlı olarak ayrı düzenlemelere tâbi olan idarelerdir. Bakanlıklar, yeni hükûmet sisteminde de Cumhurbaşkanlığının birimleri olmadığı gibi "bakanlıklar" kavramının Cumhurbaşkanlığını da kapsayacak genişlikte olduğunu veya yeni sistemin odağında yer alan Cumhurbaşkanlığı konusunda böyle açık bir hükme gerek olmadan CBK ile düzenleme yapılmasının evleviyetle mümkün olduğunu kabul etmek, mesela DDK'ya ilişkin olarak CBK ile düzenleme yapılması konusunda 108. maddenin son fıkrasında özel

hüküm getiren Anayasa koyucunun bu istisnayı gereksiz şekilde öngördüğü gibi bir kabule yol açar ki böyle bir kabul Anayasa koyucunun abesle iştigal etmeyeceği yönündeki ilkeye aykırı olur…

Bu nedenle, genel bütçe içinde Cumhurbaşkanlığının bağlı kuruluşu olarak CBK ile kurulan İletişim Başkanlığının kanunla kurulması ve görev ve yetkileri ile teşkilatının da Anayasa'nın 123. maddesine göre kanunla düzenlenmesi gerektiğinden, dava konusu kurallar Anayasa'da kanunla düzenlenmesi öngörülen bir konuya ilişkindir."

AYM üyesi M. Emin Kuz'un Anayasa'nın 106. maddesinin on birinci fıkrasının Cumhurbaşkanlığını ve Cumhurbaşkanlığı ile bakanlıkların bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşlarını kapsamadığı görüşü bizce de isabetli olmakla birlikte, sözü edilen konuların Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile hiçbir şekilde düzenlenemeyeceği görüşüne katılmak mümkün değildir.

Kanaatimizce Cumhurbaşkanlığı merkez teşkilatı ile Cumhurbaşkanlığı ile bakanlıkların bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri ile teşkilat yapısının Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenebilmesi, Anayasa'nın *"Cumhurbaşkanı, yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir"* (mad. 104/17) hükmündeki "genel yetkiye" istinaden imkân dâhilindedir. Ayrıca Anayasa m. 104/17 hükmüne dayanarak sadece Cumhurbaşkanlığı teşkilatıyla ilgili değil, kanunlarda önceden düzenlenmemiş diğer yürütme konularında da Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılabilir.

Anayasa Mahkemesinin, Cumhurbaşkanlığı merkez teşkilatı ile Cumhurbaşkanlığına bağlı kurum ve kuruluşlara ilişkin olarak çıkarılan kararnameleri Anayasa mad. 104/17'deki "*Cumhurbaşkanı, yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir*" hükmündeki "genel yetki" yerine, bakanlıkların kararname ile kurulmasını düzenleyen Anayasa mad. 106/11 kapsamında mütalaa etmesi, Cumhurbaşkanı'nın Anayasa mad. 104/17 hükmüne istinaden kararname çıkarabilme yetkisini işlevsiz hâle getirdiği için de problemlidir ve Anayasa'nın amacına aykırıdır.

Anayasa mad. 104/17 hükmü kapsamında Cumhurbaşkanlığı kararnameleri çıkarılırken bakılacak hususların başında o konuda Anayasa'da *münhasıran kanunla düzenleme* şartının olup olmadığının tespit edilmesi gelmektedir. Bu noktada *münhasıran kanunla düzenleme* ifadesinin ne anlama geldiğini irdelemek gerekir. Öncelikle Anayasa'da bir konunun *"ancak", "sadece" kanunla düzenleneceği* şeklinde bir hüküm varsa bu ibareler "münhasıran" anlamına gelir. Örneğin böyle bir ibare "hak ve hürriyetlerin ancak kanunla sınırlanabileceğini" emreden Anayasa'nın 13. maddesinde bulunmaktadır (Anayasa'nın çeşitli maddelerindeki benzer örnekler için

bkz. mad. 20/3, 38/3, 66/2, 68/6). Bununla birlikte Anayasa'da çerçevesi ve mahiyeti belli bir konunun "kanunla düzenleneceği" belirtilmiş ise burada kastedilenin de "münhasıran" kanunla düzenleme olduğu, aynı şekilde Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleneceği belirtilmiş ise "münhasıran" (mahfuz) kararname ile düzenleme olduğu kabul edilmelidir. Buna karşılık Anayasa'nın değişik maddelerinden bir konunun hem kanunla hem de kararname ile düzenlenebileceği sonucu çıkıyorsa o konularda kanun veya kararname çıkarılabilir.

Cumhurbaşkanı'nın Anayasa mad. 104/17 hükmüne dayanarak yürütme alanında kararname çıkarabilmesiyle ilgili önemli bir sorun, mad. 104/17 hükmünün, mad. 123/1'deki "idarenin kanunla düzenleneceği" hükmü ile nasıl bağdaştırılacağıdır. Türk anayasa ve idare hukuku terminolojisinde "yürütme" daha çok anayasal siyasi organları, "idare" ise siyasi olmayan yönetim birimlerini ifade etmek için kullanılmakla birlikte bu kavramları birbirinden ayırt edecek kesin kriterler bulunmamaktadır.

Anayasa'da ise kural olarak "yürütme" kavramı, devletin temel organları ve bu organların görev ve yetkileriyle ilgili hükümlerde kullanılırken, "idare" yürütme bölümü içinde alt bir başlık olarak düzenlenmiş ve bu alt bölümde bazı yönetim birimleri yer almıştır. Bu düzenlemeye bakılarak Anayasa'da yürütmenin bir üst kavram, idarenin ise daha dar ve teknik bir kavram olarak kullanıldığı söylenebilirse de hukuk terminolojisinde bu iki kavramın yaygın olarak birbirinin yerine kullanılabilmesi nedeniyle kesin bir ayrım yapmak mümkün görünmemektedir. Yürütme ve idare kavramları birbirinden kesin olarak ayırt edilebilmiş olsaydı, yürütme alanında kanunların yanı sıra Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile de düzenleme yapabileceği, idare alanındaki düzenlemelerin ise sadece kanunla yapılabileceği söylenebilirdi. Yürütme ve idare kavramlarının bu anlamları karşısında, birbiriyle çelişir gibi görünen bu iki Anayasa hükmünden (mad. 104/17 ve 123/1) birinin genel, diğerinin ise özel hüküm olduğu söylenemeyeceğinden, bu normlar arasındaki çelişkinin "normlar ihtilafının" çözümünde kullanılan "genel kural karşısında özel kuralın uygulanması" ilkesi esas alınarak giderilmesi de mümkün değildir.

Söz konusu iki anayasa normu arasındaki bu çelişkinin bir anayasa değişikliği ile giderilmesi daha isabetli olur. Mevcut durumda Anayasa koyucunun abesle iştigal etmeyeceği prensibinden hareketle bu iki anayasa normunu bağdaştıran bir yorum yapılması hukuki bir zarurettir. Aksi hâlde Anayasa mad. 104/17 hükmünün uygulama alanı bulması söz konusu olamaz.

Anayasa Cumhurbaşkanı'na iki tür kararname çıkarma yetkisi vermektedir. Bunlardan ilki, "bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması (mad. 106/11),

Devlet Denetleme Kurulunun işleyişi, üyelerinin görev süresi ve diğer özlük işleri (mad. 108), Millî Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin teşkilatı ve görevleri (mad. 118/6), üst kademe kamu yöneticilerinin atanmalarına ilişkin usul ve esaslar (mad. 104/9)" ile "kamu tüzel kişiliği kurulması (mad. 123/3)" hakkındaki (konusu ve çerçevesi spesifik olarak belirtilmiş) kararnameler; ikincisi ise ile Anayasa mad. 104/17 kapsamında yürütme yetkisine ilişkin konularda çıkarılabilecek genel kararnamelerdir. Bu konular, Anayasa m. 123/1 karşısında Cumhurbaşkanı'na bırakılmış *istisnai kararname konuları değildir*. Bu kararnamelerin "istisnai" olduğu görüşünün kabulü, Anayasa koyucunun "hiçbir şekilde kullanılamayacak" olan mad. 104/17 hükmünü koymakla "abesle iştigal" ettiğini söylemek olur. Çünkü Anayasa mad. 104/17'deki "*Cumhurbaşkanı, yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir*" hükmü konulmamış olsaydı bile yukarıdaki konularda (mad. 104/9, 106/11, 108, 118/6, 123/3) kararname çıkarılması yine mümkün olacaktı. Anayasa'nın bu hükümlerindeki (mad. 104/9, 106/11, 108 ve 118/6) "kararname ile düzenlenir" ifadelerinin münhasırlık anlamına gelmediğinin kabulü halinde, mad. 104/17'deki "*münhasıran kanunla düzenleme*" ifadesinin de sadece Anayasa mad. 13, 20/3, 38/3, 66/2 ve 68/6'daki düzenlemelerden ibaret olduğu gibi ilginç bir sonuç ortaya çıkar ki, bu halde de Anayasa'nın diğer maddelerinde "*kanunla düzenlenir*" denilen hiçbir konu kanuna münhasır kalmamış olur. Anayasa'da "*kanunla düzenlenir*" denilen konuların münhasır kanun alanı olarak nitelendirilmesinde olduğu gibi, "*kararname ile düzenlenir*" denilen konuların da münhasır kararname alanı olarak kabul edilmesi "mantıksal" bir zorunluluktur.

Sonuç olarak, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine bırakılan mahfuz alanlar dışında kalan yürütme/idare konularında hem kanunla hem de Anayasa m. 104/17'deki sınırlamalara uymak kaydıyla Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle düzenleme yapılabilir. Anayasa m. 104/17'deki "münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz" şartı buna engel teşkil etmez. Çünkü Anayasa *yürütme/idare alanında hem kanun hem de kararname ile düzenleme yapılmasına izin vermektedir*. Yani "*idare kanunla düzenlenir*" hükmü, "yürütme alanında kararname çıkarılabilir" hükmü nedeniyle "münhasır" bir kanun alanı değildir. Öte yandan Anayasa m. 104/17 hükmü 2017 tarihinde Anayasa'ya eklenirken var olan m. 123/1 hükmünün muhafaza edilmiş olması da dikkate alındığında, Anayasa koyucunun her iki hükmün de geçerli olmasını istediği anlaşılmaktadır. Nitekim başkanlık sisteminin yürürlüğe girdiği 2018 seçimleri sonrasında gerçekleştirilen hukuki düzenlemelerde de bu çözüm benimsenmiş ve Anayasa mad. 104/17 hükmüne istinaden Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle mahfuz kararname alanı dışında da yürütme/idare alanında birçok düzenleme yapılmıştır. Örneğin Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında

Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, Yüksek Asker Şuranın Kuruluş ve Görevleri Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, Genel Kadro ve Usulü hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile Cumhurbaşkanlığına bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşlar hakkındaki kararnameler bu kapsamda çıkarılmış bulunmaktadır.

Yukarıda açıklamış olduğumuz nedenlerle, Anayasa Mahkemesinin, Cumhurbaşkanlığı merkez teşkilatı ile Cumhurbaşkanlığı ile bakanlıkların bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri ile teşkilat yapısının Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenmesini Anayasa'ya uygun bulan kararlarının "sonuç bakımından doğru" olduğu ancak bu kararnamelerin anayasal dayanağının mad. 106/11 olduğuna ilişkin karar "gerekçelerinin isabetli olmadığı" kanaatindeyiz.

Prof. Dr. Nihat BULUT
(İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

EKONOMİK SİSTEMLER VE TEMEL ANAYASACILIK AKIMLARI BAĞLAMINDA TÜRKİYE'NİN ANAYASAL EKONOMİK DÜZENİ

ÖZET

Tıpkı diğer alanlar gibi, ekonomik alanın işleyişi de hukuk kurallarına bağlanmak zorundadır. Bu zorunluluk, anayasaların ekonomik sistemin de temelini teşkil etmesi sonucunu doğurmuş ve bu bağlamda devletin ekonomik anayasasından söz edilmeye başlanmıştır. Devletin ekonomik anayasasından söz etmek bir anlamda onun ekonomik yaşam içindeki pozisyonundan veya ekonomiye müdahâlesinin ölçüsünden söz etmek demektir. Anayasacılık hareketinin ilk dönemlerinde devletin ekonomik hayat karşısındaki durumu serbest piyasa ekonomisi üzerinden şekillenmişti. Özellikle sanayi devrimi ile bu anlayış sorgulanmaya başlandı. Radikal denilebilecek bir yaklaşım devletin ekonomiye bütünüyle hâkim olması gerektiğini savundu ve doğal olarak ekonomik özgürlükleri yadsıdı. Temelde serbest piyasa ekonomisini benimsemekle birlikte onun doğurduğu sakıncaları gidermeyi amaçlayan reformist anlayış ise orta yolcu bir yaklaşımı kabul etti. Hem devlet müdahâlesinin sınırlarını genişletti hem de ölçülü bir biçimde ekonomik özgürlükleri koruma yolunu seçti. Çalışma, Türkiye'de Cumhuriyet Dönemi anayasalarında ama özellikle 1982 Anayasası'nda devletin ekonomiye müdahâlesi ölçüsünden hareketle nasıl bir ekonomik sistem benimsendiğini ortaya koymayı amaçlamaktadır.

Anahtar Kelimeler: Serbest piyasa ekonomisi, karma ekonomi, anayasal ekonomik sistem, liberal anayasacılık, sosyalist anayasacılık, sosyal devlet.

Prof. Dr. Zühtü Arslan'a Armağan

CONSTITUTIONAL ECONOMIC ORDER OF TÜRKİYE IN THE CONTEXT OF ECONOMIC SYSTEMS AND FUNDAMENTAL CONSTITUTIONALISM MOVEMENTS

ABSTRACT

The functioning of the economic sphere, like other spheres, must be bound by the rules of law. This obligation has resulted in constitutions forming the basis of the economic system, and it is in this context that the economic constitution of the state has come to be spoken of. To talk about the economic constitution of the state is, in a sense, to talk about its position in economic life or the extent of its intervention in the economy. In the early stages of the constitutionalism movement, the state's stance towards economic life was shaped by the free market economy. It was not until the industrial revolution that this understanding began to be called into question. A radical approach argued that the state should completely dominate the economy and, naturally, denied economic freedoms. The reformist approach, which in principle embraced the free market economy but sought to eliminate its drawbacks, took a middle course. In this way, the limits of state intervention were extended while economic freedoms were protected in a measured manner. The study aims to reveal what kind of economic system was adopted in Türkiye by the constitutions of the Republican period, but especially by the 1982 Constitution, based on the extent of state intervention in the economy.

Key Words: Free market economy, mixed economy, constitutional economic system, liberal constitutionalism, socialist constitutionalism, social state.

I. GİRİŞ

Ekonomi, kelime anlamı olarak toplumların üretim faaliyetlerini ve bu faaliyetler sonucunda ortaya çıkan ilişkiler bütününü ifade eder[1]. Her insan yaşamak için bu ilişkinin bir parçası olmak durumundadır. Ekonomik yaşam gerçekten zor ve karmaşık bir alandır. Bu karmaşıklık karşısında siyasal iktidarın/devletin onu düzenleme işini üstlenmesi kaçınılmazdır. Çünkü toplum veya toplumu oluşturan farklı kesimler devletten ekonomik sorunları kendi lehine çözmesini bekler. Ancak siyasetle ekonomi arasındaki ilişki tek yönlü işlemez. Siyasal iktidar ekonomik yaşamı düzenler; bununla birlikte, ekonomik olaylar da siyasal iktidarı etkiler ve şekillendirir[2]. Bu alanlardan hangisinin belirleyici olduğu meselesi ise oldukça tartışmalıdır[3]. Çalışmada bu tartışma kapsam dışında tutulacak; siyasal iktidarın, genelde hukuk ve özelde anayasa aracılığı ile ekonomik yaşamın düzenlenmesini de işlevleri arasına katması ve böylece biçimlendirmesi ile sınırlı kalınacaktır.

Hukuki açıdan bakıldığında, kural koyma ve onu uygulama yetkisine sahip olan siyasal iktidarın bütün fiili iktidarlara üstün olduğu görülür. Çünkü o, düzenleyici özelliğiyle ekonomik ilişkileri tanzim ederek toplumu oluşturan güç ilişkilerini belirlemek[4], ekonomik alanın sınırlarını çizmek ve ekonomik güce sahip olanların yani ekonomik iktidarın hareket alanını tespit etmek kudretine sahiptir. Siyasal iktidarın düzenleyici özelliği kendisini öncelikle anayasa ile ortaya koyar. Çünkü anayasalar hukuk sisteminin temelini teşkil eder. Tıpkı diğer alanlar gibi, ekonomik alanın örgütlenişi ve işleyişi de hukuk kurallarına bağlanmak zorundadır. Bu zorunluluk, anayasaların hukuk sisteminin temeli olarak, ekonomik sistemin de esasını teşkil etmesi sonucunu doğurmuş ve bu bağlamda *devletin ekonomik anayasasından* söz edilmeye başlanmıştır[5]. Devletin ekonomik anayasasından bahsetmek bir anlamda onun ekonomik yaşam içindeki pozisyonundan veya ekonomiye müdahâlesinin ölçüsünden söz etmek demektir.

Anayasacılık hareketinin ilk dönemlerinde devletin ekonomik hayat karşısındaki durumu iki ana esas üzerinden şekillenmişti. İlki, toplumsal fayda açısından hayati önemi haiz olan ama özel sektörün kârlı bulmayarak kaçın-

1 Aydemir, A. B. (2021). "Ekonomi", içinde Saraç, M. A. Y. (Ed.), *Sosyal Bilimler Ansiklopedisi, Cilt 1*, Ankara: Tübitak Bilim Yayınları, s. 400.

2 Tunaya, T. Z. (1980). *Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku*, İstanbul: Fakülteler Matbaası, s. 99; Lawson, K. (1989). *The Human Polity: an Introduction to Political Science*, Boston: Houghton Mifflin Company, s. 130.

3 Bkz. Bulut, N. (2004). *Feodaliteden Küreselleşmeye Ekonomik İktidar Siyasal İktidar İlişkisi*, Ankara: Seçkin Yayınları, s. 60 vd.

4 Wilkinson, M. A. and Lokdam, H. (2018). "Law and Political Economy", *LSE Law, Society and Economy Working Papers*, s. 1, https://eprints.lse.ac.uk/87544/1/Wilkinson_Law%20Political%20Economy_Author.pdf (Erişim Tarihi: 21/12/2023)

5 Tan, T. (1990). "Anayasal Ekonomik Düzen", *Anayasa Yargısı*, C. 7., s. 61; Tan, T. (1984). *Ekonomik Kamu Hukuku*, Ankara: TODAİE Yayınları, s. 3.

dığı alanlara ilişkindi ve devletin bu alanlara girmesi doğal sayılıyordu. İkincisi ise özel sektörün, devletin siyasi gücü karşısında ekonomik özgürlükler bağlamında korunmasına dairdi ve siyasal iktidarın sınırlandırılmasına yönelikti. Bilhassa sanayi devrimiyle birlikte bu anlayış sorgulanmaya başlandı. Radikal denilebilecek bir yaklaşım devletin ekonomiye bütünüyle hâkim olması gerektiğini savundu ve doğal olarak ekonomik özgürlükleri yadsıdı. Temelde ilk yaklaşımı benimsemekle birlikte onun doğurduğu sakıncaları gidermeyi amaçlayan reformist anlayış ise orta yolcu bir yaklaşımla hem devlet müdahâlesinin sınırlarını genişletti hem de ölçülü bir biçimde ekonomik özgürlükleri koruma yolunu seçti.

Çalışma, Türkiye'de Cumhuriyet Dönemi Anayasalarında ama özellikle 1982 Anayasası'nda devletin ekonomiye müdahâle ölçüsünden hareketle nasıl bir ekonomik düzenin benimsendiğini ortaya koymayı amaçlamaktadır. Bunu yaparken öncelikle temel ekonomik sistem tercihleri ana hatları ile ortaya konulacak ve bunların temel anayasacılık akımları içindeki yeri üzerinde durulacaktır.

II. EKONOMİK SİSTEMLER VE TEMEL ANAYASACILIK AKIMLARI İÇİNDEKİ YERİ

A. Serbest Piyasa Sistemi ve Liberal Anayasacılık

Adam Smith, kanunları ihlal etmedikçe her insanın dilediği biçimde ve serbestçe kendi çıkarlarının peşine düşmesine, kendi sanayisini ve sermayesini diğer insanlarınki ile rekabete sokmasına müsaade edilmesi gerektiğini savunmuştu. Bu kapsamda doğal özgürlükler sisteminin bir sonucu olarak yöneticilere düşen ise doğal olan düzenin işleyişini bozmamaktı. Onlara bir görev düşüyorsa bu, toplumun tümüne maliyetinden daha fazla yarar sağladığı halde elde edilecek faydanın bir bireyin ya da az sayıdaki bireylerin üstlendikleri maliyeti karşılamaya yeterli olmayan bazı kamu kurumlarının ya da faaliyetlerinin oluşturulması ve sürdürülmesiydi[6].

Ekonomik faaliyetleri etkileyecek kararların temelde bireyler tarafından verildiği sistemin adıdır serbest piyasa ekonomisi. Devletin karışmadığı yarışmacı piyasa sistemidir. Bu şekilde tanımlanan serbest piyasa ekonomisi, belki çağlar boyu bilinen ya da bir şekilde uygulanan bir sistemdi. Fakat asıl ününe modern zamanlarda ulaştığı, özellikle kapitalizmin doğuşuyla birlikte üzerinde daha fazla durulmaya başlandığı söylenebilir. Günümüzde ise demokrasi ve insan haklarıyla beraber küresel dünyanın en popüler üç kavramından birisi olduğunu söylemek mümkündür.

6 Aktan, C. C. (Ed.). (2017). *Özgürlük Felsefesi*, Ankara: Orion Kitabevi Yayınları, s. 52-53.

Ekonomik ve siyasal alanın toplumsal yaşamın iki ayrı alanını teşkil ettiği yaklaşımını benimseyen bu anlayış, siyasetin ve dolayısıyla devletin pazar/piyasa içinde işleyen ekonomik mekanizmayı güven içinde tutması gerektiğini vurgular. Gerçekte bu alan içinde tek yapıcı unsur ve düzenleyici faktör, kişisel istek ve iradedir. Kişisel istek ve iradeler kendi çıkarlarını gerçekleştirirler ve bundan toplum yararı doğar[7].

Bu görüşü benimseyenler ekonominin temelde özel mülkiyet, çalışma, sözleşme ve girişim özgürlüğü çerçevesinde kendiliğinden oluşan bir fiyat ve rekabet içinde işleyeceğini iddia eder ve böyle bir piyasayı serbest piyasa olarak nitelerler. Sisteme haklılık kazandıran özellik ise insanın rasyonel yapısı ile ahenkli olmasıdır. Devletin işlevi ise hak ve özgürlükler marifeti ile pazar içinde işleyen ekonomik yaşamı güven içinde tutmaktır.

Kapitalizmle ilişkisi ideolojik tercihlere göre değişse de serbest piyasa ekonomisinin, kapitalizmin doğuşuyla birlikte onun en temel unsurlarından birisi olarak modern anlamına kavuştuğu söylenebilir. Çünkü kapitalizm; mülkiyet, sözleşme ve girişim özgürlüğüne dayanan rekabetçi bir sistem, açıkça bir piyasa sistemi olarak tanımlanır[8].

Serbest piyasa sadece kapitalizmin değil 17. ve özellikle 18. yüzyıllarda fikren gelişen ve 19. yüzyılın başlarında sözcük olarak kullanılan[9] siyasal ve ekonomik bir doktrini ifade eden liberalizmin de temel unsurlarından birisi olmuştur. Ekonomik yönüyle liberalizm, bireyciliğe dayanan ve bireylerin siyasal ve ekonomik alandaki hak ve özgürlüklerini güvence altına alan; piyasa ekonomisini tabii işleyişine bırakılarak, devletin ekonomiye müdahâlelerinin en aza indirilmesini savunan bir öğreti olarak tanımlanabilir[10]. Tanımdan da anlaşılacağı gibi liberalizm, ekonomik sistem olarak piyasa ekonomisini savunur. Bu; rekabete dayalı, kârı esas alan, özel mülkiyet, miras, sözleşme, girişim ve tercih özgürlüğünün güvence altına alınmış olduğu ve devletin fiyat mekanizmasının işleyişine minimum düzeyde müdahâle ettiği bir ekonomik sistem modelidir.

Gerçekten serbest piyasa ekonomisi liberalizmin ekonomik alandaki temel ilkesi olmuş ve bu durum 19. yüzyılda gelişen anayasacılık hareketlerine de yansımıştır[11]. Söz konusu yansımanın her zaman açık bir ekonomik doktrin tercihi biçiminde ifade edilmediğini de vurgulamak gerekir. Fakat böyle de

7 Tunaya, T. Z. (1980). s. 101.

8 Rand, A. (1993). "Kapitalizm Nedir?", Yayla, A. (Çev.), içinde Yayla, A. (Der.), *Sosyal ve Siyasal Teori*, Ankara: Siyasal Kitabevi Yayınları, s. 165.

9 *Sartori*, bir isim olarak liberalizmin, nesneden iki yüzyıl sonra, 1810-1811'de İspanya'da icat edildiğini belirtmektedir. Sartori, G. (tarih belirtilmemiş). *Demokrasi Kuramı*, Baykal, D. (Çev.), Ankara: Siyasi İlimler Türk Derneği Yayınları, s. 226.

10 Aktan, C. C. (1994). *Gerçek Liberalizm Nedir*, İzmir: T Yayınları, s. 13.

11 Eren, A. (2022). *Anayasa Hukuku Dersleri*, Ankara: Seçkin Yayınları, s. 127.

olsa anayasaların bazı hükümleri ile üstü kapalı bir ekonomik mantığa sahip oldukları söylenebilir[12]. Bu mantık liberal anayasalarda kendini bilhassa ekonomik özgürlüklerin korunmasında ve bu amaçla devletin ekonomik yetkilerinin sınırlandırılmasında gösterir.

B. Kolektivist Ekonomik Sistem ve Sosyalist Anayasacılık

Toplumun değer ve ihtiyaçlarını bireyinkilere önceleyen siyasi, ekonomik ve kültürel bir bakış açısını ifade eden kolektivizm, birey merkezli anlayışın tam karşısında yer almasıyla bilinir[13] ve bu yönüyle ekonomik sistemi aşan bir anlama sahiptir. Esasında kolektivist ekonomik sistem yerine sosyalist sistem kavramının kullanıldığı da vakidir. Ancak sosyalizmin bir sistem mi yoksa bir rejim mi olduğuna yönelik tartışmalar[14], bu konuda daha kapsayıcı bir kavram olan kolektivizmi kullanmayı daha doğru kılmaktadır.

Kolektivist sistemde ekonomik hayat ile siyasi hayatın ayrılmazlığı kabul edilir. Toplumsal yaşam parçalara bölünemez. Devlet eşitliği sağlamak için ekonomik bir merkez işlevi görmelidir. Kişi iradesi ekonomik hayattaki itici güç olamaz, bu güç devlettir. Dolayısıyla kolektivist sistemde yaygın olan ekonomik işlerin tümü ya da büyük bir kısmı kamuya ve onun somut ifadesi olan yönetime, devlete aittir[15].

Hukuki bakış açısıyla ifade etmek gerekirse sistem, temel üretim araçlarının mülkiyetinin kamuda olması anlayışına dayanır; özel mülkiyeti, çalışma, sözleşme ve girişim özgürlüklerini minimize eder. Sosyalist anayasacılık hareketi[16] içinde kendine yer bulan bu sistemin izleri kimi ülke anayasalarından sürülebilir.

Küba Cumhuriyeti Anayasası bunun tipik örneğidir. Anayasa, esas mülkiyet biçimi olarak temel üretim araçlarının tüm halkın mülkiyetinde olduğu bir sistemin benimsendiğini vurgular ve Cumhuriyetin, piyasayı toplumun çıkarları doğrultusunda değerlendiren, düzenleyen ve kontrol eden bir planlı ekonomi yönetimi temelleri üzerinde yükselen sosyalist ekonomi sistemine sahip olduğuna işaret eder (mad.18)[17]. Mülkiyet biçimlerini yedi kategoriye ayıran anayasa, tüm halkın sosyalist mülkiyetini esas alsa da sınırlı bir biçimde özel ve kişisel mülkiyete de yer verir. Buna göre bir kişi, bir üretim aracı oluşturmadan, maddi ve manevi gereksinimlerinin karşılanmasına katkıda

12 Posner, R. A. (1987). "The Constitution as an Economic Document", *The George Washington Law Review*, C. 56., S. 4., s. 17.

13 Kaynak, B. (2021). "Kolektivim", içinde Saraç, M. A. Y. (Ed.), *Sosyal Bilimler Ansiklopedisi, Cilt 2*, Ankara: Tübitak Bilim Yayınları, s. 403-404.

14 Bkz. Tunaya, T. Z. (1980). s. 16.

15 Tunaya, T. Z. (1984). s. 15 vd.

16 Bkz. Eren, A. (2022). s. 129 vd.

17 Küba Cumhuriyeti Anayasası. (2019). José Martí Küba Dostluk Derneği (Çev.), https://www.kubadostluk.org/wp-content/uploads/2020/08/Kuba-Anayasa.pdf (Erişim Tarihi: 5/11/2023)

bulunması amacıyla kullandığı varlıklar üzerinde mülk sahibi olabilir (mad. 22).

Çin Halk Cumhuriyeti Anayasası ise, Cumhuriyetin işçi sınıfı önderliğinde ve işçi köylü ittifakına dayanan bir sosyalist proletarya diktatörlüğü olduğunu belirttikten sonra (mad. 1), Çin Halk Cumhuriyeti'nde, bugünkü aşamada esas olarak iki çeşit üretim araçları mülkiyetinin bulunduğunu vurgular: Bütün halkın üretim araçları mülkiyeti ve emekçi halkın kolektif sosyalist mülkiyeti. Devlet, kanunla düzenlenen sınırlar içinde, şehir ve kasabalarda mahalle örgütlerinin veya köy halk komünlerindeki üretim ekiplerinin birleşik düzenlenmesi altında, tarım dışı sektörlerdeki bireysel üreticilerin başkalarının emeğini sömürmeksizin kendi başlarına çalışmalarına izin verebilir. Ancak aynı zamanda kendi başlarına çalışan bu emekçilere, adım adım sosyalist kolektifleşme yolu da gösterilmelidir (mad. 5)[18].

C. Karma Ekonomik Sistem, Liberal Anayasacılığın Dönüşümü ve Sosyal Devlet

Karma ekonomik sistem; ekonomiye kamu müdahâlesinin minimum seviyede olması gerektiği görüşünü savunan kapitalist sistem ile kamunun ekonominin tamamını kontrol etmesi gerektiği görüşünü benimseyen kolektivist/sosyalist sistem arasında yer alan bir ekonomik model olarak tarif edilir[19]. Sistem ekonomik özgürlükleri korur ancak hükûmetlerin hedefledikleri ekonomik amaçlara ulaşmalarına da izin verir. Başka bir deyişle serbest piyasa ile devlet müdahâlesi, özel sektörle kamu sektörü yan yana yürür. Günümüzde en yaygın ekonomik modelin karma ekonomik sistem olduğu söylenir. Ancak bu sistem içinde de devlet müdahâlesinin ölçüsünün ülkeden ülkeye değiştiği ifade edilir[20].

Karma ekonomik sistemin kapitalizmin dönüşümüyle birlikte yaygınlık kazandığını söylemek mümkündür. Çünkü kapitalizm gelişirken aynı zamanda değişmiştir. 18. yüzyılda ve 19. yüzyılın ilk yarısında kapitalizm liberaldir[21]. Tam anlamıyla olmasa bile, *laissez-faire* anlayışına dayanır. Fakat sanayileşmeyle birlikte durumun değiştiği ve zaman içinde başlıca iki etkenden ötürü karma ekonomik sisteme evrildiği kabul edilir. Birincisi kapitalist sistem içinde yaşanan krizler ve dalgalanmalardır. 1929 bunalımı bunun tipik bir örneğidir. Keynes, klasik ve neoklasik iktisat çevrelerinin aksine piyasaların kendiliğinden dengeye gelemeyeceğini iddia etmiş ve devlet müdahâlesi-

18 Hukuk Ansiklopedisi. (2018). "Çin Halk Cumhuriyeti Anayasası", https://hukukbook.com/cin-halk-cumhuriyeti-anayasasi/ (Erişim Tarihi: 5/11/2023).

19 Tuna, Y. (2021). "Karma Ekonomi Sistemi", içinde Saraç, M. A. Y. (Ed.), *Sosyal Bilimler Ansiklopedisi, Cilt 2*, Ankara: Tübitak Bilim Yayınları, s. 346.

20 a.g.e. s.346.

21 Tunaya, T. Z. (1984). s. 14.

ni zorunlu görmüştü[22]. İkincisi ise ekonomik yapının ortaya çıkardığı sosyal sorunlar ve bu sorunlara cevap olarak doğan sosyal refah devletine yönelik taleplerdir.

Ebenstein, *laissez-faire* anlayışının hangi koşulların ürünü olduğunu ve bu anlayışın neden terk edilmesi gerektiğini özetle şu şekilde anlatmaktadır: *"18. yüzyıl ve 19. yüzyılın başlarını içine alan zaman dilimi içinde tarım, ticaret ve iş alanında hâkim olan iktisadi birim nispeten küçüktü ve çoğu kez bir ailenin yönetimindeydi. Bunların temel isteği hükümet baskısından ve müdahâlesinden kurtulmaktı. Çünkü bu taktirde işini iktisadi ölçülere göre yürütebilecekti. Dolayısıyla 18. yüzyıl laissez-faire anlayışının mantığının ardında bağımsız çiftçiler, zanaatkarlar ve çiftçilerden oluşan bir toplum gerçeği vardı*[23]".

"Fakat sanayi, fabrikalarda maddi temsilciliğini ve anonim şirkette hukuki temsilciliğini kurarak yüksek bir gelişmeye uğrayınca, nüfusun büyük bir kısmı madenlerde, fabrikalarda… çalışmakla o güne kadar bilinmeyen boyutlarda bir bağımlılık içinde kaldı… İş çevrelerinin gayri şahsi gücü, özel yatırım kararları ve hükümetlerin mali politikaları, milyonlarca erkek ve kadının hayatının belirleyicisi oldu… Ferdin çaresizliği, beklenmeyen hastalık ve ölümlerle zirveye ulaştı"[24]*. İşte tam da bu noktada amacı ferdi tehdit eden iktisadi bağımlılık ve çaresizliğin zararlı etkilerini azaltmayı amaçlayan refah devleti devreye girdi*[25]".

Gerçekten bu dönemde toplumsal sorunlar belirleyici bir öneme sahip olmaya başlamış ve sefalet içinde yaşayan, üstelik giderek mahrumiyeti ile potansiyel gücünün bilincine varan yoğun bir şehirli proletarya, oy hakkının da etkisiyle devleti yoksul kesimler lehine faaliyette bulunmaya zorlamıştır. İngiltere'de, Almanya'da ve Fransa'da bu yönde gelişmeler yaşanmış ve sanayi kapitalizminin reforme edilmesini ifade eden sosyal refah devleti anlayışına geçilmiştir[26].

Sosyal devlet anlayışının anayasal düzeyde kendini gösterdiği ilk siyasal belge, 1848 Devrimi'nin ürünü olan 1848 Fransız Anayasası'dır. 1848'de başlayan işçi hareketinin işçi-işveren uzlaşması ile sona ermesinin ardından hazırlanan Anayasa, getirdiği düzenlemelerle 19. yüzyılda ilk defa klasik hakların yanı sıra sosyal ve ekonomik haklara da yer vermiş ve böylece insan hakları teorisinde önemli bir değişikliğe yol açarak, sosyal devlet anlayışının ifadesi olmuştur. Bu anlayış çerçevesinde devlet, artık özgürlükler konusunda pasif

22 Biçer, M. (2017). "Türkiye'de Kurala Bağlı Maliye Politikası ve Bütçe Hakkı Temelinde Parlamentonun Etkinliği", *Yayınlanmamış Doktora Tezi*, Ankara: Ankara Üniversitesi SBE, s. 30.

23 Ebenstein, W. (1996). *Siyasi Felsefenin Büyük Düşünürleri*, Özel, İ. (Çev.), İstanbul: Şule Yayınları, s. 340.

24 a.g.e. s. 340.

25 a.g.e. s. 341.

26 Macridis, R. C. and Hulliung, M. (1996). *Contemporary Political Ideologies*, New York: Harper Collins Collage Publishers, s. 62.

kalmakla yetinmeyecek yani vatandaşlara kişisel ve siyasal haklar tanıyarak bir yana çekilmeyecek, aksine sosyal ve ekonomik haklar dolayısıyla birtakım faaliyetlerde bulunmak zorunda kalacaktır[27]. Yurttaşlara kendilerine tanınan bazı haklar için devletten bir edimde bulunmasını isteme hakkı veren bu yaklaşımın 1789'un klasik özgürlük anlayışını aştığına kuşku yoktur.

Bu arada 19. yüzyılda sosyal haklar alanında yapılan yasal düzenlemelere de rastlanmaktadır. 1871 yılında Almanya'da demir yolu, maden ocakları, fabrika vb. iş yerlerinde doğacak kaza ve ölümlere karşı işverenlerin tazminat ödemesine ilişkin yasa çıkarılmış; Avusturya'da ise iş kazaları ve hastalık sigortası ile ilgili düzenlemeler yapılmıştır. İngiltere ve Fransa'da da aynı yönde gelişmeler olmuştur[28].

20. yüzyılın başları ise sosyal devlet ilkesiyle ilişkili olan ikinci kuşak hakların anayasalara ve ILO bağlamında uluslararası belgelere girdiği bir zaman dilimine işaret etmektedir. 1917 Meksika Anayasası, 1918 Sovyetler Birliği Anayasası ve 1919 Weimar Anayasası bu konudaki somut örneklerdir[29].

İkinci Dünya Savaşı'ndan hemen sonra aynı eğilimin daha yoğun bir biçimde anayasalara ve uluslararası insan hakları belgelerine yansıdığı görülmektedir. 1947 İtalyan Anayasası, 1949 Alman Anayasası ve 1958 Fransız Anayasası buna örnektir. Klasik hakların yanı sıra sosyal haklara da yer veren İnsan Hakları Evrensel Bildirisi de bu bağlamda dikkate değer sayılır[30].

Bütün bu gelişmeler Sanayi Devrimi'nin ardından liberal anayasalarda esaslı bir dönüşüm yaşandığının ve liberal hukuk devletinin sosyal devlet ilkesi ile tamamlandığının kanıtıdır. Süreç ekonomik açıdan okunduğunda ise *laissez-faire* anlayışının yerini karma ekonomik modele bıraktığı görülmektedir. Tabii bu noktada karma ekonomik model ile sosyal devlet arasındaki ilişkiyi açığa çıkarmak ve ardından da sosyal devlet ilkesinin sabit bir ekonomik sistem önerip önermediği sorusuna cevap vermek gerekir.

Yukarıda da vurgulandığı gibi karma ekonominin ortaya çıkışı büyük ölçüde kapitalizm içindeki krizlere yani iktisadi etkenlere bağlıydı. Ancak dönüşümde sosyal devlet anlayışının da payı vardı. Çünkü sosyal devletin amacını gerçekleştiren yöntemler son tahlilde devletin ekonomik hayata müdahâlesiyle ilgiliydi. Sosyal hakları uygulamaya taşımak, vergi adaletini sağlamak, sosyal amaçlı kamulaştırma ve devletleştirme faaliyetlerine girişmek

27 Bkz. Bulut, N. (2009). *Sanayi Devriminden Küreselleşmeye Sosyal Haklar*, İstanbul: On İki Levha Yayınları, s. 50 vd.

28 19. yüzyılda Avrupa'da sosyal haklar alanında yapılmış olan yasal düzenlemeler için bkz. Akad, M. (1992). *Teori ve Uygulamada Sosyal Güvenlik Hakkı*, İstanbul: Kazancı Yayınları, s. 18 vd.

29 Kenner, J. (2003). "Economic and Social Rights in the EU Legal Order: The Mirage of Indivisibility", in Hervey, T. K. and Kenner, J. (Eds.), *Economic and Social Rıghts Under The EU Charter of Fundamental Rights-A Legal Perspective*, Hard Publishing, s. 1-2.

30 Gelişim için bkz. Bulut, N. (2009). s. 51-52.

ve planlama yapmak… gibi yöntemler[31], devletin pasif kalması yoluyla ulaşılabilecek hedefler değildi. Fakat önemle belirtmek gerekir ki bu önlemler hiçbir zaman başlı başına bir amaç olarak görülmezler. Asıl amaç, insan onurunun korunmasıdır.

Sosyal devlet anlayışının başta mülkiyet hakkı, sözleşme ve girişim özgürlüğü olmak üzere, kimi ekonomik hak ve özgürlükler üzerinde sınırlayıcı bir etki yaptığı doğrudur. Ancak burada da dikkat edilmesi gereken nokta, sosyal devlet anlayışının, liberal devletin birey-devlet ilişkisi ve özgürlük anlayışını değiştirmiş olsa da özünde ona sadık kalan ve bireyi amaç olarak gören bir anlayış olduğudur[32].

Sosyal devletin, özellikle 80'li yıllarda yeniden yükselen ve bugün de etkisini sürdüren liberal akım çerçevesinde ve bilhassa devletin ekonomiye gereğinden fazla müdahâlesine izin verdiği gerekçesiyle, yoğun bir biçimde eleştirildiği görülmektedir[33]. Ancak ifade etmek gerekir ki ekonomik hayata müdahâle sosyal devletin amacı değildir, olsa olsa bir araç niteliği taşır. Sosyal devlet açısından önemli olan, insanlara, insan onuruna uygun bir yaşam standardını sağlamaktır. Bu amaç sabit tutulduğu zaman araçların değişmesi, devletin ekonomi içindeki rolünün artması ya da azalması her zaman mümkündür[34].

Anayasa Mahkemesinin çok erken denilebilecek bir tarihte verdiği kararda, sosyal hakların Anayasa'da bulunması ile ilgili gerekçeye atıfla yaptığı tespit bu bağlamda son derece açıklayıcıdır: *"…Sosyal hakları tanımak, bazılarının yanlı olarak ifade ettiği gibi, asla sosyalizmi kabul etmek manasına gelmez. Bugün sosyalizmle hiçbir ilgisi olmayan memleketlerde dahi hem sosyal devlet mefhumu benimsenmiş ve hem de sosyal haklar tanınmıştır.* ***Sosyal haklar, iktisadî bir doktrinin değil, her şeyden önce hümanizmin ve insanlığın adalet duygusunun mahsulüdür****; fert haysiyetine hürmetin ve ferdi mukaddes bir varlık olarak kabul etmenin mantıkî ve hatta kaçınılmaz neticesidir. Nihayet Devletin iktisadî gücünün bu tedbirlere yetmeyeceğini ileri sürerek endişe duymaya da mahal yoktur*[35]*"*.

Doğrusu ne karma ekonomik sistemin kapitalizmden tam bir kopuşu ifade ettiği ne de sosyal devlet ilkesinin kabulünün liberal sistemin özünü de-

31 Sosyal devletin hukuki yöntemleri için Bkz. Özbudun, E. (2017). *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 147 vd; Gözler, K. (2023). *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Bursa: Ekin Yayınları, s. 75 vd; Döner, A. (2021). *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 114 vd.; Özbudun, E. (2017). s. 104 vd; Gözler, K. (2023). s. 84 vd.

32 Göze, A. (1980). *Liberal Marksist Faşist ve Sosyal Devlet Sistemleri*, İstanbul: Fakülteler Matbaası, s. 165-166.

33 Bkz. Bulut, N. (2009). s. 57 vd.

34 Bulut, N. (1999). "Özelleştirme Uygulamaları Karşısında Sosyal Devlet İlkesini Yeniden Düşünmek", *AÜEHFD*, C. III., S. 1., s. 38.

35 AYM, E.1963/173, K.1965/40, 26/9/1965, AMKD, Sayı 4, 1967, s. 317.

ğiştirdiği söylenebilir. Kapitalizm açısından bakıldığında, son tahlilde önemli olan ekonominin hâkim tepelerinin kimin elinde olduğudur[36]. Bu bağlamda sistemde yaşamsal bir kopukluğun olmadığını söylemek gerekir. Kaldı ki 20. yüzyılın ortalarında zayıflamış gibi gözüken kapitalizmin, 1970'li yılların sonunda başlayan ve 80'li yıllarda yaygın bir uygulama alanı bulan özelleştirme akımı ve ardından ortaya çıkan küreselleşme olgusuyla birlikte yeniden çekicilik kazandığını söylemek mümkündür. Dolayısıyla kapitalist sistemi sürdürmek konusunda bir tereddüt duyulmadığı görülmektedir. Mesele daha ziyade ne tür bir kapitalist piyasa ekonomisine sahip olunmak istendiğiyle ilgilidir[37]. Bunun da zamanın koşullarına göre belirlendiğini, devletin ekonomiye müdahâlesinin ihtiyaçlara göre ayarlandığını söyleyebiliriz.

III. TÜRKİYENİN ANAYASAL EKONOMİK DÜZENİ

Kapitalizm bir yandan kendi gelişmesini hatta bir bakıma yükselişini yaşarken Osmanlı Devleti'nin hâkim olduğu topraklarda bambaşka bir ekonomik zihniyet varlığını sürdürmekteydi. Mirî toprak rejimi çerçevesinde zirai toprakların yani saban girip ziraat yapılan yerlerin mülkiyetinin devlette bulunduğu bu sistem, kapitalizmin aksine ekonomik faaliyetin amacını insanların ihtiyaçlarını karşılamakta buluyordu. Üretilen malların kaliteli, ucuz ve bol olması gereğini esas alan bu sistem, devletin üretim ve ticaret üzerinde sıkı bir müdahâlede bulunması yoluyla işliyordu[38]. Sistem temel vasıflarını 19. yüzyıla kadar korumuştur.

Osmanlı toplumunun kapitalizmle karşılaşması, daha doğrusu kapitalizmin siyasal ve ekonomik mantığına dâhil olması, 1838 tarihli Osmanlı-İngiliz Ticaret Antlaşması (Baltalimanı Antlaşması) ile gerçekleşmiştir[39]. Antlaşmanın hemen ardından ilan edilen Tanzimat Fermanı ama özellikle de 1850 tarihli Ticaret Kanunnamesi ile 1858 Osmanlı Arazi Kanunnamesi bu sürecin ürünü olarak görülebilir. Şahsi teşebbüs hürriyeti, toprakta özel mülkiyete serbesti ve mülkiyet hakkının güvence altına alınmaya çalışılması ... bu sürecin bariz vasıfları olarak öne çıkmaktadır. Cumhuriyet Dönemi'nin de bu sürecin devamı olduğu söylenebilir.

36 Berger, P. L. (1994). "Demokratik Kapitalizmin Şüpheli Zaferi", içinde Diamond, L. ve Plattner, M. F. (Der.), Özbudun, E. ve Köker, L. (Çev.), *Kapitalizm, Sosyalizm ve Demokrasi: Yeni Değerlendirmeler* (ss. 24-42), Ankara: Türk Demokrasi Vakfı Yayınları, s. 4.

37 Wilkinson, M. A. and Lokdam, H. (2018). s. 12.

38 Klasik dönem Osmanlı ekonomik zihniyeti için bkz. Genç, M. (2000). *Osmanlı İmparatorluğunda Devlet ve Ekonomi*, İstanbul: Ötüken Yayınları, s. 45 vd.

39 Keyder, Ç. (1993). *Türkiye'de Devlet ve Sınıflar*, İstanbul: İletişim Yayınları, s. 44.

A. 1924 Anayasası

1. Anayasal Çerçeve

1924 Anayasası, pek çok hak ve özgürlükle birlikte çalışma, mülk edinme, malını ve hakkını kullanma haklarını Türklerin tabii hakları arasında saymış (mad. 70); kamu yararı bulunmadıkça ve parası peşin olarak ödenmedikçe hiç kimsenin malına el konulamayacağını ve kamulaştırılamayacağını hükme bağlamıştı. Anayasa ayrıca 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi'nin geleneğine uyarak sosyal ve ekonomik haklara yer vermemişti. Ancak Anayasa'da 1937 yılında yapılan bir değişiklikle, Türkiye Cumhuriyeti'nin "devletçi" olduğu hükme bağlanarak bir ekonomik sistem tercihi yapılmıştır. Bu tarih aynı zamanda toprak ve tarım reformuna ilişkin hükmün Anayasa'ya giriş tarihidir[40].

Aslında devletçilik ilkesi Anayasa'ya girmeden önce de Türkiye'de bir ekonomik sistem tercihine yönelik gayretlerin varlığından söz edilebilir. 1923 İzmir İktisat Kongresi bu bağlamda önemlidir. Kongrede liberal iktisat politikasının benimsendiğini söyleyenler olduğu gibi, karma ekonomik modelin kabul edildiğini ifade edenler de mevcuttur[41]. Fakat şurası kesindir ki kongre "misak-ı iktisadi" ilkesini kabul etmiş ve bu ilke doğrultusunda ekonomik gelişme ve kalkınmanın, millî bağımsızlık içinde sağlanacağını vurgulamıştır. Siyasal bağımsızlık gibi ekonomik bağımsızlığın sağlanması da temel hedeftir.

2. Tek Parti Dönemi Uygulaması: Vesayet Altında Kapitalizm

Bu çerçevede Cumhuriyetin kuruluşu ile bir yandan özel teşebbüsü teşvik yoluna gidilirken, öte yandan özel teşebbüsün istenilen düzeye gelememesinin de etkisiyle KİT'lerin kurulmasına ağırlık verilerek devletin kalkınmada öncülük yapması sağlanmıştır. Gerçekten Cumhuriyetin kuruluşundan itibaren sanayi, tarım, bankacılık ve diğer alanlarda atılımlar başlatılmıştır. Sanayi alanında yatırımları yapacak ve üretimi yürütecek girişimci olmadığı için bu işi devlet üstlenmiş ve iktisadi devlet teşekkülleri kurulmuştur. Sümerbank, Etibank, Demir-Çelik Sanayi ve Şeker Sanayi bu konuda atılan ilk adımlardır. Tarımsal alanda devlet, sanayinin aksine, bizzat teşebbüsler kurma yerine teşvik etmeyi hedef almış ve bu amaçla, Ziraat Bankası ve Zirai Donatım Kurumu kullanılmıştır. Öte yandan bankacılık alanında da çalışmalar yapılmış ve İş Bankası bu alanda önemli bir rol oynamıştır. Ayrıca taşımacılık ve haberleşme alanlarında da yatırımlar yapılmıştır[42].

---

40 "Çiftçiyi toprak sahibi yapmak ve ormanları Devlet tarafından idare etmek için istimlâk olunacak arazi ve ormanların istimlâk bedelleri ve bu bedellerin tediyesi sureti, mahsus kanunlarla tayin olunur" (mad. 74).

41 Türkyılmaz, U. (2023). "Birinci İzmir İktisat Kongresi ve Hukukî Etkileri", *Yalova Sosyal Bilimler Dergisi*, C. 13., S. 2., s. 291.

42 Cumhuriyet'in kuruluşuyla birlikte ekonomik alanda girişilen yatırımlar ve gösterilen

Devletin kalkınmadaki öncü rolü açıkça ortada olsa da Türkiye'nin ekonomik yapısının 1929 yılına kadarki temel özelliğinin, temelde pazar ekonomisine dayanmak olduğu vurgulanır. Anılan tarihte ortaya çıkan büyük ekonomik bunalımın ise işleri tersine döndürdüğü hem pek çok firmanın iflasına neden olduğu hem de tarımsal ürünlerin satışıyla ayakta duran köylüleri borçlarını ve vergilerini ödeyemez hâle getirdiği söylenir[43]. Buhranın ardından ekonomik yaşamdaki sarsıntılara karşı alınan önlem, ekonomiyi içe kapatmak ve dış pazarlara bağımlılığı asgariye indirmeye çalışmak olmuştur. Hükûmetin, döviz işlemlerini kontrol edip elinde toplamak üzere Merkez Bankasını kurması bu döneme tekabül eder. Artık devletçi politikaların uygulamaya konulmasının zamanıdır[44].

Fakat önemle belirtmek gerekir ki devletçilik tek parti dönemi yöneticileri tarafından hiçbir zaman kapitalizmin alternatifi olarak düşünülmemiş; tersine, onu geliştiren bir politika olarak telakki edilmiştir. Nitekim tek parti döneminde sadece Kadrocular devletçilikten, sosyalizm ve kapitalizmden ayrı bir üçüncü yol olarak söz edeceklerdir[45]. İktidar için devletçilik, özel girişimin yetersizliğinden kaynaklanan, onu tamamlamayı amaçlayan bir sistemdir ve açıkça serbest girişimcilerin devlet himayesinde yetiştirilmelerini amaçlar[46].

3. Çok Partili Dönem Uygulaması: Vesayet Altındaki Kapitalizmden Pazar Mekanizmasına Geçiş

İkinci Dünya Savaşı'nın başlamasının, devletçiliğin başarı hikayesinin de sonu olduğu kabul edilir ve Türkiye'nin savaş sonrasında piyasa liberalizminin düsturlarına sarılmak durumunda kaldığı vurgulanır[47]. Kuşkusuz bu durumun ortaya çıkmasında, savaşın ekonomi üzerindeki tahribatı ve savaş sonrasında ortaya çıkan sınıfsal yapının da rolü vardır[48]. Ancak dönüşüm İkinci Dünya Savaşı'nın akabinde gelişen ekonomik sistem bağlamında da okunabilir. Savaşı, serbest girişim ve pazar ekonomisi yanlılarının kazandığı düşünüldüğünde mesele daha iyi anlaşılır.

Türkiye tam da böyle bir ortamda çok partili siyasal hayata geçmiştir. 1950 yılında iktidara gelen DP'nin ekonomiye koyduğu teşhis, hükûmetin verimsiz kamu yatırımları yerine, kamu kaynaklarını karayollarına ve diğer altyapı programlarına tahsis etmek, tarım sektörüne önem vermek ve tarım

faaliyetler için bkz. Kılıçbay, A. (1992). *Türk Ekonomisi*, Ankara: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, s. 63 vd.

43 Keyder, Ç. (1993). s. 133.

44 a.g.e. s. 145.

45 Bkz. Akkaya, R. (2002). "Kadro Hareketi'nin Değişim ve Demokrasiye Yaklaşımları Üzerine Bir Değerlendirme", *AÜEHFD*, C. VI., S. 1-4., s. 216; Avcıoğlu, D. (1977). *Türkiye'nin Düzeni, Birinci Kitap*, İstanbul: Tekin Yayınları, s. 450.

46 Küçükömer, İ. (1989). *Düzenin Yabancılaşması*, İstanbul: Alan Yayınları, s. 109.

47 Keyder, Ç. (1993). s. 164.

48 Bkz. a.g.e. s. 154 vd.

makineleri ile işlenmiş gıda sektörüne öncelik tanımak olmuştur. İktidarın ekonomiye koyduğu teşhis, 1949 yılında yayınlanan Barker Raporuna uygun bir teşhisti. Rapor, Türkiye'nin ileri düzeyde sanayileşme arayışlarını zararlı bulmakta, tarım ve tarımsal sanayileşmeye dönük bir gelişme yolu önermekteydi. Raporda devletçiliğin kaçınılması gereken bir ilke olduğu üzerinde durulmakta, yabancı sermaye ve özel kesimin geliştirilmesi istenmektedir. Ayrıca demir yoluna yatırım yapılmasından çok karayolu ağının geliştirilmesi önerilmiştir[49].

1950 yılında 1.642 kilometre olan kara yolu şebekesi 1960'ta 7.049 kilometreyi bulmuş, tarımda makineleşme yönünde önemli bir mesafe katedilerek 1948 ile 1962 yılları arasında traktör sayısı 1.750'den 43.747'ye, biçerdöver sayısı ise 994'ten 6.072'ye yükseltilmiştir. Türkiye bu dönemde tahıl ihraç eden bir ülke hâline gelmiş ve özellikle 1950-1953 yılları arasında büyüme hızı %13'e ulaşmıştır[50]. Keyder'e göre durum, Türkiye'de bürokrasinin vesayeti altındaki kapitalizmden, pazar mekanizmasına çok daha sağlam biçimde dayanan bir kapitalizme geçildiğinin habercisiydi[51].

Ne var ki bu gelişmenin temellerinin zayıflığı nedeniyle ilerleyen yıllarda büyüme hızı düşmüş ve enflasyon oranı yükselmeye başlamıştır. Bu arada tarım ve sanayi alanlarında tam kapasite ile çalışma sağlanamamış ve hükûmet izlediği liberal politikalardan vazgeçmek zorunda kalmıştır[52]. Öyle ki 1956 yılında ulusal koruma kanunu çıkarılmış ve hükûmete ekonomik alanda geniş yetkiler verilmiştir. Fakat beklenen sonuç alınamamış ve 1960 yılına gelindiğinde, ekonomi büyük bir dar boğaza girmekten kurtulamamıştır[53].

B. 1961 Anayasası

1. Anayasal Çerçeve

İkinci maddesi ile sosyal devlet ilkesini kabul eden Anayasa, 10. maddesinde devleti, kişinin temel hak ve hürriyetlerini, fert huzuru, sosyal adalet ve hukuk devleti ilkeleriyle bağdaşamayacak surette sınırlayan siyasi, iktisadi ve sosyal bütün engelleri kaldırmakla ve insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamakla görevli kılmıştır.

Anayasa'nın mülkiyet hakkı ile ilgili hükmü içerik açısından değil ama

49 Bkz. Tekeli, İ. (2002). "Planlı Ekonomi İlkeleri-Türkiye Cumhuriyeti'nin Ekonomik ve Sosyal Politikası 1930-1980", içinde *Türkiye Cumhuriyeti ve Almanya Federal Cumhuriyeti-Fikri Temeller ve Siyasi Yönelim*, Ankara: Konrad Adenauer Vakfı Yayınları, s. 124.

50 Ahmad, F. (1995). Modern Türkiye'nin Oluşumu, Alogan, Y. (Çev.), İstanbul: Sarmal Yayınları, s. 165.

51 Keyder, Ç. (1993). s. 173.

52 Ahmad, F. (1995). s. 166.

53 a.g.e. s. 168.

düzenleme yeri bakımından ilginçtir[54]. Toprak mülkiyetine ilişkin 37. madde ise ekonomik sistem tercihi bağlamında dikkate değerdir[55].

Bu bağlamda değerlendirilebilecek bir diğer hüküm Anayasa'nın çalışma ve sözleşme özgürlüğüne ilişkin 40. maddesidir. İlk fıkrasında herkesin, dilediği alanda çalışma, sözleşme ve teşebbüs hürriyetlerine sahip olduğunu belirten düzenleme; ikinci fıkrasında devlete, özel teşebbüslerin millî iktisadın gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alma yükümlülüğü yüklemektedir.

Bu arada Anayasa Mahkemesi 1961 Anayasası döneminde vermiş olduğu bir kararda, Anayasa'nın mülkiyet hakkını düzenleyen 36. maddesi ile çalışma ve sözleşme özgürlüğünü düzenleyen 40. maddesini, bilhassa bu maddede yer alan *"özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirler alacağını"* öngören kuralından hareketle, karma ekonomik düzenini benimsediğinin bir göstergesi saymıştır[56].

Anayasa'nın, "iktisadi ve sosyal hayatın düzeni" başlıklı 41. maddesi ise *"İktisadî ve sosyal hayat, adâlete, tam çalışma esasına ve herkes için insanlık haysiyetine yaraşır bir yaşayış seviyesi sağlanması amacına göre düzenlenir. İktisadî, sosyal ve kültürel kalkınmayı demokratik yollarla gerçekleştirmek; bu maksatla, millî tasarrufu artırmak, yatırımları toplum yararının gerektirdiği önceliklere yöneltmek ve kalkınma planlarını yapmak Devletin ödevidir"* diyerek planlı ekonomiye vurgu yapmaktadır.

Anayasa; devlete, 41. maddesinde kooperatifçiliğin gelişmesini, 52. maddesinde ise tarımın ve çiftçinin korunmasını sağlayacak tedbirleri alma görevi vermiştir. 129. madde ise iktisadi, sosyal ve kültürel kalkınmanın plana bağlanacağını ve kalkınmanın bu plana göre gerçekleştirileceğini hükme bağlamıştır.

Sonuç itibarıyla bütün bu hükümlerden yola çıkılarak hem Anayasa Mahkemesi hem de öğreti tarafından 1961 Anayasası'nın karma ekonomi modelini benimsediği kabul edilmiştir.

---

54 Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir. Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz.

55 Devlet, toprağın verimli olarak işletilmesini gerçekleştirmek ve topraksız olan veya yeter toprağı bulunmayan çiftçiye toprak sağlamak amaçlarıyla gereken tedbirleri alır. Kanun, bu amaçlarla, değişik tarım bölgelerine ve çeşitlerine göre toprağın genişliğini gösterebilir. Devlet, çiftçinin işletme araçlarına sahip olmasını kolaylaştırır. Toprak dağıtımı, ormanların küçülmesi veya diğer toprak servetlerinin azalması sonucunu doğuramaz.

56 AYM, E.1967/41, K.1969/57, 23-25/10/1969, AMKD., Sayı 8, s. 30 vd.

2. Uygulama: Pazar Mekanizmasından Planlamaya

1950'li yılların sonuna gelirken İstanbul burjuvazisinin sanayi fraksiyonunun, Menderes'in ekonomi politikasındaki popülist eğilimin artmasından sıkıntı duyduğu ve birikimin devlet tarafından düzenlenerek sanayi burjuvazisinin koruma altına alınmasını arzuladığı vurgulanmaktadır[57]. 1960 Darbesi sonrasında oluşturulan idari yapının, tam da böyle bir mekanizmayı devreye soktuğu ve özellikle Devlet Planlama Teşkilatı aracılığıyla yeni bir birikim modelinin temelini attığı kabul edilmektedir. Nitekim bu dönem, planlamaya yeniden mitlerin bağlandığı bir karma ekonomi dönemi olarak anılmaktadır[58]. Bu dönemde sanayileşmede ana hedef, daha önce ithal edilen malları yurt içinde üretmek üzere sanayi kurmak olmuş ve böylece ithal ikamesi politikası benimsenmiştir[59]. Sanayicilerin yoğun koruma duvarlarıyla zenginliklerini artırmalarını sağlayacak olan bu sistem, ilk bakışta büyük burjuvazi ile kalkınmacı devlet bürokrasisi arasındaki ittifakı akla getirmektedir. Fakat bu ittifaktan kârlı çıkacak olan sanayi burjuvazisidir ve benimsenen ithal ikamesi modelinin büyük burjuvazinin, ülkenin ekonomik gelişmesinde daha önemli bir görev üstlenmesi sonucunu doğurduğunu söylemek mümkündür[60].

Nitekim büyük iş çevreleri 1960'lı yıllardan başlayarak kendilerini özel sektörün diğer kesimlerinin de içinde bulunduğu kuruluşlardan ayıracaklar ve sonunda, 1971 yılında TÜSİAD'ı kuracaklardır. Türk siyasal yaşamının çalkantılı bir döneminde kurulan bu örgüt, en çok popülizme karşıdır ve bu yüzden de değişik popüler istekler doğrultusunda, plansız iktisadi politika uygulayan AP'ye sıcak bakmamaktadır. Sosyal demokrat bir hükûmetin planlı bir sanayi gelişme stratejisine bağlı kalacağı düşüncesi, örgütü CHP ve Ecevit üzerine düşünmeye sevk edecektir. Ne var ki Ecevit'in 1978'de IMF'nin önerdiği istikrar politikasını uygulamada gösterdiği isteksizlik, bu konudaki ümidi bitirecektir[61].

C. 1982 Anayasası

1. Yeni Anayasa'nın Yapılış Ortamı: Planlamadan Serbest Piyasaya Geçiş

1980 sonrası dönemin ekonomik yapıya ilişkin en önemli özelliği, devletçi ekonomik kurumsallaşmanın tasfiye edilerek, yerine piyasa yönelimli bir ekonomik sistemin konmasıdır[62]. Aslında böyle bir dönüşüm, 24 Ocak 1980'de

57 Keyder, Ç. (1993). s. 196-197.
58 Tekeli, İ. (2002). s. 127.
59 Bkz. Kılıçbay, A. (1992). s. 128 vd.
60 Buğra, A. (1997). *Devlet ve İşadamları*, İstanbul: İletişim Yayınları, s. 192.
61 TÜSİAD'ın 1971-1980 arası dönemdeki siyasal tavrı ve bu tavrın değişkenliği için bkz. a.g.e. s. 202-206.
62 Köker, L. (1995). "Kimlik, Meşruluk ve Demokrasi: Türkiye'de Yeni Muhafazakâr Kültür Politikasının Eleştirisi", içinde Özbudun, E., Kalaycıoğlu, E. ve Köker, L. (Der.), *Türkiye'de Demokratik Siyasal Kültür*, Ankara: Türk Demokrasi Vakfı Yayınları, s. 71.

dönemin iktidarının IMF'nin istikrar paketini kabul etmesiyle başlamıştı. Fakat yeni politikanın, rekabetçi parti politikalarının ve demokratik kurumların yapısı içinde gerçekleştirilmesi olanaksızdı[63]. Çünkü öngörülen açıkça bir reformdu ve bu da ancak askerî bir yönetim ve kısıtlı bir demokrasinin siyasi ve sosyal şartları altında gerçekleştirilebilirdi[64]. Esasen 1983 yılında demokrasiye geçildikten sonra da askerî yönetim tarafından çizilen çerçeve içinde kalındığı kabul edilmektedir[65].

Kuşkusuz değişim pek çok yeniliği beraberinde getiriyordu. Bir kere devlet öteden beri çok önemli rol oynadığı üretim alanından çekilecek ve ülkenin altyapısı, enerji ihtiyacı, ulaştırma şebekesi gibi alanlarda yoğunlaşacaktı. Öte yandan ekonomi dünya piyasasına açılacak ve ülkenin korunmuş iç pazara ve ithal ikameci sanayilere olan bağımlılığı kaldırılacaktı[66]. Bütün bu hedeflerin gerçekleştirilmesinde ne kadar başarılı olunduğu tartışmalı bir konudur. Yine de dönüşümün, büyük iş adamları ve sanayi şirketlerinin gelişmesi için büyük olanaklar yarattığı bir gerçektir[67].

Sonuçta, 1970'lerin sonunda IMF'nin istikrar paketinin kabul edilmesini isteyen çevrelerin talepleri gerçekleşmişti. Doğrusu bu değişimin hiç de zor olmadığı söylenebilir. Bir kere, serbest piyasa ekonomisinin benimsenmesi dönemin hâkim ekonomik anlayışı ve aktörleri tarafından arzulanan bir durumdu. Öte yandan Silahlı Kuvvetlerin yönetime el koyması, benimsenen programı uygulama konusunda elverişli bir siyasal ortam hazırlamıştı. 1982 Anayasası tam da böyle bir ortamda hazırlandı ve kabul edildi. İlk şekliyle kişisel ve siyasal haklar konusunda hayli kısıtlayıcı olan ve eleştirilen Anayasa, ekonomik özgürlükler ve hükümler açısından aynı muameleye maruz kalmadı. Kaldı ki 1982 Anayasası serbest piyasaya uyum açısından, bilhassa küresel ekonominin taleplerine cevap vermek, özelleştirme uygulamalarına zemin oluşturmak ve Avrupa Birliği'ne uyum bağlamında zamanın talepleri doğrultusunda değişikliğe de uğradı.

2. Ekonomik Sistemin Anayasal Çerçevesi

a. Sosyal Devlet İlkesi ve Devletin Ekonomiye Müdahâlesinin Gerekliliği

1982 Anayasası da tıpkı 1961 Anayasası gibi sosyal devlet ilkesini benimsemiş ve geniş bir sosyal ve ekonomik haklar listesi öngörmüştür. Sosyal devlet

63 Ahmad, F. (1995). s. 284.
64 Keyder, Ç. (1993). s. 299.
65 Kalaycıoğlu, E. (1999). "1960 Sonrası Türk Siyasal Hayatına Bir Bakış: Demokrasi Neo-Partimonyalizm ve İstikrar", içinde Kalaycıoğlu, E. ve Sarıbay, A. Y. (Der.), *Türkiye'de Siyaset: Süreklilik ve Değişim*, İstanbul: Der Yayınları, s. 486 vd.
66 Bkz. Ahmad, F. (1995). s. 284 vd.
67 Türkkan, E. (1993). "Girişimcilik ve Türkiye'de Girişimcilik İmkanları", içinde Yayla, A. (Der.), *Siyasal ve Sosyal Teori*, Ankara: Siyasal Kitabevi Yayınları, s. 203.

ilkesinin, devletin toplumsal barışı ve sosyal adaleti sağlamak amacıyla sosyal ve ekonomik hayata aktif müdahâlesini gerekli ve meşru gören bir anlayışı ifade ettiği bilinmektedir[68]. İlkenin kabulünün hangi koşullarda gerçekleştiği ve ekonomik sisteme nasıl etki ettiği yukarıda vurgulanmıştı. Meseleye anayasal çerçeveden bakıldığında sosyal devletin amacını gerçekleştirmek için kullandığı yöntemlerin tanımı haklı çıkaracak cinsten olduğu görülür. Ekonomik açıdan güçsüz kesimlerin korunması amacına yönelen ve esas itibarıyla devlete ekonomik kaynaklarını harekete geçirme yükümlülüğü yükleyen sosyal hakları uygulamaya taşımanın yanında, vergi adaletini sağlamak, sosyal amaçlı kamulaştırma ve devletleştirme faaliyetlerine girişmek ve planlama yapmak gibi usuller, sosyal devletin gerçekleştirilmesine yönelik hukuki yöntemleri olarak kabul edilir. Bunların devletin ekonomik yaşama müdahâlesini gerekli kıldığı açıktır.

Anayasa Mahkemesi de kararlarında bu duruma işaret etmiştir: *"Anayasa'nın çeşitli maddelerinde yer alan, «...kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak...» (madde 5), «...Devlet, özel teşebbüslerin millî ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır» (madde 48); «Ekonomik, sosyal ve kültürel kalkınmayı... plânlamak...» (madde 166); «Devlet, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemelerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alır...» (madde 167); şeklindeki hükümler, Devletin ekonomik hayatın işleyişini düzenlemek, gerektiğinde bu alana müdahâle hususunda görevli kılındığını ortaya koymaktadır*[69]".

"*Sosyal devlet, devletin sosyal barışı ve sosyal adaleti sağlamak amacıyla sosyal ve ekonomik yaşama eylemli biçimde el atmasını geçerli ve gerekli gören bir devlet olarak tanımlanabilir*[70]".

"*Sosyal devlet; çalışma gücünden ya da imkânından yoksun olan kişileri koruyucu ekonomik tedbirler alan, sosyal risklerin yarattığı olumsuzlukları bertaraf edebilecek sistemler öngören, gelir dağılımının dengesini gözeten, kamu yararı gereği sosyal ve ekonomik ilişkilere müdahâle edebilen, herkesin insan onuruna uygun asgari yaşam koşullarına sahip olması için çalışan, kişilerin hayatlarını sağlıklı şekilde sürdürebilmeleri, sağlıklarını kaybettiklerinde ise tedavileri için gerekli finansmanı sağlayacak yöntemleri geliştiren, topluma sağlıklı ve huzurlu bir gelecek vadeden devlettir*[71]".

Fakat önemle belirtmek gerekir ki sosyal devlet ilkesinin sonucu olarak ortaya çıkan müdahâlelerde amaç, kişilerin içinde bulundukları ekonomik güçlükler karşısında onlara asgari bir yaşam standardı sağlamak ve böylece insan onurunu korumaktır. Daha önce de vurgulandığı gibi sosyal devlet anlayışı,

68 Özbudun, E. (2017). s. 140.
69 AYM, E.1985/16, K.1986/5, 4/3/1986, AMKD, Sayı 22, s. 74.
70 AYM, E.1990 /1, K.1990/21, 17/7/1990, AMKD, Sayı 26, s. 324.
71 AYM, E.2022/15, K.2022/73, 1/6/2022, AMKD, Sayı 59/2, s. 1403.

liberal devletin birey-devlet ilişkisi ve özgürlük anlayışını değiştirmişse de özünde ona sadık kalan ve bireyi amaç olarak gören bir anlayışı ifade etmektedir. Ekonomik hayata müdahâle sosyal devletin nihai amacı değildir; olsa olsa bir araç niteliği taşır. İnsan onuruna uygun bir yaşam standardını sağlama gayesi sabit tutulduğu zaman, araçların değişmesi her zaman mümkündür. Bu nedenle sosyal devletin öngördüğü ekonomik düzenin esas itibarıyla serbest piyasa ekonomisine dayandığı ve son tahlilde rekabetçi kapitalist sistemin çağımızın şartlarına uyarlanmış bir şekli olduğu ifade edilmektedir[72]. Sonuç itibarıyla sosyal devletin kapitalizmden kopmuş bir ekonomik doktrinin kabulü anlamına gelmediğini belirtmek gerekir.

b. Ekonomik Hükümler: Ekonomik Bir Aktör ve Serbest Piyasanın Garantörlüğü Sarkacında Devlet

1982 Anayasası'nın konumuz açısından önemli bir özelliği de 1961 Anayasası'ndan farklı olarak mali ve ekonomik hükümleri ayrı bir kısımda toplamış olmasıdır. Bu kısımda planlı kalkınmayla birlikte (mad. 166), devletin para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemelerini sağlayıcı tedbirlerle, piyasalarda tekelleşmeyi ve kartelleşmeyi önleyecek tedbirleri alması hükmüne yer vermiştir (mad. 167). Anayasa bu kısımda ayrıca, tabi servetlerin ve kaynakların aranması ve işletilmesi (mad. 168), ormanlar ve orman köylülerinin korunması (mad.169-170), kooperatifçiliğin geliştirilmesi (mad. 171), tüketiciler (mad. 172) ile esnaf ve sanatkarların korunmasına ilişkin (mad. 173) kurallar içermektedir.

Sosyal ve ekonomik hak ve ödevler kısmında yer alan, *"Devlet, tarım arazileri ile çayır ve meraların amaç dışı kullanılmasını ve tahribini önlemek, tarımsal üretim planlaması ilkelerine uygun olarak bitkisel ve hayvansal üretimi artırmak maksadıyla, tarım ve hayvancılıkla uğraşanların işletme araç ve gereçlerinin ve diğer girdilerinin sağlanmasını kolaylaştırır. Devlet, bitkisel ve hayvansal ürünlerin değerlendirilmesi ve gerçek değerlerinin üreticinin eline geçmesi için gereken tedbirleri alır."* (mad. 44) hükmü de mali ve ekonomik hükümler arasında değerlendirilebilir.

Dikkat edilirse bu bahiste yer alan hükümlerin bir kısmı devletin ekonomik yaşama doğrudan katılması, dolayısıyla karma ekonomi modelinin benimsenmesiyle ilgiliyken diğer kısmı serbest piyasa sisteminin işlerliğine yöneliktir.

Öte yandan 1982 Anayasası devletin ekonomik hayata müdahâlesi bağlamında 1961 Anayasası ile kıyaslandığında göze çarpan en önemli hususlardan birisi, 1961 Anayasası'ndaki "*İktisadi ve sosyal hayatın düzeni*" başlığını taşıyan 41. madde benzeri, devletin ekonomik hayata müdahâlesi ile ilgili ge-

72 Özbudun, E. (2017). s. 141.

nel bir hükme yer vermemiş olmasıdır[73]. Yukarıda da vurgulandığı gibi 1961 Anayasası, iktisadi ve sosyal hayatın "adalete, tam çalışma esasına ve herkes için insanlık haysiyetine yaraşır bir yaşayış seviyesi sağlanması amacına göre" düzenleneceğini belirtmekte ve yatırımları "toplum yararının gerektirdiği önceliklere" yöneltmeyi devletin görevi olarak göstermekteydi.

Kuşkusuz 1982 Anayasası devletin ekonomik hayata müdahâlesiyle ilgili böyle genel bir maddeye yer vermemiş olması iki Anayasa'nın konuya bakışları arasındaki farkı gösterir ancak ikincisinin devlet müdahâlesi konusunda etkisiz kaldığı anlamına gelmez. Anayasa yukarıda anılan hükümleriyle devlet müdahâlesinin yollarını da gösterir. Bu bağlamda 1982 Anayasası'na göre, piyasa ekonomisi için gerekli olan hukuka aykırı rekabet sınırlamalarına karşı önlemler alarak pazarın sağlıklı ve düzenli biçimde işlemesini sağlamak devletin anayasal bir görevi olduğu gibi, aynı görev tüketicilerin korunması açısından da söz konusudur[74]. Bu yönüyle devlet serbest piyasa ekonomisinin garantörüdür. Bu husus Anayasa Mahkemesi kararlarına şu şekilde yansımıştır:

"Anayasa'nın 167. maddesinde "Devlet, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemelerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alır; piyasalarda fiili veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önler... Buna göre, piyasalarda fiilen oluşacak tekelleşme ya da kartelleşme ile birlikte anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmenin de önlenmesi görevi Devlet'e verilmiştir. Madde gerekçesinde tekel benzeri gruplaşmalarında tekelleşme kapsamında görüldüğü; tekelleşmenin önlenmesinin tüketim sektörü yanında hizmet sektörü yönünden de gerekli olduğu belirtilmiştir. Ayrıca tekelleşme ve kartelleşmenin zararlarından bireyleri ve toplumu korumak Anayasa'nın 5. maddesinde Devlet'in temel amaç ve görevleri arasında öngörülen "kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak" ile de doğrudan ilgilidir. Anayasa'nın 172. maddesinde Devlet'e ayrıca "...tüketicileri koruyucu önlemleri almak" görevi de verilmiştir. Devletin, tekelleşme ve kartelleşmeyi önlemek görevi temelde tüketiciyi koruma amacı gütmektedir. 172. madde ile Devlet'e verilen tüketicileri koruma görevi ancak, tekelleşme ve kartelleşmelerin önlenerek özgür rekabet koşullarının sağlanması ile güvenceye alınabilir. Piyasa ekonomisinin etkinliği, tam rekabet koşullarının varlığına bağlıdır. Tekelleşme ya da kartelleşmeye olanak veren ortamlarda piyasa ekonomisi etkinliğini yitirir. Bu nedenle özelleştirmeye ilişkin yasal düzenlemelerde, tekelleşmeyi ve kartelleşmeyi önlemeye, tüketicileri korumaya yönelik kuralların bulunması zorunludur[75]".

Anayasa Mahkemesi posta hizmetlerinin özelleştirilmesi ile ilgili kararında aynı eğilimi sürdürmüştür. Dava dilekçesinde, posta işletmeciliği sektörü-

73 Özbudun, E. (2022). "Anayasa Mahkemesi ve Ekonomik Politika", içinde *Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 60. Yılı Anısına 60 Yıl 60 Makale, Cilt 2*, Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları, s. 923.

74 Tan, T. (1990). s. 165.

75 AYM, E.1994/43, K.1994/42-43, 9/12/1994, AMKD, Sayı 30, Cilt 1, s. 272.

nün ancak Anayasa'nın 22. maddesinde belirtilen "gizliliği" güvence altına almak amacıyla ve "kamu yararı" gerekçesi ile kamu tekeli kapsamına alınabileceği, bu şekilde tekel kapsamına alınan posta hizmetinin ise sermayesinin tamamı devlete ait özel hukuk tüzel kişisi ticari işletme lehine değil sermayesinin tamamı devlete ait olup tekel niteliğindeki mal ve hizmetleri kamu yararı gözeterek üretmek ve pazarlamak üzere kurulan ve gördüğü bu kamu hizmeti dolayısıyla ürettiği mal ve hizmetler imtiyaz sayılan kamu iktisadi teşebbüsü lehine oluşturulması gerektiği, dava konusu kurallarla kamu yararı gerekçesine dayalı kamu hizmeti kapsamına alma olmadan rekabetçi posta hizmetleri sektörünün tekel kapsamına alınarak, sektörel rekabetin ve dolayısıyla ekonomik etkinlik ile tüketici refahının dışlandığı belirtilerek kuralların, Anayasa'nın 167. ve 172. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Anayasa Mahkemesi kararında, *"Devletin tekelleşmeyi ve kartelleşmeyi önlemek görevi, temelde tüketiciyi koruma amacı gütmektedir. Anayasa'nın 172. maddesi ile Devlete verilen tüketicileri koruma görevi ancak, tekelleşme ve kartelleşmelerin önlenerek özgür rekabet ortamının sağlanması ile güvenceye alınabilir. Piyasa ekonomisinin etkinliği, serbest rekabet koşullarının varlığına bağlıdır. Tekelleşmeye veya kartelleşmeye olanak veren ortamlarda piyasa ekonomisi etkinliğini yitirir. Tekel konumundaki bir kuruluş önlem alınmadan özelleştirildiğinde, kamu tekelinin yerini özel tekelin alması kaçınılmazdır. Üstelik kamu tekeli konumundaki mal ve hizmet üretiminde Devletin doğrudan karışması olanağı varken, özel tekel durumunda bu olanak da söz konusu olmayacak, mal ve hizmet fiyatları kamu tekelinde olduğundan daha yüksekte belirleneceği gibi kalite de bundan olumsuz etkilenecektir. Bu nedenle, özelleştirmeye ilişkin yasal düzenlemelerde, tekelleşme ve kartelleşmeyi önlemeye, dolayısıyla bireyleri ve toplumu korumaya yönelik kuralların bulunması zorunludur"* gerekçesinden hareketle başvuruyu şu şekilde karara bağlamıştır:

"Mülga 5584 sayılı Posta Kanunu'nda, ağırlık ve ücret limiti olmaksızın, tüm açık ve kapalı mektuplar ile haberleşme mahiyetinde yazı içeren kartlar üzerinde bulunan tekel hakkı bir KİT olan PTT'ye ait iken; bu kez aynı tekel hakkı AB Direktifleri doğrultusunda Bakanlar Kurulu tarafından belirlenecek belli ağırlık veya ücretlerle sınırlı olarak daraltılmak suretiyle yine kamu kurumu niteliği ağır basan anonim şirket statüsündeki PTT A.Ş.'ye verilmektedir. Açıklanan nedenlerle, dava konusu kurallar Anayasa'nın 167. ve 172. maddelerine aykırı değildir. İptal istemlerinin reddi gerekir" [76].

Anayasa Mahkemesi Rekabet Kanunu'nda yapılan değişiklikle rekabeti bozan kimi durumlarda ortaklık paylarının devrini öngören düzenlemeye karşı açılan iptal davasında da aynı yaklaşımı sergilemiştir: *"Kuralla rekabeti kısıtlayıcı her türlü anlaşma, birlik kararı, uyumlu davranış, hâkim durumu kötüye kullanma, birleşme veya devralma söz konusu olduğunda bozulan rekabetin yeniden*

76 AYM, E.2013/84, K.2014/183, 4/12/2014, AMKD, Sayı 52/3, s. 1808-1809.

tesisi için ilgili teşebbüslerin davranışlarına, varlıklarını nasıl kullanacaklarına, pazarda rekabet etmelerine veya diğer teşebbüslerle yapacakları sözleşmelere yönelik yükümlülüklerden oluşan davranışsal tedbirlerin sonuç vermediği durumlarda teşebbüslerin belirli faaliyetlerini yahut ortaklık paylarını ya da mal varlıklarını devretmeleri şeklindeki yapısal tedbirlere başvurulması öngörülmektedir. Kuralın Anayasa'nın 48. maddesinin ikinci fıkrası ve 167. maddesiyle devlete yüklenen özel teşebbüslerin güvenli ve serbest piyasa içinde çalışmasını sağlama, piyasalarda fiilî şekilde veya anlaşmayla doğacak tekel ve kartelleşmeyi engelleme yükümlülüğü kapsamında piyasada rekabete aykırı davranış ya da işlemle zarar gören rekabet sürecinin kalıcı ve etkili bir şekilde düzeltilmesi suretiyle serbest piyasa ekonomisinin, rekabetçi ortamın, ekonomik aktörlerin davranışlarının oluşturduğu tehditlerden korunmasını amaçladığı anlaşılmaktadır. Bu itibarla kamu yararını gerçekleştirmeye yönelik kuralın anayasal bağlamda meşru bir amacının bulunduğu görülmektedir[77]".

Bu arada 1999 yılında yapılan anayasa değişiklikleri ile serbest piyasa ekonomisinin hukuki altyapısının biraz daha güçlendirildiğini vurgulamak gerekir[78]. 4446 sayılı Kanun'la yapılan bu değişiklikle özelleştirmeye açıkça yer vermek suretiyle çıkarılacak özelleştirme kanunlarını daha sağlam bir hukuki zemine oturtmuş[79], Danıştayın imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeler hakkındaki görüşü bağlayıcı olmaktan çıkarılmış[80] ve kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar için milletlerarası tahkime gidilebilmesinin önü açılmıştır[81].

c. Ekonomik Özgürlükler: Devletin Ekonomik Hayata Müdahâlesinin Sınırları

Devletin serbest piyasayı işler kılmadaki temel görevlerinden birisi rekabeti sağlayacak koşulları yaratmaksa, bir diğeri de ekonomik özgürlükleri korumaktır. Zira ekonomik özgürlükler piyasa düzeninin olmazsa olmaz şartıdır. 1982 Anayasası'nın ekonomik hak ve özgürlükler konusunda, bilhassa ilk şeklinde, diğer hak kategorilerine göre daha cömert olduğu yukarıda vurgu-

77 AYM, E.2020/67, K.2022/139, 9/11/2022.

78 Özbudun, E. (2007). "Türk Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve Siyasal Elitlerin Tepkisi", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, C. 62., S. 3., s. 264.

79 47. maddeye eklenen 3'üncü ve 4'üncü fıkralara göre, "Devletin, kamu iktisadî teşebbüslerinin ve diğer kamu tüzelkişilerinin mülkiyetinde bulunan işletme ve varlıkların özelleştirilmesine ilişkin esas ve usuller kanunla gösterilir. Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzelkişilere yaptırılabileceği veya devredilebileceği kanunla belirlenir."

80 155. maddede yapılan değişiklikle, Danıştayın "imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerini incelemek" görevi, "imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkında iki ay içinde düşüncesini bildirmek" şeklinde değiştirilmiştir.

81 125'inci maddeye, "kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların millî ve milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi öngörülebilir. Milletlerarası tahkime ancak yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar için gidilebilir" hükmü eklenmiştir.

lanmıştı. Anayasası'nın, 1961 Anayasası'nın aksine mülkiyet hakkını kişisel haklar arasında düzenlenmesi bu bağlamda anlamlıdır.

İçerik ve konuları itibarıyla ekonomiyle ilgili hakları[82] ifade eden bu hak ve özgürlükler bir yandan devletin ekonomiye müdahâlesinin sınırlarını tayin etseler de diğer taraftan kendileri de birtakım kısıtlamalara tabidirler. Söz gelimi herkes miras ve mülkiyet hakkına sahiptir ancak bu hak kamu yararına aykırı bir biçimde kullanılamaz. Öte yandan devlet bu hakkı, kamulaştırma ve devletleştirme, tarımın ve çiftçinin korunması, tabii servet ve kaynakların aranması ve işletilmesi gibi nedenlerle de sınırlandırabilir.

Arazi toplulaştırmasının ve tarla içi geliştirme hizmetinin malikin rızası olmadan yapılabilmesine imkân tanıyan kanun hükmü ile ilgili iptal başvurusu üzerine Anayasa Mahkemesi, kamu yararının hangi ölçüler içinde kullanılması gerektiğini ortaya koymuştur:

"Toplulaştırma ve tarla içi geliştirme hizmetleri… arazilerin parçalanmasını önleme, parçalanan arazileri birleştirme ve arazilerin kullanım biçimlerini belirleme gibi yetkileri içermektedir. Tarım arazisinin ailenin geçimini sağlamaya ve aile iş gücünü değerlendirmeye yeterli olmayacak derecede parçalanmasının ve küçülmesinin önlenmesinde, parçalanmış arazilerde ise tabii özellikleri, kullanım bütünlüğü ve mülkiyet hakları gözetilerek birden fazla arazi parçasının birleştirilip ekonomik, ekolojik ve toplumsal yönden daha işlevsel bir büyüklüğe kavuşmasında ve özellikleri ile alanı değerlendirilerek bu arazilerin kullanım şekillerinin belirlenmesinde kamu yararının bulunduğu gözetildiğinde kuralın mülkiyet hakkını kamu yararı amacıyla sınırladığının kabulü gerekir.

Bu kapsamda mülkiyet hakkının kuralla sınırlanması suretiyle ulaşılmak istenen amaç ile bu amacı gerçekleştirmek için kullanılan araçlar arasında makul bir ölçülülük ilişkisinin olup olmadığı değerlendirilmelidir.

Malikin rızası aranmaksızın arazi toplulaştırma ve tarla içi geliştirme hizmetleri yapılabilmesinin sebep olduğu sınırlamanın, tarım arazilerinin aile geçimini sağlamaya ve aile iş gücünü değerlendirmeye yeterli olmayacak derecede parçalanmasını ve küçülmesini önlemek, birden fazla arazi parçasının birleştirilerek ekonomik, ekolojik ve toplumsal yönden daha işlevsel bir büyüklüğe kavuşmasını ve bu arazilerin en fazla verim elde edilecek şekilde kullanılmasını sağlamak biçimindeki amaçlar bakımından elverişli ve gerekli olmadığı söylenemez[83]".

1982 Anayasası çalışma, sözleşme ve teşebbüs özgürlüğünü düzenleyen 48. maddesinde ise herkesin, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahip olduğunu ve özel teşebbüsler kurmanın serbest olduğunu vur-

82 Tanör, B. ve Yüzbaşıoğlu, N. (2009). *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, İstanbul: Beta Yayınları, s. 173.

83 AYM, E.2018/104, K.2020/39, 16/7/2020, AMKD, Sayı 57/2, s. 812-813.

guladıktan sonra devleti, özel teşebbüslerin millî ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri almakla görevli kılmıştır. Anayasa Mahkemesinin kira artışına sınır getiren düzenlemeye ilişkin kararı mülkiyet hakkıyla birlikte sözleşme özgürlüğünün sınırlandırılmasında uyulacak esasları göstermesi bakımından önemlidir.

4531 sayılı Kanun eliyle gayrimenkul kiraları hakkındaki kanuna eklenen geçici bir kural ile kira bedelleri artış oranları 2000 yılı için %25 oranında dondurulmuş ve düzenleme itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesine taşınmıştır. Dava dilekçesinde kiraların arttırılmasına ilişkin düzenlemenin, sosyal hukuk devleti ilkeleriyle bağdaşmadığı, kira sözleşmeleriyle taraflar gelecek yıla ait kira artışlarını serbestçe belirlerken bu artışın sınırlandırıldığı, bunun taşınmaz sahipleri aleyhine sonuçlar yarattığı, eşitlik ilkesine aykırı olduğu, mülkiyet hakkını sınırladığı, bunun Anayasa'nın 2., 10., 11., 13. ve 35. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülerek iptali istenmiştir.

Anayasa Mahkemesi itiraz konusu kuralı Anayasa'nın yalnız 2., 10., 11., 13. ve 35. maddeleri yönünden değil, ilgisi nedeniyle 48. maddesi yönünden de incelemiştir: *"… Taşınmaz mal kiralarının sürekli yükselişi ve içinde kira paralarının önemli etkisi olan fiyat artışlarının ekonomik ve dolayısıyla sosyal yaşamı olumsuz yönde etkilemesi karşısında Devletin, sosyal huzurun sağlanması, toplumsal barış ve kamu düzeninin korunması amacıyla kiracı kiralayan ilişkilerini düzenlemesi, böylece insanımızı hak ettiği yaşam düzeyine kavuşturması, gelir dağılımını düzeltmesi ve yoksullukla mücadele etmesi Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen sosyal hukuk devleti olmanın gereğidir".*

Anayasa'nın 35. maddesinde, herkesin mülkiyet ve miras haklarına sahip olduğu, bu hakların kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlandırılabileceği ve toplum yararına aykırı kullanılamayacağı ifade edilmiştir. Mülkiyet hakkı kişiye, başkasının hakkına zarar vermemek ve yasaların koyduğu sınırlamalara uymak koşuluyla sahibi olduğu şeyi dilediği gibi kullanma, ürünlerinden yararlanma ve tasarruf olanağı verir.

Çalışma ve Sözleşme Hürriyetini düzenleyen 48. maddenin birinci fıkrasında herkesin dilediği alanda çalışma ve sözleşme özgürlüğüne sahip olduğu açıkladıktan sonra ikinci fıkrasında "Devlet özel teşebbüslerin millî ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesinin, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır" denilerek Devlete bu konuda düzenleme yapma yetkisi verilmiştir. Anayasa'nın 13. maddesinde belirtildiği biçimde, yasa koyucu tarafından yapılan temel hak ve özgürlüklerle ilgili sınırlamalar demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmayacakları gibi sınırlama ile öngörülen amaca elverişli ve ölçülü olmalıdır… İtiraz konusu Yasa'nın gerekçesinde de amacının, ekonomi kurallarına göre hak ve nasfete uygun, makul bir kira parasının saptanmasında kiracının durumu ve ekonomik güçlerin değerlendirilmesi, dengelenmesi, yanında yargı içtihat-

larına rağmen tüketici fiyat endeksinin üstünde seyreden kira paralarındaki artışın sınırlandırılarak diğer fiyatların yükselmesinin önlenmesi olduğu belirtilmiştir. Bu durumda kira paralarının sürekli yükselişinin ekonomik ve sosyal yaşamı olumsuz yönde etkilemesi nedeniyle, kira artışlarının, temel ekonomik göstergelerin hedeflerine bağlı olarak geçici bir süre için sınırlandırılmasının kiracı kiralayan arasında bozulan ekonomik dengenin yeniden sağlanması toplumsal barış ve kamu yararını gerçekleştirmek amacıyla getirildiği anlaşılmaktadır. Konut ve işyeri olarak çeşitli yönleriyle toplumu etkileyen taşınmaz mal kirası, özel hukuk yanında kamu hukukunu da ilgilendirmektedir. Taşınmaz mal darlığının, Devletçe önlem alınmaması durumunda kiraların normalin üstünde artacağı açıktır. Kira olgusunun bu bakımdan toplumsal bir sorun olduğu kabul edildiğinde Devletin kira konusunda kamu yararı amacıyla kimi hak ve özgürlükleri sınırlandırmasında Anayasa'nın 2., 13., 35. ve 48. maddelerine aykırılık yoktur[84]*".*

Özel Öğretim Kurumları Kanunu'nda yer alan, dershanelerin "özel eğitim kurumları" kapsamından çıkarılmasına ve mevcut dershanelerin faaliyetlerinin 1.9.2015 tarihine kadar devam edebilmesine ilişkin düzenlemelere dair kararı, sınırlamalarda hangi ölçütlere uyulması gerektiğini göstermesi bakımından önemlidir. Dava dilekçesinde özetle, dava konusu kuralların zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaç nedeniyle getirilmediği ve eğitim ve öğrenim hakkını, girişim özgürlüğünü, çalışma hakkını içinde barındıran dershane faaliyetinin tümden ortadan kaldırılmasının ölçüsüz ve öze dokunur olduğu, devletin sınırlamadan beklenen kamu yararı ile bireyin hak ve özgürlükleri arasında adil dengeyi sağlamakla yükümlü iken dershanecilik faaliyetinin yasaklanması ile özel teşebbüste bulunma hakkının tümüyle ortadan kaldırıldığı belirtilerek düzenlemenin Anayasa'nın 48. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Anayasa Mahkemesi kararında öncelikle teşebbüs özgürlüğünün kapsamı ve sınırlarına[85] ilişkin değerlendirmenin ardından düzenlemeyi Anayasa'ya aykırı bulmuştur: *"Dershanelerin, eğitim öğretim alanında faaliyet gösteren teşebbüsler oldukları dikkate alındığında, Devletin bunlar üzerindeki gözetim ve denetiminin çok daha sıkı olması gerektiği açıktır. Bu anlamda kanunlara aykırı davranan teşebbüslere idarece yaptırım uygulanabilmesi ve kanunî şartları oluştuğunda bu teşebbüslerin çalışma izinlerinin iptal edilebilmesi mümkündür. Ancak kanunî çerçevede faaliyetini sürdüren bir özel teşebbüsün demokratik toplum düzeni yönünden*

84 AYM, E.2000/77, K.2000/49, 21/11/2000, AMKD, Sayı 38/1, s. 208-209.

85 Anayasanın 48. maddesinde güvence altına alınan teşebbüs özgürlüğü her gerçek ve tüzel kişinin dilediği alanda serbestçe ekonomik girişimde bulunma hakkını korumaktadır. Madde gerekçesinde ifade edildiği üzere, bu özgürlük "ferde ekonomik huzur ve refahını bizzat sağlamak amacı ile bir ekonomik ve sosyal hak olarak düzenlenmiştir." Yine gerekçede belirtildiği üzere, 48. madde "hem özel teşebbüse güvence tanımış, hem de getirilebilecek sınırlamaları ikinci fıkrasında göstermiştir." Buna göre Devlet, kamu yararı olan durumlarda ve millî ekonominin gerekleri ve sosyal amaçlarla özel teşebbüs özgürlüğüne sınırlamalar getirebilir.

zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaç olmaksızın, arz ve talebe, dolayısıyla bireyin özgür iradesine bağlı serbest piyasa şartlarından kaynaklanmayan nedenlerle tamamen yasaklanması/kapatılması, özel teşebbüs özgürlüğünü korumasız bırakır.

Dava konusu kurallar ile okul dışı eğitim alanında özel teşebbüs statüsünde faaliyet gösteren dershaneler kapatılmaktadır. Her ne kadar, bu süreçte dershanelerin özel okullara dönüşmesine yönelik imkânlar sunulmaktaysa da, dönüşüm programına alınmayan veya dönüşümü kabul etmeyen teşebbüslerin faaliyetlerine son verilmektedir. … Kanun koyucu tarafından dershanelere ilişkin düzenleme yapılırken bireylerin tercihleri doğrultusunda okul dışı eğitim alma ihtiyaçlarını karşılamaya yönelik farklı çözüm yollarının öngörülmesi gerekmektedir. Belirtilen nitelikte bir düzenleme getirilmeksizin ve demokratik toplum düzeni yönünden zorlayıcı bir neden ortaya konulmaksızın, sınırlama amacını gerçekleştirecek daha az sınırlayıcı araçlara da başvurulmadan tamamen yasaklayıcı bir yöntemle dershanelerin kapatılması, teşebbüs özgürlüğüne demokratik toplum düzeninde gerekli olmayan ölçüsüz bir sınırlama niteliğindedir[86]*".*

Görüldüğü gibi ekonomik özgürlükler kendilerine özgü sınırlamalara tabidir. Fakat bu noktada "özgürlük kural sınırlama istisna" ilkesini hatırlamak ve sınırlamaların özünde piyasa düzeninin işleyişini engelleyemeyeceğini vurgulamak gerekir. Bu bağlamda Anayasa Mahkemesinin ekonomik haklar konusunda, tıpkı diğer haklarda olduğu gibi, sınırlamanın meşru bir amaca dayanmasını yeterli bulmadığını, Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan diğer koşulların varlığını da aradığını vurgulamak gerekir. Mahkemeye göre aralarında sıkı bir ilişki bulunan, "temel hak ve hürriyetlerin özü", "demokratik toplum düzeninin gerekleri" ve "ölçülülük ilkesi" kavramları, bir bütünün parçaları olup demokratik bir hukuk devletinin özgürlükler rejiminde gözetilmesi gereken temel ölçütleri oluşturmaktadır.

3. Anayasa Mahkemesinin Yaklaşımı

a. Nispi Tarafsızlık/Yansızlık

1982 Anayasası'nın ekonomik alana ilişkin hükümlerini ve ekonomik özgürlüklere ilişkin düzenlemelerini gördükten sonra, Anayasası Mahkemesinin ekonomik düzen konusundaki yaklaşımına bakabiliriz.

Hemen belirtmek gerekir ki 1961 Anayasası döneminde Anayasa'nın karma ekonomi modelini benimsediğini ifade eden Yüksek Mahkeme, 1982 Anayasası döneminde 2983 sayılı Kanun'un[87] iptali için açılan davada davacının,

86 AYM, E.2014/88, K.2015/68, 13/7/2015, AMKD, Sayı 52/6, s. 3694-3695.

87 Kanun, Kamu Kurum ve Kuruluşlarına (Kamu İktisadi Kuruluşları ve İktisadi Devlet Teşekkülleri dâhil) ait … altyapı tesisi ile bunlara ait tesisler için münferit olarak veya bir grup halinde "Gelir Ortaklığı Senedi" ile Kamu İktisadi Kuruluşları ve İktisadi Devlet Teşekkülleri için "Hisse Senedi" çıkarılması ve işletme hakkı verilmesine dair hükümleri kapsamaktaydı.

"Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan "Sosyal Hukuk Devleti" ile Başlangıcındaki Atatürk ilkeleri arasında köklü bir bağlantı bulunduğunu; sosyal devletin, diğer nitelikleri yanında ekonomik yaklaşımlarında kamu girişimlerine ağırlık veren ve millî ekonomiyi bu anlayışla düzenleyen bir devlet olduğunu, bu nedenle, Kamu İktisadi Teşebbüsleri ile Atatürk ilkeleri arasında, organik bir bağ bulunduğunu, Anayasa'nın kimi maddelerinde Kamu İktisadi Teşebbüslerinin varlığının tescil edildiğini; bu itibarla devletin ekonomik faaliyetlerinin asli unsurunu teşkil eden bu kuruluşların ve kuruluşlara bağlı tesislerin tümü ile eden çıkarılmasının ve özel kesime devrinin mümkün bulunmadığını" öne sürmesi karşısında, meseleyi önce Atatürk'ün ekonomik görüşleri sonra da Anayasa'nın benimsediği ekonomik sistem bağlamında ele almış ve şu karara varmıştır:

" Atatürk'ün iktisadi görüşleri kati 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...

"Çok partili demokratik rejimi benimseyen Anayasamızda, Anayasa ilkelerine ters düşmemek koşuluyla iktidarların ekonomi alanında müdahâleci veya liberal bir politika izlemelerine bir engel bulunmamaktadır[88]".

Konuya ilişkin ikinci karar Kamulaştırma Kanunu ile ilgili karardır. Davacı dilekçesinde, Anayasa'nın 47. maddesinde çıkarılacak kanunun konusunun belirlendiğini, bunun "gerçek karşılığın hesaplanma tarzı ve usulü" olduğunu oysa dava konusu 2. maddeyle, bu sınırlamanın aşılarak devletleştirme esaslarının adeta yeniden düzenlemeye tabi tutulduğunu ve Anayasa'nın 47. maddesinin birinci fıkrasında bulunmayan kimi şartlara yer verilerek devletleştirme imkanının ortadan kaldırıldığını, düzenlemenin bu durumu ile Anayasa'ya aykırı olduğunu ileri sürmüştür.

Anayasa Mahkemesi ise kararında, *"Atatürk'ün iktisadi görüşleri kati ve doktriner olmayıp, ülke koşullarına uygun politikalar izlenmesine açık olduğunu; nitekim, 1924 Anayasasında 1937 yılında yapılan değişiklikle "Devletçilik, Türkiye Cumhuriyeti Devletinin niteliklerinden biri sayıldığı halde 1961 ve 1982 Anayasalarında devletçilik ilkesine yer verilmediğini; bununla beraber Anayasa'nın, liberal bir iktisadi politika takibine elverişli olduğu kadar karma bir iktisadi politika takibine de müsait olduğunu; (kaldı ki) devletçiliğin sosyal devleti gerçekleştirmenin tek aracı olmadığını*[89]" vurgulamış ve iptal istemini reddetmiştir.

Anayasa Mahkemesinin özelleştirme ve devletleştirme kanunları ile ilgili kararlarında geçen bu ifadeler, öğretide farklı tepkilerin doğmasına yol açmıştır. Duran'a göre Anayasa Mahkemesi kararlarından çıkarılabilecek ilk

88 AYM, E.1984/9, K.1985/4, 18/2/1985, AMKD, Sayı 21, s. 59.
89 AYM, E.1985/2, K.1985/16, 27/9/1985, AMKD, Sayı 21, s. 222.

sonuç, KİT'lersiz ve karma ekonomisiz bir sosyal devletin var olabileceğidir. İkinci sonuç ise Yüksek Mahkemenin, Anayasa'nın öne çıkardığı ekonomik politikayı belirlemekte güçlük çektiğidir. Yazara göre, "Anayasa Mahkemesi, bir yandan liberal ekonomi politikasının karşıtı olarak müdahâleciliği kabul ederken öte yandan karma ekonomi politikasını öne sürmektedir. Oysa liberal ekonomi politikası da az çok devlet müdahâlesine yer verdiğine göre müdahâleciliğin karşıtı değildir. Bunun gibi liberal iktisadi politikanın karşıtı, karma iktisadi politika olmayıp sosyalist ekonomi düzenidir"[90].

Tan da, Yüksek Mahkemenin kararlarından, karma ekonomik sistemin müdahâlecilikle eş anlamlı olduğu ve liberal iktisat politikasının karşısında bulunduğu gibi bir anlamın çıkarılabileceği kanaatindedir. Tan'a göre, liberal ekonomi politikası kamunun ekonomiye müdahâlesini tümüyle dışlamamıştır. Zaten devletin ekonomiye müdahâle etmediği bir ekonomik düzen de yoktur. Başka bir deyişle, piyasa ekonomisiyle karma ekonomi arasında bir bağdaşmazlık bulunmamaktadır[91].

Zaten Kılıçbay da karma ekonomiye sadece özel teşebbüs ve kamu teşebbüs kıyaslaması açısından bakmanın yetersiz olduğunu; karma ekonominin, kişisel refah kriteri ile sosyal refah ölçütlerini ahenkli kılan bir boyutunun bulunduğunu ifade etmektedir[92]. Bu değerlendirmelerden çıkan sonuç Anayasa Mahkemesinin ekonomik sistem tespitinde kafa karışıklığı yaşadığıdır.

Özbudun ise Anayasa Mahkemesinin bu kararlardaki yaklaşımıyla ekonomik alanda siyasal iktidara geniş bir taktir yetkisi tanıdığını ifade etmiş ve kararlardaki tutumu dengeli ve makul olarak nitelemiştir. Özbudun'a göre, KİT'leri ve devletçiliği, sosyal devletin vazgeçilmez şartları saymak sosyal devletin çağdaş anlamına ve çağdaş Batı demokrasisinin uygulamalarına uygun değildir. Anayasa'nın devletçi ve müdahâleci bir ekonomik politikanın izlenmesini zorunlu kıldığı şeklindeki bir kabul, çok partili demokratik rejimin mahiyetine aykırı düşer. Anayasa'daki sosyal devlet anlayışı siyasal iktidarlara belli bir ekonomik politika empoze etmez. Anayasa açısından söylenebilecek olan şey, Anayasa ile ne saf liberal ne de saf devletçi ekonomi modelinin uygulanmasının mümkün olduğudur. Özbudun bu durumu anayasanın ekonomik modeller karşısındaki nispi tarafsızlığı olarak nitelemektedir[93].

b. Nispi Tarafsızlık/Yansızlık Yaklaşımının Aşınması

Anayasa Mahkemesinin yukarıda ele alınan kararlardaki yaklaşımını dengeli ve makul bulan Özbudun, Yüksek Mahkemenin aşağı yukarı aynı za-

90 Duran, L. (1986). "Anayasa Mahkemesine Göre Türkiye'nin Hukuk Düzeni", *Amme İdaresi Dergisi*, C. 19., S. 2., s. 4-9.
91 Tan, T. (1990). s. 164.
92 Kılıçbay, A. (1992). s. 39.
93 Özbudun, E. (2017). s.144.

manlarda verdiği iki kararında oldukça farklı bir yaklaşım izlediğini vurgulamıştır[94]. Bunlardan ilki, "22/11/1934 tarihli ve 2644 sayılı Tapu Kanunu'nun 35'inci maddesi ile 18/3/1924 tarih ve 442 sayılı Köy Kanunu'nun 87'nci maddesine Birer Fıkra Eklenmesi Hakkında" 21/6/1984 kabul tarihli 3029 sayılı Kanun'un iptaline ilişkin karardır. Kanun, Bakanlar Kurulunun uygun göreceği yabancı ülke halkına mütekabiliyet şartı aranmaksızın Türkiye'de mülk edinme hakkı getirmişti. Ayrıca yabancıların köylerde mülk edinmeleri yasaklanmışken, buralarda da mütekabiliyet şartı aranmaksızın Bakanlar Kurulunun uygun göreceği bölge ve illerde arazi ve emlak alabilmelerine imkân tanımıştı. Anayasa Mahkemesi, "… *Ülkede yabancının arazi ve emlak edinmesi salt bir mülkiyet sorunu gibi değerlendirilemez. Toprak, devletin vazgeçilmesi olanaksız temel unsuru, egemenlik ve bağımsızlığın simgesidir… (Düzenleme), Başlangıcın 4. ve 7. paragraflarında yer alan Anayasa'nın yorumu ve uygulamasında siyasal kadroların öznel değerlendirmelerini etkisiz bırakmak amacıyla getirildiği kuşkusuz bulunan temel ilkelere aykırıdır*[95]".

Daha sonra 1986 yılında çıkarılan 3278 sayılı Kanun'la, yine mütekabiliyet şartı aranmadan yabancılara mülk edinme hakkı tanınmıştı. Yeni düzenlemenin iptal edilen kanun hükümlerinden farkı, öncekinin yabancılara belli bölgelerdeki mülkler için satış izni vermesine karşın, burada ülkenin tümünde mütekabiliyet şartı aranmaksızın mülk edinme olanağı sağlanmış olmasıydı. Anayasa Mahkemesi bu kanunun ilgili hükümleri için de iptal kararı vermiştir[96].

Anayasa Mahkemesinin bu konudaki diğer kararı, 4875 sayılı Kanun ile ilgilidir. İptal istemi ile ilgili dava dilekçesinde, 4875 sayılı Kanun'un 3. maddesinin (d) bendi ile, yabancı yatırımcıların Türkiye'de kurdukları veya iştirak ettikleri tüzel kişiliğe sahip şirketlerin, Türk vatandaşlarının edinimine açık olan bölgelerde karşılıklılık koşulu olmaksızın kamu yararı ve ülke güvenliği açısından belli alanlar dışlanmadan ve miktar bakımından sınırlama yapılmaksızın taşınmaz mülkiyeti veya sınırlı ayni hak edinmelerine imkan sağlandığı; bu durumun Anayasa'nın Başlangıç kısmı ile 2., 3. ve 11. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Anayasa Mahkemesi, "*Dava konusu yasa kuralıyla yabancı yatırımcıların Türkiye'de kurdukları veya iştirak ettikleri tüzel kişiliğe sahip şirketlerin Türk vatandaşlarının edinimine açık olan bölgelerde taşınmaz mülkiyeti veya sınırlı ayni hak edinmeleri serbesttir denilmiştir. Hukuk devletinin… işlevlerinin yaşama geçirilebilmesi bağlamında milli ekonominin ulusal çıkarlar doğrultusunda düzenlenebilmesi için yabancı yatırımcıların edineceği taşınmaz mülkiyeti ve sınırlı ayni hakların iktisap*

94 Özbudun, E. (2022). s. 926.
95 AYM, E.1984/14, K.1985/7, 13/6/1985, AMKD, Sayı 21, s. 173.
96 AYM, E.1986/18, K.1986/24, 9/10/1986, AMKD, Sayı 22, s. 233 vd.

amacı, kullanım şekli ve devrine ilişkin esas ve usullerin Yasada belirlenmesi gerekirken bu yönde hiçbir düzenleme yapılmamış olması belirsizliklere yol açmakta ve yabancı yatırımcılara sınırsız bir şekilde taşınmaz mülkiyeti ve sınırlı ayni hak edinme olanağı tanınmaktadır[97]" diyerek anılan kuralı, Anayasa'ya aykırı bulmuştur.

Anayasa Mahkemesinin bu kararları, neredeyse dünya ölçeğinde yaygınlaşan yabancı yatırımların teşviki ve döviz girişinin artırılmasını sağlama politikalarının yürürlükte olduğu ve Türkiye'deki hükûmetlerin de bu yönde çaba gösterdikleri bir döneme denk gelmiştir. Kararlar hükûmetlerce benimsenen ekonomik politikalara müdahâle bağlamında eleştirilere yol açmış ve Anayasa'nın benimsemiş olduğu nispi tarafsızlık/yansızlık pozisyonu bakımından makul bulunmamıştır[98]. Öncelikle belirtmek gerekir ki bu kararların ekonomik sistem tercihiyle ilişkisi doğrudan değil, dolaylıdır. Öte yandan Anayasa Mahkemesinin kararlarında dayandığı gerekçeler, söz gelimi "millî ekonominin ulusal çıkarlar doğrultusunda düzenlenmesi", "mütekabiliyet"… gibi prensipler, hiç de yabana atılabilecek cinsten değildir. Yabancılara mülk satışının bölgesel ve sektörel ölçekte bazı sınırlandırmalara tabi tutulması ulusal çıkarlar açısından gereklidir.

Anayasa Mahkemesinin nispi tarafsızlık/yansızlık konusunda sorunlu bulunan bir diğer kararı, 3987 sayılı Özelleştirme Uygulamalarının Düzenlenmesi ile Özelleştirme Sonucunda Doğabilecek İstihdamla İlgili Sorunların Çözümlenmesine İlişkin Kanun Hükmünde Kararnameler Çıkarılması Amacıyla Yetki Verilmesine Dair Kanun ile ilgili kararıdır.

Anayasa Mahkemesi kararında[99]; özelleştirmenin Anayasa'ya aykırı olmadığını[100] ancak kamu mülkiyetinin de özel mülkiyet gibi korunması gerektiğini, dolayısıyla özelleştirmenin kanunla yapılmasının şart olduğunu ve her KİT için kanun çıkarılması zorunluluğunun bulunduğunu[101], özelleştirmede

97 AYM, E.2003/71, K.2008/79, 11/3/2008, AMKD, Sayı 45/2, s. 967.

98 Özbudun, E. (2022). s. 926.

99 AYM, E.1994/49, K.1994/45-2, 7/7/1994, AMKD, Sayı 30/1, s. 222 vd.

100 "*Anayasa'da 46. maddede "kamulaştırma"ya, 47. maddede "devletleştirme"ye yer verilmesine karşın özelleştirme konusunda özel bir düzenleme öngörülmemiştir. "Sosyal devlet"te kamu hizmetlerinin çoğalması eğilimi giderek ağır bastığı için anayasalarında özelleştirmeye yer veren devletler de bulunmaktadır. Ancak, Anayasa'da özelleştirme konusunun özel olarak düzenlenmemiş olması, yasaklandığı anlamına gelmez. Anayasa'da doğrudan özelleştirmeye ilişkin kurallar bulunmaması nedeniyle yasakoyucu, Anayasa'nın genel ilkelerine aykırı olmamak koşuluyla, konuyu düzenleme yetkisine sahiptir. Başka bir anlatımla, Anayasa'da özelleştirmenin öngörülmemiş olması yasa koyucunun bu konuda düzenleme yapmasını engellemez*". (AYM, E.1994/49, K.1994/45-2, 7/7/1994, AMKD, Sayı 30/1, s. 263.)

101 "*Anayasa'nın 35. maddesindeki mülkiyet hakkıyla ilgili korunmanın, kamu mülkiyeti için de özel mülkiyetle eşit biçimde değerlendirip düzenlemesi kaçınılmazdır. Bu nedenle, özel teşebbüslerin devletleştirilmesinde olduğu gibi kamu varlıklarının özelleştirilmesinde de yetki, yasama organınındır. Bu yetki, yasama organının kamu mülkiyetinin de koruyucusu olmasının doğal sonucudur. Özelleştirme Anayasa'da yasaklanmadığına göre yasama organı, yararlı, gerekli ya da uygun gördüğü kamu varlıklarının özelleştirilmesini Anayasa'nın 11. maddesi gereğince Anayasa'nın ilkelerine ve*

gerçek değerin aranmasını[102], yabancılara satış konusunda gereken tedbirlerin alınmasını[103], tüketicilerin korunması ve tekelleşmenin önlenmesi gerektiğini vurgulamış ve Kanun'un iptaline karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesinin bu kararında özelleştirme konusunda sergilemiş olduğu yaklaşım, iktidarlara ekonomik politika konusunda inisiyatif tanıyan önceki eğiliminden farklı bir yol izlediği şeklinde yorumlanmıştır[104]. Doğrusu, Anayasa Mahkemesinin bu kararında iptale dayanak olarak gösterdiği gerekçeler pek çok noktadan eleştirilmiştir[105]. Ancak karara bir bütün olarak bakıldığında Anayasa Mahkemesinin özelleştirmeye değil, özelleştirmenin yapılış usulüne ve özelleştirmede gözetilmesi gereken hususların dikkate alınmamasına karşı olduğu görülmektedir. Dolayısıyla karar, Anayasa'nın ekonomik sistemler karşısındaki nispi tarafsızlığı prensibinden kopuş anlamına gelmemektedir. Kanaatimce karar, olsa olsa özelleştirmeyi zorlaştırarak nispi tarafsızlık ilkesinin zorlanması biçiminde değerlendirilebilir.

---

kurallarına bağlı kalarak, yasayla belirleyebilir. 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 olurunu öngören özel bir yasa çıkarılması gereksinimini ortadan kaldırmaz. Çünkü yasama organı özelleştirilecek KİT için anayasal ilkelere aykırı olmamak üzere çerçeve yasaya ayrık biçimde özelleştirme koşullarında değişiklik yapma yetkisine sahip bulunmaktadır" (AYM, E.1994/49, K.1994/45-2, 7/7/1994, AMKD, Sayı 30/1, s. 264)

102 "*Özel mülkiyet için Anayasa'nın 35. maddesiyle getirilen koruma, devletin ve diğer kamu tüzelkişilerinin mülkiyet hakları için de geçerli olduğundan, bu durumun doğal sonucu, KİT'lerin özelleştirilmesinde gerçek değerinin gözetilmesi gerekir*". (AYM, E.1994/49, K.1994/45-2, 7/7/1994, AMKD, Sayı 30/1, s. 264)

103 "*Kalkınmayı hızlandırmak için elbette dış borçlanma, yabancı sermaye, yabancı ortaklıklardan yararlanmak gerekir. Ancak, özelleştirme yoluyla giderek yabancıların nüfuzuna yol açılması, ülke bağımsızlığı yönünden kabul edilemez. Bu gerçek, özelleştirme politikası uygulayan gelişmiş kimi ülkeleri bile önlem alma zorunda bırakmıştır. Örneğin, yabancılara satılabilecek pay oranı Fransa'da %20, Belçika'da %20-25, İngiltere'de ise %10 ile sınırlandırılmıştır. 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. Halka ya da çalışana satılsa bile yasada önlem getirilmedikçe payların hızla el değiştirmesi her zaman için olanaklıdır. Özelleştirilen ve ilk aşamada halka satılan kuruluşların sonradan yerli ya da yabancı sermaye gruplarının eline geçme olasılığı fazladır. Düzenlemelerin bu tür durumları önleyecek biçimde yapılması gerekir. Anayasa'nın 47. maddesinde devletleştirme olanağının getirildiği, yabancıya satışın ülke çıkarlarına olumsuz etkisi görülürse devletleştirme yoluna gidilerek bu riskin ortadan kaldırılabileceği düşüncesi, ulusal ve uluslararası hukuk yönünden pek geçerli görülemez*" (AYM, E.1994/49, K.1994/45-2, 7/7/1994, AMKD, Sayı 30/1, s. 269-270)

104 Özbudun, E. (2022). s. 929.

105 Savaş, V. F. (1998). "Anayasa Mahkemesi ve özelleştirme (İktisadi Yaklaşım)", *Anayasa Yargısı*, C. 15, s. 79 vd; Ruhi, M. E. (2005). "Türkiye 'de Özelleştirmenin Hukuki Boyutu", *AÜEHFD*, C. IX., S. 3-4., s. 253 vd.

c. Nispi Tarafsızlığa Dönüş

Meselenin özelleştirme ile ilgili tarafı 1999 yılında yapılan anayasa değişikliği ile çözülmüştür. Yabancılara mülk satışı konusunda ise Anayasa Mahkemesi içtihat değiştirmiştir.

İçtihat değişikliğini açıkça ortaya koyan karar, 2644 sayılı Tapu Kanunu'ndaki değişikliğe ilişkindir. Başvuru dilekçesinde öncelikle karşılıklılık esasının madde metninden çıkarılmasının Anayasa'ya aykırı olduğu iddia edilmiştir. Anayasa Mahkemesi, *"6302 sayılı Tapu Kanunu ve Kadastro Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun'un 1. maddesiyle değiştirilen 2644 sayılı Tapu Kanunu'nun 35. maddesinin birinci fıkrasında, önceki düzenlemeden farklı olarak "karşılıklılık ilkesine" yer verilmemiştir. Bu ilke, devletlerarası ilişkilerin gereği olarak kullanılmakta olup, genel olarak yabancı devletlerin, Türkiye Cumhuriyeti vatandaşları ile tüzel kişilere tanıdığı haklar ölçüsünde, Türkiye Cumhuriyeti'nin de yabancı gerçek ve tüzel kişilere haklar tanıması esasına dayanır. Anayasa'nın Başlangıç kısmında Türkiye Cumhuriyeti'nin "Dünya milletleri ailesinin eşit haklara sahip şerefli bir üyesi" olduğu belirtilmiştir. Anayasa'nın 176. maddesi uyarınca, Anayasa'nın dayandığı temel görüş ve ilkeleri belirten Başlangıç, Anayasa metnine dahildir. Ancak, Başlangıçta ifadesini bulan görüş ve ilkelerin, soyut nitelikleri gereği bağımsız birer hüküm olarak uygulanmalarından ziyade, Anayasa'nın maddelerinde yer alan hükümlerin yorumlanmasında dikkate alınmaları gerektiği açıktır. Kaldı ki "Dünya milletleri ailesinin eşit haklara sahip şerefli bir üyesi" ifadesi, Türkiye Cumhuriyeti'nin bağımsızlığını vurgulamakta olup, bu ifadeden devletin yabancılar hukukuyla ilgili yapacağı düzenlemelerde mutlaka karşılıklılık(mütekabiliyet) şartına yer verilmesi gerektiği sonucu çıkarılamaz. Öte yandan, Anayasa'nın 16. maddesinde temel hak ve hürriyetlerin yabancılar için, milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla sınırlanabileceği belirtilmiş, ancak bu sınırlamada karşılıklılık ilkesinin dikkate alınacağına dair bir hükme yer verilmemiştir. Benzer şekilde, Anayasa'nın 35. maddesinde, herkesin mülkiyet ve miras hakkına sahip olduğu ve bu hakların ancak kamu yararı amacıyla kanunla sınırlanabileceği hükme bağlanmış ise de yabancıların bu haklardan istifadesi için mütekabiliyet şartı öngörülmemiştir. Buna göre, Anayasa'nın yukarıda ifade edilen hükümlerinde ya da diğer maddelerinde açık ya da zımni olarak karşılıklılık ilkesinin anayasal bir ölçü norm olduğunu gösteren herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. İnsan hakları hukuku açısından bakıldığında da karşılıklılık ilkesinin her durumda uygulanması zorunlu bir ilke olduğu söylenemez*[106]" diyerek önceki içtihadından dönmüştür.

Anayasa Mahkemesinin konuya ilişkin önceki kararlarında dayandığı gerekçeleri tartışarak çürüttüğü bu kararın, siyasal alanın ekonomik etkinlik sahasını genişlettiği ve yabancılara mülk satışı konusunda liberal bir politikayı tercih eden hükûmetlerin işini kolaylaştırdığı açıktır. Ancak meselenin salt

106 AYM, E.2012/75, K.2013/88, 10/7/2013, AMKD, Sayı 51/2, s. 1142.

ekonomik bir mesele olmadığını söylemek de mümkündür. Kanaatimce sermayenin gittikçe artan gücü ve dünyada yaşanan nüfus hareketliliği, yabancılara mülk satışı konusunun esaslı bir biçimde ele alınmasını gerektirmektedir.

IV. SONUÇ

Ekonomik hayatın işleyişinin kurallara bağlanması zorunludur. Bu zorunluluk liberal anayasalarda ilk dönemde ekonominin işleyişini doğal akışına bırakmak gerektiği şeklindeki klasik liberal yaklaşımdan hareketle, ekonomik hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması ve devletin ekonomiye müdahâlesinin minimum düzeyde tutulması şeklinde anlaşılmış ve uygulanmıştır. Sonrasında yaşanan gelişmelerle birlikte bu anlayış yumuşatılmış ve liberal devlet sosyal devlet ilkesiyle tamamlanmıştır. Böylelikle görece bir karma ekonomik sisteme geçilmişse de temeldeki liberal ve kapitalist öz varlığını muhafaza etmiştir.

Türkiye'nin kapitalist sistem içinde yer alması 1838 tarihli İngiliz Ticaret Anlaşması ile başlamıştır. Bu tarih önemli hukuki dönüşümlerin de başlangıcını teşkil etmiş ve sonuçta 1876 Anayasası ile liberal anayasa geleneğine dâhil olunmuştur. Aynı eğilimin Cumhuriyet Dönemi'nde de pekiştirilerek devam ettirildiği görülmektedir.

1924 Anayasası ilk şeklinde klasik liberal anlayışa uygun bir biçimde ekonomik hak ve özgürlükleri saymış ama devletin ekonomiye müdahâlesi ile ilgili hükümlere yer vermemiştir. Ancak bu konuda, Anayasa'nın kabulünden, hatta Cumhuriyet'in ilanından önce yapılan İzmir İktisat Kongresi'nde alınan kararları hesaba katmak gerekir. Siyasal bağımsızlığın ekonomik bağımsızlıktan gerçeğini kabul eden Kongre'nin Cumhuriyet'in ilk dönemlerinde yapılan ekonomik atılımlara kaynaklık ettiği söylenebilir. Fakat meseleye anayasal açıdan bakınca 1937'de devletçilik ilkesinin Anayasa'ya girişi ve eş zamanlı olarak toprak mülkiyetine ilişkin düzenleme bu konuda ilk sayılır. Ancak İkinci Dünya Savaşı'nın başlaması, devletçiliğin başarı hikâyesinin de sonu olmuş ve Türkiye savaş sonrasında piyasa liberalizminin düsturlarına sarılmak durumunda kalmıştır. Yine de bu dönemde devletin ekonomiye müdahâlesinin konjonktürel olduğu söylenebilir.

1961 Anayasası Batı dünyasında, özellikle de Kıta Avrupası'ndaki gelişmelere koşut olarak sosyal devlet ilkesini benimsemiş, planlamaya özel bir önem vermiş ve devletin ekonomiye müdahâlesi bağlamında dikkat çeken bir konumda olmuştur. Anayasa'nın "*iktisadi ve sosyal hayatın düzeni*" başlıklı 41. maddesinde yer alan *"İktisadî ve sosyal hayat, adâlete, tam çalışma esasına ve herkes için insanlık haysiyetine yaraşır bir yaşayış seviyesi sağlanması amacına göre düzenlenir. İktisadî, sosyal ve kültürel kalkınmayı demokratik yollarla gerçekleştirmek; bu mak-*

satla, millî tasarrufu artırmak, yatırımları toplum yararının gerektirdiği önceliklere yöneltmek ve kalkınma planlarını yapmak Devletin ödevidir" şeklindeki hüküm bunun kantıdır. O dönemde bu ve benzeri hükümlerden hareketle Anayasa'nın sosyalizme bile açık olduğu savunanlar bulunsa da Anayasa Mahkemesi 1961 Anayasası'nın benimsediği ekonomik modeli karma ekonomik model olarak nitelemiştir.

1982 Anayasası'nın yapılış ortamının ekonomik yapıya ilişkin en önemli özelliği, Batı'da yaşandığı biçimde müdahâleci ekonominin tasfiye edilerek, yerine piyasa yönelimli bir ekonomik sistemin konulmasıdır. Esasında Türkiye'de bu dönüşüm, 24 Ocak 1980'de dönemin iktidarının IMF'nin istikrar paketini kabul etmesiyle başlamıştı. 1982 Anayasası da bu ortamda şekillendi. 1961 Anayasası'nın 40. maddesinde yer alan hüküm benzeri bir düzenlemeye yer verilmemiş olması ve sosyal haklar konusundaki görece geri çekilme bu bağlamda değerlendirilebilir. Ancak bu durum Anayasa'nın ekonomiye müdahâle konusunda hâlefinden çok da uzak olduğu anlamına gelmez.

Anayasa bazı hükümleriyle devletin ekonomik yaşama doğrudan ya da dolaylı olarak müdahâlesini öngörürken (sosyal devlet ilkesi, kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmayı devletin görevlerinden birisi olarak görmesi, planlama...) bazı hükümleriyle de serbest pazar ekonomisinin işlerliğini sağlamayı hedeflemiş (ekonomik özgürlükler, rekabetin korunması…) ve uygulayıcılara önemli bir inisiyatif alanı bırakmıştır. 1980 ve 1990'lı yıllara hâkim olan hava, inisiyatifin daha ziyade serbest piyasa ekonomisine ağırlık verilerek kullanılması yönündeydi. Bu dönemde ekonomide yaşanan liberalleşme ama özellikle de özelleştirme uygulamaları beraberinde anayasal ekonomik sistem tartışmasını da getirdi. 1961 Anayasası döneminde olduğu gibi Anayasa'nın sosyalizme bile açık olduğu savı gündeme gelmedi. Mesele daha ziyade devletçilik, Atatürk'ün iktisadi görüşleri, karma ekonomi ve serbest piyasa ekonomisi üzerinden tartışıldı. Anayasa Mahkemesi Atatürk'ün iktisadi görüşlerinin katı ve doktriner olmadığını ve devletçiliğin anayasada yer almadığını vurguladı, dahası iktidarların Anayasa ilkelerine ters düşmemek koşuluyla ekonomi alanında müdahâleci veya liberal bir politika izlemelerine bir engel bulunmadığını belirtti.

Devletin ekonomiye müdahâlesi konusundaki yaklaşımını bu şekilde ortaya koyan Anayasa Mahkemesi, 1990'lı yıllarda yoğunlaşan özelleştirme uygulamaları ile ilgili davalarda doğrudan ekonomik düzen tercihi sebebiyle olmasa da iptal kararları verdi. Bu kararlar, Anayasa'nın ekonomik doktrinler konusundaki nispi tarafsızlık pozisyonunu zedeler mahiyette bulundu ve anayasal ekonomik sistem tartışmalarını tekrar alevlendirdi. Anayasa Mahkemesinin toprak, egemenlik ve bağımsızlık arasındaki ilişkiye ve mütekabili-

yet ilkesine dayanarak yabancılara mülk satışı izni veren bir dizi yasayı iptal etmesi de aynı doğrultuda değerlendirildi.

Meselenin özelleştirme ile ilgili tarafı 1999 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile çözülmüştür. Yabancılara mülk satışı konusunda ise Anayasa Mahkemesi içtihat değiştirmiş ve mütekabiliyet şartı aranmamasının Anayasa'ya aykırı olmadığına karar vermiştir. Hükûmetlerin uygulayacakları ekonomi politikalarını kendi siyasal tercihlerine göre belirleyebileceklerinin kabulü anlamına gelen bu yaklaşım, demokratik açıdan makul gözükmektedir. Ancak sermayenin gittikçe artan gücü ve dünyada yaşanan nüfus hareketliliği, yabancılara mülk satışı konusunun salt ekonomik bir mesele görülmesini güçleştirmekte ve sorunun daha esaslı bir biçimde ele alınmasını gerektirmektedir.

KAYNAKÇA

AHMAD, Faroz (1995). *Modern Türkiye'nin Oluşumu*, Alogan, Yavuz (Çev.), İstanbul: Sarmal Yayınları.

AKAD, Mehmet (1992). *Teori ve Uygulamada Sosyal Güvenlik Hakkı*, İstanbul: Kazancı Yayınları.

AKKAYA, Rukiye (2002). "Kadro Hareketi'nin Değişim ve Demokrasiye Yaklaşımları Üzerine Bir Değerlendirme", *AÜEHFD*, C. VI., S. 1-4., ss. 211-222.

AKTAN, Coşkun Can (1994). *Gerçek Liberalizm Nedir*, İzmir: T Yayınları.

AKTAN, Coşkun Can (Ed.). (2017). *Özgürlük Felsefesi*, Ankara: Orion Kitabevi Yayınları.

AVCIOĞLU, Doğan (1977). *Türkiye'nin Düzeni*, Birinci Kitap, İstanbul: Tekin Yayınları.

AYDEMİR, Abdurrahman B. (2021). "Ekonomi", içinde Saraç, Mehmet Ali Yekta (Ed.), *Sosyal Bilimler Ansiklopedisi, Cilt 1*, Ankara: Tübitak Bilim Yayınları.

BERGER, Peter L. (1994). "Demokratik Kapitalizmin Şüpheli Zaferi", içinde Diamond, Larry ve Plattner, Marc F. (Der.), Özbudun, Ergun ve Köker, Levent (Çev.), *Kapitalizm, Sosyalizm ve Demokrasi: Yeni Değerlendirmeler* (ss. 24-42), Ankara: Türk Demokrasi Vakfı Yayınları.

BİÇER, Mustafa (2017). "Türkiye'de Kurala Bağlı Maliye Politikası ve Bütçe Hakkı Temelinde Parlamentonun Etkinliği", *Yayınlanmamış Doktora Tezi*, Ankara: Ankara Üniversitesi SBE.

BUĞRA, Ayşe (1997). *Devlet ve İşadamları*, İstanbul: İletişim Yayınları.

BULUT, Nihat (1999). "Özelleştirme Uygulamaları Karşısında Sosyal Devlet İlkesini Yeniden Düşünmek", *AÜEHFD*, C. III., S. 1., ss. 23-38.

BULUT, Nihat (2004). *Feodaliteden Küreselleşmeye Ekonomik İktidar Siyasal İktidar İlişkisi*, Ankara: Seçkin Yayınları.

BULUT, Nihat (2009). *Sanayi Devriminden Küreselleşmeye Sosyal Haklar*, İstanbul: On İki Levha Yayınları.

DÖNER, Ayhan (2021). *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları.

DURAN, Lütfi (1986). "Anayasa Mahkemesine Göre Türkiye'nin Hukuk Düzeni", *Amme İdaresi Dergisi*, C. 19., S. 2., ss. 3-28.

EBENSTEIN, William (1996). *Siyasi Felsefenin Büyük Düşünürleri*, Özel, İsmet (Çev.), İstanbul: Şule Yayınları.

EREN, Abdurrahman (2022). *Anayasa Hukuku Dersleri*, Ankara: Seçkin Yayınları.

GENÇ, Mehmet (2000). *Osmanlı İmparatorluğunda Devlet ve Ekonomi*, İstanbul: Ötüken Yayınları.

GÖZE, Ayferi (1980). *Liberal Marksist Faşist ve Sosyal Devlet Sistemleri*, İstanbul: Fakülteler Matbaası.

GÖZLER, Kemal (2023). *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Bursa: Ekin Yayınları.

HUKUK ANSİKLOPEDİSİ. (2018). "Çin Halk Cumhuriyeti Anayasası", https://hukukbook.com/cin-halk-cumhuriyeti-anayasasi/ (Erişim Tarihi: 5/11/2023)

KALAYCIOĞLU, Ersin (1999). "1960 Sonrası Türk Siyasal Hayatına Bir Bakış: Demokrasi Neo-Partimonyalizm ve İstikrar", içinde Kalaycıoğlu, Ersin ve Sarıbay, A. Yaşar (Der.), *Türkiye'de Siyaset: Süreklilik ve Değişim*, İstanbul: Der Yayınları.

KAYNAK, Bahadır (2021). "Kolektivim", içinde Saraç, Mehmet Ali Yekta (Ed.), *Sosyal Bilimler Ansiklopedisi, Cilt 2*, Ankara: Tübitak Bilim Yayınları.

KENNER, Jeff (2003). "Economic and Social Rights in the EU Legal Order: The Mirage of Indivisibility", in Hervey, Tamara K. and Kenner, Jeffer (Eds.), *Economic and Social Rıghts Under The EU Charter of Fundamental Rights-A Legal Perspective*, Hard Publishing.

KEYDER, Çağlar (1993). *Türkiye'de Devlet ve Sınıflar*, İstanbul: İletişim Yayınları.

KILIÇBAY, Ahmet (1992). *Türk Ekonomisi*, Ankara: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları.

KÖKER, Levent (1995). "Kimlik, Meşruluk ve Demokrasi: Türkiye'de Yeni Muhafazakâr Kültür Politikasının Eleştirisi", içinde Özbudun, Ergun, Kalaycıoğlu, Ersin ve Köker, Levent (Der.), *Türkiye'de Demokratik Siyasal Kültür*, Ankara: Türk Demokrasi Vakfı Yayınları.

KÜBA CUMHURİYETİ ANAYASASI. (2019). José Martí Küba Dostluk Derneği (Çev.), https://www.kubadostluk.org/wp-content/uploads/2020/08/Kuba-Anayasa.pdf (Erişim Tarihi: 5/11/2023)

KÜÇÜKÖMER, İdris (1989). *Düzenin Yabancılaşması*, İstanbul: Alan Yayınları.

LAWSON, Kay (1989). *The Human Polity: an Introduction to Political Science*, Boston: Houghton Mifflin Company.

MACRIDIS, Roy C. and HULLIUNG, Mark (1996). *Contemporary Political Ideologies*, New York: Harper Collins Collage Publishers.

ÖZBUDUN, Ergun (2007). "Türk Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve Siyasal Elitlerin Tepkisi", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, C. 62., S. 3., ss. 257-268.

ÖZBUDUN, Ergun (2017). *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları.

ÖZBUDUN, Ergun (2022). "Anayasa Mahkemesi ve Ekonomik Politika", içinde *Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 60. Yılı Anısına 60 Yıl 60 Makale, Cilt 2* (ss. 921-934), Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları.

POSNER, Richard Allen (1987). "The Constitution as an Economic Document", *The George Washington Law Review*, C. 56., S. 4., ss. 4-38.

RAND, Ayn (1993). "Kapitalizm Nedir?", Yayla, Atilla (Çev.), içinde Yayla, Atilla (Der.), *Sosyal ve Siyasal Teori*, Ankara: Siyasal Kitabevi Yayınları.

RUHİ, Muhammet Emin (2005). "Türkiye 'de Özelleştirmenin Hukuki Boyutu", *AÜEHFD*, C. IX., S. 3-4., ss. 235-290.

SARTORI, Giovanni (tarih belirtilmemiş). *Demokrasi Kuramı*, Baykal, Deniz (Çev.), Ankara: Siyasi İlimler Türk Derneği Yayınları.

SAVAŞ, Vural Fuat (1998). "Anayasa Mahkemesi ve özelleştirme (İktisadi Yaklaşım)", Anayasa Yargısı, C. 15, ss. 79-98.

TAN, Turgut (1984). *Ekonomik Kamu Hukuku*, Ankara: TODAİE Yayınları.

TAN, Turgut (1990). "Anayasal Ekonomik Düzen", *Anayasa Yargısı*, C. 7., ss. 161-178.

TANÖR, Bülent ve YÜZBAŞIOĞLU, Necmi (2009). *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, İstanbul: Beta Yayınları.

TEKELİ, İlhan (2002). "Planlı Ekonomi İlkeleri-Türkiye Cumhuriyeti'nin Ekonomik ve Sosyal Politikası 1930-1980", içinde *Türkiye Cumhuriyeti ve Almanya Federal Cumhuriyeti-Fikri Temeller ve Siyasi Yönelim*, Ankara: Konrad Adenauer Vakfı Yayınları.

TUNA, Yusuf (2021). "Karma Ekonomi Sistemi", içinde Saraç, Mehmet Ali Yekta (Ed.), *Sosyal Bilimler Ansiklopedisi, Cilt 2*, Ankara: Tübitak Bilim Yayınları.

TUNAYA, Tarık Zafer (1980). *Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku*, İstanbul: Fakülteler Matbaası.

TÜRKKAN, Erdal (1993). "Girişimcilik ve Türkiye'de Girişimcilik İmkanları", içinde Yayla, Atilla (Der.), *Siyasal ve Sosyal Teori*, Ankara: Siyasal Kitabevi Yayınları.

TÜRKYILMAZ, Ubeydullah (2023). "Birinci İzmir İktisat Kongresi ve Hukukî Etkileri", *Yalova Sosyal Bilimler Dergisi*, C. 13., S. 2., ss. 285-298.

WILKINSON, Michael A. and Lokdam, Hjalte (2018). "Law and Political Economy", *LSE Law, Society and Economy Working Papers*, ss. 1-15, https://eprints.lse.ac.uk/87544/1/Wilkinson_Law%20Political%20Economy_Author.pdf (Erişim Tarihi: 21/12/2023).

Prof. Dr. Osman CAN
(Marmara Üniversitesi Öğretim Üyesi)

KURUCU TRAVMA, NEGATİF SOSYAL SÖZLEŞME VE BARIŞ ÜRETEMEYEN ANAYASAL TERCİHLERİN TEMELLERİ ÜZERİNE -TÜRKİYE ÖZELİNDE BİR DENEME-*

I. Esbabımucibe

Anayasa hukukunu hâlâ sadece normatif hatta pozitif hukuk bilimi olarak kabul ederiz ve bu çerçevede de normatif çıkarımlar üzerinden anayasal gerçekliği tarif etmeye çalışırız. Daha somutlaştırmak gerekirse anayasa hukukunun diğer disiplinlerle ilişkisini, daha çok neden onlardan ayrıldığını anlatırken araçsal olarak kullanırız. Bir hukuk disiplini olarak anayasa hukukunu tanımlayabilmek için bu gerekli hatta zorunlu olabilir. Ancak bu zorunluluktan hareketle anayasa meselesini, nedeni, amacı, dinamikleri, normatif tercihleri, gerçekliği ve uygulamasıyla birlikte, yani anayasa evrenini de bu sınırlılık içinde anlama beklentisi içine girmek doğru bir tercih olarak görünmüyor, zira hitap ettiği alan farkındalığı ve bu bağlamda kurucu diyalektik yoksa anayasa yabancı bir unsurdur. Anayasa yaşamla bağlantılıdır, dolayısıyla anayasanın evreni, aslında yaşamın, ilişkili tüm alan bilgisini ve deneyimini elverdiğince dâhil etmeyi gerekli kılmaktadır.

Bu gereklilik özellikle anayasaların kırmızı çizgisi olarak da adlandırılabilecek yönleri, değiştirilemez hükümleri ve anayasa metnine âdeta tahakküm eden anahtar sözcükler veya kavramların anlaşılması hususunda öne çıkmaktadır. Anayasal yasaklar, anayasal zorunluluklar, izinler ve emirler bizim yaşamımızı etkilemekte, sadece davranışlarımızı değil, ürettiği ve meşrulaştırdığı güç kullanma tekeliyle, yarattığı politik ve ideolojik kimlikle, aynı zamanda duygu dünyamızı biçimlendirmekte, yurttaşlarda özdenetim mekanizmalarını harekete geçirmekte, endoktrinasyon araçları vasıtasıyla düşünce biçimimizi de etkileyebilmektedir. Daha olumlu yönden bakarsak, (demokratik bir) anayasa toplumsal bir sözleşme üzerine kurulmakla barışın zeminini sağlar, güven yaratır, üzerine inşa edildiklerine ilave ortak paydalar üretmek suretiyle toplumlaşma ve uluslaşmaya katkı sağlar, güven içinde bir geleceğin inşasını mümkün kılar. Yani aslında toplumun kaderini olumlu veya olumsuz bir şekilde, her hâlükârda varoluşsal biçimde etkiler.

* Bu makalenin gözden geçirilmesinde görüş ve önerilerle yaptıkları katkılar için doktora öğrencilerim Haşim Özpolat, Buğrahan Fertellioğlu ve Burak Saygılı'ya teşekkür ederim.

O hâlde anayasa meselesini pozitif hukukla, normatif bir disiplinle sınırlı olarak ele alıp yetinmekle, gerçeklikle sağlıklı bir ilişki kurma imkânına kavuşamayız.

Neden böyle bir ihtiyaç doğduğu hususu da akla gelebilir. Haklı da zira anayasanın hitap ettiği her bir alanı konu edinen bilimsel disiplinler vardır. Siyaset bilimi, siyasi tarih, siyaset sosyolojisi hatta ceza, medeni hukuk gibi alanların genel hükümleri bir şekilde anayasanın normatif tercihlerle ilişkilidir; bazen bu tercihleri somutlaştırır, bazen tamamlayıcı bir şekilde çalışır, bazen anayasal tercihler bu alanlarda normatif veya kurumsal tercihler olarak yansıma bulur.

Eksik olan kanımca, bu alanların birbiriyle ilişkisinin inter/multidisipliner bir şekilde ele alınmaması, bununla bağlantılı olarak da bütüne dair sağlıklı bir anlam bütününün ortaya konamamasıdır. Olumlu anlamda uzmanlaşmanın yanında, genel bir anlam kaybının yaşandığı, belki bir anlam dünyasının bir türlü inşa edilememesine neden olduğu yahut inşa edilen anlam dünyasının gerçekliğe yabancı olduğu da bir gerçek.

Biraz daha ilerletelim. Anayasa bir ulusun en üst hukuk normu olduğu ve diğer tüm alanların normatif ve/veya politik çerçevesini de belirlediği dikkate alındığında, öznelerden birinin anayasa olduğu bir etkileşim ilişkisinde, ilişki kaçınılmaz olarak hiyerarşik bir nitelik arz edecektir. Siyasal düzenin en üst normu, dolayısıyla normatif yaşam piramidinde en üstte yer alan, bir yandan şemsiye, bir yandan koruyucu kale duvarı, diğer yandan ayırıcı soyut duvarlar inşa eden bir aktör olarak anayasanın anlaşılması, sadece bir *anlaşılamama* sorunu olmaktan çıkar, *varoluşsal* bir soruna dönüşür. Çünkü anayasanın anlam dünyasının yokluğu, desintegratiftir, normatif iddiasını sürdürdüğünden desintegratifliğini tüm alt alanlara sirayet ettirir ve toplumun çözülmesine neden olur. O hâlde anayasa ile diğer disiplinleri ilişki içinde düşünmek, sağlıklı bir anlam dünyası yaratmak veya mevcut sağlıksız anlam dünyasını görünür kılmak için, anayasa hukukunun temel varsayımları ve kavramları ile diğer disiplinlerin temel çıkarımları arasında bir köprünün tesisi gerekmektedir. Kısaca Anayasa meselesi sadece normatif boyutla sınırlı bir mesele değildir; ötesidir. Bu yazının sabit ayağı Anayasa hukukunda konumlanmıştır. Bu nedenle diğer bilim disiplinlerinin temel çıkarımlarının zincirleme bir şekilde Anayasa hukuku gövdesine kancalanması yönteminden bahsetsek daha isabetli olur.

Bu bağlantı kurma yahut kanca atma ameliyesi, anayasal tercihlerin *nedeni*ni, doğru veya yanlış değer yargılarına başvurmadan, sadece anlama çabası içinde, analiz edip ortaya koyabilir. Anlama çabasını takip etmeyen çözüm çabaları sonuçsuz kalmaya mahkûmdur. Bu nedenle yöntemi ne pozitivizm ne de siyaset bilimi yöntemi olarak düşünebiliriz. Yöntem çoğulculuğu ana-

yasanın anlaşılması amacı (*sein*) doğrultusunda kullanılmaktadır. Olması gereken (*sollen*) ise ancak bu anlamlandırma ameliyesinden sonra inşa edilebilir.

Anayasanın tüm normatif tercihleriyle ilgili böyle bir çalışmanın zorluğu bir makale çalışmasının boyutunu aşar. Ama yukarıdaki parametrelerin en çarpıcı şekilde okunabileceği bazı alanlarla sınırlı bir değerlendirmede bulunabiliriz. Örneğin etnik milliyetçilik, katı merkeziyetçilik tercihi, diğer bir ifadeyle üniter devlet tercihi, batılılaşma, özgürlük-devlet dengesine dair tercih, laiklik ve Diyanet, Atatürkçülük, hiyerarşik politik ve kurumsal örgütlenme tercihleri gibi hususlar ki bunlar doğrudan veya dolaylı olarak değiştirilemezlik zırhıyla korunmaktadır, bu ülkenin sosyolojik, politik ve ekonomik bütünlüğü ile doğrudan ilgilidir. Bir bakıma beka sorunuyla ilişkilidir.

İkinci bir sınırlamayı da ilgili bilim disiplinleri yönünden yapmamız gerekir. Bu çalışmanın arka planında bir deneyim çoğulculuğu yatmaktadır. Türkiye'nin derin anayasal altüst oluşlarının yaşandığı dönemde *ulusal anayasa hukuku mutfağı* Anayasa Mahkemesi, *uluslararası anayasa hukukunun mutfağı, hatta demokrasi, insan hakları ve hukukun üstünlüğünün itfaiyesi*[1] diyebileceğimiz Venedik Komisyonu ve nihayetinde anayasa siyaseti deneyimini bu bağlamda öne çıkarabiliriz. Tecrübenin en temel kazanımı, eldeki sorunun temel nedenlerine, arka planına dair farkındalıktır. Ulaşılan sonuçlardan biri de budur: Anayasal tercihler motivasyonlara, onlar da tercihte bulunanlara egemen olan, ki bu kişi, grup veya tüm toplum olabilir ve buna göre de sonuç değişkenlik gösterebilir, *kolektif psikolojik* terkipten bağımsız değildir.

Şöyle de denebilir: Sosyal travmalar belirleyicidir. Bu travmaların yarattığı duygular belirleyicidir. Anayasal düzenin temel tercihleri kolektif bilinçte veya bilinçaltında, kolektif kimliğin bilinçli/bilinçsiz parçalarında etkili olan duygulanımlardan/Affectuation bağımsız değildir[2]. Kuşkusuz sadece onlara bağımlı değildir ancak bu dinamik oldukça güçlüdür ve üzerinde durulmayı hak ediyor. Bir ülkenin anayasasında insan hakları veya insan onuru yazdığı hâlde, o ülkenin uluslararası politikası, hatta kimi zaman ulusal politikası bu değerlere zarar veriyor ve bu politika yine anayasa ile meşrulaştırılabiliyor. Bunun nedeni pozitif anayasa hukuku analiziyle anlaşılamaz. Pozitif anayasa hukukunun böyle bir görevi de olmak zorunda değildir. Bu soru kapsamlı bir şekilde cevaplandırılmayı hak etmekte, ancak uzun erimli bir proje hâline getirmeksizin mümkün olamayacaktır. Bu yönde bir proje çalışması zorunluluk arz ediyor, zira bu soruya yabancı literatürde de cevap verilebilmiş değil. Psikanalizin merkeze alındığı sosyal ve siyasal travma çalışmaları, kolektif

1 Metafor 2009-2021 yıllarında Venedik Komisyonu başkanlığını yapmış Gianni *Buquicchio*'ya aittir.

2 *Kolektif bilinç* için yararlanılan eser Durkheim, E. (1966). *The Division of Labour in Society*, 4. Print, New York: Free Press. *Kolektif bilinçdışı* için de bkz., Jung, C. G. (2023). *Die Archetypen und das kollektive Unbwußt*e, Ostfildern: Patmos Vlg.

travma ve kimlik, kolektif histeri, geçmişin işlenmesine yönelik sayısız çalışma bulunmaktadır. Uzun araştırmalar sonucunda, ki bu araştırmaların tüketici olduğu iddia edilmemektedir, travmalar ile anayasal tercihler arasında bağlantı kuran çalışmaya rastlamak mümkün olmadı.

Değerli Anayasa Mahkemesi Başkanı ve değerli meslektaşım Zühtü Arslan için kaleme aldığım yazı, bu nedenle bir *terra incognita*, belki de *terra indefinita* alanına giriş (mukaddime) denemesi olup, bir projenin zihinsel ön hazırlığıdır. Sayın Arslan'ın yakın zamanda yaptığı bir konuşmada[3] anayasal kimliğin ambivalent niteliğine yaptığı vurgu ise bu ön hazırlığı bir makale hâline getirme cesareti verdi.

Kuşkusuz bu yazı, konuya ilişkin pür akademik meraktan doğmadı. Türkiye'nin anayasal gerçekliği can acıtıcıdır. Bazı noktalarda anayasal gerçeklik normatif anayasa ile ters ilişkidedir. Örneğin devletin "insan haklarına saygılı, demokratik hukuk" özellikleri anayasal gerçekliği en az etkileyen özellikler olagelmiştir. Benzer tespiti hem döneme hem de yorum biçimine göre değişken olmakla birlikte "laik" kavramı bakımından da yapabiliriz. Ancak laikliğin dar ve otokratik/dogmatik yorumundan başlayarak, katı merkeziyetçiliğin, ideolojik tercihlerin, bu bağlamda "Kemalizm/Atatürkçülük" pratiğinin, dilsel ve kültürel kategorik tercihlerin hem normatif bir anayasal tercih olduğu hem de anayasal gerçekliği biçimlendirdiğini da görebiliriz. Dışlayıcı bir tercihe dayanan ve bunun sonucunda asimilatif kimi zaman imhacı pratikleri bulunan bu anayasal düzen, toplumsal bütünlüğü ve sağlıklı bir uluslaşmayı engellemekte, en azından bazı yönleriyle zorlaştırmaktadır. Zira tehdit algılarının harekete geçtiği yerde temel anayasal tercihler toplumun tamamında entegratif sıkılaşmaya değil, aksine yoğun kaygı bazlı bir identifikasyon ekseninde ayrışmaya da yönlendirebilmektedir. Bu yönüyle yarışan popülizmler için verimli bir zemin oluşturmaktadır.

Tabi olduğumuz Anayasa bir barış imkânı değil bir sözleşme iddiasında hiç değildir. Anayasa bir tercihe dayanmaktadır ve bu tercih geleceğe özgüvenle bakmayı zorlaştırmaktadır. Dolayısıyla bu çalışma esasen bir kaygıdan doğdu, kaygıyla yüzleşme, kaygıyı anlama ve analiz etme iradesinden ve bu yönde bir katalizör olarak çalışan meraktan doğdu.

Ve kolektif travma, semptomları ve görüngüleriyle uzmanlık bilgimiz dışında olduğundan, bu çerçevede terminoloji tercihinden başlayarak gelecek tüm eleştirilerin sorumluluğu bana aittir.

3 Arslan, Z. (2023). Yüzüncü Yılında Cumhuriyet'in Anayasal Kimliği ve Anayasa Yargısı, İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi tarafından düzenlenen "Cumhuriyet'in 100. Yılında Anayasa Yargısı ve Demokratik Siyaset" Konulu Panelin Açış Konuşması, https://anayasa.gov.tr/tr/baskan/konusmalar/yuzuncu-yilinda-cumhuriyet-in-anayasal-kimligi-ve-anayasa-yargisi/ (Erişim Tarihi: 6/1/2024)

II. Kurucu İktidar

Anayasa hukukunun klasik kavramlarından biri olan kurucu iktidar, anayasal düzeni ve onun hukuk-normatif ifadesi olan anayasayı yaratan siyasal gücü anlatmak için kullanılır.

Buna göre kurucu iktidar bir anayasal düzenin temel esaslarına dair kararı veren siyasal otoritedir. Bu iktidar hukuki değildir kendinden önceki anayasalar veya anayasal düzen ile bağlı değildir; asli olarak ilk elden anayasal düzenin "kurulu organlarını" inşa eder; hukuk düzeni bu temel karara göre işler.

Bu kavram da anayasa hukukunun kaderini paylaşmış, pozitivist hukuki yaklaşımlar yardımıyla bütünüyle hukuk ötesi, bir o kadar da amorf bir şekle bürünmüştür. Biraz açmak gerekirse hukuk düzeninin temel niteliği, özellikleri, temel hukuksal tercihlerin nedenleri, bunların siyasal, etik veya sosyolojik meşruiyetlerine dair hiçbir şey söylemeyen, bu soruları bütünüyle parantezleyen, sonuç olarak anayasal düzenin inşa sürecini, etkinliğini ve sonuç olarak da geçerliliğini doğrudan belirleyen hukuk ötesi evrenle ilişkisini bütünüyle koparan, bir bakıma anayasal düzeni bir dogmaya dönüştüren, onu mistifiye eden bir işlev üstlenmiştir. Hukuk düzeninin kurucusu, hukuk aleminde düzenin tanrısı hâline dönüşmüştür. Oysa Hegel'in de ifadesiyle, "Anayasayı yaratan iktidar kimdir?" sorusu, "Halkın ruhunu yaratan nedir?" sorusuyla aynıdır. Hayatımızı bu denli etkileyen bir iktidarın, fenomen de diyebiliriz, ne olduğu, bu kuruculuk ameliyesinde hangi öncüllerden, ön kabullerden, tasavvurlardan hareket ettiği, temel siyasal kararlarında ne ölçüde rasyonel ve iradi davranabildiği ve ne ölçüde bireysel ve sosyal/siyasal (kolektif) travmalardan etkilendiği, travmaları işleyip işlemediği, bunların ne ölçüde özgürlük, barış, adalet, güven ve ortak iyi, kamusallık yaratabildiği yahut öyle bir amacının, farkındalığının ve hatta kabiliyetinin olup olmadığı soruları anlamsız mı?

1789 Fransız Devrimi sırasında *Qu'est-ce que la Tiers-Etat* (üçüncü sınıf nedir?) adlı risalesinde[4] Joseph-Emmanuel Abee *Sieyes* tarafından, tüm siyasal düzenin sahibi, bunu ilk defa üreten, meşruiyet kazandıran ve "kurucu iktidar" sıfatını hiçbir surette kaybetmeyen "ulus" olarak tanımlanmıştır[5]. *Sieyes*'in kurucu iktidarı sıradan ve arızi olarak bir araya gelmiş bir insan kümesine değil siyasi varoluşunun bilincinde olan ve var olma iradesine sahip, siyasi olarak aktif bir entite olarak ulusa işaret eder. Bir bakıma kurucu iktidar süjesi olarak ulus, bilinçli bir siyasal varoluş iradesini varsayar. Dolayısıyla *Sieyes*'in tasavvurunda kurucu iktidar süjesi olarak bir ulustan söz etmek için,

4 Sieyes, E. J. (2005). *Üçüncü Sınıf Nedir?*, Birkan, İ. (Çev.), Ankara: İmge Yay., s. 67.
5 a.g.e. 5. Bölüm.

bir siyasi varlık olarak özgün iradesiyle ve iradi olarak bir araya gelen, gönüllü birlikteliği politik iradeye önceleyen yahut öyle kabul edilen bir politik entiteden söz etmek gerekir. Onun adına konuşan ise ancak bu iradenin özgün ve özgür temsilcileri olabilir (sınıflar meclisi olan *états généraux*'yu *Assemblée nationale constituante*'a çeviren üçüncü sınıfın temsilcileri). Sieyes'in millet tasavvuru Fransa toplumunun %98'ni oluşturan orta sınıfı kapsarken %2'sini oluşturan ayrıcalıklı aristokratlar ve din adamları sınıfı (*imperium in inperio*) buna dâhil değildir.

Aydınlanma düşüncesinden etkilenen sonrasında din adamlığını bir kanara atıp siyasetle uğraşmaya başlayan bir yazar olarak *Sieyes*'in teorik analizler yapmadığını biliyoruz. Bununla birlikte bir devrim manifestosu sayılacak eserinde kurucu iktidarı ulus olarak resmederken Rousseau'nun *volonté générale* (genel irade) kavramsallaştırmasından ciddi bir şekilde yararlandığını söyleyebiliriz. Ancak onun çağrısı bir eşitlik çağrısından çok bir iktidar çağrısı ve talebidir.

Sieyes'in kurucu iktidarı, daimî olarak vardır, yok olmaz, kuruculuk işlevini rezerv olarak sürekli elinde bulundurur.

Kavramın bugünkü kullanımını daha çok Carl Schmitt'e borçlu olduğumuz söylenebilir. 1928 tarihli *Verfassungslehre* (Anayasa Teorisi) başyapıtında kurucu iktidarı, gücü veya otoritesi kendi siyasi varlığının doğası ve biçimi hakkında somut genel karar verebilen, yani bir bütün olarak siyasi varlığı belirleyebilen siyasi irade olarak tanımlamaktadır. Ona göre herhangi bir anayasal kuralın geçerliliği bu iradenin kararlarından türetilir. Bu kararlar, temelinde standartlaştırılmış anayasal normlardan niteliksel olarak farklıdır[6].

Schmitt Anayasanın dayandığı geçerlilik temelinin, doğruluğu geçerliliğinin nedeni olabilecek bir "olması gerekeni" (sollen) ifade eden norm değil, *olanı*n yansıması olan "siyasi bir irade" (politische Wille) olduğu kanaatindedir. İkinci çıkarım anayasal yasanın (anayasanın metni) anayasa koyucu iradeyi icra eden bir normlaştırma olduğu çıkarımıdır. Esas olan iradedir ve metne aktarılan hususların değiştirilmeyi zorlaştıran hukuki-teknik gibi anlamları olabilir. Hatta Schmitt anayasanın normlarda ve normatifliklerde çözülüp tükenen bir olgu olmadığı, halkın siyasal varlığının vücut bulduğu bir olgu olduğu görüşündedir[7]. Üçüncü çıkarım ise şudur: Kurumsal bir düzenleme, kurumu yaratan ve ona şekil verme gücünü elinde bulunduranın gücünü nasıl ortadan kaldıramıyorsa, bir anayasanın yürürlüğe konması da anayasal gücü aynı şekilde tüketemez. Kurucu iktidar bir kez kullanılmış olmakla tükenmez ve ortadan kalkmaz. Anayasanın işaret ettiği siyasi karar, öznesine karşı geri işleyemez ve onun siyasi varlığını ortadan kaldıramaz.

6 Schmitt, C. (2017). *Verfassungslehre*, 17. Aufl., Berlin: Duncker & Humblot, s. 75 vd.
7 a.g.e. s. 121.

Bu irade anayasanın yanında ve üstünde varlığını devam ettirir[8]. Dolayısıyla genel siyasi kararın temellerini ilgilendiren her gerçek anayasal ihtilaf ancak kurucu iktidarın kendi iradesiyle çözülebilir. *Schmitt*'in son çıkarımı ise bir öncekiyle bağlantılı olarak kurucu iktidarın yasama, yürütme veya yargı gibi kurulu iktidarların yanında ve onlara paralel olarak varlığını devam ettirmediği, aksine tüm kurulu iktidarların ve erk ayrımlarının temelini oluşturan kapsayıcı iktidardır. *Schmitt* bu ikisinin karıştırılmasının nedeninin Anayasa ile anayasal yasa (anayasa metni) olguların birbirine karıştırılması olduğunu da ekler[9]. *Schmitt*'te somut anayasa metnini hazırlayan ve yürürlüğe koyanlar anayasal iradeyi normatif hâle getiren, bir bakıma şekli işlemi (Formalakt) yapan iradedir. Demokratik bir sistemde bu kurucu meclistir[10].

Schmitt, anayasanın meşruiyetini tanımaya (recognition/Anerkennung) bağlamaktadır. Ona göre bir anayasa, neşet ettiği kurucu iktidarın gücü ve yetkisi tanındığı takdirde, sadece fiili olarak değil aynı zamanda hukuki bir düzen olarak meşrudur. Siyasal varlığının niteliği ve biçimi hakkında alınan siyasi karar, ki anayasanın özüdür, siyasi birlik mevcut olduğu ve kurucu iktidarın öznesi bu varlığın niteliğini ve biçimini belirleyebildiği için meşru ve geçerlidir. Bu siyasi karar ne etik ne de hukuksal bir meşruiyete ihtiyaç duymaz, zira manasını siyasal varoluşun kendisinde bulmaktadır. Bir normun bu meşruiyeti sağlayabilmesi mümkün olmazdı. Siyasal varoluşun bu özgül yapısı meşrulaştırmaya ihtiyaç duymaz, meşrulaştırılamaz da[11]. Demokratik bir düzende, anayasal düzenin meşruiyet temeli, devletin bir ulusun siyasal birliğinin ifadesi olduğu düşüncesidir. Ulus, devlete ilişkin her tanımlamanın süjesidir; devlet ulusun siyasal statüsüdür[12]. O hâlde kurucu iktidar arızi değildir, aksine süreklilik arz eder ve varlığını açık veya örtülü onay/rıza araçlarıyla hissettirir.

Burada *Schmitt*'in meşruiyeti ve kurucu iktidar süjeliğini anayasa metniyle değil aksine anayasanın özüyle, bu özü oluşturan temel siyasal kararla ilişkilendirdiğini belirtelim. Ayrıca Schmitt'in "demokratik bir hukuk devleti sistematiği tipi" olarak biçimlendirdiği ve sonrasında revize etmeden tıpkıbasımlarını gerçekleştirdiği çalışmasını, ulusal kuruculuk paradigması içinde algıladığını ve belirlediğini de belirtelim. Dolayısıyla normatif meşruluk bağlamında uluslararası hukuku kategorik olarak dışlayıp dışlamadığı sonucunu çıkarmak mümkün görünmemektedir.

Schmitt anayasanın yok edilmesini, kurucu iktidarın değişmesiyle ilişkilendirir ve örnek olarak Fransız ve Bolşevik Devrimlerini gösterir. Çünkü

8 a.g.e. s. 91.
9 a.g.e. s. 76.
10 a.g.e. s. 77 vd.
11 Bkz. a.g.e. s. 87.
12 a.g.e. s. 90.

anayasa, kurucu iktidarın ifadesidir; anayasa metni ise arızidir, metin değiştiğinde kurucu iktidar değişmez. Anayasa metninin delinmesi, değiştirilmesi vs. temel siyasal kararda bir değişim anlamına gelmediği için anayasa değişmemiştir. Kurucu iktidarın sürekliliğinde bir kesinti temel siyasal karar değişimine işaret edebilir. Anayasanın yok edilmesi (*Verfassungsvernichtung*) bu momente işaret eder[13]. Verdiği örneklere bakıldığında kurucu iktidar değişiminin, aynı zamanda uluslararası hukuktaki halefiyetin ortadan kalkması, diğer bir ifadeyle uluslararası taahhütlerin ortadan kaldırılmasıyla da ilişkilendirmektedir[14]. Bu yüzden kurucu iktidarın halk/ulus kabul edildiği demokrasi düşüncesinde açık veya örtülü rızaya dayanan her bir anayasa bağlamında bir süreklilikten söz etmek gerektiği düşüncesindedir zira her bir hükûmet sistemi değişimini yahut iktidar haritasındaki her bir değişimi bir anayasa ve kurucu iktidar değişimi olarak kabul etmemek gerekir. *Schmitt* bu düşüncelerle, 1871 Reich Anayasası ile 1919 Weimer Anayasası arasında bir süreklilik görmektedir[15]. Bu nedenle hukuki, yani anayasa metinsel her bir kopukluğun siyasal birliğin kimliğini ortadan kaldırdığını söylemek mümkün değildir. Zira anayasa metni pozitif hukuksal entite olarak var olmakla birlikte, anayasanın kendisi kurucu iktidarın siyasal iradesini yansıtır. Bu yönüyle *Schmitt*'in *Rousseau*'nun *lois fondamentales* ve *lois politiques* (temel yasa-siyasal yasa) ayrımından[16] ve dolayısıyla da *Sieyes*'den ilham aldığını kabul edebiliriz.

Schmitt'in anayasa ile anayasa metni arasında yaptığı ayrım başka değerlendirmelere de kapı açabilir mahiyettedir. Anayasal düzenin üzerine inşa edildiği temel siyasal tercihleri, ki bu da genelde anayasa metinlerin başlangıç kısımlarında, temel ilkelerinde ve kanaatimizce anayasal metnin iskeletinde kendini gösterir, kurucu iradenin asli ifadesi olup bunların sonradan tali kurucu iktidar sıfatıyla parlamentolar tarafından değiştirilmesi mümkün olamamalıdır[17]. Vatana ihanet veya anayasa düşmanlığı da bu çekirdek alan kriterine göre değerlendirilir[18].

Schmitt'in kurucu iktidara dair bu değerlendirmesiyle 1930'lardan itibaren nasyonal sosyalist düşünceyle ilişkisi arasında teorik karşıtlıktan söz etmek pekâlâ mümkündür. Özellikle egemen kavramsallaştırması ve tanımlamasından hareketle bir süreklilik olduğu da iddia edilebilir. Ancak kanaatimce Schmitt'in ait olduğu ve elbette siyasal sınırları içinde bir birlik oluşturan Alman toplumuna aidiyetinin özgüveni ama aynı zamanda gecikmiş travmatize bir ulusa mensubiyetinin aktardığı çöküş-zafer uçlarındaki salınımı dikkate aldığımızda bu karşıtlıkta bir psikolojik zemin uyumundan söz edebiliriz.

13 a.g.e. s. 94.
14 a.g.e.
15 a.g.e. s. 96.
16 Rousseau, J-J. (2012). *Toplum Sözleşmesi*, Günyol, V. (Çev.), İstanbul: İş Bankası Yay.
17 Schmitt, C. (2017). s. 103.
18 a.g.e. s. 119 vd.

Türkiye örneğinden bakıldığında 1921 Anayasası'nda 1923 değişiklikleriyle başlayan, 1924, 61 ve 82 Anayasalarını ortaklaştıran temel politik tercihlerin bu eksende anayasa olarak nitelendirilmesi mümkündür. Bu çerçevede esasen Türkiye'de 1921 Anayasası ile diğer anayasal metinler arasında bir kuruculuk farkının bulunduğunu kabul edebiliriz[19]. Bu iki farklı kuruculuk iki farklı siyaset felsefesinden hareketle, aslında bu çalışma kapsamında klinik örnek olarak değerlendirilebilir.

20. yüzyılın en büyük anayasa hukukçusu olarak da nitelendirilen ve toplumu, siyasal yapıyı ve anayasal düzeni bir normlar bütünü ve anlamlı normatif ilişkiler evreni olarak gören[20] Hans *Kelsen* normlar hiyerarşisi (piramidi)[21] olarak da nitelendirilen yapıda hukuk düzeni basamaklı olup (*Stufenbau*), alt basamaktaki bir norm (örneğin yönetmelik) hem meşruiyetini bir üst basamaktaki normdan (yasa) alır hem de ona aykırı olamaz. Bir üsteki norm da kendi üstündeki normla aynı ilişki biçimi içinde değerlendirilmelidir. En üstte anayasa vardır ve onun meşruiyet ve geçerlilik temeli bir temel norm hipotezine (*hypotetische Grundnorm*) dayandırılır. Bu temel norm hukukun *konusu* değildir, *öznesi*dir; hukuk düzenine normatiflik gücü sağlayan, olması gerekeni temellendiren bir düşünsel-figüratif varsayımdır, *aksiyomatik*tir, bir bakıma *doğalayan*dır. İspatlanamaz çünkü kurulu değildir, kurucudur, kurulu olana normatiflik ruhu üfler.

Bütünüyle göz ardı edilen çünkü açıkça ifade edilmeyen, bir *varsayımı* daha vardır *Kelsen*'in. O da tüm sistemini üzerine kurduğu anlam dünyası… Açmak gerekirse hukuk normlarının bütünlüğü, çokluğun birliğini sağlayacak bir anlam dünyasına işaret eder. Bu yönüyle *Lock*'cu ve *Rousseau*'cu gelenekle bağlantı kurar, içeriksel olarak da *Kant*'ta ısrar eder. İddiam odur ki bu anlam dünyası, *Kelsen*'in yaşadığı dönemde, onun kuşağına ve özelde ait olduğu yahut ait görüldüğü Yahudi toplumunun temel "güvenlik" ihtiyacından bağımsız değildir. Bu nedenle yazarın Grundnorm varsayımının arkasına bakılması gerekmektedir. Zira teoriler de bir anlam dünyası üzerinde yükselir ve o anlam dünyasından bağımsız gibi görünen teknik bir bilgiye dönüşür.

Normların çokluğu kendi içinde çelişkisiz bir anlam dünyası oluşturacak bir birlik sağlar, ki bu birlik kanaatimizce sadece mantıksal bir tutarlılığa işaret etmez. *Kelsen* bu anlam bütününü oluşturan normlar düzenini aksiyoma-

19 Bu yönde daha geniş değerlendirmelerimiz için bkz., Can, O. (2013). *Kurucu İktidar*, İstanbul: Alfa Yay.; Can, O. (2022). *İki Meclis, İki Kuruculuk, İki Gelenek, TBMM Yüzüncü Yıl Armağanı*, İstanbul: Tekin Yay., s. 611-653.

20 Kelsen, H. (2017). *Reine Rechtslehre, Studienausgabe der 2. Aufl. 1960* Jestaedt, M. (Hrsg.), Tübingen/Wien: Mohr Siebeck/Verlag Österreich, s. 501 vd.

21 Gerçekte Kelsen sadece "*Stufenbau*" (basamaklı yapı) ifadesini kullanır, bkz. Kelsen, H. (1934). s. 73 vd. Normlar piramidi kavramı ise Adolf Julius Merkl tarafından kullanılmıştır, bkz. Merkl, A. J. (1931). Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues, içinde Verdross, A. (Hg.), *Festschrift Hans Kelsen zum 50. Geburtstag gewidmet*, s. 252 vd.

tik olarak kabul ettikten sonra bu birliği sağlayan şeyin *ne olduğu* sorusuna cevap arar ve varsayımsal *Grundnorm*a ulaşır. Dolayısıyla "Grundnorm" aksiyomu esasen çok daha temel bir aksiyom olan "normlar çokluğunun birliği" (o birliğin anlam dünyası olarak yorumlanabilir) ile birbirlerini hem varsaymakta hem de intaç etmektedir. O hâlde *Kelsen* esasen Grundnorm (normatif kurucu irade) ile normatif hukuk düzeni arasında "anlam-amaç-işlev" bakımlarından zorunlu bir ilişki kurmaktadır. Kanımca pozitif hukuku, pozitif hukukun saf teorisini kurmaya çalıştığı sırada, etik-politik değer yargılarından arındırılan *objektivist-üniversalist* bir organizma olarak algılamaya çağırırken[22], ne normlar çokluğunun birliğinden doğan anlam dünyasını ne de bu anlam dünyası ile pozitif hukuk arasında bağlantı kurulmasını sağlayan Grundnorm gerçekliğini reddetmektedir. Çok daha önemlisi pozitif hukuku tüm *metafizik-mistik-metajüridik*[23] unsurlardan arındıran özerk bir disiplin biçiminde sunarken, bunları reddetmeyip sadece dışarıda bırakırken, bir yandan da pozitif hukukun üzerine oturduğu hukuk ötesi determinantlar ile arasında sağlıklı bir köprü kurmakta, bu şekilde pozitif hukukun özerkliğini, ideolojiden arındırılmış saf hukuk teorisi sayesinde, *bütünü* sağlıklı kılacak bir entite olarak görmektedir ve bu bütün heterojendir[24]. Yani aslında teorisinin temelinde bir amaç vardır ve bu amaç pozitif hukuksal değildir. Homojen bir bütün olarak üretilmeye çalışılan toplum ve ulus teorilerine reddiye vardır[25]. Bunu 1934 yılında ilk defa yayınladığı *Reine Rechstlehre* çalışmasına önce-gelen 1920 tarihli *Vom Wesen und Wert der Demokratie* çalışmasından görebiliriz[26]. *Dreier*'in de tespitiyle bu çalışmasındaki aksiyomatik düşüncesinin çekirdeğinde tüm bireylerin *eşit özgürlüğü* ve bu özgürlük karşısında ve dolayımıyla devletin kendini meşrulaştırması gerekliliği kabulü yatar[27]. Burada eşit özgürlük referansının altını çizmekte fayda vardır. Çünkü zorunlu olarak totaliter ve otoriter yaklaşımlara bir reddiyeyi barındırır. Kelsen'in saf hukuk teorisinin temelinde, bu nedenle sağlam bir epistemik farkındalık olduğu kanaatindeyim.

Kelsen'in Grundnorm varsayımı üzerinden anayasayı ve kurucu iktidar olgusunu hukuk ötesi kavram ve kurumsallaştırmalardan ayırma çabasının temelinde, anayasayı bir siyasal karar olarak gören ve toplumun çoğunluğuna ait kılmakta herhangi bir tereddüdü bulunmayan *Schmitt*'en farklı olarak

22 Kelsen, H. (2008). s. 72.
23 Kelsen, H. (1922). "Der Begriff des Staates und Sozialpsychologie", *IMAGO, V. III*/2, s. 34.
24 Sckell, S. N. (2016). Kelsen's Rechtstheorie, Psychoanalyse, Soziologie und Kulturwissenschaft, içinde *Zeitschrift für Kultur- und Kollektivwissenschaft, Bd. 2* (ss. 47-70), s. 47.
25 a.g.e. s. 48. Reddiye'den Türk kurucu siyasal eliti derinden etkileyen sosyal darvinist Le Bon da nasibini alır.
26 Kelsen, H. (1920). *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, Tübingen: Mohr Vlg. s. 4 vd.
27 Dreier, H. (2019). Kelsens Demokratitheorie: Grundlegung, Strukturelemente, Probleme, içinde Jestaedt, M. und Paulsen, S. L. (Hrsg.), *Kelsen im Kontext*, Tübingen: Mohr Siebeck Vlg., s. 68 vd.

norm metninde güvence arama ihtiyacıdır. *Kelsen* bir madundur[28] ve konuşamadıkları vardır. Anlayabilmek için konuşamadıklarını dinlemek gerekir. *Schmitt*'te ise ait bulunduğu Alman entitesinin ezici çoğunluğu ve hâkim pozisyonu nedeniyle bu milleti kurucu irade kılıp, anayasa metnini bu iradenin ışığında göreceleştirmede sorun bulunmamaktadır. *Schmitt* ise epistemik şiddetin faili konumdadır. Onun konuşmaya gerek görmedikleri vardır ve onun da anlaşılması için dinlenmesi gerekir. Kanaatimce her iki tezin arkasında psikanalitik bir inceleme gerekliliği bulunmaktadır.

Bu üç düşünce insanının değerlendirmelerini başka bir bakış açısıyla irdelemekte ve kurucu iktidar kavramının bir ülkenin anayasal varlığının normatif tercihlerini belirlediğini hem de yazılan veya yazıya dökülmeyen, seçilip tercih edilen, reddedilen, susulan politik tercihleriyle toplumun toplum olabilmesinin yahut çözülmesinin, önce siyasallık, ardından toplumsallık özelliğini kaybetmesinin hukuk ötesi araç ve imkânlarını da belirlediğini iddia ediyorum. Dolayısıyla özellikle Türkiye'de her bir birey olarak ulusal eğitimin cenderesine[29] girmekle, kendi ötekimizi fark etmekle, ötekimizle temas etmekle, üretilen kamusallığa maruz kalmakla başlayıp, kamu adına görev ve yetkiler kullanmakla ve nihayetinde ülkenin kaderi ve geleceğiyle ilgili zihnimizi kurcalayan her bir sorunun başlangıç noktası olarak kurucu iktidar meselesine bakılması gerektiğini düşünüyorum.

Bu zorunludur. İçerik olarak tekrar mahiyetinde olsa da metinsel olarak başka bir şekilde yeniden ifade edelim:

Pozitivist yaklaşım bakımından, hukuk anayasa ile başlar ve dedüksiyon/tümdengelim yöntemiyle ihata ettiği tüm olaylara uygulanır. Kuşkusuz anayasa hukuku eğitimi bakımından bu yaklaşım kolaylaştırıcıdır. Anayasa hukuku ile farklı bir bilimsel yöntemle ele alınması ve işlenmesi gereken siyaset bilimini yahut sosyoloji ve hatta psikolojiyi ana hatlarıyla ayırmak zorlaşabilir. Bir bilim disiplininin eğitiminde tanımlamalara ihtiyaç duyulur. Bu da kompleks olanın anlaşılabilir kılınmak amacıyla indirgenmesini gerekli kılar. Lakin her bir indirgeme aynı zamanda gerçeklikten, özellikle ilgili disiplinin hitap ettiği yaşam gerçekliğinden uzaklaşması riskini barındırır. Eğitim ameliyesi bakımından anlaşılabilir olan bu indirgeme, Anayasanın yaşam bulduğu, anayasal gerçekliği de tartışılmaz hakikat gibi etkilemeye başladığında sorunlar da başlar[30]. Kurucu iktidarın temel siyasal tercihlerini yansıtan anayasal ilkeler, anayasal sistematik ve somut anayasal düzenlemeler ile anayasal

28 Madun kavramsallaştırmasında Spivak'tan yararlanılmıştır. Spivak, G. C. (2023). *Madun Konuşabilir mi?*, Koyuncu, E. (Çev.), Ankara: Dipnot Yay.

29 Eğitim ve kimlik ilişkisi için bkz. Üstel, F. (2021). "*Makbul Vatandaş"ın Peşinde*, İstanbul: İletişim Yay.

30 Bu hususta çok erken bir eleştiri için bkz. Kantorowich, H. (1912). *Was ist uns Savigny*, Berlin: Carl Heymanns Vlg.

gerçeklik arasında bağ kopar. Anayasa dogmaya dönüşür, Anayasal gerçeklik bu dogma ilişkisinde yargılama konusu yapılır. Dogmanın sorgulanması ise ya sadece bir siyaset bilimi tartışması, ki marjinalleşme riskini de barındırır, ya da hukuk siyaseti alanına hareketlendiğinde kriminalize edilme ihtimalini güçlendirir. Bu durum Anayasanın temel tercihlerinin neden dogma etkisi yarattığını da açıklamaktadır bir bakıma.

Anayasanın temel tercihleri, anayasanın metninden daha güçlü bir etki meydana getirir. Bu açıdan *Schmitt*'in yaptığı ayrımın derinliğine şapka çıkarmamak mümkün değildir. Bu tercihler siyasetin ortak dilini belirler, toplumsal yaygın eğitimin endoktrinasyon dinamiği olarak çalışır, devletin şiddet kullanma tekelinin sembollerinde, *sesinde* ve *sessizliğinde* politik atmosferi tahakküm altına alır, kamusal iletişimde yahut bu kamusal iletişimin parçası olma ölçüsünde bireysel veya akademik diskurda otosansür sağlar. Anayasal düzenin ötekisini tanımlar ve ötekisi varsa, bunun anayasal düzenin himayesinden bir aşamaya kadar ve şartlı bir şekilde yararlanmasına imkân sağlar. Bu tercihler ayrıştırıcı, madun kılıcı, sessizleştirici, kimi durumda yok edici politik eylemi ve eylemselliği meşrulaştırır, otantik haklılık sağlamasa bile hukuki mazeret sağlar. Bazen bu hukuki mazeret, cari normdan bağımsızlaşarak yeni norma, sonuçta yeni normale dönüşür. 1924 Anayasası ile başlayan Türklük temelli ulus tanımlaması, özgürlüğün bu temel tercihe göre tanınması ve "*Türklüğün milli ve manevi değerleri karşısında koruma göremeyeceği*"nin anayasanın dayandığı temel ilkelerden sayılması, merkez-yerel ilişkisi, daha doğrusu yerelin bütünüyle tasfiyesi, Takrir-i Sükûn Kanunu'nun yarattığı imkânlarla alt hukuk araçlarının bu siyasal temel karara göre biçimlendirilmesi süreci anayasanın sert çekirdeğine ilişkin verilerdir. Bu çekirdek hâlihazırda yürürlükte bulunan Anayasa'da, 2000'li yılların başındaki reform hareketlerine rağmen, aynı şekilde varlığını devam ettirmektedir.

Anayasanın temel tercihleri Anayasa'nın Başlangıç kısımlarından başlayarak metninde açıkça ifade edilebildiği gibi kimi zaman terminoloji tercihinin bütününe içkin olan meta önermeler biçiminde de kendini hissettirir. Şiddet kullanma tekelini etkileyen, kullanan ve harekete geçirebilecek ricalin duygu dünyasına içkin, inter-subjektif bu önermeler norm üretici mekanizmaları etkilediği gibi, yargısal otoriteleri de biçimlendirir.

Anayasal kimliktir bu. Bu kimlik değiştirilemez hükümlerde yer alan demokrasi, insan haklarına saygı ve hukuk devleti ilkelerinin varlığı nedeniyle de karşıt iddialar barındıran bir yapıdadır (ambivalenttir), şizofreniye işaret olarak da okunabilir. Ancak Türkiye tarihinin hatırı sayılır bir kısmının olağanüstü yönetim altında geçtiği, ülkenin bazı kısımlarında ise birkaç kuşağın hiç olağan bir yönetim tecrübe edemediği, olağanüstülükte ilk askıya alınan niteliklerin de demokrasi, insan hakları ve hukuk devleti ilkeleri olduğu dik-

kate alındığında esasen süreklilikten, kararlılıktan söz edilebilir. Bu durumda söz konusu üç ilkenin kurucu iktidarın sert çekirdeğine dâhil olmadığı sonucuna ulaşılabilir.

Laiklik ilkesi eksenli bakıldığında çözümsüz bir çatışma görebilmek mümkündür. Zira din-devlet ilişkisi Türkiye'de batıdakinden farklıdır ve *ambivalent* bir duruma tekabül eder. Din bir yandan doğuya ait olma ve toplumun ezici çoğunluğunun ortak özelliği gibi görünmesi boyutuyla kimliğin olumlu (asossiatif) bileşenini oluştururken diğer yandan batılılaşma veya modernleşme çabası içinde de negatif (disossiatif) bir bileşen olmakta, çünkü ulusu diğer Müslüman unsurlardan ayırarak sınırlandırma sağlamaktadır. Doğu ile batı, İslam ile Hristiyanlık, kuzey ile güney ve hatta tarihin kendi katmanları arasında çözümsüz bir çelişkiye işaret etmektedir. Tarihsel katmanlar kültürel olduğu kadar, antropolojik yönden de çatışma potansiyeline sahiptir. Ulus inşasının genealojisi tartışmasında, bileşenlere dair ortak kimlik oluşturulurken, toplumsal unsurların bu genealojiyle uyumlu olmayan köken hikâyeleri ortaya çıkabilir. Örneğin gen analizi esas alındığında, kültürel kökenini Orta Asya'ya dayandıran ana varsayımın Anadolu'da antropolojik karşılığının çok zayıf olabileceğini gösteren araştırmalar bulunmaktadır[31]. Kimlik krizi olarak nitelendirebileceğimiz bu boyut hem anayasal kimliğin hem de toplumsal kimliğin özelliğidir.

Bu anayasal kimlik, anayasal düzeni sadece yazdıkları üzerinden değil, aynı zamanda söylemedikleri, satır aralarına gizlediği, diğer yandan reddettikleri, epistemik şiddeti "norm"a dönüştüren, dışladığını, reddettiğini anayasa metninde dile getirmese de alt hukuk basamaklarında kriminalize eden, değersizleştiren (extra-legalize, contra-legalize eden), diğer taraftan da kutsallaştırılmış kavram seçimiyle bu tercihleri meşrulaştıran bir özellik gösterir.

Anayasanın temel tercihleri ifade edilmeyen yahut *değilleme* yöntemiyle dışarıda bırakılan, *de-legalize* önermelerde de gözlemlenebilir. Bu önermeler bir bilgi rejimi olarak kurucu dünya görüşünü ve hegemonik düşünceyi korumak yahut rıza üretimi için bilgi ve anlam üretim süreçlerini kontrol edebilir. Bu dünya görüşü ile, *Spivak*'ın kavramsallaştırmasıyla[32], madun kıldıklarının görüşleri arasında bir hakikat hiyerarşisi kurabilir. Aslında kendi kimliğine içkin olan daha üstün batı tasavvuru ile ilişkisinde duyumsadığı epistemik şiddeti, kendi madununa yönlendirebilir[33]. Kendi madununun konuşamamasının hem nedeni hem de ondan önemli ölçüde beslenen bu epistemik şiddet de sert çekirdeğin iktidar yöntemlerinden biri olarak ele alınmayı hak ediyor.

31 Örnek olarak bkz., Lazaridis, I. et.al. (2022). "The genetic history of the Southern Arc: A bridge between West Asia and Europe", *Science*. C. 377., S. 6609., eabm 4247.

32 Spivak, G. C. (2023). s. 15 vd.

33 a.g.e. s. 41 vd.

Bunların bileşimi anayasanın çekirdeğini oluşturur. *Schmitt*'ten hareketle ele alırsak, her bir anayasanın, tartışmaya açılamayacak ve müzakere edilemeyecek bağlayıcı bir sert çekirdeği vardır. Her kim ki bunu mülahaza veya davranışlarıyla reddeder, kendini otomatik olarak anayasa düşmanı kılar. Türkiye anayasal düzeni de anayasanın sert çekirdeğini oluşturan siyasal karar konusunda homojenlik aramaktadır. *Schmitt*'in demokrasinin gereği olarak tanımladığı homojenliğin sağlanması için heterojen olanın ayıklanması, gerektiğinde yok edilmesi gerekmektedir[34]. *Bauman*'ın bahçenin uyumunu sağlamak için ayrık otlarını temizleyen bahçıvan devlet (Gardener State) metaforuna[35] göre daha haşin, ama o ölçüde de Türkiye bakımından isabetli olmaktadır. Zaten *Schmitt* homojenleştirmeye, 1915 ile başlayan etnik mühendislik uygulaması nedeniyle Türkiye'yi örnek göstermektedir[36].

Burada kurucu iktidarın kimliği, anayasal kimliğe dönüşür. Homojenlik iddiası ölçüsünde, heterojenle ilişkisini belirler, kimlik ayrıştırıcı hâl alır. Ayrıştırıcılık da anayasal kimliğin sert çekirdeğine dâhil olur.

Bu kimliğin ötekiyle ilişkisinde *ayıklama* (Bauman), *yok etme* (Schmitt), *asimilasyon* veya *asimilasyon yoluyla tanıma* yahut *saydamlaştırma*, *görünmez kılma*, *amansız standartlaştırıcı iyilikseverlik* (Spivak, 75), *anlatma iznini elinde tutma* (permition to narrate) (Said) kavramları öne çıkmaktadır.

Bu kimliğin *anlatısı* (narrative) nedir ki, bu kadar sert, iletişimsiz bir yapı hâlini almıştır. Anlatılan ve anlatılamayan unsurlarıyla nasıl bir yaşanmışlık böyle bir kimlik inşasına neden olmuş, bu da bir ülkenin kaderini belirleme imkânına kavuşmuştur?

Olgusallık olgusal nedenselliği yahut etki-tepki orantısallığı ekseninde bir haklılığın temellendirilmesini açıklayabilir. Ancak Wolf'un değimiyle İnsan davranışlarındaki aşırılıkları anlaşılabilir kılan psikolojik ya da sosyo-psikolojik bir "fazlalık" her zaman vardır. Siyaset ve savaşın her zaman sosyo-psikolojik işlevleri vardır[37]. Şavaş, şiddet, terör, travma ve politikanın çok yönlülüğünü anlayabilmek için tarihsel ve sosyal bilimler yönünden olduğu kadar, sosyal psikolojik ve psikanalitik yönden de bakılması gerekir[38].

Bu kadar sert bir kimlik ve sert çekirdeğin oluşumunda *travma* (bireysel, toplumsal, kolektif) olgusunun sağlam bir açıklama potansiyeli bulunmaktadır. Esasen travma boyutu, formel kuruculuk olarak da nitelendirebileceğimiz normatif kuruculuktan daha etkilidir.

34 Schmitt, C. (2017), *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*, 10. Aufl., Berlin: Duncker&Humblot, s. 14.
35 Bauman, Z. (2003). *Modernlik ve Müphemlik*, İstanbul: Ayrıntı Yay.
36 Schmitt, C. (2017). s. 232.
37 Wolf, M. (2017). *Krieg, Trauma, Politik. Gewalt und Generatıon: Die unbewußte Dynamik*, Frankfurt: Brandes & Apfel Vlg., s. 9.
38 a.g.e. s. 17.

III. Kurucu Travma/Duygu

A. Balkan Yıkımı

Tarık Zafer Tunaya Türkiye'de Siyasi Partiler çalışmasının 3. cildinde "Birikim" kısmına şöyle başlar: "*Hemen her Osmanlı subayının evinde Makedonya'dan bir hatıra vardır. Bu anılar anlatıla anlatıla askerlerin ve İttihatçıların romanını oluşturur*." Devamında ise "*İttihat ve Terakki Makedonyalıdır*" der[39].

Balkan Savaşı yılları öncesinde Edirne'ye egemen atmosferi anlatırken Şevket Süreyya Aydemir hayat hikâyesini yazdığı Suyu Arayan Adam kitabında şu ifadeleri kullanır: "*Onun (Hoca Hanım'ın-O.C.) mahallede bulunduğu zamanlar, gece toplantıları daha kalabalık olurdu. O herkesi tanırdı. Her şeyi bilirdi. Yarı sofu, yarı meczup, yarı derviş bir kadındı:- Müslümanların evveli Şam! Ahırı Şam! derdi. Bu sözleri dinleyenler, yakında Şam'a kadar göçüleceğine inanırlardı. – Edirne, sudan, İstanbul ateşten batacak, derdi. Buna da herkes inanırdı*[40]".

Ömer Seyfettin ise Balkan Savaşları esnasında yaşananları konu edinen Beyaz Lale hikâyesinde Galatasaray eğitimli, (dolayısıyla Osmanlı'nın beslediği O.C.), Lozan lisanslı Ratko Balkaneski'ye şu ifadeler söyletilir: "*Merhamet hakiki bir erkeğin üzerinde pek çirkin durur. Onu alçaltır… Katliam sosyal bir ilaçtır. Sosyal vücutlar da organik vücutlar gibi aynı kanunlara tabidir. Bir hastayı tedavi ederken fena mikropların vücutta kalmasına müsaade etmek, onların yeniden üreyip hastayı öldürmesini istemek demektir. Bir memleket alındığı vakit yabancı unsurun kalmasına müsaade etmek de, bu mahlukların galiplerine karşı besleyecekleri pek tabii olan kin, garezle silahlanarak üremlerini, bir gün vatanın en zayıf zamanında kalkıp intikam almalarını istemek demekten başka bir şey değildir. Biz bu hatayı yapmayacağız.*"

Balkan Savaşları sonrasında Osmanlı Devleti Avrupa'daki topraklarının %83'ünü kaybetti. Toprak miktarı olarak Osmanlı gerileme döneminden başlayarak çok daha büyük toprak kayıpları yaşamıştı, hatta aynı yıllarda Trablus'un kaybını da yaşamıştı. Ancak bunların Osmanlı siyasal elitinin kimliğinde büyük hasarlara yol açmadığı söylenebilir.

İnsan unsuru yönünden kayıplar asker ve kumandanlarla sınırlı kaldığında sadece Saray'ı etkilerken, özellikle 93 yenilgisiyle başlayan Müslüman kitlesel kıyımlarının sanatta, edebiyatta, uluslararası diplomaside işlenmeye başladığı görülmektedir. Bununla birlikte Balkan Savaşlarında yaşananlar yoğunluk ve nitelik itibarıyla başka bir aşamaya işaret etmektedir.

Müslüman unsurlar yönünden yaşananları *soykırım* olarak nitelendirmek mümkündür. McCarthy'ın tespitlerine bakıldığında Balkanlardaki Müslü-

39 Tunaya, T. Z. (2000). *Türkiye'de Siyasal Partiler III*, 2. Baskı, İstanbul: İletişim Yay., s. 35.
40 Aydemir, Ş. S. (1971). *Suyu Arayan Adam*, İstanbul: Remzi Kitabevi Yay., s. 23.

man Türk nüfusunun %27'sinin etnik temizliğe uğradıkları ve katledildikleri görülmektedir, ki bu da 600 bini aşan bir rakama tekabül etmektedir[41]. Büyük bir kısmının göç yoluyla hem göçün ve yüzyıllardır vatan bilinen topraklardan sökülüp atılmanın yıkıcı duygusu da Osmanlının başkentine, yani siyasal karar mekanlarına, toplumsal düzlemde de Anadolu'ya aktarılmıştır. Ancak Balkan Savaşları ile Anayasal tercihler arasında sadece olgulara ve fiziki yıkıma odaklı bu veriler kanımca tek başına yeterli değildir. Siyaset felsefesinin, somut ifadeyle, temel anayasal kararların oluşumu üzerinde etkide bulunacak diğer unsurlara da eğilmek gerekir. Balkan Türklerini homojen bir yapı olarak görmememiz gerektiğine dair şerhi de düşerek unsurları şu şekilde sıralayabiliriz:

Balkan coğrafyası Osmanlı kimliğinin kurucu unsurudur. Anadolu ise Osmanlı Devleti için asker ve tahıl deposudur. 14. yüzyılın sonlarından beri kendini bir balkan devleti olarak görmüş, buna göre Balkanlar'da kendi toplumsal meşruiyetini güçlendirecek demografik yatırımlara girişmiştir. Bu kapsamdan kendini Avrupalı olarak konumlandırmış, en azından öyle bir kabulü politik varoluşunun enstrümanlarından biri olarak telakki etmiştir. 1856 Paris Antlaşması'nın galip devleti iken *Avrupa devleti olarak kabul edilme ve bütünlüğünün Avrupa devletlerinin güvencesinde olmasını* neredeyse en önemli kazanım kabul etmiştir. Balkanların kaybı, kimliğin bu boyutu üzerinde yıkıcı etki meydana getirmiştir.

Balkanlar, Osmanlının ekonomik hacminin büyük bir kısmını oluşturmaktadır. Bu tespit sadece Hristiyan unsurlar bakımından geçerli değildir. Türk unsuru da Balkanlardaki ticari hayatın ve dolayısıyla ekonomik dinamizmin bileşenlerindendir ve Anadolu tabasına kıyasla ileri bir zenginliğe sahiptir. Ticareti Sanayi Devrimi ve yeni pazar oluşumlarının bilgisine sahip olarak deneyimleyen, dolayısıyla orta sınıf kategorisine giren bir kitledir. Bir bakıma Balkan Türkleri Osmanlı anayasal düzeninin, erken 20. yüzyıl parametrelerine göre, taşıyıcı toplumsal kesitidir. Balkan Harbi, bu orta sınıfı ekonomik olarak çökertmiştir. Katliamdan kurtulan ve sağ salim bir şekilde Anadolu topraklarına aktarılanlar, orta sınıf olmanın bilinç boyutunu olmasa bile, sermaye boyutunu kaybetmiştir.

Balkan Türkleri evlad-ı fatihandır, kendini öyle görmüştür. Bu nedenle Balkanlarda misyon yüklüdür. Bu bir yandan risk oluşturmaktadır. Zira evlad-ı fatihan olmanın, Balkan dinsel ve sair etnik grupları gözünde, özellikle milliyetçilik akımları sonrasında yabancı/sömürgeci bir gücün temsilcisidir, *milliyetçi devrimlerin* ötekisi olan ayrıcalıklı gruptandır, bir bakıma düşmandır. Dahilleri olmasa bile, bu temsil fonksiyonları nedeniyle hedeftirler. Bu ger-

41 McCarthy, J. (2014). *Sürgün ve Ölüm*, Ankara: Türk Tarih Kurumu Yay., s. 141 vd., özellikle s. 187.

çeklik Hristiyan unsurlarla ister istemez bir ontolojik gerginlik yaratacaktır. Gerginlik Balkanlardan adeta sökülüp atılan Türklerin ulus, devlet, toplum gibi siyasal felsefeyi oluşturan kavramlarını şekillendirecektir. Hatta kurucu yıkım olarak görülecektir[42]. Kanaatimizce Ömer *Seyfettin*'in *Balkaneski*'ye söylettiği cümleler, sadece Balkan Türklerine karşı gerçekleştirilen soykırımın zihniyet dünyasını resmetmemekte; aynı şekilde ve belki de daha çok ayakta kalabilmek, var olabilmek için yapılması gerekenleri örtülü bir şekilde dile getirmektedir. Bu ifadeler dönemin siyasal ve toplumsal entelektüellerin zihin dünyasına yabancı değildir.

Balkan yıkımına yol açan en objektif olgu, mağdurun/kurbanın en ayırt edici özelliği olarak Türk ve/veya Müslüman oluşudur. Bu hususta muhtemelen dikkate değer bir itiraz bulunmamaktadır. Yıkımın tüm çıplaklığıyla büyük devletlerin bilgisi dâhilinde olmasına rağmen engelleyici herhangi bir girişim içine girmemiş olmaları, aynı zamanda derin bir *yalnızlık ve hayal kırıklığı* anlamına gelmektedir. "*Türk'ün Türk'ten başka dostu yoktur!*" ifadesinin Balkan yıkımıyla acı bir şekilde deneyimlenmiş, Birinci Dünya Savaşı ise bu duyguyu perçinlemiştir.

Balkan Türkleri Osmanlı Müslüman unsurlarının en eğitimli, kültürel açıdan en ileri ve Avrupai siyasal düşünce akımlarına en aşina kitlesidir. Bu önermeyi geç 19. Yüzyıl Osmanlı bürokrasisinin, sanat, teknik ve siyasi yaşamının temel unsurlarının Balkan Türklerinden oluşmasıyla birlikte okumakta fayda vardır. Bir bakıma Osmanlının aklı, kalbi ve yaşam enerjisi Balkanlar, özellikle Balkan Türkleridir. Türk milliyetçiliği de bu tespitler ışığında kaçınılmaz olarak esasen Balkan kökenlidir. Dönemin yaygın siyasal ideolojileri ve felsefi düşünceleri olarak, materyalizm, sosyal darvinizm, pozitivizm gibi düşüncelerin yer edindiği ve yaygınlaştığı mekân Balkanlardır. Selanik Balkanlarda en yoğun Türk nüfusunun yaşadığı bir bakıma ikinci başkent sayılan büyük bir şehir olarak kozmopolit bir mekandır. Bunun yanında hümanizm ve liberalizm, konumuz açısından en önemli unsurlardan biri olan ademimerkeziyetçilik düşünceleri de rekabet hâlindedir. Zira Balkanlar okuma yazma oranı itibarıyla oldukça ileridedir. Balkan yıkımı hümanist ve liberal değerleri geriletmiş, pozitivist ve sosyal darvinist düşünceleri ise radikalleştirmiş, vulgarizasyona uğratarak keskinleştirmiştir.

Balkan Türkleri nazarında yaşanan yıkımlar batıdan uzaklaşmayla neticelenmemiş, aksine batı ile hayranlık duygusuna kitleselleşmiş bir nefret duygusunun ilave edilmesini sağlamıştır. Aşk-nefret ilişkisi, daha önceden de gözlemlenebiliyorsa, yıkım bunu tahkim etmiştir denebilir.

42 Örneğin Tunaya: "*Balkan savaşları şer (kötü)'den hayr'ı (iyiyi) doğuruyordu. Balkan saldırısı 'milli mefkûre'yi uyandıran şoktu. Türkler artık millet olmaktaydılar… Milli kin, milli dayanışmayı ve sevgiyi körüklüyor, milli şuurun yaratıcı ve yayılmacı (bir bakıma Turancı) kaynağı oluyordu.*" a.g.e. s. 561.

Osmanlı eliti ağırlıklı olarak balkan kökenlidir. Yoğunluk askerî, tıbbiye ve matbuat alanındadır. Yani hem siyasal kararları belirleyebilmekte hem de toplumsal kamuoyunu etkileyebilmekte, hatta doğrudan belirleyebilmektedir. Bu nedenle Balkan yıkımı, geniş anlamda Osmanlı eliti üzerinde fiziksel ve ruhsal yıkımlara neden olmakla kalmamış, bu yıkımların politik karar süreçlerine ve kamuoyu oluşum sürecine aktarılmasını sağlamıştır. Bu sayede yıkım sadece doğrudan etkilenenler üzerinde değil, bir kuşağa sirayet eden[43] kolektif bir yıkıma dönüşmüş, bir yandan da sonraki kuşaklara aktarılmış, sonuç olarak tarihselleşmiştir.

Dolayısıyla Balkan yıkımı anayasal kimliğin, toplumsal ve siyasal ben idealinin ve varoluş tasavvurlarını doğrudan etkileyen, buna göre oluşan bir zihniyet dünyasının temeli olarak görülebilir. Kanaatimce *harç* ifadesi yetersizdir, iradeyi biçimlendirmiş, hatta yaratmıştır da diyebiliriz.

Birinci Dünya Savaşı bu temeli kanaatimce sadece tahkim etmiştir. *Harb-i Umumi* küresel gelişmeler anlatısının önemli bir söylemidir, Osmanlı bu savaşın adeta aktörü değildir, Düvel-i Muazzama'nın kapışmasında küçük bir rol kapma çabasındadır ve bu çaba seçili olumlu (Çanakkale) veya olumsuz (Sarıkamış) anlatılara imkân verecek, yeni kuruculuğun işlevsel enstrümanlarına dönüşecektir. Bununla birlikte yukarıda belirttiğim şekilde yeni bir zihniyet dünyası üretme kapasitesine sahip değildir. Birinci Dünya Savaşı'nda etkili olan ve sonrasında Cumhuriyetle devam eden siyasal elit, savaşa girerken ana hatları oluşmuş zihniyet dünyasına sahiptir ve bu dünyanın inşası sürecinin bir aşaması, hatta imkânı olarak savaşa bakmaktadır. Bu çerçevede Balkan yıkımının sonuçlarını doğrudan ve kendi varlığında yaşayan Talat Paşa'nın başta Ermeni Tehciri olmak üzere, siyasal karar süreçlerine yaklaşımı çarpıcıdır[44]. Osmanlı eliti, daha somut bir ifadeyle ittihatçı elitler için çözüm ve istikamet bellidir.

Cumhuriyet'in kuran siyasal elit de ağırlıklı olarak Anadolu dışından gelen göçmenlerden veya onların sonraki kuşağından oluşmaktadır. Bunlar arasında Balkan göçmeni olup yıkıma doğrudan maruz kalanlar, Balkanlarda görev yaptığı sırada yıkımı gözlemleyenler veya Balkan yıkımını ilk savaş deneyimi sırasında deneyimleyenler, ağırlıktadır, dolayısıyla doğrudan etkilenenleri oluşturmaktadır. Geri kalanların önemli bir kısmı travmanın dolaylı nesnesi sayılır. Aydemir'in ifadesiyle *dünyaya bir yangın içinde gözlerini açmış, hayata yangınla başlamış ve çocukluğu yangınların kızıllığında geçen bir kuşak*tan söz ediyoruz[45]. Yıkımın bütün Osmanlı siyasi ve entelektüel elitini travmatize ettiği, dolayısıyla meseleye bir kolektif veya kuşak travması olarak bakılması gerektiği kanaatindeyim.

43 Wolf, M. (2017). s. 72 vd.
44 Kieser, H. L. (2021). *Talat Paşa: İttihatçılığın Beyni ve Soykırımın Mimarı*, İstanbul: İletişim Yay.
45 Aydemir, Ş. S. (1971). s. 1.

Olağanüstü bir strateji ve taktik hamlelerle, neredeyse tek başına ülkenin siyaset felsefesini belirleyen ve temel siyasal kararlarını veren, dolayısıyla Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın sert çekirdeğinin oluşumunda tayin edici olan Mustafa Kemal'in Selanikli olması önemli bir veridir. Atatürk hakkında yapılan bir psikanaliz bu konuda önemli ipuçları sunmaktadır[46]. Yine Atatürk'ün zihniyet dünyasının beslendiği kaynaklar ekseninde yapılan bir inceleme de Balkan yıkımı ile yukarıda kurmaya çalıştığım ilişkinin ipuçlarını verebilmektedir[47]. Dönemin anlatılarına bakıldığında, Balkan yıkımının yol açtığı duyguların, yıkımın kendisinden çok daha güçlü olduğunu söylemek mümkündür[48].

Bir yıkım, bir toplumsal yaşamı ve bundan neşet eden siyasal yaşamı derinden etkiliyor ve doğan zihniyet dünyası da anayasal düzeni biçimlendiriyorsa, bu yıkımı travma kategorisi içinde değerlendirmemek mümkün değildir. Her bir kötü deneyim bir travmaya yol açmaz. Balkan yıkımı bağlamında travma kavramının kullanıldığı çalışmalar bulunmaktadır[49].

Bu durumda meseleyi sadece olgusal bir değerlendirmeyle sınırlı olarak ele almak yerine, kolektif veya sosyal travma kavramları üzerinden irdelemek ve kimlik inşası ile temel siyasal karar oluşumu arasındaki ilişkiyi travma bilimi verileri ışığında ele almak gerekir. Travmanın etki ve sonuçlarını anayasal verilerle ilişkilendirebilirsek, travmanın bu yolla kendini yeniden üretip üretmediği sorusuna da cevap verebiliriz.

B. Travma

Burada ele alacağımız travma fiziksel değil, psikolojik, yani iç dünyada kalıcı bozukluklara neden olan deneyimdir. Travma yaşanmış büyük yıkımla bağlantılıdır ama sonrasına işaret eder. Yıkıma karşı hızla geliştirilen, bir bakıma yıkımın araçsallaştırılması olarak görülebilecek savunma araçları travmanın işlenmesi ve rehabilitasyon değildir.

Freud'a göre dış bir gücün neden olduğu orijinal yara, "*kısa bir süre içinde ruhsal işleyişi tahriş eden uyaranlarda öylesine bir sert artışa neden olan bir deneyim*

46 Volkan, V. D. ve Itzkowitz, N. (2017). *Atatürk'ün Psikanalitik Biyografisi*, Ankara: Pusula Yay.

47 Hanioğlu, Ş. (2023). *Atatürk, Entelektüel Biyografi*, İstanbul: Bağlam Yay.

48 Bu duyguyu çarpıcı bir şekilde Aydemir resmetmektedir. "*Bu perişan kafileler, eski istila ordularının Balkanlar'da, Tuna'da ve daha ötede yerleşip, köy, şehir, kale kuran eski fatihlerin geri dönen çocukları, kalıntılarıydı. Şahin atlar üstünde Avrupa'ya giden ataların bu çocukları, şimdi her tarafından torbalar, bakraçlar sarkan bu gıcırtılı arabalarla, yüzyıllarca süren bir egemenliğin ellerinde kalan bu hazin artıklarını geriye doğru taşıyorlardı.*", Aydemir, Ş. S. (1971). s. 20 vd.

49 Yılmaz Odabaşı, H. (2020). Toplumsal Travma ve Posttravmatik Gelişme Perspektifinden Balkan Savaşı ve Türk Milliyetçiliğinin Kitleselleşmesi, içinde Arıboğan, D. Ü., (Ed.), *Travmaların Gölgesinde Politik Psikoloji*, İstanbul: İnkılap Yay., s. 47 vd. Kısa bir araştırma, bu bağlamda yapılan çalışmaların Türk milliyetçiliğinin yükselişini açıklamada "meşru ve haklı" bir manivela olarak değerlendirme odaklı olduğu izlenimi veriyor.

haline gelir ki, normal şekilde ele alınamaz veya işlenemez, bu da işleyişte kalıcı rahatsızlıklarla sonuçlanır"[50].

Travma, süjenin "normal" (Freud) işleyiş biçimine dışarıdan aşırı yük yükleyen (kapasitesini zorlayan) ve böylece geride kalıcı olabilecek zarar bırakan bir yaradır, bu yara bir bakıma "*içteki şeytan*" hâlini alır (*Sandler*). *Sandler* Freud'u aşarak kalıcı artçı etkileri sorgular ve bunun anılar, bir yara, patojenik bir ajan, tabiri caizse "içteki şeytan" gibi bir şey olması gerektiğini ileri sürer. Peki ama bu kalıcı patojenik ajan nedir? Bir anıdan daha fazlası olmalı ve bireyin adaptif tepkilerini içermelidir, der[51].

Travma yaşanan ve bilinç düzeyinde farkında olunan bir yıkımın somut etki ve sonuçlarının ötesinde, yıkımın bireysel veya kolektif bilinçte işlenme biçimiyle, yani bastırılma veya yönlendirilme biçimiyle, dolayısıyla yıkım ile subjektif düzlemde kurulan ilişkiyle alakalıdır. Bu nedenle travmadan söz edilirken, iyileşmeyen, kabuk bağlamamış yaralar, psişede somut koşullarla bağlantılı olmayan çeşitli tepkiler, davranışlar ve duygulanımlar anlatılmak istenir.

İçteki şeytan kavramı önemlidir, çünkü travma bir yandan bilinçaltına itilen ve rasyonelleştirilebilir olmayan tehlikeli veya zararlı davranışlara yol açarken, diğer yandan, Volkan'ın tespitiyle belirli tarihsel vakaları seçici bir şekilde kullanmak suretiyle manipülatif sonuçlara da ulaşmaya elverişlidir. Volkan, etnik, ulusal veya dini gruplar için bir kimlik özelliği olarak *seçilmiş travma* anahtar kavramını türetmektedir[52]. Çünkü kolektif travmaların olgusal gerçekliğinden çok sembolik güçleri etkili olabilmektedir.

Kühne'nin çalışmasından yararlanarak[53], göstergeleri şu şekilde özetleyebiliriz:

- İnsanlar travmatik bir olaya genellikle iki temel, karşıt dürtüye atfedilebilecek çeşitli semptomlarla tepki verirler. Bir yandan etkilenen kişi olayın peşini bırakmaz, olayla bağlantılı olmaya devam eder; diğer yandan korku ve acıyı savuşturmaya çalışır.
- Yüzleşme ve savunma diyalektiği içerisinde dissosiyasyon (ayrışma, bölünme) olgusu büyük önem taşımaktadır. Dissosiyasyon, savaşma ya da kaçma olasılığı olmadığında kullanılan bir travmayla başa çıkma mekanizmasıdır. Dissosiyasyonun en bilinen şekli, bazı mağdurların kendi bedenlerinden dışarı adım atmak olarak tanımladıkları ve ken-

50 Aktaran Kühner, A. (2014). *Trauma und kollektives Gedächtnis*, Gießen: Psychosozial-Vlg., s. 34.
51 Aktaran a.g.e. s. 36.
52 Volkan, V. D. (2021). Chosen Traumas and their Impact on Current Political/Societal Conflicts, içinde Hamburger, A., Hancheva, C. und Volkan, V. D. (Eds.), *Social Trauma. A Interdisciplinary Textbook*, Zürich: Springer Vlg., s. 17-24.
53 Kühner, A. (2014). s. 40 vd.

dilerini dışarıdan gözlemledikleri durumdur. Tüm travma semptomları gibi başlangıçta koruyucu olan bu mekanizma da kendi başına bir hayat sürebilir ve kalıcı sorunlara yol açabilir, örneğin kişi daha sonra belirli tetikleyicilerden sonra istemsiz olarak gerçeklikten ayrılabilir.

- Travma tekil bir olayla bağlantılı değil bir süreç biçiminde de yaşanabilir (sequential trauma), böyle durumlarda travmanın ağırlığı travmatik olgunun şiddeti veya ağırlığı değil süresidir. Osmanlı'nın çöküş sürecini bir bütün olarak bu kapsamda düşünmek mümkündür.
- Gecikme olgusu (latenz) önemli bir fenomendir. Psikolojik ve fiziksel olarak hayatta kalabilmek için şiddet mağduru bilinçsizce suç sırasında bir tür algısal koruma (örneğin dissosiyasyon şeklinde) oluşturmaya çalışır, bu da neler olup bittiğinin tam olarak farkına varmasını engeller.
- "Artçı etkiler" olgusu travmanın süreç karakterini özellikle açık bir şekilde ortaya koymaktadır: geçmiş travmanın sadece şimdiki deneyim üzerinde (doğrusal-nedensel) bir etkisi yoktur, aynı zamanda şimdiki yaşamın da travmatik bellek üzerinde bir etkisi vardır, şimdiki zaman geçmişi değiştirir. Deneyimler, izlenimler, bellek izleri daha sonra yeni deneyimler temelinde ve farklı bir gelişim aşamasına ulaşıldığında yeniden işlenir ve ortaya çıkar.
- Şok metaforudur: Travmatik bir deneyim, temel insan inançlarını paramparça eder: temelde iyi bir dünyaya olan inanç, kişinin kendi öz yeterliliğine olan güveni, yani kişinin çaresizce dış koşullara maruz kalmadığı, aktif olarak harekete geçebileceği hissi doğar. "Paramparça olmuş inançlar" pek çok olgudan sadece biri değil, her travmanın özüdür.
- Suçluluk fenomeni: travma failde olması gereken suçluluk duygusunun mağdurda da olmasına neden olur. Bu duygu seküler veya dinsel "hakkedilmiş ceza" biçiminde ifade bulabilir.
- Yoğun bir değersizlik duygusu belirgindir.
- Travmaya neden olan olgu mağdurda bir kurbanlık gibi teslimiyete ve tam güçsüzlüğe neden olur.
- Şiddetli travmatizasyon, sınırların büyük ölçüde aşılması, özne ile nesne, fail ile mağdur arasındaki sınırın yıkılması anlamına gelir. Fail ile benzeşme (introjektiyon) gerçekleşir, failin güç kaynağına öykünülür.
- Hoşumuza gitsin ya da gitmesin, travmaya verilen doğal tepki aynısını başkalarına da yaşatma arzusudur- mümkünse tabii ki faillere ama bu

mümkün değilse başkalarına. Nefret ve saldırganlık bu bağlamda ele alınabilir.

- Travma geçirmiş pek çok kişinin konuşamaması ve konuşmak istememesinin açıklaması olarak genellikle yoğun utanç duyguları gösterilir. Utanç, son derece sosyal veya sosyal olarak karakterize edilmiş bir duygudur. Kendine yedirememe veya yıkımın kendi hatasından kaynaklandığı duygusu, konuşmamaya sevk edebilir.
- Bununla birlikte bir sessizlik ve suskunluk duvarı davranışı gözlemlenebilir. Kuşaklar arasında iletişim kopukluğu da gözlemlenmektedir.
- Travmaya yol açan yıkımda kurtulanların ölenlere tanıklığı, ayrı bir disassioyoatif bozukluğa yol açmaktadır.

Kolektif travma sadece travmaya uğrayan bireyin değil, bir bütün olarak grubun da temel inançlarının sarsıldığı bir duruma işaret eder. Bireylerin travmaların toplamı değil, bireyi aşan kolektif bir duygulanımdan söz edilir.

Burada kolektif etkiler muhtemelen ortak duygularda olduğundan daha da belirgindir: Kolektif travma hem doğrudan etkilenenlerin (yani travma mağdurlarının) hem de kolektifin diğer üyelerinin temel inançlarını paramparça eder. Kolektif travma sirayet edicidir. Bütün bir kültüre yansır, kültürü yoğun duygulanım kazandırır, kültürel travmaya dönüşür. Kültürel travma *Alexander*'in tanımıyla, bir kolektifin üyelerinin, grup bilinçlerinde silinmez izler bırakan, anılarını sonsuza dek işaretleyen ve gelecekteki kimliklerini temel ve geri dönülmez şekillerde değiştiren korkunç bir olaya maruz kaldıklarını hissettiklerinde ortaya çıkar[54].

Akıllara gelmesi gereken hususlardan biri kolektif travmaların hangi temel ihtiyaçları sarstığı hususudur. Baskıcı rejimlerin sona ermesiyle ilgili en sarsıcı gerçeklerden biri, eskiden baskı altında tutulanların kendi yaşadıkları şiddeti başkaları üzerinde- bazen şok edici derecede benzer şekillerde – tekrarlamalarıdır[55]. Bireysel travma, olağan bir toplumsal işleyişte intikamdan vazgeçmeyle sonuçlanırken, kolektif yapıda travmalar intikam arzusunu karşılıklı ajite eder, şiddetlendirir, ki bu da intikam duygusuna sahip olanın utanma ve çekinme gerekliliğini ortadan kaldırır. Bu etkileşim bilinç düzeyinde olabildiği gibi, bilinç dışı düzeyde de işleyebilir. Freud'a göre birey böyle bir durumda bireysel intikamından vaz geçer ve kitlenin psikolojisine uyumlanırlar. Travma sadece travmatize olanları etkilemez, kitle psikolojisi üzerinden yaygınlaşır. Burada travmanın sembolik varlığından söz etmek gerekir.

54 Alexander, J. C. (2004). Toward a Theory of Cultural Trauma, içinde Alexander, J., C., Eyerman, R., Giesen, B., Smelser, N. J. and Sztompka, P. (Eds.), *Cultural Trauma and Collective Identity*, California: University of California Press, s. 1.

55 Kühner, A. (2014). s. 92.

Temel çatışmaların katılaşması travmaların sonucunda tek taraflı fiksasyonlara (saplantılara) yol açar. Bu da *hem, hem de* çözümlerinden uzaklaştırır, *ya, ya da* keskinleşmelerine götürür[56].

Travma bilinç altına itilir, unutulmaya çalışılır, unutulabilir de. Ancak yok olmaz; travma işlenmediğinde farklı bir şekilde yaşamaya devam eder, farklı davranış tipleriyle, kararlarla, politik tercihlerle yaşar, onlarda yaşamaya devam eder. Yaşatır da.

Bir modern yapı olarak hiçbir ulus devletin anlatısı temiz değildir. Günahlardan ari olmadığı gibi, yıkımlardan, mağduriyetlerden ve bunlardan kaynaklı travmalardan ari değildir. Siyasal elitlerin veya toplumların ulus devlet inşa veya idame süreçlerinde mistifikasyonlara ihtiyaç duymaları ve bunu ikame anlatılar olarak devlet gücüyle kamusallaştırmaya çalışmaları anlaşılabilir ama bir o kadar da gerçeklerden uzaklaştırıcıdır.

Peki Balkan yıkımının yol açtığı travmaların Türkiye'deki semptomları hakkında neler söylenebilir? Buna detaylı ve ampirik cevaplar vermek için çalışmanın derinleştirilmesine ihtiyaç duyulmaktadır. Bununla birlikte pek çok semptomu Birinci Dünya Savaşı'na girişle birlikte politik kararlarda gözlemlemek mümkündür. Uçlara savrulma, korku ve kaygı, suçluluk duygusu, derin bir *terkedilme, yalnız kalma duygusu ve hayal kırıklığı*, büyük devletlerin müdahalesiyle faillere yöneltilememiş öfkenin içe dönük bir dissosiyasyona yol açması, yaşanılanın başkalarına yaşatılması, travmanın konuşulmaması gibi pek çok semptomu bugünün siyasal davranışlarda dahi gözlemlemek mümkündür. Bununla bağlantılı olarak ambivalent duygu durumu, mistifikasyon ile değersizlik duygusu arasında, yani aşırı uçlarda salınım durumu da pek ala tespit edilebilecek hususlar arasında yer alır. Utanç duygusu ile saldırganlık, kırılgan ulusal benlik duygusunun tetiklediği ölçüsüz reaksiyonları da sayabiliriz. Yas tutamama ise en belirgin reaksiyonlardan sayılır. Tüm bunların sağlıklı bir toplumsal bağlamda teşekkül edebilecek olağan bir benlik duygusu kapsamında değerlendirilemeyeceği kanaatindeyim.

Hemen belirtelim ki yukarıda travmayla bağlantılı olarak öne çıkan yas tutamama, öfke, çaresizlik, nefret, korku, utanç, intikam gibi duygular, popülizmin sosyal psikolojisinin psikanalizinde de tespit edilmektedir[57].

C. Travmanın kuruculuğa yansıması

Cumhuriyet'in kurucu kadrolarının, başta Atatürk olmak üzere, etkili bir kısmının Balkan kökenli olduğu konusunda bir şüphe bulunmamaktadır. Bu

56 Mentzos, S. (2002). *Der Krieg und seine psychosizialen Funktionen*, Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, s. 78'den aktaran Kühner, A. (2014). s. 134.

57 Wirth, H-J. (2023). *Gefühle machen Politik. Populismus, Ressentiments und die Chanchen der Verletzlichkeit*, Gießen: Psychosozial-Vlg., s. 35 vd.

kadrolar yıkımı şahıslarında, ailelerinde, yakın akrabalarında gözlemlemiş, bu travmanın doğrudan nesnesi olmuşlardır. Diğer bir kısmı travmanın dolaylı nesnesidir. Bu kuşak travma nedeniyle ruhsal olarak hasarlı addedilmelidir. Osmanlı siyasal elitinin dönem kuşağına mensup olmaları ve aynı siyasal entitenin kaderine bağlı oluşları onları travmatik kuşağa dâhil etmektedir. En azından Anadolu'nun da elden gitme tehlikesine doğrudan maruz kalmışlardır. Bu nedenle bir süreç travmatizasyonu yaşadıklarını kabul edebiliriz. Bu kadroların verdikleri siyasal kararların, politik ve kurumsal tercihlerin travmadan doğrudan etkilendikleri inkâr edilemez.

Balkan felaketi konuşulmuş, yoğun duygular gösterilmiş, ardından hızla hatta eş zamanlı psikolojik dayanıklılık gereğine göre duygular hızla kanalize olmuştur, bu da yas sürecinin tamamlandığı şekilde yorumlanmıştır[58]. Ancak yas tutulmamış, bir yoğun duygudan hızlı bir şekilde ötekine geçilmiş (acı-öfke, kendini suçlama-histerik çözüm), aslında travma işlenmemiştir. Bu nedenle de sağlıklı bir kabullenmeden söz etmek çok güç gözükmektedir. Kabullenme sadece anlık rasyonel çözüm üretimiyle, öteden beri güçlenmekte olan ve bir alternatif olarak ortada bulunan nasyonalizmin hızla başat çözüm olarak benimsenmesiyle ilgilidir. Bir bakıma kaçış olarak da görülebilecek, rasyonalize edilmiş dürtüsel bir davranış olarak yorumlanabilir.

Travmanın işlenmesi, Balkan yıkımını müteakip hızla milliyetçili kimliğe sarılma veya askerîn siyasete karışmasının yanlışlığının anlaşılmasına da indirgenemez. Bu bir unutmadır ve unutma üstesinden gelinemeyen zorluk karşısında bir savunma mekanizmasıdır. Unutma bir bakımda bilinçdışı bir iyileşme çabasıdır da. Zira insandaki en temel dürtü, yıkımı aşıp bir an evvel varoluşa onurlu bir anlam kazandırıp yaşama devam etmeyi salık vermeye sevk etmektedir. Nietzsche, "*hafızam yaptığımı, onurum ise böyle bir şey yapmış olamayacağımı söylüyor ve taviz vermez bir biçimde direniyor. Sonunda hafızam teslim oluyor*"[59] ifadesiyle aslında buna işaret etmektedir. Aydemir'in 1914-18 tarihleri arasında yaşananlar bakımından "… *milletle ve halklar arasında, tarihin bazen öyle sayfaları yaşanır ki, en doğru olan, galiba o safhaları unutmaktır*" ifadeleri[60] çarpıcı ve o ölçüde de anlaşılabilirdir.

Travma bağlamında bir farkındalıktan söz etmek mümkün gözükmemektedir. Bu travmanın şiddetinin yas becerisine zarar vermesi olarak da yorumlanabilir. Yas tutamama, yıkımla olan ilişkiyi ya unutma veya melankoli eksenine sürüklemiştir, ki bu kanaatimce acıda kalma veya acıya tutunma şeklinde bir unutmama hâlidir ki, yüzleşmeden kaçınmanın başka bir biçimidir[61].

58 Yılmaz Odabaşı, H. (2020). s. 67.

59 Nietzsche, F. (1969). *Jenseits von Gut und Böse, Werke III*, Frankfurt: Ullstein Vlg., s. 71

60 Aydemir, Ş. S. (1985), *Makedonya'dan Orta Asya'ya Enver Paşa*, Cilt 3, İstanbul: Remzi Kitabevi Yay., s. 464.

61 Savaştan hemen sonra 3. Yasama dönemine başlayan Meclis-i Mebusan'ın yeni başkanı Halil Bey'in şu konuşmasını kanaatimce çarpıcıdır ve analiz bakımından da yol göstericidir: "*Tarihimizin büyük bir hatası vardır. Ondan bu defa kendimizi korumalıyız. Harbetmek kâh muzaffer,*

Şoktan hızla sıyrılma, travmanın iyileşmesi değildir. Travmanın kalıcılaşması, kuruculaşmasına yol açar.

Cumhuriyet kuşağı da bu nedenle travmayı işleyememiştir. Belki işlemesi mümkün de olmamıştır. Zira Balkan Savaşı'nın başlamasıyla gözlemlenen husus, gerçek veya hayali olsun sarılmaya çalışılan bir kurtuluş imkânının çok acı bir şekilde çöküşü olmuştur. Osmanlı kimliği oluşamadan çökmüştür. Balkan Savaşlarına Arnavutların da dâhil olmasıyla kimlik daha farklı bir yönden de örselenmiştir. Yaşanan yıkımın yoğunluğu ve ağırlığı, travma semptomları olarak nitelendirebileceğimiz yıkıcı duyguların (öfke, korku, çaresizlik, yalnızlık, suçluluk…) aynı ölçüde yoğun ve ağır bir şekilde kamuoyunu biçimlendirmesi ve siyasal elitler üzerinde etkili olmasına yol açmıştır. Bir yıl geçmeden Birinci Dünya Savaşı'na girilmiş ve Balkan yıkımının en ağır müsebbiplerinden biri olan Bulgaristan ile aynı ittifak içinde savaşılmıştır[62]. Savaşın sonuçları çaresizlik ve teslimiyeti kabullenme duygularını güçlendirmiştir. Ancak bu teslimiyete rağmen Anadolu'nun da elden gitmesi ihtimali, siyasal elitin hareket geçmesini sağlamıştır. Bir ulus devlet sloganıyla başlatılan ve uluslararası meşruiyeti de arkasına alan kurtuluş mücadelesi ise bir başarı anlatısıyla sonuçlanmıştır. Balkan travması işlenemeden, yası tutulamadan, yeni bir anlatı mümkün hâle gelmiştir. Bir bakıma yas tutma yeteneği geliştirilememiştir[63]. Benzer tespiti soykırım sonrasında bağımsız bir devlet olarak kurulan İsrail bakımından da yapabiliriz.

Oysaki travma işlenemediği ve iyileşme sürecinden geçilemediği durumda, başarı anlatısının bizatihi kendisinin o travmanın eseri ve kaçınılmaz olarak da başka travmaların müsebbibi olması kaçınılmazlaşır[64]. Travma konuşulmaz, ama travmaya neden olan yıkımlar, yeni anlatının doğuş kaynaklarından biri olarak işlevselleştirilir. Yeni anlatıdaki kararların isabetinin bilinçaltındaki meşruiyet zeminine dönüşür. Çünkü bilinçdışı işleyen bir dinamiktir, bir bakıma *içteki şeytan*dır.

Bununla birlikte travmanın yarattığı güçlü duygulardan yalnızlık ve hayal

---

kâh mağlup olmak her millete mukadderdir. Başka milletler harben kaybettikleri vatan parçalarını unutmazlar, gelecek nesillerin önünde onları daima canlı tutarlar. Onlarla birlikte felaket sebepleri de daima yaşar. Bu suretle aynı sebeplerin felaketli neticelerinden geleceği korurlar. Bu yüce kürsüden milletime tavsiye ederim: Unutmamasını! Hürriyet ve Meşruitiyet meşalesi nurunun beşiği olan sevgili Selanik'i, yeşil Manastır'ı, Kosova'yı, İşkodra'yı, Yanya'yı, bütün güzel Rumeli'yi unutmamasını tavsiye ederim. Muallimlerimizden, muharrirlerimizden, şairlerimizden, bütün fikir adamlarımızdan hududun öte tarafında kurtarılacak kardeşler, tahlis edilecek vatan parçaları bulunduğunu bugünkü ve yarınki nesiller önünde, dersleriyle, yazılarıyla, şiirleriyle bütün manevi nüfuzlarıyla daima canlandırmalarını rica ederim. Ancak bu suretle felâketlerimizi, yenilgilerimizi hazırlayan hataların tekrarından geleceğimizi koruyabiliriz." Aktaran, Tunaya, T. Z. (2000). s. 562 vd.

62 Tek başına bu hususun işlenmesinin önemini vurgulamak gerekir.

63 Mitscherlich, W. Von A. ve Mitscherlich, M. (1977). *Unfähigkeit zu trauern*, München: Piper Vlg.

64 *Wolf*, bu tespiti Nasyonal Sosyalizme kayan Almanya için yapmakta, bu bağlamda travmanın kompenzasyonu ifadesini kullanmaktadır. Wolf, M. (2017). s. 21.

kırıklığının yol açtığı içe kapanma ve küsme eğiliminin Atatürk'ün örgütlenme ve diplomasiye ağırlık verme becerisiyle belirli ölçüde yumuşadığını ve bunun da kurtuluşta başarıya esaslı katkı sağladığını söylemek mümkündür.

Osmanlı devletinin çöküşünün önüne geçilmesi çerçevesinde gerçekleştirilen modernleşme ve yapısal ıslahatların siyasal ve idari yansımasının istisnasız bir *şekilde merkezi güçlendirme*, bunun da ötesinde *katı merkeziyetçi bir yapı* tesis etme olduğu inkâr edilemez. Kurtuluş Savaşı sonrasında Ankara'da güç konsolidasyonunun sağlanmasının ardından gecikmeksizin atılan ilk adımların 1921 Anayasası'nın ademimerkeziyetçiliği mümkün kılan tüm hükümlerin yürürlükten kaldırılması olması dikkate değerdir. Bu bir ilk kurucu adım da sayılır. Cumhuriyet'in ilanı sembolizminin gölgesinde kalan asıl siyasal karar, çöküş, yok olma, Anadolu'dan sürülme, bölünme ve parçalanma, Balkanlar'da yaşananın Anadolu'da tekrarlanmasının önüne geçilmesine karşı geliştirilen, hatta intersubjektif olarak olağan kabul edilen katı merkeziyetçilik tercihidir. Yani katı merkeziyetçilik tercihi bir kuşağın adeta kolektif kimliğinin araçsal bileşenidir. Katı merkeziyetçilik hassasiyetinin en fazla gözlemlendiği hususların başında eğitim konusunun geldiğini not edelim[65]. Eğitimde kontrolün kaybı, kimlik inşası ve bununla bağlantılı olarak rıza üretim sürecini sekteye uğratabilir.

Cumhuriyet ilanının bizatihi böyle bir etkisi olduğunu söylemek güçtür. Dolayısıyla katı merkeziyetçilik tercihi ile çöküş gerçekliği arasında doğrudan bir ilişki olduğunun kabulü gerekir. "*Türkiye'nin Fransa'yı örnek alarak idari yapısını biçimlendirmiş olduğu*" argümanı açıklama gücü olmayan, neden olmaktan çok sonuç bağlamında anlam ifade edebilecek bir argümandır. Diğer bir ifadeyle, "*Türkiye eğer İngiltere veya Almanya ile daha sıkı ilişki içinde olsaydı, onların idari yapılanmalarını örnek alırdı*" şeklinde bir spekülasyon da kanaatimce gerçekçi değildir.

1921 Anayasası'nın etnisite veya din vurgusu yapmama tercihinin aksine 1924 Anayasası'nda hem İslam'ın devletin resmî dini olduğu hususu anayasada yer almış, hem de anayasal düzenin temelini oluşturan, *Schmitt* veya *Sieyes* bakış açısıyla, kurucu iktidarı oluşturacak *insan unsuru etnik bir referansla* tanımlanmıştır. Egemenin sahibi hukuki değil hem olgusal hem de ideolojiktir yahut kurgusaldır; travmanın biçimlendirdiği *benlik ideali* olarak hem var olan hem de üretilmesi gereken bir kimlik olarak *Türk*'tür. *Olgusaldır*, çünkü bir etnisiteye referans verir. *İdeolojik yahut kurgusaldır*, çünkü Anadolu'da gerçekten etnik unsur olarak var olan Orta Asya kökenlilere referans vermemekte, aksi-

65 Anayasa Mahkemesinin 2007 yılında belediyelerin *okul öncesi* ile sınırlı dahi olsa eğitim kurumu açabilmesini anayasaya aykırı bulmasının temelinde bu kolektif bilincin yansıması vardır. Bunu hem iptal dava dilekçesinden hem de karar gerekçesinden okumak mümkündür. Bkz. AYM, E.2005/95, K.2007/5, 24/1/2007.

ne antik Yunan, Roma ve Batı uygarlıklarının, dilin, dolayısıyla iletişimin temeli olarak kurgulanmaya çalışılan bir tarihsel varsayıma referans vermektedir. Bu eğilim İttihatçılıkla birlikte görünür hâle gelmiş olsa da Cumhuriyetle birlikte başat ideolojiye dönüşmüştür[66]. Ancak bu görüş Atatürk'ün ölümüyle birlikte gücünü kaybetmiş, egemen millet, yani kurucu iktidar, dönemlere ve uygulayıcı kurumların yaklaşımına göre ırkçı, kültürcü, kimi zaman İslami, görünürde daha çok hukuki bir çokgen içinde ama istisnasız bir şekilde etnik temelli olarak tanımlanmıştır. Dolayısıyla kurucu iktidar olarak ulus tanımı eş değerliliği ontolojik olarak reddeden bir özelliğe sahiptir. Kurucu travmayı dikkate aldığımızda, başka türlü bir tercihin siyasal elitlerce kabulünün, aklen mümkün olsa da gerçekçi olmayacağı söylenebilir.

Laiklik tercihi, kurucu iktidar olarak milleti tanımlamanın en önemli araçlarından biridir. Laiklik tercih olumlu bir bileşen olarak da milletin ortak paydasına dönüştürülebilirdi. Ancak Anadolu'dan da çökülüp atılmama, tarih sahnesinden silinmemenin modern anlamda bir ulus devlet yaratmayla mümkün olabileceği, bunun aynı zamanda batı medeniyeti nazarında meşru görülebileceği, hatta daha çarpıcı bir ifadeyle, bu şekilde aşk ve nefret objesinin beğenisine de mazhar olunabileceği bilinmektedir. Üstelik bu defa seküler tercihler Hristiyanlar nedeniyle içişlerine karışmanın önüne geçilmesi beklenen bir manivela değildir, zira Anadolu'nun Hristiyan unsurlardan temizlenmesiyle artık böyle bir ihtiyaç da bulunmamaktadır. Laiklik Müslüman toplumu diğer Müslüman toplumlardan ayırmak ve onları yeni bir kamusallık ve kamusal irade oluşturacak şekilde yeniden tasarlamanın, bir bakıma yeniden yaratmanın yoludur. Modernleşmenin harcıdır. Anadolu'nun muhafazasının, Anadolu'da var olmanın ilacıdır. Son yıllarda bu ilkenin etki gücünü, belki de şiddetini kaybettiği, başka bir içerikle yorumlanmaya çalışıldığı gözlemlenmektedir[67]. Ancak bu değişim toplumun çoğunluğunda Türkiye sınırları dışındaki diğer Müslüman toplumlarla ulusal temelde yaşanan ayrışmayı geri çevirecek güçte değildir. Zira ayrışma sadece laiklikle tahkim edilmiş, ancak çok daha önceden başlamıştı.

Laiklik, ulusal homojenlik ve katı merkeziyetçilik… Bu üç tercih Türkiye Cumhuriyet'inin anayasal düzeninin temel siyasal tercihini, bu yönüyle de anayasanın sert çekirdeğini oluşturmaktadır. Her üç temel ilke de demokratik temelde bir güç paylaşımını dışlamaktadır. Kanaatimizce üçünü de belirleyen temel duygunun *yok olma korkusu* olduğu açıktır.

1937 yılında Anayasa metnine giren temel ilkeler yukarıda belirttiğimiz üç temel siyasal kararla ilişkili, bir bakıma onlara içkin olduğu için, siyasal

66 Hanioğlu, Ş. (2022). s. 523 vd.

67 Bu yorumun sorunlarına ilişkin bir çalışma için bkz., Yıldırım, E. K. (2022). "Laikliği Yeniden Düşünmek", *Birikim Dergisi*, S. 396., s. 83-96.

zihniyeti ve kimliği, hâlihazırda Cumhuriyet'in temel ilkeleri arasında yer alan insan haklarına saygı, hukuk devleti ve demokrasi ilkelerine göre daha fazla belirleyebilmektedir. Ülkenin stratejik kurumlarının kritik anlardaki karar pratiği, insan hakları, hukuk devleti ve demokrasi ilkelerinin siyasal elitler bakımından güvenceden çok *korku tetikleyici* bir bağlamda yer edindiğini göstermektedir. Bu üç ilke de eş değerliliği, heterojenliği ve güç paylaşımını zorunlu kılmaktadır. Travmanın biçimlendirdiği bir anlam dünyasında eş değerlilik, heterojenlik ve güç paylaşımı parçalanma korkusunu tetikler. Ve hâlâ tetiklemeye devam etmektedir.

Türkiye Cumhuriyeti anayasal düzeninin kurucu travması Balkan travmasıdır, kurucu duygusu ise korkudur.

D. Kuruculuk Başarılı mı?

Bu tartışılır. Kuruculuğun başarısını nasıl belirlediğimize bağlı olarak değişir. Travmatize bir siyasal elit ve bunu paylaşan bir toplumsal kitlenin haklılık ölçütlerine göre değerlendirildiğinde başarılı sayılır. Ancak buradaki belirleyici kavramın başarıdan çok *haklılık* kavramı olduğunun altını çizmemiz gerekir. Haklılık çabası hakkın teslimine odaklanır, madunluktan kurtulmayı, ezilen statüsünden kurtulmayı, hiyerarşik zincirinin en alt basamağından yukarıya tırmanmayı önceler. Homojen bir duruşu, lehe olanları kabul, aleyhe olanları reddetmeyi gerektirir. Başarı zaferdir. Başarısızlık ise mağlubiyettir. Kavram seti kategorik karşıtlıklardan mürekkeptir. Çözüm reçeteleri en iyi ihtimalle, tahliye, tehcir, mübadele yoluyla homojenizasyon[68] dolayısıyla etnik mühendislik[69], *Spivak*'tan ilhamla, *ötekinin reddi, asimilasyon yoluyla tanınması* (amansız standartlaştırıcı iyilikseverlik), *saydamlaşmasını* amaçlayan unsurlarından mürekkeptir. Dolayısıyla *çözüm, sorunu yeniden üreten bir döngünün harcı*ndan başka bir işleve sahip değildir.

Oysa Türkiye toplumu heterojendir. İnanç, etnik, kültür, yaşam biçimi ve sınıfsal eksenlerde çatışma hatları barındırır. Her bir eksende kurulabilecek karşıtlık, başka bir eksende geçerliliğini kaybetmekte ve hatlar yeniden karılıp pozisyonlar yeniden oluşmaktadır. Her bir eksenin kurucu travmadan etkilenme derecesi farklı, anayasal düzenin sert çekirdeğini oluşturan temel siyasal kararlarla özdeşleşme veya çatışma düzeyi ve yoğunluğu farklıdır. Tam da bu nedenle, siyasal elitlerin rıza üretiminde bu karşıtlıkların konjonktürel değişkenliğinden yararlanıyor olmaları şaşırtıcı olmamalıdır. Örneğin Kürt sorunu bağlamında üretilen rıza, laiklik bağlamında üretilenle aynı değildir. Bu gerçek kurucu iktidar olarak ulusun bulunmadığı gibi şaşırtıcı olabilecek

68 Schmitt, C. (2017). s. 232 vd. *Schmitt* bu bağlamda Türkiye'nin radikal bir Türkleştirmeye tabi tutulmasını övgüyle ele alır. a.g.e. s. 233.

69 Ayrıntılı bir çalışma için bkz. Dündar, F. (2013). *Modern Türkiye'nin Şifresi. İttihat ve Terakki'nin Etnisite Mühendisliği*, İstanbul: İletişim Yay.

bir sonuca götürebilir. Zira rıza-meşruiyet, esasen yurttaş topluluğunun tamamına eş zamanlı olarak sirayet edememektedir. Eşzamanlı rıza ve meşruiyet, farklılıkların gönüllü birlikteliğine, müzakereci bir kamusallık inşasına katılımlarına, dolayısıyla eş değerliliklerinin ve eş değer paydaşlıklarının kabulüne dayanır. Mücadelenin kavram setinde kategorik karşıtlıklar değil, müzakere edilebilir karşıtlıklar bulunur. Kategorik karşıtlıklar ya sorgulanmaya açık kabul edilir veya kamusallık alanında hegemonya kuramayacak şekilde grup veya cemiyet içinde yaşanır. Böyle bir gerçeklikte tek ve egemen bir kutsal veya sadece bir gruba ait kutsallar buketi kamusallığı biçimlendiremez. Kutsallar çoğulculuğu vardır. Bu nedenle de laiklik demokratik siyasal işleyişin temel dinamiğidir, ama ayrıştırıcı değil, ortak iyiyi özgürlük temelinde inşa edicidir. Demokratik kuruculuk ve kurucu iktidar böyle bir toplumun ürettiği bir iradedir. Balkan travmasının işlenememiş olmasının sonuçlarından biri de işte bu iradenin oluşumunu engellemiş olmasıdır.

Sonuçta bu şekilde ortaya çıkan devletin kapsayıcı bir ulusal kimlik, dolayısıyla kapsayıcı bir kuruculuk inşa edebilmesi mümkün değildir yahut ancak homojenleştirilmiş bir toplumsal yapıda mümkündür. Oysa Türkiye'nin 100 yıllık siyasal pratiği bu homojenleştirmeyi sağlayamamıştır. Aksine gelinen noktada kutuplaşma ve ayrışmalar bir çözülmeye gidişin işaretlerini vermektedir.

Bir gerçek de şu ki, Balkan travması siyasal elitlerin bilincini biçimlendirmekte, ancak toplumda parçalı ve yarışan, rekabet eden alt travma başlıkları da var. Çünkü kurucu travma dışladığı ötekinin de travmatize olmasına yol açmıştır. Balkan travması bir siyasal anlatı üretmiş olsa da bu tüm toplumu mobilize edebilecek, bilinçli veya bilinç dışı, bir güce sahip değildir. Siyasal düzenin parametrelerini oluşturmuştur. Kitlelerin rekabetinde ötekine karşı kullanılan argüman veya enstrümandan öteye gidememiştir.

Balkan travması, aynı zamanda bir ulus devleti kurmanın artık kaçınılmaz çözüm olduğunu göstermesi bakımından sadece bir yenilgi olmayıp işe yarar bir travma biçiminde aynı zamanda bir başarı anlatın kurucu yapıtaşı olduğundan[70] da konuşulmuyor olabilir[71]. Böyle olsa, bu durumda Türk ulusçuluğu bir zorunluluğun, kaçınılmazlığın anlatısı üzerine kurulurdu. Ancak bu yeni ulus inşası için muhtemelen yeterli değildi. Diğer taraftan kaçınılmazlık anlatısı, mistifikasyon yerine neden-sonuç zincirine dayanacağı için üretilecek anlatının rasyonelleşmesini de sağlayabilirdi. Ki Balkan travması, aynı zamanda "*biz zaten oralı değildik ki*?" alt bilinç kabulüne de oturuyor. Diğer

70 Tarık Zafer Tunaya Balkan Savaşlarını "*milli mefkureyi uyandıran şok*" olarak değerlendirmekte, ancak bir travma boyutundan söz etmemektedir. Tunaya, T. Z. (2000). s. 561.

71 İstanbul'un işgaline dair "*geldikleri gibi giderler*" dışında pek bir anlatının bulunmaması da anlamlıdır. İstanbul ile siyasal elitin ilişkisinin bu boyutu ile Ankara'nın başkent yapılmasının anlatılmayan veya konuşulmayan boyutlarının çalışılması gerekmektedir.

bir ifadeyle burada dönemin siyasal elitleri bakımından travmanın *haksızlık* unsuru alt bilinçte eksiktir denebilir. Hem sonradan oraya gidiş hem de o bölgelerde toplumsal azınlıklar olarak sadece devletin gücüyle varlığını devam ettiriş, devletin çöküşüyle de kalışı imkânsızlaştırıyordu, bu anlaşılabilirdi. Bu da rasyonelleştirici bir etkiye neden olabiliyordu. 20. yüzyıl başlarının *rasyonellik* algısı ekseninde bakıldığında, bu rasyonellik zemini aynı zamanda Anadolu'nun Ermenilerden ve Rumlardan arındırılmasını da *anlaşılabilir* kılıyor (Ahlaki, hukuki veya insani doğruluk anlamına gelmiyor, zira aynı rasyonelliği katliamın faili olan Balkan unsurları bakımından da okumak mümkündür.)

İşin doğrusu uluslararası ilişkilerde ve siyasal sınırların belirlenmesinde bunun işlevselleştiğini söylemek mümkündür. Ancak yeni sınırlar içinde yaratılması istenen ulus için rasyonelleştirici bir anlatı yeterli değildi, çünkü ulus devletin ulusu henüz yoktu. Ulusu inşa etmek için şiddeti meşrulaştıracak, sosyal darvinist anlayışla ona mazeret oluşturacak bir mistifikasyona[72] ihtiyaç duyuluyordu. Bu nedenle Balkan travması konuşulmamış olabilir. Aksine konuşulamadığı için güçlü volkanik patlama potansiyeli sağlayan zemin üzerine rahatlıkla monte edilebilecek olumlu ve olumsuz yeni anlatılar inşa edildi. Sevgi, tanıma ve saygı duyma yokluğu veya reddini esas alan kolektif narsisim[73] ya da grup narsisizmi[74] inşa edilenlerden biriydi.

Travmaların biçimlendirdiği ve uluslararası konjonktür nedeniyle de etkisini bugüne kadar sürdürebilen bu sert çekirdeğin bu şekilde devam edebilmesi mümkün görünmemektedir. Bu tespite, aynı zamanda travmatize kurucu iktidar entitesi olarak ulus tasavvurunun da başlangıçtaki gibi homojenlik varsayımına dayalı olarak varlığını devam ettirebilmesinin imkânsızlığı tespiti eşlik etmektedir.

Rehabilitasyondan geçmeden sağlıklı bir uluslaşma, bunun üzerine sağlıklı bir devletleşme ve kurumsallaşma imkânı bulunmamaktadır. Sağlıklı uluslaşma heterojenliğin tanınması ve eş değerli görülmesiyle mümkündür. Diğer bir ifadeyle kurucu iktidarın kompozisyonunun değişimiyle ve çeşitliliğin iradi birlikteliğinden üretilebilecek bir kamusallaşma ile sağlıklı uluslaşma gerçekleşebilir. Yurttaşın yıkıcı duygularının ehlileştirilmesi, bir bakıma pasifikasyonu bu şekilde mümkün hâle gelebilir.

Elias, *Freud*'dan ilhamla, yurttaşın pasifikasyonunu, devletin sağlıklı bir uluslaşma süreci içinde kurumsallaşmasını tamamlamasının bir sonucu ola-

72 Mistifikasyon ve şiddet ilişkisi için bkz. Benjamin, W. (2010). Şiddetin Eleştirisi Üzerine, içinde Çelebi, A. (Der.), *Şiddetin Eleştirisi Üzerine*, İstanbul: Metis Yay., s. 38. vd.

73 Bu konuda yeni bir çalışma için bkz. de Zavala, A. G. (2024). *The Psychology of Collective Narcissism, Insights from Social Identity*, London: Routledge.

74 Fromm, E. (2003). *Die Antwort der Liebe, Die Kunst des richtigen Lebens*, Freiburg: Herder Vlg., s. 137 vd.

rak görür. Bu çerçevede uygarlaşma sürecinde devletleşme ile yurttaşların pasifikasyonu ve şiddeti düzene koyan hatta bloke eden yerleşik otokontrol unsurlarının istikrarı arasında sıkı ve doğrudan bir bağ olduğunu belirtir[75]. Pasifikasyonunu tamamlamış siyasal yapılarda, dava kutsallıklarına ve yücelik sanrılarına rastlanmaz veya çeper fenomeni olarak rastlanabilir. Travmatize toplumlarda özdeşleşilen semboller kutsanır ve yüceltilir, o ölçüde de bireysel veya grup şiddeti kullanımı meşrulaşır, ki bu da toplumun duygu ve davranış geleneğine dikkate değer bir acımasızlık/merhametsizlik katar[76]. Bu nedenle uygarlaşma aşaması olarak da nitelendirilebilecek pasifikasyon sağlıklı bir devletleşmenin yanında, üst kolektif bilinç yoluyla içselleştirilmiş bir duygulanım kontrolünü de gerektirmektedir. Ancak bu da travmaları işleyen bir toplumda mümkündür.

Türkiye'de bu süreç yaşanmamıştır. Travmanın kurucu gücü, dışlayıcılığı nedeniyle vatandaşın pasifikasyonuna imkân sağlayamamış, şiddeti düzene koyan hatta bloke eden otokontrol unsurların yerleşmesine ve istikrar sağlanmasına ilgi duymamıştır. Bu değerlendirmeyi en azından konsolide edebildiği bir batılı orta sınıfı dışarıda tutarak ilerletebiliriz. Zira bu sınıfta belirli bir pasifikasyonu gözlemleyebiliyoruz. Ancak ülkenin diğer bölgelerinde pasifikasyonun başarısız kaldığı söylenebilir.

Başlıktaki soruya bu nedenle olumlu cevap verebilmek güçtür.

IV. Kurucu Günah?

Balkan travmasının sonuçlarından biri travmadan kaynaklı güçlü duyguların faile yöneltilemese bile, başkasına, aynı tehdit algısını tetikleyebilme potansiyeli barındıran başka kesimlere yönlendirilebilmesi olmuştur. Bu bağlamda Anadolu'dan başka bir seçeneğin bulunmadığı ve varoluşun son imkânının Anadolu'da inşa edilecek bir ulusal kale olduğu gerçeği karşısında, siyasal elit ile bu elitle duygudaşlık içindeki toplumsal elitin güçlü duygularını, bu nihai yaşamsal hedef önünde engel oluşturabilecek başta Ermeniler olmak üzere diğer Hristiyan azınlıklara yöneltmesi şaşırtıcı değildir[77]. Anadolu'ya dönük etnik temizliğin Balkan Savaşlarının hemen ardından, hasım devletlerle iş birliği içinde mübadele biçiminde başladığı bilinmektedir[78]. Ancak Birinci Dünya Savaşı büyük temizlik ve Anadolu'nun en azından din yönünden homojenleştirilmesi için gerekli fırsatları sunmuş ve 24 Nisan 1915

75 Elias, N. (2023). *Almanlar Üzerine İncelemeler. 19. Yüzyıldan 20. Yüzyıla İktidar Savaşları ve Habitus Gelişmeleri*, İstanbul: Alfa Yay., s. 338.

76 a.g.e. s. 339.

77 Ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. Ünlü, B. (2019). *Türklük Sözleşmesi*, Ankara: Dipnot Yay., s. 130, vd.; benzer değerlendirmeler için bkz. Timur, T. (2007). *1915 ve Sonrası Türkler ve Ermeniler*, Ankara: İmge Yay., s. 44 vd.

78 McCarthy, J. (2014). s. 180.

tarihinde önce genelge ile ve bir ay sonra çıkarılan Tehcir Kanunu ile Ermeni yurttaşların tehciri için gerekli adımlar atılmıştır. 1914 yılı itibarıyla yaklaşık Türkiye kaynaklı araştırma bilgilerini esas alırsak 1.600.000 civarında[79] bir yoğunluğa sahip Ermeni yurttaşların *soykırım* ve *mukatele* şeklinde karşıt nitelendirmelere konu olaylar zincirinin sonunda bugün itibarıyla ihmal edilebilir bir azınlığa düştükleri görülmektedir. Benzer bir etnik temizliğin, benzer ölçekli olmasa bile Rum yurttaşlar bakımından da gerçekleştiğini kabul etmek gerekir. Nitekim aynı kaynaklar Rum nüfusunun aynı dönemlerde ortalama 1.750.000 yoğunluğa sahip olarak gösterirken günümüzde birkaç bine indiği görülmektedir.

Bu durumun Ermeniler ve Rumlar bakımından, elbette doğu bölgesinde yaşanan karşılıklı katliamlardan kaynaklı olarak aynı zamanda Müslüman nüfus bakımından bir travma oluşturduğu inkâr edilemez. Bu hadiselerin adlandırılması çalışmamızın amacı dışındadır. Ancak yoğunluğu, ölçeği ve ağırlığı farklı olsa bile, bu hadiselerin Balkan travmasıyla ilişkisi kanaatimce inkâr edilemez.

Bununla birlikte Ermeni tehcirinin kuruculuğa etkisi, üzerinde durulmayı hak etmektedir.

Bilindiği üzere Kurtuluş Savaşı sadece Türk etnisitesi ekseninde yürütülen bir savaş değildir. Kürt unsurlar nezdinde milliyetçilik hareketleri filizlenmekte, 20. yüzyıl başları itibarıyla İstanbul'da Kürt unsurunu merkeze alan oluşumlar ve çalışmalar gözlemlenmektedir[80]. Osmanlının 1. Dünya Savaşı'ndan yenilgiyle ayrılmasının ardından Anadolu'nun güneydoğusunda bir özerk Kürdistan bölgesinin kurulması ve ardından bağımsızlık oylamasına gidilmesi hususu Sevr Antlaşması'yla kabul edilmişti[81]. Bu antlaşmanın hayata geçmesiyle bağımsız bir Kürdistan'ın bir yıl içinde kurulması kesinleşmiş sayılırdı. Bununla birlikte Kürtlerin Türk unsurlarla ittifakı tercih ederek Kurtuluş Savaşı'na katılmaları, TBMM'de temsil edilmeleri ve bu şekilde Türk unsuru ile kader birliği içine girmelerinin[82] nedenleri kuruculuk bakımından önem arz etmektedir. Hemen belirtelim ki bu konuda kesin bir yargıda bulunma imkânımız bulunmamaktadır. Ancak yine Mondros Mütarekesinin 24. Maddesiyle Vilayat-ı Sitte'nin, Sevr Antlaşması'nın 89 ve devamı maddelerinde Ermenistan devletinin sınırlarına Trabzon'un yanında özellikle Kürt nüfu-

79 Mutlu, S. (2007). Osmanlı Nüfusu, içinde Özdemir, H. (Ed.), *Türk-Ermeni İhtilafı, Makaleler*, Ankara: TBMM Yay., s. 351-399.

80 Benzer yönde bkz. Zınar, M. (2022). *Said-Kürtlüğün Kayıp Risalesi*, İstanbul: Nûbihar Yay., s. 65 vd.

81 Sevr Antlaşmasının Türkçe metninin 62. ve 64. maddeleri için bkz. https://ttk.gov.tr/wp-content/uploads/2016/11/6-Sevr.pdf (Erişim Tarihi: 2/1/2024)

82 Ayrıntılı bir çalışma ve araştırma için bkz. Hakan, S. (2023). *Türkiye Kurulurken Kürtler 1916-1920*, 4. Baskı, İstanbul: İletişim Yay.

sun ezici çoğunluğunu oluşturduğu Bitlis ve Van vilayetlerinin dâhil edilmiş olmasının önemli bir tepkiye ve huzursuzluğa neden olduğu bilinmektedir. Bu tepki kanaatimizce iki nedene dayanmaktadır. İlki din birliği bulunan ve 1514 Osmanlı-İran Savaşında tercihini Osmanlı'dan yana yapmış ve bu sayede hem bölgenin kaderini belirlemiş hem de yüzyıllar boyu özerk bir şekilde varlığını devam ettirmiş feodal Kürt unsurlarının çoğunluğu oluşturdukları halde Ermeni hâkimiyetine tabiiyeti kabul etmesi beklenebilir değildi. İkincisi ise Ermeni milliyetçiliğinin başlamasıyla birlikte milliyetçiliğin, özellikle 1914-18 döneminde, toplumsal çatışma mekânı daha çok Kürt unsurunun yoğun olduğu bölgeler olmuştur. Bu da Ermeniler ile Kürtler arasında ciddi bir husumete neden olmuştur. Ermeni hâkimiyetine tabi olmak demek bu nedenle aynı zamanda varoluşsal bir güven sorunu olarak algılanmıştır[83].

Bu olumsuzluklara rağmen Kürtlerin yine de Sevr Antlaşması'yla getirilen ve hatırı sayılır bir büyüklüğü bulunan, özellikle önemli bir kısmı da Mütareke ile birlikte İngiliz hakimiyetine geçen parçalı bir Kürdistan'ın bağımsızlığını sırf bu nedenle reddetmiş olması önemli ancak eksik bir açıklama olarak değerlendirilebilir.

Yukarıda belirttiğimiz üzere Ermeni milliyetçi hareketinin hakimiyet iddiasını dile getirdiği topraklar yoğunlukla Kürt unsurunun bulunduğu yerlerdir ve burada da unsurlar arasında ciddi güven sorunu ve husumet söz konusudur. Abdülhamit'in Ermeni milliyetçi hareketine karşı doğuda Kürt unsurlarını Hamidiye Alayları biçiminde örgütlemesinin bu güven sorununu taraflar bakımından derinleştirdiği, aynı zamanda Kürt unsurunun eline kolektif şiddet kullanım araçlarını sunduğu söylenebilir. Böyle bir vasatta başlayan Ermeni tehcirinin yoğunluğunun orta ve doğu Anadolu olduğu dikkate alındığında, Kürt unsurların kıyımlarda önemli bir rol üstlendiği kabul edilebilir[84]. Feodal niteliği ön planda olan Kürt unsurlarında sorumluluk kitlesel olmasa bile feodal otoritelere ve Hamidiye paşalarına aittir ve Sevr Antlaşması'nın 144. maddesi aynı zamanda sorumluların yargılanmasını ve el konulan emval-i metrukenin iadesini zorunlu kılmaktadır. Hatta bu yönde tutuklamalar ve Divan-ı Harb'de yargılanmalar başlamıştır[85]. Benzer bir riskin Kuvayı Milliye hareketini örgütleyen Ankara merkezli Ulusal hareket kadroları ve aktörleri, bakımından da, ki bunlar İttihatçı kadrolardır, geçerli olduğunu söylemek mümkündür.

Bu sorumluluktaki ortaklığın en azından kuruluşa giden süreçte kurtuluşu sağlayan birliktelikte payı olduğu düşüncesi bu çalışma bakımından tar-

83 a.g.e. özellikle s. 44 vd.; Zınar, M. (2022). s. 214 vd.
84 Benzer yönde Ünlü, B. (2019). s. 142 vd.
85 Hakan, S. (2023). s. 95.

tışmaya değer görünmektedir[86]. Kürt unsurunu bu bağlamda *kurtarıcı öteki* olarak da kodlayabiliriz. Ancak bu unsur kuruluş aşamasına geçildiğinde ve temel siyasal kararlar tayin edildiğinde, madunlaştırılacak ve *kurucu öteki*ne dönüştürülecektir. Zira onun kimliğinin reddi, kurucu kimliğin ayrılmaz parçasıdır.

Her iki unsur bakımından *Spivak*'ın *Freire*'den[87] esinle şu değerlendirmesi çalışmanın ana tezleri bakımından çarpıcılığını korumaktadır: "*Hegemonya yolunda yürüyen madunların taşeron ezenler [suboppressors] haline gelmeyeceğini ve bizim de onları sırf madunluktan kurtuldukları için kutlamayacağımızı garanti edecek bir ilave olmadığında, diğer ayrıntıların toplumsal açıdan bir faydası olmaz*.[88]"

V. Negatif Toplum Sözleşmesi

Yukarıda kurucu travma başlığı altında, kuruculuğun başarılı olamadığını, bunun da toplumun, travmadan kaynaklı tanınmayan ve meşru görülmeyen heterojenliğiyle ilişkili olduğunu dile getirmiştik. Ancak ortada bir gerçek var ki bu başarısızlığa ve çözülme emarelerine, dolayısıyla uluslaşamama sorunlarına rağmen toplum en azından fiziki olarak bir arada durmaya devam etmektedir.

Kurucu travmanın veya duygunun anayasal kimliği ve tercihleri belirlemesi tek başına anayasal işleyişi açıklamaya yetmemektedir. Kurucu travma anayasal tercihlerin ortaya çıkışlarını açıklayabilir. Ancak travma üzerine inşa edilmiş bir anayasal düzen tercihinin on yıllar boyunca ayakta kalabilmesini, geçerliliğini ve etkinliğini sürdürebilmesini açıklayıcı mahiyette değildir.

Bu husus irdelenmeyi hak ediyor.

Bir ulusu oluşturan şey nedir? Şiddet, zorunluluk, gelenekler, alışkanlıklar, irade?

Meşru demokratik bir devletin ortaya çıkışı toplum sözleşmeleriyle açıklanır. Klasik sözleşme teorisyenleri Hobbes, Locke, Rousseau'da *irade* anahtar kavramdır. Bir araya geliş, özgür karar alış, irade ortaya koyuş ve sözleşmenin akdi… Siyasallaşmış toplum, bir bakıma kamu bu şekilde oluşur. Ortaklaşma yoksa, kamu yoktur. Ortaklaşma ancak iletişimle olur. İletişim sonucunda benzerlikler, ortak amaçlar vs. tespit edilir ve bu ortaklıklar temelinde bir arada olma kararı verilir. Kısacası ortak irade teşekkül eder.

86 Hemen belirtelim ki, kurucu günah boyutu, Balkan savaşları sırasında kurulan devletlerin tamamında geçerli kabul edilebilir. Sırplar bakımında Türk, Boşnak ve Arnavut, Bulgarlar bakımından Türk, Romenler bakımından Macar ve Alman azınlıklar çeşitli ölçeklerde kurucu ötekine dönüştürülmüştür.

87 Freire, P. (2017). *Ezilenlerin Pedagojisi*, İstanbul: Ayrıntı Yay.

88 Spivak, G. C. (2023). s. 122.

Peki hangi ortak paydalar, bir insan kümesini bir sözleşme yapmaya sevk eder? İrade oluşturmanın motifi nedir? İsviçre'de birkaç etnik ve kültürel grup bir arada olmayı seçebilmekte ve dört resmî dil ve etnisiteden müteşekkil bir *biz* inşa etmektedirler. Buna karşın İsviçre'nin %70'ini oluşturan Alman unsurların Almanya veya Avusturya ile bir sözleşme temelli *biz* inşa etme iradeleri söz konusu değildir. Toplumsal unsurların iç içe veya yan yana yaşıyor olması zorlayıcı bir neden olarak düşünülebilir. Zorlayıcılık başlangıç iletişimini sağlayabilir belki ama bir ortaklığı inşada tek başına açıklayıcı değildir. Ortada kolektif aklın bir ifadesi olarak üst bir benlik bilincinin oluşması ve kitleyi karakterize edecek bu bilincin, toplumsal ideal tipler üreterek ve bunları yücelterek agresif iç güdüleri geçersiz veya etkisiz hâle getirmesi bu şekilde toplumsallaşmayı mümkün kılması gerekir. Freud'dan destekle daha ifade edecek olursak, kolektifleri özellikle benlik ideallerinin yüksek ölçüde uyuşması bir arada tutar. Ancak Freud'un bu tespitinde nispeten istikrarlı kolektiflere odaklandığı bilinmektedir[89].

Temel mesele Türkiye'de kitleyi karakterize edecek ortak özelliklerin bulunup bulunmadığı sorusu ve bunu müteakiben bu özelliklerin kurucu bir özellik arz edip etmediği hususudur.

Toplumu ortaklaştıran, onu karakterize eden şeyler olumlu bir şekilde tanımlanmaktadırlar. Güven duygusu bu konuda belirleyicidir. Ortaklaşma sağlayan dil veya dillerin varlığı, kültürel kodlarda benzerlikler ve aşinalık sağlayan unsurlar, ortaklaşa bir anlam dünyası yaratmaya elverişli kodların varlığı, her şeyden önce eş değerlilik ve farklılıklarla birlikte tanınma ve kabul, dayanışma sağlayacak yakınlıklar, güvenlik içinde özgürlük ve kendini gerçekleştirme inancı, adilliğe dair inanç bu bağlamda sayılabilir. Gelenekler, alışkanlıklar ve bazen iradeyi sakatlamayan mecburiyetler de bu kümede yer edinebilir. Böyle bir ortaklaşma ve üretilen kamusallıkta kitleyi karakterize edecek unsurları tespit etmek mümkündür. Zira istikrarlı bir kolektif söz konusu ve bir ben ideali ve biz duygusu gözlemlenebilir. Demokratik sözleşme teorilerinin az çok bu varsayımdan hareketle oluşturulduğunu söylemek yanlış olmaz (birleştirici). Rousseau kaba gücün hak yaratmayacağını, dolayısıyla bir aradalığı sağlayan meşru egemenliğin temelinin ancak sözleşmeler olduğunu söyler[90]. Bu sayede anayasalar kriz anlarının veya tehditlerin üstesinden gelebilmenin güven yaratan imkânına dönüşürler. Bilinmeyen sularda seyrederken Odysseus'u geminin direğine bağlayan ve sirenlere yem olmaktan kurtaran halat olurlar.

Travmatize olup bununla baş edemeyen, yüzleşmeyen veya travmayı işlemeyen bir toplumsal yapının, insan unsurunun ortaklaştıran hususun de-

89 Kühner, A. (2014). s. 150.
90 Rousseau, J-J. (2012). s. 7.

mokratik sözleşme teorileri olmadığı, temel siyasal kararların esasen doğası gereği eş değerlilik üzerine kurulu olabilecek bir sözleşme düşüncesine yabancı olacağı öngörülebilir. Türkiye'de anayasal kimlik ortaklaşa inşa edilmiş değildir, anayasanın sert çekirdeğini oluşturan temel siyasal kararlar ekseninde biçimlendirici, dönüştürücü, başkalaştırıcıdır. Gerçekliği yansıtan değil, bunu ideal tipe uydurmak için kamu gücünü seferber etmeyi meşru gören bir kimliktir. Dolayısıyla dost-düşman ayırımında bir turnusol kâğıdıdır. Sadece hukuki birliktelik olarak tanımlananın dışındaki entitelere karşı değil, aynı zamanda içe doğru etkilidir (çözülüş sağlayıcı). Travmanın belirlediği benlik idealinin ülkenin özellikle orta ve batı kısımlarında orta sınıflaşmasını tamamlamış katmanları tarafından nispeten iradi bir şekilde taşıdığı söylense de bu toplumun geneli için söylenemez. Yani olumlu özellikler ekseninde bir ortaklaşmadan söz etmekte zorlanıyoruz.

Tüm toplumsal kesimler anayasadan şikâyetçi iken, bu anayasal düzenin ayakta kalması, çok geniş kapsamlı kuruculuk denemelerine rağmen varlığını sürdürebilmesi, pozitif anayasa hukuku enstrümanları ile cevaplandırılamaz. Kanımızca anayasa siyaseti de bu alanda başarılı sonuçlar veremez. *Kelsen*'in ifadesinden hareket edersek, bir anayasal düzen uygulayıcıları ve kendine tabi olanlar tarafından uygulanmadığında ve bu uygulanmama durumu süreklilik kazandığında artık anayasanın aynı zamanda geçerliliğini yitirdiği kabul edilir. Uygulayıcılar ile tabi olanlar bir anayasanın taşıyıcı kolonlarıdır. O hâlde soruya cevap verebilmek için bu iki kolonu oluşturan unsurlar ile anayasal düzen arasındaki ilişkiye bakmak gerekir.

Diğer yandan bir anayasal düzen demokratik yöntemlerle inşa edilmediği hâlde varlığını uzun yıllar sürdürebiliyorsa ve bunun nedeni totaliter bir siyasal işleyiş değilse, *Schmitt*'yen bir rıza açıklamasından yararlanarak toplumsal bir rızanın varlığını kabul edebiliriz. Rıza varsa bir toplumsal sözleşme de olmalı, ancak olumlu, aktif ve partisipatif bir boyutu olmadığından bunu *negatif toplumsal sözleşme* olarak nitelendirmek gerekir.

O hâlde toplumun tamamında gözlemlenen olumsuz ortak unsurlara bakalım.

- Toplumun farklı unsurlarının genelinde güçlü lidere yönelik bir ihtiyaç veya talep gözlemlenmektedir. Kurucu travmanın yarattığı sonuçlardan biri olsa da ortak bir haslet olarak görünüyor. Bu kriz durumlarında daha da belirginleşmektedir. 1919-1922 tarihleri arasındaki varoluşsal kriz, merkezileşmeye ve güçlerin tek elde toplanmasına karşı güçlü bir muhalefetin varlığına rağmen, 1922'de ulaşılan zaferin de yardımıyla sonuca ulaşmış, führer ilkesi devreye girmiştir.

- *Spivak*'tan[91] hareketle: anayasal tercihlerin varlığını devam ettirmesi, aynı zamanda subaltern/madun'un bu coğrafyada geri dönülemez şekilde heterojen olmasından kaynaklanıyor. Heterojenlik aynı zamanda dağınıklık, yeknesak politik özne olması güç veya imkânsız yahut kadim korkulara zar atmak suretiyle (ki bu noktada atılan zarın düşeş geldiğini de kabul etmek gerekir) yeknesaklığı imkânsızlaştırılmış (Babil kulesi alegorisi) farklılık anlamına gelmekte. Bu da madunun başarısızlığına, aynı zamanda kendi başarısızlığının sağladığı mazeretler, yasallıklar ve haklılıklar içinde bocalamasına işaret eder. Tarihsel örnek olarak 1908 ve 1920 meclislerindeki heterojen yapının daha homojen yapı karşısındaki yenilgisini vermek mümkündür.
- Aşırı ve yoğun duyguların yol açtığı kolektif narsizim ile felaketlerden yahut krizlerden sonra en az onun kadar yoğun değersizlik duygusu ve kaygı durumu. Bu bir sarkaç biçiminde çalışmakta ve hareketsiz kılmaktadır. *Elias*'ın hezeyan nitelemesine müracaat edebiliriz[92].
- Yönetilme konforu: *Elias*'ın ifadeleriyle monarşik ya da diktatöryal rejimlere alışmış olan kişilik yapısı, bireyi emirlere boyun eğmeye, dış baskılarla yönetilme ihtiyacı hissetmeye yönlendirir. Farkı fikirleri sahip insanların çatışmasına katılma zorunluluğunun ağır yükü bu tarz rejilerde yurttaşın omuzlarından alınmış olur. Yönetilenin şu ya da bu tarafta olmak için karar vermesi gerekmez. Emir yukarıdan gelir; karar verilmiştir[93]. Çok partili parlamenter sistemde otokontrol ve yurttaş pasifikasyonu daha iyi gerçekleşir. Ancak Türkiye'de parlamenter dönem bunu gerçekleştirmede başarılı olamadı. Parti içi demokrasinin yokluğundan da kaynaklanan führer/lider ilkesi bunun gerçekleşmesini önemli ölçüde engelledi denebilir.

• Kolektif travmalar çaresizlik ve konfor etkileriyle sorumluluktan, sorunlardan, yüzleşmelerden ve analizlerden belirsizlikler ve sürüncemelere kaçan kişilik özelliklerini yaygınlaştırmaktadır. Bir bakıma "*homo absconditus*"[94] fenomeninden söz edilebilir.

• Türklüğü tanımlayan, kendini medeni dünyada eşit seviyeye çıkaracak "insanlığa hizmet edecek ortak kazanımlardan çok, ortak duygulara ağırlık verilmesidir"[95].

91 Spivak "*sömürgeleştirilmiş madun özne(nin) geri dönüşü olmayan bir şekilde heterojen*" olduğunu belirtir, Spivak, G. C. (2023). s. 50.
92 Elias, N. (2023). s. 332.
93 a.g.e. s. 343 vd.
94 Plessner, H. (2003). *Conditio Humana*, Berlin: Suhrkamp Vlg., s. 134 vd.
95 İfade için bkz. Elias, N. (2023). s. 378.

- Dost-düşman ilişkisinin tüm alanlara sirayet etmesi nedeniyle, bunun bir ortak kabule dönüşmesi, dost ve düşman kategorilerinin değişkenleşmesi ve kullanışlılığının artması.
- Diğer toplumlarla ilişkilerde tarihsel olarak da tevarüs edilmiş derin yalnızlık duygusunun gücü.
- Sistemin katı merkeziyetçi yapısı nedeniyle, kazanan her şeyi alır düşüncesinin bir bakıma oyunun kuralı olarak benimsenmiş olması.
- Mesih (kurtarıcı) beklentisinin seküler veya mazbut ayırımından bağımsız olarak tüm kesimlerde yer edinmiş olması.
- Düzelmeye yönelik karamsarlık ve karamsarlığın standartlaştırdığı mahrumiyette eşitlik.
- Gettolaşma ve korunaklı mekanlarda güvene ulaşabilmenin konjonktürel olarak mümkün olması.
- Travmanın, korkutucu olanın konuşulmaması üzerine yaratılmış sanal cennet illüzyonu ve yansımaları: "daha önce barış içinde yaşıyorduk, kimlikler ve ayrışmalar yoktu, siyaset ve particilik bozdu".
- Gelenek ve alışkanlıklar. Rousseau'nun ifadeleriyle, insanlar gibi ulusların da çoğu yalnız gençliklerinde yumuşak başlıdırlar, yaşlandıkça yola gelmez olurlar. Bir kez töreler yerleşip kör inançlar kökleşti mi, artık onları düzeltmeye kalkışmak hem tehlikeli hem boşunadır. Halk ortadan kaldırmak için bile olsa, dertlerine kimsenin dokunmasını istemez, tıpkı hekimi görünce titremeye başlayan akılsız ve ödlek hastalar gibi…[96]

Bu unsurlara ortak bir yön belirlemek gerekirse, buna bir bütün olarak *konuşulamayanların* bir arada tutma etkisi demek mümkündür. Freud'un kavramsallaştırmalarını kullanırsak, *tabu* kavramı da işlevsel olabilir. Her hâlükârda duygulanım düzleminde *korku* ve *kaygının* öne çıktığını söyleyebiliriz.

Bir travmatize olma gerçekliğinin ifadesi olan bu negatif toplum sözleşmesinin bileşenleri olarak nitelendirilebilecek bu unsurlar sağlıklı bir toplumsallaşma ve devletleşmeye imkân vermez. Aksine yıkıcı bir diyalektik sürece işaret ederler. Dolayısıyla negatif toplum sözleşmesinin rıza ilişkisi esasen çözülmeye bilinçdışı bir hazırlık ve ardından bilinçli bir kabullenme anlamına da geldiği de savunulabilir.

96 Rousseau, J-J. (2012). s. 42.

VI. Sonuç yerine

Bu tablo karamsar değil ancak karamsarlığa sevk edici niteliktedir. Karamsarlık okuyucunun tablo ile kurduğu ilişkide oluşur. Tablo olanı ortaya koymaya çalışmaktadır. Tablodan çıkarılacak dersler çözülmeyi derinleştirebileceği gibi, bütünleşmeyi de sağlayabilir. Bunun cevabı bireysel, toplumsal ve siyasal farkındalıkla, yüzleşme, hesaplaşma, konuşma ve işleme, dolayısıyla kolay olmayan yolu tercih edip etmeyeceğimize bağlı olarak değişecektir.

Şiddet ve kolektif travma neredeyse tüm ulus devletlerin varoluş hikâyesinin parçasıdır. Hatta şiddet deneyiminin bireysel ve kolektif değerler koleksiyonunun oluşumunda kurucu bir etkisinin olduğu dahi söylenebilir[97]. Dolayısıyla Türkiye tek örnek değildir[98]. Ancak Türkiye travmayı sağlıklı bir şekilde işleyen ve anayasal tercihlerini buna göre oluşturan ülke grubu içinde sayılmaz.

Freud 1930 tarihli Kültürdeki Huzursuzluk (Das Unbehagen an der Kultur) adlı çalışmasında şöyle der: "*Bana öyle geliyor ki insan türünün kaderi sorusu, kültürel gelişiminin, insanın saldırganlık ve kendini yok etme içgüdüsünün neden olduğu bir arada yaşama rahatsızlığının üstesinden gelmeyi başarıp başaramayacağı ve ne ölçüde başaracağı sorusudur. Bu açıdan, belki de içinde bulunduğumuz zaman özel bir ilgiyi hak etmektedir. İnsanlar artık doğa güçlerine hâkim olma konusunda o kadar ileri gitmişlerdir ki, onların yardımıyla birbirlerini son insana kadar kolayca yok edebilirler*[99]". Bunu engelleyecek olan kültürdür. İnsanların kendini frenlemesini ve bağlamasını sağlayacak mekanizmalar yoluyla işler. Freud kültür gelişiminde suçluluk duygusuyla nasıl başa çıkılacağı hususunun en önemli sorun olduğunu belirtir ve onun üzerinden analize geçer.

Wirth'den ilhamla *kırılganlığımızın farkına* vararak da bu süreçten çıkabilmek mümkündür. "*İnsanın başkaları için empati, şefkat, sempati ve acıma hissetme ve güvene dayalı ilişkiler geliştirme yeteneği, ancak kırılganlık ve hassasiyetin el ele gitmesi halinde düşünülebilir. Kendi kırılganlığımıza ne kadar çok erişebilirsek ve başkalarının kırılganlığına ne kadar çok tepki verirsek, diğer insanlarla o kadar hassas bir şekilde empati kurabiliriz. Sosyal düzeyde de insan topluluklarının uyum sağlama kabiliyeti, küresel krizin gelecekteki bir arada yaşamı yeni bir şekilde şekillendirmek için kullanılması olasılığını ortaya çıkarmaktadır. Bu, antropolojik kırılganlığımız nedeniyle birbirimize karşı kolektif bir sorumluluğumuz olduğu deneyimine dayanabilir*[100]".

97 Bkz. Joas, H. (2019). *Die Sakralität der Person- Eine Genealogie der Menschenrechte*. Berlin: Suhrkamp Vlg., s. 109.

98 Münkler, H. (22). *Der Dreissigjähriger Krieg-Europäische Katastrophe, Deutsche Trauma*, Berlin: Rowohlt Vlg.; Lerner, A. B. (2019). *From the Ashes of History: Trauma, National Identity and State-Building in India and Israel*, https://www.repository.cam.ac.uk/bitstreams/99e9a49b-6aaf-4954-8dfa-f74222a57b34/download (Erişim Tarihi: 29/12/2023); Alexander, J. C. (2004).

99 Aktaran Wolf, M. (2017). s. 61.

100 Wirth, H-J. (2023). s. 273.

Anayasa hukukuna dair bu yeni bakış açısı burada devreye girebilir mi ve bu farkındalığı sağlayabilir mi? *Bakma*dan *görme*ye taşıyabilir mi?

Kolektif farkındalık yolu olarak kırılganlıklarımızı görmek ve bununla barışmak, zor yolu tahammül edilebilir kılabilir. Zira en sert tepkilerimizi ve en aşılmaz olmasını arzuladığımız savunma hatlarımızı en kırılgan olduğumuz yönlerimizden hareketle oluşturur ve bunu da farkında olmadan bireysel, toplumsal ve siyasal ilişkilerimize, elbette siyasal kararlarımıza yansıtırız.

Kurucu travmaya dair farkındalık bu kapıyı açabilir. Farkındalığımıza, aydınlanmanın anahtarı olan akıl eşlik edebilirse yeni bir kuruculuğun motivasyonuna dönüşebilir.

Arslan'ın son konuşmasında[101] yeniden hatırlattığı Kant, *aydınlanma nedir* sorusuna verdiği cevapta, insanın kendi sebebiyet verdiği ergin olamama, vesayet de diyebiliriz, durumundan yine kendi aklının rehberliğinde kurtulması şeklinde cevap verir. Ergin olamama hâli ise insanın kendi aklını bir başkasının kılavuzluğuna başvurmaksızın kullanamayışı olarak cevaplanmaktadır. Kant tam da burada "*sapere aude*!" yani *kendi aklını kullanmaya cesaret et!* çağrısı yapmaktadır. Aydınlanma filozofu vesayet makamı olarak hep *başkası*nı tasavvur etmişti. Ancak biliyoruz ki en güçlü vesayet insanın veya toplumların geçmişlerinden bagajlarından taşıyıp getirdikleri deneyimler, bunun da ötesinde farkında olmadıkları bilinçaltı yükleridir. O hâlde ihtiyacımız olan cesarettir, aklımızı kullanma cesaretinin yanında, kırılganlığımızın farkında olma, yüzleşme, kendimizle iletişim içine girme cesareti... Zira başkasının vesayeti ancak içteki şeytan ile kurulacak bir ittifakla mümkündür.

101 Arslan, Z. (2023). Cumhuriyet'in 100. Yılında Anayasa Yargısı, Türkiye Adalet Akademisi tarafından düzenlenen "Hakim ve Savcı Adaylarıyla Söyleşi" programında yapılan konuşma metni, https://anayasa.gov.tr/tr/baskan/konusmalar/cumhuriyetin-100-yilinda-anayasa-yargisi (Erişim Tarihi: 6/1/2024)

Kaynaklar

ALEXANDER, Jeffrey C. (2004). Toward a Theory of Cultural Trauma, içinde Alexander, Jeffrey, C., Eyerman, Ron, Giesen, Bernhard, Smelser, Neil J., and Sztompka, Piotr (Eds.), *Cultural Trauma and Collective Identity*, California: University of California Press.

ARSLAN, Zühtü (2023). Cumhuriyet'in 100. Yılında Anayasa Yargısı, Türkiye Adalet Akademisi tarafından düzenlenen "Hakim ve Savcı Adaylarıyla Söyleşi" programında yapılan konuşma metni, https://anayasa.gov.tr/tr/baskan/konusmalar/cumhuriyetin-100-yilinda-anayasa-yargisi (Erişim Tarihi: 6/1/2024)

ARSLAN, Zühtü (2023). Yüzüncü Yılında Cumhuriyet'in Anayasal Kimliği ve Anayasa Yargısı, İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi tarafından düzenlenen "Cumhuriyet'in 100. Yılında Anayasa Yargısı ve Demokratik Siyaset" Konulu Panelin Açış Konuşması, https://anayasa.gov.tr/tr/baskan/konusmalar/yuzuncu-yilinda-cumhuriyet-in-anayasal-kimligi-ve-anayasa-yargisi/ (Erişim Tarihi: 6/1/2024)

AYDEMİR, Şevket Süreyya (1971). *Suyu Arayan Adam*, İstanbul: Remzi Kitabevi Yay.

AYDEMİR, Şevket Süreyya (1985). *Makedonya'dan Orta Asya'ya Enver Paşa, Cilt 3*, İstanbul: Remzi Kitabevi Yay.

BAUMAN, Zygmunt (2003). *Modernlik ve Müphemlik*, İstanbul: Ayrıntı Yay.

BENJAMIN, Walter (2010). *Şiddetin Eleştirisi Üzerine*, içinde Çelebi, Aykut (Der.), *Şiddetin Eleştirisi Üzerine*, İstanbul: Metis Yay.

CAN, Osman (2013). *Kurucu İktidar*, İstanbul: Alfa Yay.

CAN, Osman (2022). *İki Meclis, İki Kuruculuk, İki Gelenek, TBMM Yüzüncü Yıl Armağanı*, İstanbul: Tekin Yay.

DREIER, Horst (2019). Kelsens Demokratietheorie: Grundlegung, Strukturelemente, Probleme, içinde Jestaedt, Matthias und Paulson, Stanley L. (Hrsg.), *Kelsen im Kontext* (ss. 67-94), Tübingen: Mohr Siebeck Vlg.

DURKHEIM, Emile (1966). *The Division of Labour in Society*, 4. Print, New York: Free Press.

DÜNDAR, Fuat (2013). *Modern Türkiye'nin Şifresi. İttihat ve Terakki'nin Etnisite Mühendisliği*, İstanbul: İletişim Yay.

ELIAS, Norbert (2023). *Almanlar Üzerine İncelemeler. 19. Yüzyıldan 20. Yüzyıla İktidar Savaşları ve Habitus Gelişmeleri*, İstanbul: Alfa Yay.

FREIRE, Paulo (2017). *Ezilenlerin Pedagojisi*, İstanbul: Ayrıntı Yay.

FROMM, Erich (2003). *Die Antwort der Liebe, Die Kunst des richtigen Lebens*, Freiburg: Herder Vlg.

HAKAN, Sinan (2023). *Türkiye Kurulurken Kürtler 1916-1920*, 4. Baskı, İstanbul: İletişim Yay.

HANİOĞLU, Şükrü (2023). *Atatürk, Entelektüel Biyografi*, İstanbul: Bağlam Yay.

JOAS, Hans (2019). *Die Sakralität der Person- Eine Genealogie der Menschenrechte*. Berlin: Suhrkamp Vlg.

JUNG, Carl Gustav (2023). *Die Archetypen und das kollektive Unbwußte*, Ostfildern: Patmos Vlg.

KANTOROWICH, Hermann (1912). *Was ist uns Savigny*, Berlin: Carl Heymanns Vlg.

KELSEN, Hans (1920). *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, Tübingen: Mohr Vlg.

KELSEN, Hans (1922). "Der Begriff des Staates und Sozialpsychologie", *IMAGO, V. III/2*.

KELSEN, Hans (2017). *Reine Rechtslehre, Studienausgabe der 2. Aufl. 1960*, içinde Jestaedt, Matthias (Hrsg.), Tübingen/Wien: Mohr Siebeck/Verlag Österreich.

KIESER, Hans-Lukas (2021). *Talat Paşa: İttihatçılığın Beyni ve Soykırımın Mimarı*, İstanbul: İletişim Yay.

KÜHNER, Angela (2014). *Trauma und kollektives Gedächtnis*, Gießen: Psychosozial-Vlg.

LAZARIDIS, Iosif et.al. (2022). "The genetic history of the Southern Arc: A bridge between West Asia and Europe", *Science*, C. 377., S. 6609.

LERNER, Adam B. (2019). From the Ashes of History: Trauma, National Identity and State-Building in India and Israel, https://www.repository.cam.ac.uk/bitstreams/99e9a49b-6aaf-4954-8dfa-f74222a57b34/download (Erişim Tarihi: 29/12/2023)

McCARTHY, Justin (2014). *Sürgün ve Ölüm*, Ankara: Türk Tarih Kurumu Yay.

MERKL, Adolf J. (1931). Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues, içinde Verdross, Alfred (Hg.), *Festschrift Hans Kelsen zum 50. Geburtstag gewidmet* (ss. 252-294), Frankfurt/Main: Sauer und Auvermann.

MITSCHERLICH, Werk von Alexander ve MITSCHERLICH, Margarete (1977). *Unfähigkeit zu trauern*, München: Piper Vlg.

MUTLU, Servet (2007). Osmanlı Nüfusu, içinde Özdemir, Hikmet (Ed.), *Türk-Ermeni İhtilafı, Makaleler* (ss. 351-399), Ankara: TBMM Yay.

MÜNKLER, Herfried (2022). *Der Dreissigjähriger Krieg-Europäische Katastrophe, Deutsches Trauma*, Berlin: Rowohlt Vlg.

NIETZSCHE, Friedrich (1969). *Jenseits von Gut und Böse, Werke III*, Frankfurt: Ullstein Vlg.

YILMAZ ODABAŞI, Hadiye (2020). Toplumsal Travma ve Posttravmatik Gelişme Perspektifinden Balkan Savaşı ve Türk Milliyetçiliğinin Kitleselleşmesi, içinde Arıboğan, Deniz Ülke (Ed.), *Travmaların Gölgesinde Politik Psikoloji*, İstanbul: İnkılap Yay.

PLESSNER, H. (2003). *Conditio Humana*, Berlin: Suhrkamp Vlg.

ROUSSEAU, Jean Jacques (2012). *Toplum Sözleşmesi*, Günyol, Vedat (Çev.), İstanbul: İş Bankası Yay.

SCHMITT, Carl (2017). *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*, 10. Aufl., Berlin: Duncker&Humblot.

SCHMITT, Carl (2017). *Verfassungslehre*, 17. Aufl., Berlin: Duncker & Humblot.

SCKELL, Soraya Nour (2016). Kelsens Rechtstheorie, Psychoanalyse, Soziologie und Kollektivwissenschaft, içinde *Zeitschrift für Kultur- und Kollektivwissenschaft, Bd. 2* (ss. 47-70).

SIEYES, Emmanuel-Joseph (2005). *Üçüncü Sınıf Nedir?*, Birkan, İsmet (Çev.), Ankara: İmge Yay.

SPIVAK, Gayatri Chakravorty (2023). *Madun Konuşabilir mi?*, Koyuncu, Emre (Çev.), Ankara: Dipnot Yay.

TİMUR, Taner (2007). *1915 ve Sonrası Türkler ve Ermeniler*, Ankara: İmge Yay.

TUNAYA, Tarık Zafer (2000). *Türkiye'de Siyasal Partiler III*, 2. Baskı, İstanbul: İletişim Yay.

ÜNLÜ, Barış (2019). *Türklük Sözleşmesi*, Ankara: Dipnot Yay.

ÜSTEL, Füsun (2021). *"Makbul Vatandaş"ın Peşinde*, İstanbul: İletişim Yay.

VOLKAN, Vamık D. (2021). Chosen Traumas and their Impact on Current Political/Societal Conflicts, içinde Hamburger, Andreas, Hancheva, Camellia ve Volkan, Vamık D. (Eds.), *Social Trauma. A Interdisciplinary Textbook* (ss. 17-24), Zürich: Springer Vlg.

VOLKAN, Vamık D. ve ITZKOWITZ, Norman (2017). *Atatürk'ün Psikanalitik Biyografisi*, Ankara: Pusula Yay.

WIRTH, Hans-Jürgen (2022). *Gefühle machen Politik: Populismus, Ressentiments und die Chanchen der Verletzlichkeit*, Gießen: Psychosozial-Vlg.

WOLF, Michael (2017). *Krieg, Trauma, Politik: Gewalt und Generation: Die unbewußte Dynamik*, Frankfurt: Brandes & Apfel Vlg.

YILDIRIM, Ertuğrul Kaan (2022). "Laikliği Yeniden Düşünmek", *Birikim Dergisi*, S. 396., ss. 83-96.

ZAVALA, Agnieszka Golec de (2024). *The Psychology of Collective Narcissism, Insights from Social Identity*, London: Routledge.

ZINAR, Muhyiddin (2022). *Said-Kürtlüğün Kayıp Risalesi*, İstanbul: Nûbihar Yay.

Prof. Dr. Ayhan DÖNER
(Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Öğretim Üyesi)

Dr. Öğr. Üyesi Yeşim ÇELİK
(Trabzon Üniversitesi Öğretim Üyesi)

KANUN YOLUNDA GÖZETİLMESİ GEREKEN HUSUSLARDA İNCELEME YAPILAMAMASI*

ÖZET

Temel hak ve hürriyetlerin Anayasa Mahkemesi tarafından bireysel başvuru yoluyla korunması usulünün ikincil nitelikte bir başvuru yolu olması sebebiyle bu yola başvurmak için öncelikle olağan kanun yollarının tüketilmiş olması gerekmektedir. Dolayısıyla, bireysel başvuruların büyük çoğunluğu mahkeme kararları aleyhine yapılacaktır. Uygulamada gerçekleşme ihtimali yüksek olan bu durum dikkate alınarak Anayasa koyucu, Anayasa Mahkemesinin diğer yargı organlarının üzerinde üstün bir yüksek mahkeme konumuna gelmemesi için bireysel başvuruların incelenmesine kapsam bakımından bir sınırlama getirmiştir. Buna göre Anayasa Mahkemesi, bireysel başvuru incelemesi yaparken *kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapamayacaktır*. Ancak söz konusu düzenleme, "kanun yolunda gözetilmesi gereken her hususun bireysel başvurunun kapsamında olmamakla birlikte bireysel başvuru kapsamındaki her hususun aynı zamanda kanun yolunda da gözetilmesi gerektiği" düşünüldüğünde, sırf lafzi olarak ele alınarak uygulanacak olursa neredeyse bireysel başvuruya konu olabilecek hiçbir hak ihlali kalmayacaktır. Bu noktada, söz konusu kuraldan ne anlaşılması gerektiği ve Anayasa Mahkemesinin tutumu çalışmada ele alınıp açıklanmaya çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Bireysel başvuru, temyiz mercii şikâyeti, esas inceleme, olağan kanun yolu, anayasal inceleme, kanun yolu şikâyeti, Heck formülü.

* Bu makale hakem denetiminden geçmiştir.

Prof. Dr. Zühtü Arslan'a Armağan

FAILURE TO EXAMINE THE ISSUES TO BE CONSIDERED IN THE LEGAL REMEDY

ABSTRACT

Since the procedure for the protection of fundamental rights and freedoms by the Constitutional Court through individual applications is a secondary remedy, it is required that all ordinary legal remedies must first be exhausted before applying for this remedy. Therefore, the majority of individual applications will be filed against court judgments. In view of this situation, which is likely to occur in practice, the legislator has introduced a limitation on the scope of the examination of individual applications to prevent the Constitutional Court from becoming a superior court over other judicial organs. According to this provision, the Constitutional Court *will not be able to examine issues that must be considered within the legal remedy* during the examination of individual applications. However, if this provision were to be interpreted literally -considering that 'not every issue to be considered in the legal remedy falls within the scope of an individual application, while every issue within the scope of an individual application should also be considered within the legal remedy'- then nearly no rights violation would qualify for an individual application. At this point, the study aims to clarify what should be understood from this rule and the Constitutional Court's stance on it.

Keywords: Individual application, appellate complaint, merits review, ordinary legal remedy, constitutional review, remedy complaint, Heck formula.

GİRİŞ

Bireysel başvuru yolu, kamu gücünün ihlallerine karşı kişilerin temel hak ve hürriyetlerinin korunmasında, iç hukuk bakımından son bir çare olarak görülen hukuksal bir koruma aracıdır ve niteliği itibarıyla istisnai ve ikincil bir başvuru yoludur. İstisnaidir çünkü sadece belirli Anayasa'ya aykırılık iddiaları incelenir. Her türlü anayasaya aykırılık iddiaları incelenmez. Anayasal ihlalin temel hak ve hürriyetler bakımından gerçekleşip gerçekleşmediğine bakılır. İkincildir, zira temel hakkı ihlal edilen kişilerin bireysel başvurudan önce başvurması ve tüketmesi gereken başkaca yollar bulunmaktadır.

Temel haklara ilişkin ihlal iddiaları başka hukuki yollarla giderilebilecekse bireysel başvuru yoluna başvurulmaz. Temel hak ve hürriyetlerin korunması ve ihlallerin önlenmesi öncelikli olarak yasama ve yürütme organları ile genel mahkemelerinin görevidir. Bireysel başvuru usulünde, olağan kanun yollarında yapılan denetime rağmen temel hak ve hürriyet ihlali ortadan kaldırılamamış ise konu Anayasa Mahkemesinin önüne getirilebilir.

Anayasa Mahkemesi, esas hakkındaki inceleme aşamasında başvuruya konu kamu gücü eylem veya işlemiyle *bir temel hakkın ihlal edilip edilmediği*, diğer bir ifadeyle temel hakka yönelik bir müdahalenin bulunup bulunmadığı, bir müdahale varsa bu müdahalenin *anayasal sınırlar içerisinde* olup olmadığı hususlarını inceler.

Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuruları incelenmesine, Anayasa'nın 148. maddesinin dördüncü fıkrasında ve 6216 sayılı Kanun'un 49. maddesinin altıncı fıkrasında kapsam bakımından *"kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamaz."* şeklinde bir sınırlama getirilmişse de bu kuraldan ne anlaşılması gerektiği açıklığa kavuşturulması gereken bir konu olmuştur.

Bu kapsamda çalışmamızda öncelikle kanun yolu kavramı açıklanacak, bireysel başvurunun şartları kapsamında yargı kollarına göre olağan kanun yollarının neler olduğu ortaya koyulacaktır. Olağan kanun yollarının tüketilmesi şartının bireysel başvurunun ikincilliği ilkesi ile ilişkisi incelenerek olağan kanun yollarında incelenmesi gereken hususlar açıklanmak suretiyle kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamaması kuralının sınırları belirlenmeye çalışılacaktır. Son olarak da Anayasa Mahkemesinin bu sınırı nasıl uyguladığı, bu kuralın nasıl anlaşılması gerektiği üzerinde durularak çalışma sonlandırılacaktır.

I. BİREYSEL BAŞVURUNUN İKİNCİLLİĞİ İLKESİ VE OLAĞAN HUKUK YOLLARININ TÜKETİLMESİ ZORUNLULUĞU

Bireysel başvuru temel hak ihlallerini önlemede başvurulan ikincil nitelikte bir başvuru yoludur. İkincildir çünkü modern anayasacılığın mantığı gereği temel hak ve hürriyetlere saygı ve koruma, devletin tüm organlarının anayasal ödevidir. Bu ödevin bir gereği olarak temel hak ve hürriyet ihlallerinin önlenmesi ve ihlal hâlinde giderilmesi yasama, yürütme ve yargı organlarının yani genel olarak tüm mahkemelerin öncelikli görevidir[1]. Bu mantıktan hareketle Anayasa'mızın 148. maddesinin üçüncü fıkrası bireysel başvurunun ikincil nitelikteki bir yol olduğu hususu göz önüne alınarak kaleme alınmıştır. Buna göre Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunabilmek için "olağan kanun yollarının tüketilmiş olması" gerekmektedir. Anayasa Mahkemesi de bireysel başvuru incelemelerinde temel hak ve hürriyetlerin ihlal edildiği iddialarının öncelikle derece mahkemeleri önünde ileri sürülmesi, bu makamlar tarafından değerlendirilmesi ve bir çözüme kavuşturulması gerektiği yönünde karar vermektedir[2].

Olağan kanun yollarının tüketilmesi şartı bireysel başvuru yolunun ikincilliği ilkesinin somutlaştırılmasıdır. Bireysel başvuru yolu, hakkın korunması için ek bir koruma sağlar. İnsan hakları ihlallerinin önlenmesinde öncelik, hak ihlallerini tespit etme ve giderme hususunda daha etkin konumda olan idari ve yargısal mercilerdedir. Zira bu merciler, hak ihlallerine ilk elden vakıf olmakta ve daha ayrıntılı şekilde ihlalin var olup olmadığını değerlendirecek konumdadırlar. Yani asıl olan, birey hak ve hürriyetlerinin bu merciler tarafından ilk elden korunmasıdır. Buna göre bireysel başvurunun ikincilliği gereği, Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru, bireysel başvuru ile ulaşılmak istenen amaca başka yollardan ulaşılamayacaksa başvurulabilecek bir yoldur[3]. Bireysel başvuru yolunun ikincilliği ilkesinin bu temel amacı yanında ayrıca anayasa mahkemelerinin ağır bir iş yükü altında kalmalarını engelleme gibi ikincil bir amacı da bulunmaktadır[4]. Böylece Mahkemenin önüne gelen

1 Döner, A.ve Çelik, Y. (2016). "Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuruyu İnceleme Aşamaları Ortaya Çıkan Sorunlar ve Sonuçları", *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, C. 9., s. 281; Karaman, E. (2013), *Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru Yolu,* İstanbul: On İki Levha Yayınevi, s. 252-253; Güveyi N. (2015). *Bireysel Başvuruda Kabul Edilebilirlik Aşaması*, İstanbul: On İki Levha Yayınevi, s. 112-113.

2 *Ayşe Zıraman ve Cennet Yeşilyurt,* B. No: 2012/403, 26/3/2013 § 16, 17; Göztepe, Ece (2011). "Türkiye' de Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Hakkının (Anayasa Şikâyeti) 6216 sayılı Kanun Kapsamında Değerlendirilmesi", *TBBD,* S. 95., s. 23; Yıldırım, A. (2018). "Ceza Mahkemesi Kararlarına Karşı Yapılan Bireysel Başvurularda 'Kanun Yollarında Da Gözetilen Hususlarda' Anayasa Mahkemesinin Denetim Yetkisi Var Mı?", *Yargıtay Dergisi*, C. 44., S. 3., s. 856; Aliyev, C. (2010). *Anayasa Şikayeti,* İstanbul: Beta Yayınevi, s. 82.

3 Çelik, Y. (2016). *Türk Hukukunda Bireysel Başvuru ve Anayasa Mahkemesi Uygulaması,* Ankara: Adalet Yayınevi, s. 18-19; Aliyev, C. (2010). s. 18-19; Yıldırım, A. (2018). s. 856.

4 Döner, A. (2019). Anayasa Mahkemesi, içinde Aydemir E., Ruhi, A. C., Güleç Uçakhan, S., Bahadır, Ç. ve Dinç, M. (Der.), *Hukuk Davaları (1. Cilt)*, Ankara: Seçkin Yayınevi, s. 493-494.

başvuru sayısının azalması sağlanır ve sorun Mahkeme önüne gelmeden olağan yargı yerlerince incelenmiş olur[5].

II. OLAĞAN-OLAĞANÜSTÜ KANUN YOLU AYRIMI: BİREYSEL BAŞVURU OLAĞANÜSTÜ BİR KANUN YOLU MUDUR?

Alt derece mahkemelerinin verdiği kararın yeniden incelenerek değerlendirilmesini sağlayan üst veya yüksek mahkemelere başvuru imkânına kanun yolu denir[6]. Kanun yolları olağan-olağanüstü olmak üzere ikiye ayrılır. Olağan kanun yolu kesinleşmemiş kararlara karşı başvurulan ve kararın şekli anlamda kesinleşmesine engel olan kanun yolu iken; olağanüstü kanun yolu kesinleşmiş hükümlere karşı bir yargı kolu içerisinde tanınan kanun yoluna denir[7]. Olağan kanun yollarından geçmeyen kararlar kesinleşmez. Böylece olağan kanun yoluna başvurulması hâlinde kararın kesinleşmesi engellenir ve kesinleşme kanun yoluna başvurunun sonuçlanmasına kadar ertelenmiş olur. Süresi içinde olağan kanun yollarına başvurulmaz ya da başvurulur da karar onanır ve bu karara karşı da olağan başka kanun yolu yok ise karar ancak o zaman kesinleşmiş olur. İşte artık olağan kanun yollarından geçerek ya da süresinde başvurulmayarak kesinleşen kararlara karşı bir yargı kolu içerisinde tanınmış mevcut bir kanun yolu varsa bu kanun yolu da "olağanüstü kanun yolu" olarak kabul edilmektedir[8]. Olağan kanun yolları kuralı, olağanüstü kanun yolları ise istisnayı teşkil eder[9].

Hukuk sistemimizde, ceza usul hukukunda olağan kanun yolları itiraz, istinaf ve temyiz olarak düzenlenmişken; Yargıtay Cumhuriyet başsavcısı'nın itirazı; kanun yararına bozma ve yargılamanın yenilenmesi ise olağanüstü kanun yolları olarak düzenlenmiştir[10]. Medeni usul hukukunda olağan kanun

5 Anayasa Mahkemesi'nin iş yükünün azalması, gereksiz yere meşgul edilmesinin önlenmesi amacıyla bu şarta yer verilmesi uygun olmuştur. Yılmazoğlu, Y. E. ve Perdecioğlu, İ. E. (2019). *Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, (Gerekçeli)*, Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları, s. 922; Sağlam, F. (2013). *Anayasa Hukuku Ders Notları*, Lefkoşa: Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, s. 436; Çelik, Y. (2016). s. 19.

6 Arslan, R., Yılmaz, E., Taşpınar Ayvaz, S. ve Hanağası, E. (2022). *Medeni Usul Hukuku,* Ankara: Yetkin Yayıncılık, s. 649.

7 Pekcanıtez, H., Özekes, M., Akkan, M. ve Taş Korkmaz, H. (2017). *Medeni Usul Hukuku- Cilt III,* İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 2159; Yenisey, F. (1998). *Duruşma ve Kanun Yolları,* İstanbul: Beta Yayınevi, s. 211; Ünver, Y. ve Hakeri, H. (2018). *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara: Adalet Yayınevi, s. 741; Centel, N. ve Zafer, H. (2014). *Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul: Beta Yayınevi, s. 753; Çağlayan, R. (2022). *İdari Yargılama Hukuku,* Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 799; Gözübüyük, Ş. ve Tan, T. (2014). *İdare Hukuku Cilt II-İdari Yargılama Hukuku,* Ankara: Turhan Yayınevi, s. 988.

8 Kuru, B., Arslan, R. ve Yılmaz, E. (2014). *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı,* Ankara: Yetkin Yayınları, s. 574-575.

9 Kunter, N., Yenisey, F. ve Nuhoğlu, A. (2008). *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku,* İstanbul: Seçkin Yayıncılık, s. 1375.

10 Ünver, Y. ve Hakeri, H. (2018). s. 742; Centel, N. ve Zafer, H. (2014). s. 753-754; Özbek, V. Ö.

yolları istinaf ve temyiz; olağanüstü kanun yolları ise yargılamanın yenilenmesi ve kanun yararına temyizdir[11]. İdari yargılama usulünde ise olağan kanun yolları istinaf ve temyiz iken yargılamanın yenilenmesi ve kanun yararına temyiz ise olağanüstü kanun yollarıdır[12].

Olağan-olağanüstü kanun yolu ayrımına göre bireysel başvuru yolunun olağan bir başvuru yolu olmadığı aşikârdır. Zira olağan kanun yollarının erteleyici etki ve aktarıcı etki olmak üzere iki karakteristik özelliği mevcuttur[13]. Aktarıcı etki, verilen kararı bir üst derece mahkemesince incelenmesini, erteleyici etki ise ilk derece mahkemesi kararının kesinleşmesinin üst derece mahkemesinin kararına kadar ertelenmesini ifade eder[14]. Bireysel başvuru yolunun ise ne hükmün kesinleşmesini engelleyen erteleyici etkisi ne de kanun yolu incelemesinin bir üst mahkemede görülmesi olan aktarıcı etkisi mevcuttur[15].

Bireysel başvuru yoluna olağanüstü kanun yolu kavramı açısından bakıldığında ise bazı yazarların bireysel başvuru yolunu "olağanüstü kanun yolu"[16] olarak değerlendirdiği görülmektedir. Bunlara göre bireysel başvuru yolunu içeren Anayasa değişikliğinin madde gerekçesinde de bireysel başvuru yolu olağanüstü bir kanun yolu olarak tanımlanmıştır[17].

Ancak bizim de katıldığımız doktrindeki hâkim görüşe göre ise bireysel başvuru yolu "olağanüstü bir kanun yolu" olarak nitelendirilemez. Zira az önce de belirtildiği üzere olağan kanun yolu kesinleşmemiş kararlara karşı başvurulan ve kararın kesinleşmesine engel olan kanun yolu iken; olağanüstü kanun yolu kesinleşmiş hükümlere karşı "bir yargı kolu içerisinde tanınan"

(2006). *Ceza Muhakemesi Hukuku,* Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 701; Erdem, M. R. (2010). *Ceza Muhakemesinde Yeni Bir Denetim Muhakemesi Yolu Olarak İstinaf,* Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 16; Çınar, A. R. (2006). *Ceza Yargılamasında Temyiz Yolu,* Ankara: Turhan Kitabevi, s. 15.

11 Çağlayan, R. (2022). s. 795.

12 a.g.e. s. 22; Gözübüyük, Ş. ve Tan, T. (2014). s. 988.

13 Pekcanıtez, H., Özekes, M., Akkan, M. ve Taş Korkmaz, H. (2017). s. 2158; Yayla Meraklı, D. (2014). *Medeni Usul Hukuku'nda İstinaf Kanun Yolunda Yeniden Tahkikat Yapılması,* Ankara: Yetkin Yayınları, s. 26-27; Katayıfçı, D. E. (2020). *Yargı Kararları Işığında Medeni Usul Hukukunda İstinaf,* Ankara: Seçkin Yayınevi, s. 15-16.

14 Öztürk, B., Tezcan, D., Erdem, M. R, Sırma, Ö., Saygılar Kırıt, Y. F., Alan Akçan, E., Özaydın, Ö. ve Erdem, E. (2013). *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 646-648.

15 Pekcanıtez, H. (1995). "Mukayeseli Hukukta Medeni Yargıda Verilen Kararlara Karşı Anayasa Şikayeti", *AYD,* C. 12., s. 261; Sabuncu, Y. ve Esen Arnwine S. (2004). "Türkiye İçin Anayasa Şikayeti Modeli Türkiye'de Bireysel Başvuru Yolu", *AYD,* C. 21., s. 230.

16 Uzun, C. D. (2012). *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Yolu (Anayasa Şikayeti), Beklentiler ve Riskler,* Ankara: SETA, s. 5.

17 "Bireysel başvuru ya da anayasa şikâyeti, kamu gücü tarafından, temel hak ve özgürlükleri ihlâl edilen bireylerin başvurdukları *olağanüstü bir kanun yolu* olarak tanımlanmaktadır." 7/11/1982 Tarihli ve 2709 Sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Teklifinin Gerekçesi, http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss497.pdf (Erişim Tarihi: 28/9/2023)

bir kanun yoludur[18]. Bireysel başvuru yolu, kesinleşmiş mahkeme kararlarına karşı bir yargı kolu içerisindeki başvuru yolu değil, kesinleşmiş mahkeme kararları hakkında ilgili yargı kolu dışında yer alan ve başlı başına ayrı bir yargı kolu olan anayasa yargısına başvuru imkânı sağlayan bir yoldur.

Bu açıdan bakıldığında bireysel başvuru incelemesi yapan Anayasa Mahkemeleri bir "süper temyiz mercii" olarak görülmemelidirler[19]. Nitekim Anayasa Mahkemesi de bireysel başvuru yolunu olağanüstü bir kanun yolu olarak değil, "temel hak ihlallerini önlemek için başvurulan son ve olağanüstü bir hukuki çare" olarak görmektedir[20]. Biz de bireysel başvuru yolunu olağanüstü bir hukuki çare daha yerinde bir ifade ile bir "olağandışı hukuki çare" olarak görmekteyiz.

III. KANUN YOLU DENETİMİNİN KAPSAMI

Anayasa'nın 148. maddesinin dördüncü fıkrası ile 6216 sayılı Kanun'un 49. maddesinin altıncı fıkrasına göre "*Bireysel başvuruda kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamaz*". Anayasa'nın 148. maddesinde bireysel başvuru ile ilgili getirilen hükümlerin gerekçesine baktığımızda, gerekçede kanun yollarında gözetilmesi gereken hususların bireysel başvuru incelemesinde gözetilemeyeceği kuralının getiriliş amacı diğer yüksek yargı organları ile Anayasa Mahkemesi arasındaki muhtemel görev uyuşmazlıklarının ortaya çıkmasının önlenmesi olarak belirtilmiştir[21]. Kanun ve Anayasa hükmü birlikte değerlendirildiğinde bu kural, Anayasa Mahkemesinin yetki alanını belirlemek, bireysel başvuru yolunun kapsamını konu bakımından daraltmak ve hızla artacağı belli olan iş yükünü azaltmak amacıyla konulmuşsa da her iki metnin lafzı da bu amaçla bağdaşmamıştır[22].

"Kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamaz." ifadesi, hukuk sistemimizdeki olağan ve olağanüstü kanun yolları kavramlarının her ikisini de kapsamaktadır. Durum böyle olmakla birlikte uygulamada kanun yolu denildiğinde genellikle akla istisnai bir durum olan olağanüstü kanun yolları değil olağan kanun yolları gelmektedir. Yukarıda belirtildiği üzere bireysel başvuru yoluna başvurabilmek için tüketilmesi gereken olağan kanun yolları istinaf, temyiz ve ceza yargılaması için ayrıca itirazdır. Bireysel başvurularda, Anayasa'nın hükmü gereğince olağan kanun yolu inceleme-

18 Kuru, B., Arslan, R. ve Yılmaz, E. (2014). s. 574-575; Ünver, Y. ve Hakeri, H. (2018). s. 742; Centel, N. ve Zafer, H. (2014). s. 753-754; Özen, M. (2011). *Ceza Muhakemesi Hukukunda İtiraz Kanun Yolu,* Ankara: Adalet Yayınevi, s. 16.

19 Göztepe, E. (1998). *Anayasa Şikayeti,* Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, s. 22.

20 *Necati Gündüz ve Recep Gündüz,* B. No: 2012/1027, 12/2/2013, § 20.

21 Yılmazoğlu, Y. E. ve Perdecioğlu, İ. E. (2019). s. 941.

22 Sağlam, F. (2013). s. 436.

sinde gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamayacaktır. Şu hâlde Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru incelemesi sırasındaki sınırlarının ve incelemenin kapsamının belirlenmesi açısından genel olarak kanun yolunda özel olarak da olağan kanun yolunda gözetilmesi gereken hususların, diğer ifadeyle bu olağan kanun yolu incelemesinin içeriğinin ortaya konulması gerekmektedir.

Olağan kanun yollarından biri olan istinaf, ilk derece mahkemelerinin henüz kesinleşmemiş nihai kararlarının hem "maddi vakıa" bakımından hem "hukuki yönlerden" denetlenmesini ve tespit edilen hukuka aykırılıkların kaldırılmasını içeren bir kanun yoludur. Dolayısıyla istinaf mercii, gerekirse maddi vakıa ve hukuki yönlerden yeniden inceleme yaparak kendisini ilk derece mahkemesinin yerine koyarak aynı davayı bütün boyutları ile yeniden inceleyerek bir karar vermektedir[23]. Temyiz incelemesinde ise alt derece mahkemelerinin kararlarının temelde "hukuka uygunluk" bakımından incelenmesi ve denetimi yapılmakta; ayrıca temyiz mahkemesi içtihat oluşturma görevi üstlenmektedir[24]. Buna göre, istinaf incelemesinde "maddi vakıa" ve "hukuka uygunluk" denetimi; temyiz incelemesinde ise yalnızca "hukuka uygunluk" denetimi yapılmaktadır[25].

Şu hâlde, mademki Anayasa Mahkemesi kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapamaz, bu doğrultuda istinaf ve temyiz mercilerinin kanun yolunda gözetmiş oldukları hukuka uygunluk ve maddi vakıa denetimi kavramlarının ortaya konulması gerekmektedir.

A. MADDİ VAKIA DENETİMİ

İlk derece mahkemeleri somut olaya uygulanacak hukuk kurallarını tespit ederken veya bu kuralları yorumlarken hataya düşebileceği gibi maddi vakıaların[26] tespitinde ve takdirinde de hataya düşebilir[27]. Az önce belirtildiği üzere temyiz incelemesinde yalnızca hukukilik diğer ifadeyle hukuka uygunluk denetimi yapılırken, istinaf incelemesinde hukukilik denetiminin yanı sıra yerindelik denetimi de yapılır. Hukuk sistemimizde istinaf mercileri maddi

23 Özekes, M. ve Boran Güneysu, N. (2021). *Deliller ve Hüküm Eksikliği Yönünden İstinaf İncelemesi ve Kararı,* İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 6; Çağlayan, R. (2022). s. 800; Ünver, Y. ve Hakeri, H. (2018). s. 771 vd.

24 Özekes, M. ve Boran Güneysu, N. (2021). s. 6; Çağlayan, R. (2022). s. 800; Ünver, Y. ve Hakeri, H. (2018). s. 771 vd.; Öztek, S. (2021). *Türk Medeni Yargılama Hukukunda İstinaf ve Temyiz 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu m.341-m.373 Şerhi,* Ankara: Yetkin Yayınları, s. 68; Özekes, M. ve Boran Güneysu, N. (2021). s. 9-13; Korkmaz, R. (2014). *Medeni Usul Hukuku Açısından Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru*, İstanbul: On İki Levha Yayınevi, s. 188-189.

25 Öztek, S. (2021). s. 68; Özekes, M. ve Boran Güneysu, N. (2021). s. 9-13; Bulut, U. (2022). *Medeni Usul Hukukunda Temyiz İncelemesinin Kapsamı ve Sınırları,* Ankara: Adalet Yayınları, s. 51-52.

26 Vakıa ile ilgili ayrıntı için bkz. Alangoya, Y. (1979). *Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler,* İstanbul: Fakülteler Matbaası, s. 61-135.

27 Öztek, S. (2021). s. 29.

vakıa incelemesi yaparken temyiz mercileri maddi vakıa incelemesi yapmaz. Şöyle ki istinaf mahkemesi ilk derece mahkemesinin kararını kaldırıp yerine kendi karar verebilir. Yani kanunda sınırları belirtilen şekilde maddi vakıa denetimi ile hukukilik denetimi birlikte yapılır. Temyizden farklı olarak maddi vakıalar istinaf kanun yoluna başvuru açısından önemli bir sebeptir. Hatta işin esasına girildiği zaman, hukuki nitelendirmeden önce veya onunla birlikte maddi vakıalar değerlendirilir[28].

İstinaf incelemesi, bir kanun yolu olmasına rağmen bir temyiz incelemesi değildir. Gerektiğinde yeniden yargılama yaparak karar verilmesine rağmen yaptığı inceleme bir ilk derece mahkemesi incelemesi de değildir. İstinaf incelemesinde özellikle maddi vakıalarda hukuki hataların ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekir. Bu hukuki değerlendirme de usul hukuku ve maddi hukuk bakımından ikili bir ayrım yapılarak yapılır[29]. İstinaf incelemesinde, istinaf mahkemesi ilk derece mahkemesinin topladığı vakıa ve delillere dayanmakta ve ilk derece mahkemesinin bu vakıa ve delillere göre yaptığı hukuki değerlendirmenin ve verdiği kararın kanuna uygun olup olmadığını araştırmaktadır[30]. Dolayısıyla istinaf mahkemesi ilk derece mahkemesinin hükmünü hem hukuka uygunluk (hukuki mesele) hem de olaya uygunluk (maddi mesele) yönünden denetler[31].

Bir uyuşmazlığın çözümünde esas alınacak vakıalar genel hayat olaylarından ayıklanarak davada kullanılacak, iddia ve savunmanın temeli olan, hukuken değer ifade eden vakıalar olmalıdır. Bu açıdan istinaf incelemesinde öncelikle maddi vakıaların doğru tespit edilip edilmediği önem arz etmektedir. Tespit edilen vakıaların uyuşmazlığın çözümünde etkili ve gerekli olup olmadığına dikkat edilmelidir. İstinaf incelemesinde şu soruların cevabı üzerinde inceleme yapılır: Tarafların dayandıkları ve mahkemenin incelediği vakıalar, talep ve hüküm bakımından araştırılması gereken vakıalar mıdır; tespit edilen vakıalar uyuşmazlığın çözümünde gerekli ve etkili midir; tespit edilip araştırılan vakıalar doğru ve gerçek midir[32]? Araştırılması gereken vakıaların doğru ve gerçek olup olmadığı, vakıanın maddi gerçekliği ile ilgilidir. Maddi vakıanın gerçekliğinin tespiti hukukun ve aynı zamanda usul hukukunun sınırları içinde yapılmalıdır. Tespiti gereken vakıanın doğruluğunun araştırılmasında usul hukukunun gereklerinin yerine getirilip getirilmediği önem arz etmektedir. İşte bu maddi vakıa ve usule aykırılık bakımından ortak noktadır.

Yukarıda belirtildiği üzere temyiz mercii maddi vakıa incelemesi yapamaz, hâliyle bir vakıa mahkemesi değildir. Dolayısıyla mahkemede ileri sü-

28 Pekcanıtez, H., Özekes, M., Akkan, M. ve Taş Korkmaz, H. (2017). s. 2209-2210.
29 a.g.e. s. 2243.
30 Öztek, S. (2021). s. 35.
31 a.g.e. s. 35.
32 Pekcanıtez, H., Özekes, M., Akkan, M. ve Taş Korkmaz, H. (2017). s. 2209-2210.

rülmemiş bir vakıa veya daha önce dayanılmamış bir delile ilk defa temyiz incelemesi sırasında dayanılamaz. Temyiz incelemesinde kural olarak duruşma yapılmaksızın dosya üzerinden inceleme yapılır, tanık dinlenmez, keşif ve bilirkişi incelemesi yapılmaz. Yani vakıa mahkemesinin duruşma sırasında edindiği izlenimi temyiz mercii edinemeyecektir.

B. HUKUKA UYGUNLUK DENETİMİ

Hukuka uygunluk diğer ifadeyle hukukilik denetiminde, temyiz ve istinaf mercileri, kural olarak sadece hukukun somut olaya uygulanmasındaki hataları ele alıp inceler yani hukuka uygunluk değerlendirmesi yapar[33].

Hukuka uygunluk denetiminde alt derece mahkemelerinin kararlarının verilmesinde maddi hukukun ve usul hukukunun doğru uygulanıp uygulanmadığı ele alınır. Eğer olaya maddi hukukun ve usul hukukunun yanlış uygulandığı tespit edilirse "hukuka aykırılık" durumu söz konusu olur.

Temyiz merciinin, vakıa tespiti, delil incelenmesi ve değerlendirilmesinde usul hukukuna uyulup uyulmadığı açısından hukuki bir değerlendirmenin ötesinde bir inceleme ve karar yetkisi bulunmamaktadır. Temyiz mercii, hukuka uygunluk incelemesinde alt derece mahkemelerinin vakıa tespiti ve delil değerlendirilmesi ile kural olarak bağlıdır. Zira, hukuka uygunluk denetiminde temyiz mercii, vakıa ve delillerle doğrudan temas etmemektedir. Şöyle ki tanıkları doğrudan dinleyemez, keşif yapamaz, bilirkişi raporu alamaz[34].

Maddi hukuka aykırılıkta, hukuk kuralının somut olaya doğru uygulanıp uygulanmadığı denetlenir[35]. Örneğin, ceza hukukuna ilişkin bir davada temel veya özel ceza kanununun bir hükmü hiç değerlendirilmemişse kanunun uygulanmaması söz konusu olurken buna karşılık, örneğin hırsızlık suçunun bir unsuru olan alma unsurunun yanlış yorumlanması durumunda kanunun yanlış uygulanması söz konusu olur[36]. Temyiz incelemesinin mahiyeti gereğince bu kanun yoluna, hukuk kurallarının somut olaya yanlış uygulanması diğer ifadeyle hukuk kurallarına aykırılık söz konusu olması durumunda başvurulur[37].

Usul hukukuna aykırılık hem temyiz hem de istinaf sebebidir. Mahkemenin görevsiz olması, birbiriyle çelişik kararlar verilmiş olması, delillerin kanuni sebep olmaksızın reddedilmesi, yasaklı hâkimin davaya bakmış olması gibi sebepler usul hukukuna aykırılık hâllerini oluşturur[38]. Usul hukukuna ilişkin

33 Öztek, S. (2021). s. 29.
34 Pekcanıtez, H., Özekes, M., Akkan, M. ve Taş Korkmaz, H. (2017). s. 2277.
35 Yavaş, M. (2015). *Medeni Usul Hukukunda Temyiz,* Ankara: Seçkin Yayınevi, s. 75-85.
36 Centel, N. ve Zafer, H. (2014). s. 776.
37 Pekcanıtez, H., Özekes, M., Akkan, M. ve Taş Korkmaz, H. (2017). s. 2282; Centel, N. ve Zafer, H. (2014). s. 776.
38 Yavaş, M. (2015). s. 86-92.

itirazlarda hem usul normunun doğru yorumlanıp yorumlanmadığı hem de derece mahkemelerince usul normunun uygulandığı olayın doğru tespit edilip edilmediği denetlenir. Örneğin; yemin ettirilen bir gencin gerçekten yemin yaşında olup olmadığı denetlenir[39].

IV. ANAYASA MAHKEMESİ İLE DİĞER MAHKEMELER ARASINDAKİ İLİŞKİ

Yukarıda da belirtildiği üzere bireysel başvuru yolunun ikincilliği ve olağandışılığı gereği, Anayasa'nın 148. maddesinin dördüncü fıkrası ile 6216 sayılı Kanun'un 49. maddesinin altıncı fıkrasında, bireysel başvurularda "Kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamaz." ifadesine yer verilmiştir. Ancak bu ifade salt kelime anlamı ile dikkate alınacak olunursa, bireysel başvurunun hiçbir konusu kalmayacaktır. Zira kanun yolu denetiminin kapsamını açıkladığımız başlıklarda ortaya konulduğu üzere olağan kanun yollarında maddi vakıa ve hukuka uygunluk denetimi yapılmaktadır. Buna göre, kelime anlamından hareket edecek olursak Anayasa Mahkemesi önüne gelen bir bireysel başvuruda ne maddi vakıa ne de hukuka uygunluk denetimi yapması mümkündür. Hâlbuki bu durum bireysel başvuru yolu kurumunun temel mantığına aykırıdır. Çünkü her bir hak ihlali mutlaka bir hukuka uygunluk denetiminin yapılmasını; diğer ifadeyle ortada hukuka aykırı bir şekilde bir kişinin hakkının ihlal edilip edilmediğinin araştırılarak tespit edilmesini gerektirir. O hâlde burada "Kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamaz." ifadesine, bir taraftan kanun yolunda gözetilmesi gereken bütün hususları ele alıp incelemek suretiyle Anayasa Mahkemesini diğer yargı organlarının bir çeşit "süper temyiz mercii" hâline gelmesini engelleyecek, diğer taraftan da bir hak ihlali karşısında bireysel başvuru yoluyla kişilerin temel hak ve hürriyetlerini, hâl ve şartlara göre gerektiğinde maddi vakıa ve hukuka uygunluk denetimi yapmak suretiyle de olsa güvence altına alacak bir anlam yüklememiz gerekmektedir.

Genel ve özel mahkeme ayrımı yapılmaksızın tüm derece mahkemeleri vatandaşların Anayasa ile güvence altına alınmış olan temel haklarını ilgilendiren kararlar vermekte ve bu mahkeme kararları bireysel başvuru yolunun ikincilliği gereği bireysel başvuru yoluyla Anayasa Mahkemelerinin önüne taşınabilmektedir. Bu durum da, Anayasa Mahkemesi ile diğer mahkemeler ve özellikle de yüksek yargı organları arasında işbölümü sorununu gündeme getirmektedir[40]. Federal Alman Anayasa Mahkemesi, bireysel başvuru yoluyla önüne gelen olaylarda diğer yargı organlarının süper temyiz mercii hâline

39 Centel, N. ve Zafer, H. (2014). s. 776.

40 Mellinghof, R. (2009). "Federal Almanya Cumhuriyet'inde Anayasa Şikayeti", *AYD*, C. 26., s. 39.

dönüşmemek, bununla birlikte bireysel başvuru konusu olayda da bir hak ihlali olup olmadığını tespit etmek, diğer ifade ile diğer yargı kolları karşısında Anayasanın kendisine tanıdığı yetkinin sınırını belirlemek üzere "Heck formülü" denen bir yöntemi kullanmaktadır[41]. Federal Alman Anayasa Mahkemesinin diğer yargı kolları karşısında sahip olduğu yetkinin sınırını belirten bu formül ilk kez Federal Alman Anayasa Mahkemesi üyelerinden Karl Heck (1954-1965) tarafından ifade edilmiştir; bu yüzden onun adıyla anılmaktadır[42].

Heck formülünün ortaya konulduğu Federal Alman Anayasa Mahkemesinin bir kararına göre, *"Anayasa Mahkemesi'nin bir mahkemece verilmiş yanlış bir kararı salt taraflardan birinin temel hakkına dokunma olasılığı taşıdığı için bir temyiz mercii gibi sınırsız bir hukukilik denetimden geçirmesi, anayasa şikâyetinin anlamına ve Anayasa Mahkemesi'nin bu alandaki özel görevine uygun düşmez. Yöntemin belirlenmesi, maddi olgunun tespit ve değerlendirilmesi, yasaların yorumu ve bireysel olaya uygulanması, bunun için görevli ve yetkili kılınmış olan mahkemelerin işi olup, bu alanda Anayasa Mahkemesi'nin denetim yapması söz konusu değildir. Anayasa Mahkemesi sadece spesifik (özgül) anayasa hukukunun Mahkemelerce ihlal edilmesi halinde anayasa şikâyeti üzerine müdahaleye hak kazanır"*[43].

Karardan da anlaşılacağı üzere Anayasa Mahkemesinin, derece mahkemelerinin kararlarını, sadece "spesifik (özgül) anayasa hukukunun ihlal edilmesi" hâllerinde bireysel başvuru yolu ile denetlemesi gerekir. Spesifik (özgül) anayasa hukuku, salt bir kararın anayasa altı normlar açısından hatalı olması ile ihlal edilmiş olmaz; hata, temel haklara uyulmamasından kaynaklanmalıdır[44]. Buna göre bireysel başvuru incelemesinde *"genel bir hukuka uygunluk denetimi"* değil *"anayasa hukukuna uygunluk denetimi"* yapılmaktadır. Anayasal odaklı yorumun sağlanması temel hakların korunmasında olumlu bir rol oynamakta ve bireysel başvuru incelemelerinde söz konusu başvurulara uygulanan hukukun yorumunda "anayasal değerlendirme" zorunlu kılınmaktadır[45].

Yine aynı karara göre bireysel başvuru incelemesinde *"genel bir hukuka uygunluk denetimi"* değil *"anayasa hukukuna uygunluk denetimi"*nden bahsedebilmek için Heck formülü gereğince;

(1) yöntemin belirlenmesi (muhakeme usulü),

(2) maddi vakıanın (olgunun) tespit ve değerlendirilmesi,

41 a.g.e. s. 40.
42 a.g.e. s. 40.
43 BVerfGE 1, 418. 420; BVerfGE 18, 85, 92; Kararın Türkçe çevirisi için bkz. Sağlam, F. (2011). s. 23.
44 Hassemer, W. (2004). "Anayasa Şikayeti ve Buna İlişkin Sorunlar' (Almanya' da Temel Hak Şikayeti Hakkında Rapor)", *AYD*, C. 21., s. 168-169.
45 Gökcan, H. T. (2018). "Bireysel Başvuruda İkincillik İlkesi ve Denetim Yetkisinin Sınırları Sorunu", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 135., s. 17.

(3) kanunların yorumu ve somut olaya uygulanması,

görevli ve yetkili derece mahkemelerin işi olup Anayasa Mahkemesinin bu durumlarda denetim yapmaması gerekir.

Hukukumuz açısından baktığımızda da bireysel başvuru yolu olağan değil yani olağandışı bir başvuru yolu olduğu için bireysel başvuruların esas bakımından denetiminde, muhakeme usulü, özellikle çeşitli delillerin değerlendirilmesi; yasaların uygulanışı, hatta temel hak ve özgürlüklerin dışındaki kurallar açısından anayasanın uygulanışı, anayasal normlar arasında bulunmayan normların olaya uygulanışı denetlenmeyecektir[46]. Buna göre; Anayasa mahkemelerinin bir mahkeme kararına karşı yapılan bireysel başvurulara ilişkin incelemelerinin, bir temel hakkın ihlal edilip edilmediği ile sınırlı olması gerekecektir[47].

Buraya kadarki tüm bu açıklamaları göz önüne aldığımızda Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru incelemesinin ne olmayacağını şu şekilde ortaya koyabiliriz:

1. Anayasa Mahkemesi kural olarak bir temyiz ya da istinaf merci gibi kuralların doğru uygulanıp uygulanmadığını, olay ve delillerin doğru değerlendirilip değerlendirilmediğini incelemez: Buna göre, görevli mahkemedeki usul hukukuna uyulması, nesnel durumun tespiti ve değerlendirilmesi, anayasa altı hukukun yorumu ve somut olaya uygulanması bu konuda görevli ve yetkili olan derece mahkemelerinin işi olup Anayasa Mahkemesi denetimi dışında kalmaktadır[48].

2. Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru incelemesinde yaptığı denetimin alanı, özel olarak anayasa hukukunun ihlali ile sınırlıdır: Anayasa mahkemesi, genel mahkemelerin olayı ve delilleri değerlendirirken, kanunu uygularken temel hakları ihlal edip etmediklerini ve ihlal varsa bu ihlallerin ilgililer tarafından bireysel başvuru dışında başka bir yolla giderilebilip giderilemeyeceğini inceleyerek sadece temel hak ihlalinin olup olmadığını saptayacaktır[49].

V. ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARINDA "KANUN YOLUNDA GÖZETİLMESİ GEREKEN HUSUSLARDA İNCELEME YAPILAMAMASI" HUSUSU

Buraya kadar kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlar ifadesinin ne anlama geldiğini gerek teorik olarak gerekse Federal Alman Anayasa Mah-

46 Aydın, Ö. D. (2011). "Türk Anayasasında Yeni Bir Mekanizma: Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* C. 15., S. 4., s. 158.

47 Döner, A. (2023). *Türk Anayasa Hukuku,* Ankara: Yetkin Yayınevi, s. 602-603.

48 Hassemer, W. (2004). s. 169.

49 a.g.e. s. 169.

kemesi uygulamasındaki Heck formülü ile ortaya koymaya çalıştık. Buna göre, kanun yolu denetiminin kapsamını derece mahkemelerinin yetkisindeki genel bir hukuka uygunluk denetimi değil Anayasa tarafından güvence altına alınan bir temel hak ve özgürlüğün ihlal edilip edilmediğine yönelik bir anayasaya uygunluk denetimi ve bu ihlalin nasıl ortadan kaldırılacağının belirlenmesi oluşturmaktadır[50]. Durum böyle olmakla birlikte acaba Anayasa Mahkemesi bu hükmü nasıl anlamakta ve uygulamaktadır? Bu başlık altında Anayasa Mahkemesinin kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlar ifadesine ne anlam verdiği, bunun kapsamı ve istisnaları ortaya konulmaya çalışılacaktır.

A. KANUN YOLUNDA GÖZETİLMESİ GEREKEN HUSUSLAR

"Kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlar" formülüne, bireysel başvuru konusu olan hak ve hürriyetleri güvence altına alacak bir anlam verilmek gerekir. Bu düzenleme her yargı düzeninin kendine özgü kanun yollarında bir alt derecedeki mahkeme kararının hukuka uygunluğunun denetlenmesi sırasında incelenecek olan hususların Anayasa Mahkemesi tarafından incelenemeyeceği anlamına gelir. Yukarıda belirtildiği üzere gerek adli yargı düzeninde gerekse idari yargı düzeninde bu kanun yolları genel olarak "itiraz, istinaf ve temyiz"[51] olup burada yapılan inceleme maddi vakıa ve hukuka uygunluk denetimini kapsamaktadır. Bu açıdan bireysel başvuruların esas bakımından denetiminin kapsamını kural olarak maddi vakıa ve hukuka uygunluk denetimi niteliğindeki iddialar oluşturmayacaktır. Bu kapsamda denetim, anayasanın ya da genel olarak hukukun ihlal edilip edilmediğine yönelik değil, korunan bir temel hak ve özgürlüğün ihlal edilip edilmediğine yönelik olacaktır[52].

Anayasa Mahkemesi, bir anayasal hakkın ihlali iddiasını içermeyen, yalnızca derece mahkemelerinin ve temyiz merci kararlarının yeniden incelenmesi talebini içeren diğer ifade ile "kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlar" niteliğindeki başvuruları, *"kanun yolu şikâyeti"* niteliğinde görerek bunlar hakkında "açıkça dayanaktan yoksunluk"[53] nedeniyle kabul edilemezlik kararı vermektedir[54].

50 Döner, A. (2023). s. 602-603; Aydın, Ö. D. (2011). s. 158.

51 Ayrıntı için bknz. III. Başlık.

52 Aydın, Ö. D. (2011). s. 158.

53 Anayasa Mahkemesinin açıkça dayanaktan yoksunluk kararı verebileceği haller için bkz. Algan, B. (2014). "Bireysel başvurularda 'Açıkça Dayanaktan Yoksunluk' Kriterinin Anayasa Mahkemesi tarafından Yorumu ve Uygulanması". *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 63., S. 2., s. 264 vd.; Küçük, S. (2015), "Açıkça Dayanaktan Yoksunluk", içinde Turan, H. ve Kaplan, R. (Edt.), *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Usulü ve Kabul Edilebilirlik Kriterleri*, Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları, s. 189 vd.; Döner, A. ve Çelik, Y. (2022). Anayasa Yargısı ve Bireysel Başvuru, Erzincan: Doğu Ciltevi, s. 176.

54 *Ahmet Sağlam*, B. No: 2013/3351, 18/9/2013, § 46; *Münever Akyol*, B. No: 2020/11338, 9/2/2023, § 12-13.

Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru incelemelerindeki rolü, derece mahkemelerin yerini almak değildir[55]. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi, Anayasa ve 6216 sayılı Kanun hükmündeki "kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlar" ifadesini Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuruları karara bağlama görev ve yetkisi[56] bağlamında değerlendirmek gerektiğini belirtmektedir. Bu kapsamda Mahkemeye göre Anayasa Mahkemesi, Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin (AİHS) ortak koruma alanında bulunan temel hak ve özgürlüklerin ihlal edildiği iddiasıyla yapılan bireysel başvuruları, temel hak ve özgürlüklere ilişkin olarak Anayasa'da öngörülen güvencelere göre incelemek ve karara bağlamak durumundadır[57]. Dolayısıyla Anayasa ve 6216 sayılı Kanun'da bireysel başvuruda inceleme yasağı getirilen "kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlar" alanının temel hak ve özgürlüklere ilişkin olarak Anayasa'da öngörülen güvencelerle ilgili olduğu düşünülemez. Anayasayla getirilen bu yasak alan, bireysel başvurunun kapsamının dışındaki hukuka aykırılık iddialarına ilişkindir[58].

Anayasa Mahkemesi, ancak temel hak ve özgürlüklere müdahalenin söz konusu olduğu durumunda *"derece mahkemelerinin takdir ve değerlendirmelerinin Anayasa'daki güvencelere etkisini"* nihai olarak değerlendirebileceğini kabul etmektedir. Dolayısıyla bireysel başvuru kapsamındaki temel hak ve özgürlüklerin ihlal edilip edilmediğine ilişkin yapılan her inceleme "kanun yolunda gözetilmesi gereken hususun incelenmesi" veya "yerindelik denetimi" olarak nitelendirilemez[59]. Aksinin kabulü hâlinde, Anayasa Mahkemesinin *"bireysel başvuruları karara bağlama yetki ve görevi işlevsiz hale gelecek, bu da bireysel başvurunun etkili bir hak arama yolu olarak öngörülmüş olması"* amacıyla bağdaşmayacaktır. Anayasa'daki temel hak ve özgürlüklerle ilgili güvenceler kapsamında yapılan incelemenin "kanun yolu denetimi" olarak değerlendirilmesi, Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuruları inceleme ve karara bağlama görevini yerine getirememesi sonucunu doğuracaktır[60].

Anayasa Mahkemesi, "Kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamaz." ifadesinin genel olarak nasıl anlaşılması gerektiği ile ilgili görüşünü kararlarında zaman içinde daha da somutlaştırmıştır. Mahkemenin, konuyla alakalı farklı kararlarında da atıf yaptığı *Necati Gündüz ve Recep Gündüz* kararı şu şekildedir: *"Bir anayasal hakkın ihlali iddiası içermeyen, yalnız-*

55 *Çevik Bir*, B. No: 2021/31595, 19/7/2023, § 64.

56 6216 sayılı Kanun'un 49. maddesinin 6. fıkrasına göre, Anayasa Mahkemesinin bireysel başvurulara ilişkin incelemesi, "bir temel hakkın ihlal edilip edilmediği" ve "bu ihlalin nasıl ortadan kaldırılacağının belirlenmesi" ile sınırlıdır.

57 *Şahin Alpay (2),* B. No: 2018/3007, 15/3/2018, §§ 50, 51, 52.

58 *Şahin Alpay (2),* § 53. Aynı yönde bkz. *Ahmet Sağlam*, § 42; *Sabahat Beğik ve diğerleri* [GK], B. No 2014/3738, 21/12/2017, § 23; *Şahin Erol*, B. No: 2013/2539, 7/7/2015, § 54.

59 *Şahin Alpay (2),* § 53.

60 *Şahin Alpay (2),* § 54.

ca derece mahkemelerinin kararlarının yeniden incelenmesi talep edilen başvuruların açıkça dayanaktan yoksun … olduğu açıktır. Bu kapsamda, bireysel başvuruya konu davadaki olayların kanıtlanması, hukuk kurallarının yorumlanması ve uygulanması, yargılama sırasında delillerin kabul edilebilirliği ve değerlendirilmesi ile kişisel bir uyuşmazlığa derece mahkemeleri tarafından getirilen çözümün esas yönünden adil olup olmaması, bireysel başvuru incelemesinde değerlendirmeye tabi tutulamaz. Anayasada yer alan hak ve özgürlükler ihlal edilmediği sürece ya da açıkça keyfilik içermedikçe derece mahkemelerinin kararlarındaki maddi ve hukuki hatalar bireysel başvuru incelemesinde ele alınamaz. Bu çerçevede, derece mahkemelerinin delillerin takdirinde açıkça keyfilik bulunmadıkça Anayasa Mahkemesinin bu takdire müdahalesi söz konusu olamaz."[61].

Anayasa Mahkemesinin diğer kararlarında[62] da sürekli olarak atıfta bulunduğu bu kararına göre, kanun yolu denetiminde gözetilmesi gereken hususlar, (1) *dava konusu yapılmış maddi olay ve olguların kanıtlanması,* (2) *delillerin değerlendirilmesi, (3) hukuk kurallarının yorumlanması ve uygulanması (4) derece mahkemelerince uyuşmazlıkla ilgili varılan sonucun esas yönünden adil olup olmaması"* şeklinde ortaya koyularak değerlendirmeler bu çerçevede yapılmaktadır. Anayasa Mahkemesinin rolü, derece mahkemelerince yapılan değerlendirmelerin ve varılan sonuçların hukuka uygunluğunu denetlemek olmadığından kural olarak bu hususlar bireysel başvuru incelemesine konu olamayacaktır. Buna göre, başvurucular, yargılama sırasında delillerini, iddialarını veya savunmalarını sunmuşlar, karşı tarafça sunulan delillere ve iddialara itiraz etme imkânı bulmuşlar ve bunlar derece mahkemeleri tarafından gereği gibi değerlendirilmiş ise bu başvurular, kanun yolu şikâyeti niteliğinde görülerek Anayasa Mahkemesi tarafından *"açıkça dayanaktan yoksunluk"* nedeniyle kabul edilemez bulunmaktadır[63].

Anayasa Mahkemesinin kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlara dair yapılan ihlal iddialarını yani kanun yolu şikâyeti niteliğindeki başvuruları incelerken belirlediği bu kıstasların, yukarıda Federal Alman Anayasa Mahkemesinin kararlarında da kullandığı Heck formülü ile paralel olduğu görülmektedir. Şöyle ki yukarıda da açıklandığı üzere, Heck formülüne göre Federal Alman Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru incelemesinde, *"genel bir hukuka uygunluk denetimi"* değil temel hak ve hürriyet odaklı bir "*anayasa hukukuna uygunluk denetimi"* yapılmakta, bu kapsamda da (1) yöntemin be-

61 *Necati Gündüz ve Recep Gündüz,* §§ 25-26; Aynı yönde diğer kararlar için bkz. *Erdinç Engin,* B. No:2012/695, 12/2/2013, § 22; *İhsan Vurucuoğlu,* B. No. 2013/539, 16/5/2013, § 44**;** *Ahmet Sağlam,* § 42; *Abdulatif Akgül,* B. No: 2014/10531, 30/12/2014, § 28; *Orhan Kılıç* [GK], B. No: 2014/4704, 1/2/2018, § 44; *Ferhat Kara* [GK], B. No: 2018/15231, 4/6/2020, § 120.

62 *İhsan Vurucuoğlu,* § 43; *İhsan Kara,* § 147*; Ahmet Sağlam,* § 42; *Sabahat Beğik ve* diğerleri [GK], § 23; Alper Kurtuldu, B. No 2013/8064, 26/2/2015, § 43; *Yaşar Yılmaz,* B. No 2013/6183, 19/11/2014, § 48.

63 *İhsan Vurucuoğlu,* § 44.

lirlenmesi (muhakeme usulü), (2) maddi vakıanın (olgunun) tespit ve değerlendirilmesi, (3) kanunların yorumu ve somut olaya uygulanması, görevli ve yetkili derece mahkemelerin işi olup, bu durumlarda denetim yapamaz. Bu kıstaslar, Anayasa Mahkemesinin geliştirmiş olduğu kıstaslarla içerik itibarıyla örtüşmektedir.

Anayasa Mahkemesinin yukarıda zikrettiğimiz *Necati Gündüz ve Recep Gündüz* kararında ortaya koymuş olduğu kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlar kapsamında değerlendirdiği, dolayısıyla Anayasa Mahkemesinin inceleme yapamayacağı bu kıstaslara biraz daha yakından bakmak uygun olacaktır.

a. Dava Konusu Yapılmış Maddi Olay ve Olguların Kanıtlanması: Yukarıda kanun yolu denetiminin kapsamını anlatırken bahsettiğimiz üzere kanun yolu incelemesinde maddi vakıa ve hukuka uygunluk denetimi yapılır. Anayasa Mahkemesinin kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlardan biri olarak gördüğü *"Dava konusu yapılmış maddi olay ve olguların kanıtlanması"* kıstası, kanun yolu denetimindeki maddi vakıa incelemesine ve Federal Alman Anayasa Mahkemesinin uygulamış olduğu Heck formülündeki "*maddi vakıanın (olgunun) tespit ve değerlendirilmesi"* kriterine karşılık gelmektedir. Maddi vakıa incelemesinin kapsamı, maddi vakıanın tespiti; tespit edilen vakıaların uyuşmazlığın çözümünde gerekli ve etkili olup olmadığı; araştırılan vakıaların doğru ve gerçek olup olmadığı ile ilgili olup, tespiti gereken vakıanın doğruluğunun araştırılmasında usul hukukunun gereklerinin yerine getirip getirilmediği önem arz etmektedir.

Anayasa Mahkemesi de vermiş olduğu kararlarında maddi vakıa tespitine ilişkin hususların derece mahkemelerinin yetkisi dâhilinde olduğunu, derece mahkemelerince hak ihlali iddiasında bulunan başvurucuya maddi vakıanın tespiti hususunda gerekli imkânların sağlanması hâlinde Anayasa Mahkemesinin bu hususta herhangi bir inceleme yapamayacağını kabul etmektedir. Nitekim Anayasa Mahkemesi kararlarından birinde bu hususu şu şekilde ortaya koymaktadır: "*Başvurucu, yargılama sürecinde karşı tarafın sunduğu deliller ve görüşlerden bilgi sahibi olamadığına, kendi delillerini ve iddialarını sunma olanağı bulamadığına, karşı tarafça sunulan delillere ve iddialara etkili bir şekilde itiraz etme fırsatı bulamadığına ya da uyuşmazlığın çözüme kavuşturulmasıyla ilgili iddialarının derece mahkemesi tarafından dinlenmediğine veya kararın gerekçesiz olduğuna ilişkin bir bilgi ya da kanıt sunmadığı…başvurucunun yargılamanın hakkaniyete aykırı olduğu yönündeki şikâyetine ilişkin olarak delilleri inceleme ve değerlendirme fırsatı bulduğu…anlaşıldığından, başvurunun … "açıkça dayanaktan yoksun olması" nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir*[64]".

64 *Abdulatif Akgül,* §§ 36-37.

b. Delillerin Değerlendirilmesi: Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuruyu inceleme yetkisinin kapsamını belirlerken ortaya koyduğu bu kıstas da maddi vakıanın tespiti ve değerlendirilmesiyle ilişkilidir. Maddi vakıanın tespiti ve değerlendirmesi yapılırken araştırılan vakıaların doğru ve gerçek olup olmadığı hususu usul hukuku dairesinde delillerin toplanarak değerlendirilmesini ifade etmektedir. Anayasa Mahkemesi vermiş olduğu kararlarında delillerin tespiti ve değerlendirilmesi hususunun kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlar dairesinde olduğunu, bu yetkinin kural olarak derece mahkemelerine ait olduğunu, dolayısıyla da delillerin tespiti ve değerlendirmesine ilişkin taleplerin kanun yolu şikâyeti niteliğinde olduğunu ortaya koymaktadır. Nitekim Anayasa Mahkemesine göre *"Başvurucu, diğer sanığın çelişkili ve soyut beyanlarına itibar edildiğini, Mahkeme başkanının kendisinin beraati yönünde karşıoyu bulunduğunu, bu nedenlerle delillerin eksik ve hatalı değerlendirilerek mahkûmiyet kararı verildiğini belirterek adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür… başvurucu tarafından ileri sürülen iddialar, mahkemelerce delillerin değerlendirilmesi ve hukuk kurallarının yorumlanmasına ilişkin olup mahkeme kararlarında bariz takdir hatası veya açık bir keyfilik oluşturan bir hususun da bulunmadığı dikkate alındığında ihlal iddialarının kanun yolu şikâyeti niteliğinde olduğu anlaşılmaktadır…Açıklanan gerekçeyle başvurunun bu kısmı kanun yolu şikâyeti niteliğinde olduğundan açıkça dayanaktan yoksun olması nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir."*[65].

c. Hukuk Kurallarının Yorumlanması ve Uygulanması: Anayasa Mahkemesinin kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlardan biri olarak gördüğü bu kriter, yukarıdaki başlıklar altında bahsettiğimiz kanun yolu denetimindeki hukuka uygunluk denetimine karşılık gelmektedir. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi de yapılan bireysel başvurulardaki ihlal taleplerinin kanun yolu şikâyeti niteliğinde olup olmadığını yani kendi inceleme yetkisinde olup olmadığını Heck formülünde geçen *"kanunların yorumu ve somut olaya uygulanması"* kriterine benzer şekilde *"hukuk kurallarının yorumlanması ve uygulanması"* kriterini kullanarak değerlendirmektedir.

Anayasa Mahkemesi hukuk kurallarının yorumlanması niteliğinde olan bir başvuruyu kanun yolu şikâyeti yani kanun yolunda gözetilmesi gereken bir husus olduğu gerekçesiyle kabul edilemez bulmuştur. Karara göre *"Başvurucu; eksik inceleme ve araştırmaya dayalı olarak mahkûm edildiğini, somut bir delil bulunmadığı hâlde cezalandırıldığını, bir tanığın olaydan yaklaşık sekiz ay sonra verdiği beyanın hükme esas alınmasının hakkaniyete aykırı olduğunu, Yargıtay onama kararında yer verilen karşıoy gerekçesinde de tüm bu hususlara dikkat çekildiğini belirterek adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür… Başvurucunun ileri sürdüğü iddialar, derece mahkemesince delillerin değerlendirilmesi ve hukuk ku-*

65 *Mehmet Yaşar Fazlıoğlu*, B. No: 2021/4651, 19/7/2023, §§ 22, 24, 25.

rallarının yorumlanmasına ilişkin olup mahkeme kararında bariz takdir hatası veya açık keyfilik oluşturan bir durum bulunmadığı dikkate alındığında ihlal iddialarının kanun yolu şikâyeti niteliğinde olduğu anlaşılmıştır… Başvurucunun ileri sürdüğü ihlal iddialarının yukarıda belirtilen içtihat kapsamında kanun yolu şikâyeti niteliğinde olduğu sonucuna varıldığından başvurunun açıkça dayanaktan yoksun olması nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir."[66].

d. Derece Mahkemelerince Uyuşmazlıkla İlgili Varılan Sonucun Esas Yönünden Adil Olup Olmaması

Bu kıstas esasen temyiz ve istinaf mercileri tarafından kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlar kapsamındaki hukuka uygunluk denetimi kıstası ile alakalı bir durum olmakla birlikte, Anayasa Mahkemesi kanun yolu şikâyeti incelemesi yaparken bu kıstası ayrı bir kıstas olarak kullanmaktadır. Kural olarak, mahkemece ulaşılan sonucun adil olup olmaması, anayasal haklar ihlal edilmediği ve esas itibarıyla yargılama bir bütün olarak hakkaniyete aykırı bir biçimde yapılmadığı müddetçe, Anayasa Mahkemesinin inceleme alanına girmez[67]. Bu yüzden, Anayasa Mahkemesi de başvuruculların yargılamanın sonucunun adil olmadığına ilişkin iddialarını, istikrarlı olarak "kanun yolu şikâyeti" niteliğinde görerek açıkça dayanaktan yoksunluk nedeniyle kabul edilmezlik kararı vermektedir. Anayasa Mahkemesinin konuya ilişkin bir kararı şu şekildedir: *"Somut olayda başvurucunun yargılama sürecinin hakkaniyete aykırı olduğuna dair ciddi bir bilgi ya da belge sunmadığı, aksine yargılama sonucunda verilen* ***kararın içeriğinin adil olmadığı şikâyetini*** *dile getirdiği anlaşılmaktadır. Buna göre, başvurucunun iddialarının esas itibariyle derece mahkemelerince verilen kararların yetersiz araştırmaya dayalı ve yanlı olduğuna, hukuk kurallarının uygulanmasında isabet bulunmadığına ve dolayısıyla kararın sonucuna ilişkin olduğu … Açıklanan gerekçelerle, başvurucunun iddialarının kanun yolu şikâyeti niteliğinde olduğu ve derece mahkemeleri kararlarının bariz bir şekilde keyfilik de içermediği anlaşıldığından, başvurunun … "açıkça dayanaktan yoksun olması" nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir."*[68].

Belirtmek gerekir ki *"derece mahkemelerince uyuşmazlıkla ilgili varılan sonucun esas yönünden adil olup olmaması"* hususu adil yargılanma hakkıyla alakalı bir husus da değildir. Zira derece mahkemeleri bir olayda usuli adil yargılanma hakkının bütün unsurlarına dikkat ederek yargılamasını tamamlayıp sonuçta maddi açıdan adil olmayan bir karar da verebilir. Nitekim Anayasa Mahkemesi de bu durumu, *"adil yargılanma hakkı bireylere dava sonucunda verilen kararın değil, yargılama sürecinin ve usulünün adil olup olmadığını denetletme*

66 *Enis Bulut*, B. No: 2020/31462, 5/10/2023, §§ 23, 25, 26; Aynı yönde kararlar için bkz. *Şaban Gören*, B. No: 2018/23456, 6/9/2023, §§ 24-25; *Tekin Bozkurt*, B. No: 2019/10118, 6/9/2023, §§ 19-20.

67 Yıldırım, A. (2018). s. 870.

68 *Onur Gür*, B. No: 2012/828, 21/11/2013, §§ 23-24.

imkânını verir"[69] şeklinde ifade etmektedir. Mahkemeye göre *"…bireysel başvuruda adil yargılanmaya ilişkin şikâyetlerin incelenebilmesi için başvurucunun yargılama sürecinde haklarına saygı gösterilmediğine, bu çerçevede yargılama sürecinde karşı tarafın sunduğu deliller ve görüşlerden bilgi sahibi olamadığı veya bunlara etkili bir şekilde itiraz etme fırsatı bulamadığı, kendi delillerini ve iddialarını sunamadığı ya da uyuşmazlığın çözüme kavuşturulmasıyla ilgili iddialarının derece mahkemesi tarafından dinlenmediği veya kararın gerekçesiz olduğu gibi, mahkeme kararının oluşumuna sebep olan unsurlardan değerlendirmeye alınmamış eksiklik, ihmal ya da açık keyfiliğe ilişkin bir bilgi ya da belge sunmuş olması gerekir"*[70].

B. BARİZ TAKDİR HATASI VEYA AÇIKÇA KEYFÎLİK İÇEREN DURUMLAR

1. Bariz Takdir Hatası ve Açık Keyfîlik Kavramları

Yukarıda somutlaştırmaya çalıştığımız kanun yolu incelemesi içerisinde kabul edilen dört hususta inceleme yapılamayacağı, bu konuda yapılan şikâyetlerin kural olarak kanun yolu şikâyeti niteliğinde olduğu Anayasa Mahkemesi tarafından kabul edilmekle birlikte Mahkeme, AİHM ve Federal Alman Anayasa Mahkemesinin uygulamasında da olduğu gibi bu kuralı mutlak olarak uygulamamaktadır. AİHM, ulusal mahkemeler tarafından varılan tespit ve değerlendirmelerinin açıkça ve bariz bir şekilde adaleti ve sağduyuyu hiçe sayan bir tarzda keyfî olması ve bunun AİHS'in ihlaline sebep olması durumunu kanun yolu şikâyetinin bir istisnası olarak görmektedir[71]. Aynı şekilde Federal Alman Anayasa Mahkemesi de olağan mahkemelerin hukuk kurallarını uygulamada açık hata yapması hâlinde Anayasa şikâyeti üzerine, bir tür "zaruri" yetkiyle bu hatayı gidermek zorunda kalabileceğinden bahsetmektedir. Hukuki hiçbir dayanağı olmayan ya da maddi vakıa ile ilgisiz bir yorum veya uygulama hatasının vatandaşlara mahkeme eliyle de olsa dayatılmasının, hukuk devletinde kabul edilemez olduğunu söylemektedir[72].

Bizim Anayasa Mahkememize göre de derece mahkemelerinin kararlarındaki maddi ve hukuki hataların Anayasa'da yer alan hak ve hürriyetleri ihlal etmesi ya da delillerin takdirinde bariz[73] bir şekilde keyfîlik bulunması durumunda Anayasa Mahkemesinin denetim yetkisi söz konusu olur[74]. Anayasa Mahkemesinin birçok kararında da sürekli olarak tekrarladığı üzere; *"Anayasada yer alan hak ve özgürlükler ihlal edilmediği sürece ya da açıkça keyfilik içerme-*

69 *Abdulatif Akgül*, § 29.
70 *Abdulatif Akgül*, § 29; *Naci Karakoç*, B. No: 2013/2767, 2/10/2013, § 22.
71 *De Tommaso/İtalya* [BD], B. No: 43395/09, 23/2/2017, § 170.
72 Mellinghof, R. (2009). s. 40.
73 Anayasa mahkemesinin kararlarına bakıldığında "açık" yerine "bariz" kelimesini kullanarak "açık keyfilik" ifadesini karşılar şekilde "bariz keyfilik" ifadesinin de kullandığı görülmektedir.
74 *Erdinç Engin*, § 22.

dikçe derece mahkemelerinin kararlarındaki maddi ve hukuki hatalar bireysel başvuru incelemesinde ele alınamaz. Bu çerçevede, derece mahkemelerinin delilleri takdirinde açıkça keyfilik bulunmadıkça Anayasa Mahkemesinin bu takdire müdahalesi söz konusu olamaz."[75]*; "…bireysel başvuru kapsamındaki hak ve özgürlüklere müdahale teşkil eden, bariz takdir hatası veya açık bir keyfilik içeren tespit ve sonuçlar Anayasa Mahkemesinin denetim yetkisi kapsamındadır"*[76].

Belirtmek gerekir ki, bu hususta Anayasa Mahkemesi her ne kadar kararlarında "bariz takdir hatası veya açık/bariz bir keyfîlik" şeklinde bir kalıp kullanıyor olsa da kararlarına yakından bakıldığında çoğunlukla "açık/bariz bir şekilde keyfîlik" kavramına dayandığı; bununla birlikte "bariz takdir hatası" kavramına dayanarak verdiği karar sayısının ise oldukça az olduğu görülmektedir[77].

Anayasa Mahkemesinin içtihat ile ortaya koyduğu "açık/bariz keyfîlik" ve "bariz takdir hatası" kavramlarının ne olduğunu tespit etmek gerekmektedir. Anayasa Mahkemesi kararları incelendiğinde bu kavramları açıkça tanımlamamakla birlikte tanımın yapılmasında örnekler içermeleri bakımından yol gösterici olmaktadır. Doktrinde bu iki kavramla alakalı farklı tanımlar yer almaktadır. Bizim de Anayasa Mahkemesi kararları ışığında kabul ettiğimiz bu kavramların tanımları şu şekildedir: Açık keyfîlik; uygulanması gerektiği açık olan bir kuralın uygulanmaması[78] veya yasak delil niteliğindeki bir delilin açıkça kullanılması gibi hâkimin değerlendirme, yorum ve takdir yetkisinin olmadığı durumlar olarak tanımlanabilir[79]. Açıkça keyfîliğe, bir yasa maddesinin lafzının, olağan anlamının tamamen dışında yorumlanması ve uygulanması; açık bir kuralın uygulanmaması[80], içtihatlarla ve lafzi yorumla anlamı billurlaşmış olan emredici nitelikteki kuralların göz ardı edilmesi hâlleri örnek olarak verilebilir[81]. Bariz takdir hatası ise hâkimin değerlendirme, yorum ve takdir yetkisini açıkça mantığa ve hayatın olağan akışına aykırı olarak hatalı kullanması şeklinde tanımlanabilir. Belirtilmelidir ki bu hatalı kullanımın,

75 *Necati Gündüz ve Recep Gündüz*, §§ 25-26; *Ahmet Sağlam*, § 42.

76 *Nurettin Deniz*, B. No 2018/17707, 21/7/2020, § 62; *Ferhat Kara* [GK], § 147; *M.B.* [GK], B. No 2018/37392, 23/7/2020, § 81; *Sebahat Beğik ve diğerleri*, § 23; *Mehmet Geçgel*, B. No: 2014/4187, 18/4/2019, § 26; *Kenan Özteriş*, B. No: 2012/989, 19/12/2013, § 48; *Şahin Erol*, § 54.

77 Tespit edebildiğimiz kadarıyla "bariz takdir hatası" gerekçesine dayanarak verdiği ihlal kararları şunlardan ibarettir: *Kenan Özteriş*, §§ 64-65; *Şahin Erol*, §§ 75-76; *Askeri Karakaş*, B. No: 2014/19705, 30/6/2016, § 24; *Süleyman Bargın*, B. No: 2014/6096, 12/7/2016, §§ 23-24; *Mehmet Sıddık Güneşoğlu*, §§ 26-27; *Aydın Öner*, B. No: 2014/13415, 13/7/2016, §§ 25-26; *Mehmet Geçgel*, §§ 30-31.

78 Gökcan, H. T. (2018). s. 40.

79 Köküsarı, İ. (2021). "'Açık Keyfilik' ve 'Bariz Takdir Hatası' Nedeniyle Adil Yargılanma Hakkının İhlali Meselesi", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XXV., S. 2., s. 647; Gökcan, H. T. (2018). s. 40.

80 Taşdelen, O. (2016). "Çelişkili Yargı Kararlarının Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Değerlendirilmesi", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, S. 7., s. 996.

81 Köküsarı, İ. (2021). s. 648.

kendiliğinden bir temel hak ihlaline sebep olacak ağırlıkta olması gerekir[82]. Anayasa Mahkemesi de, bariz takdir hatası yönünde kararlar verirken, ilgili mahkeme tarafından yasanın olağan anlamından farklı olarak, öngörülemez bir biçimde yorumlanmasını ve ilgili mevzuatın sözüne ve amacına aykırı yorum yapılmasını dikkate almaktadır[83]. Mahkeme, ilk derece mahkemelerinin tespit ve kararlarının adaleti ve sağduyuyu hiçe sayan tarzda bariz bir takdir hatası içermesi ve bu durumun kendiliğinden bireysel başvuru kapsamındaki hak ve hürriyetleri ihlal etmiş olması durumlarını, kanun yolunda gözetilmesi gereken bir husus olarak görerek başvuruyu reddetmemekte ve incelemektedir[84].

Anayasa Mahkemesi *Kenan Özteriş* kararında, Askerî Yüksek İdare Mahkemesinin (AYİM) davada yaptığı yorumun 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu'nun 95. maddesinin açık hükmüne aykırılık teşkil ettiğini, olayda başvurucu hakkında verilen mahkûmiyetin ertelenmesinin sonuçları ile ilgili açık bir kanun hükmü bulunduğunu ve bu hükme verilecek "*olağan anlamın belli olduğu*" hâlde açık olan kanun hükmüne "*olağanın dışında farklı bir anlam*" vererek karar verdiği ve böylece kararın *öngörülemez* nitelikte olup *bariz takdir hatası* içerdiği gerekçesiyle Anayasanın 36. maddesinin ihlal edildiğine hükmetmiştir[85]. Anayasa Mahkemesi burada her ne kadar "bariz takdir hatası" gerekçesine dayanarak ihlal kararı verse de yukarıda açıklandığı üzere başvuruda 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu'nun 95. maddesinin açık hükmünün uygulanmaması söz konusu olduğundan bu bir "açık keyfîlik" durumudur[86]. Benzer şekilde Anayasa Mahkemesi *Mehmet Geçgel* kararında da, başvurucu hakkında hükmedilen cezanın ertelenmiş olması nedeniyle mahkûmiyet hükmü bulunmamasına rağmen mahkemenin gerçek bir mahkûmiyet varmış gibi değerlendirme yaparak başvurucunun tazminat talebini reddettiği kararının *bariz takdir hatası* içerdiği kanaatine ulaşmış ve başvurucunun *hakkaniyete uygun yargılanma hakkının* ihlal edildiği sonucuna varmıştır[87].

2. Açık Keyfîlik veya Bariz Takdir Hatası Hâllerinde Adil Yargılanma Hakkının İhlali

Bilindiği üzere adil yargılanma hakkı bireylere özellikle usule ilişkin birçok güvence sağlamaktadır. Adil yargılanma hakkının koruduğu bu güvencelere; mahkemeye erişim hakkının engellenmesi, davada çelişmeli yargılama

82 a.g.e. s. 647; Gökcan, H. T. (2018). s. 40.
83 İnceoğlu, S. (2018). *Adil Yargılanma Hakkı: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-4*, Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları, s. 236.
84 *Esat Rennan Pekünlü*, B. No: 2013/6401, 23/1/2014, § 26.
85 *Kenan Özteriş*, §§ 64-65; Bariz takdir hatası nedeniyle ihlal kararı verilen benzer yönde kararlar için bkz. *Şahin Erol*, §§ 75-76; *Askeri Karakaş*, § 24; *Süleyman Bargın*, §§ 23-24; *Mehmet Sıddık Güneşoğlu*, §§ 26-27; *Aydın Öner*, §§ 25-26; *Mehmet Geçgel*, §§ 30-31.
86 Köküsarı, İ. (2021). s. 648.
87 *Mehmet Geçgel*, §§ 30-31.

ilkesine uyulmaması, silahların eşitliğinin sağlanmaması, gerekçesiz karar hâlleri örnek verilebilir. Yukarıda Anayasa Mahkemesinin kanun yolunda gözetilmesi gereken hususları içerse bile açık keyfîlik veya bariz takdir hatası durumlarında kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda dahi inceleme yapma yetkisini kendisinde gördüğünden bahsettik. Anayasa Mahkemesi, "kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlar" ifadesini, adil yargılanma hakkı açısından "açık keyfîlik veya bariz takdir hatası" kriteri ile birlikte özel olarak anlamlandırmaya ve sınırlandırmaya çalışmaktadır[88]. Açık keyfîlik veya bariz takdir hatası şeklindeki hak ihlalleri, uygulamada daha çok adil yargılama hakkı ile ilişkili olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu nedenle burada Anayasa Mahkemesinin adil yargılanma hakkı açısından açık keyfîlik veya bariz takdir hatası meselesine nasıl yaklaştığı hususuna biraz daha yakından bakmakta fayda bulunmaktadır.

Adil yargılanma hakkı, diğer temel hak ve hürriyetlerden farklı olarak kişilere, mahkeme kararlarının doğru veya hatalı olup olmadığını denetlemeyi değil, hakkın kapsamına giren uyuşmazlıklar yönünden özellikle "usule ilişkin güvenceler" sağlamaktadır[89]. Yani adil yargılanma hakkı "dava sonucu" ile ilgili değil, daha çok "yargılama sürecinin ve usulünün" adil olup olmadığı ile ilgilidir[90]. AİHS'in 6. maddesinde geçen "hakkaniyet" kavramı başvurucular tarafından doğru anlaşılamadığı için davanın sonucunun adil/hakkaniyetli olmadığı gerekçesiyle AİHM ve Anayasa Mahkemesine çok sayıda başvuru yapılmaktadır. Gerçekten de Anayasa Mahkemesine yapılan bireysel başvuruların önemli bir kısmının, temel hak ve hürriyetlere ilişkin ihlal iddialarından çok, istinaf/temyiz aşamasındakine benzer olarak yargılamanın sonucuna ilişkin beklentilerle yapıldığı dikkat çekmektedir[91].

Anayasa Mahkemesi, *"başvuruculaların … uyuşmazlıklarda uygulanan, hukuk kurallarının açıkça keyfi veya hakkın tesliminden kaçınacak (adaleti hiçe sayacak) biçimde yorumlanması usule ilişkin güvenceleri anlamsız hale getireceğinden"* bahsederek adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini söylemektedir[92]. Mahkemeye göre, işte adil yargılama hakkı kapsamındaki usule ilişkin güvenceleri anlamsız hâle getiren bu çok istisnai hâllerin kendisinin, yargılamanın sonucuna ilişkin olsa dahi usule ilişkin bir güvenceye dönüşecektir. Dolayısıyla da Anayasa Mahkemesi, derece mahkemelerince yapılan değerlendirmelerin

88 Köküsarı, İ. (2021). s. 628.

89 Yıldırım, A. (2018). s. 854.

90 İnceoğlu, S. (2017). *Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Türkiye ve Latin Modelleri,* İstanbul: On İki Levha Yayınevi, s. 225; Erdoğan, M. (2019). *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu*, Ankara: Lykeion Yayınları, s. 393; *Yaşar Yılmaz*, § 45; *Alper Kurtuldu*, B. No 2013/8064, 26/2/2015, § 46.

91 Yıldırım, A. (2018). s. 854; Oder, B. E. (2013). "Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuruda İlk Evre/ Sınırlar, Sorunlar ve Yeni İçtihat", *Güncel Hukuk Dergisi*, S. 9., s. 19.

92 *M.B.* [GK], § 81.

"usule ilişkin güvenceleri anlamsız hâle getirip getirmediğinin" ve *"yargılamanın hakkaniyetini temelden sarsıp sarsmadığının"*[93] incelenmesinin, yargılamanın sonucunun değerlendirildiği anlamına gelmeyeceğini belirtmektedir. Anayasa Mahkemesi, derece mahkemelerinin delillerle ilgili değerlendirmelerine yalnızca *"açıkça keyfî ve adil yargılanma hakkı kapsamındaki usule ilişkin güvenceleri anlamsız hâle getiren bir uygulama"* durumu söz konusu ise müdahale edebilecektir"[94]. Buna göre, Anayasa Mahkemesi, bir maddi vakıa incelemesi kapsamında olan delillerin değerlendirilmesinde bariz hata veya açıkça keyfîlik durumu, adil yargılanma hakkı kapsamındaki usuli güvencelerin ihlaline neden oluyorsa bir kanun yolu incelemesi (maddi vakıa ve hukuka uygunluk) niteliğinde de olsa inceleme yapabilecektir.

Anayasa Mahkemesinin hukuka aykırı delile dayanıldığı iddiasına yönelik diğer ifadeyle açıkça keyfîlik içeren bir başvuruyu adil yargılanma hakkı kapsamında görerek incelediği bir kararı da şu şekildedir: *"Belirli bir davaya ilişkin olarak delilleri değerlendirme yetkisi kural olarak yargılamayı yürüten mahkemeye ait olmakla birlikte, somut olayda, koruma tedbiri niteliğindeki arama kararının icrasının hukuka aykırı şekilde gerçekleştirilmesi ile elde edilen delillerin tek ve belirleyici delil 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 başvurucunun Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına adil yargılanma hakkını ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir."*[95]. Buna göre, Anayasa Mahkemesi, maddi vakıa ve hukuka uygunluk incelemesi niteliğinde olmasına rağ-

93 Mahkemenin bu yönde verdiği *M.B.* [GK], kararı şu şekildedir: "*…ışığında değerlendirildiğinde başvurucunun avukatlık mesleğine kabul edilme şartlarını taşımadığı yolunda ulaşılan kanaatin, kanun hükmünün öngörülebilir olmayan genişletici yorumuna dayandığı sonucuna ulaşılmıştır. Bu yorum başvurucunun medeni hakkıyla ilgili olarak açılan davada* ***usule ilişkin güvenceleri anlamsız hale getirmiş*** *ve başvurucu aleyhine karar verilmesinde belirleyici olmuştur. Dolayısıyla bunların* ***bir bütün olarak yargılamanın hakkaniyetini zedelediği*** *kanaatine varılmıştır…Açıklanan gerekçelerle Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı kapsamındaki hakkaniyete uygun yargılanma hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşılmaktadır." M.B.* [GK], §§ 105-106.

94 *Ferhat Kara*, § 149. Anayasa Mahkemesinin adil yargılanma hakkı ile açıkça keyfilik arasındaki ilişkinin ortaya konulduğu, dolayısıyla da açıkça keyfilik bulunan hallerde buna ilişkin bir değerlendirmenin ancak istisnai hâllerde kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlar kapsamında değerlendirilemeyeceğine ilişkin benzer yönde bir kararı da şu şekildedir: *"Anayasa Mahkemesi derece mahkemelerinin delillerle ilgili değerlendirmelerine ancak açıkça keyfî ve adil yargılanma hakkı kapsamındaki usule ilişkin güvenceleri anlamsız hâle getiren bir uygulama varsa müdahale edebilecektir…Dolayısıyla…başvurucuyla telekomünikasyon yoluyla ve örgütsel haberleşme amacıyla iletişim kurulduğuna dair teknik analizlere konu edilen HTS kayıtlarının mahkûmiyet kararında tek veya belirleyici delil olarak kullanılması sonucunda açık bir keyfilik nedeniyle yargılamanın hakkaniyetinin temelden sarsılmadığı ve adil yargılanma hakkı kapsamındaki usule ilişkin güvencelerin anlamsız hâle geldiği çok istisnai bir durumun bulunmadığı değerlendirilmiştir… Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin tespitine ilişkin kayıtların mahkûmiyet kararında tek veya belirleyici delil olarak kullanılmasında adil yargılanma hakkına yönelik bir ihlalin bulunmadığının açık olduğu anlaşılmıştır…Açıklanan gerekçelerle başvurunun…açıkça dayanaktan yoksun olması nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir."*

95 *Yaşar Yılmaz*, § 59.

men yargılamayı yürüten derece mahkemesinin yetkisindeki hukuka aykırı gerçekleştirildiği iddiasıyla bir delil değerlendirmesine dair başvuruyu adil yargılanma hakkı açısından incelemiş ve hak ihlali kararı vermiştir. Mahkemeye göre; Anayasa Mahkemesinin görevi, belirli delil unsurlarının kanuna uygun şekilde elde edilip edilmediklerinin tespitinden ziyade, bu türden *"kanuna aykırılığın"* Anayasa'da korunan başka bir hakkın ihlali ile sonuçlanıp sonuçlanmadığını ve bu aykırılığın bir bütün olarak yargılamanın adil olup olmamasına etkisini incelemektir[96].

SONUÇ

Bireysel başvuru temel hak ihlallerini önlemede başvurulan ikincil nitelikte bir başvuru yoludur. Anayasamız da bireysel başvuru yolunun ikincilliği mantığından hareketle 148. maddesinin üçüncü fıkrasında "olağan kanun yollarının tüketilmiş olması" ile dördüncü fıkrasında da "Bireysel başvuruda kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamaz." şartlarını öngörmektedir. Anayasa Mahkemesi de aynı mantıktan hareketle bireysel başvuru incelemelerinde temel hak ve hürriyetlerin ihlal edildiği iddialarının öncelikle derece mahkemeleri önünde ileri sürülmesi, bu makamlar tarafından değerlendirilmesi ve bir çözüme kavuşturulması gerektiği, Anayasa Mahkemesine, bireysel başvuru ile ulaşılmak istenen amaca başka yollardan ulaşılamayacaksa başvurulması gerektiği yönünde kararlar vermektedir.

Anayasa'nın 148. maddesinin dördüncü fıkrası ile 6216 sayılı Kanun'un 49. maddesinin altıncı fıkrasında yer alan "Bireysel başvuruda kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamaz." ifadesindeki "kanun yolu" kavramı, hukuk sistemimizdeki olağan ve olağanüstü kanun yolları kavramlarının her ikisini de kapsamaktadır. Durum böyle olmakla birlikte uygulamada kanun yolu denildiğinde genellikle akla istisnai bir durum olan olağanüstü kanun yolları değil olağan kanun yolları gelmektedir.

Olağan-olağanüstü kanun yolu ayrımına göre bireysel başvuru yolunun kesinleşmemiş kararlara karşı başvurulan ve kararın kesinleşmesine engel olan olağan bir başvuru yolu olmadığı aşikârdır. Zira, olağan başvuru yollarının iki karakteristik özelliği olan aktarıcı ve erteleyici etki bireysel başvuru yolunda mevcut değildir. Ancak bizim de katıldığımız doktrindeki hâkim görüşe göre, bireysel başvuru yolu "olağanüstü bir kanun yolu" olarak da nitelendirilemez. Zira olağanüstü kanun yolu kesinleşmiş hükümlere karşı ***"bir yargı kolu içerisinde tanınan"*** bir kanun yoludur. Bireysel başvuru yolu, kesinleşmiş mahkeme kararlarına karşı bir yargı kolu içerisindeki başvuru yolu değil, kesinleşmiş mahkeme kararları hakkında ilgili yargı kolu dışında

96 *Yaşar Yılmaz*, § 46.

yer alan ve başlı başına ayrı bir yargı kolu olan anayasa yargısına başvuru imkânı sağlayan bir yoldur. Bu sebeple bireysel başvuru yolunu "olağandışı" bir başvuru yolu olarak görmekteyiz.

Bireysel başvuru yoluna başvurabilmek için tüketilmesi gereken olağan kanun yolları istinaf, temyiz ve ceza yargılaması için ayrıca itirazdır. İstinaf incelemesinde maddi vakıa ve hukuka uygunluk denetimi; temyiz incelemesinde ise yalnızca hukuka uygunluk denetimi yapılmaktadır. Bireysel başvurularda, Anayasanın hükmü gereğince olağan kanun yolu incelemesinde gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamayacaktır. "*Kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamaz."* ifadesini sırf lafzi olarak da ele almamak gerekir. Zira bu hüküm sırf lafzi anlamıyla uygulanacak olursa kanun yolunda gözetilmesi gereken her husus bireysel başvurunun kapsamında olamayacağı için, neredeyse bireysel başvuruya konu olabilecek hiçbir hak ihlali kalmayacaktır. O hâlde burada *"Kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamaz."* ifadesine, bir taraftan kanun yolunda gözetilmesi gereken bütün hususları ele alıp incelemek suretiyle Anayasa Mahkemesini diğer yargı organlarının bir çeşit "süper temyiz mercii" hâline gelmesini engelleyecek, diğer taraftan da bir hak ihlali karşısında bireysel başvuru yoluyla kişilerin temel hak ve hürriyetlerini güvence altına alacak bir anlam yüklememiz gerekmektedir.

Bireysel başvurunun menşe ülkesi olan Almanya'da Federal Alman Anayasa Mahkemesi, bireysel başvuru yoluyla önüne gelen olaylarda diğer yargı organlarının süper temyiz mercii hâline dönüşmemek, bununla birlikte bireysel başvuru konusu olayda da bir hak ihlali olup olmadığını tespit etmek, diğer ifade ile diğer yargı kolları karşısında Anayasanın kendisine tanıdığı yetkinin sınırını belirlemek üzere Heck formülü denen bir yöntemi kullanmaktadır. Heck formülü gereğince;(1) yöntemin belirlenmesi (muhakeme usulü), (2) maddi vakıanın (olgunun) tespit ve değerlendirilmesi, (3) kanunların yorumu ve somut olaya uygulanması, görevli ve yetkili derece mahkemelerin işi olup Federal Anayasa Mahkemesinin bu durumlarda denetim yapmaması gerekir.

Anayasa Mahkemesi de Federal Alman Anayasa Mahkemesinin uygulamış olduğu Heck formülüne benzer bir şekilde bireysel başvuruların esas bakımından denetiminde, (1) dava konusu yapılmış maddi olay ve olguların kanıtlanması, (2) delillerin değerlendirilmesi, (3) hukuk kurallarının yorumlanması ve uygulanması ve (4) derece mahkemelerince uyuşmazlıkla ilgili varılan sonucun esas yönünden adil olup olmaması hususlarının incelenemeyeceği şeklinde bir formül geliştirmiştir. Anayasa Mahkemesi, bu formül uyarınca kural olarak *"mahkemeler önünde dava konusu yapılmış maddi olay ve olguların kanıtlanması, delillerin değerlendirilmesi, hukuk kurallarının yorumlanması ve uygulanması ile uyuşmazlıkla ilgili varılan sonucun adil olup olmaması"*

hususlarını, *"kanun yolu şikâyeti"* niteliğinde görerek bu durumlarda kabul edilemezlik kararı vermektedir.

Kural olarak durum böyle olmakla birlikte Anayasa Mahkemesi, AİHM ve Federal Alman Anayasa Mahkemesinin uygulamasında da olduğu gibi kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamayacağına ilişkin geliştirmiş olduğu formülü mutlak olarak uygulamamaktadır. Mahkeme, bireysel başvuru kapsamındaki *"hak ve özgürlüklere müdahale teşkil eden, bariz takdir hatası veya açık bir keyfilik içeren tespit ve sonuçlar"* ve *"adil yargılanma hakkı kapsamındaki usule ilişkin güvenceleri anlamsız hâle getiren uygulamalar"* söz konusu olduğunda, bireysel başvuruları, kanun yolu şikâyeti niteliğinde görmeyerek kabul edilebilir bulmakta ve incelemektedir. Diğer ifadeyle Anayasa Mahkemesi, derece mahkemelerinin delillerle ilgili değerlendirmelerine ancak açıkça keyfî ve adil yargılanma hakkı kapsamındaki usule ilişkin güvenceleri anlamsız hâle getiren bir uygulama varsa müdahale etmektedir.

KAYNAKÇA

ALGAN, Bülent (2014). "Bireysel başvurularda 'Açıkça Dayanaktan Yoksunluk' Kriterinin Anayasa Mahkemesi tarafından Yorumu ve Uygulanması". *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* C. 63., S. 2., ss. 247-284.

ALİYEV, Cabir (2010). *Anayasa Şikayeti,* İstanbul: Beta Yayınevi.

ARSLAN, Ramazan, YILMAZ, Ejder, TAŞPINAR AYVAZ, Sema ve HANAĞASI, Emel (2022). *Medeni Usul Hukuku,* Ankara: Yetkin Yayıncılık.

AYDIN, Öykü Didem (2011). "Türk Anayasasında Yeni Bir Mekanizma: Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* C. 15., S. 4., ss. 121-170.

BULUT, Uğur (2022). *Medeni Usul Hukukunda Temyiz İncelemesinin Kapsamı ve Sınırları,* Ankara: Adalet Yayınları.

CENTEL, Nur ve ZAFER, Hamide (2014). *Ceza Muhakemesi Hukuku,* İstanbul: Beta Yayınevi.

ÇAĞLAYAN, Ramazan (2002). *İdari Yargıda Kanun Yolları,* Ankara: Seçkin Yayıncılık.

ÇAĞLAYAN, Ramazan (2022). *İdari Yargılama Hukuku,* Ankara: Seçkin Yayınevi.

ÇELİK, Yeşim (2016). *Türk Hukukunda Bireysel Başvuru ve Anayasa Mahkemesi Uygulaması,* Ankara: Adalet Yayınevi.

ÇINAR, Ali Rıza (2006). *Ceza Yargılamasında Temyiz Yolu,* Ankara: Turhan Kitabevi.

DÖNER, Ayhan (2023). *Türk Anayasa Hukuku,* Ankara: Yetkin Yayınevi.

DÖNER, Ayhan ve ÇELİK, Yeşim (2016). "Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuruyu İnceleme Aşamaları Ortaya Çıkan Sorunlar ve Sonuçları", *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, C. 9., ss. 275-294.

DÖNER, Ayhan ve ÇELİK, Yeşim (2022). *Anayasa Yargısı ve Bireysel Başvuru,* Erzincan: Doğu Ciltevi.

DÖNER, Ayhan (2019). *"Anayasa Mahkemesi"*, Aydemir, Efrail, Ruhi, Ahmet Cemal, Güleç Uçakhan, Sema, Bahadır, Çilem ve Dinç, Mutlu (Der.), *Hukuk Davaları, 1. Cilt* (ss. 467-576), Ankara: Seçkin Yayınevi.

ERDEM, Mustafa Ruhan (2010). *Ceza Muhakemesinde Yeni Bir Denetim Muhakemesi Yolu Olarak İstinaf,* Ankara: Seçkin Yayıncılık.

ERDOĞAN, Mustafa (2019). *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu*, Ankara: Lykeion Yayınları.

GÖKCAN, Hasan Tahsin (2018). "Bireysel Başvuruda İkincillik İlkesi ve Denetim Yetkisinin Sınırları Sorunu", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 135., ss. 9-76.

GÖZTEPE, Ece (1998). *Anayasa Şikayeti,* Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.

GÖZTEPE, Ece (2011). "Türkiye' de Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Hakkının (Anayasa Şikâyeti) 6216 sayılı Kanun Kapsamında Değerlendirilmesi", *TBBD*, S. 95., ss. 13-40.

GÖZÜBÜYÜK, Şeref Gözübüyük ve TAN, Turgut (2014). *İdare Hukuku Cilt II-İdari Yargılama Hukuku*, Ankara: Turhan Yayınevi.

GÜVEYİ, N. (2015). *Bireysel Başvuruda Kabul Edilebilirlik Aşaması*, İstanbul: On İki Levha Yayınevi.

HASSEMER, Winfried (2004). "Anayasa Şikayeti ve Buna İlişkin Sorunlar (Almanya' da Temel Hak Şikayeti Hakkında Rapor)", *AYD*, C. 21., ss. 164-178.

7/11/1982 Tarihli ve 2709 Sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Teklifinin Gerekçesi, http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss497.pdf (Erişim Tarihi: 28/9/2023)

İNCEOĞLU, Sibel (2017). *Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Türkiye ve Latin Modelleri,* İstanbul: On İki Levha Yayınevi.

İNCEOĞLU, Sibel (2018). *Adil Yargılanma Hakkı: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-4*, Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları.

KARAMAN, Ebru (2013), *Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru Yolu,* İstanbul: On İki Levha Yayınevi.

KATAYIFÇI, Derya Ece (2020). *Yargı Kararları Işığında Medeni Usul Hukukunda İstinaf,* Ankara: Seçkin Yayınevi.

KORKMAZ, Ramazan (2014). *Medeni Usul Hukuku Açısından Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru,* İstanbul: On İki Levha Yayınevi.

KÖKÜSARI, İsmail (2021). "'Açık Keyfilik' ve 'Bariz Takdir Hatası' Nedeniyle Adil Yargılanma Hakkının İhlali Meselesi", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XXV., S. 2., ss. 623-667.

KUNTER, Nurullah, YENİSEY, Feridun ve NUHOĞLU, Ayşe (2008). *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku,* İstanbul: Seçkin Yayıncılık.

KURU, Baki, ARSLAN, Ramazan ve YILMAZ, Ejder (2014). *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı,* Ankara: Yetkin Yayınları.

KÜÇÜK, Salim (2015), "Açıkça Dayanaktan Yoksunluk", içinde Turan Hüseyin ve Kaplan Recep (Edt.), *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Usulü ve Kabul Edilebilirlik Kriterleri*, Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları.

MELLINGHOF, Rudolf (2009), "Federal Almanya Cumhuriyet'inde Anayasa Şikayeti", *AYD*, C. 26., ss. 31-44.

ODER, Bertil Emrah (2013). "Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuruda İlk Evre/ Sınırlar, Sorunlar ve Yeni İçtihat", *Güncel Hukuk Dergisi*, S. 9.

ÖZBEK, Veli Özer (2006). *Ceza Muhakemesi Hukuku,* Ankara: Seçkin Yayıncılık.

ÖZEKES, Muhammet ve BORAN GÜNEYSU, Nilüfer (2021), *Deliller ve Hüküm Eksikliği Yönünden İstinaf İncelemesi ve Kararı,* İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.

ÖZEN, Mustafa, (2011). *Ceza Muhakemesi Hukukunda İtiraz Kanun Yolu,* Ankara: Adalet Yayınevi.

ÖZTEK, Selçuk (2021). *Türk Medeni Yargılama Hukukunda İstinaf ve Temyiz 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu m.341-m.373 Şerhi,* Ankara: Yetkin Yayınları.

ÖZTÜRK, Bahri, TEZCAN, Durmuş, ERDEM, Mustafa Ruhan, SIRMA, Özge, SAYGILAR KIRIT, Yasemin F., ALAN AKÇAN, Esra, ÖZAYDIN, Özdem ve ERDEM, Efsar (2013). *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

PEKCANITEZ, Hakan (1995). "Mukayeseli Hukukta Medeni Yargıda Verilen Kararlara Karşı Anayasa Şikayeti", *AYD*, C. 12., ss. 257-287.

PEKCANITEZ, Hakan, ÖZEKES, Muhammet, AKKAN, Mine ve TAŞ KORKMAZ, Hülya (2017). *Medeni Usul Hukuku- Cilt III,* İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.

SABUNCU, Yavuz ve ESEN ARNWINE, Selin (2004). "Türkiye İçin Anayasa Şikayeti Modeli Türkiye'de Bireysel Başvuru Yolu", *AYD*, C. 21., ss. 229-246.

SAĞLAM, Fazıl (2011). Anayasa Şikâyetini Bekleyen Sorunlar, içinde *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru (Anayasa Şikayeti / Anlamı, Kapsamı ve Olası Sorunlar)* (ss. 20-30), Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları.

SAĞLAM, Fazıl (2013). *Anayasa Hukuku Ders Notları*, Lefkoşa: Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.

TAŞDELEN, O. (2016). "Çelişkili Yargı Kararlarının Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Değerlendirilmesi", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, S. 7., ss. 987-1024.

UZUN, Cem Duran (2012). *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Yolu (Anayasa Şikayeti), Beklentiler ve Riskler*, Ankara: SETA.

ÜNVER, Yener ve HAKERİ, Hakan (2018). *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara: Adalet Yayınevi.

YAVAŞ, Murat (2015). *Medeni Usul Hukukunda Temyiz*, Ankara: Seçkin Yayınevi.

YAYLA MERAKLI, Deniz (2014). *Medeni Usul Hukuku'nda İstinaf Kanun Yolunda Yeniden Tahkikat Yapılması*, Ankara: Yetkin Yayınları.

YENİSEY, Feridun (1998). *Duruşma ve Kanun Yolları*, İstanbul: Beta Yayınevi.

YILDIRIM, Akif (2018). "Ceza Mahkemesi Kararlarına Karşı Yapılan Bireysel Başvurularda 'Kanun Yollarında Da Gözetilen Hususlarda' Anayasa Mahkemesinin Denetim Yetkisi Var Mı?", *Yargıtay Dergisi*, C. 44., S. 3., ss. 847-892.

YILMAZOĞLU, Yunus Emre ve PERDECİOĞLU, İsmail Emrah (2019). *Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, (Gerekçeli)*, Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları.

MAHKEME KARARLARI

Şaban Gören, B. No: 2018/23456, 6/9/2023.

Tekin Bozkurt, B. No: 2019/10118, 6/9/2023.

Zübeyde Füsun Üstel ve diğerleri [GK], B. No: 2018/17635, 26/7/2019.

Erdinç Engin, B. No: 2012/695, 12/2/2013.

Necati Gündüz ve Recep Gündüz, B. No: 2012/1027, 12/2/2013.

Ayşe Zıraman ve Cennet Yeşilyurt, B. No: 2012/403, 26/3/2013.

Günay Özal ve diğerleri, B. No: 2013/1281, 16/5/2013.

İhsan Vurucuoğlu, B. No: 2013/539, 16/5/2013.

Ahmet Sağlam, B. No: 2013/3351, 18/9/2013.

Naci Karakoç, B. No: 2013/2767, 2/10/2013.

Onur Gür, B. No: 2012/828, 21/11/2013.

Kenan Özteriş, B. No: 2012/989, 19/12/2013.

Esat Rennan Pekünlü, B. No: 2013/6401, 23/1/2014.

Yaşar Yılmaz, B. No: 2013/6183, 19/11/2014.

Abdulatif Akgül, B. No: 2014/10531, 30/12/2014.

Alper Kurtuldu, B. No: 2013/8064, 26/2/2015.

Şahin Erol, B. No: 2013/2539, 7/7/2015.

Askeri Karakaş, B. No: 2014/19705, 30/6/2016.

Süleyman Bargın, B. No: 2014/6096, 12/7/2016.

Mehmet Sıddık Güneşoğlu, B. No: 2014/7571, 12/7/2016.

Aydın Öner, B. No: 2014/13415, 13/7/2016.

Sabahat Beğik ve diğerleri [GK], B. No: 2014/3738, 21/12/2017.

Orhan Kılıç [GK], B. No: 2014/4704, 1/2/2018.

Şahin Alpay (2) [GK], B. No: 2018/3007, 15/3/2018.

Mehmet Geçgel, B. No: 2014/4187, 18/4/2019.

Ferhat Kara [GK], B. No: 2018/15231, 4/6/2020.

Nurettin Deniz, B. No: 2018/17707, 21/7/2020.

M.B. [GK], B. No: 2018/37392, 23/7/2020.

Münever Akyol, B. No: 2020/11338, 9/2/2023.

Çevik Bir, B. No: 2021/31595, 19/7/2023.

Mehmet Yaşar Fazlıoğlu, B. No: 2021/4651, 19/7/2023.

Enis Bulut, B. No: 2020/31462, 5/10/2023.

BVerfGE 1, 418. 420

BVerfGE 18, 85, 92.

Prof. Dr. Selami DEMİRKOL
(Danıştay Emekli Üyesi, İstanbul Bilgi Üniversitesi Öğretim Üyesi)

MAHKEMEYE ERİŞİM HAKKININ, DANIŞTAY İÇTİHATLARI BİRLEŞTİRME KURULU KARARI İLE SOMUTLAŞMASI

ÖZET

213 sayılı Yasa, vergi idaresinin vergilendirme konularında referans yasası olup vergi mahkemesi hâkiminin yargılamada referans yasası ise Anayasa ve özellikle 2577 sayılı Yasa olmalıdır.

Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulunun 2019/1 karar sayılı kararında çoğunluk görüşünde, örtülü olarak 2577 sayılı Yasa'nın yargılamanın usul ve referans yasası olduğuna dikkat çekilmiştir.

Bunun okuması, vergi mahkemesi hâkiminin mahkeme ve yargılama gerekliliklerini bilmesi ve bilmekle kalmayıp kullanması, kullanabilmesi olmalıdır.

Vergi mahkemesi hâkimi, artık dünün vergi idaresinin itiraz veya temyiz komisyonu üyesi veya denetleyeni değildir. Vergi Mahkemesi hâkimi, vergi idaresinin vergilendirme uygulamasını-işlemini yargılamaya tabi tutan, yargılama usul ve gerekliliklerini bilen ve titizlikle uygulayan olmalıdır.

Vergi idaresine defter ve belgelerini ibraz edemeyen kişi, vergi idaresi nezdinde mükelleftir.

Vergi mahkemesine konuyu taşımış olan kişi ise artık mükellef değildir, vergi mahkemesi nezdinde davacıdır, yargısal güvence arayandır.

Defter ve belgelerin mücbir sebep olmaksızın ibraz edilmemesi veya ibraz edilememesi fiillerinin karşılığı olarak 213 sayılı Yasa, özel usulsüzlük cezası öngörmüş ve mükellef de bu fiili işlemiş olduğundan cezasını ödemekle yükümlüdür ve yükümlü de tutulmalıdır.

Vergi inceleme elemanına defter ve belgelerini ibraz edemeyen veya ibraz etmeyen mükellef açısından vergi idaresi ve özellikle vergi inceleme elemanı, taraftır ve nihayetinde karşı taraftır.

Ancak vergi mahkemesi hâkimi taraf değildir, tarafsızdır ve yargısal güvenle güvence vermektedir.

Mahkemeye erişim hakkı bağlamında, vergi mahkemesinde hakkaniyete uygun yargılama gerçekleştirilmelidir. Silahların eşitliği ve çelişmeli yargılanma hakkı da bu çerçevede önemlidir ve vergi mahkemesi hâkimleri bunu mutlaka özümseyerek titizlikle uygulayıcısı olmalıdırlar.

İşte Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu kararı, bunları öğretme ve bilinir kılma bağlamında eğitici ve bağlayıcı bir karardır.

Anahtar Kelimeler: Mahkemeye erişim hakkı, çelişmeli yargılama, Danıştay içtihat kararı K.2019/1, defter ve belgelerin ibraz edilmemesi, vergi mahkemesi hâkimi.

THE MATERIALIZATION OF THE RIGHT OF ACCESS TO THE COURT THROUGH THE DECISION OF COUNCIL OF STATE BOARD OF THE UNIFICATION OF CASE-LAW

ABSTRACT

The Law no. 213 is the reference law of the tax administration on taxation issues, and the reference law of the tax-court judge should be the Constitution and especially the Law no. 2577.

In the majority opinion of the decision no. 2019/1 of the Council of State, Board of the Unification of Case-law, it was implicitly pointed out that the Law no. 2577 is the procedural and reference law of the proceedings.

This could be construed to the effect that the tax-court judge should not only know the court and trial requirements but also apply and be able to apply them in practice.

The tax-court judge is no longer an already-appointed member or auditor of objection or appeal committee of tax administration. The tax-court judge should be the one who makes the taxation practice/process of the tax administration subject to the trial, knows and meticulously applies the procedures and requirements of the trial.

The person who cannot submit his/her books and documents to the tax administration is a taxpayer before the tax administration.

The person who has brought the matter to the tax court is no longer a taxpayer, he/she is a plaintiff before the tax court, seeking judicial assurance.

The Law no. 213 imposes a special irregularity penalty for the failure to submit or non-submission of the books and documents in the absence of any compelling reason. In such case, the taxpayer is liable, and should be held liable, to pay the penalty.

For the taxpayer who cannot or does not submit his/her books and documents to the tax inspector, the tax administration, and especially the tax inspector, is the party and ultimately the other party.

However, the tax-court judge is not a party to the proceedings, they are impartial and offer assurances through judicial security.

In the context of the right of access to court, a fair trial must be conducted by the tax court. Equality of arms and the right to an adversarial trial are also important in this context, and tax-court judges must embrace and meticulously implement these principles.

In this sense, decisions of the Council of State, Board of the Unification of Case-law is of enlightening and binding nature for making such principles and rights known.

Key Words: Right of access to court, adversarial trial, decision of the Council of State no: 2019/1, non-submission of books and documents, tax-court judge.

KISALTMALAR

AİHK : Avrupa İnsan Hakları Komisyonu
AİHM : Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS : Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
B. : Başvuru
bkz. : Bakınız
No. : Numarası
R.G. : Resmî Gazete

GİRİŞ-BAŞLARKEN

Anayasa'nın "Hak arama hürriyeti" başlığı altında düzenlenmiş olan 36. maddesinde "adil yargılanma hakkı"na, Anayasa düzeyinde **genel bir ifadeyle** yer verilmiştir. Bununla birlikte Anayasa'nın diğer maddelerinde de adil yargılanma hakkına yönelik diğer alt ayrıntı hak ve ilkelere yer verilmiş olduğunu da belirtebiliriz.

Ancak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) "Adil yargılanma hakkı" başlıklı 6. maddesinde ise bu hakkın içeriği, **ayrıntılı ve özel olarak** belirlenmiştir. Bu başlık içerisinde adil yargılanma hakkı kapsamında diğer hak ve ilkelere fıkralar hâlinde önemle yer verilmiş olduğunu görmekteyiz.

"Mahkemeye erişim hakkı" Anayasa'da doğrudan yer almasa da anayasal bir hak olduğu kabul edilmelidir. 36. madde kuralından, bu hakkı da anlayabileceğimiz gibi Anayasa'nın adil yargılanma hakkı bağlamında diğer madde kurallarından da çıkarabiliriz.

AİHS'in 6. maddesinin birinci fıkrasının ilk cümlesinde, oldukça belirgin olarak mahkemeye erişim hakkı işlenmiştir. Yetinilmemiş, erişilecek mahkemenin olması gereken nitelikleri de yazılmıştır.

Bu çerçevede, idari yargının bünyesinde yer alan ve oldukça önemli bir işleve sahip bulunan vergi mahkemelerinin yargılamasına konu uyuşmazlıklardan olan "vergi yükümlülerinin yasa ile öngörülen süre içerisinde defter ve belgelerini vergi inceleme elemanlarına ibraz etmemeleri" sonucu katma değer vergisi indirimlerinin kabul edilmemesi suretiyle yapılan cezalı katma değer vergisi tarhiyatlarının kaldırılması istemli davalarda, defter ve belgelerin vergi mahkemesine ibraz edilmesinin mahkemeye erişim hakkı kapsamında değerlendirilmesi gerektiğine dair bu çalışmanın içeriği oluşturulmuştur.

213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun vergi inceleme elamanının ve vergilendirme sürecinde vergi idaresinin referans yasası olduğunu belirtirken 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun ise vergi mahkemesi hâkiminin referans yasası olduğunu vurgulamak isterim.

Vergi inceleme elemanına defter ve belgelerin ibraz edilmemesi konusunda oluşan uyuşmazlık, vergi idaresince 213 sayılı Yasa kuralları çerçevesinde çözüme kavuşturulacakken vergi mahkemesine konunun intikal etmiş olması aşamasında ise uyuşmazlık usulü güvenceler boyutuyla artık Anayasa ve 2577 sayılı Yasa kuralları çerçevesinde mahkemeye erişim hakkı ve adil yargılanma garantisi sağlanarak gerçekleştirilecektir.

Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulunun 8/2/2019 tarihli ve E.2013/3,K.2019/1 sayılı kararı[1], olması gereken bu yasal zeminin uygulamaya geçirilmesine ciddi bir katkı sunmuş ve görünenin arka planı, gözler önüne serilmiştir.

1 25 Temmuz 2019 tarih ve 30842 sayılı R.G.

Benim de katılmış olduğum kurul görüşmesinde tartışılan; vergi mahkemesi hâkiminin referans yasasının hangisi olduğu ve bir adım ilerisi, hangisinin olması gerektiği konusudur.

Çalışmamı bu girişle temellendirerek belirtmiş olduğum kurul tartışmasının içeriğinin dayanak bulduğu hukuki düzenlemeleri birinci bölümde vereceğim.

İkinci bölümde ise vergilendirme ile ilgili usul ve yaklaşımları aktaracağım.

Sonrasında ise adil yargılanma hakkı ve konumuz özelinde, mahkemeye erişim hakkının ne olduğunun kapsam ve ayrıntılarını ifade edeceğim.

I. HUKUKİ DÜZENLEMELER, ÇERÇEVE NORMLAR

"Mahkemeye erişim hakkı" veya diğer bir deyişle "herkesin davasını yasa ile kurulmuş olan, tarafsız ve bağımsız bir mahkemeye tartıştırabilme hakkı", hatta daha açık bir ifade ile "yargısal güvence" gereklilikleri, Anayasa'mızda bu ve benzeri nitelendirmeler ile yer almaktadır.

Anayasa kurallarından konumuz ile ilgili olanlarından mahkemeye erişim hakkının dolaylı da olsa anayasal düzeyde tanınmış olduğunu rahatlıkla söyleyebiliriz.

Nitekim "Hak arama hürriyeti" başlıklı 36. maddesinde "*Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle* ***yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına*** *sahiptir.*

Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamaz." kuralı öngörülmüştür.

Mahkemeye erişim hakkının kapsamında bulunduğu "adil yargılanma" ibaresi de 3/10/2001 tarihli ve 4709 sayılı Kanun'un 14'üncü maddesiyle Anayasa'nın aktardığımız 36. maddesinin birinci fıkrasına "savunma" ibaresinden sonra gelmek üzere eklenmiştir.

Anayasa'nın 36. maddesine "adil yargılanma" ibaresinin eklenmesine ilişkin gerekçede, Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerde de güvence altına alınan adil yargılanma hakkının madde metnine dâhil edildiği vurgulanmıştır[2]. Nitekim AİHS'in 6. maddesinin birinci fıkrası hakkaniyete uygun yargılanma hakkının kapsamına çelişmeli yargılama, silahların eşitliği ve gerekçeli karar hakkının da dâhil olduğunu AİHM birçok kararında

2 *Salih Savran*, B. No: 22018/12600, 28/1/2021, § 30. Ayrıca bkz. *Mehmet Fidan*, B. No: 2014/14673, 20/9/2017, § 37.

vurgulamıştır. Dolayısıyla Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının hakkaniyete uygunluk çerçevesinde mahkemeye erişim hakkı güvencesini de kapsadığının kabul edilmesi gerekmektedir[3]. Anayasa ile güvence altına alınan hak arama özgürlüğü, bir temel hak olmanın yanında diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmayı ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden biri olmaktadır[4]. Bu bakımdan davanın bir mahkeme tarafından görülebilmesi ve kişinin adil yargılanma hakkı kapsamına giren güvencelerden faydalanabilmesi için ilk olarak kişiye iddialarını ortaya koyma imkanının tanınması gerekir[5].

Anayasadaki kurallardan çıkarsama ve yorum yöntemiyle var olduğunu kabul ettiğimiz mahkemeye erişim hakkı, AİHS'in 6. maddesinin birinci fıkrasında oldukça belirgin bir ifade ile yazılmıştır.

AİHS'in "Adil yargılanma" başlıklı 6. maddesinin birinci fıkrasında "*Herkes davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan,* ***yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından****, kamuya açık olarak ve makul bir süre içinde* ***görülmesini isteme hakkına sahiptir.*** *Karar alenî olarak verilir. Ancak, demokratik bir toplum içinde ahlak, kamu düzeni veya ulusal güvenlik yararına, küçüklerin çıkarları veya bir davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliği gerektirdiğinde veyahut, aleniyetin adil yargılamaya zarar verebileceği kimi özel durumlarda ve mahkemece bunun kaçınılmaz olarak değerlendirildiği ölçüde, duruşma salonu tüm dava süresince veya kısmen basına ve dinleyicilere kapatılabilir*." kuralı yer almaktadır.

Görüleceği üzere mahkemeye erişim, davanın mahkemeye tartıştırılabilmesi, uyuşmazlığın mahkemece görülmesi, bir hak olarak öngörülmüş ve devam eden kurallarda da mahkemelerin yargılama usulü ve yine usulî güvenceler yer almıştır.

Denilebilir ki bir uyuşmazlık oluştuğunda, idari prosedürler tamamlandığı hâlde çözüme kavuşmamış ise mahkeme önüne taşınması ve mahkemeden de ayrıntılı olarak usulî tüm güvenceler sağlanarak incelenip, bir sonuca varılıp hüküm kurulmasını beklemek hak olarak tanınmıştır.

Bu çerçevede çalışmamızın içeriğini somutlaştırmak için Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu (içtihat kararı) kararına konu uyuşmazlıktan yola çıkılarak yorumlamaya muhtaç ilgili mevzuatı aktaracak olursak;

3 *Abdullah Topçu*, B. No: 2014/8868, 19/4/2017, § 75. Ayrıca bkz., *NKT Teknoloji Dağıtım Ticaret Ltd. Şti.*, B. No: 2018/26844, 24/2/2021, §§ 26 ve 34.

4 *Abdullah Kaya ve Diğerleri*, B. No: 2017/26740, 16/12/2020, § 50.

5 *Mohammed Aynosah*, B. No: 2013/8896, 23/2/2016, § 33. Ayrıca bkz., *İdris Ertaş*, B. No: 2018/21949, 20/5/2021 §§ 52-53.

A. VERGİ İDARESİNİN REFERANS ALDIĞI HUKUKİ DÜZENLEMELER

1. 213 sayılı Vergi Usul Kanunu;

a. 3. madde:

"Vergi Kanunlarının uygulanması ve ispat" başlıklı 3. maddesinde,

"A) Vergi kanunlarının uygulanması: Bu Kanunda kullanılan "Vergi Kanunu" tabiri işbu Kanun ile bu Kanun hükümlerine tabi vergi, resim ve harç kanunlarını ifade eder. Vergi kanunları lafzı ve ruhu ile hüküm ifade eder. Lafzın açık olmadığı hallerde vergi kanunlarının hükümleri, konuluşundaki maksat, hükümlerin kanunun yapısındaki yeri ve diğer maddelerle olan bağlantısı göz önünde tutularak uygulanır.

B) İspat: Vergilendirmede vergiyi doğuran olay ve bu olaya, ilişkin muamelelerin gerçek mahiyeti esastır. ***Vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin muamelelerin gerçek***

mahiyeti yemin hariç her türlü delille ispatlanabilir*. Şu kadar ki, vergiyi doğuran olayla ilgisi tabii ve açık bulunmayan şahit ifadesi ispatlama vasıtası olarak kullanılamaz. İktisadi, ticari ve teknik icaplara uymayan veya olayın özelliğine göre normal ve mutat olmayan bir durumun iddia olunması halinde ispat külfeti bunu iddia eden tarafa aittir."* kuralı yer almıştır.

b. 13. madde:

"Mücbir sebepler" başlıklı 13. maddesinde,

"Mücbir sebepler: 1. Vergi ödevlerinden herhangi birinin yerine getirilmesine engel olacak derecede ağır kaza, ağır hastalık ve tutukluluk;

2. Vergi ödevlerinin yerine getirilmesine engel olacak yangın, yer sarsıntısı ve su basması gibi afetler;

3. Kişinin iradesi dışında vukua gelen mecburi gaybubetler;

4. Sahibinin iradesi dışındaki sebepler dolayısıyla defter ve vesikalarının elinden çıkmış bulunması; gibi hallerdir." kuralı öngörülmüştür.

c. 30. madde:

"Re'sen vergi tarhı" başlıklı 30. maddesinde "Resen vergi tarhı, vergi matrahının tamamen veya kısmen, defter, kayıt ve belgelere veya kanuni ölçülere dayanılarak tespitine imkân bulunmayan hallerde takdir komisyonları tarafından takdir edilen veya vergi incelemesi yapmaya yetkili olanlarca düzenlenmiş vergi inceleme raporlarında belirtilen matrah veya matrah kısmı üzerinden vergi tarh olunmasıdır.

İnceleme raporunda bu maddeye göre belirlenen matrah veya matrah farkı resen takdir olunmuş sayılır.

Aşağıdaki hallerden herhangi birinin bulunması durumunda, vergi matrahının tamamen veya kısmen, defter, kayıt ve belgelere veya kanuni ölçülere dayanılarak tespitinin mümkün olmadığı kabul edilir." denilerek üçüncü fıkrasında;

Bu kanuna göre tutulması mecburi olan defterlerin hepsi veya bir kısmı **vergi incelenmesi yapmaya yetkili olanlara herhangi bir sebeple ibraz edilmezse** bu durumun resen tarh nedeni olduğu belirtilmiştir.

d. 256. madde:

"Defter ve belgelerle diğer kayıtların ibraz mecburiyeti" başlıklı 256. maddesinde "*Geçen maddelerde yazılı gerçek ve tüzel kişiler ile mükerrer 257 nci madde ile getirilen zorunluluklara tabi olanlar, muhafaza etmek zorunda oldukları her türlü defter, belge ve karneler ile vermek zorunda bulundukları bilgilere ilişkin mikro fiş, mikro film, manyetik teyp, disket ve benzeri ortamlardaki kayıtlarını ve bu kayıtlara erişim veya kayıtları okunabilir hale getirmek için gerekli tüm bilgi ve şifreleri muhafaza süresi içerisinde yetkili makam ve memurların talebi üzerine ibraz ve inceleme için arz etmek zorundadırlar.*" kuralı öngörülmüştür.

e. Mükerrer 355. madde:

213 sayılı Yasa'nın mükerrer 355. maddesinde de "*Bu Kanunun 86,148,149,150, mükerrer 242, 256 ve 257 nci maddelerinde yer alan zorunluluklar ile mükerrer 257 nci maddesi ve Gelir Vergisi Kanununun 98/A maddesi uyarınca getirilen zorunluluklara uymayan (Kamu idare ve müesseselerinde bilgi verme görevini yerine getirmeyen yöneticiler dâhil); (3) (5) 1. Birinci sınıf tüccarlar ile serbest meslek erbabı hakkında 1.000 (7.500 TL)Türk Lirası, 2. İkinci sınıf tüccarlar, defter tutan çiftçiler ile kazancı basit usulde tespit edilenler hakkında 500 (3.700 TL) Türk Lirası, 3. Yukarıdaki bentlerde yazılı bulunanlar dışında kalanlar hakkında 250 (1.900 TL) Türk Lirası, Özel usulsüzlük cezası kesilir.*" denilerek özel usulsüzlük cezalarının miktarı yıllar itibarıyla arttırılmıştır.

2. 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu;

a. 29. madde:

"Vergi indirimi" başlıklı 29. maddesinde, mükelleflerin yaptıkları vergiye tabi işlemler üzerinden hesaplanan katma değer vergisinden, bu Kanun'da aksine hüküm olmadıkça, faaliyetlerine ilişkin olarak kendilerine yapılan teslim ve hizmetler dolayısıyla hesaplanarak düzenlenen fatura ve benzeri vesikalarda gösterilen katma değer vergisini indirebilecekleri belirlenmiştir.

b. 34. madde:

"*İndirimin belgelendirilmesi" başlıklı 34. maddesinde "1. Yurt içinden sağlanan veya ithal olunan mal ve hizmetlere ait Katma Değer Vergisi, alış faturası veya benzeri vesikalar ve gümrük makbuzu üzerinden ayrıca gösterilmek ve bu vesikalar kanuni*

defterlere kaydedilmek şartıyla indirilebilir. 2. Katma Değer Vergisinin fatura ve benzeri vesikalarda ayrıca gösterilmesine gerek görülmeyen işlemlerde Vergi indiriminin nasıl belgelendirileceği Maliye ve Gümrük Bakanlığınca tespit olunur." kuralına yer verilmiştir.

B. VERGİ YARGISININ REFERANS ALDIĞI HUKUKİ DÜZENLEMELER

1. Anayasa;

a. 13. madde:

Anayasa'nın "Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması" başlıklı 13. maddesinde, "*Temel hak ve hürriyetler ,… yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir.*" kuralı, "Yargı yolu" başlıklı 125. maddesinde ise "*İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır.*" kuralı yer almıştır.

2. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu;

b. 2. madde:

"İdari dava türleri ve idari yargı yetkisinin sınırı" başlıklı 2. maddesinde;

"*İdari dava türleri şunlardır:*

a) İdarî işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlâl edilenler tarafından açılan iptal davaları,

b) İdari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar tarafından açılan tam yargı davaları,

c) Tahkim yolu öngörülen imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar hariç, kamu hizmetlerinden birinin yürütülmesi için yapılan her türlü idari sözleşmelerden dolayı taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklara ilişkin davalar.

2. İdari yargı yetkisi, idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlıdır." kuralı öngörülmüştür.

Bunun anlamı, idari mahkemelerden olan vergi mahkemelerinin yargılama yetkisinin hukuka uygunluk denetimi ile sınırlı olacağı ve vergisel bir uyuşmazlığın vergi mahkemesi önüne taşınmış olması durumunda vergi idaresinden ziyade vergi mahkemesi hâkiminin yargısal güvence sağlayarak yargıladığı cezalı tarhiyatın hukuka uygun olup olmadığını irdelemek ve artık davacı konumunda bulunan vergi yükümlüsüne usulî güvenceleri tanımaktır.

c. 20. madde.

"Dosyaların incelenmesi" başlıklı 20. maddesinde;

"*Danıştay, bölge idare mahkemeleri ile idare ve vergi mahkemeleri, bakmakta oldukları davalara ait her türlü incelemeyi kendiliğinden yapar. Mahkemeler belirlenen süre içinde lüzum gördükleri evrakın gönderilmesini ve her türlü bilgilerin verilmesini taraflardan ve ilgili diğer yerlerden isteyebilirler.*" kuralı yer almıştır.

II. VERGİ İDARESİNİN VERGİLENDİRME, VERGİ YARGISININ İSE YARGILAMA GEREKLİLİKLERİ

A. VERGİ İDARESİNİN İDARİ USUL UYGULAMALARI

Yukarıda belirtildiği üzere 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu'nun 29. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kuralı uyarınca, mükelleflerin yaptıkları vergiye tabi işlemleri üzerinden hesaplanan katma değer vergisinden, kanunda aksine hüküm olmadıkça, faaliyetlerine ilişkin olarak kendilerine yapılan teslim ve hizmetler dolayısıyla hesaplanarak düzenlenen fatura ve benzeri vesikalarda gösterilen katma değer vergisini indirebilecekleri öngörüldüğünden ve yine aynı Kanun'un 34. maddesinin birinci bendinde yer verilen kuralda da yurt içinden sağlanan veya ithal olunan mal ve hizmetlere ait katma değer vergisinin, alış faturası veya benzeri vesikalar ve gümrük makbuzu üzerine ayrıca gösterilmek ve bu vesikalar yasal defterlere kaydedilmek koşuluyla indirilebileceği belirlenmiştir.

Nitekim bu kurallar uyarınca, emtia veya hizmet alımını temsil eden fatura veya fatura yerine geçen belgenin yasal defterlere usulüne uygun olarak kaydedilmesi ve bu belgelerde katma değer vergisinin ayrıca gösterilmesi, katma değer vergisi indirimi yapılabilmesinin ön koşulu olarak getirilmiştir.

İşte bu koşulların varlığı ise yasa kuralı ile zorunlu kılındığı üzere defter ve belgelerin vergi idaresine-vergi inceleme elemanına ibraz edilmesi ve incelenmesidir.

Mal teslimi veya hizmet ifası sonucu yapılan teslim ve hizmetler dolayısıyla hesaplanarak bu teslim ve ifalar nedeniyle düzenlenen fatura ve benzeri belgelerde gösterilen katma değer vergisinin indirime konu yapılmasına bu şekilde imkân tanınmaktadır.

Denilebilir ki gerçekten yapılmış hizmet ifasına ve mal teslimine dayanmaksızın düzenlenen faturalarda gösterilen katma değer vergisinin indirimi mümkün olmadığı gibi vergi idaresince de bu, kabul edilmeyecektir.

Bunlardan çıkarılabileceği gibi belgelendirme koşulunun aranması, indirim konusu yapılan verginin gerçekten yapılmış bir mal teslimine veya

hizmet ifasına dayanıp dayanmadığının tespiti olmaktadır. Nitekim bu koşul uyarınca vergi idaresi-vergi inceleme elemanı tarafından mükelleflerden yasal defter ve belgelerini ibraz etmeleri istenmekte ve sonrasında 213 sayılı Yasa'nın ilgili maddeleri uyarınca incelenmesi yoluna girilmektedir.

Bu bağlamda 213 sayılı Yasa'nın 227. maddesinin birinci fıkrası, mükelleflerin üçüncü şahıslarla olan ilişki ve işlemlerine ait kayıtların belgelenmesinin zorunlu olduğunu, 171. maddesi ise vergi uygulaması bakımından yasal defterlerin mükelleflerin vergi ile ilgili servet, sermaye ve hesap durumlarıyla, vergi karşısındaki durumunu hesap üzerinden denetlemek ve incelemek, bu hesap ve kayıtları yardımıyla üçüncü şahısların vergi karşısındaki durumunu denetlemek ve incelemek amacını sağlayacak şekilde tutulmasını düzenlemiştir.

Ayrıca aynı Yasa'nın 256. maddesinde, saklanması zorunlu her türlü defter ve belgelerin muhafaza süresi içinde yetkili makam ve memurların talebi üzerine ibraz ve incelemeye sunmaya mecbur tutulan vergi mükelleflerince haklı bir neden olmaksızın yerine getirilmemesi, vergi idaresinin denetiminden kaçınmak ve gizlenmek istenen durumların karşıt inceleme yoluyla ortaya çıkarılmasını da önlemek anlamını taşıyacağı sonucunu ortaya çıkarmaktadır.

Defter ve belgelerin vergi idaresine incelemeye ibraz edilmemesi sonucu bu belgelerin ne biçimsel yönden ne de kapsadığı emtia alışının gerçekliği yönünden incelenmesine olanak tanınmamış olacaktır. Bu nedenle vergi idaresince indirim konusu vergilerin alış belgelerinde ayrıca gösterildiğini ve defterlere usulüne uygun olarak kaydedildiğini defter ve belgeleriyle kanıtlayamayan mükellefler adına 3065 sayılı Kanun'un 34. maddesindeki ön koşulların varlığının kanıtlanmamasından dolayı katma değer vergisi indirimleri kabul edilmeyerek cezalı tarhiyatlar yapılmaktadır.

Katma Değer Vergisi Kanunu'nun 34. maddesinde öngörülen ön koşulun varlığı, yargı yerine ibraz edilen defter kayıtları ve alış belgelerinden saptanabileceği hâlde beyannamede indirim konusu yapılan söz konusu verginin gösterildiği belgelerin gerçekten yapılmış bir teslime dayanıp dayanmadığı, dolayısıyla yüklenilmiş bir vergi olup olmadığı hususu 213 sayılı Yasa'nın ilgili kuralları (Yukarıda belirtilmiştir.) uyarınca aynı Kanun'da vergi idaresine tanınmış denetim yetkisi ve teknikleri ile ortaya çıkarılabilecek nitelik taşımaktadır.

Bu anlatılanlardan çıkarılabileceği gibi vergi idaresi, katma değer vergisi indirimlerinin kabul edilme meselesinde 213 sayılı Yasa kuralları uyarınca belgelendirilmesi koşulunu aramaktadır. Bunun için de vergi inceleme elemanlarının mükelleflerden defter ve belgelerini ibraz etmelerini istemeleri ve mükelleflerin de ibraz etmeleri durumu, bu usulün ön koşul olarak aranmış

olduğudur. İbraz edilmemesi hâlinde de vergi inceleme elemanı tarafından resen cezalı katma değer vergisi tarhiyatı önerilecek ve özel usulsüzlük cezası kesilecektir.

Bunlar, vergi yargısına başvurulmadan önceki aşamada vergi idaresinin yapmak durumunda olduğu usul ve uygulamalardır. Vergi inceleme elemanları ve vergi idaresi bu prosedürü 213 sayılı Yasa uyarınca bağlı yetki çerçevesinde yerine getirmekle yetkili ve görevlidir. Vergilendirme ile ilgili bu usulün uygulanmasında vergi idarecileri için referans Yasa, 213 sayılı Yasa'dır ve memur-idari ajan niteliğini haiz bu görevliler için yorum yapma veya inisiyatif kullanma takdirleri çok da bulunmamaktadır.

Kaldı ki vergi idarecileri ve vergi inceleme elamanları, mükellef bakımından **tartışmasız bir şekilde taraftırlar** ve vergi idaresi lehine uygulama yapmak durumundadırlar.

B. VERGİ YARGISININ YARGILAMA USÜL UYGULAMALARI

Mücbir sebep hâli bulunduğunda, elbette belgelenmek şartı ile defter ve belgeler ibraz edilemeyecek ve cezalı tarhiyat resen inceleme elemanı tarafından önerilecektir. Ancak bizim önemle üzerinde durduğumuz husus, mücbir sebep hâli olmaksızın defter ve belgelerin vergi inceleme elamanına ibraz edilememesi durumunda, vergi idaresince yapılan resen katma değer vergisi tarhiyatında vergi yargısına dava açılması durumunda konunun nasıl değerlendirileceği ve nasıl değerlendirilmesi gerektiği olacaktır.

Nitekim cezalı katma değer vergisi tarhiyatlarına karşı açılan davalarda davacılar indirim konusu yapılan vergilerin gerçekten yüklenildiğini Yasa'nın öngördüğü belgelendirme koşullarının yerine getirildiğini yargı yerine sunabileceği defter ve belgeleriyle ispatlayabileceklerini iddia etmektedirler ve bu da onların iddiada bulunma hakları olmaktadır.

3065 sayılı Yasa'nın belirttiğimiz 34. maddesindeki koşulların varlığını kanıtlayamayan yükümlülere, indirim yapma olanağı tanımamakla birlikte katma değer vergisinin yansıma özelliği, bu vergiye ait yükün nihai tüketiciye intikal etmesini öngörmektedir. Bir diğer ifadeyle yüklenildiği için indirim konusu yapılan bir katma değer vergisi indiriminin salt ön koşulun varlığı kanıtlanamadığı için reddedilmesi katma değer vergisinin yansıma ve nihai tüketici üzerinde kalmasını öngören özelliğini bozacağından davacıların bu yöndeki iddialarının incelenmesi gerekmekte olup bu da mahkemeye erişim hakkı ile ilgili olmaktadır.

Kaldı ki yazılı yargılama usulünün geçerli olduğu 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu, davaların açılması, delillerin toplanması ve ilgililerce sonradan ibraz edilen belgelerin incelenmesini öngören 3., 16., 20. ve 21. mad-

delerinde tarafların eşit koşullar altında istem ve savunma yapmaları esasını öngörmüş olduğundan bu da silahların eşitliği ilkesinin uygulamaya konulmasını sağlayacak bir durum olmaktadır.

Belirtmekte fayda var ki Yasa'nın 3. maddesinin üçüncü fıkrasında, dava konusu işlem ve belgelerin asılları ve örneklerinin dilekçeye karşı taraf sayısından bir fazla sayıda eklenmesi, 16. maddesinin birinci fıkrasında dava dilekçesi ve eklerinin birer örneğinin davalıya tebliği, 21. maddesinde ise dilekçe ve savunmalarla birlikte verilmeyen belgelerin, bunların zamanında verilmesine imkân bulunmadığına kanaat getirilmesi hâlinde kabulü ile karşı tarafa tebliği kurala bağlanmıştır. Bu kurallar uyarınca yargılama aşamasında dosyaya taraflarca sunulan ve sunulması kabul edilen belgeler hakkında diğer tarafın görüşünün alınması ve hüküm verilirken değerlendirilmesi gerekli olmakta, bu da nizalı dava hakkı-çelişmeli yargılanma hakkı kapsamında değerlendirilmesi gereken bir zorunluluktur.

Davacılar tarafından daha önce vergi idaresine ibraz edilemeyen defter ve belgelerin gerçek bir ticari muameleye ve teslime dayanıp dayanmadığı konusundaki tespit ancak her türlü imkân ve yetki ile donatılmış vergi idaresi tarafından yapılacak incelemeyle ortaya konulabileceğinden vergi mahkemesine sunulacak defter ve belgeler hakkında vergi idaresinin bilgi ve tespitlerine başvurulması, bu amacın sağlanması için gerekli olup işte bu gereklilik de mahkemeye erişim hakkını sağlamaktadır.

Yapılan vergilendirmeye karşı açılan davanın tarafı olan vergi idaresinin ancak yargılama sırasında ulaşabileceği defter ve belgeler hakkında gerek biçimsel yönden gerekse belgelerin temsil ettiği hukuki muamelelerin gerçekliği konusundaki saptamaları, kendisine 213 sayılı Yasanın tanıdığı yetki ve tekniklere göre yapacağında kuşku bulunmamaktadır.

Vergi mahkemesi tarafından belirttiğimiz açıklamalardan sonra durumun gerektirdiği takdirde diğer belgelerin 2577 sayılı Yasa'nın 31. maddesinin birinci fıkrası uyarınca elde edilmesi mümkündür. Burada yargı organınca idarenin yerine geçecek herhangi bir inceleme yapılmamakta, ödenmesi gereken verginin doğruluğu konusunda yargısal denetim yapılmakta olup bu da İdari Yargılama Usulü Kanunu'ndan doğmaktadır. Aynı zamanda bunun vergi idarecisinin referans yasası olan 213 sayılı Yasa'nın 3/B maddesi ile de öngörülmekte olduğunu hatırlatmak isteriz.

Bunların sonucunda mücbir sebep olmaksızın defter ve belgelerini, incelemeye yetkili olan inceleme elemanlarına ibraz etmeyen katma değer vergisi mükellefleri adına yapılan cezalı tarhiyatlara karşı açılan davalarda, davacılar tarafından, vergilendirme dönemine ilişkin yasal defterler ve belgelerin mahkemeye sunulabileceğinin ileri sürülmesi hâlinde, bu defter ve belgeler dava-

cıdan istenip, defterlerdeki kayıtlar incelenip, bu kayıt ve belgeler hakkında davanın diğer tarafı olan vergi idaresinin görüşü ve saptamaları da alınarak yapılacak hukuki değerlendirmeye göre karar verilmesi mahkemeye erişim hakkının somutlaşması ve uygulanıldığının somut olarak görülmesini sağlayacak bir pratik olmaktadır.

İşte Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulunun 2019/1 karar sayılı kararı bu durumu içtihat bağlayıcılığı ile gözler önüne serdiğinden önemlidir ve ciddi bir adım olarak değerlendirilmektedir.

III. MAHKEMEYE ERİŞİM HAKKI BAĞLAMINDA SOMUTLAŞAN UYGULAMA

Anayasa'nın 36. maddesinin birinci fıkrasında, herkesin yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddiada bulunma ve savunma hakkına sahip olduğu kuralını çalışmamızın birinci bölümünde ifade etmiştik. AİHS'in 6. maddesinde özel olarak yazılmakla birlikte Anayasa 36. maddesinde belirtilen ve genel kural olarak güvence altına alınan "Mahkemeye erişim hakkı" hak arama özgürlüğünün bir unsuru olmaktadır.

Anayasa ile garanti edilen hak arama özgürlüğü ve mahkemeye erişim hakkı, temel bir hak olmanın yanında diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanmayı ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden biridir.

Denilebilir ki davanın bir mahkeme tarafından görülebilmesi ve kişinin adil yargılanma hakkı kapsamına giren usulî güvencelerden faydalanabilmesi için ilk olarak **kişiye, iddialarını ortaya koyma imkânının tanıması** gerekmektedir. Başka bir deyişle dava yoksa adil yargılanma hakkının sağladığı güvencelerden yararlanmak mümkün olmayacaktır.

Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru kapsamında yaptığı değerlendirmelerde mahkemeye erişim hakkının bir uyuşmazlığı mahkeme önüne taşıyabilmek ve uyuşmazlığın etkili bir şekilde karara bağlanmasını isteyebilmek anlamına geldiğini ifade etmektedir[6].

Bireylere, kamu makamları tarafından kamu gücü kullanılarak tesis edilen ve hukuki durumlarını etkileyen idari işlemlere karşı dava açma olanağının sağlanması da mahkemeye erişim hakkı kapsamında değerlendirilmesi gereken güvencelerden biridir. Dolayısıyla bireyin hakkında gerçekleştirilen ve sonuçları itibarıyla hukuksal durumunu, başka bir ifadeyle menfaatini etkileyen bir idari işleme karşı dava açma ve bu işlemle ilgili uyuşmazlığın mahke-

6 *Meltem Yürekli*, B. No: 2019/10203, 29/3/2023, § 45-46. Ayrıca bu kararda atıfta bulunulan *Özkan Şen*, B. No: 2012/791, 7/11/2013, § 52.

me önünde incelenmesi imkânından yoksun bırakılması mahkemeye erişim hakkına müdahale teşkil edebilir[7].

Bunlarla birlikte AİHS'in 6. madde metninde, mahkemeye erişim hakkına ilişkin belirgin bir kurala yer verilmiş olsa da açık bir teminat bulunmamakla beraber AİHM, bu kuralın herkesin medeni hak ve yükümlülüklerine ilişkin tüm iddialarını mahkeme önüne getirmesi hakkını güvence altına aldığını önemsemektedir. 6. madde kapsamında yer verilmiş olan mahkeme hakkı içinde, mahkemeye erişim hakkı da bulunmaktadır.

Golder/Birleşik Krallık davasında[8] AİHK mahkemeye erişim hakkı konusunda "*6. madde 1. fıkra eğer sadece mahkemede açılmış bulunan bir davanın yürütülüşüyle ilgili olarak anlaşılırsa, taraf devletlerden biri metni ihlal etmeksizin, mahkemeleri ortadan kaldırabilir veya bazı hukuk davalarında mahkemelerin yargı yetkisini ellerinden alarak bu yetkiyi hükümete bağlı organlara devredebilir*." gerekçesini açıklamıştır[9].

Mahkemeye erişim hakkı; idari yargılama, ceza yargılaması ve hukuk yargılamasında mutlak bir hak değildir. Nitekim zımni kısıtlamaya tabi tutulabilmektedir. Ancak bu kısıtlamalar, hakkın özüne zarar verecek şekil veya kapsamda olmamalıdır. Yine sınırlamalar, meşru bir amaca yönelik olmalı, bu meşru amaç ile uygulanan yöntem arasında, makul bir orantılılık bulunmalıdır. Mahkemeye erişim hakkı aynı zamanda AİHS'in başlangıcında ifadesini bulan ve Avrupa Konseyi üyesi devletlerin "ortak mirası" olan "hukukun üstünlüğü" ilkesinin de temel unsurlarından birini oluşturmaktadır.

Bunlarla birlikte AİHM içtihatlarında mahkeme, adli bir görev yerine getiren, adli olmayan bir makam tarafından değiştirilmesi mümkün olmayan bağlayıcı bir karar verme yetkisi bulunan, yasayla kurulmuş, yetki ve görevleri yasayla belirlenmiş yargı sistemi içerisinde bir teşkilatı-sistemi ifade etmektedir. Mahkemeler, bağımsız ve tarafsız olarak görev yapar. Nitekim idari yargı sistemi için bu nitelikler çok daha belirgin olmalıdır.

Denilebilir ki tarafsız mahkeme nitelendirmesiyle bir davanın görünümünde ve çözümünde mahkemenin ve hâkimin ön yargılı ve yanlı olmaması, kişilerde-toplumda tarafsız olduğu izlenimi bırakması, dışarıdan bakıldığında da güven veren bir görünüm sergilemesi ifade edilmektedir. Bu ilke, sadece mahkemenin nihai kararını verdiği zaman açısından değil kararın oluşturulması ve kullanılan yardımcı argümanlar bakımından ve yargılamanın tüm süreci dâhilinde geçerli olmaktadır.

---

7 *Solmaz Güntemur*, B. No: 2018/12262, 3/12/2020, § 47.

8 *Golder/Birleşik Krallık*, B. No: 4451/70, 21/2/1975, § 35.

9 Mole, N. ve Harby, C. (2001). *Adil Yargılanma Hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6.Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz (İnsan Hakları El Kitapları, No. 3)*, Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, s. 34.

AİHM'nin *Belilos/İsviçre* kararında[10] vurguladığı üzere yargı yeri, yetki ve görevine giren uyuşmazlıklar hakkında öngörülmüş bir usule göre yargılama yürüten ve hukuk kurallarına dayanarak bağlayıcı karar veren merci olmaktadır.

Adil yargılanma gereklerinden olan hakkaniyete uygun yargılama içerisinde konumuz bağlamında çelişmeli yargılama ilkesi önem arz etmektedir. Nitekim çelişmeli yargılama ilkesi; bir davanın taraflarının ileri sürülen deliller ve sunulan görüşlerle ilgili yeterli bilgiye sahip olmasını ve taraflarca mahkemenin kararını etkilemek amacıyla bunlarla ilgili görüş bildirebilme ve belge-delil sunabilme fırsatının-imkânının tanınmasını ifade etmektedir. Yine çelişmeli yargılama hakkı kural olarak bir hukuk ya da ceza davasının taraflarının ileri sürülen deliller ve sunulan görüşlerle ilgili bilgiye sahip olması ve taraflara mahkemenin kararını etkilemek amacıyla bunlarla ilgili görüş bildirebilme imkân ve fırsatının sunulmasıdır.

AİHS'in 6. maddesinin birinci fıkrası, usule dair güvenceler tanımakla birlikte mahkemeler önüne taşınan davalarda tarafların sunacağı deliller ile ilgili kuralları da ilgili taraf devletlerin belirleyeceğini vurgulayan AİHM, bununla birlikte taraf devletlerin uymak zorunda oldukları bazı ilkeleri içtihat hâline getirmiştir.

Bunları delillerin kabul edilebilirliği, delillerin değerlendirilmesi ve delillerin ifşası olarak ifade edebiliriz. Delillerin değerlendirmesini ulus mahkemelere bırakan AİHM, delillerin elde edilme yöntemi dâhil yargılamanın bir bütün olarak adil olup olmadığını değerlendirmektedir. Delillerin kabul edilmesini ulusal mahkemelerin takdirine bıraktığı için ulusal mahkemenin delillerin değerlendirilmesine ilişkin yaptıklarını incelemekte ve bu değerlendirmeyi ancak ulusal mahkemenin önündeki olgulardan keyfî veya açıkça adil olmayan sonuçlar çıkardığında yapmaktadır.

Ayrıca bir davada tarafların hukuk düzenince hangi nedenle haklı veya haksız görüldüklerini anlayıp değerlendirebilmeleri için usulüne uygun şekilde oluşturulmuş, hükmün içerik ve kapsamı ile bu hükme varılırken mahkemenin neleri dikkate aldığı ya da almadığını gösteren, ifadeleri özenle seçilmiş ve kuşkuya yer vermeyecek açıklıktaki bir gerekçe bölümünün ve buna uyumlu hüküm fıkralarının bulunması gerekçeli karar hakkı yönünden zorunlu olmaktadır[11].

Belirtmekte fayda görmekteyiz ki **yargılama makamları yargılamanın taraflarınca ileri sürülen iddiaları ve gösterdikleri delilleri gereği gibi incelemek zorundadırlar. Bununla birlikte belirli bir davaya ilişkin olarak delil-**

10 *Belilos/İsviçre*, B. No: 10328/83, 29/4/1988.
11 *Sencer Başat ve diğerleri*, B. No: 2013/7800, 18/6/2014, § 38.

leri değerlendirme ve gösterilmek istenen delilin davayla ilgili olmadığına karar verme yetkisi esasen mahkemelere ait olmaktadır.

Mevcut yargılamada geçerli olan delil sunma ve inceleme yöntemlerinin adil yargılama hakkına uygun olup olmadığını denetlemek genel anlamda hakkaniyete uygun bir yargılamanın yürütülebilmesi için silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkeleri ışığında taraflara iddialarını sunma konusunda, uygun imkânların sağlanması şarttır.

Öte yandan silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkeleri mutlak değildir. Bazı durumlarda birtakım zorunluluklar veya daha üstün değerdeki bir kamusal yarar gözetilerek bu ilkelerin gereklerinin belli ölçüde yumuşatılması ve bunlara aykırı tedbirler alınması mümkündür. Dolayısıyla silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkelerine aykırı işlemlerin yapılması tek başına adil yargılanma hakkının ihlal edilmesi sonucunu doğurmaz. Sözü edilen ilkelere aykırı işlemlerin adil yargılama hakkını ihlal ettiğinden söz edilebilmesi için bu aykırılığın bir bütün olarak bakıldığında yargılamanın hakkaniyetini zedelemiş olması gerekir[12].

SONUÇ-BİTİRİRKEN

Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulunun 8/2/2019 tarihli ve E.2013/3, K.2019/1 sayılı kararı 25/7/2019 tarihli ve 30842 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

Yayımlanan bu kararın özü olarak;

"***1-****Defter ve belgelerin kanunen ve hukuken kabul edilebilir mücbir sebep nedeniyle incelemeye ibraz edilmemesi ve resen tarh nedeni olmakla birlikte, ibraz ödevinin yerine getirilmediğinden bahisle yapılan tarhiyatın hukuka uygun düşmeyeceği,*

2-*Kanunen ve hukuken kabul edilebilir hiçbir sebep olmaksızın defter ve belgelerini incelemeye ibraz etmeyen mükellef adına ibraz ödevini yerine getirmediğinden bahisle yapılan vergi zıyaı cezalı katma değer vergisi tarhiyatına karşı açılan davada, defter ve belgelerin mahkemeye sunulabileceğini ileri sürülmesi halinde, söz konusu deftere belgeler mahkemece istenilip, vergi idaresi de haberdar edilerek, vergilendirmenin hukuka uygun olup olmadığının değerlendirilmesi gerektiği hakkında.*" açıklamalara yer verilmiştir.

Bizce bu karar, bir dönem başlangıcı kararıdır.

Zira vergi idaresince vergilendirme konularında referans alınan 213 sayılı Yasa, aynı zamanda vergi mahkemesi başkan ve hâkimleri, bölge idare mahkemesi vergi dava daireleri kurul başkan ve hâkimleri ile Danıştay vergi dava daireleri başkan ve üyeleri tarafından da büyük bir çoğunlukla referans alın-

12 *Hacı Karabulut*, B. No: 2017/14871, 9/10/2019, § 32. Ayrıca bkz., *İdris Ertaş*, §§ 57-58.

maktaydı. Kaldı ki Danıştayın bu içtihat kararında, İçtihatları Birleştirme Kurulu toplantı ve görüşmesine bütün vergi ve idari dava dairelerinden katılıp, azlık oyu kullanan ve sayısal olarak hatırı sayılır bir sayıda başkan ve üyeler, 213 sayılı Yasa'nın vergi idaresi için olduğu gibi yargılamada da referans alınması gerektiği görüş ve gerekçesini azlık oylarında belirtmişlerdir.

213 sayılı Yasa'nın vergi idaresinin referans yasası olduğunun altını bir kez daha çizerken vergi mahkemesi hâkiminin referans yasası ise Anayasa ve özellikle 2577 sayılı Yasa'dır ve olmalıdır. Vergi idaresi tarafından 213 sayılı referans Yasalarına uygun işlem ve uygulama yapılıp yapılmadığı hususunu 2577 sayılı Yasa ile belirlenen usul kurallarına göre yargılayacak olan mahkemedir, hâkimdir.

İşte önemsediğimiz bu konunun ciddiyetinin farkında olarak Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulunun 2019/1 karar sayılı kararında çoğunluk görüşü, örtülü olarak 2577 sayılı Yasa'nın yargılamanın usul ve referans yasası olduğunu söylemiş ve dikte ettirmiştirler.

Bunun okuması, vergi mahkemesi hâkiminin mahkeme ve yargılama gerekliliklerini bilmesi ve bilmekle kalmayıp kullanması, kullanabilmesi olmalıdır.

Vergi mahkemesi hâkimi, artık dünün vergi idaresinin itiraz veya temyiz komisyonu üyesi veya denetleyeni değildir. Vergi mahkemesi hâkimi, vergi idaresinin vergilendirme uygulamasını-işlemini yargılamaya tabi tutan, yargılama usul ve gerekliliklerini bilen ve titizlikle uygulayan ve bunu Türk milleti adına yapan idareler üstü bir nitelikle görev yapmaktadır.

Vergi idaresine defter ve belgelerini ibraz edemeyen kişi, vergi idaresi nezdinde mükelleftir.

Vergi mahkemesine konuyu taşımış olan kişi ise artık mükellef değildir, vergi mahkemesi nezdinde davacıdır, yargısal güvence aramaktadır.

Defter ve belgelerin mücbir sebep olmaksızın ibraz edilmemesi veya ibraz edilememesi

fiillerinin karşılığı olarak 213 sayılı Yasa, özel usulsüzlük cezası öngörmüş ve mükellef de bu fiili işlemiş olduğundan cezasını ödemekle yükümlüdür ve yükümlü de tutulmalıdır.

Vergi inceleme elemanına defter ve belgelerini ibraz edemeyen veya ibraz etmeyen mükellef nezdinde vergi idaresi ve özellikle vergi inceleme elemanı, taraftır ve nihayetinde karşı taraftır.

Ancak vergi mahkemesi hâkimi taraf değildir, tarafsızdır ve yargısal güven oluşturmakta, güvence vermektedir.

Yargısal güvence ise adil yargılanma gereklerinden olan mahkemeye erişim hakkının pratiğe konulmasıdır.

Mahkemeye erişim hakkı bağlamında vergi mahkemesince hakkaniyete uygun yargılama yapılması gerekmektedir. Silahların eşitliği ve çelişmeli yargılanma hakkı da bu çerçevede önemlidir ve vergi mahkemesi hâkimlerinin mutlaka özümseyerek titizlikle uygulayıcısı olmalıdırlar.

AİHS'in 6. maddesi gerekliliklerini uygulama konusunda imtina eden vergi mahkemesi hâkimi, Anayasa'nın 36. maddesi ve 2577 sayılı Yasa'nın gerekliliklerini uygulamada aktör olmak durumundadır.

213 sayılı Yasa'nın 3/B maddesi kuralında yer verilmiş olan "vergiyi doğuran olayın gerçek mahiyetinin esas olduğu" temel vergilendirme ilkesini vergi idaresi, vergilendirmede dikkate almamış olsa da vergi mahkemesi hâkimi bunu vergi idaresine hatırlatmalıdır.

KAYNAKÇA

MOLE, Nuala ve HARBY, Catharina (2001). *Adil Yargılanma Hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6.Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz (İnsan Hakları El Kitapları, No. 3)*, Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları.

Salih Savran, B. No: 22018/12600, 28/1/2021.

Mehmet Fidan, B. No: 2014/14673, 20/9/2017.

Abdullah Topçu, B. No: 2014/8868, 19/4/2017.

NKT Teknoloji Dağıtım Ticaret Ltd. Şti., B. No: 2018/26844, 24/2/2021.

Abdullah Kaya ve Diğerleri, B. No: 2017/26740, 16/12/2020.

Mohammed Aynosah, B. No: 2013/8896, 23/2/2016.

İdris Ertaş, B. No: 2018/21949, 20/5/2021.

Meltem Yürekli, B. No: 2019/10203, 29/3/2023.

Özkan Şen, B. No: 2012/791, 7/11/2013.

Solmaz Güntemur, B. No: 2018/12262, 3/12/2020.

Sencer Başat ve diğerleri, B. No: 2013/7800, 18/6/2014.

Hacı Karabulut, B. No: 2017/14871, 9/10/2019.

Golder/Birleşik Krallık, B. No: 4451/70, 21/2/1975.

Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulunun 8/2/2019 tarihli ve E.2013/3, K.2019/1 sayılı kararı.

Prof. Dr. Abdurrahman EREN
(İstanbul Üniversitesi Öğretim Üyesi)

BİREYSEL BAŞVURUDA HAK ÖZNESİ OLARAK DİN VEYA İNANÇ TOPLULUKLARI

ÖZET

Bu makalenin konusu, bireysel başvuruda hak öznesi olarak din veya inanç topluluklarıdır. Konu, bu toplulukların hak özneliği statüsü ile sınırlı ele alınmaktadır. Bunun için öncelikle hak özneliğinde bir üst kavram olan kişi toplulukları kavramı ve mağdurluk statüsü genel olarak incelenmektedir. Daha sonra din ve inanç topluluklarının tanımı ve yasal statüsü üzerinde durulmaktadır. Makalede ikinci olarak uluslararası insan hakları mekanizmalarında din veya inanç topluluklarının hak özneliği başvuru usulleri ve örnek kararlar üzerinden değerlendirilmektedir. Makalede son olarak Türkiye'de din veya inanç topluluklarının yasal statüsü ve hak özneliği konusu Anayasa Mahkemesi kararları ışığında incelenmektedir. Makalede ilk olarak din veya inanç topluluklarının tüzel kişilik elde etmeden hak özneliğinin kabul edildiği ve kişi topluluğu olarak bireysel başvuru hakkına sahip olduğu sonucuna ulaşılmıştır. İkinci olarak din veya inanç topluluklarının tüzel kişilikler gibi ancak topluluğu ilgilendiren haklar kapsamında ve toplulukla bağını ortaya koyan üyeler tarafından bireysel başvuru yapabileceği ortaya konulmuştur. Son olarak Türkiye'de din ve inanç topluklarının yasal statüsü konusunda genel bir kanun olmadığı, İslam dininin Anayasa ve yasa kapsamında özel bir statüsü olduğu, diğer din ve inanç toplulukları arasında ayrımcılık sayılacak uygulamalar bulunduğu sonucuna ulaşılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Kişi grupları, din veya inanç topluluğu, bireysel başvuru, mağdur kavramı, din ve vicdan özgürlüğü.

Prof. Dr. Zühtü Arslan'a Armağan

RELIGIOUS AND BELIEF COMMUNITIES AS SUBJECTS OF RIGHTS IN INDIVIDUAL APPLICATIONS

ABSTRACT

This article addresses the role of religious and belief communities as subjects of rights in individual applications. The subject matter is limited to the status of these communities as subjects of rights. To achieve this, the article first broadly explores the concept of 'communities of persons' and the status of victimisation. Subsequently, the focus shifts to defining and understanding the legal status of religious and belief communities. The article then examines how international human rights mechanisms address the subjectivity of the rights of religious and belief communities through application procedures and precedents. The article concludes by analysing the legal status and subjectivity of the rights of these communities in Türkiye in light of the decisions of the Constitutional Court. It establishes that religious and belief communities are recognised as subjects of rights, without acquiring legal personality, and possess the right to individual application as a community of persons. Furthermore, it is shown that these communities can file individual applications only within the scope of rights affecting the community, similar to legal entities, through members who demonstrate affiliation with the community. The article finds that there is no comprehensive law governing the legal status of religious and belief communities in Türkiye, that Islam enjoys a unique constitutional and legal status, and that there are discriminatory practices among other religious and belief communities.

Keywords: Groups of persons, religious and belief communities, individual application, concept of victim, freedom of religion and conscience.

GİRİŞ

Kişi topluluklarının tüzel kişilik elde etme dışında kişi grubu olarak hak öznesi olduğu uluslararası insan hakları sözleşmelerinde açıkça düzenlenmektedir. Kişi toplulukları tüzel kişilik elde ederek hak öznesi olabildiği gibi tüzel kişiliği olmayan *"kişi toplulukları"* (group of individuals) da başlı başına hak öznesi kabul edilmektedir. Örneğin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 34. maddesinde "Bireysel başvurular" kenar başlığı ile *"İşbu Sözleşme ve Protokollerde tanınan hakların Yüksek Sözleşen Taraflardan biri tarafından ihlalinden mağdur olduğu iddiasında bulunan her gerçek kişi, hükümet dışı her kuruluş veya kişi grupları Mahkeme'ye başvurabilir"* denilmektedir. Benzer bir hüküm Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 44. maddesinde bulunmaktadır. Buna göre, *"Herhangi bir kişi ya da kişi grubu, ya da Örgüte üye bir yahut daha çok Devlette yasal olarak tanınan herhangi bir hükümet dışı kuruluş, bu Sözleşmenin bir taraf Devletçe ihlal edildiğine ilişkin ihbarları ya da şikâyetleri içeren dilekçelerle Komisyona başvurabilir*[1]*."* Günümüz insan hakları hukukunda hakların özneleri *"gerçek kişi, tüzel kişi ve kişi topluluğu"* şeklinde belirlenmiş olmakla birlikte, kişi topluluğu kavramının anlamına dönük açık bir düzenleme bulunmamaktadır.

Hak öznesi olarak kabul edilen kişi topluluklarının bir türü din veya inanç topluluklarıdır. Din veya inanç toplulukları (Religious or Belief Communities) kavramı en açık bir şekilde, Avrupa Konseyi (AK) Venedik Komisyonu ve Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı (AGİT) Demokratik Kurumlar ve İnsan Hakları Bürosu (DKİHB) tarafından 13-14 Haziran 2014 tarihinde kabul edilen ve 16 Haziran 2014 tarihinde yayımlanan, *"Din veya İnanç Topluluklarının Tüzel Kişiliği Hakkında Kılavuz İlkeler"* (Guidelines on the Legal Personality of Religious or Belief Communities) (Bundan sonra AGİT Kılavuz İlkeleri olarak anılacaktır.) adlı belgede tanımlanmıştır[2]. Bu belgeye göre, *"Bu belgede, din veya inanç özgürlüğünü kullanmak amacıyla başkalarıyla birlikte topluca hareket eden bireyler "din veya inanç toplulukları" (religious or belief communities) olarak anılacaktır. Kendi ulusal hukuk düzenleri içerisinde tüzel kişilik tanınmış olan din veya inanç toplulukları ise "din veya inanç kuruluşları" (religious or belief organizations) olarak anılacaktır."* denilmektedir[3]. Görüldüğü gibi bu belgede kişi topluluklarından tüzel kişiliği olmayanlar "din veya inanç toplulukları"; olanlar ise "din veya inanç kuruluşları" olarak tanımlanmıştır.

---

1 Maddenin Türkçe metni için bkz. Gemalmaz, S. (2003). *İnsan Hakları Belgeleri, Cilt III*, İstanbul: Boğaziçi Üniversitesi Yayınevi, s. 43.

2 Belgenin Türkçe versiyonu için bkz. Venedik Komisyonu/AGİT-DKİHB. (2015). *Din veya İnanç Topluluklarının Tüzel Kişiliği Hakkında Kılavuz İlkeler*, https://www.osce.org/odihr/139046 (Erişim Tarihi: 6/10/2023).

3 Venice Commission/OSCE-ODIHR. (2014). *Guidelines on the Legal Personality of Religious or Belief Communities*, Warsaw: OSCE Office for Democratic Institutions and Human Rights (ODIHR). Belgenin Türkçe versiyonu için bkz. Venedik Komisyonu/AGİT-DKİHB. (2015). p. 11.

Bu makalede, bireysel başvuruda kişi topluluğu olarak din ve inanç topluluklarının hak özneliği ele alınmaktadır. Bu kapsamda öncelikle hak öznesi olarak kişi topluluğu kavramı ve mağdurluk statüsü incelenmektedir. İkinci olarak din ve inanç topluluğu kavramı ve yasal statüsü üzerinde durulmaktadır. Üçüncü olarak din ve inanç topluluklarını hak öznesi kabul eden evrensel ve bölgesel insan hakları mekanizmalarında hak özneliği ele alınmaktadır. Çalışmanın son bölümünde ise öncelikle Türkiye'de din ve inanç topluluklarının yasal statüsü sonra bireysel başvuruda hak özneliği üzerinde durulmaktadır.

I. KİŞİ TOPLULUKLARI KAVRAMI

Hukuki anlamda *"kişi" (person)* hak ve ödevlere sahip olabilen öznelere denilmektedir[4]. Doğuştan hak ve ödev sahibi olan insanlar *"gerçek kişi"* (personne physique/human person)[5]; hukuki tanımayla hak ve ödev sahibi olan kişi toplulukları veya mal toplulukları *"tüzel kişi"* (personne morale/legal person) kabul edilmektedir[6]. Dernek, şirket, siyasi parti, sendika vb. kişi topluluğu; vakıflar ise mal topluluğu olarak tüzel kişilik elde etmektedir[7].

Kişi toplulukları tüzel kişilik elde ederek hak öznesi olabildiği gibi tüzel kişiliği olmayan *"kişi toplulukları"* (group of individuals) da başlı başına hak öznesi kabul edilmektedir[8]. Örneğin AİHS'in 34. maddesinde "Bireysel baş-

4 Oğuzman, K., Seliçi, Ö. ve Özdemir-Oktay, S. (2020). *Kişiler Hukuku,* İstanbul: Filiz Kitabevi, s. 1-2. Türk Hukukunda gerçek ve tüzel kişiler hakkında daha fazla bilgi için bkz. Dural, M. (1987). *Türk Medeni Hukukunda Gerçek Kişiler*, İstanbul: Filiz Kitabevi, s. 3-12.

5 İnsan haklarını yalnızca doğal haklar olarak kabul eden anlayış, insan haklarının öznesinin sadece *"gerçek kişiler"* olduğunu söylemektedir. Doğal haklar düşüncesini savunan Ayn Rand'a göre, insan haklarının öznesinin birey dışında kolektif varlıklara kaydırılması, insan haklarını *"güruhun haklarına"* dönüştürür. Hakların birey dışında gruplara ait olduğu düşüncesi doğru değildir. Her kolektif varlık bireylerden oluşur. Bireyin hakları dışında, tüzel kişilerin kolektif varlıkları dolayısıyla sahip olduğu insan hakları olamaz. Rand'a göre, "Özgür bir toplumda her grubun 'hakları', onun üyelerinin haklarından, onların gönüllü bireysel tercihleri ve sözleşmeleri aracılığıyla türetilebilir ve söz konusu bireysel hakların belli bir girişime uygulamalarından ibarettirler." Bkz. Rand, A. (1993). Kolektif Haklar, Erdoğan, M. (Çev.), içinde Yayla, A. (Der.), *Sosyal ve Siyasal Teori,* Ankara: Siyasal Kitabevi, s. 265.

6 "Tüzel kişilik" kenar başlıklı Türk Medeni Kanunu'nun 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". Tüzel kişiler belli bir amacı gerçekleştirmek üzere birleşmiş kişi ve mal topluluğu olarak gerçek kişilerin dışında "bağımsız kişiliğe" sahiptir.

7 Pozitif hukuk düşüncesinde hak, hukukun kişilere tanıdığı ve koruduğu ve bu korunmadan kişilerin yararlandığı menfaatler olduğundan, bu tanıma gerçek kişiler gibi tüzel kişiler bakımından da mümkündür. Günümüz insan hakları hukukunda *"hak sahipliği"* sadece gerçek kişilere değil, kişi toplulukları ve mal topluluklarına da tanınmaktadır. Bkz. Human Rights Committee, General Comment No. 31 [80] The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant Adopted on 29 March 2004, CCPR/C/21/Rev.1/Add. 13, s. 4, p. 9.

8 Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 34. maddesinin resmi çevirisinde "kişi grupları"

vurular" kenar başlığı ile *"İşbu Sözleşme ve Protokollerde tanınan hakların Yüksek Sözleşen Taraflardan biri tarafından ihlalinden mağdur olduğu iddiasında bulunan her gerçek kişi, hükümet dışı her kuruluş veya kişi grupları Mahkeme'ye başvurabilir"* denilmektedir[9]. Dolayısıyla günümüz insan hakları hukukunda hakların özneleri *"gerçek kişi, tüzel kişi ve kişi topluluğu"* şeklinde belirlenmektedir.

A. KİŞİ TOPLULUKLARI KAVRAMININ TANIMI

Tüzel kişiliği olmayan kişi topluluklarının (group of individuals) hak özneliği uluslararası insan hakları belgelerinde tanınmakla birlikte kavrama dair açık bir tanımlama yapılmamaktadır. Irk ayrımcılığı, kadınlara karşı ayrımcılık, engellilerin haklarına dair insan hakları sözleşmelerinde hak öznesi olarak *"birey, birey grupları ve hükümet dışı kuruluşlar"* yer almaktadır. Örneğin Amerikalılar-arası Engelli Kişilere Karşı Ayrımcılığın Kaldırılması Sözleşmesi'nin 5. maddesinde *"engelli kişi örgütleri temsilcilerinin, bu alanda çalışan hükümet-dışı örgütlerin ya da eğer bu tür örgütler mevcut değilse, engelli kişilerin"*, hak sahibi olduğu ifade edilmektedir. Bu belgelerde birey grupları terimi ile *"tüzel kişiliğe sahip olmayan kişi toplulukları"* kastedilmektedir. Birleşmiş Milletler Her Türlü Irk Ayrımcılığının Kaldırılmasına Dair Sözleşme'nin 14/1. maddesinde *"Bir Sözleşmeci Taraf her zaman, kendi egemenlik alanında, bu Sözleşmede yer alan haklarının ihlal edilmesinden dolayı mağdur olduğunu iddia eden bireylerden ve birey gruplarından gelen şikayetleri Komitenin alma ve inceleme yetkisini tanıdığını beyan edebilir. Komite, beyanda bulunmamış bir Taraf Devlet hakkında yapılan bir şikayeti ele almaz*[10]*"*. İnsan hakları sözleşmelerinde mağdur olduğunu ileri süren "*birey grupları"* hak öznesi olarak kabul edilmektedir.

AİHS'de bireysel *"başvuru hakkına sahip olanlar"* arasında *"kişi toplulukları"* da sayılmıştır. Kişi topluluğu, tüzel kişiliğe sahip olmayan birey grupları anlamında kullanılmaktadır. 1982 Anayasası'nda ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'da bireysel başvuru hakkına sahip olanlar arasında "kişi topluluklarından" açıkça söz edilmemektedir. Ancak AİHS kapsamında bireysel başvuru hakkı kişi topluluklarına da tanındığından, Anayasa'nın 148. maddesindeki atıf gereğince, kişi topluluklarına da bireysel başvuru hakkının tanındığının kabulü gerek-

terimi kullanılmış olsa da, Medeni Kanun'da "kişi toplulukları" tabiri kullanılmaktadır. Bu nedenle İngilizce "group of individuals", Türkçe'ye "birey grupları ya da kişi grupları" olarak çevrilebilse de Türk hukukundaki karşılığı "kişi toplulukları" olması nedeniyle, çalışmamızda bu terim tercih edilmiştir.

9 Benzer bir hüküm Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 44. maddesinde bulunmaktadır. Buna göre, "Herhangi bir kişi ya da kişi grubu, ya da Örgüte üye bir yahut daha çok Devlette yasal olarak tanınan herhangi bir hükümet dışı kuruluş, bu Sözleşmenin bir taraf Devletçe ihlal edildiğine ilişkin ihbarları ya da şikâyetleri içeren dilekçelerle Komisyona başvurabilir." Maddenin Türkçe metni için bkz. Gemalmaz, S. (2003). s. 43.

10 Metnin Türkçe çevirisi için bkz. https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/2312020093651bm_09.pdf (Erişim Tarihi: 29/10/2023)

mektedir. 6216 sayılı Kanun'un 46/1. maddesinde, *"Bireysel başvuru ancak ihlale yol açtığı ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmal nedeniyle güncel ve kişisel bir hakkı doğrudan etkilenenler tarafından yapılabilir"* denilmektedir. Kanun'da "etkilenenler" ifadesi çoğul olduğundan birden fazla bireyin aynı hak kapsamında birlikte başvuru yapması mümkündür. 6216 sayılı Kanun ile 12/7/2012 tarihli ve 28351 sayılı Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nde, kişi topluluklarının başvuru hakkı ayrıca düzenlenmemektedir. AYM kararlarında kişi topluluklarının hak özneliği açıkla ele alınıp değerlendirilmemiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) içtihadında da, birey grubu kavramı, tüzel kişiliğe sahip olmayan gruplar için kullanılmaktadır. Tüzel kişiliğe sahip olmayan kişi grupları AİHS'in 34. maddesi kapsamında *"başvurucu grup"* (the applicant group) olarak nitelendirilmektedir. Örneğin AİHM, *Church of Scientology of St Petersburg and Others/Rusya* kararında, Rusya Federasyonu yasalarına göre dinî grup olarak tüzel kişilik talepleri reddedilen Scientology grubuna mensup altı Rus vatandaşının yaptığı başvuruda, başvurucular *"Scientology'nin kolektif çalışması için oluşmuş, tüzel kişiliği olmayan bir Rus vatandaşları grubudur (başvuru sahibi grup) (the applicant group)"* şeklinde tanımlanmıştır[11]. Ancak AİHM kararlarında da kişi topluluklarının hak özneliğine ilişkin özellikler üzerinde ayrıca durulmamaktadır.

Uluslararası insan hakları belgeleri ve AİHM içtihadına bakıldığında kişi toplulukları kavramının belli ortak özellikler veya amaçlar etrafında bir araya gelen tüzel kişilik kazanmamış birey grupları şeklinde tanımlandığı görülmektedir. Ortak bir menfaat, özellik veya amaç etrafında birlikte hareket eden her topluluk kişi topluğu olarak hak öznesi olabilir. Engellilik durumu grubu var eden ortak özellik olabileceği gibi ortak bir inanç da grubun varlık sebebi olabilir.

B. KİŞİ TOPLULUKLARININ MAĞDURLUK DURUMU

Bireysel başvuru hakkı bireylere, kişi topluluklarına ve özel hukuk tüzel kişilerine tanınmış olmakla birlikte, hepsi için mağdur olma şartı aranmaktadır. Kişi yönünden yetki bakımından başvuru hakkına sahip olmak yetmez; *"güncel ve kişisel bir hakkın doğrudan etkilenmesi"* yoluyla mağdur sıfatına sahip olunması gerekmektedir. 6216 sayılı Kanun'un 46. maddesinin 1. fıkrasına göre, *"Bireysel başvuru ancak ihlale yol açtığı ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmal nedeniyle güncel ve kişisel bir hakkı doğrudan etkilenenler tarafından yapılabilir*." Mağdur kavramı hem Anayasa Mahkemesi (AYM) hem de AİHM tarafından aşırı biçimcilikten uzak bir şekilde dinamik ve özerk (otonom) bir yoruma tâbi tutulmaktadır. Mahkeme, *Mahmut Tanal ve diğerleri* kararında *"Bireysel başvuruda "mağdur" kavramı, davada menfaat veya dava ehliyeti gibi kurallardan*

11 *Church of Scientology of St Petersburg and Others/Rusya*, B. No: 47191/06, 2/10/2014, § 5.

bağımsız bir şekilde yorumlanır (Gorraiz Lizarraga ve diğerleri/İspanya, B. No: 62543/00, 10/11/2004, § 35). Ayrıca mağdur kavramının yorumu, günümüzde toplumun koşulları ışığında değişime tabiî olup, bu kavram aşırı biçimcilikten uzak bir şekilde uygulanmalıdır." demektedir[12].

Bireysel başvuru kapsamında mağdur kavramı *"zarar gören"* kavramından ayrılmaktadır. Ceza hukuku kapsamında suçtan zarar görmeyen bir kişinin bu durumu bireysel başvuruda mağdur sıfatı taşımasına engel değildir[13]. Başvurucunun maddi veya manevi bir zararı doğmamış olsa da *"menfaatinin etkilenmiş olması"* mağdur sıfatı için yeterli görülmektedir[14]. Anayasa Mahkemesi mağdurluğun birlikte (kümülatif) aranması gereken; *"kişisellik, güncellik ve doğrudanlık"* şeklinde üç şartı olduğunu ifade etmektedir. Mahkemeye göre, "başvuruya konu edilen ve ihlale yol açtığı ileri sürülen kamu gücü eylem veya işleminden ya da ihmalinden dolayı, başvurucunun '*güncel bir hakkının ihlal edilmesi*', bu ihlalden dolayı kişinin '*kişisel olarak*' ve '*doğrudan*' etkilenmiş olması" gerekmektedir[15]. Bu üç şartın birlikte var olması hâlinde başvurucunun mağdur sıfatı kabul edilmektedir.

Güncellik, başvuruya konu bir hakka ilişkin müdahalenin var olduğu ve devam ettiği anlamına gelmektedir. İhlale yol açtığı ileri sürülen kamu gücünden kaynaklı işlem, eylem ya da ihmal nedeniyle kişinin hakkı hiç etkilenmemiş veya ihlale son verilmiş ve sonuçları giderilmişse güncel bir mağduriyetten söz edilemez. Henüz etkilenmemiş ancak yakın gelecekte etkilenme ihtimalinin somut olarak ortaya konulması hâlinde potansiyel mağdurluk gündeme gelmektedir[16]. Mağduriyetin güncelliği açısından bireyler, birey grupları ve tüzel kişiler bakımından bir fark olmadığı söylenebilir.

Kişisellik, kişilerin kendi haklarına yönelik bir müdahalenin olması gerektiği, başkalarının haklarına yönelik müdahaleler için başvuru yapılamayacağı anlamına gelmektedir. Kural olarak kişiler sadece kendi haklarının etkilenmesi durumunda bireysel başvuru yapabilirler. Kişisellik koşulunun esnetilmesinden "dolaylı mağdurluk" kavramı çıkarılmıştır[17]. Bireysel başvuruda, ihlale yol açtığı ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmal nedeniyle güncel ve kişisel bir hakkı etkilenenler *"doğrudan mağdur"* kabul edilmektedir[18]. İhlalin doğrudan mağduru dışında onların yakınlarının da menfaatlerinin etkilen-

12 *Mahmut Tanal*, B. No: 2014/11368, 23/7/2014, § 19.
13 *Şenay Tavuz*, B. No: 2014/10777, 16/11/2016, § 30.
14 *Varnava ve diğerleri/Türkiye* [GC], B. No: 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90 ve 16073/90, 18/9/2009, § 200; *Kurt/Türkiye*, B. No: 15/1997/799/1002, 25/5/1998, §§ 121-125; *Bazorkina/Rusya*, B. No: 69481/01, 27/7/2006, § 141.
15 *Mahmut Tanal*, § 17; *Onur Doğanay*, B. No: 2013/1977, 9/1/2014, § 42.
16 *K.A.* [GK], B. No: 2014/13044, 11/11/2015, §§ 56-61. *Mustafa Gürkan*, B. No: 2013/7304, 15/4/2015, § 35.
17 *Atilla İnan*, B. No: 2012/615, 21/11/2013, § 36.
18 *Onur Doğanay*, B. No: 2013/1977, 9/1/2014, § 45.

mesi durumunda ortaya çıkan mağduriyete *"dolaylı mağduriyet"* denilmektedir[19]. Dolaylı mağdurlukta hem *"yakınlık bağının"* hem de *"menfaatinin etkilendiğinin"* ispatlanması gerekmektedir. Özellikle yaşama hakkı, işkence ve kötü muamele, zorunlu kaybolmalar durumlarında kurbanların; anne, baba, kardeş, eş, çocuklar gibi yakınları, dolaylı mağdur kabul edilmektedirler[20].

Kişisellik kriteri bakımından bireyler ile birey grupları ve özel hukuk tüzel kişileri arasında farklar olduğu söylenebilir. AYM Kuruluş Kanunu olan 6216 sayılı Kanun'un 46. maddesinin 2. fıkrasına göre *"Özel hukuk tüzel kişileri sadece tüzel kişiliğe ait haklarının ihlal edildiği gerekçesiyle bireysel başvuruda bulunabilir"*. AİHS'in 34. maddesinde, bireysel başvuru yapabileceklerden biri *"hükümet dışı kuruluşlar"* olarak belirlenmiştir. AİHM, hükûmet dışı kuruluşların *"tüzel kişiliklerin yararlanabileceği ve tüzel kişiliğe ait haklar"* bakımından başvuru yapabileceğini kabul etmektedir[21]. Aynı şekilde *"Özel hukuk tüzel kişileri, kendi üyeleri ya da ortakları olan gerçek kişiler adına başvuru yapamaz"*. İhlal konusu işlem ya da eylemden tüzel kişiliğin kendisinin doğrudan mağdur olması gerekmektedir[22]. Dernekler, şirketler, siyasi partiler, vakıflar gibi özel hukuk kişileri, kendileri doğrudan mağdur olmadıkça üye veya ortakları adına bireysel başvuru hakkına sahip değildir.

AİHS'te açık bir düzenleme olmamakla birlikte, AİHM içtihadına göre grup başvurusunda da grubun yararlanabileceği ve gruba ait haklar için grup adına başvuru yapılması gerekmektedir[23]. Başvuru yapacak grubun ilgili devlette tanınmış veya kayıt altına alınmış bir grup olma şartı yoktur. Grubun ilgili ülkede yasal tanınma sorunu nedeniyle başvuru hakkının kısıtlanması veya engellenmesi durumunda ayrıca 6. ve 13. madde kapsamında mahkemeye erişim ve etkili başvuru hakkının ihlali gündeme gelebilir[24].

19 *Engin Gök ve diğerleri*, B. No: 2013/3955, 14/4/2016, § 47; Ayrıca bkz. Mağdur kavramı hakkında bkz. Çınar, İ. (2013). Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Yargı Yetkisi ve Mağdurluk Statüsü, içinde Sağlam, M. (Ed.), *Bireysel Başvuru, İnceleme Usulü ve Kabul Edilebilirlik Kriterleri*, Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları, s. 208-220.

20 *Khadzhialiyev and Others/Rusya*, B. No: 3013/04, 6/11/2008, § 121; *Akpınar ve Altun/Türkiye*, B. No: 56760/00, 27/2/2007, § 86; *Süheyla Aydın/Türkiye*, B. No: 25660/94, 25/5/2005; *Salman/Türkiye*, B. No: 21986/93, 27/6/2000; *İpek/Türkiye*, B. No: 25760/94, 14/5/2002; *Koku/Türkiye*, B. No: 27305/95, 31/5/2005; *Akkum ve diğerleri/Türkiye*, B. No: 21894/93, 24/4/2005; *Yaşa/Türkiye*, B. No: 22495/93, 2/9/1998.

21 *Association for European Integration and Human Rights and Ekimdzhiev/Bulgaristan*, B. No: 62540/00, 28/6/2007, § 61.

22 Santa Farma İlaç Sanayi şirketi işçilerine ödediği ücretlerden kesinti yapmak suretiyle ödediği gelir vergisini geri istemiştir. Anayasa Mahkemesi, fazla yapılan ödemeler işçilerin ücretlerinden kesilmek suretiyle yapıldığından fazlaya ilişkin hakların işçilere ait olduğunu ve ihlalden doğrudan etkilenenlerin şirketin çalışanları olan gerçek kişiler olduğunu ifade ederek, tüzel kişiliğe ait bir hakkın bulunmadığına karar vermiştir. Bkz. *Santa Farma İlaç Sanayi A.Ş.*, B. No: 2013/5554, 6/2/2014, §§ 34-36.

23 Gilbert, G. (2002). "The Burgeoning Minority Rights Jurisprudence of the European Court of Human Rights", *Human Rights Quarterly*, C. 24., S. 3., s. 740.

24 Bkz. Pamphlet No. 7 of the UN Guide for Minorities, https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/GuideMinorities7en.pdf (Erişim Tarihi: 27/11/2023)

AİHM içtihadından hareketle kişi topluluğu adına yapılacak başvurularda, üç hususun ortaya konulması gerektiği söylenebilir. Birincisi ortak bir amaç veya menfaat etrafında bir araya gelmiş bir *"topluluk bulunduğunun"* ortaya konulmasıdır. İkincisi topluluk adına başvuran üyelerin *"toplulukla olan bağını"* ortaya koymasıdır. Üçüncüsü, "*topluluğa ait haklar"* kapsamında başvuruda bulunulmasıdır. Dolayısıyla toplulukla hiçbir bağı bulunmayan ya da topluluğa özgü haklar için başvurmayan kişilerin kişi topluluğu adına başvurduğu kabul edilmeyecektir. Kişi toplulukları adına, topluluk üyesi olan kişiler doğrudan ya da temsilcileri aracılığı ile başvuru yapabilmektedir[25]. AİHM, *Forcadell I Lluis And Others/İspanya* kararında İspanya'nın Katalonya Özerk Topluluğu Parlamentosunun 76 üyesi tarafından yapılan bireysel başvuruda, başvurunun kurumsal olarak Parlamento ile değil "parlamento grupları" ile ilgili olduğu değerlendirmesi yaparak, başvuruculların mağdurluk durumunu, AİHS'n 34. maddesi bağlamında "birey grubu" (group of individuals) olarak kabul edilebilir bulmuştur[26].

Kişi topluluğu olmak ortak bir amaç etrafında en az iki veya daha fazla kişinin birlikte hareket etmesini gerektirmektedir. Başvurucular kendilerinin kişi topluluğu olduğunu ortaya koyduktan sonra, toplulukla olan bağlarını ve topluluğa dönük haklarının ihlal edildiğini ileri sürmesi gerekecektir. AİHM, *Nepomnyashchiy and Others/Rusya*, kararında üç LGBT üyesinin yaptığı başvuruda *"Mahkeme, belirli bir düzeye ulaştığında bir gruba yönelik olumsuz kalıp yargıların, grubun kimlik duygusunu ve grup üyelerinin öz değer ve özgüven duygularını etkileyebileceğine hükmetmiştir[27]"*. Grup üyelerinin özel hayatını etkilemesi nedeniyle LGBT grubuna üye üç kişinin yaptığı başvuru AİHS'in 34. maddesi bağlamında kabul edilebilir bulunmuştur.

Topluluk adına başvuru yapanların etkilenen hak ve menfaatlerinde *ortaklık bulunması* gerekmektedir. Her biri farklı hak ve talepte bulunan kişilerin, topluluk ortak hak ve menfaati adına başvuru yaptığı kabul edilemez. Bir grup veya derneğin üyeleri mağdur olduğunda hem bireysel hem de grup olarak başvuru gündeme gelebilir. Kişi topluluklarının *"özerk varlığı"* kabul edildiğinden (the autonomous existence of communities) kamu gücünden kaynaklı müdahale doğrudan kişi topluluğunun haklarına dönük olmalıdır[28]. Kamu gücünün müdahalesi topluluğun hak ve menfaatlerine değil tek bir üyeye yönelikse burada kişi topluluğunun hak özneliği değil, bireyin hak

25 AİHM'nin konuyla ilgili içtihadı için bkz. *Church of Bessarabia and Others/Moldova,* B. No: 45701/99, 13/12/2001; *T.G. Hadjithomas, Hadjithoma, Hadjithoma-Hapeshi, N.T. Hadjithomas, AntoniouHadjithoma & Thomas, Christoforos, Andreas & Savvas Hadjithomas/Türkiye*, B. No: 39970/ 98, 11/6/2000; *Canea Catholic Church/Yunanistan*, B. No: 143/1996/762/963, 16/12/1997, §§ 16-20.

26 *Forcadell I Lluis and Others/İspanya,* B. No: 75147/17, 11/10/2017.

27 *Nepomnyashchiy and Others/Rusya*, B. No: 39954/09 ve 3465/17, 30/8/2023, § 57.

28 *Hasan and Chaush/Bulgaristan*, B. No: 30985/96, 26/10/2000, § 62.

özneliği gündeme gelecektir. Topluluk üyesi kendi kişisel menfaatinin topluluk hakları bağlamında ihlal edildiği iddiasında bulunması gerekecektir. Aksi hâlde, kişinin topluluk hakları dışında kendi kişisel menfaatinin ihlal edildiği iddiası *"birey adına yapılan başvuru"* niteliğinde görülecektir. AİHM, grup adına yapılan başvuruyu niteliği olarak bireysel başvuru kabul ederse, başvuruyu bireysel başvuru olarak incelemektedir[29].

II. DİN VE İNANÇ TOPLULUKLARI KAVRAMI

Uluslararası insan hakları belgelerinde "din" (religion) kavramı tek başına değil "din veya inanç" (religion or belief) şeklinde birlikte kullanılmaktadır. Din veya inanç kavramlarına dönük açık bir tanımlama yapılmaktan kaçınılmaktadır[30]. Buna karşın "din" veya "inanç" kavramları sadece geleneksel dinler ve inançları kapsayacak şekilde dar yorumlanmamaktadır. Din veya inanç özgürlüğü teist veya ateist inançları veya herhangi inancı açıklama özgürlüğünü de kapsamaktadır[31]. Din veya inanç özgürlüğü tek başına veya topluca kullanılması önceden izin veya başka bildirim yükümlülüğüne tabi tutulamaz. Bu özgürlük bireysel veya dinî topluluklar şeklinde kullanılabilir. Hem Birleşmiş Milletler (BM) Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 18. hem de AİHS'nin 9. maddesinde, "dinini topluca (...) açıklama özgürlüğü" güvence altına alınmaktadır[32].

29 Bkz. Pamphlet No. 7 of the UN Guide for Minorities.

30 Venedik Komisyonu tarafından 59. Genel kurulda 18 ve 19 Haziran 2004 tarihinde kabul edilen "Din veya inançları etkileyen yasaların incelenmesinde temel çizgiler" başlıklı belgede "'Din' tanımı. Mevzuatta sıklıkla 'din' veya bu kelimeyle bağlantılı terimlerin açıklanması konusunda anlaşılabilir bir girişim mevcuttur ('mezhep', 'ekol', 'geleneksel din', vb.). Bu terimlere ilişkin olarak uluslararası hukukta genel anlamda kabul edilmiş bir tanım bulunmamaktadır" denilmiştir. Buna karşın "Uluslararası standartlarda münferit anlamda bir dinden ziyade, 'din veya inançtan' bahsedilir. 'İnanç' yönü genellikle insanlık ve dünya hakkında asli olan ve derinden inanılan vicdani inanışlarla ilgili olarak ortaya çıkar. Bu nedenle örneğin ateizm ve agnostisizmin genel olarak dini inançlara sağlanan korumadan eşit şekilde faydalanması gerektiği kanaati oluşmuştur." denilmektedir. Bkz. Venice Commission, Guidelines for Legislative Reviews of Laws Affecting Religion or Belief, Adopted by the Venice Commission at its 59th Plenary Session (Venice, 18-19 June 2004), CDL-AD(2004)028, Strasbourg, 19 July 2004, s. 4. p. 2-3.

31 Komite'nin 22 No.lu genel yorumuna göre "Madde 18, din veya inancını açıklamama hakkıyla birlikte, teizm, nonteizm ve ateizm inançlarını da koruma altına alır. "İnanç" ve "din" ifadeleri, geniş kapsamlı olarak yorumlanır. Madde 18 uygulamada, geleneksel dinler veya geleneksel dinlere benzer özellik ve uygulamalara sahip olan din ve inançlarla sınırlı değildir. Bu nedenle Komite, yeni kurulmuş olmaları veya hâkim olan dini topluluklar açısından düşmanlığa maruz kalabilecek dini azınlıkları temsil etmeleri gibi sebepler de dâhil olmak üzere; herhangi bir gerekçeyle din veya inançlara karşı ayrımcılık yapılması eğilimini endişeyle karşılamaktadır". Bkz. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, 22 No'lu Genel Yorum Beyanı. Bkz. UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.1, 35 (1994), p. 2.

32 Uluslararası insan hakları hukukunda din ve inançların başkalarıyla birlikte topluca açıklanma biçimleri olarak; din veya inançla bağlantılı bir şekilde toplanma özgürlüğünü, tören ve ayinlerin yapılması, ibadet yerlerinin inşası ve muhafazası, ayırt edici kıyafetler

Din veya inanç özgürlüğünden yararlanmak, bir grubun tüzel kişilik statüsü elde edip etmediğine bağlanamaz[33].

Din veya inanç toplulukları (Religious or Belief Communities) kavramı en açık bir şekilde, Avrupa Konseyi (AK) Venedik Komisyonu ve Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı (AGİT) Demokratik Kurumlar ve İnsan Hakları Bürosu (DKİHB) tarafından 13-14 Haziran 2014 tarihinde kabul edilen ve 16 Haziran 2014 tarihinde yayımlanan, AGİT Kılavuz İlkeleri adlı belgede tanımlanmıştır[34]. Bu belgeye göre, *"Bu belgede, din veya inanç özgürlüğünü kullanmak amacıyla başkalarıyla birlikte topluca hareket eden bireyler "din veya inanç toplulukları" (religious or belief communities) olarak anılacaktır. Kendi ulusal hukuk düzenleri içerisinde tüzel kişilik tanınmış olan din veya inanç toplulukları ise "din veya inanç kuruluşları" (religious or belief organizations) olarak anılacaktır*" denilmektedir[35]. Görüldüğü gibi bu belgede kişi topluluklarından tüzel kişiliği olmayanlar "din veya inanç toplulukları"; olanlar ise "din veya inanç kuruluşları" olarak tanımlanmıştır.

III. DİN VEYA İNANÇ TOPLULUKLARININ HUKUKİ STATÜSÜ

AGİT Kılavuz İlkeleri din veya inanç topluluklarının tanınması konusunda uluslararası asgari standartları içeren en temel belge kabul edilmektedir. Bu Kılavuz ilkeler bağlayıcı bir sözleşme niteliğinde olmasa da hukuki geçerliliği 1989 tarihli Viyana Belgesi'ne dayandırılmaktadır. Viyana Belgesi'nin 16.3. paragrafında *"mensup oldukları Devletin anayasal çerçevesi içerisinde inançlarını yaşayan veya yaşamaya hazır olan inanç topluluklarının, söz konusu ülkede bu türden topluluklara sağlanan statünün kendilerine de tanınması yönündeki taleplerini karşılamayı"* taahhüt etmişlerdir[36]. Bu taahhüt AGİT üyesi devletlerde kişi topluluklarına sağlanan statünün din veya inanç topluluklarına da tanınmasını içermektedir. AGİT Kılavuz İlkeleri arasında, din ve inanç topluluklarına tüzel kişilik hakkı tanınmasının gereği şu şekilde ortaya konulmuştur:

---

giyme veya başörtüsü takma, bir grubun dinini uygularken belirli bir dili kullanması, uygun hayır kuruluşları veya insani kuruluşlar kurma ve sürdürme özgürlüğü ile tatil ve istirahat günlerine riayet edilmesi, kendi hiyerarşik ve kurumsal yapılarına göre örgütlenme, kendi liderini ve personelini seçme, ruhban okulları ve dini okullar kurma özgürlüğünü, uygun kurumlarda din personeli eğitme özgürlüğünü, bir din veya inancın dini tören veya gelenekleriyle bağlantılı olarak gereken akideleri ve materyalleri yeterli miktarda üretme, edinme ve kullanma hakkını, ulusal ve uluslararası seviyelerde, seyahat, hac ve toplantılara ve başkaca dini etkinliklere katılım hakkını kapsamaktadır. Bkz. Venice Commission/OSCE-ODIHR. (2014). p. 12-16. Ayrıca bkz. BM Din veya İnanca Dayanan Her Türlü Hoşgörüsüzlüğün ve Ayrımcılığın Tasfiye Edilmesine Dair Bildiri, p. 6.

33 Venice Commission/OSCE-ODIHR. (2014). p. 21.

34 Belgenin Türkçe versiyonu için bkz. Venedik Komisyonu/AGİT-DKİHB. (2015).

35 Venice Commission/OSCE-ODIHR. (2014). p. 11.

36 a.g.e. s. 4.

> *"Tüzel kişilik statüsü hakkı din veya inanç özgürlüğünün tam anlamıyla hayata geçirilmesi bakımından can alıcı bir öneme sahiptir. Tüzel kişiliğe erişim olmadan bu alanda örgütlü cemaat yaşamının birçok kilit unsuru imkânsız veya son derece güç hale gelmektedir. Bunlar arasında, banka hesabı açtırmak ve cemaate, üyelerine ve malvarlıklarına yargısal koruma sağlamak; dini yapıların mülkiyetinin devamlılığını sağlamak; yeni dini yapılar inşa etmek; okullar ve yüksek öğrenim kurumları kurmak ve işletmek; dini âdet ve törenlerinde kullanılan nesnelerin daha yüksek ölçekte üretimini kolaylaştırmak; personel istihdam etmek; ve medya faaliyetlerine girişmek ve bunları yürütmek de yer almaktadır[37]"*.

Uluslararası insan hakları hukukunda din veya inanç topluluklarına tüzel kişiliği olup olmadığına bakmaksızın hak özneliği tanınmaktadır. Ancak din veya inanç toplulukları, hukuki alanda işlem yapabilmeyi sağlamak amacıyla "din veya inanç kuruluşları" kurmayı yani tüzel kişilik elde etmeyi tercih edebilir[38]. Ulusal hukuk düzenlerinde kişi topluluklarına, dernek veya şirket gibi genel tüzel kişilik elde etme hakkı verildiği gibi *din veya inanç topluluklarına özgü tüzel kişilik* hakkı getirilebilmektedir[39]. AGİT Kılavuz İlkelerine göre devletler *"Din veya inanç topluluklarının kendi istekleri üzerine tüzel kişiliğe erişimini sağlama yükümlülüğü"* altındadır. Ayrıca devletler *"tüzel kişiliğe erişim elde etmenin din veya inanç toplulukları açısından diğer gruplar veya topluluklar açısından olduğundan daha güç kılınmamasını sağlamak durumundadırlar[40]"*. AGİT Kılavuz İlkelerine göre *"din veya inanç topluluklarının tüzel kişiliğe erişimi hızlı, şeffaf, adil, kapsayıcı olmalı ve ayrımcılık içermemelidir[41]"*. *"Tüzel kişilik statüsü elde etme süreci mümkün olduğunca çok topluluğa açık olmalı, hiçbir topluluk geleneksel veya tanınmış bir din niteliği taşımadığı gerekçesiyle veya din veya inanç konusunda aşırı dar yorum veya tanımlara dayanılarak bu süreç dışında bırakılmamalıdır[42]"*. Dolayısıyla din veya inanç toplulukları haklardan yararlanmak bakımından belli bir tüzel kişilik elde etme yönünde zorlanamaz. Ancak hukuk düzeninin benzer durumdaki kişi topluluklarına tanıdığı genel veya müstakil tüzel kişiliklere erişim hakkı ayrımcı uygulamalarla engellenemez[43].

---

37 a.g.e. p. 20.

38 a.g.e. p. 17.

39 Karşılaştırmalı hukuk örneklerine bakıldığında ABD'nin Pennsylvania Eyaleti'nde, dini topluluklar tüzel kişilik elde etmek için ticari kuruluşlar (dernekler, şahıs şirketleri, genel ortaklıklar, sınırlı sorumlu ortaklıklar ve sınırlı sorumlu şirketler gibi) veya kâr amacı gütmeyen kuruluşlar (dernek) kurabilmektedir. Estonya'da din ve inanç topluluklarının tüzel kişiliği konusu Kâr Amacı Gütmeyen Kuruluşlar Kanunu ve Kiliseler ve Dini Cemaatler Kanunu (CCA) ile düzenlenmektedir. CCA beş farklı dini kuruluş öngörmektedir: (1) kiliseler; (2) dini cemaatler; (3) cemaat birlikleri; (4) manastırlar; ve (5) dini dernekler". Bkz. a.g.e. p. 19.

40 a.g.e. p. 17.

41 a.g.e. p. 24.

42 a.g.e. p. 26.

43 a.g.e. p. 23.

Demokratik bir toplumda çoğulculuğun zorunlu unsuru olarak, din veya inanç topluluklarının *"özerk varlığının tanınması*" esas kabul edilmektedir. Özerk varlık olarak tanınma aynı zamanda "dinini topluca açıklama özgürlüğünün" ayrılmaz parçası görülmektedir[44]. Tüzel kişiliğe erişim hakkı sağlanırken, din veya inanç topluluklarının *"özerkliğine saygı"* gösterilmelidir. Bu bağlamda devletler mevzuatlarında; liderini belirleme, iç düzen kurallarını serbestçe yapabilme, inancın maddi içeriğine karışılmama, topluluğun yapısına müdahale etmeme ve ruhban sınıfının görevlendirilme yöntemlerine karışılmama, isim ve diğer sembollere ilişkin hususları din veya inanç topluluğuna bırakma şeklinde düzenleme yapması gerekmektedir. Devletler tüzel kişilik tescil işleminde, *"Bir dini kuruluşun statü ve niteliğine ilişkin şekli bir inceleme yapmak yerine esasa yönelik değerlendirmeden kaçınmalıdır"*. Din veya inanç topluluklarının örgütlenmesinde farklı uygulamalar olabileceği göz önünde bulundurularak, ulusal mevzuatta bu konuda geniş bir esneklik sağlanmalıdır[45]. Tüzel kişilik elde etme hakkının engellenmesi *"Örgütlenme özgürlüğü ışığında yorumlandığında din veya inanç özgürlüğü hakkının kullanımına yönelik bir müdahale teşkil etmektedir*". Tüzel kişiliğe erişim hakkının engellenmesi veya keyfî olarak geri alınması, başta kişi topluluğu olarak dinî grubun veya grup üyelerinin din ve inanç özgürlüğüne ve örgütlenme özgürlüğüne bir müdahale kabul edilmektedir[46].

Özetle uluslararası insan hakları hukukunda, *"din veya inanç özgürlüğünü kullanmak amacıyla başkalarıyla birlikte topluca hareket eden bireyler "din veya inanç toplulukları" (religious or belief communities)* olarak tanımlanmaktadır. Din veya inanç toplulukları tüzel kişiliğe erişmek hakkı bakımından zorlanamaz. Ancak hukuk düzeninde var olan tüzel kişiliklerden birine erişme hakkı da engellenemez. İster tüzel kişiliği olsun ister olmasın, hukuk düzeninde kişi topluluklarına tanınan tüm haklardan niteliğine uygun düşenlerden yararlanma hakkına sahip kabul edilmelidir. Bu kapsamda bireysel başvuru hakkından tüzel kişiler yanında tüzel kişiliği olmayan din veya inanç toplulukları da hak öznesi olarak yararlanmaktadır.

Bu çalışmada din veya inanç topluluklarının bireysel başvuru hakkı tüzel kişiliğe sahip olmayan topluluklar açısından ele alınmaktadır. Bu kapsamda öncelikle uluslararası insan hakları mekanizmalarında din veya inanç topluluklarının da başvurabileceği bireysel başvuru yolları incelenmektedir. Daha sonra da Türkiye'de din veya inanç topluluklarının bireysel başvuru hakkı üzerinde durulmaktadır.

44 a.g.e. p. 18.
45 a.g.e. p. 31.
46 a.g.e. p. 19.

IV. ULUSLARARASI BİREYSEL BAŞVURU MEKANİZMALARINDA DİN VEYA İNANÇ TOPLULUKLARININ HAK ÖZNELİĞİ

Uluslararası insan hakları mekanizmaları, sözleşme dışı mekanizmalar ve sözleşme içi mekanizmalar şeklinde ayrılmaktadır. BM sistemi içinde *"İnsan Hakları Organları ve Mekanizmaları"* (the United Nations Human Rights Bodies and Mechanisms), oldukça geniş bir yer tutmaktadır[47]. BM sistemi içinde insan hakları koruma mekanizmaları iki başlık altında ele alınmaktadır. Birincisi, BM Şartı temelinde ve BM'ye üye olma koşuluyla işletilen *"sözleşme dışı koruma mekanizmaları"*dır. İkincisi, BM tarafından hazırlanıp üye devletlerce kabul edilen sözleşmelere dayalı olarak kurulan *"sözleşme içi koruma mekanizmaları"*dır.

A. BM SÖZLEŞME DIŞI BİREYSEL BAŞVURU MEKANİZMALARINDA HAK ÖZNELİĞİ

BM *"sözleşme dışı koruma mekanizmaları" (extra-conventional mechanisms)*, BM Örgütü'nün kurucu belgesi olan BM Şartı'na dayalı olarak oluşturulmuş mekanizmalardır. Bu nedenle bu mekanizmalara *"Şart temelli koruma mekanizmaları"* da denilmektedir. BM Şartı'nın 1. maddesinde *"ekonomik, sosyal, kültürel ve insancıl nitelikteki uluslararası sorunları çözmede ve ırk, cinsiyet, dil ya da din ayrımı gözetmeksizin herkesin insan haklarına ve temel özgürlüklerine saygının geliştirilip güçlendirilmesinde uluslararası iş birliğini sağlamak"* amacı açıkça belirtilmiştir (m. 1/3). BM Şartı'nın 1. maddesinde belirlenen insan hakları alanında *"uluslararası iş birliği"* yükümlülüğü sözleşme dışı denetimlerin temeli sayılmaktadır.

Sözleşme dışı koruma mekanizmaları, BM'ye *"üye devlet"* temelinde işleyen mekanizmalardır. Üye devletler BM Örgütü'nün hazırladığı insan hakları sözleşmelerine taraf olmasalar bile, iş birliği ilkesi çerçevesinde oluşturulan, sözleşme dışı koruma mekanizmalarının denetimine tâbidir. Bu mekanizmalara sözleşme-dışı denmesinin nedeni, bir insan hakları sözleşmesi içinde oluşan mekanizma olmadığını ifade etmek içindir.

İnsan Hakları Konseyi (Human Rights Council), Genel Kurulun 15 Mart 2006 tarih ve 60/251 sayılı kararı[48] ile İnsan Hakları Komisyonu'nun yerine kurulmuştur[49]. Konsey, BM sisteminde, *"Genel Kurula bağlı"* olarak insan hak-

47 Somson, K. T. (1992). Human Rights Coordination Within The UN Sistem, içinde Alston, P. (Ed.), *The United Nations and Human Rihgts, A Critical Appraisal*, Oxford: Clarendon Press, s. 620.

48 United Nation General Assembly, Resolution adopted by General Assembly 60/251. Human Rights Council, A/Res/60/251, 3 April 2006.

49 Konsey'in kurulmasından sonra İnsan Hakları Komisyonu, 27 Mart 2006 tarihli 62. toplantısında, Ekonomik ve Sosyal Konseyin 22 Mart 2006 tarih ve 2006/2 sayılı kararı doğrultusunda çalışmalarına son verdiğini açıklamıştır. Böylece BM sisteminde insan hakları alanında çok önemli görevler üstlenmiş olan "İnsan Hakları Komisyonu" 60 yıllık çalışma

ları çalışmalarının *"koordinasyon merkezi"* olarak düşünülmüştür[50]. Konsey'in kurulmasına ilişkin Genel Kurul kararında, Konseyin İnsan Hakları Komisyonu yerine Cenevre'de BM Genel Kurulunun *"ikincil organı" (subsidiary organ)* olarak kurulacağı; hiçbir ayrım yapmadan eşit bir şekilde tüm insan hakları ve temel özgürlüklerinin korunması ve evrensel saygının sağlanmasından sorumlu olacağı ifade edilmiştir. Konsey'in, görevini yerine getirirken, evrensellik, tarafsızlık, objektiflik, ayrım yapmama, uluslararası diyalog ve iş birliği ilkelerine göre hareket edeceği ifade edilmiştir[51]. İnsan Hakları Konseyi 2007 yılında sözleşme dışı denetim mekanizmalarını *"şikâyet yöntemi"*, *"özel yöntemler"* ve *"evrensel periyodik izleme yöntemi"* şeklinde üç başlık altında toplamıştır. Evrensel periyodik izleme yöntemi kapsamında şikâyet usulü bulunmadığından, kişi topluluklarının bu mekanizmayı kullanması söz konusu değildir[52]. Ancak, İnsan Hakları Konseyi önünde "şikâyet yöntemi" ve "özel yöntemler" kapsamında din veya inanç toplulukları hak öznesi kabul edilerek bireysel başvuru hakkı tanınmaktadır.

1. İnsan Hakları Konseyi Şikâyet Yöntemi

BM İnsan Hakları Konseyi bünyesinde yürütülen şikâyet yöntemi, *"yoğun ve sistematik insan hakları ihlalleri"* karşısında işletilen bir yöntemdir. Bu yöntemin geçmişi, Ekonomik ve Sosyal Konsey'in, 27 Mayıs 1970 tarihinde kabul ettiği 1503 sayılı karara dayanmaktadır. 1503 Yöntemi'nde, belli haklara yönelik bireysel ihlaller değil, tüm insan haklarına ilişkin *"ağır ve sistematik insan hakları ihlalleri"* incelenmektedir. Bu incelemede önemli olan nokta, başvuruların sistemli ve uzun süre içerisinde çok sayıda kişiyi ilgilendiren hak ihlallerini içermesidir[53].

---

döneminin sonunda feshedilmiştir. Komisyon, Genel Kurulun 15 Mart 2006 tarih ve 60/151 sayılı kararını hatırlatarak, tüm işlevlerini İnsan Hakları Konseyine devretmiştir. Ayrıca insan hakları alanındaki tüm raporları, Konsey'in Haziran 2006'da yapacağı ilk toplantısına havale etmiştir. https://digitallibrary.un.org/record/577029?ln=en (Erişim Tarihi: 19/11/2023). İnsan Hakları Konseyi kurulmasına ilişkin Genel Kurulda yapılan oylamada 170 olumlu, 4 karşı (İsrail, Marşal Adaları, Palau, ABD) ve 3 çekimser (Belarus, İran, Venezüella) oyla karar alınmıştır. Bkz. http://www.un.org/News/Press/docs/2006/ga10449.doc.htm (Erişim Tarihi: 19/11/2023)

50 Bkz. Human Rights Council, A/Res/60/251, 3 April 2006, p. 7.

51 a.g.e. p. 1-4.

52 İnsan Hakları Konseyi'nin kurulmasına ilişkin BM Genel Kurulu'nun 2006 tarih ve 60/251 sayılı kararında, Konsey'e yeni ve özgün bir görev olarak *"Evrensel Periyodik Gözden Geçirme" (Universal Periodic Review/UPR)* görevi verilmiştir. Bu kapsamda Konsey, evrensel düzeyde ve eşit bir şekilde, her bir devletin insan hakları yükümlülük ve taahhütlerini yerine getirip getirmediğini, objektif ve güvenilir bilgilere dayanarak evrensel periyodik gözden geçirmeye tâbi tutmaktadır. Gözden geçirme, ilgili devletin kapasitesini geliştirmek üzere, tam bir dayanışma içinde işletilen ve karşılıklı diyaloğa dayanan bir iş birliği mekanizmasıdır. Bu mekanizma, sözleşme içi mekanizmaların benzeri değil, tamamlayıcı parçası konumundadır. Bkz. a.g.e. p. 5/a-j

53 Konsey'in kararı hakkında bk. http://www.ohchr.org/english/bodies/chr/complaints.htm, (Erişim Tarihi: 18/11/2023)

Konsey, 18 Haziran 2007 tarih ve 5/1 sayılı kararı ile 1503 yöntemini *"Şikâyet Yöntemi" (Complaint Procedure)* adıyla yeniden yapılandırmıştır[54]. Şikâyet yöntemi ile dünyanın herhangi bir yerinde ve herhangi bir koşul altında gerçekleşen *"yoğun ve sistematik insan hakları ihlalleri"* incelenmektedir. Şikâyet yöntemine, doğrudan hak ihlaline uğrayan *bireyler, gruplar ya da hükümet dışı örgütler* başvuru yapabildiği gibi mağdur olmasa bile bu tür ihlaller hakkında güvenilir bilgiye sahip kişiler ve kişi grupları da başvuru yapabilmektedir[55]. Bu yöntem daha önceki 1503 Yöntemi'nde olduğu gibi gizlilik içinde, ilgili devletle iş birliği kapsamında işletilmektedir. Yöntemin işleyişinde, tarafsızlık, objektiflik, etkinlik, mağdur merkezli olma ve zamanında işleme ilkeleri benimsenmiştir[56]. İnsan Hakları Konseyi, birey veya birey gruplarının başvuruları üzerine BM'ye üye ülkelerde gerçekleşen sistematik hak ihlallerine yönelik BM organlarını ve uluslararası kamuoyunu harekete geçirme işlevi görebilmektedir[57]. Yöntem gizli yürütüldüğünden bu yöntem kapsamında yapılan incelemeler yayımlanmamaktadır[58].

54 Human Rights Council. (2007). Institution-building of the United Nations Human Rights Council, 9th meeting 18 June 2007, p. 85-108.

55 Şikâyet yöntemine başvuru koşulları Konsey'in 5/1 sayılı kararında belirlenmiştir. Buna göre, başvurular BM Şartı'nın ve insan hakları belgelerinin temel amaçlarıyla uyumlu olmalı ve politik amaçlı yapılmamalı; ihlal edildiği iddia edilen haklar da dahil olmak üzere, iddia edilen ihlallerin açık bir tanımı yapılmalı; başvuruda küfürlü bir dil kullanılmamalı; bir insan hakkı ihlalinden mağdur olan birey veya *birey grupları* ya da doğrudan ve güvenilir bir bilgiye sahip olan sivil toplum örgütleri başvuru yapmalı; iç hukuk yolları tüketilmeli, ancak ulusal çözümlerin etkin olmayacağı ya da çözümün makul sürede gerçekleşmeyeceği inandırıcı bir şekilde görünüyorsa iç hukuk yolları tüketilmeden başvuru yapılmalıdır. a.g.e. p. 87.

56 a.g.e. p. 86.

57 Şikâyet yönteminin son aşamasını, İnsan Hakları Konseyi'nin incelemesi ve karar vermesi oluşturmaktadır. Konsey, Durumlar Çalışma Grubu tarafından yılda en az bir kez veya gerekli sıklıkta önüne getirilen *"yoğun ve sistematik insan hakları ihlallerini"* görüşmektedir. Durumlar Çalışma Grubunun seçip Konsey'e gönderdiği ihlal durumlarının kapsamlı ve derinlemesine bir incelemeye gerek duyulup duyulmadığına Konsey karar verir. İnsan Hakları Konseyi toplantılarına, önceki aşamalardan farklı olarak ilgili hükümetler, kendilerini ilgilendiren özel oturumlarda temsilci göndermeye ve sorunlara yanıt vermeye davet edilir. İnsan Haklar Konseyi ilgili devlet temsilcisinin de katılabildiği kapalı oturumda son kararı görüşür. Bu görüşmede Konsey'in önünde çeşitli seçenekler bulunmaktadır. Konsey isterse, söz konusu durum hakkında toplanacak yeni bilgiler ışığında *"tekrar görüşmeye"* karar verebilir. İkinci olarak *"durumun izlenmesine"* karar verip, *"soruşturma yapmak"* üzere bir bağımsız uzman atama kararı alabilir. Gizli soruşturma yöntemi altında incelemeye son vererek, *"kamuoyuna konuyu açabilir"*. İnsan Hakları Yüksek Komiserliği (OHCHR) ilgili devlete konu hakkında teknik destek sağlamak, danışmanlık yapmak ve kapasite geliştirme yardımında bulunmak konusunda tavsiyede bulunmaktadır. Son olarak, daha başka alınabilecek bir önlem yoksa incelemeyi sona erdirmektir. Bkz. a.g.e. p. 106-109.

58 Şikâyetleri incelemek üzere İnsan Hakları Konseyi tarafından *"Şikâyetler Çalışma Grubu"* (Working Group on Communications) ve *"Durumlar Çalışma Grubu"* (Working Group on Situations) şeklinde iki birim oluşturulmuştur. Şikâyetler Çalışma Grubu 3 yıllığına seçilen 5 üyeden oluşmakta ve şikâyetleri kabul edilebilirlik açısından incelemektedir. Şikâyetler Çalışma Grubu yaptığı incelemede, söz konusu başvuruların, *"açık ve sistemli bir ihlaller bütünü"* olup olmadığını ve *"yeterli kanıtların"* bulunup bulunmadığını incelemektedir. Yapılan başvurular içerisindeki bireysel mağduriyetleri ayıklar ve Durumlar Çalışma Grubuna seçtiği başvuruları iletir. Grup toplantıları gizlidir, reddedilen başvurular hakkında

2. İnsan Hakları Konseyi Özel Yöntemler Bildirim Usulü

İnsan Hakları Konseyi bünyesinde oluşturulmuş sözleşme dışı mekanizmalardan biri de *"Özel Yöntemler"*dir *(Special Procedures)*. Özel yöntemler, belli bir ülkedeki ya da tüm dünyada belli bir konuda, insan haklarının durumunu incelemek üzere atanan "bağımsız insan hakları uzmanları" (independent human rights experts) tarafından yapılan incelemelere dayanan mekanizmaların genel adıdır[59]. Özel raportör, çalışma grubu ya da bağımsız uzman şeklinde atanarak oluşturulan bu yöntemlerin her birinin oluşum şekli ve çalışma yöntemleri arasında farklılıklar bulunmakla birlikte, aralarında amaç ve işlev olarak birçok ortak noktanın bulunması bunların hepsine birden *"özel yöntemler"* adı verilmesine neden olmuştur[60]. Özel yöntemler uzmanları ücret almazlar ve 3 yıl süreyle bu göreve seçilirler. Bir kişi en fazla iki dönem görev alabilir. Ekim 2022 itibarıyla 45 tematik ve 14 ülke yetkisi bulunmaktadır[61].

İnsan Hakları Konseyi Özel Yöntemleri, ayrıntıda farklılıklar bulunmakla birlikte, *"ülkesel ve konusal"* olmak üzere ikiye ayrılmaktadır[62]. *Konusal yetkiler*,

başvurucuya bilgi verilmez, yalnızca alınan karar konusunda ilgili hükümete bilgi verilir. Kabul edilebilir bulunan şikâyetler incelenmek üzere Durumlar Çalışma Grubuna gönderilir. Durumlar Çalışma Grubu 1 yıl süreliğine seçilen 5 üyeden oluşmaktadır. Durumlar Çalışma Grubunun görevi, Şikâyetler Çalışma Grubundan gelen başvurulara ilişkin raporu ve tavsiyeleri incelemektir. Ele alıp incelediği *"özel durumun"* İnsan Hakları Konseyine gönderilmesine ya da kapatılmasına karar vermekte ve Konsey'in *"incelemede tutacağı durumlara"* ilişkin gizli bir rapor sunmaktadır. Durumlar Çalışma Grubu hazırladığı raporda, problemli durumları ortaya koyar, Konsey'in yapabileceği işlem hakkında öneride bulunur. Durumlar Çalışma Grubunun toplantıları gizlidir. Ne hükümet temsilcileri ne de şikâyette bulunan toplantılara katılabilir. Bkz. a.g.e. p. 89-99.

59 Birleşmiş Milletler Özel Yöntemler hakkında bkz. United Nations Human Rights Office of the High Commissioner. (2023). *Special Procedures of the Human Rights Council*, https://www.ohchr.org/en/special-procedures-human-rights-council (Erişim Tarihi: 20/10/2023)

60 Özel yöntemler kapsamında, özel raportör, Genel Sekreter özel temsilcisi, Genel Sekreter temsilcisi, İnsan Hakları Konseyi temsilcisi, bağımsız uzman ya da uzmanlardan oluşan çalışma grupları şeklinde birbirinden farklı isimlerde uzmanlar atanmaktadır. İsim farklılıkları bu uzmanlar arasında bir hiyerarşi anlamına gelmediği gibi verilen yetkilerin niteliği açısından da bir farka işaret etmez. Önemli olan bu uzmanlara verilen yetkinin kapsamıdır. Bu farklı isimlendirmeler karşısında hepsini ifade etmek üzere, "uzmanlar" ifadesi kullanılabilmektedir. Uzmanlar özellikle, emekli ya da görevini sürdüren yüksek hâkimler, öğretim üyeleri, hukukçular, ekonomistler, BM Örgütünün eski yüksek memurları ve hükümet dışı örgütlerin üyeleri arasından seçilirler. Uzmanların seçiminde farklı bölgelerden olmalarına ve cinsiyet dağılımına dikkat edilir. Bölgesel dağılımda, Afrika, Asya, Latin Amerika ve Karayipler, Doğu Avrupa ile Batı Avrupa ve Diğer Ülkeler arasındaki bölgesel denge gözetilmektedir. Seçilen uzmanlar, çoğunlukla tam zamanlı bir işi bulunan, BM için kısmi süre çalışan ve herhangi bir ücret almayan kişilerdir. Atanacak kişilerde *"uzmanlık"*, *"profesyonellik"* ve *"bağımsızlık"* koşulları aranmaktadır. Bu nedenle atanacak kişilerin kendi *"ülkelerinin hükümetlerinde karar verme süreçlerinde görev alan kişilerden olmaması"* gerekmektedir. Bkz. United Nations, Office of the High Commissioner for Human Rights, Human Rights A Basic Handbook for UN Staff, s. 49. United Nations, Seventeen frequently asked question about the United Nations special rapporteurs, Human Rights Fact Sheet No. 27, s. 1-6. 5, 8.

61 United Nations Human Rights Office of the High Commissioner. (2023).

62 Özel Yöntemlerin yapısı ve işleyişi hakkında 1999 tarihinde 6. olağan toplantıda

(thematic mandates) BM'ye üye tüm ülkelerde, belli bir konuda insan hakkına yönelik ihlallerle ilgili olarak ülkelerin insan hakları sözleşmelerine taraf olup olmadığına bakmaksızın inceleme yapmakla yetkili yöntemlerdir[63]. *Ülkesel yetkiler* (Country mandates) belli bir ülkeye yönelik olarak ileri sürülen tüm insan hakları ihlallerinin incelenmesi için oluşturulur[64]. Her özel yöntem farklılıklar taşımakla birlikte genellikle; *"inceleme, ziyaretler, tavsiye ve rapor sunma"* yöntemleri ortaktır[65]. Özel yöntemler, kendi alanlarında hazırladıkları raporu başta *"İnsan Hakları Konseyine"* ve *"BM Genel Kurulu"*nun dikkatine ve daha sonrada *"dünya kamuoyuna"* açıklamaktırlar. Hazırlanan raporlarda, hakları çiğnenen bireylerin kimlikleri, ihlalci devleti, ihlal yöntemlerini, yer ve zamanı, ihlale ilişkin iddia ve savunmaları, görevli uzmanların gözlem ve önerilerine yer verilmektedir[66].

İnsan Hakları Konseyi Özel Yöntemleri kapsamında insan haklarına ilişkin "şikâyetlerin sunulması" (submitting complaints) usulü öngörülmüştür. Özel Yöntemlerin şikâyet usulü BM sözleşme içi denetim mekanizmalarında olduğu gibi "yarı-yargısal yöntem" (quasi-judicial procedure) değildir. Özel Yöntemlerin aldığı tavsiye ve görüşlerin yerine getirilmesine yönelik zorlama yetkisi bulunmamaktadır. Bu yöntem İnsan Hakları Konseyi şikâyet yöntemi ve BM Sözleşme içi şikâyet yöntemlerinden farklı olarak "Bildirim yöntemi" (The Communications procedure) olarak adlandırılmaktadır[67].

Özel Yöntemler kapsamında; bireyler (individuals), birey grupları (group), topluluklar (community) tarafından bildirilen insan hakları ihlal iddiaları; bir yasa tasarısı, kanun, kararname, politika ve/veya uygulamanın uluslararası insan hakları hukuku ve standartlarına uygun olmadığı yönündeki iddialar incelenmektedir. Diğer BM sözleşme içi şikâyet yöntemlerinden farklı olarak ilgili devletin uluslararası veya bölgesel bir insan hakları sözleşmelerini onaylaması veya mağdur olduğu iddia edilen kişi ve grupların iç hukuk yollarını tüketmiş olması aranmamaktadır. Başvuruculların doğrudan ve kişisel mağ-

Özel Yöntemler Komitesi tarafından bir kılavuz/el kitabı hazırlanmıştır. Bkz. Manual of the United Nations Human Rights Special Procedures, 23 Haziran 2006, s. 1-3. İngilizce metin için bkz. http://www.ohchr.org/english/bodies/chr/special/index.htm (Erişim Tarihi: 19/11/2023)

63 Konusal özel yöntemlerin ilki, Şili'de 1973 darbesi sonrası 1975 tarihinde kurulan ad hoc çalışma grubudur. Manual of the United Nations Human Rights Special Procedures. (2006). s. 3. https://spinternet.ohchr.org/ViewAllCountryMandates.aspx?Type=TM (Erişim Tarihi: 20/10/2023)

64 Manual of the United Nations Human Rights Special Procedures. (2006).

65 Bu kapsamda, Özel Yöntemler; ülke ziyaretleri gerçekleştirmek, Devletlere bildirim göndererek ihlal iddialarına veya daha geniş yapısal nitelikteki sorunlara ilişkin bireysel vakalar hakkında harekete geçmek, tematik çalışmalar yürütmek ve uzman istişareleri düzenlemek, uluslararası insan hakları standartlarının geliştirilmesine katkıda bulunmak, savunuculuk faaliyetlerinde bulunmak ve kamuoyunu bilinçlendirmek ve teknik iş birliği için tavsiyelerde bulunmak işlevlerini yerine getirmektedirler. United Nations Human Rights Office of the High Commissioner. (2023).

66 a.g.e.

67 a.g.e.

dur olması gerekmemektedir. Herhangi bir kişi, grup, sivil toplum kuruluşu, hükûmetlerarası kuruluş veya ulusal insan hakları kuruluşları ihlaller hakkında Özel Yöntemlere bilgi sunabilir[68]. Yine diğer yöntemlerden farklı olarak ihlal iddiasının muhatabının sadece devletler olması gerekmiyor. Başvuranlar; devletler, hükûmetlerarası kuruluşlar, işletmeler, askeri veya güvenlik şirketleri gibi diğer tüzel kişilikler hakkında şikâyet bildiriminde bulunabilmektedir[69]. Bu bildirim yönteminin temel amacı, hükûmetlerin ve diğerlerinin dikkatini insan hakları ihlalleri iddialarına çekmek; ihlallerin önlenmesini, durdurulmasını, soruşturulmasını veya düzeltici önlemlerin alınmasını talep etmek; gönderilen iletişimler ve alınan yanıtlar hakkında İnsan Hakları Konseyi'ne rapor vermek, böylece bireysel ve grup vakalarının yanı sıra belirli bir dönemde ele aldıkları mevzuat ve politika gelişmeleri konusunda kamuoyunun farkındalığını artırmaktır. Bu yöntem kapsamında doğrudan bir ihlal kararı ve yaptırım söz konusu değildir[70].

Din ve inanç toplulukları tarafından başta BM Din ve İnanç Özgürlüğü Özel Raportörü (the Special Rapporteur on freedom of religion or belief) olmak üzere özel yöntemler kapsamında birçok başvuru yapılmıştır. Bunlardan en sonuncusu, 23 Ağustos 2023 tarihinde Belarus tarafından hazırlanan Din ve İnanç Kuruluşlarının Yasal Statüsü Hakkında Kanun Tasarısı ile ilgilidir. Başvuru mektubunda, Belarus hükûmeti tarafından hazırlanan yasa tasarısı ile bütün dinî toplulukların zorunlu olarak kayıt altına alınmasının öngörüldüğü, daha önce isteğe bağlı kayıt sistemine göre kayıt yaptıranlar bakımından ise yeni ve ağır koşullar getirilerek kısa bir süre içinde yeniden kayıt yaptırmalarının istendiği ifade edilerek, özel raportörlerden bu konuda harekete geçmeleri istenmektedir. Ancak yapılan bu başvuru hakkında henüz devletin verdiği bir cevap bulunmamaktadır[71].

68 Her özel yöntem uzmanı, kendisine ulaşan bilgiler ve görev kapsamı çerçevesinde başvuruları kabul edip etmeyeceğine karar vermektedir. Başvuruların kabul edilmesinde, başvurunun açıkça temelsiz veya politik motivasyonla yapılıp yapılmadığı; iddia edilen insan hakları ihlallerinin gerçeklere dayalı açıklamayı içerip içermediği; başvuruda kullanılan dilin küfürlü olup olmadığı; güvenilir ve ayrıntılı bilgiler sunulup sunulmadığı; yalnızca kitle iletişim araçları tarafından yayılan bilgilere dayanıp dayanmadığı hususları dikkate alınmaktadır. Bildirimler OHCHR-UNOG, 8-14 Avenue de la Paix, 1211 Geneve 10, İsviçre adresine gönderilmelidir. Özel Prosedür Gönderimi çevrimiçi formunun (Special Procedure Submission online form) kullanılması önerilmektedir. a.g.e.

69 Bildirimi alan özel yöntem uzmanı, insan hakları ihlal ettiği iddia edilen kuruluşlardan ihlal iddiası hakkında açıklama isteyen mektuplar göndermektedir. Bu mektuplarda uzmanlar, kendilerine ulaşan insan hakları ihlallerine ilişkin İddia mektubunun konusu olabilecek geçmiş insan hakları ihlalleri; acil itiraz konusu olabilecek devam eden veya potansiyel insan hakları ihlali; Uluslararası insan hakları hukuku ve standartlarına uymayan yasa tasarıları, mevzuatlar, politikalar veya uygulamalarla ilgili iddiaları sunmakta ve bunlara ilişkin açıklama talep etmektedir. Uzmanlar, gerektiğinde ilgili makamların ihlali önlemek veya durdurmak için harekete geçilmesini, soruşturulmasını, sorumluların adalet önüne çıkarılmasını ve mağdur/mağdurlara veya ailelerine çözüm bulunmasını talep etmektedirler. a.g.e.

70 a.g.e.

71 https://spcommreports.ohchr.org/TmSearch/Mandates?m=25, (Erişim Tarihi: 20/10/2023)

Bir başka başvuruda Kore Cumhuriyeti'nde cami yaptırmak isteyen grubun engellenmesi ve Müslüman gruba yönelik nefret söylemi 2 Ağustos 2023 tarihinde başvuru konusu edilmiştir[72]. Kore hükûmeti bu başvuru hakkında 5 Ekim 2023 tarihinde cevap vererek iddia edilen ihlal konularının giderildiğini bildirmiştir[73]. Çin'e karşı 23 Haziran 2023 tarihinde yapılan başvuruda Tibetli Budist keşişler hakkında yapılan ihlaller üzerine 7 kişilik bir grup tarafından başvuru yapılmıştır. Başvuruda daha önce de Tibetli keşiş grubuna yönelik birçok başvuru yapıldığı hatırlatılmaktadır[74]. Pakistan'da bir dinî azınlık grubu olan Ahmediye tarikatına karşı yapılan ayrımcı uygulamalar hakkında, bu inanç grubu üyeleri tarafından 11 Ağustos 2023 tarihinde Özel Raportörlere başvuru yapılmıştır[75].

Türkiye hakkında 9 Haziran 2023 tarihinde yapılan başvuruda "Ahmedi Barış ve Aydınlık Dini" (the Ahmadi Religion of Peace and Light) mensuplarının (210 kişi) menşe ülkesine geri gönderilmesinin ciddi insan hakları ihlal iddiasına dayanmaktadır. 24 Mayıs 2023 tarihinde Ahmedi Barış ve Işık Dini'ne mensup 104 kişilik bir grup, (Grupta 27 kadın ve 22 çocuk vardı) Kapıkule Türkiye-Bulgaristan sınırının Türkiye tarafında yakalanmıştır. Bu kişiler kendi ülkelerinde gördükleri dinî baskı nedeniyle farklı ülkelerden gelen ve son altı ay içinde Türkiye'de bulunan din veya inanç topluluğudur. Bu kişiler Bulgaristan'a geçmek üzereyken yakalanıp gözaltına alınmıştır. Gözaltında kötü muameleye maruz kaldıkları iddiasıyla ve kendi ülkelerine gönderilmeleri hâlinde yaşama haklarının tehlikeye düşeceği iddiasıyla başvuruda bulunmuşlardır[76]. Türkiye 8 Ağustos 2023 tarihinde ilettiği Özel Raportörün Bildirimine Cevap Bilgi Notu'nda (Informatıin Note In Reply To The Communication From The Special Procedures) iç hukukta geri göndermeye ilişkin hükümler çerçevesinde gönderilecekleri ülkelerde yaşama hakkına ve işkence ve kötü muameleye maruz kalma riski olması durumunda iade edilmediği bildirilmektedir. Söz konusu dinî gruba yönelik mahkeme sürecinin devam ettiği ve bu karara bağlı olarak verilecek geri gönderme işleminde gönderilecek ülkenin durumunun değerlendirileceği bildirilmektedir[77].

Türkiye hakkında bir diğer başvuru, 7 Ağustos 2020 tarihinde, Protestan

72 https://spcommreports.ohchr.org/TMResultsBase/DownLoadPublicCommunicationFile?gId=28272, (Erişim Tarihi: 20/10/2023)

73 https://spcommreports.ohchr.org/TMResultsBase/DownLoadFile?gId=37739, (Erişim Tarihi: 20/10/2023)

74 https://spcommreports.ohchr.org/TMResultsBase/DownLoadPublicCommunicationFile?gId=28160, (Erişim Tarihi: 20/10/2023)

75 https://spcommreports.ohchr.org/TMResultsBase/DownLoadPublicCommunicationFile?gId=28285, (Erişim Tarihi: 20/10/2023)

76 https://spcommreports.ohchr.org/TMResultsBase/DownLoadPublicCommunicationFile?gId=28155, (Erişim Tarihi: 20/10/2023)

77 https://spcommreports.ohchr.org/TMResultsBase/DownLoadFile?gId=37643, (Erişim Tarihi: 20/10/2023)

Hristiyan azınlık grubu tarafından ayrımcılık iddiasına dayanılarak yapılmıştır. Başvurucular, Türkiye'de dinî kuruluşların kayıtları, ibadet yerleri, kendi din adamları ve liderlerinin eğitimi, Protestan inancına sahip kişiler ve ailelerine yönelik sindirme ve gözdağı vakaları ile ilgili olarak ayrımcılık yapıldığı iddialarında bulunmuşlardır. Başvurucular Türkiye'de küçüklü ve büyüklü 170 kuruluşları olduğunu bunlardan sadece 96 tanesinin dernek veya vakıf olarak kayıt altına alındığı 74 tanesine hukuki kişilik (legal entity) tanınmadığını belirtmişlerdir. Başvurucular Protestan cemaatinin (Protestant congregations) hâlâ tescil konusunda ciddi sıkıntılar yaşadığını, bu bağlamda Türkiye'de dinî kuruluşların yasal statüsüne ilişkin özel bir düzenlemenin olmadığı, mevcut dernekler ve vakıflar kanununun özel dinî cemaat olarak faaliyette bulunmaya veya kurulmaya izin vermediği bildirilmiştir. Mevcut yasaların dinî topluluk ve kuruluşların özel ihtiyaçlarını karşılamasına hitap etmediği, özellikle teşkilatlanma ve finansal konularda, dinî hizmetlerin yerine getirilmesi ve din adamlarının eğitimi konularında yetersiz kaldığı, bu yasal belirsizliğin cemaatin faaliyetlerini serbestçe yapmasına engel olduğu gibi kapatılma korkusuna yol açtığı ifade edilmektedir[78]. Türkiye bu başvuru hakkında 4 Kasım 2020 tarihinde din özgürlüğü ve dinî ayrımcılık hakkındaki yasal çerçeveyi ortaya konduktan sonra iddialara cevap vermiştir. Türkiye'de dinî azınlıkların statüsünün 1923 tarihli Lozan Antlaşması'na göre belirlendiği ve dinî azınlıklara mensup vatandaşların diğer vatandaşlarla aynı haklara sahip olduğu ifade edilmiştir. Gayrimüslim vatandaşların ibadethaneleri kendi dernek ve vakıfları aracılığı ile yönetildiği belirtilmiştir. Türkiye'deki dinî azınlıkların kurdukları vakıf ve dernekler aracılığıyla tüzel kişilik gerektiren faaliyetlerde bulunabildiği ve bu sayede taşınır ve taşınmaz mal edinebildiği belirtilmiştir. Türkiye'de 2020 yılı itibarıyla Protestan cemaatlerine ait 32 ibadethane bulunduğunu belirten hükûmet, ibadet yerlerinin belirlenmesinde inanç grupları arasında ayrımcılık yapılmadığını ifade etmiştir[79].

B. BM SÖZLEŞME İÇİ BİREYSEL BAŞVURU MEKANİZMALARINDA HAK ÖZNELİĞİ

BM Örgütü'nce insan hakları alanında hazırlanmış birçok insan hakları belgesi bulunmaktadır[80]. Bu belgelerden bazıları, bağlayıcı nitelikte, insan hakları anlaşmaları ya da sözleşmeleri formunda iken, birçoğu da tavsiye niteliğinde, farklı isimler altında hazırlanmış belgelerdir. Bağlayıcı nitelikte olan antlaşma, sözleşme ve protokoller, üye devletlerin taraf olma şartıyla

78 https://spcommreports.ohchr.org/TMResultsBase/DownLoadPublicCommunicationFile?gId=25484, (Erişim Tarihi: 20/10/2023)

79 https://spcommreports.ohchr.org/TMResultsBase/DownLoadFile?gId=35670, (Erişim Tarihi: 20/10/2023)

80 BM Sözleşme içi denetim mekanizmalarını inceleyen şu çalışmalara bkz. O'Flaherty, M. (2002). *Human Rights and the UN Practice before the Treaty Bodies*, The Hague/London/New York.

yürürlüğe girmekte ve kabul eden devletler bakımından bağlayıcı sayılmaktadır[81]. BM Örgütü kapsamında *"İnsan Hakları"* konu başlığı altında dokuz *"Temel Uluslararası İnsan Hakları Belgesi" (The Core International Human Rights Instruments)* bulunmaktadır[82]. Bu dokuz temel insan hakları belgesinde, birbirinden ayrı sözleşme içi denetim mekanizması öngörülmektedir[83]. Bu mekanizmaların her biri *"İnsan Hakları Komitesi"* adında bağımsız *"denetim organına" (monitoring bodies)* sahiptir. İnsan hakları sözleşme içi denetim organları, insan hakları anlaşmaları kapsamında denetim yapan bağımsız uzmanlardan oluşan komitelerdir.[84] Türkiye 9 ana sözleşmenin Zorunlu Gözden Kaybolmalarla ilgili Sözleşme hariç 8 tanesini onaylamıştır. Bu sözleşmelere ek 9 protokolden bireysel başvuru getiren Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesine Seçmeli Protokolü, imzalamamıştır.[85]

Sözleşme içi denetim organları genellikle yılda bir, iki veya üç kez, üç hafta süreyle New York'ta ya da Cenevre'de toplanmaktadır. Sözleşme içi denetim organlarının yılın belli dönemleri ile sınırlı toplanıyor olması, bu organlarca yapılan denetimlerin uzamasına ve alınan kararların gecikmesine yol açmaktadır. Bu durum bu mekanizmalara olan ilgiyi de azaltmaktadır. Nitekim bireysel başvurular açısından baktığımızda, bölgesel mekanizmalar karşısında BM sözleşme içi denetim mekanizmalarına çok sınırlı başvuru yapıldığı görülmektedir[86].

BM Sözleşme içi denetim mekanizmaları tarafından kullanılan denetim yöntemlerinden biri *"şikâyet yöntemi" (complaint procedure)*'dir. BM Sözleşmeleri'nde iki tür şikâyet başvuru yöntemi kullanılmaktadır. Bunlardan biri, devletler tarafından yapılan *"devlet başvurusu", (inter-state communications)* diğeri birey, hükûmet dışı örgütler ve *kişi toplulukları* tarafından kullanılabilen *"bireysel şikâyet" (individual complaint)* yoludur[87]. Şikâyet yönteminin her iki

81 BM Örgütünce hazırlanan evrensel insan hakları belgeleri listesi için bkz. https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/Pages/HumanRightsBodies.aspx, (Erişim Tarihi: 19.11.2023).

82 a.g.e.

83 Temel insan haklar sözleşmesi olarak nitelendirmeyen diğer sözleşmeler şunlardır: Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi, New York, 9 Aralık 1948; İnsanlığa Karşı Suçlar ve Savaş Suçluları İçin Yasal Kısıtlamaların Uygulanmaması Hakkında Sözleşme, New York, 26 Kasım 1968; Irkçılık Suçunun Bastırılması ve Cezalandırılması Uluslararası Sözleşmesi, New York, 30 Kasım 1973; Sporda Irkçılığa Karşı Sözleşme, New York, 10 Aralık 1985; Latin Amerika ve Karayipler Yerli Halklarının Geliştirilmesi Fonunun Kurulması Andlaşması, Madrid, 24 Temmuz 1992.

84 a.g.e.

85 Bu sözleşme ve ek protokolleri onaylayan ülkeler için bk. https://indicators.ohchr.org/, (Erişim Tarihi: 19/11/2023)

86 Eren, A. (2007). *Türkiye'de İnsan Haklarının Korunması, Uluslararası Koruma Mekanizmalasrı ve Ulusal İnsan Hakları Kurumlarının Rolü*, Ankara: Turhan Kitabevi. s. 301-442.

87 Şikâyetlere dayalı denetim usulü öngören sözleşmeler şunlardır: Irk Ayrımcılığı Sözleşmesi (devlet ve bireysel başvuru), Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi (devlet ve bireysel başvuru), Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Kaldırılması Sözleşmesi (bireysel başvuru), İşkenceye Karşı Sözleşme (devlet ve bireysel başvuru), Bütün Göçmen İşçilerin Korunmasını Dair Sözleşme

türü bakımından devletlerin bu yöntemi tanıması gerekmektedir. Bir başka ifade ile sözleşmeye taraf devlet, bu başvuru usullerinin kendi hakkında işlemesini, *"seçme hakkı"* verilebilmektedir. Seçme hakkı, sözleşmelerde ya *"açıkça tanıma"* ya da *"açıkça reddetmeme"* şeklinde olabilmektedir[88]. BM sözleşme içi denetim mekanizmalarında, devlet başvuru yolunun hiç kullanılmadığı, bireysel şikâyet yönteminin ise çok sınırlı kullanıldığı görülmektedir[89]. BM dokuz temel insan hakları sözleşmesine taraf olmuş ve bu sözleşme kapsamındaki bireysel başvuru yöntemini tanımış devletlerdeki herkes bu mekanizmalara başvuru yapabilmektedir. Başvurular sadece devlete karşı yapılabilmektedir[90].

Türkiye, bu dokuz bireysel şikâyet yönteminden, Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi (24/11/2006); İşkenceye Karşı Sözleşme (02/08/1988), Kadınlara Karşı Ayrımcılık Sözleşmesi (29/10/2002), Engelli Hakları Sözleşmesi (26/03/2015) ve Çocuk Hakları Sözleşmesi'ni (26/12/2017) kabul etmiştir. Irk Ayrımcılığı Sözleşmesi, Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi, Göçmen İşçiler Hakkında Sözleşme ve Zorunlu Gözden Kaybolmalar Sözleşmesi kapsamındaki bireysel şikâyet yöntemini 2022 tarihi itibarıyla henüz kabul etmemiştir[91].

Türkiye hakkında 2020 tarihi itibarıyla, Medeni ve Siyasal Hakları Sözleşmesi kapsamında üç bireysel başvuru yapılmış, iki ihlal kararı çıkmıştır. Kadına Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi kapsamında 1 devam eden, 1 kabul edilemez, bir ihlal kararı bulunmaktadır. İşkenceye Karşı Sözleşme kapsamında 1 kabul edilemez başvuru; Çocuk Hakları Sözleşmesi kapsamında devam eden bir başvuru ve Engelli Hakları Sözleşmesi kapsamında hiç başvuru bulunmamaktadır[92].

Din ve inanç toplulukları tarafından BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleş-

(devlet ve bireysel başvuru), Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (devlet ve bireysel başvuru), Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi (devlet ve bireysel başvuru), Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı (devlet ve bireysel başvuru).

88 Irk Ayrımcılığının Önlenmesi Sözleşmesi (devlet başvurusu için tanıma gerekli değil, bireysel başvuru için gerekli), Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi (devlet ve bireysel başvuru için tanıma gerekli değil), İşkenceye Karşı Sözleşme (devlet başvurusu için gerekli değil, bireysel başvuru için gerekli), Göçmen İşçilerin Korunması Sözleşmesi (her iki başvuru için de gerekli), Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (her iki başvuru için de gerekli değil), Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı (her ikisi için de gerekli).

89 https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/TBPetitions/Pages/HRTBPetitions.aspx#interstate, (Erişim Tarihi: 19/11/2023)

90 BM İnsan Hakları Sözleşmeleri kapsamındaki bireysel şikayet yöntemleri hakkında bkz. United Nation Human Rights Office of the High Comissioner, Individual Complaint Procedures Under The United Nations Human Rights Treaties, Fact Sheet No. 7/Rev.2, New York and Geneva, 2013, s. 3-4.

91 https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/TreatyBodyExternal/Treaty.aspx?CountryID=179&-Lang=EN, (Erişim Tarihi: 21/10/2023)

92 https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/Pages/Overview.aspx, (Erişim Tarihi: 21/10/2023)

mesi kapsamında İnsan Hakları Komitesine 2002 yılında "Scientology Kilisesi" (Scientology) üyeleri tarafından Almanya'ya karşı bir başvuru yapılmıştır. Başvurucular (Paul Arenz, Thomas Röder, Dagmar Röder) Scientology kilise üyesi olmalarından dolayı Almanya'nın iki büyük siyasi partisinden biri olan Hıristiyan Demokrat Birlik (CDU) Partisi'nin, 17 Aralık 1991'de Ulusal Parti Kurultayı'nda Scientology'ye bağlılığın "CDU üyeliğiyle uyumlu olmadığını" ilan eden C 47 sayılı kararının diğer maddeler yanında Sözleşme'nin 18. maddesindeki din ve vicdan özgürlüğü hakkını ihlal ettiğini ileri sürmüşlerdir[93]. Komite, yazarların, 1994 yılında partiden ihraç kararları yoluyla bu kararın kendilerine bireysel olarak uygulanmasına kadar, C 47 sayılı karardan kişisel ve doğrudan etkilenmediklerini gözlemlemektedir. Komite kararında "siyasi parti özerkliğine" öncelik tanıyarak başvuruyu kabul edilemez bulmuştur[94].

Belarus'ta kayıtlı yedi topluluktan biri olan Minsk Vaishnava topluluğunun (Krishna vicdani topluluğu) (community of Krishna consciousness) üyeleri ilgili mevzuat gereğince kendilerine dernek statüsü verilmemesini Sözleşme'nin 18. maddesini ihlal ettiği gerekçesiyle Komiteye başvurmuştur. Belarus'taki mevcut yasaya göre, "kayıtlı dinî topluluk" (registered religious community) ile "kayıtlı dinî dernek" (registered religious association) arasında ayrım yapılmaktadır. Kayıtlı dinî derneklere daha geniş bir dinî faaliyet alanı sağlanmaktadır. Belarus'ta "Vicdan özgürlüğü ve dinî kuruluşlar yasası" ve "yabancı din adamlarının davet edilmesinin ve Belarus'taki faaliyetlerinin onaylanmasına ilişkin Bakanlar Kurulu Kararı"na göre, yalnızca dinî dernekler; manastırlar, dinî cemaatler, dinî misyonlar ve ruhani eğitim kurumları kurabilir veya vaaz vermek veya diğer dinî faaliyetleri yürütmek amacıyla yabancı din adamlarını ülkeyi ziyaret etmeye davet edebilirler. 10 Mayıs 2001'de başvurucular, Dinler ve Milliyetler Komitesi'ne (the Committee on Religions and Nationalities/C.R.N.) Belarus'taki yedi Krishna topluluğunun dinî bir dernek olarak kaydedilmesini talep eden bir başvuruda bulunmuşlardır. 2 Ağustos 2002'de C.R.N. başvuruyu uygun bir yasal adres sağlamadığı gerekçesiyle reddetmiştir. Komite çeşitli gerekçelerle Minsk Vaishnava topluluğunun dernek olma isteğinin reddedilmesini Sözleşme'nin 18. maddesini ihlal ettiğine karar vermiştir[95].

Din ve inanç topluluğunun belli bir din dışında "hümanist topluluk" şeklinde inanmama hakkı temelinde başvurusu mümkündür. Buna örnek olarak Norveç'e karşı "hümanist" olduğunu ileri süren grup ki bu kişiler aynı zamanda Norveç Hümanist Derneği (The Norwegian Humanist Association /the NHA) üyeleridir. Ancak başvuru dernek olarak değil, kişi grubu olarak grup üyeleri adına yapılmıştır. Norveç Anayasası'nın 2. maddesine göre

93 Human Rights Committee, Communication No. 1138/2002, CCPR/C/80/D/1138/2002, 29 April 2004, s. 3. p. 2.1.
94 a.g.e. s. 12, p. 8.6.
95 Human Rights Committee, CCPR/C/84/D/1207/2003, s. 1-8, p. 1-8.

"Evangelical Lutheran" inancı resmî dindir ve bu dinin kilisesi resmî kilise kabul edilmektedir. Aynı maddenin devamında *"bu dine inananların kendi çocuklarını aynı şekilde yetiştirme yükümlülüğü olduğu"* ifade edilmektedir. Norveç'te nüfusun %86'sı bu kilise üyesidir. Norveç'te 1739 tarihinden 1845 tarihine kadar Hıristiyanlık din dersi zorunlu olmuş, 1845 yılında diğer inanç sahipleri için muafiyet hakkı tanınmıştır[96]. Muaf olan öğrencilere alternatif ders olarak "hayat bilgisi" (life stance knowledge) dersi konulmuş ancak bu dersi almak zorunlu kılınmamıştır[97]. 3 Ağustos 1997 tarihinde "Hıristiyanlık Bilgisi ve Din ve Ahlak Eğitimi" (Christian Knowledge and Religious and Ethical Education/ CKREE) adlı bir ders konulmuş ve bu dersin sadece ibadet boyutu için muafiyet hakkı getirilmiştir. Yapılan itiraz ve eleştiriler sonrası dersin içeriğinin %50 Hıristiyanlık, %25 diğer dinler ve %20 etik ve felsefi konular olacağı kararlaştırılmıştır[98]. Başvurucu grup dindar olmayan hümanist bir yaşam duruşuna sahip oldukları gerekçesiyle iç hukukta çözüm bulamayınca Komiteye başvurmuştur. Komite taraf devletin başvuruculaın mağdurluk statüsüne itirazı kabul etmeyerek grubun başvurusunu kabul edilebilir bulmuştur[99]. Komite dersin içeriğinin objektif olmaması ve yeterli muafiyet sağlanmaması nedeniyle 18. maddenin ihlaline karar vermiştir[100].

C. AİHS BİREYSEL BAŞVURU MEKANİZMASINDA HAK ÖZNELİĞİ

AİHS'in bireysel başvuruyu düzenleyen 34. maddesine göre, AİHM'e bireyler, hükûmet dışı kuruluşlar ve *"kişi grupları"*nın başvurabileceği ifade edilmektedir. Avrupa İnsan Hakları Komisyonu döneminde Komisyon, tüzel kişiliği olmayan kişi topluluklarının başvurabilmeleri için, ya topluluğu oluşturan kişilerin başvuruyu imzalamalarını ya da kişi topluluğu adına başvuran kişinin, adına başvurduğu kişilerden temsil yetkisi alması gerektiğini belirtmiştir[101]. Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi de *"kişi gruplarına"* bireysel başvuru hakkı verirken, başvuru usulü de belirlenmiştir. Sözleşme'nin 46. maddesinin (d) bendinde, *"şikayet dilekçesinin, başvuruda bulunan… kişilerin… yasal temsilcisinin adını, uyrukluğunu, mesleğini, ikametgahını ve imzasını içermesi"* koşulu aranmıştır[102]. Dolayısıyla din veya inanç toplulukları adına yapılan

96 Human Rights Committee, CCPR/C/82/D/1155/2003, s. 3. p. 2.1.

97 a.g.e. s. 3. p. 2.2.

98 a.g.e. s. 5. p. 2.7.

99 a.g.e. s. 21. p. 13.2.

100 a.g.e. s. 24. p. 15.

101 Komisyonun ilgili kararı için ve bu yöndeki açıklama için bkz. Gölcüklü, F. ve Gözübüyük, Ş. (2002). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, 11. Ek Protokole Göre Hazırlanıp Genişletilmiş 3. Baskı, Ankara: Turhan Kitabevi, s. 39.

102 Ayrıca Amerikan İnsan Hakları Komisyonu Usul Kuralları ile ilgili düzenlemenin 28. maddesinde, "Komisyona gönderilen dilekçeler aşağıdaki bilgileri içerir" dedikten sonra (a) bendinde, "İhbarda bulunan kişinin ya da kişilerin ismi, uyrukluğu ve imzası; ya da dilekçecinin bir hükümet dışı birim olduğu vakalarda, bu birimin yasal temsilcisinin (temsilcilerinin) adı ve imzası"nın bulunması gereğine işaret edilmiştir. Amerikalılar-arası İnsan Hakları Usul Kuralları adlı belgenin Türkçe metni için bkz. Gemalmaz, S. (2003). s. 73-111.

başvurularda topluluğu oluşturan üyelerden bazılarının kendi adlarına yaptıkları başvurular, topluluğa yönelik hak ihlallerinde mağdurluk için yeterli görülmektedir. Önemli olan başvurucuların dinî topluluk üyesi olduğunu ortaya koyabilmesidir.

Kişi topluluğu olarak Türkiye'ye karşı yapılmış en önemli başvuru *İzzettin Doğan ve diğerleri/ Türkiye* kararıdır. AİHM'in *İzzettin Doğan ve diğerleri/ Türkiye* kararında isimleri karara eklenen 203 Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı ("başvuranlar") *"Alevilik inancını benimseyen kişiler"* olarak tanımlanmıştır[103]. Başvuranlar kendilerini "Türkiye Cumhuriyeti'nin Alevi (Alevi-Bektaşi-Mevlevi-Nusayri) İslam inancını benimsemiş bir vatandaşıyım" şeklinde tanımlayarak dinî toplulukla olan bağını ortaya koymuştur[104]. Hükûmet ilk olarak, *"başvuranların tüm Aleviler adına başvuruda bulunamayacaklarını ileri sürerek"*, başvurunun kişi bakımından yetki açısından kabul edilemez olduğu itirazında bulunmuştur[105]. Ancak AİHM kararında bu itirazı dikkate almamıştır. Mahkeme, özellikle, Hasan ve Eylem Zengin/Türkiye (No. 1448/04, § 66, 9 Ekim 2007) davasındaki kararına atıf yaparak bir topluluğun din veya inanç topluluğu olduğunu belirlemede kullandığı ölçüleri hatırlatmıştır:

> *"Taraflar, Alevi inancının, kökleri Türk toplum ve tarihinde bulunan bir dini kanaat olduğu ve kendine özgü nitelikleri bulunduğu konusunda hemfikirdir… Bu yüzden Alevilik, İslamiyetin okullarda öğretilen Sünni anlayışından farklıdır. Şüphesiz, Alevilik belli bir miktar ikna gücü, ciddiyet, uyum ve öneme ulaşmamış bir mezhep ya da "inanç" değildir… Sonuç olarak, 1 No.lu Protokol'ün 2. maddesinin 2. cümlesi anlamında "dini kanaat" ifadesi şüphesiz bu inanca uygulanabilir[106]".*

Bu karar esas alındığında bir topluluğun din ve inanç topluluğu olarak nitelendirilmesinde AİHM'in, *"belirli bir düzeyde inandırıcılığa, ciddiyete, tutarlığa ve öneme ulaşan görüşlere"* sahip olup olmamaya baktığı söylenebilir. Dolayısıyla tarihsel veya toplumsal bir temeli ve sürekliliği olan, belirli düzeyde inandırıcılığa, tutarlılığa ve öneme sahip inanç grupları din veya inanç topluluğu kabul edilmektedir. Belirtilen koşular karşılanmışsa, devletin tarafsızlık görevi gereğince, *"Devletin dini inançların veya bu inançların ifade edilme biçimlerinin meşrutiyetini değerlendirme yetkisinin bulunmadığı"* ifade edilmektedir[107]. Dolayısıyla devlet resmî bir dinî yorumu esas alıp diğer inanç gruplarının hukuki statüsünü buna göre belirleyemez.

Alevi topluluğunun din veya inanç topluluğu olduğu ve başvurucuların

103 *İzzettin Doğan ve diğerleri/Türkiye*, B. No: 62649/10, 26/4/2016, § 9.
104 *İzzettin Doğan ve diğerleri/Türkiye*, § 10.
105 *İzzettin Doğan ve diğerleri/Türkiye*, § 13.
106 *İzzettin Doğan ve diğerleri/Türkiye*, § 68.
107 *İzzettin Doğan ve diğerleri/Türkiye*, § 68. Kararda yapılan diğer atıflar için bkz. *S.A.S./Fransa* [BD], B. No: 43835/11, 1/7/2014, § 55; *Eweida ve Diğerleri/Birleşik Krallık*, B. No: 48420/10, 59842/10, 51671/10 ve 36516/10, 15/1/2013, § 81.

bu topluluk üyesi olduğu hususu ortaya konulduktan sonra ikinci olarak, taleplerinin topluluk hak ve menfaatlerine yönelik olduğu görülmektedir. Başvuruculaların talepleri Alevi topluluğunun yasal statüsüne ve buna bağlı ayrımcı uygulamalara yönelik olup sübjektif haklarına dönük bireysel talepleri söz konusu değildir. Başvurucular "Alevi vatandaşlar" ifadesini kullanarak topluluğa yönelik şu taleplerde bulunmuştu:

> *"a. Alevi vatandaşlara din hizmetlerinin kamu hizmeti olarak sunulmasını, b. Alevi inancındaki vatandaşların ibadet mekanları olan Cemevlerine ibadethane statüsü kazandırılmasını, c. İnancın gereği olan ibadetin icrası için yeteri kadar, yetkin ve Alevilerce yetkin kabul edilen kişilerin kamu görevlisi olarak istihdam edilmesini, d. Genel bütçeden bu konularda verilecek hizmetlerin karşılanması için ödenek ayrılmasının temin edilmesini, bu konuda gerekli çalışmalar yapılarak Bütçe Kanunu'nda ödenek ayrılmasının sağlanmasını*[108]".

Hükûmet adına Başbakanlık Halkla İlişkiler Daire Başkanlığı başvuranların taleplerinin şu gerekçelerle kabul edilemeyeceğinin bildirmiştir:

> *"1. ... Diyanet İşleri Başkanlığının Anayasa, Yasalar ve Diğer Mevzuat uyarınca yürüttüğü hizmetleri İslam Dinine Mensup olan herkese yönelik olup mezhepler üstü ve umumidir. Umumi nitelikteki bu din hizmetlerinden herkes eşit ölçüde yararlanma hakkına sahiptir.*
>
> *2. Anayasa, İnkılâp Kanunu olan 677 Sayılı Kanun, Bazı Kisvelerin Giyilemeyeceğine Dair Nizamname, ilgili diğer mevzuat ve yargı kararları çerçevesinde cem evlerine ibadethane statüsü verilmesi hukuken mümkün bulunmamaktadır.*
>
> *3. Kamu görevine girmek veya kamu hizmetine talip olmak isteyen herkesin, ilgili mevzuat uyarınca kamu görevlisi olarak istihdam edilme hakkı vardır. Bu hususta bazı şahıslara mezhep ve meşreplerine, dini inanç ve pratiklerine göre ayrıcalık tanınması ve buna bağlı olarak istihdam edilmesi hukuken mümkün bulunmamaktadır. Diyanet İşleri Başkanlığı'nın yürüttüğü din hizmetleri de kamu hizmeti niteliğinde bulunduğundan, Başkanlıkla personel istihdamı diğer kamu hizmetlerinde olduğu gibi vatandaşlık esasına ve objektif kriterlere göre sağlanmaktadır.*
>
> *4. Anayasa ve Kanunlarda öngörülmeyen hizmetlerin karşılanması amacıyla genel bütçeye ödenek konulamamaktadır.".*

Türk hükûmeti adına Hukuk Müşavirliği esasa ilişkin olarak yaptığı itirazında şu argümanları ileri sürmüştür:

> *"677 sayılı Kanun ile … şeyhlik, dedelik, dervişlik, müritlik vb. unvan ve sıfatlar ile bunlara ait hizmetlerin ifası, tarikat ayini yapılması için yer verilmesi*

108 *İzzettin Doğan ve diğerleri/Türkiye*, § 10.

yasaklanmış ve bu yasaklar için hapis ve para cezası öngörülmüştür. Ancak tekke ve zaviyeler kapatılıp bu yasaklamalar getirilirken, cami ve mescitlerin faaliyetlerine devam etmesi sağlanmıştır… Ayrıca Başkanlığın Kanunla yasaklanan tarikatlar alanında görev ve hizmet yürütmesi de mümkün değildir. Kaldı ki böyle bir durum, laiklik ve milletçe bütünleşme ilkelerine de uygun düşmemektedir… Dolayısıyla cemevlerinin Aleviler için ibadethane olarak kabul edilmesi 677 sayılı kanunun delinmesi anlamına gelecektir… Ayrıca böyle bir gelişme diğer tarikatların yasal bir hüviyet kazanmasına yol açacak, kapatılan birçok tarikat (Nakşibendi, Kadiri, Rufai, Cerrahi vs.) için emsal teşkil edecek ve talep hakkı doğuracaktır… Kendini şeyh ilan eden ve bunu yasallaştırmak isteyen birçok istismarcı da temsil hakkı isteyecektir… [109]".

AİHM, Türkiye'de dinî toplulukların yasal statüsüne ilişkin yaptığı değerlendirmede, Anayasa ve yasalar çerçevesinde Diyanet İşleri Başkanlığı ve İslam'ın özel statüsüne değindikten sonra *"Diğer dinlerin statüsü"* başlığı altında şu değerlendirmede bulunmuştur:

"Türk hukuku kapsamında diğer inançların ve dinlerin statülerine ilişkin olarak, dini toplulukların kamu hukuku veya özel hukuk kapsamında özel statüye sahip olabileceği veya dini tarikatların tanınıp kayıt altına alınabileceği herhangi bir özel usul bulunmamaktadır. Sonuç olarak, Lozan Antlaşması (özellikle Yunan, Ermeni ve Yahudi topluluklar) veya diğer uluslararası antlaşmalar (özellikle Bulgar Ortodoks topluluğu) kapsamında tanınan dini toplulukların statülerine sahip olanlar hariç olmak üzere, dini topluluklar yalnızca dernek veya vakıf olarak işlev görebilir[110]".

AİHM, Türk hukukunda dinî toplulukların yasal statüne ilişkin tespitlerinin devamında, başvurucuların görüşlerine de dayanarak, Alevilere ek olarak, Protestan kilisesi üyeleri, Yehova'nın Şahitleri, Yezidiler, Süryaniler ve Keldaniler gibi diğer bazı dinî grupların da aynı şekilde yasal statülerinin olmaması nedeniyle dezavantajlı bir konumda oldukları tespitinde bulunduktan sonra[111], bu duruma ilişkin şu değerlendirmeyi yapmıştır:

Tanınmayan dini azınlıkları kapsayan bir yasal çerçevenin mevcut olmaması, çeşitli hukuki, örgütsel ve ekonomik sorunlar yaşanmasına neden olur. İlk olarak, bu toplulukların dini liderlerinin hukuki bir statüleri yoktur ve söz konusu inancın veya öğretinin yerine getirilmesiyle ilgilenen personellerin eğitilmesi için uygun bir kuruluş yoktur. İkinci olarak, ibadet yerlerinin herhangi bir hukuki statüsü yoktur ve yasal anlamda korunmamaktadır. İbadethane inşa edebilme hususu da belirsizdir ve merkezi veya yerel makamların iyi niyetine tabidir. Bazı durumlarda harap olan kültürel mirasa sahip taşınmaz-

109 *İzzettin Doğan ve diğerleri/Türkiye*, § 13.
110 *İzzettin Doğan ve diğerleri/Türkiye*, § 29.
111 *İzzettin Doğan ve diğerleri/Türkiye*, § 30.

> *ların bakımına ilişkin düzenlemeler karmaşıktır. Üçüncü olarak, söz konusu topluluklar resmi olarak üyelerinden veya devlet bütçesinden bağış alamazlar. Son olarak bu topluluklar, tüzel kişilikleri olmadığından, bağımsız bir biçimde mahkemeye erişim hakkına sahip olmayıp; yalnızca vakıflar, dernekler veya üye grupları aracılığıyla mahkemelere erişebilirler*[112]".

AİHM aynı kararın devamında Venedik Komisyonunun, 15 Mart 2010 tarihli Türkiye'de Dinî Cemaatlerin Hukuki Statüsü ile İstanbul Ortodoks Patrikliğinin "Ekümenik" Sıfatını Kullanma Hakkına Dair Görüş'ünde (CDL-AD (2010)005-f) atıf yaparak Komisyonun şu değerlendirmesini paylaşmıştır:

> *"Dini cemaatlere ilişkin Türk hukukunda mevcut olan temel sorun, onların kaydedilip tüzel bir kişilik kazanamamalarıdır. Bu konu ile ilgili olarak mevzuatta açık bir düzenleme bulunmamaktadır ve şimdiye kadar hiçbir dini cemaat, tüzel kişilik kazanamamıştır. Bunun yerine, bu cemaatler dolaylı olarak vakıf ve dernekler aracılığıyla faaliyette bulunmak zorundadır*[113]".

AİHM, hükûmet tarafından altı ilahiyat profesörü ve bir sosyoloji profesörüne hazırlatılan "Bilimsel Görüş"e atıfla Türk hukukunda kabul gören genel sınıflandırmaya göre *"dini gruplar; din, mezhep ve mistik yapılanmalar"* olmak üzere üçe ayrıldığına, Alevi inancı dâhil olmak üzere, tasavvufi düşünce ve uygulamaların Müslüman toplumlar içerisinde üçüncü kategoriyi (mistik yapılanmalar) içinde olduğu, Aleviliğin yalnızca Kadirilik, Nakşibendîlik gibi diğer İslami tasavvuf ekolleriyle kıyaslanabileceği yönündeki görüşe yer verilmiştir[114].

AİHM Avrupa Konseyine üye 47 ülkeden 34'ü[115] üzerinden yaptığı karşılaştırmada aralarında farklılıklar olmakla birlikte devlet ve dinî topluluklar arasındaki ilişkinin üç kategoriye ayrıldığını ifade etmiştir. Birinci kategori *"Devlet ve dini örgütler arasında neredeyse tamamen ayrışma"* (örneğin Arnavutluk, Azerbaycan, Fransa'da olduğu gibi) söz konusudur. İkinci kategori de *"Bir Devlet kilisesinin mevcut olması* (örneğin Danimarka, İzlanda, İngiltere Kilisesi bakımından Birleşik Krallık, Ermenistan, Bulgaristan, Gürcistan, Yunanistan, Moldova, Romanya ve Sırbistan gibi bazı ülkelerde olduğu gibi) durumudur. Üçüncü kategori devlet ve dinî gruplar arasında *"Sözleşme türünde düzenlemelere"* yer verilmesidir. En yaygın uygulamanın bu model olduğu ifade edilmektedir[116].

---

112 *İzzettin Doğan ve diğerleri/Türkiye*, § 31.
113 *İzzettin Doğan ve diğerleri/Türkiye*, § 32.
114 *İzzettin Doğan ve diğerleri/Türkiye*, § 44.
115 Karşılaştırmaya konu Avrupa Konseyine üye 34 ülke şunlardır: Arnavutluk, Ermenistan, Avusturya, Azerbaycan, Belçika, Bosna Hersek, Bulgaristan, Çek Cumhuriyeti, Danimarka, Estonya, Fransa, Gürcistan, Almanya, Yunanistan, Macaristan, İzlanda, İrlanda, İtalya, Letonya, Litvanya, Lüksemburg, Moldova, Polonya, Portekiz, Romanya, Sırbistan, Slovakya, Slovenya, İspanya, İsveç, İsviçre, eski Yugoslav Makedonya Cumhuriyeti, Ukrayna ve Birleşik Krallık. *İzzettin Doğan ve diğerleri/Türkiye*, § 60.
116 *İzzettin Doğan ve diğerleri/Türkiye*, § 60.

AİHM Avrupa Konseyine üye ülkelerde var olan uygulama çeşitliliğini ortaya koyduktan sonra *"davalı bir Devletten çeşitli dini topluluklar ile belirli bir biçimde işbirliği yapması şeklinde bir istemde bulunacak bir konumda değildir. Daha önce de ifade edildiği üzere (bk. yukarıda § 162), Devletlerin, çeşitli dini topluluklar ile işbirliği biçimlerini seçerken belirli bir takdir payına sahip oldukları şüphesizdir. Ancak, ne tür bir işbirliği biçimi seçilmiş olursa olsun, Devlet, dini toplulukların, dini mezheplere özel avantajlar sağlayan bir statü için başvurmaya yönelik adil bir imkâna sahip olmasını sağlayacak tarafsız ve ayrımcı nitelikli olmayan ölçütler uygulamakla görevlidir "* demektedir[117]. AİHM *"başvuranların, Alevi kişiler olarak, maruz kaldıkları farklı muamelenin tarafsız ve makul bir gerekçesi bulunmamaktadır"* diyerek Sözleşme'nin 9. maddesi ile birlikte değerlendirildiğinde 14. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir[118]. Büyük Daire'nin oy çokluğu ile aldığı kararda çoğunluk görüşü, Türkiye'de, devletin Alevi topluluğu gibi dinî topluluklara, yasal bir statü için başvurmaya yönelik adil, tarafsız ve ayrımcı nitelikli olmayan ölçütler uygulamaya koyamadığı yönündedir.

Büyük Dairede karşı oy kullanan üyeler, başvuruculların talepleri ile Mahkeme çoğunluğunun ihlal kararını dayandırdığı gerekçeler arasında bir uyumun olmadığını, burada temel sorunun yasal statü sorunu değil, elektrik faturası ile sınırlı ayrımcı bir uygulamaya dönük olduğunu belirtmiştir. Karşı oy kullanan üyeler öncelikte devletin 9. madde bağlamında devletlerin pozitif yükümlülüğünün kapsamına değinmiştir:

> *"Bizler, Sözleşme'nin 9. maddesinin bir Devlete dini bir gruba dini hizmetler sağlanmasına, bu grubun dini ibadet yerlerinin tanınmasına, söz konusu grubun dini liderlerinin istihdam edilip maaşa bağlanmalarına ve grubun faaliyetlerinin kısmen ya da tamamen finanse edilmesi için genel bütçeden ödenek ayrılmasına yönelik pozitif bir yükümlülük getirdiği şekilde yorumlanamayacağı görüşündeyiz. Sözleşme'nin 9. maddesinin bu şekilde yorumlanması aşırıya kaçmak anlamına gelecektir. Bizler, bu nedenle ve başvurunun ne ile ilgili olmadığını göz önünde bulundurarak, Sözleşme'nin 9. maddesinin ihlal edildiği tespitine karşı oy kullandık[119]".*

Karara muhalif üyeler ikinci olarak Türkiye'de İslam dininin farklı bir yasal statüde olması sorununa açıklık getirmiştir. Azınlık görüşünde, *"Her ne kadar Hükümet tarafından kabul edilmese de, İslam'ın DİB tarafından desteklenen Sünni yorumu, uygulamada, Türkiye'de fiilen bir "Devlet dini" vazifesi görmektedir"* denilmektedir[120]. Kararda devlet dini uygulamasının olması AİHM'in yerleşik içtihatlarına şu şekilde işaret edilmektedir:

117 *İzzettin Doğan ve diğerleri/Türkiye*, § 183.
118 *İzzettin Doğan ve diğerleri/Türkiye*, § 185.
119 *İzzettin Doğan ve diğerleri/Türkiye*, § 14.
120 *İzzettin Doğan ve diğerleri/Türkiye*, § 23.

"Bu nedenle, burada söz konusu olan, Türkiye'nin bir dine, somut davada ise İslam'ın DİB tarafından desteklenen Sünni yorumuna, özel ve ayrıcalıklı bir konum verme hakkının olup olmadığı sorusudur. Bu soru, Devlet ile din arasındaki ilişki konusuna değinmektedir. Mahkeme şu ana kadarki içtihatlarında, bir dinin tarihi ve kültürel nedenlerle bir Devlette ayrıcalıklı bir konumunun olabileceğini kabul etmiştir (bk. örneğin, Darby/İsveç, 23 Ekim 1990, § 45, Seri A no. 187; Ásatrúarfélagið/İzlanda, no. 22897/08 (k.k.), 18 Eylül 2012; ve Members of the Gldani Congregation of Jehovah's Witnesses ve diğerleri/Gürcistan, no. 71156/01, § 132, 3 Mayıs 2007)"[121].

Kararda sorun olarak görülen konu, AİHM önünde Türkiye'nin bunu açıkça kabul etmediği hâlde diğer din ve inanç toplulukları ile karşılaştırıldığında birçok farklı muamelenin var olduğu ve bu farklılığı haklı kılacak başka bir makul gerekçenin ortaya konulmadığı ifade edilmektedir[122]. Kararda muhalif üyeler devlet dini olan İslam inancına mensup kişilere yönelik kamu hizmetleri ile Alevilerin taleplerinin karşılaştırılabilir konumda olmadığını belirtilmektedirler:

> *"Bizler, bu sebeple ve başvuranların iç hukukta elde etmeye çalıştıkları şeyleri, yani yerel mahkemeler önünde dile getirmiş oldukları ve ayrıca, Mahkeme'nin davaya ilişkin değerlendirmesinin dayanağını teşkil etmesi gereken (bk. yukarıda § 5) özel talepleri (kendileri için anlamlı ve faydalı bir dini kamu hizmeti sunulmasına, cemevlerinin, beraberinde getirdiği avantajlar ile birlikte "ibadethane" olarak tanınmasına, dini liderlerinin kamu görevlileri olarak istihdam edilmelerine ve genel bütçeden ödenek ayrılmasına ilişkin talepleri) göz önünde bulundurarak, başvuranların içinde bulundukları durumun DİB tarafından sağlanan dini kamu hizmetlerinden faydalanan kişilerinkiyle kıyaslanmasının sorunlu bir mesele olduğu kanaatindeyiz; zira söz konusu hizmetler yalnızca İslam'ın DİB tarafından desteklenen Sünni yorumuna bağlı kişileri ilgilendirmektedir*[123]*".*

Kararda açıkça Türkiye'de İslam'ın Sünni yorumunun devlet dini statüsünde olduğu ve böyle bir statünün olmasının AİHM'nin önceki içtihatları ve Avrupa Konseyi uygulamaları ışığında Sözleşme'ye aykırılık oluşturmadığı ve statü farklılığının sadece Alevi toplumuna dönük olmadığı ifade edilmektedir. Alevi toplumunun durumu Şii Müslümanlar, Yahudiler, Katolikler, Ortodoks Hıristiyanlar, Protestanlar, Hindular ya da başka herhangi bir dinî grup gibi, DİB'in desteklediği Sünni inancına mensup olmayan dinî gruplar

121 *İzzettin Doğan ve diğerleri/Türkiye*, § 26.

122 Kararda şöyle denilmektedir: "Hükümet, İslam dininin DİB tarafından desteklenen Sünni yorumunun imtiyazlı bir konumunun olduğunu ve Türkiye'de "Devlet dini" şeklinde fiili bir statüsünün bulunduğunu kabul etmeyerek, bizce, DİB tarafından sağlanan hizmetlerden faydalanan Müslümanlar ile diğer Müslümanlar (ya da ilgili diğer dini gruplar) arasındaki muamele farklılığı için tarafsız ve makul bir gerekçe teşkil edecek yeterlilikte bir argüman sunmamaktadır". Bkz. *İzzettin Doğan ve diğerleri/Türkiye*, § 24.

123 *İzzettin Doğan ve diğerleri/Türkiye*, § 27.

konumundadır[124]. Karara muhalif üyeler, burada statü farklılığının değil, sadece elektrik yardımı bağlamında diğer dinî gruplara yapılan yardımın Alevi toplumuna yapılmamasının ayrımcılık konusu olabileceği görüşündedir. Alevilerin diğer talepleri bakımından devletin ülkedeki dinî topluluklarının dinî taleplerini karşılamak gibi pozitif bir yükümlülüğü olmadığı, diğer taleplerin ülkede diğer dinî topluluklara da tanınmadığı ifade edilmektedir[125].

AİHM'in *İzzettin Doğan-Türkiye Kararı* esas alındığında tarihsel veya toplumsal bir temeli ve sürekliliği olan, belirli düzeyde inandırıcılığa, tutarlılığa ve öneme sahip inanç gruplarının din veya inanç topluluğu olarak kabul edildiği, topluluk üyesi kişilerin topluluğa özgü haklar bağlamında bireysel başvuru hakkına sahip olduğu görülmektedir. Topluluğun hak öznesi kabul edilmesi için tüzel kişilik elde etme zorunluğu bulunmadığı, topluluk üyelerinin topluluk adına hak öznesi olarak bireysel başvuru hakkına sahip olduğu kabul edilmektedir.

V. ANAYASA MAHKEMESİNE BİREYSEL BAŞVURU USULÜNDE DİN VEYA İNANÇ TOPLULUKLARININ HAK ÖZNELİĞİ

Uluslararası organların yukarıda ele aldığı kararlarda da görüldüğü gibi Türk hukukunda din veya inanç topluluklarının yasal statüsü konusu uluslararası standartlara uygun görülmemektedir. Bu başlık altında öncelikle din veya inanç topluluklarının yasal statüsü ele alınmaktadır. İkinci olarak AYM kararları ışığında konu incelenmektedir.

A. TÜRK HUKUKUNDA DİN VEYA İNANÇ TOPLULUKLARININ YASAL STATÜSÜ

Din veya inanç topluluklarının anayasal statüsüne ilişkin hükümler ikiye ayrılabilir: Tüm din veya inanç toplulukları için geçerli hak ve güvenceler tanıyan genel hükümler ile doğrudan din veya inanç topluluklarının yasal statüsünü ilgilendiren hükümler.

1. Din veya İnanç Topluluklarının Yasal Statüsüne İlişkin Genel Hükümler

Din veya inanç topluluklar için 1982 Anayasası'nda tanınan genel güvence ilkesi olarak başta laiklik gelmektedir. Anayasa'nın 2. maddesinde Cumhuri-

124 *İzzettin Doğan ve diğerleri/Türkiye*, § 21.

125 Kararda şöyle denilmektedir: "Sonuç olarak, başvuranların durumunun, "ibadethanelerin" elektrik faturalarının ödenmesinden muaf tutulma konusu ile ilgili Cumhuriyetçi davasında olduğu gibi, iç hukuk uyarınca dinlere ya da dini gruplara tanınan hak ve ayrıcalıklar bakımından benzer veya kıyaslanabilir bir durumda olduğunu kesinlikle iddia edebilecek diğer dini grupların durumu ile kıyaslanmış olması gerektiği kanaatindeyiz. Bu doğrultuda, bizler, Sözleşme'nin 9. maddesi ile birlikte değerlendirildiğinde 14. maddesinin ihlal edilmiş olduğu yönünde oy kullandık. *İzzettin Doğan ve diğerleri/Türkiye*, § 28.

yetin nitelikleri arasında yer alan laiklik, Başlangıç'ın 5. paragrafında, *"lâiklik ilkesinin gereği olarak kutsal din duygularının, Devlet işlerine ve politikaya kesinlikle karıştırılamayacağı"* ifade edilmektedir. Maddenin gerekçesinde,[126] *"Hiçbir zaman dinsizlik anlamına gelmeyen laiklik ise her ferdin istediği inanca, mezhebe sahip olabilmesi, ibadetini yapabilmesi ve dini inançlarından dolayı diğer vatandaşlardan farklı bir muameleye tabiî kılınmaması anlamına gelir."* denilmektedir. AGİT Kılavuz ilkeleri dikkate alındığında, "çoğulcu demokrasi" bakımından din veya inanç topluluklarının statüsü önem taşımaktadır. Devletin bu alandaki yükümlülükleri hatırlanınca Anayasa'nın 2. ve 5. maddesinde yer alan "sosyal hukuk devleti" ilkelerinin de bu konuda göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Yine Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan *"toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı"* din veya inanç topluluklarının yasal statüsü belirlenirken dikkate alınması gereken ilkelerdir. Anayasa'nın 10. maddesinde düzenlenen "eşitlik ilkesi" din veya inanç toplulukları bakımından doğrudan veya dolaylı ayrımcılığa uğramama yönünde talep hakkı doğururken devlet bakımından ayrımcı uygulamalardan kaçınma yönünde bir görev yüklemektedir.

Anayasa'da niteliğine uygun düştükçe her hak din veya inanç toplulukları için de geçerlidir. Bu konuyu doğrudan düzenleyen Anayasa'nın 24. maddesinde "din ve vicdan hürriyeti" genel güvenceler içermektedir. Maddenin 1. fıkrasında, "Herkes, vicdan, dinî inanç ve kanaat hürriyetine sahiptir." denilerek hakkın içsel boyutu en kapsayıcı şekilde herkes için tanınmıştır. İkinci fıkrada, "14 üncü madde hükümlerine aykırı olmamak şartıyla ibadet, dinî ayin ve törenler serbesttir." özgürlüğün dışsal boyutu olan ibadet özgürlüğüne ilişkin sınırlama hükmüne yer verilmiştir. Maddenin 3. fıkrasında, "Kimse, ibadete, dinî ayin ve törenlere katılmaya, dinî inanç ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz; dinî inanç ve kanaatlerinden dolayı kınanamaz ve suçlanamaz." denilerek hakkın dokunulmaz mutlak alanı gösterilmiştir. Maddenin 4. fıkrasında din eğitiminin genel çerçevesi belirlenirken, 5. fıkrada hakkın kötüye kullanılması yasağı ayrıca düzenlenmiştir.

Din veya inanç topluluklarının yasal statüsüne ilişkin genel hükümler olarak Anayasa'nın 33. maddesinde "dernek ve vakıf kurma" özgürlüğü tanınmaktadır. Maddenin 1. fıkrasında "Herkes, önceden izin almaksızın dernek kurma ve bunlara üye olma ya da üyelikten çıkma hürriyetine sahiptir." denilerek din veya inanç topluluklarının izin almadan dernek tüzel kişiliğine erişmek hakkı tanınmıştır. Aynı maddenin son fıkrasında "Bu madde hükümleri vakıflarla ilgili olarak da uygulanır." denilerek vakıf tüzel kişiliğine erişim hakkı tanınmıştır.

126 Gerekçe için bkz. Kuzu, B. (1995). *Türk Anayasa Metinleri ve İlgili Mevzuat,* İstanbul: Filiz Kitabevi, s. 23.

Yine Anayasa'nın 68. maddesinin 1. fıkrasında "Vatandaşlar, siyasî parti kurma ve usulüne göre partilere girme ve partilerden ayrılma hakkına sahiptir." denildikten sonra 3. fıkrada "Siyasî partiler önceden izin almadan kurulurlar ve Anayasa ve kanun hükümleri içerisinde faaliyetlerini sürdürürler." denilmektedir. Maddenin 4. fıkrasında ise "Siyasî partilerin tüzük ve programları ile eylemleri, … demokratik ve lâik Cumhuriyet ilkelerine aykırı olamaz" denilmektedir. Çoğulcu demokraside farklı düşünce ve inanç topluluklarının siyasi iradenin oluşmasına katkı sunmak için parti tüzel kişiliği oluşturma hakkı tanınmaktadır. Bu durum laiklik ilkesine de aykırı görülmemektedir. Nitekim Macaristan'da Hristiyan Demokratik Halk Partisi / KDNP 13 Ekim 1944'te Macar Katolik devlet adamları, aydınları ve din adamları tarafından kurulmuştur[127]. Benzer şekilde Litvanya'da 1890'da bir grup Roma Katolik din adamları ve aydınları tarafından Litvanya Hristiyan Demokrat Partisi / LKDP kurulmuştur[128]. İsviçre Hristiyan Demokrat Halk Partisi/ CVP[129], Almanya Hristiyan Demokrat Birliği/ CDU[130], Lüksemburg Hristiyan Sosyal Halk Partisi[131] benzer örneklerdir. Uluslararası belgeler ve Avrupa Konseyi üye ülkeleri esas alındığında din veya inanç topluluklarının siyasi parti kurmaları önünde bir engel olmadığı görülmektedir.

2. Din veya İnanç Topluluklarının Yasal Statüsüne İlişkin Özel Hükümler

1982 Anayasası'nda din veya inanç topluluklarının statüsüne ilişkin özel düzenleme olarak Anayasa'nın 136. maddesi ile 174. maddesi gösterilebilir.

Diyanet İşleri Başkanlığı kenar başlıklı Anayasa'nın 136. maddesinde, *"Genel idare içinde yer alan Diyanet İşleri Başkanlığı, lâiklik ilkesi doğrultusunda, bütün siyasî görüş ve düşünüşlerin dışında kalarak ve milletçe dayanışma ve bütünleşmeyi amaç edinerek, özel kanununda gösterilen görevleri yerine getirir."* denilmektedir. 22/6/1965 tarih ve 633 sayılı Diyanet İşleri Başkanlığı Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun'un 1. maddesine göre, *"İslam Dininin inançları, ibadet ve ahlak esasları ile ilgili işleri yürütmek, din konusunda toplumu aydınlatmak ve ibadet yerlerini yönetmek üzere; Cumhurbaşkanlığına bağlı Diyanet İşleri Başkanlığı kurulmuştur."*. Kanun ile sağlanan resmî statü, Türk toplumunun milletçe dayanışma ve bütünleşmesini amaç edinerek, sadece İslam dinine tanınmıştır. Türkiye'nin *İzzettin Doğan ve diğerleri/Türkiye* kararında ifade ettiği gibi *"Di-*

127 https://tr.wikipedia.org/wiki/Hristiyan_Demokratik_Halk_Partisi, (Erişim Tarihi: 3/11/2023)
128 https://tr.wikipedia.org/wiki/Litvanya_Hristiyan_Demokrat_Partisi, (Erişim Tarihi: 3/11/2023)
129 https://tr.wikipedia.org/wiki/%C4%B0svi%C3%A7re_Hristiyan_Demokrat_Halk_Partisi, (Erişim Tarihi: 3/11/2023)
130 https://tr.wikipedia.org/wiki/Almanya_Hristiyan_Demokrat_Birli%C4%9Fi, (Erişim Tarihi: 3/11/2023)
131 https://tr.wikipedia.org/wiki/Hristiyan_Sosyal_Halk_Partisi, (Erişim Tarihi: 3/11/2023)

yanet İşleri Başkanlığının Anayasa, Yasalar ve Diğer Mevzuat uyarınca yürüttüğü hizmetleri İslam Dinine Mensup olan herkese yönelik olup mezhepler üstü ve umumidir. Umumi nitelikteki bu din hizmetlerinden herkes eşit ölçüde yararlanma hakkına sahiptir"[132]. Aynı şekilde Alevi topluluğu adına başvuru yapanlar da, 633 sayılı Kanun ile ilgili olarak, *"Kanun koyucu bu görevleri sıralarken, İslam dininin herhangi bir mezhebini, tarikatını, inancını belirtmemiş ve kısaca ve bir bütün olarak İslam dini demekle yetinmiştir. Böylece, Diyanet İşleri Başkanlığının İslam dinine inanan herkes için bu görevleri yerine getirmesinin gerekli olduğu ortaya çıkmaktadır"* demişlerdir[133]. Kararda AİHM de Anayasal ve yasal statü olarak İslam dininin diğer din veya inançlardan ayrı bir statüde olduğunu kabul etmektedir.

Anayasa'nın 136. ve 633 sayılı Kanun'un 1. maddesinin birlikte yorumlanmasından Türkiye'de bir *"Devlet dini"* uygulamasının olduğu söylenebilir. Liberal demokratik devlet anayasalarının birçoğunda, belli bir din ya da mezhep açıkça *"resmi din" (the official religion)* olarak tanınmaktadır[134]. Karşılaştırmalı anayasa hukuku verileri günümüzde resmî din anlayışının demokratik seküler devlet anlayışı ile uyumlu olduğunu göstermektedir. Günümüz anayasalarında, resmî din anlayışına yer veren 34 ülke bulunmaktadır. Bunlardan 13 ülke Hristiyanlığın farklı mezheplerini resmî din kabul etmektedir. Bu ülkelerden beşi Katolik (Kosta Rika, Lihtenştayn, Malta, Monako, Zambiya), dört Evancelist (Finlandiya, Danimarka, İzlanda, Norveç), bir Ortodoks (Yunanistan), bir Anglikan (İngiltere), Kalvenist (Tuvalu) bulunmaktadır[135]. Demokrasi indeksinde tam demokratik kabul edilen 23 ülkeden[136] 5 ülkenin anayasasında resmî din bulunmaktadır[137].

132 *İzzettin Doğan ve diğerleri/Türkiye*, § 11.

133 *İzzettin Doğan ve diğerleri/Türkiye*, § 12.

134 Bu yaklaşım liberal anayasacılığın başlangıcından itibaren böyledir. Nitekim Avrupa'nın ilk yazılı anayasası kabul edilen 3 Mayıs 1791 tarihli Polonya Anayasası'nın 1. maddesi *"Hakim Ulusal Din"* (The Dominant National Religion) kenar başlığını taşıyordu. Maddenin ilk cümlesinde *"Kutsal Roman-Katolik İnancı, tüm ayrıcalık ve bağışıklıklarıyla hakim ulusal din kabul edilecektir"* denilmekteydi. Bkz. Anayasa metni için Bkz. https://konstytucja3maja.gov.pl/en/about/, (Erişim Tarihi: 19/11/2023)

135 Bkz. Eren, A. (2023). *Anayasa Hukuku Dersleri*, Ankara: Seçkin Yayınevi, s. 392-393.

136 Demokrasi indeksine göre sırasıyla tam demokratik kabul edilen ülkeler: Norveç, İzlanda, İsveç, Yeni Zelanda, Kanada, Finlandiya, Danimarka, İrlanda, Hollanda, Avustralya, Tayvan, İsviçre, Lüksemburg, Almanya, Uruguay, Birleşik Krallık, Şili, Kosta Rika, Avusturya, Mauritus, Japonya, İspanya, Güney Kore. Bkz. https://tr.wikipedia.org/wiki/Demokrasi_indeksi, (Erişim Tarihi: 19/11/2023)

137 Bu ülkeler şunlardır: Norveç, İzlanda, Finlandiya, Danimarka, Kosta Rika. Tam demokratik 14 ülke anayasasında "Tanrı"ya atıf yapılmaktadır. Dünya'nın en demokratik ülkesi kabul edilen Norveç Anayasası'nın 2. maddesine göre, *"Ülkede tüm yaşayanlar, kendi dinlerini özgürce yaşama hakkına sahiptirler. Evangelical-Lutheran dini, devletin resmi dinidir. Ona aidiyetini bildiren vatandaşlar, kendi çocuklarını da aynı şekilde yetiştirebilirler."* Yine Anayasa'nın 4. maddesine göre, *"Kral her zaman Evangelical-Lutheryan dininden olmak, aynı zamanda onu yükseltmek ve korumak zorundadır"*. Demokrasi indeksinde ikinci sırada olan İzlanda Anayasası'na (m. 62) göre *"Evangelical Lutheran Kilisesi, İzlanda'daki Devlet Kilisesidir ve bu nedenle Devlet tarafından desteklenir ve korunur"*. Demokrasi indeksinde altıncı sırada olan Finlandiya Anayasası'na göre (m. 76), *"Evangelical Lutheran Kilisesi'nin örgütlenme ve yönetimine ilişkin hükümler Kilise*

Nitekim BM Din ve inanç özgürlüğü Özel Raportörü'nün 22 Aralık 2011 tarihinde Birleşmiş Milletler Genel Kuruluna sunduğu yıllık raporda *"Bazı mezheplere ayrıcalıklı statü tanınması veya resmi bir Devlet dini belirlenmesi bazen ulusal kimliğin geliştirilmesine yönelik Devlet politikasının bir parçasıdır"* şeklinde tespitte bulunulmuştur[138]. AGİT Kılavuz İlkeler arasında *"Bir dinin devlet dini olarak tanınması, resmi veya geleneksel din olarak kabul edilmesi veya söz konusu dine inananların nüfusun büyük bir çoğunluğunu oluşturması özel statü tanıma konusunda kabul edilebilir bir gerekçe oluşturabilmekte"* olduğu ifade edilmektedir[139]. AİHM de devletin muhtelif din ve inançlara mutlak olarak aynı davranış içerisinde olması koşuluyla, resmî dinin veya devlet kilisesinin varlığını tek başına sözleşmeye aykırı bulmamakta, devletin resmî dininin olmasını eleştirmemektedir[140]. Resmî din, milleti oluşturan ortak değerlerden biri şeklinde "milletçe dayanışma ve bütünleşmeyi amaç edinerek" özellikle desteklenmekte ve korunmaktadır. Böylece teokratik devletteki "dinin devleti" anlayışı, yerini günümüz liberal demokratik devlette "devletin dini" anlayışına bırakabilmektedir.

Türkiye'de İslam dışında diğer dinlerin yasal statüne ilişkin tek düzenleme Lozan Antlaşması'dır. Müslüman olmayan azınlıklar Lozan Antlaşması'nın 37. ve 45. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Lozan Antlaşması'nın 37. maddesine göre "*Türkiye, 38'den 44'e kadar olan Maddelerde musarrah ahkâmın kavanini asliye şeklinde tanınmasını ve hiç bir kanun, hiç bir nizam ve hiç bir muamelei resmiyenin bu ahkâma münafi veya muarız olmamasını ve hiç bir kanun, hiç bir nizam ve hiç bir muamelei resmiyenin ahkâmı mezkûreye ihrazı tefevvuk etmemesini taahhüt eder.".* Lozan Antlaşması'na göre Yunan, Ermeni ve Yahudi toplulukları Müslüman olmayan azınlık statüsüne sahiptir. Benzer şekilde Bulgar Ortodoks topluluğu da Bulgaristan'la yapılan antlaşma kapsamında dinî azınlık konumundadır. Lozan Antlaşması'nın 39. maddesinde *"Gayri Müslim akalliyetlere mensup Türk tebaası, Müslümanların istifade ettikleri ayni hukuku medeniye ve siyasiyeden istifade edeceklerdir."* denildiğinden onların da dernek ve vakıf tüzel kişiliğine erişim hakkı bulunmaktadır. Antlaşma'nın 40. maddesine göre, *"Gayrimüslim akalliyetlere mensup olan Türk tebaası hukuken ve fiilen diğer Türk tebaaya tatbik edilen aynı muamele ve aynı teminattan müstefit olacaklar*

Yasası ile belirlenir". Demokrasi indeksinde yedinci sırada olan Danimarka Anayasası'na göre (m. 4) *"Danimarka Halk kilisesi Evangelical Lutheran kilisesidir ve bu haliyle devlet tarafından desteklenir"*. Demokrasi indeksinde on sekizinci sırada olan Kosta Rika Anayasası'na göre (m. 75) *"Roma Katolik Apostolik Dini, kendisini evrensel ahlaka veya iyi âdetlerle çelişmeyen diğer inançların Cumhuriyet'te özgürce kullanılmasını engellemeden sürdürülmesine katkıda bulunan Devlet dinidir"*.

138 Birleşmiş Milletler Özel Raportörünün din ve inanç özgürlüğüne ilişkin 22 Aralık 2011 tarihli Raporu için bkz. General Assembly, Report of the Special Rapporteur on freedom of religion or belief, Heiner Bielefeldt, A/HRC/19/60, 22 December 2011, p. 63.

139 Venedik Komisyonu/AGİT-DKİHB. (2015). p. 41.

140 *Kokkinakis/Yunanistan*, B. No: 14307/88, 25/5/1993, §§ 31-35.

ve bilhassa, masrafları kendilerine ait olmak üzre her türlü müessesatı hayriye, diniye veya içtimaiyeyi, her türlü mektep ve sair müessesatı talim ve terbiyeyi tesis, idare ve murakabe etmek ve buralarda kendi lisanlarını serbestçe istimal ve âyini dinilerini serbestçe icra etmek hususlarında müsavi bir hakka malik bulunacaklardır". Öte yandan Protestan kilisesi üyeleri, Yehova'nın Şahitleri, Yezidiler, Süryaniler ve Keldaniler gibi diğer bazı dinî grupların yasal statüsüne ilişkin özel düzenlemeler bulunmamaktadır[141].

Türkiye'de din veya inançlara yönelik yasal statünün yol açtığı belirsizlik başta dinî liderlerini seçme, dinî eğitim ve öğretim yapma, ibadet yerlerinin hukuki durumunda belirsizlik, üyelerinden ve devlet bütçesinden mali yardım alma, tüzel kişiliği olmadığından mahkemeye erişim konularında sorun yaşandığı dile getirilmektedir. Dinî toplulukların dernek veya vakıf tüzel kişiliğine erişebilse de bu statünün öngördüğü kısıtlamalar, tam anlamda dile getirilen sorunları çözmediği belirtilmektedir[142]. Venedik Komisyonu, 15 Mart 2010 tarihli Türkiye'de Dinî Cemaatlerin Hukuki Statüsü ile İstanbul Ortodoks Patrikliğinin "Ekümenik" Sıfatını Kullanma Hakkına Dair Görüşünde (CDL-AD(2010)005-f), *"Dini cemaatlere ilişkin Türk hukukunda mevcut olan temel sorun, onların kaydedilip tüzel bir kişilik kazanamamalarıdır. Bu konu ile ilgili olarak mevzuatta açık bir düzenleme bulunmamaktadır ve şimdiye kadar hiçbir dini cemaat, tüzel kişilik kazanamamıştır. Bunun yerine, bu cemaatler dolaylı olarak vakıf ve dernekler aracılığıyla faaliyette bulunmak zorundadır."* denilmiştir[143].

Anayasa'nın "İnkılâp kanunlarının korunması" kenar başlıklı 174. maddesinde din veya inanç topluluklarının yasal statüsünü ilgilendiren devrim kanunlarına ilişkin özel bir hüküm getirilmiştir. Maddeye göre, *"Anayasanın hiçbir hükmü, Türk toplumunu çağdaş uygarlık seviyesinin üstüne çıkarma ve Türkiye Cumhuriyetinin lâiklik niteliğini koruma amacını güden, aşağıda gösterilen inkılâp kanunlarının, Anayasanın halkoyu ile kabul edildiği tarihte yürürlükte bulunan hükümlerinin, Anayasaya aykırı olduğu şeklinde anlaşılamaz ve yorumlanamaz*". Bu konuda özel yasa olarak 30/11/1925 tarihli ve 677 sayılı *"Tekke ve Zaviyelerle Türbelerin Seddine ve Türbedarlıklar ile Birtakım Unvanların Men ve İlgasına Dair Kanun"* ile tarikatlar, bunlara ait tekke ve zaviyeler, bunların kullandığı şeyhlik, dervişlik, müritlik, dedelik gibi ünvanlar ve dinî kıyafetler yasaklanmıştır[144].

141 *İzzettin Doğan ve diğerleri/Türkiye*, § 30.
142 *İzzettin Doğan ve diğerleri/Türkiye*, §§ 31-32.
143 *İzzettin Doğan ve diğerleri/Türkiye*, § 32.
144 30 Kasım 1925 tarihli ve 677 sayılı Tekke ve Zaviyelerle Türbelerin Seddine ve Türbedarlıklar ile Birtakım Unvanların Men ve İlgasına Dair Kanunun 1. maddesi aşağıdaki gibidir. "Türkiye Cumhuriyeti dahilinde gerek vakıf suretiyle gerek mülk olarak şeyhının tahtı tasarrufunda gerek suveri aharla tesis edilmiş bulunan bilümum tekkeler ve zaviyeler sahiplerinin diğer şekilde hakkı temellük ve tasarrufları baki kalmak üzere kamilen seddedilmiştir. Bunlardan usulü mevzuası dairesinde filhal cami veya mescit olarak istimal edilenler ipka edilir.

1950 yılında Kanun'da yapılan değişiklikle *"Türbelerden Türk büyüklerine ait olanlarla büyük sanat değeri bulunanlar Kültür Bakanlığınca umuma açılabilir"* denilerek bir istisna getirilmiştir. 21/7/1983 tarih ve 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nun 6. maddesinin d fıkrasında *"taşınmaz kültür varlıkları" arasında "camiler, mescitler, musallalar, namazgahlar; çeşme ve sebiller; imarethane, darphane, şifahane, muvakkithane, simkeşhane, tekke ve zaviyeler;"* sayılmıştır[145]. Aynı Kanun'un 7. maddesinin 4. fıkrasında "*Vakıflar Genel Müdürlüğünün idaresinde veya denetiminde bulunan mazbut ve mülhak vakıflara ait taşınmaz kültür ve tabiat varlıkları, gerçek ve tüzelkişilerin mülkiyetinde bulunan cami, türbe, kervansaray, medrese han, hamam, mescit, zaviye, sebil, mevlevihane, çeşme ve benzeri korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının tespiti, envanterlenmesi Vakıflar Genel Müdürlüğünce yapılır."* denilmektedir. Bu düzenlemeler ile tarihi değeri olan tekke ve zaviyeler kültürel varlık olarak korunma altına alınmakta, ancak günümüz tarikatları tarafından yeni açılmak istenen tekke ve zaviyeler ibadet yeri kabul edilmemekte ve açılması 677 sayılı Kanun kapsamında yasak kabul edilmektedir.

677 sayılı Kanun'daki yasak Alevi-Bektaşi tarikatı ile Mevlevilik tarikatı için uygulanmamakta ve aynı statüde kabul edilen diğer tasavvufi din veya inanç toplulukları arasında farklı bir statü oluşturulmaktadır. *İzzettin Doğan – Türkiye* kararında, hükûmet, *"Alevilik ve Bektaşilik temel karakteri itibariyle yüzeysel anlamda on iki imam inancına ait motiflerle Batıni öğeler taşıyan tasavvufi bir yapıdır. Bu yapı erkanını geçmişte şehirlerde dergahta yürütmüştür. Köylerde dergâh yapma imkânı olmadığından bu iş için uygun bir ev seçilmiştir… Şahkulu Sultan ve Karacaahmet Sultan birer Bektaşi dergâhı yani tekkesidir…"* demiştir[146]. Aynı şekilde başvurucular da kendilerini, *"Ben Türkiye Cumhuriyeti'nin Alevi (Alevi — Bektaşi — Mevlevi — Nusayri) İslam inancını benimsemiş bir vatandaşıyım. Alevîlik Allah'ın tekliğini, Hz. Muhammed'in peygamberliğini, Kuran'ın Allah emri olduğunu … esas alan, … akla aykırı olmayan, … İslam'ın tasavvufi yorum ve uygulamasıdır."* demişlerdir[147]. Alevilik başvurucular tarafından Bektaşilik tarikatıyla doğrudan ilişkilendirilirken, Türkiye hükûmeti de Aleviliği "mis-

"Alelümum tarikatlerle şeyhlik, dervişlik, müritlik, dedelik, seyitlik, çelebilik, babalık … gibi unvan ve sıfatların istimali … memnudur. Türkiye Cumhuriyeti dahilinde … bir tarikata … müstenit olanlarla bilümum sair türbeler mesdut ve türbedarlıklar mülgadır. Seddedilmiş olan tekke veya zaviyeleri veya türbeleri açanlar veyahut bunları yeniden ihdas edenler veya ayını tarikat icrasına mahsus olarak velev muvakkaten olsa bile yer verenler ve yukarıdaki unvanları taşıyanlar veya bunlara mahsus hidematı ifa veya kıyafet iktisa eyleyen kimseler üç aydan eksik olmamak üzere hapis ve … cezayı nakdiile cezalandırılır."

145 2863 Sayılı Kanun'un Tanımlar kenar başlıklı 3. maddesinde "Kültür varlıkları"; tarih öncesi ve tarihi devirlere ait bilim, kültür, din ve güzel sanatlarla ilgili bulunan veya tarih öncesi ya da tarihi devirlerde sosyal yaşama konu olmuş bilimsel ve kültürel açıdan özgün değer taşıyan yer üstünde, yer altında veya su altındaki bütün taşınır ve taşınmaz varlıklardır" denilmiştir.

146 *İzzettin Doğan ve diğerleri/Türkiye*, § 13.

147 *İzzettin Doğan ve diğerleri/Türkiye*, § 10.

tik ekoller" kapsamında Alevi-Bektaşi tarikatı olarak nitelendirmiştir. Nitekim *İzzettin Doğan ve diğerleri/Türkiye* kararında, Türk hükûmeti Diyanet İşleri Başkanlığını (DİB) kastederek, *"Ayrıca Başkanlığın Kanunla yasaklanan tarikatlar alanında görev ve hizmet yürütmesi de mümkün değildir. Kaldı ki böyle bir durum, laiklik ve milletçe bütünleşme ilkelerine de uygun düşmemektedir"* denilmektedir[148].

Alevi-Bektaşilik inancının İslam'ın içinde tarikat olduğu görüşüne rağmen, 16/11/2022 tarihli ve 7421 sayılı Vergi Usul Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun kapsamında Alevi topluluğuna yönelik bazı haklar tanımıştır. Bu Kanun kapsamında ilgili birçok kanunda değişiklik yapılarak, Alevi topluluğun ibadethane olarak kabul ettiği cemevleri ibadethane statüne alınmış İmar planlarında cemevlerine yer ayrılması kabul edilmiştir[149]. Kanun'un 22. maddesi ile 14/3/2013 tarihli ve 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanununa ek madde 6 eklenerek *"Cemevlerinin aydınlatma giderleri Kültür ve Turizm Bakanlığının bütçesine konulacak ödenekten karşılanır."* denilmiştir. 677 sayılı Kanun kapsamında Alevilik bir tarikat kabul edildiği hâlde, diğer tarikat ve inançlara göre farklı haklar tanınmıştır. Bu durum diğer tarikat veya inanç topluluklarının benzer yöndeki taleplerinin karşılanmaması hâlinde ayrımcılığı gündeme getirecektir. Nitekim bu görüş *İzzettin Doğan ve diğerleri/Türkiye* kararına, Türk hükûmetinin savunmasında da yer almaktadır[150].

22/10/2008 tarih, 8 No.lu Mevlevilik ve Semâ Törenleri Hakkında Genelge'de "Kültürel mirasımızın zenginliklerinden birini de Mevlevîlik kültürü ve

148 *İzzettin Doğan ve diğerleri/Türkiye*, § 13.

149 Bu konuda yapılan yasal değişiklikler şöyledir: **MADDE 8-** 3/5/1985 tarihli ve 3194 sayılı İmar Kanununa aşağıdaki ek madde eklenmiştir. "EK MADDE 10- İmar planlarının tanziminde, planlanan beldenin ve bölgenin şartları ile müstakbel ihtiyaçları göz önünde tutularak lüzumlu cemevi yerleri ayrılır.

İl ve ilçelerde mülkî idare amirinin izni alınmak ve imar mevzuatına uygun olmak şartıyla cemevleri yapılabilir.

Cemevi yeri, imar mevzuatına aykırı olarak başka maksatlara tahsis edilemez.". **MADDE 14-** 10/7/2004 tarihli ve 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanununun 7 nci maddesinin birinci fıkrasına (aa) bendinden sonra gelmek üzere aşağıdaki bent ve üçüncü fıkrasına (f) bendinden sonra gelmek üzere aşağıdaki bent eklenmiştir.

"bb) Gerektiğinde cemevleri için bina ve tesisler yapmak, bu bina ve tesislerin her türlü bakımını, onarımını yapmak ve gerekli malzeme desteğini sağlamak."

"g) Cemevlerinin yapım, bakım ve onarımını yapmak." **MADDE 15-** 22/2/2005 tarihli ve 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanununun 6 ncı maddesinin birinci fıkrasından sonra gelmek üzere aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

"İl özel idaresi; il sınırları içinde mabetler, kültür ve tabiat varlıkları, tarihî doku ve kent tarihi bakımından önem taşıyan mekânlar ile cemevlerinin yapım, bakım ve onarımını yapabilir." **MADDE 16-** 3/7/2005 tarihli ve 5393 sayılı Belediye Kanununun 14 üncü maddesinin birinci fıkrasının (b) bendine "inşa edebilir" ibaresinden sonra gelmek üzere "; cemevlerinin yapım, bakım ve onarımını yapabilir" ibaresi eklenmiştir. **MADDE 17-** 5393 sayılı Kanunun 15 inci maddesinin altıncı fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan "ve hastanelere" ibaresi ", hastanelere ve cemevlerine" şeklinde değiştirilmiştir.

150 *İzzettin Doğan ve diğerleri/Türkiye*, § 13.

Semâ törenleri oluşturmaktadır. Bilindiği gibi Mevlevîlik kültürü Bakanlığımızın yoğun girişimleri sonucunda UNESCO tarafından korunması gereken dünya kültür miras listesine alınmıştır. Ayrıca 2007 yılı, Mevlana Celaleddin Rumi'nin 800'üncü Doğum Yıldönümü, UNESCO'nun Yıldönümleri Listesi'nde resmî olarak ilan edilmiştir… Bu dosyaya göre Semâ; "Allah'a ulaşma yolunun derecelerini sembolize eden, içinde dinî-tasavvufi ögeler ve temalar barındıran ve bu hâliyle ayrıntılı kural ve özgün uygulamaları içeren bir tören" olarak tanımlanmaktadır.". Bu Genelge ile Kültür bakanlığı Mevlevilik tarikatının dinî ritüelinin özel alanlar da dahi icra edilirken, aslına uygun yapılmasına ilişkin hukuki düzenleme yapmaktadır. Nitekim Kültür ve Turizm Bakanlığı Araştırma ve Eğitim Genel Müdürlüğü 6/6/2013 tarihinde 81 İl valiliğine gönderdiği yazıda *"Bakanlığımız tarafından hazırlanan 22.10.2008 tarihli ve 192106-(8) sayılı Genelge ile somut olmayan kültürel mirasımızın önemli unsurlarından biri olan Mevlevilik ve Sema Törenleri'nin aslına uygun olarak korunması, yaşatılması ve kuşaktan kuşağa aktarılması amacıyla uyulması zorunlu esaslar belirlenmiştir… Bu çerçevede Genelgede belirtilen usul ve esaslara uyulması yönünde gerekli özenin gösterilmesi hususunda bilgilerinizi ve gereğini tekiden rica ederim"* denilmiştir[151]. Bu düzenlemeden de anlaşıldığı gibi Mevlevilik tarikatı ve onun dinî ritüellerinin aslına uygun yerine getirilmesi konusunda Kültür Bakanlığı bir görev üstlenmiştir.

Kısacası Türk hukuk düzeninde Anayasa'nın 136. ve DİB'in 633 sayılı Kuruluş Kanunu kapsamında İslam diğer dinlerden farklı olarak devlet dini statüsünde kabul edilirken; Alevi-Bektaşi tarikatı ile Mevlevilik tarikatı, diğer tarikat ve tasavvufi dini topluluklardan farklı bir statü kazanmıştır. Diğer tarikatlar ise 667 sayılı Kanun kapsamında yasaklı konumdadır. Bu tarikatlar kendi inanç anlayışına göre yeni tekke ve zaviyeler açamamakta ve ibadetlerini aleni olarak gerçekleştirememektedirler. Bu durumda benzer taleplerin diğer dini topluluklar tarafından gündeme getirilmesi ve reddedilmesi hâlinde ayrımcılık iddiası gündeme gelecektir. Bu nedenle Türkiye'de din veya inanç topluluklarının yasal statüsüne ilişkin genel bir düzenleme ihtiyacı bulunduğu söylenebilir.

B. AYM KARARLARINDA DİN VEYA İNANÇ TOPLULUKLARININ HAK ÖZNELİĞİ

Anayasa Mahkemesinin din veya inanç topluluklarının yasal statüsünü ve bireysel başvuruda hak özneliğine ilişkin özellikleri tartışıp ortaya koyduğu bir kararı bulunmamaktadır. Azınlık dinî grupları vakıf veya dernek statüsüne sahip olduklarından daha çok bu sıfatla başvuru yapmaktadır. Din veya inanç topluluğu üyeleri tarafından yapılan başvurularda, başvurunun

151 Genelge ve ilgili yazı hakkında bkz. https://teftis.ktb.gov.tr/arama?_Dil=1, (Erişim Tarihi: 3/11/2023)

bireysel mi yoksa dinî grup başvuru olup olmadığı üzerinde özellikle durulmadığı görülmektedir. Bu nedenle bu çalışma din veya inanç topluluklarının hak özneliği kapsamında bireysel başvuruları incelediğinden bu doğrultuda görülen çok sınırlı karar üzerinden bir değerlendirme yapılacaktır.

Anayasa Mahkemesi (AYM), Genel Kurulu 25/5/2019 tarihli *"Levon Berç Kuzukoğlu ve Ohannes Garbis Balmumciyan Başvurusu"* kapsamında başvuruculaın "Türkiye Ermenileri Patrikliği Seçimi yapılması taleplerinin reddedilmesinin din özgürlüğünü ihlal ettiği iddiasına ilişkin" başvuruyu kabul edilebilir bulmuştur. Başvurucular, mevcut Patrik'in görevini yapamaması nedeniyle patriklik makamının boşaldığını ve Ermeni cemaatinin serbestçe dinî liderini seçmesinin idare tarafından engellendiği iddiasıyla Anayasa'nın 24. maddesindeki din özgürlüğüne müdahale olduğunu savunmuşlardır[152]. Bakanlık, başvurucuların mağduriyet sıfatlarının bulunmadığını ileri sürmüştür. Ancak AYM, *"Bununla beraber başvurucular sırasıyla hem Ermeni cemaati üyesi hem de Sivillerce oluşturulmuş Müteşebbis Heyetin başkanı ve sekreteridir. Türkiye Ermenileri Patrikliği Seçimi'ne ilişkin olarak idarenin ve derece mahkemelerinin kararlarından başvurucuların doğrudan etkilenmedikleri söylenemez."* diyerek, başvurucuların kişisel mağduriyetlerini aramadan "Ermeni cemaati üyesi" sıfatıyla doğrudan mağdur kabul etmiştir[153]. Kararda "Ermeni patriği, bir dinî topluluk olan Türkiye Ermenileri cemaatinin ruhani lideridir" denilerek, Ermeni cemaatinin dinî topluluk statüsü vurgulanmıştır[154].

Anayasa Mahkemesi, başvurucuların mağdur sıfatlarına ve başvurunun kabul edilebilirliğine ilişkin daha ileri bir değerlendirmeyi gerekli görmemiştir. Türkiye Ermenileri Patrikliği Seçimi, başvurucuların üyesi olduğu Ermeni din veya inanç topluluğunun ortak sorunu kabul edilmiş ve bu soruna yönelik bu topluluk adına iki üyesinin yaptığı başvuru kabul edilebilir bulunmuştur. Burada başvuru yapılan konunun din veya inanç topluluğunun tüm üyelerini ilgilendiren ortak bir soruna dönük olduğu ve topluluk adına bu sorunu en az iki üyenin başvuru konusu yapabildiği görülmektedir. AYM kararın esasında, "Din özgürlüğü, dinî toplulukların devletin keyfî müdahalesinden uzak bir şekilde örgütlenmesini de içerir. Buna göre devlet, dinî toplulukların iç işlerine demokratik bir toplumda zorunlu değilse karışmaktan kaçınmak zorundadır." demiştir[155].

Din veya inanç topluluğu adına başvuru ile inanç sahiplerinin kendi adlarına yaptıkları başvuru nitelik olarak birbirinden farklıdır. Örneğin *Corc Kasapoğlu ve Niko Mavrakis Başvurusu'nda* başvuru, başvurucuların din adamı

152 *Levon Berç Kuzukoğlu ve Ohannes Garbis Balmumciyan* [GK], B. No: 2014/17354, 22/5/2019, § 60.
153 *Levon Berç Kuzukoğlu ve Ohannes Garbis Balmumciyan*, § 57.
154 *Levon Berç Kuzukoğlu ve Ohannes Garbis Balmumciyan*, § 67.
155 *Levon Berç Kuzukoğlu ve Ohannes Garbis Balmumciyan*, § 95.

oldukları gerekçesiyle kilise vakfından çıkarılmalarına karar verilmesinin örgütlenme özgürlüğünü ihlal ettiği iddiasına ilişkindir[156]. Başvurucular İstanbul'daki kiliselerde papaz olarak görev yapmakta iken başvurucu Niko Mavrakis 5/12/2011 tarihinde Beşiktaş Cihannüma Rum Ortodoks Kilisesi Vakfı Yönetim Kurulu üyeliğine, diğer başvurucu Corc Kasapoğlu ise 10/12/2011 tarihinde Koca Mustafa Paşa Samatya Aya Konstantin Rum Ortodoks Kilisesi Vakfı Yönetim Kurulu üyeliğine seçilmiştir[157]. Her iki Vakfın Yönetim Kurulu Seçim Tespit Tutanağı 16/12/2011 tarihinde Vakıflar Genel Müdürlüğüne (Genel Müdürlük) bildirilmiştir. Genel Müdürlük 30/12/2011 tarihli yazısında başvuruculaların din adamı oldukları duyumuna ulaşıldığını belirterek Vakıflara başvuruculaların din adamı olup olmadıklarını sormuştur. Vakıflar 3/1/2012 tarihli yazı ile başvuruculaların papaz olarak görev yaptıklarını -yani din adamı olduklarını- Genel Müdürlüğe beyan etmiştir. Bunun üzerine Genel Müdürlük 1/3/2012 tarihinde yine Vakıflara yazdığı yazıda 5737 sayılı Kanun'a dayanılarak hazırlanan ve 27/9/2008 tarihli ve 27010 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Vakıflar Yönetmeliği'nin (Yönetmelik) 33. maddesinin (i) bendi gereği (bkz. § 27) başvuruculaların din adamı olmaları nedeniyle yönetim listelerinden çıkarılmasına ve bu hâliyle Vakıf Yönetim Kurulu Yetki Belgesi verilmesine karar vermiştir[158]. Bu olayda başvurucular dinî topluluğa dönük bir ihlal iddiasında bulunmadan din adamı sıfatıyla kişisel bir menfaat ihlali ile başvuruda bulunmuşlardır. Mahkeme burada dinî topluluğun statüsüne veya topluluğa dönük bir hak ihlalini değil, kişisel olarak din adamlarına dönük ihlali incelemiştir.

SONUÇ

Uluslararası insan hakları hukukunda bireysel başvuru hakkı; bireylere, birey gruplarına ve özel hukuk tüzel kişilerine tanınmaktadır. Kişi topluluğu kavramı, ortak amaç, menfaat veya özelliklere sahip olması nedeniyle bir araya gelmiş ve tüzel kişilik elde etmemiş gruplar için kullanılmaktadır. Engelli, cinsel, ırksal, dilsel veya inanç toplulukları gibi çok geniş bir kategori kişi topluluğu olarak insan haklarının öznesi kabul edilmektedir. Bu kapsamda bireysel başvuru mekanizmalarında tüzel kişiliğe sahip olmayan kişi grupları *"başvurucu grup"* (the applicant group) olarak hak öznesi kabul edilmektedir. Kişi topluluklarının bireysel başvuruda hak öznesi olmasında üç nokta önem taşımaktadır. Bunlar, ortak bir amaç veya menfaat etrafında bir araya gelmiş bir *"kişi topluluğunun bulunması;* topluluk adına başvuran kişinin *"toplulukla olan bağını"* ortaya koyması; başvurunun "*topluluğa ait haklar"* kapsamında yapılmasıdır.

156 *Corc Kasapoğlu ve Niko Mavrakis*, B. No: 2019/35842, 2/5/2023, § 1.
157 *Corc Kasapoğlu ve Niko Mavrakis*, § 11.
158 *Corc Kasapoğlu ve Niko Mavrakis*, § 12.

Din veya inanç toplulukları, kişi topluluklarının bir türüdür. BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 18. ve AİHS'nin 9. maddesinde, "dinini topluca (...) açıklama özgürlüğü" din veya inanç topluluklarına özgü yasal statü tanınmasının hukuki temeli kabul edilmektedir. Uluslararası insan hakları hukukunda, *"din veya inanç özgürlüğünü kullanmak amacıyla başkalarıyla birlikte topluca hareket eden bireyler "din veya inanç toplulukları" (religious or belief communities)* olarak tanımlanmaktadır. Semavi dinler bu kapsama girdiği gibi tarihsel ve toplumsal temeli olan ve belirli iç tutarlılığa, sürekliliğe sahip her türlü inanç da din veya inanç topluluğu kabul edilmektedir. Ateist veya hümanist gruplar da inanç topluluğu olarak nitelendirilmektedir. Dolayısıyla din veya inanç özgürlüğü bireysel bir hak olmadığı gibi inanç gruplarının bu haktan topluca yararlanması tüzel kişilik statüsü elde etme koşuluna bağlanamaz.

AGİT Kılavuz İlkeler din veya inanç topluluklarına yasal statü tanınması konusunda uluslararası asgari standartları içeren en temel belge kabul edilmektedir. Bu Kılavuz ilkeler bağlayıcı bir sözleşme niteliğinde olmasa da hukuki geçerliliği 1989 tarihli AGİT katılımcısı devletler Viyana Belgesi'ne dayandırılmaktadır. Viyana Belgesi'nin 16.3. paragrafında *"mensup oldukları Devletin anayasal çerçevesi içerisinde inançlarını yaşayan veya yaşamaya hazır olan inanç topluluklarının, söz konusu ülkede bu türden topluluklara sağlanan statünün kendilerine de tanınması yönündeki taleplerini karşılamayı"* taahhüt etmişlerdir[159]. Bu taahhüt AGİT üyesi devletlerde kişi topluluklarına sağlanan yasal statünün din veya inanç topluluklarına da tanınmasını içermektedir.

Uluslararası insan hakları hukukunda din veya inanç topluluklarına tüzel kişiliği olup olmadığına bakmaksızın hak özneliği tanınmaktadır. Ancak din veya inanç toplulukları, hukuki alanda işlem yapabilmeyi sağlamak amacıyla "din veya inanç kuruluşları" kurmayı yani tüzel kişilik elde etmeyi tercih edebilir[160]. AGİT Kılavuz İlkelerine göre devletler *"Din veya inanç topluluklarının kendi istekleri üzerine tüzel kişiliğe erişimini sağlama yükümlülüğü"* altındadır. Ayrıca devletler *"tüzel kişiliğe erişim elde etmenin din veya inanç toplulukları açısından diğer gruplar veya topluluklar açısından olduğundan daha güç kılınmamasını sağlamak durumundadırlar"*[161]. Ulusal hukuk düzenlerinde kişi topluluklarına, dernek veya şirket gibi genel tüzel kişilik elde etme hakkı verildiği gibi din veya inan topluluklarına *"müstakil tüzel kişilik"* hakkı getirilebilmektedir[162].

159 Venice Commission/OSCE-ODIHR. (2014). s. 4.

160 a.g.e. p. 17.

161 a.g.e. p. 17.

162 Karşılaştırmalı hukuk örneklerine bakıldığında ABD'nin Pennsylvania Eyaleti'nde, din topluluklar tüzel kişilik elde etmek için ticari kuruluşlar (dernekler, şahıs şirketleri, genel ortaklıklar, sınırlı sorumlu ortaklıklar ve sınırlı sorumlu şirketler gibi) veya kâr amacı gütmeyen kuruluşlar (dernek) şeklinde tüzel kişilik tanınmaktadır. Estonya'da din ve inanç topluluklarının tüzel kişiliği konusu Kâr Amacı Gütmeyen Kuruluşlar Kanunu ve Kiliseler

Dolayısıyla din veya inanç toplulukları haklardan yararlanmak bakımından belli bir tüzel kişilik elde etme yönünde zorlanamaz. Ancak hukuk düzeninin benzer durumdaki kişi topluluklarına tanıdığı genel veya müstakil tüzel kişiliklere erişim hakkı ayrımcı uygulamalarla engellenemez[163].

Demokratik bir toplumda çoğulculuğun zorunlu unsuru olarak, din veya inanç topluluklarının *"özerk varlığının tanınması"* esas kabul edilmektedir. Tüzel kişiliğe erişim hakkı sağlanırken, din veya inanç topluluklarının *"özerkliğine saygı"* gösterilmelidir. Bu bağlamda devletler mevzuatlarında; liderini belirleme, iç düzen kurallarını serbestçe yapabilme, inancın maddi içeriğine karışılmama, topluluğun yapısına müdahale etmeme ve ruhban sınıfının görevlendirilme yöntemlerine karışılmama, isim ve diğer sembollere ilişkin hususları din veya inanç topluluğuna bırakma şeklinde düzenleme yapması gerekmektedir. Devletler tüzel kişiliğe erişim hakkı tanırken, *"bir dini kuruluşun statü ve niteliğine ilişkin şekli bir inceleme yapmak yerine esasa yönelik değerlendirmeden kaçınmalıdır"*.

Din veya inanç topluluklarına yasal statü tanıma konusunda demokratik ülkelerde ortak bir uygulama olmadığından devletlerin geniş bir takdir hakkı bulunduğu kabul edilmektedir[164]. Ancak, bir ülkede iç hukukta tanınan tüzel kişilik hakkına erişim açısından ayrımcılık yapılması *"örgütlenme özgürlüğü ışığında yorumlandığında din veya inanç özgürlüğü hakkının kullanımına yönelik bir müdahale teşkil etmektedir"*. Tüzel kişiliğe erişim hakkının engellenmesi veya keyfi olarak geri alınması, başta kişi topluluğu olarak dinî grubun veya grup üyelerinin din ve inanç özgürlüğüne ve örgütlenme özgürlüğüne bir müdahale kabul edilmektedir[165].

Birleşmiş Milletler Örgütü kapsamında oluşturulan *"sözleşme dışı koruma mekanizmaları"* ile *"sözleşme içi koruma mekanizmaları"* içinde bireysel başvuru yolu tanınmaktadır. Sözleşme dışın koruma sisteminin temel organı olan İnsan Hakları Konseyi kapsamında "şikayet yöntemi" ve "özel yöntemler" kapsamında din veya inanç toplulukları hak öznesi kabul edilerek bireysel başvuru hakkı tanınmaktadır. Konsey, 18 Haziran 2007 tarih ve 5/1 sayılı kararı ile 1503 yöntemini *"Şikâyet Yöntemi" (Complaint Procedure)* adıyla yeniden yapılandırmıştır[166]. Şikâyet yöntemi ile Dünya'nın herhangi bir yerinde ve herhangi bir koşul altında gerçekleşen *"yoğun ve sistematik insan hakları ihlalleri"* incelenmektedir. Şikâyet yöntemine, doğrudan hak ihlaline uğrayan *birey-*

ve Dini Cemaatler Kanunu (CCA) ile düzenlenmektedir. CCA beş farklı dini kuruluş öngörmektedir: (1) kiliseler; (2) dini cemaatler; (3) cemaat birlikleri; (4) manastırlar; ve (5) dini dernekler". Bkz. a.g.e. (2014). s. 19.

163 a.g.e. p. 23.

164 a.g.e. p. 31.

165 a.g.e. p. 19.

166 Human Rights Council. (2007). Institution-building of the United Nations Human Rights Council, 9th meeting 18 June 2007, p. 85-108.

ler, gruplar ya da hükümet dışı örgüler başvuru yapabildiği gibi mağdur olmasa bile bu tür ihlaller hakkında güvenilir bilgiye sahip kişiler ve kişi grupları da başvuru yapabilmektedir[167]. Bu usul gizlilik esası ile yürütüldüğünden başvuruların detayı hakkında bilgiye ulaşılamamaktadır.

İnsan Hakları Konseyi bünyesinde oluşturulmuş sözleşme dışı mekanizmalardan biri de *"Özel Yöntemler" (Special Procedures)*'dir. Özel yöntemler, belli bir ülkedeki ya da tüm Dünya'da belli bir konuda, insan haklarının durumunu incelemek üzere atanan "bağımsız insan hakları uzmanları" (independent human rights experts) tarafından yapılan incelemelere dayanan mekanizmaların genel adıdır[168]. İnsan Hakları Konseyi Özel Yöntemleri kapsamında insan haklarına ilişkin "şikayetlerin sunulması" (submitting complaints) usulü öngörülmüştür. Bu yöntem İnsan Hakları Konseyi şikayet yöntemi ve BM Sözleşme içi şikayet yöntemlerinden farklı olarak "Bildirim yöntemi" (The Communications procedure) olarak adlandırılmaktadır[169]. Özel Yöntemler kapsamında; bireyler (individuals), birey grupları (group), topluluklar (community) tarafından bildirilen insan hakları ihlal iddiaları; bir yasa tasarısı, kanun, kararname, politika ve/veya uygulamanın uluslararası insan hakları hukuku ve standartlarına uygun olmadığı yönündeki iddialar incelenmektedir. Din ve inanç toplulukları tarafından başta BM Din ve İnanç Özgürlüğü Özel Raportörü (the Special Rapporteur on freedom of religion or belief) olmak üzere özel yöntemler kapsamında birçok başvuru yapılmıştır. Bu başvuruların daha çok din veya inanç topluluklarının yasal statüsüne ilişkin sorunlar, ibadet yeri yapılmasının engellenmesi, dinî topluluklar arasında ayrımcılık yapılması sorunları gündeme gelmektedir. Grup üyelerince yapılan bu başvurularda kişisel talepler değil, topluluk adına başvuru yapıldığı görülmektedir.

BM Örgütü kapsamında *"İnsan Hakları"* konu başlığı altında dokuz *"Temel Uluslararası İnsan Hakları Belgesi" (The Core International Human Rights Instruments)* bulunmaktadır[170]. BM Sözleşme içi denetim mekanizmaları tarafından

167 Şikâyet yöntemine başvuru koşulları Konseyin 5/1 sayılı kararında belirlenmiştir. Buna göre, başvurular BM Şartı'nın ve insan hakları belgelerinin temel amaçlarıyla uyumlu olmalı ve politik amaçlı yapılmamalı; ihlal edildiği iddia edilen haklar da dahil olmak üzere, iddia edilen ihlallerin açık bir tanımı yapılmalı; başvuruda küfürlü bir dil kullanılmamalı; bir insan hakkı ihlalinden mağdur olan birey veya *birey grupları* ya da doğrudan ve güvenilir bir bilgiye sahip olan sivil toplum örgütleri başvuru yapmalı; iç hukuk yolları tüketilmeli, ancak ulusal çözümlerin etkin olmayacağı ya da çözümün makul sürede gerçekleşmeyeceği inandırıcı bir şekilde görünüyorsa iç hukuk yolları tüketilmeden başvuru yapılmalıdır. a.g.e. (2007). p. 87.

168 Birleşmiş Milletler Özel Yöntemler hakkında bkz. https://www.ohchr.org/en/special-procedures-human-rights-council, (Erişim Tarihi: 20/10/2023)

169 https://www.ohchr.org/en/special-procedures-human-rights-council/what-are-communications, (Erişim Tarihi: 20/10/2023)

170 https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/Pages/HumanRightsBodies.aspx, (Erişim Tarihi: 19/11/2023)

kullanılan denetim yöntemlerinden biri *"şikâyet yöntemi" (complaint procedure)*'dir. Türkiye, bu dokuz bireysel şikayet yönteminden, Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi (24/11/2006); İşkenceye Karşı Sözleşme (02/08/1988), Kadınlara Karşı Ayrımcılık Sözleşmesi (29/10/2002), Engelli Hakları Sözleşmesi (26/03/2015) ve Çocuk Hakları Sözleşmesi'ni (26/12/2017) kabul etmiştir. Irk Ayrımcılığı Sözleşmesi, Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi, Göçmen İşçiler Hakkında Sözleşme ve Zorunlu Gözden Kaybolmalar Sözleşmesi kapsamındaki bireysel şikâyet yöntemini 2022 tarihi itibariyle henüz kabul etmemiştir[171]. Türkiye hakkında çok sınırlı sayıda bireysel başvuru yapıldığı görülmektedir. Bunlar içinde konumuzla ilgili bir başvuru bulunmamaktadır. Diğer ülkeler hakkında yapılan bireysel başvurularda benzer konuların başvuru konusu yapıldığı görülmektedir.

AİHS'nin bireysel başvuruyu düzenleyen 34. maddesine göre, AİHM'ye bireyler, hükûmet dışı kuruluşlar ve *"kişi grupları"*nın başvurabileceği ifade edilmektedir. AİHM'nin *İzzettin Doğan ve diğerleri/Türkiye* kararında isimleri karara eklenen 203 Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı ("başvuranlar") *"Alevilik inancını benimseyen kişiler"* olarak tanımlanmıştır[172]. Başvuruculların talepleri Alevi topluluğunun yasal statüsüne ve buna bağlı ayrımcı uygulamalara yönelik olup sübjektif haklarına dönük bireysel talepleri söz konusu değildir. Başvurucular "Alevi vatandaşlar" ifadesini kullanarak topluluğa yönelik taleplerde bulunmuşlardır.

AİHM, Sözleşme'nin 9. maddesi ile güvence altına alındığı üzere, düşünce, vicdan ve din özgürlüğünün sadece, *"belirli bir düzeyde inandırıcılığa, ciddiyete, tutarlığa ve öneme ulaşan görüşleri belirtmekte olduğuna"* dikkat çekmiştir. Tarihsel ve toplumsal bir temeli ve sürekliliği olan, belirli düzeyde inandırıcılığa, tutarlılığa ve öneme sahip inanç grupları din veya inanç topluluğu kabul edilmektedir. Belirtilen koşular karşılanmışsa, devletin tarafsızlık görevi gereğince, *"Devletin dini inançların veya bu inançların ifade edilme biçimlerinin meşrutiyetini değerlendirme yetkisinin bulunmadığı"* ifade edilmektedir[173]. Dolayısıyla devlet resmî bir dinî yorumu esas alıp diğer inanç gruplarının hukuki statüsünü buna göre belirleyemez.

AİHM, Türkiye'de dinî toplulukların yasal statüsüne ilişkin yaptığı değerlendirmede, Anayasa ve yasalar çerçevesinde Diyanet İşleri Başkanlığı ve İslam'ın özel statüsüne vurgu yapmaktadır. AİHM Türk hukuku kapsamında diğer inançların ve dinlerin statülerine ilişkin olarak Lozan antlaşması dışında açık bir yasal düzenlemenin olmadığına işaret etmekte, diğer dinî toplu-

171 https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/TreatyBodyExternal/Treaty.aspx?CountryID=179&-Lang=EN, (Erişim Tarihi: 21/10/2023)

172 *İzzettin Doğan ve diğerleri/Türkiye*, § 9.

173 *İzzettin Doğan ve diğerleri/Türkiye*, § 68. Kararda yapılan diğer atıflar Bk. *S.A.S./Fransa* [BD], § 55; *Eweida ve diğerleri/Birleşik Krallık*, § 81.

lukların yalnızca dernek veya vakıf olarak yasal statü elde edebildiğine dikkat çekmektedir[174]. Alevilere ek olarak, Protestan kilisesi üyeleri, Yehova'nın Şahitleri, Yezidiler, Süryaniler ve Keldaniler gibi diğer bazı dinî grupların yasal statülerinin belli olmaması nedeniyle dezavantajlı bir konumda oldukları tespitinde bulunmaktadır. Tanınmayan dinî azınlıkları kapsayan bir yasal çerçevenin mevcut olmaması, çeşitli hukuki, örgütsel ve ekonomik sorunlar yaşanmasına neden olduğuna işaret edilmektedir[175].

AİHM yerleşik içtihadında, *"bir dinin tarihi ve kültürel nedenlerle bir Devlette ayrıcalıklı bir konumunun olabileceğini kabul etmiştir"*[176]. Kararda sorun olarak görülen konu, AİHM önünde Türkiye'nin bunu açıkça kabul etmediği hâlde diğer din ve inanç toplulukları ile karşılaştırıldığında birçok farklı muamelenin var olduğu ve bu farklılığı haklı kılacak başka bir makul gerekçenin ortaya konulmadığı ifade edilmektedir[177]. Kararda muhalif üyeler devlet dini olan İslam inancına mensup kişilere yönelik kamu hizmetleri ile Alevilerin taleplerinin karşılaştırılabilir konumda olmadığı belirtilmektedirler. Kararda açıkça Türkiye'de İslam'ın Sünni yorumunun devlet dini statüsünde olduğu ve böyle bir statünün olmasının AİHM'nin önceki içtihatları ve Avrupa Konseyi uygulamaları ışığında Sözleşme'ye aykırılık oluşturmadığı ve statü farklılığının sadece Alevi toplumuna dönük olmadığı ifade edilmektedir[178].

AİHM'nin yukarıda ele alınan kararında görüldüğü gibi Türk hukukunda din veya inanç topluluklarının yasal statüsü konusu uluslararası standartlara uygun görülmemektedir. Türk hukukunda din veya inanç topluluklarının anayasal statüsüne ilişkin hükümler ikiye ayrılmaktadır. Tüm din veya inanç toplulukları için geçerli hak ve güvenceler tanıyan genel hükümler ile doğrudan din veya inanç topluluklarının yasal statüsünü ilgilendiren hükümler. Din veya inanç topluluklar için 1982 Anayasası'nda tanınan genel güvenceler arasında; 2. maddedeki laiklik, demokrasi, sosyal hukuk devleti ilkeleri yanında 5. maddesindeki sosyal devlet anlayışı, 10. maddedeki eşitlik ilkesi ve 24. maddedeki din ve vicdan özgürlüğünü düzenleyen maddeler gelmektedir. 1982 Anayasası'nda din veya inanç topluluklarının statüsüne ilişkin özel düzenleme olarak Anayasa'nın 136. maddesi ile 174. maddesi gösterilebilir.

174 *İzzettin Doğan ve diğerleri/Türkiye*, § 29.

175 *İzzettin Doğan ve diğerleri/Türkiye*, § 30.

176 *İzzettin Doğan ve diğerleri/Türkiye*, § 26. Diğer kararlar için bkz. *Darby/İsveç*, B. No: 11581/85, 23/10/1990, § 45; *Ásatrúarfélagið/İzlanda*, B. No: 22897/08 (k.k.), 18/9/2012; *Members of the Gldani Congregation of Jehovah's Witnesses ve diğerleri/Gürcistan*, B. No: 71156/01, 3/5/2007, § 132.

177 Kararda şöyle denilmektedir: "Hükümet, İslam dininin DİB tarafından desteklenen Sünni yorumunun imtiyazlı bir konumunun olduğunu ve Türkiye'de "Devlet dini" şeklinde fiili bir statüsünün bulunduğunu kabul etmeyerek, bizce, DİB tarafından sağlanan hizmetlerden faydalanan Müslümanlar ile diğer Müslümanlar (ya da ilgili diğer dini gruplar) arasındaki muamele farklılığı için tarafsız ve makul bir gerekçe teşkil edecek yeterlilikte bir argüman sunmamaktadır". Bkz. *İzzettin Doğan ve diğerleri/Türkiye*, § 24.

178 *İzzettin Doğan ve diğerleri/Türkiye*, § 27.

Anayasa'nın 136. ve 633 sayılı Kanun'un 1. maddesinin birlikte yorumlanmasından Türkiye'de bir "devlet dini" uygulamasının olduğu söylenebilir. AGİT Kılavuz İlkeler arasında *"Bir dinin devlet dini olarak tanınması, resmi veya geleneksel din olarak kabul edilmesi veya söz konusu dine inananların nüfusun büyük bir çoğunluğunu oluşturması özel statü tanıma konusunda kabul edilebilir bir gerekçe oluşturabilmekte"* olduğu ifade edilmektedir[179]. AİHM de devletin muhtelif din ve inançlara mutlak olarak aynı davranış içerisinde olması koşuluyla, resmî dinin veya devlet kilisesinin varlığını tek başına sözleşmeye aykırı bulmamakta, devletin resmî dininin olmasını eleştirmemektedir[180]. Resmî din, milleti oluşturan ortak değerlerden biri şeklinde "milletçe dayanışma ve bütünleşmeyi amaç edinerek" özellikle desteklenmekte ve korunmaktadır. Böylece teokratik devletteki "dinin devleti" anlayışı, yerini günümüz liberal demokratik devlette "devletin dini" anlayışına bırakabilmektedir.

Türkiye'de Anayasa'nın 174. maddesinde özel koruma altına alınan özel yasa olarak 677 sayılı Kanun ile tarikatlar, bunlara ait tekke ve zaviyeler, bunların kullandığı şeyhlik, dervişlik, müritlik, dedelik gibi ünvanlar ve dinî kıyafetler yasaklanmıştır[181]. 667 sayılı Kanun'daki yasak Alevi-Bektaşi tarikatı ile Mevlevilik tarikatı için uygulanmamakta ve aynı statüde kabul edilen diğer tasavvufi din veya inanç toplulukları arasında farklı bir statü oluşturulmaktadır. Aleviliğin İslam'ın içinde tarikat olduğu görüşüne rağmen 16/11/2022 tarih ve 7421 sayılı "Vergi Usul Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun" kapsamında Alevi topluluğuna yönelik bazı haklar tanımıştır. Bu durum diğer tarikat veya inanç topluluklarının benzer yöndeki taleplerinin karşılanmaması hâlinde ayrımcılığı gündeme getirecektir. Nitekim bu görüş *İzzettin Doğan ve diğerleri/Türkiye* kararına, Türk hükûmetinin savunmasında da yer almaktadır[182]. 22/10/2008 tarih, 8 No.lu Mevlevilik ve Semâ Törenleri Hakkında Genelge'de "Kültürel mirasımızın zenginliklerinden birini de Mevlevîlik kültürü ve Semâ törenleri oluşturmaktadır" denilerek Genelge ile Kültür Bakanlığı Mevlevilik tarikatının dinî ritüelinin özel

179 Venice Commission/OSCE-ODIHR. (2014). p. 41.

180 *Kokkinakis/Yunanistan*, §§ 31-35.

181 677 sayılı Kanunun 1. maddesi aşağıdaki gibidir. "Türkiye Cumhuriyeti dahilinde gerek vakıf suretiyle gerek mülk olarak şeyhının tahtı tasarrufunda gerek suveri aharla tesis edilmiş bulunan bilümum tekkeler ve zaviyeler sahiplerinin diğer şekilde hakkı temellük ve tasarrufları baki kalmak üzere kamilen seddedilmiştir. Bunlardan usulü mevzuası dairesinde filhal cami veya mescit olarak istimal edilenler ipka edilir. "Alelümum tarikatlerle şeyhlik, dervişlik, müritlik, dedelik, seyitlik, çelebilik, babalık … gibi unvan ve sıfatların istimali … memnudur. Türkiye Cumhuriyeti dahilinde … bir tarikata … müstenit olanlarla bilümum sair türbeler mesdut ve türbedarlıklar mülgadır. Seddedilmiş olan tekke veya zaviyeleri veya türbeleri açanlar veyahut bunları yeniden ihdas edenler veya ayını tarikat icrasına mahsus olarak velev muvakkaten olsa bile yer verenler ve yukarıdaki unvanları taşıyanlar veya bunlara mahsus hidematı ifa veya kıyafet iktisa eyleyen kimseler üç aydan eksik olmamak üzere hapis ve … cezayı nakdiile cezalandırılır."

182 *İzzettin Doğan ve diğerleri/Türkiye*, § 13.

alanlar da dahi icra edilirken aslına uygun yapılmasına ilişkin hukuki düzenleme yapmaktadır. Diğer tarikatlar ise 667 sayılı Kanun kapsamında yasaklı konumdadır. Bu durum Türk hukukunda din veya inanç topluluklarının yasal statüsü bakımından ayrımcılık sorununu gündeme getirecektir.

Anayasa Mahkemesi kararlarında din veya inanç topluluklarının hak özneliği konusunu doğrudan ele alıp tartıştığı bir kararı bulunmamaktadır. Anayasa Mahkemesi, Genel Kurulu 25/5/2019 tarihli *"Levon Berç Kuzukoğlu ve Ohannes Garbis Balmumciyan Başvurusu"* kapsamında başvurucuların "Türkiye Ermenileri Patrikliği Seçimi yapılması taleplerinin reddedilmesinin din özgürlüğünü ihlal ettiği iddiasına ilişkin" başvuruyu kabul edilebilir bulmuştur. Başvurucuların kişisel mağduriyetlerini aramadan "Ermeni cemaati üyesi" sıfatıyla doğrudan mağdur kabul etmiştir[183]. Kararda "Ermeni patriği, bir dinî topluluk olan Türkiye Ermenileri cemaatinin ruhani lideridir" denilerek, Ermeni cemaatinin dinî topluluk statüsü vurgulanmıştır[184]. Türkiye Ermenileri Patrikliği Seçimi, başvurucuların üyesi olduğu Ermeni din veya inanç topluluğunun ortak sorunu kabul edilmiş ve bu soruna yönelik bu topluluk adına iki üyesinin yaptığı başvuru kabul edilebilir bulunmuştur.

183 *Levon Berç Kuzukoğlu ve Ohannes Garbis Balmumciyan*, § 57.
184 *Levon Berç Kuzukoğlu ve Ohannes Garbis Balmumciyan*, § 67.

KAYNAKÇA

KİTAP VE DİĞER YAYINLAR

ÇINAR, İbrahim (2013). Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Yargı Yetkisi ve Mağdurluk Statüsü, içinde Sağlam, Musa (Ed.), *Bireysel Başvuru, İnceleme Usulü ve Kabul Edilebilirlik Kriterleri* (ss. 208-220), Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları.

DURAL, Mustafa (1987). *Türk Medeni Hukukunda Gerçek Kişiler*, İstanbul: Filiz Kitabevi.

EREN, Abdurrahman (2007). *Türkiye'de İnsan Haklarının Korunması, Uluslararası Koruma Mekanizmaları ve Ulusal İnsan Hakları Kurumlarının Rolü*, Ankara: Turhan Kitabevi.

EREN, Abdurrahman (2023). *Anayasa Hukuku Dersleri*, Ankara: Seçkin Yayınevi.

GEMALMAZ, M. Semih (2003). *İnsan Hakları Belgeleri, Cilt III*, İstanbul: Boğaziçi Üniversitesi Yayınevi.

General Assembly, Report of the Special Rapporteur on freedom of religion or belief, Heiner Bielefeldt, A/HRC/19/60, 22 December 2011.

GILBERT, Geoff (2002). "The Burgeoning Minority Rights Jurisprudence of the European Court of Human Rights", *Human Rights Quarterly*, C. 24., S. 3., ss. 736-780.

GÖLCÜKLÜ, Feyyaz ve GÖZÜBÜYÜK, Şeref (2002). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, 11. Ek Protokole Göre Hazırlanıp Genişletilmiş 3. Baskı, Ankara: Turhan Kitabevi.

Human Rights Committee, CCPR/C/82/D/1155/2003

Human Rights Committee, CCPR/C/84/D/1207/2003.

Human Rights Committee, Communication No. 1138/2002, CCPR/C/80/D/1138/2002, 29 April 2004.

Human Rights Committee, General Comment No. 31 [80] The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant Adopted on 29 March 2004, CCPR/C/21/Rev.1/Add. 13, s.4, p.9.

Human Rights Council. (2007). Institution-building of the United Nations Human Rights Council, 9th meeting 18 June 2007.

KUZU, Burhan (1995). *Türk Anayasa Metinleri ve İlgili Mevzuat*, İstanbul: Filiz Kitabevi.

Manual of the United Nations Human Rights Special Procedures, 23 Haziran 2006.

O'FLAHERTY, Michael (2002). *Human Rights and the UN Practice before the Treaty Bodies*, The Hague/London/New York.

OĞUZMAN, Kemal, SELİÇİ, Özer ve ÖZDEMİR-OKTAY, Saibe (2020). *Kişiler Hukuku*, İstanbul: Filiz Kitabevi.

RAND, Ayn (1993). "Kolektif Haklar", Erdoğan, Mustafa (Çev.), *Sosyal ve Siyasal Teori*, Yayla, Atilla (Ed.), Ankara: Siyasal Kitabevi.

SOMSON, Klaus T. (1992). "Human Rights Co-ordination Within The UN Sistem", içinde Alston, Philip (Ed.), *The United Nations and Human Rihgts, A Critical Appraisal*, Oxford: Clarendon Press.

UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.1, 35 (1994)

United Nation General Assembly, Resolution adopted by General Assembly 60/251. Human Rights Council, A/Res/60/251, 3 April 2006.

United Nation Human Rights Office of the High Comissioner, Individual Complaint Procedures Under The United Nations Human Rights Treaties, Fact Sheet No. 7/Rev.2, New York and Geneva, 2013.

United Nations, Office of the High Commissioner for Human Rights, Human Rights A Basic Handbook for UN Staff.

United Nations, Seventeen frequently asked question about the United Nations special rapporteurs, Human Rights Fact Sheet No. 27.

Venice Commission, Guidelines for Legislative Reviews of Laws Affecting Religion or Belief, Adopted by the Venice Commission at its 59th Plenary Session (Venice, 18-19 June 2004), CDL-AD(2004)028, Strasbourg, 19 July 2004.

Venice Commission/OSCE-ODIHR. (2014). *Guidelines on the Legal Personality of Religious or Belief Communities*, Warsaw: OSCE Office for Democratic Institutions and Human Rights (ODIHR). Türkçe versiyonu: Venedik Komisyonu/AGİT-DKİHB. (2015). *Din veya İnanç Topluluklarının Tüzel Kişiliği Hakkında Kılavuz İlkeler*, https://www.osce.org/odihr/139046 (Erişim Tarihi: 6/10/2023)

İNTERNET KAYNAKLARI

http://www.ohchr.org/english/bodies/chr/complaints.htm, (Erişim Tarihi: 18/11/2023)

http://www.ohchr.org/english/bodies/chr/special/index.htm, (Erişim Tarihi: 19/11/2023)

http://www.un.org/News/Press/docs/2006/ga10449.doc.htm, (Erişim Tarihi: 19/11/2023)

http://www.unhchr.ch/huricane/huricane.nsf/view01/13E99C16DDCEEEAC-C125713E00702465?opendocument, (Erişim Tarihi: 19/11/2023)

https://indicators.ohchr.org/, (Erişim Tarihi: 19/11/2023)

https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/2312020093651bm_09.pdf, (Erişim Tarihi: 29/10/2023)

https://konstytucja3maja.gov.pl/en/about/, (Erişim Tarihi: 19/11/2023)

https://spcommreports.ohchr.org/TMResultsBase/DownLoadFile?gId=35670, (Erişim Tarihi: 20/10/2023)

https://spcommreports.ohchr.org/TMResultsBase/DownLoadFile?gId=37739, (Erişim Tarihi: 20/10/2023)

https://spcommreports.ohchr.org/TMResultsBase/DownLoadFile?gId=37643, (Erişim Tarihi: 20/10/2023)

https://spcommreports.ohchr.org/TMResultsBase/DownLoadPublicCommunicationFile?gId=28272, (Erişim Tarihi: 20/10/2023)

https://spcommreports.ohchr.org/TMResultsBase/DownLoadPublicCommunicationFile?gId=28160, (Erişim Tarihi: 20/10/2023)

https://spcommreports.ohchr.org/TMResultsBase/DownLoadPublicCommunicationFile?gId=28285, (Erişim Tarihi: 20/10/2023)

https://spcommreports.ohchr.org/TMResultsBase/DownLoadPublicCommunicationFile?gId=28155, (Erişim Tarihi: 20/10/2023)

https://spcommreports.ohchr.org/TMResultsBase/DownLoadPublicCommunicationFile?gId=25484, (Erişim Tarihi: 20/10/2023)

https://spcommreports.ohchr.org/TmSearch/Mandates?m=25, (Erişim Tarihi: 20/10/2023)

https://spinternet.ohchr.org/ViewAllCountryMandates.aspx?lang=en, (Erişim Tarihi: 20/10/2023)

https://spinternet.ohchr.org/ViewAllCountryMandates.aspx?Type=TM, (Erişim Tarihi: 01/10/2023)

https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/TreatyBodyExternal/Treaty.aspx?-CountryID=179&Lang=EN, (Erişim Tarihi: 21/10/2023)

https://teftis.ktb.gov.tr/arama?_Dil=1, (Erişim Tarihi: 3/11/2023)

https://tr.wikipedia.org/wiki/%C4%B0svi%C3%A7re_Hristiyan_Demokrat_Halk_Partisi, (Erişim Tarihi: 3/11/2023)

https://tr.wikipedia.org/wiki/Almanya_Hristiyan_Demokrat_Birli%C4%9Fi, (Erişim Tarihi: 3/11/2023)

https://tr.wikipedia.org/wiki/Demokrasi_indeksi, (Erişim Tarihi: 19/11/2023)

https://tr.wikipedia.org/wiki/Hristiyan_Demokratik_Halk_Partisi, (Erişim Tarihi: 3/11/2023)

https://tr.wikipedia.org/wiki/Hristiyan_Sosyal_Halk_Partisi, (Erişim Tarihi: 3/11/2023)

https://tr.wikipedia.org/wiki/Litvanya_Hristiyan_Demokrat_Partisi, (Erişim Tarihi: 3/11/2023)

https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/Pages/HumanRightsBodies.aspx, (Erişim Tarihi: 19/11/2023)

https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/Pages/Overview.aspx, (Erişim Tarihi: 21/10/2023)

https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/TBPetitions/Pages/HRTBPetitions.aspx#interstate, (Erişim Tarihi: 19/11/2023)

https://www.ohchr.org/en/special-procedures-human-rights-council, (Erişim Tarihi: 20/10/2023)

https://www.ohchr.org/en/special-procedures-human-rights-council/special-procedures-human-rights-council, (Erişim Tarihi: 20/10/2023)

https://www.ohchr.org/en/special-procedures-human-rights-council/reports-and-related-calls-input, (Erişim Tarihi: 20/10/2023)

https://www.ohchr.org/en/special-procedures-human-rights-council/what-are-communications, (Erişim Tarihi: 20/10/2023)

Pamphlet No. 7 of the UN Guide for Minorities, https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/GuideMinorities7en.pdf (Erişim Tarihi: 27/11/2023)

MAHKEME KARARLARI

Akkum ve diğerleri/Türkiye, B. No: 21894/93, 24/4/2005.

Akpınar and Altun/Türkiye, B. No: 56760/00, 27/2/2007.

Association for European Integration and Human Rights and Ekimdzhiev/Bulgaristan, B. No: 62540/00, 28/6/2007.

Atilla İnan, B. No: 2012/615, 21/11/2013.

Bazorkina/Rusya, B. No: 69481/01, 27/7/2006.

Canea Catholic Church/Yunanistan, B. No: 143/1996/762/963, 16/12/1997.

Church of Bessarabia and others/Moldova, B. No: 45701/99, 13/12/2001.

Church of Scientology of St Petersburg and Others/Russya, B. No: 47191/06, 2/10/2014.

Corc Kasapoğlu ve Niko Mavrakis, B. No: 2019/35842, 2/5/2023

Engin Gök ve diğerleri, B. No: 2013/3955, 14/4/2016.

Forcadell I Lluis and Others/İspanya, B. No: 75147/17, 11/10/2017.

Hasan and Chaush/Bulgaristan, B. No: 30985/96, 26/10/2000.

İpek/Türkiye, B. No: 25760/94, 14/5/2002.

İzzettin Doğan ve diğerleri/Türkiye, B. No: 62649/10, 26/4/2016.

K.A. [GK], B. No: 2014/13044, 11/11/2015.

Khadzhialiyev and Others/Rusya, B. No: 3013/04, 6/11/2008.

Kokkinakis/Yunanistan, B. No: 14307/88, 25/5/1993.

Koku/Türkiye, B. No: 27305/95, 31/5/2005.

Kurt/Türkiye, B. No: 15/1997/799/1002, 25/5/1998.

Levon Berç Kuzukoğlu ve Ohannes Garbis Balmumciyan [GK], B. No: 2014/17354, 22/5/2019.

Mahmut Tanal, B. No: 2014/11368, 23/7/2014.

Mustafa Gürkan, B. No: 2013/7304, 15/4/2015.

Nepomnyashchiy And Others/Rusya, B. No: 39954/09 and 3465/17, 30/8/2023.

Onur Doğanay, B. No: 2013/1977, 9/1/2014.

Salman/Türkiye, B. No: 21986/93, 27/6/2000.

Santa Farma İlaç Sanayi A.Ş., B. No: 2013/5554, 6/2/2014.

Süheyla Aydın/Türkiye, B. No: 25660/94, 25/5/2005.

Şenay Tavuz, B. No: 2014/10777, 16/11/2016.

T.G. Hadjithomas, Hadjithoma, Hadjithoma-Hapeshi, N.T. Hadjithomas, Antoniou Hadjithoma & Thomas, Christoforos, Andreas & Savvas Hadjithomas/Türkiye, B. No: 39970/98, 11/6/2000.

Varnava and Others/Türkiye [GC], B. No: 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90 ve 16073/90, 18/9/2009

Yaşa/Türkiye, B. No: 22495/93, 2/9/1998.

Prof. Dr. Ece GÖZTEPE
(İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Öğretim Üyesi)

FEDERAL ALMAN ANAYASA MAHKEMESİNİN BAŞÖRTÜSÜ KARARLARININ ARGÜMANLARINA KISA BİR BAKIŞ

ÖZET

Din ile devlet arasındaki ilişkilerin düzenlenmesi modern toplumların en önemli sorunu olarak varlığını sürdürmektedir. Henüz hiçbir modern toplumun çözemediği toplumsal cinsiyet eşitsizliği de buna eklenince, geçmişle gelecek arasındaki gerilim hattı bütün açıklığıyla ortaya çıkmaktadır. Özellikle göç alan Batı toplumlarında yerleşik hukuk düzeninin temel hak ve özgürlükler konusundaki içtihadı, çoğunluk dinine sonradan katılan azınlık dinlerine mensup kişilerin sadece din ve vicdan özgürlüğüne ilişkin değil, aynı zamanda kamusal hayata da yansıyan talepleri karşısında yeni sorunlarla yüzleşmek zorunda kalmaktadır. 1949 Bonn Anayasası ile kurulan Federal Alman Anayasa Mahkemesi (FAYM) bütün dünyanın örnek aldığı önemli bir temel hak ve özgürlükler içtihadı ve öğretisi geliştirmiştir. Kilise ile kadın hareketinin en büyük çatışma konusu olan kürtaj hakkı ve kadın hareketinin taleplerinden kaynaklanan hukuki sorunlar, 1990'lı yıllarda ilköğretim okullarında haç asılı olmasına karşı çıkan ateist bir ailenin bireysel başvurusu üzerine verilen, çok tepki toplayan FAYM kararı, son olarak memur olarak ortaöğretimde çalışmak isteyen öğretmenlerin ve hukuk stajyerlerinin başörtüsüyle görev yapmak istemesi üzerine verilen üç önemli karar, Alman hukuk doktrinindeki pek çok ön kabulü ve yerleşik öğretiyi yeniden tartışmaya açmıştır. Makalede kamu hukuku rejimine tabi kadrolara ilişkin bu üç karar ekseninde özel hukuk alanındaki başörtüsü tartışmaları, ilgili içtihatlar ışığında ele alınmakta ve devletin nasıl tezahür ettiği sorusunda kilitlenen ucu açık soruyla gelecekteki tartışmalara zemin hazırlanmaya çalışılmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Din ve ibadet özgürlüğü, kamu sektöründe dinî amaçlı başörtüsü, devlet memurlarının devleti temsil işlevi, yarışan hakların pratik uyuşumu, Federal Alman Anayasa Mahkemesi.

Prof. Dr. Zühtü Arslan'a Armağan

A BRIEF OVERVIEW OF THE ARGUMENTS IN THE JUDGMENTS OF THE FEDERAL CONSTITUTIONAL COURT OF GERMANY RELATING TO THE HEADSCARF

ABSTRACT

The regulation of the relationship between religion and the state remains a key issue in modern societies. Coupled with gender inequality, an issue that no modern society has yet fully resolved, the tension between the past and the future becomes starkly evident. Particularly in Western societies that have become destinations for immigrants, the jurisprudence concerning fundamental rights and freedoms of the established legal order faces new challenges. These arise from the demands of members of minority religions that have subsequently assimilated into the majority religion, not only in matters of freedom of religion and conscience, but also in various aspects of public life. The Federal Constitutional Court of Germany (Bundesverfassungsgericht), established by the 1949 Bonn Constitution, has developed pivotal jurisprudence and doctrine on fundamental rights and freedoms, serving as a global model. This jurisprudence includes legal challenges arising from the demands of the women's movement and the contentious issue of abortion rights—a major point of conflict between the Church and the women's movement. In addition, the controversial decision of the Federal Constitutional Court in the 1990s, in response to an individual application by an atheist family who objected to the hanging of crosses in primary schools, and three significant decisions regarding the headscarf worn by teachers and legal trainees wishing to work as civil servants in secondary education, have prompted a re-evaluation of numerous presuppositions and established doctrines in the German legal doctrine. This article examines the headscarf debates in the private law sphere in the light of these three decisions regarding the positions which are subject to public law in terms of relevant case law and aims to set the stage for future debates by exploring the open-ended question of how the state is manifested and could act as an entity.

Keywords: Freedom of religion and worship, religious headscarves in the public sector, the role of civil servants in representing the state, practical compatibility of competing rights, Federal Constitutional Court of Germany.

GİRİŞ

Günümüzün modern seküler toplumlarında cinsiyetler arası ilişkiler ve eşitlik ilkesi ile din ve devlet arasındaki ilişkinin düzenlenmesi, hâlâ en çok uyuşmazlığın yaşandığı, hak ihlali iddialarına konu olan alanlar olarak karşımıza çıkmaktadır. Modernlik öncesi toplumlarda yerleşik, cinsiyetler arası eşitsizliğe dayanan ve gerekçesini de hiç azımsanmayacak derecede Semavi dinlerin kutsal kitaplarında bulan toplumsal düzen tahayyülü, seküler toplumların temel değerlerinin tartışmasız kabul edilmesinin önünde bir engel olarak varlığını sürdürmektedir. Buna karşılık özellikle göç alan modern toplumların yerleşik kamusal düzeni de başka dinlerin hak talepleriyle yeniden düşünülmek, anayasal hak ve değerler yeniden yorumlanmak zorunda kalmaktadır. Mevcut çatışma alanlarının henüz ufukta görünmediği bir zamanda yazılmış olan anayasalar bugünün çatışmalarını, temel hak ve özgürlükler alanındaki gelişme ve genişlemeyi, bundan kaynaklanan yeni talepleri, ulusal egemenlik alanının uluslararası (örneğin, Avrupa Konseyi) ve ulus-üstü (Avrupa Birliği) yeni kurumlarla çerçevelendiği ve sınırlandığı bir zamanda çözmekle yükümlü kılınmaktadır.

Bu kapsamda 2003 yılından bu yana, yani yaklaşık yirmi yıldır, Almanya'daki ilk derece ve temyiz mahkemeleri ile Federal Alman Anayasa Mahkemesi (FAYM), dinî gerekçelerle takılan başörtüsünün hangi sınırlamalara tabi olduğu gerek özel gerekse kamusal iş ilişkilerinde ve memur statüsünde görev yapan kişilerin, bu dinî simgeyi kullanmasına ne ölçüde izin verileceği hususunda çeşitli kararlar vermiş ve anayasal ilkelerin somutlaştırılmasına katkıda bulunmuştur. Almanya'daki dinî simge tartışmasında hatırlanması gereken önemli bir husus ise tartışmanın odağında toplum içindeki bir azınlık dininin taleplerine yer ve karşılık bulunmaya çalışılması ve bu kapsamda ayrımcılık yasağı ile azınlık haklarının korunması amacıyla birlikte yürütülen bir tartışmayı beraberinde getirmiş olmasıdır.

Almanya'nın on altı eyaleti kapsayan federatif yapısı, özel hukuk ilişkilerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların iş mahkemelerinde görülmesinden sonra temyiz merciinin Yargıtay değil, Federal İş Mahkemesi olması, eyaletlerde değişik yargı kolları tarafından verilen kararların uzun bir süreç sonunda FAYM'ye gelmesi hem karar hem de argümanların çeşitliliğini ve sayısını artırmaktadır. Bu kısa yazıda amaç, her bir çatışma alanındaki argümanları eyaletlerden başlayarak federal anayasa yargısına kadar inceleyip özetlemek değildir. Asıl amaçlanan, özel ve kamu hukukuna tabi iş ilişkilerinde işin niteliğinin, toplumsal ihtiyaç ve taleplerin, federal düzeydeki anayasa yargısının içtihatlarında nasıl ele alındığını, ortaya konan ilkeleri ve tartışmanın neden hâlâ yanıtlanmayı bekleyen sorularla ucu açık bir sorun olmaya devam ettiğini ortaya koymaktır.

Bu amaçla önce 2003 yılından 2020 yılına kadar verilmiş olan üç başörtüsü kararının süjeleri esas alınarak hukuki sorunların nerede düğümlendiği özetlenecek (I), sonra da tartışmanın vardığı son noktada akademik literatürdeki görüşlerin temel argümanları özetlenerek (II) hâlen cevaplanmayı bekleyen ve FAYM'nin hem çoğunluk görüşünün hem de tek karşıoyunun cevaplamadığı sorulara dikkat çeken (III) bir değerlendirme yapılacaktır.

I. Birinci Karardan Üçüncü Karara Başörtüsü Tartışmasının Süjeleri ve Ortaya Çıkan Hukuki Sorunlar[1]

İdareye 1998 yılında yapılan başvurudan FAYM'ye ulaşana kadar yaklaşık beş yıllık bir hukuki sürecin sonunda verilen ilk başörtüsü kararı, öğretmenlik stajını tamamladıktan sonra Baden-Württemberg eyaletinde bir kamu okulunda öğretmen olarak atanmak için başvuran Fereshta Ludin'in bireysel başvurusu üzerine verilmiştir. Bu ilk karar kapsamlı bir makalede ele alınmış olduğu için burada davanın aşamaları tekrar edilmeyecektir[2]. Ancak yaklaşık yirmi yıl sonra bu kararı tekrar okumak, sonrasında verilen iki kararın hukuki argümanlarını, dayandığı anayasal ilkelerde bir değişiklik olup olmadığını görmek bakımından önem taşımaktadır. Federal düzeyde ilk kez kamu hizmetine girme talebinde bulunan kişinin üzerinde taşıdığı dinî simgelerin yerinin ve öneminin tartışıldığı bu karar, 1933-1945 arasında yaşanmış olan Nazi egemenliğine tepki olarak Federal Alman Anayasası'nın 33. maddesinde düzenlenmiş olan kamu hizmetlerine girmede eşitlik ilkesinin başka bir perspektiften tartışılmasını zorunlu kılmıştır. Mahkemenin din ve ibadet özgürlüğü (madde 4), meslek özgürlüğü (madde 12), yurttaşlık haklarında eşitlik ve memurluk kenar başlığını taşıyan 33. maddeye dayanan bir üçgen içinde pratik uyuşum (*praktische Konkordanz*) ve ölçülülük ilkeleri doğrultusunda çözüm bulmaya çalıştığı görülmektedir. İlgili Anayasa maddeleri şöyledir:

Madde 4[3]:

(1) Din ve vicdan özgürlüğü ile din ve dünyevi inanç özgürlüğüne dokunulamaz.

---

1 Almanya'daki başörtüsü tartışmasının eyaletler ve federal düzeydeki kronolojik ve argümantatif bir tasnifi için bkz. Kielmansegg, S. (2022). Das islamische Kopftuch in Rechtsprechung und Gesetzgebung – eine Bestandsaufnahme, içinde Riedemann, S. ve Zeuner, M. (Der.), *Prozess als Wirklichkeit des Rechts: Festschrift für Stefan Schmid zum 65. Geburtstag* (ss. 839-853), München: C.H.Beck. s. 839 vd.

2 Bkz. Göztepe, E. (2004). "Başörtüsü Tartışmasında Yeni Bir Sahne: Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin Kamu Görevlilerinin Din Özgürlüğüne İlişkin Kararı: 'Birinci Perde'", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 51., s. 47 vd.

3 Federal Alman Anayasası'nın Türkçe çevirisine şuradan ulaşılabilir: https://www.bpb.de/shop/buecher/grundgesetz/290919/grundgesetz-fuer-die-bundesrepublik-deutschland-tuerkische-textausgabe/ (Erişim Tarihi: 31/12/2023)

(2) Dinin rahatsız edilmeden uygulanması güvence altındadır.

Madde 12:

(1) Bütün Almanlar mesleklerini, iş ve eğitim yerlerini serbestçe seçmek hakkına sahiptir. Mesleğin icrası yasayla veya bir yasaya dayanarak düzenlenebilir.

Madde 33:

(1) Her Alman, her eyalette, yurttaş olarak, eşit hak ve yükümlülüklere sahiptir.

(2) Her Alman, ehliyet ve mesleki yeteneğine göre, eşit olarak kamu hizmetlerine girme hakkına sahiptir.

(3) Medeni ve siyasal haklardan yararlanma, kamu hizmetlerine alınma, kamu hizmetlerinde kazanılan haklar, ilgilinin dinî inancına bağlı değildir. Hiç kimse, bir mezhebin üyesi olduğu veya olmadığı için veya felsefi görüşü yüzünden mağdur edilemez.

Bu ilk kararın yasal düzenleme eksikliğine işaret eden ana argümanı[4], karar sonrasında eyaletlerin yapması muhtemel kanuni düzenlemelere geniş bir takdir marjı bırakmaktaydı. İlk karar olması dolayısıyla kararı veren Senato'nun daha muhafazakâr olarak anılan İkinci Senato olması başlarda dikkat çekmediyse de ikinci karardaki daraltıcı yorumun (yani dinî simgelerle kamu hizmeti vermek isteyen başvuruculların hak alanını genişleten yorumun) Birinci Senato'dan çıkması, kurum içi temel bir yaklaşım farklılığını ortaya koymaktadır. Üçüncü kararın yine İkinci Senato'dan çıkması ve yasal düzenleme gerekliliğini dahi tartışmaksızın yargının yüksek devlet görevlerinin yerine getirmesi işlevi üzerinden argümanlarını geliştirmesi, aslında istisnai hâllerde görülen bir Genel Kurul (*Plenum*) kararının gerekip gerekmediği sorusunu ortaya atmıştır[5].

Bunun yanında dikkat çekilmesi gereken bir başka husus, FAYM nezdinde Türk Anayasa Mahkemesiyle karşılaştırıldığında hayli istisnai nitelik taşıyan

4 BVerfGE 108, 282 (313).

5 Bkz. Kielmansegg, S. (2022). s. 852; Rusteberg ise Genel Kurul'un kararına ihtiyaç olmadığını belirtirken, başörtüsü yasağına da karşı çıkmaktadır. Bkz. Rusteberg, B. (2015). "Kopftuchverbote als Mittel zur Abwehr nicht existenter Gefahren. Zur zweiten Kopftuch-Entscheidung des BVerfG vom 17.1.2015 – 1 BvR 471/10, 1181/10", *Juristenzeitung*, C. 70., S. 13., s. 637 vd. Hong ise, Birinci Senato'nun sadece ilk kararın *obiter dicta*'sından saptığı gerekçesiyle Genel Kurul kararının zorunlu olmadığı görüşünü ileri sürmektedir. Krş. Hong, M. (2015). "Ein Gericht oder Zwei Gerichte? Der Kopftuch-Beschluss, das Plenumsverfahren und der Grundsatz 'stare decisis'", *Der Staat*, C. 54., S. 3., s. 427. Buna karşılık Franzius soyut tehlikenin varlığının uygulamadaki somut anlamının, pratik uyuşum ve ölçülülük ilkeleri ışığında Genel Kurul tarafından açıklığa kavuşturulmasının yerinde olacağı görüşündedir. Bkz. Franzius, C. (2015). Vom Kopftuch I zum Kopftuch II. Rückkehr zur Verhältnismäßigkeitsprüfung?, *Der Staat*, C. 54., S. 3., s. 448.

karşıoyların[6] her üç kararda da mevcut olmasıdır. İlk karardaki üç karşıoy, otuz sayfalık karara karşılık yirmi altı sayfa ile paralel bir karar görünümü sergilemektedir[7]. İkinci kararda iki[8], son kararda ise bir karşıoy[9] vardır. Ancak son kararın karşıoyundaki en güçlü argümanın, yargıçlık makam ve görevi ile devlet tekelinde bulunan zorunlu yasal hukuk stajı arasında ayrım yapılması gerektiği olması ve çoğunluk görüşünde buna cevap niteliğinde hiçbir görüş belirtilmemesi, yargıç Maidowski'nin karşıoyunun önemini artırmaktadır. Aşağıda daha ayrıntılı şekilde ele alınacağı üzere bu karşıoy, pratik uyuşum ilkesinin somut olarak uygulanmasının örneğini oluşturduğu için gelecekteki tartışmaların da dayanağı olmaya adaydır.

İlk karardaki karşıoyların temel argümanlarını sonraki iki karar ışığında yeniden ele almak gerekirse, kısaca şu söylenebilir: Başvurucunun pozitif din ve ibadet özgürlüğünün kamu görevini ifa ederken de korunması talebine çoğunluk görüşü tarafından çok fazla ağırlık verilmiş ve bu hakla çatışma içinde olan öğrenci ve ebeveynlerin negatif özgürlüğü ve ebeveynlik hakları ile devletin tarafsız olma yükümlülüğü büyük ölçüde geri plana çekilmiştir. Oysa memur olma talebi, herhangi bir meslek icrasından farklı olarak devletin tarafına geçme ve bu statünün izin verdiği ölçüde temel hak ve özgürlüklerden yararlanma sınırlamasını kabul etme anlamına gelmektedir. Bu nedenle de eyaletlerin yasama organlarına yüklenen yasal düzenleme yapma zorunluluğunun kendisi, Anayasa'nın yanlış yorumlanmasının bir sonucu olup yarışan dört hak ve yükümlülük arasında hatalı bir denge kurduğu için anayasaya aykırıdır.

2003 yılındaki ilk kararı müteakip on altı eyaletin sekizi devlet memurlarının görevlerini ifa sırasında dinî, politik ya da dünya görüşlerini ortaya koyan kıyafetler giymelerini, çalışma barışını ve kamu hizmeti alanların haklarını koruma saikiyle yasaklayan yasal düzenlemeler yapmıştır. FAYM'nin 2015 yılındaki ikinci Senato kararından önce, eyaletlerdeki okullarda görevli eğitmen ve öğretmenlerle ilgili olarak yasal düzenleme yapılması sonrasında dinî amaçlı takılan başörtüsünün somut bir zarar yarattığının ispatlanması gerekmediği, soyut bir genel tehlikenin varlığı nedeniyle tedbir amaçlı yasaklamanın mümkün olduğu kabul edilmekteydi. 2003-2015 arasında verilen kararlarda da bu ilkenin ilgili eyalet kanunlarının anayasaya uygunluğunun değerlendirilmesinde esas alındığı görülmektedir. Örneğin,

- Dinî amaçlı takılan başörtüsüyle Bremen eyaletinde stajyer öğretmen ola-

6 Anayasa mahkemelerinin karar alma süreçleriyle ilgili çok kapsamlı karşılaştırmalı bir çalışma için bkz. Lübbe-Wolff, G. (2022). *Beratungskulturen. Wie Verfassungsgerichte arbeiten, und wovon es abhängt, ob sie integrieren oder polarisieren*, Berlin: Konrad-Adenauer-Stiftung.

7 Yargıçlar Jentsch, Mellinghoff ve Di Fabio'nun ortak karşıoyu (sayfa 314-340).

8 Yargıçlar Schluckebier ve Hermanns'ın ortak karşıoyu (sayfa 359-376).

9 Yargıç Maidowski'nin karşıoyu (sayfa 53-73).

rak çalışmak isteyen başvurucuya idare ret cevabı vermiş, sonrasında ise idare mahkemesi böyle bir ret kararının kanuni dayanağı olmadığı gerekçesiyle yürütmeyi durdurma kararı vererek başvurucunun staja başlamasına olanak tanımıştır. Ancak bunu müteakip Bremen eyaleti 9 Temmuz 2005 tarihinde kanuni bir düzenleme yaparak özetle, kamu okullarının dünya görüşü ve din konusunda tarafsızlık sergilemesi ve bu tarafsızlığın eğitmenlerin davranışlarında da görülmesi gerektiğini, eğitmenlerin dış dünyaya etki eden davranışlarında hem öğrencilerin vicdan ve din özgürlüğünü, hem de ebeveynlerin eğitim hakkını dikkate alan bir şekilde davranmalarının zorunlu olduğunu düzenlemiştir. Stajyerler için de bu yükümlülüklerin, ders verdikleri durumlarda geçerli olduğu belirtilmiştir. Başvurucuya dinî gerekçelerle taşıdığı başörtüsüyle stajına devam edemeyeceğinin bildirilmesi üzerine başvurulan bütün yargı yollarında ret cevabı alan başvurucunun bireysel başvurusu da reddedilmiştir. FAYM'ye göre Bremen eyaletinin kanuni düzenlemesi, eğitmenlerin dinî simgeler takmasından dolayı bir gerginlik yaşanmış olmasını ya da yakın bir tehlike olarak böyle bir gerginliğin ispatı koşulunu aramamaktadır. Yasa koyucu dinî simgelerin taşınmasını yasaklayarak, soyut bir tehlikenin varlığını yeterli görmüştür. Eğitmenlere yönelik tarafsız ve objektif dış görünüşe sahip olma yükümlülüğü okullar tarafından eşitlik ilkesine uygun şekilde uygulandığı sürece FAYM bunda herhangi bir hak ihlali görmemiştir[10].

- Memur hukukuyla ilgili bir başka davada FAYM, tayiniyle ilgili bir itirazda bulunan ve kendisine uygulanan idari işlemin yeterli kanuni dayanağı olmadığını iddia eden başvurucuya, memur statüsüyle ilgili olarak maddi ve şekli anlamda kanuni dayanağın asli olarak memur statüsündeki kişinin temel hak ve özgürlükleriyle başkalarının temel hak ve özgürlüklerinin yarışması durumunda mutlak bir zorunluluk olduğunu belirterek, Senato'nun ilk başörtüsü kararına atıfta bulunmuştur. Bu haklar dinî bir simgeyi görevi sırasında kullanmak isteyenin ibadet özgürlüğü, öğrenci ve ebeveynlerinin negatif din özgürlüğü ile ebeveynlik hakları ve devletin öğretim yükümlülüğüdür[11].

Dinî simgelerin kamu hizmetinde kullanılmasını yasaklayan eyalet kanunlarının uygulanmaya başlamasından yaklaşık on bir yıl sonra ise FAYM'nin ikinci kararına konu olan uyuşmazlık, sözü edilen kanunlardaki soyut bir tehlike olarak ifade edilen yasağın mahkemeler tarafından ancak norm somutlaştırması yapılarak uygulanabileceğini belirtmektedir[12]. Buna göre, yasalarda yer alan yasağın sadece soyut bir tehlikeyi öngörmesinden dolayı mahkemeler normu "daraltıcı bir anayasaya uygun yorumla" (*einschränkende*

10 2 BvR 1657/05 (22.06.2006). İkinci Senato, 1. Komisyon kararı.
11 2 BvR 754/07 (30.01.2008).
12 BVerfGE 138, 296 (327), kn. 80 vd.

verfassungskonforme Auslegung) uygulamakla yükümlüdür. Bu nedenle de tartışmalı kadroda görev yapan kişilerin, korunmak istenen hukuki değerler bakımından somut bir tehlike oluşturduğunu tespit ve ispat yükü, uyuşmazlığı çözmekle yükümlü olan mahkemelerdedir. Bunun yanı sıra Birinci Senato, üçüncü kararda daha etraflı şekilde karara etki edecek olan, devlet ile onun adına hareket eden memurları arasındaki ayrıma da dikkat çekmektedir. Buna göre, mahkeme salonlarında ya da okuldaki derslikerde asılan haç ile kamu hizmeti veren tekil bireylerin dinî simgeler taşıması eş değerde değildir. Bireylerin bu eylemleri devletin dinî tercihlerini değil, bireylerin kişisel tercihlerini temsil eder[13].

Birinci Senato ayrıca ilk kez cinsiyetler arası eşitlik ilkesini de yarışan haklar arasına katmış ve İslami başörtüsünün sadece Müslüman kadınlar tarafından takılması ve erkekler tarafından dinen zorunlu görülen diğer baş örtme pratiklerinin ise sözü edilmeyecek kadar az olması nedeniyle, görünüşte bütün dinlere yönelik objektif bir hukuki düzenlemenin İslam dinine mensup kadınlar bakımından dolaylı ayrımcılık oluşturduğunu belirtmiştir[14].

İkinci kararın karşıoylarının[15] temel argümanları, ilk karardaki karşıoylarla büyük ölçüde paralellik arz etmektedir. Karşı oy yazan iki yargıç özetle, öğrenci-öğretmen arasındaki hiyerarşik ilişkinin salt öğretmenin ibadet özgürlüğü lehine yorumlanmasının ve öğrencilerin negatif din özgürlüklerin bu denli geri plana atılmasının anayasaya uygun bir yorum olmayacağını belirtmektedir. Öğrencilerin bu kişilerden kaçınma olanağı olmadığı gibi, devlet hizmetinde bulunan kişiler sadece birey olarak kendi nam ve hesaplarına hareket etmezler; aksine devlet bu kişiler aracılığıyla varlığını gösterir, kamu hizmetlerini ifa eder, bu nedenle kamu personeli devletin temsilcileridir[16]. Karşı oyların en güçlü argümanlarından bir diğeri de "somut tehlikenin" varlığını ispat yükünün okul yönetimine ve ebeveynlere yüklenmesi nedeniyle okul içindeki gerilimin salt bu nedenle dahi gereksiz şekilde artırılacağıdır. Oysa yasa koyucunun belirlediği genel yasak, ispat yükümlülüğü kendisine yüklenen tarafların hem bu süreçte hem de iddialarının kabul görmemesi durumunda okul içindeki potansiyel gerilimi önleyici bir nitelik taşımaktadır[17].

Bu içtihat değişikliği sonrasında, Baden-Württemberg eyaletindeki bir anaokulunda eğitmen olarak çalışan ve dinî gerekçelerle başını örten bir kişinin yaptığı bireysel başvuruda FAYM, zorunlu ilk ve ortaöğretim kurumlarındaki eğitmen, sosyal pedagog ve eğitmenlerle ilgili verdiği önceki kararlarındaki ölçütlerin, anaokullarında çalışan kişiler için ne ölçüde uygulanabilir ol-

13 BVerfGE 138, 296 (339), kn. 110 vd.
14 BVerfGE 138, 296 (353), kn. 143 vd.
15 BVerfGE 138, 296 (359 vd.).
16 BVerfGE 138,296 (367 vd.), kn. 14 vd.
17 BVerfGE 138,296 (369), kn. 16.

duğunu tartışmıştır. FAYM öncelikle öğrenci/çocuk ve ebeveynlerinin negatif din özgürlüğü bağlamında iki eğitim öğretim kurumu karşılaştırması yapıp ilk ve ortaöğretimin zorunlu olmasına rağmen, ana okulunun zorunlu olmamasından dolayı, maruz kalınan dinî simgelerin yoğunluğu ve etkisinin aynı olmadığını belirtmiştir[18]. Ancak buradaki zorunluluk ölçütü, ebeveynlerin ana okulundaki bakıma acil ve kaçınılmaz ihtiyaç duyması gerçeği karşısında FAYM'nin en zayıf argüman halkalarından birisini oluşturmaktadır. 2015 yılında verilmiş olan ikinci başörtüsü kararının esas argümanlarından birisini oluşturan "soyut tehlike" iddiasının yeterli olmadığı, korunması amaçlanan anayasal değerler ile haklara yönelik somut bir tehlikenin gösterilmesinin zorunlu olduğu argümanı, bu kararın da ana çatısını oluşturmaktadır[19]. Kararda vurgulanması gereken bir diğer husus ise, FAYM'nin yasa koyucunun yasama sürecinde Parlamento tutanaklarında yer alan yasama saikinin dahi bu daraltıcı yoruma engel olmayacağı yönündeki görüşüdür. Yasa koyucunun yasal düzenleme yapma saiki, somut olayda yarışan temel hak ve özgürlüklerin pratik uyuşum içinde yorumlanmasına engel olabilecek bir yorum kaynağı teşkil etmemektedir[20].

Görüldüğü üzere "liberal" Senato olarak anılan Birinci Senato'nun ikinci başörtüsü kararı, dinî amaçlı kıyafetlere yasak getiren yasal düzenlemelerin uygulanmasında sınırlayıcı bir yorum yapılmasını zorunlu kılmış ve İkinci Senato'nun verdiği ilk kararın ilkelerini, özellikle de memur statüsündeki kişilerin kamu hizmetindeki işlevlerini, kamusal bir görev yerine getirmeyen gerçek kişilerin statüsüne yaklaştırmıştır. Kamu okullarıyla sınırlı olan bu tartışma, yaklaşık beş yıl sonra 14 Ocak 2020'de verilen ama ilk derece mahkemelerinde görülmeye başlandığı 2017'den itibaren hukuki tartışmaların ve akademik literatürün konusu olan, yargı mensuplarının (somut olayda ise zorunlu yasal stajını yapan hukuk stajyerlerinin) başörtüsü takıp takamayacağı sorusuna cevap arayan kararla şimdilik son noktaya gelmiştir[21]. Üçüncü kararın özelliği, devletin en asli egemenlik yetkilerinden birisi olan yargı yetkisinin kullanılmasına ilişkin olması ve okullardan farklı olarak özel sektöre aktarılamayan bir devlet hizmeti alanını ilgilendirmesidir[22].

Üçüncü kararın başvurucusu, devlet tekelinde olan ve hukuk mesleklerini ifa edebilmek için zorunlu olan hukuk stajını yapan bir stajyerdir. Staj sıra-

18 1 BvR 354/11 (18.10.2016); 1. Senato, 2. Komisyon kararı, par. 53-54; 65-66.
19 1 BvR 354/11 (18.10.2016); 1. Senato, 2. Komisyon kararı, par. 55 ve 69-70.
20 1 BvR 354/11 (18.10.2016); 1. Senato, 2. Komisyon kararı, par. 71.
21 BVerfGE 153, 1 vd.
22 Yüksek devlet menfaatlerinin korunması gerekçesiyle Avrupa Birliği'nin siyasal entegrasyonuna ve Avrupa yurttaşlığına rağmen üye devletlerin sadece kendi vatandaşlarına tahsis edilen meslekler belirlemesine izin verilmesiyle ilgili olarak bkz. Göztepe-Çelebi, E. (2003). *Die Unionsbürgerschaft und ihre Fortentwicklung im Hinblick auf die politischen Rechte*, Münster: LIT Verlag, s. 61-68.

sında da dinî amaçlı başörtüsünü takma talebi, stajın sorumlusu olan Eyalet Adalet Bakanlığı tarafından reddedilmiş, özellikle devletin üçüncü kişilere karşı temsil edildiği yargı faaliyetlerine katılamayacağı kendisine bildirilmiştir. İdareye yapılan başvurunun en önemli sonucu, yargı organı adına devlet gücünün temsili niteliğinde yapılan staj faaliyetlerine katılmamanın sonuçlarını düzenleyen genelgenin değiştirilmesi olmuştur. 28 Haziran 2007 tarihli ilk genelgede, hukuk stajyerlerinin mahkeme salonunda şu görevleri yerine getirirken dinî gerekçelerle başörtüsü takmasının yasaklanması öngörülmüştür:

- Yargıç kürsüsünde oturma,
- Duruşma yönetme ya da delil sunma,
- Savcılık adına oturumlara katılma,
- İdare nezdindeki stajı sırasında bir ifade komisyonunu yönetme[23].

Davacının stajına başladığı Hessen Eyaleti Adalet Bakanlığı 28 Haziran 2007 tarihli bu genelge ile stajyerlerin dinî gerekçelerle başörtüsü takarak staja devam etmek istemeleri hâlinde, hangi etkinliklerde bulunamayacaklarının kendilerine ilgili mahkemeler aracılığıyla bildirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Genelgede ayrıca, stajyerlerin de yargı hizmeti verilen kişilere karşı siyasal, dinî ya da dünya görüşü bakımından tarafsız bir görüntü sergilemek zorunda oldukları, başörtüsü taktıkları sürece yurttaşların karşısında "adaletin ya da devletin temsilcisi" olarak yer aldıkları hiçbir faaliyeti yürütemeyeceklerinin bilinmesi gerektiği bilgisi yer almaktadır. Bunun sonucunda ise stajın zorunlu unsurlarından olan bu işlevlerin yerine getirilmemesi durumunda değerlendirme notlarının "yetersiz" olacağı ve bu negatif değerlendirme notunun genel not değerlendirmesine nasıl yansıtılacağının ise sorumlu eğitmen tarafından karara bağlanacağı belirtilmektedir.

Üçüncü kararın başvurucusunun dinî ibadet özgürlüğünü ileri sürerek yukarıda sayılan etkinliklerde de başörtüsünü çıkarmayacağını bildirmesinden sonra aynı genelge 27 Temmuz 2017 tarihinde bir değişiklikle yeniden yayınlanmıştır. Buna göre, stajyerlerin belirtilen etkinliklere katılmaması, nihai değerlendirmeye etki etmeyecek ve değerlendirme raporunda sadece "bu görev yerine getirilememiştir" ibaresi yer alacaktır. Hukuk stajyerinin bireysel başvurusu öncesinde yaptığı geçici tedbir verilmesi talebi ise FAYM tarafından, FAYM Kanunu'nun 32. maddesindeki şartlar gerçekleşmediği gerekçesiyle reddedilmiştir[24].

Son kararın en önemli özelliklerinden birisi, kamu hizmetinin niteliğinin değişmesine paralel şekilde, yarışan hakların sayısının daraltılması ve bazı

23 BVerfGE 153, 1 (4 vd.).
24 2 BvR 1333/17 (27.06.2017), İkinci Senato, 1. Komisyon kararı.

yeni anayasal değerlerin ortaya çıkmasıdır. İkinci Senato'ya göre başvuruda değerlendirilmesi gereken yarışan haklar şunlardır:

- Münhasır ve üstün bir kamu hizmeti sunan kişinin ibadet özgürlüğü,
- Devletin dinî ve dünya görüşüne ilişkin tarafsızlık yükümlülüğüne ilişkin anayasal değer,
- Yargı işlevinin etkili şekilde yürütülmesinin güvence altına alınması ve
- Muhtemel çatışma alanları dikkate alınarak üçüncü kişilerin negatif din özgürlüğü.

Buna karşılık FAYM, ilginç biçimde yargıçların bağımsızlığı ile dinî ve dünya görüşü bakımından barışın sağlanmasının güvence altına alınmasını pratik uyuşum değerlendirmesinin dışında bırakmıştır. Oysa aşağıda yargıç bağımsızlığının değerlendirileceği son başlıkta görüleceği üzere bu ilke hem öznel hem de nesnel tarafsızlık başlıkları altında değerlendirilmekte, dolayısıyla yargıcın birey olarak dış dünyaya yönelik görünüş ve davranışlarından ayrı ele alınmamaktadır.

FAYM'nin üçüncü kararında dikkat çekilmesi gereken bir başka husus ise, ne ikinci karardaki somut tehlike koşulunun yargı alanı için gerekli görülmüş ne de hâkim ve savcılarla hukuk stajyerleri arasında bir ayrım yapılmış olmasıdır[25]. Hukuk stajyerleri ile hâkim ve savcıların işlev ve statülerinin farklılığı çoğunluk tarafından tartışılmaksızın sorun, devletin üstün ve münhasır yargı yetkisinin işlevi üzerinden ele alınmıştır. Özellikle kararın tek karşıoyunun en güçlü argümanının bu statü farklılığına dayanması ve pratik uyuşum çerçevesinde çözüm önerileri getirilmiş olması, çoğunluk görüşüne imza atan yargıçların konunun bu boyutuna hemen hiç cevap vermemesi, kararın gücünü azaltıcı niteliktedir.

2003 ve 2015'teki kararlara kıyasla 2020 yılında hukuk stajyerlerine ilişkin olarak verilen karar az sayıda yazıya konu edilmiştir. Bunun başlıca nedeni Hessen eyaletindeki tartışma başlar başlamaz ve özellikle de FAYM'nin geçici tedbir talebini reddetmesiyle birlikte konunun 2018 yılında alevli şekilde tartışılmış olmasıdır. 2020 sonrasında yazılan az sayıdaki akademik makalede de ağırlıklı görüş, yargıçların münhasır ve üstün kamu gücü kullanmasından dolayı ibadet özgürlüğünün sınırlanmasının anayasaya uygun olduğu yönündendir. Ancak konuya yirmi yıllık bir perspektiften toplumsal cinsiyet eşitliğine ağırlık vererek tartışmaya başlayan büyük bir kadın hukukçu topluluğunun da olduğunu vurgulamak gerekir[26].

25 Aynı eleştiri için bkz. Kielmansegg, S. (2022). s. 847.
26 Bkz. (2018). *Zeitschrift der Deutschen Juristinnenbunds*, C. 21., S. 1 (özel sayı).

Üçüncü karardaki çoğunluk görüşünün dayandığı üç temel hak ve anayasal değerlerle ilgili argümanları şöyle özetlenebilir:

- Devletin dinî ve dünya görüşüne ilişkin tarafsızlığı ancak devlet otoritesini temsil eden kişilerin tarafsızlığında somutlaşabilir, çünkü devletin eylem ve işlem yetkisi gerçek kişiler aracılığıyla gerçekleştirilir[27]. Burada ilginç olan bir husus, çoğunluğun ikinci başörtüsü kararındaki azınlık görüşüne (yargıç Hermanns ve Schluckebier) atıf yaparak bu argümanını desteklemesidir.

- Din ve ibadet özgürlüğünün anayasaya içkin sınırlarından birisi de hukuk devleti ilkesinin bir uzantısı olan yargı işlevinin korunmasıdır. Yargı işlevinin korunması sadece toplumun yargıya güveninin tekil olarak yargıca değil, toplamda adalet sistemine güvenmesinin sağlanmasını gerektirir[28].

- Yargılama sürecine katılanların negatif din özgürlüğü de çoğunluk görüşünün son argümanıdır. Okullardaki sürekli ve kişisel ilişki ile yargı organları nezdindeki sosyal temasın belli bir süreyle sınırlı olması ve kişiselleştirme, yani birbirini tanıma, karşılıklı etkileşim gibi sosyal bir boyutun yokluğu, dinî simgelerin algılanmasına da büyük ölçüde etki etmektedir. Okullarda hedeflenen dinî-çoğulcu bir toplumun yansıtılması hedefi ile tek taraflı olarak münhasır ve üstün bir kamu gücünü temsil ve icra eden yargı organı mensuplarının statüsü eşit kabul edilemez[29].

Çoğunluk görüşünün en şaşırtıcı kısmı ise, yargıç ve savcıların görevleri sırasında dinî simgeler taşıması ile bağımsız ve tarafsızlıkları arasında herhangi bir bağlantı görmemesi ve tereddüt hâlinde ilgili usul kanunlarında hâkimin reddi kurumunun işletilebileceğini belirtmesidir. Mahkemeye göre, hâkim ve savcıların dinî simgeler taşıması, siyasi parti üyelikleri ya da belli bir dine mensubiyetleri tarafsızlık ve bağımsızlıklarını tehlikeye düşüren unsurlar değildir; aldıkları eğitim objektif kararlar alabilmelerinin güvencesidir. Daha da ilginç olan husus, FAYM çoğunluğunun bu görüş için çapraz atıf usulünü seçmesidir. Yani bu görüşü desteklemek için kullanılan bütün akademik eserler, hâkim ve savcıların başörtüsüyle de kürsüye çıkması gerektiğini, devletin münhasır üstün yargı yetkisini kullanan bu memurların devletle özdeşleştirilemeyeceğini savunan yazarlara aittir[30]. Mahkeme çoğunluğunun

27 BVerfGE 153, 1 (37), kn. 89 vd.

28 BVerfGE 153, 1 (40), kn. 91 vd.

29 BVerfGE 153, 1 (42), kn. 95 vd. Bu argümana karşılık Muckel, geçici tedbir talebinin reddi kararında da değinilen bu hususla ilgili olarak, dini simgelere maruz kalma süresinin okullardakinden çok daha kısa süreli olmasından dolayı bu argümanın gerekli olmadığını belirtmektedir. Muckel, S. (2017). "Anmerkung zum BVerfG: Kopftuchverbot für Referendarinnen im juristischen Vorbereitungsdienst des Landes Hessen", *NVwZ*, C. 36., S. 15., s. 1132.

30 BVerfGE 153, 1 (42), kn. 96-99. Rath, C. (2017). "Pro und Contra: Kopftuch für Richterinnen?", *Recht und Politik*, C. 53., S. 1., s. 66; Sacksofsky, U. (2018). "Gegen ein Kopftuchverbot für Richterinnen", *Zeitschrift des Deutschen Juristinnenbundes*, C. 21., S. 1., s. 8 vd.; Sinder, R.

bu eserlere atıf yapıp tamamen zıt bir sonuca ulaşması, ulusal ve uluslararası düzeyde sıkça rastlanan yargısal "pragmatik, çapraz ve işlevsel atıf" temayülünün bir yansıması olarak değerlendirilebilir.

Kararın tek karşıoyunun en temel argümanı ise, üstün kamu gücünü kullanan ve sürekli bir kadroda görev yapan hâkim ve savcılar ile devlet tekelinde bulunan ve hukuk mesleklerinden birisini icra etmenin koşulu olan stajı tamamlamak zorunda olduğu için mahkemede bulunan stajyerlerin kamu gücü kullanma konusundaki işlev ve etkilerinin arasındaki asli fark gözetilmeden karar verilmiş olmasıdır. Eğer yasağa kaynaklık eden düşünce, davanın taraflarının ve diğer üçüncü kişilerin mahkemenin objektiflik ve tarafsızlığından şüphe etmesi ise, genelge ile dinî simgeler taşındığı sürece yapılması yasaklanan işlemler gerçekleştirilmeden önce stajyerin kimliğinin taraflara açıklanması pratik uyuşum ilkesi açısından tercih edilmesi gereken yol olmalıdır[31]. Yargıç Maidoswki karşıoyunda, sadece stajyer hukukçu adaylarına ilişkin olarak ölçülülük ilkesine dayanarak bir öneri getirmekteyse de daimî kadroda görev yapan hâkim ve savcıların statüsü, dinî simgelerle görev yapıp yapamayacakları ya da ölçülülük ve pratik uyuşum ilklerinin bu kişiler bakımından uygulama alanı bulup bulamayacağı hususunda açık bir görüş belirtmemektedir. Ancak stajyerler konusundaki argümanlarından daimî kadrodaki yargı personeli için dinî simgelerle görev yapma yasağını olumladığı görüşü çıkarılabilir.

II. Dinî İbadet Özgürlüğünden Toplumsal Cinsiyet Eşitliğine Uzanan Geniş Yelpazede Hukuki Argümanlar

Federal Alman Anayasa Mahkemesi (FAYM) 2000'lerin başından itibaren ortaöğretim öğrencilerinin dinî ibadet özgürlüğü nedeniyle bazı zorunlu okul faaliyetlerine katılmama hakkının tanınması, özel hukuk ilişkisi içinde ya da kamu sektöründe kamu görevlisi veya memur sıfatıyla çalışan ve nihayetinde hukuk mesleklerini ifa için zorunlu olan hukuk stajını yerine getirmekte olan kişilerden oluşan çeşitli kişi grupları tarafından yapılan bireysel başvuruları karara bağlamış ve her bir hak süjesi için farklı ölçütler uygulayarak dinî ibadet özgürlüğünün koşul ve sınırlarını başka hak ve anayasal değerlere dayanarak belirlemiştir. İçtihadın ana hatları, ilk ve ortaöğretim kurum öğrencilerinin dinî ibadet özgürlüğünden başlayarak şöyle özetlenebilir:

- İlk ve ortaöğretim kurumlarında öğrencilerin dinî gerekçelerle bazı zo-

(2018). "Das Kopftuchverbot für Richterinnen. Ein Plädoyer für die Aufrechterhaltung der Allgemeinheit der Grundrechtsdogmatik", *Der Staat*, C. 57., S. 3., s. 459 vd.; Berghahn, S. (2018). "Staatliche Neutralität zwischen religiösem Pluralismus und wohlfeilem Populismus", *Kritische Justiz*, C. 51., S. 2., s. 167 vd.

31 BVerfGE 153, 1 (54), kn. 1; (64) kn. 4; (68), kn. 21.

runlu okul faaliyetlerine katılmama talepleri konusunda ise FAYM, zorunlu yüzme derslerine katılmama gerekçesinin okulun eğitim ve öğretim planlaması yapma yetkisi ile karşı karşıya gelen bir hukuki değer olduğunu değerlendirmiştir. Kız ve erkek öğrencilerin ortak olarak gerçekleştirilen spor ve yüzme derslerine katılma konusundaki çekincelerin, davacı öğrenci tarafından yeterince gerekçelendirilemediğini, burkini ya da haşema gibi kıyafetlerle, kaçınılmak istenen "vücut hatlarının görülmesi" durumunun ortadan kaldırılabildiğini, neden bunun dahi yeterli bir seçenek olmadığının ortaya konamadığını belirterek başvuruyu reddetmiştir[32].

- Limited şirket biçiminde örgütlenmiş bir satış mağazasında satıcı olarak çalışan kişinin dinî gerekçelerle başını örtmeye başlaması, işveren bakımından tek başına bir sözleşmeyi fesih sebebi oluşturmaz. Mağaza her ne kadar çalışanlarından bakımlı ama göze batmayan kıyafetlerle çalışmalarını talep etse de başörtüsü tek başına fesih nedeni olamaz. İş akdinde satıcı olarak belirtilen kişinin, mağazanın parfümeri kısmı dışında başka bir yerde de çalıştırılması mümkündür. Her ne kadar davacı şirketin, dinî amaçlarla takılan başörtüsünün iş yerindeki işleyişe zarar verdiğini ya da ekonomik zarara yol açtığını ileri sürme ve ispatlama hakkı olsa da somut olayda böyle bir iddia ve ispat gerçekleşmemiştir. Derece mahkemelerinde fesih işlemine karşı açtığı davada başarısız olan satıcı çalışan, Federal İş Mahkemesi nezdinde başarılı olmuştur. Limited şirket bu karar aleyhine bireysel başvuruda bulunmuştur. Federal Alman Anayasa Mahkemesi de Federal İş Mahkemesinin, iki tarafın çalışma ve işletme hakkını ve bununla çatışan dinî ibadet özgürlüğünü ölçülü bir şekilde tartarak anayasaya uygun bir sonuca ulaşmış olduğuna karar vererek şirketin yaptığı bireysel başvuruyu reddetmiştir[33].

- Devletin üstün ve münhasır yargılama yetkisini kullandığı mahkeme salonlarında bulunan herkesin dinî ibadet özgürlüğünün eşit şekilde değerlendirilemeyeceğinin güzel bir örneği ise, mahkeme salonunda dinleyici sıfatıyla bulunan bir davalı yakınına ilişkindir. Ceza mahkemesinde yargılanmakta olan oğlunun davasını izlemek üzere duruşma salonunda başörtüsüyle oturan anneyi, mahkeme salonunda başın herhangi bir nedenle örtülü olmasına mahkeme düzeni bakımından izin verilemeyeceğini belirten yargıcın salondan çıkartmasının, davacının dinî ibadet özgürlüğünü ihlal ettiğine karar verilmiştir. FAYM "*Herkes kanun önünde eşittir*" (AY madde 3/1) düzenlemesi ile bağlantılı olarak din ve vicdan ile ibadet özgürlüğünün (AY madde 4/1 ve 4/2) ihlal edildiğini; mahkeme başkanının duruşma düzenini sağlama yetki ve yükümlülüğü ile dinî gerekçelerle başını örtme zorunluluğu arasında pratik uyuşuma uygun bir değerlendirme yapmadığını; duruşma düzenini bozma

32 1 BvR 3237/13 (8.11.2016); 1. Senato, 2. Komisyon kararı.
33 1 BvR 792/03 (30.07.2003); Birinci Senato, 2. Komisyon kararı.

niyetiyle yapılmadığı açık olan ve kimliğin belirlenmesine de engel olmayan dinî amaçlı başörtüsünün herhangi bir somut gerekçe gösterilmeksizin yasaklanamayacağını belirtmiştir[34].

Bu üç karar örneğinde görüldüğü gibi, FAYM özel hukuk ilişkilerinde dinî ibadet özgürlüğünün koruma alanını çalışanlar lehine genişletirken, 2015 yılındaki ikinci başörtüsü kararında dile getirilen "somut tehlikenin ispatı" koşulunu işverenden talep etmeyi özel hukuka dayalı iş ilişkilerinde çok önceden aramaya başlamıştır. Öğrencilerin ibadet özgürlüğü ile okulun ders planlaması yapma ve okul düzenini sağlama yetki ve görevi arasındaki ilişkide ise FAYM, okulun ders programına entegrasyonun asli amaç olduğunu vurgulayarak, ibadet özgürlüğünün alternatif araçlarla sağlanmasının yollarının aranması gerektiğini ve burada mutlak bir koruma alanı sağlanamayacağını vurgulamıştır.

Hukuk stajyerleriyle ilgili üçüncü karar öncesinde ise yargı yetkisinin icra mekânı olarak mahkeme salonunda bulunan herkesin aynı kurallara tabi olmadığı, devleti temsil eden aktörlerle herhangi bir kamu gücü kullanmayan kişiler arasında ayrım yapılması gerektiği ve yarışan haklar bakımından ibadet özgürlüğünün koruma alanının kamu gücü kullanmayanlar lehine genişlemesi gerektiği açıklığa kavuşturulmuştur.

Üçüncü karar öncesinde talep edilen geçici tedbir talebinin reddini müteakip başlayan tartışmada özellikle feminist hukuk teorisinin temsilcilerinin sorunu anayasal eşitlik ilkesi boyutuna taşımaları tartışmanın kapsamını genişletmiştir. Kadın Hukukçular Derneğinin (*Deutscher Juristinnenbund*) dergisinde yapılan bir özel sayıda, kadın hukukçular hâkim ve savcıların başörtüsüyle hizmet vermesi üzerine kısaca görüşlerini belirtmişler, sonrasında da bir yuvarlak masa toplantısında tartışmayı sürdürmüşlerdir. Yargı hizmetini veren kişilerin devletin üstün egemenlik yetkisini temsil etmelerinden dolayı her türlü dinî, siyasal ve dünya görüşüne ilişkin simgeden arındırılmış olarak hizmet vermesi gerektiğini belirten hukukçular[35], bu tarafsız görünümün hukuk devleti ilkesinin gerçekleştirilmesinin koşullarından birisi olduğunu

34 2 BvR 677/05 (27.06.2006); İkinci Senato, 1. Komisyon kararı. Özellikle par. 16-22.

Aynı yönde bir AİHM kararı için bkz. *Lachiri/Belçika*, B. No: 3413/09, 18/12/2018; *Hamidovic/Bosna Hersek*, B. No: 57792/15, 5/3/2018.

35 Eckertz-Höfer, M. (2018). "Kein Kopftuch auf der Richterbank, *Zeitschrift des Deutschen Juristinnenbundes*, C. 21., s. 1 vd.; Fuchsloch, C. (2018). "Debattenbeitrag zur Verfassungsmäßigkeit des 'Kopftuchverbots'", *Zeitschrift des Deutschen Juristinnenbundes*, C. 21., S. 1., s. 5 vd.; Schwanenflug, N., Frost, I. A. ve Szczerbak, S. (2018). "Die Relevanz der Kopftuchentscheidung vom 27. Juni 2017 – Ein Praxisbericht aus Hessen", *Zeitschrift des Deutschen Juristinnenbundes*, C. 21., S. 1., s. 5 vd.; Schwanenflug, N. ve Langer, S. (2020). "Religion und Robe – Ein Widerspruch?", *Recht und Politik*, C. 56., S. 2., s. 149 vd.; Schwanenflug, N. (2020). "Anmerkung zu: Kopftuchverbot für Rechtsreferendarinnen verfassungsgemäß", *NVwZ*, C. 39., S. 7., s. 474.

da vurgulamaktadır. Okullar için öngörülen somut tehlike durumunun ise üstün egemenlik yetkisi kullanan mahkeme salonlarına taşınamayacağını, hâkimin reddi kurumunun da somut tehlike ile eşdeğer bir değerlendirmeye tabi tutulamayacağını savunmaktadırlar.

Dinî simgeleri üstünde taşıyarak yargı mensuplarının hizmet vermesi gerektiğini savunan kadın hukukçular ise konuya hem azınlık haklarının korunması hem de cinsiyetler arası eşitliğin sağlanmasında dolaylı ayrımcılık yasağına dikkat çekerek argümanlarını ortaya koymaktadır. Bu görüşe göre, modern devlet anlayışında memurlar devleti temsil etmekle birlikte dinî simgeler taşımaları devletin bu dinle özdeşleştiği biçiminde anlaşılmamalıdır[36] . Dinî simgelerle yargı hizmeti verilebilmesini savunan bu görüş, dolaylı ayrımcılık tezinde pozitif din özgürlüğü çerçevesinde kadınların dinî simgeler taşımasını koşulsuz şekilde kabul ederken, yani biyolojik cinsiyeti eşitlik taleplerinin merkezine koyarken, dünya görüşüyle ilgili diğer simgelerin taşınması, yani devletin tarafsız görünümünün tartışmaya açıldığı diğer durumlarda da bu mutlak desteğin sağlanması gerekip gerekmediği sorusunu cevapsız bırakmaktadır.

III. Devlet Nasıl Temsil Edilir?

Devlet üzerine teori ve tezler Platon'dan Georg Friedrich Wilhelm Hegel'e, Karl Marx'tan Franz Oppenheimer'a kadar değişik çağlarda ve farklı sınıfsal perspektiflerden ele alınmıştır. Bu eserlerin tezleri günümüz modern toplumları için de tartışılmaya devam etmektedir. Ancak artık günümüzde, sayılan klasik eserler gibi büyük tezlerin ortaya konduğu çalışmalardan çok devletin

36 Sacksofsky, U. (2018). s. 8 vd.; Mangold, A. K. (2018). "Für sichtbare demokratische Vielfalt in deutschen Gerichten!", *Zeitschrift des Deutschen Juristinnenbundes*, C. 21., S. 1., s. 10 vd.; Samour, N. (2018). "Die erkennbare Muslimin als Richterin: Das Recht auf Sichtbarkeit in der Öffentlichkeit, auch in der Justiz", *Zeitschrift des Deutschen Juristinnenbundes*, C. 21., S. 1., s. 12 vd.; Mangold, A. K. (2017). "*Justitias Dresscode: Wie das BVerfG Neutralität mit "Normalität" verwechselt", VerfBlog,* 6/7/2017, https://verfassungsblog.de/justitias-dresscode-wie-das-bverfg-neutralitaet-mit-normalitaet-verwechselt/ (Erişim Tarihi: 15/1/2024); Mangold, A. K. (2020). "*Justitias Dresscode, zweiter Akt: Minderheiten im demokratischen Staat", VerfBlog,* 27/2/2020, https://verfassungsblog.de/justitias-dresscode-zweiter-akt/ (Erişim Tarihi: 15/1/2024); Brosius-Gersdorf, F. ve Gersdorf, H. (2020). "Kopftuchverbot für Rechtsreferandarin: Unanwendbarkeit des Neutralitätgebots. Zur Differenzierung zwischen dem Neutralitätgebot für den Staat und dem Mäßigungsgebot für Amtsträger", *NVwZ*, C. 39., S. 7., s. 429.

Kerber, meslekten olmayan ama değişik mahkemelerde görev yapan hakimlerin de dini simge taşımasına izin verilmesi gerektiği görüşündedir. Bkz. Kerber, D. (2023). Die Kopftuch tragende ehrenamtliche Richterin in der Sozialgerichtsbarkeit, içinde Ratzel, R. ve Frister, H. (Der.), *Festschrift für Prof. Dr. Karl-Heinz Möller* (ss. 619-636); Hecker ise cübbeye verilen hukuki değerin çok abartıldığını, çünkü bunun anayasal olarak bir güvenceye sahip olmadığını ve gelişime de açık olduğunu belirtmektedir. Bunun yanı sıra üçüncü kararın laik bir din-devlet ilişkisi anlayışına yaklaştığını vurgulamaktadır. Krş. Hecker, W. (2020). "Das BVerfG, das Kopftuchverbot im Justizbereich und die Folgen für die öffentliche Verwaltung", *NVwZ*, C. 39., S. 7., s. 423 vd.

tekil özelliklerine yoğunlaşan çalışmaların yapıldığı ve bu çalışmaların devletle ilgili temel güncel soru(n)lara çelişkisiz şekilde ışık tutacak nitelikte olmadığı rahatlıkla söylenebilir.

Devletin münhasır egemenlik yetkilerinden birisi olan yargının hem mekânsal hem de kişisel boyutunun olması Almanya'daki tartışmada genel kabul gören hususlar arasında yer almaktadır. Ancak bu kabulün her zaman aynı yöne doğru evrilen sonuçları olduğunu söylemek mümkün değildir. Mahkeme salonlarında haçın yer alması, davanın taraflarının talebi üzerine indirilebilir olması, üstün kamu gücü kullanan memurlar ya da stajyer hukukçu adayları ile davanın tarafları ve salonda bulunan diğer kişilerin statü ve işlevlerine göre farklılaşan hukuki argümanlar hâlen tek bir noktada buluşabilmiş değildir.

Yukarıda ele alınan üçüncü başörtüsü kararında FAYM'nin dinî simgelerle yargı hizmeti vermek isteyen yargı personelinin bu talebini, mahkemelerin ve yargı mensuplarının tarafsızlığı ve bağımsızlığı sorunuyla ilişkilendirmemesi ve pratik uyuşum ile ölçülülük testinde dikkate almaması son derece çarpıcıdır. Çünkü tam da devletin en önemli işlevlerinden birisi olan yargı fonksiyonu ancak devletin daimî kadrosunda görev yapan özel statülü kişiler tarafından yerine getirilebilir. Ulusal ve uluslararası alanda genel kabul gören, hukuk devletinin alt unsurlarından olduğu kabul edilen bağımsızlık ve tarafsızlık ilkesinin tartışmanın dışına çıkartılmış olması, FAYM'nin hem çoğunluk görüşünün hem de karşıoyunun cevaplanması bekleyen eksikliklerinden birisidir.

Oysa yargısal görevler yerine getirilirken hem ulusal düzeyde hem de uluslararası belgeler ve mahkeme kararları aracılığıyla yargıçların yerine getirmesi gereken koşul ve ilkeler sistematik olarak ortaya konmuştur[37]. Bağımsızlık, tarafsızlık, dürüstlük, mesleğe yaraşırlık, eşitlik, ehliyet ve özen olarak tasnif edilen bu niteliklerden tarafsızlık ilkesi, yargıcın görevini icrası sırasında ibadet özgürlüğünün bir parçası olarak görülen dinî simgeler taşıma talebini de ilgilendiren ve bu haklar çatışmasında incelenmesi gereken ilkedir. "Bangalor Yargısal Davranış İlkeleri"nde[38] de yerini bulan bu ilke, dinî simgelerle ilgili açık herhangi bir düzenleme içermemektedir ve bu hâliyle tarafsızlık ilkesinin hayata geçirilmesi, ilkenin nasıl somutlaştırıldığına karar verilmesi yetkisi ulusal ya da uluslararası makamların takdirine bırakılmış görünmektedir.

Öznel ve nesnel tarafsızlık olarak iki alt başlıkta incelenen tarafsızlık ilkesinde öznel tarafsızlık, davanın tarafları ile yargıç arasında yargıcın bu kişilere

37 Türkçedeki ilk ve en yetkin çalışma için bkz. İnceoğlu, S. (2008). *Yargı Bağımsızlığı ve Yargıya Güven Ekseninde Yargıcın Davranış İlkeleri*, İstanbul: Beta Yayınları.

38 Değer 2: Tarafsızlık.

yönelik önyargılı ve taraflı bir tutumu ya da kanaati olup olmadığı sorusuyla ilgilenmektedir[39]. Buna karşılık nesnel tarafsızlığın ölçütü davanın taraflarının ötesine geçmekte, "kurum olarak mahkemenin" kişide bıraktığı izlenimi dikkate almaktadır[40] ki, asıl sorun burada kurum olarak mahkeme ile kişi olarak yargıç arasındaki özdeşlik ya da farklılaşmanın nasıl gerçekleşeceğidir.

İnceoğlu'nun ayrıntılı çalışmasında verilen örnekler (taraflara yönelik davranışlar ve yargıcın çekinmesi örnekleri) yargıcın eylemlerine ilişkin olup şahsında somutlaşan, statik bir görünüme dair soruları yanıtlamamaktadır[41]. Bu duruma yaklaşan ve örnek verilen en yakın durum, ABD'de bir yargıcın bir erkek çocuğa tecavüzden yargılanan sanığın duruşmasında İncil'den homoseksüelliği aşağılayan bir parça okumasının, devlet ile kilise ayrılığını kabul eden bir devletin yargıcı olarak sorunlu bulunmasıdır[42]. Bu örnekten hareketle, inancının emri olarak bir kıyafet biçimini zorunlu gören bir yargıcın, dinîn diğer bağlayıcı emirlerine de itaat konusunda kendisini sorumlu hissedeceği ve bağımsızlık yükümlülüğünü zedeleyici bir hizmet verme potansiyelinin var olduğu kabul edilebilir.

Mahkemenin bir kurum olarak tarafsızlığının gerekliliği, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin *Campbel and Fell v. UK* davasında şu şekilde ifade edilmiştir: "Adaletin yerine getirilmesi yetmez, yerine getirildiğinin görülmesi de gereklidir"[43]. İnceoğlu, öznel tarafsızlığı belirlenmesindeki asli soruyu şöyle formüle etmektedir: "Bir yargıcın (veya jüri üyelerinin) belirli bir davadaki başvurucuya yönelik önyargılı ve taraflı bir tutumu, kişisel bir kanaati var mıdır? Bu tür kişisel bir taraflılık olduğunu *doğrulayacak delil olmadığı ve kanıtlanmadığı müddetçe* (abç) mahkeme üyelerinin tarafsız olduğu bir karine olarak varsayılmaktadır"[44]. Bu tespit karşısında FAYM'nin üçüncü başörtüsü kararında yanıtlanmamış olan soru, soyut bir tehlike ya da dine dayalı karar verileceği konusunda bir karineden hareketle, bir devletin yargı gücünü temsil eden, yargı erkini kişisel eylemleriyle somutlaştıran yargıçlarına (ve savcılara) dinî gerekçelerle kıyafet seçmeyi yasaklayıp yasaklayamayacağıdır. Mahkemenin son kararında bu soruya açık ve ölçütleri belirli bir cevap verilememiştir.

Önümüzdeki dönemlerde dinî kıyafetlerle yargıçlık yapmak için başvuran bir memur adayı ya da yargıç olarak atandıktan sonra dinî kıyafet giymeyi

39 İnceoğlu, S. (2008). s. 34-35.
40 a.g.e. s. 35.
41 a.g.e. s. 36 vd.
42 a.g.e. s. 44.
43 *Campbel and Fell/Birleşik Krallık*, B. No: 7819/77, 7878/77, 28/6/1984, § 81: "… the maxim "justice must not only be done: it must also be seen to be done"; İnceoğlu, S. (2013). *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı. Kamu ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler*, 4. Baskı, İstanbul: Beta Yayınları, s. 178.
44 a.g.e. s. 189.

tercih eden bir yargıç ya da savcının ortaya çıkması ve bunu dava yoluyla elde etme çabasında giriştiği anda, konunun FAYM'nin önüne geleceğini kesinlikle söylemek mümkündür. Bununla yakından ilişkili olan asli sorulardan birisi de devletin üstün egemenlik yetkisini kullandığı diğer alanlarda (iç ve dış güvenlik, dışişleri, ordu vb.) dinî simgelerle hizmet vermenin ne oranda kabul edileceğidir.

Öncelikle dinî simgelerle başlayan tartışma, devlet memurlarının objektif görünümüne doğru genişlemiştir. Federal İdare Mahkemesinin devlet memurlarına dövme yasağı getirilebilmesi için kanuni düzenleme yapılmasının zorunlu olduğuna ilişkin kararından sonra Federal Devlet Memurları Kanunu'nda bu yönde değişiklik yapılmıştır. Kanun'un 61. maddesinin 2. fıkrasına göre,

> "*Devlet memurları, görevlerini veya görevleriyle doğrudan ilgili faaliyetleri yerine getirirken, dış görünüşleri bakımından da makamlarına duyulan güvene özen göstermelidir. Özellikle belirli kıyafetlerin, takıların, sembollerin giyilmesi idarenin düzgün işleyişi veya saygılı ve güvenilir davranış görevi için gerekli olması halinde,* ***görünür bölgedeki dövmeler ile saç ve sakal tipi*** *en yüksek resmi makam tarafından kısıtlanabilir veya yasaklanabilir. Bu durum özellikle, eğer 2. cümleye uygun görünümün özellikleri, olağan ölçünün ötesine geçen,* ***özellikle kişiselleştirici nitelikleri nedeniyle devlet memurunun resmi işlevini gölgede bırakacak nitelikteyse geçerlidir****. Cümle 2 uyarınca* ***dış görünüşün dini veya ideolojik çağrışımlı özellikleri*** *ancak objektif olarak memurun görevlerini tarafsız bir şekilde yerine getirmesine olan güveni zedeleyecek nitelikte ise kısıtlanabilir veya yasaklanabilir*. (…) (abç)"[45].

Görüldüğü üzere dış görünümle ilgili kanunilik şartı şekli olarak gerçekleşmiş olsa da idarenin somutlaştırma yükümlülüğünde bu geniş takdir yetkisini hangi yönde kullanacağı ya da kullanması gerektiği konusunda kanun metni açıklıktan çok belirsizlik içermektedir. Bu hâliyle de hukuki soru(n)ların toplumsal bir tartışmayı içeren, geniş ve zamana yayılan bir sürece ihtiyaç duyduğu ortaya çıkmaktadır.

Değerlendirme

İkinci Dünya Savaşı sonrasında Almanya'nın talebiyle düzenli şekilde, uluslararası sözleşmelere uygun olarak gerçekleştirilen iş gücü göçünün geçici olmadığı, edebiyatçı Max Frisch'in deyişiyle "*biz iş gücü bekliyorduk, insanlar geldi*" cümlesinde mükemmel şekilde somutlaşmaktadır. Bugün üçüncü göçmen kuşağının yaşadığı Almanya'da, yüksek oranda olmasa da bir önceki kuşağa göre toplumun eğitim sistemine iyi entegre olmuş ve beyaz yaka-

45 Bundesbeamtengesetz (BBG), "§61 – Görevlerin Yerine Getirilmesi, Davranış ve Görünüm" kenar başlığıyla.

lı işlerde çalışmaya aday azımsanmayacak bir kişi grubu vardır. Üniversite mezunu olup gerek özel sektörde gerekse kamu sektöründe büyük sorumluluk gerektiren işler için gerekli niteliklere sahip olan bu göçmen kökenli kişilerden İslam dinine mensup olan bazı kadınlar, din gereği örtünme zorunluluğunu yerine getirme ile iş hayatına katılma taleplerini bağdaştırmak amacıyla, yirmi yılı aşkın süredir yargı yoluyla Alman hukuk düzenini büyük bir tartışmanın içine sokmuştur. Önce okul öncesi eğitim kurumları ile kamu eliyle yürütülen ilk ve ortaöğretim kurumlarında eğitmen/öğretmen olarak çalışmak isteyen başörtülü kadınlar taleplerini federal yargının son merciine kadar getirmiş; özel hukuk ilişkilerinde çalışma hakkı ile işletme özgürlüğü dengesinin nasıl sağlanacağı sorusu da yıllara yayılan bir süreçte yine yargı eliyle çözülmüştür.

Bugün gelinen son noktada devletin üstün kamu gücü kullandığı yargıda hâkim ve savcıların yargı faaliyeti icra ederken başörtüsü ya da başka dinî simgelerle görev yapıp yapamayacağı geçici olarak FAYM tarafından olumsuz cevaplanmıştır. Ancak akademik literatürdeki tartışmaların şiddeti ve argümanların çeşitliliği, yanıtlanmamış soruların fazlalığı, diğer kamusal alanlarındaki çelişkili bazı uygulamalar tartışmanın henüz sonlanmadığının habercisidir. Bu ucu açık kamusal tartışmada dikkat çeken en önemli husus, birbiriyle taban tabana zıt görüşlerin büyük bir hukuki argüman gücüyle ortaya konması ve "Alman toplumunun özel koşulları", "Alman toplumundaki dinî çoğunluğun ihtiyaç ya da hassasiyetleri", "Almanya'daki yerleşik ve tarihi değerlere saygı duyulması gerektiği" gibi hukuk dışı gerekçelerin ileri sürülmemesidir.

Dinî simgelerin kamusal alanda kullanılmasıyla ilgili olarak Türkiye'de önce laiklik ilkesine dayanan norm denetimi kararlarına[46], daha sonra pozitif din özgürlüğü ekseninde bireysel başvuru kararlarına[47] konu olan din ve devlet ilişkisi, azınlıktaki dinlerin korunması ve laik devletin tarafsız uygulamayı güvence altına alması çerçevesinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi nezdinde de pek çok ihlal kararı verilmesine neden olmuştur[48]. Ancak AİHM'nin

46 Bkz. AYM, E.1989/1, K.1989/12, 7/3/1989; AYM, E.1990/36, K.1991/8, 9/4/1991; AYM, E.2008/16, K.2008/116, 5/6/2008.

Fransa'daki laiklik ilkesinin uygulanmasına ve bunun eleştirisine ilişkin olarak bkz. Hennette-Vauchéz, S. (2017). "Is French laïcité Still Liberal? The Republican Project under Pressure (2004-2015)", *Human Rights Law Review*, C. 17., S. 2., s. 285 vd; Hennette-Vauchéz, S. (2021). "Religious Neutrality, Laïcité and Colorblindness: A Comparative Analysis", *Cardozo Law Review*, C. 42., S. 2., s. 539 vd..

47 *Tuğba Arslan*, B. No: 2014/256, 25/6/2014; *Esra Nur Özbey*, B. No: 2013/7443, 20/5/2015; *B.S.*, B. No: 2015/8491, 18/7/2018; *Sara Akgül*, B. No: 2015/269, 22/11/2018.

48 *Hasan ve Eylem Zengin/Türkiye*, B. No: 1448/04, 9/1/2008; *Mansur Yalçın/Türkiye*, B. No: 21163/11, 16/2/2015; *İzzettin Doğan ve diğerleri/Türkiye*, B. No: 62649/10, 26/4/2016; *Sinan Işık/Türkiye*, B. No: 21924/05, 2/5/2010; *Cumhuriyetçi Eğitim Ve Kültür Merkezi Vakfı/Türkiye*, B. No: 32093/10, 2/12/2014.

verdiği ihlal kararlarının gereklerinin yasama ve yürütme organları tarafından yerine getirilmemesi, AİHM'nin vurguladığı eşit muamele yükümlülüğünün unsurlarının hayata geçirilmesine engel oluşturmaktadır. Konkordat rejimini benimsemiş ve devletin dini toplumsal hayatın içine seküler bir devlet anlayışı içinde entegre ettiği Almanya'da, yirmi yılı aşkın süredir azınlıktaki dinî inanç sahiplerine eşit hukuki muamele saikiyle yürütülen hukuki tartışmanın argüman ve seviyesinin Türkiye'de de benimsenmesi en büyük beklentimizdir.

KAYNAKÇA

BERGHAHN, Sabine (2018). "Staatliche Neutralität zwischen religiösem Pluralismus und wohlfeilem Populismus," *Kritische Justiz*, C. 51., S. 2., ss. 167-178.

BROSIUS-GERSDORF, Frauke ve GERSDORF, Hubertus (2020). "Kopftuchverbot für Rechtsreferandarin: Unanwendbarkeit des Neutralitätgebots. Zur Differenzierung zwischen dem Neutralitätgebot für den Staat und dem Mäßigungsgebot für Amtsträger", *NVwZ*, C. 39., S. 7., ss. 428-432.

ECKERTZ-HÖFER, Marion (2018). "Kein Kopftuch auf der Richterbank", *Zeitschrift des Deutschen Juristinnenbundes*, C. 21., S. 1., ss. 1-3.

FRANZIUS, Claudio (2015). "Vom Kopftuch I zum Kopftuch II. Rückkehr zur Verhältnismäßigkeitprüfung?", *Der Staat*, C. 54., S. 3., ss. 435-452.

FUCHSLOCH, Christine (2018). "Debattenbeitrag zur Verfassungsmäßigkeit des 'Kopftuchverbots'", *Zeitschrift des Deutschen Juristinnenbundes*, C. 21., S. 1., ss. 5-8.

GÖZTEPE, Ece (2004). "Başörtüsü Tartışmasında Yeni Bir Sahne: Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin Kamu Görevlilerinin Din Özgürlüğüne İlişkin Kararı: 'Birinci Perde'", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 51., ss. 47-66.

GÖZTEPE-ÇELEBİ, Ece (2003). *Die Unionsbürgerschaft und ihre Fortentwicklung im Hinblick auf die politischen Rechte*, Münster: LIT Verlag.

HÄBERLE, Lothar (2018). "Religionsfreiheit und Toleranz. Herausforderungen durch Islam, Relativismus und Säkularismus", *Der Staat*, C. 57., S. 1., ss. 33-76.

HAUPT, Johann-Albrecht ve WIESE, Kirsten (2023). Kopftücher im öffentlichen Dienst: Pro&Contra, Humanistische Union, https://www.humanistische-union.de/publikationen/vorgaenge/239-240-vorgaenge/publikation/kopftuecher-im-oeffentlichen-dienst-pro-contra/ (Erişim Tarihi: 15/1/2024)

HECKER, Wolfgang (2020). "Das BVerfG, das Kopftuchverbot im Justizbereich und die Folgen für die öffentliche Verwaltung", *NVwZ*, C. 39., S. 7., ss. 423-427.

HENNETTE-VAUCHEZ, Stéphanie (2017). "Is French laïcité Still Liberal? The Republican Project under Pressure (2004-2015)", *Human Rights Law Review*, C. 17., S. 2., ss. 285-312.

HENNETTE-VAUCHEZ, Stéphanie (2021). "Religious Neutrality, Laïcité and Colorblindness: A Comparative Analysis", *Cardozo Law Review*, C. 42., S. 2., ss. 539-596.

HONG, Mathias (2015). "Ein Gericht oder Zwei Gerichte? Der Kopftuch-Beschluss, das Plenumsverfahren und der Grundsatz 'stare decisis'", *Der Staat*, C. 54., S. 3., ss. 409-434.

Interview mit den Autorinnen des Schwerpunkts (2018). *Zeitschrift des Deutschen Juristinnenbundes*, C. 21., S. 1., ss. 15-17.

İNCEOĞLU, Sibel (2008). *Yargı Bağımsızlığı ve Yargıya Güven Ekseninde Yargıcın Davranış İlkeleri*, İstanbul: Beta Yayınları.

İNCEOĞLU, Sibel (2013). *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı: Kamu ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler*, 4. Baskı, İstanbul: Beta Yayınları.

KERBER, Detlef (2023). Die Kopftuch tragende ehrenamtliche Richterin in der Sozialgerichtsbarkeit, içinde Ratzel, R. ve Frister, H. (Der.), *Festschrift für Prof. Dr. Karl-Heinz Möller* (ss. 619-636), Baden-Baden: Nomos.

KIELMANSEGG, Sebastian Graf von (2022). Das islamische Kopftuch in Rechtsprechung und Gesetzgebung – eine Bestandsaufnahme, içinde Riedemann S. ve Zeuner, M. (Der.), *Prozess als Wirklichkeit des Rechts: Festschrift für Stefan Schmid zum 65. Geburtstag* (ss. 839-853), München: C.H.Beck.

LADEUR, Karl-Heinz (2015). "Das islamische Kopftuch in der christlichen Gemeindeschule. Zur zweiten Kopftuch-Entscheidung des BVerfG vom 17.1.2015 – 1 BvR 471/10, 1181/10", *Juristenzeitung*, C. 70., S. 13., ss. 633-637.

LÜBBE-WOLFF, Gertrude (2022). *Beratungskulturen. Wie Verfassungsgerichte arbeiten, und wovon es abhängt, ob sie integrieren oder polarisieren*, Berlin: Konrad-Adenauer-Stiftung.

MANGOLD, Anna Katharina (2017). "Justitias Dresscode: Wie das BVerfG Neutralität mit "Normalität" verwechselt", VerfBlog, 6/7/2017, https://verfassungsblog.de/justitias-dresscode-wie-das-bverfg-neutralitaet-mit-normalitaet-verwechselt/ (Erişim Tarihi: 15/1/2024)

MANGOLD, Anna Katharina (2018). "Für sichtbare demokratische Vielfalt in deutschen Gerichten!", *Zeitschrift des Deutschen Juristinnenbundes*, C. 21., S. 1., ss. 10-12.

MANGOLD, Anna Katharina (2020). "Justitias Dresscode, zweiter Akt: Minderheiten im demokratischen Staat", VerfBlog, 27/2/2020, https://verfassungsblog.de/justitias-dresscode-zweiter-akt/ (Erişim Tarihi: 15/1/2024)

MUCKEL, Stefan (2017). "Anmerkung zum BVerfG: Kopftuchverbot für Referendarinnen im juristischen Vorbereitungsdienst des Landes Hessen", *NVwZ*, C. 36., S. 15., ss. 1132-1133.

RATH, Christian (2017). "Pro und Contra: Kopftuch für Richterinnen?", *Recht und Politik*, C. 53., S. 1., ss. 66-67.

RUSTEBERG, Benjamin (2015). "Kopftuchverbote als Mittel zur Abwehr nicht existenter Gefahren. Zur zweiten Kopftuch-Entscheidung des BVerfG vom 17.1.2015 – 1 BvR 471/10, 1181/10", *Juristenzeitung*, C. 70., S. 13., ss. 637-644.

SACKSOFSKY, Ute (2018). "Gegen ein Kopftuchverbot für Richterinnen", *Zeitschrift des Deutschen Juristinnenbundes*, C. 21., S. 1., ss. 8-10.

SAMOUR, Nahed (2018). "Die erkennbare Muslimin als Richterin: Das Recht auf Sichtbarkeit in der Öffentlichkeit, auch in der Justiz", *Zeitschrift des Deutschen Juristinnenbundes*, C. 21., S. 1., ss. 12-15.

SINDER, Rike (2018). "Das Kopftuchverbot für Richterinnen. Ein Plädoyer für die Aufrechterhaltung der Allgemeinheit der Grundrechtsdogmatik", *Der Staat*, C. 57., S. 3., ss. 459-476.

STEINBERG, Rudolf (2017). "Religiöse Symbole im säkularen Staat. Kann das multireligiöse Deutschland von der französischen Laïcité lernen?", *Der Staat*, C. 56., S. 2., ss. 157-192.

VON SCHWANENFLUG, Noreen (2020). "Anmerkung zu: Kopftuchverbot für Rechtsreferendarinnen verfassungsgemäß", *NVwZ*, C. 39., S. 7., ss. 474-475.

VON SCHWANENFLUG, Noreen ve LANGER, Susann (2020). "Religion und Robe – Ein Widerspruch?", *Recht und Politik*, C. 56., S. 2., ss. 149-155.

VON SCHWANENFLUG, Noreen, FROST, Ina Anne ve SZCZERBAK, Simone (2018). "Die Relevanz der Kopftuchentscheidung vom 27. Juni 2017 – Ein Praxisbericht aus Hessen", *Zeitschrift des Deutschen Juristinnenbundes*, C. 21., S. 1., ss. 3-5.

WOLF, Guido (2017). "Pro: Vor Gericht geht es um unbedingte, um absolute Neutralität, Pro und Contra: Kopftuch für Richterinnen?", *Recht und Politik*, C. 53., S. 1., ss. 66-67.

WRASE, Michael (2015). "Kopftuch revisited – Karlsruhe ebnet den Weg für religiöse Vielfalt in der Schule, Junge Wissenschaft im Öffentlichen Recht", https://www.juwiss.de/15-2015/ (Erişim Tarihi: 15/1/2024)

Prof. Dr. O. Korkut KANADOĞLU
(İstanbul Gedik Üniversitesi Öğretim Üyesi)

Doç. Dr. LL. M. Eur. Kutluhan BOZKURT
(İstanbul Gedik Üniversitesi Öğretim Üyesi)

YARGI KARARLARI EKSENİNDE DÜZENSİZ GÖÇ HAREKETLERİ VE DÜZENSİZ GÖÇMEN*

ÖZ:

Bu çalışmada son derece güncel olan "düzensiz göç hareketleri" ve "düzensiz göçmen" kavram ve olgusu ilgili uluslararası ve ulusal mevzuat çerçevesinde ve yargı kararları eksenli olarak incelenmektedir. Düzensiz göç hareketleri ve düzensiz göçmen pek çok ülke için sorunlu ve sancılı bir alanı ifade etmektedir. Farklı uygulama ve yaklaşımlar nihayetinde ulusal ve uluslararası yüksek yargı organların önüne temel hak uyuşmazlıkları olarak gelmektedir. Son yıllarda düzensiz göç ve düzensiz göçmen bağlantılı ulusal ve uluslararası düzeyde çok sayıda yargı kararının verilmesiyle konunun yargısal ve içtihat boyutu gittikçe dikkat çeker hâle gelmiştir. Bu nedenle, bu çalışmada düzensiz göç ve göçmen olgusu ve kavramları özellikle ulusal ve uluslararası yargı kararları çerçevesinde değerlendirilmektedir. Zira uluslararası yüksek yargı organları ile ulusal mercilerin ve özellikle Anayasa Mahkemelerinin düzensiz göç hareketleri ve düzensiz göçmen bağlantılı alanlarda vermiş oldukları kararlar anlamlı artış göstermiş ve göç hukukunun oluşumuna ve gelişimine güçlü bir şekilde etki etmeye başlamıştır.

Anahtar Sözcükler: Düzensiz göç hareketleri ve düzensiz göçmen, AİHM-ABAD ve AYM kararlarında düzensiz göçmen, uluslararası koruma, yargı kararlarında geri gönderilme yasağı.

---

* Bu makale hakem denetiminden geçmiştir.

Prof. Dr. Zühtü Arslan'a Armağan

IRREGULAR MIGRATION MOVEMENTS AND IRREGULAR MIGRANTS WITHIN THE FRAMEWORK OF JUDICIAL DECISIONS

ABSTRACT:

This study aims to examine the highly topical concept and phenomenon of irregular migration movements and irregular migrants within the framework of relevant international and national legislation and judicial decisions. The issue of irregular migration and irregular migrants has been a problematic and thorny area for many countries. As a result, different practices and approaches are eventually brought before both national and international supreme judicial bodies as disputes of fundamental (and also human) rights. In recent years, the judicial and jurisprudential dimension of the issue has become increasingly prominent, due to numerous national and international judicial decisions concerning irregular migration and irregular migrants. Accordingly, this article explores the phenomenon and concepts of irregular migration and migrants through the lens of national and international judicial decisions. This is due to the fact that the judgments of international supreme judicial bodies and national authorities, in particular constitutional courts, in the field of irregular migration movements and issues related to irregular migrants have significantly increased and have begun to demonstrate a considerable impact on the formation and development of migration law.

Keywords: Irregular migration movements and irregular migrant, irregular migrant in ECtHR- CJEU and Constitutional Court (Republic of Türkiye) judgments, international protection, non-refoulement in Case law.

I. GİRİŞ

Göç kavramı farklı sebeplerle gerçekleşen yeni bir yaşam alanı arayışının somut bir ifadesi olarak tanımlanabilir. Bu bağlamda daha iyi yaşam koşullarına sahip olma, tehlikeden başka bir ifade ile riskten kaçınma ile güvenilir bir yerde yaşamını sürdürme amaçları göç için merkezi bir önem taşımaktadır[1]. Açıktır ki göç olgusu temelde sosyolojik bir kavram olarak kabul edilmektedir[2] ve son yıllarda ise küresel bir fenomen hâline gelmiştir[3] Vurgulamakta fayda var ki insanlık tarihi her daim göç ve göç hareketlerinin etkisi altında kalmıştır ve bu nedenle insanlık tarihinin aslında bir nevi göç ve göç hareketlerinin de tarihi olduğunun söylenmesi çok da hatalı olmayacaktır[4].

Son yıllarda gittikçe artan şekilde göç, göç hareketleri, düzensiz göçmen kavramları günlük yaşama daha sık dâhil olmaktadır. Hayli farklı sebeplerle ve geniş bir alanı kapsayabilecek şekilde gerçekleşen kitlesel nüfus hareketliliği ve nihayetinde nüfusun kalıcı veya geçici ya da düzensiz olarak yer değiştirmesinin tek bir sebebi bulunmamaktadır[5]. Bu bağlamda nüfus hareketliliğinin başlıca sebepleri içinde çoğunlukla siyasal, sosyal, ekonomik, kültürel, askerî (çatışma, toplumsal kaos ve şiddet olayları da bu kapsamda değerlendirilebilir) ve çevresel-doğal sebepler yer almaktadır[6].

Günümüzde pek çok ülkenin, uluslararası örgütün ve uluslar ötesi yapının politikalarında göç ve özellikle düzensiz göç hareketlerinin hayli hassas, sancılı bir alanı ve sonuç itibarıyla oldukça önemli bir süreci ifade etiği söylenebilir. Hatta trajik bir şekilde düzensiz göçmenlerin uluslararası ilişkilerde karşılıklı bir güç gösterisi; deyim yerinde ise ülkelerin birbirlerine karşı kullanacakları bir "silah" veya "fay hattı" hâline gelmeye başladığı da söylenebilir[7]. Bu nedenle göç ve özellikle düzensiz göç hareketlerinin sadece ulusal değil aynı zamanda uluslararası boyutu da bulunmaktadır ve konuyla ilgili değerlendirmelerde her iki boyut da dikkate alınmalıdır. Bu açıdan göç ve özellikle düzensiz göç hareketleri ulusal, bölgesel ve uluslararası boyutlarda siyasal, ekonomik, diplomatik ve hukuki sorunları da doğal olarak beraberinde getirmektedir.

---

1 Bozkurt, K. (2022). *Güncel Gelişmelerle Göç Hukuku*, 2. Baskı, İstanbul: Legal Kitabevi, s. XI. Ayrıca bkz. Asar, A. (2016). Göç Yönetimi, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 25.

2 Eren, E. Y. (2017). *Mülteci Hukukunda Geçici Koruma*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 21

3 Steiner, N. (2009). *International Migration and Citizenship Today*, Routledge, s. 3.

4 Özkan, I. (2018). *Göç-İltica ve Sığınma Hukuku (Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu ve Uluslararası İşgücü Kanunu ile Getirilen Değişikliklerle)*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 35. Ayrıca bkz. Bozkurt K. (2022). s. 7.

5 Çalışmada yargı kararları ekseninde göç olgusuna ilişkin hukuksal bir değerlendirme yapılacak olup göç teorilerine ve göç ile ilgili istatistiksel verilere değinilmeyecektir. Zira göç teorileri ve istatistiksel veriler ile göç olgusu tartışıldığında farklı disiplinler devreye girmektedir.

6 Töre, N. (2016). *Uluslararası Göç Hukuku*, Ankara: Turhan Kitabevi, s. 49.

7 Bozkurt, K. (2020). "Suriyeli Mülteciler Ekseninde Türkiye-AB İlişkilerine Dair Kısa Bir Değerlendirme", *Pencere (Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğrenci Dergisi)*.

Son yıllarda göç ve düzensiz göç hareketleri ulusal ve uluslararası yargı kararlarına gittikçe artar şekilde konu olmaya başlamıştır. Mevcut çalışmada da göç ve düzensiz göç hareketleri sınırlandırılarak, sadece hukuksal ve özellikle ulusal ve uluslararası yargı kararları ışığında değerlendirilecek, göç ve düzensiz göç hareketlerinin siyasal, ekonomik, diplomatik boyutları çalışma kapsamı dışında tutulacaktır. Kuşkusuz burada esas amaç göç ve düzensiz göç ile ilgili ulusal ve uluslararası mevzuatın ulusal ve uluslararası yargı organlarınca nasıl değerlendirildiği ve bu değerlendirmelerin kararlara nasıl yansıdığı, ayrıca araştırılması ve tartışılması gereken bir konu olarak da önem kazanmaktadır. Zira artık göç ve düzensiz göç hareketleri ile ilgili hatırı sayılır sayıda ulusal ve uluslararası yargı kararlarının oluştuğu/verildiği, bundan dolayı da mahkemelerin göç politikalarının ve hukukunun önemli bir aktörü hâline geldiği görülmektedir.

Göç ve düzensiz göç hareketleri son yıllarda göç politikaları kavramının oluşmasına ve ayrıca hem günlük yaşamda hem de literatürde bu kavramın kullanılmasına katkı vermiştir. Bu nedenle göç politikaları aynı zamanda göçün hukuksal olarak nasıl algılandığı, yorumlandığı ve uygulandığını da tayin eden önemli bir olgu olarak karşımıza çıkmaktadır. Son birkaç on yıllık süreç içinde göç olgusunun ve göçü etkileyen faktörlerin sayısal olarak değişim ve gelişim göstermesi, düzensiz göç hareketlerinin ülkelerin politik ve hukuksal gündeminde ağırlıklı olarak yer almasına yol açmaktadır. Bu bağlamda; egemen devletlerin birbirlerinden bağımsız ancak uluslararası sınırlamalar çerçevesinde asgari standartlarda uyuştukları veya kabul ettikleri politikalarının ortak bir hukuk anlayışı yaratmaya evrildiğini söylemek mümkündür[8].

II. GÖÇ VE DÜZENSİZ GÖÇ BAĞLANTILI TEMEL ULUSLARARASI VE ULUSAL DÜZENLEMELER

Yargı kararları ekseninde düzensiz göç ve göçmen bağlantılı düzenlemelere öncelikle uluslararası hukuk perspektifinden bakmak yararlı olacaktır. Uluslararası ve bölgesel boyutta[9] farklı düzenlemeler yer almakla birlikte,

8 Bu noktada **"Geri Gönderilmeme"** ilkesi örnek verilebilir. Uluslararası hukuk tarafından kabul edilen ve uygulanan bu ilke mülteci ve sığınmacı hakları açısından son derece önemli bir hak/düzenleme olarak dikkat çeker. Bkz. Safi, S. (2017). *Mülteci Hukuku*, İstanbul: Legal Kitabevi, s. 5; Yılmaz, S. (2016). *Kitlesel Akın (Sığınma) Durumunda Geçici Koruma Rejimi ve Asgari Muamele Standardı*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 51-68. Göç, İltica ve Sığınma Hukuku ile ilgili olarak ayrıca bkz. Özkan, I. (2018); Pazarcı, H. (2023). *Uluslararası Hukuk*, Ankara: Turhan Kitabevi, s. 230; Murphy, S. D. (2012). *Principles of International Law*, Second Edition, St. Paul MS: West, s. 369; Taneri, G. (2012). *Uluslararası Hukukta Mülteci ve Sığınmacıların Geri Gönderilmemesi (Non-Refoulement) İlkesi*, Ankara: Bilge Yayınevi, s. 36.

9 Örneğin bkz. Afrika Birliği Örgütü Sözleşmesi, 1. madde, 1984 Cartagena Bildirgesi, her ne kadar mülteci statüsü ve sığınma hakkına ilişkin doğrudan hükümler içermemesine rağmen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS), açık düzenlemeler içeren Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı.

yargı kararları açısından dikkate alınabilecek temel belge ve düzenlemeler bu çalışma için daha ön planda tutulacaktır. Bu vurgudan hareketle söylenebilir ki Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği'nin 1950 yılında kurulması[10] ve ardından düzensiz göçmenler için hayli önemli bir sözleşme olan Mültecilerin Hukuki Durumuna İlişkin 1951 Cenevre Sözleşmesi'nin kabul edilmesi, "mültecilerin uluslararası" hukuk bağlamında korunmasında önemli bir aşamayı oluşturmuştur[11]. Anılan bu Sözleşme, sözleşmeyi imzalayan ülkeler açısından bağlayıcıdır[12]. Bu uluslararası Sözleşme, Türkiye tarafından da 29 Ağustos 1961 tarihli ve 359 sayılı Cenevre'de 28 Temmuz 1951 Tarihinde İmzalanmış Olan Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Sözleşmenin Onaylanması Hakkında Kanun'la onaylanmıştır[13].

Belirtmek gerekir ki 1951 Cenevre Sözleşmesi'ne ek olarak 1967 tarihli Protokol ile Sözleşme'deki "coğrafi ve zaman" sınırlamaları kaldırılmıştır. Böylelikle Sözleşme'de uluslararası koruma fikri daha evrensel boyuta taşınmıştır[14]. 1967 Protokolü'nü Türkiye, 1/7/1968 tarihinde onaylamış ancak Cenevre Sözleşmesi ile düzenlenen coğrafi sınırlama ilkesini[15] sürdürmeyi tercih etmiştir[16]. Türkiye şu anda Avrupalı ve Avrupalı olmayan mülteciler arasında bu ayrımı etkin bir şekilde uygulayan tek ülkedir[17].

Uluslararası hukuk bağlamında ayrıca dikkate alınması gereken belgeler içinde hukuken bağlayıcı olmayan 1948 yılında kabul edilen İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi de yer almaktadır[18]. Ayrıca hukuken bağlayıcı bir hu-

10 UNHCR. "UNHCR'nin Tarihçesi", https://www.unhcr.org/tr/unhcrnin-tarihcesi#:~:text=Birle%C5%9Fmi%C5%9F%20Milletler%20M%C3%BClteciler%20Y%C3%BCksek%20Komiserli%C4%9Fi,etmek%20amac%C4%B1yla%201950%20y%C4%B1l%C4%B1nda%20kuruldu (Erişim Tarihi: 20/10/2023).

11 Çiçekli, B. (2009). *Uluslararası Hukukta Mülteciler ve Sığınmacıla*r, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 15; Pazarcı, K. (2023), s. 230; Odman, M. T. (2004). "*Mülteci Hukukunda Uluslararası Düzenlemeler Ve Uluslararası Standartlar*", içinde *Türk Mülteci Hukuku ve Uygulamadaki Gelişmeler* (ss. 17-56), İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları. Ayrıca bkz. Bozkurt, K. (2016). "Geri Kabul ve Vize Serbestisi Anlaşması", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 125., s. 392.

12 Musgrave, T. (1997). Refugees, içinde Blay, S. K. N., Piotrowicz, R. ve Tsamenyi, B. M. (Der.), *Public International Law: an Australian Perspective*, Melbourne: Oxford Press, s. 302. Ayrıca bkz. Bozkurt, K. (2016). s. 392.

13 359 sayılı Cenevre'de 28 Temmuz 1951 Tarihinde İmzalanmış Olan Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Sözleşmenin Onaylanması Hakkında Kanun. Bkz. RG: 5 Eylül 1961, Sayı: 10898.

14 Çiçekli, B. (2009). s. 15; Bozkurt, K. (2016). s. 392.

15 Bkz. ilgili Protokolün 7. maddesi.

16 Töre, N. (2016). s. 93; Bozkurt, K. (2016). s. 392. Ayrıca bkz. Bozkurt, K. ve Rottmann, S. B. (2017). Legal and Anthropological Approaches to Migration Policy in Turkey and Europe, içinde Arapgirlioğlu H., Atik, A., Elliott, Robert L. ve Turgeon, E. (Der.), *Researches on Science and Art In 21st Century Turkey Volume 2*, Ankara: Gece Kitaplığı, s. 1593; Bozkurt, K. (2018). *Avrupa Birliği Politikaları ve Düzenlemeleri Kapsamında Göç Hukuku Mülteci Statüsü ve Sığınma*, İstanbul: Legal Kitabevi.

17 Bozkurt K. (2022). s. 193-194.

18 Beyanname'nin 14 maddesinin 1. fıkrası bu bağlamda önemlidir. Söz konusu fıkrada "Herkes zulüm karşısında başka memleketlere iltica etmek ve bu memleketler tarafından

kuk düzenlemesi olan Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmeyi[19] de hatırlatmak gereklidir[20]. Yine de ifade edilmelidir ki bu Sözleşme'de açıkça düzensiz göçmene ilişkin doğrudan hüküm bulunmasa da bu çalışmanın konusuyla bağlantılı olabilecek veya dikkate alınabilecek hükümler yer almaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) ise mevcut çalışma konusu bağlamında değerlendirildiğinde; öncelikli olarak ilgili Sözleşme'de düzensiz göç ve düzensiz göçmenlere ilişkin doğrudan bir düzenlemenin; mülteci statüsü, sığınma, geçici koruma, uluslararası koruma vb. tanımlamaların veya hakların yer aldığını söylemek mümkün görünmemektedir. Ancak yine de AİHS tarafından açıkça düzenlenen özellikle yaşam hakkı, işkence yasağı, özgürlük ve güvenlik hakkı, adil yargılanma hakkı, özel ve aile hayatına saygı hakkı, etkili başvuru hakkı, ayrımcılık yasağı bağlantılı ihlaller açısından[21] bu Sözleşme'nin düzensiz göçmenler bakımından uygulanabilirliği söz konusu olabilmektedir.

Bununla beraber yine de vurgulamak gerekir ki Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AİHM), düzensiz göç hareketleri ve düzensiz göçmenler ile ilgili belirleyici bir Sözleşme olan 1951 Cenevre Sözleşmesi uyarınca, mülteci statüsünün kabul edilmemesinin veya bu statünün geri çekilmesinin ya da Avrupa Birliği'nin 2011/95/EU[22] düzenlemeleri uyarınca sığınma hakkının tanınmamasını veya bu amaçla yapılan başvurunun reddi yönündeki kararların AİHS açısından bir aykırılık oluşturup oluşturmayacağına dair bir başvuruyu inceleme olanağı olmayacaktır[23].

1951 Cenevre Sözleşmesi, 1967 Protokolü veya 2011/95/EU Yönetmeliği uyarınca yapılabilecek bir bireysel başvuruyu AİHM'in inceleyebilmesi mümkün olmamasına rağmen bazı durumlarda istisnai olarak AİHM bazı başvuruları kabul edebilmektedir. Bunun için AİHM'in özellikle AİHS'in 2., 3., 8. ve 13. maddeleri hükümlerine aykırı bir işleme maruz kalma hususunda gerçek bir riskin oluşup oluşmadığı noktasında mevcut durumu incelemeye

---

mülteci muamelesi görmek hakkını haizdir" hükmüne yer verilmek suretiyle mülteci muamelesi görme ve sığınma bir insan hakkı olarak kabul edilmiştir. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi için bkz. RG: 27 Mayıs 1949, Sayı: 7217.

19 BM Genel Kurulu'nun 16 Aralık 1966 tarihli ve 2200 A (XXI) sayılı kararıyla kabul edilmiş ve imzaya, onaya ve katılmaya açılmış olup 23 Mart 1976 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Söz konusu bu Sözleşme Türkiye tarafından 04.06.2003 tarih ve 4868 sayılı Kanunla onaylanması uygun bulunmuş ve 21 Temmuz 2003 tarihli Resmî Gazetede yayımlanan 2003/5851 sayılı kararla beyanlar ve çekince konulmak suretiyle onaylanmıştır.

20 Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme için bkz. RG: 21 Temmuz 2003, Sayı: 25175.

21 Bkz. AİHS md. 2, 3, 5, 6, 8, 13 ve 14.

22 Vasıflılık Yönetmeliği.

23 Friberg-Kjaerum, E. M. (2013). *Manuel de droit européen en matière d'asile, de frontières et d'immigration*, Luxembourg: Conseil de l'Europe.

ve bu konuda olası bir başvuruda karar vermeye yetkili olacaktır[24]. Vurgulamak gerekir ki bu sınırlı yetkinin kullanımı ancak kendisine bu yönde bir bireysel başvuru geldiğinde söz konusu olabilecektir[25].

Türkiye'deki durum ise 2014 tarih ve 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu çerçevesinde belirlenmiş durumdadır. Ayrıca 5683 sayılı Yabancıların Türkiye de İkamet ve Seyahatleri Hakkında Kanun ile 5682 sayılı Pasaport Kanunu'nda da mültecilerin hukuki durumuna ilişkin bazı ikincil hükümler de bulunmaktadır[26].

III. YARGI KARARLARI EKSENİNDE DÜZENSİZ GÖÇMEN

Yukarıdaki temel verilerden sonra mevcut çalışmanın ana konusu olan "yargısal boyutuyla düzensiz göç ve göçmen" konusunu da analiz etmek gereklidir. Sıklıkla hem devletlerin ulusal uygulamalarında ve düzensiz göçmen politikaları ekseninde hem de uluslararası yüksek yargı organlarına yapılan başvurular çerçevesinde düzensiz göç hareketleri ve düzensiz göçmenler yargılamanın konusu ve süjesi ve hatta esaslı unsuru hâline gelebilmektedir. Bu nedenle düzensiz göç ve göçmen olgusunun yargısal boyutu, başka bir ifade ile yargı kararları ekseninde düzensiz göç ve göçmene yaklaşım önem arz etmektedir. Egemen devletlerin yargı kararları kendi ulusal mevzuatlarına göre belirlenmiş olsa da bu kararların uluslararası hukukun norm ve ilkelerine uyumlu bir çerçevede şekillendiğini söylemek mümkündür.

A. ULUSLARARASI YARGI KARARLARI

Yukarıda belirtilen uluslararası hukuk düzenlemeleri ve ilkeleri ulusal hukuklar için temel ve asgari ölçütleri belirlemek anlamında referans alınması gereken metinler olarak görülmelidir. Ülkeler sıklıkla ulusal çıkarları ekseninde uluslararası hukuk metinlerinin belirlemiş oldukları norm ve ilkelere aykırı uygulamaları tercih edebilmektedir. Bu durumda bu aykırılık ister istemez hem ulusal hem da uluslararası yargı organlarının görev ve yetkilerine bağlı olarak başvuru/dava hâline dönüşebilmektedir. Özellikle düzensiz göçmenler açısından son derece önemli bir ilke olan **"geri gönderilme yasağı"** ihlali ile ilgili hem ulusal kurumlara hem de uluslararası mercilere sıklıkla ve ağırlıkla başvurular yapılmaktadır.

Bu yargısal süreçler sadece **"geri gönderilme yasağı"** ile sınırlı değildir. Aynı şekilde AİHM'e düzensiz göçmenlerin başvurularında özellikle AİHS'in 2., 3., 5., 8., 13. ve 14. maddeleri ile bağlantılı ihlal başvuruları da görülmektedir. Bunların haricinde AİHS'in 4 No.lu Ek Protokolü ve 7 No.lu Ek Protokolü

24 a.g.e. s. 49-50.
25 Bozkurt, K. (2022). s. 42.
26 Bozkurt, K. (2016). s. 392.

yargısal süreçlerde ayrıca dikkate alınmalıdır[27].

"Geri gönderilme yasağı" ilkesi ile ilintili olarak Avrupa Birliği Hukuku[28] açısından istisnai bir durumu aktarmakta fayda bulunmaktadır: *"Ülkenin geri göndermeme ilkesine uyması; ülkenin kişileri işkence ya da zalimane, insanlık-dışı veya onur kırıcı muameleye uğrama riskinin olduğu ülkelere geri göndermemesi veya iade etmemesi; sığınmacının yaşamına ve özgürlüklerine yönelik herhangi bir tehditle karşı karşıya kalmaması, sığınmacının iltica başvurusunda bulunabilmesi ve mülteci statüsünün tanınması durumunda Mülteci Sözleşmesi'nin sağladığı tüm korumalardan faydalanabilmesi"* durumunda iadeye izin verilmektedir[29].

Sınır dışı veya geri gönderilme yasağının ihlali ve ayrıca; işkence ve insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele yasağı ve etkili başvuru kapsamında iki örnek AİHM kararını özellikle dikkate almak gerekmektedir. Bunlardan ilki **Hirsi Jamaa ve diğerleri/İtalya Davasına ilişkin Büyük Daire Kararı'dır**[30]. Vurgulamak gerekir ki AİHM anılan bu kararında başvuranlara uygulanan işlemin toplu sınır dışı niteliği taşıdığına ve bu nedenle 4 numaralı Protokol'ün 4. maddesinin ihlal edildiğine hükmetmiştir[31]. AİHM'in ikinci örnek kararı ise **M.S.S. Belçika ve Yunanistan Davası Kararı**dır[32]. Mahkeme Yunanistan aleyhine Sözleşme'nin 3. ve 13. maddelerine (insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele yasağı ve etkili başvuru hakkı) aykırılıktan, Belçika aleyhine ise mülteciyi Yunanistan'a gönderdiği için 3. ve 13. maddeye aykırılıktan tazminata hükmetmiştir. Adı geçen bu kararı ve gerekçesini ise *non-refoulement* **"geri gönderilme yasağı"** ilkesinin ihlali şeklinde yorumlamak mümkündür[33].

Türkiye'de ikameti devam ederken hakkında alınan sınır dışı kararı uyarınca Kumkapı Yabancılar Misafirhanesinde (Geri Gönderme Merkezi) alıkonan tekerlekli sandalyeye mahkûm kişinin yaptığı başvuruda da AİHM,

27 Bozkurt, K. (2022). s. 55. https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/media/uploads/2016/08/26/AIHS_7.protokol.pdf (Erişim Tarihi: 24/10/2023).

28 Düzensiz göç ve geçmen bağlantılı olarak AB Hukukun düzenlemelerinin uluslararası hukuktan farklı olduğunu ifade etmek gerekiyor. Bu bağlamda Avrupa Birliğinin özellikle Dublin Sistemi ile kendi Göç ve Düzensiz Göç Politikalarının regülasyonunu sağladığını söylemek mümkündür. Bu konuda detaylı bir çalışma için bkz. Bozkurt, K. (2020). AB Sığınma Hukuku Düzenlemeleri Kapsamında Dublin Sistemi, içinde Tütüncü, A. N., Karagöz, H., Civelek, Ç. S. ve Uysal, C. (Der.), *Uluslararası Hukukta Güncel Sorunlar Kongresi, MEF Üniversitesi 21-22 Şubat*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.

29 Human Rights Watch. AB-Türkiye Arasındaki Göç ve Mülteciler Anlaşması ile İlgili Soru ve Cevaplar. https://www.hrw.org/tr/news/2016/03/07/287301 (Erişim Tarihi: 25/10/2023). Ayrıca bkz. Bozkurt, K. (2016). s. 401.

30 *Hirsi Jamaa ve diğerleri/İtalya*, B. No: 27765/09, 23/2/2012. Ayrıca bkz. Göçmen, İ. (2015). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Avrupa Birliği ve Türkiye Göç Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 253.

31 a.g.e.

32 *M.S.S./Belçika ve Yunanistan* [BD], B. No: 30696/09/09, 21/1/2011.

33 Bozkurt, K. (2016). s. 403.

başvuranın aşağılayıcı muameleye maruz bırakıldığı sonucuna varmıştır: "*Mahkeme, başvuranın, her ne kadar kısa süre alıkonulmuş olsa da, medeni bir yaşamın gerektirdiği asgari şartlardan bazılarına uygun olmayan, yani yatakta uyuma ve yabancıların yardımına muhtaç kalmadan gerektiği kadar sıklıkla tuvalete gidebilme gibi ihtiyaçlarına yanıt vermeyen koşullarda tutulmasının insan onuruyla bağdaşmadığı ve durumun tutulmasının keyfiliğinden kaynaklanan manevi zararın da artmasına yol açtığı kanısındadır.*"[34]

Sağlık temelli sınır dışı edilme bakımından hastalığın terminal dönemde olması, gönderilecek ülkede yeterli tedavi olanağından yoksunluk, yakınlarının bulunmaması ve ekonomik imkânın olmaması hak ihlalinin tespitinde göz önünde bulundurulacak unsurlardır[35]. Ancak son zamanlarda AİHM'in bu konuda verdiği kararlarda özellikle mülteci akınını engellemek gibi politik sebeplerle hareket ettiği izlenimi doğmuştur. Afganistan'daki roket saldırısında sakat kalan ve 2010'da gittiği İngiltere'de iltica talebinde bulunan kişinin yaptığı başvuruda AİHM, Afganistan'daki hâlin başvurucu bakımından genel nüfusa göre daha olumsuz sonuçlar doğuracağını ispat edemediğini belirterek başvuruyu kabul edilemez bulmuştur[36].

AİHM'den farklı bir yüksek yargı organı olan Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın (ABAD) bu alandaki kararları da dikkat çekmektedir[37]. Bu bağlamda incelenmesi gereken özel bir karar bulunmaktadır. **Elgafaji Kararı'**nda ABAD, AİHS'in 3. maddesi hükmüne atıf yaparak 2004/83 sayılı AB Direktifi'nin[38] 15. ve 2. maddelerinin AİHS'in 3. maddesine göre yorumlanması gerektiğine karar vermiştir[39]. ABAD, üçüncü ülke uyruklarının ya da vatansız kişilerin mülteci olarak ya da başka şekilde uluslararası korumaya muhtaç kişiler olarak

34 *Asalya/Türkiye*, B. No: 43875/09, 15/4/2014, § 53.

35 Bkz. Kanadoğlu, K. ve Bozkurt, K. (2021). *Uluslararası Hukuk, Avrupa Birliği Düzenlemeleri, AİHM İçtihatları ve AYM Kararları Kapsamında Sağlık Hakkı*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 191-192. Ayrıca bkz. Kanadoğlu, K. ve Bozkurt, K. (2020). Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uluslararası Hukuk Ekseninde Sağlık Hakkı, içinde Öztürk, B., Sever, Ç., Özkaya Özlüer, I., Yaşar Şatıroğlu, P., Yılmaz, S. ve Damar Çıtak, B. (Ed.), *Prof. Dr. Metin Günday Armağanı Cilt I*, Ankara: Atılım Üniversitesi Yayınları, s. 584.

36 Kanadoğlu, K. ve Bozkurt, K. (2021). s. 192.

37 ABAD, Avrupa Birliği'nin (AB) yüksek bir yargı organı olarak Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı bağlamında kendisine yapılan hak ihaleleriyle ilgili başvurularda adeta başka bir insan hakları mahkemesi gibi kararlar verebilmektedir. Ancak ABAD sadece, Temel Haklara ilişkin başvurulara değil, çok daha geniş yelpazeden; Avrupa Birliği Antlaşması, Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkında Antlaşma ve diğer kurucu ve temel antlaşmalardan, onların uygulamalarından kaynaklanan sorun ve başvuruları da (Temel Haklara ilişkin olmayan) kabul etmektedir. İlave olarak; AB'nin Tüzük, Direktif ve Kararları ile ilgili başvurularına da sıklıkla bakmaktadır.

38 Bkz. Konsey Direktifi 2004/83/EC. Bu direktif üçüncü ülke uyruklularının ya da vatansız kişilerin mülteci olarak ya da başka şekilde uluslararası korumaya muhtaç kişiler olarak nitelendirilmeleri ve statüleri ve sağlanacak korumanın içeriği için asgari standartlara ilişkindir.

39 Özkan, I. (2011). *Avrupa Birliği Kamu Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 257.

nitelendirilmeleri hususu ile statülerini, sağlanacak hukuki korumanın içeriği için asgari standartları belirleyen ilgili Direktifi AİHS'nin temel değerleriyle birlikte incelemiştir. ABAD bu değerlendirmeyi yaparken AİHM kararları ile çatışma ve çelişme yaşanmaması için gerekli dikkat ve özeni göstermiştir. Bu değerlendirme ve karar ile ABAD, AİHS'yi doğrudan referans almış ve bu bağlamda konuyla ilgili AİHM kararlarını da gözetmiştir. **Elgafaji Kararı'**nda netice itibarıyla mülteci ya da başka şekilde uluslararası korumaya muhtaç kişiler ve statüleri bakımından sağlanacak koruma için AİHS'in ilgili maddelerinin ve AİHM'in kararlarının gözetilmesi gerektiğini açık bir şekilde hükme bağladığı söylenebilir[40].

Anılan bu son karar ile ABAD ile AİHM kararları arasında bir etkileşimin sağlandığı ve ABAD'ın AİHM'in yaklaşımı ve hassasiyetlerini kendi önüne gelen başvurulara yansıttığı söylenebilir. ABAD, **Elgafaji Kararı** ile düzensiz göç hareketleri ve düzensiz göçmen ile ilgili hem AB'nin temel değerlerini hem de AİHS'in ilgili maddelerini gözeterek bir sentez oluşturmuştur. ABAD bu kararında özellikle düzensiz göçmenlerin toplu veya tek tek geri gönderilmeleri hâlinde bir hak ihlalinin oluşacağını ve bu ihlalin AB Temel Haklar Şartı'nın 18. ve 19. maddeleriyle beraber AİHS'in 3. maddesiyle birlikte değerlendirilmesi gerekeceği hususunda kanaat oluşturmuştur.

Gerek AİHM ve gerekse ABAD düzensiz göç hareketleri ve düzensiz göçmenlerle ilgili kendilerine yapılan başvurularda bir içtihat alanı oluşturmaktadır. Her iki yüksek yargı organının özellikle toplu sınır dışı uygulamalarında çok hassas davrandıkları, ABAD'ın bu alandaki AİHM'in kararlarını ve standartlarını dikkate aldığı açık bir şekilde görülmektedir[41]. Bu nedenle uluslararası düzenleme ve belgelerin bu alanda yargı kararlarına düzensiz göç ve göçmen eksenlerinde nasıl yansıdığı ve oluşan içtihatların ulusal hukuklara nasıl etki ettiği ve ulusal hukukları nasıl şekillendirdiği ve ileride nasıl şekillendireceği incelenmeye değer özel bir alan oluşturmaktadır.

B. TÜRKİYE'DEKİ YARGI KARARLARI

1982 Anayasası sığınma hakkına ilişkin doğrudan bir düzenleme içermemektedir[42]. Ancak siyasi takibe maruz kaldığı için kendi ülkelerini terk etmek

40 Bozkurt, K. (2016). s. 404.

41 Bozkurt, K. (2022). s. 198.

42 Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin (FAYM) temel haklara ilişkin anayasa değişikliklerini denetlediği sınırlı sayıdaki kararlarında birisi de sığınma hakkına ilişkin sınırlandırma olanaklarını artıran anayasa değişikliğini denetlediği kararıdır (BVerfGE 94, 49). 1993 yılında yapılan ve güvenli üçüncü devletlerden gelen göçmenler için sığınma hakkına ilişkin anayasal güvenceleri tanımayan bu anayasal reformu FAYM, anayasa koyucunun bu konuda tüm Avrupa Birliği üyesi devletlerde ve Cenevre Sözleşmesi ve AİHS'e taraf devletlerde aynı düzeyde hukuki koruma olduğu kabulünden hareket etmesini anayasa koyucunun taktir yetkisinin sınırları içerisinde görmüştür. Bkz. Murswiek, D. (2006). Zu den Grenzen der Abänderbarkeit von Grundrechten, içinde Merten, D. ve Papier, H. J. (Der.), *Handbuch der*

zorunda kalan yabancıların bir diğer devlete sığınmaları bağlamında farklı temel hak ve özgürlükler üzerinden anayasal bir koruma sağlanabilecektir. Bu açıdan bu hakkın süjesi istisnai bir durum olarak sadece yabancılar olacaktır. Bir Türk vatandaşı bu hakkın sahibi olamayacaktır. Etkilerinin tahmin edilmesi son derece güç bir koruma kavramını temel alan bu hakkın düzenlenmesinde yasa koyucunun dikkatli bir gözlemde bulunma ve koşulları iyileştirme yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu gözlemleme yükümlülüğü özellikle güvenli menşe ya da üçüncü devletin tespit edilmesine ilişkin kuralların koyulmasında önem taşıyacaktır. Aksi takdirde idare ve yargı makamlarının üzerinde ilerleyebilecekleri doğru bir yasal zemin sağlanamayacaktır. Burada da özellikle farklı grupların çıkarlarının çatışmasının çözümünde esas alınacak usul tekniklerinin geliştirilmesi yasa koyucudan beklenecektir.

Gerçekten de bu hakkın kullanımı mutlaka kamu gücüyle bir teması gerektirmektedir. Bu temas da ancak ülke içinde gerçekleşebilir. Dış temsilciliklerin böyle bir teması (diplomatik sığınma) sağlama konusunda herhangi bir yetkileri yoktur. Sığınmanın hukuksal koşulları gerçekleştiğinde bu hakkın özelliği gereği kamu görevlileri yabancı kişiyi ülkeye almakla yükümlüdürler; ülkeye girişi engelleyemeyecekleri gibi destekleyemezler de.

Ancak sığınmanın hukuksal koşullarının gerçekleşip gerçekleşmediğinin belirlenmesi için sığınma talebinde bulunanlara ilişkin verilerin kayıt altına alınması gerekmektedir. Bu verilerin merkezi biçimde kayıt altına alınabilmesi için yasal düzenlemelerle net ve şeffaf bir hukuksal çerçevenin oluşturulması uygun olacaktır[43]. Böyle bir hukuksal çerçeve sığınma usulünün dijitalleşmesi yoluyla sığınma talebinde bulunanların parmak izi dâhil temel verilerinin kaydedilmesini ve güvenli biçimde aktarılmasını sağlayacaktır. Ancak sadece sığınma usulü hızlandıracak ve kötüye kullanmayı önleyecek bu yöndeki yasal düzenlemelerle göçmen krizinin çözülmesi de beklenmemelidir. Bu doğrultuda özellikle Alman anayasa hukuku doktrininde bugüne değin bir kişi hakkı olarak ele alınmakta[44] olan sığınma hakkının salt objektif hukuksal bir güvence olarak yeni bir kavramlaştırma çabası gözlenmektedir[45]. Böylelikle sığınma hakkının sübjektif bir hak olmaktan uzaklaştırılarak

Grundrechte, Heidelberg: C. F. Müller Verlag, s. 210. Böylece yasa koyucu sınırları anayasayla ayrıntılı biçimde düzenlenmiş sınırlı bir alanda bu haktan yararlanabilecekleri belirleme yetkisine sahip olmuştur.

43 Almanya'da sığınma sürecini hızlandırmak için yapılan yasa değişikliği için bkz. https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?startbk=Bundesanzeiger_BGBl&start=%252F%252F*%255B%2540attr_id=%27bgbl116s0390.pdf%27%255D#__bgbl__%2F%2F*%5B%40attr_id%3D%27bgbl116s0390.pdf%27%5D__1702985543366 (Erişim Tarihi: 15/12/2023).

44 Aynı yönde bkz. Gören, Z. (1993). "Anayasa Hukuku Açısından Sığınma Hakkı - Federal Alman Anayasası Md. 16 ve II 2 nin Sığınma Temel Hakkı Ve Sığınmacıların Türkiye'deki Hukuksal Statüsü", *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 10., s. 289.

45 Hopfauf, A. (2015). "Umwandlung des Asylgrundrechts in eine objektive Gewährleistung", *Zeitschrift für Rechtspolitik*, C. 48., ss. 226-229.

devlet organlarının daha geniş takdir yetkisi kullanabilecekleri kurumsal bir garantiye dönüştürülmesi amaçlanmaktadır. Bu durumda yargının işlevi de azalacak ve güvenli bir menşe ya da üçüncü devletten gelmiş sığınmacı tümüyle sığınma usulünün dışında kalacaktır.

Özellikle sınır dışı etme işlemine[46] karşı iç hukukta Anayasa Mahkemesinin (AYM) bireysel başvuru yoluyla yaptığı yargısal denetim belirleyici olmaktadır. Bu denetimde AYM, Anayasa'da düzenlenmemiş olmasından da kaynaklanabilecek nedenlerle sığınma hakkına kurumsal güvence boyutuyla yaklaşmamakta, konuyla ilgili bireysel özgürlükler olarak yaşam hakkı, kötü muamele yasağı, özel hayatın ve aile hayatının korunması hakkı, ayrımcılık yasağı, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı, etkili başvuru hakkı ile eğitim[47] hakkını esas alarak karar vermektedir.

1. Yaşam Hakkı ve İnsan Haysiyeti ile Bağdaşmayan Muamele Yasağı ile Bağlantılı Kararlar

Anayasa'nın 17., 16. ve 5. maddelerinin sistematik yorumu devlete, egemenlik yetkisi alanında olup gönderildikleri ülkede[48] kötü muameleye maruz kalabilecek yabancıların maddi ve manevi varlıklarına yönelik risklere karşı korunmaları yönünde pozitif yükümlülük yüklemektedir. Bu yükümlülük gereği savunulabilir (araştırılabilir/tartışılabilir/araştırmaya değer/makul şüphe uyandıran) ve belirli bir ciddilik seviyesindeki iddialar idari ve yargısal makamlar tarafından ayrıntılı şekilde araştırılmalıdır[49]. Sınır dışı etme kararının uygulanması hâlinde kötü muamele yasağının ihlal edilebileceğine karar verebilmek için de geri gönderilen ülkedeki riskin varlığının bir olasılığın ötesinde *gerçek bir risk* seviyesinde olduğunun ispatlanması gerekir[50].

Örneğin *Müslüman Kardeşler* üyesi olması nedeniyle hakkında yakalama kararı olduğunu ve idam cezasına çarptırılacağını belirten fakat sınır dışı

46 Türk hukukunda sınır dışı etme işleminin genel görünümü hakkında bkz. Borak, M. M. (2023). *Sınır Dışı Etmeye İlişkin Bireysel Başvuru Kararlarının İncelenmesi*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

47 Ancak belirmek gerekir ki AYM, yabancı bir kişinin eğitim hakkı ile ülkede kalma gerekliliği arasında doğrudan bir bağlantı kurmamaktadır. AYM'ye göre "Yabancı statüsündeki bir kişinin Türkiye'de bir eğitim kurumunda öğrenci olması, eğitim süresince Türkiye'den sınır dışı edilmeyeceği anlamı taşımamaktadır." *Abeer Ahmed Nasser Al Radaeı*, B. No: 2018/15219, 16/11/2021, § 30.

48 Yabancının kötü muameleye maruz kalabileceğini iddia ettiği ülkeye dolaylı olarak gönderilmesi ihtimali de gözetilmelidir, *A.D.*, B. No: 2014/19506, 3/4/2019, § 55; *M.S.S./Belçika ve Yunanistan* [BD].

49 AİHM'e göre de kamu makamları söz konusu riskin analizini kendiliğinden yapmalıdır (*F.G./İsveç* [BD], B. No: 43611/11, 23/3/2016, § 127).

50 *A.A. ve A.A.* [GK], B. No: 2015/3941, 1/3/2017, §§ 54-72; *Hooman Hosseınpour* [GK], B. No: 2021/47168, 29/9/2022, § 62. AİHM'e göre de bu risk davayla ilgili verilerin tamamına, özellikle de muamelenin veya cezanın nitelik ve içeriğine, icra tarzına, süresine, bıraktığı fiziksel ve ruhsal etkilere bağlı olarak değerlendirilir, bkz. Mostafa ve Diğerleri/Türkiye, B. No: *16348/05, 15/1/2008.*

edilmesi hâlinde maruz kalacağını ileri sürdüğü riske ilişkin somut ve kişisel açıklamalarda bulunmayan, buna ilişkin iddialarını destekleyen makul deliller sunmayan yabancının iddiaları AYM tarafından savunulabilir nitelikte bulunmamıştır[51]. *Bir diğer vakada DAEŞ terör örgütü üyesi şahıslarla irtibatı bulunan Irak vatandaşı kişinin* ülkesinin genel durumu dışında kendisinin hangi özel durumunun risk oluşturduğuna ilişkin somutlaştırma yapmadığı için kötü muamele yasağı kapsamındaki başvurusu *açıkça dayanaktan yoksun olması* nedeniyle kabul edilemez bulunmuştur[52].

Bu kararlara karşılık AYM, Irak'ta yaşayan Sünni Müslümanların kanaat önderlerinden biri olduğunu, imam olarak görev yapmakta iken görevden alındığını ve beş yıl haksız yere hapis yattığını, Irak Muhalefet Koordinasyon Heyeti üyesi olduğunu, Irak Şii yönetiminin hedeflerinden biri hâline geldiğini, ağır hapis cezalarına çarptırılma korkusu ile Irak'tan ayrılarak Türkiye'ye sığındığını, sosyal medya hesapları üzerinden DAEŞ aleyhine paylaşımlar yaptığını, bu nedenle terör örgütünün de hedefi hâline geldiğini belirterek ülkesine geri gönderilmesi durumunda kötü muameleye maruz kalacağını ileri süren başvurucunun geri gönderileceği ülkede var olduğunu iddia ettiği riske ilişkin somut ve kişisel açıklamalar yaptığını, bu iddiaların belli bir ciddiyette olduğunun anlaşıldığını belirterek idare mahkemesinin iddia edilen riske ilişkin araştırma ve değerlendirme yapmadan verdiği kararı, Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan kötü muamele yasağının ihlali şeklinde değerlendirmiştir[53].

Bu aşamada AYM ve AİHM, ölüm cezasına yönelik çok haklı bir tespitte bulunmaktadır. Buna göre "*ölüm cezasının kesinleşmesi ile infazı arasında geçen süredeki mahkûmun ruh hâli ve ölüm cezasının infazı sırasında mahkûmun duyduğu ızdırap da dikkate alındığında*" ölüm cezası insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezadır[54]. Dolayısıyla ölüm cezası riskine rağmen yabancının doğrudan veya dolaylı olarak gerçek ve ciddi bir riskin bulunduğu ülkeye sınır dışı edilmesi hem yaşam hakkını hem kötü muamele yasağını ihlal edecektir[55].

Somut olayda İran'ın Tahran şehrindeki İnkılap Adliyesinde bulunan 1. Ağır Ceza Mahkemesince verilen idam cezasıyla ilgili olduğu ileri sürülen bir

51 *M.S.M.Y.Z.*, B. No: 2020/2007, 13/4/2022, § 18. Aynı yönde bkz. *Abdolghafoor Rezaeı*, B. No: 2015/17762, 6/12/2017, § 49.

52 *Luay Abdulsattar Ameen Ameen*, B. No: 2020/11244, 13/4/2022, § 21. Aynı yönde bkz. *Ameneh Rezaeı ve Habıbullah Bayat*, B. No: 2020/10387, 13/4/2022; *Rahmat Shırzadı*, B. No: 2020/7656, 13/4/2022; *K.H. ve M.H.H.*, B. No: 2020/7165, 13/4/2022; *Yryskul Beıshenalıev*, B. No: 2016/7458, 20/4/2017, § 54.

53 *A.S.I.A. ve diğerleri*, B. No: 2018/11825, 6/10/2021, § 27.

54 *Hooman Hosseınpour* [GK], § 61; *Al-Saadoon ve Mufdhi/Birleşik Krallık*, B. No: 61498/08, 2/3/2010, §§ 115-117.

55 *Al Nashiri/Polanya*, B. No: 28761/11, 24/7/2014, §§ 578-579; *A.L.(X.W.)/Rusya*, B. No: 44095/14, 29/10/2015, § 66.

mahkeme kararına ilişkin yeminli çevirmen tarafından yapılan noter onaylı çevirisi olan fotokopi evrakın gerçekten aslının var olup olmadığı, var ise kesinleşip kesinleşmediği konusunda araştırma yapmadığı ve sınır dışı etme kararında kişinin nereye sınır dışı edileceğinin belirtilmemesini değerlendirmediği için Bursa 1. İdare Mahkemesi yaşam hakkı ile kötü muamele yasağını ihlal etmiştir[56].

AYM'nin bu kararından çıkan en önemli sonuç, yabancının hangi ülkeye sınır dışı edileceğine ilişkin 6458 sayılı Kanun'da ve Yönetmelik'te herhangi bir norm bulunmasa da aynı Kanun'un 4. ve 55. maddeleri gereği yabancının nereye sınır dışı edileceğinin sınır dışı etme kararında yer almasının anayasal bir zorunluluk hâline gelmesidir[57].

AYM'nin bu kararında dikkati çeken bir nokta da kararda "kötü muameleye uğrama riski bulunan ülkeye sınır dışı etme konusunda benimsenen genel ilkeler" için *A.A. ve A.A.* ([GK], B. No: 2015/3941, 1/3/2017, §§ 54-72) kararına atıf yapılmıştır[58]. Ancak atıf yapılan bu kararda ilgili özgürlük olarak yalnızca Anayasa'nın 17/3. maddesinde güvence altına alınan kötü muamele yasağının ihlal edilip edilmediği tartışılmışken atıf yapan kararda ihlal edildiği saptanan ilgili özgürlükler Anayasa'nın 17/1. maddesinde güvence altına alınan yaşam hakkı ile kötü muamele yasağı olmuştur. Bu durumda "genel ilkelerin" hangi hakka ilişkin olduğu konusunda bir belirsizlik ortaya çıkmıştır.

DAEŞ terör örgütü tarafından evlerinin bombalandığına ve geri gönderilmeleri hâlinde maddi ve manevi varlıklarının tehlikeye düşeceğine ilişkin iddialarına ilişkin başvuruda ise AYM, söz konusu fotoğrafların kendi evlerine ait olduğunu ispata yarayacak bir açıklamada bulunmayan ve yerleşim yerlerine ve hatta Irak'ın hangi bölgesinden geldiklerine ilişkin bilgi vermekten kaçınan başvurucuların sınır dışı edilmeleri hâlinde ülkelerinde kötü muameleye maruz kalabileceklerine ilişkin iddialarını savunulabilir nitelikte bulmayarak kötü muamele yasağının ihlal edilmediğine oy çokluğuyla karar vermiştir[59].

Buna karşılık Mahkeme Başkanı Zühtü Arslan'ın da aralarında yer aldığı diğer yargıçlar yazdıkları karşıoyda, aynı başvurucuların daha önceki tedbir

56 *Hooman Hosseınpour* [GK], §§ 68-69.

57 AİHM de iç hukukta gerekli olmadığı için sınır dışı etme kararının veya başka herhangi bir bağlayıcı hukuki işlemin yabancının sınır dışı edileceği hedef ülkeyi belirtmemiş olmasını yasal kesinlik gereklilikleri yönünden sorunlu görmektedir (*Auad/Bulgaristan*, B. No: 46390/10, 11/10/2011, § 133; *A.D. ve diğerleri/Türkiye*, B. No: 22681/09, 22/7/2014, § 103).

58 *Hooman Hosseınpour* [GK], § 62.

59 *A.A. ve A.A.* [GK], § 78. Benzer şekilde ilke olarak geri gönderilen ülke olan İran'da kötü muameleye maruz kalınacağı iddiasını araştırmaya değer görse de AYM, İran devleti tarafından PJAK örgütü üyesi olarak değerlendirildiğini ileri süren başvurucunun açıklamaları yeterli maddi olguya dayanmadığı için ihlal iddiası reddedilmiştir, *F.R.*, B. No: 2016/4405, 15/2/2017, § 86.

taleplerinin "başvurucuların Irak'a sınır dışı edilmesi hâlinde menşe ülkedeki çatışma ortamı nedeniyle yaşamlarına ya da maddi ve manevi varlıklarına yönelik risk bulunduğu iddialarının ciddi nitelikte olduğu sonucuna" varılarak oybirliğiyle kabul edilmesini[60] hatırlatarak bu tedbir kararından[61] sonra aradan geçen yaklaşık iki yıllık süre içinde hangi bilgi ve bulguların bu kanaatten ayrılmayı gerektirdiğini haklı olarak sormuşlardır. Sonuç olarak ne derece mahkemesi ne de AYM savunulabilir olan bu iddiaların gerçekliğini araştırmıştır.

AYM'nin bu kararının eksik ve çelişkili olan bir diğer yönü de aynı olaya ilişkin tedbir kararında yaşam hakkına ilişkin bir değerlendirme yapılmış olmasına rağmen bireysel başvuru sonucu verilen kararda sadece kötü muamele yasağı bakımından ihlal iddiaları incelenmiş olup yaşama hakkının ihlal edilip edilmediğine ilişkin bir denetim yapılmamıştır.

Ancak ayrıca belirtmek gerekir ki yabancı kişinin sınır dışı etme işlemine karşı idare mahkemesinde açtığı iptal davası derdest olduğu sırada kendi isteğiyle ülkesine geri dönmesi hâlinde söz konusu kişinin kötü muamele yasağı ile yaşam hakkının ihlal edildiği iddialarına ilişkin mağdur sıfatı ortadan kalkacaktır[62].

Devletin yaşamı koruma konusundaki pozitif yükümlülüğü, bir yabancının sınır dışı kararı ile gönderileceği ülkede yaşam hakkının ihlal edilme riski bulunduğuna ilişkin savunulabilir bir iddia olması hâlinde bu iddianın ayrıntılı bir şekilde araştırılmasını gerektirir.

Irak'ta polis memuru olarak görev yapmakta iken silahlı terör saldırısında yaralandığına dair belgeler ve dahası hâlen Irak kodlu telefonlardan aranarak ölümle tehdit edilmesi gibi başvurucuların Irak'a sınır dışı edilmeleri hâlinde yaşam haklarının ihlal edilme tehlikesi bulunduğuna ilişkin *savunulabilir* iddialarının varlığına karşın idare mahkemesince yapılan yargılama aşamasında belirtilen bu riske dair herhangi bir araştırma ve değerlendirme yapılmadığı için yaşam hakkı ihlal edilmiştir[63].

Kararda göze çarpan bir nokta; AYM'nin doğru biçimde ilgili özgürlüğü

60 *A.A. ve A.A.* [GK], § 17.

61 AYM'ye sınır dışı edilme ile ilgili tedbir talebini de içeren ilk başvuru, 30.12.2013 tarih ve 2013/1243 sayılı *Laura Alejandra Caceres* başvurusu olmuştur. AYM'ye göre bireyin anayasal haklarının ihlali yönünde ciddi bir tehlike ortaya çıkacaksa, tedbire başvurulabilir. Başvurulmasına rağmen idari yargı mercilerince yürütmeyi durdurma talebinin ve buna karşı yapılan itirazın reddine karar verilmiş ve kişinin yaşamına ya da maddi ve manevi bütünlüğüne yönelik tehlike devam ediyorsa anayasal haklara saygı ilkesi gereği AYM bu başvuruları incelemektedir. Bu durumda ilgili bireysel başvuru yapabilmek için idari yargı mercileri önündeki davanın sonuçlanmasını beklemek zorunda da bırakılmaz.

62 *Ali Sakaan*, B. No: 2019/37382, 4/7/2022, § 14; *Mhd Majed Salloum*, B. No: 2020/3231, 30/3/2022, § 12; *Sabah Kurdi*, B. No: 2019/24862, 13/4/2022, § 13.

63 *H.A.B.A.M. ve S.S.H.A.K.*, B. No: 2019/35618, 31/3/2022, §§ 23-27.

yaşam hakkı olarak belirlemesine rağmen esas yönünden yaptığı denetimde genel ilkelere ilişkin açıklamalarında kötü muamele yasağına ilişkin denetim yaptığı bir kararına[64] atıf yapmasıdır[65]. Bu durumda farklı koruma alanı ve düzenleme biçimlerine sahip olan haklar arasındaki nitelik farkı dikkate alınmamıştır.

Bir başka başvuruda başvurucu, zorla çıplak aramaya tabi tutulması nedeniyle Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan insan haysiyeti ile bağdaşmayan muamele yasağının ihlal edildiğini ileri sürmesine rağmen AYM, ilgili hakkın koruma alanında yer alan negatif yükümlülüğü göz ardı ederek sadece pozitif yükümlülüğün usul boyutu ve ayrımcılık yasağına ilişkin kabul edilebilirlik incelemesiyle yetinmiştir. Bu muamelenin temelinde başvurucunun Rus uyruklu olması ve buna bağlı olarak fuhuş yaptığı ön yargısının yattığı ve bu çerçevede ortaya çıkan ayrımcı tutum nedeniyle Anayasa'nın 17. maddesi ile bağlantılı olarak 10. maddesinde güvence altına alınmış olan eşitlik ilkesinin ihlal edildiğine ilişkin iddiayı esas alan AYM, Rus uyruklu olması haricinde kendisi ile aynı koşullara sahip olan hangi yabancı kişilere ve hangi surette farklı muamelede bulunulduğuna dair herhangi bir açıklama sunulmadığı için başvurucunun iddiasını kanıtlayamadığı sonucuna varmış ve başvurunun bu kısmının *açıkça dayanaktan yoksun olması* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmiştir[66].

Yine pozitif yükümlülüğün usul boyutuna ilişkin denetim yaptığı bir olayda AYM, valilik tarafından görevlendirilen Fatih İlçe Emniyet Müdür Yardımcısı tarafından ön inceleme yapılmasını, yalnızca hakkında ön inceleme yapılan görevlilerin ifadelerine başvurulup başvurucunun mağdur sıfatıyla ifadesine başvurulmamasını, Valiliğin soruşturma izni verilmemesine dair kararında, başvurucunun çıplak aramaya ilişkin iddiasına değinilmemesi ve bu eksikliğin bölge idare mahkemesinin kararında da hiçbir şekilde sorgulanmamasını etkili soruşturma yapma yükümlülüğünün ihlali olarak değerlendirmiştir[67].

Geri gönderme merkezinde tutulma koşullarının insan onuru ve haysiyetiyle bağdaşmadığını belirterek kötü muamele yasağının ihlal edildiğinin bireysel başvuru yoluyla ileri sürülmesi hâlinde bu yerlerin yönetim, denetim ve işletilmesi İçişleri Bakanlığı tarafından yürütülen bir kamu hizmeti olduğundan bu kapsamdaki idari işlem ve eylemlerden dolayı kişisel hakkı doğ-

64 *A.A. ve A.A.* [GK], §§ 54-72.
65 *H.A.B.A.M. ve S.S.H.A.K.*, § 21.
66 *Albına Kıyamova (Alıbaeva)*, B. No: 2013/3187, 14/4/2016, §§ 41-43.
67 *Albına Kıyamova (Alıbaeva)*, §§ 75, 78 ve 80. AİHM'e göre de hakkında tedbir uygulanan kişinin iddia ve görüşlerini sunabilmesi ve hakkındaki isnatları çürütebilmesi için çelişmeli yargılama imkânlarına sahip olması gerekir, *Lupsa/Romanya*, B. No: 10337/04, 8/6/2006, § 38; *Al-Nashif/Bulgaristan*, B. No: 50963/99, 20/6/2002, §§ 123-124.

rudan muhtel olanlarca öncelikle idari yargıda tam yargı davası açılmalıdır[68]. Ancak AİHM, somut olay özelinde başvuru tarihinde idari gözetim altında olanlar bakımından AYM'den ayrılarak, AİHS'in 3. maddesi kapsamındaki özgül şikayetler bakımından tazminatın etkili bir çare olmadığı haklı tespitinde bulunmuştur[69].

Bu bağlamda Kumkapı Geri Gönderme Merkezi'nin başvurucunun kaldığı dönemdeki koşullarını inceleyen AYM, kişi başına üç metrekarenin altında bir yaşam alanına karşılık gelebilecek şekilde Merkezin aşırı kalabalık olmasının başlı başına Anayasa'nın 17. maddesinde yasaklanan "insan haysiyetiyle bağdaşmayan" muamele düzeyinin aşılmasına yol açabilecek nitelikte olduğunu değerlendirmiştir. Merkez içinde kalma mekânları dışında rahatlamaya imkân sağlayacak ortak kullanım alanlarının yetersiz ve daha da önemlisi başvurucuya sağlanan açık havadan yararlanma imkânının çok sınırlı olmasının, başvurucunun Merkezde sahip olduğu koşulları kendisi açısından daha da zorlaştırdığını ve başvurucunun bu şartlarda sekiz ayın üzerinde bir süre idari gözetim altında tutulmasının Anayasa'nın 17. maddesinin ihlaline yol açtığı sonucuna varılmıştır[70].

2. Özel Hayatın Korunması Hakkıyla Bağlantılı Kararlar

Sınır dışı etme, zorla çıkartma, ülke topraklarına girmeyi yasaklama, ülkeye kabul ve oturma izni vermeme[71] gibi aile hayatına müdahale oluşturan tedbirlerle ilgili başvurularda, aile kavramı AİHM ve AYM tarafından çekirdek aile olarak çiftler arasındaki ilişkiler ile ebeveyn ve küçük çocuklar arasındaki ilişkileri kapsayacak şekilde ele alınmaktadır[72]. Örneğin ülkesinde pazar yerine atılan bomba sonucu bir bacağını kaybeden, bunun üzerine 2005 yılında ailesiyle birlikte Türkiye'ye gelen, Türk vatandaşı olan eşi ve küçük yaşlardaki dört çocuğu ile yaklaşık 14 yıldır Türkiye'de yasal ikamet iznine sahip olarak

68 *B.T.* [GK], B. No: 2014/15769, 30/11/2017; *Raıd Hayoo*, B. No: 2020/3153, 13/4/2022, § 9; *Daygınat Magomedzhamılova ve diğerleri*, B. No: 2015/516, 20/3/2019, § 17. Önceki içtihadında AYM tam yargı davası açılmadan doğrudan yapılan başvuruları etkili bir başvuru yolu bulunmadığı gerekçesiyle kabul edilebilir bulmaktaydı, *K. A.* [GK], B. No: 2014/13044, 11/11/2015, §§ 80-81.

69 *G.B. ve diğerleri/Türkiye*, B. No. 4633/15, 17/10/2019, § 136.

70 *K.A.* [GK], § 103; *F.A. ve M.A.*, B. No: 2013/655, 20/1/2016, § 108. Bu konudaki standardı AİHM 4 m² olarak belirlemiştir, *Hagyó/Macaristan*, B. No: 52624/10, 23/4/2013, § 45; *Yarashonen/Türkiye*, B. No: 72710/11, 24/6/2014, § 72.

71 Devletler, yabancı ile bir vatandaş arasında gerçekleştirilen evlenmenin sadece o ülkede ikamet izni alabilmek amacıyla yapılmış olup olmadığını araştırma ve gerektiğinde bu tip evlilikleri engelleme konusunda yetkilidir. Bu yönde bir araştırmanın Sözleşme'nin 12. maddesinde düzenlenen evlenme hakkını ihlal etmeyecektir, *O'donoghue ve diğerleri/Birleşik Krallık,* B. No: 34848/07, 14/12/2010, § 87; *Frasik/Polonya,* B. No: 22933/02, 5/1/2010, § 89.

72 *Slivenko/Litvanya*, B. No: 48321/99, 9/10/2003, § 94; *A.G.*, B. No: 2018/6143, 16/12/2020, § 41. Göçmenlerle ilgili kurallardan kurtulmak, ikamet izni veya vatandaşlık kazanmak için yapılan, gerçek olmayan anlaşmalı evlilikler Sözleşme'nin 8. maddenin kapsamında da korunmaz, *Schembri/Malta*, B. No: 66297/13, 19/9/2017. AYM içtihadı da aynı yöndedir, *Oksana Chıcheıshvılı*, B. No: 2014/19023, 20/12/2017; *Yulıa Matur (Anıkeeva)*, B. No: 2015/4459, 7/2/2018.

birlikte yaşayan Çeçenistan uyruklu başvurucu hakkında yurda giriş yasağı konulması aile hayatına saygı hakkına yönelik bir müdahale oluşturmaktadır[73]. Keza sınır dışı edilen Kazakistan vatandaşı kadının, bir Türk vatandaşı ile birlikteliğinden bir bebek dünyaya gelmesi, *mevcut aile hayatı* olduğunu göstermekte ve bebeğiyle birlikte yaşadığı Türkiye'den sınır dışı edilmesine karar verilmesi de aile hayatına saygı hakkına müdahale teşkil etmektedir[74].

Anayasa ve AİHS, yabancıların ülkeye girişi veya oraya yerleşmeleri hususundaki bir hakkı güvence altına almamakla[75] birlikte kişinin yakın aile bireylerinin bulunduğu bir ülkeden ayrılmak zorunda olması, belirli koşullar altında aile hayatına saygı hakkının ihlal edilmesine neden olabilmektedir[76].

Nitekim AYM sınır dışı edilen veya ülkeye girişi yasaklanan kişiyle ilgili ceza yargılaması yürütülmesi veya mahkûmiyet kararı bulunması yahut elde edilen gizli nitelikte tüm bilgi ve belgeleri yargı mercilerine sunmaları gibi yüksek bir ispat standardı yükümlülüğü aramasa da başvurucunun çatışma bölgeleriyle bağlantılı olabileceğine ilişkin değerlendirmenin yalnızca idarenin soyut şekilde istihbari bilgileri doğrultusunda (Atatürk Havalimanı'nda yapılan mülakatta oluşan kanaate dayalı) olup somut bilgi, olgu ve belgelere dayanmaması durumunda aile hayatına saygı hakkının ihlal edilmiş olacağına karar vermiştir[77].

Yine AYM, İdare Mahkemesince davacının sınır dışı edilme kararına yönelik olarak aile hayatına saygı hakkı kapsamındaki iddiaların tartışılmaması, söz konusu idari işlemin aile hayatı üzerinde doğuracağı etkiler bakımından bir inceleme ve dengeleme yapılmaması hâlinde aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir[78].

---

73 *A.G.*, § 42. Bu müdahaleyi oluşturan tedbirin kesinleştiği ve nihai hâle geldiği tarihte mevcut bir aile hayatı olmalıdır, *Maslov/Avusturya* [BD], B. No: 1638/03, 23/6/2008, § 61; *Ezzouhdi/Fransa,* B. No: 47160/99, 13/2/2001, § 25; *Yıldız/Avusturya,* B. No: 37295/97, 31/10/2002, § 34; *Mokrani/Fransa,* B. No: 52206/99, 15/7/2003, § 34.

74 *Aısulu Aldenova*, B. No: 2018/10055, 16/3/2022, § 24. Belirtmek gerekir ki AİHM'e göre aile kavramı, evliliğe dayalı ilişkilerle sınırlı değildir ve tarafların evlilik olmadan bir arada oturduğu fiili *aile* bağlarını da kapsayabilir. Dolayısıyla Sözleşme ve AİHM içtihadı resmî evlilik akdi gibi şeklî unsurlarla ilgilenmemekte, gerçek ve mevcut aile yaşamını korumayı esas almaktadır, *K. ve T./Finlandiya* [BD], B. No: 25702/94, 12/7/2001, § 150; *Marckx/Belçika*, B. No: 6833/74, 13/6/1979, § 31.

75 *Abdulaziz, Cabales and Balkandali/Birleşik Krallık*, B. No: 9214/80, 9473/81, 9474/81, 28/5/1985, § 68; *Ahmut/Hollanda*, B. No: 21702/93, 28/11/1996, § 67-c.

76 *Boultif/İsviçre*, B. No: 54273/00, 2/8/2001, § 39.

77 *A.G.*, § 56. AİHM de bu değerlendirmede başvurucu tarafından işlenen suçun niteliği ve ağırlığı, sınır dışı edilmeden önce başvurucunun ülkede ikamet süresi, suçun işlenmesinin ardından geçen süre, ilgili diğer kişilerin vatandaşlıkları, başvurucunun aile durumu, evliliğinin süresi, çiftin gerçek ve hakiki bir aile yaşamı sürdürüp sürdürmediğini gösteren diğer etkenler, eşin aile yaşamını kurduğu anda söz konusu suçtan haberdar olup olmadığı, evlilikte çocuk sahibi olup olmadıkları ve varsa çocukların yaşı gibi hususları dikkate almaktadır, *Boultif/İsviçre*, § 48; *Üner/Hollanda* [BD], B. No: 46410/99, 18/10/2006, §§ 62-66.

78 *Aısulu Aldenova*, § 38.

Buna karşılık AYM'ye göre, sınır dışı etme kararı nedeniyle aile birliğinin bozulacağını ileri süren başvurucunun ailesinden neden ayrılmak zorunda kalacağını, diğer bir deyişle istediği takdirde kendisiyle birlikte ülkelerine dönebilecekleri anlaşılan aile fertlerinin neden ülkelerine geri gidemeyeceklerini inandırıcı bir izahla ortaya koyamaması durumunda bu konudaki iddiaları savunulabilir olmayacaktır[79].

Bir diğer başvuruda ise başvurucu kız kardeşinin, eşinin ve çocuklarının Türkiye'de yaşadığını, kız kardeşiyle ticaretle uğraştığını, ülkesine dönmesinin aile üyeleri ve kendisi yönünden *maddi ve manevi bütünlüklerine* ilişkin ciddi tehlikeler barındırdığını belirtmiştir. AYM de derece mahkemesince yurda giriş yasağı öngören idari işlemin başvurucunun aile hayatı üzerinde doğuracağı etkiler ile menşe ülkede var olduğu iddia edilen risklere ilişkin araştırma ve değerlendirme yapılmadan karar verildiği için yargısal süreçteki kararların gerekçelerinin aile hayatına saygı hakkı bağlamında yeterli olmadığı sonucuna varmıştır[80].

Benzer bir başvuruda 2014 yılından bu yana Türkiye'de çalışma izni kapsamında çalışan, 2020 yılında Türk vatandaşı nişanlısı ile resmî nikâhla evlenen ve başvuru formundaki beyanına göre hamile olduğu anlaşılan ve 667 sayılı KHK ile kapatılan eğitim kurumlarında çalıştığına ilişkin kaydı bulunduğu için hakkında yurda giriş yasağı tahdit kararı uygulanan başvurucunun açtığı iptal davasında bölge idare mahkemesinin söz konusu eğitim kurumunda çalışıp çalışmadığının kesin olarak belirlenmesine yönelik bir araştırma yapmaması ve eşinin Türk vatandaşı ve kendisinin de hamile olduğu belirtilmesine rağmen işlemin başvurucunun aile hayatı üzerinde doğuracağı etkiler bakımından bir incelemenin ve dengelemenin de yapılmaması nedeniyle aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir[81].

Sonuç olarak yabancıların sınır dışı edilmelerinde kamu otoriteleri başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması hususundaki kamusal menfaat ile bu kişilerin aile hayatına saygı hakkı arasında somut olay özelinde bir dengeleme yapmak zorundadır[82].

Ancak AYM, araç ve amaç arasındaki bu dengelemede amaç unsurunu belirlemede sorunlu bir yaklaşım sergilemektedir. Bu sorunlu yaklaşım *Peri Kırık* başvurusu üzerinden ortaya konulabilir. AYM bu kararında özel haya-

79 *Luay Abdulsattar Ameen Ameen*, B. No: 2020/11244, 13/4/2022, § 22. Aynı yönde bkz. *Peri Kırık*, B. No: 2015/19795, 9/1/2019, § 51. AİHM'e göre de aile hayatına saygı hakkı, çiftlerin evlenme suretiyle ikamet edecekleri ülkeyi seçmelerini ve aynı ülke vatandaşı olmayan eşlerin bu ülkeye yerleşmelerini kabul etmek şeklinde genel bir yükümlülük içermez, *Biao/Danimarka* [BD], B. No: 38590/10, 24/5/2016, § 117.

80 *K.A.*, B. No: 2017/38596, 19/10/2021, § 51.

81 *Nargıza Gulamova*, B. No: 2020/33373, 30/3/2023, §§ 22 ve 26.

82 *Demet Hussen Najem*, B. No: 2019/438, 27/7/2022, § 51.

ta saygı hakkının düzenlendiği Anayasa maddesinde özel sınırlama nedeni öngörülmediğini ancak Anayasa'nın diğer maddelerinde yer alan kurallara dayanılarak bu hakkın sınırlanmasının mümkün olabileceğini belirtmiştir[83]. Kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamayı devletin temel amaç ve görevleri arasında sayan Anayasa'nın 5. maddesinden de hareketle kamu düzeni bu hakkın sınırlanmasında meşru bir amaç olarak kullanılmaktadır[84]. AYM bu yaklaşımı, sınırlama kaydı içermeyen diğer temel haklara ilişkin başvurularda da sergilemiştir. Hukuken içeriğinin saptanması neredeyse olanaksız olan devletin toplumun huzur ve mutluluğunu sağlama amaç ve görevinden (Anayasa mad. 2 ve 5) hareketle türetilen "millî güvenlik" ve "kamu düzeninin korunması" gibi soyutluk derecesi son derece yüksek kavramlar, sınırlama kaydı içermeyen haklar açısından sınırlandırılmaya yönelik meşru amaç olarak görülmektedir. AYM'nin sınırlama kaydı içermeyen diğer temel haklarla ilgili başvurularda da kullandığı bu yaklaşım, anayasallık denetimini belirsiz ve keyfî bir hâle getirmektedir[85].

3. Özgürlük ve Güvenlik Hakkıyla Bağlantılı Kararlar

Öncelikle kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı bakımından şikâyete neden olan müdahalelerin Türk kamu gücüne atfedilebilir olması gerekir[86].

Suriye uyruklu başvurucu, İstanbul'da bulunduğu sırada, hakkında yürütülen bir ceza soruşturması kapsamında yakalanmış, ifadesi alınmış, sonrasında Cumhuriyet savcısının salıverilmesi talimatına rağmen İstanbul Emniyet Müdürlüğünün ilgili birimi tarafından Kumkapı Geri Gönderme Merkezine (Kumkapı GGM/Merkez) teslim edilmiştir. Başvurucu hakkında, İstanbul Emniyet Müdürlüğünce "kamu düzeni veya kamu güvenliği ya da kamu sağlığı açısından tehdit oluşturduğu" gerekçesiyle sınır dışı etme ve altı ay süreyle idari gözetim altında tutma kararı verilmiştir.

Başvurucunun Kumkapı GGM'de tutulu bulunduğu dönemde, Kızıltepe Cumhuriyet Başsavcılığı, başvurucu hakkında kovuşturmaya yer olmadığı kararı vermiştir. Başvurucu, 25/6/2014 tarihinde İstanbul Valiliğine uluslararası koruma başvurusunda bulunmuş[87] ve Kumkapı GGM'den tahliyesini

83 Aynı yönde bkz. AYM, E.2014/87, K.2015/112, 8/12/2015; AYM, E.2016/37, K.2016/135, 14/7/2016, § 9; *Sevim Akat Eşki*, B. No: 2013/2187, 19/12/2013, § 33.

84 *Peri Kırık*, §§ 40-43. AYM bu yaklaşımını, sınır dışı edilmeye ilişkin aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiği iddiasıyla yapılan yakın tarihli başvurularda da sürdürmektedir; örnek olarak bkz. *Demet Hussen Najem*, B. No: 2019/438, 27/7/2022.

85 Kanadoğlu, K., Duygun, A. M. ve Şahin, B. N. (2022). Anayasa Mahkemesi'nin Temel Hak Dogmatiğine Yönelik Bazı Tespitler (Sınırlama Kaydı İçermeyen Temel Haklar / Ortak Koruma Alanı), içinde Göztepe, E., Ergül, O. ve Çağlar, S. (Der.), *Fazıl Sağlam'a Armağan*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 279.

86 *Ali Kemal Renklioğlu*, B. No: 2012/171, 12/2/2013, § 17; *K.D.*, B. No: 2018/30756, 4/11/2020, § 40.

87 Belirtmek gerekir ki tek başına uluslararası koruma başvurusunun reddedilmesi halinde, henüz sınır dışı kararı alınmamışken kötü muamele iddiasıyla yapılan şikayetleri AYM

talep etmiştir. 22/10/2014 tarihinde yürürlüğe giren Geçici Koruma Yönetmeliği'nin geçici birinci maddesi ile Suriye Arap Cumhuriyeti vatandaşları geçici koruma altına alınmıştır.

Başvurucunun sulh ceza hâkimliklerine farklı tarihlerde dört kez yaptığı itiraz başvuruları kesin olarak reddedilmiştir. Başvurucu aynı dönemde, İstanbul Emniyet Müdürlüğü ve Göç İdaresi Genel Müdürlüğüne benzer gerekçelerle Kumkapı GGM'den tahliye edilmesi ve sınır dışı edilmemesine yönelik başvurularda bulunmuştur.

Aynı olaya ilişkin AYM'ye toplam üç başvurusu bulunan başvurucunun ilk başvurusu, idari gözetim kararına yaptığı ilk itirazın sulh ceza hâkimince reddi üzerine gerçekleşmiştir. Sınır dışı etme işlemine karşı açılan iptal davasının reddedilmesi üzerine başvurucu AYM'ye tedbir talepli olarak ikinci kez bireysel başvuruda bulunmuştur. Başvurucunun sınır dışı edilme işlemine yönelik tedbir kararı verilmesi istemi AYM'ce kabul edilmiş ve yeniden bir karar verilinceye kadar sınır dışı etme işleminin uygulanmamasına hükmedilmiştir.

AYM tarafından verilen tedbir kararından sonra idari gözetim altında bulundurulmasına ilişkin karara karşı başvurucunun beşinci kez yaptığı itiraz, sulh ceza hâkimliğince kabul edilmiş ve fakat başvurucu 26/4/2014 ila 6/1/2015 tarihleri arasında yaklaşık sekiz ay on gün idari gözetim altında tutulmuştur.

Özgürlük ve güvenlik hakkı kapsamında idari gözetim altında tutulmanın hukuki olmadığı iddiasını inceleyen AYM, bu konuda 6458 sayılı Kanun'la oluşturulan yasal çerçeve ile somut olayda alınan ilk idari gözetim kararında esaslı bir eksiklik olmadığını ifade etmiştir. Ancak sınır dışı etme işleminin yürütülebilmesi açısından belirleyici ve başvurucunun daha önceki bir tarihte salıverilmesini gerektirebilecek nitelikteki değişikliklerin (uluslararası koruma başvurusunda bulunması ve geçici koruma kapsamına alınması) tedbirin devamına karar verilmesi açısından yeterli olup olmadığının, anılan Kanun uyarınca idare ve sulh ceza hâkimlikleri tarafından değerlendirilmediği dikkate alınarak, sınır dışı etme sürecinde uygulanan idari gözetim işleminin, "gerekli özen" içinde yürütülmediği, özgürlükten mahrumiyetle ilgili keyfîliklere karşı koruma sağlamadığı ve dolayısıyla "hukuki" olmadığı kanaatine ulaşılmıştır[88].

Başvuruyla ilgili son olarak başvurucunun idari gözetim altına alınmasına ve bu tedbirin devam ettirilmesine ilişkin kararların zamanında bildirilmediği ve başvuru yollarının, serbest bırakılma sonucunu doğurabilecek gelişmelere

açıkça dayanaktan yoksun bularak reddetmektedir, bkz. *Mohamed Abouel Yazıd Hamada*, B. No: 2018/146, 2/2/2022, §§ 20-23.

88 *K.A.* [GK], § 134.

ilişkin etkili bir şekilde inceleme imkânı sağlamadığı tespitlerine dayanılarak, Anayasa'nın 19. maddesinin dördüncü ve sekizinci fıkralarında güvence altına alınan hakların da ihlal edildiği sonucuna varılmıştır[89].

Daha sonraki bir başvuruda AYM, başvurucunun bir yandan AYM ve AİHM'e başvuru yaparken öte yandan GGM'de kendi isteğiyle tutulmasındaki imkânsızlığa vurgu yapmış ve on iki aydan sonra fiilen GGM'de tutulmasının yasal ve anayasal bir dayanağı da bulunmadığını belirleyerek kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir[90].

4. Etkili Başvuru Hakkıyla Bağlantılı Kararlar

Etkili başvuru hakkına ilişkin başvuruların soyut olarak tek başına incelenmesi mümkün olmadığından mutlaka bir diğer hakla bağlantılı olarak yapılması gerekmektedir. İdari gözetim sürecine ilişkin iddialar yukarıda kötü muamele yasağı bağlamında değerlendirildiği için burada yalnızca sınır dışı etme sürecine ilişkin iddialar bakımından yaşam hakkı ve kötü muamele yasağı bağlantılı olarak etkili başvuru hakkı ele alınacaktır.

Sınır dışı etme kararına karşı açılan iptal davasının süre aşımı nedeniyle reddedilmesi üzerine başvurulan AYM, bu konudaki içtihadını belirleyen kararında; kısa süre içinde birbirinden uzak GGM'lere gönderilerek yer değiştirilmesini, bu sevklerin avukata bildirilmemesini, avukatın görüşme taleplerinin sürüncemede bırakılmasını ve vekâletname vermesine izin verilmemesi gibi maddi olguların idare mahkemesi tarafından dikkate alınmaması karşısında kötü muamele yasağının ihlaline ilişkin şikâyetlerle ilgili olarak etkili bir başvuru imkânı sağlanmadığını tespit etmiştir[91].

Y.T. başvurusunda Mahkeme, kötü muameleye maruz kalma riski bulunan ülkeye sınır dışı edilme kararına karşı başvurulabilecek etkili bir yargı yolu bulunmaması nedeniyle etkili başvuru hakkının ihlal edildiği iddiasını incelemiştir. Başvurucu *Y.T.*, Rusya Federasyonu Kabardey-Balkar Özerk Cumhuriyeti vatandaşıdır. Başvuruya konu olan müdahalenin kanuni dayanağı, 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nun yabancıların sınır dışı edilmelerini düzenleyen 53. ve 54. maddeleridir. İlgili maddeler 676 sayılı KHK ile değiştirilerek maddeye ek hükümler ihdas edilmiştir. Buna göre anılan Kanun'un 54. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b), (d) ve (k) bentlerinde sınır dışı edilmelerine karar verilen kişiler için dava açma süresi boyunca ve dava açıldığı takdirde de yargılama süresince -değişiklikten önceki durumdan farklı olarak- sınır dışı etme işleminin durmayacağı öngörül-

89 *K. A.* [GK], §§ 144 ve 155.

90 *Abdulkadir Yapuquan* [GK], B. No: 2016/35009, 2/5/2019, § 133.

91 *Yusuf Ahmed Abdelazım Elsayad*, B. No: 2016/5604, 24/5/2018, §§ 81-88. Adli yardım talebinin incelenmemesini de AYM, etkili başvuru hakkının ihlali olarak değerlendirmiştir, *S.B.*, B. No: 2017/19758, 2/12/2020, § 44.

müştür[92]. İlgili değişiklikten sonra başvurucu *Y.T.* hakkında kamu güvenliği veya kamu sağlığı bakımından tehdit oluşturan kişilerden olduğu belirtilerek sınır dışı etme kararı alınmıştır. AYM'ye göre, "*somut davada ortaya çıkan durum, idare mahkemesinin uygulamasından veya mevzuatı yanlış yorumlamasından değil 6458 sayılı Kanun'un 53. maddesinin (3) numaralı fıkrasında yapılan değişiklikten kaynaklanmaktadır. Bu değişikliğin Anayasa'nın 17. maddesinin birinci ve üçüncü fıkralarında güvence altına alınan yaşam hakkı ve kötü muamele yasağı, bu haklarla bağlantılı olarak 40. maddesinde güvence altına alınan etkili başvuru hakkı ile Anayasa Mahkemesinin bu konudaki yerleşik içtihatlarıyla uyumlu olmadığı anlaşılmaktadır.*[93]*"*

Y.T. başvurusu hakkında verilen ihlal kararının kanun metninden kaynaklandığını tespit ettikten sonra önüne gelen *G.I. ve diğerleri* başvurusunda Mahkeme, *"Y.T. kararı sonrasında 7196 sayılı Kanun'un 75. maddesiyle 6458 sayılı Kanun'un 53. maddesinin (3) numaralı fıkrasında bazı değişikler yapılmıştır. Buna göre sınır dışı etme kararına karşı iptal davası açıldığında işlemin yürütmesi kendiliğinden durmakta ise de Anayasa Mahkemesinin önündeki başvurular pilot kararda belirtilen şekilde çözüm üreten hukuki düzenleme bir yıllık süre içinde yapılmamıştır. Dolayısıyla eldeki başvurular özelinde Y.T. kararında ortaya konan ilke ve değerlendirmelerden ayrılmayı gerektiren yeni bir durumun bulunmadığı görülmektedir. Başvuruculaların ülkelerine geri gönderilmeleri hâlinde kötü muameleye maruz kalacaklarına ilişkin iddialarını inceletebilecekleri etkili bir başvuru yolu olmadığının kabul edilmesi gerekir*[94]*"*. diyerek ihlal kararı vermiştir. AYM, *Y.T.* pilot kararının ardından yasada bir değişiklik yapıldığını ifade etmekle beraber, ilgili değişikliğin pilot kararda belirtilen şekilde çözüm üretmediğini belirtmiş ve başvuruculaların kötü muamele yasağıyla bağlantılı olarak Anayasa'nın 40. maddesinde güvence altına alınan etkili başvuru haklarının ihlal edildiğine hükmetmiştir. Ancak Mahkeme pilot kararın ardından gerçekleştirilen değişikliğin yeterli olmadığını belirtmesine rağmen *G.I. ve diğerleri* kararının tekrar TBMM'ye bildirilmesini gerekli görmemiştir[95].

92 AİHM de *Jabari/Türkiye* (B. No: 40035/98, 9/12/2010), *Mamatkulov ve Askarov/Türkiye* (B. No: 46827/99, 4/2/2005), *Abdolkhani ve Karimnia/Türkiye* (B. No: 30471/08, 22/9/2009) gibi kararlarıyla, sınır dışı işlemlerinde itiraz yolunun otomatik askıya alma etkisi olmasının gerektiği yönündeki süreklilik kazanmış içtihadını devam ettirerek ilgili mevzuatta bu gerekliliğin yer almamasını hak ihlali olarak görmüştür.

93 *Y.T.* [GK], B. No: 2016/22418, 30/5/2019, § 65. 676 sayılı KHK ile 6458 sayılı Kanun'un sınır dışı işlemleriyle ilgili maddelerine yapılan değişiklikler sonrasında, AYM tedbire ilişkin kararlarında, öncekinden farklı bir yol izleyerek, aynı gün veya başvuruyu takip eden birkaç gün içinde "sınır dışı işleminin geçici olarak durdurulması" yönünde hüküm kurmak yoluna gitmiştir, Ovacık G. (2020). "Türk Anayasa Mahkemesinin İçtihadı Işığında Sınır Dışı Kararlarına Karşı Yargısal İtirazın Hukuki Etkisi", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 26., S. 2., s. 1053.

94 *G.I. ve diğerleri*, B. No: 2017/5849, 24/3/2021, § 42.

95 Kanadoğlu, K. ve Şahin, B. N. (2022). "Anayasa Mahkemesinin Güncel Norm Denetimi ve Bireysel Başvuru Kararları Hakkında Gözlemler", *Anayasa Yargısı*, C. 39., S. 2., s. 19.

Bu aşamada vurgulamak gerekir ki AYM ve AİHM'e göre sınır dışı etme işlemini konu alan uyuşmazlıkları içeren yargılamalar, adil yargılama hakkının koruma alanı kapsamı dışında kalmaktadır[96]. Ancak başvuru konusu bakımından yapılan bu sınırlama, benzer yönde yapılan başvuruların bir kısmının bir diğer hakla ilişkilendirilerek etkili başvuru hakkı kapsamında incelenmesine fakat önemli bir kısmının da adil yargılanma hakkının kapsamında görülerek temel hak korumasından yoksun kalma sonucunu doğuracak şekilde kabul edilemez bulunmasına yol açmaktadır[97].

SONUÇ

Göç insanlık tarihi kadar eskidir. Çok muhtemeldir ki uzun bir gelecekte de farklı coğrafyalara, hatta uydu ve gezegenlere yönelik göç hareketleri olacaktır. Zira yaşamın özünde ve kodlarında hayatta kalma dürtüsünün de etkisiyle göç hareketlerinin var olduğu söylenebilir. Göç teorileri ve istatistiksel veriler göçün yapısını ve etkisini anlamada önemli veri ve unsurları oluşturmaktadır ancak açıktır ki yargı kararları ekseninde göç olgusuna ilişkin bir özel değerlendirmeye de özellikle ihtiyaç bulunmaktadır. Bu nedenle göç hareketlerinin yargısal boyutunun ve oluşmaya başlayan uluslararası ve ulusal içtihatlarının göç teorilerinden ve istatistiksel verilerden ayrı olarak dikkate alınmasında ve incelenmesinde fayda bulunmaktadır.

Günümüzde göç ve özellikle düzensiz göç hareketleri sadece devletlerin değil, küresel sistemlerin, uluslararası örgütlerin de uğraşmak zorunda olduğu, sıkıntılı ve içinde özel zorluklar barındıran bir alan olarak şekillenmektedir. Kuşkusuz bu çalışmada özel olarak değerlendirilen düzensiz göç hareketleri ve düzensiz göçmenlerle ilgili uluslararası düzenlemeler ve mevzuat konunun önemini ve hukuken çerçevesini göstermekte ve çizmektedir. Ancak konuyla ilgili ulusal düzenlemelerin de ayrı bir dinamizm oluşturduğu görülmektedir. Zira egemen devletlerin kendi göç ve özellikle düzensiz göç hareketlerine ilişkin politikalarını ve hukuksal düzenlemelerini belirlerken ulusal çıkarlarına daha fazla önem verdikleri görülmektedir. Bunun ise uy-

96 *Z.M. ve I.M.*, B. No: 2015/2037, 6/1/2016, § 63; *Aıgul Mavlıanova*, B. No: 2016/6293, 9/11/2017, § 28; *Luay Abdulsattar Ameen Ameen*, B. No: 2020/11244, 13/4/2022, § 25; *Soering/Birleşik Krallık*, B. No: 14038/88, 7/7/1989; *Maaouia/Fransa* [BD], B. No: 39652/98, 5/1/2000; *M.S.S./Belçika ve Yunanistan* [BD].

97 *Gulalek Begnyyazova*, B. No: 2015/5371, 22/2/2017, § 24 (süresinde verilmeyen ve başvurucuya tebliğ edilmeyen savunmaya dayalı mahkeme kararı); *Feruza Musulmankulova*, B. No: 2015/9727, 26/9/2019, § 26 (açılan dava kesinleşmeden sınır dışı işleminin uygulanması); *A.O.C. ve diğerleri*, B. No: 2015/18175, 9/1/2020, § 29 (sınır dışı etme kararına karşı açılan iptal davasının duruşmasız ve idarenin beyanları esas alınarak reddedilmesi); *Rınat Sagadeev*, B. No: 2016/703, 6/10/2021, § 17 (karar kesinleşmeden fiilen sınır dışı edilme); *M.H.*, B. No: 2017/19507, 16/11/2021, § 41 (sınır dışı etme kararına karşı açılan iptal davasının süre aşımı gerekçesiyle reddi) gibi çok sayıda karar bu konuda örnek verilebilir.

gulamada bazı sorun, sıkıntı ve haksızlıklara yol açabildiği ve bu nedenle düzensiz göçmenlerin temel ve vazgeçilemez haklarının ihlal edildiği fazlasıyla görülmektedir. Göç, düzensiz göç ve düzensiz göçmenlerin hukukun ayrı bir disiplininin, göç hukukunun, oluşumuna aktif olarak katkı verdikleri bir sürecin sonunda, göç hukukunun dinamikleri içinde yer alan yargı kararlarının bu yeni hukuk disiplinini ve ulusal ve uluslararası hukuku şekillendirdiği görülmektedir.

AİHM, ABAD ve ülkemiz açısından AYM karar ve yorumları artık uluslararası ve ulusal göç hukukunun önemli dinamikleri içinde yer almaktadır. Bu tespitten hareketle denilebilir ki uluslararası yüksek yargı organları ile ulusal mercilerin ve Anayasa Mahkemelerinin rol ve işlevleri düzensiz göç hareketleri ve düzensiz göçmen bağlantılı konu ve alanlarda artmış ve çok önemli bir seviyeye ulaşmıştır. Bu sebeple düzensiz göç ve göçmen sorunsalını yargı kararları çerçevesinde incelemek ve tartışmak özellikle önem ve anlam kazanmaktadır. Evrensel ölçütlerde ve uygulamada ortak ve vazgeçilmez değerleri saptamak ve bunlara ulaşabilmek için hem ulusal hem de uluslararası ölçekte düzensiz göç ve göçmen bağlantılı yargı kararlarının birbirleriyle uyumlu hâle gelmesi hassas ve stratejik bir hedef olarak ortaya çıkmaktadır. Bu noktada AYM'nin karar ve yorumlarının uluslararası yüksek yargı organlarının kararları ışığında ve bu kararların oluşturduğu standartlarda bir uyumluluk yakalamasının ulusal hukukumuz için son derece önemli bir hedef olmaktadır.

Bu bağlamda dünyada en fazla sığınmacıya ev sahipliği yapan ülke olan[98] ve en büyük sığınma ülkesi hâline gelen Türkiye Cumhuriyeti'nin Anayasa'sında sığınma hakkının bu hakkın süjeleri ve kullanma koşullarını açık biçimde içerecek biçimde bir an önce düzenlenmesi gerekmektedir.

Nihayet siyasi karar alıcıların göç politikalarını belirlerken bu konuda yüksek mahkemelerce verilen ve düzensiz göçmenlerin temel haklarını özellikle de aile ve özel yaşam hakkını koruyan kararlarını göz ardı etmemeleri gerekmektedir. Bu konudaki ihmal ve savsaklamalar ileride telafisi olanaksız sosyal, ekonomik ve hukuksal sorunlar yaratacaktır.

98 https://tr.euronews.com/2023/06/14/bm-yerinden-edilenlerin-sayisi-110-milyona-ulasirken-turkiyedeki-siginmacilar-yuzde-5-azal#:~:text=Rapora%20g%C3%B6re%20T%C3%BCrkiye'deki%20s%C4%B1%C4%9F%C4%B1nmac%C4%B1,milyona%20yakla%C5%9Farak%20rekor%20seviyelere%20ula%C5%9Ft%C4%B1 (Erişim Tarihi: 17.12.2023).

Kaynakça

ASAR, Aydoğan (2016). *Göç Yönetimi*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

BORAK, Muteber Meva (2023). *Sınır Dışı Etmeye İlişkin Bireysel Başvuru Kararlarının İncelenmesi*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

BOZKURT, Kutluhan (2022). *Güncel Gelişmelerle Göç Hukuku*, 2. Baskı, İstanbul: Legal Kitabevi.

BOZKURT, Kutluhan (2020). AB Sığınma Hukuku Düzenlemeleri Kapsamında Dublin Sistemi, içinde Tütüncü, Ayşe Nur, Karagöz Havva, Civelek, Çakıl Su ve Uysal, Cem (Der.), *Uluslararası Hukukta Güncel Sorunlar Kongresi, MEF Üniversitesi 21-22 Şubat* (ss. 353-374), İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.

BOZKURT Kutluhan (2020). "Suriyeli Mülteciler Ekseninde Türkiye-AB İlişkilerine Dair Kısa Bir Değerlendirme", *Pencere (Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğrenci Dergisi)*.

BOZKURT, Kutluhan (2018). *Avrupa Birliği Politikaları ve Düzenlemeleri Kapsamında Göç Hukuku Mülteci Statüsü ve Sığınma*, İstanbul: Legal Kitabevi.

BOZKURT, Kutluhan (2016). "Geri Kabul ve Vize Serbestisi Anlaşması", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 125., ss. 387-408.

BOZKURT, Kutluhan ve ROTTMANN, Susan Beth (2017). Legal and Anthropological Approaches to Migration Policy in Turkey and Europe, içinde Arapgirlioğlu, Hasan, Atik, Atilla, Elliott, Robert L. ve Turgeon, Edward (Der.), *Researches on Science and Art In 21st Century Turkey Volume 2* (ss. 1590-1598), Ankara: Gece Kitaplığı.

ÇİÇEKLİ, Bülent (2009). *Uluslararası Hukukta Mülteciler ve Sığınmacılar*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

EREN, Esra Yılmaz (2017). *Mülteci Hukukunda Geçici Koruma*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

FRIBERGH, Erik ve KJAERUM, Morten (2013). *Manuel de droit européen en matière d'asile, de frontières et d'immigration*, Luxembourg: Conseil de l'Europe.

GÖÇMEN İlke (2015). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Avrupa Birliği ve Türkiye Göç Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

GÖREN Zafer. (1993) "Anayasa Hukuku Açısından Sığınma Hakkı - Federal Alman Anayasası Md. 16 ve II 2 nin Sığınma Temel Hakkı Ve Sığınmacıların Türkiye'deki Hukuksal Statüsü", *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 10., ss. 283-322.

HOPFAUF Axel. (2015). "Umwandlung des Asylgrundrechts in eine objektive Gewährleistung", *Zeitschrift für Rechtspolitik*, C. 48., ss. 226-229.

KANADOĞLU, Korkut ve BOZKURT, Kutluhan (2020). Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uluslararası Hukuk Ekseninde Sağlık Hakkı, içinde Öztürk, Burak, Sever, Çiğdem, Özkaya Özlüer, Ilgın, Yaşar Şatıroğlu, Pınar, Yılmaz, Serdar ve Damar Çıtak, Betül (Ed.), *Prof. Dr. Metin Günday Armağanı Cilt I* (ss. 575-594), Ankara: Atılım Üniversitesi Yayınları.

KANADOĞLU, Korkut ve BOZKURT, Kutluhan (2021). *Uluslararası Hukuk, Avrupa Birliği Düzenlemeleri, AİHM İçtihatları ve AYM Kararları Kapsamında Sağlık Hakkı*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.

KANADOĞLU, Korkut, DUYGUN, Ahmet Mert ve ŞAHİN, Battal Niyazi (2022) Anayasa Mahkemesi'nin Temel Hak Dogmatiğine Yönelik Bazı Tespitler (Sınırlama Kaydı İçermeyen Temel Haklar / Ortak Koruma Alanı), içinde Göztepe, Ece, Ergül, Ozan ve Çağlar, Selda (Der.), *Fazıl Sağlam'a Armağan* (ss. 265-304), Ankara: Seçkin Yayıncılık.

KANADOĞLU, Korkut ve ŞAHİN, Battal Niyazi (2022). "Anayasa Mahkemesinin Güncel Norm Denetimi ve Bireysel Başvuru Kararları Hakkında Gözlemler", *Anayasa Yargısı*, C. 39., S. 2., ss. 1-33.

MURPY, Sean. D. (2012). *Principles of International Law*, Second Edition, St. Paul MS: West.

MURSWIEK, Dietrich (2006). Zu den Grenzen der Abaenderbarkeit von Grundrechten, içinde Merten, Detief ve Papier, Hans Jürgen (Der.), *Handbuch der Grundrechte* (ss. 261-270), Heidelberg: C. F. Müller Verlag.

MUSGRAVE, Thomas (1997). Refugees, içinde Blay, Samuel K. N., Piotrowicz, Ryszard ve Tsamenyi, B. Martin (Der.), *Public International Law: an Australian Perspective*, Melbourne: Oxford Press.

ODMAN, M. Tevfik (2004). Mülteci Hukukunda Uluslararası Düzenlemeler Ve Uluslararası Standartlar, içinde *Türk Mülteci Hukuku ve Uygulamadaki Gelişmeler* (ss. 17-56), İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları.

OVACIK, Gamze (2020). Türk Anayasa Mahkemesinin İçtihadı Işığında Sınır Dışı Kararlarına Karşı Yargısal İtirazın Hukuki Etkisi, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 26., S. 2., ss. 1047-1062.

ÖZKAN, Işıl (2011). *Avrupa Birliği Kamu Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

ÖZKAN, Işıl (2018). *Göç-İltica ve Sığınma Hukuku (Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu ve Uluslararası İşgücü Kanunu ile Getirilen Değişikliklerle)*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

PAZARCI, Hüseyin (2023). *Uluslararası Hukuk*, Ankara: Turhan Kitabevi.

SAFİ, Sibel (2017). *Mülteci Hukuku*, İstanbul: Legal Kitabevi.

STEINER, Niklaus (2009). *International Migration and Citizenship Today*, Routledge.

TANERİ, Gökhan. (2012). *Uluslararası Hukukta Mülteci ve Sığınmacıların Geri Gönderilmemesi (Non-Refoulement) İlkesi*, Ankara: Bilge Yayınevi.

TÖRE, Nazlı (2016). *Uluslararası Göç Hukuku*, Ankara: Turan Kitabevi.

YILMAZ, Sibel (2016). *Kitlesel Akın (Sığınma) Durumunda Geçici Koruma Rejimi ve Asgari Muamele Standardı*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Prof. Dr. Hikmet KIRIK
(İstanbul Üniversitesi Öğretim Üyesi)

KURUCU İRADE NEYİ KURAR? TÜRKİYE'DE SİSTEM TARTIŞMALARININ FELSEFİ VE KAVRAMSAL ÇÖZÜMLEMESİNE DAİR BİR KATKI DENEMESİ*

ÖZET

Pozitif hukuk metni olarak anayasa toplumsal iktidar yapısını oluşturur, devlet organlarının yetki ve sorumluluklarını belirleyerek aralarındaki ilişkiyi düzenler. Ayrıca ulusal fikir, tahayyül ve değerlerin ifade bulduğu pozitif ahlak metinleri hatta toplumun varoluşsal amaçlarını yansıtan bir ayna görevi de görürler. Toplumsal iktidarın yani yasaların kaynağı olmasına ek olarak anayasa; ulusal fikir, tahayyül ve arzularda ifadesini bulan, varoluşsal amacının dile dökülmesidir. Batı siyasal modernleşmesi açısından ilki halk egemenliği ilkesini, ikincisi ise temel hak ve hürriyetlerin güvence altına alındığı özgür toplum idealine vurgu yapar. Anayasanın bu temel işlevleri arasında görmezden gelinemeyecek bir gerilim de vardır. Halk egemenliği ilkesinin yazıya döküldüğü metinler olarak modern anayasalar özgürlüklerin korunması adına egemenliği sınırlarlar.

Bu çalışmada modern anayasalara içkin bu çelişkilerin Türk siyasal modernleşmesine olan yansımaları kavramsal analiz üzerinden karşılaştırmalı olarak ele alınacaktır. Temel ön kabul olarak özgürlük ve halk egemenliği terimlerine içkin çelişkiler temsili demokrasi ve kuvvetler ayrımı ilkesiyle uygulamada aşılmaya çalışılmıştır. Batı dışı ve geç modernleşme örneği olarak Türkiye için sorun, modern siyasetin üzerine oturduğu bu iki kavram ve onlara yüklenen anlam arasındaki farktan kaynaklanıyor.

Anahtar Sözcükler: Anayasa, isim verme, kaynaklanma anı, özgürlük, halk egemeniliği.

Key Words: Constitution, naming, original moment, liberty, popular sovereignty.

* Bu çalışmada ileri sürülen argumanlar, ele alınan görüşler ve kavrasallaştırmaların bir kısmı, başta özgürlük üzerine olanlar, Prof. Dr. Zühtü Arslan ile İngiltere-Leicester'da doktora döneminde dost meclislerindeki sohbetler ve tartışmalar sırasında dile getirilip mesele ettiğimiz hususlardır. Aradan geçen onca yılın sonunda o günlerde yapılan bu sahih ve samimi sorgulamaların özgürlüğün, erdemin, hak ve hukukun anlamı ve değerine dair kalıcı etkilerini görmekten derin bir haz ve mutluluk duyduğumu belirtmek isterim. Ülkeye yaptığı değerli hizmetleri, özellikle de anayasal düzeni savunmada gösterdiği basiretli tutumu ve kararlı duruşunu bir vatandaş olarak saygyla karşılıyor, dostluğundan onur duyduğumu belirtmek istiyorum (Prof. Dr. Hikmet Kırık).

Ve "Allah Âdem"e bütün isimleri öğretti. Sonra onları meleklere arzedip, "Eğer siz sözünüzde sâdık iseniz, şunların isimlerini bana bildirin" dedi." Melekler, bizim bilgimiz ancak senin bize öğrettiklerin kadardır deyince Allah, "Ey Âdem! Eşyanın isimlerini meleklere anlat" dedi." Âdem eşyanın isimlerini onlara anlatınca: "Ben size, muhakkak semâvât ve arzda gaybı/görülmeyenleri (oralardaki sırları) bilirim. Gizli ve açık yapmakta olduklarınızı da bilirim, dememiş miydim?" dedi." (Bakara, 2/30-33).

İsimleri bilen ve isim koyabilen varlık olarak insan evladı kıyamete dek yeryüzünde Allah"ın halifesi olarak görevlendirildi. Kutsal bir miras olarak ismin gücüne ve gizemine inanılarak isim koyma/ad verme insanın bu dünyadaki özerkliğinin başlangıcı ve bekasının kaynağı olarak görüldü.

I. GİRİŞ: İSİM KOYMANIN VAZGEÇİLMEZ ÇEKİCİLİĞİ

Anayasacılık, halk iradesine dayalı toplumsal sözleşme temelinde toplumsal iktidarın sınırlandırılması fikridir. Sınırlandırmanın çerçevesi halkın temel hak ve özgürlüklerinin korunacağı güvencesine karşı egemen bir güce devredilmesi (Hobbes) öte yandan korumanın etkin işlemesi için iktidarın taraflar arası bir sözleşme temelinde sınırlandırılmasının gerekliliği fikri (Locke) halkın yani genel iradenin, devlet otoritesinde içkin olduğu görüşü (Rousseau) hukuksal ve siyasi bir araç olarak içinden çıktıkları toplumu şekillendiriyor. Aradan geçen süre boyunca bu kurucu fikirlerin bazıları eleştirilip yeni bakış açıları eklenmiş olsa da bu temel ilkeler zemininde kurucu iradenin yazıya dökülmüş hâli olarak anayasaların işlevi şu ya da bu ölçüde ana hatlarıyla şu başlıklar etrafında özetlenebilir: a) topluluğu siyasal bir entite olarak; b) bu siyasal entitenin doğası (devletin nitelikleri) ve yetkesini; c) ulusal kimliği; d) vatandaşların hak ve ödevlerini; e) devlet organlarının yetki ve sorumlulukları ile aralarındaki ilişkiyi tanımlayıp deklare etmektir (IDEA 2014, 2-3).

Bu metin genel anlamda anayasalar ya da anayasacılık hakkında bir metin olmadığı gibi anayasal çıktılar ya da kararlar hakkında bir yazı da değildir. Bu çalışmanın amacı, yukarıda belirtilen anayasa işlevleri temelinde, anayasa fikri, anayasanın kaynağı ve kurucu şekillendirici metin olarak içinden çıktığı toplumun normatif değerleri açısından karşılaştırmalı olarak incelemektir. İncelemenin temelinde özgürlük ve egemenlik gibi anayasacılık söylemine ruhunu veren iki terimin Batı ve Türk siyasal kültüründeki anlamlandırılması eleştirel bir bakış açısıyla ele alınacaktır. Bunu yapmaktaki amaç, Batılılaşma/Avrupalılaşma olarak da adlandırılan Türk modernleşmesinin, aynı zamanda anayasallaşma süreci de olduğu gerçeğinden hareketle anayasal sistemin gerilim kaynaklarına dair yeni bir bakış açısı ortaya koymaktır. Bir yıldan az yürürlükte kalan 1876 Kanuni Esasi, 1908 de yeniden yürürlüğe konuluyor ol-

masına karşın, anayasal devlet olarak niteleyebilmek için, 1921 Teşkilatı Esasiye Kanunu'nun, "*Hâkimiyet bilâ kaydü şart milletindir.*" ilkesini benimseyerek, Türkiye Büyük Millet Meclisi'ni milletin yegâne ve gerçek temsilcisi olarak tanımlamasını beklemek gerekecektir. Millî egemenlik ilkesine dayanan, genel iradenin hukuk temelinde, TBMM tarafından temsil edildiği cumhuriyet anayasal bir devlet hüviyeti kazanır (Ahmad 1969; Wallerstein 1977; Özbudun 1978; Hanioğlu 1995). Milletin kayırsız şartsız egemenliği takip eden (1924, 1961, 1982) bütün anayasalar ve anayasa düzenlemelerinde korunmuştur. Öte yandan 1921 Teşkilatı Esasiye kanunundan günümüze yüz yıllık cumhuriyet tarihinde üç anayasa ve iki büyük değişikliğe (1971-2010) rağmen bugün hâlâ yeni bir anayasa tartışmaları siyasi gündemi ciddi şekilde meşgul ediyor.

Anayasal siyasetin kaynağı hakkında konuşmak, öncelikle bir kısım fikirlere dair anlama ve anlamlandırma çabasını gerektirir. Özgürlük, adalet, vatandaşlık, halk egemenliği bu fikirler arasında en bilinenleridir. Bu fikirler aynı zamanda birer isim, terim ve kavramdır. Kavrama isim vermek terimleri tanımlama, terim ile tanımlama veya terim tarafından tanımlama meselesidir. Tanımlamak gerekirse terimler bir bilim, sanat, meslek dalıyla ya da bir konuyla ilgili özel ve belirli bir kavramı olan sözcüklerdir. Diğer bir deyişle terim, gerçek veya tahayyül edilmiş bir şeyi isimlendirme ve bir "söz eylemdir"[1]. Terim semboller ve işaretlerle temsil edilir. Sembol ya da işaret, kendinden başka bir şeyi ifade eden her şey; dil ise iletişim aracı olarak semantik sembol ve işaretleri kullandığımız araçtır (Barthes 2023).

Habermas'a göre dil aracılığı ile gerçekleşen eylemin önemi, kendimizi ürettiğimiz karmaşık etkileşimleri eş güdümleme kapasitesinde saklıdır. Dil bunu bireysel eylemleri eş güdümleyerek başarır (Habermas 1986, 101). Anlamaya meyleden bir eylem teleolojik bir eylem olmanın ötesine geçer. Söz ve anlam arasında amaç araç ilişkisi vardır. Eş güdümleyici yorumsama işleminin temelini oluşturan yorumsama başarıları, eş güdümleme eyleminin mekanizmasını temsil eder. Anlama-anlaşılma gerçekleşmesi bile yorumsamacı açıdan iletişimsel eylemin sonu değildir.

Tevrat üzerine yaptığı incelemede Yost, otoritesi üçüncü taraflarca ve "ad verilenin" kendisi tarafından tanınan bir "ad verenin" bu eylemi, ad verilenin kendisine verilen adla tanınıp bilinmesi anlamına gelir. Burdan hareketle Yost, ad vermenin bir söz-eylem olarak önemine dikkat çekerek, insanların

1 Söz-eylem kuramı, insanevladının sözcükleri basitçe dilsel içeriği aktarmanın ötesine geçen düzeylerde kullandığını iddia eder. Austin"in açtığı yoldan, Searle tarafından geliştirilen kuram, sosyal bilimlerde de etkili olmuş ve örneğin Habermas"ın iki ciltlik devasa *İletişimsel Eylem Kuramı* başlıklı çalışmasının temel kaynaklarından birini oluşturmuştur. Bkz. Austin, J. L. (1975). How to do things with words, içinde Urmson, J. O. ve Sbisà, M. (Eds.), Cambridge, MA: Harvard University Press; Searle, J. R. (1999). *Speech acts: An essay in the philosophy of language*, Cambridge: Cambridge University Press.

sözcükleri kullanırken "sadece dilsel içeriği taşımaktan fazlasını" yapabildiklerini iddia eder (Yost 2018, 4).

Öte yandan bunun tersini düşünenler de var. Antik Yunan'da Sofistler için iyilik, adalet, cesaret, züht, takva veya güzellik gibi kavramlar en nihayetinde sadece birer sözcük ve mevcut insan eğilimlerine verilen birer isim olmaktan öte bir şey değildirler. Benzer görüşler zamanımızda da dile getiriliyor. Örneğin "*Zanatkarlık Üzerine*" (On Craftsmanship) adlı eserinde Virginia Woolf sözcüklerin gerçeği ifade etmekten çok "birbirlerine ait olduklarını" söylüyor. Bu nedenle de sözcükler işaret ettikleri şeylerin adlandırılamaz özlerinden daha çok birbirlerine hesap verirler." (https://www.literaturecambridge.co.uk/news/craftsmanship). Aldous Huxley daha da ileri gidip sözcüklerin işaret ettikleri şeylerin özüne dair yaratacağı kafa karışıklığı tuzağına düşme ihtimaline karşı bizleri uyarır. Huxley'e göre, bilinen şey varlık kazanır. İnsanı insan yapan dil yani sözcükler; yaratıcılık, manüpülasyon ve varlıklara ad verme gibi insan gereksinimlerini karşılama aracıdır. Ancak sözcükler aynı zamanda anlamı gölgeler. Bir soyutlama, sanallık ve toplumsallığından dolayı bir dil evreni içinde anlam her zaman aynıdır (akt. Del Castillo 2012; 11).

Sokrates bu iki görüş arasında uzlaştırıcı rolü oynar. Antik filozofa göre gerçek erdemi bilebilmek için tüm erdemli davranışlara içkin olan şeye yani onun özüne vâkıf olunması gerekir. Yani erdeme dair genellenebilir tek bir özelliği bünyesinde barındırmayan erdemli bir davranış sadece erdemli bir davranış olarak kabul edilebilir. Ancak bu tekil davranış erdemliliğin kendisi olarak nitelenemez. Dolayısıyla, "iyilik", "adalet", "cesaret", "alçakgönüllülük" ve "güzellik" yalnızca sözcük ya da başka bir deyişle insanın o an içinde bulunduğu koşullara taktığı isimlerdir. Gerçeklik sanısı veren ve öte yandan "sağlam temellerden yoksun olan "isim" gerçek olanı bozar ve yanıltır." Çoğu durumda hakikati yansıtıyormuş izlenimi yaratarak anlamı gölgeleseler de sözcüklerin "nadiren de olsa hakiki ve kalıcı olan bazı şeyleri işaret edebilen gizemli tarafları da vardır … filozoların görevi tam da sözcüklerdeki bu gizemli özelliği ortaya çıkarmaktır." (Tarnas 1991, 34).

İsim koymak, dil üzerinden gerçekleştirilebilen eylemlerin en basitidir. Somut ya da soyut, bir "şeye" isim koyduğumuzda en görünür hâllerinden hareketle o "şeyi" işaret ederiz. Bu nedenle isim, işaret ettiği şeyin gerçeğe en yakın hâli olarak kabul edilir. İsim koymak, davranışlarımızı ve yanı sıra öğrenme örüntülerini de dönüştürür. Onları yeniden düzenleyerek düşüncelerimizi yeniden yönlendirmemize sebep olur. Susan Sontag 1968'in ayak seslerinin iyice duyulmaya başlandığı dönemde kaleme aldığı *Estetiğin Sessizliği* başlıklı yazısında ne bir kukla ne de melek olmayan insanevladının, yaşam deneyimini sürdürdüğü "dil krallığında" çeşitli nedenlerle içine yuvarlandığı "düşkünlük" hâlinden kurtulmak istiyorsa dil kullanımını en basit hâli olan

isim koyma ile sınırlandırmasını tavsiye eder (Sontag 1967).

Sontag'ın tespitinden hareketle söyleyecek olursak insan yaşamı büyük ölçüde soyutlukları adlandıran kavramlar içinde geçiyor. Böyle de olmak zorundadır çünkü tecrübelerimiz bizi son derece zengin ama bir o kadar da karmaşık durumlar içinde bıraktığından; ne olup bittiğini anlayabilmek, bize neyin gerekli olduğunu veya hangilerinin işimize yarar olduğunu fark edebilmek, yani kısaca hayatta kalabilmek için isimlere ve kavramlara muhtacız. Genellemelerimizi ve her biri diğerinden daha yüksek soyutlamaları yapabilmemize imkân tanıyan da kavramlaştırmalardır. Kavramlar sayesinde kavrıyor ve idrak edebiliyoruz.

Hiç şüphe yok ki halk egemenliği, adalet ve özgürlük kavramlarının işaret ettiği soyut gerçeklikler, velev ki bunlar en yüce insani erdemler olsun, evrensel ve öze ilişkin hakikatlerinin bilinemediği isimlendirmeler hatta ortaya çıktıkları toplumun kendine özgü yapısı tarafından oluşturulmuş şifrelerdir. Back'ın da dediği gibi sosyal yapıya böylesine bağlı olan şifreyi çözebilmek için zaman ve mekânda geniş bir çerçeveden ele alınmaları gerekir (Back, 19-23, 52). Yazının bundan sonraki bölümlerinde isimden terime terimden anlama giden bir izlek oluşturmaya çalışacağım. Bunun için özgürlük ve halk egemenliği terimlerinin karşılaştırmalı bir çözümlemesini yapmaya çalışacağım. Yazının sınırlılığı şüphesiz analizi de oldukça sınırlayacak olsa da algıların neyi gölgede bıraktığına dair bir fikir verebilmeyi umuyorum.

II. İSMİNİ ARAYAN ANLAM-ANLAMINI ARAYAN İSİM

Dede Korkut masallarında sık tekrarlanan bir tema ki aynı zamanda Dede Korkut'un toplumsal işlevlerinden birdir. Oğlan çocuğu bir kahramanlık gösterdiğinde Dede Korkut gelir ve çocuğa kahramanlığı veya başarısını çağrıştıran bir isim verir. İsim anlamı (bedensel ve karakter özelliği, erdemler) takip eder. Çoğu durumda ise isim sadece bir etiket gibi sahibinin üzerine yapştırılır. Burada isim ve isim sahibinin taşıdığı nitelikler yani anlam arasında herhangi bir ilişki bulunmaz, keyfî olarak herhangi bir şey de olabilir. Buradan varmak istediğim husus, tarihsel ve toplumsal koşullara dayalı olarak ortaya çıkan olguları niteliyen isimlendirmeler birer terim ve kavram olarak anlama isim vermektir. Buna karşın toplumsal koşullardan bağımsız olarak ithal yoluyla dolaşıma sokulan isim bir sürü absürdlüğün ortasında kendine anlam bulmaya çalışır. Tıpkı sanayileşmiş toplumda saatin taşıdığı anlam ile henüz bu aşamaya geçmemiş bir toplumda sebep olduğu anlamsızlıklar dizisini harikulade ortaya koyan Ahmet Hamdi Tanpınar'ın *Saatleri Ayarlama Enstitüsü* romanında olduğu gibi. Özgürlüğün batılı toplumlar için anlamı ile bizim için anlamını bu çerçeveden ele alıyorum.

Özgürlüğün Batı toplumsal tarihindeki gelişim seyrini güçlü devlet ve güçlü özel mülkiyetin tarihsel birlikteliği belirler. Bu gerilimli simbiyosu en iyi ifade eden iki kavram antik Roma İmparatorluğu'unda özel mülke atfedilen *dominium* ile kamusal gücün kullanımı olan *imperium* kavramlarıdır. Başta imparator olmak üzere kamusal gücü kullananlar ile mülk sahiplerinin şahsi iktidarından oluşan toplumsal iktidar yapısı, aynı zamanda bir özerklik de tanımlıyordu. Modern devlete geçerken, yerel güç konumundaki mülk sahiplerinin yanı sıra mülkün dışında kalan ve sadece krala bağlı özgür birey yeni bir kategori olarak tarih sahnesinde yerini almaktaydı (Wood 2012).

Krallar yerini hükûmetin temeli, yasanın yegane kaynağı ve ülkenin meşru gücü olarak modern devlete bırakırken, özgür birey de devlete bağlılığı karşılığında kişisel mutluluk arayışında, temel hak ve hürriyetleri güvence altına alınmış vatandaş bireylere dönüşür. Devletin ve toplumun müdahalesine karşı temel haklarını kullanabildiği bu negatif özgürlük anlayışının yanı sıra, vatandaşları bir kısım kamusal sorumluluklarla donatan kamusal işlere katılmasını zorunlu kılan pozitif özgürlük anlayışı, Batı düşünce geleneğinin siyasal özgürlük modeli olarak iki ana akımını oluşturur (Berlin 1969). İlki klasik liberalizmin özgürlük anlayışını yansıtırken ikincisi, kökleri hümanizmin babası sayılan Petrarch'a kadar dayandırılan cumhuriyetçi özgürlük anlayışı olarak da anılır. Cumhuriyetçi özgürlük, özünde "kendi kendini yönetme" ilkesi ile tanımlanabilecek ve temelinde tahakkümü dışlayan bir ideal olarak karşımıza çıkıyor. Ayrıca siyasal katılım başta olmak üzere, vatandaşların medeni ve siyasal hak ve özgürlüklerinin, kurumsal bir takım mekanizmalar yoluyla korunmasını amaçlar (Petit 1997, 51-79).

Cumhuriyetçilerin özgürlük anlayışı, adalet kavramına çok fazla referans vermezken negatif özgürlük anlayışı, geleneksel toplumun hiyerarşik bağlarından özgürleşmiş bireylerden oluşan toplum idealinin bir yansıması ve "hak temelli" devlet olarak tanımlanır. Böyle bir devlette ifade özgürlüğü, toplanma özgürlüğü, düşünce ve vicdan özgürlüğü gibi temel haklar anayasal şekillenmeler yoluyla belirginlik kazanır. Hak temelli anlayış, insanın erdemlerinin yansıması olarak toplumu, zaaflarının sonucu olarak da devleti görür (Tocqueville 2010 [1835], 141). Tam da bu nedenle toplum özgürleştirici, devlet ise yasaklayıcı ve cezalandırıcıdır. Hukukun üstünlüğü, siyasal yansızlık ile bireysel hak ve özgürlüklere saygıya yapılan vurgularla birlikte düşünüldüğünde, hak temelli siyasal kuramda, "bireysel hak" "toplumsal iyiyi" önceliğinden bu yaklaşıma "Kantçı" veya "deontolojik" liberalizm denilmektedir (Sandel 1982, 1).

Deontoloji için "adalet" hem sistemin bütünü hem de alt sistemler açısından mihenk taşı vazifesi görür. Bir Adalet Kuramı (*A Theory of Justice*) başlıklı eserinde Rawls (1971), toplumsal kurumlar için en yüce erdemin "adalet" ol-

duğunu söyler. Hakkaniyet olarak adalet (*justice as fairness*), anlayışında ifadesini bulduğu hâliyle adalet ilkesi; hak ilkesi ile kamusal akıl ve meşruiyet ilkesi esasen aynı kaynaktan neşet eder. Çalışmada ana fikir olarak nitelenen hâliyle adalet ilkeleri, sadece sezgisel olamayacağı gibi, yararcı ilkelerden kaynaklanmaz. Hatta herhangi bir teleolojik kuram tarafından belirlenen bir "iyi" arayışı veya var olan "iyiyi" en üst düzeye çıkarma amacına dayandırılamaz. Bu ana fikirden hareketle adaletin genelleşmiş kavramı, özgürlüğün eşit dağılımı anlamına gelir.

Rawls, bu ilkelerin, neler olabileceğinin "orijinal duruş" altında belirlenebileceğini varsayar. Orijinal duruş, adil siyasetin ilkelerine gönderme yapan fikretmenin (*reflection*) akılcı noktasıdır. Rawls'un cehalet perdesi, kişilerin bireysel, maddi, fiziksel ve moral koşullarına bakmaksızın adalet ilkelerinin her durumda seçileceği anlamına gelir. Özgürlük ilk ilke olup her bir kişi, herkes için özgürlük garanti eden bir sistemle uyumlu olacak şekilde en yaygın eşit temel haklar sistemi içinde eşit haklara sahip olmalıdır. Toplumsal kaynakların ve yüklerin dağıtılmasının temeli olarak adalet anlayışı, aynı zamanda toplumsal sözleşmenin de nihai hedefi olan iki temel ilke üzerinden anlaşılır. Bu ilkelerin ilki her bir şahıs diğerleri için de geçerli olan mümkün olduğu kadar geniş temel özgürlüklere sahip olma konusunda diğerleri ile eşit haklara sahip olmalıdır. İkincisi de toplumsal ve ekonomik eşitsizlikler düzenleme altına alınmalıdır (Rawls 1971, 3-7, 60). Nihayet hak temelli devlet, her türden kamusal gücün ülkede geçerli olan hukuk düzenine tabii olması anlamına gelmez sadece; aynı zamanda yasaların kendilerinin de temel hak ve özgürlüklerin tanınmasından kaynaklanan sınırlamalara tabii olmasını gerektirir.

Batının liberal geleneğinde mutluluğu yakalamak ve acıdan sakınmak gayesiyle çıkarını maksimize etmeye çalışan birey, bunu en iyi devlet ve toplumla arasına belirli bir mesafe koymak suretiyle gerçekleştirebileceğinin farkına varmıştır. Bireysel hak ve özgürlüklerin en üst noktaya taşınması bireyin manevra alnını bir yandan pazar ekonomisinin sağladığı uygun koşullarda ve öte yandan gönüllü katılıma dayalı sosyal ilişkiler çerçevesinde genişletir. Bir diğer düzlemde ise özgürlük, devletin etki alanının dışında sivil toplumun kendi kendini yönetmesidir.

Buna karşın özgürlüğün bizim coğrafyamızdaki serancamı farklı hatta her daim netameli olmuştur. Önderman'a göre Türkiye'de özgürlük, "kaos, anomi, belirsizlik hâllerine; "hukuk devleti anarşi durumuna"; hak talepleri "yabancılaşma ve hakların kötüye kullanılmasına" ve demokrasi "istikrarsızlık ve çekişme korkusuna" verilen isimlerdir. Burdan da anlaşılacağı gibi sorun, bir yönüyle isim ve ismin işaret ettiği gerçeklik arasında tarihsel ve toplumsal koşullara bağlı olarak oluşan farkla açıklanabilir (Önderman 2018, 29).

Osmanlı siyasi reformcuların "hürriyet" talepleri toplum için yeni bir anlam dünyası kurma girişimi olarak nitelenebilirse de modern özgürlüğe dair hakikati yansıtıyormuş izlenimi verirken anlamı gölgelemiştir. Namık Kemal'in *Hürriyet Kasidesi* ya da *Vatan yahut Silistre* gibi eserlerinin toplumda yarattığı epik duygulanım örnek gösterilebilir. Aradan geçen onca zamana rağmen özgürlüğe dair toplumsal anlam arayışımızın bugün hâlen sürmesinin sebebi zaman içinde isim büyüdükçe anlamın üzerine düşen gölgenin de büyümesidir.

Kanaatimce başlangıçta eksik bırakılan şey, özgürlüğün toplumsal düzen için ne ifade ettiği üzerinde yeterince düşünülmemiş olmasıdır. Sadık Rıfat Paşa, Cevdet Paşa, Namık Kemal ve Ali Suavi gibi Osmanlı aydınlarının genel olarak reform özelde de hürriyet talepleri nitelik ve kapsam açısından ciddi kafa karışıklığı içerisinde olduklarını göstermektedir[2].

Sadık Rıfat Paşa'nın kamuoyuna dair algısı kamuoyunun rasyonel ortak aklın bir yansıması ve dolayısıyla siyasal meşruiyetin bir kaynağı değil, halkın öfkesine ve hoşnutsuzluğuna bağlı taşkınlıkların sembolüdür. Paşa'ya göre siyasi yapılanma insanoğlu için doğal bir gerekliliktir ancak halkın politikaya katılma hakkını öngörememekte ya da hiç olmazsa zamansız bulmaktadır. Hatta Osmanlı politik felsefesinin temeli olan devletin adalet sağlayıcı işlevi halkın politikaya müdahalesini önlemek içindir. Rıfat Paşa için kamuoyu, siyasal olmaktan çok sosyal bir kategoridir. Ayrıca siyasi tercihlerin bir ifadesi olmaktan daha çok yasalara ve düzene karşı bir başkaldırı olarak ortaya çıkmaktadır. Dönemin bir başka aydını tarihçi, devlet adamı Cevdet Paşaya göre kamuoyu kendini en fazla Yeniçeri Ocağı'nın, ki Cevdet Paşaya göre Osmanlı politik sisteminin en temel gücüdür, lağvedilmesi sırasında hissettirmiştir. Yüzyıllardır varlığını sürdüren bu kadar güçlü bir kurum birkaç saat içinde yok edilmiştir. Rıfat paşa gibi Cevdet Paşa da kamuoyunu devletin adaletsizliği karşısında politika alanına müdahale eden bir güç olarak algılar.

Ali Suavi, dönemin İngiliz sistemini eleştirirken anayasa (İngiltere'nin yazılı bir anayasası olmamıştır.) ve kabine olan bir yerde kamuoyunun olamayacağından dem vurarak seçilmişlerden oluşan parlamentonun yasa yapma gücüne de karşı çıkıyordu. Çünkü diyordu Suavi, gazeteci, esnaf, iş adamı gibi sınırlı sayıda ve belirli çıkarların temsilcileri sıradan insanların yasa yapıcı konuma gelmeleriyle adalet sağlama işlevi zaafa uğrayacaktır. Aynı eleştirisini parti politikalarının düzeni tehdit edici etkisi altında gördüğü Fransa için de dillendirir. Partilerin birbirleriyle olan rekabeti Fransa kamuoyunun bölünmüşlüğü anlamına gelmektedir.

Namık Kemal için kamuoyu, hükûmetlerin kamusal işlerde milletin ortak çıkarlarına aykırı uygulamaları ve gücün kötüye kullanıldığı durumlarda or-

2 Buradaki tartışmaların daha geniş bir analizi için Bkz. Kırık, H. (2004). "Türkiye'de Kamu Kavramının Kökenleri", *Selçuk İletişim Dergisi*, C. 3., S. 3., ss. 143-154.

taya çıkan millî uzlaşmadır. Namık Kemal bir yandan akıl, bireysel özgürlükler, politik temsil ve rekabetçi siyasal yapıları olumlarken kamuoyu olgusunu hâlâ geleneksel topluma özgü yapıda algılamaktadır. Kamuoyu kızdırılır özel çıkarlar bu şiddetin önünde duramazlar. Osmanlı tarihi bu haklı ve ölçülü şiddetin iyi bir göstergesidir: İhtilallerin çoğu zalim yöneticilerden başka hiç kimseye zarar vermemiştir. Dolayısıyla devleti ve toplumu boğazın akıntıları gibi ters yönlerde akan birbirine karşı iki olgu olarak görmek, genel olarak siyasi durum, özel olarak da kamuoyunu olumsuz yönde etkileyeceğinden tamamen arzu edilemez bir durumdur.

Osmanlı aydınları için modern siyasetin temel çıktılarından biri olan Ali Suavi ve gerekse de Namık Kemal için, rekabete dayalı siyaset, Osmanlı düzeninde *telosun*, toplumsal adaletin ortadan kaldırılmasıdır. Adil siyasi düzen işinin ehli ve dürüst yöneticiler tarafından sağlanabilir. Modern siyaset, "çatışmaya dayalı tartışmayı önlemeye çalışan sosyal düzen idealinden, sosyal çatışmadan uzak tartışma ideali" doğrultusunda sessiz bir dönüşüm olarak niteler Warner (1990, 46). Hâlbuki Osmanlı aydınları için rekabete dayalı siyaset, düzen açısından telosun, yani toplumsal adaleti sağlama amacının yitimi anlamı taşımaktaydı. Modern toplumun toplumsal dayanışma biçimini de dönüştürdüğünün (Durkheim: organic dayanışma) farkında olmadıklarından geleneksel birlik ve bütünlük formlarında ısrarcı olmuşlardır. "Özgür" toplumda (Batı) adaletin anlam özgürlüğün eşit dağılımı olarak netleşir. Buna karşın, "Adil" (Osmanlı/Türk) toplumda özgürlüğün ne anlama geldiği o gün olduğu gibi bugün de yeterince açıklığa kavuşturulmamıştır.

Osmanlı Devleti, aşırı derecede aşkın bir devlet olarak gerçek bir siyasal güçtü. Yetkesini ve meşruiyetini sultanın ihtiyari yasa yapma ve bununla ilgili olarak hukuki anlamda yaptırım uygulama kapasitesinden almaktaydı. Devlet, toplumsal tabakaların mevcut konumlarının sürdürülmesi ilkesinde somutlaşan bir düzeni sağlamakla görevliydi. Bu hâliyle devlet etrafında örgütlenmiş toplumdan söz ediyoruz (Kırık 2005) Osmanlı hikmet-i hükûmetinin siyasal dildeki ifadesi, sadece devlet eliyle sağlanabilecek olan "toplumsal düzen" fikriyle "adil siyasetin" aynı anlama geldiği kadim "daire-i adalet" kavramıdır (İnalcık 1973, 65-90). Adaleti düzen ile, düzeni de devlet ile ilişkilendiren Osmanlı siyasal kültüründe bu üç kavramın tarihsel süreçte birbirileriyle eş anlamlı hâle gelmesine şaşırmamak gerek.

Bu teleolojik toplumsal düzende siyaset ve üretim (devlet/reaya veya avam/havas) birbirlerinden kalın çizgilerle ayrılmıştır. Patrimonyel yapıda devlet, sultanın mülkünü idare eden yönetici sınıfları da içeren hem büyük bir *oikos* hem de *bios politikostur*[3]. Ayrışma kişi hakları düzeninde de kendisni

3 Batı tarihsel tecrübesinde ayrımlaşma; *oikos* ve *bios politikos* veya *citoyen* ve *homme* sözcüklerinde ifadesini bulan ve bireyin özel/ihtiyaçlar ve kamusal/özgürlükler varoluş

gösterir. Yönetici sınıflar yani *kul taifesi*, gelenek hukukununa tabii iken sıradan insanlar ait oldukları kollektivitenin inanç hükümlerine tabidir.

Osmanlı siyasal düzeninde devletin muhatabı birey (ferd) değil, kolektif yapılardır. Bu kurguda Osmanlı ferdi, kutsal adaletin başarılmasını amaçlayan cemaat (*gemeinschaft*) düzenine dayalı sosyal ve siyasi organizasyonun bir üyesidir. Paylaşılan değerler ve normlar, her bir *milletin* kendi dini inaçlarından kaynaklanırdı. Şerif Mardin (2016) Osmanlı'da dinî hukukun devletin keyfî uygulamalarına karşı sağladığı güvence oranında bir *polis* veya *res publica* olarak görülebileceğini söyler. Çokkültürlülüğün önemli temsilcilerinden Kymlicka ise Osmanlı Devleti'nin bünyesinde barındırdığı farklı topluluklara oldukça hoşgörülü davranmasını oldukça önemli ve değerli bulur. Ancak dönemi için oldukça ileri de de olsa bu uygulamayı modern özgürlükle kıyaslamak mümkün değildir. Çünkü kollektif yapılara gösterilen bu hoşgörü bireysel vicdan özgürlüğünü kapsamaz (Kymlicka 1995, 157). Nitekim Kantçı düşüncedeki, kendisi bir amaç olan onurlu birey, İslam ümmetinin cemaatçi (Tönniesçi anlamında) evrenselliğinde kendine bir karşılık bulamaz. Dolayısıyla toplumsal adaleti devlet merkezli bir anlayışla başarma idealinin, bireysel özgürlük veya doğal haklar anlayışından uzaklığı ölçüsünde hürriyet sözcüğü siyasi bir konotasyona sahip olmamıştır.

Dolayısıyla, Batılı bireysel özgürlüğe en çok yaklaşıldığı an, kanımca İslam dininin kendine has siyasi/sosyal eşitlikçiliğinde bulunabilir. Adalet kavramına yüklenen anlam, bu harici bedensel hürriyet kavrayışının sınırlarını da belirlemektedir. Modernleşmeyle yüzleşmek durumunda kaldıklarında Sadık Rıfat Paşa, Şinasi, Namık Kemal gibi Osmanlı aydınları, kendilerininkiden çok farklı olan modern toplumun karmaşık yapısındaki gerçeklikleri işaret eden kavramları isimlendirdiler. Böylece hem ne olup bittiğini anlayabilecek hem de bu tehdide karşı hayatta kalabilme reçeteleri oluşturabileceklerdi. Gerçekten de bir isim olarak "hürriyet", modern özgürlük anlayışına içkin olan esaret, kölelik, mahpusluk gibi dışsallıkların fiziki durum, toplumsal statü veya hukuk yollarından biriyle kişiyi sınırlanması anlamında *freedom* sözcüğünü karşılar. Hür bir kişi, harici sınırlamalara maruz kalmadan siyasi, toplumsal ve medeni (civil) özgürlüklerinden yararlanabilen biridir[4].

Öte yandan hür bir kişinin iradesi doğrultusunda söz ve eylemde bulunma gücüne karşılık gelen *liberty* Osmanlı aydınlarının düşüncesine yabancı

alanları üzerinden gerçekleşir.

4 F. Rosenthal İslam Ansiklopedisi'nde *Hurriya* maddesinde sözcüğün köle olmamak anlamına geldiğini, *Tasavvuf* öğretisinde ise sadece Allah'a teslim olmak anlamında kullanıldığını belirtiyor. Rosenthal, F. (Tarihsiz). The article "Hurriyya", in *Encyclopaedia of Islam, Vol. I*, 2nd. ed. Onsekizinci Yüzyıl başlarında serbestiyet sözcüğü kullanılıyor. Sözcüğü siyasi göndermeyle ilk kullanan ise Avupaya giden ilk Osmanlı elçisi Yirmisekiz Mehmet Çelebi'nin Fransa'nın Toulouse and Bordeaux şehirlerini "serbest şehirler" olarak niteliyor, Uçman, A. (Ed.). (2017). *Paris Sefaretnamesi*, Istanbul: Dergâh Yayınları, s. 28ff.

bir kavramdı. Kişinin herhangi bir sınırlamaya tabi olmadan seçme hakkına sahip olarak dilediği şeye inanma (inanç özgürlüğü), bu doğrultuda fikir ve düşüncelerini dile getirme ve dilediği eylemde bulunma, hakkı ve gücünü (ifade özgürlüğü) mümkün kılan koşullar olarak tanımlanıyor. Bu anlamda terim, kişilerin davranışlarını kendi iradeleri doğrultusunda belirledikleri, kendileri hakkındaki kararları kendilerinin verdikleri ve yanısıra bu eylem ve davranışlarının sorumluklarını üstlendikleri hâl olarak anlaşılmalıdır. Elbette bu durum kişinin etik dışı veya ahlaki değerlere aykırı hareket edebileceği anlamına gelmez.

Ancak, "hürriyetin ilanı" olarak da adlandırılan I. Meşrutiyet Dönemi dönüşümün ilk izlerini taşıması bakımından önemlidir. Kutlamalar sırasında dile getirilen Hürriyet, Müsavat (Eşitlik), Uhuvvet (Kardeşlik) yeni düzenin dikkat çeken sloganlarıdır. Bu sloganlarda bakış açısına bağlı olarak 1789 Fransız Devrimi'nin Eşitlik, Özgürlük, Kardeşlik (*Liberté, égalité, fraternité*) ilkelerinin izdüşümleri görülebilir. Öte yandan bu sloganları dönemin koşullarını yansıtan Adalet Dairesinin yeni bir yorumu olarak okumak da mümkündür. Bu sloganlarda yeni olan, kavramlar arası ilişkinin dairesel olmaktan çıkıp doğrusal hâle gelmesi ve aralarındaki hiyerarşide hürriyetin adaletin önüne geçmesidir. Diğer bir açıdan bakıldığında, kavram-isim-slogan zincirinde modern özgürlük kavramı Osmanlı siyaset dilinin kullanımı için hürriyet olarak ismlendirilmiş ve nihayet politik bir slogan olarak halkın zihnine kazınmıştır. Burada olan şey birbiri ile ilişkili iki düzeyli eylem üzerinden "pragmatik yöntemle" toplumsal dönüşümü yönetme gayretidir (Kırık ve Morva 2016). Birer konuşma eylemi (*speech act*) olarak isimlendirmeler yoluyla başka bir gerçeklik, tarif edilerek benimsenmeye (*slogan etkisi*) çalışılmış. Eş zamanlı olarak da siyasal süreçler işletilerek (siyasi eylemler, yasal düzenlemeler, kurumsal dönüşümler) amaç gerçekleştirilmek isteniyor.

III. KURUCU İRADENİN SIVILAŞMIŞ ZEMİNİ OLARAK HALK EGEMENLİĞİ

Anayasaların tarihi ve doğası hakkında konuşmak esas itibarıyla egemenlik terimi hakkında konuşmaktır. Örneğin Hobbes, sınırlandırılmamış bir egemenlik fikrini savunurken, Locke toplumsal sözleşme temelinde sınırlandırılmış bir egemenliği savunur. Öte yandan, sınırlandırılmış egemenlik anlayışının tutarsızlığına dikkat çeken görüşler de bulunur. Bu görüşlere göre, hukuk kurallarına kaynaklık eden egemenin sınırlandırılması demek tanım gereği egemen olanın kendi kendini sınırlandırması demektir. Austin'e göre bu tutarsızlığı, egemen gücün son tahlilde *millet* olduğu *halk egemenliği* ilkesiyle aşmak mümkündür. Böylece yasama yürütme ve yargı güçleri anayasa tarafından sınırlandırılırken millet kayıtsız ve şartsız yasaların kaynağı olma-

ya devam eder. Dolayısıyla Austin için amir güç olarak egemenin buyruğu, millet üzerinde bağlayıcı güce sahip olacaktır (akt. Rumble, 1995) Öte yandan amir güç milletin bizatihi kendisi ise amirlerin amirlere emrettiği paradoxal durumla karşı karşıyayız demektir (Hart 1994, 73-78).

Modern halk egemenliği ilkesine içkin bu çelişkili durum bugüne değin siyaset bilimcilerinin ilgisini çekmeye devam etmekte ancak henüz üzerinde bir uzlaşmaya varılamamış görünmektedir (bkz. Hinsley 1986; Bartelson 1995; Krasner 1999; Jackson 2007; Elshtain 2008; Pemberton 2009). Öte yandan Batı siyasal tecrübesi Austin'in açtığı yoldan giderek egemenliğe içkin bu paradoksu siyaseten çözmeyi başarmıştır. Normatif ideal olarak halk egemenliği, eşit, özgür ve "kendi kendini yöneten toplum" ideali doğrultusunda anayasal demokratik rejim olarak vücut bulmuştur. Hatta bu paradoksal durumu bir engel değil, tersine bir avantaj olarak değerlendiren Whitt'e göre, halk egemenliği ilkesi, dinamik, yaratıcı ve gerçek anlamda rekabetçi bir siyasal teşkilatlanma yolu olarak değerlendirilmelidir (Whitt 2010, ix).

Eğer halk egemenliği aynı adalet ve özgürlük kavramlarının işaret ettiği soyut gerçeklikler, tarihsel ve toplumsal isimlendirmeler olarak kabul edilecekse, Batı tecrübesi dışında kalan toplumlara dair ne ölçüde açıklayıcı olabilir? Bu soruya kapsamlı bir cevap verebilmek ancak bu isimlendirmelerin o toplumun kendi tarihselliği bağlamında ele alınmasını gerektirir. Ancak neden açıklayıcı olamayacağını göstermek nispeten kolay.

Bu noktada Hintli edebiyat eleştirmeni ve kuramcı Gayatri Chakravorty Spivak'ın Batı dışı siyasal modernleşmelerin sorunları hakkında Türkiye tecrübesini örnekleyerek getirdiği açıklamalar dikkate değer. Spivak'a göre anayasalar "halk adına" ve "genel iradenin ifadesi olarak ... anlatısal meşruiyetlerini" bu çıkış noktalarının doğası sayesinde güvenceye alırlar (Spivak 1993, 260). Burada anayasaların "anlatısal" karakterlerine vurgu yaparak Spivak da halk egemenliği kavramına içkin paradoxa, yani halkın bu yasal düzenin hem kaynağı hem de nesnesi durumuna dikkat çeker. Anlatısal karakterin merkezinde yer alan egemenlik, millet, sözleşme gibi isim-terimleri sorunsallaştırır. Hangi hak ve kapasiteyle "halk" kendisini meşruiyet kaynağı olarak tanımlayan bir deklerasyona imza atar? İlk bakışta anlamsız görünen bu soru gerçekte egemenliğe ilişkin paradoksa turnusol kağıdı işlevi görür. Spivak'a göre Derrida'nın bu soruya ikna edici bir cevabı vardır; "halk diye bir varlık (*entitty*) bu deklerasyonu imzalamadan *önce* yoktur" ancak "deklerasyona imza attığı an aslında kendini de var eder" (Derrida 1986, 10). Deklerasyonu imzalama yetkisini kendine bahşetmek, imzalayanın aynı zamanda "kendini özgür ve bağımsız özne, muhtemel bir imzacı olarak bu imza ile yaratmasıdır." Nitekim halk ya da bizdeki hâliyle milletin vücut bulması, tamamen anayasanın yazıya dökülme ve imzalanma koşuluna bağlıdır. Derrrida bunu

"imzacıyı var eden imza" olarak tanımlar. Halkın bir egemen varlık olarak "icat edilmiş" olma karakterine vurgu yapan yazarlar da var (Morgan 1988). Deklerasyonun, imzanın var edicisi ve koruyucusu olarak kalabilmesi bir son noktayı daha gerektirir.

> "[B]u an onların kendileri (için) imzacı kimliğini icat ettikleri andır. İmzalarını Tanrı ya da doğa kanunları adına atarlar. Kurumsal yasalarını doğal yasalar temelinde ... Doğanın Yaratıcısı Tanrı adına *duruşlandırır (pose) ya da konumlandırırlar (posit)*. Gerçekte O (Tanrı) halkın niyetlerinin, birliğinin iyiliğinin, dürüstlüğünün garantisidir. O, yerine getirici dilsel ifadeleri, oluşturucu dilsel ifadeler olarak sunma eğilimiyle doğal yasaları ve tüm oyunu kurar." (Derrida 1986, 11. Vurgular orijinal).

ABD Anayasa'sı örneğinde, gerekli bir nihai an olarak "Doğa" ya da doğanın yaratıcısı "Tanrı", deklarasyonun anlamı ve de etkisi olabilmesi için elzemdir. "Uygun" bir isim olarak Tanrı, "popüler egemenliğin" kurgusal doğasına hizmet eder. Aksi taktirde halk egemenliği, "siyasi-askerî-ekonomik güçlerin hipokrasisi" olmanın ötesine geçemeyecektir.

Whitt gibi Spivak da modern anayasacılığa içkin paradoksu üretken bir sorunsal olarak niteliyor ama bir farkla. Ulusal söylemin gerçek yapısı, anayasa çalışmalarının genel ilkesi olarak alındığında diyor Spivak, halk egemenliği ilkesinin ABD Anayasacılığındaki başarılı gerçekleşmesine karşın Avro-Amerikan ekseninin dışına çıkıldığında karşımıza başarısız örnekler çıkıyor. Batı-dışı tecrübelerdeki başarısızlığı ise kendi ifadesiyle bir "kaynaklanma anı" (*orijinal moment*) sorunu olarak niteliyor ve ekliyor Türkiye ve Hindistan "başarısız kaynaklanma anını temsil eder/ler" (Spivak 1993, 262).

Siyasal tecrübeyi başarılı veya başarısız kılan temel etmenlerin başında sürece katılan birey-öznenin (*agent*) anayasa karşısındaki konumudur. ABD örneğinde, doğal haklar ve özgürlüklerle donatılmış akılcı bireyler, temel metne hayatiyet kazandırırlar. O andan itibaren de bu temel metin, kendilerinin bu hak ve özgürlüklerini güvence altına alır ve birleşmiş, bütünleşmiş egemen bir birimi var eder. "Halk", "genel irade", "kamuoyu" ya da "millet" ne olarak tanımlanırsa tanımlansın, ortak kimlik bağı son tahlilde sivil bir karaktere sahiptir. Diğer bir deyişle, anayasanın deontolojik (hakları iyiye önceleme) karakteri, son tahlilde ABD vatandaşlarının pasaport, evlilik cüzdanı gibi medeni hak ve özgürlüklerine hukuksa güvence sağlar (Derrida 1988, 11. Parantez içi vurgular bana ait).

Öte yandan başarısız kaynaklanma anına dair örneklerde ise bu ilişki daha vurgulu bir tondadır. Spivak'ın da dediği gibi:

> "[Ö]zne-bireyin oluşturuluşundaki kararsızlık ve kayganlık yeni erkek ve kadınların oluşturulması olarak görülür, oluşturma eylemi, siyasal

> bağımsızlığı kutlamak, kendiliğinden nihai bir amaç olarak görülür" (Spivak 1993, 262).

Bu ifadenin analizi Türk Anayasa geleneğinde bireyin anayasa ile olan ilişkisini incelemekle başlamak durumundadır. 1924 Anayasası'nda yer aldığı şekliyle "Her Türk özgür doğar ve özgür yaşar." Bu özgürlük diğerlerine zarar vermeyen her eylemi kapsar. Özgürlük doğal bir hak olup sınırları diğerlerinin özgürlüklerinin başladığı yerdir ve sadece kanunla sınırlanabilir (Madde 68). Bu ifadeye göre özgür Türk, anayasal akılcılığa sahip bir kişi olarak kodlanmıştır. 1924 Anyasası'nın yapıcısı delege vekiller, anayasayı "millet" adına ve onun yetkesine dayanarak gözden geçirip imzalamışlardır. Burada anayasanın oluşturucu/yerine getirici eylemleri kendini açığa çıkarır. Bu bağlamda "Türk milleti" anayasadan önce yoktur. Anayasayı "millet" adına imzalamakla, imza anında kendine imzacı kimliği bulur, kendini egemen olarak tanımlayıp deklare eder.

Anayasa'nın adına imzalandığı birim olarak "Türk milleti"nin etno-seküler karakterinin bu süreçte önemli yansımaları vardır. Birincisi, bağımsızlık savaşında millet, her ne kadar başarısızlık durumunda kendisini sömürgeleştirme arzusu taşıyan yabancı işgalci güçlere karşı başarılı bir mücadele verdiyse de, Cumhuriyet'in kuruluşuna giden süreç dikkatli bir şekilde incelendiğinde bir kurtuluş savaşı olduğu kadar, kaçınılmaz bir imparatorluk olmaktan feragat savaşıdır. Dolayısıyla Türk milleti hem söylemsel hem de pratik anlamda gerçek egemenliğini Halife-Sultana karşı verilen mücadeleden sonra kazanmıştır. Bu açıdan indirgenemez yerine getirici/oluşturucu karışıklık devam eder ... "egemenlik *kayıtsı şartsız* milletindir" ilkesinin gerçekleşmesi "Hilafetin kaldırılmasına" bağlıdır (Spivak 1993, 269. Vurgular orijinal)

Gerçekten de aksi olsaydı politik askerî ve ekonomik güçlerin bir hipokrasisi olarak görülebilecek olan milletin egemenliğinin ulusal kurtuluş savaşının liderliği açısından görünümü saltanatın kaldırılmasının anayasa komisyonundaki görüşmeleri sırasında Mustafa Kemal tarafından açık bir şekilde dile getirilmiştir:

> "Egemenlik ve Padişahlık hiç kimseye bilgisi için, görüşmelerle ya da tartışmalar sonucu verilmemiştir. Bunlar güç, sağlamlık ve kuvvetle ele geçirilir ... Şimdi Türk Milleti egemenliğini Osmanlı'lardan kendi ellerine almıştır. Bu bir *fait accompli* dir" (Parla 1991, 102-3 Vurgular bana ait).

İkinci yansıması da şudur: Her ne kadar mottosu esnek yorumlanabilmeye açık olsa da nihayetinde etnik olarak tanımlanmış seküler doğasıyla ulus, Halifeliğin kaldırılmasını gerektirir. Burada ulusal egemenliğin kaynağı öne çıkar: Askerî, siyasi ve ekonomik gücün dışında Türk milleti egemenlik hakkını

neye dayanarak ileri sürer? Spivak'ın görüşü üzerinde düşünülmeye değer görünüyor:

> "Ulusal egemenlik son tahlilde Türk Halkı adına değil, yazılı olmamasına karşın Avrupa adınadır ... Türkiye örneğinde son tahlilde kullanılan uygun isim *Avrupa'dır*."

Laik, egemen devlet şüphesiz Avrupai bir fenomendir. Başta Atatürk olmak üzere cumhuriyetin kurucu atalarının halkın egemenliği kavramını Avrupai bir fenomen ve modernliğin gerekli bir koşulu olarak bir paket hâlinde kabullendiklerini ileri sürmek pek de yanlış olmayacaktır. Spivak entelektüel merakını biraz daha ileri götürmüş ve 1982 Anayasası'nı incelemiş olsaydı uygun isim "Avrupa" nın daha soyut ama daha açık bir şekilde "çağdaş uygarlık seviyesi" olarak Anayasa'da yer aldığını yani "Avrupa" adının artık yazılı olduğunu görecekti. 1980 Anayasası'nın artık kaldırılmış olan Başlangıç kısmında şu şekilde ifade edilmiştir:

> "Bu anayasa ... dünya milletler ailesinin eşit haklara sahip şerefli bir üyesi olarak; Türkiye Cumhuriyetinin ilelebed varlığı, refahı, maddi ve manevi mutluluğu ile *çağdaş medeniyet düzeyine* ulaşma azmi yönünde ... fikir inanç ve kararıyla anlaşılmak, sözüne ve ruhuna bu yönde saygı ve mutlak sadakatle yorumlanıp uygulanmak üzere, *Türk milleti tarafından*, demokrasiye aşık *Türk evlatlarının* vatan ve millet sevgisine emanet ve tevdi olunur."

Ulusal egemenliğin anlam ve etkisinin olabilmesi için, uygun isim, çağdaş uygarlık seviyesi hem amaç hem de araç vazifesi görür. Araç vazifesi görür çünkü bu sayede vizyon sahibinin belirli bir toplumsal düzen vizyonunu meşrulaştırır. Yanı sıra amaçtır, çünkü yazılı hâle getirme zımnen henüz gerçekleştirilemediği varsayılan rüyanın başarılabilmesinin kararlılığını ifade eder.

IV SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Modernleşme ile yaşanan toplumsal dönüşüm sanayileşme kentleşeme demokrasi gibi görünür ve somut yaşam alanlarında olduğu kadar, toplum felsefesindeki değişimi de içerir. Özgürlük ve halk egemenliği ve bir ideal olarak toplumsal adelet evrensel niteliklerinin yanı sıra tarihsel ve toplumsaldır. Böylece hem ait oldukları toplumsal yapıların gerçekliğinden anlam kazanır hem de toplumsal gerçekliği de kurar. Cumhuriyet modernleşmesi, bakış açısına bağlı olarak, yeni ve arzu edilir bir toplumsal varoluş olarak da algılandı bir yabancılaşma olarak da. Ancak her iki yaklaşımın da olgular ve normlar hakkında gerçek manada kavramsal çözümlemeler yerine isimlendirmeyi tercih ettiği oranda anlamın gölgelendiğini ya görmedi ya da bilerek görmezden gelmeyi tercih etti. Etiketlemenin ötesinde pek bir işlevi olmayan isimlendirmeler, isimlendirme katmanları arttıkça derinleşen gölge-

leme etkisiyle toplumsal uzlaşı olanaklarını zayıflatıp kutuplaşmayı arttırır. Toplumsal karşıtlıklar, üzerinde müzakere edilebilir çıkar çatışmaları olmaktan çıkıp, dokunulmazlık düzeyi yüksek katı ideolojik ve sembolik farklılıklar olarak karşımıza çıkarlar. Nitekim cumhuriyetin iktisadi açıdan kurucu anı olan İzmir İktisat Kongresi'ni açış konuşmasında Atatürk, toplumun sınıflardan değil, dayanışma hâlindeki meslek gruplarından oluştuğunu söylerken, aslında bir isimlendirme yapmaktadır. Gerçekten "dayanışma" o gün toplumun gerçekliği miydi sorusu bir yana, henüz organik dayanışma aşamasına geçmemiş mekanik dayanışmacı bir toplumsal yapıda ismin anlamı, devlete biçilen sorumluk ve hakem rolü olarak somutlaşır (Kırık 2020, 206). Sonuç olarak modern siyasetin gereği sosyal çatışmadan uzak tartışma ideali yerine, çatışmaları devletin hakemliğinde önlemeye çalışan, sosyal düzenin yeni uygulama biçimiyle devam ettiği bir siyasi yapı ortaya çıkmıştır.

Bu çalışma siyasal modernleşmeyi anayasal siyasetin iki sütunu olan özgürlük ve halk egemenliği ilkelerinin kavramlaştırmasından hareketle bir metamorfoz olarak anlamanın imkânını sorunsallaştırıyor. Biri insani diğeri siyasi iki evrensel kavramın içinden çıktıkları tarihsel ve toplumsal koşullar bağlamında karşılaştırmalı analizinden çıkan sonuç, evrenselin yerel yorumu farklıkları ön plana çıkarsa da evrenseldeki özsellik dolayısıyla esas olan, kalıcı olan benzerliklerdir. Yoksa evrensel, evrensel olma niteliğini yitir. Bunun başarılması hâlinde Türk siyasal modernleşmesinin en eski ve derin fay hattını oluşturan din/gelenek/yerli/gerici karşısında modern/seküler/yabancılaşmış/batılı/ilerici gibi isimlendirme katmanları yerine toplumsal gereçekliği temsil düzeyi daha yüksek kavram setleri oluşturulması mümkün hâle gelebilir. Anlam üzerindeki gölgeler dağaldığında, anlama ve anlaşılma düzeyi artacak bu da toplumsal kutuplaşma yerine uzlaşı imkânlarını arttırabilecektir.

Toplumsal gerçekliği isimlendirmek yerine kavramlaştırmak, neredeyse periyodik hâle gelen sistemik tıkanıklıkların aşılması açısından da verimli bir yöntem olabilir. Sistem arayışlarında en son gelinen nokta olarak Cumhurbaşkanlığı hükûmet sistemi, ki bir isimlendirmedir, tam da sistem arayışlarını sona erdirecek bir düzenleme olarak sunuldu. Örneğin parlamenter sistemde karar alma süreçlerinin karmaşık ve güç olmasından kaynaklı düşük etkinlik düzeyine karşın, cumhurbaşkanlığı hükûmet sisteminde karar almak ve alınan kararların uygulanmasında hız ve etkinlik vurgusu yapıldı. Ancak parlamenter sistemin kriz üreten bazı yapısal arızalarını ortadan kaldırırken yeni bazı sorunlar yarattığına şahit oluyoruz. 2023 Genel Seçimlerinin rejimin geleceğinin tartışıldığı bir seçim olması bu gözlemi doğruluyor. Nihayet bu tür kavramsal çalışmaların, siyasal modernleşmemizin nitelik ve nicelik açısından oldukça zengin eylem dağarcığına düşünsel katkı yapacağını varsayıyorum.

KAYNAKÇA

AHMAD, Feroz (1969). *The Young Turks: The Committee of Union and Progress in Turkish Politics*, Oxford: Clarendon Press.

BACK, Kurt W. (1988). "Metaphors for Public Opinion", *Public Opinion Quarterly*, C. 52., S. 3., ss. 278-288.

BARTHES, Roland (2023). *Çağdaş Söylenler*, Yücel, Tahsin (Çev.), İstanbul: Metis Yayınları.

BARTELSON, Jens (1995). *A Genealogy of Sovereignty*, Cambridge: Cambridge University Press.

BERLIN, Isaiah (1969). "Two Concepts of Liberty", Oxford, England: Oxford University Press.

del CASTILLO, Jesús Gerardo Martinez (2010/2011). Aldous Huxley"s Concern for Language. An Analysis of Words and their Meanings in the Light of Eugenio Coseriu's Philosophy of Language, içinde Nugel, Bernfried ve Meckier, Jerome (Eds.), *Aldous Huxley Annual, A Journal of Twentieth Century Thought and Beyond Volume 10/11* (ss. 253-284).

DERRIDA, Jacques (1986). "Declarations of Independence", *New Political Science*, C. 15., ss. 7-15.

ELSHTAIN, Jean Bethke (2008). *Sovereignty: God, State and the Self*, New York: Basic Books.

HABERMAS, Jürgen (1986). *The Theory of Communicative Action: Reason and the Rationalization of Society. Vol. 1*, McCharty, T. (Çev.), Cambridge: Polity Press.

HANİOĞLU, M. Şükrü (1995). *The Young Turks in Opposition*, Oxford: Oxford University Press.

HART, Herbert Lionel Adolphus (1994). *The Concept of Law*, Oxford, New York: Oxford University Press.

HINSLEY, F. Harry (1986). *Sovereignty*, Cambridge: Cambridge University Press.

Institute for Democracy and Electoral Assistance (IDEA). "What Is a Constitution? Principles and Concepts", https://constitutionnet.org/sites/default/files/what_is_a_constitution_0.pdf (Erişim Tarihi: 17/1/2024)

İNALCIK, Halil (1973). *The Ottoman Empire: The Classical Age 1300-1600 (Osmanlı İmparatorluğu: Klasik Çağ 1300-1600)*, Imber, Colin ve Itzkowitz, Norman (Çev.), London: Wiedenfield and Nicolson.

JACKSON, Robert (2007). *Sovereignty*, Malden, MA: Polity Press.

KAPANİ, Münci (1988). *Politika Bilimine Giriş*, IV. Basım, Ankara: Bilgi Yayınevi.

KIRIK, Hikmet (2004). "Türkiye'de Kamu Kavramının Kökenleri", *Selçuk İletişim Dergisi*. C. 3., S. 3., ss. 143-154.

KIRIK, Hikmet (2005). *Kamusal Alan ve Demokrasi*, İstanbul: Salyangoz Yayınları.

KIRIK, Hikmet ve MORVA, Oya (2016). *Cumhuriyet ve Pragmatizm: Yazılmamış Kuram*, İstanbul: Doruk Yayınları.

KIRIK, Hikmet (2018). "'Adalet' Toplumundan 'Özgürlük' Toplumuna(!) Teleolojik Bir Sıçrama Olarak Türk Modernleşmesinin Kavramsal Çözümlenmesine Katkı", *Türkiye İletişim Araştırmaları Dergisi*, S. 30., ss. 165-180.

KIRIK, Hikmet (2020). *Türk Siyasal Modernleşmesi: Cumhuriyetin Demokratik Kökenleri*, İstanbul, Doruk Yayıncılık.

KRASNER, Stephen D. (1999). *Sovereignty: Organized Hypocrisy*, Princeton: Princeton University Press.

MARDİN, Şerif (2016). *Türkiye'de Toplum ve Siyaset*, İstanbul: İletişim Yayınları.

MORGAN, Edmund S. (1988). *Inventing the People: The Rise of Popular Sovereignty in England and America*, Newyork; London: W. W. Norton & Company.

ÖZBUDUN, Ergun (1978). Constitutional Law, içinde Ansay, Şakir Tuğrul ve Wallace Jr, Don (Eds.), *Introduction to Turkish Law*, 2. Baskı, Ankara: Oceana Yayınları.

ÖNDERMAN, Murat (2018). *Türkiyede Paranoid Ethos*, İstanbul: Vakıfbank Kültür Yayınları.

PARLA, Taha (1991). *Türkiye'de Siyasal Kültürün Resmi Kaynakları, Cilt 1*, İstanbul: İletişim Yayınları.

PETTIT, Philip (1999). *Republicanism: A Tehory of Freedom and Government*, Oxford: Oxford University Press.

TEZİÇ, Erdoğan (2001). *Anayasa Hukuku*, 7. Baskı, İstanbul: Beta Yayınları.

TOCQUEVILLE, Alexis (2010). *Democracy in America: Historical-Critical Edition of De la démocratie en Amérique*, Nolla, Eduardo (Ed.), Schleifer., James T. (Çev.), Indianapolis: Liberty Fund, https://oll-resources.s3.us-east-2.amazonaws.com/oll3/store/titles/2285/Tocqueville_1532-01_EN_EBk_v6.0.pdf (Erişim Tarihi: 17/1/2024)

PEMBERTON, Jo-Anne (2009). *Sovereignty: Interpretations*, London: Palgrave Macmillan.

RUMBLE, Wilfrid E. (Ed.). (1995). *Austin: The Province of Jurisprudence Determined: Cambridge Texts in the History of Political Thought*, Revised Edition, Cambridge: Cambridge University Press.

SONTAG, Susan (1967). "Aesthetic of Silience (Aspen no. 5 + 6, item 3, 1967)", https://www.kim-cohen.com/Assets/CourseAssets/Texts/Sontag_The%20Aesthetics%20of%20Silence.pdf (Erişim Tarihi: 13/1/2024)

SPIVAK, Gayatri Chakravorty (1993). *Outside in the Teaching Machine*, London: Routledge.

TARNAS, Richard (1991). *The Passion of the Western Mind*, London: Pimlico.

Türkiye Cumhuriyeti 1982 Anayasası, Kanun No: 2709, Kabul Tarihi: 7/11/1982, 9 Kasım 1982 tarih ve Mükerrer 19464 sayılı Resmî Gazete.

WALLERSTEIN, Immanuel (1977). The Ottoman Empire and the Capitalist World Economy: Some Questions for Research, içinde Okyar, Osman ve İnalcık, Halil (Eds.), *The Social & Economic History of Turkey: 1071-1920* (ss. 117-122), Ankara: Meteksan.

WARNER, Michael (1990). *The Letters of the Republic*, Cambridge, Mass.: Harvard Uni. Press.

WOOD, Ellen Meiksins (2012). *Liberty and Property*, London: Verso.

WHITT, Matt (2010). "The Paradox of Sovereignty: Authority, Constitution, and Political Boundaries", *Dissertation Submitted to the Faculty of the Graduate School of Vanderbilt University in partial fulfillment of the requirements for the degree of DOCTOR OF PHILOSOPHY in Philosophy*, Nashville, Tennessee: Vanderbilt University.

YOST, Lauren (2018). "The Speech Act of Naming in Context: A Linguistic Study of Naming in the Old Testament", *Linguistics Senior Research Projects, 17*, http://digitalcommons.cedarville.edu/linguistics_senior_projects/17 (Erişimi Tarihi: 13/1/2024)

Prof. Dr. Mahmut KOCA
(İstanbul Medipol Üniversitesi Öğretim Üyesi)

Prof. Dr. Nihat BULUT
(İstanbul Medipol Üniversitesi Öğretim Üyesi)

ANAYASA MAHKEMESİNİN BİREYSEL BAŞVURU ÜZERİNE VERDİĞİ KARARLARIN OBJEKTİF ETKİSİ

ÖZ

Bireysel başvurunun en önemli amacı bireylerin temel hak ve özgürlüklerini korumaktır. Bu durum öncelikle bireysel başvurunun en temel işlevine, subjektif etkisine işaret etmektedir. Subjektif etki (*inter partes*), Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru incelemesi üzerine vermiş olduğu ihlal kararının başvurucu ve ihlale neden olan kamu makamı yönünden bağlayıcı olmasını ifade etmektedir. Esasında bireysel başvuru kararlarının subjektif işlevi ve etkisine ilişkin bir duraksama yoktur. Meselenin daha ziyade tartışılan yönü, bireysel başvuru kararlarının genel bağlayıcı niteliğe sahip olmasını, diğer bir ifadeyle sadece başvuran açısından değil benzer durumda olanlara da uygulanmasını ifade eden objektif etkidir (*erga omnes*). Çalışmada genel olarak bireysel başvuru kararlarının niteliği; kesinlik ve bağlayıcılık özelliği bağlamında ele alındıktan sonra Anayasa Mahkemesi, Yargıtay ve Danıştayın bireysel başvuru kararlarının objektif etkisine ilişkin yaklaşımları üzerinde durulacak ve sonuçta uygulamadan örneklerle meselenin yargı kararlarına nasıl yansıdığı araştırılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Bireysel başvuru, subjektif etki, objektif etki, kesinlik, bağlayıcılık.

Prof. Dr. Zühtü Arslan'a Armağan

OBJECTIVE EFFECT OF JUDGMENTS ON INDIVIDUAL APPLICATIONS BY THE CONSTITUTIONAL COURT

ABSTRACT

The primary purpose of an individual application is to protect individuals' fundamental rights and freedoms. This primarily highlights the essential function of the individual application: its subjective effect. The subjective effect (*inter partes*) signifies that the Constitutional Court's judgment finding a violation, following the review of an individual application, is binding on both the applicant and the public authority responsible for the violation. Indeed, there is no uncertainty regarding the subjective function and impact of judgments on individual applications. The more extensively debated aspect is their objective effect (*erga omnes*), suggesting that judgments on individual applications have a general binding character. This means that they are applicable not only to the applicants but also to others in similar circumstances. This study will first explore the nature of judgments on individual applications in the context of their definitiveness and binding nature. Subsequently, it will delve into the perspectives of the Constitutional Court, the Court of Cassation, and the Council of State regarding the objective effect of these judgments. Finally, it will investigate how this issue is manifested in judicial decisions, with examples from practice.

Keywords: Individual application, subjective effect, objective effect, definitiveness, binding nature.

I. GİRİŞ

Kamu gücünü kullanan kişiler tarafından temel hak ve özgürlükleri ihlal edilen bireylere tanınan ve olağanüstü bir kanun yolu olarak nitelendirilen bireysel başvuru, ulusal ve uluslararası hukukta karşımıza çıkan bir hak arama yoludur. Anayasa şikâyeti olarak da adlandırılan bu yola, ilk olarak 1868 Avusturya Anayasası'nda yer verilmiş, onu 1874 İsviçre ve 1919 Weimar Anayasaları izlemiştir[1]. Günümüzde İspanya, Macaristan, Güney Kore, Rusya Federasyonu ve daha birçok ülkede[2] yürürlükte olan bireysel başvuru usulü, Türk hukukuna 2010 yılında Anayasa'nın 148. maddesinde yapılan değişiklikle girmiştir.

Buna göre *"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. Başvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır. Bireysel başvuruda, kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamaz"* (AY mad. 148, f. 3, 4). Anayasa, bireysel başvuruya ilişkin usul ve esasların kanunla düzenleneceğini belirtilmiş (mad. 148, f. 5) ve konu 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'da düzenlenmiştir.

Genel olarak bireysel başvuru kararlarının etkisini anlayabilmek açısından bu usulün kabul edilmesinin altında yatan gerekçelerin önemli olduğunu söyleyebiliriz. Anayasa'nın 148. maddesinin gerekçesinde amaç şu şekilde ifade edilmektedir: *"… Bireysel başvuru müessesesinin getirilmesiyle, hak ihlâllerine maruz kaldığını iddia edenlerin önemli bir bölümünün … Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine gitmeden önce tatmin edilebilmesinin mümkün olabileceği ve böylece Türkiye aleyhine açılacak dava ve verilecek ihlâl kararlarında azalma olacağı değerlendirilmektedir. Bu itibarla, Türkiye'de de iyi işleyen bir bireysel başvuru sisteminin kurulması, haklar ve hukukun üstünlüğü temelindeki standartları yükseltecektir… Türkiye'de bireysel başvuru yolunun kabul edilmesi, bir yandan bireylerin sahip oldukları temel hak ve özgürlüklerin daha iyi korunmasını sağlayacak, öte yandan da kamu organlarını, Anayasaya ve kanunlara daha uygun davranma konusunda zorlayacaktır"*[3].

Kuşkusuz bireysel başvurunun en önemli amacı bireylerin temel hak ve özgürlüklerini korumaktır. Bu durum öncelikle bireysel başvurunun en temel işlevine, subjektif etkisine işaret etmektedir. Subjektif etki (inter partes), Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru incelemesi üzerine vermiş olduğu ihlal

1 Eren, A. (2022). *Anayasa Hukuku Dersleri*, Ankara: Seçkin Yayınları, s. 1187.

2 Karşılaştırmalı hukuktaki durum için bkz. Hamdemir, B. (2013). "Türk Anayasa Hukukunda Bireysel Başvuru", *Doktora Tezi*, Konya: Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 34 vd.

3 Yılmazoğlu, Y. E. ve Perdecioğlu, İ. E. (Der.). (2021). *Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (Gerekçeli)*, Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları, s. 922.

kararının (ve gerekçelerinin) başvurucu ve ihlale neden olan kamu makamı yönünden bağlayıcı olmasını ifade etmektedir[4]. Esasında bireysel başvuru kararlarının subjektif işlevi ve etkisine ilişkin bir duraksama da yaşanmaması gerekir. Meselenin daha ziyade tartışılan yönü objektif etkidir.

Çalışmada genel olarak bireysel başvuru kararlarının niteliği; kesinlik ve bağlayıcılık özelliği bağlamında ele alındıktan sonra Anayasa Mahkemesi, Yargıtay ve Danıştayın bireysel başvuru kararlarının objektif etkisine ilişkin yaklaşımları üzerinde durulacak ve nihayetinde uygulamadan örneklerle meselenin yargı kararlarına nasıl yansıdığı araştırılacaktır.

II. OBJEKTİF (ERGA OMNES) ETKİNİN ANLAMI

A. AİHM Kararları Bağlamında Objektif (Erga Omnes) Etki

Sözcük anlamı itibarıyla "herkese karşı", "herkesle ilgili", "herkes bakımından geçerli" anlamına gelen *erga omnes*, kökeni Roma hukukuna kadar uzanan bir kavramdır. Kavram, sözcük anlamına uygun bir biçimde, herkese karşı yükümlülükleri ve hakları tanımlamak için kullanılmıştır. Sözgelimi mülkiyet hakkı, herkesi yükümlülük altına sokan *erga omnes* bir haktır. Ancak sözleşmeye dayalı bir hak için aynı şey söylenemez. İkincisinde sadece taraflar arasında karşılıklı bir bağımlılıktan ve yükümlülükten, *inter partes* bir etkiden söz edilebilir[5].

Erga omnes modern zamanlarda ilk olarak uluslararası hukukta, bir devletin bir bütün olarak uluslararası topluluğa karşı yükümlülükleri bağlamında kullanılmıştır[6]. Klasik doktrin, mahkeme kararlarının resmî olarak yalnızca taraflar arasında bağlayıcı olduğunu ve ilgili davanın tarafı olmayan devletler üzerinde bağlayıcı erga omnes etkisinin bulunmadığını kabul etse de Barcelona v. Traction kararında Uluslararası Adalet Divanı (UAD), erga omnes yükümlülüklerin, her bir devletin uluslararası topluluğa karşı yükümlülükleri olduğunun kabul edilebileceğini belirtmiştir[7]. Divanın bu yaklaşımı bölgesel ve uluslararası mahkemelerin içtihatlarını etkilemiştir[8].

Uluslararası Adalet Divanı kararlarıyla somutlaşan bu yükümlülükler, uluslararası düzen bakımından yaşamsal önemi haiz bazı hakların korun-

4 Akçil, Y. (2022). "Bireysel Başvuru Kararlarının Subjektif ve Objektif Etkisinin İdari Yargı Yönünden İncelenmesi", *Anayasa Yargısı*, C. 39., S. 1., s. 1.

5 Memeti, A. ve Nuhija, B. (2013). "The Concept of Erga Omnes Obligations in International law", *New Balkan Politics*, S. 14., s. 32.

6 Posner, E. A. (2009). "Erga Omnes Norms, Institutionalization and Constitutionalism in International Law", *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, C. 165., S. 1., s. 5.

7 Arnardóttir, O. M. (2017). *"Res Interpretata, Erga Omnes* Effect and the Role of the Margin of Appreciation in Giving Domestic Effect to the Judgments of the European Court of Human Rights", *European Journal of International Law*, C. 28., S. 3., s. 821.

8 Chow, P. Y. S. (2021). "On Obligations Erga Omnes Partes", *Georgetown Journal Of International Law*, C. 52., s. 469 vd.

masının tüm devletlerin menfaatine olduğu gerçeğinden yola çıkılarak kabul edilmiştir. *Erga omnes* yükümlülükler olarak adlandırılan bu yükümlülükler, saldırı eylemlerinin ve soykırımın yasa dışı ilan edilmesinin yanı sıra, kölelik ve ırk ayrımcılığından korunma da dâhil olmak üzere, insanın temel haklarına ilişkin ilke ve kurallardan oluşmaktadır.

Kolaylıkla fark edilebileceği gibi *erga omnes* yükümlülükler uluslararası hukukta karşımıza çıkan *jus cogens*[9] ilkeleriyle yakın bir ilişki içindedir. Meselenin detaylarına girildiğinde teknik boyutta birtakım tartışmalar bulunsa da[10] *jus cogens* yükümlülüklerin muhtemelen *erga omnes* yükümlülükler olduğu[11], yani jus cogensin mutlaka erga omnes yükümlülük öngören bir kural niteliği taşıdığı söylenebilir.

Bu özelliğiyle *erga omnes*, yükümlülüğün ihlali hâlinde bütün devletlere ya yükümlülüğün yerine getirilmesini ya da iddia edilen ihlalin sona erdirilmesini isteyebilme hakkı verir. Uluslararası toplumun menfaatine yönelik değerleri korumayı amaçlayan erga omnes, yukarıda da vurgulandığı gibi bir veya birden çok devlete değil, uluslararası toplumun tümüne karşı olan yükümlülükleri ifade eder. Bu yükümlülük bazan bir uluslararası antlaşmaya taraf olan bütün devletlere karşı olabilir, bazen de bölgesel bir örf ve adetin varlığından kaynaklanır[12].

Belirtmek gerekir ki erga omnes yükümlülükler ya da objektif etki, uluslararası insan hakları hukukunda da uygulaması gittikçe yaygınlaşan bir durumdur. AİHM kararları bağlamında da yorumlama yetkisi ve takdir marjı doktrininin fiilen böyle bir etki yarattığı kabul edilmektedir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 1, 19 ve 32. maddeleri devletlerin, Mahkeme içtihatlarını diğer devletlere karşı alınan kararlar ve verilen hükümler çerçevesinde oluşan ilkeleri de içerecek şekilde, bir bütün olarak dikkate almaları gerektiği biçiminde yorumlanmaktadır[13].

AİHS'in birinci maddesi, Yüksek Sözleşmeci Tarafları, kendi yetki alanları içinde bulunan herkesi, bu Sözleşme'nin birinci bölümünde açıklanan hak ve özgürlüklerden yararlandırmakla yükümlü kılmaktadır. Sözleşme'nin 19. maddesi, Yüksek Sözleşmeci Taraflar'a yüklenilen taahhütlere uyulmasını sağlamak için Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kurulduğunu beyan et-

9 Jus cogens ilkeleri, devletlerin münferit çıkarlarından çok uluslararası toplumun genel çıkarlarına, küresel ortak faydaya ilişkin, uluslararası barış ve düzen için önem taşıyan, mutlaka ahlaki bir temeli olan ve uluslararası toplum tarafından genel kabul gören kurallardır. Anlar Güneş, Ş. (2004). "Uluslararası Toplumun Ortak Değerleri Sorunu, Çevrenin Korunması ve Jus Cogens", *Ankara Ünıversitesi SBF Dergisi*, C. 59., S. 4., s. 139.

10 Bkz. a.g.e. s. 138.

11 Başlar, K. (2011). "Uluslararası Hukukta Erga Omnes Kavramı", *Milletlerarası hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, C. 22., S. 2., s. 80.

12 a.g.e. s. 81.

13 Arnardóttir, O. M. (2017). s. 843.

mektedir. Sözleşme'nin 32. maddesi ise Mahkemenin yargı yetkisine ilişkindir ve bu yetkinin, Sözleşme ve Protokollerinin yorumu ve uygulanmasına ilişkin tüm sorunları kapsadığını belirtmektedir. Ayrıca aşağıda da vurgulanacak olan ikincillik prensibi ve bu prensibin 15 No.lu Ek Protokolle normatif bir dayanağa sahip oluşu da bu bağlamda değerlendirilmesi gereken bir husustur.

Sonuç itibarıyla bu hükümlerin sözleşmeci devletlere, Sözleşme kapsamındaki yükümlülüklerini yerine getirirken Mahkemenin içtihadının tamamını dikkate almaları konusunda uluslararası hukuk kapsamında yasal bir yükümlülük doğurduğu söylenebilir. Başka bir deyişle AİHM kararlarının sözleşmeci devletlere, bu kararlar ister kendilerine isterse farklı bir devlete yönelik olsun, bunları dikkate alma yükümlülüğü getirdiği, bu nedenle de Mahkemenin içtihatlarının fiilen erga omnes partes etkisi yarattığı kabul edilebilir[14].

Esasında bu durum Sözleşme'nin özellikleri bağlamında da kolaylıkla anlaşılabilir. Bilindiği gibi AİHS, sözleşmede yer alan hak ve özgürlüklerin mütekabiliyet şartı ve vatandaşlık bağı aranmaksızın bütün sözleşmeci devletlerce korunmasını amaçlamaktadır. Bu durum, AİHS'in insan hakları konusunda Avrupa kamu düzeni oluşturan anayasal belge niteliğinde olmasıyla da uyum içindedir[15].

B. Bireysel Başvuru Kararları Bağlamında Objektif/Erga Omnes Etki

Objektif etki (erga omnes), bireysel başvuru kararlarının genel bağlayıcı niteliğe sahip olmasını, diğer bir ifadeyle sadece başvuran açısından değil benzer durumda olanlara da uygulanmasını ifade eder[16]. Kuşkusuz somut bir iddia üzerine Anayasa Mahkemesinin vermiş olduğu ihlal kararı, bireysel bir hakkın korunması ve haksızlığın giderilmesi bakımından oldukça önemlidir. Ancak bu kadar önemli olan bir diğer husus, ihlal kararının benzer durumda olanlara da uygulanması ve ihlal kararında ortaya konulan ilke ve esasların özellikle kamu makamlarınca dikkate alınmasıdır. Esasında bireysel başvurunun nihai başarısı ihlal kararlarının objektif etkisinin gerçekleşmesine yani ihlale neden olan kural, işlem veya kararların kaldırılmasına bağlıdır. Bu noktada ihlalin kaynağına göre idareye, yargıya ve yasama organına çok büyük görevler düştüğü açıktır. İhlallerin kaynağının kurutulabilmesi ve yeni ihlallerin ortaya çıkmasının engellenebilmesi ancak bu sayede mümkündür[17].

14 a.g.e. s. 843.

15 Gözübüyük, A. Ş. ve Gölcüklü, F. (2004). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, Ankara: Turhan Kitabevi, s. 15.

16 Akçil, Y. (2022). s. 21.

17 Zühtü Arslan'ın "Adli-İdari Yargıda Bireysel Başvuru İhlal Kararları ve İhlalin Sonuçlarının Ortadan Kaldırılması" konulu Bölge Toplantısında Yaptığı "Anayasa Mahkemesinin İhlal Kararlarının Etkileri" Açış Konuşması, https://www.anayasa.gov.tr/tr/baskan/konusmalar/anayasa-mahkemesinin-ihlal-kararlarinin-etkileri/ (Erişim Tarihi: 11/1/2024)

Yukarıda da vurgulandığı üzere, bireysel başvuru kararlarının objektif etkiye sahip olduğu konusunda tartışma yoktur. Ancak ihlal kararlarının benzer olaylara uygulanmasının ne şekilde olacağı hususu tartışmalıdır. Tabii bunu anlamak için bireysel başvuru kararlarının niteliğine bakmak gerekir.

III. BİREYSEL BAŞVURUNUN HUKUKİ NİTELİĞİ VE BAŞVURU KARARLARININ ETKİSİ

A. Bireysel Başvurunun Hukuki Niteliği

Bireysel başvurunun hukuki niteliği konusunda karşımıza çıkan ilk husus, onun usule ilişkin bir hak oluşudur. Bu haktan Anayasa ve AİHS ortak koruma alanı içindeki bir maddi hakka dayanılarak yararlanılabilir[18].

Bireysel başvuru incelemesi, Anayasa Mahkemesi tarafından görülen özel yargılama usulüne sahip; bir yönüyle subjektif, diğer yönüyle ise objektif bir dava niteliğindedir. Subjektif yönü, bireyin öznel haklarını korumaya ilişkin olmasını, objektif yönü ise temel haklar düzenini koruyan yanını ifade etmektedir[19]. Bireysel başvurunun bu yönünün onun objektif etkisine dayanak teşkil ettiği söylenebilir.

Bireysel başvurunun hukuki niteliği konusundaki bir diğer husus, bu yolun olağan kanun yollarının tüketilmesi sonucunda işletilen ikincil nitelikte olağanüstü kanun yolu olmasıdır[20]. AİHM'nin içtihatla geliştirdiği ikincillik ilkesi (subsidiarity principle) Sözleşme'deki hakların tanınıp ihlallerin önlenmesi ve mağduriyetin giderilmesinde birincil/asıl yetkinin, taraf devletlerin iç hukuklarındaki ilgili idari ve adli makamlara ait olduğu ve Sözleşme makamları ile AİHM'in bu konuda tamamlayıcı bir yetkiye sahip olmasını ifade eder[21]. Mahkemenin uzun yıllar boyunca kararlarında dile getirdiği ikincillik prensibi, sonunda 15 No.lu ek Protokolle normatif bir dayanağa sahip olmuştur. Anılan Protokolle Sözleşme'nin önsözünün sonuna, "ikincillik ilkesi uyarınca, İşbu Sözleşme ve Protokollerinde tanınmış hak ve özgürlükleri koruma sorumluluğunun öncelikli olarak Yüksek Sözleşmeci taraflara ait olduğu" ibaresi eklenmiştir[22].

İkincillik ilkesi, Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru bakımından da geçerlidir. Bu ilke gereği, bireysel başvuruda asıl olan hak ve özgürlüklere kamu otoritelerince saygı gösterilmesi ve olası bir ihlal durumunda bunun

18 Eren, A. (2022). s. 1188.
19 a.g.e. s. 1189.
20 a.g.e. s. 1189.
21 Gökcan, H. T. (2018). "Bireysel Başvuruda İkincillik İlkesi ve Denetim Yetkisinin Sınırları Sorunu", *TBB Dergisi*, S. 135., s. 15.
22 Çakmak, U. R. (2021). *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Yargılamasında Hakkaniyete Uygun Tatmin*, Ankara: Adalet Yayınları, s. 29.

olağan idari ve/veya yargısal yollarla giderilmesidir. Bireysel başvuru, iddia edilen hak ihlallerinin olağan kanun yollarında giderilememesi hâlinde başvurulabilecek ikincil (tali) nitelikte bir telafi imkânı sunmaktadır. Bireysel başvuru yolu kanun yollarından sonra yeni ve "süper" bir temyiz imkânı sunmamaktadır. Bu yol, sıkça belirtildiği gibi, diğer yargı makamlarınca verilen kararların her açıdan yeniden bir değerlendirmeye tabi tutulduğu ve her türlü bireysel mağduriyetin giderilmesine imkân sağlayan bir hak arama yolu değildir.

Bireysel başvuru yolunun ikincil niteliği gereği mevzuatın yorumlanması ve uygulanması derece mahkemelerinin görevi olmakla birlikte, bu yorum ve uygulamaların etkilerinin Anayasa ve Sözleşme'nin ortak koruma alanında bulunan hak ve yükümlülüklerle bağdaşıp bağdaşmadığının Anayasa Mahkemesince incelenebileceği anlamına gelir. Bu yönüyle bireysel başvurunun, uyuşmazlıklara uygulanan hukukun yorumunda anayasal değerlendirmeyi zorunlu kıldığı ve anayasal odaklı yorumu temin etmesi dolayısıyla temel hakların korunmasında olumlu bir rol oynadığı söylenebilir[23].

B. Kesinlik ve Bağlayıcılık

1. Genel Olarak

Anayasa'nın 153. maddesine göre**, *"Anayasa Mahkemesinin kararları kesindir**. İptal kararları gerekçesi yazılmadan açıklanamaz. 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. Kanun, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü ya da bunların hükümleri, iptal kararlarının Resmî Gazetede yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkar. Gereken hallerde Anayasa Mahkemesi iptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarihi ayrıca kararlaştırabilir. Bu tarih, kararın Resmî Gazetede yayımlandığı günden başlayarak bir yılı geçemez. İptal kararının yürürlüğe girişinin ertelendiği durumlarda, Türkiye Büyük Millet Meclisi, iptal kararının ortaya çıkardığı hukuki boşluğu dolduracak kanun teklifini öncelikle görüşüp karara bağlar. İptal kararları geriye yürümez. **Anayasa Mahkemesi kararları Resmî Gazetede hemen yayımlanır ve yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzelkişileri bağlar***".

Maddenin genel olarak Anayasa Mahkemesi kararlarının niteliklerini ortaya koyduğu kabul edilmekte ve bunların da sırasıyla; kesinlik, bağlayıcılık, yasamanın yerine geçer nitelikte olmama, geriye yürümezlik, gerekçesiz açıklanamama, bir yıl süreyle ertelenebilirlik ve herkes için etkililik olduğu kabul edilmektedir[24]. Kesinlik, bağlayıcılık ve herkes için etkili olma özelliklerinin konumuz açısından özel bir önem taşıdığı açıktır.

23 Gökcan, H. T. (2018). s. 17.

24 Köküsarı, İ. (2009). Anayasa Mahkemesi Kararlarının Türleri ve Nitelikleri, İstanbul: On İki Levha Yayınları. s. 207.

Bilindiği gibi hukuk düzeninde mahkeme kararlarına karşı bir dereceye kadar denetim yolu açık tutulmakta fakat zorunlu olarak belli bir aşamada kesilmektedir. Anayasa'nın 153. maddesinde yer alan "kararların kesinliği" ibaresi, hükmün hem şekli hem de maddi açıdan daha ilk aşamada kesinliğinin kabulü anlamına gelmektedir[25]. Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı ise kararların uygulanmasına ve verilen karar doğrultusunda hareket edilmesinin zorunluluğuna işaret etmektedir[26]. Maddenin sonunda yer alan, "***Anayasa Mahkemesi kararları … yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzelkişileri bağlar***" ifadesinin anlamı budur. Fakat buradaki bağlayıcılığın, kararın salt hüküm kısmı için mi geçerli olduğu, gerekçenin de bağlayıcılık kapsamına girip girmediği konusu tartışmalıdır. Tartışma bireysel başvuru sisteminin kabulünden önce sadece iptal davaları üzerinden yapılmaktaydı[27].

Anayasa Mahkemesi, "***Anayasa Mahkemesi kararları … yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzelkişileri bağlar***", hükmünden hareketle kararların gerekçelerinin de bağlayıcı olduğunu savunmuştu. Yüksek Mahkemeye göre, "*… Bu kural gereğince, yasama organı, yapacağı düzenlemelerde daha önce aynı konuda verilen Anayasa Mahkemesi kararlarını göz önünde bulundurmak, bu kararları etkisiz kılacak biçimde yasa çıkarmamak, Anayasa'ya aykırı bulunarak iptal edilen kuralları tekrar yasalaştırmamak yükümlülüğündedir. Başta yasama organı olmak üzere tüm organlar kararların yalnız sonuçları ile değil, bir bütünlük içinde gerekçeleri ile de bağlıdır. Kararlar gerekçeleriyle, yasama işlemlerini değerlendirme ölçütlerini içerirler ve yasama etkinliklerini yönlendirme işlevi de görürler. Bu nedenle, yasama organı düzenlemelerde bulunurken iptal edilen yasalara ilişkin kararların sonuçları ile birlikte gerekçelerini de göz önünde bulundurmak zorundadır*[28]".

Doktrinde de bir görüş Anayasa Mahkemesinin bu tür kararlarına da atıf yaparak Yüksek Mahkemenin kararlarının gerekçelerinin de bağlayıcı olduğunu savunmuştur[29]. Bu görüşün temelinde, Anayasa'nın 153. maddesinde kararların bağlayıcılığı konusu düzenlenirken hüküm kısmı ile gerekçe kısmı ayrımı yapılmaması ve kararın hüküm ile gerekçeden müteşekkil bir bütün olduğunun kabulü yatmaktadır. 153. maddede yer alan, *"İptal kararları gerekçesi yazılmadan açıklanamaz"* hükmünü karar ve gerekçelerin bütünlüğünün anayasal dayanağı sayan bu görüş, gerekçelerin bağlayıcılığını anayasa yargısının doğasında da mevcut olduğunu savunmaktadır[30].

---

25 a.g.e. s. 208.

26 a.g.e. s. 224.

27 Tartışmalar için bkz. a.g.e. s. 224 vd.

28 AYM, E.2000/45, K.2000/27, 5/10/2000, AMKD, Sayı 36/2, s. 782.

29 Tanör, B. ve Yüzbaşıoğlu, N. (2009). *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, İstanbul: Beta Yayınları, s. 496; Kaboğlu, İ. (2014). *Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)*, İstanbul: Legal Yayınları, s. 329

30 Bu görüşü savunanların gerekçeleri için bkz. Şahbaz, İ. (2020). "Anayasa Mahkemesi

Özbudun ise Anayasa Mahkemesinin görüşünün, Mahkemenin Anayasa konusunda bir yorum tekeline sahip olup olmadığı ve kanun koyucu gibi hareket edip edemeyeceği sorunlarıyla yakından ilişkili olduğunu vurgulamış ve gerekçelerin bağlayıcılığının kabul edilmesinin içinden çıkılmaz sorunlara yol açacağını ifade etmiştir. Üyelerin değişik gerekçelerle çoğunluk görüşüne katılmaları, gerekçelerde uzun felsefi, sosyolojik… tahlillere yer verilmesi… gibi hususlar, hem bireysel özgürlükleri cendere içine sokma hem de toplumun doğal hukuki gelişimini dondurma ve Anayasa Mahkemesini pozitif kanun koyucu konuma getirme tehlikesi taşır. Dolayısıyla kabul edilmesi gereken şey, kararların ancak hüküm fıkrasının bağlayıcılığının benimsenmesidir[31]. Bu yaklaşımın doktrinde ağırlıklı olarak savunulduğu görülmektedir[32].

Bu arada Anayasa Mahkemesi 4.7.2013 tarihli bir kararında, iptal ettiği kuralın iptal gerekçeleri dikkate alınmadan aynen kabul edilmesi hâlinde, daha önce uyguladığı özdeşlik ve benzerlik incelemesi yapma eyleminden vazgeçmiştir: *"Anayasa'nın 153. maddesinin son fıkrasında, Anayasa Mahkemesi kararlarının yasama, yürütme ve yargı organları ile idare makamlarını, gerçek ve tüzelkişileri bağlayacağı hükmüne yer verilmiştir. Anayasa'nın bu kuralı Mahkemenin somut olarak Anayasa'ya aykırı bularak iptal ettiği hükümlerin bağlayıcılığıyla sınırlı olup, bu bağlayıcılık yasa koyucunun iptal edilen konuyla ilgili olarak ileriye yönelik farklı bir kanunda yeni bir düzenleme yapamayacağı ve eğer yaparsa yeni düzenlemenin sırf bu nedenle Anayasa'ya aykırı hale geleceği anlamına gelmemektedir. Bu yönüyle kuralın, Anayasa'nın 153. maddesine aykırılığından söz edilemez*" [33].

Anayasa Mahkemesinin bu yeni yorumunun, "kanun koyucu gibi hareket etmeme" yasağına uygun olduğunu belirten Eren, bu tavrın Anayasa Mahkemesi kararlarının gerekçesinin bağlayıcılığının bulunmadığı şeklindeki görüşleri de destekler nitelikte olduğunu vurgulamıştır[34].

Anayasa Mahkemesi kararlarının gerekçelerinin bağlayıcı olup olmadığı tartışması, bireysel başvuru hakkının tanınmasından sonra yeni bir boyut kazanmıştır. Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru sonucu verdiği ihlal kararları sadece başvuruda bulunan kişi veya başvuruya konu idari işlem ya da karar için mi geçerlidir, yoksa benzer davalar için de aynı durum söz konusu mudur? İptal kararlarının gerekçelerinin bağlayıcılığı konusu üzerinde biraz da fazla olarak durmamız, meselenin bu yeni tartışmaya da temel teşkil etmesi nedeniyledir.

Kararının Gerekçesinin Bağlayıcılığı Sorunu", *MHFD*, S. 2., s. 350 vd; Köküsarı, İ. (2009). s. 229 vd.

31 Özbudun, E. (2017). *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 418-419.

32 Bkz. Gözler, K. (2023). *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Bursa: Ekin Yayınları, s. 453; Döner, A. (2021). *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 510.

33 AYM, E.2012/100, K.2013/84, 4/7/2013.

34 Eren, A. (2022). s. 1137.

2. Bireysel Başvuru Kararlarının Bağlayıcılığı ve Objektif/Erga Omnes Etkisi

a. Bağlayıcılık ve Etki Ayrımı

Genel olarak bakıldığında *"bağlayıcılık, bir hukuk kuralının, hukuk düzeninin parçası olarak, muhataplarını belli bir davranışı yapmaya veya yapmamaya zorlanmasıdır… Bağlayıcılığın tersi ihtiyariliktir … Bağlayıcılık, hukuk kuralının içinde bulunan zorlama gücüdür"*[35]. Mahkeme kararları açısından ise *"bağlayıcılık, kesinleşmiş kararla ortaya çıkan hukuki duruma kişiler ve idari kurumlar tarafından uyma ve ilgili kararı icra etme zorunluluğudur"*[36]. Bu bağlamda bağlayıcılığı olmayan bir mahkeme kararından söz etmek mümkün değildir ve Anayasa Mahkemesi kararları da ister bireysel başvuruya isterse diğer denetim yollarına ilişkin olsun bağlayıcıdır.

TDK sözlüğüne bakıldığında etki, bir kimse veya nesnenin başka bir kişi veya şey üzerindeki etkileme gücü; yardım, tesir, rol; bir etken veya bir sebebin sonucu anlamına gelmektedir. Kolayca ayırt edilebileceği gibi bir şeyin başka bir şey üzerinde etkili olduğundan bahsetmek, bağlayıcılıktan farklı bir duruma işaret eder. Bağlayıcılık da bir etkidir ama her etki bağlayıcılık anlamına gelmez.

Bireysel başvuru kararının etkisi karşımıza iki şekilde çıkmaktadır. Birincisi subjektif etkidir ki bu, Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru incelemesi üzerine vermiş olduğu ihlal kararının başvurucu ve ihlale neden olan kamu makamı üzerindeki tesirine işaret eder. Bu etki kendisini bağlayıcılık olarak gösterir. İkincisi ise objektif etkidir. Bu ise bireysel başvuru kararlarının erga omnes etkiye sahip olmasını, diğer bir ifadeyle sadece başvuran açısından değil benzer durumda olanlara da uygulanmasını ifade eder. Objektif etkiden beklenen herkes açısından mutlak bağlayıcı etki değil, kamu gücü kullanan tüm kurumların aynı meseleye ilişkin uygulamalarını Anayasa Mahkemesinin ihlal kararındaki yorumunu dikkate alarak gerçekleştirmeleridir.

b. Bireysel Başvuru Kararlarının Objektif/Erga Omnes Etkisi

2010 yılında yapılan düzenlemeyle Anayasa'nın 148. maddesi değiştirilmiş ve bireysel başvuru yolu kabul edilmiştir. Ancak 153. maddede Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı konusunda bir değişiklik yapılmamıştır. Bu durum bireysel başvuru üzerine verilen kararların niteliği konusunda tartışmalara neden olmuştur.

Bir görüşe göre Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru üzerine vermiş

35 Gözler, K. (2017). *Hukuka Giriş*, Bursa: Ekin Yayınları, s. 60.

36 Köküsarı, İ. (2018). "Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Yolunda İhlal Kararlarının Kesinliği, Bağlayıcılığı ve Etkisi", *EBYÜHFD*, C. XXII., S. 1-2., s. 38.

olduğu kararlar sadece başvuruda bulunan kişi veya başvuruya konu idari işlem ya da karar için geçerlidir. Köküsarı'nın yaklaşımı bu görüşü çok net bir biçimde ortaya koymaktadır. Buna göre, *"153. madde, 1982 Anayasası yapılırken Anayasa Mahkemesi'nin mevcut yetkileri kapsamında anayasaya konulan bir hükümdür. Bireysel başvuru yolu ise 2010 Anayasa değişikliği ile getirilen yeni ve kendine has bir kurumdur. Anayasanın 153. maddesinin bu yeni kurum için hiçbir koşul olmaksızın uygulanması mümkün değildir. Öte yandan ihlal kararının herkes için etkili sonuç doğurduğu varsayıldığında, 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 gerekirdi"*[37]. Köküsarı'ya göre, tıpkı AİHM kararları gibi, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararları da sadece taraflar için etkili sonuç doğurmaktadır. Eğer bunun bir istisnasından, yani tarafları için etkiyi aşan bir durumdan söz edilebilecekse bu da pilot kararlar olabilir[38].

İkinci görüş ise, bireysel başvuru üzerine verilen kararların kesin hüküm ve bağlayıcı etkisi bakımından Anayasa Mahkemesi kararlarına ilişkin genel kurallara tabi olduğunu söylemektedir. Buna göre, 153. Maddede vurgulanan kesinlik ve bağlayıcılık nitelikleri bireysel başvuruyu da kapsayacak şekilde Anayasa Mahkemesi tarafından verilen bütün kararlar için geçerlidir[39]. Göztepe'ye göre, *"AYM'nin bireysel başvuru kararları da tıpkı Mahkeme'nin diğer kararları gibi şekli ve maddi anlamda kesin hüküm teşkil edip genel bağlayıcı niteliğe sahiptir. Kararların varlık sebebinin bireysel bir ihlal iddiası olması, kararların hukuk sistemi içinde objektif bir etki doğuramayacağı biçiminde anlaşılamaz"*[40].

Burada tek tartışma bağlayıcılık etkisinin hüküm fıkrası ile sınırlı kalıp kalmayacağı, gerekçelerin de kapsama dâhil olup olmadığıdır. Bu görüş bağlayıcılığın hüküm fıkrası ile sınırlı olmadığını ve gerekçenin de kapsama dâhil olduğunu savunmaktadır. Anayasa Mahkemesi kararlarının gerekçelerinin de bağlayıcılığa sahip olup olmadığı konusu yukarıda tartışılmıştı. Bu noktada detaya girmeden bu görüşün, neden objektif etki sorusuna verdiği cevabı ele almak yaralı olacaktır.

Anayasa'nın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ister yazılı bir kuralla tanınmış olsun, ister hukuk sisteminin hiyerarşik doğasından bu sonuç çıkartılmış olsun, bunun kabul gördüğü bütün anayasal sistemlerde herkesin ve bu arada tüm yargıçların üstün norm olan anayasaya uygun hareket etmesi ve önündeki uyuşmazlığın çözümünde uygulayacağı normlara, mümkünse anayasaya uy-

37 a.g.e. s. 40-41.

38 a.g.e. s. 42.

39 Karan, U. (2017). *Bireysel Başvuru Kararlarının İcrası: Eski Alışkanlıklar Yeni Sorunlar*, İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi İnsan Hakları Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi, s. 11 vd.

40 Göztepe, E. (2016). "Bireysel Başvuru Kararlarının Bağlayıcılığı ve İcrası Sorunu ile Kurumsallaşma İhtiyacı", *Anayasa Yargısı*, C. 33., s. 100.

gun bir yorum yüklemesi zorunluluğu bulunmaktadır[41]. İster norm denetiminde isterse bireysel başvurularda olsun, Anayasa Mahkemesi tarafından gerçekleştirilen denetimin ön koşulu, "yorum" yoluyla uygulanacak anayasa normunun anlamını belirlemektir[42]. Bu belirleme norm denetiminde norm temelli, bireysel başvuruda ise olay temelli olarak yapılmaktadır. Bu bağlamda denilebilir ki, bireysel başvuru sadece bir temel hakkın savunulması ile sınırlı bir etki doğurmaz. Bundan fazlasını içerir. Kişilerin bireysel amaçlarla tetikledikleri bir bireysel başvuru, sonuçları itibarıyla objektif etkiler de doğurur. Birey bir hakkını ileri sürüyordur fakat bu aynı zamanda hukukun savunusudur[43]. Bu savunu karşısında ortaya çıkan karar hakkın gerçeğini ve uygulamasını da gösterir.

c. Anayasa Mahkemesinin Yaklaşımı

Anayasa Mahkemesi *K.V.* başvurusunda kararların objektif işlevine değinmiş ve konuya ilişkin temel görüşlerini ortaya koymuştur[44]:

Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru kapsamında objektif ve subjektif olmak üzere iki temel işlevi bulunmaktadır. Mahkemenin objektif işlevi Anayasa'nın temel hak ve özgürlükleri düzenleyen hükümlerini yorumlamak ve bunların uygulanmasını gözetmektir. Subjektif yönü ise bireysel başvuru yoluyla önüne gelen somut olayda anılan hükümlerin ihlal edilip edilmediğini incelemek, gerektiğinde başvurucu lehine giderime hükmetmektir.

Mahkemenin Anayasa'yı yorumlama ve uygulama şeklinde ortaya çıkan objektif işlevinin subjektif işlevine göre ön planda olduğu kabul edilmelidir. Zira bireysel başvuru yolunun temel ilkelerinden ikincillik ilkesi ile bunun yansıması olarak Anayasa'nın 148. maddesinin üçüncü fıkrasında yer verilen bireysel başvuruda bulunmadan önce başvuru yollarının tüketilmesi koşulu dikkate alındığında temel hak ve özgürlüklerin korunmasında öncelikle kamu makamları ve derece mahkemelerinin, sonrasında ise Anayasa Mahkemesinin rolü bulunduğu anlaşılmaktadır. Dolayısıyla temel hak ve özgürlüklerin ilk elden kamu makamları ve derece mahkemeleri tarafından korunması gerekir. Belli bir meselede bu merciler tarafından Anayasa'ya uygun korumanın sağlanmadığının ileri sürülmesi hâlinde bireysel başvuru yapılabilir. Bu durumda Anayasa Mahkemesi, o meseleye ilişkin olarak Anayasa'yı yorumlar ve bir karar verir. Bundan sonra kamu makamları ve derece mahkemelerinin aynı meseleye ilişkin uygulamalarını bu yorum çerçevesinde gerçekleştirmeleri beklenir. Aksi du-

41 Ergül, O. (2018). "Bireysel Başvuru Üzerinden Hukuk Metoduna Odaklanmak: Norm somutlaşması, İhmal Yaptırımı ve İçtihat Farklılığı Özelinde Bir Genel Değerlendirme", *Anayasa Yargısı*, C. 35., s. 226.

42 Gülener, S. (2014). "Bireysel Başvuru ve Anayasal Denetimde Anayasal Yorum: Anayasa Yargısı Sistemini İki Farklı Boyut Aracılığıyla Anlama", *Anayasa Yargısı*, C. 31., s. 312.

43 Şirin, T. (2018). *Bireysel Başvuru Usul Hukuku (Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi - 7)*, Ankara: Avrupa Konseyi Ankara Program Ofisi, s. 6.

44 *K.V.* [GK], B. No: 2014/2293, 1/12/2016, § 53.

rum, aynı meseleye ilişkin tüm uyuşmazlıkların Anayasa Mahkemesi önüne taşınması sonucunu doğurur. Bu şekilde işleyen bir bireysel başvuru yolunun sürdürülebilmesi ise imkânsızdır. Söz konusu yolun işlerliğini devam ettirmesinde Mahkemenin Anayasa'yı yorumlaması kritik öneme sahiptir. Bu işlevini en iyi şekilde yerine getirebilmesi ise -her bir başvuruda adaleti sağlamaktan ziyade- Mahkemenin daha önce Anayasa'yı yorumlamadığı meselelere odaklanmasına bağlıdır.

Görüldüğü gibi Anayasa Mahkemesi kararında öncelikle anayasayı yorumlama ve uygulama şeklinde ortaya çıkan objektif işlevinin subjektif işlevine göre ön planda olduğunu belirtmektedir. Ardından ikincillik ilkesine vurgu yapan Mahkeme, bu ilke gereği temel hak ve özgürlüklerin korunmasının öncelikle kamu makamları ve derece mahkemelerinin görevi olduğuna işaret etmektedir. Anayasa Mahkemesi kamu makamları ve derece mahkemeleri sözü edilen korumayı sağlayamadığı zaman devreye girecek ve başvuruya konu meseleye ilişkin olarak Anayasa'yı yorumlayarak kararını verecektir.

Anayasa Mahkemesi başvuru sonucunda bir Anayasa hükmünü yorumladığında, aynı meselede kamu makamları ve derece mahkemelerinin işi kolaylaşacak ve kamu makamları uygulamalarını, mahkemeler de kararlarını bu yorum çerçevesinde geliştireceklerdir. Tam da bu noktada bir uyarı yapıyor Anayasa Mahkemesi ve aksi bir durumda, aynı meseleye ilişkin tüm uygulamaların Anayasa Mahkemesinin önüne getirilmesi sonucunun doğacağını ve bunun da sistemi kilitleyeceğini ifade ediyor. Dolayısıyla bu noktada şuna işaret emek gerekiyor: Bireysel başvuru yolunun işlerliğini devam ettirmesinde Mahkemenin Anayasa'yı yorumlaması kritik öneme sahiptir. Bu ise Mahkemenin daha önce Anayasa'yı yorumlamadığı meselelere odaklanmasına bağlıdır.

Aslında şunu söylüyor Anayasa Mahkemesi: Ben bir meselede Anayasayı yorumlamışsam, artık o yorum esas alınmalı ve bu konu artık çözülmüş sayılmalıdır. Bundan böyle önüme gelecek meseleler benim Anayasa'yı yorumlamadığım konularla ilgili olmalıdır. Aslında Anayasa Mahkemesi kararlarının objektif etkisinin ne manaya geldiğini açıkça ortaya koymak suretiyle bireysel başvuru sisteminin etkinliği bakımından da bir çözüm sunmuş oluyor.

Bu durumu örnek bir karar üzerinden anlamaya çalışmak yararlı olacaktır. Başvurucu, Ankara Trafik Denetleme Şube Müdürlüğü tarafından yapılan kontrollerde kandaki alkol miktarını belirleyen cihazı kullanmayı kabul etmediği iddiasıyla idari para cezası ile cezalandırılmış ve sürücü belgesine iki yıl süreyle el konulmuştur. Başvurucu, trafik ekiplerince alkolmetre ile ölçüm yaptırmadığı iddia edilen ve idari para cezasının tanzim edildiği andan 36 dakika sonra hastaneden etanol testinin negatif olduğunu belirten bir rapor almış ve idari para cezasına karşı Sulh Ceza Hâkimliğine itiraz etmiştir. İtiraz dilekçesinde trafik denetimi sırasında aracının durdurulduğunu ve trafik

ekiplerince alkol ölçüm cihazını üflemesinin istendiğini, bu cihaza üç kez üflemesine rağmen cihazın ölçüm yapamadığını, ölçüm cihazında bir hata olduğunu, aynı zamanda alkollü olmadığını görevlilere bildirmesine rağmen kendisine idari para cezası uygulandığını belirtmiştir. Hâkimlik; başvurucunun itiraz dilekçesi ile ileri sürdüğü beyanların yerinde görülmediği, aksi sabit oluncaya kadar geçerli olan Trafik İdari Para Cezası Karar Tutanağı'ndaki tespite karşı yeterli ve geçerli belge sunulmadığı… gerekçeleriyle itirazı reddetmiştir. Başvurucu, Hâkimliğin delilleri incelemeden, dosya üzerinden ve kolluk tutanağını mutlak doğru kabul ederek karar verdiğini ileri sürmüştür.

Anayasa Mahkemesi şu gerekçe ile adil yargılanma hakkı kapsamındaki silahların eşitliği ilkesinin ihlal edildiğine karar vermiştir: *"Kamu görevlilerince düzenlenen tutanağın gerçekliği karinesi aksi ispat edilebilir nitelikte olsa da başvurucunun bunun aksini ispatlamak için ileri sürdüğü iddia ve itirazların Hâkimlikçe değerlendirmeye bile alınmaması sebebiyle somut olaydaki uygulanma tarzı itibarıyla karinenin başvurucuyu otomatik olarak kabahatli hâle getirdiği anlaşılmıştır. Başvurucuya savunma imkânı tanınmış ise de Hâkimliğin kamu görevlilerince düzenlenen tutanağa üstünlük tanıyan yaklaşımı başvurucunun savunma yapmasını anlamsız hâle getirmiş ve başvurucuyu kamu otoritesi karşısında dezavantajlı konuma düşürmüştür.*

Bu durumda başvurucunun itirazının kamu görevlilerince düzenlenen tutanakların gerçekliği karinesine dayalı olarak reddedilmesinin -başvurucunun savunmalarının hiç irdelenmediği gözetildiğinde- silahların eşitliği ilkesini ihlal ettiği kanaatine varılmıştır" [45].

Karar, idari işlemlerin hukuka uygunluk karinesi, bu karinenin çürütülebilirliği ve bunun silahların eşitliği ilkesi ve adil yargılanma hakkıyla ilişkisi konusundaki yorumuyla, aynı ya da benzer olaylarda idare ve mahkemelere nasıl davranmaları gerektiğini göstermektedir. Bireysel başvuru kararı sonucunda verilen ihlal kararlarının objektif etkisi tam da böyle bir etkidir.

C. Yol Gösterici Etki ve Mutlak Bağlayıcılık Arasında Objektif Etkinin Yeri

Anayasa Mahkemesinin objektif etki konusundaki tavrı tartışmaları bitirmeye yetmemiş, meseleye ilişkin soruların ardı kesilmemiştir. Acaba, ihlal kararı ile sonuçlanan somut meseleler ile kararın içeriğindeki genel ilkeler ayrılabilir mi? Ayrılırsa genel ilkelerin benzer bir olaya uygulanabilmesi derece mahkemelerinin kararın gerekçesiyle bağlı olmasından mı yoksa somut koşulların aynı olmasından mı kaynaklanır?[46].

Görüldüğü gibi objektif etkinin ne olması gerektiği konusundaki belirsizlik aşılamamaktadır. Bunu netleştirmek için ilk olarak AYM'nin bireysel

45 *Yunus Acar*, B. No: 2020/34667, 24/5/2023, §§ 16-18.
46 Göztepe, E. (2016). s. 99; Akçil, Y. (2022). s. 24.

başvuru uygulamasında Anayasa'yı yorumlama konusunda tekel olup olmadığına bakmak gerekir. Doğrusu bunu gerektiren bir pozitif dayanak bulunmamaktadır. Üstelik yorum tekelinin kabulü ikincillik ilkesi uyarınca da sorgulanabilir. Bu konuda öncelik, ilk yorumlama idari makamlar ve derece mahkemelerindedir. Anayasa Mahkemesinin rolü sonra başlamaktadır[47]. Öte yandan AYM'nin yorum tekelini kabul etmek, derece mahkemelerinin genişletici bir yorum geliştirmesini de engelleyebilir[48].

Netice itibarıyla objektif etkinin varlığına ilişkin görüşler olanı değil, olması gerekeni ifade etmektedir. İki muhalefet milletvekiline ilişkin bireysel başvuru kararları bunun örneğidir. AYM sonuçta tekrar ihlal doğar demiş, objektif etkiden söz etmemiştir[49].

Fakat bu çekinceleri ileri sürerek konuya ihtiyatlı yaklaşanlar da Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru üzerine vermiş olduğu kararların benzer konularda hiçbir biçimde dikkate alınmayacağını ifade etmemektedirler. Objektif etki vardır ama bu; açıklayıcı, yol gösterici, ışık tutucu bir etkidir. Bu etkiyi kabul etmek AYM'nin iş yükünü hafifletmek kadar, hukuk düzeninin bütünlüğü açısından da önemlidir. Kaldı ki başta pilot dava uygulaması olmak üzere bu hususta alınan tedbirler de vardır[50]. Görüldüğü gibi bu görüş de kesin bir çözüm sunmuyor. O zaman uygulamaya bakmak gerekiyor.

IV- UYGULAMADAN ÖRNEKLER

A. Yargıtay

Başvurucu, velayeti altındaki çocuğa bebeklik dönemi aşılarının uygulanmasını reddetmiştir. İdarenin başvurusu üzerine mahkeme, çocuk hakkında sağlık tedbirinin uygulanmasına karar vermiştir. Başvurucu itiraz etmiş ama reddedilmiştir. Karar kesinleşince AYM'ye bireysel başvuruda bulunmuştur. AYM, başvuruya konu müdahalenin Anayasa'nın 17. maddesi anlamında müdahalenin meşruiyet unsurlarından biri olan kanunilik şartını sağlamadığı gerekçesi ile ihlal kararı vermiştir[51].

Bu karadan bir müddet sonra zorunlu aşı uygulaması ile ilgili başka bir dava Yargıtay önüne gelmiştir. Yargıtay şu tespitlerde bulunmuştur:

"Bireysel başvurularda verilen kararlar soyut ve somut norm denetiminden farklıdır. İhlal kararı yalnızca başvuruda bulunan kişi veya başvuruya konu idari işlem ya da karar için geçerli ve bağlayıcıdır. Ancak bireysel başvurunun ikincil niteliği ge-

47 a.g.e. s. 25.
48 a.g.e. s. 25.
49 a.g.e. s. 25.
50 a.g.e. s. 26.
51 *Halime Sare Aysal* [GK], B. No: 2013/1789, 11/11/2015, § 69.

reği, H. Sare Aksal kararının derece mahkemelerince dikkate alınması gerekir. Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru ikincil nitelikte bir yoldur. O hâlde, yargılamanın yenilenmesi sebebi olabilecek bu hususun, derece mahkemelerinde yargılaması devam eden davalarda da göz önüne alınması gerekir. Anayasa Mahkemesinin bu hususta ki bireysel başvuru sonucu aldığı ihlal kararı karşısında, hak ihlaline yol açmamak için hükmün bozulması gerekmiştir. Anayasa Mahkemesinin saptadığı hak ihlalinin, mahkeme kararından kaynaklandığını belirleyen ve "ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapılmasına" ilişkin kararı karşısında, derece mahkemelerinin başvuru konusu somut olay ve kişi bakımından artık başka türlü karar vermesine olanak yoktur[52]*".*

B. Danıştay

Danıştay VDDK'nın 19/01/2022 tarihli ve E.2020/853, K.2022/17 sayılı kararı idari yargının Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru kararlarının objektif etkisini göstermesi bakımından önemlidir. Mahkeme kararında özetle şu hususların altını çizmektedir:

"Bireysel başvuru yolunun uygulandığı bir hukuk sisteminde bireysel başvuru mercii tarafından bir temel hak ve özgürlüğün ihlal edildiği tespit edildiğinde, yeni ihlallerin önlenmesi için aynı ya da benzer maddi olaylara ilişkin uyuşmazlıkların konu olduğu derdest yargılamalarda ihlal kararında değinilen ilkeler ışığında yargılama süreçlerinin sonuçlandırılması, yargı mercilerinin görevlerinin bir gereğidir".

"Bireysel başvuru kararlarının bu objektif etkisinin aynı ya da benzer maddi olayların konu olduğu uyuşmazlıklarda ihmal edilmesi, bu uyuşmazlıkların konu olduğu yargılama süreçleri sonucunda verilen kararların da bireysel başvuru mercilerinin önüne taşınmasına ve bu başvuruların da ihlal kararıyla sonuçlanmasına neden olacaktır".

"Bu durum temel hak ve özgürlükleri korumak konusunda öncelikle görev yapan yargı mercilerinin anılan göreviyle olduğu gibi, bireysel başvurunun amacı ile de bağdaşmaz".

"Hem yargıya duyulan güveni sarsar hem de hukuk güvenliği ve hukukun üstünlüğü ilkesi ile bağdaşmaz".

"Dolayısıyla derece mahkemeleri, bireysel başvuru kararlarının objektif etkisi uyarınca ve bu kararlarda değinilen ilkeler ışığında, aynı ya da benzer maddi sebeplere dayalı uyuşmazlıklarda uygulanan usul kurallarını temel hak ve özgürlüklerin ko-

52 Yargıtay, 2. Hukuk Dairesinin, 12/1/2016 tarihli ve E.2015/24695, K.2016/361 sayılı kararı. (Karar metni Biber, S. E. (Tarih belirtilmemiş). "Bireysel Başvuru Kararlarının Yargıtay İçtihadına Etkisi: Örnek Kararlar", *1001-Araştırma ve Teknoloji Projelerini Destekleme Programı kapsamında TÜBİTAK-ARDEB tarafından desteklenen 115K449 nolu araştırma projesi çıktısı*ndan alınmıştır.)

runması amacına hizmet eder şekilde geniş yorumlayarak bu uyuşmazlıkları sonuçlandırmalıdır"[53].

Görüldüğü gibi Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru üzerine vermiş olduğu ihlal kararları idari yargıda objektif etkiye sahiptir. Buradaki temel gerekçe ise aksi tutumun ihlal kararlarına neden olacağı gerçeğidir. Ancak bunun yanında, isabetli olarak bireysel başvurunun amacı, hak ve özgürlüklerin korunması, hukuk güvenliği ve hukukun üstünlüğü ilkelerine de vurgu yapıldığı görülmektedir.

V. DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Esasında yaşayan bir belge olarak Anayasa'ya nihai anlamını veren, Anayasal hükümleri yorumlayarak anlamlandıran Anayasa Mahkemesidir.

Yüksek Mahkeme bunu 2010/2012'den önce soyut ve somut norm denetimi aracılığı ile yapmaktaydı. Bu süre zarfında Türkiye'de tartışılan husus, bu yorumlama işinin Anayasa Mahkemesinin tekelinde olup olmadığı ve Anayasa Mahkemesi kararlarının gerekçelerinin de bağlayıcı bir özellik taşıyıp taşımadığıydı.

Bir görüş, Anayasa Mahkemesine yorum tekeli tanıyıp, kararların gerekçelerin de bağlayıcı olduğunu savunurken, diğer bir görüş ise Yüksek Mahkemenin yorum tekelini benimsemiyor ve bağlayıcılığın gerekçeleri kapsamadığını ileri sürüyordu. Bu görüşe göre Anayasa Mahkemesinin yorumu yol gösterici, ışık tutucu bir özellik arz etmekteydi.

Bireysel başvurunun kabulü ile durumun biraz değiştiği, tartışmanın farklı bir boyut kazandığı görülmektedir. Çünkü bireysel başvurunun getirilmesi ile Anayasa Mahkemesi, anayasal hükümleri somut durumlara uygulamaya, bir anlamda ete kemiğe büründürmeye başladı. Bu durum anayasa yargısında yapılan yorum ve uygulamanın diğer mahkemeler tarafından daha bir dikkatle ele alınmasını gerektirdi. Çünkü bireysel başvuru sonucunda verilen ihlal kararlarına, yeniden yargılama gibi önemli sonuçlar bağlandı.

Kuşkusuz AYM kararları kesin ve bağlayıcıdır ve bu durum bireysel başvuru kararları için de geçerlidir. Fakat bu kez de şöyle bir tartışma başlamıştır: İhlal kararları sadece başvurunun tarafları açısından mı bağlayıcıdır yoksa benzer davalar için de aynı durum geçerli midir?

Kuşkusuz Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru üzerine verdiği kararlar dâhil, tüm mahkeme kararları ancak karara konu olayla ilgili olarak hukuki sonuç doğurur. Dolayısıyla bir olayla ilgili olarak verilmiş bir mahkeme

53 Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulunun 19/1/2022 tarihli ve E.2020/853, K.2022/17 sayılı kararının yararlanılan kısımları için bkz. Akçil, Y. (2022). s. 30.

kararının aynı nitelikte olan başka bir olayla ilgili bağlayıcı sonuç doğuracağı söylenemez. Bu husus, yüksek mahkeme ve dolayısıyla Anayasa Mahkemesi kararları bakımından da geçerlidir. Aksi bir anlayış, belli bir hukuk normunun yorumunu, belli bir zamandaki hukuk anlayışını değiştirilemez kılar ve bu durum hukukun yorumlanması suretiyle geliştirilmesinin önüne geçer ve hukuk anlayışının donuklaşmasına neden olur.

Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru sonucunda verdiği ihlal kararlarının gereği, bazan tazminata hükmedilmesi yoluyla fakat çoğu zaman yerel mahkemeler tarafından yeniden yargılama yapılması suretiyle yerine getirilmektedir. Bir başka ifadeyle somut olayla ilgili olarak derece mahkemeleri tarafından verilen ve olağan kanun yollarından geçerek kesin hüküm niteliği taşıyan karar, AYM'nin verdiği ihlal kararı üzerine yerel mahkeme tarafından ortadan kaldırılmaktadır. Böylece ihlal kararı, olağan yargı mercileri tarafından verilen kesin hükmün otoritesini ortadan kaldıran bir etkiye sahiptir. AYM, böylece, benzer somut olaylarda ilgili normun bir ihlale yol açmaması için ne şekilde anlaşılması gerektiğini ortaya koymakta ve buna aykırı uygulamayı düzelttirmektedir. Bu durum Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru yoluyla ortaya koyduğu içtihadın benzer olaylarda göz önünde bulundurulmasını gerekli kılmaktadır. Ancak bu değerlendirme, benzer olaylarda Anayasa Mahkemesinin vermiş olduğu kararların derece mahkemelerini bağlayıcı sonuç doğuracağı şeklinde anlaşılmamalıdır. Zira hukuk sistemimizde sadece Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararlarına benzer hukuki konularda mahkemeleri bağlayıcı etki tanınmıştır[54].

Öte yandan mahkeme kararlarında bağlayıcılığı olan sadece hüküm kısmıdır. Hükme ulaşırken uygulanan normun ne şekilde anlaşılması gerektiğine ilişkin gerekçelerin ise bağlayıcılığı yoktur. Aksi bir durum hem bireysel özgürlükleri cendere içine sokma hem de toplumun doğal hukuki gelişimini dondurma ve Anayasa Mahkemesini pozitif kanun koyucu konuma getirme tehlikesi taşır.

Esasında bireysel başvuru kararlarının ve gerekçelerinin, aynı ya da benzer dava/olay/meseleler için bağlayıcı olduğuna dair pozitif bir düzenleme de bulunmamaktadır. Ancak bağlayıcı olmaması etkisiz olduğu anlamına gelmez. Anayasa'nın normlar hiyerarşisinin tepesinde yer aldığı ve Anayasa Mahkemesinin de ona nihai anlamını veren bir pozisyonda bulunduğu dikkate alındığında, kararların içinde yer alan prensiplerin ilgili *her türlü hukuki uyuşmazlıkta* yol gösterici bir özellik arz ettiğini kabul etmek gerekir. *Benzer meselelerde* ise bütün kamu makamlarının ama özellikle de mahkemelerin Anayasa Mahkemesinin yorumunu, sıradan bir yol göstericiliğin ötesine geçerek, öncelikle dikkate almaları gerekir.

54 Bkz. 4.2.1983 tarihli ve 2797 sayılı Yargıtay Kanunu, m. 45.

Unutmamak gerekir ki ikincillik ilkesi gereği bireysel başvuru kapsamındaki hakların tanınıp, ihlallerin önlenmesi ve mağduriyetin giderilmesinde birincil/asıl yetki, idari makamlara ve derece mahkemelerine aittir. Anayasa Mahkemesi bu koruma sağlanamadığı zaman devreye girer. Bu durumda Anayasa Mahkemesi, o meseleye ilişkin olarak Anayasa'yı yorumlar ve bir karar verir. Kamu makamları ve derece mahkemelerinin aynı meseleye ilişkin uygulamalarını bu yorum çerçevesinde gerçekleştirmeleri, hem hukuk düzeninin bütünlüğü ve sağlıklı işleyişi hem de temel hakların korunması açısından önem taşır.

KAYNAKÇA

AKÇİL, Yılmaz (2022). "Bireysel Başvuru Kararlarının Subjektif ve Objektif Etkisinin İdari Yargı Yönünden İncelenmesi", *Anayasa Yargısı*, C. 39., S. 1., ss. 1-45.

ARNARDÓTTİR, Oddný Mjöll (2017). "Res Interpretata, Erga Omnes Effect and the Role of the Margin of Appreciation in Giving Domestic Effect to the Judgments of the European Court of Human Rights", *European Journal of International Law*, C. 28., S. 3., ss. 819–843.

BAŞLAR, Kemal (2011). "Uluslararası Hukukta Erga Omnes Kavramı", *Milletlerarası hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, C. 22., S. 2., ss. 75-108.

CHOW, Pok Yin S. (2021). "On Obligations Erga Omnes Partes", *Georgetown Journal Of International Law*, C. 52., ss. 469-504.

ÇAKMAK, Ufuk Ramazan (2021). *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Yargılamasında Hakkaniyete Uygun Tatmin*, Ankara: Adalet Yayınları.

DÖNER, Ayhan (2021). *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları.

EREN, Abdurrahman (2022). *Anayasa Hukuku Dersleri*, Ankara: Seçkin Yayınları.

ERGÜL, Ozan (2018). "Bireysel Başvuru Üzerinden Hukuk Metoduna Odaklanmak: Norm somutlaşması, İhmal Yaptırımı ve İçtihat Farklılığı Özelinde Bir Genel Değerlendirme", *Anayasa Yargısı*, C. 35., ss. 225-239.

GÖKCAN, Hasan Tahsin (2018). "Bireysel Başvuruda İkincillik İlkesi ve Denetim Yetkisinin Sınırları Sorunu", *TBB Dergisi*, S. 135., ss. 9-76.

GÖZLER, Kemal (2017). *Hukuka Giriş*, Bursa: Ekin Yayınları.

GÖZLER, Kemal (2023). *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Bursa: Ekin Yayınları.

GÖZTEPE, Ece (2016). "Bireysel Başvuru Kararlarının Bağlayıcılığı ve İcrası Sorunu ile Kurumsallaşma İhtiyacı", *Anayasa Yargısı*, C. 33., ss. 93-118.

GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref ve GÖLCÜKLÜ, Feyyaz (2004). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, Ankara: Turhan Kitabevi.

GÜLENER, Serdar (2014). "Bireysel Başvuru ve Anayasal Denetimde Anayasal Yorum: Anayasa Yargısı Sistemini İki Farklı Boyut Aracılığıyla Anlama", *Anayasa Yargısı*, C. 31., ss. 311-326.

ANLAR GÜNEŞ, Şule (2004). "Uluslararası Toplumun Ortak Değerleri Sorunu, Çevrenin Korunması ve Jus Cogens", *Ankara Ünıversitesi SBF Dergisi*, C. 59., S. 4., ss. 123-150.

HAMDEMİR, Berkan (2013). "Türk Anayasa Hukukunda Bireysel Başvuru", *Doktora Tezi*, Konya: Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.

KABOĞLU, İbrahim (2014). *Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)*, İstanbul: Legal Yayınları.

KARAN, Ulaş (2017). *Bireysel Başvuru Kararlarının İcrası: Eski Alışkanlıklar Yeni Sorunlar*, İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi İnsan Hakları Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi.

KÖKÜSARI, İsmail (2009). *Anayasa Mahkemesi Kararlarının Türleri ve Nitelikleri*, İstanbul: On İki Levha Yayınları.

KÖKÜSARI, İsmail (2018). "Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Yolunda İhlal Kararlarının Kesinliği, Bağlayıcılığı ve Etkisi", *EBYÜHFD*, C. XXII., S. 1-2., ss. 1-56.

MEMETİ, Ardit ve NUHİJA, Bekim (2013). "The Concept of Erga Omnes Obligations in International law", *New Balkan Politics*, S. 14., ss. 31-47.

ÖZBUDUN, Ergun (2017). *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları.

POSNER, Eric A. (2009). "Erga Omnes Norms, Institutionalization and Constitutionalism in International Law", *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, C. 165., S. 1., ss. 1-29.

ŞAHBAZ, İbrahim (2020). "Anayasa Mahkemesi Kararının Gerekçesinin Bağlayıcılığı Sorunu", *MHFD*, S. 2., ss. 341-382.

ŞİRİN, Tolga (2018). *Bireysel Başvuru Usul Hukuku (Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi - 7)*, Ankara: Avrupa Konseyi Ankara Program Ofisi.

TANÖR, Bülent ve YÜZBAŞIOĞLU, Necmi (2009). *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, İstanbul: Beta Yayınları.

YILMAZOĞLU, Yunus Emre ve PERDECİOĞLU, İsmail Emrah (Der.). (2021). *Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (Gerekçeli)*, Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları.

Zühtü Arslan'ın "Adli-İdari Yargıda Bireysel Başvuru İhlal Kararları ve İhlalin Sonuçlarının Ortadan Kaldırılması" Konulu Bölge Toplantısında Yaptığı "Anayasa Mahkemesinin İhlal Kararlarının Etkileri" Açış Konuşması, https://www.anayasa.gov.tr/tr/baskan/konusmalar/anayasa-mahkemesinin-ihlal-kararlarinin-etkileri/ (Erişim Tarihi: 11/1/2024)

AYM, E.2000/45, K.2000/27, 5/10/2000.

AYM, E.2012/100, K.2013/84, 4/7/2013.

Halime Sare Aysal [GK], B. No: 2013/1789, 11/11/2015.

K.V. [GK], B. No: 2014/2293, 1/12/2016.

Yunus Acar, B. No: 2020/34667, 24/5/2023.

Prof. Dr. Yüksel METİN
(Süleyman Demirel Üniversitesi Öğretim Üyesi)

Dr. Öğr. Üyesi Semih Batur KAYA
(Balıkesir Üniversitesi Öğretim Üyesi)

ANAYASAL YORUMUN ÖNEMİ VE ETKİLERİ: BİR KURAMSAL İNCELEME*

ÖZET

Bu çalışmanın amacı, anayasal demokrasinin gerçekleştirilmesinde anayasal yorumun taşıdığı kritik önemi ve yorum faaliyetinin ne gibi sonuçlar doğuracağını ortaya koymaktır. Bilindiği üzere siyasi iktidarın sınırlandırılabilmesi, özgürlükçü demokratik bir hukuk devletinin inşa edilebilmesi için öncelikle anayasacılığın gereklerine uygun, demokrasi, insan hakları ve hukukun üstünlüğü ilkelerini benimseyen yazılı bir anayasanın yapılması gerekir. Ancak belirtmek gerekir ki anayasacılığın gereklerine uygun bir anayasanın varlığı kendi başına yeterli bir güvence değildir. Zira iyi bir anayasa kötü bir şekilde uygulanabilir. Anayasanın devlet iktidarını sınırlandırmasının en önemli nedeni hakları yalnızca güvenceye almak değildir; ayrıca bunların genişletilmesi ve gerçekleştirilmesi gerekir. Durum böyle olunca anayasa yargısının ve anayasa yargıcının önemi katlanarak artmaktadır. Demokrasinin ve hukuk devletinin gerçekleştirilmesi ve geliştirilmesinde yüksek mahkemelerin, özellikle de anayasa mahkemelerinin Anayasa'yı somutlaştıran ve uygulanabilir kılan anayasa yargıcının elindeki en önemli araç yorum faaliyetini gerçekleştirmektir. Çoğu zaman soyut ve muğlak ifadelerden örülü kurallar bütünü olarak anayasa, anayasal yorum sayesinde hukuk düzeninde etkin hâle gelir ve yaşam pratiğine aktarılır. Hâliyle anayasanın yorumlanması demokratik devlet ve anayasal devleti gerçekleştirmekte çok boyutlu önem kazanmaktadır. Bir kere anayasanın yorumlanması, anayasanın derininde bulunan anlamı gün yüzüne çıkarır. İkincisi, yorum aracılığıyla anayasa somutlaştırılır ve hukuk evrenine nüfuz etmesi sağlanır. Üçüncü olarak anayasal yorum, demokrasi, insan hakları ve hukukun üstünlüğüyle bağdaştırılması zor hükümlerin az da olsa törpülenmesini sağlar ve anayasa hükümlerinin sürekli güncellenmesine ve geliştirilmesine aracılık eder. Anayasal istikrar, anayasal değişim ve dönüşüm ile uzlaştırılır. Tüm bu işlevleriyle anayasa yargısında yorum faaliyeti anayasal meşruluk ile yakından ilintilidir ve kaçınılmazdır. Bu da anayasacılık bağlamında hak temelli anayasal ortamın ve gelişimin dinamiğini oluşturur.

* Bu makale hakem denetiminden geçmiştir.

Çalışmada ulaşılan temel bulgu, anayasa mahkemelerinin kendisini anayasa koyucu yerine koymadan, yorum yetkisinin sınırlarını aşmadan, anayasal demokrasinin gerçekleştirilmesinde kilit bir rol oynayabilecekleri, demokrasiyi ve insan haklarını geliştirebilecekleri ve koruyabilecekleri ve hukukun üstünlüğünün sağlanmasına katkı sağlayabilecekleridir.

Anahtar Kelimeler: Anayasa, anayasal meşruluk, anayasal yorum, anayasa yargısında yorum, anayasa yargıcı.

THE IMPORTANCE AND EFFECTS OF CONSTITUTIONAL INTERPRETATION: A THEORETICAL REVIEW

ABSTRACT

The aim of this study is to reveal the critical importance of constitutional interpretation in ensuring constitutional democracy and the consequences of interpretation. As is known, in order to limit political power and to build a liberal democratic state of law, a written constitution must first be formulated in accordance with the requirements of constitutionalism and adopting the principles of democracy, human rights and the rule of law. However, it should be noted that the existence of a constitution that complies with the requirements of constitutionalism does not per se constitute a sufficient guarantee. Because a good constitution may not be duly implemented. The most important reason why the Constitution limits state power is not only to secure rights; they also need to be expanded and exercised. This being the case, the importance of the constitutional jurisdiction as well as the constitutional judge increases exponentially. In the realization and development of democracy and the rule of law, the most important means employed by the supreme courts, especially the constitutional courts and the constitutional judges who concretize the Constitution and make it applicable, is to interpret. The constitution, as a set of rules consisting of mostly abstract and ambiguous expressions, becomes effective in the legal order thereby becoming applicable thanks to constitutional interpretation. Therefore, the interpretation of the constitution gains multidimensional importance in ensuring the democratic state as well as constitutional state. First of all, interpreting the constitution reveals the deep meaning of the constitution. Secondly, through interpretation, the constitution is concretized and permeates the legal universe. Thirdly, constitutional interpretation ensures that provisions that are difficult to reconcile with democracy, human rights and the rule of law are stretched, at least to a small extent, and contributes to the continuous updating and development of constitutional provisions. Constitutional stability is supported by constitutional change and transformation. Considering all these, the interpretation in the constitutional jurisdiction is closely related to constitutional legitimacy and is inevitable. Thus, the dynamics of the rights-based constitutional environment and development in terms of constitutionalism emerge.

The main finding of the study is that constitutional courts can play a key role in ensuring constitutional democracy, promote and protect democracy and human rights, and contribute to the rule of law, without substituting themselves for constitution-makers or exceeding the limits of their interpretation authority.

Keywords: Constitution, Constitutional Legitimacy, Constitutional Interpretation, Interpretation in Constitutional Jurisdiction, Constitutional Judge.

GİRİŞ

Hukuk normlarının konulmasında, onlara uyulmasında ve yargı organları eliyle uygulanmasında karşılaşılan en önemli sorun, yorum sorunudur. Hukuk normlarının soyut olmalarından, kimi zaman ve durumlarda doğrudan uygulanabilir içerik ve nitelikte olmamalarından dolayı uygulanabilmeleri için somutlaştırılması gerekir. Bu da hukuk normlarının yorumlanmalarını zorunlu kılar. Anayasa hükümlerinin kanun hükümleri karşısında daha soyut ve genel nitelikte olması, anayasa hukuku alanında yoruma daha fazla ihtiyaç duyulmasına yol açmakta ve anayasanın yorumlanması konusunun ne kadar önemli olduğunu göstermektedir. Anayasa hukukuna ilişkin bir soruya, Anayasa açık ve kesin bir yanıt vermiyor ise Anayasa hükmünün sözel anlamı kuşkuya ve tartışmaya açıksa, Anayasa'nın ve uygulanacak Anayasa hükmünün yorumlanması gerekir[1].

Hukuk devletinin ve demokrasinin tüm unsurlarıyla birlikte hayata geçirilebilmesi, insan haklarının korunabilmesi ve geliştirilebilmesi ve adaletli bir hukuk düzeninin kurulabilmesi için kanun hükümlerinin, özellikle de Anayasa hükümlerinin doğru bir şekilde yorumlanması ve uygulanması gerekir. Ancak belirtmek gerekir ki yorumun da bir sınırı vardır. Dolayısıyla sayılan bu ilkelerin hayata geçirilmesinde birincil görev hukuk normlarını koyanlara düşmektedir. Bir başka deyişle, anayasacılığın gereklerine uygun bir anayasa yapılması ve adil bir hukuk düzeninin kurulması gerekir. Eğer bu yönde bir niyet ve çaba yoksa yargıçların yorum yoluyla sorunları aşması ve beklentileri karşılaması mümkün değildir. Kuşkusuz kusursuz ve mükemmel bir anayasa yapmak, tam anlamıyla adil bir hukuk düzeni kurmak, gerçekleşmesi çok zor bir hedeftir. Bununla birlikte bu hedefe olabildiğince yaklaşmaya çalışmak mümkündür. Ne var ki bu hedefe ulaşılması tek başına yeterli değildir. Aynı zamanda anayasa ve kanun hükümlerin doğru bir şekilde yorumlanması ve uygulanması gerekir. Anayasa ve kanunların içeriği önemli olduğu gibi nasıl yorumlandığı ve uygulandığı da önemlidir. Anayasa Mahkemesi Başkanı Arslan'ın da altını çizdiği gibi, iyi bir anayasa kadar, belki ondan daha önemlisi iyi anayasa yorumcuları ve uygulayıcıları gereklidir[2].

Alman anayasa hukukçusu Hesse'nin de vurguladığı gibi anayasal demokrasilerde bütün devlet organları anayasa ile bağlıdır. Anayasa'ya bağlılık denildiğinde, anayasa mahkemelerinin anayasaya ilişkin yorumları da anayasa kavramı içerisinde yer alır. Zira anayasa mahkemelerinin anayasa hakkındaki yorumları yalnızca vatandaşlar için değil, aynı zamanda bütün dev-

1 Hesse, K. (1995). *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20. Baskı, Heidelberg: C. F. Müller Verlag, s. 49.

2 Bkz. Anayasa Mahkemesi Başkanı Zühtü ARSLAN'ın 53. Kuruluş Yıldönümü Açış Konuşması. (2015). https://ayam.anayasa.gov.tr/media/6265/2015_baskanin_acilis_konusmasi.pdf (Erişim Tarihi: 18/5/2023), s. 11.

let organları için de bağlayıcıdır. Buna karşılık, anayasa mahkemeleri yorum yapmış olsa bile, yalnızca anayasanın içeriğini belirleyen kararlar vermesi gerekir. Aksi hâlde, yorumun bağlayıcı etkisinin temeli ve meşruluğu ortadan kalkar. Anayasa mahkemeleri, anayasanın içeriğini bağlayıcı şekilde belirlemeye yetkili olmalarına rağmen, varlığını borçlu olduğu anayasanın üzerinde değillerdir. Bu yüzden anayasa mahkemelerinin görevini yerine getirmesinde ve anayasal yaşamın her alanında anayasanın yorumlanması sorununun nasıl çözümleneceği önem arz etmektedir. Yorumun görevi, anayasal "doğru" sonucu, rasyonel ve sınanabilir bir süreç içinde bulmaktır. Aynı zamanda bu sonuç, rasyonel ve doğrulanabilir gerekçelere dayandırılmalı ve böylelikle de hukuki kesinlik ve öngörülebilirlik yaratılmalıdır[3].

Bir hukuk devletinde anayasa, bireylerin sübjektif düşünce ve kanaatleri veya sağduyu ölçü alınarak yorumlanmamalı, aksine olabildiğince sıkı bir şekilde bilimsel ve objektif kriterlere, eleştirel, şeffaf ve denetlenebilir ölçütlere göre yorumlanmalıdır. Demek ki anayasanın yorumu, bir anayasa hükmünün anlamının belli kriterlere ve yöntemlere göre araştırılması, ortaya çıkartılması ve anlaşılmasıdır.

Anayasalar ilke olarak doğrudan uygulanabilir nitelikte kurallar içermez. Uygulanabilmelerine yönelik olarak somutlaştırılmaları gerekir. Bu da anayasanın yorumlanmasını gerektirir. İşte bu noktada anayasal devlet düşüncesinin en zayıf yönü kendisini göstermektedir. Zira anayasal bir devlette, anayasayı bağlayıcı şekilde yorumlama yetkisine sahip organın her şeye hükmeden bir konuma gelmesi mümkündür. Bu nedenle anayasanın yorumlanması sorunu, haklı olarak anayasa biliminin en önemli ve en başta gelen sorunu olarak gösterilmektedir[4]. Gerçekten anayasa yargısının belki de en önemli konusu yorumdur. Anayasa yargısının doğum anı olarak bilinen 1803 yılındaki ünlü Marbury/Madison kararında hukukun ne anlama geldiğini söylemenin kesinlikle yargının görevi ve yetkisi olduğu, hukuk kurallarını somut olaylara uygulamak konumunda olanların bunları yorumlaması gerektiği belirtilmiştir[5].

Doktrinde birçok yazar, anayasa mahkemelerinin yaptığı yorumun önemi ve doğurabileceği sonuçlar hakkında çarpıcı tespitlerde bulunmuşlardır. Örneğin Alman hukukçu Rudolf Smend'e göre, Anayasa, Federal Anayasa Mahkemesinin yorumladığı şekliyle geçerlidir[6]. Benzer nitelikteki şu tespitler de çarpıcıdır: "Yorum faaliyeti adeta yargıcın anayasayı yeniden yazmasıdır"[7].

3 Hesse, K. (1995). s. 50 vd.
4 Stern, K. (1984). *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band I*, 2. Baskı, München: C. H. Beck, s. 124.
5 Bkz. Yavuz, C. (2017). "Amerika Birleşik Devletleri Yüce Mahkemesi", *TBB Dergisi*, S. 128., s. 464.
6 Smend, R. (1994). *Staatsrechtliche Abhandlungen*, 3. Baskı, Berlin: Duncker & Humblot, s. 582.
7 Sajo, A. (1999). *Limiting Government*, Budapest: Central European University Press, s. 239

"Yorum hukukun ve bu arada anayasanın uygulanmasında en önemli unsurdur ve yürürlükteki hukuk ve anayasa metninin basit bir bilgisinden ibaret değildir. Bu faaliyet aynı zamanda hukukun biçimlendirilmesi anlamına da gelmektedir"[8]. Bu tespitler, anayasanın yorumlanması sorununun ne kadar önemli olduğunu açıkça ortaya koymaktadır. Keza Marbury/Madison kararının üzerinden bir asır geçtikten sonra ABD Yüksek Mahkemesine başkanlık yapmış olan Charles Evan Hughes'in 1908'de zikrettiği *"Biz bir Anayasaya tâbiyiz; ancak Anayasa hakimler ne diyorsa odur"*[9] şeklindeki söz de anayasal yorumun önemini ve gücünü vurgulamaktadır.

Gerçekten anayasa mahkemelerinin yaptığı yorum, otantik ve bağlayıcı nitelikte olduğundan büyük öneme sahiptir. Bu bağlamda anayasa mahkemelerinin anayasayı hangi ön anlayışla ve hangi metotlarla yorumladığı hususu da ön plana çıkmaktadır. Zira seçilen yorum yöntemleri yalnızca anayasanın uygulanması ve yargı yoluyla geliştirilmesi bakımından değil, aynı zamanda anayasa mahkemelerinin denetim ve karar verme yetkisinin sınırlarını göstermesi bakımından da önem taşımaktadır[10].

Anayasalar, devlet kudretini sınırlandırır ve hakları tanır. Böylelikle anayasa siyasi iktidarın sahip olduğu yetkileri belirlemiş ve hak ve özgürlükleri güvence altına almış olur. Anayasal bir devlette anayasa, söz konusu bu işlevini, bağlayıcı ve üst bir hukuk metni olmasıyla yerine getirir. Normatif bir bütün olarak anayasanın üstünlüğü, özellikle anayasa yargısı yani normların yargısal denetimi yoluyla gerçekleştirilir[11]. Nitekim anayasal denetim vasıtasıyla muhteva olarak anayasaya aykırılık teşkil eden normlar hukuk evreninin dışına atılmakta ve böylelikle anayasanın üstünlüğü[12] yerleşik bir düstur olmaktadır.

Bu bakımdan Duran, *"anayasa yargısı denilen denetim yolu, bilindiği gibi, 'hukuk devleti' ilkesinin tümü ile gerçekleştirilmesini amaçlayan bir yaptırım oluşturur"* demektedir[13]. Özbudun da anayasa yargısını *"hukuk devletinin gelişiminde son*

(Aktaran Ergül, O. (2007). *Yeni Kurumsalcı Yaklaşımla Türk Anayasa Mahkemesi ve Demokrasi*, Ankara: Adalet Yayınevi, s. 145).

8 Ekkehart S. (1989). Methoden der Verfassungsinterpretation und der Verfassungskonkretisierung, içinde Bäumlin, R. ve Azzola, A. (Der.), *(Alternativ-) Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Band. 1*, 2. Baskı, Neuwied: Hermann Luchterhand Verlag.

9 Zikreden Dede, K. (2014). "Anayasal Yargının Demokratik Meşruiyeti: Eleştiri ve Yanıtlar Üzerine Bir Değerlendirme", *Hacettepe HFD*, C. 4., S. 1., s. 139.

10 Schuppert, G. F. (1980). *Funktionell-rechtliche Grenzen der Verfassungsinterpretation*, Königstein/Ts.: Athenäum Verlag, s. 1.

11 Aliefendioğlu, Y. (1997). "Yeni Bir Anayasa Yargısı ve Anayasa Mahkemesi", *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 14., s. 225.

12 Metin, Y. (2012). "Anayasal Demokrasi İçinde Anayasa Mahkemesinin Konumu", *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 2., S. 1., s. 94.

13 Duran, L. (1984). "Türkiye'de Anayasa Yargısının İşlevi ve Konumu", *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 1., s. 57.

ve en önemli merhale olarak" nitelendirmektedir[14].

Görüldüğü üzere anayasa yargısının varlığı, demokrasi ve insan hakları bakımından kaçınılmaz bir gerçeklik olarak karşımıza çıkmaktadır. Anayasa yargısı, çoğulcu demokrasiyi gerçekleştirmekle azınlıkta kalan kişilerin hak ve özgürlüklerini korur ve böylece anayasacılık düşüncesini de ortaya koyar. Dolayısıyla anayasa yargısı demokratik ve anayasal bir devletin hem oluşumunda hem de işleyişinde önem arz etmektedir.

Ancak anayasa yargısının bu şekilde belirlenen fonksiyonlarını ifa etmeleri ve meşru sayılmaları ancak anayasal konumlarına bağlı olmaları ve sınırlarını bilmelerine bağlıdır. Bu da anayasa yargıcının yorumunda bağımsız ve tarafsız davranması ve özgürlükçü yorum geliştirmesine bağlıdır. Gerçekten de anayasa yargısının meşruluğu siyasal etki ve baskılardan uzak tarafsız yargıç muhakeme ve yorumuna bağlıdır[15]. Anayasa yargıcı özgürlükçü bir yorumda bulunmalıdır. Sweet bu doğrultuda şöyle demektedir: "Bundan şu sonuç çıkar ki anayasal kural koyuculuğun meşruiyeti en nihayetinde hakların meşruiyeti hükümlerine bağlıdır"[16].

İşte aşağıda tüm bu bağlamlarda anayasal yorumun anayasa yargısının meşruluğu ile olan etkileşimi incelenmeye çalışılacaktır. Çalışma kuramsal boyutlarla ele alınmıştır.

I. ANAYASA YARGISININ MEŞRULUĞU PROBLEMİ

Anayasa yargısı Amerikan menşelidir[17]. Anayasa yargısının yasama organı tarafından ihdas edilen kanunların anayasaya uygunluğunu inceleme ve gerektiğinde iptal etme yetkisi, anayasanın demokrasi fikriyle tutarsız görünen bir yönü olarak vurgulanmaktadır[18]. Öyle ki H.L.A. Hart, İngiliz siyaset ve hukuk düşünürlerinin bu "olağanüstü yargısal fenomeni" "bir demokraside gerekçelendirmenin özellikle zor" bulduğunu belirtmektedir[19]. Keza Sidney Hook da benzer bir görüşü ileri sürmektedir: "Yargı üstünlüğü teorisini savunanlar, konumlarını demokrasi teorisinin herhangi bir makul yorumuyla kolayca dengeleyemezler"[20].

14 Özbudun, E. (2016). *Türk Anayasa Hukuku,* Ankara: Yetkin Yayınevi, s. 403.
15 Özbudun, E. (2005). Anayasa Yargısının Demokratik Meşruiyeti, içinde Ergül, O. (Ed.), *Demokrasi ve Yargı* (ss. 336-351), Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, s. 338.
16 Sweet, A. S. (2002). *Governing With Judges*, New York: Oxford University Press, s. 150-152.
17 Rosenfeld, M. (2004). "Constitutional Adjudication in Europe and the United States: Pardoxes and Contrasts", *I-CON*, C. 2., S. 4., s. 633.
18 Freeman, S. (1990-1991). "Constitutional Democracy and the Legitimacy of Judicial Review", *Law and Philosophy*, C. 9., s. 327.
19 Hart, H. L. A. (1983). American Jurisprudence Through English Eyes, içinde Hart, H. L. A. (Ed.), *Essays in Jurisprudence and Philosophy* (ss. 123-144), Oxford: Oxford University Press, s. 125.
20 Bkz. Hook, S. (1962). *The Paradoxes of Freedom*, Berkeley: University of California Press, s. 95.

Türk anayasacılık tarihinde anayasa yargısı 1961 Anayasası ile kurumsallaşmıştır. 1961 Anayasası ile kurulan Anayasa Mahkemesi, kuruluştan itibaren hukuk sistemimizin en önemli aktörlerinden biri olmuştur. Ne var ki Anayasa Mahkemesi zaman zaman çok sert eleştirilere maruz kalmış, hatta kapatılması bile önerilmiştir. Gerçekten anayasal denetim kimi durumlarda demokrasinin herhangi bir makul yorumuyla bağdaşmayacak şekilde uygulanmıştır[21]. Buna rağmen biz, demokrasiyi ve anayasal denetimin rolünü kavramanın önemli bir yolu olduğuna inanmaktayız. Burada ileri süreceğimiz temel görüş; demokratik karar alma süreçlerini en iyi şekilde gerekçelendiren ahlaki ilkeler ve kurumlar dizisinin, uygun koşullar altında anayasal denetim müessesesi için bir gerekçe sağladığına ilişkindir. Hemen belirtelim ki biz burada demokrasinin farklı varyasyonlarına dair ayrıntılı bir değerlendirme sunmayacağız. Burada vurgulamak istediğimiz şey, daha ziyade, siyasi hakların eşitliğini ve çoğunluk yönetimini demokratik sistemin ve toplumun merkezinde tutmamızın, farklı demokrasi formlarının olduğu göz önüne alındığında, pek de yerinde olmadığıdır. Gerçekten de demokratik yönetim biçimi olarak nitelendirebileceğimiz özgürlük formu, Dworkin tasavvurunda olduğu gibi[22], siyasal eşitlik gerçeğinin kurumsal gerekliliklerini tespit etmek için bir temel sağlamaktadır. Kaldı ki bu *a priori* (önsel) iddianın temelsiz olmadığını söyleyelim. Zira belirli koşullar altında anayasal denetiminin, eşit siyasi hakları ve çoğunluk yönetimini meşrulaştıran aynı amaçları korumaya ve geliştirmeye hizmet edebileceğini[23] belirtmek gerekir.

Yine de Jeremy Waldron, doktrinde ileri sürülen ve bizim de benimsediğimiz görüşe katılmamaktadır. Ona göre, bireyler ve toplum, sahip oldukları haklar konusundaki anlaşmazlıkları yasama kurumlarını kullanarak çözmesi gerekir. Yasama bu hususta yegâne yetki sahibi olmalıdır[24]. Waldron'un bu varsayımı, yani hakların yasama tarafından daha etkin korunacağına ilişkin tezi doğruysa yasama organları tarafından verilen haklarla ilgili kararların anayasa yargısı tarafından ikinci kez değerlendirilmesine gerek yoktur. Nihayet anayasal denetim organlarına yasama kararlarını geçersiz kılma izni verilmesinin önemli siyasi meşruiyet kriterlerini karşılamadığını ileri sürmek

21 Anayasacılık ve demokrasi arasındaki ilişki karşılaştırmalı hukukta da mevzubahis olan bir sorundur. Nitekim Tushnet'e göre, anayasal demokrasi olgusu kendi içerisinde bir gerilim taşımaktadır. Zira demokrasi kendi kendini yönetme anlamına gelir ve anayasacılık ise kendi kendini yöneten halkın tercihlerine sınırlar getirilebilmesini gerektirmektedir. Tushnet, M. (2003). "Forms of Judicial Review as Expressions of Constitutional Patriotism", *Law and Philosophy*, C. 22., s. 353. Ancak Özbudun'a göre demokrasi ile anayasacılık arasındaki iletişim ve etkileşim bir çelişki değil, bir ilişkidir. Özbudun, E. (2015). *Anayasacılık ve Demokrasi*, İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, s. 23-25.

22 Bkz. Dworkin, R. (2011). "Siyasal Anayasanın Ahlaki Temelleri", *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 28., s. 37.

23 Bakınız ve karşılaştırınız Freeman, S. (1990-1991). s. 328.

24 Waldron, J. (2006). "The Core of the Case against Judicial Review", *The Yale Law Journal*, C. 115., S. 6., s. 1360 vd.

gerekir. Argümanın temel yapısına ilişkin şu soruyu tevcih etmek gerekir: Bu varsayımı ortaya koyduğumuzda, yasama organının yaptığı işi gözden geçirmek ve bazen geçersiz kılmak için seçmeli olmayan bir süreç oluşturmayı istemek için ne gibi bir sebep olabilir? Şimdi bu soruyu cevaplamaya çalışalım.

a. *Siyasal Meşruluk:* Her anayasal demokratik ülkede, anayasanın kamusal yaşamda ve devlet iktidarının idaresi sürecinde yol gösterici ve temel referans normları olarak hâkim olmasını sağlamak için kurumsal bir mekanizmaya, yani anayasa yargısına ihtiyaç vardır. Demokrasi, tıpkı piyasa ekonomisi sisteminde olduğu gibi, kamusal yaşamda toplumsal alana yönelik davranışlardan elde edilen gücü dengeleyen, değerler ve normlar kontrolü sistemine ihtiyaç duyduğu gibi, serbest toplumsal siyasetin dinamiklerine dayanmaktadır. Demokratik bir ülkede en yüksek norm olan anayasa, hukuk devleti ve ahlak kuralları sistemini de yansıtmalıdır. Anayasa hukukunun ve fiilî uygulamalarda anayasa etiğinin kaynağı olarak anayasanın kendisi kullanılmalıdır. Anayasa hukuku ile ilgili olarak, herhangi bir demokratik ülkede hukukun uygulanması, ülkenin en yüksek yasası olan anayasanın uygulanmasıyla başlamalıdır. Bu nedenle, anayasanın hâkim olmasını sağlamak için bir yargı mekanizmasına sahip olunması gerekmektedir. Demokrasi, devlet sistemindeki tüm yasal konular için geçerli olan, nihai ve bağlayıcı kararlar veren bir mahkemeye ihtiyaç duyar[25]. Bu da bizi anayasa yargısına götürür. Anayasanın özgürlükçü bir yoruma ihtiyaç duyduğu artık rasyonel tartışmaya açık olmasa gerekir[26]. Anayasa yargısının bu imtiyaz üzerindeki tekeli o kadar sağlam bir şekilde yerleşmiştir ki, siyasi toplumsal yapının "yerleşik beklentileri" sayısız şekilde ona bağlı hâle gelmiştir.

b. *Hukuksal Meşruluk:* Anayasa ve anayasacılık karmaşık normatif kavramlardır. Gerçekten de anayasa teorisinde, anayasa kavramı, anayasanın ne olması gerektiğine veya ne olduğuna atıfta bulunmak için kullanılabilir. Her şeyden önce anayasa genellikle pozitif bir hukuk metni olarak anılır. Besson'un belirttiği üzere bu, anayasal uygulamanın metinsiz veya birçok farklı anayasal metne dayanan kalın bir ulusal anayasa olabileceğini gösterse de karşılaşılabilecek en temel ve birebir kullanımdır. İkincisi ve en yaygın olarak, anayasa, üstün bir mertebede olsa da bir hukuk normuna atıfta bulunmak için kullanılır. Üçüncü bir anlam, bir sürecin anlamıdır (yani bir siyasi varlığın oluşumu). Bu, ana-

25 Asshiddiqie, J. (2018). "Constitutional Adjudication and Democracy", içinde *International Symposium on Constitutional Adjudication and Democracy, 29th of August, 2018* (ss. 1-8), Seoul: Organized by the Constitutional Court of South Korea, s. 1.

26 Monaghan, H. P. (1973). "Constitutional Adjudication: The Who and When", *The Yale Law Journal*, C. 82., S. 7., s. 1368.

yasa kavramının neden kademeli olduğunun söylendiğini bize açıklamaktadır: Bir anayasal düzeni ya hep ya hiç biçiminde anayasal olmayan bir düzenden ayırmak zordur. Dördüncüsü, anayasadan kaynaklanan siyasi düzen anlamında kullanılır. Bu sonuç ya oluşturulabilir ki bu durumda anayasa fiilen kurucudur ya da resmileştirilebilir ki bu durumda anayasa yalnızca düzenleyici bir işleve sahiptir. Son bir anlam boyutu, meşruluk kaynağı olarak anayasadır. Bu anlamda anayasa sadece bir norm, bir süreç, bir düzen değil, aynı zamanda bu düzenin meşrulaştırıcı işlevine de sahiptir[27]. Anayasa yargısı kurumuna ilişkin buradaki temel tezimiz; norm koyma yetkisine sahip kamu makamlarını (yasama ve bazen de yürütmeyi) denetleme meselesinin başta yasama organı olmak üzere devletin temel organlarının yetkilerini kötüye kullanmasını önlemeye ve bu organların eylem ve işlemlerinden etkilenenlerin haklarını savunmaya[28] yönelik olarak yargı yetkisinin kendi doğasından kaynaklandığı şeklindedir.

Netice olarak yargıçların ağır şekilde adaletsiz yasama hükümlerini ortadan kaldırmaktan kaçındıkları veya yürütme organı tarafından verilen adaletsiz kararları bozmayı reddettikleri çeşitli yargı alanlarındaki kötü şöhretli davalara hepimiz aşinayız. Yargıçlar, bu tür önlemlere karşı çıkmak için ellerindeki yasal araçları kullanmak yerine, siyasi iktidara boyun eğmeyi seçebilmektedir[29]. Ne var ki anayasa yargısı tarihinde saygı gören yargı kararları, hiçbir şekilde bu koşullara tabi olmamıştır. Demokratik devletlerde yargının saygınlığı ve otoritesi ancak insan haklarının uygulanmasına ilişkin yargısal görevden feragat edilmemesi hâlinde sağlanabilir.

II. YORUMA İLİŞKİN KAVRAMSAL BİR ÇERÇEVE VE KURAM

A. HUKUKTA YORUM

Bu başlık altında öncelikle kimi sorularla başlamak yerinde olur. İlk olarak belirli bir yasal metindeki çelişkileri (çatışma) çözmek, yorumlayıcı etkinlik oluşturur mu? Kanımızca bu sorunun cevabı evettir. Belirli bir metne anlam yüklemek, metnin kendi içindeki iç çelişkileri çözmeyi gerektirir. İkincisi, farklı hukuk metinleri arasındaki çelişkileri aynı normatif düzlemde (iki kanun, iki sözleşme, iki vasiyetname) veya farklı normatif düzlemlerde (anayasa

27 Bkz. Samantha, B. (2009). Whose Constitution(s)? International Law, Constitutionalism, and Democracy, içinde Dunoff, J. L. ve Trachtman, J. P. (Ed.), *Ruling the World* (ss. 381-408), New York: Cambridge University Press, s. 385.

28 Allan, T. R. S. (2013). *The Sovereignty of Law: Freedom, Constitution, and Common Law*, Oxford: Oxford University Press, s. 208.

29 Bkz. Kavanagh, A. (2008). Deference of Defiance?: The Limits of the Judicial Role in Constitutional Adjudication, içinde Huscroft, G. (Ed.), *Expounding the Constitution* (ss. 184-216), Cambridge: Cambridge University Press, s. 184.

ve kanun, kanun ve sözleşme, sözleşme ve vasiyet) çözmek yorumlama faaliyeti oluşturur mu? Elbette, bu metinlerin her birine anlam vermek yorumlama faaliyeti oluşturur.

Peki, verilen anlama dayalı olarak çelişkiyi çözmek, doğası gereği yorumlama faaliyeti oluşturur mu? Sorunun belirli bir hukuk sisteminin geleneğine bağlı olduğunu söylemek ve bunu da bir yorum faaliyeti olarak belirlemek gerekir. Dolayısıyla kanaatimize göre söz konusu hukuk geleneklerinin özelliklerine bağlı olarak farklı metinlerden kaynaklanan normlar arasındaki çelişkileri çözmek yoruma dayalı olan bir faaliyet olsa gerekir.[30] Nitekim farklı metinler arasındaki çelişkileri çözerken bir hukuk sistemine anlam verdiğimiz açıktır. Nitekim bu anlam verme, ayrıca Dworkin'in geniş anlamıyla yorumlayıcı etkinlik oluşturur. Üçüncüsü, yasal bir metindeki bir boşluğu veya boşluğu doldurmak, yorumlama faaliyeti oluşturur mu? Alman hukuk geleneği, olağan yorumlama (einfache Auslegung) ile ek yorumlama (ergänzende Auslegung) arasında ayrım yapmaktadır. Nitekim bu (üçüncü) sorunun cevabı da söz konusu hukuk geleneğine bağlıdır. Hukuki bir metne anlam veren dar anlamdaki yorum ile tamamlanmamış bir metindeki boşlukları doldurmayı içeren geniş anlamdaki yorum arasında ayrım yapılabilir. İkinci faaliyeti yorumlayıcı olarak adlandırmanın gerekçesi, geniş anlamıyla da olsa, nihai olarak bir metne anlam vererek ondan doğan normatif mesajı belirlemesinden kaynaklanmaktadır[31].

Geniş anlamıyla yorumlama, genellikle, herhangi bir tür "açıklama", "anlama" veya "teori oluşturma" anlamlarda kullanılır. Bununla birlikte örneğin bir bilim adamı mikroskopla baktığında, gördüklerini yorumlamaya çalıştığını söyleyebiliriz. Burada ve diğer birçok durumda, "yorum" ve "açıklama" birbirinin yerine kullanılır. Ancak herhangi bir açıklama veya anlama anlamına gelmeyen dar bir yorumlama anlayışı da vardır. Bilinen birkaç örneği ele alacak olursak; edebiyat eleştirmenleri, ilahiyatçılar ve yargıçlar, tipik olarak, özellikle yorumlayıcı dediğimiz bir tür muhakeme yürütürler. Yargıçlar kanunu yorumlarken, onu açıklama iddiasında olmazlar. Benzer şekilde, bir Mozart sonatını icra etmenin uygun yolunu tartışan müzisyenler, sonatın, Mozart'ın veya her neyse onun açıklaması hakkında tartışıyor olarak tanımlanamaz; onların argümanı yine belirgin bir şekilde yorumlayıcıdır. Şu hâlde, yorum kavramını betimlemede kullandığımız oldukça açık bir anlam var: benzersiz bir akıl yürütme veya anlayış türünü belirten fenomen[32].

Kuramsal yasal yorum doktrininin evrimi, bilimsel düşüncenin gelişim tarihinde "açıklama" konusu hakkında çok canlı tartışmaların varlığına tanıklık

30 Aksi görüş için bkz. Barak, A. (2005). *Purposive Interpretation in Law*, Princeton ve Oxford: Princeton University Press, s. 5.

31 a.g.e. s. 5-6.

32 Marmor, A. (2005). *Interpretation and Legal Theory*, Portland, Oregon: Hart Publishing, s. 9.

etmektedir. Yorum, bir nesnenin anlamına ilişkin bir soruyu yanıtlamak için gerekçeler bulmaya yönelik yaratıcı bir akıl yürütme sürecidir. Yorumlama potansiyel olarak karmaşık bir muhakeme sürecidir ve yorumlama ihtiyacı, yalnızca bir kararla karşı karşıya kalan bir kişi, bazılarının anlamına ilişkin bir soruyu yanıtlaması gerektiğinde ortaya çıkar.

Hukuki yorum bahsine gelirsek hukuka göre ne yapılacağına karar vermek bazen yorum gerektirir. Hukuk müessesesinde çoğunlukla bir nesnenin anlamına ilişkin bir soru ortaya çıkar ve bu yorumu gerekli kılar. Fakat hemen belirtmek gerekir ki, hukuk kuralı bize açık ve net bir anlamı değil de başka bir anlamı atfetmek için sebepler bulma görevini vermez. Hukuka göre ne yapılması gerektiğine dair tartışmalı ve zor bir soru ortaya çıktığında, yorum sorunu devreye girer. Dolayısıyla hukuki muhakemeyi genel olarak bir yorum meselesi olarak düşünmek gerektiği kanaatindeyiz. Böyle olmakla biz yalnızca hukuk kuralının muhtevasını değil, aynı zamanda hukuk kuralına göre ne yapılması gerektiğine dair muhakemeyi de kastediyoruz.

Hukuki yorumu, örneğin edebi yorumdan veya bir senfoni icrasında sergilenen yorum biçiminden ayıran, belirtebileceğimiz iki özel önerme söz konusudur[33].

a. Hukuki bir yorum, kanunun uygulanması için bir kural verir;

b. Hukuksal bir yorum açıklayıcı veya önermeseldir, yani önermelerle ifade edilebilir.

Böyle olmakla yasal akıl yürütmenin aşağıdaki yönlerinden her birinin yorum içermesi gerektiğini söylemek mümkündür:

a. Kanunun içeriğine ilişkin belirsizliklerin giderilmesi;

b. Soyut yasal hükümlerin gerekliliklerinin belirlenmesi;

c. Neyin adil olduğuna karar verilmesi;

d. Yasal görev veya yetkilere veya haklara adil müdahale edilmesi;

e. Nihayet yasanın anlaşılması.

Yorum faaliyetinin aktörü normatif bir eylemi yorumlarken sadece normatif metne değil, aynı zamanda kendi hukuki bilgisine, hukuki deneyimine ve hukuk kültürüne de güvenir. Bu nedenle yorumlama faaliyeti, yasal becerinin zirvesidir. Teorisyenler arasında bilimsel gelişmelere özellikle yorumlayıcı hukuk tekniğine odaklananların olması sevindiricidir. Fakat yine de ana tartışma şu semantik damarda ortaya çıkmaktadır: Bir hukuk kuralını

33 Bkz. Endicott, T. A. O. (2012). Legal Interpretation, içinde Marmor, E. A. (Ed.), *Routledge Companion to Philosophy of Law* (ss. 109-122), New York: Routledge, s. 110.

yorumlarken yorumcu neyi anlamaya çalışır; kural koyucunun iradesini mi yoksa normatif yönergenin anlamını mı? Kanaatimizce burada yorum teknikleri sorunu ortaya çıkmaktadır. Modern kuramsal bilim nitelik bakımından yorumlama yollarına yönelik yaklaşımlarla dolu olduğunu söylemek gerekir. Klasik teorik ve hukuki yorumlamada, beş ana yorumlama yolunu belirtmek gerekir: gramatik, mantıksal, özel yasal, sistematik, tarihsel[34]. Bu yöntemlerin her biri, hem normatif reçeteler olan bilgi nesnesi tarafından hem de uygulanan bilgi alanının özellikleri nedeniyle kendine özgü özgüllüğü ile önceden belirlenir. Yorum faaliyeti kural koyma ile eşgüdümlü bir faaliyettir. Yorum düşünsel bir devinim gerektirir. Dolayısıyla, bir hukuk kuralı oluşturan bir kural koyucu, onun benimsenmesini sabit kılamaz; bunun tarihsel, sosyoekonomik ve diğer koşullardan normatif bir yasal işlem metnine geçilmesini yorumcu üstlenir.

Yorumlayıcı hukuk tekniğinin uygulanması sürecinde, belirli mantıksal teknikler özellikle olumlu yönde kendilerini kanıtlamıştır. Bu yöntemleri kısaca şu şekilde izah edebiliriz[35].

a. Mantıksal Dönüşüm: Normatif kuruluşun anlamı ile dilbilgisel nesneleştirme biçimi arasında bir tutarsızlık olması durumunda söz konusu olur. Böylece mantıksal bir dönüşüm çerçevesinde, yorumcu normatif cümlenin tüm kısımlarını eski hâline getirme fırsatı elde eder; mantıksal bağlantılarla belirlenen sonuçları ondan çıkarmak, tümdengelim yoluyla, genel durumdan belirli sonuçlar çıkarmak, tümevarımsal yolla genel bir sonuç formüle etmek.

b. Tanımlardan Çıkarımlar: Hukuki tanımlar yani kavramların tanımlarını uygun anlamda daha sonraki kullanımları için normatif yönergeler içeren dolambaçlı bir yargı içerir. Dolayısıyla yorumcu, bu yargıyı "genişleterek", yorumlanan kavramın türsel ve özel özellikleri hakkında bilgi alır. Bu bilgi, sırasıyla, tespit edilen özelliklerin analiz edilmesi, kavramın gerçek kapsamının bulunması, yorumlanan kavramın ilgili kavramlarla karşılaştırılması vb. dâhil olmak üzere geniş bir araçsal mantık cephaneliğinin uygulanmasını mümkün kılar;

c. Mantıksız Hâle Bürümek: Bu mantıksal teknik şu şekilde çalışır: Akıl yürütmenin temeli olarak yanlış olduğu varsayılan bir tez alınır, saç-

34 Gerçekten de hukuksal yorumlama, yasal metinler ve uygulamalar gibi belirli girdilerden başlar. Hukuki yorum da bir yorum çıktısı verir. Hukuki yorumlamanın, hukuk metinlerini alıp sonuç veren herhangi bir işlemden ibaret olduğu anlayışının yetersiz olduğu açıktır. Çıktı rastgele veya eğlendirmek için üretiliyorsa, süreç hukuki yorumlama değildir. Greenberg, M. (2020). "Natural Law Colloquium Legal Interpretation and Natural Law", *Fordham Law Review*, C. 109., s. 124. Dolayısıyla çeşitli araç ve ilkeler geliştirmek elzem gözükmektedir.

35 Bkz. Kozhokar, I., Sigalov, K. ve Rusakova, E. (2023). "Philosophical and Legal Foundation of the Study of Legal Interpretation Technique", *Wisdom*, C. 1., S. 25., s. 232-234.

malık noktasına getirilir, bu da onun "sahtelik" durumunu gerekçelendirir.

d. "Dışlanan Üçüncü" Yasası: İki zıt çıkarımla birinin doğru olduğundan ve "üçüncü" çıkarım olamayacağından emin olunmasını sağlar.

e. "Yeterli Sebep" Yasası: Keşfedilen yeterli sebep nedeniyle varılan sonucun doğruluğunu gerekçelendirmemizi sağlar.

Netice olarak hukukun yorumlanması hem geriye dönük hem de ileriye dönük iki bileşeni içeriyor olarak kabul edilebilir. Burada geriye dönük bileşen, hâlihazırda var olan bir şeyi yeniden üretmekten oluşur ve ileriye dönük bileşen ise yeni bir şey icat etmek ve yapmaktan oluşur[36]. Özellikle ileriye dönük bileşen konusunda anayasal yorum oldukça zengin ilkeler manzumesine sahiptir.

B. ANAYASAL YORUM

Anayasa hükümlerinin birçoğu yorumlanmaya muhtaçtır. Anayasa mahkemeleri, anayasa hükümlerinin anlam ve kapsamını belirlerken öncelikle klasik yorum yöntemlerine (lafzi, tarihî, sistematik ve amaçsal yorum) başvururlar. Ancak anayasa hükümlerinin pek çoğunun oldukça soyut, kısa, öz ve genel nitelikte olmasından dolayı klasik yorum yöntemleri bazı durumlarda yetersiz kalır. Bu sorunu aşmak üzere anayasa hukukuna özgü yorum ilkeleri geliştirilmiştir. Örneğin Alman Federal Anayasa Mahkemesi, somutlaştırma sürecinin sürdürülebilmesi ve rasyonelleştirilebilmesi için anayasanın bütünlüğü ilkesi, pratik uyuşum ilkesi, işlevsel yorum, anayasanın uluslararası hukuka ve Avrupa Birliği hukukuna uygun yorumu ve anayasaya uygun yorum gibi anayasa hukukuna özgü yorum ilkeleri geliştirmiştir[37].

Anayasa yargısında yorum, anayasa mahkemelerinin varlığından ve anayasa yargısının meşruluğundan ayrı düşünülemez. Gerçekten de anayasa yargıcının somut vakada uygulayacağı argümantasyon doğrudan anayasa yargısının meşruluğunu da etkilemektedir. Böyle olmakla anayasal yorum mefhumunu kısaca incelemek gerekir. Anayasal yorumun çeşitli teorileri söz konusudur[38].

a. *Lafzi Yorum (Literalism)*: Anayasal yorumun her zaman için yegâne referansının yalnızca anayasanın metni olduğunu ifade eder. Anayasa'nın ötesinde herhangi bir yorum aracına itibar edilemez.

36 Strömberg, C. (2015). "Legal positivism and the use of ethics in legal interpretation in a Swedish Case", *XXVII World Congress of the International Association for the Philosophy of Law and Social Philosophy*, s. 2.

37 Hesse, K. (1995). s. 49.

38 Bkz. Gülsoy, M. T. (2007). *Özgürlüklerin Korunmasında Anayasa Yargısının Yeri ve Meşruluğu*, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 209-210.

b. *Anayasa Koyucunun Amacına Uygun Yorum (Orijinalism)*: Bu yöntemin lafzi yorumdan farkı anayasa yargıcının anayasanın ötesine geçmesine izin vermesi ancak anlamı anayasa koyucunun iradesine göre sınırlamasıdır.

c. *Kavramcı Yorum (Conceptualism):* Temel hukuk kavramlarından hareketle yapılan yorumdur. Bu metot, bir kuralın yorumlanmasında ilgili kuralın soyut içeriğinden hareket edilmesi gerektiğini savunur. Bu içerik ise hukuk biliminin geliştirdiği kavramlar ile belirlenebilir. Kavramcı yorumda genelleme ve kavramlaştırmaya önem verilir. Kavramcı yorumu savunanlar yargıçlardan bir hükmün amacını oluşturduğuna inandıkları soyut amacı veya kavramı tespit etmelerini ve normun anlamını buna göre belirlemelerini isterler.

d. *Kültürel Değerler Teorisi*: Burada anayasa, metnin kendisinde veya anayasa koyucuların maksadında her zaman açık bir biçimde ifadesini bulmayan değerler olarak belirtirler. Burada gelenek, cari veya doğmak üzere olan ahlaki konsensüs veya doğal hukuka bakılır.

e. *Sürece Dayalı Modernizm*: Hüküm vermede hakkaniyeti sağlamak üzere ya kendilerinin en iyi kavramlaştırmalarına ya da çağdaş toplumsal değerlere başvururken, maddi meselelerde ya metne ya somut geleneklere ya da somut amaçlara itibar ederler.

f. *Açık Uçlu Modernizm*: Anayasal hükümlere yargıçların anayasal korumaya değer gördükleri çağdaş değerlere dayanarak anlam vermesine olanak tanıyan bir yaklaşımdır. Açık uçlu modernizmin temel karakteri, anayasal meseleler hakkında karar verirken yargıçların takdir yetkisine sahip oldukları -ve olmaları gerektiği- ve bu kararların kaçınılmaz olarak onların kişisel değerlerine dayandıklarına ilişkin kabuldür.

Hukuki yorum kavramının birkaç anlamı vardır. Genellikle yasal bir normun anlamının belirlenmesi olarak anlaşılır yani bu tanım süreci, bir dilsel formülden bir anlamın türetildiği rasyonel bir etkinlik olarak ele alır. Bu genel tanım, anayasanın yorumlanmasına da uygulanabilir: buna dayanarak, anayasal yorum, anayasanın belirli hükümlerine somut anlam verme sürecidir[39]. Yorum fenomeninin anayasa bakımından özel bir anlamı vardır; çünkü *in claris non fit interpretatio* (açık kural yorum gerektirmez) ilkesi çoğunlukla anayasal yoruma uygulanamamaktadır.

Gerçekten de anayasalar çoğu zaman muğlak, belirsiz ve çelişkili terimler kullanmakta ya da anayasa uyuşmazlıklarında çözümlenmesi gereken ko-

39 Kommers, D. P., Finn, J. E. ve Jacobsohn, G. J. (2009). *American Constitutional Law. Essays, Cases and Comparative Notes, Vol. 1: Governmental Powers and Democracy*, New York: Rowman & Littlefield Publishers, s. 34.

nularda sessiz kalmaktadır. Bu tür durumlarda, bir yoruma ihtiyaç duyulur çünkü anayasal metin, belirli bir anayasal ihtilafta yer alan sorunun nasıl cevaplanacağına dair tam bir rehberlik sağlamaz. Anayasanın açık olmamasının birkaç nedeni olabilir. İlk olarak, doğası gereği normatif olduklarından, yani çok sayıda münferit dava için bağlayıcı hükümler içeren genel kurallar olduğundan anayasal yorum kaçınılmaz olmaktadır. İkincisi, anayasaların konuları da çok karmaşık toplumsal ilişkilerdir[40]. Metinleri genellikle siyasi uzlaşmaların sonucudur ve anayasa yapıcıların orijinal fikirlerinin de net olmaması veya hatta terimleri kasıtlı olarak soyut, belirsiz anlamlarla kullanmaları da mümkündür[41].

Metnin belirsizliği veya birden çok anlamı, belirli hukuki ihtilafları yalnızca yorum yoluyla çözülebilecek "zor davalar" hâline getirir. Zor davalar sorunu bizi yorumun gerekliliği konusundaki tartışmalara geri götürse de bu tür davaların çözümünün hukuki yorumlama gerektirdiği kesindir. Çünkü bu davalarda tam olarak hangi kuralın uygulanacağı açık olmadığından bunlar için geçerli olan kural da bulanık ve belirsiz olabilmektedir. Bunun yanı sıra, özellikle köklü ve yerleşik anayasalar söz konusu olduğunda, orijinal anayasal ilkeler artık modern çağın gerekliliklerini karşılamamaktadır ve anayasanın katılığından dolayı, yorum[42], anayasanın içeriğini toplumsal değişime uyarlamanın tek makul yolu olmaya devam etmektedir[43].

III. ANAYASA YARGISININ FONKSİYONEL DEĞERİNİ YÜKSELTEN BİR FENOMEN OLARAK YORUM

Anayasa teorisinin geleneksel konularından biri de anayasal denetimin meşruiyetidir[44]. Mahkemelerin demokratik olarak yürürlüğe giren mevzuatın

40 Bu bakımdan Baş Yargıç Marshall'ın da belirttiği üzere "Açıklamakta olduğumuzun bir anayasa olduğunu asla unutmamalıyız". Burada Marshall, Anayasanın gelecek çağlar boyunca sürmesi ve dolayısıyla insan ilişkilerinin çeşitli krizlerine uyarlanması amaçlanan bir belge olarak okunması gerektiğini kastetmekteydi. Gerçekten de anayasanın anlamı hiçbir zaman sabit değildir; bunun yerine, değişen koşullara ve gelişen değerlere uyum sağlamak için zaman içinde değişir. Bkz. Sadalow, T. (1981). "Constitutional Interpretation", *Michigan Law Review*, C. 79., s. 1033-1034.

41 Gerçi örneğin Ronald Dworkin, hem "kolay" hem de "zor vakaları" çözmenin yorumlamayı gerektirdiğini söylerken, kolay vakaların, kuralın (ve uygulanma şeklinin) yorum yapılmasa bile bilindiği durumlar olduğunu iddia etmektedir. Dworkin, R. (1986). *Law's Empire*, New York: Belknap Press, s. 353-354.

42 Bkz. Goldsworthy, J. (2007). "Introduction", içinde Goldsworthy, J. (Ed.), *Interpreting Constitutions: A Comparative Study* (ss. 1-6), Oxford: Oxford University Press, s. 1.

43 Bkz. Gardos-Orosz, F. ve Szente, Z. (2021). "The Art of Constitutional Interpretation", https://openarchive.tk.mta.hu/476/4/Chapter%202_%20The%20art%20of%20constitutional%20interpretation_by_Fruzsina%20G%C3%A1rdos-Orosz%20and%20Zolt%C3%A1n%20Szente.pdf (Erişim Tarihi 18/5/2023), s. 31.

44 Bu bağlamda bir teori olarak "hegemonyacı koruma tezi"nden söz edilebilir. Hegemonik koruma tezinin siyaset ve hukukun kesişiminde yer alan anayasa yargısının doğuşu ve gelişiminde açıklayıcı veriler taşıdığı söylenebilir. Hirschl, gerçekleştirdiği bir çalışmasında

anayasaya uygunluğunu inceleme yetkisi var mı? Bu soruyu anlamanın çeşitli yolları olmuştur. Bunlardan bazıları şunlardır[45].

a. Anayasa, yargı denetimine izin veriyor mu?

b. Anayasayı hazırlayanlar, yargının anayasallık denetimi yapmasını amaçladı mı?

c. Yargısal inceleme demokratik teori ile uyumlu mudur?

d. Yargısal inceleme siyasi plana uygun mu?

e. Belli bir tür yargısal denetim meşru ise, mahkemeler mevzuatı hükümsüz kılma sürecinde kendilerini meşru adli denetim biçimleriyle mi sınırladılar?

Tüm bunlarda özellikle demokratik teori ile anayasacılık anlayışının çatışmasını görmekteyiz. Esasen kanaatimize göre her iki anlayış arasında, benimsenen modele göre, bir çatışma değil, bir uzlaşı söz konusudur. Demokratik teoride çoğulcu demokrasinin benimsenmesi ve anayasa yargısının yorum yoluyla hakları genişletici ve gerçekleştirici fonksiyonunu ifa etmesi hâlinde sorun insan hakları ve demokrasi boyutuna evrilir. Hâliyle de bu ikisinin birbirini tamamlayıcı işlevi söz konusudur[46]. Biz burada ikincisini, yani sorunun anayasal denetim boyutunu incelemekteyiz ki bu da bizi anayasal denetimde yorumun rolü ve etkisi konusuna götürmektedir.

İsrail, Kanada, Yeni Zelanda ve Güney Afrika'daki anayasal gelişmeleri mercek altına almış ve söz konusu ülkelerdeki anayasal hareketlerin yaygınlaşan anayasal değişim ve dönüşümle uygun olmadığını ortaya koymuştur. Hirschl, bu dört ülkedeki anayasal gelişmelerin yalnızca yargısal bir güçlendirme yönünde ve niyetinde olmadığını belirtmiştir; tersine bu yöndeki eğilim çoğunluk karşısında korku ve tehdit altında olduğunu düşünen siyasal ve iktisadi elitlerin bilinçli bir stratejisidir. Burada elitlerin "çevre"nin çoğunluk olarak siyasi arenada önemli bir aktör haline gelmeleri karşısında kendi hegemonyalarını koruma güdüsü bulunmaktadır. Hirschl, R. (2000). "The Political Origins Judicial Empowerment through Constitutionalization: Lessons from Four Constitutional Revolutions", *Law and Social Inquiry*, C. 25., S. 1., s. 91. Ne var ki biz burada olağan ve normal şekilde kurulan ve işleyiş gösteren bir anayasa yargısı kurumunu konu almaktayız.

45 Bkz. Brink, D. O. (1988). "Legal Theory, Legal Interpretation, and Judicial Review", *Philosophy and Public Affairs*, C. 17., S. 2., s. 133.

46 Ancak doktrinde bu görüşümüzün aksi yönünde kanaatler de mevcuttur. Buna göre yargı denetimi, demokrasinin temeli olan siyasi eşitlik ilkesinin büyük bir ihlalidir. Bir toplumdaki insanların iyi niyetle anlaşamadıkları konularda, yaşamları ve birlikte yaşamları için önemli olan konularda, güçlü biçimli yargı denetimi, sıradan vatandaşlara verdiğinden çok, atanmış yargıçların görüşlerine ölçülemeyecek kadar fazla ağırlık verir. Uygulamanın bu suçlamaya duyarlı savunucuları, yasama kararlarının sıradan vatandaşların görüşlerinden çok yasa koyucuların görüşlerine ölçülemeyecek kadar daha fazla ağırlık verdiği şeklinde yanıt vereceklerdir. Ancak fark şu ki, yasa koyucular söz konusu olduğunda, temsil sisteminin siyasi eşitlik ilkesine bir yaklaşım gibi hareket etmesini sağlayan bir seçim sistemi vardır. Bkz. Waldron, J. (2012). Judicial Review of Legislation, içinde Marmor, E. A. (Ed.), *The Routledge Companion to Philosophy of Law* (ss. 434-448), New York: Routledge, s. 446.

Marbury v. Madison davasında Baş Yargıç Marshall şu hususların altını çizmiştir[47]:

a. Kanunu yorumlamak ve uygulamak yargının kurumsal rolüdür;

b. Anayasa, hukuk sistemimizin en yüksek yasasıdır;

c. Bu nedenle Mahkeme, Anayasa'yı yorumlamalı ve uygulamalıdır;

d. Bu nedenle Mahkeme, bazı kanunların Anayasa ile çeliştiğine karar verirse, kanunun anayasaya aykırı olduğunu beyan etmelidir.

Anayasal yorumun çifte fonksiyonundan söz edilebilir. Birincisi, anayasal yorum ile anayasal inşa arasındaki ilişkidir. Bu bakımdan Balkin'in belirttiği üzere, genellikle yorumlama ve inşa arasındaki ayrım iki ayrı görev arasındaki bir ayrım olarak tasnif edilebilmektedir. Ancak inşa etme fikri ikinci bir nedenle önemlidir ki bu da aynı zamanda farklı kurumlar arasındaki iş bölümünü yansıtmasıdır. Bu iş bölümü, zaman içinde anayasal bir değişiklik yaratır. Şu hâlde anayasa inşası, yorumcuların anayasayı uyguladıkları durumlarda; örneğin doktrinler, uygulamalar ve kurumlar yaratmaları anayasal yorumun bir parçası olarak nitelendirilebilmektedir. Hem yargıçlar hem de siyasi organlar anayasal inşa ile uğraşırlar. Hükûmetin farklı kolları tarafından yapılan anayasal yapı, farklı türde anayasal gelişimler üretir. Yargıçlar inşa sürecine girdiklerinde, sonuç bir dizi karar ve doktrindir. Siyasi kollar inşaya giriştiğinde, sonuç bir dizi kanun, idari düzenleme, siyasi sözleşme ve kurumdur[48].

Siyasi organlar, çoğunlukla, yapılanmalarının anayasaya uygun olduğunu iddia eder. Ne var ki genellikle bu iddialar tartışmalıdır. Gerçekten de Balkin'in vurgusuyla[49] anayasa yargısı tarihsel bağlamı içerisinde siyasal toplum, siyasi şube yapılanmalarının anayasaya uygunluğunu yargı önünde sorgulamışlardır. Bu olduğunda yargı, bu yapıların anayasa ile tutarlı, kısmen tutarlı veya tutarsız olup olmadığına karar verir. Böyle olmakla yargıçlar, bu sorulara karar vermek için anayasa metnini uygular ve süreç içinde yeni anayasal yapılar üretir. Bununla birlikte, bazı siyasi şube kurgularına asla yargı önünde itiraz edilmez veya yargının rolü ve kuvvetler ayrılığı hakkındaki yargı kurguları nedeniyle yargı, itirazları dikkate almayı reddeder. Bu nedenle, anayasa yargısı, devlet kudretinin çeşitli kolları arasındaki mücadeleler yoluyla ve özellikle yargısal inceleme süreci aracılığıyla etkileşime giren rakip yapıları içerir. Siyasi kollar ile anayasa yargısı arasında devam eden bu etkileşim süreci, inşanın diyalektiğidir. Bu bir diyalektiktir çünkü hem yargı hem de siyasi

47 Bickel, A. (1962). *The Least Dangerous Branch*, New Haven: Yale University Press, s. 1-16.

48 Balkin, J. M. (2018). "Arguing About the Constitution: The Topics in Constitutional Interpretation", *Constitutional Commentary*, C. 33., s. 149.

49 a.g.e. s. 150.

erkler yapılanmalarının anayasaya uygun olduğunu iddia etmekte ve aralarındaki etkileşim her iki tarafın da kurgularının gelişimini etkilemektedir.

Basit bir tarihsel gözlem, haklara dair eleştirilerin günümüzdeki popülaritesini açıklayabilir. Son birkaç on yıldaki yasal ve siyasi reformlar; ırk, cinsiyet, çevre, yaş ve engelliliğe dayalı yeni hakları başarılı bir şekilde tesis etmiş ve birçok hukuk bilimcisi bu değişim yönlerini onaylamıştır. Gerçi, bu hakların belirli bağlamlarda fiilen ifade edilmesi ve uygulanması, daha önemli değişiklikler arayanları hayal kırıklığına uğratmaktadır. Belki de daha incelikli bir biçimde, yeni tanınan hakların ima ettiği insan ilişkileri vizyonları, özellikle uygulamada hem geleneksel kültürel biçimlere inananları hem de henüz gerçekleşmemiş alternatifler için umut besleyenleri bazı hâllerde hayal kırıklığına uğratabilmektedir. Haklar bir kez saldırıya açık olarak algılandığında, geniş çapta yetersiz olarak algılanır. Bu hak eleştirilerinin her birine bir yanıt sunan hukuk bilimindeki çağdaş bir gelişme, hukukun yöntemini "yorum" olarak tanımlar. Hukuki bir eylem teorisi olarak, bu yorumlayıcı dönüş, şüphesiz sosyal bilimler, edebiyat eleştirisi, felsefe ve teoloji teorilerindeki benzer gelişmelere borçludur[50]. Ancak biz burada özellikle hakların genişletilmesi ve gerçekleştirilmesinde anayasa yargısında yorumun öneminin altını çizmek isteriz.

Bu bakımdan anayasa yargısında biz, yerleşik güç ve otorite kalıplarıyla ve onlara karşı mücadele eden bir yorum versiyonu olarak savunuyoruz. Kanaatimizce normları bir haklar dili aracılığıyla yaratma ve onlara anlam verme çabaları, sıklıkla ve önemli bir şekilde mahkemeler ve özellikle anayasa mahkemeleri gibi resmi yasal kurumların içerisinde gerçekleşir. Bu anlamda "anayasa yargısında yorum", genel olarak hukukçuların ve yargıçların yanı sıra anayasa yargıçları tarafından yürütülen bir faaliyettir[51]. Gerçi biz de Minow gibi[52] yorumlama faaliyetinin, tek bir otoriter topluluğa değil, farklılıklar dünyasında yaşayan insanlara hitap ettiğini düşünmekteyiz. Gerçekten de yorumlayıcı etkinlik yoluyla insanlar, anlam ve güç mücadelelerinden vaz-

50 Minow, M. (1987). "Interpreting Rights: An Essay for Robert Cover", *The Yale Law Journal*, C. 96., s. 1860.

51 Burada bu sorunun önemini akılda tutarak, çözümünü kolaylaştırmak için bir çerçeve geliştirmeye çalışmaktayız. Bunu yapmak için, öncelikle, anayasayı sadakatle yorumlayabilmek için herhangi bir yorumcunun sahip olması gereken yasal bilgi ve muhakeme yeteneğinin temel seviyesi olan "yorum yetkinliği" kavramı sunulabilir. Daha sonra yorum yetkinliği ise, "yapısal bilgi" ve "yapısal akıl yürütme" olmak üzere iki özel yetkinliğe çevrilebilir. Serota, M. (2012). "Popular Constitutional Interpretation Commentary", *Connecticut Law Review*, C. 44., S. 5., s. 1641. Buna dayanarak, kanaatimizce, yorum yetkisine dayalı bir çerçeve anayasanın yorumlanmasında özellikle anayasa yargıcını işaret etmektedir. Bu da bizim anayasanın sadakatle yorumlanması yeteneğine gerek sahip olma bakımından gerek elinde daha fazla araç bulunması bakımından anayasa yargıcının özel konumunu savunmamıza yol açmaktadır. Nihayetinde, özellikle yorumlama yetkisini halka devretmeye yönelik popüler anayasacı önerilerin neden reddedilmesi gerektiğini savunmaktayız.

52 Minow, M. (1987). s. 1861.

geçmeden potansiyel bir topluluk üyeliği duygusu uyandırır. Ancak yine de anayasa yargısında yorumun özellikli konumunu tasdik etmek gerekir.

Netice olarak, eleştirmenlerin şikâyetlerinin iki temel gerekçesi ekseninde anayasal denetimde karşılaştırmalı hukukta verilen birçok önemli kararlarla ilgili çifte veri karşımıza çıkmaktadır:

a. Anayasa mahkemeleri artık anayasayı yorumlayıp uygulamamakta, bunun yerine anayasa dışı değerleri uygulamaktadır. Bu da onların asli işlevine gölge düşürmektedir.

b. Anayasal denetim, yalnızca anayasanın yorumlanmasını ve uygulanmasını temsil ediyorsa meşrudur.

Öte yandan anayasa dinamik bir kavramlar, kurumlar ve ilkeler bütünüdür. Böyle olmakla "yaşayan anayasa teorisyenleri, anayasal değişim ve dönüşümde nesiller arası sorunun cevabının dört temel iddia etrafında döndüğünü iddia etmektedirler[53].

a. Bir anayasa, soyut hükümleriyle kimliğini ve rehberlik işlevini kaybetmeden gelişip sürekli değişen çevresine uyum sağlayabilen türden bir şeydir.

b. Bir anayasanın soyut hükümlerinin gelişmesine ve çevresine (veya çevrelerine) uyum sağlamasına izin verilmelidir.

c. Bu süreç, resmi değişiklikle değil, gerçek anayasal yorumla gerçekleşebilir.

d. Bunu yaparken anayasa yargıçlarının elinde yasal ve meşru vasıtalar bulunur.

Gerçekten de "yaşayan anayasa" kavramsallaştırması anayasa yargısının elinde gerçekleşir. Bunu yaparken anayasa yargıcı şu hususları dikkate alır:

a. Hükûmetlerin bazı önemli siyasi ahlak haklarını ihlal etmelerini engeller;

b. Keza hükûmetlerin kişi hak ve özgürlüklerine karşı müdahalelerini önler.

c. Zaten anayasayı yazanlar geleceği ve bu önemli hakların bir şekilde ilgili olacağı pek çok durumu tahmin edememektedirler.

d. Kaldı ki anayasayı yazanlar, bu hakların ilgili olduğu veya daha sonra ilgili olarak görüleceği pek çok durumda neyin somut olarak gerekli olduğu konusunda her zaman hemfikir değildir.

53 Bkz. Waluchow, W. J. (2012). Constitutional Interpretation, içinde Marmor, E. A. (Ed.), *Routledge Companion to Philosophy of Law* (ss. 417-433), New York: Routledge, s. 430.

e. Bu hakların somut olarak neyi gerektirdiği konusunda hemfikir olsalar ve kendilerini bu anlayışlara bağlama konusunda rahat olsalar bile, bunu çok farklı zamanlarda yaşayacak ve çok farklı düşünebilecek gelecek nesiller açısından katı bir şekilde bağıtlayıcı kılamazlar.

Bununla birlikte yaşayan anayasa kavramsallaştırmasına ve ilkelerine yöneltilmiş bazı eleştiriler de söz konusudur. Gerçekten de şüphe götürmez çekiciliğine rağmen, yaşayan anayasa teorisi bir dizi önemli itirazla karşı karşıyadır[54]:

a. Teorinin gerektiği gibi bir geri alma alıştırması olarak anlaşılan tüm anayasal yorum konuşmalarını tamamen anlamsız hâle getirdiği söylenebilir. Buna göre anayasal yorum, yenilikçi yorum kılığına giren sınırsız anayasal yaratımdan başka bir şey değildir;

b. Yaşayan anayasa teorisinin, anayasanın rehberlik işlevini yerine getirme yeteneğini elinden aldığı söylenebilir;

c. Yaşayan anayasa teorisi genellikle kuvvetler ayrılığı doktrinini ihlal etmekle suçlanır. Buna göre demokratik bakımdan sorumsuz anayasa yargıçları kuvvetler ayrılığını zedelemektedirler. Çünkü hükûmet gücünün uygun sınırlarının ne olacağı, bu görevin fazlasıyla vasıfsız olduğuna ilişkin tespitlerin ve denetimlerin demokratik olarak bu işlevi yerine getirmek üzere seçilmiş bireylere bırakılması gerekmektedir.

Görüldüğü gibi anayasa yargısında yorum, en iyi amacına ve işlevine bakılarak anlaşılır. Anayasayı yorumlayan yargıçlar bunu bir tür karara varmak için yapar. Bu karar inşa ve uygulama süreçlerinden oluşur. Bu çifte fonksiyon sayesinde anayasa yargıcı, anayasayı hükûmetin farklı düzeylerinde ve özel hayatın farklı alanlarında yaşam pratiğine aktarır. Fakat yine de burada, belirli bir devlet eyleminin anayasaya uygun olup olmadığına karar vermesi gereken yargıçlara odaklanmak yaygındır.

IV. YORUM YOLUYLA ANAYASAL DEĞİŞİM VE SINIRLARI

Anayasal değişim, anayasa metninde bir değişiklik olmaksızın anayasanın içeriğinin ve anlamının değişmesidir. Bir başka deyişle, bir anayasa normunun orijinal anlamının biçimsel anayasa değişikliğine gidilmeden yorum yoluyla değişmesidir[55]. Kısaca metnin değişmeden anlamının değişmesidir. Bu bağlamda anayasaların zaman içinde değişime uğradığı düşüncesi hem

54 a.g.e. s. 431.

55 Voßkuhle, A. (2004). "Gibt es und wozu Nutzt eine Lehre vom Verfassungswandel?", *Der Staat*, C. 43., S. 3., s. 451-452; Stern, K. (1984). s. 161; Bryde, B. (1982). *Verfassungsentwicklung*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, s. 21.

hayranlık uyandırıcı hem de rahatsız edicidir. Anayasal değişim kavramının cezbedici olmasının nedeni, anayasanın yaşayan bir belge olarak görülmesi ve anayasanın yeni gelişmelere ve günün koşullarına uyumlu hâle getirilmesine imkân tanımasıdır. Öte yandan anayasal değişim kavramı aynı zamanda rahatsız edicidir. Zira anayasal değişimde değişimin sahibi ve kapsamı belirsizdir. Osman Can, anayasa mahkemelerinin dinamik/geliştirici ve somutlaştırıcı yorum yapabilecekleri tespitinde bulunduktan sonra meşru olan ve olmayan anayasa dönüşümü/gelişimi arasında çok ince bir çizginin bulunduğunu hatırlatmakta ve bazen anayasa mahkemelerinin bu çizgiyi aştıklarını söylemektedir. Böylece anayasalar kurucu iktidar iradesinin öngörmediği yönlere doğru evrilebilmektedir[56].

Anayasal değişim, çok boyutlu gerilimli bir alanda yer alır. Hukuk ve sosyal gerçeklik arasındaki gerilimde anayasanın normatifliği sorunu ortaya çıkar, hukuk ve zaman arasındaki gerilimde değişen zaman içinde süreklilik ihtiyacı kendini gösterir, anayasayı yapan anayasa koyucu ve anayasayı yorumlayan anayasa mahkemesi arasındaki gerilim kaçınılmaz olarak anayasa mahkemesinin otoritesinin kapsamını ve sınırlarını tartışmaya açar ve aynı zamanda devlet aygıtı içinde anayasa mahkemesinin rolünün yeniden düşünülmesini sağlar. Anayasal değişim kavramı veya öğretisi anayasa hukukunun ve anayasa teorisinin temel sorunlarından biridir[57].

Anayasanın bir maddesinin metninde değişiklik olmasa bile, istisnai nitelikte olmak üzere, anayasa maddesinin anlamının yargısal yorumla değişebildiği gözlenmektedir. Yorum yoluyla anayasa metninin anlamının değişmesi "anayasal değişim", "anayasal değişme", "anayasal dönüşüm" veya "anayasal gelişim" olarak adlandırmaktadır. Buna karşılık yorum yoluyla bir anayasa hükmünün anlamının değişmesi "anayasa değişikliği" olarak adlandırılamaz, zira anayasa değişikliğinden anlaşılması gereken anayasa metninde yapılan formel bir değişikliktir[58].

Günümüzde birçok yazar anayasal değişim kavramını, anayasa normlarının uygulanmasının bir fenomeni olarak kabul etmesine rağmen tanımı ve sınırları konusunda bir uzlaşma bulunmamaktadır. Bütün yazarlar kavramı, normun anlamının değişmesi olarak açıklamasına rağmen, bu cevap tatmin edici değildir. Anayasal değişim kavramı, anayasa normlarının gelişimini sağlayan bir şifreymiş gibi algılanmaktadır. Açık uçlu normların ve prensiplerin yorumlanmasının anayasal değişim olmadığı, geliştirilmesi gereken normların bulunduğu, normların somutlaştırılmasında günün koşullarının

56 Can, O. (2007). "Anayasayı Değiştirme İktidarı ve Denetim Sorunu", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, C. 62., S. 3., s. 104.

57 Walter, C. (2000). "Hüter oder Wandler der Verfassung? Zur Rolle des Bundesverfassungsgerichts im Prozess des Verfassungswandels", *Archiv des öffentlichen Rechts*, C. 125., s. 518.

58 Gözler, K. (2011). *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, Bursa: Ekin Yayınları, s. 115.

ve sosyal gerçekliğin dikkate alınması gerektiği kabul edilmektedir. Bu durumda anayasal değişimin gerçekte ne olduğu ve ne zaman ortaya çıktığı sorusu önem kazanmaktadır[59].

Anayasal değişim kavramı ya da anayasal değişim öğretisi, hukuk bilimi alanında oldukça tartışmalı bir konudur. Anayasal değişim kavramına karşı çıkanlar olduğu gibi, bazen anayasanın yorumcuların müdahalesi olmadan kendiliğinden değiştiği izlenimi vermesinden dolayı şüpheyle bakanlar da bulunmaktadır[60]. Dolayısıyla anayasal değişime yönelik eleştiriler, anayasanın zamanın ruhuna uygun hâle getirilmesine yönelik endişelerin bir sonucudur. Kurumsal anlamda, yetki ve meşruiyetle ilgili bu kaygılar, anayasal "yargı devleti", "yargıç kral" veya "sınırsız mahkeme" konuşmalarında dile getirilmektedir. Voßkuhle'ye göre, aslında anayasal değişim anayasaya zarar vermez, aksine yarar sağlar çünkü onu zaman içinde korur. Bu anlamda anayasal değişim, anayasanın sürdürülmesidir[61].

Anayasa yargısının önemi her geçen gün daha da artmaktadır. Bugün artık anayasa yargıçlarına yalnızca anayasanın bekçisi olarak bakılmamaktadır. Anayasa Mahkemesi yalnızca anayasayı korumakla yetinmemekte, aynı zamanda anayasal ilkeleri geliştirmekte ve anayasal uygulamaları hatta toplumu değiştirmektedirler. Bir başka deyişle, anayasal bir yaşamı sağlamaktadırlar. Böylelikle anayasa yargısı, ülkenin siyasal ve toplumsal gelişiminin çerçevesini çizmektedir[62].

Anayasa mahkemeleri, anayasanın anayasal olarak belirlenmiş nihai yorumcusudur. Anayasa mahkemelerinin görevi bir yandan anayasa hükümlerinin anlamını ve içeriğini belirlemek ve anayasayı yaşayan bir belge hâline getirmek, diğer yandan da anayasada düzenlenen temel ilkeleri korumaktır[63]. Anayasanın üstünlüğü ilkesinin gerçekleştirilmesini sağlayan anayasa mahkemelerinin anayasanın yorumundaki sorumluluğu büyüktür. Anayasa mahkemeleri bu konuda son sözü söyleyen organ konumundadır. Kuşkusuz bu anayasa mahkemesinin anayasayı yorumlarken tamamen serbest olduğu anlamına gelmemektedir. Aksi hâlde anayasanın üstünlüğü ilkesi yok olur,

59 Ayrıntılı bilgi için bkz. Metin, Y. (2014). *Anayasal Değişim*, İstanbul: Beta Yayınları.

60 Ayrıntılı bilgi için bkz. Voßkuhle, A. (2004). s. 450-451.

61 Voßkuhle, A. (2009). "Stabilität, Zukunftsoffenheit und Vielfaltssicherung-Die Pflege des verfassungsrechtlichen "Quellcodes" durch das BVerfG", *Juristen Zeitung*, C. 64., S. 19., s. 918; Volkmann, U. (2018). "Verfassungsänderung und Verfassungswandel", *Juristen Zeitung*, C. 73., S. 6., s. 265. Aynı yönde görüş için bkz. Chiariello, E. (2009). *Der Richter als Verfassungsgeber?-Zur Fortbildung von Grundlagen des Rechtsstaats und der Demokratie durch höchste Gerichte*, Zürich: Dike Verlag, s. 355.

62 Thieme, J. (2000). Das Bundesverfassungsgericht im internationalen Vergleich-Vergleich mit dem US-Supreme Court, içinde Kluth, W. (Der.), *Das Bundesverfassungsgericht als Machtfaktor im gewaltenteilenden System des Grundgesetzes* (ss. 37-74), https://digital.bibliothek.uni-halle.de/pe/content/titleinfo/1116 (Erişim Tarihi: 18/5/2023), s. 37-38.

63 Voßkuhle, A. (2019). "Der Wandel der Verfassung und seine Grenzen", *JuS*, S. 5., s. 417.

onun yerini anayasa mahkemesi kararlarının üstünlüğü ilkesi alır. Böyle bir durumun ortaya çıkmaması için anayasa mahkemeleri, kanunların yorumuyla ilgili kurallara ve yöntemlere bağlı tutulmuştur. Her ne kadar anayasa mahkemeleri bağımsız olsalar da anayasanın nihai bağlayıcı yorumcusu olsalar da yorum yaparken tamamen serbest oldukları söylenemez. Diğer mahkeme kararlarında olduğu gibi, anayasa mahkemelerinin kararları da gerekçeli olmak zorundadır. Dolayısıyla rasyonel bir bakış açısının izlenmesi ve yorumla ilgili kurallara ve yöntemlere bağlı kalınması gerekir. Anayasa mahkemeleri anayasanın üstünlüğü ilkesini ne pahasına olursa olsun değil, üstünlüğünü sağlamaya çalıştığı anayasaya bağlı kalarak ve yorum disiplininin kurallarına uyarak sağlamalıdır[64].

Zaman içinde ortak değerlerin, adalet ve hukukla ilgili düşüncelerin değişmesi, anayasayı da etkilemektedir. Sosyal ve siyasal yaşamda bazı olaylara anayasa hükümlerinin öngördüğünden farklı şekilde davranılması zorunluluğu ortaya çıkabilmektedir. Normal şartlarda böyle bir zorunluluk karşısında anayasa değişikliğine gidilmesi gerekir. Ancak anayasaların değiştirilmesi, değişikliğin uzlaşmayla yapılmasını sağlamak için zorlaştırılmış olması nedeniyle, her zaman kolay değildir. Böyle bir zorunluluk karşısında başvurulabilecek ikinci yol, yorum yoluyla anayasa hükmünün anlamının değiştirilmesidir. Kuşkusuz böyle bir değişim beraberinde birçok sorun da getirecektir, ancak böyle bir anayasal değişim anayasal gelişmenin meşru bir yolu olarak kabul edilmelidir. Bununla birlikte anayasal değişim imkânı sınırsız değildir. Anayasal değişim ancak anayasal yorum sınırları içerisinde söz konusu olabilir. 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. Kuşkusuz anayasa mahkemeleri dinamik/geliştirici ve somutlaştırıcı yorum yapabilirler. Ancak meşru olan ve olmayan anayasa dönüşümü/gelişimi arasında çok ince bir çizginin bulunduğu unutulmamalıdır. Anayasa mahkemeleri bu konuda çok dikkatli davranmalı ve bu çizgiyi aşmamalıdır.

Anayasal değişimden söz edildiğinde çoğunlukla anayasanın dinamik ve geleceğe yönelik yönü vurgulanmak istenir. Anayasanın dinamik ve yeni gelişmelere uygun şekilde yorumlanması gerektiğine işaret etmek amacıyla kullanılır. Bu anlamda anayasal değişim anayasal yorumun karşıtı değil, aksine onun özel uygulama şekillerinden biridir.

64 Voßkuhle, A. (2019). s. 417; Starck, C. (2006). *Praxis der Verfassungsauslegung II*, Baden-Baden: Nomos Verlag, s. 24-25.

SONUÇ

Hukuksal uygulama, yalnızca hukukçuların hukuki metinleri veya kanunları yorumladığı zamana değil, aynı zamanda genel olarak bir yorumlama alıştırmasına işaret eder[65]. Dolayısıyla hukukun uygulanması yani yaşam pratiğine aktarılması için hukuki metinlerin yorumlanması bir zorunluluktur.

Joseph Raz'ın belirttiği gibi, bir anayasa, ülkenin siyasi ve yasal kurumları için istikrarlı bir çerçeve olarak hizmet etmesi, zaman zaman ayarlanması ve değiştirilmesi ancak temelde yasal ve siyasi yapıda istikrar ve sürekliliği koruması anlamına gelir[66]. Ancak kurumlara rehberlik eden temel ilkeleri içeren anayasanın yorumlanması şarttır.

Anayasal yorum oldukça tartışmalı bir uygulamadır. Doğası, sınırları ve meşruiyeti veya haklılığı ile ilgili bir dizi soruyu gündeme getirir. Anayasa teorisyenleri ve hukukçular uzunca bir süreden beri bu soruların cevaplarını aramakla meşguldürler. Belirtmek gerekir ki konuya ilişkin tartışmalar doktrin ile sınırlı kalmamıştır[67]. Aksine, önemli davalarda anayasa hukukunun son derece tartışmalı meseleleri karara bağlanırken, özellikle anayasa yargıçlarının yorumu ilgi çekmektedir.

Bu nedenle, kendisine yüklenen yeni anlamlara rağmen anayasanın değişmeden kaldığı fikri, yenilikçi anayasal yorumlardan endişe duyanların endişelerini gidermenin pek de umut verici olmayan bir yolu gibi görünmektedir. Dolayısıyla buradaki çıkış yolu ve bizim de savunduğumuz husus, anayasanın kendisine atfedilen yeni anlamlarla birlikte değiştiğini kabul etmektir. Zamana ve geleceğe uygun bir anayasa anlayışı için "anayasal değişim"i merkezî terim olarak görmek mantıklı olacaktır.

Anayasa mahkemelerinin anayasayı dinamik bir şekilde yorumlayabileceklerini gösteren haklı sebeplerin varlığından söz edilebilir. Gerçekten anayasa mahkemeleri bazen kurucu babaların aklına gelmeyen sorularla karşı karşıya kalmaktadırlar. Keza anayasanın değişen sosyal ve hukuki koşullara uyarlanmasının bir tercih olmaktan öte zorunluluk olduğu söylenebilir. Anayasanın normatif gücü, onun dinamik yorumuna bağlıdır. Anayasa mahkemelerinin anayasa kurallarını zamanın koşularına ve sosyal ve siyasal dinamizme uyarlayarak dönüştürmeleri gerekir. Ancak bunu yaparken Anayasa ile çizilen yetki haritasının dışına çıkmamaya özen göstermelidirler. Keza anayasayı yorumlarken ulaştığı sonucu gerekçelendirmesi, bu gerekçenin de hukuksal ve rasyonel olarak sınanabilir bir gerekçe olması gerekir.

65 Dworkin, R. (1982). "Law as Interpretation", *Texas Law Review*, C. 60., s. 529.

66 Raz, J. (1998). On the Authority and Interpretation of Constitutions: Some Preliminiaries, içinde Raz, J. (Ed.), *Constitutionalism: Philosophical Foundations* (ss. 152-193), Cambridge: Cambridge University Press, s. 153.

67 Waluchow, W. J. (2012). s. 417.

Sonuç olarak anayasa mahkemeleri kendilerini anayasa koyucu yerine koymadan, yorum yetkisinin sınırlarını aşmadan, anayasal demokrasinin gerçekleştirilmesinde kilit bir rol oynayabilirler. Bu bağlamda özellikle demokrasinin geliştirilmesine, insan haklarının somutlaştırılmasına ve korunmasına, hukukun üstünlüğünün sağlanmasına katkı sağlayabilirler.

KAYNAKÇA

ALLAN, Trevor R. S. (2013). *The Sovereignty of Law: Freedom, Constitution, and Common Law*, Oxford: Oxford University Press.

ALİEFENDİOĞLU, Yılmaz (1997). "Yeni Bir Anayasa Yargısı ve Anayasa Mahkemesi", *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 14., ss. 225-246.

ASSHIDDIQIE, Jimly (2018). "Constitutional Adjudication and Democracy", içinde *International Symposium on Constitutional Adjudication and Democracy, 29th of August, 2018* (ss. 1-8), Seoul: Organized by the Constitutional Court of South Korea.

BALKIN, Jack M. (2018). "Arguing About the Constitution: The Topics in Constitutional Interpretation", *Constitutional Commentary*, C. 33., ss. 145-260.

BARAK, Aharon (2005). *Purposive Interpretation in Law*, Princeton ve Oxford: Princeton University Press.

BICKEL, Alexander (1962). *The Least Dangerous Branch*, New Haven: Yale University Press.

BRINK, David O. (1988). "Legal Theory, Legal Interpretation, and Judicial Review", *Philosophy and Public Affairs*, C. 17., S. 2., ss. 105-148.

BRYDE, Brun-Otto (1982). *Verfassungsentwicklung*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft.

CHIARIELLO, Elisabeth (2009). *Der Richter als Verfassungsgeber?-Zur Fortbildung von Grundlagen des Rechtsstaats und der Demokratie durch höchste Gerichte*, Zürich: Dike Verlag.

DEDE, Kadir (2014). "Anayasal Yargının Demokratik Meşruiyeti: Eleştiri ve Yanıtlar Üzerine Bir Değerlendirme", *Hacettepe HFD*, C. 4., S. 1., ss. 125-147.

DURAN, Lütfi (1984). "Türkiye'de Anayasa Yargısının İşlevi ve Konumu", *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 1., ss. 57-87.

DWORKIN, Ronald (1982). "Law as Interpretation", *Texas Law Review*, C. 60., ss. 527-550.

DWORKIN, Ronald (1986). *Law's Empire*, New York: Belknap Press.

DWORKIN, Ronald (2011). "Siyasal Anayasanın Ahlaki Temelleri", *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 28., ss. 27-39.

ENDICOTT, Timothy A. O. (2012). Legal Interpretation, içinde Marmor, E. Andrei (Ed.), *Routledge Companion to Philosophy of Law* (ss. 109-122), New York: Routledge.

ERGÜL, Ozan (2007). *Yeni Kurumsalcı Yaklaşımla Türk Anayasa Mahkemesi ve Demokrasi*, Ankara: Adalet Yayınevi.

FREEMAN, Samuel (1990-1991). "Constitutional Democracy and the Legitimacy of Judicial Review", *Law and Philosophy*, C. 9., ss. 327-370.

GARDOS-OROSZ, Fruzsina ve SZENTE, Zoltan (2021). "The Art of Constitutional Interpretation", https://openarchive.tk.mta.hu/476/4/Chapter%202_%20The%20art%20of%20constitutional%20interpretation_by_Fruzsina%20G%C3%A1rdos-Orosz%20and%20Zolt%C3%A1n%20Szente.pdf (Erişim Tarihi 18/5/2023).

GOLDSWORTHY, Jeffrey (2007). "Introduction", içinde Goldsworthy, Jeffrey, (Ed.), *Interpreting Constitutions: A Comparative Study* (ss. 1-6), Oxford: Oxford University Press.

GÖZLER, Kemal (2011). *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, Bursa: Ekin Yayınları.

GREENBERG, Mark (2020). "Natural Law Colloquium Legal Interpretation and Natural Law", *Fordham Law Review*, C. 109., ss. 109-144.

GÜLSOY, Mehmet Tevfik (2007). *Özgürlüklerin Korunmasında Anayasa Yargısının Yeri ve Meşruluğu*, Ankara: Yetkin Yayınları.

HART, Herbert Lionel Adolphus (1983). American Jurisprudence Through English Eyes, içinde Hart, Herbert Lionel Adolphus (Ed.), *Essays in Jurisprudence and Philosophy* (ss. 123-144), Oxford: Oxford University Press.

HESSE, Konrad (1995). *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20. Baskı, Heidelberg: C. F. Müller Verlag.

HIRSCHL, Ran (2000). "The Political Origins Judicial Empowerment through Constitutionalization: Lessons from Four Constitutional Revolutions", *Law and Social Inquiry*, C. 25., S. 1., ss. 91-149.

HOOK, Sidney (1962). *The Paradoxes of Freedom*, Berkeley: University of California Press.

KAVANAGH, Aileen (2008). Deference of Defiance?: The Limits of the Judicial Role in Constitutional Adjudication, içinde Huscroft, Grant (Ed.), *Expounding the Constitution* (ss. 184-216), Cambridge: Cambridge University Press.

KOMMERS, Donald P., FINN, John E. ve JACOBSOHN, Gary J. (2009). *American Constitutional Law. Essays, Cases and Comparative Notes, Vol. 1: Governmental Powers and Democracy*, New York: Rowman & Littlefield Publishers.

KOZHOKAR, Igor, SIGALOV, Konstantin ve RUSAKOVA, Ekaterina (2023). "Philosophical and Legal Foundation of the Study of Legal Interpretation Technique", *Wisdom*, C. 1., S. 25., ss. 231-239.

MARMOR, Andrei (2005). *Interpretation and Legal Theory*, Portland, Oregon: Hart Publishing.

METİN, Yüksel (2012). "Anayasal Demokrasi İçinde Anayasa Mahkemesinin Konumu", *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 2., S. 1., ss. 89-130.

METİN, Yüksel (2014). *Anayasal Değişim*, İstanbul: Beta Yayınları.

MINOW, Martha (1987). "Interpreting Rights: An Essay for Robert Cover", *The Yale Law Journal*, C. 96., ss. 1860-1915.

MONAGHAN, Henry P. (1973). "Constitutional Adjudication: The Who and When", *The Yale Law Journal*, C. 82., S. 7., ss. 1363-1397.

ÖZBUDUN, Ergun (2016). *Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları*, Ankara: Yetkin Yayınevi.

ÖZBUDUN, Ergun (2015). *Anayasacılık ve Demokrasi*, İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları.

ÖZBUDUN, Ergun (2005). Anayasa Yargısının Demokratik Meşruiyeti, içinde Ergül, Ozan (Ed.), *Demokrasi ve Yargı* (ss. 336-351), Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları.

RAZ, Joseph (1998). On the Authority and Interpretation of Constitutions: Some Preliminiaries, içinde Raz, Joseph (Ed.), *Constitutionalism: Philosophical Foundations* (152-193), Cambridge: Cambridge University Press.

ROSENFELD, Michel (2004). "Constitutional Adjudication in Europe and the United States: Pardoxes and Constrasts", *I-CON*, C. 2., S. 4., ss. 633-668.

SADALOW, Terrance (1981). "Constitutional Interpretation", *Michigan Law Review*, C. 79., ss. 1033-1072.

SAMANTHA, Besson (2009). Whose Constitution(s)? International Law, Constitutionalism, and Democracy, içinde Dunoff, Jeffrey L. ve Trachtman, Joel P. (Ed.), *Ruling the World* (ss. 381-408), New York: Cambridge University Press.

SCHUPPERT, Gunnar Folke (1980). *Funktionell-rechtliche Grenzen der Verfassungsinterpretation*, Königstein/Ts.: Athenäum Verlag.

SEROTA, Michael (2012). "Popular Constitutional Interpretation Commentary", *Connecticut Law Review*, C. 44., S. 5., ss. 1637-1675.

SMEND, Rudolf (1994). *Staatsrechtliche Abhandlungen*, 3. Baskı, Berlin: Duncker & Humblot.

STARCK, Christian (2006). *Praxis der Verfassungsauslegung II*, Baden-Baden: Nomos Verlag.

STEİN, Ekkehart (1989). Methoden der Verfassungsinterpretation und der Verfassungskonkretisierung, içinde Bäumlin, Richard ve Azzola, Axel (Der.), *(Alternativ-) Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Band 1*, 2. Baskı, Neuwied: Hermann Luchterhand Verlag.

STERN, Klaus (1984). *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band I*, 2. Baskı, München: C. H. Beck.

STRÖMBERG, Caroline (2015). "Legal positivism and the use of ethics in legal interpretation in a Swedish Case", *XXVII World Congress of the International Association for the Philosophy of Law and Social Philosophy*, ss. 1-7.

SWEET, Alec Stone (2002). *Governing With Judges*, New York: Oxford University Press.

THIEME, Juliane (2000). Das Bundesverfassungsgericht im internationalen Vergleich-Vergleich mit dem US-Supreme Court, içinde Kluth, Winfried (Der.), *Das Bundesverfassungsgericht als Machtfaktor im gewaltenteilenden System des Grundgesetzes* (ss. 37-74), https://digital.bibliothek.uni-halle.de/pe/content/titleinfo/1116 (Erişim Tarihi: 18/5/2023).

TUSHNET, Mark (2003). "Forms of Judicial Review as Expressions of Constitutional Patriotism", *Law and Philosophy*, C. 22., ss. 353-379.

VOLKMANN, Uwe (2018). Verfassungsänderung und Verfassungswandel, *Juristen Zeitung*, C. 73., S. 6., ss. 265-271.

VOßKUHLE, Andreas (2019). Der Wandel der Verfassung und seine Grenzen, *JuS*, S. 5., ss. 417-424.

VOßKUHLE, Andreas (2004). Gibt es und wozu Nutzt eine Lehre vom Verfassungswandel?, *Der Staat*, C. 43., S. 3., ss. 450-459.

VOßKUHLE, Andreas (2009). Stabilität, Zukunftsoffenheit und Vielfaltssicherung-Die Pflege des verfassungsrechtlichen "Quellcodes" durch das BVerfG, *Juristen Zeitung*, C. 64., S. 19., ss. 917-924.

WALDRON, Jeremy (2006). "The Core of the Case against Judicial Review", *The Yale Law Journal*, C. 115., S. 6., ss. 1346-1406.

WALDRON, Jeremy (2012). Judicial Review of Legislation, içinde Marmor, E. Andrei (Ed.), *The Routledge Companion to Philosophy of Law* (ss. 434-448), New York: Routledge.

WALTER, Christian (2000). Hüter oder Wandler der Verfassung? Zur Rolle des Bundesverfassungsgerichts im Prozess des Verfassungswandels, *Archiv des öffentlichen Rechts*, C. 125., ss. 517-550.

WALUCHOW, Wilfrid J. (2012). Constitutional Interpretation, içinde Marmor, E. Andrei (Ed.), *Routledge Companion to Philosophy of Law* (ss. 417-433), New York: Routledge.

Prof. Dr. Ergun ÖZBUDUN
(İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Emekli Öğretim Üyesi)

ANAYASA YARGISININ TÜRKİYE'NİN SİYASAL SİSTEMİNDEKİ YERİ

ÖZET

Bu çalışma, ilkin anayasa yargısının anayasal demokrasilerdeki rolünü, doğuş ve gelişme süreçlerini ele almakta; daha sonra onun Türkiye'de doğuşunu ve gelişimini incelemektedir. Bu yetmiş küsur yıllık süre içinde Türk Anayasa Mahkemesinin vesayetçi-aktivist bir rolden, hak eksenli bir yaklaşıma doğru evrimi anlatılmakta ancak son dönemde konunun bir "kendini sınırlandırma" yaklaşımına dönüşebileceği ihtimaline dikkat çekilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Anayasal demokrasi, anayasa yargısı, yargısal aktivizm, yargısal kendini sınırlandırma, hegemonyacı korunma.

ANAYASALCILIK VE DEMOKRASİ

"Anayasal demokrasi" deyimi, bazı yazarlara göre bir "oksimoron" yani iki zıt kavramı birleştiren bir terimdir. Gerçekten demokrasinin özü, çoğunluğun iktidarı olduğu hâlde, anayasalcılığın amacı, çoğunluğun iktidarını sınırlandırmaktır. Stephen Holmes'un ifadesiyle çatışma, *"anayasalcılığı bir ayak bağı gibi gören demokratlarla demokrasiyi bir tehdit gibi gören anayasalcılar arasındadır. Bazı teorisyenler demokrasinin anayasal deli gömleği giydirilmesiyle felce uğrayacağından endişe etmektedirler. Diğerleri ise demokrasi selinin anayasa barajını yıkacağından korkmaktadırlar."*[1]

Bu iki kavram teorik olarak ne kadar çelişik görünürse görünsün, çağdaş yerleşik demokrasilerde her iki ilkeye de yer verildiği ve aralarında şu veya bu biçimde bir denge kurulmasına çalışıldığı görülmektedir. Bu çatışmada anayasalcılığın üç temel aracı; katı anayasa, kuvvetler ayrılığı ve anayasa yargısıdır. Katı anayasa sistemi, anayasaların basit çoğunluklarca değiştirilebilmesini engellemek suretiyle çoğunluğun iktidarı üzerinde ciddi bir sınırlandırma oluşturmaktadır. Katı anayasanın daha aşırı bir versiyonu da anayasanın bazı hükümlerinin değiştirilmesini tümden yasaklamaktır. Kuvvetler ayrılığı ilke-

1 Holmes, S. (1989). Precommitment and the Paradox of Democracy, içinde Elster, J. ve Slagstad, R. (Der.), *Constitutionalism and Democracy* (ss. 195-240). Cambridge: Cambridge University Press, s. 197; Özbudun, E. (2019). *Anayasalcılık ve Demokrasi*, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 7-13; Barın, T. (2016). *Anayasa Yargısının Demokratik Meşruiyeti*, İstanbul: On İki Levha Yayınları.

si de benzer şekilde, devletin üç iktidarını ayırıp farklı organlara vermek ve bu organlar arasında karşılıklı denge ve denetim mekanizmaları yaratmak suretiyle çoğunluğun iktidarı üzerinde etkili bir sınırlandırma oluşturmaktadır. Nihayet anayasa yargısı yani kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi, belki anayasalcılığın en güçlü silahıdır[2].

Kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi, ilk defa Amerika Birleşik Devletleri'nde ortaya çıkmıştır. 1787 ABD Anayasası'nda kanunların anayasaya uygunluğunun mahkemelerce denetlenip denetlenemeyeceği hakkında bir hüküm bulunmamakla beraber Amerikan Yüksek Mahkemesi, 1803 tarihli *Marbury vs. Madison* kararı ile bu konuda kendisini yetkili görmüştür. Mahkeme Başkanı Hâkim John Marshall'ın yazdığı karar, bugün için de yargısal denetim lehinde ileri sürülebilecek en kuvvetli gerekçeleri ihtiva etmektedir. Marshall'a göre anayasa, "*ya alelade kanunlar gibi değiştirilemeyecek üstün bir kanundur ya da yasama organının istediği şekilde değiştirebileceği, alelade kanunlarla aynı düzeyde bir metindir. Eğer bu şıklardan ikincisi doğruysa yazılı ve katı anayasanın hiçbir anlamı kalmaz ve sınırlı iktidar ilkesi ortadan kaldırılmış olur*"[3].

Ancak bu sistemin Avrupa ülkelerinde benimsenmesi, çok uzun bir zaman almıştır. Bunun temel nedeni, Avrupa ülkelerinde Rousseaucu millî egemenlik ve genel irade anlayışının hâkim olmasıdır. Bu anlayışa göre genel irade egemen, mutlak ve yanılmaz olduğundan onun ürünü olan kanunların, hiçbir temsilî niteliği olmayan mahkemelerce denetlenmesi mümkün değildir. Nitekim Avrupa'da ilk anayasa yargısı denemeleri, ancak iki Dünya Savaşı arasındaki dönemde Avusturya, Çekoslovakya ve kısa ömürlü İspanya Cumhuriyeti gibi ülkelerle sınırlı kalmıştır. Anayasa yargısının Avrupa kıtasında yaygınlaşması, ancak İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra gerçekleşmiştir. İki büyük yenik Avrupa ülkesi Almanya ve İtalya, geçirdikleri korkunç totaliter deneyimin de etkisiyle yeni Anayasalarında güçlü anayasa mahkemelerine yer vermişlerdir. Fransa, 1958 Beşinci Cumhuriyet Anayasası'yla, sınırlı biçimde de olsa, bu kervana katılmıştır. 1970'li yıllarda üç Akdeniz ülkesindeki demokratik değişim süreçleri sonucunda bu ülkelerde de anayasa yargısı kurulmuştur. Nihayet 1990'lı yıllarda Sovyet İmparatorluğu'nun çökmesi sonucunda Orta ve Doğu Avrupa ülkelerinin çoğunluğu da aynı politikayı izlemiştir. Hâlen Avrupa'da yazılı anayasalara sahip oldukları hâlde anayasa yargısına yer vermeyen beş ülkenin (Finlandiya, İsveç, İsviçre, Hollanda ve Lüksemburg) hepsi, eski ve yerleşik demokrasilerdir.

2 Özbudun, E. (2019). Bölüm 1 ve Bölüm 2.

3 Kararın İngilizce ve Türkçe tam metni ve eleştirisi için bkz. Gözler, K. (2011). *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, Cilt II, Bursa: Ekin Yayınevi, s. 711-722.

TÜRKİYE'DE ANAYASA YARGISININ DOĞUŞU

Çoğunlukçu demokrasi ilkesine sıkı sıkıya bağlı olan 1924 Anayasası, katı bir anayasa olmakla birlikte anayasa yargısına yer vermemiştir. Bu eksiklik, özellikle 1946 yılında çok partili siyasal hayata geçilmesinden sonra kendisini hissettirmiştir. TBMM'deki disiplinli parti çoğunlukları, herhangi bir denetime tabi olmadıkları için temel hak ve hürriyetlere ilişkin anayasa hükümlerini ihlal eden kararları kolaylıkla çıkarabilmiştir. Özellikle 1950'lerin ikinci yarısından itibaren bu otoriter gidişin hızlanması, 1960 askerî müdahalesine yol açan sebepler arasındadır. Nitekim dönemin ana muhalefet partisi CHP, 1957 seçim beyannamesinde ve 14 Ocak 1959 tarihli "İlk Hedefler Beyannamesi"nde bir anayasa mahkemesinin kurulmasını güçlü şekilde savunmuştur[4].

Dolayısıyla 1961 Anayasası'nı yapan Kurucu Meclisin sivil kanadını oluşturan Temsilciler Meclisinde büyük çoğunluğu oluşturan CHP'li üyelerin güçlü bir "çoğunluk yönetimi korkusu" ile hareket etmelerini doğal karşılamak gerekir. Bu nedenle çoğunluk iktidarını sınırlandıran diğer tedbirlerle birlikte bir anayasa yargısı, üzerinde önemli bir tartışma olmaksızın kabul edilmiştir. Bu Anayasa'nın anayasa yargısı ile ilgili hükümleri burada tekrarlanmayacaktır. Ancak şu kadarını belirtmek gerekir ki bu Anayasa'nın kurduğu Anayasa Mahkemesi, Avrupa'daki emsalleriyle kıyaslandığında dahi güçlü bir denetim kurumu olarak kurulmuştur[5]. 1982 Anayasası askerî vesayeti çok daha ileri noktalara götürmüş olmakla beraber Anayasa Mahkemesinin statüsü ve yetkilerinde önemli bir değişiklik yaratmamıştır.

1961 Anayasası Türkiye'de bazı siyasi çevrelerce bir "darbe anayasası" olarak küçümsenmektedir. Bu Anayasa'nın bir askerî darbe sonucu hazırlanmış olduğu elbette doğru olmakla beraber bu, onun Türkiye'nin siyasal tarihindeki en liberal (hürriyetçi) anayasa olduğu ve çoğulcu demokrasinin bütün unsurlarına yer verdiği gerçeğini değiştirmez.

TÜRK ANAYASA MAHKEMESİNİN SİYASAL ROLÜ

1961 Anayasası hükümlerine uygun olarak 1962 yılından beri faaliyette bulunan Anayasa Mahkemesi, bu 70 yılı aşkın süre içinde Türkiye siyasal sisteminin ana aktörlerinden biri olmuştur. Anayasa Mahkememizin bu dönemde oynadığı siyasal rol, Kanadalı yazar Ran Hirschl'in "hegemonyacı korunma" tezi ile paralellikler taşımaktadır. Hirschl, son yıllarda anayasa yargısını benimsemiş olan dört ülkeyi (Kanada, İsrail, Yeni Zelanda ve Güney Afrika)

4 1924 Anayasası döneminde bu konuda tartışmalar hakkında bkz. Özbudun, E. (2014). *Türkiye'de Demokratikleşme Süreci: Anayasa Yapımı ve Anayasa Yargısı*, İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, s. 131-134; Onar, E. (2003). *Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Siyasal ve Yargısal Denetimi ve Yargısal Denetim Alanında Ülkemizde Öncüler*, Ankara.

5 Özbudun, E. (2014). Bölüm 11.

ayrıntılı şekilde inceleyerek bu ülkelerdeki değişimin ana sebebinin, halk desteğini kaybetmekte olan geleneksel elitlerin, kendi hak ve ayrıcalıklarını güvence altına alabilmek olduğunu savunmuştur. Anayasa yargısı tercihi, siyasal elitler açısından bir fayda-maliyet hesabını içermektedir. Bu elitler, yetkilerinin bir kısmını mahkemelere devrederek belli bir bedel ödemekle birlikte temel değer ve menfaatlerinin daha güvenceli bir korunmaya sahip olması bakımından da yarar sağlamaktadır[6]. Elbette böyle bir incelemede, anayasa ve ilgili kanun hükümlerinden çok, Anayasa Mahkemesinin kritik kavşaklarda aldığı kararlara dayanılması gerekir.

Türkiye'nin siyasal sisteminde son Osmanlı Dönemi'nden başlayıp yakın zamanlara kadar süren dönemde askerî-bürokratik elitlerin özel bir ağırlığının olduğu bir sır değildir. Bu bölünme, akademik literatürde merkez-çevre bölünmesi adıyla da anılmaktadır. Cumhuriyet ve onu izleyen tek-parti yönetimi, çok büyük ölçüde bu askerî-bürokratik elitin eseridir. Çok-partili rejime geçilmesi ve daha çok çevresel güçleri temsil eden Demokrat Partinin iktidara gelmesiyle bu elitlerin ayrıcalıklı statüsü tehlikeye girmiştir. Bu durum, 1961 Anayasası'nın yapımına hâkim olan "çoğunluk yönetimi korkusu"nu ve yapım sürecine hâkim olan elitlerin niçin bir anayasa yargısının yaratılmasını bu kadar kuvvetle desteklediklerini izah etmektedir. Anayasa Mahkemesi, kuruluşundan yakın zamanlara kadar, Hirschl'in incelediği dört ülkedeki duruma benzer şekilde, kendini yaratan devlet elitlerinin beklentilerine uygun hareket etmiştir.

Devlet elitlerinin hâkim ideolojisi; devlete birey karşısında öncelik tanıyan, devletin millî, laik ve üniter niteliklerini kuvvetle vurgulayan bir ideoloji olmuştur. Anayasa Mahkemesinin pek çok kararı, bu ideolojiden izler taşımaktadır. Zühtü Arslan, Anayasa Mahkemesinin siyasal haklara ilişkin tutumunu "hak temelli" değil "ideolojik temelli" olarak tasvir etmiştir[7]. Gerçekten Anayasa Mahkemesinin siyasi parti kapatma davalarındaki kararları, bu tutumun en açık göstergelerinden biridir. Anayasa Mahkemesi, Siyasi Partiler Kanunu'ndaki antidemokratik yasakları daha katı biçimde yorumlayarak 6'sı 1961 Anayasası, 19'u 1982 Anayasası döneminde olmak üzere toplam 25 siyasi parti hakkında kapatma kararı vermiştir. Bunların çok büyük çoğunluğu, millî ve üniter devlet ilkesine aykırı hareket ettikleri iddia edilen Kürt partileri ve laiklik ilkesini ihlal ettikleri ileri sürülen İslami muhafazakâr partilerdir. Bu kararların çoğunda Anayasa Mahkemesi, zorlama yorumlarla kapatma kararı vermiştir. Mesela federalizmin veya bölgesel yönetimin savunulması, azınlıkların varlığının iddia edilmesi, Diyanet İşleri Başkanlığının kaldırıl-

6 Hirschl, R. (2004). *Toward Juristocracy: The Origins and Consequences of New Constitutionalism*, Cambridge ve Londra: Harvard University Press.

7 Arslan, Z. (2002). "Conflicting Paradigms: Political Rights in the Turkish Constitutional Court", *Critique: Critical Middle Eastern Studies*, C. 11., S. 1., s. 9-25.

masının önerilmesi, okullarda din dersinin zorunlu kılınması teklifi kapatma sebebi sayılmıştır. Bu tutumun tipik bir militan demokrasi anlayışının ürünü olduğu kuşkusuzdur[8].

Anayasa Mahkemesinin siyasi hayatımızdaki rolünü belirleyen en önemli etkenlerden biri, onun aktivist tutumudur. Yargı organlarının kendi kararları ile yetki ve etki alanlarını genişletmeleri olarak tanımlanabilen "yargısal aktivizm" (*judicial activism*), yerleşik hürriyetçi demokrasilerde de zaman zaman tartışma konusu olmaktadır. Gerçekten bir anayasa mahkemesinin normal ve meşru fonksiyonu olan "hukuka uygunluk denetimi"nin sınırlarını aşıp "yerindelik denetimi"ne girişmesi yani hâkimlerin kararlarında kendi kişisel değer yargılarını esas almaları, ciddi meşruluk tartışmalarına yol açacak niteliktedir.[9]

Türk Anayasa Mahkemesinin gerek 1961 gerek 1982 Anayasaları dönemlerinde yargısal aktivizm ürünü olarak tanımlanabilecek pek çok kararı olmuştur. Bu makalenin sınırları içinde bunların tam bir listesini yapmak mümkün değildir. Ancak şüphesiz en açık ve tipik örnek, Mahkemenin Anayasa değişikliklerinin denetimi konusundaki tutumudur[10]. 1961 Anayasası'nın ilk metninde (mad. 155) anayasa değişikliklerinin yargısal denetimi konusunda özel bir hüküm yoktu. Ancak Anayasa Mahkemesi, 1970 yılında verdiği bir kararında[11] bir anayasa değişikliğini şekil yönünden iptal etmiş olmakla birlikte kararın gerekçesinde Mahkemenin esas yönünden denetlemeye de yetkili olduğunu ileri sürmüştür. Muhtemelen bu karara karşı bir tepki olarak 1971 yılında Anayasa'nın 147'nci maddesi değiştirilerek Anayasa Mahkemesinin anayasa değişikliklerinde ancak "Anayasa'da gösterilen şekil şartlarına uygunluğu" denetleyebileceği açıklığa kavuşturulmuştur. Buna rağmen Anayasa Mahkemesi, içtihadını değiştirmemiş; 1971 ile 1980 yılları arasında dört anayasa değişikliğini iptal etmiştir. Bu kararlarında Mahkemenin dayandığı gerekçe, Anayasa'nın değiştirilemez hükümlerine aykırılık iddiasının incelenmesinin esas yönünden değil şekil yönünden olduğu, dolayısıyla Anayasa Mahkemesinin yetkisi dâhilinde bulunduğudur. 1982 Anayasası, bu belirsizliği ortadan kaldırmak için bir adım daha atmış ve şekil denetiminin kapsamını açıkça tanımlamıştır. Buna göre anayasa değişikliklerinde şekil yönünden

8 Özbudun, E. (2021). *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 100-105; Hakyemez, Y. Ş. (2009). *Hukuk ve Siyaset Ekseninde Anayasa Mahkemesi'nin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı*, Ankara: Yetkin Yayınları; Can, O. (2005). *Demokratikleşme Serüveninde Anayasa ve Siyasi Partilerin Kapatılması*, Ankara: Seçkin Yayınları; Yazıcı, S. (2012). 1982 Anayasası ve Parti Yasakları, içinde Göztepe, E. ve Çelebi, A. (Der.), *Demokratik Anayasa* (ss. 228-269), İstanbul: Metis Yayınları.

9 Özbudun, E. (2019). s. 57-61.

10 Özbudun, E. (2021). s. 180-189; Yazıcı, S. (2012). *Demokratikleşme Sürecinde Türkiye*, İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, s. 157-166.

11 AYM, E.1970/1, K.1970/31, 16/6/1970, AMD, Sayı 8, s. 323.

denetim, *"Teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlıdır"* (mad. 149). Anayasa Mahkemesi daha sonraki bazı kararlarında bu hükme uygun hareket etmişse de 2008 ve 2010 yıllarında verdiği iki kararda eski içtihadına dönerek anayasa değişikliklerini iptal etmiştir[12].

Anayasa Mahkemesinin önemli siyasal sonuçlara yol açan aktivizminin tek örneği, elbette anayasa değişikliklerine ilişkin tutumundan ibaret değildir. Mahkemenin 2008 yılındaki ünlü "367 kararı" bir anayasa krizine ve sonuçta radikal bir anayasa değişikliğine yol açmıştır[13].

VESAYETÇİ AKTİVİZMDEN KENDİNİ SINIRLANDIRMAYA DOĞRU MU?

Değişen siyasal konjonktür ve 2010 Anayasa değişiklikleri, Anayasa Mahkemesinin vesayetçi aktivist tutumunda hissedilir bir değişikliğe yol açmıştır. 2010 değişikliği ile bireysel başvuru hakkının kabul edilmesi, Mahkemenin ideolojik temelli yaklaşımdan uzaklaşıp hak temelli yaklaşımı ön plana almasını kolaylaştırmıştır. Mahkeme, bireysel başvuruların önemli bölümünde hak temelli kararlar vermiştir[14]. Benzer şekilde Anayasa Mahkemesi, katı ve dışlayıcı laiklik anlayışından uzaklaşarak liberal ya da pasif laiklik anlayışına yaklaşmıştır[15]. Mahkemenin laiklik anlayışındaki bu dönüşüm, onun 2012 yılında verdiği bir kararda[16] güçlü şekilde ifade bulmuştur. Bu karara göre "kavramın iki farklı yorumu ve uygulamasının bulunduğu görülmektedir. Bunlardan katı laiklik anlayışına göre din; bireyin sadece vicdanında yer bulan, bunun dışına çıkarak toplumsal ve kamusal alana kesinlikle yansımaması gereken bir olgudur. Laikliğin daha esnek ve özgürlükçü yorumu ise dinin bireysel boyutunun yanında aynı zamanda toplumsal bir olgu olduğu tespitinden yola çıkmaktadır… Laiklik devletin din ve inançlar karşısında tarafsızlığını sağlayan anayasal bir ilkedir… Farklı dinî inançlara sahip olanlar ya da herhangi bir inanca sahip olmayanlar laik devletin koruması altındadır."[17]

2016 başarısız darbe teşebbüsünü takiben ilan edilen OHAL ve 2017

12 AYM, E.2008/16, K.2008/116, 5/6/2008; AYM, E.2010/49, K.2010/87, 7/7/2010.

13 Özbudun, E. (2021). s. 312-215; Selçuk, S. (2008). Ardışık Hukuk Yanılgılarının Tarihe Not Düşen Örneği, içinde Yazıcı, S., Gözler, K. ve Göztepe E. (Ed.), *Prof. Dr. Ergun Özbudun'a Armağan, Cilt II* (ss. 579-633), Ankara: Yetkin Yayınları; Yazıcı, S. (2012). s.195-205.

14 Özbudun, E. (2014). Bölüm 15.

15 İki lâiklik anlayışının karşılaştırılması için bkz. Kuru, A. (2009). *Secularism and State Policies Toward Religion: The United States, France and Turkey*, Cambridge: Cambridge University Press; Özbudun, E. (2012). Laiklik ve Din Hürriyeti, içinde Göztepe, E. ve Çelebi, A. (Der.), *Demokratik Anayasa* (ss. 169-227), İstanbul: Metis Yayınları.

16 AYM, E.2012/65, K.2012/128, 20/9/2012.

17 Özbudun, E. (2021). s. 83-87.

Anayasa değişikliği, Türkiye siyasetindeki bu liberalleşme eğilimini tersine çevirmiş ve otoriterizm yönünde bir değişim ortaya çıkmıştır. Bu dönemde Anayasa Mahkemesi, zaman zaman bireysel hürriyetleri destekleyen kararlar vermeye devam etmişse de bazı durumlarda "kendini sınırlandırma" (*judicial self-restraint*) yolunu tercih etmiştir. Anayasa Mahkemesinin önümüzdeki dönemdeki rolü, elbette Türkiye siyasetinin genel gidişine bağlı olacaktır.

KAYNAKÇA

ARSLAN, Zühtü (2002). "Conflicting Paradigms: Political Rights in the Turkish Constitutional Court", *Critique: Critical Middle Eastern Studies*, C. 11., S. 1., ss. 9-25.

BARIN, Taylan (2016). *Anayasa Yargısının Demokratik Meşruiyeti*, İstanbul: On İki Levha Yayınları.

CAN, Osman (2005). *Demokratikleşme Serüveninde Anayasa ve Siyasi Partilerin Kapatılması*, Ankara: Seçkin Yayınları.

GÖZLER, Kemal (2011). *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, Cilt II, Bursa: Ekin Yayınevi.

HAKYEMEZ, Yusuf Şevki (2009). *Hukuk ve Siyaset Ekseninde Anayasa Mahkemesi'nin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı*, Ankara: Yetkin Yayınları.

HOLMES, Stephen (1989). Precommitment and the Paradox of Democracy, içinde Elster, Jon ve Slagstad, Rune (Der.), *Constitutionalism and Democracy* (ss. 195-240), Cambridge: Cambridge University Press.

HIRSCHL, Ran (2004). *Toward Juristocracy: The Origins and Consequences of New Constitutionalism*, Cambridge ve Londra: Harvard University Press.

KURU, Ahmet (2009). *Secularism and State Policies Toward Religion: The United States, France and Turkey*, Cambridge: Cambridge University Press.

ONAR, Erdal (2003). *Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Siyasal ve Yargısal Denetimi ve Yargısal Denetim Alanında Ülkemizde Öncüler*, Ankara.

ÖZBUDUN, Ergun (2012). Laiklik ve Din Hürriyeti, içinde Göztepe, E. ve Çelebi, A. (Der.) *Demokratik Anayasa* (ss. 169-227), İstanbul: Metis Yayınları.

ÖZBUDUN, Ergun (2014). *Türkiye'de Demokratikleşme Süreci: Anayasa Yapımı ve Anayasa Yargısı*, İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları.

ÖZBUDUN, Ergun (2019). *Anayasalcılık ve Demokrasi*, Ankara: Yetkin Yayınları.

ÖZBUDUN, Ergun (2021). *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları.

SELÇUK, Sami (2008). Ardışık Hukuk Yanılgılarının Tarihe Not Düşen Örneği, içinde Yazıcı, Serap, Gözler, Kemal ve Göztepe Ece (Ed.), *Prof. Dr. Ergun Özbudun'a Armağan, Cilt II* (ss. 579-633), Ankara: Yetkin Yayınları.

YAZICI, Serap (2012). *Demokratikleşme Sürecinde Türkiye*, İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları.

YAZICI, Serap (2012). 1982 Anayasası ve Parti Yasakları, içinde Göztepe, Ece ve Çelebi, Aykut (Der.), *Demokratik Anayasa* (ss. 228-269), İstanbul: Metis Yayınları.

Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ
(Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Öğretim Üyesi)

CEZA MAHKÛMİYETİNE BAĞLI OLARAK SEÇME, SEÇİLME VE SİYASİ HAKLARI KULLANMAKTAN YASAKLANMA SORUNU

Anayasa Mahkemesinin 8/10/2015 Tarihli ve E.2014/140, K.2015/85 Sayılı Kararının Değerlendirilmesi

ÖZET

Kişiler hakkında, kasten işledikleri bir suç neticesinde Türk Ceza Kanunu'nun 53. maddesi uyarınca belirli hakları kullanmaları bakımından yasaklama öngörülmektedir. Anayasa Mahkemesi, bu makalede ayrıntılı olarak incelenen 2014/140 Esas, 2015/85 Karar künyeli kararı ile söz konusu hükmün bazı fıkra ve ibarelerinin iptali kararına varmıştır. Ancak iptal kararı sonrasında Anayasa Mahkemesinin seçme ve seçilme hakkı ile diğer siyasi hakları kullanmaktan yoksunluğa ilişkin hükümlerin iptali ile ulaşmak istediği sonuç net bir şekilde anlaşılamamaktadır. Bu makalede, Türk Ceza Kanunu mad. 53'ün iptal edilen kısımları, ilgili mevzuatlardaki düzenlemelerle birlikte değerlendirilmiş ve iptal kararı sonrasında ortaya çıkan çelişkili hususlar ile uygulamada doğacak belirsizliklerle ilgili tespit ve değerlendirmelerde bulunulmuştur.

***Anahtar Kelimeler**: Ceza mahkûmiyetine bağlı hak yoksunluğu, seçme hakkı, seçilme hakkı, siyasi hakları kullanmaktan yasaklanma.*

THE PROBLEM OF DENIAL OF THE RIGHT TO VOTE, BE ELECTED AND USE OF POLITICAL RIGHTS DUE TO CRIMINAL CONVICTION: THE EVALUATION OF THE CONSTITUTIONAL COURT'S DECISION DATED 8/10/2015 AND DOCKET NO. 2014/140 AND DECISION NO. 2015/85

ABSTRACT

Under Article 53 of the Turkish Criminal Code, individuals who committed a crime intentionally shall be prohibited from exercising certain rights . The Constitutional Court decided to annul some of the paragraphs and clauses of the provision in question with its decision under Docket no. 2014/140 and Decision no. 2015/85, which is examined in detail in this article. However, following the annulment decision, the outcome wished to be reached by the Constitutional Court with the annulment of the provisions regarding the right to vote and be elected and the deprivation of the use of

other political rights cannot be clearly understood. In this article, the annulled parts of Article 53 of the Turkish Penal Code were evaluated together with the regulations in the relevant legislation, and determinations and evaluations were made regarding the contradictory issues emerged after the annulment decision and the uncertainties that would arise in practice.

Keywords: *Denial of rights due to criminal conviction, Right to vote, Right to be elected, Prohibition from exercising political rights.*

I- Türk Ceza Kanunu mad. 53 hükümlerine göre, **kasten** işlediği bir **suç**tan dolayı **hapis cezası**na mahkûm edilen kişi, bu mahkûmiyetin kanuni sonucu olarak hükmün kesinleştiği andan itibaren **cezanın infazı tamamlanıncaya kadar belirli hakları kullanmaktan yasak**lanmaktadır (mad. 53, f. 1, 2). Bu kapsamda yasaklanan hakların başında **kamu görevi**ni üstlenme gelmektedir (mad. 53, f. 1, bent a). Bu kamu görevi, devlet memurluğu gibi **sürekli**, çeşitli kurul üyelikleri gibi **süreli** ya da belirli bir soruşturma, kovuşturma ve yargılama sürecinde tercümanlık veya bilirkişilik gibi **geçici** olabilir. Bu kamu görevi, devlet memurluğu gibi **atanma suretiyle**, çeşitli kurul üyelikleriyle ilgili olarak Türkiye Büyük Millet Meclisinde yapılan **seçimle** üstlenilmiş olabilir.

Anayasa Mahkemesinin aşağıda ayrıntılı olarak inceleyeceğimiz 2015 yılındaki iptal kararı öncesindeki 53. madde hükümleriyle ayrıca, **kasten** işlediği bir **suç**tan dolayı **hapis cezası**na mahkûm edilen kişi, bu mahkûmiyetin kanuni sonucu olarak hükmün kesinleştiği andan itibaren cezanın infazı tamamlanıncaya kadar **seçilme hakkını kullanmaktan yasaklanma**kta idi. Bu düzenlemede, mahkûm olunan hapis cezasının miktarı dikkate alınmamıştı. Önemli olan, kasten işlenen suçtan dolayı hapis cezasına mahkûmiyet idi. Bu düzenlemeye göre, milletvekili, belediye başkanı, belediye meclis üyeliği, il genel meclisi üyeliği, muhtarlık seçimlerinde aday olabilmek için kişinin **kasten işlediği bir suçtan dolayı hapis cezasına mahkûm edilmemiş olması** veya mahkûm edilmişse, bu **cezanın infazının tamamlanmış olması** gerekmekte idi. Bu düzenlemede kasten işlenen suçlar arasında herhangi bir ayrım yapılmamıştır. **Kasten işlenen suçtan dolayı mahkûm olunan hapis cezasının, süresi ne olursa olsun, infazı tamamlanmış ise TCK mad. 53 hükümlerinde bu mahkûmiyete bağlanmış herhangi bir hak yoksunluğu bulunmamakta idi**.

TCK mad. 53 hükümleri, kasten işlenen suçtan dolayı mahkûm olunan hapis cezasının infazı sürecinde İnfaz Kanunu mad. 107 hükümlerine istinaden koşullu salıverilme ve İnfaz Kanunu mad. 105/A hükümlerine istinaden denetimli serbestlik uygulamasıyla salıverilme hâlinde de denetim süresi zarfında cezanın infazı devam ettiği için **seçilme** ehliyetini ortadan kaldırmakta idi.

Keza TCK hükümlerine göre, mahkûm olunan hapis cezasının **ertelenme-**

sine hükmedilmiş de olabilir. Şayet ertelenmesine hükmedilmiş olan hapis cezası **bir yıldan fazla** ise bu mahkûmiyet de denetim süresi içinde **seçilme** yeterliliğini ortadan kaldırmaktaydı (TCK mad. 53, f. 4).

Anayasa mad. 76, f. 2'ye göre, **milletvekili** seçilebilmek için **belirli suçlardan dolayı herhangi bir cezaya** ve ayrıca, **kasten işlenen bir suçtan dolayı bir yıl veya daha fazla süreyle hapis cezasına mahkûm olmamak** gerekir. Milletvekili seçilme ehliyetinin kaybedilebilmesi için kesinleşmiş mahkûmiyetin varlığı yeterlidir. **Mahkûm olunan cezanın infazı tamamlanmış olsa bile yasaklılık devam etmektedir**. 10/6/1983 tarihli ve 2839 sayılı **Milletvekili Seçimi Kanunu** mad. 11'de de benzer düzenlemeler yer almaktadır. 18/1/1984 tarihli ve 2972 sayılı **Mahalli İdareler ile Mahalle Muhtarlıkları ve İhtiyar Heyetleri Seçimi Hakkında Kanun** kapsamına giren seçimlerde adaylıkla ilgili olarak 2839 sayılı Kanun mad. 11'e yapılan atfı (mad. 9), dikkate almak gerekir.

Yukarıda da belirttiğimiz gibi, TCK mad. 53'te kasten işlenen suçtan dolayı mahkûm olunan hapis cezasının infazı tamamlanmış ise bu mahkûmiyete bağlı olarak seçilme ehliyetine sınırlama getirilmemişti. Bu yönü itibarıyla Anayasa ve Milletvekili Seçimi Kanunu ile TCK mad. 53 düzenlemeleri arasında önemli bir fark bulunmaktaydı. Bu farka rağmen bu hükümlerin birbirleriyle uyumlu olabilecek ve birbirlerini tamamlayacak şekilde uygulanması mümkündü.

Ancak Anayasa Mahkemesi, aşağıdaki gerekçe ile, TCK mad. 53, f. 1'de "yer alan *"Kişi, kasten işlemiş olduğu suçtan dolayı hapis cezasına mahkûmiyetin kanuni sonucu olarak;"* bölümünün, fıkranın (b) bendinde yer alan *"seçilme ehliyetinden"* ibaresi yönünden Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE" karar vermiştir:[1]

> "Kanun'un 53. maddesinin (1) numaralı fıkrasından, kişilerin **seçilme ehliyeti**nden yoksun bırakılabilmesi için mahkûm olunan suçun kasten işlenmiş ve hapis cezasını gerektiren bir suç olmasının yeterli görüldüğü anlaşılmaktadır. Kanun'un 49. maddesinin (1) numaralı fıkrasında, süreli hapis cezasının kanunda aksi belirtilmeyen hâllerde bir aydan az, yirmi yıldan fazla olamayacağı ifade edilmiştir. Bu durumda **kasten işlenen suç nedeniyle hükmedilen bir yıldan az hapis cezasına mahkûmiyet hâlinde de seçilme ehliyetinden yoksunluk söz konusu olabilecektir.** Oysa Anayasa'nın 76. maddesinin ikinci fıkrasında, belirli suçlardan hüküm giymiş olanların affa uğramış olsalar bile milletvekili seçilemeyecekleri belirtilmekle birlikte, bu kapsamda yer almayan suçlar yönünden de taksirli suçlar hariç bir yıl veya daha fazla

1 AYM, E. 2014/140, K. 2015/85, 8/10/2015.

> hapis cezasına hüküm giymiş olanların milletvekili seçilemeyecekleri kabul edilmiştir. Bir başka deyişle Anayasa'nın 76. maddesinde sayılan suçlar dışında taksirli suçlar hariç toplam **bir yıldan az hapis cezasına mahkûm olma hâli, milletvekili seçilmeye engel bir durum olarak öngörülmemiştir**." (§ 7)
>
> "Bu nedenle kişilerin kasten işlemiş oldukları suçtan dolayı **bir yıldan az hapis cezasına mahkûm olmaları hâlinde dahi** seçilme haklarından yoksun bırakılmalarını öngören itiraz konusu kural, Kanun'un 53. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendinde yer alan "***seçilme ehliyeti***" yönünden Anayasa'nın 76. maddesine aykırıdır. İptali gerekir." (§ 8)

Anayasa Mahkemesi, bu iptal kararını verirken Anayasa'nın kasten işlediği bir suçtan dolayı mahkûm olduğu hapis cezasını infaz kurumunda çekmekte olan hükümlüyü **oy kullanmak**tan yasaklayan hükmünü göz ardı etmiştir. Anayasa'ya göre, taksirli suçlardan hüküm giyenler hariç, mahkûm olduğu cezanın süresi ne olursa olsun, ceza infaz kurumunda bulunan hükümlü oy kullanamaz (mad. 67, f. 5). Anayasa Mahkemesinin bu değerlendirmesine göre, kasten işlediği bir suçtan dolayı mahkûm olduğu **bir yıl veya daha az süreli hapis cezasını çekmek üzere infaz kurumunda bulunan hükümlü, seçilme ehliyetine sahip olabilecek, yani örneğin milletvekili, belediye başkanı, belediye meclisi üyesi seçilebilecek; ancak oy kullanamayacak, seçme hürriyetine sahip olmayacak**tır.

II- TCK mad. 53 hükümlerine göre, kişi kasten işlediği bir suçtan dolayı hapis cezasına mahkûm edildiğinde bu mahkûmiyetin kanuni sonucu olarak hükmün kesinleştiğin andan itibaren cezanın infazı tamamlanıncaya kadar **seçme hakkı**nı kullanmaktan yasaklanmakta idi.

Anayasa Mahkemesi bu hükmü de aşağıdaki gerekçeyle Anayasa'ya aykırı bularak iptal etmiştir[2]:

> "Demokratik toplumlarda temel hak ve özgürlükler yönünden serbestlik asıl, sınırlama ise istisnadır. Anayasalar temel hak ve özgürlüklerin hangi nedenlerle ve ne ölçüde sınırlandırılabileceğini belirlemektedir. Bu anlamda, Anayasa'nın 13. maddesinde temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasına ilişkin kurallara yer verilmiştir." (§ 15)
>
> "Öte yandan, Anayasa Mahkemesinin yerleşik içtihat hâlini alan kararlarında belirtildiği üzere, her temel hak ve özgürlüğün doğasından kaynaklanan sınırları da bulunmaktadır. Birlikte yaşamanın zorunlu sonucu olarak hak ve özgürlüklerin başkalarının aynı hak ve özgürlüklerden faydalanmasını engelleyici, başkalarına zarar verici mahiyette

2 AYM, E.2014/140, K.2015/85, 8/10/2015.

kullanılmaması gerekir. Ayrıca Anayasa'nın başka maddelerinde yer alan kuralların da bir diğer temel hak ve hürriyetin sınırını oluşturabilmesi mümkündür." (§ 16)

"Anayasa'nın "*Siyasî Haklar ve Ödevler*" başlıklı bölümünde yer alan **seçme hakkı**, yalnızca bir hak olmayıp aynı zamanda bir görev olarak da belirlenmiştir. Bir halk yönetimi olan ve ulusal egemenliği en iyi biçimde yaşama geçiren, çoğulcu, katılımcı, kurallar ve kurumlar düzeni demokrasilerde devlet yönetiminin olmazsa olmaz koşullarından olan seçme hakkı millî iradenin belirlenme aracıdır ve demokrasinin en doğal ve en temel göstergesidir. Seçme hakkı, demokrasiye anlam veren ve onu yaşama geçiren bir haktır. Bu bağlamda vatandaşların en temel haklarından biri olan seçme hakkı, bu hakkın en geniş şekilde kullanılması olanağı ile anlam kazanacağından Anayasa'nın ve ona uygun olarak çıkarılacak yasanın belirleyeceği zorunlu durumlar dışında kısıtlanmaması gerekir." (§ 17)

"Demokratik ülkelerde, seçme hakkına sahip olanları ve kimlerin oy kullanabileceğini belirlemeye yönelik tercihlerde bulunma konusunda kanun koyucunun takdir yetkisi bulunmakla birlikte, kanun koyucunun bu yetkisi anayasayla sınırlı olup yapılacak düzenlemelerin, anayasal ilkeler ile temel hak ve hürriyetleri ihlal etmemesi gerekir. Anayasal demokrasinin temelinde, herkesin doğuştan ve insan olması nedeniyle sahip olduğu temel hakların çoğunluğun iradesine rağmen korunması, bu hak ve özgürlüklerin oylama konusu dahi yapılamaması düşüncesi yatmaktadır. Bu anlamda temel hak ve özgürlükler, demokratik siyasi iktidarların anayasal sınırlarını oluşturmaktadır. Kanunla bu sınırlara uyulup uyulmadığını denetleme görev ve yetkisi de hiç kuşkusuz Anayasa Mahkemesine aittir." (§ 18)

"Temel hak ve hürriyetler bakımından meşru amaçla getirilen sınırlamalar Anayasa'nın 13. maddesinde ifade edilen kriterlere aykırı olamaz. Bu anlamda dava konusu kurallar yönünden de kanun koyucunun, Anayasa'nın 67. maddesi uyarınca seçme hakkının kapsamını tespit etme ve düzenleme yetkisi ile ilgili getirdiği düzenlemelerin Anayasa'nın 13. maddesine aykırılık taşımaması gerekir." (§ 19)

"Temel hak ve özgürlükler özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'da öngörülen sebeplerle ve ancak kanunla sınırlanabilir. 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." (§ 20)

"Temel hak ve özgürlüklerin özlerine dokunulmaksızın yapılan sınırlamalar yönünden ise bu sınırlamaların, demokratik toplum düzeninin gerekleri ile ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı belirtilmiştir. Bir başka deyişle öze dokunan sınırlamalar, "*demokratik toplum düzeninin gerekleri*" ve "*ölçülülük"* ilkelerine evleviyetle aykırı olacağından, temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunan sınırlamalar yönünden "*demokratik toplum düzeninin gerekleri*" ve "*ölçülülük"* ilkeleri bakımından ayrıca inceleme yapılmasına gerek bulunmamaktadır." (§ 21)

"Öze dokunma yasağını ihlal etmeyen müdahaleler yönünden gözetilmesi öngörülen "*demokratik toplum düzeninin gerekleri*" kavramı, öncelikle ilgili hak yönünden getirilen sınırlamaların zorunlu ya da istisnai tedbir niteliğinde olmalarını, başvurulabilecek en son çare ya da alınabilecek en son önlem olarak kendilerini göstermelerini gerektirmektedir. "*Demokratik toplum düzeninin gerekleri*"nden olma, bir sınırlamanın demokratik bir toplumda zorlayıcı bir toplumsal ihtiyacın karşılanması amacına yönelik ve ölçülü olmasını ifade etmektedir." (§ 22)

"Anayasa'nın 13. maddesinde ifade edilen "*ölçülülük ilkesi*", temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin başvurularda dikkate alınması gereken bir diğer ilkedir. Demokratik toplum düzeninin gerekleri ve ölçülülük ilkeleri, iki ayrı kriter olarak düzenlenmiş olmakla birlikte bu iki kriter arasında sıkı bir ilişki vardır. Temel hak ve özgürlüklere yönelik herhangi bir sınırlamanın, demokratik toplum düzeni için gerekli nitelikte, başka bir ifadeyle öngörülen kamu yararı amacını gerçekleştirmekle birlikte, temel haklara en az müdahaleye olanak veren ölçülü bir sınırlama niteliğinde olup olmadığının incelenmesi gerekir." (§ 23)

"Ölçülülük, temel hak ve özgürlüklerin sınırlanma amaçları ile sınırlama araçları arasındaki ilişkiyi yansıtır. Ölçülülük denetimi, ulaşılmak istenen amaçtan yola çıkılarak bu amaca ulaşılmak için seçilen aracın denetlenmesidir. Bu sebeple kuralın hedeflenen amaca ulaşabilmek için elverişli, gerekli ve orantılı olup olmadığı değerlendirilmelidir." (§ 24)

"Belirtilen nitelikleri gereği, Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan ve aralarında sıkı bir ilişki bulunan, "*temel hak ve hürriyetlerin özü*", "*demokratik toplum düzeninin gerekleri*" ve "*ölçülülük ilkesi*" kavramları, bir bütünün parçaları olup "*demokratik bir hukuk devleti*"nin özgürlükler rejiminde gözetilmesi gereken temel ölçütleri oluşturmaktadır." (§ 25)

"Demokratik toplum, millî iradenin belirlenme aracı olan seçme hakkının en geniş şekilde kullanılabildiği bir düzeni gerektirir. Demokrasi-

lerde devlete düşen görev, bireyin genel, eşit, bireysel, gizli ve serbest seçme hakkını kullanabilme imkânına sahip olmasını sağlamak, özellikle de bu imkânı ortadan kaldırmaya yönelik tutumlardan kaçınmak ve bu yönde gelebilecek olumsuz müdahaleleri engellemektir. Seçme hakkına demokratik toplum düzeni yönünden zorunlu olmadıkça devletin müdahale etmemesi gerekir. Bu hak meşru amaçlarla sınırlandırılabilir ise de bu sınırlama kişilerin bu hakkını yok edecek veya kullanılamaz hâle getirecek şekilde yapılmamalıdır." (§ 26)

"Demokrasilerde halkın yasalara bağlılığı olgusunun herkesi kapsayıcı biçimde algılanması ve tanımlanması gerekir. Bunu gerçekleştiren ilke, *"genel oy"* ilkesidir. Genel oy, vatandaşların seçmen olabilme hakkını servet, eğitim, cinsiyet ve ırk bakımlarından sınırlamayan bir seçim olgusudur. Genel oy tanımındaki *"genel"* sözcüğü, seçme yeterliliğine sahip olanların oy kullanmalarını anlatır. Seçmen yeterliliği için Anayasa ve yasalarda yer alan koşulların genel oy ilkesini zedelemediği, seçmen olabilmek için öngörülen koşulların topluma yarar sağlamak için konulduğu varsayılır." (§ 27)

"İtiraz konusu kuralla, madde gerekçesinde belirtildiği üzere işlediği suç nedeniyle toplumda kişiye karşı duyulan güvenin sarsılması nedeniyle suçlu kişinin özellikle güven ilişkisinin varlığını gerekli kılan belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılmasının amaçlandığı anlaşılmaktadır. Kasten işlediği suçtan dolayı hapis cezasına mahkûm olan kişinin seçme hakkını kullanmaktan yoksun bırakılmasının öngörüldüğü kuralın söz konusu amaca ulaşmak için elverişli ve gerekli olduğu söylenebilir." (§ 28)

"Bununla birlikte ölçülülük ilkesi gereğince, getirilen düzenleme ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir dengenin bulunması gerekmektedir. Orantılılık olarak da ifade edilen ölçülülüğün bu alt ilkesi, amaca ulaşmak için gerekli olan önlemin alınmasına imkân tanımakta, ancak amaca ulaşmak için gerekli olmayan önlemlere başvurulmasına ve ilgili hakkın ölçüsüz bir şekilde sınırlanmasına müsaade etmemektedir. Demokratik bir toplumda, temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamanın, bu sınırlamayla güdülen amacın gerektirdiğinden fazla olmaması gerekir. Orantılılık ilkesi, meşru bir amaca ulaşmak için gerekli olan sınırlayıcı araçlardan daha hafif olanı tercih edilebilecekken daha ağır olanına başvurulmasına izin vermez." (§ 29)

"Seçme hakkına sahip olan bir kimse, bu hakkını oy verme yoluyla açığa vurur. Bu bağlamda seçme hakkının bu hakkın pratiğe yansıtılması şeklinde ifade edilebilecek olan oy kullanma hakkından ayrı düşünülemeyeceği açıktır. Anayasa'nın 67. maddesinde, vatandaşların, kanunda

gösterilen şartlara uygun olarak seçme hakkına sahip olduğu, seçimlerin serbest, eşit, gizli, tek dereceli, genel oy, açık sayım döküm esaslarına göre yargı yönetim ve denetimi altında yapılacağı, on sekiz yaşını dolduran her Türk vatandaşının seçme hakkına sahip olduğu, bu hakkın kullanılmasının kanunla düzenleneceği ifade edilmiştir. Maddede ayrıca taksirli suçlardan hüküm giyenler hariç ceza infaz kurumlarında bulunan hükümlülerin oy kullanamayacağı belirtilmektedir. Düzenleme yalnızca kasten işlenen bir suçtan dolayı ceza infaz kurumlarında bulunan hükümlülerin oy kullanamayacağını düzenlediğinden **ceza infaz kurumunda bulunmayan hükümlülerin oy kullanmaları bakımından anayasal bir engel bulunmamaktadır**." (§ 30)

"İtiraz konusu ibareyle getirilen düzenleme incelendiğinde **hükümlülerin, ceza infaz kurumunda bulunup bulunmadığına bakılmaksızın kasten işlenen suçtan dolayı hapis cezasına mahkûmiyetin kişinin seçme hakkından yoksun bırakılmak için yeterli olduğu** anlaşılmaktadır. Kuralla, söz konusu hükümlülerin seçme hakları, **cezanın infazının fiilen ceza infaz kurumunda gerçekleştirildiği süreyi aşacak şekilde sınırlandırılmaktadır.** Bu suretle kuralla seçme hakkına getirilen sınırlama, Anayasa'da seçme hakkının bir tezahürü olarak ifade edilebilen oy kullanma hakkının Anayasa'da açıkça ifade edilen sınırlarını aşmakta, **hükümlünün ceza infaz kurumunda bulunup bulunmadığı dikkate alınmaksızın kategorik bir şekilde kasten işlenen tüm suçlardan dolayı hapis cezasına mahkûmiyet hâlinde seçme hakkına sınırlama getirilmektedir.** Kuralla getirilen sınırlama demokratik toplum düzeninde gerekli olmayan ölçüsüz bir sınırlama niteliğinde olduğundan Anayasa'ya aykırıdır." (§ 31)

"Açıklanan nedenlerle itiraz konusu *"**hapis cezasına**"* **ibaresi** Kanun'un 53. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendinde yer alan "*seçme ve...*" **ibaresi yönünden Anayasa'nın 13. ve 67. maddelerine aykırıdır**. İptali gerekir." (§ 32)

"Anayasa'nın 67. maddesinin beşinci fıkrasında, *".taksirli suçlardan hüküm giyenler hariç ceza infaz kurumlarında bulunan hükümlüler oy kullanamazlar..."* denilerek yalnızca kasten işledikleri suç nedeniyle ceza infaz kurumlarında bulunan hükümlülerin oy kullanamayacakları ifade edilmiştir. Dolayısıyla ceza infaz kurumunda bulunmayan hükümlülerin oy kullanmalarına anayasal bir engel bulunmamaktadır." (§ 50)

"Kasten işlediği bir suç nedeniyle mahkûm olduğu hapis cezasının infazının tamamlanıncaya kadar geçecek süre zarfında kişinin seçme hakkını kullanamayacağını öngören itiraz konusu kural, cezanın infazının fiilen ceza infaz kurumunda gerçekleştirildiği süreyi aşacak şe-

> kilde sınırlandıran bir düzenleme niteliği taşıdığından, Kanun'un 53. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendinde yer alan "*seçme ve*" ibaresi yönünden Anayasa'ya aykırıdır." (§ 51)
>
> "Öte yandan Kanun'un 53. maddenin (1) numaralı fıkrasına göre, kişilerin seçilme ehliyetinden yoksun bırakılabilmesi için mahkûm olunan suçun kasten işlenmiş ve hapis cezasını gerektiren bir suç olması yeterlidir. Kanun'un 49. maddesinin (1) numaralı fıkrasına göre ise süreli hapis cezası kanunda aksi belirtilmeyen hâllerde bir aydan az, yirmi yıldan fazla olamayacaktır. Bu durumda kasten işlenen suç nedeniyle hükmedilen bir yıldan daha az süreli hapis cezasının infazı tamamlanıncaya kadar kişiler seçilme ehliyetinden yoksun bırakılacaktır. Oysa Anayasa'nın 76. maddesinin ikinci fıkrasında, taksirli suçlar hariç toplam bir yıldan az hapis cezasına mahkûm olma hâli milletvekili seçilmeye engel bir durum olarak öngörülmemiştir. Bu nedenle kişilerin kasten işlemiş oldukları suçtan dolayı bir yıldan az hapis cezasına mahkûm olmaları hâlinde dahi seçilme haklarından yoksun bırakılmalarını öngören itiraz konusu kural, Kanun'un 53. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendinde yer alan "*seçilme ehliyetinden*" ibaresi yönünden Anayasa'ya aykırıdır." (§ 52)

Anayasa'ya göre "*taksirli suçlardan hüküm giyenler hariç, ceza infaz kurumlarında bulunan hükümlüler oy kullanamaz*." (mad. 67, f. 5)

TCK'nin sistemine göre, **kasten işlediği bir suçtan dolayı bir yıldan daha fazla süreyle hapis cezasına mahkûm olan kişi, bu hükmün kesinleşmesiyle cezasını infaz kurumunda çekinceye kadar seçme hakkını kullanamayacaktı** (mad. 53, f. 1 [bent b], f. 2). Bu şekilde bir düzenlemeyle, özellikle cezası kesinleşen hükümlünün infazdan kaçmasının önüne geçilmek amaçlanmıştı. Ancak Anayasa Mahkemesi sadece infaz kurumunda kalınan süreyle sınırlı olarak seçme hakkına sınırlama getirilebileceği değerlendirmesiyle bu hükmü Anayasa'ya aykırı bularak iptal etmiştir.

Anayasa Mahkemesinin söz konusu kararında, bu değerlendirmelerde bulunulurken TCK hükümlerine göre, mahkûm olunan ve ertelenmesine hükmedilen hapis cezasının kısa süreli olmasının yani mahkûm olunan **bir yıl veya daha az süreli hapis cezasının ertelenmesine hükmedilmesi hâlinde bunun seçme ehliyetine bir etkisinin olmadığı** (mad. 53, f. 4) göz ardı edilmiştir.

Anayasa Mahkemesinin bu kararı ile cinsel saldırı, çocukların cinsel istismarı, uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti, kasten öldürme ve çeşitli terör örgütlerinin faaliyeti çerçevesinde ağır suçlar işlemekten dolayı hapis cezasına mahkûm olup da henüz ceza infaz kurumuna girmemiş olan ya da bu cezanın infazı sürecinde koşullu salıverilen veya **denetimli serbest-**

lik uygulamasıyla salıverilen hükümlülerin oy kullanabilmelerinin yolu açılmıştır.

III- TCK mad. 53 hükümlerine göre, kişi kasten işlediği bir suçtan dolayı hapis cezasına mahkûm edildiğinde bu mahkûmiyetin kanuni sonucu olarak hükmün kesinleştiğin andan itibaren cezanın infazı tamamlanıncaya kadar seçme ve seçilme hakkı dışında "***diğer siyasi hakları kullanmaktan***" da yasaklanmakta idi.

Siyasi partiye üye olmak, siyasi partinin yönetim veya denetim organlarında görev almak, bu çerçevede değerlendirilmelidir. Keza bu hükmün değerlendirilmesinde, 22/4/1983 tarihli ve 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu mad. 11, f. 2 bent b, alt bent 2 ila 5 hükümleri göz önünde bulundurulmalıdır.

Her iki kanun hükümlerinin birbirleriyle uyumlu olarak ve birbirlerini tamamlayacak şekilde uygulanması mümkün iken Anayasa Mahkemesi TCK mad. 53, f. 1, bent b'deki kasten işlenen bir suçtan dolayı mahkûm olunan hapis cezasına mahkûmiyetin kanuni sonucu olarak hükmün kesinleştiği andan itibaren cezanın infazı tamamlanıncaya kadar seçme ve seçilme hakkı dışında, **siyasi partiye üye olmak, siyasi partinin yönetim veya denetim organlarında görev almak** şeklindeki "***diğer siyasi hakları***" kullanmayı yasaklayan hükmü de Anayasa'ya aykırı bularak iptal etmiştir[3]

TCK mad. 53 hükümlerine göre, kişi, kasten işlemiş bulunduğu bir suçtan dolayı mahkûm olduğu hapis cezasının kesinleştiği andan itibaren infazı tamamlanıncaya kadar **siyasi partiye üye olmak, siyasi partinin yönetim veya denetim organlarında görev almak** şeklindeki "***diğer siyasi hakları kullanmaktan***" yasaklanmakta idi. Bu hükümle güdülen asıl amaç, süresi ne olursa olsun, mahkûm olunan hapis cezasının bir an önce infaz edilmesini sağlamaktı. Yani bu hükümle, kişinin, mahkûm olduğu hapis cezasının infazından kaçarak, örneğin **siyasi partinin yönetim veya denetim organlarında görev yapma**ya devam etmesinin önü kapatılmıştı. Bu yasaklama, **cezanın infazı tamamlanıncaya kadar** devam etmekte idi. Buna karşılık, Siyasi Partiler Kanunu hükümleri ise belirli suçlardan dolayı herhangi bir cezaya ya da kasten işlenen bir suçtan dolayı beş yıl veya daha fazla hapis cezasına mahkûm edilmiş olan kişinin mahkûm olduğu **cezanın infazı tamamlandıktan sonra** da siyasi partiye üye olmasını, siyasi partinin yönetim veya denetim organlarında görev almasını yasaklamaktadır.

Siyasi Partiler Kanunu hükümlerine göre, mad. 11, f. 2, bent b, alt bent 2'de sayılanlar hariç, kasten işlediği herhangi bir suçtan dolayı beş yıldan daha az süreyle hapis cezasına mahkûm olan kişiler, siyasi partinin yönetim veya denetim organlarında görev alabilmekte ve görevde kalmaya devam edebilmek-

3 AYM, E.2014/140, K.2015/85, 8/10/2015.

tedir. Buna göre örneğin **kasten yaralama** (TCK mad. 86, 87)**, işkence** (TCK mad. 94), **uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti** (TCK mad. 188), **uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma (**TCK mad. 190), **uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanma** (TCK mad. 191) **suçundan dolayı** sonuç ceza olarak beş yıldan az, dört yıl, dört yıl altı ay **hapis cezasına mahkûm olmuş olan kişi, siyasi partiye üye olabilecek, üye olmaya devam edebilecek, siyasi partinin yönetim veya denetim organlarında görev yapabilecektir**.

Anayasa Mahkemesi, kasten işlediği suçtan dolayı hapis cezasına mahkûm olan kişiyi mahkûm olduğu cezanın infazı tamamlanıncaya kadar seçme ve seçilme hakkı dışındaki "***diğer siyasi hakları kullanmaktan***" yasaklayan TCK mad. 53 hükmünü iptal kararını aşağıdaki gerekçelere dayandırmıştır:

> "Siyasi haklar, devletin kuruluş ve işleyişi ile ilgili temel haklardır. Bu haklar kişiye toplumun temel kural ve yapılarını etkilemek üzere doğrudan hareket etme olanağı tanırlar, bu nedenle demokrasinin temelini oluştururlar. Kuralla, kişinin kasten işlemiş olduğu suçtan dolayı hapis cezasına mahkûmiyetin kanuni sonucu olarak seçme ve seçilme hakkının yanı sıra diğer siyasi haklardan da yoksun bırakılacağı belirtilmiş olup söz konusu diğer siyasi hakların, seçme ve seçilme hakları hariç olmak üzere Anayasa'da sayılan siyasi haklar olduğu anlaşılmaktadır." (§ 39)
>
> "Siyasi haklar, Anayasa'nın 66 ila 74. maddelerinde yer almakta ve Anayasa'nın 66. maddesinde **Türk vatandaşlığı**; 67. maddesinde **seçme, seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakları**; 68. maddesinde **siyasi parti kurma, partilere girme ve partilerden ayrılma**; 69. maddesinde siyasi partilerin uyacakları esaslar; 70. maddesinde **kamu hizmetine girme hakkı**; 71. maddesinde **mal bildirimi**; 72. maddesinde **vatan hizmeti**; 73. maddesinde **vergi ödevi**; 74. maddesinde ise **dilekçe, bilgi edinme ve kamu denetçisine başvurma hakkı** düzenlenmektedir." (§ 40)
>
> "Kanun koyucu tarafından gerekçede ifade edildiği gibi suçlu kişinin özellikle güven ilişkisinin varlığını gerekli kılan belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılması kabul edilebilir ise de kişinin Anayasa'da belirtilen **tüm siyasi haklardan** yoksun bırakılması sonucunu doğuran kuralın, ulaşılmak istenen amaç bakımından gerekli olduğu söylenemez. Bu nedenle kuralın hukuk devletinin temel ilkelerinden biri olan **ölçülülük ilkesine aykırı** olduğu açıktır." (§ 41)
>
> "Açıklanan nedenlerle Kanun'un 53. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendinde yer alan "*ve diğer siyasi hakları kullanmaktan*" ibaresi, Anayasa'nın 2. maddesine aykırıdır. İptali gerekir." (§ 42)

Anayasa Mahkemesi, Anayasa'da yer alan vatandaşlık hakkına, vergi yükümlülüğüne, askerlik görevine, dilekçe hakkına ilişkin hükümleri de TCK mad. 53'teki "*siyasi haklar*" kavramı içinde değerlendirmeye tabi tutmuştur. Oysa TCK mad. 53 düzenlemelerinin bu hak ve yükümlülüklerle herhangi bir ilişkisi bulunmamaktadır. Yukarıda da açıkladığımız gibi, TCK mad. 53'te yer alan "*diğer siyasi haklar*" ibaresinden, daraltıcı yorum ilkesinden hareketle, seçme ve seçilme hakkı dışında, **siyasi partiye üye olma, siyasi partinin yönetim veya denetim organlarında görev alma hakkı**nı anlamak gerekir.

Anayasa Mahkemesinin bu kararı karşısında, TCK mad. 53'te yeni bir düzenleme yapılmadığı takdirde, yukarıda örnek olarak gösterdiğimiz **kasten yaralama** (TCK mad. 86, 87)**, işkence** (TCK mad. 94), **uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti** (TCK mad. 188), **uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma (**TCK mad. 190), **uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanma** (TCK mad. 191) **suçundan dolayı** sonuç ceza olarak beş yıldan az, dört yıl, dört yıl altı ay **hapis cezasına mahkûm olmuş olan kişi, bu cezanın infazından kaçarak, siyasi partinin yönetim veya denetim organlarında görev alabilecek, görev yapmaya devam edebilecektir.**

IV- TCK mad. 53, f. 4 düzenlemesine göre kasten işlediği suçtan dolayı kısa (bir yıl veya daha az) süreli hapis cezasına mahkûmiyet hâlinde ayrıca bu cezanın ertelenmesine hükmedilmiş ise bu mahkûmiyete bağlı olarak hükümlü hakkında hak yoksunluğu doğmayacaktır. Anayasa Mahkemesi, bu hükmü aşağıdaki gerekçe ile **seçilme hakkı** yönünden Anayasa'ya aykırı bularak iptal etmiştir:

> Türk ceza Kanunu'nun "49. maddesinin (1) numaralı fıkrasında süreli hapis cezasının, Kanun'da aksi belirtilmeyen hâllerde bir aydan az, yirmi yıldan fazla olamayacağı, (2) numaralı fıkrasında da hükmedilen bir yıl veya daha az süreli hapis cezasının, kısa süreli hapis cezası olduğu belirtilmiştir. Hapis cezalarının ertelenmesine ilişkin düzenlemeye ise Kanun'un 51. maddesinde yer verilmiş ve işlediği suçtan dolayı iki yıl veya daha az süreyle hapis cezasına mahkûm edilen kişinin cezasının ertelenebileceği ifade edilmiştir." (pn. 58)
>
> "Kanun'un 53. maddesinin (1) numaralı fıkrasında, kasten işlediği suçtan dolayı hapis cezasına mahkûm olan kişinin seçme ve seçilme ehliyetinden ve diğer siyasi hakları kullanmaktan yoksun bırakılacağı kuralı getirildikten sonra, itiraz konusu ibare ile *"kısa süreli hapis cezası ertelenmiş"* olan kişiler hakkında (1) numaralı fıkra hükümlerinin uygulanmayacağı belirtilmek suretiyle bu kişilerin seçme ve seçilme ehliyetinden ve diğer siyasi hakları kullanmaktan yoksun bırakılmamaları amaçlanmıştır." (pn. 59)

"Ceza hukukunun toplumun kültür ve uygarlık düzeyi, sosyal ve ekonomik yaşantısıyla ilgili bulunması nedeniyle suç ve suçlulukla mücadele amacıyla ceza ve ceza muhakemesi alanında sistem tercihinde bulunulması devletin ceza siyaseti ile ilgilidir. Hukuk devletinde, kanun koyucu ceza hukukuna ilişkin düzenlemelerde yetkisini kullanırken, Anayasa'ya ve ceza hukukunun temel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla, toplumda hangi eylemlerin suç sayılacağı, bunun hangi tür ve ölçüdeki ceza yaptırımı ile karşılanacağı, nelerin indirim veya artırım sebebi olarak kabul edilebileceği, hangi cezaların seçenek yaptırımlara çevrilebileceği veya ertelenebileceği ve hangi suçların hükmün açıklanmasının geri bırakılması kapsamında kalacağı gibi konularda takdir yetkisine sahiptir." (pn. 60)

"Kanun'un 53. maddesinin gerekçesinde, ceza siyasetini belirleme konusunda kanun koyucunun sahip olduğu takdir yetkisine dayanılarak, kişinin işlediği suçun cezasının belli bir ağırlığın üzerinde olmasının toplumsal güven ilişkisinin önem arz ettiği belli hakların kullanılması bakımından bir yoksunluk hâli olarak kabul edildiği belirtilmiştir. Bu düşünceden hareketle, kanun koyucu tarafından sahip olunan takdir yetkisi çerçevesinde, ertelenen hapis cezaları arasında bir ayrıma gidilmesinde ve **yalnızca kısa süreli hapis cezalarının ertelenmesi hâlinde hükümlülerin seçme hakkından yoksun bırakılmamasına yol açan düzenleme getirilmesinde,** bu yönüyle Anayasa'nın 2. maddesinde düzenlenen **hukuk devleti ilkesine aykırılık bulunmamaktadır.**" (pn. 61)

"Öte yandan **işledikleri suç kısa süreli hapis cezasını gerektiren** kişiler ile kısa süreli olmamakla birlikte, iki yıl veya daha az süreli hapis cezasını gerektiren kişiler, suçun kamu düzeninde meydana getirdiği tahribatın ağırlığı bakımından aynı konumda bulunmadıklarından, kanun koyucunun bu **kişileri seçme ehliyeti yönünden farklı kurallara tabi kılması, Anayasa'nın 10. maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaz.**" (pn. 62)

"Demokrasilerde devlet yönetiminin olmazsa olmaz koşullarından olan seçimlere katılım, seçme hakkının en geniş şekilde kullanılması ile anlam kazanacağından Anayasa'nın ve ona uygun olarak çıkarılacak kanunun belirleyeceği zorunlu durumlar dışında bu hakkın kısıtlanmaması gerekir. Bu bağlamda **kısa süreli hapis cezası ertelenmiş olan kişilerin seçme hakkından yoksun bırakılmamalarında Anayasa'ya aykırı bir yön bulunmamaktadır.**" (pn. 63)

"Anayasa'nın 76. maddesinde milletvekili seçilme yeterliliği düzenlenmiş olup, milletvekili seçilebilme yeterliğine sahip olabilmek için aranan nitelikler arasında, taksirli suçlar hariç toplam bir yıl veya daha

fazla hapis cezasına hüküm giymemiş olmak, zimmet, ihtilas, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, inancı kötüye kullanma, dolanlı iflas gibi yüz kızartıcı suçlarla, kaçakçılık, resmî ihale ve alım satımlara fesat karıştırma, devlet sırlarını açığa vurma, terör eylemlerine katılma ve bu gibi eylemleri tahrik ve teşvik suçlarından biriyle hüküm giymemiş olmak koşuluna yer verilmiştir." (pn. 64)

"**İtiraz konusu ibare ile kısa süreli hapis cezası ertelenmiş kişiler, seçilme ehliyetinden yoksun bırakılamayacaktır. Bu bağlamda itiraz konusu ibareyle, ertelenen kısa süreli hapis cezaları bakımından Anayasa'nın 76. maddesinde açık ve ayrıntılı bir şekilde belirtilen milletvekili seçilme yeterliliğine ilişkin düzenleme genişletilmektedir**. Oysa 76. maddede yer alan düzenlemenin amacı yasama yetkisini kullanacak kimselerin birtakım nitelikleri taşımasının teminidir. Bu bağlamda milletvekili seçilme yeterliliğine ilişkin şartların değiştirilmesi ancak Anayasa'da yapılacak bir değişiklikle mümkün olabilir. Dolayısıyla **Anayasa'da yer alan milletvekili seçilme yeterliliği hükümlerinde değişiklik niteliğinde olan itiraz konusu ibare, maddenin (2) numaralı fıkrasında yer alan "*seçilme ehliyetinden*" ibaresi yönünden Anayasa'ya aykırıdır.**" (pn. 65)

Anayasa'ya göre kasten işlediği suçtan dolayı **bir yıldan az** süreyle hapis cezasına mahkûm edilmiş olan kişi, bu cezanın ertelenmesine hükmedilmiş olsun veya olmasın, "*milletvekili seçilme yeterliliği*"ne sahiptir. Ancak Anayasa mad. 76'da sayılan belirli suçlar dışında kasten işlenen bir suçtan dolayı mahkûm olunan **bir yıl veya daha fazla** süreli hapis cezasının ertelenmesine hükmedilmiş olsa bile bu mahkûmiyet milletvekili seçilme yeterliliğini ortadan kaldırmaktadır.

TCK mad. 53, f. 4 hükmü, mahkûm olunan kısa süreli ve bu çerçevede **bir yıl** süreli hapis cezasının ertelenmesine hükmedilmiş ise bu mahkûmiyet milletvekili seçilme yeterliliğini ortadan kaldırmamaktaydı. Bu yönü itibarıyla söz konusu hüküm, Anayasa'daki milletvekili seçilme hakkının alanını daraltan değil, genişleten bir mahiyet taşımakta idi. Anayasa Mahkemesinin söz konusu iptal kararı üzerine, **kasten işlediği bir suçtan dolayı bir yıl hapis cezasına mahkûm olan kişi, bu cezanın ertelenmesine hükmedilmiş olsa bile milletvekili seçilme yeterliliğini kaybetmektedir**. Bu durum **belediye başkanı, belediye meclisi üyesi, il genel meclisi üyesi, muhtar** ve **ihtiyar heyeti üyesi** adayları bakımından da söz konusudur.

SONUÇ

Anayasa Mahkemesinin söz konusu iptal kararı, kasten işlenen suçtan

dolayı mahkûm olunan hapis cezasının seçme, seçilme ve diğer belirli siyasi hakları kullanma bakımından doktrindeki açıklamalarda olduğu gibi uygulamada da önemli bir belirsizlik ortaya çıkarmıştır. Bu nedenle TCK mad. 53'te ceza mahkûmiyetinin seçme, seçilme ve diğer belirli siyasi haklarla ilgili olarak nasıl bir sonuç doğurması gerektiğine dair yeniden düzenleme yapılması gereği ortaya çıkmıştır.

KAYNAKÇA

AYM, E.2014/140, K.2015/85, 8/10/2015.

Prof. Dr. Bekir Berat ÖZİPEK
(İstanbul Medipol Üniversitesi Öğretim Üyesi)

Av. Abdulhalim YILMAZ
(İstanbul Barosu)

ANAYASA MAHKEMESİ VE MÜLTECİLER: HAKLAR İÇİN AKINTIYA KARŞI ÇIPA OLABİLMEK

"Zulüm korkusuyla evlerini terk etmek zorunda kalanlar kadar azınlıklaştırılmış ve korunmaya muhtaç çok az 'öteki' vardır. İnsan onuru ilkesinin doğasında var olan evrensellik, yani tüm insanların insan onuruna sahip olduğu fikri, bu 'ötekiliğin' üstesinden gelmeye hizmet edebilir ve hakimlere mülteciler için adaleti takip etme imkânı sağlayabilir."

Rebecca J. Garfinkel[1]

SUNUŞ

Günümüzdeki en önemli küresel gündem konularından biri olarak göç, dünyanın her ülkesinde hayatın her alanını etkiliyor. Savaş, iç savaş, katliam, işgal ve siyasi altüst oluşlara bağlı yerinden edilmeler, insanları bir anda can havliyle geniş gruplar hâlinde sınırların ötesine doğru savuruyor.

Bu ani kitlesel yer değiştirmeler, gerek göçün kendisinden çıktığı *kaynak ülkelerde*, gerek başka bir coğrafyaya doğru yol alırken durak olarak düşünülen *transit ülkelerde* ve gerekse de asıl ulaşılmak istenen *hedef ülkelerde*, sosyal, ekonomik, kültürel ve siyasi alanlarda çok boyutlu bir dizi etkiyi de beraberinde getiriyor.

Türkiye 2011'den itibaren başlayan kitlesel mülteci göçüyle birlikte doğru bir başlangıç yaptı. Türkiye, tarihin trajik bir kırılma noktasında aileleriyle beraber sınıra gelen insanlara hem ahlaki hem de hukuki sorumluluklarının gereği olarak kapılarını açtı ve onların güven içinde hayatlarına devam edebilmeleri bakımından ilk basamağın ahlaki ve hukuki açıdan doğru bir biçimde geçilmesi için doğru olanı yaptı.

Ancak bu doğru adım, yıllar içinde aynı şekilde doğru ve bütünlüklü bir göç politikasıyla devam ettirilemedi. Özellikle seçim dönemlerinin belirgin

1 Garfinkel, R. J. (2023), "Dignity Deployed: An Examination of Refugee Rights through Domestic Dignity Jurisprudence", *International Journal of Refugee Law*, C. 35., S. 1., s. 108.

etkisini taşıyan ve mültecilerin hayatını güçleştiren politikalar bu dönemden itibaren sürekli olarak daha fazla hissedilir hâle geldi. İzleyen yıllarda, daha somut olarak "açık kapı politikası"nın terk edildiği 2015'ten itibaren, özellikle ülke içinde sığınmacı karşıtı propagandaların ve dezenformasyonun etkisiyle, mülteciler üzerinde insan hakları, adalet ve hukuk açısından olumsuz etkileri gittikçe daha fazla hissedilecek olan bir sürece girildi.

İşte böyle bir ortamda, mülteciler ve onların hakları ile ilgili farkındalık ve hak savunusu yapmaya çalışan birey ve örgütler açısından yargının işlevi çok daha önemli hâle geldi. Türkiye'de yargı, mültecilerle ilgili sosyal ve siyasi atmosferin oksijeninin azaldığı bir ortamda hakların korunması açısından önemi hissedilen bir erk hâline geldi. Anayasa Mahkemesi (AYM) bu süreçte verdiği kararlarla sadece bireysel bazı vahim ihlallerinin gerçekleşmesini engellemekle kalmayıp aynı zamanda idareye hukuki açıdan takip etmesi gereken yolun ne olduğunu da işaret etti. Özellikle mülteci algısının olumsuz bir duruma gelmeye başladığı 2015'ten 2024'e kadarki tarih bu bakımdan önem arz etti.

Bu çalışmada kullanılan mülteci kavramı, sadece hukuki bir statü anlamıyla değil, kavramın sosyolojik tanımını da içeren geniş anlamıyla ele alınmış olup, özel bir farklılığa işaret etmeye ihtiyaç olduğunda göçmen, sığınmacı, geçici koruma altındaki kişi veya şartlı mülteci gibi kavramlara da müracaat edilecektir.

Bu çalışma, Türkiye'de 2013'ten itibaren sosyal ve siyasi alanda değişen algının ortaya çıkardığı sosyopolitik durum analizinden hareketle ortaya çıkan ve insan hakları açısından sorun teşkil eden olumsuz dinamikle, AYM'nin hak temelli kararlarında somutlaşan olumlu dinamik arasındaki gerilimli ilişki çerçevesinde sığınmacı haklarını ele alıyor.

Mahkemenin söz konusu dönemde verdiği çok sayıda kararı incelemek ve onlardan bazılarına odaklanmak, hukuk, siyaset ve toplum üçgeninde belirginleşen bir iklimde mülteci haklarının yüksek yargı şemsiyesi aracılığıyla korunması, bu korumanın düzeyi ve bunun hangi yönde değiştiği hakkında bir anlama sağlayabilir.

Bu bağlamda çalışmanın, yeryüzünün en kırılgan gruplarından olan mültecilerle ilgili farkındalık ve dayanışma çabalarına katkıda bulunması umulur.

A. MÜLTECİLİK VE YARGISAL KORUMA

Somalili şair Warsan Shire'ın *"Kimse çocuklarını bir tekneye koymaz / sular karalardan daha güvenli olmadıkça"*[2] mısraları, mülteciliğin hangi sosyal, siyasi

2 Facing History & Ourselves. (2023). "Home" by Warsan Shire, 20/11/2023, https://www.facinghistory.org/resource-library/home-warsan-shire (Erişim Tarihi: 18/10/2024)

ve psikolojik şartların ürünü olduğunu tahayyül etmek bakımından pek çok belge ve bilgiden daha fazla anlama sağlayıcıdır.

İnsanı bir anda tüm ailesi ve taşıyabildikleriyle beraber göçe mecbur bırakan insani gerçekliği ve onunla gelen durumu anlamak, bir dizi yükümlülüğü de beraberinde getirir. Bu bağlamda mültecilik durumu, dünyanın tüm toplumlarına ve fertlerine, can havliyle ülkeyi terk etmek durumuyla karşı karşıya olan mültecilerle ilgili olarak bir dizi ahlaki ve hukuki sorumluluk da yükler.

Bu sorumlulukların başında, öncelikle sorunu kaynak ülkede çözmeye çalışmak, bu olmazsa veya bunun yanında, iltica eden kişileri geldikleri ülkede de insan onuruna sahip hakları olan bireyler olarak tutmak gelir. Kuvvetler ayrılığına dayalı bir demokraside bu açıdan üç erke de düşen sorumluluklardan söz edilebilir. Ancak mültecilerin haklarını korumak, başlıca varlık sebebi *adaleti* tesis etmek olan yargı açısından diğer kuvvetlerden daha özel bir sorumluluğu ifade eder.

Bu sorumluluk çerçevesinde liberal demokrasilerde yargı, koruma işlevini ifa edebilmekte midir? Günümüzde dünyanın büyük bölümünde modern devletin egemen formunun liberal demokratik devlet olması bu açıdan ilk bakışta güvencede olduğumuzu düşündürebilir. Gerçekten de teorik olarak demokrasinin liberalizmden gelen tarafı, bu kapsamda birey hakları ve insan hakları nosyonu, modern demokratik devleti hakları korumakla ödevli kılar. Bu bağlamda insan hakları, sadece vatandaş olan bireylerin değil, ülke sınırları içindeki herkesin, tüm bireylerin insan haklarından istifade etmesini sağlamayı devletlere hukuki bir ödev olarak yükler.

Ancak pratik bundan epeyce farklıdır. Özellikle Huntington'ın "karşı dalga"[3] olarak adlandırdığı demokrasilerin geri çekildiği, özgürlüklerin alanının daraldığı, serbestiyi esas alan düzenlemelerin yerini güvenlikçi ve otoriter uygulamaların aldığı bir zamanda, liberal devletin hem vatandaş olan bireylere hem de ülke sınırları içindeki mültecilere karşı gittikçe daha olumsuz bir tutum sergilediği görülmektedir. Yargı ve mahkemeler de günümüz liberal demokrasilerindeki bu sorundan bağışık değildir.

Tomkinson, Paquet ve Robert'e göre, göç çalışmalarında liberal devletlerdeki mahkemeler geleneksel olarak, "göçe yönelik olumsuz kamuoyu görüşünden etkilenen yasama organlarının aksine, göçmenlere yönelik olarak haklar alanını genişletmenin kaynağı" olarak teorize edilirler; göç araştırma-

3 Huntington'a göre dünyada demokrasi dalgaları ve onları izleyen ve demokratikleşmeyle gelen kazanımların bir kısmını geri alan bir "ters dalga" vardır. Bkz. Huntinton, S. P. (2012). *The Third Wave: Democratization in the Late 20th Century*, University of Oklahoma Press, 2012. Onun teorisini izleyecek olursak, günümüzde dünyanın "üçüncü demokrasi dalgası"na karşılık gelen yeni bir ters dalga altında olduğu tespiti yapılabilir.

cıları, mahkemelerin "seçim siyasetinden görece yalıtılmışlığını" vurgularlar ve mahkemelerin göç ve iltica politikaları üzerindeki etkisi genişledikçe, ulusal hükümetlerin yabancıların haklarını kısıtlayıcı tedbirlerinin de sınırlandırılacağını ileri sürerler[4]. Ancak bu argümanın tüm liberal demokratik devletler için evrensel olarak geçerli olmayabileceğini vurgulayan Joppke'ye atıfla bu yöndeki genel yargıları eleştiren yazarlar şu tespitleri yaparlar:

> Bazı göç akademisyenleri geleneksel olarak yargının göçmenlerin haklarının korunmasında olumlu bir rol oynadığını düşünseler de hâlihazırda hâkimlerin bu hakların ilerletilmesine ne ölçüde etkin bir şekilde katkıda bulunduğu konusunda bir mutabakat bulunmamaktadır… [H]ukuk akademisyenleri ve uygulayıcıları, mahkemelerin ulusal hükümetlerin göçü kontrol etme ve insan haklarını koruma konusundaki yetkilerini kısıtlama kabiliyetine ilişkin kuşkularını dile getirmişlerdir… [S]on zamanlarda göç üzerine yapılan çalışmalar, 'yargının kapsayıcı göç politikaları için çaba gösteren bir iç mantığa sahip olduğu' yönündeki önceki varsayımı sorgulamıştır. Sosyal ve siyaset bilimciler, analitik odaklarını mahkemelerin işlev gördüğü siyasi sistemlere yöneltmiş ve (…) göçün kontrolü söz konusu olduğunda, mahkemelerin hem genişletici hem de baskıcı dinamikleri mümkün kılabildiğini belgelemişlerdir[5].

Böyle bir ortamda, özellikle de toplumların ayrımcılık ve ön yargıyla enfekte olma düzeylerine bağlı olarak yönetimlerin de hakları koruma konusunda istekli olmadıkları ve bu isteksizliğin mülteciler söz konusu olduğunda daha fazla görünür hâle geldiği tespiti yapılabilir. Yasama ve yürütme organlarının ayrımcı uygulamalara doğru hareket hâlinde olduğu bu dönemde, yargıya hakları korumak konusunda çok daha hayati bir görev düşebiliyor.

Kuşkusuz yargı da içinde bulunduğu toplumdan, onun geçirdiği dönüşümlerden ve bu bağlamda ayrımcı ırkçı ve ön yargılı tutumlarla adaletsizlik üreten diğer zihinsel durumlardan tamamen bağımsız değildir. Hâkimlerin

4 Tomkinson, S., Paquet, M. ve Robert, L. (2023). "The Immigrant versus the State: The Marginal Contribution of Tribunal Judges to Administrative Justice", *International Journal of Law in Context*, C. 19., S. 4.

5 Quebec'teki idari mahkeme yargıçlarının göçmenlik itirazlarına nasıl karar verdiklerini, gerekçelerinde ve açıklamalarında hangi faktörleri dikkate aldıklarını ele alan yazarların vardıkları sonuç, yargının göçmenlerin haklarını korumada yasama ve yürütmeye kıyasla özel bir güveni hak etmediğini gösteriyor:

> Göçmen haklarının genişletilmesinde mahkemelerin potansiyeli konusunda şüphe uyandıran son çalışmalarla uyumlu olarak, göç temyiz kararlarının analizi, Quebec mahkemesi yargıçlarının göçmen haklarının desteklenmesine katkısının sınırlı olduğunu göstermektedir. Mevzuat onlara hem hukuki hem de maddi konularda karar verme yetkisi vermesine rağmen, (…) mahkeme hakimlerinin davaların büyük çoğunluğunda (Kararların yüzde 94'ü) bürokratik kararı onayladığını görüyoruz. İdari yargının Quebec'te göçmenlerin haklarının genişletildiği bir yer olmadığı sonucuna varıyoruz (Aynı yerde).

de birer insan olduğu ve hata yapabilecekleri göz önünde bulundurulduğunda, her ne kadar mahkemelerin hakkaniyete uygun kararlar vermeleri beklense de zaman zaman yanlış kararlara imza atabildiklerini hesaba katmak gerekir ve bu nedenle yargıyı peşinen 'hakları koruyucu' olarak konumlandırmak doğru olmaz. Tersine Türkiye tarihi de göstermektedir ki kimi zaman hakları korumanın yolu, yasama ve yürütme eliyle yargıya; parlamento ve siyaset kanalıyla bürokrasiye ve hukukçulara karşı mücadele etmekten geçebilir. Kısacası hakları koruma açısından, yargının yasamaya ve yürütmeye veya bu ikisinin ilkine karşı tüm zamanlar ve tüm ülkeler için geçerli bir üstünlüğü yoktur. Bu bağlamda anayasa mahkemelerinin ve diğer yüksek yargı organlarının tüm zamanlar için geçerli olabilecek bir koruma şemsiyesinden söz edilemez.

Yüksek yargının da bu süreçte her zaman *Themis* rolü oynadığını veya kendisine biçilen anayasal koruma şemsiyesini sağlayabildiğini düşünmek doğru olmaz. Bu sadece yüksek yargının da ülkedeki herkesle aynı atmosferi solumasıyla ilgili olmayıp, çoğu kez yasama ve yürütmeyle erkleriyle açık veya örtülü biçimde yürüttüğü mücadeleyle de ilgili olabilir.

Öte yandan yüksek yargının mülteci hukukunu koruma düzeyi, hukuki belge ve metinlerin nasıl anlaşılması gerektiğine ilişkin literatür değerlendirmelerinden ve tartışmalardan da bağımsız değildir. Güney Afrika Yüksek Mahkemesi hâkimlerinden Nvanethem Pillay, Mülteci Sözleşmesi'nin[6] "insan hakları hukukundaki gelişmelere uyum sağlayacak şekilde evrilebilen canlı bir belge" olduğunu ifade eder:

> Mülteci Sözleşmesi elli yılı aşkın bir süre önce kabul edildiğinde, uluslararası insan hakları hukuku henüz emekleme aşamasındaydı. O zamandan bu yana, insan hakları hukukunun kapsamı ve ihlallere karşı hesap verebilirliği sağlama araçları katlanarak genişledi. Bu gelişmeler uygun bir şekilde mülteci hukuku alanına da yansımıştır (…) son içtihadi gelişmeler, Mülteci Sözleşmesi'nin yaşayan bir belge olduğunu ve insan hakları hukukundaki gelişmelere uyum sağlayacak şekilde evrilebileceğini göstermiştir[7].

Bu bağlamda soyut ilkelerin mültecilerle ilgili somut bir olaya uygulanmasında yüksek yargının ufuk açıcı bir kararı, Güney Afrika Anayasa Mahkemesi, *Dawood v İçişleri Bakanı* davasında, göçmenlerin evlenme hakkına getirilen kısıtlamaların ihlal olarak tespitinde somutlaşmaktadır. Mahkeme, Güney

6 1951 Tarihli Mültecilerin Hukuki Durumuna İlişkin Cenevre Sözleşmesi.

7 Pillay, N. (2009). Promoting a Broader Understanding of Refugee Law: The Jurisprudence of the Human Rights Treaty Bodies as a Source of Interpretation, içinde *The Proceedings of the 8th World Conference of the International Association of Refugee Law Judges, 28-30 January 2009*, Cape Town, s. 20.

Afrika Haklar Bildirgesi kapsamındaki haysiyet hakkının ihlal edildiğine karar verirken, *"haysiyet sadece Anayasamızın temelinde yer alan bir değer değil, aynı zamanda saygı gösterilmesi ve korunması gereken, uygulanabilir ve icra edilebilir bir haktır"* yorumunu yapmıştır[8].

Bu mücadelede İngiltere, çarpıcı bir son örnek olabilir. Yüksek yargının olumlu kararlarından biri, İngiltere'de mahkemenin 22 Haziran 2023'te hükümetin göçmenleri "güvenli üçüncü ülke" olarak Ruanda'ya gönderme planını hukuka aykırı bulmasıyla başladı. Mahkeme, "sığınmacıların güvenli sayılan başka bir ülkeye sınır dışı edilmesi politikasının başlı başına yasa dışı olmadığını" kabul etmekle birlikte, sınır dışı edilme riskiyle karşı karşıya olan Irak, İran ve Suriye'den sığınmacıların da aralarında bulunduğu bir grup davacının, planın "sistematik olarak adaletsiz" olup olmadığı ve sığınmacıların Ruanda'da güvende olup olmayacakları gibi konularda bu karara itiraz etmelerine de izin verdi[9]. Hükümet politikasının güvenli olduğunu savunurken, Vietnam, Suriye, Irak, İran ve Sudan'dan gelen göçmenlerin avukatları bunun hem yasa dışı ve hem de insanlık dışı olduğunu ileri sürdü[10].

Mahkemenin bu kararına İngiltere hükümetinin itiraz etmesi üzerine İngiltere Yüksek Mahkemesi oy birliğiyle İçişleri Bakanı'nın itirazını reddetti ve 23 Kasım 2023'te oy birliğiyle temyiz mahkemesinin "Ruanda politikasının hukuka aykırı olduğu" yönündeki sonucunu onadı. Kararın başlıca gerekçelerinden biri, "sığınmacıların Ruanda'ya gönderilmeleri hâlinde menşe ülkelerine geri gönderilmeleri nedeniyle gerçek bir kötü muamele riskiyle karşı karşıya kalacaklarına inanmak için önemli gerekçelerin bulunması"ydı. Temyiz başvurusunu, Ruanda politikasının yürürlükteki AB hukuku ile uyumsuz ve hukuka aykırı olduğu gerekçesiyle reddeden kararda, "sığınmacıların Ruanda gibi üçüncü bir ülkeye ancak bu ülkeyle bağlantıları varsa ve o ülkeye gitmenin makul olacağı durumlarda gönderilebileceği" belirtiliyor ve şu tespitlere yer veriliyordu:

> Geri göndermeme, uluslararası hukukun temel bir ilkesidir. Sığınmacılar, Birleşik Krallık tarafından onaylanan çeşitli uluslararası anlaşmalarla geri gönderilmeye karşı korunmaktadır. (…) Avrupa ve yerel içtihat hukuku, bunun gibi davalarda mahkemenin, kabul eden devletteki -bu davada Ruanda'daki- sığınma sisteminin pratikte nasıl işlediğinin

8 McCrudden, C. (2008). "Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights", *European Journal of International Law*, C. 19., S. 4.

9 Lawless, J. (2023). "UK government vows to challenge court ruling that its plan to send migrants to Rwanda is unlawful", *The Associated Press*, 29/6/2023, https://apnews.com/article/migration-uk-rwanda-deportation-court-challenge-f90ea56aca48df25592d537778f028cc (Erişim Tarihi: 19/1/2024)

10 Melley, B. (2019). "UK Supreme Court weighs if it's lawful for Britain to send asylum-seekers to Rwanda", *The Associated Press*, 9/10/2029, https://apnews.com/article/uk-rwanda-migration-asylum-supreme-court-84399fdab701cbca1ca5347dfdc8ad72 (Erişim Tarihi: 19/1/2024)

> dikkate alınması gerektiği konusunda açıktır. Mahkeme bunu yaparken BMMYK gibi uzman kuruluşlar tarafından tespit edilen eksiklikleri dikkate almalıdır[11].

Kabul eden ülkedeki güvenliğin, oraya gönderilen kişilere yönelik muamele konusunda hükümetinin verdiği güvencelere bağlı olduğu durumlarda, söz konusu güvencelerin nasıl işleyeceği konusunda gerçeklere duyarlı bir değerlendirme yapılması gerektiğini belirten mahkeme, bu değerlendirmenin faktörleri arasında, kabul eden devletteki genel insan hakları durumu, kabul eden devletin kanunları ve uygulamaları, geçmişte verilen benzer güvencelere uyma konusundaki geçmişi ve izleme mekanizmalarının varlığını da sayarak şu tespiti yaptı: "… kanıtlar, sığınma taleplerinin doğru bir şekilde karara bağlanmayacağına ve bu nedenle sığınmacıların doğrudan veya dolaylı olarak menşe ülkelerine geri gönderilme riskiyle karşı karşıya kalacaklarına dair gerçek bir risk bulunduğuna inanmak için önemli gerekçeler bulunduğunu gösteriyor."[12]

Ancak yasama, yürütme ve yargı arasındaki karmaşık ilişki ile kuvvetler ayrılığının sınırlarını zorlayan ayrımcı ön yargının gücü, bu konuda son noktanın bağlayıcı bir yüksek yargı kararıyla koyulduğunu düşünmeyi güçleştiriyordu. Nitekim İngiltere Başbakanı Rishi Sunak, 17 Ocak'ta Yeni Ruanda Planı'nı Avam Kamarası'ndan geçirdi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AİHM) Haziran 2022'de geçici tedbir kararı (Kural 39) alarak Ruanda'ya sınır dışı edilen ilk göçmenleri taşıyan uçağı durdurmasına dair bir soru üzerine, yeni planla ilgili olarak da şu değerlendirmeyi yaptı:

> Herhangi bir yabancı mahkemenin bizi (Ruanda'ya giden) uçakları kaldırmaktan ve caydırıcılığı çalışır hâlde tutmaktan alıkoyamayacağını açıkça söylüyorum. Bu tasarıda açıkça kararların bakanlar tarafından alınacağı yazıyor. Parlamento da bunu onayladı. Tasarı, yerel mahkemelerin de kararlara saygı duyması gerektiğini de açıkça söylüyor. Bunları uygulamaya hazır olmasaydık tasarıya bu ifadeleri koymazdık. Bana Kural 39'u (AİHM'in tedbir kararı) görmezden geleceğimi soruyorsanız cevabım: Evet[13].

Mültecilere ev sahipliği yapmayı reddetmek ve üçüncü bir ülkeye göndermek bazı istisnai durumlarda mümkün olabilir. Bunun için belirli koşulların

11 Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi, *R (on the application of AAA and others) v. Secretary of State for the Home Department*, 2023/0093, 15/11/2023.

12 Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi, *R v. Secretary of State for the Home Department*.

13 Çetinkaya, B. (2024). "İngiltere Başbakanı: Herhangi bir yabancı mahkeme, bizi (Ruanda'ya giden) uçakları kaldırmaktan alıkoyamaz", *Anadolu Ajansı*, 18/1/2024, https://www.aa.com.tr/trt/dunya/ ingiltere-basbakani-herhangi-bir-yabanci-mahkeme-bizi-ruandaya-giden-ucaklari-kaldirmaktan-alikoyamaz/3112714 (Erişim Tarihi: 20/1/2024)

yerine getirilmesi, sığınma hakkına halel gelmemesi, doğrudan veya dolaylı olarak menşe (kaynak) ülkeye gönderilme ihtimalinin söz konusu olmaması gerekir. Ancak Avrupa Birliği'nin icat ettiği bu yolun beraberinde ciddi sakıncaları da getirdiğini de eklemek gerekir.

Türkiye'de ise 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunun 74. Maddesinde, sığınma arayan kişilerin ülkeye varmadan önce her açıdan -hukuki ve fiili- güvenli bir ülkeden gelmiş olmaları hâlinde, başvurularının kabul edilmeyeceği ve başvurularının incelenmesi amacıyla o ülkeye gönderilebileceği düzenlenmiştir. Ancak, buradaki durum sığınma başvurusu yapma usulüyle sınırlıdır. Statü sahibi bir sığınmacının üçüncü ülkeye gönderilmesi ancak kalıcı çözüm için güvenli üçüncü bir ülkeye yerleştirmesi bahis konusu olabilir. Bu çerçevede, Göç İdaresinin sınır dışı etme kararlarında Suriyelilerin kâğıt üstünde de olsa, Ekvador gibi birkaç ilginç ülkeye sınır dışı edilebileceği yönündeki değerlendirmeleri, işin imkânsızlığını göstermesi açısından dikkat çekicidir.

Özetle, ülkeye sığınmış olanları, menşe ülkelerindeki durumu düzeltmeden makul ve gerçekçi bir dönüşten bahsetmek biraz zordur. Hepsinden de önemlisi, mülteciler için geri gönderme yasağının istisnası yoktur ve devletler bu yasağa mutlak şekilde uyarak bir çözüm bulmak zorundadır.

B. TÜRKİYE'DE SIĞINMACI ALGISININ DEĞİŞİMİ VE ANAYASA MAHKEMESİ

1. Siyaset Kurumu ve Anayasa Mahkemesi İlişkisine Dair Genel Tespitler

Türkiye'de 2002 sonrası dönem, köklü bir demokratikleşme ve dönüşüme sahne oldu. Ancak özellikle 2016 sonrası süreç, yerini darbe girişimini izleyen Olağanüstü Hal (OHAL) dönemine ve dünyadaki gelişmelere de paralel olarak daha güvenlikçi bir perspektife bıraktı.

Demokratikleşme ile gelen kazanımların bir bölümünün "ters dalga" altında zarar gördüğü bu süreçte, Anayasa Mahkemesi genel olarak doğal hukuk perspektifinden insan haklarını koruyucu kararları ve içtihatlarıyla, akıntıya karşı adalet, hukuk ve demokrasi adına bir çıpa işlevi gördü. Kuşkusuz AYM tarihi boyunca böyle değildi. Bir vesayet kurumu olarak Türkiye'deki ayrıcalıklı bir zümreyi toplumun kalanına karşı koruyan bir bürokratik odak olarak görüldüğü ve kararlarının belirgin bir tarafgirlikle malul olup kendisine itibar kaybettirdiği dönemlerin ardından, özellikle 2000'li yılların ilk on yılındaki demokrasi dalgasının bürokratik vesayeti geriletmesine paralel olarak günümüzdeki konumunu almaya başladı. Küresel anlamda demokrasinin geri çekildiği ve bunun etkisinin Türkiye'de de hissedildiği bir dönemde,

ilkelere demirleyerek, söz konusu akıntıdan ülkenin zarar görmesinin önüne geçen kararlar aldı.

Anayasa Mahkemesi bu işlevini siyaset kurumunun tepkisi pahasına, bazen Ak Parti-MHP koalisyonunun bazen de CHP'nin siyasi yaklaşım ve önceliklerini gözetme ihtiyacı hissetmeksizin yürüttü. Mahkemenin özellikle MHP ve onun lideri Devlet Bahçeli tarafından zaman zaman çok ağır bir biçimde eleştirilen duruşu, bazı çevreler tarafından uyumsuzluktan komplo teorilerine uzanan bir dizi tepkiyi de beraberinde getirdi. Özellikle mahkeme başkanı Prof. Dr. Zühtü Arslan, çok kez doğrudan ve çok kişiselleştirilmiş bir siyasi dil üzerinden eleştiri sınırlarının çok ötesinde bir tepkinin hedefi hâline geldi. Ancak mahkeme söz konusu süreçte, ülkedeki siyasi atmosferin etkisinden görece bağışık kalarak, farklı siyasi içerikli çevreler tarafından tepkiyle karşılanan ama hukuki bakımdan genellikle olumlu bulunan kararlar verdi. Bu kararlardan bazıları bir kesimin, bazıları başka bir kesimin tepkisini çekti.

Anayasa Mahkemesinin maruz kaldığı tepkilerin ilk bakışta öyle görmek kolaylıkla mümkün olsa bile, siyaset kurumuyla bir kavgayı değil, demokrasilerin temelinde yer alan kuvvetler ayrılığı ilkesi çerçevesinde, zaman zaman iki ayrı erkin işlevsel farklılaşmasını yansıttığı tespiti yapılabilir. Dışarıdan bakıldığında da Türkiye'de zaman zaman olduğundan daha olumsuz biçimde yansıyan siyasi görünümde "iktidarın dilediği kararı aldıramadığı bir kurum"un varlığı, ülkenin imajı kadar o iktidarın kendisi açısından da değerli ve önemlidir.

2. Türkiye'de Mülteci Hukukunun Yakın Tarihi

Türkiye uzun yıllar mültecilere ilişkin doğrudan bir kanunu olmaksızın mültecilerle muhatap oldu. Konuyla ilgili uluslararası temel belge olan ve 1951'de BM tarafından kabul edilen *Mültecilerin Hukuki Durumuna İlişkin Sözleşme*'nin Cenevre'deki hazırlık çalışmalarında rol aldı ve ilk imzacılardan oldu. Buna karşılık Sözleşmenin onay işlemlerinin tamamlanması ve iç hukukta yürürlüğe girmesi yaklaşık 10 yıl sonra, 1961'de gerçekleşti[14]. Türkiye, taraf olduğu Sözleşmenin kapsamını "Avrupa'da meydana gelen olaylar nedeniyle" şekliyle yani "coğrafi sınırlama" ile kabul etti. Bu coğrafi sınırlama nedeniyle Türkiye, Avrupa dışından gelen mültecilere, Sözleşmedeki mülteci statüsü yerine, üçüncü bir ülkeye yerleşeceği varsayımıyla "şartlı mülteci" statüsü ihdas etti.

1980'li yıllardan itibaren Türkiye kitlesel göçle muhatap olmaya başladı. Komşu ülkelerde yaşananlar, Irak'tan 1988 ve 1991'de, Bulgaristan'dan 1989'da gelen yüzbinlerce insanla, devamında Bosna savaşında Türkiye gelen mülteciler göz önüne alındığında, mevzuat eksikliği daha çok hissedildi. Bu

14 359 Sayılı Onayı Uygun Bulma Kanunu, Resmi Gazete 5/9/1961 - 10898.

nedenle 1994 yılında kısaca "1994 Sığınma/İltica Yönetmeliği" olarak adlandırılan yönetmelik yürürlüğe girdi[15]. 1998'de Kosova ve 1999'da Çeçenistan'dan gelen mülteciler, sonrakilerden sayıca daha az da olsa kitlesel bir göçü yansıtıyordu.

Yıllar içinde AİHM'in Türkiye hakkında verdiği kararlar, Türkiye'de mültecilerin korunması bakımından yeterli iç mevzuat ve etkili bir itiraz yolu olmadığını ortaya koydu. AİHM, Jabari/Türkiye kararında İranlı kadının sığınma başvurusunun 1994 Yönetmeliği gereğince 5 günlük sınırlı sürede yapılmadığı gerekçesiyle reddedilmesini, başvurucunun ülkesine gönderilmesi hâlinde öldürülmesi riski nedeniyle, işkence ve kötü muamele yasağının ihlali anlamına geldiğine karar verdi. Ayrıca idare mahkemesine başvurmanın bir faydası olmaması nedeniyle etkili bir iç hukuk yolu bulunmadığına hükmetti[16].

Abdolkhani ve Karimnia/Türkiye kararında, rejim muhalifi olan İranlı iki başvurucunun hayati tehlike sebebiyle İran'dan Irak'a gitmesi, BMYYK tarafından mülteci olarak kabul edilmeleri, daha sonra illegal yollardan gelmelerinden sonra yakalanmaları ve yasal bir dayanak olmaksızın karakolda uzun süre tutulmaları olayında 'özgürlük ve güvenlik hakkı'nın ihlal edildiğine karar verildi[17].

Ghorbanov ve Diğerleri/Türkiye kararında, çoğunluğu çocuk ve bebek 19 Özbek mültecinin, BMMYK'ye (Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği) başvurarak mülteci statüsü almasına ve Türkiye'ye sığınma başvurusunda bulunmalarına rağmen, bu kişilerin 2008 yılında Türkiye tarafından İran'a iki defa zorla gönderilmeleri olayında, AİHM işkence ve kötü muamele yasağı, özgürlük ve güvenlik hakkının ihlal edildiği ve etkili iç hukuk yolu bulunmadığı gerekçeleriyle haklarının ihlal edildiğine karar verdi[18].

AİHM'in 2008 yılından itibaren Türkiye hakkında verdiği ihlal kararları[19], mültecilere ilişkin yasal mevzuat ve uygulamalar konusunda belirleyici oldu.

2000'li yılların başında AİHM kararları ve Türkiye'nin AB üyeliğine aday ülke olmasının da etkisiyle, mülteciler konusunda bir kanun çalışması hazır-

15 Tam ismi "Türkiye'ye İltica Eden veya Başka Bir Ülkeye İltica Etmek Üzere Türkiye'den İkamet İzni Talep Eden Münferit Yabancılar ile Topluca Sığınma Amacıyla Sınırlarımıza Gelen Yabancılara ve Olabilecek Nüfus Hareketlerine Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik"tir. Kabul Tarihi: 14.9.1994, Resmi Gazete 30.11.1994 / 22127.

16 *Jabari/Türkiye*, B. No: 40035/98, 11/7/2000.

17 *Abdolkhani ve Karimnia/Türkiye*, B. No: 30471/08, 22/9/2009.

18 *Ghorbanov ve Diğerleri/Türkiye*, B. No: 28127/09, 3/12/2013.

19 Bkz. *Charahili/Türkiye*, B. No: 46605/07, 13/4/2010; *Tehrani ve Diğerleri/Türkiye*, B. No. 32940/08, 41626/08, 43616/08, 13/4/2010; *Keshmiri/Türkiye*, B. No: 36370/08, 13 Nisan 2010; *Ranjbar ve diğerleri/Türkiye*, B. No: 37040/07, 13/4/2010; *Dbouba/Türkiye*, B. No: 15916/09, 13/7/2010; *Aliev/Türkiye*, B. No: 30518/11, 21/10/2014; *T. ve A./Türkiye*, B. No: 47146/11, 21/10/2014; *Musaev/Türkiye*, B. No: 72754/11, 21/10/2014; *Yarashonen/Türkiye*, B. No: 72710/11, 24/6/2014; *Moghaddas/Türkiye*, B. No: 46134/08, 15/2/2011 ve diğer kararlar.

lıkları gündeme geldi. 2011 yılında yabancılar ve uluslararası koruma kanunu taslağı şekillenmeye başladı ve nihayet 4/4/2013 tarihinde TBMM tarafından kabul edilen kanun, 11/4/2014 tarihinde yürürlüğe girdi[20].

Kanun, yabancıların ülkeye giriş ve çıkışlarını, ikamet türlerini, sınır dışı edilmelerini, geri gönderme yasağını ve uluslararası korumayı detaylı olarak düzenledi ve göç idaresi kurumunu ihdas etti. Uluslararası Koruma kısmında, mülteci, şartlı mülteci, ikincil koruma ve geçici koruma statülerine yer verildi ve sığınmacı kavramı mevzuattan çıkarıldı. Kanunun hazırlık çalışmaları ve yürürlüğe girdiği dönemde, paralel olarak, Suriye'deki savaş nedeniyle Türkiye'ye kitlesel mülteci akını yaşanmaya başladı. 6458 sayılı Kanun olmasaydı, Suriyeli göçünü yönetmek muhtemelen daha zor ve karmaşık olacaktı.

3. Sığınmacı Algısındaki Değişiminin Mevzuat ve Uygulamaya Etkisi

Türkiye özellikle 2011 sonrası Suriye'deki iç savaş ve çatışmalarla, o ülkede egemen olan Esad Rejimi tarafından sürdürülen katliamlar dolayısıyla yakın zamanlardaki en yüksek sayıda göçmene kapılarını açmak durumunda kaldı. Öte yandan Afganistan'da Amerikan işgali sonrası kalıcı hâle gelen siyasi istikrarsızlık ve rejim değişikliği sonrasında ülkedeki yetişkin erkeklerin çalışmak ve ailelerine onları hayatta tutabilecek bir gelir sağlamak amacıyla çevre ülkelere göç etmeleri, transit veya hedef ülke olarak Türkiye'yi de etkiledi. ABD ve İngiltere işgali sonrasında Irak, mezhepsel gerginlikler, iç savaş ve İŞİD meselesi nedeniyle bir daha belini doğrultamadı, yüzbinlerce insan mülteci duruma düşerek ülkesini terk etmek zorunda kaldı. Son olarak buna Rusya'nın Ukrayna'yı işgale kalkışması ile başlayan mülteci girişleri de eklendiğinde, Türkiye son on yılda bir kısmı Batı'ya gitmek üzere geçici olmak üzere pek çok mülteciye bir anda ev sahipliği yapmak durumunda kaldı. Komşu ülkeler veya yakın coğrafyada (İran, Mısır, Yemen, Somali, Libya, Orta Asya ve Kafkasya'da) yaşanan olaylarda Türkiye güvenli ve sığınılacak bir liman oldu. Türkiye dünyanın en çok mülteciye ev sahipliği yapan ülkesi olarak anıldı.

Bu süreçte özellikle İçişleri Bakanlığı, 2019'daki yerel seçimlerden sonra giderek göçmenlere yönelik olarak katı ve ihlal üretici uygulamaların genel bir durum arz ettiği sorunlu bir işleyişe sahip oldu. İçişleri Bakanlığı bünyesindeki Göç İdaresi Başkanlığı ve ona bağlı İl Göç İdaresi müdürlükleri, zaman zaman mültecilere yönelik "toplama" veya "süpürme" operasyonları ve geri gönderme merkezlerinde yaşanan hukuka aykırı uygulamalarla gündeme gelmeye başladı. Dile getirilen hak ihlalleri ve "gönüllü geri dönüş" adı altında insanların ülkeyi terk etmeye zorlanması gibi uygulamalar, siyasetin ve bürokratik kurumların uygulamalarının, insan hakları örgütleri,

20 4/4/2013 tarihli ve 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu, Resmî Gazete: Tarih 11/4/2013 - 28615.

uluslararası gözlemciler ve mülteci hakları ile çalışan sivil toplum örgütleri ile akademisyenler tarafından gittikçe dozu artan bir biçimde eleştirilmesini de beraberinde getirdi. Özellikle iradi olmayan bir biçimde imzalatılan belgelerle insanların Suriye'nin kuzeyine gönderilmesi ve bazen bu uygulamanın Suriyeli olmayan diğer göçmenleri de içerecek biçimde yapılması, uluslararası öğrencilere, mültecilerle aynı olumsuz muamelelerin yapılması, uygulamaların hukukiliğine dair eleştirileri çok daha anlamlı ve makul hâle getirdi. Toplumun mültecilere yönelik bakış açısının düzenli bir biçimde olumsuza dönmesiyle birlikte siyaset kurumunun ve bürokrasinin sığınmacılara, mültecilere ve geniş anlamda tüm göçmenlere yönelik tavrı da olumsuz bir nitelik taşımaya başladı.

4. Mülteci Hakları ve Yargının Koruma İşlevi

Böyle bir ortamda genel olarak yargının ve özel olarak da AYM'nin verdiği kararlar, göçmenler ve sığınmacılar için genel bir koruma kalkanı işlevi gördü. Özellikle Göç İdaresi tarafından alınan ve çoğu kez şekle ve usule dair asgari bir hukuki özen gösterme ihtiyacının dahi duyulmadığı izlenimi veren kararlar pek çok kez yargıdan döndü. Bu noktada yerel mahkemelerin, özellikle de mültecilerin yoğun yaşadığı İstanbul'da, mülteciler konusunda ihtisas mahkemesi olan İstanbul 1. İdare Mahkemesinin (ilk yıllarda biraz tereddütlü olsa da) binlerce dosyadaki tecrübesiyle, hakkaniyetli ve örnek teşkil eden kararları ön plana çıktı. Yoğun olarak mülteci dosyalarına bakan bir diğer ihtisas mahkemesi olan Ankara 1. İdare Mahkemesinde ise ilk yıllarda emsal nitelikte gösterilen hak temelli bakış açısı ile üzerinde detaylı çalışılmış kararların yerini yakın tarihlerde başkentin güvenlikçi bakış açısının egemen olduğu kararlar almaya başladı. Anadolu'daki diğer mahkemelerin ise mülteci hukuku tecrübesi daha azdı. Böylece, iç hukuk yollarının tüketilmesi sürecinde AYM önüne gelen şikâyet konusu pek çok yargı kararında da görüldüğü gibi mahkemeler pek çok kez adil olmayan kararlar da verdi; söz konusu kararlar, hak temelli bir perspektiften hareket edici veya mevzuatı da bu şekilde anlayıcı bir nitelik taşımadı.

İdarenin, çoğu kez mültecilerin yargıya erişimlerini ve hukuki güvenceleri kullanmalarını güçleştirici işlemlerine karşı da etkili bir hukuki önleme ve koruma sağlanamadı. Göç idarelerinde ve geri gönderme merkezlerinde kötü muamele, insan onuruna aykırı ortamda tutma, "gönüllü geri dönüş" belgesini imzalamaya zorlama ve bu amaçla fiziksel ve psikolojik şiddete varan ihlallere başvurma, hak temelli izleme yapan örgütler tarafından da dile getirilen bir şikâyet konusu oldu[21].

21 Bu konuda bkz. Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu (TİHEK). (2023). *Tuzla Geri Gönderme Merkezi Ziyaret Raporu*, Ankara, https://www.tihek.gov.tr/public/images/kararlar/wcqkni.pdf (Erişim Tarihi: 22/1/2024) Geri gönderme merkezleriyle ilgili eleştiriler bu raporun

Bu süreçte rastlanan en yaygın ve en tipik adalete erişimi engelleme biçimi, gözetim altına alma kararı verilen göçmen bireylerin bir geri gönderme merkezinden diğerine nakli, bu süreçte kişinin kendisinin, ailesinin ve yakınlarının söz konusu idari karara itiraz edememeleri, yargıya başvuramamaları ve yedi günlük itiraz süresini kullanamamaları sonucunu doğuracak biçimde avukatlarıyla buluşmalarının güçleştirilmesi veya tamamen engellenmesi[22] ve çoğu kez kendisine ve ailesine herhangi bir açıklama yapılmaksızın gerçekleştirilen sevklerle imkânsız hâle getirilmesi ve geri gönderme merkezlerinde noter ve avukatların saatlerce bekletilerek bir sonraki görüşme veya vekâlet için istekli olmalarını güçleştirecek bir prosedürün uygulanması gibi biçimler alabildi. Ancak yine bu süreçte, erişilebilir olduğu ölçüde yargı söz konusu idari işlemlerin ve onunla birlikte gelen hukuka aykırı uygulamaların ürünü olan hak kayıplarına karşı kısmen telafi edici bir işlev gördü. Bu bağlamda idarenin yargıya erişimi güçleştirici tutumunu da yargının bu duruşu ışığında ele almak uygun olabilir.

Yine bu süreçte AYM'nin sığınmacılarla ilgili hak temelli yaklaşımı, yargı kurumlarının aldıkları kararlar için hem bir rehber oldu hem de söz konusu yargı kurumlarının bu kararları almalarının hukuki zeminini veya dayanağını oluşturdu.

C. ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARINDA MÜLTECİLER

Türkiye'de 2010 Referandumu ile yapılan Anayasa değişikliğiyle bireysel başvuru yolunun açılmasıyla, AYM kişilerin temel hak ve özgürlüklerine dair ihlal iddialarını da incelemeye başladı. Bireysel başvuru yolunun açıldığı 23 Eylül 2012'den itibaren bu yola kişiler tarafından sıklıkla başvuruldu. Öyle ki 11 yıl içinde bireysel başvuru sayısı 500.000'i aştı[23]. Mahkeme, mülteci hak-

yanında, oralarda gözetim altında tutulan bireyler veya onların kanuni vekilleri tarafından dile getirilen iddialardan ibaret olmayıp, STK'lar ve insan hakları örgütleri tarafından da dile getirilmektedir. Örneğin Sığınmacı Hakları Platformu da bir basın açıklamasında bu yönde eleştirileri dile getirmiştir. Sevim, F. (2024). "Ayrımcılık Yasağı Uygulansın; Sığınmacılara Çalışma, İkamet ve Seyahat Özgürlüğü Tanınsın", *Göç Günlüğü*, 23/1/2024, https://gocgunlugu.com/F-ayrimcilik-yasagi-uygulansin-siginmacilara-calisma-ikamet-ve-seyahat-ozgurlugu-taninsin-213 (Erişim Tarihi: 23/1/2024). Aynı yönde diğer bir örnek de *MAZLUMDER, Çerkez Dernekleri Federasyonu, Uluslararası Sivil Toplum Kuruluşları Federasyonu (ULFED), Kaf Dağı Eğitim ve Kültür Derneği, Birleşik Kafkasya Derneği, Kafkas Çeçen Dayanışma Derneği, Sığınmacılar Platformu ve Çeçen-Kafkas Muhacirleri Yardımlaşma ve Dayanışma Derneği tarafından* İnsan Hakları ve Mazlumlar İçin Dayanışma Derneği'nde (MAZLUMDER) yapılan *ortak basın açıklamasında yer verilen eleştirilerdir. Bkz. Mazlumder. (2024). "Göçmen Politikası İnsan Hakları Çerçevesinin ve Hukukun Dışına Çıkılarak Yürütülemez", Basın Açıklaması, 19/2/2024, https://mazlumder.org/tr/main/faaliyetler/basin-aciklamalari/1/gocmen-politikasi-insan-haklari-cercevesinin-/14339 (Erişim Tarihi: 2/3/2024)*

22 *Yusuf Ahmed Abdelazım Elsayad*, B. No: 2016/5604, 24/5/2018, §§ 20-23.

23 Karakaş, İ. (2023). "Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru hakkı 11 yaşında", *Anadolu Ajansı*, 23/9/2023. https://www.aa.com.tr/tr/gundem/anayasa-mahkemesine-bireysel-basvu-

larıyla ilgili çalışan hak savunucularının işaret ettikleri gibi, yerel mahkemelerin, birinci derece mahkemelerinin koruma işlevini yerine getirmediği durumlarda, ikincil koruma ve düzeltme yolu olarak etkili bir işlev gördü.

AYM'nin özellikle mülteciler için hakların korunması ihtiyacının daha fazla hissedildiği 2016-2024 yılları arasındaki kararları, genel olarak adaleti sağlayıcı ve bireylerin haklarını koruyucu bir nitelik taşıdı. Özellikle 2016-2019 yılları arasında gerçek bir "emniyet supabı" işlevi gördü. Bu dönemde AYM, mültecilerle ilgili olarak yürütülen dezenformasyondan etkilenen toplumun, sığınmacılara yönelik olarak ayrımcı ve ihlalci bir politika izlenmesi için çaba sarf edip bu yönde propaganda yapan muhalefetin ve sonuçta yıllar içinde bu politikaya yakınlaşma anlamına gelen "süpürme operasyonları" türünden ihlal üretici uygulamalar yapan idarenin eylem ve işlemlerine karşı koruyucu bir şemsiye işlevini ifade etti.

AYM'nin göçmenlerle ilgili ilk kararları, idare mahkemelerinin sınır dışı etme taleplerini reddettiği kişilerin sınır dışı edilmemek için yaptıkları tedbir başvurularıyla ilgiliydi[24]. Bu noktada, Mahkemenin göçmenler için verdiği nihai karardan ziyade, tedbir kararları dikkat çekiciydi. Tedbir kararları, başvurucunun yaşamına ya da maddi veya manevi bütünlüğüne yönelik ciddi bir tehlike söz konusu olması hâlinde acil olarak verilen bir geçici karar türüdür. Mahkeme, ilgili kanuna göre "başvurucunun temel haklarının korunması için zorunlu gördüğü tedbirlere" başvurabilmektedir[25]. AİHM de benzer şekilde "geri dönüşü olmayan bir zararın meydana gelmesine ilişkin ciddi bir ihtimal söz konusu olduğunda"[26] acil ve geçici nitelikte tedbir kararlarına başvurabilmektedir. Tedbir kararlarının amacı, bireysel başvuru hakkının etkinliğini güvence altına almak[27], tedbirin haklılığı konusunda bir karar verinceye kadar mevcut durumun muhafazasını sağlamaktır[28]. Bu bir yandan başvuruculların hak ve çıkarlarının korunmasını, diğer yandan da mahkemenin etkin bir yargılama yapabilme imkânının korunmasını sağlar[29]. Tedbir kararları çoğunlukla göç konusunda verilmekle birlikte, sağlık sorunlarına bağlı yaşam hakkı ihlaline ilişkin başvurularda da gündeme gelebilmektedir[30].

---

ru-hakki-11-yasinda/2999192#:~:text=T%C3%BCrkiye'nin%2C%20Avrupa%20%C4%B0nsan%20Haklar%C4%B1,bin%20ki%C5%9Finin%20%22umudu%22%20oldu (Erişim Tarihi: 24/1/2024)

24 *Laura Alejandra Cacares*, B. No: 2013/1243, 16/4/2013; *Enedjan Narmetova*, B. No: 2013/6782, 6/9/2013; *S. R.*, B. No: 2015/33, 19/1/2015; *Rıda Boudraa*, B. No: 2013/9673, 21/1/2015; *K.S.*, B. No: 2015/14566, 4/9/2015; *M. A.*, B. No: 2015/16282, 15/10/2015; *Z. S. ve diğerleri*, B. No: 2015/16770, 5/11/2015; *Solmaz Mamedova*, B. No: 2015/6724, 20/5/2015 ve diğer tedbir ara kararları.

25 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun, 49/5. Maddesi.

26 *Mamatkulov ve Askarov/Türkiye*, B. No: 46827/99 ve 46951/99, 4/2/2005, §104.

27 Paladi/Moldova, B. No. 39806/05, 10 Mart 2009, §88.

28 *Mamatkulov ve Askarov/Türkiye*, §108.

29 *Mamatkulov ve Askarov/Türkiye*, §125.

30 *Mehmet Şener Eruygur*, B. No: 2013/6901, 2/10/2013; *Ersan Nazlier*, B. No: 2015/19917, 7/6/2016.

Mahkeme, 2013 yılı sonunda, sınır dışı etme kararına karşı ilk tedbir kararını *Boudraa Kararı*nda verdi[31]. Mahkeme'nin 2015 yılında Suriyeli *K.A.* hakkında verdiği karar[32], göçmenlerin temel hak ve özgürlüklerini koruma konusunda yol gösterici oldu.

2016'da OHAL sürecinde AYM çok daha önemli bir işlev görmeye başladı. OHAL süreciyle birlikte AYM'nin mültecilerin haklarını korumadaki rolü de olağanüstü bir role dönüştü. Mahkeme, 2016 yılından sonra çok önemli bir vazifeyi üstlenmeye başladı. Çünkü darbe girişiminin yaşandığı 15 Temmuz 2016 sonrasında çıkarılan 676 sayılı Kanun Hükmünde Kararname (KHK) ile 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nun 53. maddesinde bir değişiklik yapılmış ve bu kanunun sınır dışı etme kararına karşı açılan dava sonuçlanıncaya kadar kişinin sınır dışı edilemeyeceği (yargı yoluna başvurmanın sınır dışı etme işlemini otomatik durdurması) anlamındaki hükmüne ilgili KHK ile üç ayrı noktada istisna konulmuştu[33]. Kişilerin, kamu düzeni açısından tehdit oluşturmak, terör örgütü üyeliği ve terörle bağlantılı olma iddiası gibi durumlarda sınır dışı kararı alınmışsa derhâl sınır dışı edilebileceğini hükme bağlayan bu değişiklik, onların kendi ülkelerine gönderilmesi hâlinde zulme maruz kalma, işkence ve kötü muamele riski olsa dahi yargılama sonucu beklenmeksizin derhâl gönderilebilmelerini mümkün kılıyordu. Bunun anlamı, söz konusu değişiklikle, sınır dışı durumunda yaşama hakkının ortadan kaldırılmasından işkence ve gayri insani ceza ve muameleye kadar bir dizi insan hakları ihlaline kapı aralanmış olmasıydı.

Bu süreçte AYM'nin haklar açısından güvence sağlayıcı en önemli kararlarından biri, 1 Mart 2017 tarihli *A.A.* ve *A.A.* kararı oldu (Bundan sonra kısaca *A.A.*)[34]. Bu karar, Anayasa'nın yaşama hakkı, kişinin maddi ve manevi varlığı koruma ve geliştirme hakkı, kimseye işkence ve eziyet yapılamayacağı, kimsenin insan haysiyetiyle bağdaşmayan ceza ve muameleye tabi tutulamayacağı hükümlerine atıfla mültecilerle ilgili olarak AYM'nin hak temelli yaklaşımı ve kararları için bir temel oluşturdu.

31 *Rıda Boudraa*, §25. Bu karara ileride ayrıca değinilecektir. AYM, Boudraa Davasında daha sonra esastan ihlal kararı vermiştir.

32 *K. A.* [GK], B. No: 2014/13044, 11/11/2015. Bu karara ileride ayrıca değinilecektir.

33 6458 sayılı Kanununun 53. maddesi, dava açma süresi içinde veya yargı yoluna başvurulması durumunda yargılama sonuçlanıncaya kadar sınır dışı etme kararının fiilen durdurulmasını öngörüyordu. Ancak 3/10/2016 tarihli ve 676 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile 6458 sayılı Kanundaki değişikliğe göre, sınır dışı edilmelerine karar verilen kişiler için dava ve yargılama süresince sınır dışı etme işleminin durmayacağı düzenlenmişti. Bu düzenleme, "Terör örgütü yöneticisi, üyesi, destekleyicisi veya çıkar amaçlı suç örgütü yöneticisi, üyesi veya destekleyicisi olanlar" ve "Kamu düzeni veya kamu güvenliği ya da kamu sağlığı açısından tehdit oluşturanlar"dan "vize muafiyeti süresini on günden fazla aşanlar"a kadar geniş bir yelpazeden bireyleri kapsıyordu.

34 *A.A. ve A.A.*, B. No: 2015/3941, 1/3/2017.

A.A. kararına göre devletin kötü muamelede bulunmaması yeterli değildi. Devletin aynı zamanda bireyleri kendi görevlilerinin ve üçüncü kişilerin kötü muamelelerine karşı da koruması gerekirdi. Yabancıların geri gönderilmeleri durumunda, gönderilecekleri yerde maddi ve manevi varlıklarına yönelik risk söz konusuysa, bunu önlemek de devletin pozitif yükümlülükleri arasında yer alıyordu. Bu çerçevede sınır dışı kararına karşı etkili bir karşı çıkma imkânının tanınması önemliydi. Aksi taktirde gerçek bir korumadan söz edilemezdi. Bu kararın diğer önemli bir özelliği ise kötü muameleye karşı pozitif yükümlülüğün, hakkında sınır dışı etme kararı verilen yabancıya iddialarını araştırma ve adil bir şekilde inceletme imkânı sağlayan usul güvencelerini de içerdiğini tespit etmesiydi[35].

A.A. Kararı, AYM'nin kimi bireysel başvurularda ret kararları verirken bile[36] bir dizi hak temelli tespite standart oluşturacak muhtevasıyla, mülteciler ve sınır dışı konularında sürekli atıf yapılan pek çok kararının da referans kaynağı oldu.

1. AYM'nin Pilot Kararının Sağladığı Güvence

AYM'nin OHAL sürecindeki kritik müdahalesi 30/5/2019 tarihinde verdiği bir pilot karar olan *Y.T.* kararı[37] ile gerçekleşti. Bu kararın en önemli etkisi, sadece başvurucu *Y.T.*nin değil, o vesileyle sonraki binlerce kişinin ihlale uğramasına sebebiyet verebilecek bir kapıyı daimî olarak kapatması oldu.

AYM bu pilot kararında, 2017 tarihli *A.A.* kararına atıfla, sınır dışı kararı alınan kişiye ülkesinde karşılaşabileceği risklere yönelik olarak gerçek anlamda bir koruma sağlanabilmesi için bu karara karşı etkili bir karşı çıkma imkânının tanınması gerektiğini, bu imkânın ise ancak etkili bir başvuru yolunun tanınması ile sağlanabileceğini tespit etti. Buradan hareketle etkili başvurunun ne olduğuna da açıklık getiren mahkeme, "etkili başvuru hakkı; anayasal bir hakkının ihlal edildiğini ileri süren herkese, hakkın niteliğine uygun olarak iddialarını inceletebileceği makul, erişilebilir, ihlalin gerçekleşmesini veya sürmesini engellemeye ya da sonuçlarını ortadan kaldırmaya (yeterli giderim sağlama) elverişli idari ve yargısal yollara başvuruda bulunabilme imkânı sağlanması olarak tanımlanabilir" diyerek, "[s]ınır dışı etme kararlarının bağımsız bir yargı organı tarafından denetlenmesi, bu denetim süresince sınır dışı etme kararlarının icra edilmemesi ve yargılama sürecine tarafların etkili katılımının sağlanması" şeklindeki üç usul güvencesinin de olması gereğini belirtti.

35 Bu kararın mülteciler açısından belirlediği hak ve güvencelere ileride ayrıca yer verilecektir.

36 Örneğin Maziyar Razazan Kararında AYM, kötü muamele yasağının ihlal edildiğine ilişkin iddianın açıkça dayanaktan yoksun olması, aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın başvuru yollarının tüketilmemesi nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar vermiş olmakla birlikte, *A.A. ve A.A.* Kararına ve onun gerekçesinde yer alan güvence sağlayıcı tespitlere atıf yaptı. Bkz. *Maziyar Razazan*, B. No: 2015/19911, 11/3/2020.

37 *Y. T.* [GK], B. No: 2016/22418, 30/5/2019.

Bu şartlar çerçevesinde "*[i]dari ve yargısal makamların mevzuat gereği yürütmesi kendiliğinden durmayan sınır dışı işlemlerini iptal edebilme kapasitesine sahip olmaları, etkili bir yargısal koruma sağlama konusunda yalnız başına yeterli bir güvence sağlamayacaktır.*" tespitini yapan mahkeme, yargı makamlarının yürütmeyi durdurma yetki ve kapasitesine sahip olmalarının ya da ivedi karar alabilme mekanizmalarının bulunmasının da etkili başvuru hakkı kapsamındaki güvencelerin temini bakımından yeterli olmadığını, zira dava açma süresi içinde -henüz mahkemeye ulaşmadan önce- bu kişilerin ülkede kalabilmelerini ve davalarını takip edebilmelerini güvence altına alacak bir sistemin yasal altyapısının da kurulması gereğine işaret etti ve bu olmaksızın "*Etkili bir koruma sağlayabilmesi mümkün görünmemektedir*" sonucuna vardı[38].

Bu tespitlerden hareketle ilkeleri somut başvuruya uygulayan mahkeme, başvurucunun iddialarının ciddi olduğunu değerlendirerek, tedbir talebinin kabulüyle sınır dışı işleminin durdurulmasına karar verdi. İdare mahkemesinde görülecek davanın sonucunu bekleme imkânının bulunmadığını, davanın her aşamasında sınır dışı edilme olasılığının söz konusu olduğunu dile getiren mahkeme, "*Başvurucunun idare mahkemesinde görülen davanın pratikte başarı şansı sunmadığı için etkili bir başvuru yolu olmaktan çıktığı yönündeki iddiaları temelsiz değildir.*" diyerek sorunun kaynağını şöyle tespit etti: "[s]omut davada ortaya çıkan durum, idare mahkemesinin uygulamasından veya mevzuatı yanlış yorumlamasından değil 6458 sayılı Kanun'un 53. maddesinin (3) numaralı fıkrasında yapılan değişiklikten kaynaklanmaktadır."

İhlalin mevzuatta yapılan değişiklik sonrası oluşan yeni durumdan kaynaklandığı ve "Anayasa'nın 17. maddesiyle bağlantılı olarak 40. maddesinde güvence altına alınan etkili başvuru hakkının ihlal edildiği" sonucuna varan AYM'ye göre ihlal, idari makamların veya derece mahkemelerinin Anayasa'ya uygun yorum yapmalarına imkân vermeyecek açıklıktaki bir kanun hükmünü uygulamaları nedeniyle ortaya çıkmışsa ihlalin kanunun uygulanmasından değil doğrudan kanundan kaynaklanması dolayısıyla, söz konusu ihlalin bütün sonuçlarıyla giderilebildiğinden söz edilebilmesi ancak ihlale yol açan

38 AYM'ye göre 6458 sayılı Kanunun "...dava açma süresi içinde veya yargı yoluna başvurulması hâlinde yargılama sonuçlanıncaya kadar yabancı sınır dışı edilmez" hükmünün, sınır dışı etme gerekçesine bakılmaksızın tüm yabancılara yönelik olarak uygulanması öngörülmüş olması sebebiyle, yeni durumda terör veya çıkar amaçlı suç örgütlerinin yöneticisi, üyesi veya destekleyicisi olanların, kamu düzeni, kamu güvenliği veya kamu sağlığı açısından tehdit oluşturanların ve uluslararası kurum ve kuruluşlar tarafından tanımlanan terör örgütleriyle ilişkili olduğu değerlendirilenlerin sınır dışı edilmelerine karar verildiğinde dava açma süresi içinde veya yargılama sonuçlanıncaya kadar sınır dışı edilemeyeceklerine dair hüküm artık uygulanmamaktadır. Dolayısıyla, ülkesinde yaşam hakkının ihlal edileceğini ya da kötü muameleye maruz kalacağını ileri süren yabancılardan bazılarının artık dava açsalar bile davalarını sonuna kadar takip edebilme olanakları kalmamış veya en iyi ihtimalle bu husus, idarenin ve yargı mercilerinin takdirine bırakılmıştır.

kanun hükmünün ortadan kaldırılması veya ilgili hükmün yeni ihlallere yol açılmayacak bir şekilde değiştirilmesi ile mümkün olur.

İhlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılmasını temin eden yollardan birinin "pilot karar usulünün işletilmesi" olduğunu belirten AYM, yapısal bir sorun varken sadece somut olay bakımından alınan bir ihlal kararının temel hak ve özgürlüklere yönelik gerçek bir koruma sağlamaktan uzak kalacağına, bu kararın benzer durumda olan kişilerin Anayasa'ya aykırı olarak sınır dışı edilmesini de engellemeyeceğine dikkat çekerek çözüm için yolu da şöyle tespit etmiştir:

> *"İhlalin ve sonuçlarının giderilebilmesi, benzer nitelikteki diğer başvuruların idari mercilerce bu yolla çözülmesi ve benzeri yeni ihlallerin önüne geçilebilmesi için ihlale yol açan kanun hükmünün gözden geçirilmesi gerektiği anlaşılmaktadır. Yasama organı tarafından 6458 sayılı Kanun'un 53. maddesinin (3) numaralı fıkrasının değişiklikten önceki hâle getirilmesi ya da hakkında sınır dışı etme kararı alınan kişilerin bu karara karşı dava açma süresi içinde ve dava açılması hâlinde yargılama boyunca kendiliğinden ülkede kalmalarını sağlayacak başka bir düzenleme yapılması bu konudaki yapısal sorunu ortadan kaldıracak ve benzer nitelikte yeni başvurular yapılmasını engelleyecektir. Bu nedenle kararın bir örneğinin yasama organına bildirilmesi gerekir."*

Sonuç olarak AYM, Anayasa'nın 40. maddesinde güvence altına alınan etkili başvuru hakkının ihlal edildiğine, ihlalin yapısal sorundan kaynaklandığı anlaşıldığından pilot karar usulünün uygulanmasına, yapısal sorunun çözümü için 6458 sayılı Kanun'un 53. maddesinin (3) numaralı fıkrasında değişiklik yapılması hususundaki keyfîyetin yasama organına bildirilmesine, aynı konuda 29/10/2016 tarihinden sonra yapılan ve karardan sonra yapılacak başvuruların incelenmesinin kararın Resmî Gazete'de yayımlandığı tarihten itibaren 1 yıl süreyle ertelenmesine, Anayasa Mahkemesi internet sitesi üzerinden başvuru numaraları ilan edilmek suretiyle başvuruları pilot karar kapsamına alınan ilgililerin bilgilendirilmesine, incelemesi ertelenen başvuruların listesinin idari mercilerce konuya ilişkin çözüm bulunması amacıyla Adalet Bakanlığı Kanunlar Genel Müdürlüğü ve İnsan Hakları Daire Başkanlığı ile İçişleri Bakanlığı Göç İdaresi Genel Müdürlüğüne gönderilmesine karar vermiştir.

Büyük mağduriyetler üretebilecek olan böyle bir düzenlemeye karşı AYM'nin tarihi bir rol üstlendiğini altını çizmek gerekir. Normalde, insan hakları yargısında ve Anayasa Mahkemesi yargılamasında esas olan "ikincillik kuralı" geçerlidir. İkincillik kuralı, insan hakları yargısının ikincil niteliğini vurgular. Buna göre, hak ihlalinden şikâyet eden başvurucular öncelikle

etkili ve faydalı tüm olağan idari ve yargısal yolları tüketmek zorundadır[39]. Bir hak ihlalinde, kural olarak, yerel mahkemeler ilk muhataptır ve onların sorunu çözememesi hâlinde AYM'ye başvurulabilir. Ancak tüketilmesi gereken bu yolların hem mevzuatta hem de uygulamada etkili olması gerekir[40]. Aksi hâlde, etkili bir iç hukuk yolu söz konusu olmaması hâlinde, AYM'ye istisnai olarak doğrudan başvurmak mümkündür.

Bu noktada özetlemek gerekirse 2016'da yapılan KHK ile değişiklikten sonra çok ciddi bir durum ortaya çıkmıştı. İdare mahkemelerinde açılacak davaların, biraz da idari yargı usulünden kaynaklanan nedenlerle, sınır dışı etme kararlarına bir etkisi olmayacak, kişi sınır dışı edilebilecek ve mahkeme kararı arkasından gelecekti. Bu da davanın kazanılması hâlinde bir faydası olmaması yanında, geri gönderme yasağı kapsamındaki kişileri, özellikle de sığınmacıları geri dönüşü olmayan bir yola sokmak anlamına geliyordu. AYM, 676 sayılı KHK ile sığınmacılar aleyhinde yapılan yasal değişiklik üzerine kritik bir rol üstlendi. Bu kritik rol şuydu: Tedbir kararı çıkmazsa veya gecikme olursa insanların çoğu mağdur olacaktı; telafisi olmayacak bir şekilde başlarına kötü şeyler gelebilecekti. AYM burada ikincillik prensibini bir kenara bırakarak, âdeta bir emniyet subabı görevi yaptı. Onu da şöyle yaptı: tedbir talebi olan her başvuruda, en ufak bir risk bulunması hâlinde, örneğin geri gönderme riski veya ihtimali varsa, bu başvuruların tamamına yakınında kabul kararı verdi. Tedbir kararı verdi. Böylece 2019 yılında kanun değişikliği yapılıp düzeltilmeye yapılıncaya kadar o kişilerin kendi ülkelerine gönderilmelerine ve geri gönderme yasağının ihlaline engel olmuş oldu. Eğer Anayasa Mahkemesi bunu yapmamış olsaydı büyük mağduriyetler doğuracağı gibi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önünde Türkiye aleyhine yüzlerce, binlerce dava olmasına da sebebiyet verebilecekti.

Mahkemenin Y.T. Kararı ile kritik bir müdahalede bulunduğu bu soruna, başka bir uluslararası yargı merciine gitmeden ve ağır mağduriyetler doğmadan pilot kararla müdahale etmesinin sonuçlarını da özetle şöyle değerlendirmek mümkün: AYM Y.T. kararıyla yüzlerce hayata dokunmuş, derece mahkemelerini beklemeden sınır dışı işlemlerini durdurmuş oldu. Y.T. kararında, sınır dışı etme konusunda bir kanun değişikliği yapılması gerektiğine işaret etti; Mahkeme bunu da pilot karar usulüyle Y.T. dosyasını pilot dosya olarak seçti ve benzer durumdaki iki bine yakın başvurucuyu olumlu olarak etkiledi. Mahkeme burada, yasaya bağlı bir problem olduğu tespitini yaptı ve yasanın değiştirilmesi gerektiği tespitini yaptı. 2016'dan 2019'a kadar her bir dosyada mahkeme bu yönde tedbir kararı verdi. Mahkeme tedbir kararı verirken ciddi bir zorluk çıkarmadan ve esasa girmeden, olayda bir risk olduğu tespitini

39 18/10/1982 tarihli ve 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, 148/3. Madde

40 *Youtube Llc Corporation Service Company ve diğerleri* [GK], B. No: 2014/4705, 29/5/2014, § 34.

yaptı ve tedbir kararlarını bu risk üzerinden verdi. Y.T. kararıyla birlikte, yasanın düzeltilmesi için Meclis'e de altı aylık bir süre verdi. Meclis de 2019'da o değişikliği yaptı ve dava sonuçlanıncaya kadar kişilerin gönderilemeyeceğine ilişkin kanun da tekrar eski hâline getirilmiş oldu[41]. Mahkeme bu kritik andaki dokunuşuyla iki bine yakın mültecinin dosyasında uluslararası bir yargı merciine gitmeye gerek kalmadan sorunu çözdü. Ancak bu yasal değişiklikle birlikte, dava açma süresi 15 günden 7 güne de indirildi.

Bu noktada, yüksek yargının "*dokunuşu*" anlamında Danıştay Onuncu Dairenin, mültecilerin adli yardımdan faydalanmasına ilişkin kararlarını da burada bahsetmeden geçmemek gerekir[42]. İdare Mahkemelerinin, mültecilerin adli yardım talepleri konusunda sert usuller uygulamaları ve kişilerin davalarını sırf bu nedenle reddetmeleri nedeniyle, temyiz başvurularının bir kısmını kabul ederek yerel mahkemelere âdeta yol göstermiş, daha sonraki başvurularda ise temyiz başvurularını incelemeye gerek duymadan usulden reddetmeye devam etmiştir[43]. Danıştayın bu dokunuşu ile idare mahkemelerinde, mültecilerin adalete erişimleri, mahkemelerde dava açmaları kolaylaşmıştır.

Anayasa Mahkemesi de yargılama masraflarını ödeme konusunda güçlük çeken mülteciler için önemli kararlar vermiş, adli yardım talebinin reddine karar verilmesini hak ihlali saymış, adli yardım şartları değerlendirilmeden başvurunun incelenmemesi nedeniyle etkili başvuru hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir[44].

2. Anayasa Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Mültecilerin Hakları

AYM'nin yıllar içinde verdiği kararlar, mülteciler açısından kritik bir süreçte akıntıya karşı durarak verdiği pilot kararına yansıyan adalet öncelikli müdahalesini bütünleyici bir nitelik taşıdı. Mahkemenin mültecilerle ilgili kararlarına yansıyan hak temelli yaklaşım, genel olarak doğal hukuk pers-

41 (Resmî Gazete 24/12/2019 - 30988) 7196 sayılı "Bazı Kanunlarda ve 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 75 inci maddesiyle, 53. maddenin birinci cümlesinde yer alan "on beş gün" ibaresi "yedi gün" şeklinde değiştirilmiş ve fıkrada yer alan "54 üncü maddenin birinci fıkrasının (b), (d) ve (k) bentleri ile ikinci fıkrası kapsamındakiler hariç," ibaresi madde metninden çıkarılmıştır.

42 Danıştay Onuncu Dairesinin 12.11.2015 tarihli ve 2015/4508 Esas, 2015/4921 Karar sayılı kararı; Danıştay Onuncu Dairesinin 31.3.2016 tarihli ve 2015/4837 Esas, 2016/1832 Karar sayılı kararı.

43 Danıştay daha sonraki kararlarında, "Sınır dışı etme işlemlerine karşı açılan davalarda usul yönünden verilmiş kararların temyizen incelenebileceğinin kabulü, yargılama usulü açısından bir ikilem doğuracağı gibi kanun koyucunun bu konudaki uyuşmazlıkların bir an önce sonuçlandırılması yolundaki amacına da uygun düşmeyece(ğini)" belirterek temyiz taleplerini reddetmiştir. Bkz. Danıştay Onuncu Dairesinin 27.3.2018 tarihli ve 2016/2819 Esas, 2018/1283 Karar sayılı kararı; Danıştay Onuncu Dairesinin 26.12.2016 tarihli ve 2016/2339 Esas, 2016/4830 Karar sayılı kararı.

44 *S.B.*, B. No: 2017/19758, 2/12/2020; *Mohamma Salem Pashto ve Nazı Salem* [GK], B. No: 2019/26339, 17/5/2023.

pektifinden övgüyü hak eden bir argümantasyonu ve evrensel hukuk açısından ufuk açıcı bir dizi içtihadı da beraberinde getirdi. İnsan haklarını koruma amaçlı çeşitli uluslararası sözleşmeler, bu kapsamda Cenevre Sözleşmesi ve AİHM Kararları, AYM kararlarının temellendirilmesinde yerini aldı[45].

Bu süreçte mülteciler açısından bazı kararlar özellikle yol gösterici bir nitelik taşıdı. Örneğin Mahkeme 2015'te verdiği bir kararda, Suriye'ye sınır dışı edilmek istenen bir başvurucunun öldürülme, işkence ve kötü muameleye tabi tutulma riski bulunduğunu belirterek yaptığı başvuruda onu haklı buldu. K.A. kararında mahkemenin standart oluşturucu bir dizi tespitinin böyle bir işlevi oldu.

Suriye uyruklu başvurucunun sınır dışı edilmesi hâlinde öldürülme, işkence ve kötü muameleye tabi tutulma riski bulunması nedeniyle yaşam hakkı ile işkence ve eziyet yasağının; geri gönderme merkezindeki koşullar nedeniyle "insan haysiyetiyle bağdaşmayan" ceza veya muamele yasağının; idari gözetim kararının çok uzun süre devam ettirilmesi nedeniyle de özgürlük ve güvenlik hakkının ihlal edildiği iddialarıyla yaptığı başvuruda AYM; Kumkapı Geri Gönderme Merkezi'nde tutulma koşullarının "insan haysiyetiyle bağdaşmayan" muamele düzeyinde olduğu iddiası ile etkili başvuru yolunun bulunmadığı iddiası yönünden Anayasa'nın 40. maddesinin ihlal edildiğine, idari gözetim altında tutulmasının "hukuki" dayanağının bulunmadığı iddiası yönünden Anayasa'nın 19. maddesinin ihlal edildiğine, idari gözetim altında tutulma nedeninin usulüne uygun olarak bildirilmediği iddiası yönünden Anayasa'nın 19. maddesinin dördüncü fıkrasının ihlal edildiğine ve idari gözetim altında tutma işlemine karşı başvurabileceği etkili bir yolun

45 Örneğin öldürülme veya kötü muameleye maruz kalma riski bulunan ülkeye sınır dışı etme kararı alınması nedeniyle kötü muamele yasağının; insan haysiyetiyle bağdaşmayan koşullarda hukuka aykırı olarak idari gözetim altında tutulma nedeniyle kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı ile kötü muamele yasağının ihlali iddiasıyla açılan bir davada AİHM kararlarına şöyle atıf yapılmaktadır:

AİHM'e göre bir yabancının sınır dışı edilmesi hâlinde işkence ve kötü muameleye maruz kalacağına dair ciddi emareler bulunması durumunda taraf devletin Sözleşme kapsamında sorumluluğu ortaya çıkmaktadır. AİHM, işkence ve kötü muamele riski bulunan ülkeye sınır dışı etmeme yükümlülüğünün kamu düzeni veya kamu güvenliği bakımından risk oluşturanlar bakımından da geçerli olduğunun hatta uluslararası terörizm tehlikesinin bulunduğu hâllerde bile bu yükümlülüğe bir istisna getirilemeyeceğinin altını çizmektedir. AİHM, geri gönderilen ülkede işkence ve kötü muamele riskinin varlığını haklı gösteren önemli gerekçelerin bulunması hâlinde bu iddiaların kapsamlı ve titiz (etkili) bir şekilde incelenmesi gerektiğine dikkat çekmektedir. AİHM, söz konusu incelemenin etkililiğinden bahsedilebilmesi için sınır dışı kararı uygulanmadan önce ilgili kişiye bağımsız bir merciye başvuruda bulunma imkânı tanınması ve inceleme sonuçlanıncaya kadar sınır dışı kararının uygulamasının kendiliğinden (otomatik olarak) durdurulmasının önemine vurgu yapmaktadır. AİHM'e göre Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlaline karar verilebilmesi için işkence ve kötü muamele iddiasının bir olasılığın ötesinde gerçek bir risk düzeyine ulaşması gerekmektedir.

Bkz. *Kemal Salpagarov*, B. No: 2016/12809, 16/1/12020.

bulunmadığı iddiası yönünden Anayasa'nın 19. maddesinin ihlal edildiğine karar verdi[46].

Bu bağlamda verilmiş olan diğer kararlar da mültecilere yaklaşım ve onların haklarına ilişkin temel güvenceler hakkında bilgi verici bir nitelik taşıyor. Şimdi bu çalışmanın konu aldığı süre zarfında verilen başlıca kararlara ve onların hakkı hangi boyutlarıyla ele alıp ne tür içtihatlar ürettiğine bakabiliriz.

"Ancak tutulma koşullarının iyileştirilmesini ve bu koşullardan kaynaklanan zararların tazmin edilmesini sağlayacak bir başvuru yolunun etkililiğinden söz edilebilir."

AYM'nin geri gönderme merkezinde tutulan bireylerle ilgili kararları arasında en dikkat çekici ve aynı zamanda hukuki açıdan en titiz incelemeye tabi tutulan kararlarından biri F.A. ve M.A. kararıdır. Bu karar, sadece hukuki sonuç çıkarma bakımdan değil, aynı zamanda ona ulaşırken TBMM ve TİHEK gibi kurumların raporlarıyla Avrupa İşkencenin ve İnsanlık Dışı Ceza veya Muamelenin Önlenmesi Komitesi (CPT) standartları gibi çok sayıda önemli belge ve ikna edici veriyi dayanak alması bakımından da önemliydi. Aynı zamanda, ilgili geri gönderme merkezinin bildirilen kapasitesi ve insan sayısı ile orada tutulan ve salıverilen insanların sayısı arasındaki farktan hareketle fiilen orada kaç kişinin bulunduğunu (dolayısıyla bildirilen kişi başına metrekare ile gerçekte olan arasındaki farkı) tespit etmek de dâhil olmak üzere, oldukça özenli bir mantık örgüsüyle işlenerek alınmış bir karardı[47].

Özellikle idari gözetim altındaki bireyin kişi hürriyeti, güvenliği ve insan haysiyeti ile bağdaşmayan koşullarda geri gönderme merkezinde tutulması nedeniyle kötü muamele yasağının ihlal edildiğine ilişkin şikâyetini ise tam yargı davası açabileceğini, dolayısıyla etkili bir başvuru mekanizmasının tüketilmediğini varsayarak bu konudaki başvuruları kabul edilebilir bulmayan birçok karardan farklı olarak bu karar, söz konusu yolun teorik olarak açık olup olmamasına değil, onun somut pratikte gerçekten işleyip işlemediğine de bakmayı ihmal etmemiştir.

Öte yandan AYM'nin bu kararı, geri gönderme merkezlerindeki tutulma koşullarıyla ilgili olarak "kötü muamele varsa dava açılabilir" şeklindeki yaklaşımın anlamlı bir eleştirisini içermesi bakımından da ayrıca önemlidir. Çünkü karara göre, başvurucuların Bakanlık görüşüne karşı beyanlarında, uygulamada idareye başvurunun hiçbir faydası bulunmadığını, tutuldukları koşullar ile ilgili şikâyetleri bakımından Türk hukukunda düzenlenmiş olan başvurabilecekleri etkili bir iç hukuk yolu bulunmadığını, AİHM'in birçok kararında, yabancıların gözaltında tutulması, kötü gözetim koşulları ve iş-

46 *K. A.* [GK].
47 *F. A. ve M. A.*, B. No: 2013/655, 20/1/2016.

kenceye ilişkin şikâyetleri bakımından, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) 13. maddesinde öngörülen biçimde etkili bir iç hukuk yolu bulunmadığı sonucuna ulaşıldığının belirtildiğine vurgu yapılarak,

> *"… başvuru yolunun etkili olmasından söz edebilmek için bu yolun ihlali önleyici ve bazı durumlarda sorumluları cezalandırıcı, ayrıca gerektiğinde tamamlayıcı bir unsur olarak makul bir tazmin imkânını sunan bir yol olması zorunludur. Aksi takdirde bu tür ihlaller açısından sadece tazmin yollarının öngörülmüş olması, bu tür muamelelere maruz kalan kişilere yapılanları (kısmen/zımnen) meşrulaştırmış ve devletin tutma koşullarını Anayasa'nın güvence altına aldığı standartlara yükseltme yükümlülüğünü kabul edilemez bir şekilde azaltmış olacaktır. Bu nedenle somut başvuruda olduğu gibi "insan haysiyetiyle bağdaşmayan" koşullarda tutulma şikâyetleri açısından, ancak tutulma koşullarının iyileştirilmesi/düzeltilmesi ve ayrıca bu koşullardan kaynaklanan zararların tazmin edilmesini sağlayacak bir başvuru yolunun etkililiğinden söz edilebilir."*

Bakanlık görüşünde, Anayasa'nın 125. maddesine göre idarenin her türlü eylem ve işleminin yargı denetimine tabi olduğu ifade edilerek başvuruculaların GGM'deki iddia edilen kötü yaşam koşullarının değiştirilmesi için ilgili idari mercie başvuru yapmadıkları ifade edildiğini de belirten kararda, bu gerekçe şu argümanlarla güçlü biçimde eleştirilmiştir:

> *"Ancak Anayasa'nın bahsi geçen hükmü dışında, Bakanlıkça başvuruculaların tutuldukları dönemde anılan Merkezdeki elverişsiz yaşam koşullarını önleme ve doğan zararları tazmin etmek üzere belirlenmiş somut bir idari veya yargısal hak arama yoluna atıfta bulunulmadığı gibi atıf yapılan Anayasa'nın 125. maddesindeki genel kuralın, Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrası ile güvence altına alınan hukuksal değerlerin korunması noktasında, çözüm üretme kabiliyetini haiz ve makul bir başarı şansı sunan bir hak arama yolu sağladığına dair yargısal pratiği ortaya koyan bir açıklama veya somut herhangi bir karar da sunulmamıştır. Kaldı ki yabancıların GGM'de tutulma koşullarının incelemeye tabi olduğu varsayılsa dahi bu tür koşulların hangi standartlara göre değerlendirileceğine dair başvuruculaların, tutuldukları zaman periyodunda yürürlükte olan açık bir düzenlemeye rastlanamamıştır."*

"Tutulma koşullarının Anayasa'nın 17. maddesi anlamında '*insan haysiyetiyle bağdaşmayan*' muamele oluşturup oluşturmadığı incelemesinde bir sonuca ulaşırken bu tür merkezlerde tutulan her bir kişiye düşen yaşam alanı, ağırlıklı olarak dikkate alınması gereken bir kriterdir" tespitini yapan karar, AİHM'nin "kişi başına üç metrekareden daha az bir alanın düşmesinin de tek başına, tutulma koşullarının Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlali sonucu doğurmasına neden olacağına" karar verdiğini vurgulayarak şu sonuca varmıştır:

> *2… düzenlendikleri zaman periyotları farklılık arz etse de başvuruculaların tutuldukları dönemden önce veya sonra düzenlenen rapor vb. belgelerin hiçbirinde, Kumkapı GGM'nin tutma koşullarında belirgin bir değişiklik olduğunu gösteren herhangi bir bilgiye rastlanmamıştır. Bu durum, tutuldukları zaman diliminin öncesinde veya sonrasındaki saptamaların, başvuruculaların tutma koşulları yönünden de önemli ölçüde geçerli olduğu kanaatini oluşturmuştur."*

Bu çerçevede varılan hüküm, yukarıdaki bilgi, belge ve mantık örgüsünü tamamlayıcı bir nitelik taşımaktadır: "[b]aşvurunun özel koşulları çerçevesinde, tutulma koşullarından kaynaklanan Anayasa'nın 17. maddesinin ihlal edildiği iddiaları açısından Anayasa'nın 40. maddesinin zorunlu kıldığı etkili bir başvuru yolunun bulunmadığı ve dolayısıyla başvuruculaların etkili başvuru haklarının ihlal edildiği sonucuna ulaşılmıştır."

Aynı doğrultuda ve aynı argümantasyonla hüküm tesis edilen diğer bir önemli karar da A.V. ve Diğerleri kararıdır[48]. Ancak AYM'nin bu iki kararında somutlaşan hassasiyet ve hukuki ince işçilik, görüldüğü kadarıyla haklar açısından sonraki tüm kararlara ışık tutucu olmamış, 2016 sonrasında verilen birçok kararda *hâlâ* "tutulduğu koşullara karşı dava açabilir" gerekçesine müracaat edilebilmiştir.

Mahkeme B.T. kararıyla bu konuda içtihadını değiştirmiş, uygulamada bir örneği olmasa da teorik ve yasal zemini olduğu gerekçesiyle, mağdurların öncelikle idare mahkemesine başvurması gerektiğine, idari yargıda tam yargı (tazminat) davasının etkili bir iç hukuk yolu olduğuna karar vererek bireysel başvuruları kabul edilemezlik kararları vermiştir[49].

"Gönderildikleri ülkede kötü muameleye maruz kalabilecek yabancıların, onlara yönelik risklere karşı korunmaları da devletin pozitif yükümlülükleri arasındadır."

Anayasa'nın 5., 16. ve 17. maddeleri, uluslararası hukuk ve özellikle de Türkiye'nin taraf olduğu Cenevre Sözleşmesi'nin ilgili hükümleriyle birlikte yorumlandığında devletin egemenlik alanında olup gönderildikleri ülkede kötü muameleye maruz kalabilecek yabancıların da maddi ve manevi varlıklarına yönelik risklere karşı korunmalarının devletin pozitif yükümlülükleri arasında yer aldığının kabulü gerekir[50].

"Devletin kötü muamelede bulunmaması yetmez; bireyleri kendi görevlilerinin ve üçüncü kişilerin kötü muamele oluşturabilecek eylemlerine karşı da koruması gerekir."

48 Geri gönderme merkezinde yargısal bir karar olmaksızın yeterli güvenceler sağlanmadan kanuna aykırı olarak keyfî bir şekilde ve sağlıksız koşullarda 65 gün boyunca idari gözetim altında tutulma ve bu süre içinde serbest bırakılmayı sağlayacak etkili bir kanun yolunun bulunamaması nedenleriyle Anayasa'nın 17., 19., 36. ve 40. maddelerinin ihlal edildiği iddialarına ilişkin bu karar için bkz. *A.V. ve diğerleri*, B. No: 2013/1649, 20/1/2016.

49 *B.T.* [GK], B. No: 2014/15769, 30/11/2017.

50 *A.A. ve A.A.*

Hakların gerçek anlamda güvence altına alındığından bahsedilebilmesi için devletin kötü muamelede bulunmaması yeterli değildir. Devletin aynı zamanda bireyleri kendi görevlilerinin ve üçüncü kişilerin kötü muamele oluşturabilecek eylemlerine karşı da koruması gerekir[51].

"Gerçek anlamda bir korumadan söz edilebilmesi için kişiye sınır dışı kararına karşı etkili bir karşı çıkma imkânı tanınması gerekir."

AYM'ye göre, devletin pozitif yükümlülüğü kapsamında sınır dışı edilecek kişiye ülkesinde karşılaşabileceği risklere karşı gerçek anlamda bir koruma sağlanabilmesi için bu kişiye sınır dışı kararına karşı etkili bir *karşı çıkma imkânı* tanınması gerekir. Aksi hâlde sınır dışı edildiğinde kötü muameleye maruz kalma riski altında olduğunu iddia eden ve bu iddiasını delillendirme konusunda devlete göre daha kısıtlı imkânlara sahip olan yabancıya gerçek anlamda bir koruma sağlanabildiğinden bahsetmek mümkün olmayacaktır[52].

"Geri gönderilen ülkenin koşullarının kamu makamları tarafından resen araştırılması gerektiği kuralı, başvurucunun açıklama yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz."

AYM başvurucunun ülkesinin genel güvenlik durumu hakkında bilgi ve belge sunmaması veya sunamamasını bir eksiklik olarak görmemiş, ülkenin durumu Anayasa Mahkemesi tarafından resen elde edilen bilgilerle sınırlı olarak değerlendirilmiştir. AYM'ye göre "[g]eri gönderilen ülkenin koşullarının kamu makamları tarafından resen araştırılması gerektiğine ilişkin kural, başvurucunun bu konuda açıklamada bulunma yükümlülüğünü ortadan kaldırmamaktadır."[53]

"Uluslararası koruma talebinin reddi veya geri çekilmiş sayılması hâlinde de yabancının kanundaki gereklilikleri yerine getirerek Türkiye'de kalması mümkündür."

Mahkeme H.K.T. ve I.T. kararında, ikamet ilini izinsiz terk ettiğinden dolayı uluslararası koruma talebi geri çekilmiş sayılan iki İranlı başvurucunun sınır dışı etme işleminin tedbiren durdurulmasına ilişkin başvurusunu, koruma talebinin geri çekilmiş sayılmasının otomatik olarak sınır dışı kararını beraberinde getirmediğini belirterek kabul edilemez olduğuna karar vermiştir.

Ancak bunu yaparken, devletin korumaya ilişkin "pozitif yükümlülüğünün, yetkili otoritelerin yabancının sınır dışı edilmesine yönelik olarak karar alacakları aşamada devreye gireceğini" vurgulayarak, "uluslararası koruma talebinin reddine veya geri çekilmiş sayılmasına karar verilmesi sınır dışı iş-

51 *A.A. ve A.A.*
52 *A.A. ve A.A.*
53 *Yryskul Beishenaliev*, B. No: 2016/7458, 20/4/2017.

lemlerine başlandığı anlamına gelmemektedir. Söz konusu kararlar tesis edildiği hâlde yabancının ilgili kanundaki gereklilikleri yerine getirmesi şartıyla Türkiye'de kalması mümkündür" hükmüne yer vermiştir[54].

"Koruma pozitif yükümlülüğü, sınır dışı kararı verilen yabancıya iddialarını araştırtma ve kararı inceletme imkânı veren usul güvencelerini de içerir."

AYM sınır dışı etme kararında bir kamu menfaati olabileceğini kabul etmiş ancak "[k]amunun veya kimi zaman başka bir bireyin menfaati ile müdahalenin süjesi olan bireyin menfaati arasında adil bir dengenin kurulup kurulmadığının belirlenmesi gerekmektedir" diyerek, bunun adil bir denge içinde ele alınmasını istemiştir.

Hakların gerçek anlamda güvence altına alındığından bahsedilebilmesi için devletin kötü muamelede bulunmamasının yeterli olmadığını, devletin aynı zamanda bireyleri kendi görevlilerinin ve üçüncü kişilerin kötü muamele oluşturabilecek eylemlerine karşı da koruması gerektiğini vurgulayan Mahkeme, A.A. kararına atıfla;

> *"[d]evletin egemenlik yetkisi alanında olup gönderildikleri ülkede kötü muameleye maruz kalabilecek yabancıların da maddi ve manevi varlıklarına yönelik risklere karşı korunmalarının devletin pozitif yükümlülükleri arasında yer aldığının kabulü gerekir.*
>
> *Anılan pozitif yükümlülük kapsamında sınır dışı edilecek kişiye ülkesinde karşılaşabileceği risklere karşı gerçek anlamda bir koruma sağlanabilmesi için bu kişiye sınır dışı kararına karşı etkili bir karşı çıkma imkânı tanınması gerekir. Aksi hâlde sınır dışı edildiğinde kötü muameleye maruz kalma riski altında olduğunu iddia eden ve bu iddiasını delillendirme konusunda devlete göre daha kısıtlı imkânlara sahip olan yabancıya gerçek anlamda bir koruma sağlanabildiğinden bahsetmek mümkün olmayacaktır."*

hükmüne varmıştır. Etkili korumadan neyin anlaşılması gerektiğine de işaret eden mahkeme, koruma pozitif yükümlülüğünün içerdiği güvenceleri de şöyle tanımlamıştır: "… kötü muameleye karşı koruma pozitif yükümlülüğünün, hakkında sınır dışı kararı verilen bir yabancıya iddialarını araştırtma ve bu kararı adil bir şekilde inceletme imkânı sağlayan usul güvencelerini de içerdiği kuşkusuzdur."[55]

"Sınır dışı etme veya iade işlemleri* gerekli özen *içinde yürütülmezse kişi özgürlüğünden, mahrumiyetin meşruiyetinden söz edilemez."

AYM'ye göre hukuka uygun olarak verilmiş bir idari gözetim kararının, idareye sınırsız bir şekilde bu tedbiri uygulamaya devam edebilmesi olanağı

54 *H.K.T. ve I.T.*, B. No: 2017/6427, 13/1/2021.
55 *Gulnura Toktomambetova*, B. No: 2018/29906, 15/3/2022.

tanıdığı söylenemez; "[i]dari gözetim kararının uygulanması aşamasında da bir kanuni düzenlemede açık bir şekilde ortaya konulmuş ve idari gözetim tedbirinin 'gerekli özen' kriterine uygun bir biçimde uygulanıp uygulanmadığını denetlemeye imkân veren usule dair güvencelerin bu durumdaki kişiler hakkında keyfîlikten uzak bir şekilde işletilmesi zorunludur."[56]

Bu karara atıf yapan başka bir karara göre de "Anayasa'nın 19. maddesi uyarınca sınır dışı etme veya iade işlemleri *gerekli özen* içinde yürütülmezse kişi özgürlüğünden, mahrumiyetin meşruiyetinden artık söz edilemez."[57]

"Kötü muameleye maruz kalma riski bulunan ülkeye sınır dışı kararı verilemez."

Bu kararda başvurucu, geri gönderilmesi hâlinde siyasi görüşleri nedeniyle kötü muameleye maruz kalacağını, hayati riskinin bulunduğunu dile getirmiş; ayrıca spiker olarak görev yaparken düşüncelerini sosyal medyada paylaşması nedeniyle cezalandırılacağını, ailesiyle Türkiye'de yaşadığından sınır dışı edilmesi hâlinde aile bütünlüğünün bozulacağını, İdare Mahkemesi kararının hatalı olduğunu iddia etmiş ve bu nedenlerle yaşam hakkı, kötü muamele yasağı, din ve vicdan hürriyeti, ifade özgürlüğü, aile hayatına saygı hakkı ve etkili başvuru hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. AYM ihlal kararının gerekçesinde şu tespitlere yer vermiştir:

İptal davasında başvurucu, bir kısım belge ve yazışma dokümanı sunmuşsa da bu delillerin gerçeği ne ölçüde yansıttığı hususu araştırılıp ret kararında tartışılmamış, … idarenin de başvurucunun iddia ettiği riskle ilgili somut tespitini içeren bir olgu davaya veya başvuruya yansımamıştır. Başvurucunun kötü muamele görme riski yönündeki iddialarının idare ve yargı makamlarınca bertaraf edilmeden başvurucunun sınır dışı edilmesine karar verilmesi nedeniyle kötü muamele yasağının ihlal edildiği değerlendirilmiştir[58].

"Geri gönderme merkezindeki bir odada el ve ayakları kelepçeli ve zincirli bir şekilde tutulma eziyet yasağını ihlal eder."

Geri gönderme merkezinde, "ilgi odası" olarak adlandırılan bir odada başvurucunun tek başına on gün boyunca tutulduğu, bu odada kaldığı sürece merkezde kalan diğer kişilerle, ailesiyle ve yasal temsilcisiyle iletişim kuramaması; odada radyo, televizyon, telefon gibi iletişim araçları bulunmaması, yemeklerini ilgi odasında yiyen başvurucunun açık havaya çıkartılmaması, niteliği ve süresi itibarıyla *eziyet* olarak nitelendirilmiştir[59].

56 *K. A.* [GK].
57 *Abdulkadir Yapuquan*, B. No: 2016/35009, 2/5/52019.
58 *Afsaneh Rostami*, B. No: 2021/599, 14/4/2022.
59 *Y.K.*, B. No: 2016/14347, 2/6/2020, §§ 104-105.

"Başvurucunun, refakatindeki aile efradı ile avukatı veya STK temsilcisi olmadan imzaladığı formla* bilinçli *şekilde,* gönüllü *olarak ülkesine döndüğü söylenemez."

Abdulkerim Hammud başvurusunda[60] Suriye Arap Cumhuriyeti uyruklu olup geçici koruma statüsüyle Türkiye'de bulunan başvurucu bir kavgaya karışmış, kavga sonrası taraflar şikâyetlerinden karşılıklı olarak vazgeçmiş, ancak yaşanan olay sonrası başvurucu Göç İdaresine teslim edilip gözetim altına alındıktan sonra "gönüllü geri dönüş" belgesi imzalatılarak Suriye'ye gönderilmiştir. İlgili kararın önemi, usul kuralları bakımından idareye işlemlerinin hukukiliğini sağlamada izlemesi gereken yolu göstermesinin yanında, geri gönderme merkezlerinde yaşanan ciddi bir soruna ve çözüme ışık tutmasından da gelmektedir. Bu karar özellikle yaygın biçimde dile getirilen zorla geri gönderme şikâyetlerini azaltacak usuli güvencelere ve gerekli şartlara da işaret etmesi bakımından önemlidir.

Başvuru konusu olayda ilgili kişi hakkında kasten yaralama suçundan işlem yapılması gerekçe gösterilerek menşe ülkesine çıkışının sağlanmasına karar verilmiştir. Başvurucunun adli yardım talebinde bulunması üzerine baro başkanlığınca başvurucuyu temsil etmek üzere bir avukat görevlendirilmiş, görevlendirilen avukat, idari gözetim kararının kaldırılmasını talep etmiş, ayrıca idare mahkemesi nezdinde sınır dışı etme kararının iptali talebiyle dava açmıştır. Ama aynı gün, başvurucu Şanlıurfa İl Göç İdaresince Hatay Geri Gönderme Merkezine gönderilmiş ve orada imzaladığı bildirilen gönüllü geri dönüş istek formuna istinaden başvurucunun Cilvegözü Kara Hudut Kapısı'ndan çıkışı sağlanmıştır.

Başvurucu avukatı tarafından, kişinin dava sonucu beklenmeden sınır dışı edildiğinin ailesiyle yapılan görüşme sonucu öğrenildiği, başvurucunun tutulduğu kapalı spor salonuna gelindiği, sorulan isimde bir kimsenin bulunmadığı söylenmiştir.

AYM değerlendirmeye geçerken AİHM'in bir gönüllü geri dönüş kararına[61] atıfla, "gönüllü geri dönüş" iddiasını değerlendirmeye ışık tutacak bir

60 *Abdulkerim Hammud*, B. No: 2019/24388, 2/5/2023.

61 Suriye uyruklu bir başvurucunun 2018 yılının Haziran ayında tutuklanmasının ardından Türk makamları tarafından gönüllü geri dönüş adı altında Suriye'ye zorla ve hukuka aykırı olarak sınır dışı edildiğine yönelik iddialarıyla ilgili başvuruda, AİHM özetle gönüllü geri dönüş formunun "menşe ülkesindeki genel ve güvenlik durumu hakkında yetkililer tarafından ayrıntılı olarak bilgilendirildiği" ifadesini taşımakla birlikte başvuranın kişisel durumuna ilişkin herhangi bir spesifik ayrıntı içermediği ve geçici koruma altına alınmasını haklı kılan olası riskin neden artık geçerli olmadığını açıklamadığı, Sözleşme'nin 3. maddesinin güvence altına aldığı haklardan feragat edilebileceği varsayılsa bile bunun bilinçli olması gerektiği, başvuruda ise başvuranın farkında ve bilinçli olarak 3. maddenin sağladığı korumadan feragat ettiğinin söylenemeyeceği, Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır. Bkz. *Akkad/Türkiye*, B. No: 1557/19, 21/6/2022.

çerçeveye işaret etmiş, ardından başvurucunun gönüllü olmamasına rağmen zorla kendisine gönüllü geri dönüş istek formunun imzalatıldığını, yaşam hakkının, kötü muamele yasağının ve adil yargılanma hakkının ihlal edildiği iddiasını ele almıştır.

AYM yakın tarihli kararında, geçici koruma kapsamındaki Suriyeli mültecinin, Suriye'nin kuzeyinde "güvenli bölgelerin oluşturulduğu ve geri gönderme yasağı bağlamında başvurucunun ülkesine gönderilmesinde sorun olmadığı değerlendirmesini herhangi bir rapor veya belgeye dayanmayan, kaynağı belirsiz tespitler olarak" değerlendirmiş ve başvurucunun Suriye'ye sınır dışı edilmesinin geri gönderme yasağı kapsamında gerçek bir risk oluşturduğu sonucuna varmıştır[62].

AYM yaşam hakkının ve kötü muamele yasağının ihlal edildiğine ilişkin iddiaların kabul edilebilir olduğuna karar vermiştir. AYM "öldürülme veya kötü muameleye uğrama riski bulunan ülkeye sınır dışı etme konusunda benimsenen genel ilkeler"in A.A. kararında yer aldığını belirterek öncelikle bu ilkeleri şöyle sıralamıştır:

- Anayasa'nın 17. maddesi devlete, egemenlik yetkisi alanında olup gönderildikleri ülkede kötü muameleye maruz kalabilecek yabancıların maddi ve manevi varlıklarına yönelik risklere karşı korunmaları yönünde pozitif yükümlülük de yüklemektedir.
- Anılan pozitif yükümlülük kapsamında sınır dışı edilecek kişiye ülkesinde karşılaşabileceği risklere karşı gerçek anlamda bir koruma sağlanabilmesi için bu kişiye sınır dışı kararına karşı etkili bir karşı çıkma imkânı tanınması gerekir.
- Aksi hâlde sınır dışı edildiğinde kötü muameleye maruz kalma riski altında olduğunu iddia eden ve bu iddiasını delillendirme konusunda devlete göre daha kısıtlı imkânlara sahip olan yabancıya gerçek anlamda bir koruma sağlanabildiğinden bahsetmek mümkün olmayacaktır.
- Kötü muameleye karşı koruma pozitif yükümlülüğünün -anılan yasağın koruduğu hakların doğası gereği- hakkında sınır dışı kararı verilen

Yine aynı başvuruda AİHM, ulusal mevzuatın idari makamların bu sistemi, ilgililerin irade dışı geri göndermeleri gizlemek için kullanmalarını önlemek amacıyla tercüman desteği ve bir BMMYK veya sivil toplum kuruluşu temsilcisinin resmî evrakta imzasının bulunması gibi önemli güvenceler öngördüğü, somut başvuruda gönüllü geri gönderme formunun bir BMMYK ya da mevzuatta bahsi geçen bir sivil toplum kuruluşu temsilcisi tarafından imzalanmadığı, başvuranın Suriye'ye geri gönderilmesinden önce geri göndermeye itiraz etmesini sağlayacak durdurucu etkisi olan yollardan yararlanamadığı ve itiraz yolundan açık bir şekilde, bir başka ifadeyle bilinçli ve aydınlatılmış olarak feragat ettiğinin ikna edici şekilde ortaya konulmadığı, Sözleşme'nin 3. maddesi ile bağlantılı olarak 13. maddesinin de ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır. (Aynı Yerde).

62 *Hüsam İbrahim*, B. No: 2020/20131, 4/10/2023, § 43.

bir yabancıya iddiaları araştırtma ve bu kararı adil bir şekilde inceletme imkânı sağlayan usul güvencelerini de içerdiği kuşkusuzdur.

- Sınır dışı etme işlemi sonucunda yabancının gönderileceği ülkede kötü muamele iddiasının belirli bir ciddilik seviyesinde olması gerekmektedir.
- İdari ve yargısal makamlar tarafından söz konusu ülkede gerçek bir ihlal riskinin bulunup bulunmadığı ayrıntılı şekilde araştırılmalıdır.
- İdari makamlar tarafından alınan sınır dışı kararlarının bağımsız bir yargı organı tarafından denetlenmesi, bu denetim süresince sınır dışı kararlarının icra edilmemesi ve yargılama sürecine tarafların etkili katılımının sağlanması gerekir.
- Anayasa Mahkemesi somut olayın özel koşulları altında gerekli gördüğü hâllerde geri gönderilen ülkede gerçek bir kötü muamele riski bulunup bulunmadığını istisnai olarak ilk elden kendisi de inceleyebilir. Böyle bir durumda Anayasa Mahkemesi sınır dışı işleminin gerçekleşmesi hâlinde kötü muamele yasağının maddi boyutunun ihlal edilip edilmeyeceğine ilişkin bir değerlendirme yapabilir.
- Sözleşme'nin sağladığı korumadan feragat edilebileceği kabul edilse dahi devletin gönderildikleri ülkede kötü muameleye maruz kalabilecek yabancıların maddi ve manevi varlıklarına yönelik risklere karşı korunmaları yönündeki pozitif yükümlülüğü devam eder. Geri gönderilen ülkedeki riskin bir olasılığın ötesinde *gerçek bir risk* seviyesinde olduğu kabul edildiğinde gönüllü geri dönüş hâlinde bu pozitif yükümlülük, dönüş kararı öncesi başvurucunun *yeterli* düzeyde bilgilendirilip bilgilendirilmediğinin yani bu dönüşün *bilinçli* olup olmadığının belirlenmesi şeklinde ortaya çıkar.

AYM bu çerçevede somut başvurudaki tespitlerini ve incelemeleri sonucu vardığı hükmü şöyle temellendirmiştir:

- Somut başvuruda yaşam hakkı ve kötü muamele yasağı kapsamında bir ihlal olup olmadığının tespiti için öncelikle geri gönderilen ülkedeki riskin olasılığın ötesinde *gerçek bir risk* seviyesinde olduğunun ispatlanması, *gerçek bir risk* seviyesinde olduğunun kabulü hâlinde ise *gönüllü* olduğu savunulan başvurucunun dönüş öncesi *yeterli* düzeyde bilgilendirilip bilgilendirilmediğinin, başka bir deyişle bu dönüşün *bilinçli* olup olmadığının belirlenmesi gerekir.
- Birleşmiş Milletler organları tarafından o dönemde yayımlanan ve başvuranın geri gönderildiği anı da kapsayan bilgiler; Suriyelilerin ülkelerine zorla geri gönderilmesinin devam eden düşmanlıklar, sivillerin

mağdur olduğu keyfî tutuklamalar ve şiddet olayları nedeniyle tavsiye edilmediğini açıkça ortaya koymaktadır.

- Geri gönderilen ülkedeki riskin olasılığın ötesinde *gerçek bir risk* seviyesinde olduğu kabul edildiğine göre çözülmesi gereken asıl mesele dönüş öncesi *gönüllü* olduğu savunulan başvurucunun *yeterli* şekilde bilgilendirilip bilgilendirilmediği yani bu dönüşü *bilinçli* yapıp yapmadığıdır.
- İlgili formun dönüş yapmak isteyen yabancının yanı sıra Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği temsilcisi, temsilcinin bulunmaması durumunda Kızılay yetkilisi, Kızılay yetkilisinin de bulunmaması hâlinde valiliklerce uygun görülen sivil toplum kuruluşu temsilcisi veya valilik insan hakları ve eşitlik kurulu görevlileri tarafından imzalanacağı ifade edilmiştir. Oysa başvurucunun imzasını içeren formda kurum/kuruluş yetkilisi imzası bulunmamaktadır.
- Sınır dışı kararı sonrası başvurucunun adli yardım talebinde bulunması üzerine 17/7/2019 tarihinde baro başkanlığınca başvurucuyu temsil etmek üzere bir avukat görevlendirilmiştir. Görevlendirilen avukat aynı tarihte İl Göç İdaresine verdiği dilekçe ile vekâlet yerine geçmek üzere adli yardım karar örneğini sunmuş olmasına rağmen 18/7/2019 tarihli *"gönüllü geri dönüş istek formu"* imzalanırken avukat haberdar edilmemiştir. Nitekim formda başvurunun vekili namı ile bir imza bulunmamaktadır.
- Başvurucu, sınır dışı kararı sonrası derhâl adli yardım talebinde bulunmuş; 17/7/2019 tarihinde görevlendirilen avukat ile görüşmüş ve avukat tarafından 18/7/2019 tarihinde (bir gün sonra) idare mahkemesi nezdinde sınır dışı etme kararının iptali talepli dava açılmıştır. Hâl böyle iken başvurucunun avukatı ile görüşmesinden yalnızca bir gün sonra -ve talimatı ile açıldığı anlaşılan sınır dışı kararının iptali davası ile aynı gün- rızası ile ve bilinçli bir şekilde gönüllü olarak geri döndüğünü söylemek için oldukça güçlü kanıtlar bulunmalıdır.
- Anayasa'nın 17. maddesinin güvence altına aldığı haklardan feragat edebileceği varsayılsa bile yukarıdaki açıklamalar çerçevesinde başvurucunun sınır dışı etme kararında da kabul edilen menşe ülkedeki, olasılığın ötesinde *gerçek bir risk* olduğu konusunda *yeterli* düzeyde bilgilendirilmediği görüldüğü gibi bir gün önce avukatına sınır dışı işleminin iptali için dava açması talimatını veren başvurucunun -hayatın olağan akışına aykırı bir biçimde- refakatindeki aile efradı ile birlikte avukatı veya herhangi bir uluslararası ve ulusal sivil toplum örgütü

temsilcisi hazır edilmeksizin imzaladığı form ile *bilinçli* şekilde, *gönüllü* olarak menşe ülkesine döndüğünün söylenemeyeceği açıktır.

"Sınır dışı etme işlemi sonucunda kişiye kötü muamele edileceği iddia edildiğinde, idari ve yargısal makamlar söz konusu ülkede bir ihlal riskinin olup olmadığını araştırmalıdır."

AYM, M.T.A. kararında kabul edilemezlik kararı verirken, ihlal iddiasının incelenmesi gereğine de işaret etmiştir: "[s]ınır dışı etme işlemi sonucunda yabancının gönderileceği ülkede kötü muamele yasağının ihlal edileceğinin iddia edilmesi hâlinde idari ve yargısal makamlar tarafından söz konusu ülkede gerçek bir ihlal riskinin bulunup bulunmadığı ayrıntılı şekilde araştırılmalıdır."[63]

AYM bu kararında idari gözetim altındaki bireyin insan haysiyeti ile bağdaşmayan koşullarda geri gönderme merkezinde tutulması nedeniyle kötü muamele yasanın ihlal edildiğine ilişkin şikâyetine ilişkin tam yargı davası açabileceğini, dolayısıyla etkili bir başvuru mekanizması bulunduğunu ve bu yolun fiiliyatta hiç işletilmemesinin etkisiz olduğu biçimde yorumlanamayacağını belirterek reddetmiştir ki bu tespit isabetli değildir. Çünkü geri gönderme merkezlerindeki durumun gerçekten de şikâyet edildiği ölçüde kötü olduğu gerçeği göz önüne alındığında -ki mahkeme Türkiye'de bunun bir realite olduğunu bilmelidir ve bildiğini de birçok kararda göstermiştir- idari yargıda tam yargı davası açılabileceğini belirtmekle yetinmemesi gerekirdi.

"Başvuru yolunun tüketilmesinin ihlalin giderilmesi açısından herhangi bir etkisi yoksa, anayasal haklara saygı gereği mahkeme bu başvuruları inceleyebilir."

2013 yılında, henüz 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu yürürlüğe girmeden önceki bireysel başvuruda, ülkesi Cezayir'e Arap Baharı sürecinde yapılan gösterilere katılan, bu sebeple yaşadığı ihlaller yüzünden ülkesinden ayrıldığı bilgisi verilen ve Türkiye'de sığınma talebiyle BMMYK'ya yaptığı başvurunun sonucu beklenmeksizin, pasaportu bulunmadığı gerekçesi ile sınır dışı edilmesine karar verilen Rida Boudraa'nın başvurusunu değerlendiren AYM, öncelikle başvurucunun ülkesine sınır dışı edilmesi hâlinde yaşamına ya da maddi ve manevi varlığına yönelik risk bulunduğu iddiaları ciddi görüldüğünden tedbir kararı vermiştir.

AYM, iade edileceği ülkesinde yaşam hakkının ihlal edilme ve işkence ve kötü muameleye tabi tutulma riski bulunduğunu, sınır dışı edilmek üzere 68 gün boyunca Yalova Yabancılar Şube Müdürlüğünde tutularak özgürlüğünden yoksun bırakıldığını, anılan süreçteki idari gözetim koşullarının kötü ol-

63 *M.T.A.*, B. No: 2016/22509, 28/1/2021.

duğunu ifade ederek haklarının ihlal edildiğini ileri süren Rida Boudraa'nın başvurusu dolayısıyla verdiği kararda[64],

> *"Başvuru yolunun tüketilmesinin başvurucunun hakkına yönelik ihlalin giderilmesi açısından herhangi bir etkisi yoksa, başka bir deyişle başvurulacak yol etkisizse ya da başvuru yolunun tüketilmesinin beklenmesi hâlinde başvurucunun haklarına yönelik ciddi ve geri dönülmesi imkânsız bir tehlike ortaya çıkacaksa, anayasal haklara saygı ilkesi Mahkemenin bu başvuruları incelemesini gerektirebilir"*

hükmüne varmıştır.

Bu kararda yer alan ve özellikle mülteciler açısından diğer önemli bir hüküm ise hakkında pasaportu olmadığı için sınır dışı edilme kararı alınan başvurucunun idari gözetim altına alınmasına ilişkin açık bir kanuni düzenleme olmadığında, idari gözetimin *"kanuni"* olmasından söz edilmesinin mümkün olmadığına ilişkindir. Bu somut duruma ilişkin olarak mahkeme ihlal kararını şöyle temellendirmektedir:

> *"Başvurucunun "idari gözetim şartları, süresi, sürenin uzatılması, ilgiliye tebliği, idari gözetim kararına karşı başvuru yolları, idari gözetim altına alınan kişinin avukata erişimi, tercüman yardımından yararlanmasına ilişkin açık bir kanuni düzenleme bulunmadığı" yönündeki şikâyeti yönünden Anayasa'nın 19. maddesinin ikinci ve sekizinci fıkralarının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir."*

AYM'nin tedbir talebinin kabulüne karar verilmesinin ardından, bu kararda da yer verildiği gibi, kanunilik ilkesi üzerinden şikâyet konusu olan yasal düzenleme gerçekleştirilmiştir[65]. Mahkeme, bu gelişmeye atıfla, her ne kadar başvuru sonrası gerçekleştirilmişse de bu yolun "temel hak ve özgürlüklerin korunması hususunda etkisizliğini gösterecek bir idari/yargısal pratiğin bulunduğu etkili olmadığını" gösterecek bir durumun da olmadığı gerekçesinden hareketle, "Başvurunun bu kısmının *'açıkça dayanaktan yoksunluk'* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir" hükmüne varmıştır. Ancak sonraki yıllarda bu yolun kanunen açık olmasının hakların korunması açısından yeterli olmadığı görülecek ve bu tespit kararlara da yansıyacaktır.

AYM'nin, OHAL sürecinden sonraki dönemde verdiği bazı kararlarda, mültecilerle ilgili konjonktürden olumsuz etkilendiği şeklinde değerlendirilebilecek bazı hükümleri de mevcuttur. Bu bağlamda Y.T. kararıyla kanun

64 *Rida Boudraa*.

65 AYM'nin tedbir talebini izleyen dönemde, 6458 sayılı Kanun'un 53. maddesi 11/4/2014 tarihinde yürürlüğe girmiş ve anılan maddenin (3) numaralı fıkrası ile "…yabancının rızası saklı kalmak kaydıyla, dava açma süresi içinde veya yargı yoluna başvurulması hâlinde yargılama sonuçlanıncaya kadar yabancı sınır dışı edilmez…" şeklindeki düzenleme ile otomatik askıya alma mekanizması harekete geçirilmiştir (*Rida Boudraa*).

değişikliğini sağlamasına rağmen, kanuni değişiklik sonrasında tedbir kararlarını çok daha sıkı şartlara tabi tuttuğunu ve istisnai durumlarda tedbir kararı verdiğini, çoğunlukla tedbir taleplerini de reddettiğini belirtmek gerekir. Mahkemenin bu noktada devletin güvenlik politikaları ile başvurucuların temel hak ve özgürlükleri arasında bir denge kurmaya çalışsa da bunun zaman zaman mültecilerin aleyhine kurulduğunu ifade etmek mümkündür. İşkence ve kötü muamele yasağı ihlalinin ciddi ve ağır olması nedeniyle, genellikle ciddi tazminat rakamlarına hükmedilirken, mültecilerin geri gönderme yasağına ilişkin işkence ve kötü muamele yasağı ihlallerinde genellikle "1.000 TL" gibi oldukça sembolik rakama hükmedilmesi bunun bir yansıması olarak değerlendirilebilir. Bu kararları verdiği dönem itibarıyla AYM'nin, mültecilerin geri gönderme yasağını önemsemekle birlikte, hak ihlali nedeniyle tazminat ödenmesi hususundan uzak durmaya çalıştığı gözlemlenmektedir.

Öte yandan mahkemenin bazı başvuruları yeterince titiz bir şekilde incelemediği hususu AİHM kararlarına yansımaktadır. Kumkapı geri gönderme merkezinde anne ve üç çocuğun uzun süre ve kötü şartlarda tutulması nedeniyle yapılan başvuruda, kabul edilemezlik kararı[66] ile başvuruyu reddetmiş olmasına karşılık, AİHM özellikle birkaç yönden ihlal kararı vermiştir[67]. AİHM, bu karar özelinde, AYM'ye bireysel başvuru mekanizmasının başvuranların şikâyetleri konusunda etkili olmadığı kanaatini de eklemiştir[68].

Mahkeme 2013 ile 2017 yılları arasında, çok sayıda kararında, geri gönderme merkezlerinde fiziksel şartlar nedeniyle kötü muamele yasağı ihlali ya da özgürlük ve güvenlik hakkı ihlali şikâyetlerinde etkili bir başvuru yolu bulunmadığı gerekçesiyle ihlal tespitleri yapmasına[69] rağmen yasada ve uygulamada bir değişiklik olmadığı hâlde, B.T. kararıyla[70] daha önceki kararlarının aksine iç hukuk yollarının mevcut olduğunu, başvurucuların idare mahkemelerinde dava açması gerektiğine karar vererek başvurucuları çıkmaz sokağa yönlendirmiştir[71].

66 *G.B. ve diğerleri*, B. No: 2014/19481, 24/5/2018.

67 *G.B. ve diğerleri/Türkiye*, B. No: 4633/15, 17/10/2019.

68 G.*B. ve diğerleri/Türkiye*, § 137.

69 *F. A. ve M. A.*; *A.V. ve diğerleri*; *F. K. ve diğerleri*, B. No: 2013/8735, 17/2/2016; *T. T.*, B. No: 2013/8810, 18/2/2016; *A. S.*, B. No: 2014/2841, 9/6/2016; *I. S. ve diğerleri*, B. No: 2014/15824, 22/9/2016; *Rıda Boudraa*; *K. A.* [GK].

70 *B. T.* [GK], B. No: 2014/15769, 30/11/2017.

71 Uyuşmazlık Mahkemesi de Anayasa Mahkemesinin aksine idare mahkemelerinin değil, genel adli mahkemelerin görevli olduğuna karar verdiğinden, açılan davalarda görevsizlik kararları verilmekte ve dosyalar pinpon topu gezmekte, başvurucular olumlu bir sonuç elde edememektedir "6458 sayılı Kanun uyarınca sınır dışı edilmek üzere idari gözetim altına alınması için yapılan işlemler sırasında uğranılan manevi zararın tazmini istemine yönelik manevi tazminat istemiyle açılan davanın, adli yargı yerinde çözümlenmesi gerek(ir)". Uyuşmazlık Mahkemesinin 23.11.2020 tarihli ve 2020/651 Esas, 2020/684 Karar sayılı kararı.

SONUÇ

"Bir ülkenin gerçekten özgür olup olmadığına karar vermemizi sağlayan en sağlıklı test, azınlıkların sahip olduğu güvenlik miktarına bakmaktır" der Lord Acton. Mülteciler ve kendilerine atfedilen herhangi bir kimlik özelliği dolayısıyla ayrımcı ön yargının hedefi hâline getirilen gruplar için de aynı test geçerlidir. Mültecilerin hak sahibi bireyler olarak içinde bulundukları durum, aynı zamanda geniş toplumun da insan onuruna yaraşır bir sosyopolitik düzende yaşayıp yaşamadığının bir göstergesi olarak değerlendirilebilir.

Kitlesel bir göçle milyonlarca insanın görece kısa bir süre içinde geniş toplumla buluşması, kültürel karşılaşmalar anlamında hiçbir ülke açısından kolay olmayıp, siyasete ve ekonomiye kadar pek çok alanda başarılı bir göç yönetimine ihtiyaç gösterir. Bu süreçte yargının hak temelli bir yaklaşımı, sosyal ve siyasi konjonktürden ve değişen atmosferden bağımsız bir biçimde hak temelli olarak koruyucu kararlar alınması, bu bakımdan âdeta çalkantılı bir denizde sabit bir fener gibi hayata ışık tutması, paha biçilmez bir öneme sahiptir.

Bu çerçevede Türkiye'de AYM'nin yukarıda yer verilen kararlar örneğinde, mültecilerle ilgili tarihi bir süreçte çok değerli bir rol ifa ettiği tespiti yapılabilir. AYM dünyanın çeşitli ülkelerinde ve bu arada Türkiye'de sıkça rastlanan bir sorundan bağışık kalmayı başararak, kendisini ayrımcılık, ön yargı, siyasi tarafgirlik veya yargısal formalizm tuzağına düşmekten uzak tutarak, doğal hukukun gerektirdiği adalet anlayışı ve pozitif hukukun da hak temelli anlaşılması ve yorumlanması açısından genel olarak doğru bir pozisyonu temsil edegeldi.

Suriyeli göçünün başladığı 2011 yılında, özellikle Türkiye'de kamusal algının göç meselesine daha insani bir perspektiften baktığı dönemlerde yargının mültecilerle ilgili verdiği kararlarda sosyal ve siyasi atmosfer bakımından belirgin bir olumsuz durumdan söz edilmeyebilirdi. Ancak özellikle ayrımcı ön yargının kamusal algıya yerleştiği ve dış gelişmelerin de etkisiyle açık kapı politikasının terk edildiği süreçte AYM'nin rolü çok daha önemli hâle geldi. Bu dönemde AYM'nin A.A. kararı ve Y.T. kararı mülteciler için adaleti tesis etme çabaları bakımından akıntılı bir denizde demirlemeyi ifade etti.

Hiç şüphesiz bu tespitleri yapmak ne AYM'nin verdiği tüm kararları ne de mültecilerle ilgili tüm kararlarını kutsama veya onların her bir bölümünü onaylama anlamını taşır. Bu anlamda yukarıda dile getirildiği gibi, geri gönderme merkezlerindeki gözetim altında tutma şartları bakımından etkili bir düzeltme yolunun olmadığını tespit eden kararlardan sonra bile "tam yargı davası açabilirdi" şeklinde akıl yürütmelere rastlanabildi. Başka bir ifadeyle bazı AYM kararları doğru bir noktanın gerisine düşebildi; haklara ilişkin çı-

panın zaman zaman geriye doğru esnediği de oldu. Ancak bunlar bütüne dair tabloyu bozacak ölçüde bir adaletsizliği ifade etmedi.

Anayasa Mahkemesi verdiği kararlarla, o kararların içinde cereyan ettiği zamanda eleştiriyi çok fazla aşan tepkilerin hedefi oldu ve oluyor. Ancak mültecilerle ilgili tepki alan kararlarının izini taşıyan bu zaman geride kaldığında, Türkiye'de mülteci meselesi artık gündemden düştüğünde, geriye dönüp bakıldığında adalete, insan onuruna ve haklara dayalı kararlar kalacaktır.

Geriye dönüp baktıklarında insanlar mülteci meselesinde konjonktüre uygun ama adalete aykırı kararları değil, bunun tersini, doğru ve adil kararların alındığını göreceklerdir; ki insanlar için olduğu kadar kurumlar açısından da asıl önemli ve kalıcı olan budur.

KAYNAKÇA

GARFINKEL, Rebecca J. (2023). "Dignity Deployed: An Examination of Refugee Rights through Domestic Dignity Jurisprudence", *International Journal of Refugee Law*, C. 35., S. 1., ss. 101-118.

HUNTINGTON, Samuel P. (2012). *The Third Wave: Democratization in the Late 20th Century*, University of Oklahoma Press.

McCRUDDEN, Christopher (2008). "Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights", *European Journal of International Law*, C. 19., S. 4., ss. 655-724.

PILLAY, Navanethem (2009). Promoting a Broader Understanding of Refugee Law: The Jurisprudence of the Human Rights Treaty Bodies as a Source of Interpretation, içinde *The Proceedings of the 8th World Conference of the International Association of Refugee Law Judges* (ss. 3-21), Cape Town.

TOMKINSON, Sule, PAQUET, Mireille, ve ROBERT, Laurence (2023). "The Immigrant versus the State: The Marginal Contribution of Tribunal Judges to Administrative Justice", *International Journal of Law in Context*, C. 19., S. 4., ss. 559-77.

Mahkeme Kararları

Anayasa Mahkemesi Kararları

A.A. ve A.A., B. No: 2015/3941, 1/3/2017.

A.S., B. No: 2014/2841, 9/6/2016;

Abdulkadir Yapuquan, B. No: 2016/35009, 2/5/2019.

Abdulkerım Hammud, B. No: 2019/24388, 2/5/2023.

Afsaneh Rostamı, B. No: 2021/599, 14/4/2022.

A.V. ve diğerleri, B. No: 2013/1649, 20/1/2016.

Azizon Hikmatov, B. No: 2015/18582, 10/5/2017.

F.A. ve M.A., B. No: 2013/655, 20/1/2016.

F.K. ve diğerleri, B. No: 2013/8735, 17/2/2016

G.B. ve diğerleri, B. No: 2014/19481, 24/5/2018

Gulnura Toktomambetova, B. No: 2018/29906, 15/3/2022.

H.K.T. ve I.T., B. No: 2017/6427, 13/1/2021.

I.S. ve diğerleri, B. No: 2014/15824, 22/9/2016.

K.A. [GK], B. No: 2014/13044, 11/11/2015.

Kemal Salpagarov, B. No: 2016/12809, 16/1/2020.

Maziyar Razazan, B. No: 2015/19911, 11/3/2020.

M.T.A., B. No: 2016/22509, 28/1/2021.

Rıda Boudraa, B. No: 2013/9673, 21/1/2015.

T.T., B. No: 2013/8810, 18/2/2016.

Y.K., B. No: 2016/14347, 2/6/2020.

Yryskul Beıshenalıev, B. No: 2016/7458, 20/4/2017.

Yusuf Ahmed Abdelazım Elsayad, B. No: 2016/5604, 24/5/2018.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları

Abdolkhani ve Karimnia/Türkiye, B. No: 30471/08, 22/9/2009.

Akkad/Türkiye, B. No: 1557/19, 21/6/2022.

Aliev/Türkiye, B. No: 30518/11, 21/10/2014.

Boudraa/Türkiye, B. No: 1009/16, 23/12/2015.

Charahili/Türkiye, B. No: 46605/07, 13/4/2010.

G.B. ve diğerleri/Türkiye, B. No: 4633/15, 17/10/2019.

Dbouba/Türkiye, B. No: 15916/09, 13/7/2010.

Ghorbanov ve diğerleri/Türkiye, B. No: 28127/09, 3/12/2013.

Jabari/Türkiye, B. No: 40035/98, 11/7/2000.

Keshmiri/Türkiye, B. No: 36370/08, 13/4/2010.

Ranjbar ve diğerleri/Türkiye, B. No: 37040/07, 13/4/2010.

Musaev/Türkiye, B. No: 72754/11, 21/10/2014.

Moghaddas/Türkiye, B. No: 46134/08, 15/2/2011.

T. ve A./Türkiye, B. No: 47146/11, 21/10/2014.

Tehrani ve diğerleri/Türkiye, B. No: 32940/08, 41626/08, 43616/08) 13/4/2010.

Yarashonen/Türkiye, B. No: 72710/11, 24/6/2014.

Danıştay Kararları

Danıştay Onuncu Dairesinin 12.11.2015 tarihli ve 2015/4508 Esas, 2015/4921 Karar sayılı kararı.

Danıştay Onuncu Dairesinin 31.3.2016 tarihli ve 2015/4837 Esas, 2016/1832 Karar sayılı kararı.

Danıştay Onuncu Dairesinin 27.3.2018 tarihli ve 2016/2819 Esas, 2018/1283 Karar sayılı kararı.

Danıştay Onuncu Dairesinin 26.12.2016 tarihli ve 2016/2339 Esas 2016/4830 Karar sayılı kararı.

Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi Kararları

R (On the Application of AAA and others) v Secretary of State for the Home Department, 2023/0093, 15/11/2023.

Çevrimiçi Adresler

ÇETİNKAYA, Behlül (2024). "İngiltere Başbakanı: Herhangi bir yabancı mahkeme, bizi (Ruanda'ya giden) uçakları kaldırmaktan alıkoyamaz", *Anadolu Ajansı*, 18/1/2024, https://www.aa.com.tr/trt/dunya/ ingiltere-basbakani-herhangi-bir-yabanci-mahkeme-bizi-ruandaya-giden-ucaklari-kaldirmaktan-alikoyamaz/3112714 (Erişim Tarihi: 20/1/2024)

MAZLUMDER. (2024). "Göçmen Politikası İnsan Hakları Çerçevesinin ve Hukukun Dışına Çıkılarak Yürütülemez", Basın Açıklaması, 19/2/2024, https://mazlumder.org/tr/main/faaliyetler/basin-aciklamalari/1/gocmen-politikasi-insan-haklari-cercevesinin-/14339 (Erişim Tarihi: 2/3/2024)

Facing History & Ourselves. (2023). "Home" by Warsan Shire, 20/11/2023, https://www.facinghistory.org/resource-library/home-warsan-shire (Erişim Tarihi: 18/10/2024)

KARAKAŞ, İsmet (2023). "Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru hakkı 11 yaşında", *Anadolu Ajansı*, 23/9/2023. https://www.aa.com.tr/tr/gundem/anayasa-mahkemesine-bireysel-basvuru-hakki-11-yasinda/2999192#:~:text=T%C3%BCrkiye'nin%2C%20Avrupa%20%C4%B0nsan%20Haklar%C4%B1,-bin%20ki%C5%9Finin%20%22umudu%22%20oldu (Erişim Tarihi: 24/1/2024)

Lawless, Jill (2023). "UK government vows to challenge court ruling that its plan to send migrants to Rwanda is unlawful", *The Associated Press*, 29/6/2023, https://apnews.com/article/migration-uk-rwanda-deportation-court-challenge-f90ea56aca48df25592d537778f028cc (Erişim Tarihi: 19/1/2024)

MELLEY, B. (2019). "UK Supreme Court weighs if it's lawful for Britain to send asylum-seekers to Rwanda", *The Associated Press*, 9/10/2029, https://apnews.com/article/uk-rwanda-migration-asylum-supreme-court-84399fdab701cbca1ca5347dfdc8ad72 (Erişim Tarihi: 19/1/2024)

SEVİM, F. (2024). "Ayrımcılık Yasağı Uygulansın; Sığınmacılara Çalışma, İkamet ve Seyahat Özgürlüğü Tanınsın", *Göç Günlüğü*, 23/1/2024, https://gocgunlugu.com/F-ayrimcilik-yasagi-uygulansin-siginmacilara-calisma-ikamet-ve-seyahat-ozgurlugu-taninsin-213 (Erişim Tarihi: 23/1/2024)

TÜRKİYE İNSAN HAKLARI VE EŞİTLİK KURUMU (TİHEK). (2023). *Tuzla Geri Gönderme Merkezi Ziyaret Raporu*, Ankara, https://www.tihek.gov.tr/public/images/kararlar/wcqkni.pdf (Erişim Tarihi: 22/1/2024)

Prof. Dr. Sami SELÇUK
(Yargıtay Eski Birinci Başkanı, İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Öğretim Üyesi)

ÖZBİLİM FELSEFESİ (FENOMENOLOJİ) VE YÖNTEMİNİN HUKUK BİLİMİNE YANSIMASI

I. GENEL OLARAK

Sık sık değinildiği üzere nerede bir toplum varsa orada insanın yarattığı değerler ile bu değerleri koruyan hukuk ve kuralları vardır. Çünkü toplumsal yaşamı barış içinde sürdürmek ancak incelik (nezaket), ahlak, hukuk vb. kurallarla olanaklıdır. Dolayısıyla bilindiği üzere yüzyıllardan bu yana özellikle hukuk sorununa düşüncel (ideal), maddesel, soyut, somut bakış ve yaklaşımlar; bu çerçevede ve hukukun özü konusunda değişik okulların ve ideolojilerin arayışları ve ulaşılan sonuçlar, çetin tartışmalara yol açmıştır.

Bu özü; insanın somut biyolojik varlığında sosyoekonomik ilişkilerde, hukuk düzgüsünün kendisel olgucu varlığında (pozitivitesinde) veya adalet görüşünde arayanlar olmuştur. Bu sonuncular, akıl ya da sezgi aracılığıyla ulaşılan bir değeri savunan doğal hukuk yanlısı düşüncelci (idealist) görüşler olup olan-olması gereken (sein-sollen) ayrımına dayanmaktadırlar[1].

II. KİMİ GÖRÜŞLERİN ÖZ ANLAYIŞLARI

Bu yaklaşımlardan[2] kimileri hukuksal olguculuk (pozitivizm) ve Kelsenci hukuksal düzgücülük (normativizm), düzgü (norm) kavramına ağırlık vermişler toplumsal olgu ve etik değeri, hukuk ötesi (metajüridik) olarak görmüşlerdir. Bu görüşe göre, hukukçu hukuk ötesi sorunlarla ilgilenemez.

Kuşkusuz hukuku yasa yapıcısının istencine teslim eden bir görüştür, bu.

Hukuku toplumsal olgu olarak ele alan okullardan Comte, Durkheim ve Duguit'nin dayanışmacı okulu, toplumun sağlığı için toplumsal dayanışmanın zorunluluğunu öne çıkarmakta; ekonomik ilişkilerden yola çıkan Marksçı okul ise ahlakı, hukuku bir üst yapı olarak görmektedir.

Buna karşılık tarihçi okul, hukukun özünü hukuk ötesi bir kavram olan "*halk ruhu*"nda (folkgeist) görmekte, dil gibi hukukun da bu ruha göre yapılaştığını belirtmektedir.

1 Çağıl, Aral. İleten: Öktem, N. (2012). *Fenomenoloji ve Hukuk*, Ankara, s. 75-76.
2 a.g.e. s. 75-78.

Etik açıdan yaklaşanlar ise tarih boyunca "adalet" değerini hukukun özü olarak benimsemişlerdir.

Hiç kuşkusuz, bu yaklaşımlarda siyasal ve sınıfsal görüşlerin de payı bulunmaktadır.

Özbilim felsefesinin (fenomenoloji) ve kurucusu Husserl'in değişmez amacı ise felsefeyi kesin, apaçık, değişmez temel bir bilim durumuna getirmektir. Bu amaç elbette hukuk alanında da yaşayacaktır. Bu ise bir hukuk bilimi ve hukuksal varlık biliminin kurulması, hukukun değişmeyen özüne inilmesi demektir. Öyleyse hukukun değişmeyen konusu bulunarak hukukçular ve bilim buna odaklanmalıdır. Bunun için hukuk, her şeyden önce olguculuğun, tanrı biliminin (teloloji) ve metafiziğin etkisinden arındırılmalıdır.

Ancak bu da yetmez. Hukuk görünümdeki aldatıcı hukuk fenomeniyle yetinerek "aldatıcı" bir fenomenizme kaymamalıdır. Çünkü amaç, hukuksal bir varlık bilimini kurmak, hukukun eidetik özüne ulaşmaktır. Bu öz, öznenin psikolojik durumlarından, inanç ve ideolojilerden ya da olgusal buyruklardan bağımsızdır[3].

Her şeyden önce şu hususlar gözetilmelidir: Hukuk, insanlara özgürlük, eşitlik, adalet ve barış sağlamalıdır. Hukukun yazılı hukuktan önce gelen zaman üstü ilkeleri bunlardır. Yasa yapıcısının benimsediği hukuk, yüzeyseldir. Bunu aşmak için ilkin özbilim felsefesinin uğraklarını izlemekte ve gözetmekte yarar vardır. Elbette eylemsel gereklilik olarak toplum içindeki bir davranış, bir eylem, hukuk için temeldir; çıkış noktası da bir bakıma özdür. Bu eylemin yani mülkiyet sahibi olmak, suç işlemek gibi teknik ve biçimsel bir gerçekliği de vardır. Hukuk, bunların bütünüdür. Bu nedenlerle yasa yapıcısı bir başına hukuku kotarmaz, bu gereklilikleri ve özleri, sadece yazılı olarak dış dünyaya yansıtır. Dolayısıyla hukuk yasa yapıcının başına buyruk, ruh bilimsel, çıkarcı eğilimlerine, bilimsel anlatımlarla ruh bilimci, toplum bilimci, içgüdüsel, doğacı, tarihselci dürtülerine kurban edilemez[4].

Dolayısıyla hukuka yaklaşırken bütün bunlar, ayraca alınmalıdır.

III. HUKUKTA UĞRAKLAR

A. BİRİNCİ UĞRAK: YÖNELİMSELLİK VE BİLİNÇ

Bu konuda ilkin hukukta yönelimsellik etkinliğine bir örnek vermekte yarar vardır. Sözgelimi, hukukta bir şeyi yerine getirme sözü, sözveri (taahhüt), öznenin açık bir yönelim istencini gerektirir. Bu istenç olmazsa hukuksal kurucu gerçeklik, dolayısıyla yerine getirme sözünden söz etmek, dolayısıyla

3 Pulantzas. İleten: a.g.e. s. 80.
4 Ayrıntılı bilgi için bkz. a.g.e. s. 80-92.

hukuksal gerçeklikten söz etmek olanaksızdır. Demek ilkin bilinç hukuka yönelecek, özbilim felsefesine ilişkin indirgemeler yapılacak, öze ulaşılacak ve bu öz, hukuka yansıtılacaktır[5].

Toplum içinde kişiye saygıya dayanan bir düzende yaşayan insanın düşünsel ve hukuksal bilinci olan yönelimsellik, hayvanlar toplumunda yoktur. Bu düzenin temelinde her insana ve kendisine saygı temel öncülü (premis) vardır. Yasaları anlamlı kılan da bu düşüncedir. Kaynak ise elbette akıldır. Bu yüzden hukuk, "cogito"ya ve "bilinç"e uzanmakta; akıl, bilinç ve yaşamdan hukukun gerçeği doğmaktadır[6].

B. İKİNCİ UĞRAK: BİLİNCİ ETKİLEYEN ETKENLERİN AYRACA (ASKIYA) ALINMASI

Ulaşılan bulguların ışığında hukukun özüne inmek için hukuka ve insana ilişkin her türden ideoloji ve ön yargıdan arınmanın zorunluluğunu söylemeye elbette gerek yoktur. Gerçekten kişi ana karnından başlayarak yaşadığı güne çeşitli iç ve dış belirlemelerin etkisiyle bilim dışı birtakım yargılara ulaşmıştır. Bunlar, kişinin aklını doğrudan saptıran aklın yanılgı kaynaklarıdır[7].

C. ÜÇÜNCÜ UĞRAK: ÖZBİLİM FELSEFESİNE ÖZGÜ İNDİRGEME

Arı duru bir hukuk bilincine ulaşmak için her türden ideoloji ve ön yargılardan arındıktan sonra sıra özbilim felsefesine ilişkin nesnel ve öznel indirgemeye gelecektir.

1. Nesnel İndirgeme

Nesnel açıdan bu konuda ilk fenomen, görünen olgu, hiç kuşkusuz yazılı hukuktur. Olgucu, katı doğalcı ve bilimci görüşe göre bu konuda karşımıza çıkan gerçek düzgüdür; öyleyse hukuk bir düzgüler bütünü ve kendi içinde gelişen düzgüler basamağıdır.

2- Öznel İndirgeme

İkinci fenomen, hukukun öznesine ilişkin indirgemedir. Gerçekten ön yargılardan arınamamak, insanları ideolojilerin tutsağı kılmakta, dahası içinde yaşadıkları siyasal dizgenin hukuk düzgülerini eleştirip sorgulamaksızın "*Şeriatın kestiği parmak acımaz.*" anlayışıyla davranan kişiler, "özneye ilişkin indirgemeyi" başaramadıkları için dogmatik hukuk ve kalıplarının tutsağı olmakta; bu noktada da kalmayıp kimileyin doğruyu görenleri karalamakta hatta hainlikle suçlamaktadırlar[8].

5 Pulantzas. İleten: a.g.e. s. 93.
6 Goyard-Fabre, Simone. İleten: a.g.e. s. 93-94.
7 a.g.e. s. 95.
8 a.g.e. s. 95.

D. DÖRDÜNCÜ UĞRAK: SEZGİYLE VE ARINDIRILMIŞ BİLİNÇLE NESNE, VARLIK HAKKINDA BİLGİ EDİNME YÖNTEMİNİN DEĞİŞİK İNDİRGEME ANLAYIŞLARININ BİRBİRİNDEN BAŞKA ÖZBİLİM FELSEFESİNE YOL AÇMASI

Bizatihi değer ve amaç olan insandan, insanın esenliğinden ve mutluluğundan yola çıkıldığına göre, hukukun özü insandadır. Hukuk, insan bilincinin yönelimselliği ile deneyin birleşiminden oluşmakta, yine insana yönelmekte; insana bağımlı bu tutumla özgürlük, eşitlik ilkelerine sarılmak zorunlu olmaktadır. Dağıtıcı ve denkleştirici adaletin getirdiği yasa önünde eşitlik, fırsat eşitliği, kamu görevine katılmada eşitlik vb. önsel (a priori) ve hukuku yönlendiren ilkeler, hukukun çatısını kurmakta ve siyasal sistemlerin çoğu da bu ilkeleri en azından kuramsal olarak savunmaktadır[9].

İşte özbilim felsefesinde eleştiriye açık olan "özbilim felsefesine özgü indirgeme" etkinliği, değişik görüşlere ve yorumlara ulaşmış; bu durum hukuk felsefesi okullarına da yansımıştır: Özü; düzgüde, toplumsal gerçekte ve etik değerde olan (adalet) arayışlar ortaya çıkmıştır.

E. VARIŞ NOKTASI VE SON DURAK: ÖZ VE APAÇIKLIK

Artık varış noktaları bellidir: Düzgü, toplumsal ilişkilerde barış, adalet ve kendine özgü önselci (apiriorik) öz.

Şimdiden belirtelim ki kanımızca bunlardan biri öncelikli olmalı ancak dördü de birlikte gerçekleşmelidir.

1. Hukukun Özünün Düzgü Olduğu Görüşü

a. Genel olarak

Hukukta düzgücülüğün kurucusu Hans Kelsen ve onu izleyenler, özellikle Paris Hukuk Fakültesi hocalarından Paul Amselek hukukun özünü düzgüde görmüşler ve aynı fakültenin hocalarından Villey de önemli bir incelemesinde bu konuyu irdelemiştir[10]. Özellikle Amselek'e göre, Kelsen Husserlci yöntemi benimsemiş, Husserl gibi hukukun arı kuramını nesnellik ve kesinliğe kavuşturarak kurmak istemiştir[11].

Amselek'e göre ise hukuk, düzgüsel bir fenomendir ve bu türden fenomenlerin en tipik olanıdır. Özü (eidos) de düzgüdür. Nesnelerin özüne inmek, somuta yönelme anlamına gelip nesneleri yanlış görünümler içine sokan nesne dışındaki olguların dışarı atılması demektir. Hukuk nedir sorusunu yanıtlamak bir bakıma "umutsuz bir girişim"dir. Buna karşılık özbilim

9 a.g.e. s. 96.

10 Villey, M. (1965). "Phénoménologie et existentialo-marxisme à la Faculté de Droit de Paris", *Archives de philosophie du driot*, T. X., Paris. s. 158-164.

11 Amselek'in görüşleri ve eleştirisi için bkz. Öktem, N. (2012). s. 97-108.

felsefesinin ideoloji karşıtı olaylara üstten bakan karşıt fenomenist (Kantçı anlamda salt fenomenle uğraşma görüşü) tutumuyla, hukuku arındırarak, ona bilimsel bir kimlik vererek hukukun özüne inmek istemektedir. Bu tutum eleştiriye açıktır. Zira yalnızca somut varlığa yönelmekle de hukukun özü ortaya çıkarılabilir.

Bu Kelsenci anlayışla Amselek hukuku, amaca yönelerek hukuk ötesi ögelerden arındırmak istemekte ise de amacı adalet ve insan dışında aramakla düzgücülük ve olguculuğun istenççiliğine teslim olmuştur. Zira ona göre ilkin hukuk hakkındaki her türlü felsefi, doğal hukukçu yorumlar, daha sonra hukuktaki değişken ögeler dışlanmalı, nesneye ilişkin bu indirgemeden sonra öznenin arılaştırılması için düşünsel ön yargılardan, ideolojilerden arınılarak gerçek hukuka ulaşılmalıdır.

Özbilim felsefesi, düşünceyi koşullandırma değil, aydınlatma felsefesidir. Öz kavramını ideolojik öncellere dayandırmak öğretici (doktriner) bir tutumdur. Scheler ve Hartmann'ın "özbilime özgü değerler kuramı" bu türdendir. Özü değere indirgeyen bu akım, değerle öznenin ilişki kurmasını içeriği ve sınırları belirli olmayan bir kavrama, sezgiye dayandırmıştır. Yasa yapıcı, devlet, kendi sezgisiyle adalet değerine ulaşmaktadır. Böylece bu yalın ve sıradan istençle değerin yaratıcısı, devlet ve yasa yapıcı olmaktadır. Bu anlayış, hukukun somut yanını görmezlikten gelerek hukuku soyut bir düşünceye bağlamaktadır. "Hukukçunun yapacağı iş, adalet düşüncesiyle ilişki kurmaktan ibarettir." demek bilim dışıdır; karmaşık kuruntulara teslim olmaktır. Bir bakıma varoluşçuluk da doktriner bir tutum izlemiş; değerler kuramının soyut, aşkın değer anlayışı yerine varoluşçu özbilim felsefesi, özgürlük ve sorumluluk ilkeleriyle insana bağlı bir değer düşüncesini getirmiştir. Buna göre insan, bütün değerlerin yaratıcısı ve sorumlusudur. Bir denetleyici güç yoktur. Dolayısıyla varoluşçuluk, hukuku başına buyrukluğa taşımaktadır.

b. Hukukun Üç Özü ve Ağırlığın Düzgüde Olduğu Görüşü

Aslında Amselek, hukukun ilk üç özünü gözeterek ağırlığın düzgüde olduğunu benimsemektedir. Yazara göre eldeki verilerle ve öğreti karşıtı yaklaşımla hukukun özüne yönelindiği zaman üç değişmez ögenin varlığını görülmektedir[12]:

Birincisi hukuk, her şeyden önce, önemli cins (générique) açısından düzgüdür (norm).

İkincisi hukuk, özgül (spécifique) eidetik ögesi olan buyurucu özelliğe sahip bir etiktir.

Üçüncüsü her şeyden önce özel eidetik öge olarak insan ilişkilerini düzenleyen, kamusal yönetim yetkisine sahip buyruktur.

12 a.g.e. s. 102.

Ancak olgu ve etik değer kavramlarını tümüyle reddetmemekle birlikte yazara göre bu üçlü öz arasında türü belirleyen hukukçunun uğraş alanı olan temel, indirgenemez ve hukukun yapısının belirleyen öge, düzgüdür. Öbürleriyle toplum bilimciler ve filozoflar uğraşmalıdır.

Yazara göre düzgü, insanın elinde bir araçtır, terazidir. Bütün öbür tutum ve davranışların, bu düzgüsel yapıya uyup uymadığı üzerinde durulmalıdır.

Hukuk düzgüsünün çarpıcı ve zorlayıcı özelliği buyurucu olmasıdır. Hukukun temel amacı toplumsal iyidir. Hukuk düzgüleri de toplumsal iyiyi amaçlayan, kamu otoritelerince kotarılan, kişinin kamu içindeki davranışlarını yönlendiren kurallardır. Özetle görüldüğü üzere Kelsen'in "temel düzgü"sü (grundnorm) Amselek'te "toplumsal iyi"ye dönüşmektedir. Hukuk ve ahlak arasındaki ayrımı yazar, hukukun toplumsallığı ve buyuruculuğunda görmektedir.

Paul Amselek'in görüşleri ve Kelsen'den ayrıldığı noktalar eleştirilmiştir[13].

Gerçekten Kelsen, hukuku biçimsel görünümüyle ele alırken özbilim felsefesine göre hukukun temeline, içeriğine yönelmekte, toplumsal olgu ve etik değer ögelerini hukuk ötesi (métajuridique) olarak niteleyip indirgeme yapmakta ve onları oyun dışında tutmaktadır. Oysa Husserl'in indirgemeye başvurmasının nedeni, nesne ve öznenin saflaşarak apaçık bir biçimde ortaya çıkmasına, ön yargılardan, ideolojilerden arındırılmasına dayanmaktadır. Nitekim özbilim felsefesi, hukukun gerçek akılcı temellerini arar onu oluşturan ögelere inmek ister. Kelsen'in yaptığı gibi hukukun hiyerarşik tasviriyle yetinmez.

Kelsen, bu düşüncesiyle hukuku istence indirgemektedir. Başına buyrukluğu kaldırmak için sağlam, apaçık, kesin, sarsılmaz, nesnel bir öz zorunludur. Bu ise "kendisel nesne"dir ve "eidos"tur. Özetle temel düzgüye dek geliş, gerçeğe uygun bir açıklama olmakla birlikte özbilim felsefesi açısından derinlere inmek gerekir. Düzgünün mantıksal yapısı, düzgüler basamağı, hukukun mantıksal temelleri olup hukuk düzenleri bunlarsız olamaz.

Bununla birlikte düzgü gerçeği, hukukun kurucu değil, düzenleyici kaynağıdır.

Amselek'teki çelişkiler üzerinde de durulmuştur[14].

Amselek, "değerler kuramı" ve "varoluşçuluk" felsefesini doktriner olmakla suçlarken kendisi de olgucu öğretinin ön yargılarından kurtulamamıştır. Oysa Husserl, adalet kavramından uzak, katı ve kuru bir düzgü anlayışına yabancıdır. Adalet değeri olmadan hukuktan söz edilemez. Amselek ve bütün olgucular ise bu konuda yüzeyseldir. Eğitimin derinindeki kültür

13 Ayrıntılı bilgi için bkz. a.g.e. s. 103-108.
14 Ayrıntılı bilgi için bkz. a.g.e. s. 106-108.

olgusunu gözden ırak tutmaktadırlar. Bu yüzden Amselek, düzgünün kökenini araştırma yolunu kapamıştır. Oysa Husserl, hiçbir zaman herhangi bir düzgünün temelinden bağımsız olarak ele alınmasının gerekliliğini söylememiştir. Dolayısıyla Amselek, özbilim felsefesine özgü indirgemeyi yanlış yorumladığından, Poulantzas'ın anlatımıyla bir bakıma "özbilim felsefesinin kurbanı" olmuştur.

Ahlak ve toplumsal iyi anlayışı açılarından da eleştirilen Amselek, "bireylerin vicdanında yatan adalet duygusuna uygun hukuku, yani doğal hukuku göz ardı etmiş, temelde olgucu olduğu hâlde, zaman zaman varoluşçuluk ve dayanışmacılığa yaklaşmış, şiddetle karşı çıktığı senkretizmin "batağına" düşmüştür.

2. Hukukun Özünün Toplumsal Gerçeklik Olduğu Görüşü

Toplumsal ilişikler yoksa elbette hukuka da gereksinme yoktur. Dayanışmacı Okul ile hukuku sosyoekonomik alt yapı üretim ilişkilerinin üstyapı kurumu olarak gören Marksçılığın bu durumu öne çıkardığı ve özbilim felsefesinde toplumsallık ve adalet kavramlarının birlikte ele alındığı, öte yandan Husserl'e göre eidetik yaklaşımla felsefe çerçevesinde kültür, insan, ruh, yaşayan beden, doğa, zaman, uzam ve toplum sorunlarının da açıklanabileceği bilinmektedir[15].

Bunlardan başka her alanda bireyden yola çıkılmakta ve "aşkın ben (ego)", olaylara aşkın birey, fenomenolojik yöntemin mihenk taşı olmakta[16]; bireyin nesnelliğini ise onunla aynı şeyleri duyumsayan "başka ben"ler (alterego) sağlamaktadır. Özbilim felsefesine ilişkin indirgemeyle toplum içindeki insan, deneyimleri, kültürü gibi etkenlerle akla uygun davranışa yönelecektir. Çünkü insan, bu dünya görüşünün yetersizliğini görmekte ve zaman üstüne çıkabilmekte, akılcılığı aşarak değerler dünyasına girebilmektedir. Şeytan aklıyla davranır ama ahlaksal değerlerden uzaktır. Bu yüzden insan, "değer"i özümsediği oranda insanlaşır ve uygarlaşır[17].

Bu bağlamda ilkin bir olgu, gerçek olan dünya sorgulanıp düşünülmektedir (cogito). Ancak tek başına eksik bilimi deney tamamlayacaktır. İndirgeme sırasında bilinç, özne ve nesneye ilişkin indirgemelerle ön yargılardan arındırılacak; doğa, günlük olaylar gibi doğal tutum aşılacak, düşünsel alana girilecek; olaylar aşkın bilinçle değerlendirilecek, derinler keşfedilecektir. Hukukun gerçek kaynağı, somut dokusu, elbette toplumsal olgu, insanlar arası ilişkilerdir. Toplumsal olayların tarihsel göreliliği adalet ölçütüyle birleşerek hukuku oluşturmaktadır[18].

15 a.g.e. s. 119-120.
16 Toulemont. İleten: a.g.e. s. 120.
17 a.g.e. s. 120-121.
18 a.g.e. s. 122.

Bu gerçek göz ardı edilemez. Çünkü doğal ve toplumsal veriler olmadan hukuk oluşmaz. Sözgelimi, cinsel ilişki olayı olmadan evlenme kurumunun hiçbir anlam yoktur. Öyleyse hukukun temellerinden biri, hiç kuşkusuz toplumsal insan yaşamının somut verileridir. Bununla birlikte elbette cinsel ilişki dışında evlilik kurumunun ve aile birliğinin temelinde yatan, manevi bağlar, sevgi, saygı gibi kimi "özler" de vardır. Cinsellik, birlikteliğin yalnızca toplumsal görünümüdür. Hukuk, her zaman bir eylemi, kavramsallaştırmayı zorlar. Bu kavramsallaştırmada aile kavramı açısında birlikteliğin özleri gözetilerek hukuksal düzenlemeler buna göre yapılmaktadır. Zira doğa bilimleri gibi hukuk da akıl aracılığıyla sentez, kavramsallaştırma, nesnelleştirme yapmaktadır. Dolayısıyla hukuk, gerçeğin bilince yansımasıdır. Bu yüzden Léon Duguit (1859-1928), "nesnel hukuk" ölçütüyle doğal hukuka, düşüncelciliğe yanaşmış; düşüncelci düşünürler de hukukun gerçek (reel) yönünü görmezlikten gelememişlerdir. Hukuk, gerçekle düşünüm diyalektik ilişkisi içinde bir yapılaşmadır. Dolayısıyla hukukun kaynağını gerçek ya da düşüncel alanları birbirinden ayırarak aramak yanıltıcıdır[19].

Hukukta geçen bir örnekle sorunu değerlendirmekte yarar vardır: Nedensiz zenginleşme. Bu örnekte hakkaniyetin gereği olarak hiç kimsenin geçerli bir hukuksal neden olmadan başkasının zararına zenginleşemeyeceği yolundaki küresel ilke karşımıza çıkmaktadır. Bu hukuksal anlayış, bütün hukuksal edimlerde de vardır; hakkaniyete uygun bir denge öngörülmektedir[20].

Hukukun özü işte çözümleyici nitelikteki bu yapıdadır. Üzerindeki örtüler ve gölgeler kaldırılmış, aklın bakışıyla ana özellikler belirlenmiştir. Düşünsel ve gerçek etkenler açıkça ortaya çıkmıştır. Demek hukuk, yasa yapıcının istenci dışında gerçek ve düşünsel etkenlerce belirlenmektedir. Buna karşılık yasa yapıcının işlevi salt teknik ve biçimseldir. Dolayısıyla toplumsal ilişkileri, hukuku yaratan etkenlerden biri olarak gören özbilim felsefesinin, hukukun bunları mekanik bir biçimde belirleyemeyeceğini dile getirmesi yerindedir, doğrudur. Zira bu felsefe, bilince ve düşüncel değerlere öncelik tanıdığından hukukun oluşmasında nedensel ilişiklere ağırlık veren Comte-Durkheim-Duguitci toplum bilimci ve dayanışmacı anlayışa çok uzaktır[21].

3. Hukukun Özünün Adalet Olduğu Görüşü

Unutulmamalıdır ki "logos," evrensel aklın yansımasıdır. Hz. İsa, evrensel aklın, "Babanın" istencini yani ahlaklı, adil yaşamayı öngörmektedir. İnsanlar "Baba"ya benzemektedirler. Çünkü hepsi O'nun çocukları ve kutsallığının yansımasıdır, dolayısıyla onlarda tanrısal özellikler vardır. Bu yüzden hepsi birbirine saygı göstermelidir[22].

19 Goyard-Fabre, Simone. İleten: a.g.e. s. 74.
20 Goyard-Fabre, Simone. İleten: a.g.e. s. 137, 143, 159 vd.
21 a.g.e. s. 123.
22 a.g.e. s. 94.

Aynı doğrultuda her tören, düzgü biçici bir yargı değerlendirmesini gerektirdiğine göre, olması gerekeni anlatan düzgü, aslında değerli (iyi) ve değersiz (kötü) ayırımına dayanmaktadır[23]. Değer biçici bilim de Husserl'e göre iyi ve kötünün yeterlilik ve gereklilik koşullarını incelemektedir, düzgüleri değil. Değer biçici bir bilim olan hukuk da, temelde adalet değerine dayandığına göre, özbilim felsefesi açısından da hukuk adalet değeri üzerine kurulmalıdır.

Husserl'e göre her türlü düzgü aslında temel bir değer düzgüsüne, normuna bağlıdır. Değer biçici bir bilim olan hukuku değer yargısından soyutlamak olanaksızdır. Bu değer de hukukta "adalet"tir. Özbilim felsefesi, konuya varlık bilim açısından bakar, somut hukuku inceler. İlkin düzgüler basamağının en üstüne ulaşılır, sonra değerbilim felsefesi alanına girilir; sağlam ve köklü temellere dayanılarak değere ulaşılır. Özellikle adalet, yönelimsel davranışlar içinde gerçeklik kazanır ve değerlendirilir. Hukukun her zaman bir değerlendirme olduğu bellidir. Doğa yasaları gözleme, hukuk kuralları ise değerlendirmeye dayanılarak görünürlük kazanmaktadır[24].

Öyleyse özbilim felsefesinin hukuktaki yorumu, Husserl'den bir ölçüde farklı olarak, adalet değerinin özne ve nesneden bağımsızlığı üzerinde yükselmektedir. Dolayısıyla değerler yelpazesine açık düzgü biçici bir düzen olan yazılı hukuk, adalet değerini, yapısı içine katmak zorundadır.

Hukukun amacı toplumda adalet; adaletin amacı ise insanların insan odaklı adil bir düzende mutlu yaşamalarıdır[25]. Çünkü adil yaşam, insan varlığı için zorunludur. Zira adalet insan içindir. Son çözümlemede özbilim felsefesinin benimsediği görüş, özgürlük ve insana özgü değerlere dayalı bir toplumsal anlayışın benimsenmesidir[26].

Unutulmamalıdır ki nedensellik (causalité) karşıtı olan ereklillik (finalité, gaiyet) anlayışına göre; bir olayın neden kaynakladığı önemsizdir. Önemli olan hangi amaçla, erekle meydana geldiğidir. Öyleyse bir şeyi yaratan neden değil, amaçtır, erektir. Ereksellikle bir varlık ya da nesnenin işlevine (fonction) inmiş oluruz. Sözgelimi, biyolojide hücrelerin yapısı özdeştir. Ancak bir kesimi yürek olup kan dolaşımı, öbür kesimi böbrek olup kanın süzülmesi işlevini sağlamaktadır. Böylece Husserl'in anlatımıyla tek başına olan doğrular bütünleşir ve ereği (telos) gerçekleştirir. Görülüyor ki hukukta doğa bilimlerinin nedensellik anlayışının yanı sıra ereksellik de bulunmaktadır. Dolayısıyla hukukun canlı kaynağı, nedenselliğe dayanan toplumsal ve ekonomik ilişkiler; ereksel etkenleri güvenlik, ortak iyi, kısaca bunları sağlayan adalettir.

23 Kalinowski. İleten: a.g.e. s. 109.
24 Goyard-Fabre, Simone. İleten: a.g.e. s. 75.
25 Goyard-Fabre, Simone. İleten: a.g.e. s. 21.
26 Özbilgen, T. (1977). "Antinatüralist Bir Sosyoloji Anlayışının Jüstifikasyonu Bakımından Fenomenolojik Sosyoloji Anlayışının Lejitimasyonu", *İÜHFM*, C. 42., S. 1-4., s. 49.

Böylece olgusal ve değer biçici olanlarla, nedensellikle ereksellik bütünleşerek hukukun birleşimci gücünü ortaya koymaktadır[27].

Hukukun işlev ve amacı, sürekli tartışılmıştır. Adaleti önceleyen ve doğalcılık, bilimselcilik ve tarihselcilik karşıtı özbilim felsefesi ve düzgü olma boyutları zorunlu olarak etik boyuta taşıdığından, uygulamacı hukukun amacını sürekli gözetmek durumundadır. Elbette burada amaçlanan tek tek hukuk kurallarının belirlediği amaçlar, özellikle de yasanın özel amacı değil, genel olarak hukukun amacıdır. Sözgelimi çocuklarla ilgili bir yasanın görünüşteki amacı, küçükleri korumak, derin amacı ise adalettir. Uzak ve hedefteki erek ve doğrular ise özgürlük ve adalettir; kısaca insanlık amaçlarıdır. Bu veriler, özbilim felsefesine göre, hukukun özünün adalet olduğunu göstermektedir. Hukuksal olguculuk açısından ise yaptırım ve etkinlik hukukun özüdür; zira hukukun ön amacıdır. Burada elbette biçim öne çıkarılmakta, insana saygı bir yana itilmektedir. İnsana olan saygının yazılı hukuka yansıması; temel hak ve özgürlüklerin anayasalarca tanınması ve korunması biçiminde olmaktadır. Gerçekten doğal hukuk, olması gerekenin (das sollen) bütün kategorilerinin en inatçısıdır[28].

Doğal hukuk, ilk çağlardan günümüze çeşitli görünümlerle gelmiş, Ortaçağda tanrısal bir kimliğe bürünerek ilkeler geliştirmiş, Yeniden Doğuşla (Rönesans) birlikte, bireysel özgürlükler gündeme gelmiş, toplum sözleşmesi kavramıyla geliştirilmiş ve özgürlük, eşitlik ve mülkiyet temelleri öne çıkmıştır. Böylece on yedinci yüzyıl, doğal hukuku bir özgürlük bayrağı olarak halklara yansıtmıştır. On sekizinci ve on dokuzuncu yüzyıllarda yaşanan yeni sınıflar olgusu, adalet kavramının toplumsal koşullardan soyutlanamayacağı anlayışını getirmiş, olgucu bilimlerin öne çıkmasıyla doğal hukukun metafizik kurgulanması örselenmiş, ona bilim dış bir ön yargı olarak bakılmaya başlanmışsa[29] da bunun ayrımına varan Louis LeFur, R. Stammler ve G. Renard gibi düşünürler, adalet ve toplumsal gerçeklik kavramalarını birlikte ele almışlar, olgucu anlayışın ve nedensellik yasasının her alanda önemli olmadığını dile getirmişler, insan yaşamının doğanın kör rastlantılarına bırakılamayacağını gözlemlemişler, manevi alana dönme çareleri üzerinde durmuşlar; yirminci yüzyıldan başlayarak olguculuk ve maddecilik akımlarına karşı manevi içerik alanına dönmüşlerdir. Bu andan itibaren de bir birleşim (sentez) çağı başlamıştır. Toplumsal gerçeklik, R. Stammler'in "içeriği değişken" doğal hukuk anlayışıyla belirginleşerek, değişken madde ve aklın değişmez kesimleri buluşmuştur. Düşünür, "evrensel mantığa göre geçerli bir hukuk" kavramına ulaşmak için hukukun temel ilkesinin toplumsal ülkü olduğunu

27 Öktem, N. (2012). s. 112.
28 Çağıl. İleten: a.g.e. s. 115.
29 Topçuoğlu, H. (1965). *XX'nci Yüzyılda Tabiî Hukukun Rönesansı*, Ankara: İstiklal Matbaacılık ve Gazetecilik Kollektif Ortaklığı, s. 206.

ileri sürmüştür. G. Renard ise bireysel hakla ortaklaşa iyi arasında bir denge kuran ve toplumsal adalete dayanan "gelişmiş içerikli" doğal hukuk anlayışıyla adalet kavramını değerlendirmiştir. Buna göre hukuk düzenlerinin meşruluk ölçütü toplumsal adalettir. Hukukun amacı ise yazara göre, bireysellik ve toplumsallık, özgürlük ve disiplin arasında denge kurmak, bu kavramları uzlaştırmaktır[30].

Louis LeFur ise toplumsal olgu ile adaleti uzlaştırmaya çabalamış, metafiziğe kayarak hukuksal olguculuğa karşı çıkmış, doğal hukukun yararlı ve haklı olanı içerdiğini belirterek doğruluk, güzellik, iyilik kavramlarını savunmuştur. Ona göre bu kavramlar içgözlemle (entrospeksiyon) bulunur, böylece bireysel yarar ile toplumsal çıkar arasında bir denge kurulabilir. LeFur demokrasiyi savunmuş, bireycilikle toplumculuğu uzlaştırmak isteğiyle doğal hukukla toplumsal görüşün birleşimi denemesine girişmiş, hukukun özünü de toplumsal olgu ile doğal hukuk anlayışına bağlamıştır[31].

Görüldüğü üzere, özbilim felsefesiyle doğal hukuk ve özellikle de doğal hukukun Yeniden Doğuş düşünürlerinin görüşleri arasındaki benzerlik, Louis LeFur'ün metafizikçi ve toplumsal olgucu öz anlayışı doğrultusunda belirgin biçimde ortaya çıkmıştır[32].

Özetle doğal hukuka göre hukukun özü adalet düşüncesidir. Devletin istenci hukukun özünü yansıtamaz, hukuku adalet belirler. Doğal hukuk, özbilim felsefesi gibi doğalcılık, ruh bilimcilik, tarihselcilik karşıtıdır. Aşkın bir adalet anlayışını savunan doğal hukukla, özbilim felsefesinin değerlere yaslanan yorumcuları Scheler ve Hartmann arasındaki ortak özellik Platon'dan etkilenmeleridir. İstenççilik (volontarisme, iradecilik) ve hukuksal olguculuğa karşı olan özbilim felsefesi ve doğal hukuk, ruh bilimsel yapı ve sosyoekonomik koşulların çok üstünde, sarsılmaz bir "*öz*" peşindedir[33].

Özbilim felsefesinden yana olan Reinach'a göre hukukun özünü oluşturan kurallar, onun düşünce boyutundan kaynaklanmaktadır. Düşünce ise akıldır, deneyüstüdür. Özbilim felsefesine göre hukuk önsel (a priori) bir bilimdir; temel kavramları, saf ve zaman üstü hukuk ilkeleridir. Öyleyse özbilim felsefesi bir çeşit doğal hukuktur[34]. Kaynağı ne olursa olsun, olayı aşan adalet anlayışı doğal hukuktan başka bir şey değildir[35]. Dolayısıyla Husserl, doğal hukukun Yeniden Doğuşunun felsefi temellerini ortaya koyan bir düşünürdür. Doğal hukukun Yeniden Doğuşu da, özbilim felsefesi de gerçekçilik (réalisme) için-

30 Özbilgen, T. (1976). *Eleştirel Hukuk Başlangıcı Dersleri*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, s. 211 vd.
31 a.g.e. s. 212.
32 Öktem, N. (2012). s. 118.
33 Gardies. İleten: a.g.e. s. 118.
34 Gardies. İleten: a.g.e. s. 119.
35 a.g.e. s. 119.

de bir düşüncelliktir (idéalisme). İnsana saygı, akıl, özgürlük, eşitlik ise, her iki okulun da temel ilkeleridir. Bu nedenlerle özbilim felsefesine dayanan hukuk anlayışını, doğal hukukun Yeniden Doğuşu akımları için sokmak olanaklıdır[36].

4. Hukukun Kendine Özgü Önselci (Apriorik) Özü Olduğu Görüşü

a. Genel Olarak

Döneminin bilimini doğrulamak için Newton fiziği, Descartes matematiği, Öklit'in geometrisine dayanan ve Kant'ın "önsel" (a prior) anlayışında yanılgılar olduğunu belirten Edmund Husserl'in izinden giden oğlu Gerhard Husserl ile Alman hukuk felsefecisi Adolf Reinach'a göre, bilimlerde "önsel"-ler kurulmak isteniyorsa özbilimsel (eidetik) çözümlemeler yapılmalı, bu çözümlemelerle bilimlerin gerçek konu alanları ortaya çıkarılmalı, gerçek özleri anlaşılmalıdır. Bu açıdan hukuk kuralları da fenomenolojik özlere bağlıdır. Bu bağlamda Reinach'a göre hukukun kökeni ne sözleşmede ne istençtedir ne de toplumda. Hukuk, temellerini matematik kurallarında olduğu gibi, onlara benzer bir zorunlulukla kurduğumuz hukuksal önermelerin önsellerinde bulur. Baba Husserl'e göre; hukukun özüyle (eidos) yazılı hukuk arasında belli bir ölçüye dek sapmalar olabilirse de önsel hukuk, toplumsal olayların zorunluluğu içinde oluşur. Fransız yazarı Jean-Louis Gardies de bu görüşleri paylaşmaktadır[37].

Gardies'ye göre "*Somut olmasalar da kimi nesnelerin varlıklarından kuşku duyulmaz. Bunlar düşüncel (ideal) ve zaman üstü, dolayısıyla nesnel gerçeklerdir.*" Sözgelimi, kişiler arası ilişkilerde istenilen nesnellik böyledir. Tıpkı, bir doğa bilimcisinin matematiğin yöntemlerini kullanmaktan kaçınamaması gibi insan da tümdengelim yönteminin mantık kurallarını kullanmak zorundadır. Gerçekten matematik kuralları, gerçek doğanın önseli, zaman üstü düşüncel gerçekler; gerçek doğanın çekirdeği, özüdür. Duyusal evrenin varlık koşulları olan bu önsel veriler içinde deneysel olgular erir. Özetle bütün doğa bilimlerinin çekirdeği, özü, önsel matematik kurallarıdır.

Doğa bilimleri ve matematik arasındaki ilişki, bu denli açık olmasına karşın nedense ahlakın ve hukukun önsel temelleri üzerinde uzun tartışmalar yapılmıştır. Matematik-doğa bilimleri arasındaki ilişkiler tartışılmazken, hukuk ve matematik benzeri düşüncel gerçeklikler arasındaki ilişkinin tartışılır olması bir çelişkidir. Nitekim iki kere ikinin dört etmesi, üçgenin iç açılarının

36 a.g.e. s. 119.

37 Brimo. İleten: a.g.e. s. 124. Gardies'nin görüşleri, "Essai sur les fondements a priori de la rationalité morale et juridique (Ahlaksal ve Hukuksal Akılcılığın Önsel Temelleri Üzerine Bir Deneme)" adlı yapıtında sergilenmiş; Sayın Prof. Dr. Niyazi Öktem de, bu görüşleri yapıtında ayrıntılı olarak başarıyla özetlemiştir (s. 124-141). Biz de, bu özetten yararlanmış bulunmaktayız (S. Selçuk).

toplamının yüz seksen derece olması gibi, hukuk ve ahlak kurallarının da özleri, önselleri; insan aklının bulduğu gerçeklikler gibi, insan aklının ve vicdanının bulduğu, bulacağı önsel değerler dünyası da vardır. Yasa yapıcı, bu önselleri gözetmeyebilirse de düşünür ve hukukçular için bunlar gözetilmesi gereken değişmez kaynaklardır. Zira yazılı hukukun deneysel verileri, tıpkı doğal verilerin matematikte erimesi gibi felsefenin ilkeleri içinde erimektedir.

b. Hukuk ve Önsel (a priori)

"Olması gereken" düşüncesinin tanımını yapmak güçtür. Zira "olması gereken"; "gelecek", "geçmiş" gibi önsel bir düşünce biçimi, bir kategoridir. Nasıl matematik kuralları matematikçinin istencine indirgenemezse matematik, ruh bilim değilse, Kant'ın dediği gibi "olması gereken" biçim yani düzgü, bir istenç bildirimi, bir buyruk değildir. Olması gereken (deontolojik) yapıların matematik yapılardan başka oluşu, ikincilerin öznelerin ilişkilerinden bağımsız olarak varlıklarını sürdürmeleri; birincilerin ise bir eylemle olanaklılık ortamına girmelerindendir. İnsan; alım satım, evlilik, miras vb. doğal deneyimler alanındaki durumlarda hukukla karşılaşabilir. Bunların yüzeysel görünümleriyle yetinip haklarında çabuk yargılara varabilirse de derinden, eşyanın doğasından (tabiat-ı eşya, nature des choses) gelen vazgeçilemez, indirgenemez doğrular ve zorunluluklar vardır. Bunların çoğu başına buyrukluğun sınırıdır. Hiç kimse ve yazılı pozitif hukuk, bunları gerçekleştirmekten kaçamaz. Kısaca borç, taahhüt, mülkiyet, temsil vb. gibi hukukun temel kurum ve kavramlarının özü, yazılı hukukun üstündedir. Bu yüzden hukukçu, bütün bu türden kurumların maddi ve manevi ögelerinin özlerini, temellerini ancak özbilim felsefesinin indirgemeleriyle ortaya çıkarmak durumundadır. Maddi (gerçek, reel) öge, kişilerarası ilişkiler, sosyoekonomik etken, kişinin biyolojik varlığı; manevi (düşünsel, ideal) öge ise bu ilişkilerin getirdiği doğal tutarsızlıklardan, içtensizliklerden aklın yardımıyla kaçıp uyum ve denge sağlamaktır.

Bir örnek vermek gerekirse borç ilişkisinin olmadığı bir toplum ve hukuk düzeni, toplumsuz da taahhüt düşünülemez. Demek ki öz, bu evrende yaşayan insanın pratiğinde vardır. Öz, insanla, onun yaşamıyla ilgili bir ögedir. Dolayısıyla hukuksal düşünce yaşamla birlikte gerçeklik kazanmaktadır. Yani ortada bir kavram-olgu ilişkisi vardır. Tek başına ne adalet kavramı ne de toplumsal olay olabilir. Özbilim felsefesinde de insan, yaşamda iki tür olguyla karşılaşmaktadır: gerçeklik-somutluk ve düşüncellik-soyutluk. Bunların diyalektik ilişkilerinden de akılcılık doğmaktadır. Dolayısıyla bu toplumsal gerçekliklerin hukuku etkileyeceği, önselci özbilim felsefesince benimsenmektedir.

c. Önselci (A Priorici) Özbilim Felsefesinin Ne Olduğu

Bir hukuk toplumu, eşit kişilerden oluşur ancak bir melek insanlar topluluğu yoktur. Bilgi ve bilinç sahibi her insanın evrene yönelik dizginlenmesi gereken istekleri, gereksinmeleri, çıkarları vardır. Ancak bunlar hiçbir zaman yeterli değildir. Eşyanın doğası, önsel öz; düşünsel verilerle gerçek verilerin eriyip bir sentez oluşturmasından kaynaklanır. Öz, özneyle nesne arasındaki ilişkiden oluşur. Yani toplum içinde oluşan "res cogitans" (düşünen nesne) ile "res extensa" (var olan nesne) arasındaki akla yatkınlıkta özler vardır. Burada gerçekçilik (réalisme) ile düşüncelciliğin (idéalisme) bağdaşması, değer ve olgu birliği biçiminde yorumlanarak nesnelerin doğası kavramına ulaşılmakta ve bu da hukuka temel kılınmaktadır.

Nesnelerin doğası üzerinde tarih boyunca çok durulmuştur.

Yirminci yüzyılda nesnelerin doğası kavramına eğilen varoluşçu hukuk felsefecisi N. Poulantzas, kökleşik (klasik) varoluşçu istenciyle insanlık tarafından yaratılan değer anlayışı ve nedensel ilişkiler birleşimiyle nesnelerin doğasının oluştuğunu belirtmektedir.

Son çözümlemede özbilim felsefesinde özne (bilinç, akıl, düşünsel varlık) nesneye (olgu, gerçek varlık, nedensel ilişikler) yönelerek nesnenin, hukukun doğasını oluşturmaktadır. Bu durum, varoluşçular tarafından değer-olgu birliği biçiminde yorumlanmıştır. Yönelimsellik ve olgu-değer birliği ise varoluşçuluğun özbilim felsefesinden ödünç aldığı kavramlardır. Sartrecı varoluşçulukta, insan varlığının evrenle ilişkisi ontolojiktir. İnsan özgül olarak yönelimdir, evrene açılan bir kapıdır. İnsan; deneyimleri, algı gücü, düş gücü, yargılarda bulunması ve istenciyle bilinçli olarak nesnelere yönelir, onları ve kendisini aşar, aşkındır. Bir midye gibi kendi kabuğu içinde saklanmaz. Evreni kendi seçmemiştir. Ancak seçmediği bu evreni yönetmek, onu buyruğu altına almak ister. Ayrıca yetersizliğinin de ayrımındadır. Buna karşın özgür olmaya mahkûmdur. Dolayısıyla sorumludur. Yeni durumlar, değerler yaratır. Değerlerin kaynağı bu evrende yaşayan insandır. İnsan, (...) doğaötesi bir sistemle anlatılamaz. İnsan, düşünen ve seçen bir varlıktır. Öte yandan değerin kaynağı insan olduğundan olguyla değeri birleştirmek kolaylaşmaktadır çünkü insan da olgu da bu evrendedir. Bu evrene dışarıdan zorlanan değerler, insan sorumluluk ve özgürlüğünün yarattığı değerler vardır. Olan-olması gereken, değer-olgu aynı boyutta bir aradadır. Düşüncellik ile gerçeklik aynı potada eşyanın doğasını oluşturmaktadır. Değerin olmasını salt insan istencine bağlanması başına buyrukluğa iradesine bağlamak, keyfîliğe yol açabilirse[38] varoluşçuluğun doğal hukuka yeni bir yöneliş olarak yorumlanmaya elverişli olduğu, insana verdiği yücelikle onu bütün mekanik belirlemelerin

38 Villey, M. (1965). s. 174.

(determinizm) dışında bir değer olarak benimseyip eşitlik ve adalet ilkelerini benimseyerek saklı bir doğal hukuku yansıtacağı belirtilmiştir[39].

Bu konuda Prof. Villey'in sözleri önemlidir: "*İlk değerin bizim istencimiz dışında varlığı hiç de utanılacak bir şey değildir. Bundan sonra bizim sorumluluk ve özgürlük alanımız başlar. Değerin içeriğini biz oluştururuz. Evren sanki bir sahnedir, boyutları bizim dışımızda çizilmiştir. Ama senaryoyu yazan, oyunu oynayan bizleriz. Bütün özgürlük ve sorumluluğumuzla… Adeta sahne mimarıyla aramızda bir sözleşme vardır; o bize bir yapı vermiştir. Ancak ne yapacağımıza, nasıl davranacağımıza karışmamaktadır. Karışsaydı elbette sorumluluk olmazdı. Sahneyi O yaratmış ve oyunun koşularını belirlemiştir. Ancak senaryoyu yazmamıştır. Dolayısıyla bir belirlenimcilik (déterminisme) olsa bile alınyazısı söz konusu değildir*"[40].

IV. GÖRÜŞÜMÜZ

Kanımızca da bütün kültür bilimlerinde, bu arada elbette değerlerle iç içe bir kültür bilimi olan hukukta, özellikle de suçbilim, suç genel kuramı, suç politikası, suç yargılama süreci hukukunu da içine alan geniş anlamda suç hukuku biliminde de doğru tanıyı koymanın en iyi yöntemi, bir bilinç felsefesi olan, "asıl varlığa iniş"i, varlığın özüne varışı amaçlayan özbilim felsefesi (fenomenoloji) yöntemidir. Hemen anımsatalım ki "değerler kuramı" (axiologie), dolayısıyla değerin "sezgi" aracılığıyla algılanması ilkesi, bütünüyle özbilim felsefesinin ışığında ele alınmıştır[41]. Husserl'in amacı da aslında öz olana ulaşmaktır[42].

Görüşümüzü açıklamadan önce şu noktaları yeniden anımsamakta yarar vardır. Hukuka yönelen bilinç, ayraca almalarla arındırıldığında ortaya çıkan sonuç, şudur: Hukuku insan, yine insan için yaratmış ve toplumsal düzeni kurmak, korumak ve sürdürmek için de ona uymaya söz vermiştir. Ona saygılı olmayan ve uymayan insan, aslında kendisiyle çelişkiye düşmüş demektir[43]. Yineleyelim ki toplumsal düzen ve insana saygı, hukuksal düşüncenin temel öncülüdür (premis). Hukuk düşüncesinin ürettiği yasaların temel dayanağı da budur[44].

Hukuk düşüncesi nesne ve özne açılarına indirgendiğinde, yukarıda belirtildiği üzere, düşünürlere göre genellikle üç öz karşımıza çıkmakta; düşünürler de bu üç özden birini öne çıkarmaktadırlar: toplumsal gerçeklik, düzgü ve

39 Ayrıntılı bilgi için özellikle bkz. Öktem, N. (2012). s. 136-138.
40 a.g.e. s. 138.
41 a.g.e. s. 27; Mengüşoğlu, T. (1976). *Fenomenoloji ve Nicolai Hartmann*, İstanbul: İstanbul: İstanbul Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Yay. s. 27, 28; Sözer, Ö. (1976). *Edmund Husserl'in Fenomenoloji'si ve Nesnelerin Varlığı*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Yay. s. 3.
42 Mounier, Emmanuel. İleten: Öktem, N. (2012). s. 27-29.
43 Goyard-Fabre, Simone. İleten: a.g.e. s. 93.
44 a.g.e. s. 93.

adalet[45].

Öte yandan suç hukukunun temel konusu olan suç, dış dünyaya görünür olarak yansıyan bir insan davranışı, eylemi, dolayısıyla özbilim felsefesi yöntemiyle ele alınması gereken ve buna yatkın olan bir fenomendir.

Suç fenomenine birinci uğrak olan yönelimsellik açısından yaklaştığımızda yalnızca sokaktaki insan değil, hukukçu da boş olmayan bilincinde toplu-ma yönelik sarsıcı bir haksız eylem ve ceza fenomenlerini canlandıracaktır. Hukukçu ise daha ötelere gidecek, suç eylemiyle birlikte daha çok toplum, toplum düzeni ve o düzeni sağlıklı tutmakla yükümlü devletin de zarar görüp sarsıldığı gereğine ve bilincine varacaktır.

Bu ilk izler, suçun çağcıl bir toplumda asla hoş görülmeyen bir eylem olduğunu ve mutlaka bir yaptırım uygulanmasını, dolayısıyla doğrudan ya da dolaylı olarak ortaya çıkan zarar ve sarsıntıların giderilmesi zorunluluğunu ortaya koymaktadır.

Aynı durum, suç dışında kalan davranışlarla ve bir ölçüde özel hukukta da yaşanmaktadır. Toplumun temeli olan aile kurumu, eşlerin ayrılması ya da boşanması söz konusu olduğunda yine bir oranda toplumsal ancak daha çok yanları ilgilendiren özel ve bireysel ya da bireyin yakın ve belli bir çevresiyle ilgili bir sarsıntı yaşanacaktır.

Bununla birlikte her iki durumda da toplum içinde yaşama barışı değişik derecelerde sarsılmakla birlikte bu sarsıntının giderilmesi görevi, özel hukukta kişilere; kamu hukukunda, suç ve yargılama hukuklarında özellikle de suçun işlenmesiyle birlikte kural olarak kendiliğinden harekete geçen devlete, devletin bir organı olan yargılama erkine verilmiştir.

Bunun nedeni bellidir: Devletin varlık nedeni, toplumda düzeni hukuk içinde sağlamak, kişileri suçlara karşı korumakla yükümlü olmasıdır. Demek bir suç işlendiğinde devlet bu görevini yerine getirememiş; toplumda değişik ölçekte sarsıntılar yaşanmıştır. Bu yüzden özellikle suç yargılaması sürecinde sadece suçu işleyen kişi değil, devlet de yargılanmakta, bu yüzden de devlet, hukukta öngörülen zorunlu savunmanlık (müdafilik), çevirmenlik (tercümanlık) gibi kimi sonuçlara katlanmaktadır.

İkinci uğrakta, yani bilinci etkileyen etkenlerin ayraca alınması uğrağında, suçla birlikte toplumda sık sık yaşanan suç olgusuna ilişkin çeşitli tepkisel değerlendirmeler, ön yargılar, dış ve iç etkenler vb. bilgiler ayraca, askıya alınarak bilinç arındırılacaktır.

Üçüncü uğrakta, suç denilen olgu, nesne, yukarıdaki bütün etkenlerden arındırıldıktan sonra, eylemi yapan insan hakkında öznel saf bilinci oluşturmak için, sözgelimi, eyleyenin kimliği, suç eyleminin nerede, ne zaman,

45 Ayrıntılı bilgi için bkz. a.g.e. s. 96 vd.

hangi koşullarda ve hangi amaçla işlendiği biçimindeki ön yargılardan bilinç arındırılacak; suçun öznesine ilişkin indirgemede, kökten bir ön yargısızlık oluşturulacaktır.

Bu arı duru bilinçle ve sezgiyle dördüncü uğrağa ulaşıldığında suç denilen nesne, varlık hakkında sezgimizin ve değerlendirmemizin sonucu ortaya çıkacaktır: Suç, toplumu derinden sarsan bir eylemdir. Bu eylemle birlikte, toplumda yaşanmış, yaşanmamış duruma getirilemeyeceğinden, suç fenomeni elbette görmezlikten gelinemez. Gelindiği takdirde yeni suçların işlenmesi ve toplumsal barışın örselenmesi kaçınılmazdır. Dolayısıyla suçu işleyen, hukukun öngördüğü yöntemlere göre cezalandırılmalıdır.

Dikkat edilirse burada güdülen yakın amaç, suçu işleyenin cezalandırılması; güdülen erek, uzak amaç ise cezalandırılan fail örneğiyle birlikte suçun insanlarda ve toplumda bıraktığı izlerin ve sarsıntıların ortadan kaldırılarak "toplum barışı"nın yeniden sağlanması, kurulmasıdır.

İzlediğimiz bu mantığa göre suç yargılama hukukunu da kapsayan geniş anlamda suç hukukunun özü, "TOPLUM BARIŞI"dır.

Bu barışı kotarmak için yargılama erkinin, günümüzde her şeyden önce siyasal nitelikteki yasama ve yürütme erklerinden kesinlikle bağımsız kılınması gerekmektedir.

Tam bu noktada yargılamanın birinci boyutu karşımıza çıkmaktadır: siyasal boyut.

Bu barışı sağlamak için geniş anlamda suç hukukunun yazılı ve kimi zaman gelenek ve göreneklere bağlı düzgüleri olacaktır. Bu düzgüler, "adalet" ölçütünün süzgecinden geçmeli, adil olmalıdır. Çünkü her toplum düzeninde ve her dönemde *"adalet, mülkün temelidir."*[46] Çağımızda adalet, hukuk düzgüleri ışığında dağıtıldığına göre bu düzgüler ancak akıl ve sezgi güçlerinin birlikteliğiyle sezinlenip algılanan "adalet ölçütü" süzgecinden geçebiliyorsa o takdirde amaçlanan toplumsal barış düzenine kavuşulabilecektir.

Özetle Husserl gibi "akıl" ve "deney" olguları ile "öz", "ben" ve "sezgi" kavramlarının iç içeliği ve hukukun var olması için kesinlikle bir insan toplumunun var olması koşulu gözetildiği takdirde nasıl rengin özü yüzey; bir yüzeye çizilen üçgenin özü 180 derece açı ise; toplumsal gerçeklik üzerine kurulan ve uyuşmazlıklarda uygulanacak düzgülere yaslanan hukukun son çözümlemede amacı, "toplumsal barış"; bu amacı gerçekleştirmek için kulla-

46 Bu küresel özdeyiş, ülkemizde Arapçadaki "el adl-ü essas-ül mülk" sözünün çevirisidir. Hiç kuşkusuz buradaki "mülk" terimi, "düzen" anlamına gelmektedir. Aynı özdeyiş, Latince'de "justitia est fundamentum regnorum", Fransızcada "La justice est le fondement de l'ordre", İngilizcede "Juctice is the fundation of order", İtalyancada "La giustizia è il fondamento dell'ordine", İspanyolcada "La justicia es la base del orden" olarak geçmektedir. (S. Selçuk).

nılan araçların yani düzgülerin ölçütleri ise "adalet"tir[47].

Matematik ve mantık gibi hukuku da içine alan bütün "eidetik bilimler"de geçerli olan özbilim felsefesi yönteminin hukukta bizi ulaştırdığı sonuç ve öz, kanımızca budur.

47 Başka görüş için bkz. a.g.e. s. 73-141.

KAYNAKÇA

MENGÜŞOĞLU, Takiyettin (1976). *Fenomenoloji ve Nicolai Hartmann*, İstanbul: İstanbul: İstanbul Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Yayınları.

ÖKTEM, Niyazi (2012). *Fenomenoloji ve Hukuk*, Ankara: Yetkin Yayınları.

ÖZBİLGEN, Tarık (1976). *Eleştirel Hukuk Başlangıcı Dersleri*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.

ÖZBİLGEN, Tarık (1977). "Antinatüralist Bir Sosyoloji Anlayışının Jüstifikasyonu Bakımından Fenomenolojik Sosyoloji Anlayışının Lejitimasyonu", *İÜHFM*, C. 42., S. 1-4., ss. 475-514.

SÖZER, Önay (1976). *Edmund Husserl'in Fenomenoloji'si ve Nesnelerin Varlığı*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Yayınları.

TOPÇUOĞLU, Hamide (1965). *XX'nci Yüzyılda Tabiî Hukukun Rönesansı*, Ankara: İstiklal Matbaacılık ve Gazetecilik Kollektif Ortaklığı.

VILLEY, Michel (1965). "Phénoménologie et existentialo-marxisme à la Faculté de Droit de Paris", *Archives de philosophie du driot*, T. X., Paris.

Prof. Dr. Yusuf TEKİN
(Milli Eğitim Bakanı)

ANAYASA MAHKEMESİNİN İKİ DÖNEMİ: YASAKÇI ZİHNİYETTEN ÖZGÜRLÜKÇÜ PARADİGMAYA DOĞRU

Demokrasi ya da demokratikleşme kavramı; tarihsel süreç içinde siyasal, toplumsal, kültürel, askerî, ideolojik, teknolojik ve benzeri alanlarla ilişkili yapısal ve konjonktürel faktörlerin çok yönlü etkisinin yanı sıra, hukuksal düzlemde cereyan eden zengin tartışmaların da etkisinde şekillenmiştir. Özellikle devlet mefhumunun form değiştirdiği 19. yüzyıldan itibaren hukuk kuralları hem yapılış usulleri hem de beraberinde getirdiği tartışmalarla demokratikleşme açısından önem arz etmiştir.

Egemenlik sorunsalının halkın meşru iradesi aracılığıyla ve bütünüyle bu irade lehine tecelli edecek şekilde çözülmesine yönelik arayışlar, demokrasi olgusu ile hukuk devleti arasındaki ilişkinin de özünü oluşturmuştur. Bu öz; devlet erkinin potansiyel düzlemdeki mutlak ve sınırsız gücünün, genel iradenin kolektif çıkarları ile bireyin kişi hak ve özgürlükleri ekseninde sınırlanması yoluyla edimsel bir gerçeklik kazanmış ve böylelikle hukukun üstünlüğüne dayalı modern demokrasilerin temelini atmıştır.

Demokrasi ile hukuk kavramları arasındaki bu çok yönlü ve simbiyotik ilişkinin geçmişten günümüze dek uzanan seyri içinde anayasacılık hareketlerinin ortaya çıkmasından anayasa yargısının doğmasına, anayasaların yapılmasından anayasa mahkemelerinin kurulmasına kadar uzanan geniş ve zengin bir müktesebat üretilmiştir. Anayasanın üstünlüğünü merkeze alan bu müktesebat sayesinde, siyasetin hukukileşmesi denen olgu bir ölçüde geçerlilik kazanmış ve modern demokrasilerin esas olarak anayasal demokrasi niteliğini haiz olmaları sağlanmıştır.

Çoğulcu demokrasiler olarak da nitelendirilebilecek olan anayasal demokrasilerde devlet erkinin kurumsal, kuramsal ve pratik olarak sınırlandırılması ve böylece bireysel ve/veya kolektif hak ve özgürlükler ekseninde ortaya çıkabilecek olan her türlü keyfîliğin önüne geçilmesi esastır. Bu misyon ise yalnızca anayasa yargılarına yüklenmiştir. Öte yandan anayasa yargılarının asıl ve belki de tek misyonu bu olmalıdır. Bu yönüyle anayasa yargısı, anayasalarda güvence altına alınan temel hak ve özgürlükleri göz ardı etme temayülü gösteren ve çoğunluğun iradesini mutlak surette hâkim kılma esasına dayanan

arkaik ve anakronik demokrasi modelinin bilhassa temel hak ve özgürlükler alanında yol açabileceği potansiyel ihlallere karşı hukuksal bir güvence sağlamak için geliştirilmiş yargısal ve kurumsal bir çözüm şekli olarak tanımlanabilir[1].

Rousseaucu bir mantıkla, çoğunluğun kararlarının mutlak doğru olduğu yönündeki önerme ve uygulamalara karşı, bilhassa İkinci Dünya Savaşı sonrası yeni koruma mekanizmaları kapsamında, Anayasa yargılarının devreye girmeye başladığı bilinmektedir[2]. Nitekim Türkiye'de de 1961 Anayasası'nın yapılış süreci bu çerçevede değerlendirilebilir. 1961 Anayasası'nı yapan iradenin de özünde bu realiteye göre hareket ettiği söylenegelmiştir. Fakat bununla birlikte, Türkiye'de Anayasa Mahkemesinin temel hak ve özgürlükler alanındaki potansiyel ihlallere karşı hukuksal bir güvence sağlamak hedefinin yanı sıra tarihsel olarak siyasal misyonlar da yüklendiği bir hakikattir. Bu noktada, Türkiye'de Anayasa Mahkemesinin genel anlamda uzun yıllar boyunca, temel hak ve özgürlüklerin koruyuculuğu rolünün dışına çıkarak yasaların anayasaya uygunluğunun denetimi alanına ve bilhassa siyaset üzerinde vesayete yoğunlaştığının altını çizmek gerekir. Günümüzde anayasa mahkemeleri, anayasal denetim olarak da ifade edilebilecek olan bu yargısal ve kurumsal çözüm şeklinin fiiliyattaki uygulayıcısı konumundadır. Ancak bu mahkemeler, yalnızca anayasal denetim göreviyle sınırlı rutin bir yargısal işlevi yerine getiren kurumlar olarak da görülmemelidir. Zira söz konusu mahkemeler aynı zamanda demokrasiyi mümkün kılan koşulların oluşması açısından 'kurucu-yapıcı' bir rolü de benimseyebilir, bu koşulların olası tehlike ve saldırılara karşı sürekliliğini sağlamak bakımından da 'koruyucu' bir işlevi haiz olabilir.

Ancak belirtmek gerekir ki demokratik bir siyasal sistemin hukuksal özünü oluşturan ve bir anlamda onun meşruiyet çerçevesini çizerek sürekliliğini sağlayan bir işlev ve role sahip olan anayasa mahkemeleri her zaman bu misyona uygun olarak hareket edemeyebilir. Demokratik niteliği haiz her ülkenin kendi özgün gerçekliği içinde farklılaşan bir serencama sahip olmakla birlikte anayasa mahkemelerinin normatif hukuk düzleminden çıkarak bazen siyasetin üstünde belirleyicilik iddiası taşıyan bir vesayet erki gibi davrandığı, bazen de siyasetin emrinde işlev gören güdümlü bir yapıya büründüğü antidemokratik örnekler de söz konusu olabilmektedir.

Yarım yüzyılı aşkın bir tecrübeye sahip olan Türk anayasa yargısının gelişim sürecinin olağan rol ve işlevlerinin dışında hareket ederek vesayet erkine dönüşen ya da siyaset güdümlü hâle gelen anayasa mahkemeleri için verilebilecek en uygun örneklerden birini teşkil ettiği söylenebilir. Gerçekten

1 Hekimoğlu, M. M. (2004). *Alman Hukuku Işığında Türk Anayasa Yargısının Hukuki Boyutları*, Ankara: Detay Yayıncılık, s. 2-3.

2 Hakyemez, Y. Ş. (2003). "Çoğunlukçu Demokrasi Anlayışı, Rousseau ve Türk Anayasalarına Etkisi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 52., S. 4., s. 72-74.

de Türkiye örneğinde 1961 Anayasası ile kurulan Anayasa Mahkemesinin kurumsal tarihi, normatif hukuk anlayışıyla izahı mümkün olmayacak tecrübelerle doludur. Aslında 1961 Anayasası'nın hazırlanma koşulları dikkate alındığında vesayet odaklı bir mekanizmanın kurgulandığı rahatlıkla iddia edilebilir. Türkiye Büyük Millet Meclisi ve yüksek yargı organlarının oluşumuna kadar bu düşünceyi destekleyen birçok örnek sunulabilir. Aynı şekilde 1982 Anayasası ile oluşturulan düzen için de benzer eleştiri ve tespitler yapmak mümkündür. Örneğin, 1982 Anayasası ile oluşturulan düzende Mahkemenin yargısal aktivizm bağlamında, dünyadaki örnekleri arasında oldukça uç bir noktayı temsil ettiği kabul edilmektedir. Bununla birlikte bahsi geçen süreçten itibaren yargısal aktivizmin ötesinde demokratik siyaset üzerinde vesayet mekanizması olarak yorumlanabilecek çok sayıda karara imza atılmıştır.

Bu bağlamda Anayasa Mahkemesi, özellikle 21. yüzyılın ilk çeyreğine dek süregelen konumu ve işleyişi itibarıyla hak ve özgürlükler aleyhinde ortaya çıkan aykırılıkları ortadan kaldıran ve demokratik siyasal sistemi tahkim eden bir hukuksal denetim makamı olmaktan çok, belirli bir ideolojik anlatının ve bu anlatı üzerine inşa edilmiş rejimin koruyuculuğunu üstlenmiş, âdeta onun sigortası olarak işlev görmüştür.

Bu sigorta uyarınca, demokrasilerin vazgeçilmez unsurları olan siyasi partiler, objektif ve somut kanıtlara dayalı evrensel normlar çerçevesinde değil de Türkiye'nin kendine özgü şartları bahanesiyle daraltılmış subjektif yorumlar doğrultusunda kolayca kapatılabilmiş, çok partili demokratik yaşam sekteye uğratılmıştır. Yine Anayasa Mahkemesi, 2007 yılındaki Cumhurbaşkanlığı seçimleri sürecinde aldığı ve Türk siyasal tarihine "367 garabeti" olarak geçen kararı ile demokrasi ilkesini ne denli sınırlı ve dar bir biçimde yorumladığını ortaya koymuş, gerektiğinde rejimin korunması uğruna demokrasiden ödün verilebileceğini savunan yasakçı bir zihniyetin temsilciliğini yapabilmiştir[3]. Anayasa Mahkemesi benzer saiklerle temel hak ve özgürlüklerin kullanımına ilişkin sınırlamaları savunmaktan da geri durmamış, örneğin TBMM'nin başörtüsü yasağını sona erdirmek amacıyla 2008 yılında kabul ettiği anayasa değişikliğini iptal ederek[4] yasakçı tutumunu sürdürmeye devam etmiştir. Mahkemenin bu türden kararları siyasal partilerin alanın daraltılmasından temel hak ve özgürlüklerin yorumlanış biçimine, siyasal iktidarın özgürlüklerin alanını genişletmek yönündeki düzenlemelerinden ekonomik uygulamalarına değin birçok alanda çok geniş bir vesayet kurumu gibi davrandığı yorumlarına neden olmuştur.

Tabii burada belirtmek gerekir ki Anayasa Mahkemesinin bu örnekler bağlamında kendisini ortaya koyan antidemokratik konumu ve işleyişini münha-

3 Turhan, M. (2007). "Anayasanın Hak Temelli Yorumu ve Anayasa Yargısı", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, C. 62., S. 3., s. 390-391.

4 Bkz.: AYM, E.2008/16, K.2008/116, 5/6/2008.

sıran ele almak bizi yanlış sonuçlara götürecek, olay ve olgular arasındaki ilişkilerin nedenselliğini doğru bir şekilde analiz etmemize engel olacaktır. Zira yukarıdaki örneklerin de dâhil olduğu benzeri kararların tamamı, askerî ve bürokratik vesayetin muhtelif araçlarla müdahale ederek kesintiye uğrattığı Türk demokrasisinin "*sorunlu geçmişi*" içinde ve geniş toplumsal kesimlerin muhalefetine rağmen alınabilmiştir.

Yasakçı zihniyetin tedavülde olduğu söz konusu geçmiş, ilgili dönemlerin sosyopolitik konjonktürü ve aktörlerine göre farklılaşan bir seyir izlemiş olsa da gerek tartışma konuları gerekse bu konulara ilişkin olarak dile getirilen iddia, tez ve talepler itibarıyla genelde aynı kalmıştır. Buradaki aynılık vurgusunu, gücünü halkın meşru iradesinden alan ve özgürlükçü siyaseti temsil eden demokratik aktörler ile kendisini rejimin koruyucusu olarak konumlandıran elit ve vesayetçi yapılar arasındaki mücadele olarak tanımlamak mümkündür.

Tabii bu mücadelenin aslında Türkiye'nin çok partili hayata geçtiği 1946 yılından beri süregeldiğini belirtmek gerekmektedir. Söz konusu mücadelenin karakteristiğini oluşturan tarihsel sürecin kökleri ise 19. yüzyılın başlarına, Osmanlı-Türk modernleşmesine kadar uzanmaktadır. *"Bu devlet nasıl kurtulur"* sorunsalı etrafında şekillenen Osmanlı-Türk modernleşmesinin temel motivasyonunu, ülkenin siyasal ve ekonomik olarak güçlenmesi, askerî, teknolojik ve idari anlamda zamanın gerekliliklerinin yakalanması ve böylelikle Batı karşısında kaybedilen üstünlüğün geri alınması ya da en azından defansif modernleşmeye girişen diğer toplumlar gibi Batı karşısında varlığını ve bağımsızlığını koruma hedefleri oluşturmuştur.

Ancak temel motivasyondaki bu ortaklığa rağmen söz konusu modernleşme süreci, yeknesak bir görünüm arz etmeyen ve kendi içinde farklı eğilimleri barındıran uzun soluklu ve rekabetçi bir siyasal/toplumsal arka plan içerisinde ilerlemiştir. Batı dünyası ile mücadele edebilmenin yolunun topyekûn Batılılaşmaktan geçtiğine inanan eğilimin zamanla ön plana çıkmaya başladığı bu modernleşme sürecinin neticesinde entelijansiya ile geniş halk yığınları arasında epistemolojik ve ontolojik nitelikli bir kırılma yaşanmıştır. Öyle ki modernleşme süreci âdeta bir tarafında "*müdahaleci*" ve "*dayatmacı*" karakteriyle değişimi temsil eden kültürel elitlerin bulunduğu, diğer tarafında ise "*gericiliği*" ve "*gelenekçiliği*" temsil eden geniş halk yığınlarının olduğu entelektüel bir çatışma alanına dönüşmüştür.

Osmanlı-Türk modernleşmesinden tevarüs edilen entelektüel düzeydeki bu çatışma alanı Türk siyasal hayatının Cumhuriyet Dönemi'ndeki serencamını da belirlemiş, 14 Mayıs 1950 seçimlerine kadar süren 27 yıllık tek-parti iktidarının 'halka rağmen halk için' şiarıyla özetlenebilecek olan yönetim anlayışına yön vermiştir. Temel hak ve özgürlüklerin ihlaline kadar uzanan ve

geniş toplumsal kesimler nezdinde derin bir kimlik bunalımının oluşmasına yol açan bu anlayış karşısında, halk çoğunlukla pasif fakat kararlı bir direniş sergilemiş ve bulduğu her fırsatta söz konusu anlayışın demokratik yöntemlerle değişmesi yönünde güçlü bir irade ortaya koymuştur. Çok partili siyasal hayatımızın demokratik nitelikteki ilk seçimi olan ve Demokrat Partiyi iktidara taşıyan 14 Mayıs 1950 seçimlerini bu değişim arzusunun ilk örneği olarak görmek mümkündür.

Söz konusu tarih, aynı zamanda entelektüel düzeyde yaşanan ve çoğunlukla siyasal iktidarın sağladığı avantajlardan neredeyse bütünüyle yoksun bırakılmış geniş toplumsal kesimlerin aleyhine gelişen kültür ve ideoloji çatışmasının reel-politik alana taşındığı önemli bir dönüm noktasını da oluşturmuştur. *"Gerici"* olmakla itham edilen halkın değişim arzusunu yansıtan meşru ve demokratik iradesi ile *"avangard"* vasfıyla öne çıkan ve fakat gerçekte statükoyu temsil eden kültürel elitlerin vesayetçi anlayışı arasındaki mücadele ve rekabet artık yeni bir düzeye taşınmıştır.

Ne var ki tek parti iktidarının sağladığı ayrıcalıkları kaybetmek istemeyen kültürel elitler, bu mücadele sürecini toplumsal ikna ve rızanın devşirilmesine dönük demokratik bir rekabet alanı olarak görmemiş; ilki 27 Mayıs 1960'ta gerçekleşen ve 21. yüzyılın başlarına dek neredeyse her on yılda bir tekrarlanan askerî darbe, muhtıra ve benzeri müdahale araçlarıyla *"kendi iktidarlarının"* sürekliliğini sağlama çabası içinde olmuştur. Demokratik seçimlerle ortaya çıkan halkın meşru iradesi, her seferinde yeni bir "*balans ayarına*" tabi tutulmuş ve demokrasi sekteye uğratılmıştır.

Sivil ve/veya askerî bürokratik vesayetin konvansiyonel ya da postmodern nitelikli tüm müdahale araçları ile halkın demokrasi talebi arasındaki bu mücadelenin en çetin ve uzun soluklu kısmını ise 3 Kasım 2002 seçimleriyle iktidara gelen ve 20 yılı aşkın süredir kesintisiz bir şekilde devam eden AK Parti dönemi oluşturmuştur. AK Parti, gerek Recep Tayyip Erdoğan'ın şahsında somutlaşan rasyonel ve karizmatik liderlik becerisi gerek ulusal ve uluslararası konjonktürün kendisine sağladığı avantajları yönetme kapasitesi ve gerekse de arkasına aldığı güçlü halk desteği sayesinde vesayetçi yapı ve aktörlerin statükoyu koruma ve demokratik kazanımları tasfiye etme yönündeki müdahalelerini boşa çıkarmayı başarmıştır.

Ancak altını özenle çizmek gerekir ki AK Partinin en büyük başarısı, demokratik sistemin işleyişini askıya almaya dönük gelişmeler karşısında ortaya koyduğu cesur ve kararlı tavır değildir. Buradaki gerçek başarı, demokratik sivil siyasetin vesayetçi paradigma karşısındaki üstünlüğünün geri dönülemez bir şekilde ve kurumların da dönüşümünü ihtiva edecek biçimde perçinlenmiş olmasıdır.

Kurumların demokratik dönüşümünü gösteren örneklerin başında, geçmişte ifa ettiği görev ve sorumluluklar bakımından âdeta vesayetçi paradigmanın yargısal düzeydeki sigortası gibi işlev gören Anayasa Mahkemesi gelmektedir. Kuşkusuz ki Anayasa Mahkemesinin kuramsal, kurumsal ve aktörler düzeyindeki dönüşüm süreci, Türkiye'nin hem nicel hem de nitel göstergeler açısından gelişmesini sağlayan insan hakları odaklı ve demokratik temelli kalkınma programının yargısal alandaki tezahürü olarak yaşanmıştır.

Bu süreç; AK Parti iktidarlarının tamamına yayılan genel bir yönelim olarak ekonomiden siyasete, eğitimden sağlığa, gençlikten spora, adaletten kültüre dek hemen her alanda kendisini hissettiren hak ve özgürlük temelli bir anlayışın oluşmasına imkân tanımıştır. Bir başka deyişle, ekonomik ve siyasal düzeyde yaşanan çok yönlü gelişmelere koşut olarak hak ve özgürlükler alanında da hiçbir odak, yapı ve aktörün kendisini dışında tutamayacağı ya da en azından karşısında konumlandırmayacağı güçlü bir toplumsal talep ve bilinç oluşmuştur. Hak ve özgürlük bilincine dayalı olarak gelişen bu toplumsal talep; vesayetçi paradigmanın etkisi altında şekillenmiş olan siyaseti ve siyasal kurumları olduğu kadar yargıyı, üniversiteleri, medyayı, sivil toplum kurumlarını da içeren bütüncül bir değişim perspektifiyle, demokratikleşme sürecinin tedricî bir şekilde de olsa sürmesini mümkün kılmıştır.

Türkiye'nin yarım yüzyılı aşkın demokrasi deneyimine musallat olan militarizmin sivil siyaset alanındaki tahakkümünü sona erdirerek tam ve ileri demokrasi idealini gerçekleştirme amacına odaklanan bu sürecin 'tedricî' vasfıyla izahını gerekçelendirmek için kullanılacak ana nedeni, yerleşik paradigmanın değişimini engellemeye dönük statükocu direnç olarak ifade etmek mümkündür. AK Partinin iktidara geldiği ilk günden başlayarak devam eden bu statükocu direncin askerî, sivil ve yargısal alanda tezahür ettiği çok sayıda somut örnek bulunmaktadır. Planlama aşamasında kalan Ayışığı ve Sarıkız girişimleri, sivil iktidara dönük andıç niteliğindeki 27 Nisan e-muhtırası ve nihayetinde 15 Temmuz 2016 tarihindeki fiilî darbe teşebbüsü statükocu direncin askerî alandaki yansımalarıdır. Siyasal tarihimize *"Cumhuriyet Mitingleri"* ve *"Gezi Parkı olayları"* olarak geçen ve zamanla toplumsal kalkışma hareketlerine dönüşen hadiseler de statükocu direncin sivil alandaki mücadelesine denk düşmektedir. AK Partinin kapatılma davası ve 17-25 Aralık girişimleriyle örneklendirebileceğimiz süreçleri ise yargısal alandaki direnç ve bir nevi darbe teşebbüsleri olarak nitelendirmekte bir beis yoktur.

Tabii militarist anlayış ile sivil siyaset arasında yaşanan asimetrik mücadeleleri içeren tüm bu süreçler, geniş toplumsal kesimlerin desteğini arkasına alan siyasal iktidarın kararlı ve cesur duruşu sayesinde halkın meşru iradesi lehine sonuçlanmış ve Türkiye geri döndürülemez bir şekilde demokrasi rotasına girmiştir. Türkiye'nin yeni rotası, yukarıda da izah edildiği gibi yalnız-

ca hükûmetin siyasal ve ideolojik yönelimlerinden kaynaklanan konjonktürel bir tercih değil, aynı zamanda kitlesel düzeyde karşılık bulan ve devlet kurumlarının dönüşümünü de ihtiva eden bütüncül bir zihniyet dönüşümüne tekabül etmektedir.

Söz konusu zihniyet dönüşümünün en belirgin şekilde yaşandığı kurumların başında ise Anayasa Mahkemesi gelmektedir. Sadece AK Parti hükûmetleri dönemindeki 20 yıllık kısa tarihinin incelenmesi bile Anayasa Mahkemesinin ne denli radikal bir demokratik dönüşüm sürecinin içinde olduğunun anlaşılması bakımından kâfidir. Anayasa Mahkemesinin AK Partinin ilk 10 yılı boyunca sergilediği genel kurumsal duruşu, bazı üyelerinin kişisel tutumları ve muhtelif olaylar karşısındaki istisnai tavırları hariç olmak üzere, yasakçı zihniyetin yargısal güvencesini sağlamaktan ibaret bir sigorta işlevi olarak değerlendirmek mümkündür. Aynı Mahkeme, AK Parti iktidarının ikinci 10 yılında ise hak ve özgürlüklerin hukuksal düzeydeki en büyük ve en güçlü koruyucularından biri hâline gelmiş; demokratikleşme sürecinin derinleşmesine katkı sunan yerleşik bir yargısal kültürün inşası için çabalayan öncü bir kuruma dönüşmüştür.

Anayasa Mahkemesinin paradigmatik düzeyde yaşadığı bu dönüşüm, bir yanıyla Türkiye'nin bütününe yayılan demokratikleşme sürecinin yargısal alandaki kaçınılmaz ve doğal tezahürü olarak gelişmiştir. Öte yandan bu süreci besleyecek şekilde mahkemenin demokratik dönüşümü muhtelif reformlarla da desteklenmiş ve yargısal denetim vasfı tahkim edilmiştir. 2010 yılında yapılan referandum ve sonrasındaki yasal düzenlemelerle Mahkemenin yapısı ile çalışma usullerinde değişikliğe gidilmiş, üye sayısı artırılmış ve temel hak ve özgürlüklerin korunması bakımından stratejik bir önemi haiz olan bireysel başvuru hakkı getirilmiştir. Bu hakkın anayasal anlamda sağlanmış olması, bir yandan Anayasa Mahkemesinin asli fonksiyonuna evrilmesine hizmet etmiş diğer yandan da uluslararası alanda Türkiye'ye yönelik ihlal başvuru ve eleştirilerini de önemli oranda azaltmıştır.

Böylece Anayasa Mahkemesinin yalnızca kurumsal yapısı ve işleyişi değil aynı zamanda üye profili de ciddi bir değişikliğe uğramış ve demokratikleşme süreci de hız kazanmıştır. Nitekim söz konusu değişiklikleri müteakiben yaşanan süreçte Anayasa Mahkemesi, ne geçmişte olduğu gibi siyasal iktidarın üzerinde bir tahakküm aracı olmaya çalışmış ne de onun istek ve çıkarları doğrultusunda hareket eden güdümlü bir yapı gibi hareket etmiştir. Anayasa Mahkemesi bu yeni konumuyla demokratik süreçleri destekleyen bir hüviyete bürünmüş, evrensel hukuk ilkeleri ve değerleri doğrultusunda yargısal denetim yetkisini yerine getirmeye başlamıştır.

Anayasa Mahkemesinin 2010 yılını müteakiben başlayan bu yeni döneminde herhangi bir siyasi parti kapatılmadığı gibi elan devam eden Halkların

Demokratik Partisi (HDP) davası da büyük bir titizlikle ve davanın görülme süreci herhangi bir hak ihlaline sebebiyet vermeyecek ve kapatmayı son çare olarak düşünen bir anlayış içinde görülmeye devam etmektedir. Yine bu dönemde, laiklik ilkesine aykırılık teşkil ettiği gerekçesiyle savunulan başörtüsü yasağı tam tersi bir kararla ve yasakçı zihniyete ders niteliğindeki bir gerekçeyle mahkûm edilmiş, laiklik ilkesinin din özgürlüğünün güvencesi olduğu belirtilmiştir.[5] Ayrıca kişilerin, temel hak ve özgürlüklerinin kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddiasıyla yaptığı bireysel başvurular da, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi başta olmak üzere Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmeler uyarınca ve evrensel kriterler eşliğinde incelenmekte ve olası mağduriyetlerin önüne geçilerek demokratik hukuk devleti niteliği belirgin biçimde ön plana çıkan ülkemizde artık Anayasa Mahkemesinin gerçek anlamda hak ve özgürlüklerin güvencesi olduğu pratikte de kendisini göstermektedir.

Bu örneklerin de gösterdiği üzere Anayasa Mahkemesinin normatif hukuk düzleminde konumlandığı ve kararlarını da bu paralelde aldığı yeni dönemi, Türkiye'nin uzun yıllara yayılan ve hâlihazırda devam eden demokratikleşme sürecine büyük katkılar sunmuştur ve sunmaya da devam etmektedir. Zira Anayasa Mahkemesi, her ne kadar yargısal denetim yetkisiyle sınırlı rutin bir görev ve sorumluluk alanına sahip olsa da temsil ettiği konum ve aldığı kararların etki alanı itibarıyla bireyselden toplumsala dek uzanan çok daha geniş bir tesir sahasına sahiptir. Bu tesir, demokratik toplum düzeninin sürekliliğini sağlamak bakımından hayati önem taşıyan ve esasında devletlerin de varlık nedenini oluşturan adalet ilkesinin vicdanlarda bulduğu karşılığın ta kendisidir.

Sonuçta, Anayasa Mahkemesinin evrensel anlamda bir insan hakları koruyucu vasfı sağladığını iddia etmek güç olsa da bilhassa son on yılda bu anlamda ciddi bir mesafe kat ettiğini kabul etmek gerekir. Bu yönüyle Yüksek Mahkemenin yasakçı ve vesayetçi yaklaşımdan özgürlükçü bir yaklaşıma doğru paradigma değişikliği içinde olduğunu rahatlıkla ifade edebiliriz. Açıkça gözlemlenebilen bu eğilimin uluslararası alanda hem Türkiye'nin demokrasi ve insan hakları konusundaki özgürlükçü konumunu güçlendirdiğini ve hem de Mahkemenin muadilleri arasındaki saygınlığını artırdığını ifade etmek gerekir. Ancak bu sürecin kesintiye uğramadan devam etmesi Türkiye'nin demokratik hukuk devleti vasfının kurumsallaşması açısından oldukça elzemdir.

5 Bu konudaki içtihat değişikliğini kanunların Anayasaya uygunluk denetiminde ve bireysel başvuru incelemelerinde ortaya koyan iki önemli karar için bkz.: AYM, E.2012/65, K.2012/128, 20/9/2012; *Tuğba Arslan* [GK], B. No: 2014/256, 25/6/2014.

KAYNAKLAR

HEKİMOĞLU, Mehmet M. (2004). *Alman Hukuku Işığında Türk Anayasa Yargısının Hukuki Boyutları*, Ankara: Detay Yayıncılık.

HAKYEMEZ, Yusuf Şevki (2003). "Çoğunlukçu Demokrasi Anlayışı, Rousseau ve Türk Anayasalarına Etkisi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 52., S. 4., ss. 69-92.

TURHAN, Mehmet (2007). "Anayasanın Hak Temelli Yorumu ve Anayasa Yargısı", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, C. 62., S. 3., ss. 379-404.

AYM, E.2008/16, K.2008/116, 5/6/2008.

AYM, E.2012/65, K.2012/128, 20/9/2012.

Tuğba Arslan [GK], B. No: 2014/256, 25/6/2014.

Prof. Dr. Ahmet Ulvi TÜRKBAĞ
(İstanbul Medipol Üniversitesi Öğretim Üyesi)

İNSAN VARLIĞININ VE HAYSİYETİNİN TEMİNATI OLARAK HUKUKUN ÜSTÜNLÜĞÜ

"Karanlıktan korkan bir çocuğu tabii ki mazur görebiliriz. Hayatın gerçek trajedisi yetişkin kişilerin aydınlıktan korkmasıdır."

Sokrates

"Cehennemdeki en karanlık yerler, ahlaki kriz zamanlarında tarafsızlığını koruyanlar için ayrılmıştır."

Dante Alighieri

Takdim

Siyasal düşünceler tarihi kanla yazılmıştır ama özgürlük beyannameleri ile hukuki ilkelerin ve kurumların tarihsel sıralaması şeklinde sanki hiç büyük ihlaller, ihanetler, katliamlar, geriye dönüşler ve aldatmalar yaşanmıyormuş gibi bir ilerleme, medenileşme süreci olarak sunulur. Önemli olanın elde edilen ilerleme ve gelişmeler olduğu düşünülür. Bu düşünce ancak ve ancak hak, özgürlük ve adalet ilkelerinin ve kurumlarının ardında yatan ve onların nedeni ve meşruiyet kaynağı olan insanlık dışı kanlı tarihi unutmamak şartıyla doğrudur çünkü yıllar hatta yüzyıllar geçtiğinde menfaatleri tarafından köreltilen, bu insanî ilkelerin önemini anlamaktan aciz kimselerin sesleri yükselecek ve müdafilerin itirazlarını kolaylıkla bastırabilecektir.

Unutulmamalıdır ki sesi gür çıkanlar, bağıranlar zannedildiği gibi haklı değildirler ve hukuku çiğnemek isteyenlerin, bahanelerinin altında daima tek bir amaçları vardır: Belirli bir çoğunluğun, azınlığın, dinin, mezhebin, kabilenin, ırkın, nasıl ayrımcılığa maruz bırakılırsa bırakılsın kişilerin, grupların, zümrelerin, sınıfların, halkların, sonuçta insanların haklarını çiğnemek!

1. Cumhuriyet mi? Demokrasi mi? Anayasal Denetim Üzerine Bir Tartışma

"Bayan Powel (Benjamin) Franklin'e sordu: Bizim için ne tür bir yönetim

öngördünüz Dr. Franklin, bir cumhuriyet mi yoksa bir monarşi mi?

Franklin cevapladı: ***Bir Cumhuriyet, eğer koruyabilirseniz?"***[1]

1 18 Eylül 1887'de Philadelphia'deki Anayasa Konvansiyonu'nda Bayan Powel'ın, Benjamin Franklin'e sorduğu soruya Franklin'in cevabını o dönem Maryland delegesi olan James

Bugün Franklin'in endişesinin gerçekleşmek üzere olduğunu görmek üzüntü vericidir! Sadece çok bilinen örnekler olması nedeniyle gerek Trump'ın 6 Ocak 2021'deki provokatif ifadesi üzerine Capitole'ün (yasama meclis binasının) işgali[2] ve yine Trump'ın desteği sayesinde Texas valisi Greg Abbott'un, Supreme Court'un jiletli sınır telleriyle ilgili kararının arkasından dolanmaya çalışması[3] gerekse 18 Ekim 2023'te Biden'ın İsrail Savaş Kabinesi toplantısına şahsen katılması ve devamında Hamas'ın saldırısı ne olarak nitelendirilirse (terör eylemi ya da değil) nitelendirilsin *yalnızca İnsancıl hukuka ve orantılılık ilkesine aykırı yürütülen katliamın soykırıma varmasına rağmen ABD tarafından açıkça desteklenmesi, Birleşik Devletleri'nin 'kurucu babalarına'[4] (founding fathers) sadık kalmadığını açıkça göstermektedir. Tabii ki bu tehlike yalnızca Birleşik Devletler için söz konusu değildir.* Bir yönetim şekli olarak cumhuriyet; demokrasinin, demagojiye dönmesini yani manipüle edilmiş kitleleri kullanan iktidarın, rejimi çoğunluğun diktatörlüğüne çevirmesini, anayasalar (eski ve daha açıklayıcı bir ifadeyle esas teşkilat kanunları) ve diğer temel metinler ile önlemeye çalışan insan haklarının dolasıyla haysiyetinin korunduğu bir rejimdir.

Demagoji ise deyim yerindeyse demokrasinin aynadaki aksidir. Ortak noktaları halkın desteğinin elde edilmesidir. Demokrasi bu desteği çoğulcu bir toplumsal yapı içinde belirli siyasi teamüller, etik ve hukuki kurallarla sınırlı olarak elde etmeye çalışırken; demagoji bu desteği siyasi teamüllere, etik hatta hukuki kurallara aldırmaksızın bilimsel verileri ve yöntemleri kullanarak kitlelerin manipüle edilmesi, kandırılması gibi mümkün olan her yolla, elde etmeye çalışır. Halk kitlelerinin, eski ve pejoratif bir ifadeyle kalabalıkla-

---

McHenry'nin günlüğüne kaydetmiş ve günümüze ulaştırmıştır. www.teamlaw.net/arepublicifyoucankeepit.html, (Erişim Tarihi: 21/1/2024)

2 Trump'ın 6 Ocak 2021'deki konuşmasındaki: "Çılgınlar gibi savaşmazsanız, artık bir ülkeniz olmayacak." İfadesi sonucu ağır silahlı kalabalık Capitole'u işgal etmişti. Bu saldırı "… yalnızca yasama meclisi binasına (Capitole) değil, **demokrasiye ve hukuk devletine yapılmış bir saldırı**…" olarak yorumlanmıştı (https://www.americanoversight.org/investigation/the-january-6-attack-on-the-u-s-capitol, (Erişim Tarihi: 21/1/2024)) ancak bugün Trump halen, en büyük rakibinin de yarıştan onun lehine çekilmesiyle, ABD'nin en güçlü iki başkan adayından biridir.

3 Uyuşmazlık konusu Texas eyaletinin (federe devletinin) valisi (başkanı) Abbott sınıra, *Rio Grande* nehrinin kıyısına Meksika'dan gelen kaçak göçmenlere engel olmak için gerilen jiletli tellerin Federal Hükümet tarafından kaldırılabilip kaldırılamayacağı ile ilgilidir. 5. Bölge Mahkemesi'nin (5th Circuit) "Federal Sınır Muhafızlar'nın telleri acil tıbbi nedenler dışında kesemeyeceğine" ilişkin Texas lehine verdiği kararı Supreme Court kaldırmıştır. Sorun bitmiş değildir. Supreme Court'un kararının hemen ardından Sınır Muhafızları'nın komutanı sınırdaki konumlarını koruyacaklarını yalnız telleri kesmeyeceklerini ifade etmiştir. Federal Hükümet'e, Biden'a bağlı olan bu gücün böyle bir açıklama yapması gerçekten ilginçtir. Ardından 25 Eyalet Texas'ı destekleyen bir deklarasyon yayınlamışlardır. https://www.latimes.com/opinion/story/2024-01-29/opinion-heres-whats-at-stake-in-texas-dispute-with-the-federal-government-over-the-border, (Erişim Tarihi: 29/1/2024)

4 Temel figürler: George Washington, Thomas Jefferson, John Adams, Benjamin Franklin, Alexander Hamilton, John Jay ve James Madison'dan ibarettir.

rın, 'karga ile tilki' fablına benzer biçimde abartılı bir övgü ile hırs ve tutkuları sömürülmek için coşturularak demagogun aracı durumuna getirilirler. Bu anlamda Trump'ın emriyle Capitole'ü işgal eden ağır silahlı kalabalıkla eski jurnal (haber) filmlerinde Hitler'in her cümlesinin ardından kollarını kaldırarak *"Heil Hitler"* diye bağıran kitleleri hatırlamak yeterlidir. "Demagoglar, yerleşik siyasi davranış normlarını devirirler ya da bunu yapmayı vaat ya da bununla tehdit ederler"[5].

İşte demokrasinin demagojiye dönme tehlikesi genç Birleşik Devletler'e giden genç Tocqueville'in 'çoğunluğun despotizmi' kavramı ile birlikte düşünüldüğünde siyasi bir rejim olarak cumhuriyetin neden demokrasiye üstün tutulduğu anlaşılabilir çünkü cumhuriyet hem demokrasinin özündeki değere yani halkın yönetime çeşitli yollarla etki etmesine yer verir hem de anayasalar, diğer temel metinler teamüllerle demagoji ve çoğunluğun despotizmini önleme yollarını içerir.

Yukarıdaki epigrafta cumhuriyet rejimine bu değerin verilmesinin kaynağı aslında demokrasinin yanlış anlaşılması, daha doğrusu *arkaik(!) ve indirgemeci bir demokrasi anlayışının benimsenmesidir.* Neden arkaiktir? Eski Yunan siteleri 2.500 yıl önce köle ve yabancıları hatta kadınları siyasi alandan dışladıklarında, insanlık vasfında eksiklik görerek(!) bu grupları haklarından mahrum ettiklerinde belki 'çağlarına uygun' davrandıkları söylenebilir. Bu ifade onların yaptıklarını meşrulaştırmak (etik olarak haklı olduklarını ileri sürmek) için değil fakat o çağın şartlarında genel olarak 'yapılanı yaptıkları' (mutada uydukları) için anlaşılabilirdir. Bugün demokrasiyi bu çerçevede kabul etmek kesinlikle mümkün değildir. "*Demokrasinin gücü, saygınlığı ve en önemlisi etik olarak diğer rejimlerden üstün olması çoğunluğa verdiği değeri her tür sabit ya da geçici azınlığa, muhalefete de vermesinden kaynaklanmaktadır."* Tarihsel olarak baktığımızda demokrasi mücadelesi bir hak ve özgürlük mücadelesidir. Çoğunluğun özel bir değeri olduğu için değil(!) krallar, diktatörler, müstebitler, kişisel hâkimiyeti üstün tutan rejimler kitleleri (çoğunluğu) daima sefalete sürükledikleri ve haklarından mahrum ettikleri için çoğunluğu gözeten demokrasi etik değere sahiptir. Vurgulanması gereken nokta, "*Tıpkı yukarıda sayılan hak çiğneyen kişilerin ve grupların iktidar olduğu demokratik olmayan rejimler gibi çoğunluğun da hakları ihlal ettiği, hukukun kurucu ilkeleriyle ve anayasal, temel metinlerle sınırlanmadığı bir rejimin kesinlikle demokrasi olmadığıdır"* çünkü demokrasinin iki kutbu vardır[6]:

5 Singer, M. (2009). *Demagogue: The Fight to Save Democracy From Its Worst Enemies*, New York: Palgrave Macmillan, s. 35.

6 Tabii ki üzerinde konsensüs olan bir demokrasi tanımı bulmak mümkün değildir ama metinde sayılan iki şartın asgari ve arketipik olduğu kanısındayım bunlara sayısız eklemeler yapılabilir: örneğin iletişim özgürlüğü, ademi merkeziyet vb. ancak biri olmadığında demokrasiden söz etmek yalnızca bir aldatmaca olabilir.

- İktidarın, halk tarafından belirlenmesi, etkilenmesi ve denetlenmesi ki bu tarihsel kökeni ifade eder (Burada Başkan Lincoln'ın tanımını hatırlanmalıdır.)[7].
- İnsan hak ve özgürlüklerinin hukuken ve fiilen güvence altında olması ki bu da tarihsel hak ve özgürlük mücadeleleri sürecinde şekillenmiştir.

"Demokrasinin onsuz olmaz (sine qua non) şartları saptanırken unutulmaması gereken hukuk devleti olmadan demokrasi olamayacağıdır, bunun aksi de doğrudur yani demokratik olmayan rejimler hukuk devleti de olamazlar." Genelde, ulusal ve uluslararası doktrinde hukuk devletinin şeklî bir ilke olduğu düşünülüp hem mantıki hem de pedagojik açıdan demokrasiden ayrı anlatılması gerektiğine inanılır(!) *oysaki çok basit, yalın ve tarihin istisnasız olarak gösterdiği bir gerçeği, iktidarı, antidemokratik bir rejimde hukukla sınırlamanın mümkün olmadığı gerçeğini görmek yeterlidir.*

Hukuk devleti de tıpkı demokrasi gibi iki temel şartın üzerine yerleşir[8]:

- Bir hukuk düzeninde, bir ülkede yaşayan herkesin istisnasız aynı hukuk kurallarına tabi olması yani kanun önünde eşitlik ile onun bir adım ötesi olan "*herkes için adalet*" (justice for all) ilkeleri.
- Yine istisnasız olarak tüm devlet faaliyetinin bağımsız ve tarafsız yargı organları eliyle denetlenmesi[9].

Bu iki ilkenin hayati önemi aslında onların ayrılmalarının imkânsız olduğu gerçeğinin de temelinde yer almaktadır. Bunların ayrılmaya çalışılması her ikisi de işlevsizleştirecek ve o ülke halkının haklarının resmen muhafaza edilseler dahi fiilen ortadan kalmasına sebep olacaktır.

Yukarıdaki akıl yürütme biçimine ciddi itirazlar ileri sürülmüştür. Burada kendilerini radikal demokrat olarak niteleyen görüşler, demokrasinin özü ve yine yukarıda belirtildiği gibi tarihsel olarak iptidai biçimi olan "çoğunlukçuluğa" (En azından o zaman tam hukuki şahıs kabul edilen erkeklerin çoğunluğuna yoksa kadınlar, köleler ve yabancılar hesaba katılmadığı için halkın çoğunluğuna değil(!)) getirilen her sınırlamayı demokrasinin özüne aykırı

7 Lincoln'ın, Gettsburg konuşmasında ifade ettiği demokrasi tanımı: "…government of the people by the people and for the people…" https://web-archive-2017.ait.org.tw/infousa/zhtw/DOCS/whatsdem/whatdm2.htm, (Erişim Tarihi: 22/2/2024)

8 Demokrasi kavramında olduğu gibi burada da üzerinde uzlaşılan bir tanım bulunmamaktadır. Yine bu iki noktanın asgari olduğu ve diğer eklenenlerin bunlar olmaksınız işlevsiz kalacağını düşünüyorum.

9 Milli güvenlik buna istisna olarak görülmektedir. Bu alan ancak ve ancak devletlerin karşılıklı anlaşmalarıyla, Kant'ın Evrensel Barış rüyasının (eski Türk geleneğinde doğudan batıya uzanan yayın) bir ölçüde gerçekleşmesiyle, çözülebilir ama ne yazık ki şartlar aksi yöne doğru tehlikeli bir eğilimi ve gidişi göstermektedir.

olarak görüp niteledikleri için şiddetle karşı çıkmışlardır. Oysaki kimin ezdiği ve kimin ezildiği tıpkı sömüren ve sömürülenin kim olduğunun önemli olmaması gibi bizatihi kötüdür. Burada tüm insanlık tarihinin son derece açıklıkla gösterdiği gerçek: Baskının, sömürünün, her tür diktatöryal rejimin mağdurlarının kimliği, etnisitesi inancı ya da mezhebi önemli değildir çünkü hem kendi iç işleyişleri etik ilkelere aykırıdır hem de insani ve ahlaki olanı sonuna kadar reddeden bir sosyal ortam yaratırlar. Çoğunluğun despotizmi de kesinlikle yukarıdaki tespite bir istisna değildir ama arkaik demokrasi iddialarının mantıksal düzeyini tartışmamak demokratik bir yaklaşım olmayacaktır.

2. Demokratik Bir İkilem Olarak Yasamanın ve Yürütmenin Yargısal Denetimi

> *"Kuvvetler ayrılığının olduğu bir yönetimde iktidarın farklı bölümlerini dikkatle inceleyen herkes, **yargının doğası ve işlevleri gereği**, Anayasadaki siyasi **haklar açısından her zaman en az tehlikelisi** olduğunu idrak eder çünkü onlara tecavüz etme ya da onları çiğneme kapasitesi en az olanıdır. Yürütme sadece onurları dağıtmakla kalmaz toplumun kılıcını elinde tutar. Yasama sadece bütçeyi düzenlemekle kalmaz, her vatandaşın ödevlerini ve haklarını düzenleyecek olan kuralları belirler. Yargının aksine ne kılıç ne de bütçe üzerinde bir etkisi vardır; toplumun gücünü ya da refahını yönlendiremez ve hiçbir aktif müdahalede bulunmaz. Gerçekten denilebilir ki, ne güce ne de iradeyi sahiptir, yalnızca hüküm verebilir ve kararlarının etkinliği için dahi nihai olarak yürütme organının yardımına muhtaçtır."*
>
> Alexander Hamilton,
> 78th Federalıst[10]

Bir dönem kamuoyunda seçilmiş-atanmış tartışması biçiminde ortaya çıkan bu mesele aslında teorik bir indirgemeciliğin sonucudur. Demokrasin arkaik formunun ürünü olan ve demokrasiyi yalnızca çoğunlukçuluğa indirgeyip insan hak ve özgürlüklerini demokrasinin dışına iten bu anlayışın tamamen yanlış ve sonunda sözde savunduğunu kavramla dahi çelişik, tutarsız olduğu yukarıda kısaca izah edildi. Bu başlıkta kadim bir mesele olan, "*çoğunluğun seçilmiş temsilcilerinden oluşan yasama ve yürütme erkinin nasıl olup da atanmış hâkimler tarafından denetlenebildiği meselesi ki, daima çoğunlukçu (çoğulcu değil!) demokrasi anlayışında tartışma konusu olmuştur"* ele alınmıştır.

Aslında aynı mantıkla düşünüldüğünde, bu itiraz yalnızca anayasa yargısı (anayasal denetim) için değil temel görevi en geniş anlamda yürütmeyi, ida-

10 Bickel, A. (1986). *The Least Dangereus Branch*, New Haven: Yale Uni. Press, s. V.

reyi denetlemek olan idari yargı için de geçerlidir. İdari yargının bir avantajı, anayasa yargısı gibi siyasi kimliklerle doğrudan karşı karşıya gelmek yerine siyasi kararların uygulanma sonuçlarını yani idari karaları denetlemesidir. Tabii ki bunun, ülkemizdeki yakın örneklerde görüldüğü gibi istisnaları da vardır. Bu konudaki temel itiraz ya da mesele aşağıdaki mantıksal adımlarla ifade edilebilir:

1. Demokrasi temelini, bir halkın sayıca çoğunluğunun seçtiği temsilcilerin (aslında özgün şekliyle doğrudan çoğunluğun) o halkın kaderini belirleyecek kararları alması ve politikaları uygulaması oluşturur (rızai yönetim).
2. Buna çoğunlukçu rejim denir ve doğru ya da yanlış toplumun ve ülkenin kaderi bu kararlarla belirlenir ki kararları alanlar bir sonraki seçimde siyasi sorumluluklarıyla yüzleşirler yani seçmenleri onların karar ve uygulamalarından memnuniyet duymamışlarsa onlara bir daha kamu görevini ve yetkisini vermezler.
3. Çoğunluk tarafından seçilmiş olmadığı gibi yukarıda sözü edilen siyasi sorumluluğu da olmayan (halka seçimde hesap vermesi söz konusu olmayan) hâkimlerden oluşan bir anayasa mahkemesinin çoğunluğun seçilmiş temsilcilerinin oluşturduğu bir meclisin çıkardığı yasal düzenlemeleri iptal etmesi ya da etkisiz kılması, bu anlamda çoğunlukçu demokrasi ile bağdaşmaz.

Yukarıdaki akıl yürütme özellikle yasama ve yürütmenin radikal değişiklikler yapmak istediği, genelde ekonomik ya da sosyal kriz dönemlerinde sıklıkla dile getirilmektedir. Konuyla ilgili klasikleşmiş **En Az Tehlikeli Erk** adlı eserin sahibi olan Bickel yargı erkinin yüzleşmek zorunda kaldığı bu durumu, "çoğunluk karşıtı zorluk – counter-majoritarian difficulty" olarak adlandırmakta ve yargı erkini bu normal dışı görünümü (çoğunluğun rızasına dayanmaması), çoğunluk karşıtı bir kurum olması nedeniyle "atipik bir erk – a deviant power" olarak nitelemektedir. Bu nitelemede, seçilmişlerin önlerindeki seçilme endişesi karşısında, Amerika'da hâkimlerin, uzun süreli ya da ömür boyunca görevlendirilmelerinin de rolü vardır.

'Özetle yasamanın ve yürütmenin yargısal denetiminin temelindeki mesele seçilmiş temsilcilerin belirlediği politikaların ve çoğunluğun yönetimi ilkelerinin karşısında bireysel haklar ve hukuk devleti ilkelerinin bulunmasıdır. Bu, tamamı hayati olan ve terkedilmesi mümkün olmayan ilkeler grubunun çatışma noktasını ise anayasal denetim oluşturmaktadır. '

Anayasal denetim aleyhinde ve lehinde ileri sürülen en temel iddiaları kısaca incelemek konunun çözümlenmesi açısından yararlı görünmektedir.

a. Çoğunlukçuluk Lehinde, Yargısal Denetime Karşı İleri Sürülen Temel İddialar:

i. Orta Çağ'ın dinî meşruiyet anlayışı, iki kılıç doktrini yerine getirilen ve neredeyse dinî anlayıştan daha çok mistifiye edilen "halkın sesi hakkın sesi- Vox populi, vox Dei", özdeyişiyle de sloganlaştırılan çoğunlukçuluk, seçilmemiş hâkimlerin çoğunluğun iradesini yansıtan yasaların önünü kesebilmesini son tahlilde demokrasinin altını oyan tehlikeli bir mekanizma olarak görmektedir.

ii. Hâkimlerin görevi kesinlikle yasaları ve anayasayı yorumlamak ve anayasaya uygunluğu denetlemekle sınırlıdır ama uygulamada pekâlâ anayasayı sonuçta adeta yeni maddeler ihdas edecek şekilde metinden bağımsız olarak geniş yorumlayabilirler ki buna eleştirel olarak ve biraz da istihza ile (sarkastik) "kürsüden yasama – legislation from the bench" denmektedir[11]. Özetle yargısal aktivizm yani yüksek mahkemelerin dar anlamda hukuki denetim yapmak yerine şahsi ya da siyasi endişelerle hareket ettikleri şüphesi dile getirilmektedir[12]. Aslında bu yaklaşımın teorik temeli ilk kullanımından çok daha eski bir ekole, Amerikan Hukuki Realizm akımına (olgu şüpheciliğine değil – fact scepticism, kural şüpheciliğine – rule scepticism) dayanmaktadır.

iii. Seçilmiş temsilciler yukarıda belirtildiği gibi, en azından teorik olarak (iktidarların gerçekliği çeşitli araçlarla oluşturma ve yeniden oluşturma güçleri vardır ve teknoloji ne yazık ki bu olanakları gittikçe arttırmaktadır) yeni seçimlerde aldıkları kararların toplum üzerindeki değişiminin sonuçları ile karşılaşırlar. Oysaki hâkimler görevleri sırasında verdikleri kararların toplumsal etkileriyle yüzleşmek zorunda kalmazlar. Demokrasinin temel mantığında halka doğrudan hesap veren temsilcilerin iradesi mi üstün tutulmalıdır yoksa karalarının sosyal sonuçlarından vicdani endişeler dışında kopuk görevlerine devam eden hâkimlerin mi?

Yukarıdaki iddialar önemli noktalara ilişkindir ama tarih teorik düzeyde mantıklı görünen bu akıl yürütme süreçlerinin gerçeklikle aynı ölçüde örtüştüğünü söylemek imkânsızdır.

b. Yargısal denetim lehinde ileri sürülen temel iddialar:

i. Bireysel hak ve özgürlüklerin iktidarlar tarafından çiğnenmesi asla bir

11 Cook, C. (2009). "Legislating from the Bench", *Harvard Political Review (online), March 3, 2009*, https://harvardpolitics.companylogogenerator.com/online/legislating-from-the-bench/, (Erişim Tarihi: 3/3/2024)

12 Yargısal Aktivizmin kökeni ve türleri konusunda Bkz. Korucu, S. (2013). "Yargısal Aktivizmin Kavramsal Analizi", *Liberal Düşünce*, C. 18., S. 69-70., ss. 201-225.

istisna değildir aksine tüm insan hakları tarihi çoğunluk tarafından desteklenen iktidarların, zaman zaman kendi destekçileri de dâhil bireysel hakları ve özgürlükleri çiğnedikleri örneklerinden oluşur. Bu ihlaller güvenlik paranoyası, günah keçisi yaratma, ahlaken çok önemli değerlerin yitirileceği propagandası ya da sayısız irrasyonel, akıl dışı ve saçma iddia ile desteklenir ve ne yazık ki, saçmalık düzeyi arttıkça iddianın kitleler, halk yığınları üzerindeki etkisi ve tahrik kuvveti artar! Yargı erkinin; özellikle gücü yani parayı (hayat için gerekli olan her şeyi) ve kılıcı (yasal olarak ölüme varan cezalar verebilme yetkisini) elinde tutan iktidarı sınırlamanın bir yolu (ki hukuk devleti bu ihtiyaçtan doğmuştur) olması haklara sahip, birer etik süje olan insanlardan oluşan bir toplumun varlığı için hayatidir. İlginç olan ve hep ihmal edilen, bizzat çoğunluğu oluşturan bireylerin dahi bu haklar olmadan yalnızca sürünün içinde kaybolup gidecek olmalarının idrak edilememesidir.

ii. Her toplumun, günlük gereksinimlerinin ötesinde kültürünün kurucu unsurları arasında kabul edilen kalıcı değerlerinin (enduring values)[13] sözcüsü ve koruyucusunun yargı erki olduğu şüphesizdir. Günlük olaylara dayalı, geçici heyecanlara bağlı politikalar bir halkın, rüzgârdaki yapraktan farksız olarak amaçsız savrulmasına neden olacaktır. Burada idrak edilmesi gereken geçici çoğunluklar tarafından toplumun varlığı ve sürekliliğinin (yaygın bir sözcükle bekasının) teminatı olan anayasal değerlerin korunmasıdır çünkü bu değerler büyük oranda evrenseldir ki bunun anlamı yalnızca bir halkın değil, insanlığın tarihsel tecrübesinin ürünüdürler. Bu nedenle onları çiğnemek için ileri sürülen argümanların kısa ömürlü menfaatleri elde etmekten öte bir amacının olması çok düşük bir ihtimaldir. Dahası bu anayasal değerlerin tartışılması ya da bazılarının değiştirilmesi iddiası, kesinlikle yargısal denetimin güçsüzleştirilmesi anlamına gelmez. Yeni değer iddiacılarının içtenliği, savundukları değerlerin önemine olan inançları, o değerleri savunmasız bırakmalarında değil(!) tam tersine savunmak için bağımsız ve tarafsız yargısal mekanizmaları güçlendirmeye çalışmalarında ortaya çıkar. Bir toplumun iki ayrı düzeyde ilerlemeye gereksinimi vardır: Birincisi kısa vadeli acil ihtiyaçlar için yasama ve yürütmedeki çoğunluk temsilcilerinin heyecanlı politikalarına, ikincisi kalıcı değerlerin savunulması için yargısal denetimin bu heyecanı zaman zaman bastıran kararlarına!

iii. Yargısal aktivizm konusunda daima akılda tutulması gereken hukukun özgün mantığı içinde kalındığında aslında mahkemelerden insan

13 Kronman, A. T. (1985). "Alexander Bickel's Philosophy of Prudence", *The Yale Law Journal*, C. 94., S. 7., ss. 1567-1616; Bickel, A. (1986). s. 23-29.

üstü bir mekanik uygulanın beklenmesine gerek olmadığıdır. Dahası Common Law'da *Emsal Karar*, hukukumuzda ve kıta Avrupası hukukunda ise Yerleşik İçtihat oluşturmak tüm mahkemelerin bizatihi hukuk mantığının gerektirdiği görevleridir. Belirlilik ilkesini sağlama ve korumanın yolu yalnızca açık ve anlaşılır yasal düzenlemeler yapmak değildir, yargı mercilerinin de benzer konularda tutarlı ve istikrarlı yerleşik kararlar vermeleri, yerleşik içtihat oluşturmalarıdır. Mahkemelerin, anayasa mahkemelerinin esas görevi anayasa hükümlerinin nihai olarak yorumlamak ve yargısal denetim yoluyla korumaktır. Hâkimler de insandırlar ve yasama ve yürütmenin temsil ettiği kısa vadeli menfaatleri uzun vadeli menfaatlerle dengelemek görevine sahiptirler. Bugünkü psikoloji insanların nötr olamayacağını ama bağımsız ve tarafsız olabileceklerini bize açıkça öğretmiştir. Yargının bazı kararlarının bütçe açısından pahalıya mal olduğu, çok söylendiği gibi fazla özgürlükçü olduğu ileri sürülebilir. Unutulmaması gereken tarihimizdeki bugün üzüntü duyduğumuz bütün olayların özgürlük değil baskı, şiddet, tolerans tanımamak ve zulüm kaynaklı olduğudur. Yürütmenin kararları ya da yasamanın genel düzenleyici işlemlerinin zaman zaman halkı büyük zararlara uğrattığı siyasi tartışmaların ötesinde bir gerçektir. O zaman yargıdan kaynaklandığı iddia edilen zararlar neden aynı olağan duyarsızlıkla karşılanmamaktadır?

Toplumun kalıcı değerlerinin dar siyasi menfaatlerin ötesinde istikrarlı, tutarlı savunulması ve korunması gereklidir. Bu başta sivil toplumun ve onun temsilcisi olan yargının görevidir. Yargının sınırlarını aşmasını, yargısal aktivizmi, itidal gerektiren bu önemli görev daima dengeleyecektir. Anayasal denetim görevini yerine getiren bir yüksek mahkeme kararı sonucu felakete sürüklenen bir halkı tarih, bugüne kadar yazmamıştır ama diğer erklerin karalarının çok ağır, geriye dönülmez ve dünya çapında felaketle sonuçlandığını gösteren yerli ve yabancı örnekler bulmak için ne derin bilgiye ne de günün modası olan yapay zekaya ihtiyaç vardır.

3. Hukukun Temel İlkeleri ve Dedüktif Hukuk Mantığı

Demokrasi ve cumhuriyet rejimleri arasında yapılan ayrımın günümüzde sürdürülmesi yalnızca tarihsel bir önemi haizdir. Yukarıda belirtilen argümana ek olarak şu gerçeği daima akılda tutmak gerekir: Bir demokrasi aynı zamanda bir hukuk devleti ise (ki belirtildiği gibi aksi mümkün değildir) iktidarlar, Anayasa ve diğer temel hukuk metinleriyle hatta bunların da üzerinde yer alan evrensel hukuk ilkeleriyle, somut olarak da *Jus Cogens* olarak adlandırılan (compelling law, peremptory law) emredici, üstün hukuk kuralları ile bağlıdırlar. Birleşmiş Milletler Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun 2019'daki

71. Dönem Raporu'nda bu temel hukuk kurallarının tanımı ve genel doğası aşağıdaki şekilde ifade edilmiştir:

> Sonuç 2
>
> Uluslararası genel hukukun bir emredici kuralı (*jus cogens*) uluslararası devletler topluluğunun bütünü tarafından kabul edilen ve tanınan, ilga edilmesine izin verilmeyen ve yalnızca uluslararası hukukun aynı nitelikte daha sonraki bir normu tarafından ilga edilebilen bir normdur.
>
> Sonuç 3
>
> Uluslararası toplumun temel değerlerini yansıtan ve koruyan uluslararası genel hukukun emredici kuralları (*jus cogens*) uluslararası hukukun diğer kurallarından hiyerarşik olarak üstün ve evrensel olarak uygulanabilirdir[14].

Lex Superior, üstün hukuk olarak adlandırılan bu kuralların ayırıcı özelliği uluslararası toplumu oluşturan ülkelerin hemen hepsinin bunlara ulusal hukuklarında yer vermeleridir. Yine BM Komisyonunun metninde yer alan bu açıklama uluslararası hukukun en önemli figürü olan Hollandalı Grotius'un aposteriori doğal hukuk tanımı ile örtüşmektedir. Ona göre doğal hukuk hem saf akli ilkeleri içerir (apriori - tecrübeden bağımız doğal hukuk) hem de "*Medeni milletlerin hukuk sistemlerinde var olan ortak kuralları içerir*" (aposteriori – tecrübi doğal hukuk). Ayrıca bu görüşü geliştiren ve sonuçlarını ortaya koyan bir anlayış Rudolf Stammler'in değişen doğal hukuk kavramında tekrar vurgulanmıştır[15]. Aslında ünlü Alman hukukçusunun "değişen doğal hukuk" adlandırmasına pek de şaşmamak gerekir çünkü bir kavram ya da kurum sosyolojik bir süreç sonucu oluşmuş ve ortaya çıkmışsa bunun değişmesi kaçınılmazdır.

Dworkin'in hukukun temeli olarak ortaya koyduğu, yalnızca Common Law sistemi için değil kıta Avrupası hukuku için de açıkça anlaşılması, bilinmesi, daima herkesin, özellikle de hukuk camiasının daima hatırlaması ve vurgulaması gereken öz: Yukarıda *Jus Cogens* ile somut olarak örneklendirilmeye çalışılan ancak onunla sınırlı olmayan etik ve evrensel değerleri somutlaştıran üstün hukuk ilkelerinin anayasalar, yasalar, diğer yasal düzenlemeler ve hatta toplumsal pratiklerle hayata geçirilmesinin, eğer herkes tarafından

14 71. Dönem Raporu, V. Bölüm, Sonuç 2 ve 3, s. 142, https://legal.un.org/ilc/reports/2019/english/chp5.pdf, (Erişim Tarihi: 3/3/2024)

15 Grotius'un doğal hukuk görüşü için bkz. Öktem, N. ve Türkbağ, A. U. (2022). *Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet*, 8. Baskı, İstanbul: Der Yayınevi, s. 159-161. Ve Stemmler'ın değişebilir doğal hukuk (Natural Law with variable content) görüşü hakkında ayrıca bkz. Stammler, R. (1925). *The Theory of Justice*, Husik, I. (Trans.), Appendixes by François Geny & John C. H. Wu, New York: The Macmillan Company, s. xxxviii, xxxix, 497, 515, 516, 540 ve Part I.

içtenlikle isteniyorsa(!), adil bir hukuki ve sosyal düzenin temeli olacağı gerçeğinin görülmesidir. Bu mantık zinciri içinde mutlaka bilinmesi gereken ve anlaşılması gereken nokta, hukukun aşağıdaki mantık zincirine daima sadık kalınarak hazırlanması hatta uygulanması gerektiğidir.

Değer >>>>>>>>>> İlke >>>>>>>>>> Norm>>>>>>>>> Uygulama

Böylece hukuk keyfîliğe, güçlünün hukuku olmaya, günlük kaygılara ve olaylara aşırı tepki vermeye, kitlesel hırslara ve manipülasyonlara maruz kalıp yakın ve uzak geçmişimizde gördüğümüz tarihsel pişmanlıkların (Osmanlı İmparatorluğu'nun son yüzyılından günümüze kadar infaz edilen ölüm cezalarının kaçından, neredeyse toplumsal uzlaşı ile pişmanız?) en büyük kaynağı olmayacaktır.

Yukarıdaki ifadenin bir temenni, iyi dilek, ideal ya da hayal düzeyinde kalmaması ve somut olarak, en katı gerçekçilerin dahi kabul edeceği ölçüde günlük hayatın bir parçası hâline gelmesi için "hukuk" denilen toplumsal sistemin en temel, en basit ve en yalın şekilde "ne olması gerektiği" aşağıda şematize edilerek ortaya konulmaya çalışılmıştır. Belki hemen gelecek bir ilk itiraza cevap vermek aşırı gerçekçi tutumların pek de gerçeği yansıtmadığının anlaşılması açısından yararlıdır: "Hukuk, insan ürünüdür." İlahi hukuklarda dahi, diğer dinî alanlardan farklı olarak, belirli sınırlar dışında çok az doğrudan düzenlenmiş hukuk normları vardır ki bu normlar da her hukuk normu gibi yoruma tabidir, bu gerçek İslam devletlerinin tümünde hatta Hülefâ-yi Raşidin döneminde bile, deyim yerindeyse bir tür, dinî hukuk ve halifenin emirleri olarak (Osmanlı'daki şeri hukuk örfi – hukuk ayrımı gibi) ikiye ayrılmıştır. Sonuçta ve her hâlde, hukuk insan ürünüdür. Hukukun amacı insan hayatı ve haklarını (ki bunların kaynağı insan doğasının zorunlulukları olan ihtiyaçlardır) korumak ve insan davranışlarını (bireysel, grupsal ya da toplumsal) adil olarak yani herkesin haklarının mümkün olduğunca en üst düzeyde korunduğu ve tanındığı biçimde düzenlemektir.

Yalnızca bir zorlama tekeli tarafından uygulandığı için belirli bir kural grubunu hukuk olarak adlandırmak mümkün değildir. Kuvvet kullanmak, her türlü yaptırım tabii ki hukukun kâğıt üzerinde ya da sözde kalmaması için gereklidir ancak unutulmaması gereken nokta hukuk adının hak sözcüğünün çoğulu olarak adaletten geldiğidir, zorla uygulamadan değil!

Hristiyanlığın iki büyük azizinden biri olan Aziz Augustinus: (diğeri Aziz Aquinas'tır ki onun getirdiği canlanma Hristiyanlık için hayati önemdedir. Onun düşüncelerinin kaynağını ise iki Aristocu filozof, Yahudi İbn Meymûn ile Müslüman İbn Rüşd oluşturur.) *"Adalet elimizden alındığında, krallıklar büyük ölçekli haydut çetelerinden başka nedir ki?*[16]" ifadesi hukukun bu özelliği ile

16 Augustinus'un "De Civitate Dei adlı eserinin IV. Kitabı'nın "Adaletsiz Krallıklar Nasıl Da Soyguncular Benzer" adlı 4. başlığında cümlenin özgün biçimi şöyledir: "Adalet ortadan kaldırıldığında, krallıklar büyük soygun çetelerinden başka nedir ki? Çünkü soyguncular

ilgilidir ve radikal hukuki pozitivizmin ya da hukuka gerçekçi ya da olgusal bakmaya çalışan bazı sosyoloji ağırlıklı yaklaşımların zaman zaman hukuku bu anlamda eleştirmeleri ve ona etik bir alt yapı getirilip meşruiyet kazandırmaya çalışan sözde "doğal hukukçu" yaklaşımları hâkim sınıfların ya da iktidarların aracı olarak görmeleri bu alt varsayıma, nedene dayanmaktadır ki Bentham'ın *Yasamanın İlkeleri*[17] adlı kitabı yayınlandığından beri, ki bu kitapta Bentham getirdiği eleştirilerde büyük ölçüde haklıdır, durum tespitinde bir değişiklik olmamıştır. Bu noktada, eğer Sofokles'in Thebai Üçlemesi'nin (Thebai Üçlemesi üç trajediden oluşmaktadır: Kral Oidipus; Antigone; Oidipus Kolonos'ta.) merkez eseri olan Antigone'nin sözünü ettiği doğal hukuk kastediliyorsa, ki doğal hukuku bugüne getiren ve 2.500 yıldır savunulmaya değer kılan bu anlayıştır, hukuki pozitivist eleştiri amaç açısından doğru ama yöntem açısından belirli oranda risklidir. Son bir tespit olarak aslında hukuki pozitivizmin endişeleri doğal hukukça da paylaşılmaktadır. Hukukta belirlilik ilkesinin tartışılmaz bir değeri vardır ve onlara göre etik görecelikle bulandırılmamalıdır, ancak "*Bunun çaresi tam olarak nedir?*" sorusunun cevabı asıl kırılma noktasını oluşturur ki bu yazının tamamı aslında tam da o cevabı anlatmayı hedeflemektedir.

Takip eden başlıkta hukuk adını almaya layık bir normlar sisteminin yine asgari olarak sahip olması gereken şartlar özetlenmiştir. Bu şartların hukukun temel değerleri, ilkeleri, üstün hukuk kuralları ve anayasaların varlık nedeniyle ve işlevleriyle ne ölçüde ilişkili olduğu açıkça görülmektedir.

4. Hukukun Varlık Şartları:

"Ne efsunkâr imişsin âh ey didâr-ı hürriyet
Esîr-i aşkın olduk gerçi kurtulduk esâretden"

Namık Kemal

"Özgürlüğün olmadığı hayat ruhsuz beden gibidir".

Halil Cibran

Hukuk, sosyal alanın diğer kavramları gibi kesin tanımlanması zor hatta imkânsız bir sosyal kurumdur. Bu tanım zorluğu asla bir eksiklik değil sosyalin doğasının özelliğidir ve aslında hukuku var eden şartlar kolaylıkla saptanabilirler. Hukuk hangi dilde hangi kültürde olursa olsun haktan ibarettir hatta hakla özdeştir. Dolayısıyla hukukun varlık şartlarına ilişkin çok net olarak aşağıdaki mantık silsilesi evrenseldir.

---

da küçük krallıklardan başka nedir ki?" Saint Augustine, [De Civitate Dei]. (2018). *The city of God*, Dods, M. (Trans.), 9th Ed., Massachusetts: Hendrickson Publishers, s. 147.

17 Bentham, J. (2017). *Yasamanın İlkeleri*, Asal, B. (Çev.), İstanbul: On İki Levha Yay.

Hukuk >>>>> Özgürlük + Eşitlik + Uygulanma >>>>> Adalet

(Hak) >>> (Hak arama özgürlüğü) + (imtiyaz yokluğu) + (Yaptırım) >>> Hakkın Temini

Hukuk alanındaki tüm anlayış ve tanımların, çeşitli hukuk ekollerinin, hatta doğal hukuktan katı hukuki pozitivizme kadar felsefi yaklaşımların yukarıda şematize edilen açık, indirgemeci ve sade yaklaşıma itiraz etme ihtimalleri oldukça düşüktür. Tıpkı Tevhit akidesini kaldırdığınızda İslam'ın, Teslisi kabul etmediğinizde Hıristiyanlığın ve seçilmişliği inkâr ettiğinizde Yahudiliğin mümkün olmaması gibi hakkı ortadan kaldırdığınızda yani özgürlüğü kısıtladığınızda ya da çoğunlukla yapıldığı gibi hakkı arama olanağını yani "hak arama özgürlüğünü" ortadan kaldırdığınızda hukuk da ortadan kalkacaktır. Ne yazık ki hukuku ortadan kaldırmanın, ona zarar vermenin yolları bununla sınırlı değildir: "Özgürlüğün" ya da spesifik olarak hak arama özgürlüğünün hakka ya da hukuka zemin oluşturabilmesi için kesinlikle "eşitlikle"[18] tamamlanması gerekir. Şahıslar özgürlüğün sağladığı imkânlardan eşit olarak yaralanabilmeli, her durumda herkes hakkını kolayca arayabilmelidir. Eşitlik ve özgürlüğün olduğu yerde tabii ki "hak (hukuk)" da var olacaktır ama bunun için saptanan hakkın (özgür ve eşit ortamda kimin, ne ölçüde hakkı olduğu belirlendikten sonra) alınabilmesi için şu temel şartın da sağlanması gerekir: Bu şart saptanan hakkın, (olayda somutlaşan hukukun) uygulanmasıdır yani gerekirse onun yaptırım yoluyla icra edilmesi, asla kâğıt üzerinde kalmamasıdır. İşte ancak bu asgari (minimum) varlık şartları yerine getirildiğinde bir imkân ve bir ideal olarak adalete" ulaşmak mümkün olabilmektedir.

Bunun aksine özgürlüğü ya da hak aramayı yalnızca belirli bir gruba sınırlı bir imkân olarak verdiğinizde yani eşitliği kaldırıp imtiyazı egemen kıldığınızda ya da hakkı saptayan hukuku uygulamadığınızda, yaptırımı fiilen (*de facto*) kaldırıp hukuku kâğıt üzerinde bıraktığınızda, hukuk artık var olmayacaktır.

Hukukun varlığına ya da yokluğuna çoğunlukla düşünüldüğü ve tepki verildiği gibi tekil olaylarla hatta önemli de olsalar toptan olarak hükmedilemez. "Tabii ki hiçbir zaman" olmaması temenni edilmekle birlikte sansasyonel bir davada siyasi ya da sosyal manipülasyon ile hukuk çiğnenerek karara varılması ile yine benzer biçimde önemsiz olduğu düşünülen sıradan bir davada yeterli dikkat gösterilmeden yanlış bir karar verilmesi, çok üzücü olmakla birlikte o ülkede hukukun çöktüğünü, tefessüh ettiğini göstermez.

18 Ülkemizdeki siyasi jargonda 'eşitlik' sözcüğü sol görüşle 'adalet' sözcüğü ise sağ görüşle ilişkilendirilmiştir. Bu tamamen tarihsel ve tesadüfi kavramsal ayrılığın herhangi bir teorik gereği olmadığı gibi aksine insanımızın hayat şartlarını biraz iyileştirecek çeşitli politikaların kısır tartışmalarla engellenmesine yol açmıştır. Adalet ile ilgili asgari teorik bilgi sahibi bir kişinin bildiği temel gerçek, tamamen ve her zaman eşitlikten ibaret olmamakla birlikte, adaletin ilk ve en yaygın içeriğinin (muhtevasının) eşitlik olduğudur.

Bununla birlikte kamuoyu önünde açıkça yapılan her haksızlık, ne ölçüde bahanelerle örtülmeye çalışılırsa çalışılsın, hukuk sisteminin temellerine verilmiş bir zarardır ve hukuk güvenliğini, halkın gözünde hukuk sisteminin, halkın haklarının korunmasının ve elde edilmesinin etkin bir aracı olduğu inancını tahrip eder.

Hukukun varlık şartları olarak sayılan özgürlük, eşitlik, uygulanma (yaptırım) ve adalet tüm hukuk ilkelerinin, insani barışçıl bir toplumun ve daha da önemlisi etik bir süje yani ahlaki bir özne, değerleri yüklenebilen ve uygulayabilen, şahsiyet ve haysiyet sahibi bir varlık olarak insanın temelini oluştururlar. Bunlardan yoksun keyfî bir baskı düzeninde hayatlarını sürdürmeye çalışan varlıkların insani vasıflarını koruyabilmeleri ve herhangi bir değeri (insani, ahlaki ya da dinî bir değeri) gerçekleştirmeleri mümkün değildir. Hukukun, hakların olmadığı yerde insan da ahlak, haysiyet ve inanç sahibi bir varlık da yoktur.

Aşağıda yalnızca belirli bir ülkenin tarihi açısından değil, Avrupa (ülkemiz tarihi dâhil) ve dünya tarihi açısından da çok önemli sonuçları olan bir olayı, bir trajedi ve bir katliamı hukuk ilkeleri açısından incelemek hukukun üstün değer, ilke ve kazanımların hayati önemini ve bu nedenle de her durumda üstün tutulmaları ve korunmaları gerektiğini vurgulama amacı güdülmüştür.

5. Bir Katliam Örneğinde Temel Hukuk İlkeleri

> *"Büyük bir ihtiyatlı prens olan, annesine her zaman özel bir saygı gösteren ve Katolik dinine çok bağlı olan Kral Charles, şimdi Huguenotların niyetlerine ikna oldu, annesinin öğüdüne uymak ve kendini Katoliklerin koruması altına almak gibi ani bir karar aldı… bütün Prensler ve Katolik subayları çağırılarak 'Aziz Bartholomew Katliamı' o gece kararlaştırıldı".*
>
> Marguerite de Valois'nin Anıları, ss. 39-43, V. Mektup[19]

Aziz Bartalmay Yortusu Günü Katliamı (St. Bartholomew Day Massacre) Fransa'da 23-24 Ağustos 1572'de yalnızca bir gecede, yalnızca Paris'te tek bir şehirde(!) tahminen 5.000 ila 7.000 kişinin öldürülmesiyle, devlet eli başlatılan ve halk desteği ile sürdürülen bir katliamdır. Fransa'da başlayan ve devam eden din (aslında mezhep) savaşını bitirmek üzere tasarlanan bir düğüne (Yukarıdaki alıntı, söz konusu düğünle evlendirilen ve katliamın geride eser bırakan tek şahidi olan Prenses Marguerite'in yazdığı mektuptan yapılmıştır.)

19 Mark, J. J. (2022). Valoisli Margaret'in Aziz Bartholomew Günü Katliamı Açıklamaları, Tezcan, D. (Çev.), https://www.worldhistory.org/trans/tr/2-2021/valoisli-margaretin-aziz-bartholomew-gunu-katliam/, (Erişim Tarihi: 21/1/2024)

* Huguenot, "Ügnu" olarak telaffuz edilmektedir.

gelen Huguenot'ların* (Fransız Kalvinist Protestanları) liderleri Gaspard de Coligny, seigneur de Châtillon'a başarısız bir suikast girişimi sonucu, paniğe kapılan Kraliçe Catherine de' Medici ve Kral IX. Charles, gelecek tepkiden korktukları için bir infaz ve katliam planını bir gecede uygulamaya koymuşlardır. Bu plan sonucu ülke çapında en az 30.000 (bu sayı çeşitli kaynaklarda 70.000'e kadar çıkmaktadır) kişi, hiçbir suçu ve eylemi olmadan, ayaklanacakları endişesi ile yalnızca dinî (hatta mezhepsel) inançlarından dolayı öldürülmüştür.

Bu katliam, dönemin Fransa devleti eğer hukukun temel ilkelerini ve kurumlarını kabul eden bir devlet olsaydı yapılabilir miydi?[20]

Daha vahimi Augsburg (1555) barışına sadık kalmak, şartlarını yerine getirmek, sadece insanlara en özel alanları olan inanç alanı başta, yaratıcının bahşettiğim özgürlüğü siyasal ve sosyal alanda tanımak için Avrupa'nın ortasında milyonlarca kişiyi öldürerek Vestfalya (1648) barışına razı olmak şart mıydı?

Fransızlar bu katliamın öncesinde din savaşlarını yaşadıkları gibi hemen bunun ardından 1618-1648 yılları arasında o günün Avrupası'nda 8 milyondan fazla insanın ölümüne yol açan 30 yıl Savaşları patlak vermiştir. Bu savaşların yakın ve açık nedeni Kutsal Roma Cermen İmparatoru'nun "İmparatorlukta yaşayan herkesin Katolik olmasını zorunlu kılan emridir". Bu emir 1555'te İmzalanan Augsburg anlaşmasının tanıdığı özgürlüğe aykırıdır. Yani Avrupa ve Avrupalıyı 1555 Augsburg ve 1648 Vestfalya barış anlaşmalarının arasındaki dönemde, yalnızca 93 yılda o günün Avrupa nüfusu dikkate alındığında inanılmaz bir miktarda, 8 milyon insanı öldürmeye götüren sosyal iç dinamiklerin yanında hukukun yukarıda anlatılmaya çalışılan ve insan varlığı ve haysiyetini koruyan ilkelerinin yokluğu ya da onlara önem verilmemesi ve açıkça çiğnenmeleri değil midir? Reformasyon hareketiyle başlayan ve 1848'de sona eren bu savaş ve katliamlar döneminin Avrupa'ya getirdiği tek bir kazanç, o topraklarda bir daha en geniş anlamıyla din savaşı yaşanmamasıdır.

20 Bu miktarın aşılabilmesi yani daha çok sayıda insanın öldürülmesi ancak Sanayi Devrimi'nin ürünü olan teknolojik silahlarla ve Amerikan İç Savaşı ile başlayan dönemde mümkün olmuştur. Gerek bu savaş ve Gerekse iki dünya savaşı antidemokratik ve diktatoryal hukuk ve etik karşıtı akımların ve bu tür rejimlere karşı kazanmak için onların yöntemlerini(!) korkmuş halkalara kabul ettiren yöneticiler tarafından gerçekleştirilmiştir.

Sonuç

"Söylediklerinize katılmıyor olabilirim, ancak bunları söyleme hakkınızı ölümüne savunacağım".

Voltaire (atfedilen ifade)[21]

Hukukun temel ilkeleri ile birlikte evrensel insanlık tecrübesinin ürünü olan tüm kazanımlar; demokrasi, hukuk devleti, insan hakları ve özgürlükleri anayasal denetim vb. insanca denebilecek bir hayatın aslında mütevazi şartlarından ibarettir. Dünya *iki kutuplu* olmayı bıraktığından itibaren gittikçe yükselen bir umursamazlık ve iki yüzlülük neredeyse uluslararası alanın temel tavrı hâline geldi. Her gün onlarca göçmenin korkunç şartlardaki deniz araçlarında kadın çocuk, genç yaşlı demeden öldüğü haberleri gelmekte, Filistin'de açıkça devam eden soykırıma müdahale edilmediği gibi, en azından durumu biraz olsun hafifletecek tedbirlerin alınması bile olabildiğince savsaklanmakta.

Demokrasinin ciddi olarak eleştirildiği hatta gençler arasında popülaritesini kaybettiği bir tarihsel dönemin eşiğindeyiz. Yalnızca demokrasi değil klasik insan hakları söyleminin de bazı grupsal hakları içermediği için yetersiz olduğu düşünülmekte ve bu grupsal hakların vurgulanmasının ve öne çıkarılmasının şart olduğu ciddi biçimde iddia edilmektedir.

Batının kendi değerlerine açıkça yüz çevirmesi insanın sömürülmesini amaç edinenlerin ellerine güçlü bir koz verdi. Böylece herhangi bir ilkenin olmadığı, her şeyin eski ifade ile mübah görüldüğü ve teknolojik ve maddi gelişmenin ilahlaştırıldığı bir dünyanın kapıları önümüzde açılmakta.

Yukarıda değeri ve önemi anlatılmaya çalışılan hukukun ve tabii ki etiğin, evrensel anlamda ahlakın ilkelerini dejenere etmenin, altlarını oymanın içlerini boşaltmanın kimlere yarayacağını ciddi olarak düşünmek gerekir. İnsanlık iki dünya savaşının anılarını, daha doğrusu acılarını unutmuş görünüyor! Nürnberg Duruşmalarının (1945-1946) tek eksiği kazananların işledikleri savaş suçları ve yaptıkları soykırımdan yargılanmamasıydı. Apartheid'ın 1994'te kaldırılması özgürlük ve eşitlik başta, demokrasi ve hukuk devletinin, anayasal yönetimin, suçta ve cezada kanunilik geriye yürümezlik gibi hukuk ilkelerinin ne denli hayati olduğunu ve onların kabul edildiği bir toplumla reddedildiği bir toplum arasında ne büyük farklar, insanlık dramları olduğunu açıkça gösterdi.

21 Bu ifadenin doğrudan Voltaire'in doğrudan söylediği bir ifade değildir fakat 1906'da Evelyn Beatrice Hal tarafından yazılan biyografide ona atfedilmektedir. https://www.archivemore.com/which-enlightenment-philosopher-would-be-most-likely-to-make-the-statement-i-do-not-agree-with-what-you-say-but-i-will-defend-to-the-death-your-right-to-say-it/, (Erişim Tarihi: 10/3/2024)

Demokrasi ve hukuk devleti insanca bir yaşam için insanlığın bulabildiği en iyi çözümler olmayı sürdürüyor. Demokrasiyi yapılan haksızlıkları meşrulaştırmak için kullanmak, çoğunluğun iradesini ilahlaştırmak, bizatihi demokrasinin bu başlıktaki alıntıda vurgulanan özüne aykırıdır. **İnsanlığı daha ileriye götürecek olan bilimsel ve teknolojik gelişme değil etik olgunluktur.** Günümüzün sihirli sözcüğü *yapay zekâ sanıldığı gibi insanlığı doğru yola iletecek bir ruhani lider değildir*, teknolojik gelişme etik süje olmayan, kendi etik karalarını, kendi ilkelerine bağlı olarak alamayan dolayısıyla ahlaki kaygıları olmayan bir varlığın eline, en vahşi güdülerini gerçekleştirmesi için olağan üstü bir güç vermek anlamına gelecektir!

Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ
(Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Öğretim Üyesi)

Doç. Dr. M. Emre TULAY
(Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Öğretim Üyesi)

ÖNCEKİ TARİHLİ MAHKÛMİYET KARARININ SONRAKİ TARİHTE İŞLENEN BİR BAŞKA SUÇA İLİŞKİN MAHKÛMİYET HÜKMÜNE ESAS ALINMASI — ANAYASA MAHKEMESİ KARARI ÖZELİNDE BİR İNCELEME

(ANAYASA MAHKEMESİ *Umut Çongar* [GK], B. No: 2017/36905, 21/10/2021)*

ÖZET

Anayasa Mahkemesinin önüne gelen bir bireysel başvuru dosyasında, terör örgütüne üye olma suçundan mahkûm olan kişi (başvurucu), almış olduğu cezaya ilişkin koşullu salıverilme evresinde aynı terör örgütünün propagandası içerikli yasa dışı bir gösteriye katılmıştır. Bu eylem, yerel mahkeme tarafından terör örgütü propagandası suçu olarak nitelendirilmiş ve kişi hakkında ilgili normlar uyarınca hapis cezasına hükmedilmiştir. Ancak temyiz merci olan Yargıtay, suç vasfındaki nitelendirmeyi yanlış bularak, isnat olunan suçun terör örgütü üyeliği olduğu görüşüyle ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur. Bozma kararına uyan yerel mahkeme, aynı olayda sanık hakkında terör örgütü üyeliğinden mahkûmiyet kararı vermiştir. Derece mahkemeleri, davaya konu fiili terör örgütü üyeliği olarak nitelendirirken sanık hakkında tesis edilen, kesinleşen ve infazına geçilen önceki mahkûmiyet hükmünü de kararına esas almıştır. Başvurucu, yürütülen muhakemede hak ihlaliyle karşılaştığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurmuştur. Anayasa Mahkemesi, başvuruya konu olan davada derece mahkemelerince önceki mahkûmiyet kararına dayanılmasını masumiyet karinesine aykırı bulmuş, oy çokluğuyla hak ihlali kararı vermiştir. Başvuru kapsamında; derece mahkemelerinin görüşü maddi ceza hukuku penceresinden, yine derece mahkemeleri ile Anayasa Mahkemesinin kararı ve karşı oy gerekçesi muhakeme hukuku ve ceza hukukuna hâkim evrensel ilkeler perspektifinden analiz edilmeye değerdir.

Anahtar kelimeler: Terör örgütüne üye olmak, örgüt adına suç işlemek, propaganda, sanığın geçmişi, masumiyet karinesi.

* Bu makale hakem denetiminden geçmiştir.

Prof. Dr. Zühtü Arslan'a Armağan

USING A PREVIOUS CONVICTION AS A BASIS FOR A CONVICTION FOR ANOTHER CRIME COMMITTED ON A LATER DATE - AN ANALYSIS BASED ON THE JUDGMENT OF THE CONSTITUTIONAL COURT (UMUT ÇONGAR [GK], B. NO: 2017/36905, 21/10/2021)

ABSTRACT

In an individual application before the Constitutional Court, a person (the applicant), who had been convicted of membership of a terrorist organization, participated in an illegal demonstration aimed at disseminating propaganda in favour of the same terrorist organization while on probation. The applicant's act was qualified as propaganda of terrorist organization by the incumbent domestic court and he was sentenced to imprisonment in accordance with the applicable statutory provisions. However, the Court of Cassation, which is the appellate authority, quashed the decision of the court of first instance on the ground that the characterization of the crime was wrong and that the imputed crime was membership of a terrorist organization. The domestic court, following the quashing decision, convicted the defendant of membership of a terrorist organization. Subordinate courts and the Court of Cassation, while characterizing the imputed act as membership of a terrorist organization, took the previous conviction of the defendant, which was finalized and executed, as a basis for their decision. The applicant applied to the Constitutional Court for the alleged violation of his rights during the relevant proceedings. In the relevant case, the Constitutional Court found the reliance on the previous conviction decision by the courts of first instance contrary to the presumption of innocence, and it held, by majority, that the applicant's right had been violated. Within the scope of the application, the opinion of the courts of first instance is worth analysing from the perspective of substantive criminal law, and the decision of the courts of first instance and the judgment of the Constitutional Court as well as the dissenting opinion are worth analysing from the perspective of the universal principles governing criminal law and procedural law.

Keywords: Membership of a terrorist organization, committing crimes on behalf of the organization, propaganda, background of the accused, presumption of innocence.

I. BAŞVURUYA KONU OLAY HAKKINDA DERECE MAHKEMELERİNDEKİ MUHAKEME VE ANAYASA MAHKEMESİNE BİREYSEL BAŞVURU SÜRECİ

A. İLK DERECE MAHKEMESİNDEKİ MUHAKEME SÜRECİ

Başvurucu *Umut Çongar*, Tunceli Ağır Ceza Mahkemesinin 27/2/2015 tarihli nihai kararıyla *terör örgütünün propagandasını yapma* suçundan 1 yıl 8 ay, *terör örgütüne üye olmamakla birlikte terör örgütü adına suç işleme* suçundan ise 5 yıl hapis cezası almıştır. Yerel mahkemenin hükmü özetle şöyledir[1]:

"*Sanığın katıldığı ve kamu davasına konu olan toplantı/gösteri, başından itibaren kanuna aykırı olarak düzenlemiş olup, kanuna uygun şekilde düzenlendiği kabul edilse dahi, daha sonra, kanuna aykırı hale gelmiş/getirilmiştir. Toplantı/gösteri sırasında; Anayasamızın sağladığı temel hak ve özgürlüklerin kötüye kullanması suretiyle Türk Devletinin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı hedef alan yasadışı PKK terör örgütü ve sözde lideri Abdullah Öcalan'ı övücü sloganlar atılmış ve pankartlar taşınmış. Sanığın da, üzerinde teröristbaşı Abdullah Öcalan'ın resminin bulunduğu anlaşılan flamalar ile toplantının yapıldığı mahalle geldiği, elinde bulunan flamalardan bir kısmını toplantıya iştirak eden kişilere dağıttığı, kendisinin de toplantı ve gösteri yürüyüşüne bizzat üzerinde terörist başı Abdullah Öcalan'ın resminin bulunduğu flamayı taşıyarak katıldığı, anlaşılmıştır. Böylece; 2911 Sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanununa Muhalefet ve terör örgütünün propagandasını yapmak suçlarını işleyen sanığın, bu suçları, PKK terör örgütü adına işlediği sabit olmuştur…*

Sanık Umut Çongar'ın bir eylemle, hem 3713 sayılı yasanın 7/2 maddesinde belirtilen silahlı terör örgütü PKK'nın propagandasını yapma suçunu işlediği, hem de 2911 sayılı kanunun 33. maddesinde belirtilen suçu işlediğinin sabit olduğu, 3713 sayılı Kanunun 7/2. Maddesinde belirtilen silahlı terör örgütünün propagandasını yapma suçu, aynı yasanın 7/4-a bendinde sayılan suçlardansa da, 2911 sayılı Kanunun 33. maddesinde belirtilen suçun örgüt adına suç işleme suçundan ceza verilemeyecek suçların belirtildiği, 3713 sayılı kanunun 7/4 maddesi kapsamında yer almadığı, her ne kadar fikri içtima hükümlerinin düzenlendiği TCK'nun 44. maddesi kapsamında ağır olan silahlı terör örgütünün propagandasını yapma suçundan dolayı sanığın cezalandırılması cihetine gidilmişse de; 2911 sayılı Kanuna aykırılık suçunun da sübuta erdiği ve bağımsız olarak mevcudiyetini koruduğu, nitekim bu hususa ilişkin yakın zamanda verilmiş Yargıtay 9. Ceza Dairesi'nin 15/01/2015 tarih ve 2013/16585 esas, 2015/188 karar sayılı ilamının, 'Sanığın işlediği bir fiil ile 2911 sayılı Kanunun 33/1. maddesine aykırılık ve silahlı terör örgütünün propagandasını yapma suçlarını işlediği kabul edilip, TCK'nın 44. maddesi uyarınca daha ağır cezayı gerektiren silahlı

1 Yerel Mahkeme kararı, Anayasa Mahkemesinin değerlendirdiğimiz karar metninden aynen alınmıştır (s. 3 vd.).

terör örgütünün propagandasını yapma suçundan cezalandırılmasına karar verildiği olayda, 2911 sayılı Kanuna aykırılık suçunun da sübuta erdiği ve bağımsız olarak mevcudiyetini koruduğu nazara alınıp bu suçun hükümden sonra yürürlüğe giren 6459 sayılı Kanunun 8. maddesi ile 3713 sayılı Kanunun 7. maddesine eklenen 4. fıkra kapsamında sayılan suçlardan olmadığı' şeklinde olduğu kanaatine varılmış ve sanığın TCK'nun 314/3, 220/6 delaletiyle 314/2 maddesi gereğince, örgüt üyesi olmamakla birlikte örgüt adına suç işleme suçundan cezalandırılması cihetine gidilmiş, sanık müdafiilerinin aksi yöndeki savunmaları yerinde görülmemiştir".

B. KANUN YOLU (TEMYİZ) AŞAMASI

İlk derece mahkemesinin mahkûmiyet kararı, başvurucu tarafından temyiz kanun yoluna taşınmıştır[2]. Yargıtay 16. Ceza Dairesi (Karar tarihi: 9.9.2015), savunma hakkının kısıtlandığı gerekçesinin yanı sıra, sanığın eylemlerinin *terör örgütüne üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işleme suçu*nu değil *terör örgütüne üye olma suçu*nu oluşturacağını belirtmiştir. Yargıtay, "*Silahlı terör örgütü üyeliğinden ceza alan ve şartla tahliye edilmesinden sonra silahlı terör örgütü ile yeniden irtibata geçerek suç tarihinde düzenlenen yasadışı toplantıya katıldığı, toplantı öncesinde yanında getirdiği ve üzerinde terör örgütü liderinin resmi bulunan bayrakları dağıttığı, toplantı sırasında terör örgütünü simgeleyen bayrağı taşıyan şahsın kimliğini gizlemek ve yakalanmamak için üzerinden çıkardığı montu alarak toplantı alanından ayrılan ve aynı montu toplantının devamında kendi giydiği anlaşılan sanığın, eyleminin TCK'nın 314/2. maddesinde düzenlenen silahlı terör örgütüne üye olmak suçunu oluşturacağı gözetilmeden yazılı şekilde karar verilmesi…*" şeklindeki görüşüyle, mahkûmiyete konu olayın hukuken hatalı değerlendirildiği kanaatine ulaşmış ve hükmü bozmuştur.

Yargıtayın 9.9.2015 tarihli bozma kararına uyan ilk derece mahkemesi, sanığın *terör örgütüne üye olma* suçundan cezalandırılmasına (6 yıl 3 ay hapis cezası) ve tutukluluk hâlinin hükümle birlikte devamına hükmetmiştir. Terör örgütü propagandası fiilinden ayrıca bir hüküm kurulmamıştır.

Yerel Mahkemenin bozmadan sonraki yargılama sonucunda verdiği kararda yer alan hukuki değerlendirme özetle şu şekildedir:

"*… Bu şekilde gerçekleşen yasadışı toplantı ve gösteri yürüyüşünün gerçekleştiği aşamada dosya kapsamında bulunan aleni faaliyetlerin tespitine yönelik görüntü inceleme ve tespit tutanakları ile bu tutanak içerikleriyle uyumlu olan ve olayın cereyan tarzını gösteren görüntü kayıtlarından da anlaşılacağı üzere sanık Umut Çongar'ın üzerinde PKK/KCK silahlı terör örgütü lideri Abdullah Öcalan'ın resminin bulunduğu ve toplantı öncesinde yanında getirdiği flamaları toplantı alanındaki kişilere dağıttığı, sonrasında yürüyüş esnasında alandakilerin açıkça görebileceği şekilde söz konusu flamalardan birini açık ve içeriği anlaşılabilecek şekilde taşıdığı, ayrıca top-*

2 Anılan tarihte istinaf kanun yolu aşaması henüz yürürlüğe girmemiştir.

lantı sırasında silahlı terör örgütü PKK/KCK'yı simgeleyen bayrağı taşıyan şahsın kimliğini gizlemek ve yakalanmamasını sağlamak amaçlı üzerinden çıkardığı montu alarak toplantı alanından ayrıldığı ve aynı montu toplantının devamında kendi üzerine giydiği kanaatine ulaşılmıştır. Diğer yandan dosya kapsamında bulunan sanığın sabıkasına esas Malatya 3. Ağır Ceza Mahkemesinin 2009/116 esas ve 2010/130 karar sayılı ilamından da anlaşılacağı üzere suç tarihi öncesinde sanık Umut Çongar'ın PKK/KCK silahlı terör örgütü üyeliği suçu nedeniyle neticeten 6 yıl 3 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına karar verildiği, silahlı terör örgütü üyeliği suçu nedeniyle verilen iş bu mahkûmiyet hükmünün Yargıtay temyiz incelemesi sonucunda 07/12/2011 tarihinde kesinleştiği, dosya kapsamına alınan ve sanık hakkında düzenlenen müddetname içeriğine göre 25/06/2009 tarihinde PKK/KCK silahlı terör örgütü üyesi olmak suçu nedeni ile cezaevine girdiği, 26/02/2014 tarihinde ise koşullu salıverildiği anlaşılan sanığın sonrasında iş bu mahkememiz dava dosyasına esas 09/01/2015 tarihli yasa dışı toplantı ve gösteri yürüyüşünde toplantı öncesinde yanında getirdiği ve üzerinde silahlı terör örgütü PKK/KCK liderinin resmi bulunan bayrakları dağıttığı, aynı içerikteki bayrağı gösteri yürüyüşü esnasında içeriği çevredeki kişiler tarafından görülebilecek şekilde ve açık vaziyette iken taşıdığı, silahlı terör örgütün simgeleyen bayrağı taşıyan şahsın kimliğini gizlemek ve yakalanmamasını sağlamak için şahsın üzerinden çıkardığı montu alarak toplantı alanından ayrıldığı ve toplantının devamında kendi üzerine giydiği, yasadışı toplantı ve gösteri yürüyüşünün yukarıda saptanan şekildeki cereyan tarzı ve sanığın mahkememizce sabit görülen eylemlerinin mahiyeti de gözetildiğinde sanığın mahkememizce sabit görülen eylemlerinden kaynaklı olacak şekilde kamu düzeni bakımından açık ve yakın tehlikenin ortaya çıktığı, böylelikle ve tüm dosya kapsamına göre sanığın mahkememizce sabit görülen eylemlerinin Yargıtay 16. Ceza Dairesi'nin 09/09/2015 tarih, 2015/4733 esas ve 2015/2397 karar sayılı mahkememizce usul ve yasaya uygun görülen ilamında da açıkça belirtildiği üzere silahlı terör örgütü üyeliği suçunu oluşturduğu, bu itibarla... sanığın tüm dosya kapsamına göre sübut bulan silahlı terör örgütü üyeliği suçu nedeniyle tecziyesine karar verilmesi gerektiği kanaatine ulaşılmıştır".[3]

İlk derece mahkemesinin özet hâlinde sunduğumuz son kararı sanık tarafından yeniden temyiz kanun yoluna taşınmış; Yargıtay 16. Ceza Dairesi (Karar tarihi: 17.5.2017), kazanılmış hak kuralı gereğince ceza miktarını 5 yıl olarak düzeltip hükmü onamıştır.

C. BİREYSEL BAŞVURU SÜRECİ

Hakkındaki mahkûmiyet hükmünün kesinleşmesi üzerine hükümlü, 27.10.2017 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur. Başvurucunun iddiası, derece mahkemelerindeki yargılamada terör örgütü üyeliğinden verilen ce-

3 Konuyla alakalı vurgulanmak istenilen kelime ve cümlelerin altı tarafımızca çizilmiştir. Diğer kararlarda da altı çizili ya da koyu tonda olan kısımlar aynı gerekçeyle ve tarafımızca vurgulanmıştır.

zanın *daha önceki tarihli mahkûmiyet hükmüne dayandığı*, bu sebeple *masumiyet karinesi*nin ihlal edildiğidir.

1. Anayasa Mahkemesinin Suç Örgütüne Üye Olma Fiilinin Hukuki Niteliğine İlişkin Değerlendirmeleri

Anayasa Mahkemesi kararında yer alan hukuki değerlendirme kısmında; suç örgütü üyeliğinin kesintisiz (mütemadi) suç olduğuna işaret edilmiş, bu sonucun dayanağı olarak bazı Yargıtay kararlarına ve doktrin görüşüne atıf yapılmıştır. Bu kapsamda mesela, Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 26.11.2020 tarih ve 2020/482 K. nolu kararında yer alan "*Doktrinde kabul edilen ortak görüş ve Yargıtay kararlarında istikrar kazanan uygulama, örgüt üyeliği suçunun mütemadi suçlardan olduğu yönündedir. Bu nedenle, suç işlemek amacıyla kurulmuş olan bir örgüte katılma hâlinde suç, örgütün hiyerarşik yapısına bağlılık devam ettiği sürece işlenmeye devam edilmektedir. Dolayısıyla örgütün hiyerarşik yapısına bağlılığın sona erdiği anda temadi bitmektedir (İzzet Özgenç, Suç Örgütleri, 10. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara – 2017, s. 25.). Bu bağlamda örgüte üye olma fiili, örgütün hiyerarşik bünyesine dâhil olmakla birlikte tamamlanmakta ise de suç sona ermemekte ve fail, örgüt üyesi olarak kaldığı sürece suç da devam etmektedir (Fatih Yurtlu, Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu [TCK m. 220], Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara – 2013, s. 99; Erkan Sarıtaş, s. 480)*" şeklindeki tespitlere yer verilmiştir. Yine atıf yapılan içtihatlardan olan Yargıtay 16. Ceza Dairesinin 25.6.2020 tarih ve 2020/3095 K. nolu kararının ilgili kısmı şöyledir: "*Öğretide ekseriyetle kabul gören ve Dairemizce de benimsenen yerleşik yargısal kararlara göre, örgütü yönetmek ya da örgüte üye olmak suçları mütemadi (kesintisiz) suçlardandır. Yani fiilin icrası süreklilik arz eder. Bu suçlarda örgüt hiyerarşisine dahil olup faaliyetlere başlanmakla suç tamamlanmıştır. Ancak fiilin icrası devam ettiği müddetçe fiilin ifade ettiği haksızlık da süreceğinden suç işlenmeye devam edecektir. Failin kendi isteğiyle ya da irade dışı olarak örgütten ayrılması halinde suç bitmiş olacaktır. Mütemadi suçların tamamlanmasıyla bitmesi aynı anlamı taşımamaktadır… Örgüt üyeliği temadi eden suçlardan olması nedeniyle hukuki ve fiili kesintiyle sona erecektir. Kesinti tarihi suç tarihidir. Örgütü yönetmek veya üye olmak suçlarında suç tarihinden önceki fiiller dava konusu edilip kesin hükümle sonuçlandığı takdirde, aynı fiilden mükerrer yargılama olmaz ilkesi doğrultusunda tekrar soruşturma ve kovuşturma yapılamayacaktır*".

Değerlendirme kısmında anılan Yargıtay 16. Ceza Dairesinin 4.10.2019 tarih ve 2019/5936 K. nolu kararının ilgili kısmı ise şöyledir: "*Mütemadi suç niteliğindeki örgüt üyeliği suçunun fiili ve hukuki kesinti tarihine kadar sona ermemesi nedeniyle yakalanma-iddianame tarihine kadar gerçekleştirilen faaliyetlerin hukuken tek bir fiil olarak kabul edilmesinde zaruret bulunmasına ve kesinleşmiş beraat kararı ile sonuçlanan davanın dayanağını oluşturan Sivas Cumhuriyet Başsavcılığının 25.01.2017 tarihli iddianamesinin kapsadığı dönem içinde kalan örgütsel faaliyetle-*

rin/fiilin 'Ne bis in idem' kuralı gereğince yeniden yargılanmasına yasal imkan bulunmamasına nazaran hukuki dayanaktan yoksun talebin reddine karar verilmiştir".

2. Anayasa Mahkemesinin Ceza Hukuku İlkelerine İlişkin Değerlendirmeleri

Başvurucunun iddiasının temel dayanağı, masumiyet karinesini ihlal edildiğidir. Anayasa Mahkemesi, masumiyet karinesinin normatif dayanağı olarak Anayasa m. 36 *"Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir" ve* Anayasa m. 38/4 *"Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz"* hükmüne işaret etmiştir. Uluslararası hukuk ekseninde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m. 6/2'de düzenlenen "Adil yargılanma hakkı" başlıklı hüküm de anılmıştır. AİHS m. 6/2'ye göre *"Kendisine bir suç isnat edilen herkes, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar suçsuz sayılır".* AİHS m. 6/2'nin hukuki fonksiyonu, suçluluğu sabit oluncaya kadar kişinin *masum sayılma hakkı*nın güvence altına alınmasıdır. AİHM'e göre masumiyet karinesi, *ceza yargılaması kapsamında bir usul güvencesi olmasına rağmen buna ilişkin korumanın uygulanabilir olması ve etkili şekilde sağlanabilmesi için beraat eden veya bir şekilde hakkındaki ceza yargılaması devam etmeyen kişilere kamu görevlileri veya otoritelerince suçlu muamelesinde bulunulmamasıdır*[4]. Yine AİHM'e göre masumiyet karinesi; mahkemelerin kişinin suç işlediği varsayımından başlamamalarını, ispat yükünün iddia makamına ait olmasını ve her türlü şüpheden sanığın yararlandırılmasını, ispat yükümlülüğünün iddia makamında kalmasını gerektirir[5]. Ayrıca AİHM'e göre başvurulan araç ile ulaşılmak istenen meşru amaç arasında makul bir orantının var olması gerekir[6]. Diğer yandan AİHM, dava dosyasında bulunan delilleri temel alarak verilen mahkûmiyet kararında; ilgili mevzuatta yer alan karinelere *otomatik bir şekilde* dayanmaktan kaçınıldığı olayda masumiyet karinesinin ihlal edilmediği sonucuna ulaşmıştır[7].

Anayasa Mahkemesi; normatif düzenleme ve AİHM içtihatları çerçevesinde masumiyet karinesinin fonksiyonunu şu şekilde özetlemiştir: Hiç kimse, suç işlediğine dair kesinleşmiş bir yargı kararı olmadan suçlu olarak kabul edilemez. Ceza yargılamasında kişinin *masumiyeti asıl*dır, suçluluğu ispat külfeti iddia makamındadır. Kimse suçsuzluğunu ispat külfeti ile karşı karşıya bırakılamaz ve suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar hiç kimse yargılama makamları ve kamu otoriteleri tarafından suçlu olarak nitelendirilemez, suçlu muamelesine tabi tutulamaz[8].

4 *Allen/Birleşik Krallık* [BD], B. No: 25424/09, 12/7/2013, §§ 92-105, 120-126.
5 *Telfner/Avusturya*, B. No: 33501/96, 20/3/2001, § 15.
6 *Janosevic/İsveç*, B. No: 34619/97, 23/7/2002, § 101.
7 *Pham Hoang/Fransa*, B. No: 13191/87, 25/9/1992, § 34 vd..
8 *Kürşat Eyol,* B. No: 2012/665, 13/6/2013, § 26; karar metni içinde § 43.

Suçsuzluğu ispat külfeti noktasında Anayasa Mahkemesinin şu tespiti önemlidir: "*Masumiyet karinesi kapsamında yer alan ve iddia edenin iddiasını ispatla yükümlü olması kuralı, Anayasa'nın 38. maddesinin gerekçesinde de açıkça ifade edilmiştir. Bununla birlikte genel anlamda suçun kanıtlanması yükümlülüğü iddia edende kaldığı sürece savunmasını oluşturmak için ispat yükünü sanığa devreden kurallar ile hukuki veya fiilî varsayımların olduğu durumlarda ispat yükünün yer değiştirmesi masumiyet karinesine aykırılık taşımaz*[9]. İlkesel durumun gereği olarak Anayasa Mahkemesi, hukuki durumun değerlendirilmesinde öne çıkan ve suç isnadı içeren karinenin aksinin başvurucu tarafından yargılama sırasında ispat edilebilmesinin mümkün olması, hâkimin de bu yönde ileri sürülen iddiaları inceleyip kararını buna göre verebilmesi, bir başka ifadeyle karinelerin kişiyi *otomatik olarak suçlu* hâline getirmemesi gerektiğini vurgulamıştır. Karineler, masumiyet karinesini ihlal eder boyuta ulaşmamalı ve suç isnadı altındaki kişi savunma imkânlarından yararlandırılmalıdır[10].

3. Anayasa Mahkemesinin Başvuru Hakkındaki Nihai Değerlendirmesi

a. Hak İhlali Kararı

Anayasa Mahkemesi; başvurunun esas yönünden incelenmesinde öncelikle somut olayı özetlemiş, ardından terör örgütü üyeliği suçunun kesintisiz (mütemadi) suçlardan olduğunu belirtmiş, hiyerarşik yapıya bağlılığın devam ettiği sürece suçun işlenmeye devam edeceğine dikkat çekmiş, bu bağın hukuki veya fiilî nedenlerle kesintiye uğradığı anda ise temadinin sona ereceğini ifade etmiştir (karar metninde § 46; ayrıca bkz. §§ 23-25).

İşaret edilen ölçütler ışığında Anayasa Mahkemesi; başvuruya konu olayda failin (koşullu salıverildiği) *ilk terör örgütüne üye olma eylemi* nedeniyle yakalandığını, kendisi hakkında iddianame düzenlendiğini ve yürütülen muhakeme sonucunda mahkûmiyet hükmü verildiğini, böylelikle ilk davranışın fiilî ve hukuki kesintiye uğradığını, temadinin sona erdiğine ilişkin şüphe kalmadığını tespit etmiştir. Bu nedenlerle, failin sonraki (başvuruya konu olaya ait) eylemlerinin örgüt üyeliği suçunu oluşturup oluşturmadığı değerlendirilirken önceki eylemlerin dikkate alınmaması gerektiği belirtilmiştir (bkz. §§ 25, 46).

Somut olayda ilk derece mahkemesi, Yargıtay bozma ilamı öncesinde başvurucunun katıldığı toplantıdaki eylemlerinin *terör örgütüne üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işleme* suçunu oluşturduğu kanaatine varmış ve daha önceki tarihte verilen mahkûmiyet kararını hükme esas almamıştır (bkz. §§ 15, 47). Fakat Yargıtayın bozma gerekçesi ve bozma sonrası yargılamada, *başvuruya konu eylemin (başvurucunun) daha önce terör örgütüne üye olma suçu ne-*

9 AYM, E.2013/38, K.2014/58, 27/3/2014.

10 *Adem Hüseyinoğlu*, B. No: 2014/3954, 15/2/2017, § 36; karar metninde § 44.

deniyle hükümlü bulunduğu ceza infaz kurumundan şartlı tahliye edildikten sonra işlendiği gerekçesine dayanıldığı tespit edilmiştir (bkz. §§ 16-18). Başvurucunun *koşullu salıverilmesinden sonra silahlı terör örgütü ile yeniden irtibata geçtiğine vurgu yapan* bozma ilamı üzerine ilk derece mahkemesi, bozma ilamındaki gerekçelerle başvurucunun terör örgütü üyesi olduğuna hükmetmiştir (§ 47). Böylelikle ilk derece mahkemesi mahkûmiyet hükmünde yalnızca başvurucunun yasa dışı hâle dönüştüğü kabul edilen bir toplantıya katılmasını değil, aynı zamanda başvurucunun daha önce terör örgütüne üye olma suçundan mahkûm edilmiş olmasını da delil olarak değerlendirmiştir (§ 48). Başka bir deyişle derece mahkemeleri başvurucunun terör örgütü üyesi olma suçundan cezalandırılması için gerekli unsurların oluştuğu kanaatine ulaşırken kişi hakkındaki önceki mahkûmiyet kararına dayanmıştır (§ 48).

Anayasa Mahkemesi, Yargıtayın tutumu ve bozmaya uyan yerel mahkemenin yürüttüğü muhakemeye bakarak ispat yükünün sanığa (başvurucuya) devredildiği görüşündedir (§ 49). Çünkü dava konusu olaydan önce terör örgütüne üye olma suçundan mahkûm olan başvurucunun, daha sonraki bir tarihte terör örgütünün propagandası mahiyetindeki bir gösteriye katılmış olması nedeniyle yeniden terör örgütüne üye olma suçunu işlediği biçimindeki kabule göre, PKK terör örgütünün çağrısı üzerine toplantıya katıldığı iddia edilen başvurucu, terör örgütüyle yeniden irtibat kurmadığını ispat etmek zorunda bırakılmıştır (§ 49). Anayasa Mahkemesi, mevcut süreç nedeniyle şu endişeyi dile getirmiştir (§ 49): *Mahkemenin bu yaklaşımı, daha önce hakkında terör örgütü üyesi olma suçundan kesinleşmiş bir mahkûmiyet hükmü bulunan kişilerin herhangi bir yeni eyleminin önceki eylemleri ile birlikte değerlendirilip yeniden ve otomatik olarak terör örgütü üyesi olma suçundan cezalandırılmaları sonucunu doğuracaktır*.

Anayasa Mahkemesi, yukarıda özetlemeye çalıştığımız gerekçelerle; *derece mahkemelerince başvuruya konu eylemin, başvurucu tarafından ve daha önce terör örgütüne üye olma suçu nedeniyle hükümlü bulunduğu ceza infaz kurumundan koşullu salıverildikten sonra işlenmesi dolayısıyla terör örgütüyle yeniden irtibat kurulması şeklinde değerlendirilmesi ve bu nedenle terör örgütüne üye olma suçundan cezalandırılma yoluna gidilmesini masumiyet karinesine aykırı* bulmuştur. Anayasa Mahkemesi, ilgili dosyada oy çokluğuyla *Anayasa'nın 36. ve 38. maddelerinde güvence altına alınan masumiyet karinesinin ihlal edildiğine* karar vermiştir (§§ 50-51).

b. Kararda Yer Alan Karşı Oy Gerekçesi

Değerlendirmeye tabi tuttuğumuz başvuruda Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 36. ve 38. maddelerinde güvence altına alınan masumiyet karinesinin ihlal edildiğine karar vermiştir. 21.10.2021 tarihli ihlal kararı oy çokluğuyla alınmıştır. Anaysa Mahkemesinin altı üyesi (Kadir Özkaya, Muammer Topal,

Rıdvan Güleç, Yıldız Seferinoğlu, Basri Bağcı ve İrfan Fidan) ortak karşı oy gerekçesiyle karara katılmamışlardır.

Hak ihlali kararına katılmayan üyelerin temel dayanak noktası, Anayasa m. 38/4'te "*Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz*" hükmüyle somutlaşan masumiyet karinesinin, özü itibarıyla *bir kişinin suçlu kabul edilip edilmeme konusuyla alakalı bir husus olduğu*; ancak incelemeye konu dosyada yatan hukuki sorunun bir suçun sübut bulmasından ziyade suçun nitelendirilmesi ile alakalı olduğu fikridir. Çünkü üyelere göre; temyiz merci (Yargıtay 16. Ceza Dairesi), "terör örgütüne üye olmamakla birlikte terör örgütü adına suç işlemek" şeklinde yapılan suç nitelendirmesinin "terör örgütü üyeliği" şeklinde yorumlanması gerektiği kanaatine varmış ve yerel mahkemenin, suçun nitelendirilmesinde hataya düştüğünü belirtmiştir. Buna göre Yargıtay, dava konusu olayda sanığın eylemine ilişkin hususların yanında örgüt üyeliğinden verilen önceki tarihli mahkûmiyeti de dikkate almıştır. Fakat yerel mahkeme ile temyiz merci arasındaki görüş ayrılığı suçun sübutunda değil, suçun vasıflandırılmasına ilişkindir. Yani önceki tarihli mahkûmiyet kararı hiç tesis edilmeseydi dahi hem derece mahkemesi hem de Yargıtaya göre fiilin tek başına suç oluşturduğunda bir duraksama bulunmamaktadır. Dolayısıyla önceki tarihli mahkûmiyet kararının somut olaya etkisi, suçun nitelendirilmesiyle sınırlı kalmıştır. Suça konu eylemin, daha önce örgüt üyeliğinden verilen mahkûmiyet kararının infazı tamamlanmadan, koşullu salıverilme dönemi içerisinde terör örgütünün çağrısına uyarak gerçekleşen bir gösteriye katılmak şeklinde icra edildiği anlaşılmaktadır.

Karara katılmayan altı üye; sanığa yüklenen fiile ilişkin dosya kapsamında sunulan delillerin örgüt üyeliğinin sübutu bakımından yeterliliği meselesinin, adli yargı mercilerinin görev sahası içinde kaldığına işaret etmişlerdir. Bu yetkiyi haiz olan Yargıtay, dava konusunun hukuki analizinde sanığın geçmişini de dikkate almıştır. Ceza muhakemesinde kişinin geçmişinin dikkate alınmasını engelleyen bir hüküm bulunmadığı gibi, TCK m. 62'ye yansıyan şekliyle kişinin geçmişi özellikle dikkate alınabilmektedir. Böylece derece mahkemelerinin olay analizi hukuki sınırları aşmamıştır.

Karşı oy gerekçesinde başvurulan diğer argüman, tatbik edilen metodun tersine bir olası uygulamanın doğuracağı durumla kıyas yapılmasıdır. Nitekim beraat hükmüyle sonuçlanan önceki yargılama sonraki fiile ilişkin muhakemede bir sübut unsuru olarak kullanılmış olsaydı, böyle bir ihtimalin masumiyet karinesiyle çelişebileceği, ifade edilmiştir.

Karşı oy gerekçesinde; örgüt üyeliğinin temadi eden bir suç özelliğini taşıdığı, kesintisiz suçlardan olduğu görüşü paylaşılmıştır. Buna göre iddianamenin kabulü ile temadinin hukuki kesintiye uğradığı belirtilmiştir. Fiilî kesintinin gerçekleşip gerçekleşmediği ise iddia ve savunma makamları tarafından

ispatlanmaya müsaittir. Öyleyse kişi hakkındaki geçmiş tarihli mahkûmiyet kararının yeni olayda dikkate alınması, tek başına ispat yükünün sanığa devredildiği anlamı taşımayacaktır.

Karşı oy gerekçesi; iddia olunan suç fiilinin icra edilmediğinin sanık tarafından her türlü delille ispatlanabileceği ve bu eylem sübut bulmamış olsaydı örgüt üyeliğinden de söz edilemeyeceği, tespitiyle bitirilmiş ve sonuç olarak dosyada adil yargılanma hakkı kapsamında masumiyet karinesinin ihlali yönündeki çoğunluk görüşüne iştirak edilmemiştir.

II. MAHKEME KARARLARININ ANALİZİ

A. MAHKÛMİYET KARARINA (İLK KARAR) İLİŞKİN TESPİTLERİMİZ

TCK m. 220/6'ya göre: "*Örgüte üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işleyen kişi, ayrıca örgüte üye olmak suçundan da cezalandırılır. Örgüte üye olmak suçundan dolayı verilecek ceza yarısına kadar indirilebilir. Bu fıkra hükmü sadece silahlı örgütler hakkında uygulanır*". TCK m. 220/6'da yer alan atıf doğrultusunda ilgili hüküm, silahlı örgütler için uygulanacaktır. Bu durumda sevk maddesi olarak TCK m. 314'e bakmak gerekir. Mahkemenin TCK m. 220/6'daki "Ayrıca örgüte üye olmak suçundan da cezalandırılır." ibaresi sebebiyle sanığın işlenen suçun yanı sıra (terör örgütü propagandası) örgüt üyeliğinden de cezalandırılması taraftarı olduğu anlaşılmıştır. Belirtelim ki bu yorum hukuken isabetsizdir. Şayet "örgüt üyesi olmamakla birlikte örgüt adına suç işleme" kapsamına, hâlihazırda suç örgütü altında öngörülen örgüte yardım ve örgüt propagandası fiillerini de dâhil edersek, TCK m. 220/7 ve TCK m. 220/8'yi anlamsızlaştırmış oluruz. Önemle vurgulamak gerekir ki örgüt propagandası suçunun faili, ancak örgüt üyesi olmayan kişidir. Yani örgüt üyesi, dâhil olduğu suç örgütünün propagandası yapsa, bu eylemi zaten üyeliğin doğal sonucu olarak görülmeli ve kişi yalnızca örgüt üyeliğinden cezalandırılmalıdır[11]. Böyleyken örgüt üyesi olmayan kişinin örgüt propagandası yapması hâlinde hem propaganda hem de (TCK m. 220/6 sebebiyle) üyelikten dolayı cezalandırılması, kişinin gerçekleştirmediği bir tipik hareket sebebiyle cezalandırılması anlamı taşıyacağı gibi, cezanın amacı ve orantılı olmasına da açıkça aykırı düşecektir. Sonuç olarak yerel mahkemece tesis edilen ilk mahkûmiyet hükmü, maddi ceza hukuku yönüyle hatalıdır.

11 Bkz. Özgenç, İ. (2022). *Suç Örgütleri*, 14. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 256; Arslan, M. (2020). *Alman Ceza Hukukunda Suç ve Terör Örgütleriyle Bağlantılı Suçlar ve İştirak Hükümleriyle İlişkileri*, Ankara: Adalet Yayıncılık, s. 58; Demir, O. (2022). *Suç Örgütüne Yardım Etme Suçu*, 2. Baskı, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 132; Dursun, İ. (2008). "Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu (TCK m. 220)", *Yayınlanmamış Doktora Tezi*, İstanbul: Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 119; Tulay, M. E. (2018). *Kriminelle Vereinigungen im deutschen Strafrecht im Vergleich zum türkischen Strafrecht unter besonderer Berücksichtigung der Beteiligungsdogmatik*, Holzkirchen: Felix Yayıncılık, s. 33. Farklı görüşte Yıldırım, Z. (2014). *İfade ve Basın Özgürlüğü Bağlamında Terörizmin Propagandası Suçu*, Ankara: Adalet Yayıncılık, s. 234.

B. YARGITAYIN BOZMA KARARI VE BOZMA SONRASI YARGILAMADA VERİLEN HÜKME İLİŞKİN TESPİTLERİMİZ

1. Genel Olarak

Temyiz merci olan Yargıtay 16. CD, 9.9.2015 tarihli kararıyla (2015/4733 E., 2015/2397 K.) Tunceli Ağır Ceza Mahkemesinin kararını bozmuştur. Yüksek Mahkeme, mahkûmiyete dayanak suçun vasfının yanlış değerlendirildiği görüşündedir.

Yargıtay ile yerel mahkeme görüşlerindeki çelişki, fiilin nitelendirilmesinde kendini gösterir. Nitekim Yargıtay, suçun örgüt üyeliği şeklinde yorumlanması gerektiği kanaatindedir. Öyleyse çalışmamızda şu iki husus özelinde bir muhakeme yürütülmelidir: İlk olarak bozma gerekçesinde yer verilen ve bozmadan sonraki yargılamada mahkûmiyet kararının dayanağı olan *suç örgütüne üye olma* kavramı doğru anlaşılmalı, sonrasında örgüte üye olma fiilinde karşımıza çıkan *kesintisiz suç* durumu doğru yorumlanmalıdır.

2. Suç Örgütüne Üye Olma Fiili Hakkında Genel Tespitimiz

Suç örgütüne üye olma, hukukumuzda esas olarak TCK m. 220/2'de cezalandırılmıştır. Silahlı örgüte üye olma ile terör örgütüne üye olma fiilleri için TCK m. 314 ile TMK m. 7/1'de ayrı bir düzenleme ve daha ağır cezai yaptırım öngörülse de fiilin anlamlandırılması bakımından dikkate alınacak hususlar ortaktır.

Örgüt üyesi olmak, birtakım unsurların kümülatif biçimde varlığına bağlıdır. Buna göre üyelik; kurulmuş bir örgüt iradesinin kabulü ve takibini, kişinin örgüt iradesini kendi iradesinden üstün tutmasını şart koşar[12]. Örgüte üye olabilmek için tek taraflı bir irade yeterli değildir. Örgütün kişinin katılma iradesinden bir biçimde haberdar olması ve bu iradeyi açık yahut zımni olarak onaylaması zorunludur[13]. Belirtelim ki bu şart, "örgüte üye olma"nın müşterek fail ilişkisine benzerliğinin de doğal sonucu olarak görülmelidir. Gerçekten, birden fazla kişinin ortak bir irade altına girmesi ve örgüt faaliyeti kapsamında bir suç işlenmesi için her an hazır bulunmaları, fonksiyonel hâkimiyete dayanan müşterek faillik ilişkine benzemektedir. Müşterek failliğin temini için de suç ortakları, şahsi münasebetle olmasa da birbirlerinin varlık

12 "*Örgüt üyesi, örgüt amacını benimseyen, örgütün hiyerarşik yapısına dahil olan ve bu suretle verilecek görevleri yerine getirmeye hazır olmak üzere kendi iradesini örgüt iradesine terk eden kişidir. Örgüt üyeliği, örgüte katılmayı, bağlanmayı, örgüte hakim olan hiyerarşik gücün emrine girmeyi ifade etmektedir*", Yargıtay 3. Ceza Dairesinin 11.7.2023 tarihli 2021/9795 E. ve 2023/4959 K. sayılı kararı. Aynı yönde bkz. Yargıtay 3. Ceza Dairesinin 10.5.2023 tarihli 2022/26840 E. ve 2023/2922 K. sayılı kararı. Ayrıca bkz. Tozman, Ö. (2017). *Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu*, 2. Baskı, Ankara: Adalet Yayıncılık, s. 324; Boz, B. (2020). "Türk Ceza Hukukunda Terör Örgütü ve Terör Örgütüne Üye Olma Suçu", *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 2., S. 1., s. 157; Arslan, M. (2020). s. 19; Tulay, M. E. (2018). s. 31.

13 Bkz. Sarıtaş, E. (2018). *Suç İşlemek Amacıyla Örgütlenme Suçları (TCK m. 220-221)*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 470; Sonay Evik, V. (2013). "Suç İşlemek Amacıyla Örgütlenme Suçu", *MÜHF-HAD*, C. 19., S. 2., s. 685; Tulay, M. E. (2018). s. 33. Aksi kanaatte Özgenç, İ. (2022). s. 22.

ve/veya katkılarından haberdar olmak zorundadır. Aynı şekilde örgüte üye olmak da bu anlamda bir 'kabul/onay' muamelesini gerektirir.

Suç örgütüne üye olma fiilinde kanun koyucu aslında davranışın tehlikeliliğini cezalandırmıştır. Yani üyelik sebebiyle failin cezalandırılması için örgüt faaliyeti kapsamında bir suçun işlenmesine gerek yoktur. Ancak pek tabii kişi (üye), örgütün iradesi yönünde davranmaya her daim hazır pozisyondadır[14].

Hukuki niteliği itibarıyla suç örgütüne üye olmak, kesintisiz suça örnektir[15]. Örgüt üyesiyken verilen aralar, üyeliği sona erdirme amacı taşımadığı müddetçe önemsizdir[16]. Kesintinin gerçekleştiği an örgüt üyeliği sona erecek, "örgüte üye olma" suçu da bu anda işlenmiş kabul edilecektir[17].

3. Kesintisiz Suç Hakkında Genel Tespitlerimiz

Öncelikle belirtmek gerekir ki Yargıtay ve bireysel başvuru aşamasında Anayasa Mahkemesinin suç örgütüne üye olma fiilinin kesintisiz suç özelliği gösterdiğine ilişkin değerlendirmeleri doğrudur. Böyle olunca kesintisiz suça özgü özelliklerin somut olaya uyarlanması gerekir.

Kesintisiz suç, kanunda tanımlanan tipik hareketin bir süreklilik içinde gerçekleştirilmesidir[18]. Fail, suça özgü hareketi gerçekleştirmeye devam etmekte, hareket devam ettiği müddetçe fiilin haksızlığı da varlığını korumaktadır[19].

---

14 "*… örgüt üyeliğini belirlemede ayırt edici fark, örgüt üyesinin örgüt hiyerarşisi dahilinde verilen her türlü emir ve talimatı sorgulamaksızın tamamen teslimiyet duygusuyla yerine getirmeye hazır olması ve öylece ifa etmesidir*", Yargıtay 3. Ceza Dairesinin 11.7.2023 tarihli 2021/9795 E. ve 2023/4959 K. sayılı kararı.

15 Akbulut, B. (2023). *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 10. Baskı, Ankara: Adalet Yayıncılık, s. 341; Demirbaş, T. (2023). *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 18. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 266; Dülger, M. V. (2023). *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 329; Hafızoğulları, Z. ve Özen, M. (2019). *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 12. Baskı, Ankara: US-A Yayıncılık, s. 189; Koca, M. ve Üzülmez, İ. (2023). *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 16. Baskı, Ankara: Adalet Yayıncılık, s. 125; Özgenç, İ. (2023). *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 19. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 192; Ögenç, İ. (2022). s. 23; Yenidünya, C. ve İçer, Z. (2014). *Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma*, İstanbul: Digesta Yayıncılık, s. 39.

16 Tulay, M. E. (2018). s. 34.

17 Mahkeme kararlarında da yer alan bu sonuç, çalışmamızın takip eden hemen bir sonraki kısmında kesintisiz suçun bir özelliği olarak anlatılmıştır.

18 Fischer, T. (2019). *Strafgesetzbuch*, 66. Baskı, Münih: C. H. Beck Yayıncılık, s. 49; Akbulut, B. (2023). s. 340; Dülger, M. V. (2023). s. 330; Koca, M. ve Üzülmez, İ. (2023). s. 83 (125); Özgenç, İ. (2023). s. 192; Artuk, M. E., Gökcen, A., Alşahin, M. E. ve Çakır, K. (2022). *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 16. Baskı, Ankara: Adalet Yayıncılık, s. 223; Zafer, H. (2019). *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 7. Baskı, İstanbul: Beta Yayıncılık, s. 248. Kesintisiz suçun 'neticenin hemen sona ermeyip zaman içinde devam ettiği suç' şeklinde tanımı için bkz. Demirbaş, T. (2023). s. 148; Centel, N., Zafer, H. ve Çakmut, Ö. (2020). *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 11. Baskı, İstanbul: Beta Yayıncılık, s. 116; Özbek, V. Ö., Doğan, K. ve Bacaksız, P. (2022a). *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 13. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 134.

19 Roxin, C. ve Greco, L. (2023). *Strafrecht Allgemeiner Teil-I*, 5. Baskı, Münih: C. H. Beck Yayıncılık, s. 429; Kühl, K. (2017). *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 8. Baskı, Münih: Franz Vahlen Yayıncılık, s. 6; Schmidhäuser, E. (1975). *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. Baskı, Tübingen: Paul

Kesintisiz suçta kesintinin gerçekleştiği an[20], suçun işlenme anı olarak kabul edilir[21]. Ama kesintisiz suçta suçun tamamlanma ve sona erme anları farklıdır[22]. Gerçekten, kanuni tipte tanımlanan hareketin icra edilmesiyle suç tamamlanır, kesinti gerçekleştiğinde ise suç sona erer. Bu farklılık, bazı hukuki kurumlar için önem arz eder.

Failin kusurluluğu, kesintinin gerçekleştiği, yani suçun sona erdiği andaki duruma göre değerlendirilmelidir[23].

Suç tamamlandığında artık teşebbüs kurumu devre dışı kalır, kişi tamamlanmış suçtan dolayı cezalandırılır[24]. Mesela mağduru özgürlüğünden alıkoyan fail, mağdurun özgürlüğü hukuka aykırı biçimde sınırlandırıldığı anda suç tamamlanmıştır. Kesinti gerçekleştiği an suçun işlenme andığı olarak kabul edilir ve fail, tamamlanmış suçtan ceza alır. Keza kesinti, failin gönüllü davranışıyla gerçekleşse dahi suç tamamlandığı için gönüllü vazgeçme hükümleri uygulama alanı bulmaz.

Kesintisiz suçta karşılaşılan bir diğer özellik, suç sona erene dek suça müşterek fail olarak katılmanın mümkün olmasıdır[25]. Çünkü suç tamamlanmış olsa da sona ermemiştir. Hareket ve harekete bağlı olarak haksızlık varlığını korumaya devam etmektedir.

Suç sona ermediği müddetçe hukuka aykırılığa bağlı olarak mevcut bir saldırıdan bahsedileceğinden, mağdur bakımından meşru savunma hükümlerine başvurulması mümkündür[26].

Siebeck Yayıncılık, s. 253; Akbulut, B. (2023). s. 341; Dülger, M. V. (2023). s. 331; Hafızoğulları, Z. ve Özen, M. (2019). s. 189; Soyaslan, D. (2018). *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 8. Baskı, Ankara: Yetkin Yayıncılık, s. 248.

20 Bu noktada doktrinde, kesintiye konu eylemi yapma iktidarının failin elinde olması gerektiği, aksi halde kesintisiz suçtan bahsedilemeyeceği ifade edilmektedir, bkz. Önder, A. (1963). "Mütemadi Suç", *İÜHFM*, C. 29., S. 1-2., s. 93; ayrıca bkz. Demirbaş, T. (2023). s. 268; Dülger, M. V. (2023). s. 331.

21 Krey, V. ve Esser, R. (2016). *Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil*, 6. Baskı, Stuttgart: W. Kohlhammer Yayıncılık, s. 97; Akbulut, B. (2023). s. 173; Artuk, M. E., Gökcen, A., Alşahin, M. E. ve Çakır, K. (2022). s. 223; Centel, N., Zafer, H. ve Çakmut, Ö. (2020). s. 116; Demirbaş, T. (2023). s. 268; Hafızoğulları, Z. ve Özen, M. (2019). s. 189; Koca, M. ve Üzülmez, İ. (2023). s. 83; Özbek, V. Ö., Doğan, K. ve Bacaksız, P. (2022a). s. 134. Suçun tamamlanması ve sona ermesi evrelerinin ayrımı, kesintisiz suçu, harekete endeksli şekilde tasnif edilen diğer suç tiplerinden ayırmada önemli bir ölçüttür, bkz. Wessels, J., Beulke, W. ve Satzger, H. (2015). *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 45. Baskı, Heidelberg: C. F. Müller Yayıncılık, s. 13.

22 Krey, V. ve Esser, R. (2016). s. 97; Kühl, K. (2017). s. 490; Roxin, C. ve Greco, L. (2023). s. 429; Schmidhäuser, E. (1975). s. 253; Akbulut, B. (2023). s. 342; Artuk, M. E., Gökcen, A., Alşahin, M. E. ve Çakır, K. (2022). s. 223; Dülger, M. V. (2023). s. 329; Koca, M. ve Üzülmez, İ. (2023). s. 126; Özgenç, İ. (2023). s. 193; Zafer, H. (2019). s. 248; Öztürk, B. ve Erdem, M. R. (2020). *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, 20. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 216.

23 Koca, M. ve Üzülmez, İ. (2023). s. 128.

24 Akbulut, B. (2023). s. 342; Koca, M. ve Üzülmez, İ. (2023). s. 127; Özgenç, İ. (2023). s. 193.

25 Kühl, K. (2017). s. 819; Roxin, C. ve Greco, L. (2023). s. 430; Akbulut, B. (2023). s. 342; Dülger, M. V. (2023). s. 332; Koca, M. ve Üzülmez, İ. (2023). s. 128; Öztürk, B. ve Erdem, M. R. (2020). s. 217; Zafer, H. (2019). s. 248.

26 Fischer, T. (2019). s. 315; Akbulut, B. (2023). s. 345; Dülger, M. V. (2023). s. 332; Koca, M. ve Üzülmez, İ. (2023). s. 128; Zafer, H. (2019). s. 248.

Kesintinin gerçekleşmesi anına dek fiilin işlenmeye devam ettiği kabul edildiğinde şikâyete ilişkin hak düşürücü sürenin de kesintinin gerçekleştiği, yani suçun sona erdiği andan itibaren başlatmak gerekir[27].

Zamanaşımına ilişkin süreler de kesintinin gerçekleştiği andan itibaren işlemeye başlar (TCK m. 66/6). Yetkili mahkemenin tespitinde de kesintinin gerçekleştiği yer esas alınmıştır (CMK m. 12/2).

Bilinçli olarak sona bıraktığımız bir diğer özellik ise kesintinin gerçekleşmesiyle suç sona erdiği için artık aynı suçun aynı mağdura karşı icrasında yeni bir kastın varlığına duyulan gereksinimdir[28]. Mesela, mağdur B'yi özgürlüğünden alıkoyan A'nın eyleminin bir hafta sonra kesintiye uğradığını, mağdur nezdindeki hukuka aykırılığın sona erdiğini varsayalım. Fail A, bir ay sonra yine mağdur B'yi hukuka aykırı biçimde hürriyetinden yoksun kılsa, aynı suçun işlenmeye devam ettiğini iddia etmek mümkün değildir. Çünkü fiil kesilmiş, sona ermiştir. Artık diğer suç bakımından yeni bir kastın varlığını ortaya koymak gerekir. Başka bir olasılık olarak failin ilk hareketindeki kastı mağdurun değişik zamanlarda hürriyetinden yoksun bırakılıp yeniden özgürlüğüne kavuşturulması gayesine dayanıyorsa, TCK m. 43/1'in gündeme gelmesi mümkündür. Bu ikinci olasılığın, somut olayda failin sübjektif durumu ve elbette suç tipinin özelliklerine göre şekilleneceğinde şüphe yoktur.

4. Suç Örgütüne Üye Olma ve Kesintisiz Suça İlişkin Tespitlerin Somut Olaya Uyarlanması

Suç örgütüne üye olma fiilinin kesintisiz suç özelliği gösterdiğini, bu gerçeğin Yargıtay ve Anayasa Mahkemesince kabul edildiğini yukarıda ifade etmiş ve gerek suç örgütüne üye olma fiilinin gerekse kesintisiz suçun özelliklerine yer vermiştik. Şimdi bu özelliklerin somut olaya uyarlanmasının hukuken uygunluğunu inceleyeceğiz.

Yargıtay, fiilin nitelendirilmesinde yerel mahkeme ile farklı düşünmektedir. Yüksek Mahkemeye göre fiil, suç örgütüne üye olma suçu olarak yorumlanmalıdır. Bozma kararındaki gerekçe şu şekildedir: "*Silahlı terör örgütü üyeliğinden ceza alan ve şartla tahliye edilmesinden sonra silahlı terör örgütü ile yeniden irtibata geçerek suç tarihinde düzenlenen yasadışı toplantıya katıldığı, toplantı öncesinde yanında getirdiği ve üzerinde terör örgütü liderinin resmi bulunan bayrakları dağıttığı, toplantı sırasında terör örgütünü simgeleyen bayrağı taşıyan şahsın kimliğini gizlemek ve yakalanmamak için üzerinden çıkardığı montu alarak toplantı*

27 Koca, M. ve Üzülmez, İ. (2023). s. 128; Özgenç, İ. (2023). s. 193.

28 Doktrinde *Önder*; kesinleşmiş mahkûmiyet hükmü ile birlikte artık kesintinin gerçekleştiği, bundan sonra suç işlenmeye devam ediliyorsa bunun yeni bir kasta dayandığının kabul edilmesi gerektiği, görüşündedir. Yazar, aksi kabulün, yani hükümden sonra işlenen suçun kesintisiz suça dahil görülmesinin, faile adeta açık bono verilmiş gibi tesiri olacağını düşünmektedir, bkz. Önder, A. (1963). 119. Ayrıca bkz. Demirbaş, T. (2023). s. 268.

alanından ayrılan ve aynı montu toplantının devamında kendi giydiği anlaşılan sanığın, eyleminin TCK'nın 314/2. maddesinde düzenlenen silahlı terör örgütüne üye olmak suçunu oluşturacağı gözetilmeden yazılı şekilde karar verilmesi… dolayı bozulmasına karar verildi".

Meseleyi ilk önce suç tipi altında analiz etmek gerekir. Yargıtay kararındaki "*… toplantı öncesinde yanında getirdiği ve üzerinde terör örgütü liderinin resmi bulunan bayrakları dağıttığı, toplantı sırasında terör örgütünü simgeleyen bayrağı taşıyan şahsın kimliğini gizlemek ve yakalanmamak için üzerinden çıkardığı montu alarak toplantı alanından ayrılan ve aynı montu toplantının devamında kendi giydiği anlaşılan sanığın…"* şeklindeki atıf, fiilin nitelendirilmesi bakımından önemlidir. Bu tespit, yerel mahkemenin "*Sanığın katıldığı ve kamu davasına konu olan toplantı/gösteri, başından itibaren kanuna aykırı olarak düzenlemiş olup, kanuna uygun şekilde düzenlendiği kabul edilse dahi, daha sonra, kanuna aykırı hale gelmiş/getirilmiştir. Toplantı/gösteri sırasında; Anayasamızın sağladığı temel hak ve özgürlüklerin kötüye kullanması suretiyle Türk Devletinin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı hedef alan yasadışı PKK terör örgütü ve sözde lideri Abdullah Öcalan'ı övücü sloganlar atılmış ve pankartlar taşınmış, sanığın da, üzerinde teröristbaşı Abdullah Öcalan'ın resminin bulunduğu anlaşılan flamalar ile toplantının yapıldığı mahalle geldiği, elinde bulunan flamalardan bir kısmını toplantıya iştirak eden kişilere dağıttığı, kendisinin de toplantı ve gösteri yürüyüşüne bizzat üzerinde terörist başı Abdullah Öcalan'ın resminin bulunduğu flamayı taşıyarak katıldığı, anlaşılmıştır*" şeklindeki bulgusuyla da uyumludur.

Görülen o ki yerel mahkemenin tespit ettiği olay, Yargıtay tarafından onaylanmıştır. Ancak dereceler arasında farklılaşan nokta, olayın hukuki nitelendirilmesidir.

Başvuruya konu olay, yasa dışı tertip edilen ve terör örgütünün faaliyeti kapsamında icra edildiği anlaşılan bir gösteriye iştirak edilmesidir. Sanığa yüklenen fiil, terör örgütü liderinin resmi bulunan bayrakların dağıtılması ve terörist başının resminin bulunduğu flamanın bizzat taşınmasıdır. Anılan eylem, esasen sempati açıklamaları kapsamında yorumlanıp cezasız kalması tartışılabilecekken (bkz. TMK m. 7/2-ilk cümle), TMK m. 7/2-b'de sayılan seçimlik hareketlerin gerçekleştirilmesi sebebiyle terör örgütü propagandası altında değerlendirilmeye müsaittir[29].

29 TMK m. 7/2-b hükmü ile TMK m. 7/2-ilk cümle arasındaki ilişkiye dair hukuki değerlendirmeler için bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 18.2.2020 tarihli 2016/16-1140 E. ve 2020/110 K. sayılı kararı. Konuyla ilgili doktrinde paylaşılan görüşler için bkz. Özgenç, İ. (2021). "Terörizmin ve Terör Örgütünün Propagandası Suçu ve Ceza Hukuku Sorumluluğu", *AHBVÜ-HFD*, C. 25., S. 2., s. 401; Yurtlu, F. (2016). "Suç Örgütünün Propagandasını Yapma Suçu ve Türkiye Açısından AİHM Kararlarına Yansıması", *GÜHFD*, C. 20., S. 3., 2016, s. 421; Yıldırım, Z. (2014), s. 233.

Temel olarak örgüt propagandası kapsamında tartışılması gereken bir fiil, Yargıtay tarafından örgüte üyeliği altında mütalaa edilmiş ve ardından yerel mahkeme de bu görüşe uyarak sanığın terör örgütüne üye olma fiilinden ötürü cezalandırılmasına karar vermiştir.

Bozma ilamında yer alan "***Silahlı terör örgütü üyeliğinden ceza alan ve şartla tahliye edilmesinden sonra silahlı terör örgütü ile yeniden irtibata geçerek*** *suç tarihinde düzenlenen yasadışı toplantıya katıldığı…"* şeklindeki tespit dikkat çekicidir. Yargıtay ve sonrasında bozmaya uyan yerel mahkemeye göre, örgüt üyeliğinden hüküm giyen failin koşullu salıverilme müddeti içinde aynı örgütün 'propaganda' içerikli eylemine katılması, örgüt üyeliğinin yansımasıdır. Ancak bozma ilamı ile yerel mahkemenin sonraki kararında örgüt üyeliği için aranan koşullar değerlendirilmemiştir.

Başvuruya konu olay, özet nitelendirmeyle terör örgütü tarafından tertip edilen yasa dışı gösteriye katılmaktır. Bu eylemin örgüt üyeliğine vücut verebilmesi için hukuken iki ihtimal vardır:

1. Propaganda fiilinin örgüt üyeliği için aranan yapısal şartlarla desteklenmesi
2. Failin (sanığın) hâlihazırda ilgili terör örgütünün üyesi olması

Yargıtay ve ikinci kararında yerel mahkeme, failin davaya konu olaydaki durumunu değerlendirirken örgüt üyeliğine ilişkin isnat olunan fiille doğrudan bağlantılı bir analiz yapmamıştır. Mahkemenin referansı, koşullu salıverilmeye konu önceki mahkûmiyet kararıdır. Oysa Yargıtayın temyiz merci olarak ortaya koyduğu tespitler ve yerel mahkemece yürütülen muhakemede beklenen, hiyerarşik yapıya dâhil olma ve örgüt iradesini kendi iradesinin üzerinde görme olgusu ile bu bağlılığın devamlılık arz ettiğinin belirlenmesidir. Örgüt üyeliğinin esasları olan bu ölçütlerin somut olayda gerçekleşip gerçekleşmediğini ispat etme külfeti ise iddia makamındadır. Keza mahkeme bu fiilin gerçekleştiği fikrinde ise her türlü şüpheden uzak delillere dayanmalıdır. Oysa bu fikrin oluşumunda kıstas alınan ve delil olarak değerlendirilen şey, kişi hakkında verilmiş önceki tarihli mahkûmiyet kararıdır.

Gelinen noktada, dava konusu olayda sanığın davranışlarının örgüt üyeliğini ispat edecek kesinlik ve dahi yeterlilikte olduğunu söylemek güçtür. O hâlde yukarıda ikinci olasılıkta sunduğumuz durumu analiz etmek icap eder.

Yukarıda paylaştığımız üzere, derece mahkemeleri ve Anayasa Mahkemesinin de kabulüne göre suç örgütüne üye olma, kesintisiz suç özelliği gösterir. Kişi, örgüt üyeliğini bilerek ve isteyerek sona erdirdiğinde artık suç sona erer. Suç, hukuki olarak suça ilişkin takibe başlanmasıyla sona erer. Mesela, mağdurun hürriyetini kısıtlayan failin yakalanması ve hukuka aykırılığın sona er-

mesiyle suç sona erecektir[30]. Ancak bazı suç tiplerinde suçun yapısı gereği fiilin hukuki bir işlemle kesintiye uğramasına rağmen suçun devam ettiğinden bahsedilebilir. Suç örgütünü yönetme ve suç örgütüne üye olma fiillerinde bu olasılıkla karşılaşılabilir[31]. Spesifik bir olayda hükümlü olan kişi, cezaevinde olmasına rağmen örgütle olan irtibatını devam ettirebilir ve yönetme ya da üye olma fiilini icra etmeye devam edebilir. Elbette bu olasılık, kamu otoriteleri nezdinde maruz görülemeyecek bir durumdur. Çünkü tutuklu ya da hükümlünün, suç örgütüyle olan irtibatını ve dahi yönetici yahut üye vasfını koruması, ceza infaz kurumlarından belenen fonksiyonun ifa edilemediğini, kurumların zayıflığını gösterir. Özellikle bir hukuk devletinde böyle bir ihtimalin pratikte düşünülmemesi gerekir. Ancak suç teorisi ve ceza hukuku pratiği açısından, örgüt üyeliği ve yöneticiliği ile ilgili yaptığımız tespitler, başvuruya konu olay bakımından önemlidir.

Bozma ilamında sanığın hükümlülük sürecinde örgüt ile olan bağının devam ettiğine ilişkin bir değerlendirme yapılmamıştır. Bozma kararına uyan yerel mahkemenin yeni hükmünde yer alan yorumu şu şekildedir: "*Diğer yandan dosya kapsamında bulunan sanığın sabıkasına esas Malatya 3. Ağır Ceza Mahkemesinin 2009/116 esas ve 2010/130 karar sayılı ilamından da anlaşılacağı üzere suç tarihi öncesinde sanık Umut Çongar'ın PKK/KCK silahlı terör örgütü üyeliği suçu nedeniyle neticeten 6 yıl 3 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına karar verildiği, silahlı terör örgütü üyeliği suçu nedeniyle verilen iş bu mahkûmiyet hükmünün Yargıtay temyiz incelemesi sonucunda 07/12/2011 tarihinde kesinleştiği, dosya kapsamına alınan ve sanık hakkında düzenlenen müddetname içeriğine göre 25/06/2009 tarihinde PKK/KCK silahlı terör örgütü üyesi olmak suçu nedeni ile cezaevine girdiği, 26/02/2014 tarihinde ise koşullu salıverildiği anlaşılan sanığın sonrasında iş bu mahkememiz dava dosyasına esas 09/01/2015 tarihli yasa dışı toplantı ve gösteri yürüyüşünde toplantı öncesinde yanında getirdiği ve üzerinde silahlı terör örgütü PKK/KCK liderinin resmi bulunan bayrakları dağıttığı, aynı içerikteki bayrağı gösteri yürüyüşü esnasında içeriği çevredeki kişiler tarafından görülebilecek şekilde ve açık vaziyette iken taşıdığı, silahlı terör örgütün simgeleyen bayrağı taşıyan şahsın kimliğini gizlemek ve yakalanmamasını sağlamak için şahsın üzerinden çıkardığı montu alarak toplantı alanından ayrıldığı ve toplantının devamında kendi üzerine giydiği, yasadışı toplantı ve gösteri yürüyüşünün yukarıda saptanan şekildeki cereyan tarzı ve sanığın mahkememizce sabit görülen eylemlerinin mahiyeti de gözetildiğinde sanığın mahkememizce sabit görülen eylemlerinden kaynaklı olacak şekilde kamu düzeni bakımından açık ve yakın tehlikenin ortaya çıktığı, böylelikle ve tüm dosya kapsamına göre sanığın mahkememizce sabit görülen eylemlerinin Yargıtay 16. Ceza Dairesi'nin*

30 Doktrinde kat'i biçimde kesin mahkûmiyet hükmünün temadiyi sona erdireceği de ifade edilmekte ve bundan sonraki davranışların aynı suça vücut verse bile farklı suç olarak değerlendirileceğine işaret edilmektedir, bkz. Demirbaş, T. (2023). s. 268. Bu durumda artık yeni bir kastın varlığını kabul etmek gerektiği görüşünde Önder, A. (1963). 119.

31 Ayrıca bkz. Tulay, M. E. (2018). s. 34.

09/09/2015 tarih, 2015/4733 esas ve 2015/2397 karar sayılı mahkememizce usul ve yasaya uygun görülen ilamında da açıkça belirtildiği üzere silahlı terör örgütü üyeliği suçunu oluşturduğu, bu itibarla... sanığın tüm dosya kapsamına göre sübut bulan silahlı terör örgütü üyeliği suçu nedeniyle tecziyesine karar verilmesi gerektiği kanaatine ulaşılmıştır". Yerel mahkemenin kararında da örgütle irtibatın ve örgüt üyeliğinin işlenmeye devam ettiğine ilişkin bir delilden bahsedilmemiş, nihai olarak bu yönde bir analize de yer verilmemiştir. Üstelik mahkeme kararında yer alan "*sanığın mahkememizce sabit görülen eylemlerinden kaynaklı olacak şekilde kamu düzeni bakımından açık ve yakın tehlikenin ortaya çıktığı*" şeklindeki değerlendirmenin de üyelik ile ilgili olmadığına işaret etmek gerekir. Çünkü "*kamu düzeni bakımından açık ve yakın tehlike*" kavramı, uygulamada ve bir kısım doktrin görüşünde örgüt propagandası suçu, özellikle TMK m. 7/1-b hükmü bakımından tartışılmaktadır. Anlaşılan yerel mahkeme, aslında hâlen fiilin örgüt propagandası olup olmadığını tahlil etmiş, bu suçun oluştuğuna kanaat getirmiş ve fakat bozma kararı sebebiyle sanık hakkında örgüt üyeliğinden ceza vermek durumunda kalmıştır.

Görüldüğü üzere, derece mahkemelerinin kararlarında sanığın başvuruya konu dosyada örgüt üyesi olup olmadığına ilişkin olay ile eş zamanlı hareketi değerlendirilmediği gibi daha önceki mahkûmiyet kararına dayanak olan örgüt üyeliğinin devam ettiğine ilişkin bir delil ve kanaate de yer verilmemiştir.

Kişinin önceki mahkûmiyet kararına konu örgüt üyeliğinin devam ettiği varsayımının hukuken mümkün olduğunu ve fakat bu olasılığın kamu otoriteleri nezdinde bir güç ve güven boşluğu oluşturacağını ifade etmiştik. Böyle bir olasılığın fiilin cezalandırılması bakımından da ilginç sonuçları olacağına değinmek isteriz. Şayet kişi, ilk fiilini işlemeye devam ediyor ve böylece olayımız özelinde (daha önceki mahkûmiyet hükmüne konu) ilk fiilinden itibaren örgüt üyesi sıfatını koruyorsa, kişi hakkında ikinci bir yargılama yapmak ve ceza vermek, aynı fiilden iki kez ceza vermek anlamı taşıyacaktır[32]. Elbette bu gibi durumlarda zincirleme suç kurumu öne çıkar (TCK m. 43/1). Ancak suç örgütünü yönetmek ve suç örgütüne üye olmak, "*Aynı suç örgütünü değişik zamanlarda yöneteyim/Aynı suç örgütüne değişik zamanlarda üye olayım*" kastıyla işlenebilecek suçlardan değildir. Öyleyse kişi, zaten işlemekte olduğu suç nedeniyle ceza aldığında aynı fiilinden ötürü yeniden yargılanamayacaktır (*ne*

32 "*Mütemadi suç niteliğindeki örgüt üyeliği suçunun fiili ve hukuki kesinti tarihine kadar sona ermemesi nedeniyle yakalanma-iddianame tarihine kadar gerçekleştirilen faaliyetlerin hukuken tek bir fiil olarak kabul edilmesinde zaruret bulunmasına ve kesinleşmiş beraat kararı ile sonuçlanan davanın dayanağını oluşturan Sivas Cumhuriyet Başsavcılığının 25.01.2017 tarihli iddianamesinin kapsadığı dönem içinde kalan örgütsel faaliyetlerin/fiilin 'Ne bis in idem' kuralı gereğince yeniden yargılanmasına yasal imkan bulunmamasına nazaran hukuki dayanaktan yoksun talebin reddine karar verilmiştir*", bkz. Yargıtay 16. Ceza Dairesinin 4.10.2019 tarihli 2019/8001 E. ve 2019/5936 K. sayılı kararı.

bis in idem)[33]. Elbette böyle bir ihtimal, kamu otoritelerinin zayıflığı yanında kamu düzeni bakımından da büyük bir boşluğa sebep olacaktır.

Derece mahkemelerinin kararlarında tespit ettiğimiz sonuçlar şu şekilde özetlenebilir:

1. Yerel mahkemenin vermiş olduğu ilk karar, TCK m. 220/6 ile TCK m. 220/8'in yanlış yorumlanması sebebiyle sorunludur. Örgüt üyesi olmayan kişi örgütün propagandasını yaptığında, lehine propaganda ifa edilen örgütün niteliğinden bağımsız olarak suç, yalnızca örgüt propagandası suçudur. Yani kişi hakkında ayrıca TCK m. 220/6 dolayısıyla cezaya hükmedilmez.

2. Yargıtayın bozma ilamında suçun örgüt üyeliği olarak nitelendirilmesine işaret edilmesindeki temel sorun, dava konusu olayda örgüt üyeliğinin şartlarının tartışılmamış olmasıdır. Yargıtay, örgüt üyeliği için soyut ifadelerle yetinmiş, dava konusu olayda üyeliği somutlaştıracak nitelikte bir delil ya da değerlendirmeye yer vermemiştir. Böyle olunca sadece aynı örgüte üye olmaktan dolayı verilmiş olan mahkûmiyet hükmünün referans alındığı görülmekte, hükme esas delilde önceki fiil ve mahkûmiyet hükmü ön plana çıkmaktadır.

3. Bozmadan sonraki yargılamada Yüksek Mahkeme ilamına uyan yerel mahkeme de örgüt üyeliğinin şartlarını münhasıran değerlendirmemiştir. Keza önceki üyeliğin hâlen devam ettiğine ilişkin bir değerlendirme de yapılmamıştır. Bir başka sorun ise ilk derece mahkemesinin, örgüt üyeliğine hükmederken örgüt propagandasına ilişkin yasal koşulları tartışmış olmasıdır.

C. ANAYASA MAHKEMESİ KARARINA İLİŞKİN TESPİTLERİMİZ

Anayasa Mahkemesinin oy çoğunluğu ile aldığı hak ihlali kararı, normatif olarak AİHS m. 6/2, Anayasa m. 36 ve m. 38'de somutlaşan masumiyet karinesine[34] dayanmaktadır.

---

33 *Ne bis in idem* ilkesinin gereği olarak, kesin hükümle sona ermiş davadan sonra aynı konu, aynı fiil ve aynı kişi hakkında ikinci bir ceza davası açılamaz, ayrıca bkz. Yenisey, F. ve Nuhoğlu, A. (2023). s. 93.

34 Doktrinde masumiyet karinesinin esasen 'suçsuzluk karinesi' olarak anılması ve anlaşılması gerektiği; çünkü 'masumiyet' sıfatının yetersiz kaldığı, kişi masum olsaydı hakkında bir ceza muhakemesi işlemi yapılamayacağı ve fakat suçsuzluğun masumiyeti de kapsaması sebebiyle mevcut kullanımın tamamen hatalı sayılıp reddedilemeyeceği yorumu dile getirilmektedir, bkz. Özbek, V. Ö., Doğan, K. ve Bacaksız, P. (2022b). *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 15. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 57. Yine Anayasa karşısında ve henüz hükümden önce uygulanabilen tutuklama tedbirinin uygulanmasının açıklanabilirliği noktasında suçsuzluk karinesi teriminin daha doğru olacağı kanaatinde Feyzioğlu, M. (1999). "Suçsuzluk Karinesi: Kavram Hakkında Genel Bilgiler ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi", *AÜHFD*, C. 48., S. 1.,

Anayasa Mahkemesi, ulusal ve uluslararası mevzuat ve içtihatlar çerçevesinde masumiyet karinesini; *hüküm sonuçlanana dek masum kabul edilme düsturunun yanı sıra, karinelere dayalı olarak peşinen suçluluğun kabulü yoluna gidilmemesi ve suçsuzluğu ispat külfetinin sanık üzerinde bırakılmaması* şeklinde yorumlamaktadır.

Anayasa Mahkemesi, başvuruya konu olayda başvurucunun önceki tarihli örgüt üyeliğinin; bu suç isnadı sebebiyle yakalama, yine bu suç isnadını içerir biçimde düzenlenen iddianame ve sonrasında yürütülen yargılamada örgüt üyeliğinden tesis edilen mahkûmiyet hükmü gözetildiğinde ilk davranışın fiilî ve hukuki kesintiye uğradığında kesintinin gerçekleştiğinde ve hâliyle suçun sona erdiğinde herhangi bir duraksamaya yer olmadığı kanaatine varmıştır. Aslında derece mahkemelerinin hükümleriyle çelişmeyecek biçimde başvurucunun koşullu salıverilme kararına konu terör örgütüne üye olma suçunun işlenmeye devam etmediği, sona erdiği bir kez de Anayasa Mahkemesi tarafından teyit edilmiştir.

Anayasa Mahkemesi, hakkında hüküm verilmiş ve sona ermiş suçun/suç fiilinin, sonraki tarihli bir eylemden doğan ceza sorumluluğunun tespitinde dikkate alınmasının masumiyet karinesine aykırı düşeceğini belirtmiştir. Anayasa Mahkemesinin ilkesel olarak aykırı bulduğu husus, propaganda aracına dönüşen yasa dışı gösteriye iştirakin yanında başvurucunun daha önce terör örgütüne üye olma suçundan mahkûm edilmiş olmasının delil olarak kabulü ve nihai hükme esas alınmasıdır. Mahkemeler tarafından izlenen bu yöntem sebebiyle başvurucu, kendisine isnat olunan fiili çürütmek, yani terör örgütüyle yeniden irtibat kurmadığını ispat etmek zorunda bırakılmıştır (§ 49).

Anayasa Mahkemesinin bu tespiti, bizce de yerindedir. Maddi ceza hukuku bakımından, terör örgütüne üyelikle ilgili cezai normun ihlal edilip edilmediği tartışmasının isnat olunan fiil kapsamında yapılması gerektiğini belirtmiş ve bu noktada derece mahkemelerinin hukuken doğru bir yol izlemediğini ifade etmiştik. İlkesel açıdan da bu yöntem, Anayasa Mahkemesi tarafından işaret edildiği şekliyle ispat külfetinin kabul edilmez biçimde sanık üzerinde bırakılması[35] sonucu doğurmaktadır[36].

ss. 135 vd. (138). Anayasa Mahkemesi kararındaki vurgulardan hareketle biz, çalışmamızda masumiyet karinesi terimini kullanmayı tercih ettik.

35 Masumiyet karinesi, esasen AİHS m. 6/1'de düzenlenen adil yargılanma hakkının somut görünüm biçimlerinden biridir, bkz. Taner, F. (2019). *Ceza Muhakemesi Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Çelişme ve Silahların Eşitliği*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 47. Masumiyet karinesinin ihlali, ceza muhakemesinin temel ilkelerinden olan silahların eşitliği ilkesini de tehlikeye atar, bkz. Öztürk, B. (Ed.). (2022). *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 16. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 133.

36 Kişinin, hakkında kesinleşmiş mahkûmiyet hükmü bulunana dek masum olması düsturunu içeren masumiyet karinesi, masumiyetin asıl olduğunu, hiç kimseye suçsuzluğunu ispat külfeti yüklenemeyeceğini garanti alır, bkz. Ünver, Y. ve Hakeri, H. (2020). *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 17. Baskı, Ankara: Adalet Yayıncılık, s. 65; ayrıca bkz. Yıldırım, A. (2017). "Anayasa

Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında dile getirdiği şu endişe de paylaşılmaya değerdir: **"***Mahkemenin bu yaklaşımı, daha önce hakkında terör örgütü üyesi olma suçundan kesinleşmiş bir mahkûmiyet hükmü bulunan kişilerin herhangi bir yeni eyleminin önceki eylemleri ile birlikte değerlendirilip yeniden ve otomatik olarak terör örgütü üyesi olma suçundan cezalandırılmaları sonucunu doğuracaktır"*[37].

Anayasa Mahkemesi tarafından dile getirilen endişenin vuku bulması, başlı başına ve çok açık biçimde masumiyet karinesi tehlikeye atacaktır. Aslında bu endişenin terör örgütü üyeliğiyle veya daha geniş ifadeyle terör suçlarıyla sınırlandırılmayacağı da söylenmelidir. Gerçekten, sanığın önceki tarihli aynı ya da benzer suç tipinden mahkûmiyete çarptırılması bir sonraki aynı ya da benzer fiilin nitelendirilmesi açısından dikkate alınırsa, failin sübjektif durumunun tahlili açısından doğacak problemin yanında kişinin aslında işlemediği bir suçtan sorumlu görünmesi tehlikesini de doğuracaktır[38].

Anayasa Mahkemesi kararında paylaşılan bu endişe göz ardı edilmemelidir. Nitekim karşı oy gerekçesindeki şu ifade, uygulamanın böyle bir yanlışa sürüklenebileceğine işaret etmektedir: "*Yargıtay ilgili dairesi konuyu değerlendirirken kişinin geçmişini de dikkate almıştır. Ceza yargılamasında kişinin geçmişinin dikkate alınmasını engelleyen bir hüküm bulunmamaktadır. TCK.nun 62. maddesinde yer alan takdiri indirim uygulanmasında olduğu gibi kişinin geçmişi özellikle dikkate alınabilmektedir. Bu yönüyle de konu ceza yargılamasının hudutları içerisinde cereyan etmiştir*". Karşı oy gerekçesinde; kişinin işlediği iddia olunan suça özgü muhakemede sanığın geçmişinin etki sahası ve TCK m. 62'de öngörülen düzenlemenin uygulanma alanının 'suçun niteliğini tespit' değil, 'somut cezanın belirlenmesi/cezanın bireyselleştirilmesi' olduğu gözden kaçırılmıştır[39].

Mahkemesi Uygulamasında Masumiyet Karinesi", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, C. 5., S. 9., s. 496. İspat külfetinin şüpheli/sanık üzerinde bırakılmamasını da içeren suçsuzluk karinesi, kişiye tanınan susma hakkı ile perçinlenmiştir, bkz. Özbek, V. Ö., Doğan, K. ve Bacaksız, P. (2022b). s. 58. Sanığa susma hakkının tanındığı bir hukuk sisteminde ispat külfetinin sanık üzerinde olduğu söylenemez, bkz. Öztürk, B. (Ed.). (2022). s. 145. Suçsuzluk karinesi, ancak mahkûmiyet hükmüyle çürütülebilecek bir varsayımdır. Karine, suçluluğu ispat edilene dek kişinin suçlu gibi muamele görmesini önleyen ve aslında mahkemelerin tarafsızlığı garantisini veren dokunulmaz bir haktır. Bu hakkın doğal sonucu olarak ispat yükü, iddia makamına düşer. bkz. Üzülmez, İ. (2005). "Türk Hukukunda Suçsuzluk Karinesi ve Sonuçları", *TBBD*, S. 58., s. 43 vd. (57); ayrıca bkz. Tozman, Ö. (2007). "Suçsuzluk Karinesi: Türk Hukukundaki Sonuçları", *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 11., S. 3-4., s. 320.

37 Doktrinde (bilhassa soyut) tehlike suçlarının, masumiyet karinesini riskli hale getirdiğine işaret edilmektedir, bkz. bkz. Özbek, V. Ö., Doğan, K. ve Bacaksız, P. (2022b). s. 58. Suç örgütüne üye olma suçunun tehlike suçu olduğu dikkate alınırsa, doktrinde paylaşılan endişeyi burada da anmak gerekir. Hukuki nitelik itibarıyla belirtelim ki, TCK m. 220'de tanımlanan fiiller ile bu suçun TCK m. 314 ve TMK'daki yansımalarına bakıldığında suçun somut tehlike suçu olduğu ve fakat propaganda fiilinin soyut tehlike suçu olarak görülmesi gerektiği söylenmelidir, bkz. Özgenç, İ. (2022). s. 19.

38 Ceza muhakemesinde delil, olayı temsil etmeli, maddi gerçeğin bir parçası olmalı veya onu yansıtmalıdır, bkz. Şahin, C. ve Göktürk, N. (2023). *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 14. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 412.

39 "*Sanık aleyhine vicdani kanı, yargılama konusu olayla ilgili olmayan bilgilerden oluşmamalı, sanığın*

Anayasa Mahkemesinin karşı oy gerekçesinde paylaşılan yaklaşım takip edildiğinde hukuken maddi ceza hukuku ve ceza muhakemesine hâkim temel evrensel ilkeler ile bağdaşmaz nitelikte hükümlerle karşılaşma riskinin yüksek olduğu söylenmelidir. Mesela; eşini öldürdüğü için müebbet hapis cezası alan fail, koşullu salıverilme döneminde nişanlısı, yeni eşi ya da birinci dereceden yakınına karşı 'yaralama kastıyla' ağır neticeli bir müessir fiil icra etse önceki mahkûmiyete dayanılarak ve failin potansiyel tehlikeliliğini dikkate alarak kişi hakkında 'öldürmeye teşebbüs' yorumu yapılabilecektir. Hâliyle son derece eleştiriye açık olan bu yöntem, elbette kanuni tipin gerektirdiği çözüm metodu ve muhakeme ilkelerine aykırıdır[40].

Karşı oy gerekçesinde yer alan "*Konunun diğer bir boyutu da, ceza yargılamasına konu edilen suçun temadi eden bir suç özelliğini taşımasıdır. İlgili hakkında tanzim edilen iddianamenin kabul edilmesi ile temadi hukuki kesintiye uğramıştır. Bu suçun özelliği gereği fiili kesintinin gerçekleşip gerçekleşmediği noktası hem iddia hem de savunma makamları tarafından varlığı veya yokluğu ispatı mümkün bir hususturu*" ifadesi, ilk bakışta malumun ilanı[41] şeklinde anlaşılmaya müsait olsa da sorunlu görünmektedir. Nitekim "*Bu suçun özelliği gereği fiili kesintinin gerçekleşip gerçekleşmediği noktası hem iddia hem de savunma makamları tarafından varlığı veya yokluğu ispatı mümkün bir hususturu*" tespiti, aslında sanığa "Suçsuz isen ispatla." mahiyetinde bir külfet yüklemektedir. Elbette kişi, hakkındaki iddiayı her türlü delille çürütebilir. Hatta uygulama, zaman zaman hukuka aykırı delillerin dahi sanık lehine kullanabileceği görüşündedir[42]. Ancak bu durum, sanığa suçsuzluğunu ispat alanı bırakılmasının yeterli görülmesini gerektirmez. Kişinin kendi suçsuzluğunu ispat külfeti yoktur ama bundan farklı olarak elbette herkesin suçsuzluğunu ispat hakkı ve imkânı vardır[43].

Karşı oy gerekçesindeki "*…ortada sanık tarafından gerçekleştirilen ve aleyhe sübut bulan kanunsuz bir gösteri yürüyüşüne aktif olarak iştirak gibi bir durum söz konusudur. Bu eylemin gerçekleşmediğini başvurucu her türlü delile dayanarak ispat imkanına sahiptir*" şeklindeki ifade, başvuruya konu olayın tam anlaşılamadığını göstermektedir. Dava konusu olayda masumiyet karinesiyle ve ayrıca ka-

önceki sabıkasını da hükme dayanak yapmamalıdır", Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 4.10.2011 tarihli 2011/10-159 E. ve 2011/202 K. sayılı kararı.

40 Masumiyet karinesi ve silahların eşitliği prensibi uyarınca, ancak duruşmaya getirilmiş ve huzurda tartışılmış delillere dayanılarak hüküm verilebilir. Bu düstur, CMK m. 217'de açıkça düzenlenmiştir, ayrıca bkz. Özbek, V. Ö., Doğan, K. ve Bacaksız, P. (2022b). s. 59; Şahin, C. ve Göktürk, N. (2023). s. 412.

41 Nitekim Anayasa m. 36'da *herkesin meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahip olduğu* vurgulanmıştır, ayrıca bkz. Ünver, Y. ve Hakeri, H. (2020). *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 17. Baskı, Ankara: Adalet Yayıncılık, s. 90.

42 Hukuka aykırı delilerin hükme esas alınabilirliği konusunda doktrin görüşü ve yargı uygulaması için bkz. Öztürk, M. K. ve Tulay, M. E. (2021). "Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi Yasağı", *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 16., S. 179., s. 1344 vd.

43 Bkz. Ünver, Y. ve Hakeri, H. (2020). s. 65.

nuni tiple çelişen durum, kişi hakkında tesis edilen mahkûmiyet hükmünde *örgüt üyeliği*ne karar verilmesidir. Başvurunun konusu, yasa dışı icra edilen gösterinin aslında hiç düzenlenmemiş olması veya düzenlenen gösteriye iştirak edilmediği hâlde kişinin gösteriye iştirak etmiş gibi muamele görmesi, değildir. Devamında üyelerin "*Bu eylem sübut bulmamış olsaydı örgüt üyeliğinden söz edilmeyecekti*" şeklindeki ifadeleri de örgüt propagandası ile örgüt üyeliği ayrımının anlaşılamadığını göz önüne sermektedir. Örgüt propagandası örgüt üyeliğinin mutlak gereği olmadığı gibi, tek başına örgüt üyeliğine delalet etmez.

Ele aldığımız Anayasa Mahkemesi kararında, Yüksek Mahkemenin masumiyet karinesine aykırılık sebebiyle vermiş olduğu hak ihlaline ilişkin hukuki tespitlerimiz özetle şu şekildedir:

1. Derece mahkemelerince, daha önceki tarihli eylemden ötürü verilen mahkûmiyet kararının, aynı ya da benzer suçta, suçun niteliği bakımından yapılan değerlendirmede hükme esas alınması, masumiyet karinesine aykırıdır. Çünkü masumiyet karinesi, kişi hakkında kesinleşmiş bir mahkûmiyet kararı verilinceye kadar masum addedilmeyi gerektirdiği gibi, ispat külfetinin sanığa yüklenmemesini, kişinin kendi suçsuzluğunu ispat külfeti ile karşı karşıya bırakılmamasını da temin eder.

2. Önceki mahkûmiyet kararının, sonraki tarihte vuku bulan aynı ya da benzer bir başka olayda mahkûmiyete esas alınması, ceza muhakemesinde sanığın geçmişinin değerlendirilmesine ilişkin bir yasak norm bulunmaması ve TCK m. 62'nin varlığı ile temellendirilemez. Çünkü sanığın geçmişi, kendisine isnat olunan suçun niteliğinde değil, sübut bulan suça ilişkin cezanın bireyselleştirilmesinde dikkate alınır. Bu iki uygulama arasındaki ayrım çok nettir. Kişinin geçmişinin 'suç vasfının tespitinde' dikkate alınması failin sübjektif durumunun fiil ile sınırlı kalması prensibine ve ayrıca masumiyet karinesine açıkça aykırıdır. Anılan biçimde bir yaklaşımın uygulamada benimsenmesi hâlinde suç tipinin tanımlandığı normatif düzenleme ile evrensel ve vazgeçilmez nitelikteki ceza muhakemesi ilkelerine açıkça aykırı hükümler ile karşılaşılma riski yüksektir. Anayasa Mahkemesinin çalışmamıza konu edindiğimiz kararı, bu endişeye dikkat çekilmesi ve uygulamaya yol göstermesi bakımından da son derece kıymetlidir.

KAYNAKÇA

AKBULUT, Berrin (2023). *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 10. Baskı, Ankara: Adalet Yayıncılık.

ARSLAN, Mehmet (2020). *Alman Ceza Hukukunda Suç ve Terör Örgütleriyle Bağlantılı Suçlar ve İştirak Hükümleriyle İlişkileri*, Ankara: Adalet Yayıncılık.

ARTUK, M. Emin, GÖKCEN, Ahmet, ALŞAHİN, M. Emin ve ÇAKIR, Kerem (2022). *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 16. Baskı, Ankara: Adalet Yayıncılık.

BOZ, Burak (2020). "Türk Ceza Hukukunda Terör Örgütü ve Terör Örgütüne Üye Olma Suçu", *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 2., S. 1., ss. 131-185.

CENTEL, Nur, Zafer, HAMİDE ve ÇAKMUT, Özlem (2020). *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 11. Baskı, İstanbul: Beta Yayıncılık.

DEMİRBAŞ, Timur (2023). *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 18. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

DEMİR, Oğuzhan (2022). *Suç Örgütüne Yardım Etme Suçu*, 2. Baskı, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.

DURSUN, İsmail (2008). "Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu (TCK m. 220)", *Yayınlanmamış Doktora Tezi*, İstanbul: Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.

DÜLGER, Murat Volkan (2023). *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

FEYZİOĞLU, Metin (1999). "Suçsuzluk Karinesi: Kavram Hakkında Genel Bilgiler ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi", *AÜHFD*, C. 48., S. 1., ss. 135-163.

FISCHER, Thomas (2019). *Strafgesetzbuch*, 66. Baskı, Münih: C. H. Beck Yayıncılık.

HAFIZOĞULLARI, Zeki ve ÖZEN, Muharrem (2019). *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 12. Baskı, Ankara: US-A Yayıncılık.

KOCA, Mahmut ve ÜZÜLMEZ, İlhan (2023). *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 16. Baskı, Ankara: Adalet Yayıncılık.

KREY, Volker ve ESSER, Robert (2016). *Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil*, 6. Baskı, Stuttgart: W. Kohlhammer Yayıncılık.

KÜHL, Kristian (2017). *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 8. Baskı, Münih: Franz Vahlen Yayıncılık.

ÖNDER, Ayhan (1963). "Mütemadi Suç", *İÜHFM*, C. 29., S. 1-2., ss. 75-120.

ÖZBEK, Veli Özer, DOĞAN, Koray ve BACAKSIZ, Pınar (2022a). *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 13. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

ÖZBEK, Veli Özer, DOĞAN, Koray ve BACAKSIZ, Pınar (2022b). *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 15. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

ÖZGENÇ, İzzet (2023). *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 19. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

ÖZGENÇ, İzzet (2022). *Suç Örgütleri*, 14. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

ÖZGENÇ, İzzet (2021). "Terörizmin ve Terör Örgütünün Propagandası Suçu ve Ceza Hukuku Sorumluluğu", *AHBVÜ-HFD*, C. 25., S. 2., ss. 373-431.

ÖZTÜRK, Bahri ve ERDEM, Mustafa Ruhan (2020). *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, 20. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

ÖZTÜRK, Bahri (Ed.). (2022). *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 16. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

ÖZTÜRK, Mustafa Kağan ve TULAY, M. Emre (2021). "Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi Yasağı", *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 16., S. 179., ss. 1339-1353.

ROXIN, Claus ve GRECO, Luís (2023). *Strafrecht Allgemeiner Teil-I*, 5. Baskı, Münih: C. H. Beck Yayıncılık.

SARITAŞ, Erkan (2018). *Suç İşlemek Amacıyla Örgütlenme Suçları (TCK m. 220-221)*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.

SCHMIDHÄUSER, Eberhard (1975). *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. Baskı, Tübingen: Paul Siebeck Yayıncılık.

SONAY EVİK, Vesile (2013). "Suç İşlemek Amacıyla Örgütlenme Suçu", *MÜHF-HAD*, C. 19., S. 2., ss. 669-697.

SOYASLAN, Doğan (2018). *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 8. Baskı, Ankara: Yetkin Yayıncılık.

ŞAHİN, Cumhur ve GÖKTÜRK, Neslihan (2023). *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 14. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

TANER, Fahri Gökçen (2019). *Ceza Muhakemesi Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Çelişme ve Silahların Eşitliği*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

TOZMAN, Önder (2017). *Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu*, 2. Baskı, Ankara: Adalet Yayıncılık.

TOZMAN, Önder (2007). "Suçsuzluk Karinesi: Türk Hukukundaki Sonuçları", *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 11., S. 3-4., ss. 315-353.

TULAY, M. Emre (2018). *Kriminelle Vereinigungen im deutschen Strafrecht im Vergleich zum türkischen Strafrecht unter besonderer Berücksichtigung der Beteiligungsdogmatik*, Holzkirchen: Felix Yayıncılık.

ÜNVER, Yener ve HAKERİ, Hakan (2020). *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 17. Baskı, Ankara: Adalet Yayıncılık.

ÜZÜLMEZ, İlhan (2005). "Türk Hukukunda Suçsuzluk Karinesi ve Sonuçları", *TBBD*, S. 58., ss. 41-72.

WESSELS, Johannes, BEULKE, Werner ve SATZGER, Helmut (2015). *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 45. Baskı, Heidelberg: C. F. Müller Yayıncılık.

YENİDÜNYA, Caner ve İÇER, Zafer (2014). *Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma*, İstanbul: Digesta Yayıncılık.

YENİSEY, Feridun ve NUHOĞLU, Ayşe (2023). *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 11. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

YILDIRIM, Akif (2017). "Anayasa Mahkemesi Uygulamasında Masumiyet Karinesi", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, C. 5., S. 9., ss. 491-517.

YILDIRIM, Zeki (2014). *İfade ve Basın Özgürlüğü Bağlamında Terörizmin Propagandası Suçu*, Ankara: Adalet Yayıncılık.

YURTLU, Fatih (2016). "Suç Örgütünün Propagandasını Yapma Suçu ve Türkiye Açısından AİHM Kararlarına Yansıması", *GÜHFD*, C. 20., S. 3., ss. 411-435.

ZAFER, Hamide (2019). *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 7. Baskı, İstanbul: Beta Yayıncılık.

Doç. Dr. Şeref İBA
(Türkiye Büyük Millet Meclisi)

TÜRK HUKUKUNDA SEÇİM KANUNLARININ (BİRLEŞTİRİLMESİ) REFORM İHTİYACI ÜZERİNE

ÖZ

Türkiye'de seçimin başlangıç tarihinden itibaren oy verme gününe kadar geçen bütün seçim iş ve işlemlerini düzenleyen kanunlar, dağınık durumdadır. Seçim hukukuyla doğrudan veya dolaylı olarak ilgili kanunların bir bütün hâlinde toparlanması ya da konu bütünlüğü ve sadeleştirme yönünden "cumhurbaşkanı", "milletvekili" ve "yerel yönetim organları seçimi kanunları" şeklinde üç temel kanun şeklinde birleştirilmesi düşünülebilir.

Seçim kanunlarının tek bir çatı altında toplanması bağlamında, uluslararası ölçekteki seçim otoritelerinin görüşleri farklıdır. Karşılaştırmalı hukukta, ülke örnekleri de farklılık göstermektedir. Ülkemizde ise seçim kanunları aşırı dağınık bir nitelik kazanmıştır. Hangi konunun seçim kanunu kapsamında değerlendirilmesi gerektiği tartışmalara yol açmakta ve uygulamada sıkıntılara sebep olmaktadır.

Bu çerçevede, tamamen veya kısmen birleştirme şeklinde hangi yol tercih edilirse edilsin, ülkemizde hukuk devleti ilkesinin yerleşmesine ve gelişmesine hizmet edecek bir reforma ihtiyaç olduğu ortadadır.

Anahtar Kelimeler: Seçim, seçim kanunu, seçim kanunlarının değiştirilmesi, seçim kanunlarının birleştirilmesi, seçim hukuku reformu.

(THE NEED FOR REFORM TOWARDS CONSOLIDATION OF ELECTORAL LAWS IN TURKISH LAW)

ABSTRACT

In Türkiye, the laws regulating all electoral procedures, from the beginning of the electoral process to the voting day, are fragmented. It is worth considering whether these laws, either directly or indirectly related to electoral law, should be consolidated. A possible approach is to combine them into three fundamental laws as "presidential elections", "parliamentary elections" and "local administration elections", aiming for subject unity and simplification.

Regarding the consolidation of electoral laws under a single framework, there are varying opinions among international electoral authorities. Comparative legal studies also reveal diverse approaches in different countries. In Türkiye, the electoral laws have become excessively disorganised, leading to debates and practical challenges in determining their appropriate scope.

In this context, a reform is evidently needed, whether it involves partial or complete consolidation of electoral laws. Such a reform would significantly contribute to the strengthening and development of the rule of law principle in our country.

Keywords: Election**,** electoral law, amending electoral laws, consolidation of electoral laws, electoral law reform.

GİRİŞ

Bu makalede, Türk seçim hukukunda seçimlere ilişkin kanuni düzenlemelerin mevcut durumu değerlendirilerek tüm seçim kanunlarının tek bir kanun hâlinde düzenlenmesinin mümkün olup olmadığı tartışılmıştır.

Hangi kanunların seçim kanunu kapsamında olduğu hususu tartışmalıdır. Seçim kanunu olarak nitelendirilecek kanunların tespit edilmesinde, Anayasa Mahkemesi ve Yüksek Seçim Kurulu içtihatları yol gösterici değere sahiptir. Diğer taraftan doğrudan seçimi düzenlemediği hâlde seçimleri ilgilendiren değişiklikler içeren kanunlarda yer alan hükümler ayrı bir değerlendirme noktasıdır. Bu kapsamda öncelikle ülkemizde seçim hukuku disiplininin anayasa ile siyaset biliminin kavşak noktasındaki gelişim çizgisi, anayasa ve kanunlar düzeyindeki kaynakları incelenmiştir. Karşılaştırmalı hukuk bağlamında bazı ülke örnekleri irdelenerek seçim kanunlarının kısmen veya tümüyle birleştirilmesinin muhtemel etki ve sonuçlarının değerlendirilmesi amaçlanmıştır.

Seçim kanunlarının birleştirilmesinde izlenecek yasama yöntemi de parlamento hukuku ve karşılaştırmalı hukuk perspektifinden ele alınarak kanun reformu ve mevzuat iyileştirme ve sadeleştirme hamlelerinin hukuk devletinin temel bileşenleriyle ilişkisi bağlamında analizler yapılmıştır.

1.GENEL OLARAK "SEÇİM HUKUKU" VE KAYNAKLARI

1.1. Seçim Hukuku Disiplini

Halka, siyasi iktidarı belirleme imkânı sağlayan hukuki ve siyasi usuller bütünü olan seçim, anayasa hukuku ile siyaset biliminin kavşak noktasında yer alan disiplinler arası inceleme alanı olarak karşımıza çıkmaktadır.

Yüksek Seçim Kuruluna göre seçim, seçimin başlangıç tarihinde seçim sürecinin başlaması ile oy verme gününe kadar gerçekleştirilen bütün kanuni işlemleri kapsar. YSK'nın yerleşmiş uygulamalarına göre seçim işlemlerinin ve seçim sürecinin işlemeye başladığı tarih aynı zamanda seçimin başlangıç tarihidir. Bu tarihten itibaren oy verme ile sonuçlanan seçim işlemleri YSK genelgeleriyle bir takvime bağlanmaktadır[1]. Kısaca seçim; seçmenlerin, seçilenleri belirlemesiyle sonuçlanan hukuki süreçler ve işlemler bütünü olarak tanımlanabilir.

Seçim süreci bu karmaşık süreçte cereyan eden iş ve işlemlerin bütününü anlatır.

Seçim sathı mailine girilmesinden oy verme gününe kadar geçen süreçte gerçekleşen belli başlı iş ve işlemler şöyle sıralanabilir[2]:

1 Yüksek Seçim Kurulu'nun 26.04.2018 Tarih ve 289 Sayılı Kararı.
2 İba, Ş. (2023). *Siyasi Partiler ve Seçim Hukuku*, 6. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınevi, s. 128.

-Cumhurbaşkanınca Meclisin seçimlerinin yenilenmesi veya TBMM tarafından erken ya da ara seçim (oy verme gününün de tayin edildiği) kararı ya da normal zamanında seçim startı verilmesi işlemi ve ayrıca Cumhurbaşkanınca halk oyuna sunulan anayasa değişikliği kanunu, cumhurbaşkanı seçimi ve turları ile son turda tek adayın kalması hâlinde halk oylaması şeklinde yapılacak ikinci turla ilgili işlemler.

-Seçim takviminin ve seçim çevrelerinin ve çıkaracakları milletvekili sayılarının belirlenmesi,

-Seçmen kayıtlarının güncellenmesi,

-Adayların belirlenmesi,

-Seçim görevlilerinin eğitimi,

-Seçmenlerin bilgilendirilmesi,

-Oy kullanma yerlerinin saptanması[3],

-Oy pusulalarının hazırlanması,

-Oyların kullanılması,

-Oyların sayımı ve tasnifi,

-Sonuçların tutanağa bağlanması,

-Milletvekilliklerinin dağıtılması ve mazbataların hazırlanması,

-Kesin sonuçların ilanı

Weaver'in "*seçim sonuçlarını belirleyen, sadece halkın oyları değil, aynı zamanda uygulanan kurallardır.*" şeklindeki yorumu, realist bakış açısıyla fiilî durumu yansıtmaktadır[4]. Anayasa hukuku kapsamında gelişen seçim hukuku, yakın zamanda ayrı bir alan olarak ortaya çıkmış ve bağımsız bir disiplin olma yolunda hızla ilerlemektedir. Seçim hukukunun alt disiplini sayılabilecek *seçimlerin yönetimi hukuku* ise, seçimlerin adil ve özgür biçimde gerçekleşmesine yönelik kurallar bütününü inceler.

Siyasi iktidar, sosyal ilişkilerde gözlenen diğer iktidarlardan kapsam, üstünlük ve güç kullanma tekeli bakımlarından ayrılır. Serbest, adil ve periyodik olarak tekrarlanan seçimler yoluyla siyasi iktidarın belirlenmesi ve el değiştirmesi, demokratik devletin karakteristik özelliğidir.

3 Türk, H. S. (1996). Demokratik Rejimlerde Seçim Kanunları ve Türkiye İçin Yeni Bir Seçim Kanunu Önerisi, içinde *Türkiye ve Avrupa'da Seçim Sistemleri* (s. 7-18), İstanbul: Friedrich Ebert Vakfı Yayınları.

4 Weaver, R. K. (1997). "Representation in the Canadian House of Commons", *Canadian Journal of Political Science*, C. 30., S. 3., ss. 473-512.

Günümüzde, kabaca, demokrasi denilince, temsilî demokrasi, temsilî demokrasi denilince de haklı olarak seçim akla gelmektedir. Seçim, siyasal iktidara muvafakat vermek veya önceki muvafakatini yenilemek ya da bunu büsbütün geri çekme fırsatını veren hukuki ve siyasal bir araç olarak tanımlanabilir[5].

Çağdaş demokrasilerde, seçimlerin fonksiyonunu açıklamada iki temel siyaset bilimi yaklaşımı ön plana çıkmaktadır; "yetkilendirme" ve "hesap verebilirlik" yaklaşımı. Seçimlerin denetleme ve denge rolü bakımından adil ve serbest olmaları şarttır[6]. Seçimler sayesinde, yönetilenler, yöneticilerine meşruiyet zemini sağlamış olmaktadır.

Seçimler, bir ülkede cari demokrasinin gelişmişlik göstergesi olma bakımından demokrasi arabasının dikiz aynası rolünü üstlenmektedir. Siyasi karar alma mekanizmalarının seçimle iş başına gelmesi ve seçimlerin kendi içerisinde demokratik nitelik taşıması, demokrasinin olmazsa olmaz şartı olarak kabul edilmektedir. Böylece demokrasi ve seçim kavramları etle tırnak gibi bağımlı olgular olarak karşımıza çıkmaktadır[7].

Seçim hukuku, ülkede uygulanan seçim sistemi ve teknikleriyle ilgili mevzuatı kapsayan bir terim olarak kullanılmaktadır[8]. Siyasal temsilin mekanizması olan seçim, aynı zamanda, insanların birbirlerini vatandaşlar olarak eşit görmelerinde ve siyasal bütünleşmede hayati roller üstlenir. Aslında, meclislerin görev süresi konusunda evrensel bir standart yoktur. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ek 1 No.lu Protokol'ünün 3. maddesi uyarınca "*makul aralıklarla*" seçim yapılması ve böylece halkın iradesine başvurulması öngörülmüştür. Ancak iki seçim arasındaki zaman dilimini uzun tutma eğiliminin halkı siyasetten uzak tutma sonucunu doğuracağı kuşkusuzdur.

1.2. Seçim Hukuku Kaynakları

Seçim hukukunun kaynakları, genel olarak dış ve iç hukuk kuralları, mahkeme içtihatları ve öğretiden oluşmaktadır. Seçime ilişkin hususlar insan haklarıyla da yakından ilgili olduğundan uluslararası insan hakları belgeleri en önemli kaynaklar arasındadır.

- 1948 İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin toplanma ve dernek kur-

5 Karamustafaoğlu, T. (1970). *Seçme Hakkının Demokratik İlkeleri*, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, s. 14.

6 Atar, Y. (2006). "Seçim Hukukunun Güncel Sorunları", *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 23., ss. 211-235.

7 İba, Ş. (2023). s. 127.

8 İba, Ş. (2003). "*Türkiye'de Parlamenter Rejimin İşleyişi Açısından 3 Kasım 2002 Seçimlerinin Sonuçları*", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, C. 58., S. 2., ss. 97-116. Ayrıca bk. Barın, T. (2019). "Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Temside Adalet İlkesi ve Seçim İttifakı Düzenlemesinin Değerlendirilmesi", *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, S. 1., ss. 1-34.

ma özgürlüğüyle ilgili 20. ve gizli, serbest, genel, eşit oy ilkeleri ile dürüst ve düzenli aralıklarla yapılan seçimlerle ilgili 21. maddeleri,

- 1952 Kadınların Siyasi Haklarına İlişkin Sözleşme'nin kadınların seçme, seçilme ve kamu hizmetlerine girme haklarını vurgulayan 1, 2 ve 3. maddeleri,
- 1966 Kişisel ve Siyasi Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin başta yönetime katılma hakkını düzenleyen 25. madde olmak üzere diğer bazı maddeleri,
- 1979 Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi'nin siyaset ve kamu yaşamı başlıklı 25. maddesi ve diğer bazı maddeleri,
- 1952 Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Ek 1 No.lu Protokolü'nün 3. maddesi,
- 1990 Yeni Bir Avrupa İçin Paris Şartı,
- 1990 AGİT Kopenhag Belgesi (Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Konferansının 1990 yılındaki toplantısında seçim yönetimine ilişkin alınmış kararlar),
- 2002 Venedik Komisyonu Seçim Uyuşmazlıklarında İyi Uygulama Kodu,
- 1994 Parlamentolar arası Birlik (IPU) Özgür ve Adil Seçim Kıstasları Bildirisi.

Uluslararası hukuk menşeli ilgili anlaşmalar seçim hukukunun dış kaynakları arasında önemli yer tutar. 1982 Anayasası'nın 90. maddesi uyarınca, usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası anlaşmaların kanun düzeyinde muteber olduğu kabul edilmektedir. Kanun ile temel hak ve özgürlükleri düzenleyen anlaşmalar arasında çatışma hâlinde anlaşma hükümlerinin üstün olduğu düzenlendiğinden, söz konusu Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası anlaşma hükümlerinin Türk seçim hukuku mevzuatının kapsamında olduğu kuşkusuzdur.

Seçim hukukunun dahili kaynakları arasında en başta Anayasa'nın ilgili maddelerini saymak gerekir. 1982 Anayasası'nın;

- Seçme, seçilme ve siyasi faaliyette bulunma haklarını düzenleyen 67. maddesi,
- Siyasi parti özgürlüklerini düzenleyen 68 ve 69. maddeleri başta olmak üzere diğer bazı maddeleri.

Ayrıca bu maddelerle ilgili gerekçeler, görüşme tutanakları gibi diğer yasama belgeleri, kılavuz değerindedir.

Seçim hukukunun doğrudan ve dolaylı kaynakları arasında yer alan başlıca kanunlar şunlardır:

- 1961 tarihli ve 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun,
- 1983 tarihli ve 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu,
- 1983 tarihli ve 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanunu,
- 1984 tarihli ve 2972 sayılı Mahalli İdareler ile Mahalle Muhtarlıkları ve İhtiyar Heyetleri Seçimi Hakkında Kanun,
- 2012 tarihli ve 6271 sayılı Cumhurbaşkanı Seçimi Kanunu,
- 2008 tarihli ve 5747 sayılı Büyükşehir Belediyesi Sınırları İçerisinde İlçe Kurulması ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun,
- 2009 tarihli ve 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu,
- 2004 tarihli ve 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu,
- 2005 tarihli ve 5352 sayılı Adli Sicil Kanunu,
- 2006 tarihli ve 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu,
- 2011 tarihli ve 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun.

Yüksek Seçim Kurulu Genelgeleri, ilke kararları ve kararlar da seçim hukukunun doğrudan kaynakları arasındadır. Yüksek Seçim Kurulu, yayımladığı genelgeler ile seçim uyuşmazlıklarının sonuçlandırılmasında kanunların uygulamasına yönelik kurallar oluşturmak suretiyle il ve ilçe seçim kurullarına rehberlik hizmeti sunmaktadır. İlke kararları ise somut uyuşmazlıklarla ilgili olarak Yüksek Seçim Kurulu tarafından kanunların nasıl anlaşılması gerektiği noktasında yorumlar içerir. Ayrıca Yüksek Seçim Kurulunun seçim ihtilafları konusunda verilmiş diğer kararları da vardır. Yüksek Seçim Kurulu kararları *kesin* niteliktedir. Bununla birlikte, 2010 yılında gerçekleştirilen Anayasa değişikliğiyle gelen bireysel başvuru mekanizmasından sonra Yüksek Seçim Kurulu kararlarının "hak ihlali" iddialarıyla bireysel başvuru aracılığıyla dolaylı olarak Anayasa Mahkemesi önüne götürülebilmesi mümkün hâle gelmiştir.

Seçim hukukunun diğer yazılı kaynakları arasında, Anayasa Mahkemesi kararları ile Yargıtayın bazı içtihatları ve literatürdeki genel eserler, monografiler ve makaleler önemli bir yer tutmaktadır.

1.3. Seçim Hukukunun Anayasal Çerçevesi

Seçim hukuku kapsamındaki birçok konu anayasa düzeyinde değil, özel kanunlarla düzenlenmesine rağmen, seçimler kuşkusuz, anayasa hukuku disiplininin en temel konularından birisidir. Böyle olunca bütün anayasacılar seçim konularıyla ilgilenmekte kimileri ise seçim sistemleri üzerine yoğunlaşmakta ve uzmanlaşmaktadır. Bu çalışmalarda önerilen yeni teknikler ve alternatif modeller dikkat çekici uğraş alanları olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu kapsamdaki çalışmaların seçim mühendisliği şeklinde nitelendirilmesi de anlamlıdır.

Anayasa'nın 67'nci maddesinin ikinci fıkrasına göre seçimler ve halk oylaması serbest, eşit, gizli, tek dereceli, genel oy, açık sayım ve döküm esaslarına göre yargı yönetim ve denetimi altında yapılır.

Anayasa'nın 67'nci maddesinin altıncı fıkrasına göre seçim kanunları, temsilde adalet ve yönetimde istikrar ilkelerini bağdaştıracak biçimde düzenlenmesi, seçim kanunlarının genel amacıdır.

Anayasa'mız seçme, seçilme, siyasi faaliyette bulunma haklarına ilişkin temel ilke ve kurallara yer vermiştir. Bu hakların kullanımı ve seçimlerin düzenlenmesinin, sınırlayıcı bir yaklaşımla[9], kanunlarla yapılacağı Anayasa'da belirtilmiştir. Anayasa, seçimlere ilişkin olarak aşağıdaki konuların kanunla düzenleneceğini öngörmektedir:

- Seçme, seçilme ve bağımsız olarak veya bir siyasi parti içinde siyasi faaliyette bulunma ve halk oylamasına katılma hakkının şartları (m.67/1),
- Yurt dışında bulunan Türk vatandaşlarının oy hakkını kullanabilmeleri amacıyla uygulanabilir tedbirlerin belirlenmesi (m. 67/2),
- Seçme, seçilme ve halk oylamasına katılma ile siyasi faaliyette bulunma haklarının kullanılması (m.67/4),
- Yüksek Seçim Kurulunun ve diğer seçim kurullarının görev ve yetkilerinin düzenlenmesi (m. 79/3),
- Cumhurbaşkanlığı seçimlerine ilişkin 104'üncü maddede belirtilenler dışındaki diğer usul ve esasların düzenlenmesi (m. 104/son),
- Halk oylamasına, milletvekili genel ve ara seçimlerine ve mahallî genel seçimlere iştiraki temin için para cezası dâhil gerekli her türlü tedbirin alınması (m. 175/son).

Anayasa koyucunun doğrudan doğruya düzenlemeyi tercih ettiği kanun-

9 Sabuncu, Y. (2006). "Seçim Barajları ve Siyasal Sonuçları", *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 23., s. 191-197.

lara yön veren temel noktalar seçim kanunlarının anayasal temellerini oluşturmaktadır.

1982 Anayasası'na 2001 değişiklikleriyle giren seçim kanunlarında yapılan değişikliklerin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl içinde yapılacak seçimlerde uygulanamayacağı şeklindeki kural, hangi kanunların seçim kanunu olarak görüleceği tartışmasını daha da alevlendirmiştir. Anayasa Komisyonu'na sunulan Teklif Metninde Çerçeve 24. madde, "*Seçime bir yıldan daha az bir süre kaldığı zaman içinde seçim kanunlarında yapılan değişiklikler, izleyen seçimden sonra yürürlüğe girer.*" şeklinde düzenlenmişti. Komisyonda kabul edilen önergeyle günümüzdeki hâli ortaya çıkmıştır[10].

Bir yıllık sürenin hesaplanmasında, seçimin başlangıç tarihinin mi yoksa oy verme gününün mü esas alınacağı bağlamında değişik görüşler ileri sürülmüştür. Anayasa'nın 67/son öteleme hükmünde, seçim takvimi değil "*yapılacak seçimde*" ibaresi geçmektedir. Yani burada kastedilen oy verme günü, başka bir deyişle oyların sandalye olarak dağılımıdır. Kaldı ki "seçim kanunu" kavramı ile daha ziyade esasa dair ve sonuca tesir edecek nitelikte düzenlemeler kastedilmiştir. Aksi hâlde, "…seçim kanunlarında yapılan değişikliklerin 1 yıl içinde yapılacak seçimlerde uygulanamayacağı" düzenlemede geçen 1 yıllık süreye Anayasa koyucunun öngörmediği 60 günlük bir ek süre daha ilave edilmesi gibi bir sonuç doğabilecektir[11]. Nitekim 2011/140 Sayılı Yüksek Seçim Kurulu Kararında, bir yıllık sürenin hesaplanmasında, oy verme günün esas alınması benimsenmiştir[12].

Söz konusu öteleme hükmünün gerekçesinde, "*konjonktürel değişikliklere seçim kanunları açısından yer verilmemesi*[13]" amaçlanmış ve siyasi dalgalanmalarla seçim kanunları arasındaki ilişki serinletilmek istenmiştir[14].

Anayasa koyucu Meclis çoğunluğunu elinde bulunduran parti ya da partilerin seçime bir yıl kala seçim sürecinde kendi lehlerine veya diğer partiler ya da adayların aleyhine sonuç doğuracak şekilde kanuni düzenlemeleri, seçim kanunu olarak nitelediği anlaşılmaktadır. Seçim kanunları ibaresi ile, seçmen iradesinin seçim sonuçlarına yansımasına etki edebilecek veya seçime katılanlardan bir kısmına herhangi bir şekilde avantaj ya da dezavantaj oluş-

10 Bakırcı, F. ve İba, Ş. (2017). *Gerekçeli ve Notlu 1982 Anayasası*, Ankara: Turhan Yayınevi, s. 229. Ayrıca bkz. İba, Ş. (2002). "Türk Parlamento Hukuku Açısından Son Anayasa Değişiklikleri", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 51., S. 1., ss. 79-95.

11 "Takvim değil oy verme günü esas", *Milliyet Gazetesi*, 21/1/2023, https://www.milliyet.com.tr/gundem/takvim-degil-oy-verme-gunu-esas-6891300 (Erişim Tarihi: 11/8/2023)

12 Yüksek Seçim Kurulu'nun 04.03.2011 Tarih ve 140 Sayılı Kararı.

13 Anayasa Komisyonu Raporu, S. Sayısı: 737, Dönem: 21, Yasama Yılı: 3, https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem21/yil01/ss737m.htm (Erişim Tarihi: 11/8/2020)

14 Tahmazoğlu Uzeltürk, S. (2006). "Türk Anayasa Mahkemesi Kararlarında Seçim Sistemleri", *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 23., s. 247-248.

turma sonucunu doğurabilecek veya seçim süreci ve sonucunu etkileyebilecek düzenlemelerin kastedildiği anlaşılmaktadır. Bir hükmün seçim kanunu kapsamında olup olmadığı tespit edilirken muhtevası esas alınmalı, yalnızca kanunun adında geçen seçim, seçmen, siyasi parti gibi ibarelerden hareketle niteleme yapılmamalıdır[15].

1.4. Seçim Kanunlarının Kapsamı ve Değiştirilme Sıklığı

Anayasal hükümler ve ilkeler uyarınca Cumhurbaşkanı, milletvekili, il genel meclisi üyeliği, belediye başkanlığı, belediye meclisi üyeliği, muhtarlık, ihtiyar meclisi üyeliği, ihtiyar heyeti üyeliği seçimlerinde ve Anayasa değişikliklerine ilişkin kanunların halkoyuna sunulmasında;

1. 02/05/1961 tarihli ve 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun,
2. 13/06/1983 tarihli ve 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanunu,
3. 18/01/1984 tarihli ve 2972 sayılı Mahalli İdareler ile Mahalle Muhtarlıkları ve İhtiyar Heyetleri Seçimi Hakkında Kanun,
4. 27/05/1987 tarihli ve 3376 sayılı Anayasa Değişikliğinin Halkoyuna Sunulması Hakkında Kanun,
5. 26/01/2012 tarihli ve 6271 sayılı Cumhurbaşkanı Seçimi Kanunu hükümleri doğrudan uygulanmaktadır.

Bu kanunlarla birlikte Türkiye'de yapılan seçimlerde;

1. 15/04/1944 sayılı ve 4541 sayılı Şehir ve Kasabalarda Mahalle Muhtar ve İhtiyar Heyetleri Teşkiline Dair Kanun,
2. 23/07/2004 tarihli ve 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu,
3. 01/06/2005 tarihli ve 5352 sayılı Adli Sicil Kanunu,
4. 13/07/2005 tarihli ve 5393 sayılı Belediye Kanunu,
5. 29/04/2006 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu,
6. 21/03/2008 tarihli ve 5747 sayılı Büyükşehir Belediyesi Sınırları İçerisinde İlçe Kurulması ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun,
7. 12/06/2009 tarihli ve 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu,
8. 02/03/2011 tarihli ve 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun,

15 AYM, E.2019/14, K.2019/16, 14/3/2019.

9. 05/12/2012 tarihli ve 6360 sayılı On Üç İlde Büyükşehir Belediyesi ve Yirmi Altı İlçe Kurulması İle Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun hükümleri ise dolaylı olarak uygulanmaktadır. Bu kanunlara ilave olarak başta Yüksek Seçim Kurulu, Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay olmak üzere çok sayıda yargı içtihadı seçim hukukunun birer parçası durumundadırlar. Bütün bu mevzuat birbirleriyle son derece ilgili, bir o kadar karışık ve teknik bilgileri içermekte ve kaotik bir görünüm oluşturmaktadır.

Seçim kanunlarının her birinin kendi içerisinde belli konuları düzenlediği, ortada bir kanun enflasyonundan ve kanun çatışmasından söz edilemeyeceği düşünülebilir. Ancak seçim kanunlarından en kapsayıcısı olan 298 sayılı Kanun'un 1961 tarihli olması, çok sayıda değişikliğe uğraması, diğer seçim kanunlarının bu Kanun'un düzenleme konularıyla örtüşen hükümlere yer vermesi, söz konusu kanunların aynı numaralı harfli madde, ek madde, işlenemeyen madde gibi değişikliklerle sistematik bütünlüğünün bozulması, hükmünü ifa etmiş çok sayıda geçici madde içermesi gibi nedenlerle, seçim kanunlarının birlikte ele alınarak en azından hukuk tekniği bakımından güncellenmesine ihtiyaç vardır.

Ayrıca seçim kanunlarının omurgasını oluşturan üç ana kanun ara rejim şartlarında kanunlaştırılmıştır. Öte yandan 1961 yılında çıkarılan ve hâlen yürürlükte olan 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun, 43 defa değiştirilmiş olmasına rağmen maddi ve şekli anlamda düzeltilemez bir metin hâlindedir. Söz konusu Kanun sistematiğinde bölüm başlığı olarak "*kesim*" başlığı kullanılmıştır. Aynı Kanun'da, eskiden kalma hükümler arasında Birinci Kesim'de kimlerin itiraz edebileceğini düzenleyen maddede hâlâ "*Cumhuriyet Senatosu üyeleri*" gibi geçmişten kalmış artık var olmayan ifade ve ibarelerin madde hükümlerinden ayıklanmadan uygulanmaya devam olunması, kafa karıştırıcı durum bir yana, kaliteli ve demokratik yasama hedefi ve mantığıyla da bağdaşmamaktadır.

Aşağıda seçim kanunlarının hacim ve geçirdikleri değişiklik sayıları bir arada görülebilmektedir.

TABLO 1. Seçim Kanunlarının Uzunluğu ve Değiştirilme Sayısı

Kanunun Başlığı	Kaç Kez Değiştiği	Madde Sayısı (Yürütme Madde Numarasına Göre)	Geçici Madde Sayısı	Ek Madde Sayısı	İşlenemeyen Madde Sayısı	Mülga Madde Sayısı
Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun	43	189+6 aynı No.lu harfli mad.	23 + 3 ek geçici md	9	2	15 + 6 geçici mad.
Milletvekili Seçimi Kanunu	16	66 (19 mad. başka kanunda değişiklik) +1 aynı No.lu harfli mad.	14		1	1
Mahalli İdareler ile Mahalle Muhtarlıkları ve İhtiyar Heyetleri Seçimi Hakkında Kanun	22	39	13+ 2 ek geçici mad.	3	16	2
Anayasa Değişikliklerinin Halkoyuna Sunulması Hakkında Kanun	2	10	5			
Cumhurbaşkanı Seçimi Kanunu	3	24 (1 mad. başka kanunda değişiklik) +1 aynı No.lu harfli mad.	1			
YSK'nın Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun	1	14	1			

Tablo 1'de görüldüğü gibi doğrudan seçim kanunu kapsamında görülebilecek olan 6 kanunda seçim kanunlarında toplam 87 kez değişiklik yapılmıştır. İlgili yasama belgeleri incelendiğinde değişiklik sıklığı bakımından önde gelen konular arasında yer almaktadır. Ana kanundaki değişiklik hızı, kanuni düzenlemeleri günün şartlarına uyarlama amacını çok aşmış, hukuki istikrar yönünden endişe verici boyutlara ulaşmıştır.

2. SEÇİM KANUNLARININ BİRLEŞTİRİLMESİ

2.1. Ülke Örnekleri

Ülkelerin seçim düzenlemelerini bir veya birden fazla kanun içerisinde yapma hususunda farklılaştığı görülmektedir.

TBMM Araştırma Merkezinin 2017 yılında hazırladığı "*Çeşitli Ülkelerde Seçim Kanunlarının Durumu*" başlıklı araştırma raporuna[16] göre çeşitli ülkelerdeki seçim düzenlemelerinin bir veya daha fazla kanun içerisinde toparlanmasına ilişkin durum şöyledir: Arnavutluk, Bulgaristan, Brezilya, Bosna-Hersek, Finlandiya, Güney Kore, Hollanda ve Polonya gibi ülkelerde tüm seçim konularının tek bir kanun içerisinde düzenlendiği görülmektedir.

İspanya, İsveç ve Lüksemburg'da ise Parlamento, Avrupa Parlamentosu seçimleri ile yerel seçimler bir kanunda düzenlenmiş olmakla birlikte halk oylaması için ayrı bir kanun vardır. Amerika Birleşik Devletleri'nde, federal seçimlere ilişkin birden fazla kanun bulunmakta, ayrıca seçim kampanyaları, seçim güvenliği, seçim suçları, seçmen kimlik kartları gibi seçimlere ilişkin çeşitli konular federal ve federe düzeyde birden çok kanunda düzenlenmektedir.

Almanya'da Federal Meclis seçimleri Federal Seçim Kanunu ile düzenlenmiştir. Ayrıca Avrupa Seçimi Kanunu yürürlüktedir. Seçimlerin Denetimi Kanunu, Seçim İstatistiği Kanunu dışında Ceza Kanunu ve Federal Anayasa Mahkemesi Kanunu'nda da seçimler ile ilgili hükümler yer almaktadır.

Çek Cumhuriyeti, Danimarka, Estonya, Fransa, Hırvatistan, İngiltere, İrlanda, İtalya, Litvanya, Macaristan, Malta, Portekiz, Romanya, Rusya, Sırbistan, Slovakya, Slovenya ve Yunanistan'da her seçim türü için ayrı kanun vardır. Avusturya, Avustralya, Belçika, Federal Almanya ve Kanada'da yerel seçimler eyaletlerin/bölgelerin/yerel yönetimlerin düzenleme yetkisine bırakılmıştır.

2.2. Kısmen Birleştirilmesi Yaklaşımı

Temel oy haklarının korunması, etkili seçim sistemlerinin tasarımı ve uygulanması ile seçimlerin etkin ve şeffaf yönetimi için açık kanuni çerçeveler esastır. Seçim kanunlarından en eski ve hacimli olanı Seçimlerin Temel Hü-

16 Bilgi notunda çalışmanın, ülkelerin seçim kurullarının resmi internet sitelerindeki mevzuata ilişkin bilgiler, seçimler konusunda başlıca uluslararası kurumlar olan Uluslararası Demokrasi ve Seçim Yardımı Enstitüsü (IDEA), Uluslararası Seçim Sistemleri Vakfı (IFES) ve Birleşmiş Milletler Ekonomik ve Sosyal İşler Dairesi (UNDESA) ortak projesi olan ACE Project (http://aceproject.org/epic-en/CDTable?view=country&question=LF003); Avrupa Birliği Enstitüsüne ait EUDO (http://www.eudo-citizenship.eu/databases/national-electoral-laws) ve AGİT'e ait Legislation Online (http://www.legislationline.org/topics/topic/6) internet siteleri ile AGİT seçim gözlemi raporlarından (http://www.osce.org/odihr/elections) karşılaştırmalı şekilde doğrulanarak elde edildiği belirtilmektedir. Söz konusu bilgi notu hizmete özel nitelikte olup açık erişime kapalıdır.

kümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun'dur. Bu Kanun, diğer kanunları da ilgilendirecek ve kapsayacak nitelik ve içerikte düzenlemelere sahiptir. Kanun'un 1'inci maddesinde bu husus açıkça ifade edilerek, özel kanunlarına göre yapılacak seçimlerde ve halkoylamasında bu Kanun'un uygulanacağı belirtilmektedir. Diğer her bir kanun belli seçim türlerini ve halkoyunu düzenlemektedir. Anayasa'nın 79'uncu maddesine göre, seçimin düzen içinde yönetimi ve dürüstlüğü ile ilgili bütün işlemlerden sorumlu olan Yüksek Seçim Kurulunun (YSK) görevlerini ve teşkilatını düzenleyen YSK'nın Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'da seçimlerin esas ve usulleriyle ilgili kendi başına düzenlemeler yer almayıp seçimlere ilişkin kanunlardaki bazı kavram, kurum, ilke ve olguların görevlere yansıtılmasından ibaret hükümler bulunmaktadır. Dolayısıyla söz konusu kanunun diğer seçim kanunlarından kopuk ve bağımsız bir şekilde anlaşılması ve yorumlanması mümkün değildir.

Anayasa'nın 67'nci maddesinde "seçim kanunları" şeklinde çoğul bir ibare kullanıldığından seçim kanunlarının tek kod kanun şeklinde düzenlenmesinin Anayasa'ya uygunluk sorunu teşkil edebileceği ileri sürülebilir. Seçim kanunlarının düzenleniş biçimlerine bakıldığında, genel olarak "genel hükümler-seçim öncesi işlemleri- seçim günü yapılacaklar- seçim sonrası yapılacaklar" şeklinde temel bölümlerden oluştuğu görülmektedir. Her ne kadar bu hususlar benzer konular gibi gözükse de her bir seçimin mahiyeti gereği farklılıklar içerdiği, kendine has özellikleri (seçim zamanı, seçim çevresi, aday olma kriterleri gibi) olduğu, başka bir ifadeyle her bir seçimin belli başlı bir alan olduğu dikkate alınmalıdır. Farklı seçim türlerinin tek bir kanunda düzenlenmesinin kanun tekniği (mevcut kanunların zaman aralıklarının farklı olması sebebiyle sistematik uyumsuzluklar bent-fıkra ve bölümlendirme gibi, tekrardan kaçınma, bölüm ve maddelerin birbirine yakın olması vb. sebeplerle) yönünden birtakım sorunlar içerdiği ve bu nedenlerle tüm seçimleri bir arada düzenleyecek bir kod kanun oluşturmanın zorluklarının olabileceği öngörülebilir.

Seçim düzenlemelerinin tek bir kanun içerisinde kodlaştırılmasını isabetli görmeyen ACE Seçim Bilgi Ağı[17], niyet ne olursa olsun, tek bir seçim kanunu oluşturmaya sıcak bakmamakta, bir seçim kanununun seçim süreciyle ilgili tüm düzenlemeleri içeremeyeceğini ve içermemesi gerektiğini öne sürmektedir. Ayrıca seçim kanunlarının, seçim otoritelerinin özel, somut, idari veya iç meselelerine ilişkin seçim düzenlemelerini detaylandırmaması gerektiği görüşü paylaşılmaktadır[18]. Bu çerçevede seçim kanunlarının tedvinini amaç-

17 ACE (The Electoral Knowledge Network), 1998 yılında Birleşmiş Milletler bünyesinde kurulan, seçim süreçlerinin her yönü hakkında kapsamlı bilgi ve uzman tavsiyesi sağlayan, çevrim içi seçim bilgisi deposudur.

18 ACE, Topics/Legal Framework/Electoral Laws, http://aceproject.org/ace-en/topics/lf/lfa/lfa03/lfa03c (Erişim Tarihi: 25/6/2020)

layan kod kanun çalışmasında tek bir kod kanun yerine (uzunluk ve bölümlendirme gibi sistematik zorluklar sebebiyle);

- Seçimlerin temel hükümleri ve seçmen kayıtlarına ilişkin genel bir kanunun bulunmasının (298 sayılı Kanun'un gözden geçirilerek ve kanun yapım tekniğine uygun hâle getirilebilir.),
- Cumhurbaşkanı, milletvekili ve yerel yönetim organları seçimleri kanunlarının birleştirilmesinin,
- 27/05/1987 tarihli ve 3376 sayılı Anayasa Değişikliğinin Halkoyuna Sunulması Hakkında Kanun'un ise hem spesifik bir alanı düzenlemesi ve de kısa bir kanun olması sebebiyle mevcut hâliyle kalması daha uygun görünmektedir. Başka bir ifadeyle Cumhurbaşkanı, milletvekili ve yerel yönetim organları seçimleri kanunlarının birleştirilmesi yolu tercih edilebilir.

2.3- Tümüyle Birleştirilmesi Yaklaşımı

Anayasa'nın 67'nci maddesinin beşinci fıkrasında, seçim kanunlarının, temsilde adalet ve yönetimde istikrar ilkelerini bağdaştıracak biçimde düzenleneceği; maddenin son fıkrasında ise seçim kanunlarında yapılan değişikliklerin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl içinde yapılacak seçimlerde uygulanmayacağı öngörülmektedir. Anayasa'da "seçim kanunları" şeklinde geçen tanımlama veya ibareyi şekilci bir yaklaşımla sadece lafız yönünden yorumu öne çıkarıp birden çok seçim kanunundan bahsettiği görüşü de yabana atılmaz. Bununla birlikte Anayasa'nın bütün maddelerini ve fiilî gerçekliği dikkate alıp sistematik yorum yoluyla söz konusu çoğul ifadenin seçim kanunlarının bir kanunda toparlanmasına engel oluşturmayacağı düşüncesi, hukuken daha savunulabilir görünmektedir.

Anayasa'nın 79'uncu maddesinin son fıkrasında, Anayasa değişikliklerine ilişkin kanunların halk oyuna sunulması, Cumhurbaşkanı'nın halk tarafından seçilmesi işlemlerinin genel yönetim ve denetiminin de milletvekili seçimlerinde uygulanan hükümlere göre olacağını öngörmektedir. Bu düzenleme ile milletvekili seçimlerindeki genel yönetim ve denetim hükümlerinin halk oyu ve Cumhurbaşkanı seçimi için de geçerli olacağının öngörülmesiyle, farklı seçimlerde aynı kuralların geçerli olabileceği anlaşılmaktadır.

Anayasa'nın 127'nci maddesinin üçüncü fıkrasında, mahallî idarelerin seçimlerinin, 67'nci maddedeki esaslara göre beş yılda bir yapılacağının öngörülmesiyle, mahallî idare seçimlerinde de diğer seçimler ve halk oylaması için geçerli esasların uygulanacağı sonucu çıkmaktadır. Anayasa'nın farklı seçim türlerinde aynı hükümlerin geçerli olacağı şeklindeki belirlemesinden, her seçim türü için ayrı özel bir kanunun gerekli olmadığı sonucuna varılabilir.

Kanun koyucunun seçimler ve halk oylamasına ilişkin düzenlemeleri farklı kanunlar içerisinde düzenlemesi nasıl bir tercih ise söz konusu düzenlemeleri bir kanunun altında bir arada düzenlemesi tercih edilebilir.

Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı (AGİT) Demokratik Kurumlar ve İnsan Hakları Ofisi (ODIHR), Seçimler için Yasal Çerçeveyi Gözden Geçirme Kılavuzu'nda, seçimlerin temel ilkeleri hakkında tüm seçimler için geçerli hükümleri tanımlayan bir kanunun kabul edilebileceği; belirli seçimlerin tamamının ayrı bölümler hâlinde bir seçim kanununa dahil edilebileceği görüşünü ifade etmiştir. Seçim yönetimi ve uygulamalarında tutarlılık ve birlik için tüm seçimleri düzenleyen bir seçim kanunun daha elverişli olduğu belirtilmiştir. Tek seçim kanununun, aynı zamanda tüm seçimlerle bağlantılı olarak seçim mevzuatında değişiklik yapılması gereken durumlarda, yasama sürecini de basitleştireceği vurgulanmıştır[19].

Seçim uyuşmazlıklarında birden fazla kanunun dikkate alınması zorunluluğunun uygulamada güçlük doğurduğu öne sürülebilir. Seçimlere ilişkin kanunların tek bir kanun içerisinde bir araya getirilmesi, seçim mevzuatının sadeleştirme ve basitleştirme yoluyla daha kolay anlaşılması gibi bir avantaj oluşturabilecek ve hukuk devletinin işlerliğine katkıda bulunacaktır. Seçimlere ilişkin bütün kanunların "*Seçimler ve Halk Oylamasına İlişkin Kanun Teklifi Taslağı*" başlığı altında tek bir kod kanunda birleştirilmesi de tercihe bağlı olarak isabetli bir çözüm olabilir.

2.4- Seçim Kanunlarının Birleştirilmesinde Yöntem

Seçim kanunlarına ilişkin yeniden düzenleme çalışmalarında, uluslararası standartlar içeren aşağıdaki belgelere başvurulması gerekmektedir.

- Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu (Venedik Komisyonu) Referandumlara Dair İyi Uygulama Kodu ile Seçim Konularında İyi Uygulama Kodu Kabul Edilen Kılavuz İlkeler[20]

- Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı (AGİT) Demokratik Kurumlar ve İnsan Hakları Ofisi (ODIHR), Seçimler için Yasal Çerçeveyi Gözden Geçirme Kılavuzu

Seçim kanunlarına yönelik çalışmaların, siyasi parti grupları temsilcilerinden oluşan özel bir komisyonun tarafından yürütülmesi, varılan mutaba-

19 OSCE/ODIHR. (2013). *Guidelines for Reviewing a Legal Framework For Elections*, Warsaw: OSCE Office for Democratic Institutions and Human Rights (ODIHR), s. 10-11, https://www.osce.org/files/f/documents/f/8/104573.pdf (Erişim Tarihi: 26/6/2020)

20 Türkiye Büyük Millet Meclisi Araştırma Merkezi. (Tarih belirtilmemiş). *Venedik Komisyonu (Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu): Türkiye'ye İlişkin Görüşleri, Seçimler Yargı ve Referanduma İlişkin Karar ve Uygulama Kodları*, https://www.tbmm.gov.tr/yayinlar/venedik_komisyonu.pdf (Erişim Tarihi: 11/8/2020)

kat sonucu hazırlanan kanun teklifinin parti grubu temsilcisi milletvekilleri tarafından imzalanarak verilmesi tercih edilebilir. 20. Yasama Dönemi'nde, Anayasa değişikliklerine uyum amaçlı seçim kanunlarında yapılan değişikliklerde bu yöntemin başarıyla uygulandığı görülmüştür[21].

SONUÇ

Mevcut hukuki düzenlemeleri bir araya getirme ve iyileştirme, kanun reformu uygulamalarındandır. Kanun enflasyonundan kaynaklanan mevzuat çeşitliliği ve karmaşasına çözüm olarak konu bazlı birleştirme ve basitleştirme yöntemi öne çıkmaktadır. Yürürlükte olan kanunların kısaltılması, uyumlaştırılması ve geçerliliğini kaybetmiş hükümlerin ayıklanarak sistematik bir bütünlük içerisinde sunulması, hukuk devletinin işlerliğine katkıda bulunacak ve kamuoyunda her zaman destek görecek reform niteliğinde bir çalışma olacaktır.

Özgür, adil ve güvenilir seçimler, öncelikle kanuni dayanağa sahip olmalıdır. Mevcut seçim mevzuatının birleştirme hareketinde, seçim hukukunun tek bir normatif metinde toplanarak bir bütünlük içinde sunulmasının ötesinde, siyasi partiler, demokratik kitle kuruluşları, sivil toplum, seçim yönetimi ve denetiminde görev alan uzmanlar ve yetkililerin de görüşleriyle sistem ve işleyişe yönelik de reformların yansıtılması, seçim barajı ve aday belirleme süreç ve yöntemleri ile seçim finansmanı gibi öteden beri tartışılan hususlarda kamuoyu vicdanını tatmin edecek şekilde demokratik hukuki düzenlemeler ortaya konulması toplumun beklentilerine uygun hamleler olabilir. Türkiye'de Anayasalar, siyasi parti ve seçim hukukuna kısıtlayıcı pencereden baktığı için, pozitif hukukta vesayet mantığına dayalı, kaygılı bir düzenleme politikası egemen olmuştur. Bu bağlamda Anayasa'da belli konularda yer alan maddelerin hayli detaycı kurallar içerdiği görülmektedir.

Siyasi partiler ve seçim kanunları, ara rejim ikliminde yapılmış ve yaşlı kanunlardır. Söz konusu kanunların, ilk toptan imalatının genel olarak ara rejim iklimlerinde ve olağanüstü koşullarda gerçekleştiği, olağan dönem yasama organları tarafından perakende nitelikte değişikliklerle yetinildiği görülmektedir. Ancak geçirdikleri çok sayıda değişikliğe rağmen yeni reformist çalışmalara ihtiyaç duyulduğu genel kabul gören bir husustur.

21 Örneğin, 20/03/1997 tarihli ve 4231 sayılı Mahalli İdareler ile Mahalle Muhtarlıkları ve İhtiyar Heyetleri Seçimi Hakkında Kanun ile Belediye Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'unda esas alınan Denizli Milletvekili Hasan Korkmazcan ile Siyasî Parti Gruplarını Temsilen 10 Milletvekilinin, Mahallî İdareler ile Mahalle Muhtarlıkları ve İhtiyar Heyetleri Seçimi Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Teklifinin genel gerekçesinde, Teklifin uzlaşmayla hazırlandığı belirtilmektedir. Anayasa Komisyonu Raporu, S. Sayısı: 427, Dönem: 20, Yasama Yılı: 2, https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d20/c023/tbmm20023071ss0247.pdf (Erişim Tarihi: 11/8/2020)

KAYNAKÇA

"Takvim değil oy verme günü esas", *Milliyet Gazetesi*, 21/1/2023, https://www.milliyet.com.tr/gundem/takvim-degil-oy-verme-gunu-esas-6891300 (Erişim Tarihi: 11/8/2023)

ACE, Topics/Legal Framework/Electoral Laws, http://aceproject.org/ace-en/topics/lf/lfa/lfa03/lfa03c (Erişim Tarihi: 25/6/2020)

Anayasa Komisyonu Raporu, S. Sayısı: 427, Dönem: 20, Yasama Yılı: 2, https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d20/c023/tbmm20023071ss0247.pdf (Erişim Tarihi: 11/8/2020)

Anayasa Komisyonu Raporu, S. Sayısı: 737, Dönem: 21, Yasama Yılı: 3, https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem21/yil01/ss737m.htm (Erişim Tarihi: 11/8/2020)

ATAR, Yavuz (2006). "Seçim Hukukunun Güncel Sorunları", *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 23., ss. 211-235.

BAKIRCI, Fahri ve İBA, Şeref (2017). *Gerekçeli ve Notlu 1982 Anayasası*, Ankara: Turhan Yayınevi.

BARIN, Taylan (2019). "Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Temside Adalet İlkesi ve Seçim İttifakı Düzenlemesinin Değerlendirilmesi", *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, S. 1., ss. 1-34.

İBA, Şeref (2002). "Türk Parlamento Hukuku Açısından Son Anayasa Değişiklikleri", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 51., S. 1., ss. 79-95.

İBA, Şeref (2003). "Türkiye'de Parlamenter Rejimin İşleyişi Açısından 3 Kasım 2002 Seçimlerinin Sonuçları", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, C. 58., S. 2., ss. 97-116.

İBA, Şeref (2023). *Siyasi Partiler ve Seçim Hukuku*, 6. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınevi.

KARAMUSTAFAOĞLU, Tuncer (1970). *Seçme Hakkının Demokratik İlkeleri*, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.

OSCE/ODIHR. (2013). *Guidelines for Reviewing a Legal Framework For Elections*, Warsaw: OSCE Office for Democratic Institutions and Human Rights (ODIHR), https://www.osce.org/files/f/documents/f/8/104573.pdf (Erişim Tarihi: 26/6/2020)

OSCE (Organization for Security and Co-operation in Europe). (2023). "Elections", http://www.osce.org/odihr/elections (Erişim Tarihi: 11/8/2020)

SABUNCU, Yavuz (2006). "Seçim Barajları ve Siyasal Sonuçları", *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 23., ss. 191-197.

TAHMAZOĞLU UZELTÜRK, Sultan (2006). "Türk Anayasa Mahkemesi Kararlarında Seçim Sistemleri", *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 23., ss. 237-278.

TÜRK, Hikmet Sami (1996). Demokratik Rejimlerde Seçim Kanunları ve Türkiye İçin Yeni Bir Seçim Kanunu Önerisi, içinde *Türkiye ve Avrupa'da Seçim Sistemleri* (ss. 7-18), İstanbul: Friedrich Ebert Vakfı Yayınları.

Türkiye Büyük Millet Meclisi Araştırma Merkezi. (Tarih belirtilmemiş). *Venedik Komisyonu (Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu): Türkiye'ye İlişkin Görüşleri, Seçimler Yargı ve Referanduma İlişkin Karar ve Uygulama Kodları*, https://www.tbmm.gov.tr/yayinlar/venedik_komisyonu.pdf (Erişim Tarihi: 11/8/2020)

WEAVER, R. Kent (1997). "Representation in the Canadian House of Commons", *Canadian Journal of Political Science*, C. 30., S. 3., ss. 473-512.

Yüksek Seçim Kurulu'nun 04.03.2011 Tarih ve 140 Sayılı Kararı.

Yüksek Seçim Kurulu'nun 26.04.2018 Tarih ve 289 Sayılı Kararı.

Doç. Dr. A. Ersoy KONTACI
(Ankara Üniversitesi Öğretim Üyesi)

KANUN HÜKMÜNDEN KAYNAKLANAN HAK İHLALLERİ: ANAYASA MAHKEMESİNİN MEVCUT YAKLAŞIMI VE MARUF BİR ALTERNATİF YAKLAŞIM

ÖZ

Anayasa Mahkemesi, incelediği bazı bireysel başvurularda, tespit ettiği ihlâlin doğrudan bir kanun hükmünden kaynaklandığına hükmetmektedir. Bu gibi hâllerde Mahkeme, tespit etmiş olduğu yapısal sorunun giderilebilmesi için öncelikle durumun Türkiye Büyük Millet Meclisinin bilgisine sunulmasına karar verebilmektedir. Bu yoldan belli bir süre içinde sonuç alınamaması hâlinde ise Mahkemenin önündeki bir seçenek, derece mahkemeleri eliyle bir somut norm denetimi başvurusunun önünü açmaktır. Bu bağlamda çalışmada, başvuruculaların mülkiyet hakkına yönelik ihlallerin doğrudan doğruya ilgili kanun hükmünden kaynaklandığı bir dizi başvuru süreci ve devamındaki gelişmeler incelenmektedir. Devamında Yüksek Mahkemenin anılan soruna ilişkin olarak geliştirmiş olduğu çözüm tarzı, *reel* ve *potansiyel* avantaj ve dezavantajlarıyla birlikte değerlendirilmekte ve maruf bir alternatif yaklaşım önerisi dile getirilmekte/hatırlatılmaktadır. Çalışma, Mahkemenin geçmiş içtihadıyla tutarlılık içinde olduğu düşünülen ve yenilikçi bazı yorum yöntemleriyle de desteklenebilecek olan bu yaklaşımın doğurabileceği içtihadî güçlüklerin ve potansiyel katkının analiziyle sonlandırılmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Bireysel başvuru, mülkiyet hakkı, kanundan kaynaklı ihlal, somut norm denetimi, davaya bakan mahkeme.

Prof. Dr. Zühtü Arslan'a Armağan

VIOLATIONS STEMMING FROM STATUTORY PROVISIONS: CURRENT PRACTICE OF THE CONSTITUTIONAL COURT AND A WELL-RECOGNIZED ALTERNATIVE APPROACH

ABSTRACT

The Constitutional Court, in certain individual applications, rules that the violation it has found stems directly from a statutory provision. In such instances, the Court may, in order to eliminate and remedy the identified structural problem, decide to submit the matter for the consideration of the Turkish Grand National Assembly. If no solution is attained through this way within a certain period of time, the Court may exercise the alternative of facilitating an unconstitutionality review through instance courts. In this article, an examination is conducted on a number of applications and ensuing developments where the violation of the applicants' right to property directly stems from the statutory provision. Subsequently, the course of action developed by the Constitutional Court is scrutinized with particular reference to its *real* and *potential* advantageous and disadvantageous, followed by the proposition/reminder of a well-recognized alternative approach. The study concludes with an analysis of the potential jurisprudential challenges posed by, and potential contribution that may be achieved through, this approach, which is perceived to be in conformity with the Court's precedents and bolstered by certain innovative methods of interpretation.

Key Words: Individual application, right to property, violation directly stems from a statutory provision, concrete review, trial court.

I. BİREYSEL BAŞVURUDA "BİREYSEL" OLAN NEDİR?

Anayasa Mahkemesine "bireysel başvuru"dan söz edildiğinde, konunun yabancısı olan kişiler için bile kavramın ilk bakışta çağrıştırması muhtemel iki temel husus olduğu söylenebilir. Bu hususlardan ilki "bireylere" ait olan bir olanaktan söz edildiği; ikincisi ise en nihayetinde bir başvuru imkânından yani bir tür "hak arama yolundan" söz edildiğidir.

Öncelikle bu çağrışımlardan ikincisi olan "hak arama yolu" varsayımına bakıldığında, bunun esasen doğru ve isabetli bir varsayım olduğu görülmektedir. Zira her ne kadar bu hak arama yolu; kapsamına giren ve girmeyen konular, usuli olanaklar ve kısıtlamalar, başvuru koşulları ve icra yöntemleri gibi unsurlar yönünden başka hak arama yollarına ayrılan yönlere sahip olsa da bütün bu ayrıntılar, başlangıçtaki varsayımın özü itibariye sahip olduğu doğruluk derecesinde bir azalmaya yol açmamaktadır.

İkinci çağrışım olan "bireylere ait olma" kavramı ise, konuya biraz daha yakından bakan kişiler için ardında çeşitli sürprizler barındırmaktadır. Gerçekten, bu alandaki çalışmalarını derinleştiren bir kişinin karşılaşacağı belki de en büyük sürpriz; "bireysel" kavramının, *başvurucular*dan ziyade, *tespit edilen ihlâlin bir niteliğini ifade etmeye daha uygun olduğudur*. Zira bahsi geçen hak arama yoluna kimlerin başvurabileceğini ortaya koyarken kullanılması gereken doğru kavram; "birey" değil "kişi" kavramıdır. Hukuk dünyasında hak sahibi olabilen ve borç yüklenebilen varlıklar için kullanılan "kişi" kavramı ise bu hak arama yoluna *gerçek kişiler* (yani gündelik hayat dilindeki "bireyler") kadar, *tüzel kişilerin* de başvurabileceği anlamına gelmektedir. Dahası, bizim mevzuatımız Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunma imkânı münhasıran *özel hukuk tüzel kişilerine* ve *"…tüzel kişiliğe ilişkin haklarının ihlal edildiği gerekçesiyle…" (6216 s. Kanun, m. 46/2)* sınırlı olarak tanımış olmakla birlikte, özellikle mensuplarının menfaatlerini korumak amacıyla kurulmuş olan bazı özel hukuk tüzel kişilerinin (örn. sendikalar), yalnızca tüzel kişiliğe ilişkin haklarının değil ama mensuplarının haklarının da korunması amacıyla bireysel başvuruda bulunabilecekleri, Anayasa Mahkemesi içtihadında ortaya konulmaktadır[1]. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadı ise bu imkânı, yine Mahkeme içtihadında belirlenmiş olan bazı ölçütler çerçevesinde, bazı kamu hukuku tüzel kişilerini de (örn. kamu yayıncılığı yapan bazı kuruluşlar) kapsayacak şekilde genişletmektedir[2]. O hâlde, bütün bu *genişletmeler*, bireysel başvuruda bulunan *kişilerin* yalnızca *bireyler* olmadığını açıkça ortaya koymaktadır.

1 Bkz. *Kristal-İş Sendikası* [GK], B. No: 2014/12166, 2/7/2015.

2 *Radio France ve diğerleri/Fransa*, B. No: 53984/00, 23/9/2003; *Österreichischer Rundfunk/Avusturya*, B. No: 35841/02, 7/12/2006.

O hâlde, "bireysel" kavramına verilebilecek doğru anlam ancak söz konusu kavramın, *başvurucu özelinde somutlaşmış, bireyselleşmiş bir hak ihlâlini* ifade ettiği şeklinde yorumlanmasıyla elde edilebilir. Gerçekten de bireysel başvuruda önemli olan şey, anılan başvurunun ancak *"…ihlale yol açtığı ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmal nedeniyle güncel ve kişisel bir hakkı doğrudan etkilenenler tarafından…" (6216 s. Kanun, m. 46/1)* yapılabilecek olmasıdır.

Konuya bu çerçeveden bakıldığında, kanun koyucunun gözünde bireysel başvuruya konu olabilecek ihlallerin sadece ilgili kişiye doğrudan uygulanan ve bu kişi özelinde somut etki ve sonuçlar doğuran işlem, eylem veya ihmaller sonucunda ortaya çıkabileceğinin kabul edildiği anlaşılmaktadır. Nitekim *"Yasama işlemleri*[3] *ile düzenleyici idari işlemler aleyhine doğrudan bireysel başvuru yapılamayacağı…" (6216 s. Kanun, m. 45/3)* kuralı da esasen bu kabulün bir yansıması olarak görülmelidir. Gerçekten, anılan kuralı getiren *kanun koyucunun* (ve muhtemelen, pek çok *kanun okuyucusunun* da) düşündüğü şey; devlet işlemleri teorisi bakımından birer "kural-işlem" niteliği taşıması ve bu anlamda *genel, soyut, kişilik dışı ve bir kez kullanılmakla tükenmeyen* kurallar içermesi beklenen[4] bu türden işlemlerin, nitelikleri itibariyle kişileri doğrudan etkileyen etki ve sonuçlar doğurmasının mümkün olmadığıdır. Konunun bu anlaşılış biçimi, adı "bireysel başvuru" olan bir hak arama yolunda; *bireysel* değil *genel*, *somut* değil *soyut*, *kişisel* değil *kişilik dışı* ve *bir kez kullanılmakla tükenen* değil *tükenmeyen* kural-işlemlere karşı başvuruda bulunulamamasını, kurumun mahiyetine uygun "doğal bir sonuç" olarak görme eğilimindedir.

Bununla birlikte uygulamada karşılaşılan kimi sorunlar, bu "doğal sonuç varsayımının" ciddi şekilde hatalı bir varsayıma dönüştüğü en az iki kategorinin varlığını gözler önüne sermektedir.

Bu kategorilerden ilki; yasa koyucu tarafından zaman zaman "örtülü idari işlem niteliğinde kanun hükümleri" ihdas edilmesi yani bazı kanun hükümle-

3 Maddede geçen "yasama işlemi" kavramının tam olarak neyi ifade ettiği konusunda da bir belirleme yapmak gerekmektedir. Bu anlamda Türk Anayasa Hukuku doktrininde "yasama işlemi" denildiğinde klâsik olarak "kanunlar" ve "parlamento kararları" olarak ikili bir ayrım yapıldığı görülmektedir (Bkz. Teziç, E. (1989). "Parlamento Kararı ve Kanun", *Anayasa Yargısı*, C. 5., s. 121-130). Bu gruba bir de "Meclis Başkanlık Divanı'nın Sunuşları" adı altında üçüncü bir kategoriyi ekleyen yazarlar da bulunmaktadır (Bkz. İba, Ş. (2008). Türk Parlamento Hukukunda 'Yasama İşlemi' ve 'Karar' Kavramları, içinde *Prof. Dr. Ergun ÖZBUDUN'a Armağan, Cilt-II Anayasa Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 401-407). Bununla birlikte, madde kaleme alınırken esasen kanun kavramının ifade edilmek istenmiş olduğu anlaşılmakta olup, takip eden açıklamalar da "kanun" kavramı ekseninde yapılmaktadır.

4 Nitekim Anayasa Mahkemesi de; *"Yasalar ya da yasalarla eşdeğerdeki pozitif hukuk metinleri nesnel, soyut, genel ve sürekli nitelikteki hukuk kurallarını içeren, etkileri yönünden de objektif hukuk alanında yeni bir durum yaratan ya da varolan bir durumu düzenleyen veya ortadan kaldıran kural-işlemler bölümüne girer"* demekte (AYM, E.1990/31, K.1990/24, 24/9/1990) ve daha 1961 Anayasası döneminde vermiş olduğu kararlarında bile, "kanun" kavramını; *"…toplum için uyulması zorunlu, genel, soyut, sürekli ve konuyu doğrudan doğruya düzenler nitelikle kurallar…"* biçiminde tanımlamaktadır (AYM, E.1966/4, K.1966/25, 3/5/1966).

rinin klâsik devlet işlemleri teorisinin varsaydığı üzere birer *kural-işlem* olmak yerine, ilgililere çeşitli *yükümlülükler* getiren birer *idari işlem* niteliğinde olmasıdır[5]. Bu gibi durumların bir örneği; niteliği itibariyle aslen bir *şart (koşul) işlem* olan atama işlemlerinin (bireysel idarî işlem) doğrudan bir *yasama işlemi* ile yapıldığı hâllerdir[6]. Bu hâllerde karşılaşılan tipik sorun, anılan kanun hükümlerinin muhatabı olan kişilerin, hukuka aykırı olduğunu düşündükleri mevzuat hükümlerine karşı etkili bir hukuki çareden yoksun kalmaları olmaktadır. Zira bu gibi hâllerde, ortada kişilerin hukuki durumu üzerinde etki doğrudan bir "idari işlem" olmadığı için idari yargı yerleri açılan davalara bakamamakta; Anayasa Mahkemesi ise "yasama işlemi" niteliği taşıyan kanunları konu alan bir bireysel başvuru yapılamayacağı kuralı ile karşı karşıya kalmaktadır. Durum böyle olunca da, "yasama işlemlerine karşı doğrudan bireysel başvuru yapılamayacağı" kuralı "kanun" adı altında yapılan kimi yükümlendirici yasama işlemlerinin *kural-işlem* niteliği taşımaması nedeniyle, anılan yasama işlemlerinden ötürü haklarının ihlâl edildiğini ileri süren kişiler açısından bir "hukuki çare yokluğu" durumunun ortaya çıkmasına yol açmaktadır.

Bu "doğal sonuç varsayımının" yol açtığı ikinci sorun kategorisi ise *ihlâlin doğrudan bir kanun hükmünden kaynaklanması* hâlidir. Gerçekten de bu gibi hâllerde karşılaşılan sorun; başvurucunun karşılaştığını iddia ettiği hak ihlalinin, ihlale yol açan bir *idari işlem, eylem ya da ihmalden* veya *yargısal bir karardan* değil; doğrudan *kanun hükmünün kendisinden kaynaklanmasıdır*. Anayasa Mahkememizin bu ikinci sorun türüne karşı geliştirmiş olduğu gözlemlenen uygulama; doğrudan doğruya kanundan kaynaklanan ihlâllerin giderilmesi için *içtihat yoluyla ürettiği bir karar türü* ile *Anayasa'da mevcut bir denetim yolunun* kademeli kullanımı olarak belirginleşmektedir. Bu kapsamda, takip eden başlık altına, ihlâlin doğrudan bir kanun hükmünden kaynaklandığı örnek bir durum özelinde Mahkemenin bu süreci nasıl işlettiğine daha yakından bakılmaktadır.

---

5 Buna karşın Türk hukukunda "kural-işlem" niteliğinde olmayan, başka bir ifadeyle *maddî kanun* değil; *şeklî kanun* tanımında uyan ve fakat ilgililere yükümlülük yüklemekten ziyade hak doğrucu nitelik taşıyan bazı kanunların bulunduğu da sabittir. Nitekim Anayasa Mahkemesi'nin de bu türden kanunları; *"Yasaların ilke olarak genel ve nesnel nitelikte bulunmaları gerekmekte ise de, yasa koyucunun kimi durumlarda, yasama yetkisini başka biçimde kullanamadığından, özel ve öznel yasaları çıkarmak zorunluluğu ile karşılaşılmaktadır. Böylece, ancak zorunlu ve ayrık durumlarda ortaya çıkan ve öğretide 'biçimsel anlamda yasa' diye anılan bu yasama tasarruflarının Anayasa ile çatışan bir yönü bulunmadığı ortadadır"* (AYM, E.1978/56, K.1978/60, 23/11/1978) diyerek Anayasa'ya uygun bulmaktadır.

6 Bu türden kanun hükümlerine bir örnek; 14 Mart 2014 tarih ve 28941 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanan ve Millî Eğitim Bakanlığı'nın kuruluş, görev, yetki ve sorumluluklarını düzenleyen 652 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'de çeşitli değişiklikler öngören 6528 sayılı *"Millî Eğitim Temel Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"* ile; o tarihe "Millî Eğitim Başdenetçisi", "Millî Eğitim Denetçisi" ve "İl Eğitim Denetmeni" olarak görev yapmakta olan kişilerin, *başkaca hiçbir işleme gerek kalmaksızın* "Maarif Müfettişliği" kadrolarına atanmaları gösterilebilir.

II. ÜÇ AŞAMALI BİR ÇÖZÜM SENARYOSU

Türkiye'nin en önemli taş kömürü rezervlerinin bulunduğu Zonguldak Havzası, Osmanlı Dönemi'nden başlayarak madencilik faaliyetlerinin de merkezi olmuştur. Söz konusu havzanın sınırları Osmanlı Dönemi'nde çıkarılan 17/1/1326 (1910) tarihli ve 289 sayılı Tezkere-i Samiyye (Sadaret Tezkeresi) ile belirlenmiş, Cumhuriyet Dönemi'nde çıkarılan 5/2/1958 tarihli ve 4/9925 sayılı Bakanlar Kurulu Kararnamesi ile havzanın sınırları genişletilmiştir. Devamında, 10/10/1983 tarihli ve 96 sayılı Türkiye Taşkömürü Kurumu Kuruluşu Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin (KHK) 14. maddesiyle Tezkere-i Samiyye ile belirlenen ve bilahare 5/2/1958 tarihli Bakanlar Kurulu kararı ile genişletilen saha, kömür havzasına tahsis edilmiştir.

Anılan sahanın hukuki rejimine yakından bakıldığındaysa, iki hususun öne çıktığı görülmektedir:

Bu hususlardan birincisi, Tezkere-i Samiyye ile havza içinde kalan taşınmaz malların kazandırıcı zamanaşımı yoluyla iktisap edilmesinin yasaklanmış olmasıdır. Nitekim Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulunun 10/6/1953 tarihli ve E.1953/6, K.1953/5 sayılı kararı ile de Tezkere-i Samiyye'nin hâlen geçerli olduğu, bu tezkerenin konusunu oluşturan taşınmazların kamu malları kapsamına alındığı ve bu nedenle söz konusu kömür havzasındaki taşınmazların kazandırıcı zamanaşımı yoluyla iktisap edilemeyeceği kabul edilmiştir. Yukarıda değinilen 96 sayılı KHK'nın 14. maddesinde de Tezkere-i Samiyye ile belirlenen ve bilahare 5/2/1958 tarihli Bakanlar Kurulu kararı ile genişletilen ve aynı madde ile kömür havzasına tahsis edilen sahanın kamu malı olduğu hükme bağlanmıştır.

Söz konusu sahanın dikkat çeken ikinci özelliği ise, 5/6/1986 tarihli ve 3303 sayılı Taşkömürü Havzasındaki Taşınmaz Malların İktisabına Dair Kanun'la[7] birlikte ortaya çıkmıştır. Söz konusu Kanun'un 1. maddesine göre bir yandan söz konusu taş kömürü havzası dâhilindeki taşınmazların zilyetleri adına tesciline imkân sağlanırken, diğer yandan da Kanun'un 3. maddesiyle, *tespit ve tescil edilen taşınmazların maliklerinin maden işletmeciliği sebebiyle meydana gelen zararlardan dolayı bir hak ve tazminat talep edemeyecekleri* düzenlenmiştir. Gerçekten, anılan Kanun'un "Tazminat Hakkı" başlıklı 3. maddesinin birinci fıkrasına bakıldığında, aşağıdaki düzenlemeyle karşılaşılmaktadır:

> *"Bu Kanuna göre tespit ve tescil edilen taşınmaz malların sahipleri; madenler üzerinde herhangi bir hak iddia edemezler, işletme ve arama hakları yoktur, maden işletmeciliği sebebiyle meydana gelen zararlardan dolayı bir hak ve tazminat talep edemezler."*

7 R.G. 19/6/1989, S. 19139.

A. Birinci Aşama: *Sabri Uhrağ Başvurusu*

Bu ilginç düzenlemenin, 2017 yılında yapılan bir bireysel başvuru sonucunda[8] Anayasa Mahkemesinin önüne gelen bir hak ihlali iddiasının da dayanağını oluşturduğu görülmektedir. Gerçekten de Zonguldak'ın Merkez ilçesine bağlı Dilaver Mahallesi'nde bulunan 1008 ada 14 parsel sayılı taşınmaz kadastro sonucu 5/7/2011 tarihinde başvurucu Sabri Uhrağ adına tapuya tescil edilmiş olup taşınmaz üzerinde 1975 yılında yapılmış ve başvurucu adına tescil edilmiş iki katlı yığma kârgir ev ve bahçe bulunmaktadır[9]. Başvurucu, söz konusu taşınmazın bulunduğu sahada 1990-1996 yılları arasında Türkiye Taşkömürü Kurumu Genel Müdürlüğünün, 1996 yılından başvuru tarihine kadarsa rödövans işletmecisi olan şirketin madencilik faaliyetinde bulunduğunu belirtmiştir[10]. Başvurucu, söz konusu taşınmazının kusurlu kömür üretimi nedeniyle oluşan tasmandan dolayı meydana gelen çökmeler sebebiyle hasar görerek tamamen kullanılamaz hâle geldiği iddiasıyla Türkiye Taşkömürü Kurumu Genel Müdürlüğü ile işletmeci Şirket aleyhine Zonguldak 2. Asliye Hukuk Mahkemesinde bir alacak davası açmış, yargılama sırasında alınan bilirkişi raporunda da dava konusu binanın tamamen kullanılamaz durumda olduğu ve meydana gelen hasarın %85'inin "davalıların Neomi damarında kömür üretiminden doğan tasman etkisiyle meydana gelen oturmadan kaynaklandığı" tespit edilmiştir[11].

Zonguldak 2. Asliye Hukuk Mahkemesi, *3303 sayılı Kanun'un 3. maddesi uyarınca tapu kayıt maliklerinin dahi maden işletmeciliği sebebiyle meydana gelen zararlardan dolayı bir hak ve tazminat talep etme hakları bulunmadığı* ve *başvurucunun şahsi hak iddiasına dayalı olarak taş kömürü havzasında bulunan yapısında oluşan zararın tazmini için herhangi bir hakka sahip olmadığı* gerekçeleriyle davayı reddetmiş, bu karar Yargıtay tarafından onanarak kesinleşmiştir[12].

Bu gelişmeler üzerine Başvurucu, tapu ile maliki bulunduğu taşınmaz üzerindeki konutunun, madencilik faaliyetinin TTK tarafından ilgili mevzuat hükümlerine aykırı olarak davalı özel şirkete yaptırılması ve kusurlu madencilik faaliyetleri sebebiyle kullanılamaz hâle geldiğini ve yerel mahkeme kararında atıf yapılan 3303 sayılı Kanun'un, usul ve yasalar ile fen ve teknolojinin gereklerine uymayan kusurlu madencilik faaliyetlerini koruma altına almadığını belirterek mülkiyet hakkının ihlâl edildiğini ileri sürmüştür[13].

Başvuruyu inceleyen Anayasa Mahkemesi, madencilik faaliyetlerinin, sağladığı ekonomik yararlar yanında çeşitli çevresel sorunlara da yol açtığına;

8 *Sabri Uhrağ* [GK], B. No. 2017/34596, 29/12/2020.
9 *Sabri Uhrağ*, § 17.
10 *Sabri Uhrağ*, § 18.
11 *Sabri Uhrağ*, § 20.
12 *Sabri Uhrağ*, § 22.
13 *Sabri Uhrağ*, § 43.

yerleşim yerlerinin altında ya da yakınında madencilik faaliyeti yapılmasının, "tasman" etkisini daha da önemli hâle getirdiğine; devletin bir yanda çevrenin, diğer yandaysa kişilerin mülkiyet hakkının korunması bakımlarından bir takım pozitif yükümlülükleri olduğuna ve;

> *"Mülkiyet hakkına müdahalenin malik üzerinde doğurduğu olumsuz sonuçların mümkünse eski hâle döndürülmesi, mümkün değilse malikin zarar ve kayıplarının telafi edilmesini sağlayan idari veya yargısal birtakım hukuki mekanizmaların oluşturulması(nın) devletin pozitif yükümlülüklerinin bir gereği…"*

olduğuna değinmiştir[14].

Bu değerlendirmeler çerçevesinde Anayasa Mahkemesi, devletin bir taraftan Anayasa'nın 168. maddesi uyarınca doğrudan kendisi madenleri arayıp işletme ya da bu hakkı gerçek veya tüzel kişilere devretme salahiyetine sahipken, diğer taraftan Anayasa'nın 56. maddesi uyarınca sağlıklı ve dengeli çevrede yaşama hakkı, 5. ve 17. maddeleri uyarınca yaşam hakkı ile maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı, 5. ve 35. maddeleri uyarınca mülkiyet hakkını koruyacak tedbirleri almak yükümlülüğü altında olduğunu belirtmiş[15] ve ayrıca devletin temel hak ve özgürlükler ile ilgili anılan yükümlülüklerini ihlal ettiğini, -maden aranması ve işletilmesi hakkının devredildiği durumlarda- ayrıca üçüncü kişilerin söz konusu haklara zarar verdiğini savunulabilir şekilde iddia eden herkese yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkânının, diğer bir ifadeyle etkili başvuru hakkının sağlanmasının ise Anayasa'nın 40. maddesinin gereği olduğunun altını çizmiştir[16].

Bu ilkelerin somut olaya uygulanması sonucunda ise Anayasa Mahkemesi; *devletin taş kömürü madeninin bulunduğu havzadaki kamu malı niteliğindeki taşınmazlar üzerinde bireylere mülkiyet hakkı tanıyarak onlara menfaat temin etmesinin, onun aynı bireylere karşı Anayasa'nın 5. ve 35. maddelerinden kaynaklanan mülkiyet hakkından etkili bir şekilde yararlanmalarını temin için gerekli tedbirleri alma yükümlülüğünü ortadan kaldırmadığını* saptamış ve *devletin yer altı madenciliği gibi tehlike arz eden bir faaliyetin yürütüldüğü havzada yapılaşmaya izin verip en azından engel olmayıp sonrasında sırf bireylere menfaat temin ettiği gerekçesiyle anayasal yükümlülüklerini yerine getirmemesi(nin) kabul edilemez olduğuna* dikkat çekmiştir[17]. Bu çerçevede Mahkeme, *başvurucunun konutunda meydana gelen zarar nedeniyle mülkiyet hakkının devlet ya da üçüncü kişiler tarafından madencilik faaliyetleri sırasında ihlal edildiği iddialarının esasını inceletme ve zararlarını giderme imkânı sunan etkili bir hukuk yolunun bulunmasının Anayasa'nın 35. maddesin-*

14 *Sabri Uhrağ*, § 56.
15 *Sabri Uhrağ*, § 58.
16 *Sabri Uhrağ*, § 59.
17 *Sabri Uhrağ*, § 63.

de güvence altına alınan mülkiyet hakkı ile bağlantılı olarak Anayasa'nın 40. maddesindeki etkili başvuru hakkının gereği olarak görülmesi gerektiğini saptamıştır[18]. Buna karşın somut olaydaki sorun; 3303 sayılı Kanun'un yukarıda belirtilen 3. maddesi nedeniyle, Türk Borçlar Kanunu'nda yer alan ve madencilik faaliyetlerinden kaynaklanan zararların karşılanmasını öngören genel kuralların devre dışı kalması ve şeklen var olan dava yolunun, taş kömürü havzası yönünden etkisiz hâle gelmesi sonucunda, bu kapsamda açılan davaların derece mahkemeleri tarafından kategorik olarak reddedilmekte oluşudur.

Bu değerlendirmelerin sonucu olarak da Yüce Mahkeme, başvurucunun mülkiyet hakkının ihlal edildiği iddiasının esasının incelenmesini ve giderim sağlanmasını engelleyen kanun hükmü nedeniyle Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkı ile bağlantılı olarak Anayasa'nın 40. maddesinde düzenlenen etkili başvuru hakkının ihlal edildiğine karar vermiş ve bu anlamda ihlalin doğrudan doğruya 3303 sayılı Kanun'un 3. maddesinden kaynaklandığı sonucuna varmıştır[19]. Bu noktada Mahkeme,

- İlgili Kanun hükmü hâlen yürürlükte olduğuna göre yeniden yargılamanın mağduriyetin giderilmesi için uygun bir yol olmadığına;
- İhlalin giderilebilmesi ve benzeri yeni ihlallerin önüne geçilebilmesi için ihlale yol açan Kanun hükmünün gözden geçirilmesi konusunda takdir yetkisinin yasama organına ait olduğuna;
- Bu yapısal sorunun, kararda değinilen anayasal ilkeler, uluslararası hukuk belgeleri ve yargı organlarının kararları ile karşılaştırmalı hukuk örnekleri dikkate alınarak yapılacak bir düzenleme ile bireysel başvurunun amacı ve işlevine de uygun olarak ve benzer ihlallerin önüne geçilebilecek şekilde çözülmesi amacıyla, kararın bir örneğinin bilgi ve takdiri için yasama organına gönderilmesine;
- Başvurucunun da aralarında olduğu bu durumdaki kişiler yönünden makul bir süre içinde tazminat hükümlerine ilişkin düzenleme yapılmaması durumunda, başvurucunun Anayasa Mahkemesinden maddi ve manevi zararlarını talep edebileceğine hükmetmiştir[20].

Bu hâliyle anılan kararın, literatürde "parlamentoya çağrı kararı"[21] olarak isimlendirilen kararların tipik bir örneğini oluşturduğu görülmektedir.[22]

18 *Sabri Uhrağ*, § 66.
19 *Sabri Uhrağ*, § 77.
20 *Sabri Uhrağ*, §§ 78-79.
21 Söz konusu karar türü hakkında bkz. Göztepe, E. (2021). "Bireysel Başvuru Kararlarının İcrası: Anayasa Mahkemesi'nin Doğrudan ve Dolaylı 'Çağrı Kararları' Üzerine Bir İnceleme", *Anayasa Yargısı*, C. 38., S. 1., s. 43-83.
22 Buna karşın, anılan kararların Federal Alman Anayasa Mahkemesi tarafından, ihlalin doğrudan kanundan kaynaklandığı durumlarda verilen *"hukümsüzlük"*, kanunun henüz

B. İkinci Aşama: *Hulusi Yılmaz Başvurusu*

Yukarıda incelenen başvuruyla aynı yılda (2017), Anayasa Mahkemesine aynı konuyla ilgili bir başvuru daha yapılmış olduğu anlaşılmaktadır[23]. Buna karşın Mahkemenin, konusu itibarıyla yukarıda incelenen başvuruyla bire bir aynı olan bu başvuruyu inceleyip karara bağlamak için, ilk kararından itibaren yaklaşık 2 yıl beklediği görülmektedir.

Başvurucu Hulusi Yılmaz, Zonguldak'ın Merkez ilçesi Dilaver Mahallesi'nde kâin ve Taşınmazın üzerinde dört bina ve muhtelif eklentiler bulunan 1 parsel numaralı taşınmazın malikidir[24]. Tıpkı yukarıdaki başvuruda olduğu gibi, söz konusu taşınmazın bulunduğu sahada 1990-1996 yılları arasında Türkiye Taşkömürü Kurumu Genel Müdürlüğü, 1996 yılından başvuru tarihine kadarsa rödövans işletmecisi olan şirket madencilik faaliyetinde bulunmuş[25] ve söz konusu taşınmaz kusurlu kömür üretimi nedeniyle oluşan tasman dolayısıyla meydana gelen çökmelerden ciddi ölçüde hasar görmüştür[26]. Başvurucu tarafından söz konusu zararların giderilmesi istemiyle açılan davaya bakan Zonguldak 2. Asliye Hukuk Mahkemesi, tıpkı yukarıdaki kararında olduğu gibi, bu davayı da *3303 sayılı Kanun'un 3. maddesi uyarınca tapu kayıt maliklerinin dahi maden işletmeciliği sebebiyle meydana gelen zararlardan dolayı bir hak ve tazminat talep etme hakları bulunmadığı* ve *başvurucunun şahsi hak iddiasına dayalı olarak taş kömürü havzasında bulunan yapısında oluşan zararın tazmini için herhangi bir hakka sahip olmadığı* gerekçeleriyle reddetmiş, bu karar Yargıtay tarafından onanarak kesinleşmiştir[27].

Anayasa Mahkemesi, önüne gelen başvuruyu yukarıda incelenen *Sabri Uhrağ* başvurusuna paralel bir inceleme ve değerlendirme sürecinden geçirmiş; kararının çeşitli paragraflarında doğrudan Sabri Uhrağ kararına atıflar yapmış[28] ve sonuç olarak;

> *"…mevcut başvuruda da Sabri Uhrağ kararında ulaşılan sonuçtan ayrılmayı gerektiren bir neden bulunmayıp mülkiyet hakkının ihlal edildiği iddiasının esasının incelenmesini ve giderim sağlanmasını engelleyen kanun hükmü nedeniyle Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkı*

değil fakat gelecek erimde Anayasa'ya aykırı olacağını öngördüğü durumda verilen *"çağrı"* ve kanunun Anayasa'ya aykırı olmasına rağmen iptal edilmesi durumunda Anayasa'ya daha da aykırı bir durumun ortaya çıkması ihtimalinde verilen *"bağdaşmazlık"* kararlarıyla karşılaştırılması ve farklı bir isimlendirme önerisi ("bildirim kararı") için bkz. Kanadoğlu, O. K. ve Şahin, B. N. (2022). "Anayasa Mahkemesinin Güncel Norm Denetimi ve Bireysel Başvuru Kararları Hakkında Gözlemler", *Anayasa Yargısı*, C. 39., S. 2., s. 14-30.

23 *Hulusi Yılmaz* [GK], B. No. 2017/17428, 1/12/2022.

24 *Hulusi Yılmaz*, § 17.

25 *Hulusi Yılmaz*, § 18.

26 *Hulusi Yılmaz*, § 19.

27 *Hulusi Yılmaz*, §§ 22-23.

28 *Hulusi Yılmaz*, §§ 41-42, 45.

> *ile bağlantılı olarak Anayasa'nın 40. maddesinde düzenlenen etkili başvuru hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir."*

tespitinde bulunmuştur[29].

Kararın ilgi çekici yönü ise *"C. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden"* başlığı altında yapılan kimi değerlendirmelerden ve hüküm fıkrasının "C" bendinde yer alan hükümden oluşmaktadır. Yüce Mahkeme, burada öncelikle bireysel başvurular sonucunda tespit edilen ihlallerin ve bunların sonuçlarının ortadan kaldırılabilmesi için *Mehmet Doğan Kararında*[30] belirlemiş olduğu genel ilkelere atıf yapmış ve bu kapsamda *"…öncelikle ihlalin kaynağı belirlenerek devam eden ihlalin durdurulması, ihlale neden olan karar veya işlemin ve bunların yol açtığı sonuçların ortadan kaldırılması, varsa ihlalin sebep olduğu maddi ve manevi zararların giderilmesi, ayrıca bu bağlamda uygun görülen diğer tedbirlerin alınması…"* gerektiğini belirtmiştir[31]. Anılan kararında Mahkeme, ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilmeden önce "ihlalin kaynağının" belirlenmesi gerektiğinin altını çizmiş ve ihlalin; idari eylem ve işlemlerden, yargısal işlemlerden veya yasama işlemlerinden kaynaklanabileceğini; *"…ihlalin kaynağının belirlenmesi(nin) uygun giderim yolunun belirlenebilmesi bakımından önem taşımakta…"* olduğunu ifade etmiştir[32].

Bu genel ilkeleri somut olaya uygulayan Mahkeme, *Sabri Uhrağ Kararının* 28/01/2021 tarihli ve 31378 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmasına ve TBMM'ye de gönderilmiş olmasına rağmen, aradan geçen bir yıl on ayı aşkın sürede herhangi bir kanun değişikliği yapılmadığını tespit etmiş[33], ve böyle bir durumda yeniden yargılama yapılmasıyla ihlalin sonuçlarının giderilmesinin mümkün olup olmayacağı konusunda aşağıdaki şekilde bir tartışma yürütülmüştür:

> *"65. Yukarıda da değinildiği üzere Anayasa kurallarının bağlayıcılığını düzenleyen Anayasa'nın 11. maddesi ve hâkimin öncelikle Anayasa kurallarını dikkate alarak uyuşmazlıkları çözmesini emreden Anayasa'nın 138. maddesi hâkimin Anayasa'ya uygun karar vermesini zorunlu kılmaktadır. Bu bağlamda Anayasa'nın 152. maddesi de hâkime davada uygulayacağı kanun hükmünün Anayasa'ya uygun olup olmadığını inceleme görevi yüklediğine dikkati çekmek gerekir. Ancak somut olayda bireysel başvuru öncesi yapılan yargılama sırasında ilk derece mahkemesi ve Yargıtay, Anayasa'nın 152. maddesi kapsamında bu davada uygulanan kanun hükmünün Anayasa'ya aykırılığı yönünde bir itiraz başvurusunda bulunmamıştır.*

29 *Hulusi Yılmaz*, § 45.
30 *Mehmet Doğan* [GK], B. No: 2014/8875, 7/6/2018.
31 *Mehmet Doğan*, §§ 55, 57.
32 *Mehmet Doğan*, § 57.
33 *Hulusi Yılmaz*, § 61.

66. Bununla birlikte yeniden yapılacak yargılamada anılan Anayasa hükmü çerçevesinde davada uygulanacak kanun hükmünün Anayasa'ya aykırılığı yönünde itirazda bulunulabilmesi mümkündür (bkz. § 52).

67. Diğer taraftan yeniden yapılacak yargılamada uygulanacak kanun hükmünün temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşma hükümlerine aykırı olması durumunda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınarak uyuşmazlığın çözülebileceğine yönelik Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrası hükmü de -yukarıda değinilen koşullar dahilinde (bkz. §§ 53, 54)- uygulama alanı bulabilir. Ancak yukarıda da izah edildiği üzere Anayasa'nın 152. maddesi uyarınca Anayasa'ya aykırı olan kanun hükmünün iptali için Anayasa Mahkemesine başvurulması, başvuruya konu olayın koşulları dikkate alındığında daha doğru bir yol olarak ortaya çıkmaktadır" (Hulusi Yılmaz, § 65-67).

Bu "yol gösterici" paragrafların ardındansa Mahkeme, hüküm fıkrasında; *"C. Kararın bir örneğinin mülkiyet hakkı ile bağlantılı olarak etkili başvuru hakkının ihlalinin sonuçlarının giderilmesi için Zonguldak 2. Asliye Hukuk Mahkemesine (E.2011/255, K.2013/411) GÖNDERİLMESİNE, (…)"* diye hüküm kurmuş ve başvuruya ilişkin incelemesini bu tespit ve değerlendirmelerle tamamlamıştır.

C. Üçüncü Aşama: *Zonguldak 2. Asliye Hukuk Mahkemesinin Somut Norm Denetimi Başvurusu*

Anayasa Mahkemesi tarafından *verilen mesajı alan* Zonguldak 2. Asliye Hukuk Mahkemesi, 2023 yılında yine 3303 sayılı Kanun'un tazminat yasağına ilişkin hükümlerinin uygulanacağı bir davada bu sefer Anayasa'nın 152. maddesi hükümleri çerçevesinde uygulayacağı kanun hükmünün Anayasa'ya aykırı olduğuna kanaat getirmiş ve konuyu, somut norm denetimi yoluyla Anayasa Mahkemesinin önüne taşımıştır.

Anayasa Mahkemesi, vermiş olduğu kararında[34] öncelikle, esasa ilişkin incelemenin, Asliye Hukuk Mahkemesinin önündeki davada uygulamakta olduğu birinci fıkranın *"…maden işletmeciliği sebebiyle meydana gelen zararlardan dolayı bir hak ve tazminat talep edemezler"* bölümü ile sınırlı olarak yapılmasına karar vermiştir.

Esasa ilişkin incelemesinde ise Mahkeme, mülkiyet hakkına ilişkin olarak yukarıda incelenen bireysel başvurular neticesinde vermiş olduğu kilit içtihadını tekrarlamış ve Anayasa'nın *"Tabiî servetlerin ve kaynakların aranması ve işletilmesi"* başlıklı 168. maddesinde madenler de dâhil olmak üzere tabii servet ve kaynakların işletilmesine ilişkin olarak devlete birtakım yetkiler verildiğini; devletin bu yetkilerini kullanırken bireylerin hak ve özgürlüklerini

34 AYM, E.2023/117, K.2023/121, 13/7/2023, § 2.

anayasal ilkeler çerçevesinde belirli ölçüde kısıtlamasının meşru görülebileceğini; bu itibarla madencilik faaliyetlerinin gerekli kılması hâlinde kişilerin mülklerinin kullanımının belirli ölçüde sınırlanması makul karşılanması gerektiğini; ne var ki madencilik faaliyeti sebebiyle kişilerin mülklerinin hasar görmesi nedeniyle uğradığı zararın telafi edilmesinin ölçülülük ilkesinin bir gereği olduğunu ve dolayısıyla da madencilik faaliyeti sebebiyle zarara uğradığını iddia eden kişilerin bu zararlarının telafisi için yetkili makama başvurma imkânının, diğer bir ifadeyle etkili başvuru hakkının sağlanmasının, Anayasa'nın 40. maddesinin gereği olduğunu ifade etmiştir[35].

Daha sonra Mahkeme, doğrudan *Sabri Uhrağ* ve *Hulusi Yılmaz* kararlarına atıfla[36]; taş kömürü havzasında bulunan taşınmazların madencilik faaliyeti sebebiyle uğradığı hasarların tazmini için dava açılması yolunun kapatılmasının mülkiyet hakkıyla bağlantılı olarak etkili başvuru hakkını ihlal ettiğini belirtmiş ve sonuç olarak anılan kanun hükmünün Anayasa'ya aykırı olduğuna ve iptaline oybirliğiyle karar vermiştir.

III. BİR ARA TOPLAM: AVANTAJ VE DEZAVANTAJLAR

Anayasa Mahkemesinin, tespit ettiği hak ihlalinin doğrudan bir kanun hükmünden kaynaklandığı durumlarda izlediği bu yolun, yukarıda incelenen örnekte beklenen sonucu vermiş olduğunu belirtmek gerekmektedir. Gerçekten de Mahkemenin *Sabri Uhrağ başvurusu* sonucunda verdiği "Parlamento'ya çağrı kararı" yasama organında aradığı karşılığı bulamamış; ancak *Hulusi Yılmaz başvurusu* sonucunda vermiş olduğu "Mahkemeye çağrı kararı" muhatabına ulaşmış ve beklenen karşılık da alınmıştır. Nitekim *Sabri Uhrağ kararında* kanun hükmünün sebep olduğu aykırılık kendisine bildirilen Türkiye Büyük Millet Meclisi bu konuda herhangi bir adım atmazken; *Hulusi Yılmaz kararında* somut norm denetimine başvurma "davetini" alan Zonguldak 2. Asliye Hukuk Mahkemesi bu davete icabet etmiş ve itiraz yoluyla konuyu Anayasa Mahkemesinin önüne taşıyarak, ilgili kanun hükmünün iptal edilmesinin yolunu açmıştır.

Bu kapsamda, Anayasa Mahkemesinin yukarıda incelenen yaklaşımının, somut olayda kendisinden beklenen sonuçları vermiş olmasın yanında, *reel* ve *potansiyel* bazı avantajlarının da bulunduğu söylemek mümkün görünmektedir.

Bu anlamda anılan yaklaşımın *reel avantajı*; Mahkemenin kendisine verilmiş olan yetkileri kullanırken esas olarak mevzuatın çizmiş olduğu sınırlar

35 AYM, E.2023/117, K.2023/121, 13/7/2023, § 16.
36 AYM, E.2023/117, K.2023/121, 13/7/2023, §§ 18-20.

içinde kalması ve içtihat yoluyla yeni yetkiler yarattığı yönündeki eleştirilere[37] muhatap olmamasıdır. Gerçekten, Mahkemenin önüne gelen bir başvuruyu incelerken tespit ettiği yapısal bir sorunun çözümü için *"…keyfiyeti Yasama Organına bildirmesinde"*, hukuken ve özellikle de Mahkemenin yetkilerini kullanma biçimi bakımından bir sorun olduğunu ileri sürmek mümkün değildir. Benzer şekilde, Yüksek Mahkemenin Anayasa'nın 152. maddesinde düzenlenen somut norm denetimi yoluyla önüne gelen bir Anayasa'ya aykırılık itirazını inceleyip karara bağlamasında da Anayasal açıdan hiçbir sorun bulunmamaktadır.

Bu yaklaşımın benimsenmesiyle ortaya çıkması *potansiyel avantaj* ise Yasama Organı'nın Anayasa Mahkemesi tarafından bildirilen yapısal sorunu makul şekilde dikkate alması ve kararda belirtilen esaslar doğrultusunda bir yasama faaliyetine girişmesiyle birlikte, tespit edilen yapısal sorunun mümkün olan en etkili şekilde giderileceği ve tüm ilgililerin haklarını koruyan ve geliştiren yeni mevzuat hükümleri ihdas edileceği bir senaryonun ortaya çıkma ihtimalidir. Böyle bir ihtimalin, Anayasa'nın "Başlangıç" kısmında *"…medeni bir işbölümü ve işbirliği…"* olarak tanımlanan kuvvetler ayrımının en çağdaş yorum ve uygulamalarından biri olacağına da kuşku yoktur[38].

Buna karşın, Anayasa Mahkemesinin hâlihazırda benimsemiş olduğu bu çözüm tarzının, yukarıda incelenen avantajlarının yanında, bazı *reel* ve *potansiyel* dezavantajlarının da bulunduğunun altını çizmek gerekmektedir.

Bu bağlamda görülen temel *reel dezavantaj*; süre sorunudur. Gerçekten, Mahkemenin doğrudan bir kanun hükmünden kaynaklanan bir ihlali bu yolla gidermeye yönelmesi, kaçınılmaz olarak ve öncelikle, Türkiye Büyük Millet Meclisinin konuya ilişkin tutumunun belirginleşeceği makul bir süre boyunca

37 Mahkeme'ye yönelik olarak akademide ve siyaset çevrelerinde zaman zaman dile getirilen bu eleştirilerin genel olarak "yargısal aktivizm" başlığı altında toplandığı görülmektedir. Söz konusu kavram ve eleştiriler hakkında bkz. Hakyemez, Y. Ş. (2009). *Hukuk ve Siyaset Ekseninde Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı*, Ankara: Yetkin Yayınları; Özbudun, E. (2007). "Türk Anayasa Mahkemesi'nin Yargısal Aktivizmi ve Siyasal Elitlerin Tepkisi", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Yavuz Sabuncu'ya Armağan)*, C. 62., S. 3., s. 258-268. Buna karşın, anılan kavramın "berraklaştırılamayan" ve dolayısıyla da hukuk dünyasında aslen işlevsiz bir kavram olduğu hakkında güçlü bir eleştiri için bkz. Ergül, O. (2013). "Berraklaştırılamayan bir Kavram: 'Yargısal Aktivizm'", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 104., s. 37-54.

38 Buna karşın, Anayasa Mahkemesi Başkanı Sayın Zühtü Arslan'ın yakın tarihli bir konuşmasında da belirttiği üzere; *"…birkaç karar dışında, yasama organının kanundan kaynaklanan ihlallerin giderilmesi yönünde yeterince hızlı davrandığını ve ihlal kararlarının gereğini yerine getirdiğini söylemek maalesef zor görünmektedir"*. Anayasa Mahkemesi Başkanı Sayın Zühtü Arslan'ın Anayasa Mahkemesi Kararlarının Etkili Uygulanması Projesi Kapsamında Erzurum'da düzenlenen 5. Bölge Toplantısında Yaptığı Açış Konuşması, 12/6/2023, https://www.anayasa.gov.tr/tr/baskan/konusmalar/adli-ve-idari-yargida-bireysel-basvuru-ihlal-kararlari-ve-ihlalin-sonuclarinin-ortadan-kaldirilmasi-konulu-erzurum-bolge-toplantisi-acis-konusmasi/ (Erişim Tarihi: 15/1/2024).

beklenmesini gerekli kılmaktadır. Dahası, bu bekleme süresinin, aynı yapısal soruna ilişkin olarak Mahkemenin önüne gelebilecek müteakip başvuruların akışına bağlı olarak, öngörülmedik şekilde uzaması da söz konusu olabilir. Tespit edilen yapısal soruna ilişkin olarak birden fazla başvurunun hâlihazırda Mahkemeye ulaşmış olması hâlinde de ilk karara konu olan başvuru dışındaki başvurular gündeme alınmak için bekletilmekte; bu anlamda verilen ilk karar âdeta *fiilî bir pilot karar* hâline dönüşmektedir. Durum böyle olunca da yapısal sorunun mağduru olan *diğer başvurucular* açısından, mağduru oldukları hak ihlalinin ve sonuçlarının belirsiz bir süre daha devam etmesi gibi katlanılması güç bir durum ortaya çıkmaktadır.

Bu kapsamda düşünülebilecek olan *potansiyel dezavantaj* ise, ilgili derece mahkemesinin Anayasa Mahkemesinden gelen somut norm denetimi davetine icabet etmemesi durumudur[39]. Gerçekten, böyle bir durumda, ilgili derece mahkemesinin Türkiye Büyük Millet Meclisine benzer bir hareketsizlik içine girmesi ve önündeki davaları yürürlükteki mevzuata uygun şekilde karara bağlamaya devam etmesi hâlinde, sonsuz bir döngüye varan bir çözümsüzlük hâli ortaya çıkabilecektir. Bu anlamda Anayasa Mahkemesinin hâlihazırda benimsemiş olduğu yaklaşım, Yüksek Mahkeme ile derece mahkemeleri arasında *mükemmel bir uyumu* gerekli kılmaktadır. Bu senaryonun, ideal bir hukuk devletinde tüm yargı makamlarından beklenen ve arzu edilen bir sonuç olduğu açık olmakla birlikte, ülkemizde zaman zaman görülen aksi yöndeki yargısal tutumların varlığı, söz konusu yaklaşımın başarı şansını potansiyel olarak sınırlamaktadır.

IV. MARUF BİR ALTERNATİF YAKLAŞIM

Aslında konunun tüm ilgilileri tarafından iyi bilinen bir alternatif yaklaşımın ipuçlarını da yine Anayasa'nın 152. maddesinde ve Anayasa Mahkemesinin geçmiş içtihadında bulmak mümkündür. Bu yaklaşımın temeli, Mahkemenin "farklı sıfatlarla" baktığı davalarda, kendisini de Anayasa'nın 152. maddesi anlamında *"Bir davaya bakmakta olan mahkeme…"* olarak görmesi ve tespit ettiği Anayasa'ya aykırılık sorununun "kendisine havale ederek" iptal kararı verme yoluna gitmesidir. Bu yaklaşımın hayata geçirilebilmesi için, Mahkemenin daha önce siyasi parti kapatma davalarında kendisini *"Siyasi Parti Kapatma Davasına Bakan Mahkeme Sıfatıyla Anayasa Mahkemesi"* olarak nitelendirerek başlattığı denetim sürecinin[40], bireysel başvuruları inceleyen

39 Bu noktada, ilgili derece mahkemesinin Anayasa Mahkemesi kararının ardından somut norm denetimi yoluna başvurması halinde dahi, bir usul ekonomisi sorununun ortaya çıkacağı hakkında bkz. Şahbaz, İ. (2011). "Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru ve Sorunlar", içinde *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru: Anayasa Şikayeti/Anlamı, Kapsamı ve Olası Sorunlar*, Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayını, s. 94.

40 Bu türden kararlar için bkz. AYM, E.1971/27, K.1971/50, 6/5/1971; AYM, E.1998/2, K.1998/1, 9/1/1998; AYM, E.2000/86, K.2000/50, 12/12/2000.

"Bölümler" tarafından da başlatılabileceğinin kabulü gerekecektir. Bunun için de bireysel başvuruları inceleyen Bölümlerin (veya duruma göre, Genel Kurulun) Anayasa'nın 152. maddesi anlamında bir "mahkeme" olduğunun; bireysel başvuruların bir "dava" olduğunun ve en nihayetinde, ihlâlin kaynağı olan kanun hükmünün somut uyuşmazlığın çözümünde "davada uygulanacak kural" olduğunun kabulü gerekmektedir[41]. Kanımca, bu üç kabul arasından içtihaden açıklanması en zor olan boyutun; ihlâlin kaynağı olan kanun hükmünün, bireysel başvurunun incelenmesi esnasında *uygulanacak kural* olduğunun kabulüne ilişkin değerlendirme olacağı söylenebilir.

Bu konudaki bir diğer zorluk da 11/01/2011 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisine sunulan "Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun Tasarısı"nın[42] 49. maddesinin altıncı fıkrasında yer alan; *"Bölümler, bireysel başvuru incelemesi sırasında temel hak ihlâlinin kanun veya kanun hükmünde kararname hükmünden kaynaklandığı kanaatine varırlarsa iptali istemiyle Genel Kurula başvururlar"* hükmünün, tasarının kanunlaşan hâlinde metinden çıkarılmış olmasıdır. Bu durumun, *Savigny dörtlüsü* olarak da bilinen klâsik yorum yöntemlerinden[43] olan "lafzi yorum yöntemi" ve "tarihsel yorum yöntemi" dikkate alındığında, Mahkemenin içtihat yoluyla yapabileceği bir açılımın önünde potansiyel bir engel oluşturduğu söylenebilir. Zira anılan yorum yöntemleriyle ulaşılan verilere bakıldığında, yasa koyucunun somut iradesinin, Anayasa Mahkemesine böyle bir yetki *vermemek* yönünde olduğu kolaylıkla görülebilmektedir.

Buna karşın, temel hakların korunması amacı söz konusu olduğunda, günümüzde geçerlilik kazanan yenilikçi bazı yorum yöntemlerinin varlığından da söz etmek gerekmektedir. Bu bağlamda öncelikle altı çizilmesi gereken husus; temel hak ve özgürlüklere ilişkin anayasal normların getirdiği *soyut ve genel nitelikli güvenceler* ile *soyut sınırlama sebepleri* karşısında, *lafzi yorumun* iş-

41 Buna karşın, bölümlerin Anayasa'nın 152. maddesi anlamında "mahkeme" olmadığı, ortada görülmekte olan bir "dava" olmadığı ve Anayasa'ya aykırı olduğu iddia edilen kanunun da Anayasa Mahkemesi önündeki bireysel başvuruda uygulanan kanun olmadığı yönündeki bir karşı görüş için bkz. Gözler, K. (2018). *Türk Anayasa Hukuku*, Bursa: Ekin Yayınları, s. 1083. Diğer taraftan, anılan ölçütlerin bireysel başvuruların incelenmesi sırasında da karşılanmakta olduğu yolundaki bir görüş için bkz. İnceoğlu, S. (2017). *Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru: Türkiye ve Latin Modelleri*, İstanbul: On İki Levha Yayınları, s. 196-199.

42 Söz konusu Kanun Tasarısı metni için bkz. Türkiye Büyük Millet Meclisi. (2023). Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun Tasarısı, https://www.tbmm.gov.tr/Yasama/KanunTeklifi/f72877be-b68b-037b-e050-007f01005610 (Erişim Tarihi: 15/1/2024).

43 Bir hükmün anlamının belirlenmesi için belli bir yönde akıl yürütülmesini sağlayan nesnel yorum araçları olarak tanımlanan yorum yöntemlerini sistematik olarak ortaya koyan ilk düşünür Savigny'dir. Yazara göre, yorum; *"kanunda içkin olan düşüncelerin yeniden inşasıdır"*. Savigny'nin klâsik yorum yöntemleri şunlardır: *Lafzi Yorum Yöntemi*, *Tarihsel Yorum Yöntemi*, *Amaçsal Yorum Yöntemi* ve *Sistematik Yorum Yöntemi*. Bu konuda daha ayrıntılı bilgi için bkz. Erdoğan, M. (2019). *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu*, Ankara: Lykeion Yayınları, s. 34-36.

levinin büyük ölçüde zayıflatmakta olduğu ve yorum döngüsünde *sistematik* ve *amaçsal* yoruma geçişin zorunlu hâle geldiğidir[44]. Dahası, Savigny'nin "sistematik yorumundan" farklı olarak, *aynı normatif hiyerarşi ve bütündeki normların birbirine uyumlu şekilde yorumunu* değil, *farklı normatif bağlamların ya da bu bağlamlara ilişkin bakış açılarının uyumlu yorumunu ya da yorumda esas alınmasını* ifade eden "sisteme uygun yorum" ilkesi de, incelenen normun değerlendirilmesinde; mahkemelere *anayasaya uygun* yorum *uluslararası hukuka uygun* yorum, *karşılaştırmalı hukuka uygun* yorum, *hukuk dogmatiğine (öğretisine) uygun* yorum ve Avrupa Birliği'ne üye devletler bakımından *Birlik Hukukuna uygun* yorum gibi yeni açılımlar sunmaktadır[45].

O hâlde ve sonuç olarak, Mahkemenin doğrudan kanun hükmünden kaynaklanan bir hak ihlâlini tespit ettiği durumlarda, yukarıda özetlenen dolaylı, uzun ve mahkemeler arasında pürüzsüz bir uyum gerektiren yönteme başvurmak yerine, meseleyi doğrudan kendi inisiyatifiyle çözmesinin önünde gerçek bir engel bulunmadığını söylemek mümkün görünmektedir. Bu noktada, özellikle bireysel başvuruda görevli organların yapısı ile Anayasa'nın 152. maddesindeki tanımlar arasındaki bağlantıları kurmanın, Mahkeme açısından ikna edici bir entelektüel çabayı gerekli kılacağı açıktır. Bununla birlikte, söz konusu bağlantıların kurulmasının hem Mahkemenin geçmiş içtihadıyla tutarlılık açısından hem de kullanılabilecek yenilikçi yorum yöntemleri açısından kayda değer bir altyapısının mevcut olduğunu da belirtmek gerekmektedir[46].

Böyle bir değişiminin; Türkiye'de Yasama Organı'nın parlamentoya çağrı kararları konusundaki genel kayıtsızlığı, derece mahkemesi kararlarında Anayasa Mahkemesi kararlarına karşı zaman zaman görülen olumsuz tutumlar ve hakları ihlal edilen kişilerin katlanmak durumunda kaldığı ilave gecikmeler karşısında hem başvurucular hem de toplumun geneli açısından daha etkili koruma standartlarına ulaşma hedefine katkı sağlayacağına kuşku yoktur.

---

44 Oder, B. E. (2012). Anayasa Yargısında Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu: Düzenleme Biçimleri, Kanıtlama ve Somutlaştırma Sorunları – 2001 Anayasa Değişikliği Sonrasına İlişkin Gözlemler, içinde Ergül, O. (Haz.), *Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması* (ss. 121-213), Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, s. 126.

45 Oder, B. E. (2013). "Anayasa Yargısında Temel Hak ve Özgürlüklerin Somutlaşması: Normatif Kurgular, Teloslar ve Uluslararası Hukuka Açıklık", *Anayasa Yargısı*, C. 30., s. 50. Bu konuda daha ayrıntılı bilgi için bkz. Oder, B. E. (2010). *Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri*, İstanbul: Beta Yayınları, s. 121-225. Bu yorum yöntemlerinin Anayasa Mahkemesi'nin olağanüstü hallere ilişkin içtihadı bağlamında uygulanabilirliğine ilişkin bir tartışma için bkz. Kontacı A. E. (2022). Olağanüstü Hâl Kararnamelerinin Yargısal Denetimi: Karşılaştırmalı Anayasa Yargısı Perspektifinden Değerlendirmeler, içinde Özgenç, İ. (Der.), *Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması Rejimleri Sempozyumu* (ss. 31-52), Ankara: Seçkin Yayınları, s. 43-49.

46 Buna karşın, Anayasa Mahkemesi'nin bu yönde bir anayasa değişikliği yapılmaksızın bireysel başvuruda somut norm denetimi yolunu harekete geçiremeyeceğine dair bir karşı görüş için bkz. Gülgeç, Y. B. (2021). "Özgürsüzlük, Kanun ve Bireysel Başvuru: Türk Bireysel Başvuru Sistemine Bir Eleştiri", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 12., S. 2., s. 593-596.

KAYNAKÇA

Kitap ve Makaleler

ERDOĞAN, Murat (2019). *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu*, Ankara: Lykeion Yayınları.

ERGÜL, Ozan (2013). "Berraklaştırılamayan bir Kavram: 'Yargısal Aktivizm'", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 104., ss. 37-54.

GÖZLER, Kemal (2018). *Türk Anayasa Hukuku*, Bursa: Ekin Yayınları.

GÖZTEPE, Ece (2021). "Bireysel Başvuru Kararlarının İcrası: Anayasa Mahkemesi'nin Doğrudan ve Dolaylı 'Çağrı Kararları' Üzerine Bir İnceleme", *Anayasa Yargısı*, C. 38., S. 1., ss. 43-83.

GÜLGEÇ, Yahya Berkol (2021). "Özgürsüzlük, Kanun ve Bireysel Başvuru: Türk Bireysel Başvuru Sistemine Bir Eleştiri", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 12., S. 2., ss. 585-601.

HAKYEMEZ, Yusuf Şevki (2009). *Hukuk ve Siyaset Ekseninde Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı*, Ankara: Yetkin Yayınları.

İBA, Şeref (2008). Türk Parlamento Hukukunda 'Yasama İşlemi' ve 'Karar' Kavramları, içinde *Prof. Dr. Ergun ÖZBUDUN'a Armağan, Cilt-II Anayasa Hukuku* (ss. 401-407), Ankara: Yetkin Yayınları.

İNCEOĞLU, Sibel (2017). *Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru: Türkiye ve Latin Modelleri*, İstanbul: On İki Levha Yayınları.

KANADOĞLU, O. Korkut ve ŞAHİN, Battal Niyazi (2022). "Anayasa Mahkemesinin Güncel Norm Denetimi ve Bireysel Başvuru Kararları Hakkında Gözlemler", *Anayasa Yargısı*, C. 39., S. 2., ss. 1-33.

KONTACI, Ali Ersoy (2022). Olağanüstü Hâl Kararnamelerinin Yargısal Denetimi: Karşılaştırmalı Anayasa Yargısı Perspektifinden Değerlendirmeler, içinde Özgenç, İzzet (Der.), *Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması Rejimleri Sempozyumu* (ss. 31-52), Ankara: Seçkin Yayıncılık.

ODER, Bertil Emrah (2010). *Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri*, İstanbul: Beta Yayınları.

ODER, Bertil Emrah (2012). Anayasa Yargısında Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu: Düzenleme Biçimleri, Kanıtlama ve Somutlaştırma Sorunları- 2001 Anayasa Değişikliği Sonrasına İlişkin Gözlemler, içinde Ergül, Ozan (Haz.), *Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması* (ss. 121-213), Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayını.

ODER, Bertil Emrah (2013). "Anayasa Yargısında Temel Hak ve Özgürlüklerin Somutlaşması: Normatif Kurgular, Teloslar ve Uluslararası Hukuka Açıklık", *Anayasa Yargısı*, C. 30., ss. 49-59.

ÖZBUDUN, Ergun (2007). "Türk Anayasa Mahkemesi'nin Yargısal Aktivizmi ve Siyasal Elitlerin Tepkisi", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Yavuz Sabuncu'ya Armağan)*, C. 62., S. 3., ss. 258-268.

ŞAHBAZ, İbrahim (2011). Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru ve Sorunlar, içinde *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru: Anayasa Şikâyeti/ Anlamı, Kapsamı ve Olası Sorunlar* (ss. 71-128), Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayını.

TEZİÇ, Erdoğan (1989). "Parlamento Kararı ve Kanun", *Anayasa Yargısı*, C. 5., ss. 121-130.

Mahkeme Kararları

Anayasa Mahkemesi

AYM, E.1966/4, K.1966/25, 3/5/1966.

AYM, E.1971/27, K.1971/50, 6/5/1971.

AYM, E.1978/56, K.1978/60, 23/11/1978.

AYM, E.1990/31, K.1990/24, 24/9/1990.

AYM, E.1998/2, K.1998/1, 9/1/1998.

AYM, E.2000/86, K.2000/50, 12/12/2000.

AYM, E.2023/117, K.2023/121, 13/7/2023.

Kristal-İş Sendikası [GK], B. No: 2014/12166, 2/7/2015.

Mehmet Doğan [GK], B. No: 2014/8875, 7/6/2018.

Sabri Uhrağ [GK], B. No. 2017/34596, 29/12/2020.

Hulusi Yılmaz [GK], B. No. 2017/17428, 1/12/2022.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

Radio France ve diğerleri/Fransa, B. No: 53984/00, 23/9/2003.

Österreichischer Rundfunk/Avusturya, B. No: 35841/02, 7/12/2006.

Çevrim İçi Kaynaklar

Türkiye Büyük Millet Meclisi. (2023). Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun Tasarısı, https://www.tbmm.gov.tr/Yasama/KanunTeklifi/f72877be-b68b-037b-e050-007f01005610 (Erişim Tarihi: 15/1/2024).

Anayasa Mahkemesi Başkanı Sayın Zühtü Arslan'ın Anayasa Mahkemesi Kararlarının Etkili Uygulanması Projesi Kapsamında Erzurum'da düzenlenen 5. Bölge Toplantısında Yaptığı Açış Konuşması, 12/6/2023, https://www.anayasa.gov.tr/tr/baskan/konusmalar/adli-ve-idari-yargida-bireysel-basvuru-ihlal-kararlari-ve-ihlalin-sonuclarinin-ortadan-kaldirilmasi-konulu-erzurum-bolge-toplantisi-acis-konusmasi/ (Erişim Tarihi: 15/1/2024).

Doç. Dr. İsmail KÖKÜSARI
(Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Öğretim Üyesi)

AYM'NİN BİREYSEL BAŞVURU YOLUNDA VERDİĞİ KARARLARDA HUKUKİ GÜVENLİK İLKESİNİN TEMELLENDİRİLMESİ MESELESİ

ÖZ

Bu makalede, hukuki güvenlik açısından oluşturduğumuz teorik çerçevenin Mahkemenin bireysel başvuru kararlarında kuş bakışı bir şekilde izlenebilmesi, böylece eksik veya doğru yönlerin tespit edilebilmesi amaçlanmıştır. Bu kapsamda, hukuki güvenlik ilkesinin alt ilkeleri olan hukuki belirlilik, hukuki istikrar ve hukuki öngörülebilirlik, üç devlet organının faaliyetleri, yani "kurallar, uygulama ve yargı kararları" açısından ayrı alt başlıklara ayrılarak kavramsal alt yapısı oluşturulmuştur. Söz konusu alt yapının mahkeme uygulamasındaki görünümü, norm denetimindeki genel anlayışı da nazara alınarak, bireysel başvuru yolu açısından analiz edilmiştir. Mahkemenin bireysel başvuru yolunda kimi zaman bu yolun doğası gereği norm denetimindeki hukuki güvenlik anlayışını farklılaştırdığı, kimi zaman da genişlettiği sonucuna varılmıştır. Ayrıca, genel olarak bireysel başvuru yolunda sistematik ve tutarlı bir argümantasyon izlediğini, bununla birlikte zaman zaman kararları arasında tutarsızlık ve teorik açıklamalarımızdan sapmalar tespit ettik. Sonuç olarak hukuki güvenlik ilkesinin ve alt ilkelerinin bireysel başvuru yolundaki genel görünümünü vermeye çalışan bu makalenin, öğreti açısından da bireysel başvuru yolunu ve mahkemenin metodunu, yaygın kullanılan bir ilke olan hukuki güvenlik ilkesi üzerinden kuş bakışı göstermek amaçlanmaktadır. Zira bireysel başvuru yolunu Mahkemenin takip ettiği "kanunilik gibi" ilkeler üzerinden incelemek bazen sadece gösterilmek isteneni görmeye yol açabiliyor.

Anahtar Kelimeler: Hukuki güvenlik, hukuki belirlilik, hukuki istikrar, hukuki öngörülebilirlik, bireysel başvuru, Anayasa Mahkemesi.

Prof. Dr. Zühtü Arslan'a Armağan

THE JUSTIFICATION OF THE PRINCIPLE OF LEGAL CERTAINTY IN THE CASE LAW OF THE CONSTITUTIONAL COURT ARISING FROM INDIVIDUAL APPLICATION PROCEDURE

ABSTRACT

This article aims to provide an overview of the theoretical framework we have developed in terms of legal certainty, with the goal of enabling a panoramic examination of the adherence to this framework in the case-law of TCC (Turkish Constitutional Court) arising from the individual application, and the identification of any deficiencies or accuracies within this context. In this scope, the conceptual infrastructure has been established by categorizing the sub-principles of the legal certainty principle, namely legal clarity, legal stability, and legal predictability, into separate sub-headings concerning the three branches of state organs, namely "rules, application, and judicial decisions". The appearance of this infrastructure in the Court's case-law has been analyzed in terms of the individual application procedure, also taking into account the general understanding in the constitutionality review. It has been concluded that in the individual application procedure, the Court sometimes differentiates and sometimes expands the concept of legal certainty in terms of the constitutionality review, by the very nature of the individual application remedy. Additionally, it has been observed that, in general, the Court follows a systematic and consistent argumentation in the individual application procedure; however, inconsistencies and deviations from our theoretical explanations have been found between its decisions. As a result, this article, which aims to provide a general overview of the legal certainty principle and its sub-principles in the context of the individual application procedure, also aims to present the panoramic examination of the individual application procedure and the method of the court through the legal certainty principle, which is a widely used principle. Because examining the individual application procedure through certain principles such as "legality" followed by the Court, can sometimes lead to seeing only what is intended to be shown.

Keywords: Legal certainty, legal clarity, legal stability, legal predictability, individual application, Constitutional Court.

GİRİŞ

AYM'ye bireysel başvuru yolu her geçen gün artan sayıda incelemeye konu olmaktadır. Bunların bir kısmı hakların maddi yönüne ilişkin iken bir kısmı Mahkemenin inceleme ve argümantasyon yöntemine dairdir. Biz de hukuki güvenlik ilkesinin bireysel başvurudaki görünümüne odaklanarak biraz daha şekli ve usuli bir inceleme yapmayı amaçladık.

Mahkeme hukuki güvenlik ilkesini, 2000'li yılların başından itibaren öncelikle norm denetiminde yaygın bir şekilde kullanmaya başlamıştır. Bu süreçte, ilkeyi, Anayasa'nın 2. maddesindeki "hukuk devleti" bağımsız ölçü normuna "destek ölçü norm" olarak kullanmıştır[1]. Mahkemenin norm denetiminde yaygın bir şekilde kullandığı hukuki güvenlik tanımının kimi bireysel başvuru kararlarında da aynen kullanıldığı görülmektedir[2]. Yine hukuki güvenlik ilkesi ile bu ilkenin alt ilkesi olarak gördüğü belirlilik ve öngörülebilirlik ilkesinin hukuk devleti ile olan bağı açısından da Mahkemenin norm denetimindeki kararlara atıf yaptığını ve benzer görüşü sürdürdüğünü görüyoruz[3].

Bireysel başvuru yolunda hukuki güvenlik ilkesi ile belirlilik ve öngörülebilirlik şeklindeki alt ilkelerinin kullanımı ve anlamlandırılmasında temel hareket noktası, norm denetimindeki kararlar olmuştur. Nitekim norm denetiminde yaygın bir şekilde kullanılan yukarıdaki bazı kalıp ifadeler bireysel başvuru yolunda da aynen kullanılmaya devam etmiştir. Fakat norm denetimindeki kararlarda yer alan hukuki güvenlikle ilgili bazı kavram ve

1 Bkz. Köküsarı, İ. (2015). *Anayasa Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesi*, Ankara: Adalet Yayınevi, s. 266-270.

2 Mahkemenin norm denetimi yolundan mülhem olarak bireysel başvuru yolunda da kullandığı en yaygın kalıplardan birisi şu şekildedir: "Kişilerin hukuki güvenliğini sağlamayı amaçlayan hukuki güvenlik ilkesi hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar. Belirlilik ilkesi ise yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olmasını, ayrıca kamu otoritelerinin keyfî uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesini ifade etmektedir" (*Kuntay Yılmaz*, B. No: 2019/21346, 20/7/2023, § 42). Bkz. aynı yönde *Yasemin Bodur*, B. No: 2017/29896, 25/12/2018, § 40.

3 Bkz. örneğin norm denetiminde yaygın olarak kullandığı (AYM, E.2013/39, K.2013/65, 22/5/2013) şu kalıbı bireysel başvuru yolunda da sürdürmektedir: "Hukuki güvenlik ile belirlilik ilkeleri, hukuk devletinin önkoşullarındandır" (*Celalettin Aşçıoğlu*, B. No: 2013/1436, 6/3/2014, § 54). Aynı şekilde hukuki güvenlik ile öngörülebilirliğin ilişkisine dair yaygın kullanılan kalıp da hem bireysel başvuru yolunda hem de norm denetiminde şu şekildedir: "…Hukuk güvenliği, normların öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar" (AYM, E.2011/18, K.2012/53, 11/4/2012). Kimi zaman da öngörülebilirlik doğrudan hukuk devletinin bir gereği olarak ifade edilmiştir: "Hukuk devleti hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm işlem ve eylemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerektirir" (AYM, E.2004/17, K.2007/59, 17/5/2007).

kalıplar ise bireysel başvuru yolunda kullanılmamıştır. AYM'ye bireysel başvuru yolunun uygulamaya girmesinden sonra, başka bazı alanlarda olduğu gibi hukuki güvenlik ilkesinin bireysel başvuru yolunda kullanımı da norm denetimindeki kullanımını etkilemiştir. Özellikle bireysel başvuruda maddi anlamda kanunilik ilkesi, meşru amaç veya ölçülülük ilkeleri daha somutlaştırılmış ve detaylandırılmıştır. Ölçülülük ilkesi daha da genişletilmiş ve adil denge kavramıyla dönüştürülmüştür. Yine bireysel başvuru yolunun kendine has yapısı nedeniyle norm denetimi yolunda bir denetim konusu olmayan hukuki güvenlik meseleleri bireysel başvuruda ortaya çıkabilmektedir. Bunun en tipik örneği, açık keyfîlik ve bariz takdir hatası, adil yargılanma hakkı kapsamında kuralların öngörülemez biçimde yorumlanması veya mahkeme erişim hakkı açısından kuralların aşırı şekilci yorumlanmaması gibi hususlardır. Kısacası, hukuki güvenlik ilkesinin kullanımı ve anlamlandırışı açısından her iki yol arasında karşılıklı etkileşim olmuştur.

Gerek öğretide gerekse mahkeme kararlarında hukuki güvenlik ilkesinin tanımı, içeriği ve kavramsal karşılığı hatta ilkenin terimsel olarak kullanımı açısından farklı görüş ve uygulamalar bulunmaktadır. Bu kapsamda hem bir kavramsal çerçeve oluşturmak hem de bu teorik arka planın mahkeme kararlarında ne şekilde göründüğünü ele almak öğreti ve uygulamaya genel bir perspektif sunabilir. Bu doğrultuda çalışmada, öncelikle hukuki güvenlik ilkesinin "hukuki belirlilik", "hukuki öngörülebilirlik" ve "hukuki istikrar" şeklindeki alt ilkeleri bağlamında teorik alt yapısı ortaya konulacak, sonrasında bu alt yapı ile Mahkemenin bireysel başvuru yolunda verdiği kararlarında hukuki güvenlik ilkesini nasıl anladığı ve yerinde kullanılıp kullanmadığı tespit edilecektir. Söz konusu inceleme yapılırken, mahkemenin kararlarındaki argümantasyonun hukuki güvenlik ilkesi bağlamında ne oranda istikrarlı ve tutarlı olduğu da tespit edilmeye çalışılacaktır.

I. HUKUKİ GÜVENLİĞİN TEORİK ÇERÇEVESİ: BİR ÖN PERSPEKTİF

Anayasa Mahkemesi hukuki güvenlik ilkesini ilk defa 1969 yılından itibaren norm denetimi yolunda denetim standardı olarak kullanılmaya başlamıştır[4]. Norm denetiminde 1990'lı yıllarda ilkenin kullanımının yaygınlaşmaya başladığı, 2000'li yıllardan itibaren, özellikle temel hak ve özgürlüklerin kanunla sınırlandırılma şartının da etkisiyle, ilkenin çok fazla sayıda kararda hukuk devletinin bir parçası olarak denetim standardı haline geldiği görülmektedir[5]. Hukuki güvenlik ilkesi, 2012 yılından itibaren ise bireysel başvuru yolunda özellikle kanunilik/hukukilik denetimi altında yararlanılan bir ilke

4 AYM, E.1968/61, K.1969/23, 29/4/1969. Bu kararda Mahkeme ilkeyi 'hukuka güven' adıyla kullanmıştır. Daha ilkenin yeni kullanılmaya başlandığı bir dönem olduğu için, ilk kararlarda farklı isimlerle kullanılması anlayışla karşılanmalıdır.

5 Köküsarı, İ. (2015). s. 311 vd.

olmuş ve fakat ayrıca adil yargılanma vb. hakların ihlal edilip edilmediğinin denetiminde kullanımı gittikçe yaygınlaşan bir ilke haline gelmiştir.

Bu ön açıklamalardan sonra ilkenin, aşağıdaki pratik görünümünü değerlendirmek amacıyla teorik çerçevesini ortaya koymak istiyoruz. Bu kapsamda, öncelikle hukuki güvenlik ilkesi üç ana alt ilkeye ayrılır. Bunlar hukuki belirlilik, hukuki istikrar ve hukuki öngörülebilirliktir[6]. Üç alt ilkeyi de kuralların/kanunların oluşturulması, idari uygulama ve yargısal uygulama (yasama, yürütme ve yargı) alanları açısından üçe ayırmak mümkündür[7]. Kısacası, hukuki belirlilik; hukuk kuralları açısından belirlilik, uygulama açısından belirlilik ve yargı kararları açısından belirlilik şeklinde üçe ayrılır. Hukuki istikrar; hukuk kuralları açısından istikrar, uygulama açısından istikrar ve yargı kararları açısından istikrar olarak üçe ayrılabilir. Aynı şekilde, hukuki öngörülebilirlik de hukuk kuralları açısından, uygulama açısından ve yargı kararları açısından öngörülebilirlik şeklinde üç alt kısma ayrılır.

A. Kurallar Açısından Belirlilik, İstikrar ve Öngörülebilirlik[8]

Hukuki güvenlik ilkesinin alt ilkesi olan *"kurallar açısından belirlilik, istikrar ve öngörülebilirlik"*, daha ziyade kanunların yapımı ve değiştirilmesine odaklanmaktadır. Elbette öncelikle hem kuralların rehberlik edici fonksiyonu hem de hukuk boşluğunun yaratacağı hukuki güvensizliği önlemek için "hukuken düzenlenmesi gereken alanların kanunlarla düzenlenmesi" yani kuralın/kanunun varlığı gerekir. Sonrasında, var olan bir kanun hükmünün iyi yasa koyuculuk ve hukuki güvenlik açısından çeşitli nitelikleri vardır. Bu bağlamda, kuralın duyurulması/ilanı, duyurulan kuralın açık, anlaşılır ve çelişkilerden azade olması, aşırı genel ve muğlak olmaması, başka kurallarla (gerçek) çatışma içerisinde olmaması "kuralların/kanunların belirliliği" ilkesine dâhildir.

Kuralların/kanunların istikrarı ise bunların makul aralıklarla ve ancak ilgili kural ile düzenlenen alanın niteliğinin gerektirdiği sıklıkla değiştirilebilmesidir. Kısacası, kurallar ne sabittir ne de davranışlarımızı ona uyarlayamayacağımız kadar sık değişir. Örneğin Anayasa zor ve nadir değişebilen bir

6 Bkz. söz konusu ayrım için Döner, A. (2022). *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınevi, s. 147; Köküsarı, İ. (2015). s. 67 vd.; Köksoy, M. (2018). *İcra Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesi*, Ankara: Adalet Yayınevi, s. 31-45; Keskin B. ve Yağcı, Z. (2018). "Türk İdare Hukukunda Hukukî Güvenlik İlkesinin Uygulanması", *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 13., S. 148., s. 56 vd. Bkz. hukuki belirlilik ve hukuki güvenlik ilişkisini daha farklı gören bir görüş için Çağlar, S. (2013). *Hukuk Devletinin Hukuki Belirlilik İlkesi Üzerinden Değerlendirilmesi*, İstanbul: Beta Yayınevi, s. 187 vd. Bkz. ayrıca hukuki istikrarın hukuki güvenlik ilkesinin alt ilkesi olmadığı yönünde Arıkan, A. (2021). "Vergi Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesi", *Doktora Tezi*, Trabzon: Trabzon Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü (Danışman: Doç. Dr. Recep Narter), s. 19, dn. 83.

7 Popelier, P. (2008). "Five Paradoxes on Legal Certainty and the Lawmaker", *Legisprudence*, C. 2., S. 1., s. 47-48; Köküsarı, İ. (2015). s. 67; Köksoy, M. (2018). s. 31-45.

8 Bkz. bu konuda Köküsarı, İ. (2015). s. 69-167; Köksoy, M. (2018). s. 31-45.

norm türüdür ve bu normun içeriğinde ancak normun türüne uygun konuların düzenlenmesi uygundur. Aksine, milletvekili maaşlarının ne kadar olduğu Anayasa gibi çerçeve bir normla düzenlenirse, enflasyona göre anayasayı değiştirmek veya anayasa değiştirilemediği için maaşları enflasyona rağmen sabitlemek gibi bir gariplik ortaya çıkar. Son olarak kuralların ve kanunların öngörülebilirliği, bireylerin kurala göre davranışlarını ve hayat planlarını ayarlayabilmesi için beklenti ve güveni zedeleyici şekilde kural koymamaktır.

Kurallar açısından öngörülebilirlik, ikiye ayrılır. Bunlar maddi ve şekli anlamda öngörülebilirlik olarak ikiye ayrılabilir. Maddi anlamda öngörülebilirlik kuralın ilk defa yapılması sırasında, toplumsal ortak akla, bireyin doğasına (onur ve haklarına), sosyal gerçekliğe uygun olması ve birey yararı/hakkı ile toplumsal yarar arasında makul denge kurması anlamına gelmektedir. Ayrıca, absürt olmaması (makul olması) ve imkânsızı talep etmemesi de maddi öngörülebilirlikle ilgilidir[9]. Şekli anlamda öngörülebilirlik ise var olan kuralın makul yürürlüğüdür. Yani bireyler ve kurumlar için öngörülebilirlik sağlamaya hangisi uygunsa ona göre kuralın ileriye yürümesi, kabul sonrası geçiş dönemi öngörmesi, geçmişe yürümesi veya derhal yürürlüğe girmesidir. Bu bağlamda elbette ilke olarak kuralların geçmişe yürümemesi ve böylece kazanılmış hakları ve haklı beklentileri ortadan kaldırmaması lazımdır[10]. Kanunla kazanılmış haklara veya haklı beklentilere yapılan müdahale, kuralların/kanunların öngörülebilirliği; idari uygulama ile müdahale edilmesi uygulamanın öngörülebilirliği; mahkeme kararı ile müdahale ise mahkeme kararlarının öngörülebilirliği ile ilgilidir[11]. Kurallar açısından öngörülebilirlik, kimi zaman kuralların belirsizliğinden ve istikrarsızlığından kaynaklanabilmekle birlikte, belirli ve istikrarlı olan kuralların öngörülebilir olması için de yukarıda açıkladığımız şartları taşıması gerekmektedir[12].

B. İdari Uygulama Açısından Belirlilik, İstikrar ve Öngörülebilirlik[13]

İkinci aşamada "*idari uygulamanın belirliliği, istikrarı ve öngörülebilirliği"* gelmektedir. Kanunlara ve kurallara dair belirlilik, istikrar ve öngörülebilirlik sağlandıktan sonra idari uygulama ve yürütme açısından da bunların varlığı şarttır. Zira çoğu durumda kanunu vatandaşlara uygulamak için ya bir düzenleyici işleme veya bireysel işleme ihtiyaç bulunmaktadır. Eğer söz konusu idari işlem belirttiğimiz hukuki güvenlik niteliklerini taşımıyorsa, kanun ve kural taşısa da yine hukuki güvensizliğe yol açabilir.

Bu bağlamda *uygulamanın belirliliği*, öncelikle uygulama belirli bir işlem tesis ettirmeyi gerektiriyorsa onu tesis etmeyi ve duyurmayı, işlemin kanuna

9 Köküsarı, İ. (2015). s. 140 vd.
10 a.g.e. s. 158 vd.
11 Bkz. uygulamanın öngörülebilirliği başlığı ile mahkeme kararlarının öngörülebilirliği başlığı.
12 Bkz. aksi yönde Arıkan A. (2021). s. 19 dn. 83.
13 Köküsarı, İ. (2015). s. 91-173; Köksoy, M. (2018). s. 31-45; bkz. benzer ayrım için Çaptuğ, M. (2020). *İdari Usul Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesi*, Ankara: Seçkin Yayınevi, s. 59-116.

dayanması ve kanuna uygun olmasını, işlem için başvuru şartları ve sürelerinin ilanını, söz konusu işlemin açık, anlaşılır ve icra edilebilir olmasını, işlemin gerekçeli olmasını, işlemin belirsizlikten arınmış olarak muhataba davranışlarını ayarlama imkânı sunmasını, varsa işlem sonucunda idari ve yargısal başvuru yollarının doğru bir şekilde gösterilmesini ifade eder.

Uygulamanın istikrarlı olması, kanunda belirtilen ve/veya düzenleyici işlemde ayrıntılandırılan kuralın bireyler arasında eşitsizliğe yol açacak şekilde değişken, farklı ve tutarsız uygulanmamasını ifade eder. Bu kapsamda, kanunun ayrıntısına yer veren düzenleyici işlemin de çok sık değiştirilmemesi gerekmektedir. Çünkü hem kanunların hem de idarenin düzenleyici işlemlerinin sık değiştirilmesi herkese göre değişen, eşitsiz ve bireysel/keyfî uygulamalara sebep olur. Kural olarak idare, kamu yararının ve kamu hizmetinin gereği olarak hukuka uygun ve istikrarlı bir uygulamadan vazgeçerek yeni bir uygulamaya geçebilir. Örneğin üniversite, belediye, valilik veya bakanlık bir konudaki düzenleyici işlemi değiştirerek bu düzenlemenin yerleşmiş uygulamasını da değiştirebilir. Bu durum hem hizmetin iyi işlemesi hem de idarenin kendini değişikliklere uyarlaması açısından gereklidir. Buna karşılık, idarenin yerleşmiş bir uygulamasını belirli bir kişi için değiştirip sonra yerleşmiş uygulamaya geri dönmesi veya idari istikrarın oluşmasını engelleyecek şekilde her bir muhataba göre farklı farklı uygulamalar geliştirmesi, eşitlik ilkesine aykırı olacağı gibi idarenin dayanağı kanunu ve düzenleyici işlemi de öngörülemez kılar.

Uygulamanın öngörülebilir olması ise, kanuna dayalı olarak oluşturulan uygulamanın bireylerin beklentilerini ve güvenini zedeleyerek onların haklı beklentileri ile kazanılmış haklarını bertaraf etmemesidir. Söz konusu uygulama ister düzenleyici işlemle gerçekleştirilsin isterse bireysel işlemle, şartları dâhilinde haklı beklentileri[14] ve kazanılmış hakları koruması gerekmektedir. Yerleşmiş ve müstakar bir hukuka aykırı uygulamaya güvenin korunması hususu da uygulamanın öngörülebilirliği ile ilgilidir. İdare, belirli bir süre kanuna veya idari düzenleyici işleme aykırı bir uygulama geliştirmiş ve bu uygulama hem bireyler tarafından duyulmuş hem de uygulamaya güven beslenmiş ise idare söz konusu uygulamayı değiştirmek istediğinde tıpkı kuralın ilk defa ilanındaki gibi muhataplara kendilerini ayarlayacağı bir süre vermek için duyuru yapmalıdır.

14 Haklı beklentilerin karşılanmasının şartları şunlardır: a) "uyarlanma ilkesi" kapsamında idarenin takdir yetkisini bütünüyle ortadan kaldırmamalı, b) ilgili kişi haklı olarak beklediği şeye, statü olarak uygun olmalı veya statüye dâhil olmalı, c) haklı beklentinin konusu başka kimselere veya kamuya büyük bir zarar vermemeli, d) beklenen durum belirli bir öneme sahip olmalı, e) beklenti mevcut hukuka açıkça aykırı olmamalı (Köküsarı, İ. (2015). s. 162 vd. Bkz. söz konusu ilkelerin daha ayrıntılı ve geniş incelemesi için Boz, S. S. (2017). "İdare Hukukunda Haklı Beklentinin Korunması", *Doktora Tezi*, Konya: Selçuk Universitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Danışman: Yrd. Doç. Dr. Ahmet Ziya Çalışkan), s. 235 vd.

C. Mahkeme Kararları Açısından Belirlilik, İstikrar ve Öngörülebilirlik[15]

Son olarak *"**mahkeme kararlarının belirliliği, istikrarı ve öngörülebilirliği**"* ele alınmalıdır. Bir hukuk devletinde hukuki güvenliğin tesis edilmesi için sadece kuralların hukuki güvenliğe ve alt ilkelerine uygun bir şekilde konulması yetmez aynı zamanda mahkemelerin bu kurallara uyması, kuralları layıkıyla uygulaması, kuralda olmayan bir hususu yorum yoluyla yaratmaması, kararlarının gerekçeli ve ikna edici olması, davaya göre değişen tutarsız kararlar vermemesi ve kararın kendisi ile sonuçlarının/etkilerinin bireyler tarafından önceden bilinebilir olması da gerekir. Konuya geçmeden şunu öncelikle belirtmekte fayda var: Bir hukuk devletinde hukuki güvenliğin ve alt ilkelerinin sağlanabilmesi için ön şart, uyuşmazlıkların mahkemelerce veya resmî olarak kabul edilen yöntemlerle (arabuluculuk, uzlaşma, tahkim vs.) çözümlenmesidir.

Bu doğrultuda, *mahkeme kararlarının belirliliği,* öncelikle kararın duyurulmuş (ilan veya tebliğ yoluyla), açık ve anlaşılır olmasıdır. Ayrıca mahkeme kararlarının belirliliğinin en önemli unsuru kararların "gerekçe" taşımasıdır. Kararda, temel olguların, iddia ve savunma beyanlarının, hukuki ve maddi dayanakların, reddedilen veya kabul edilen taraf beyanlarının ve bunların sebeplerinin, denetim mercilerince denetime imkân verecek ve tarafları tatmin edecek derecede geniş, anlaşılır ve ikna edici olması gerekir. Kararların belirliliği aynı zamanda onların çelişkiler, tavzihe muhtaç hususlar ve hatalar barındırmamasını da içermektedir.

Mahkeme kararlarında istikrar, kararların kuralın olağan yorumunu aşacak şekilde kişiye göre değişmemesi ve eşitliğe aykırı sonuçlar doğurmamasıdır. Burada dörtlü bir ayrım vardır. Birincisi, bir mahkemenin kararının daha önce benzer konuda vermiş olduğu kendi kararları ile istikrarlı olmasıdır. Kararın istikrarlı olması, onun her yönüyle önceki kararın aynısı olmasını zorunlu kılmaz. İkincisi, mahkemenin kararının başka mahkemelerin kararları ile istikrarlı olmasıdır. Buradaki istikrar, hukuk düzeninin birliği ilkesi kapsamında, sadece bir fiilin hukuka uygunluğu veya aykırılığı konusunda mahkemelerin tutarlı ve uyumlu hareket etmesini ifade eder. Yoksa, kusur, olayın değerlendirilmesi vb. konularda katı bir istikrar beklenmez. Örneğin imar ruhsatına aykırı olarak yapı yapma suçunda, ruhsata aykırılık (hukuka aykırılık) ile ruhsata aykırı yapı yapma nedeniyle uygulanan idari yaptırımın iptali davasında eylemin hukuka (ruhsata) aykırılığının değerlendirilmesi birbiri ile tutarlı olmalıdır[16]. Üçüncüsü, bir mahkemenin kararının temyiz mahkemeleri ve Anayasa Mahkemesi gibi üst mahkemelerin yerleşmiş (ilke) kararları ile

15 Köküsarı, İ. (2015). s. 96-190; Köksoy, M. (2018). s. 31-45.

16 Akkaş, A. H. (2016). *Ceza Muhakemesi Bağlamında Yargı Mercileri Kararlarının Birbiri Üzerindeki Etkisi,* Ankara: Adalet Yayınevi, s. 29-35.

istikrarlı olmasıdır. İlgili mahkeme, hukuk düzeninin birliği ve istikrarı açısından üst mahkemelerin belirli bir konuyla ilgili oluşturdukları temel ilke ve görüşlerini kararlarında takip etmelidir. Sonuncusu, bölge mahkemeleri ile temyiz mahkemelerinin daireleri arasında, kuralın olağan yorum farklılığını aşacak şekilde içtihat çatışmalarının bulunmaması, yani öngörülemeyen uygulama ve yorumlarla muhataplar arasında eşitsizliğe yol açılmamasıdır.

Mahkeme kararlarının öngörülebilir olması, mahkeme kararlarının belirliliğinin ve istikrarının varlığının ön kabulüne dayanır. Fakat bazı hâllerde belirlilik ve istikrara rağmen öngörülebilirlik sağlanmaz veya bunları aşan ve öngörülebilirliği ilgilendiren yönler vardır. Bu kapsamda, mahkeme kararlarının öngörülebilirliği, ilk defa belirli bir konuda verilecek hükmün dayandığı kanunun olağan ve makul anlamının dışında, dürüst yorum ilkesine ve tarafsızlığa aykırı olacak şekilde "şok edici" bir yorumla hükme varılmamasıdır. Diğer bir deyişle, taraflar ve ilgililer, hâkimin verdiği hükmün ne gibi hukuki sonuçları olacağını bilebilmeli ve davranışları ona göre ayarlayabilmelidir. Bu nedenle mahkemenin verdiği kararın neticelerini öngörebilmek kararların "kesinliği, bağlayıcılığı ve icra edilmesiyle" yakından ilgilidir. Bağlayıcı olarak kabul edilmeyen, hiç veya gereği gibi icra edilmeyen bir mahkeme kararı, sonucu itibariyle öngörülemez hâle gelmektedir. Aynı şekilde, kesinleşmiş bir mahkeme kararının kanunla belirlenen istisnai yollar (hükmün tamamlanması, tavzihi, yargılamanın iadesi ve kanun yararına bozma ve bireysel başvuru vs.) dışında iptal edilmesi, değiştirilmesi veya ortadan kaldırılması da mahkeme kararını öngörülemez kılar. Mahkeme kararlarının icra edilmemesi nedeniyle ortaya çıkan öngörülemezlik, kimi zaman mahkeme kararının bizzat kendisinin öngörülemez olmasından kaynaklanır, kimi zaman ise idari uygulamanın öngörülemez olmasından kaynaklanır. İlkinde, mahkeme kararı muğlak, istikrarsız ve anlaşılmaz olduğu için öngörülemezlikle maluldür veya kararın ne gibi hukuki sonuçlarının olacağı öngörülememektedir. İkincisinde ise, kararı icra veya infaz edecek kurumun veya idarenin, kararı hatalı yorumlaması söz konusudur. İdare, mahkeme kararını uygularken, kararı kısmen veya tamamen icra etmeyecek şekilde yorumluyorsa, söz konusu öngörülemezlik idari uygulamadan kaynaklanmaktadır[17]. Yargılama sürerken hâkimin değiştirilmesi veya tabiî hâkim ilkesine aykırı bir yargılama sürecinin olması ya da yargılama esnasında bir tarafın aleyhine olacak şekilde kanunda değişiklik yapılması da hükmün öngörülebilmesine olumsuz etki edebilir. Aynı şekilde, yerleşmiş hukuka aykırı yargısal uygulamanın terkedilerek kuralın uygulanmaya başlanması da muhataplar açısından öngörülemez olabilmektedir. Bunun için bir geçiş döneminin olması ve yeni uygulamanın duyurulması gerekir. Örneğin İktisadi Müesseselerde Mecburi Türkçe Kullanılması Hakkında Kanun hükümlerinin mahkemeler tarafından

17 Bkz. *Davut Yıldız*, B. No: 2020/12623, 5/9/2023.

yabancı dilde yapılan sözleşmelerin geçerlilik şartı olarak uygulanmadığını, konuyla ilgili uzun süre geçtiğini ve muhatap şirketlerde bu konuda beklenti oluşturulduğunu varsaydığımızda, bir gün aniden bir davada söz konusu kanun hükmünü geçerlilik şartı olarak görüp sözleşmenin geçersiz olduğu sonucuna varmak öngörülebilir bir tutum değildir.

Son olarak, mahkeme kararı ile haklı beklentiler veya kazanılmış haklara yapılan müdahale de yine mahkeme kararlarının öngörülebilirliğini azaltabilmektedir. Bu kapsamda yargılama hukukuna egemen olan "usuli kazanılmış hakkın korunması ilkesi" de mahkeme kararları açısından öngörülebilirlik ile ilgilidir. Zira, bu ilke, ilk derece mahkemesi tarafından verilen bir kararın temyiz mercii tarafından bozulması sonrasında, hem ilgili yerel mahkemenin bozma sebepleri dışındaki hususları yeniden değerlendirme yapmamasını ve bozma öncesi durumu korumasını hem de temyiz merciinin uyma sonrası verilen yeni kararı denetlerken önceki bozma konularının/sebeplerinin dışına, istisnai durumlar hariç, çıkmamasını gerektirir[18].

II. TEORİ İLE PRATİK UYUŞUYOR MU?: AYM'NİN YAKLAŞIMINI TESPİT

A. GENEL OLARAK HUKUKİ GÜVENLİK AÇISINDAN

Mahkeme, çoğu kararında hukuki güvenlik ilkesini hukuk devletinin bir unsuru olarak görmektedir. Özellikle norm denetiminde herhangi bir kanun hükmünün hukuki güvenlik ilkesine aykırı bulunduğu durumlarda, Anayasa'nın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesi bağımsız ölçü norm olarak kullanılmış ve iptalin Anayasal dayanağı olarak görülmüştür[19]. Konuya bireysel başvuru yolu açısından yaklaşıldığında, Mahkemenin kimi zaman hukuk devletine dayalı bir hukuki güvenlik kavramından bahsettiği görülmekle birlikte, bu yolun niteliği gereği daha çok Anayasa'nın 13. maddesi ve kanunilik ilkesi kapsamında bir hukuki güvenlik anlayışının yaygınlaştığı görülmektedir. Nitekim hem ilkenin hukuk devleti ilkesi ile ilişkisini hem de bireysel başvurunun doğasına has yapısını şu cümlelerle ifade etmeye çalıştığını söyleyebiliriz: "Hukuki güvenlik ilkesi, Anayasa'nın 36. maddesinde yer alan adil yargılanma hakkının içinde zımnen mevcut bir ilkedir[20]"… "Hukuk devletinin temel unsurlarından biri olan hukuki güvenlik ilkesi, Anayasa'nın

18 *Müflis Estaş Kum Mad. Nak. Tic. ve San A.Ş.* [GK], B. No: 2019/17103, 12/10/2023, § 44. Bkz. ayrıca AYM, E.2019/115, K.2020/31, 12/6/2020, § 4. Bkz. ayrıca Ercevahir, M. (2023). "Medenî Usül Hukukunda Usûli Muktesep Hak", *Yüksek Lisans Tezi*, Bursa: Bursa Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Danışman: Dr. Öğr. Üyesi Emine Gökçe Karabel), s. 1-4.

19 Bkz. örneğin son dönemdeki bir kararında hukuk devleti bağımsız ölçü normuna dayanılarak iptal kararı verilse de, gerekçede hukuki belirlilik ve hukuki güvenlik ilkelerine aykırılık ağırlıklı yer bulmuştur (AYM, E.2018/1, K.2018/83, 11/7/2018, §§ 11-26).

20 *Murat Daş*, B. No: 2013/3063, 26/6/2014, § 41.

tüm maddelerinde zımnen mevcut bir ilkedir. Bir bireysel başvuruda hukuki güvenlik ilkesinin ihlal edildiği iddiası, ancak söz konusu bireysel başvurudaki iddialarla bağlantılı olarak ileri sürülebilir…"[21]. Buradan, hukuki güvenliğin bir hak olmadığı, tıpkı ayrımcılık yasağında olduğu gibi belirli bir hakla bağlantılı olarak ileri sürülebileceği, başvuranın "*Hukuki güvenlik hakkım ihlal edildi.*" şeklindeki genel geçer bir iddiada bulunamayacağı sonucu da çıkmaktadır. Gerçekten de hukuki güvenlik ilkesi, hukuk devletinin şekli unsurları içerisinde yer alan bir ilkedir. Mevcut Anayasal düzenlemeler kapsamında müstakil bir hak olmadığı açıktır.

Mahkeme bazı kararlarında hukuki belirliliğin sadece kurallarda değil hukuk sisteminin geneline yaygın bir durum olacağını belirterek, bir anlamda uygulama ile mahkeme kararlarını da kastetmiştir. Nitekim aşağıdaki başlıklarda ayrıntılı örneklerle gösterileceği üzere, kimi zaman kuralların kimi zaman da idari veya yargısal uygulamanın hukuki güvenliğe veya alt ilkelerine aykırılığa sebep olduğu mahkemenin kararlarıyla sabittir.

AYM'nin bireysel başvuru yolunun bütün hukuk alanlarını kapsayıcı niteliği ve özellikle temel hakların yatay etkisi nedeniyle, sadece devlet kurumlarının değil aynı zamanda vakıf gibi özel kurumların da hakları ihlal edebileceği ve konumuz bağlamında hukuki güvenliğe aykırı davranacağı sonucuna vardığı görülmektedir. Nitekim bir kararda, Türkiye Mehmetçik Vakfı tarafından başvurucuya yapılan "sürekli yardımın" aradan 16 yıl geçtikten sonra kesilmesinin hukuki güvenliğe aykırı olduğu "Özel bir vakıf niteliğinde olması sebebiyle Vakfın takdir yetkisinin sosyal yardım sağlayan kamu kuruluşlarına veya kamuyla bağlantılı kuruluşlara nazaran daha geniş olduğu kabul edilse bile gelirlerinin büyük ölçüde halk tarafından yapılan bağışlardan oluştuğu gözetildiğinde güven duygusunu zedeleyici davranışlardan kaçınma yükümlülüğünün Vakıf yönünden de geçerli olduğunun kabulü gerekir." şeklindeki cümleleriyle ifade etmiştir[22].

AYM, bireysel başvuru yolunda hukuki güvenlik ilkesini bütün haklara şamil bir ilke olarak özellikle kanunilik ilkesi ve kimi zaman da ölçülülük ilkesi içerisinde yer verdiği gibi adil yargılanma hakkı özelinde ise gerekçeli karar hakkı, mahkemeye erişim hakkı, mahkeme kararlarının kesinliği, bağlayıcılığı ve icrası ile silahların eşitliği gibi haklar açısından kullanmaktadır. Mahkemenin bireysel başvuru yolunda verdiği kararlara bakıldığında, hukuki güvenlik ilkesi ile bu ilkenin belirlilik ve öngörülebilirlik alt ilkelerini mülkiyet hakkı ve adil yargılanma hakkı bağlamında yaygın bir şekilde kullan-

21 *Kenan Özteriş*, B. No: 2012/989, 19/12/2013, § 26. Norm denetiminde de aynı olmasa bile benzer ifade şu şekilde kullanılmaktadır: "Hukuk güvenliği, temel hak güvencelerinde korunan ortak değerdir…" (AYM, E.2004/17, K.2007/59, 17/5/2007).

22 *Kemal Kılıç* [GK], B. No: 2019/16400, 28/7/2022, § 69 vd.

dığı, buna karşılık özel hayatın ve aile hayatının korunması hakkı ile eğitim hakkı gibi haklar açısından ise az sayıda kullandığı görülmektedir[23]. Elbette kullanım oranının farklılığına, adil yargılanma hakkı ile mülkiyet hakkı konusunda başvuru sayısının çok olmasının da etkisi vardır.

B. HUKUKİ GÜVENLİĞİN ÜÇ UNSURU: HUKUKİ BELİRLİLİK, HUKUKİ İSTİKRAR VE HUKUKİ ÖNGÖRÜLEBİRLİK AÇISINDAN

Teorik kısımda da ifade edildiği üzere, kanunilik incelemesi hukuki güvenlik ilkesinin hem hukuki belirlilik hem de hukuki öngörülebilirlik ilkelerini kapsamına alabilmektedir. Hatta kimi zaman, kanuni dayanağın var olduğu ve hatta gerekli nitelikleri haiz olduğu durumlarda, idari veya yargısal uygulamanın kötü, istikrarsız, belirsiz ve öngörülemez olması da aşağıda görüleceği üzere kanunilik incelemesi bağlamında hukuki güvenlik ilkesini ve bu ilkenin idari uygulama ve mahkeme kararlarında belirlilik ve öngörülebilirlik kısmını kapsamaktadır.

1. Kanunların/Kuralların Belirliliği, İstikrarı ve Öngörülebilirliği

Biz AYM'nin kanunilik içerisinde ele aldığı, kanunun varlığı veya yokluğu, kanunun geçmişe yürür şekilde çıkarılması, kanunun ilan edilmesi ve erişilebilirliği, kanunun açık ve anlaşılır olması ve muğlak hükümler içermemesi, yürütmeye yetki devrine yol açacak derecede genel olmaması, kanunun başka kanunlarla çelişkili/çatışan hükümler içermemesi konularını bu başlık ile doğrudan ilgili görüyoruz. Bilindiği gibi, müdahalenin kanuniliği veya hukukiliği başlığı altında yapılan denetim, bütün sınırlandırılabilir (nispi) haklar için geçerli bir kriterdir. Bu kapsamda aşağıda örnek kararlarla konunun hukuki güvenlik ve alt ilkeleri ile bağı ele alınacaktır.

a. Kanunların/Kuralların Belirliliği

Kanunun ilanı ve duyurulması, kanunun yokluğu ve kanuni dayanağın yetersizliği, kanunun açıklıktan uzak olması, aşırı genel olması veya çelişkili/çatışan hükümler barındırması konularını teorik kısımda da ifade ettiğimiz gibi hukuki güvenlik ilkesinin alt ilkesi olan hukuki belirlilik ilkesi ve bu ilkenin "kuralların/kanunların belirliliği" kapsamında görüyoruz. Aşağıda AYM'nin bireysel başvuru yolunda verdiği kararlarda bu hususu nasıl gördüğü tespit edilmeye çalışılacaktır.

23 Aslında Mahkeme bazı kararlarında hukuki güvenlik ilkesinin bütün haklara şamil bir ilke olduğunu belirtse de, yapmış olduğumuz web taramasında, mülkiyet, adil yargılanma, özel hayata ve aile hayatına saygı ve eğitim hakkı gibi bazı haklar dışında ilkenin kullanılmadığı görülmektedir. Fakat, bu durum hukuki güvenlik ilkesinin uzun vadede diğer haklar açısından da kullanılmayacağı anlamına gelmemektedir (https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Ara?KelimeAra%5B0%5D=hukuki+g%C3%BCvenlik&KelimeAra%5B1%5D=hukuk+g%C3%BCvenli%C4%9Fi&KararBulteni=1&page=2).

Öncelikle Mahkemenin kararlarında, bir konuda kanuni düzenlemenin *şekli anlamda varlığı*, kanunilik denetimi içerisinde ele alınmakta hukuki güvenlik, hukuki belirlilik ve öngörülebilirlik ilkeleri ile ilişkilendirilmektedir. Bizim teorik çerçevede ortaya koyduğumuz sistematik açısından bakıldığında ise 'kanunilik kriteri', hukuki güvenliğin hukuki belirlilik alt ilkesinin "kuralların belirliliği ve öngörülebilirliği" altında görülebilir[24]. Çünkü, özellikle kuralların/kanunların belirliliği, öncelikle bir alanın (konumuz açısından Anayasa'nın 13. maddesindeki kanunla düzenleme emri) hukuki boşluk yaratmayacak şekilde kanunla düzenlenmesini gerektirir. Konuyla ilgili karar örneklerine bakıldığında, Mahkemenin kanunilik denetimi içerisinde ortada konuyu düzenleyen kanuni bir dayanağın olmamasını hukuki güvenlik ile ilgili gördüğü anlaşılmaktadır. Mahkeme genel olarak hukuki güvenlik, belirlilik ve öngörülebilirlik ilkelerinden bahsetse de bunları "hukuk kuralları, mahkeme kararları ve idari uygulama açısından belirlilik ve öngörülebilirlik" şeklinde sistematik bir tasnife tabi tutmamaktadır. Bir kararda Mahkeme, kanunla düzenlenmesi gereken bir hususun genelge ile düzenlenmiş olmasını[25] şu şekilde kanunilik ilkesine aykırı bulmuştur: "2918 sayılı Kanun'da, takograf kullanma zorunluluğundan muaf tutulan '*şehiriçi ve belediye mücavir alanı içerisinde yolcu ve yük nakliyatı yapan*' kişilerin, bu farklı statüye nasıl dâhil olacakları konusunda herhangi bir açık düzenlemeye yer verilmemiştir. Böyle bir hükmün uygulama kabiliyetine sahip olabilmesi ve suiistimallerin önüne geçilebilmesi bakımından, muafiyetin bir işlem veya taahhüde bağlanması mantıki bir gerekliliktir. Ancak 2918 sayılı Kanun'da sözü edilen muafiyet için herhangi bir şekil şartı öngörülmemiş ve ilgilinin yalnızca "*Şehiriçi ve belediye mücavir alanı içerisinde yolcu ve yük nakliyatı yapan*" bir kişi olması yeterli görülmüştür…Buna karşılık, Kanun'da, örneğin, "*yolcu ve yük nakliyatı yapacağını bildirenler*" ve benzeri bir ifade kullanılmış olsa idi, Genelge ile öngörülen ve idari yaptırıma bağlanan yükümlülüklerin bir kanuni dayanağı olduğundan söz edilebilirdi. Oysa Genelge düzenlemesi, Kanun'da yer almayan bir yükümlülüğü ilgililere öngörülemez bir şekilde yükleyerek dolaylı olarak yeni

24 Kanunilik kriteri bu ilkelerle doğrudan ilgili iken, mahkeme karalarında belirlilik, istikrar ve öngörülebilirlik ile ve uygulamada belirlilik, istikrar ve öngörülebilirlikle de dolaylı ilgisi vardır. Bunu 'geniş manada kanunilik yani hukukilik' olarak ifade etmek daha doğrudur.

25 Kararda genelge ile kanunda hangi hususların düzenlendiği şu şekilde açıklanmıştır: "2918 sayılı Kanun'un 31. maddesinin birinci fıkrasına göre, kamyon, çekici ve otobüslerde takograf bulundurulması ve kullanılır durumda olması zorunludur. Aynı fıkranın ikinci cümlesindeki düzenleme ile şehir içi ve belediye mücavir alanı içerisinde yolcu ve yük nakliyatı yapanlar, bu zorunluluktan muaf tutulmuşlardır... Emniyet Genel Müdürlüğü Trafik Uygulama ve Denetleme Daire Başkanlığının Birleştirilmiş Genelgesinde, araç maliki özel ve tüzel kişilerin, tescil işlemleri sırasında şehir içi ve mücavir alanı içerisinde yük ve yolcu taşımacılığı yapacağını yazılı olarak taahhüt etmeleri halinde, bu taahhüde ilişkin ibarenin aracın belge ve bilgisayar kayıtlarına şerh düşüleceği ve bu şerhe rağmen şehir içi ve mücavir alanı dışında yük ve yolcu taşımacılığı yaptığı tespit edilenler hakkında 2918 sayılı Kanun'un 31. maddesi (§ 12) doğrultusunda işlem yapılacağı belirtilmiştir..." (*Karlis A.Ş.*, B. No: 2013/849, 15/4/2014, §§ 36-38).

bir kabahat ihdas[26] etmektedir"[27]. Aynı yönde başka bir başvuruda, başvurucunun başörtülü bir şekilde üniversite eğitimine devam etmesinin engellenmesi de Anayasa'nın 13. maddesi bağlamında şekli anlamda bir kanuni düzenlemenin bulunmadığı, ayrıca mevcut AYM ve AİHM kararları ile idari işlemlerin ise maddi anlamda kesin, öngörülebilir ve erişilebilir bir hukuki dayanak sunmadığı gerekçeleriyle hukuki güvenliğin ve bu kapsamda din hürriyetinin hem de eğitim hakkının ihlali olarak görülmüştür[28].

Mahkeme, AİHM kararlarının da etkisiyle şeklî anlamda kanunun varlığı yanında, maddi anlamda bir kanunda bulunması gereken "erişilebilirlik/ulaşılabilirlik, belirlilik, öngörülebilirlik" gibi niteliklerin varlığını da aramaktadır. Bizim kuralların duyurulması olarak ifade ettiğimiz şeyi, Mahkeme kimi zaman erişilebilirlik veya ulaşılabilirlik olarak ifade etmektedir. Bir kararında bu bağlamda "ulaşılabilirlik" şeklinde başlık açarak, Resmî Gazete'de yayımlanan kanunun bu niteliği haiz olduğu sonucuna varmıştır[29].

Kanunun maddi anlamda varlığı ise o kanunun açıklık, geçmişe yürümezlik, duyurulma (erişilebilirlik) gibi nitelikleri haiz olmasıdır[30]. Bu kapsamda, söz konusu niteliklerin kimisi hukuki belirlilik ile ilgili kimisi ise hukuki öngörülebilirlik ile ilgilidir. AYM'nin bireysel başvuru kararlarında, bir kanuni düzenlemede mevcut olan belirsizlik nedeni ile uygulamada ortaya çıkan tutarsız ve öngörülemez durumların da kanunilik ölçütünü taşımadığı sonucuna varılmaktadır. Mahkeme kanunilik içerisinde ele aldığı bu hususu gerekçelendirirken, norm denetimi yolunda olduğu gibi hukuk devleti, hukuki güvenlik ve bu ilke bağlamında belirlilik ilkelerine atıf yapmaktadır. Gerçekten de bir kanuni düzenlemenin anlaşılmaz ve muğlak olması, bireylerin ve uygulayıcıların davranışlarına rehberlik etmesine engel teşkil edeceği

26 Mahkeme söz konusu kabahatin nasıl ihdas edildiğini biraz daha detaylandırarak açıklığa kavuşturmuştur: "Zira, asıl kabahat eylemi '*takografın kullanılır durumda bulundurulmaması*' olup, Kanun hükmüne göre istisnası, şehir içi ve belediye mücavir alanı içinde yük ve yolcu nakliyatı yapıyor olmaktır. Genelge, Kanun'da olmadığı halde bu istisnanın istisnası olarak '*Şehir içi ve belediye mücavir alanlarında çalıştığını beyan etmeme ve durumu tescil belgelerine işletmeme*' halinde, ilgili kişinin, muafiyetten yararlanamayacağını ve fiilen Kanun'daki istisna kapsamında olsa dahi Genelge hükmüne uygun işlem yapmaması nedeniyle idari para cezası ile cezalandırılmasını öngörmektedir" (*Karlis A.Ş.*, § 42).

27 *Karlis A.Ş.*, §§ 36-42. Bkz. aynı yönde "...mevzuatta açık bir düzenleme olmaksızın bir idari işlem ile ...temel hak ve özgürlüklere müdahale edilmesi" de bu kıstas kapsamındadır (*Ahmet Erol*, B. No: 2019/2940, 20/7/2023, § 45; *Torsan Orman San. ve Tic. Ltd. Şti.*, B. No: 2014/13677, 20/9/2017, § 74 vd.).

28 *Sara Akgül* [GK], B. No: 2015/269, 22/11/2018, §§ 109-126.

29 *Leyla Yücel*, B. No: 2017/31861, 21/4/2021, § 54.

30 Konuyla ilgili şekli anlamda kanun bulunmuyor ve Anayasa hükümleri konuyu belirli bir ayrıntı ile düzenlemiş ise, Anayasa'nın sözü de şekli anlamda kanunilik ölçütünü taşıyabilmektedir. Fakat şekli anlamda kanun niteliğini taşısa da, belirlilik ve öngörülebilirlik gibi maddi anlamda kanunda bulunması gereken niteliklere sahip olmayabilir (Bkz. konuyla ilgili bir kararda AYM'nin görüşü için *Ersin Basın ve Yayıncılık San. ve Tic. Ltd. Şti. ve diğerleri*, B. No: 2016/54096, 30/6/2021, § 69 vd.).

için hukuki güvenlik ilkesinin bir alt ilkesi olan hukuk kuralları açısından belirlilik ilkesini ihlal eder. Örneğin AYM bir kararında, 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda "temyiz süresinin tefhimle başladığı ve fakat gerekçeli kararın henüz açıklanmamış olması nedeniyle, davanın ilgili tarafının temyiz gerekçelerinin ortaya koyamadığı durumlarda, nasıl bir yol izleneceğinin açıkça düzenlenmemiş olması" belirsiz ve öngörülemez olarak görülmüş ve müdahalenin kanuni olmadığı sonucuna varılmıştır[31]. Bazen bir kural yapıldığı zaman belirli ve anlaşılabilirken, daha sonra yapılan değişiklikler veya AYM'nin "yorumlu iptal (... yönünden iptal) kararları nedeniyle de belirsiz hale gelebilmektedir. Buna en tipik örnek, Türk Ceza Kanunu'nun 53. maddesinin kısmen iptalidir. İptal sonrası hüküm hukuki belirsizlikle maluldür ve hükmün kapsamını anlamak uzmanlığın ötesinde bir gayret gerektirmektedir[32].

Yine kuralların belirliliği ile ilgili diğer bir husus da konuyu düzenleyen kanun veya mevzuatın birbiri ile çelişen hükümler barındırmasıdır. Eğer aynı düzenleyici işlem içerisinde birden fazla hüküm, belirli bir davranışa farklı hukuki sonuçlar bağlıyorsa, burada kuralların çatışması söz konusudur. Çatışan hükümlerin varlığı ise hukuki güvensizliğe ve bu bağlamda kanuni dayanağın belirsizliğine yol açar. Norm denetimi yolunda verdiği bir kararında AYM, aynı konunun farklı maddelerde farklı şekillerde düzenlenmesini hukuki belirlilik ve hukuki güvenlik ilkelerine aykırı görmüştür: "Kanun'da, lisans sahipleri için öngörülen yükümlülükler ile bu yükümlülüklerin yerine getirilmemesi durumunda uygulanacak yaptırımların hiçbir kuşkuya yer bırakmayacak biçimde açık ve anlaşılır şekilde düzenlenmesi ...lisans sahiplerinin ...hangi yaptırımla karşılaşacağını önceden öngörebilmelerini dolayısıyla kişilerin hukuk güvenliğini de güvence altına almaktadır... Lisans sahipleri için getirilen zorunlu sigorta yükümlülüğünün Kanun'da iki ayrı maddede düzenlenmesi ve bu maddelere aykırılığın farklı miktarlarda idari para cezası ile cezalandırılması ...hukuki güvenlik ve belirlilik ilkeleri ile suçta ve cezada kanunilik ilkelerine aykırılık oluşturmaktadır"[33].

31 *Bubo Çelik*, B. No: 2013/3954, 26/2/2015.

32 Bkz. örneğin iptal kararının hüküm kısmında bu husus şu şekilde ifade edilmiştir: Kanunun 53. maddesinin "(1) numaralı fıkrasında yer alan *"Kişi, kasten işlemiş olduğu suçtan dolayı hapis cezasına mahkûmiyetin kanuni sonucu olarak;."* bölümünün, fıkranın (b) bendinde yer alan *".seçilme ehliyetinden."* ibaresi yönünden" iptaline karar verilmiştir (AYM, E.2014/140, K.2015/85, 8/10/2015).

33 AYM, E.2017/129, K.2018/6, 18/1/2018, §§ 31-32. Hukuk literatüründe bu durum gerçek çatışma olarak adlandırılmakta, önceki-sonraki kural, özel-genel kural veya üst-alt kural ilişkisi ile çözülebilen görünüşte çatışmadan farklı olarak, aralarında gerçek çatışma olan kuralların birbirini nakzederek geçersiz hale getirmesi nedeniyle kural hiç yokmuş gibi hukuki boşluk doğacağı savunulmaktadır (Gözler, K. (2017). *Hukuka Giriş*, Bursa: Ekin Yayınevi, s. 371). Kanaatimizce özel hukukta hukuki boşluk doğacağı anlayışı daha doğru ise de, kamu hukukunda idari, vergisel veya cezai kurallar gerçek çatışma içinde ise lehe olanı uygulamak daha yerindedir.

Kimi zaman ise hâkimin var olan kurallar arasında yanlış bir kuralı uygulaması da kanunilik ve hukuki güvenlik ilkesi ile ilişkili görülmüştür. Bir başvuruda, KHK ile silah ruhsatı iptal edilen sanığın silahının yerel mahkemece müsadere veya iadesine dair herhangi bir karar verilmeden, Tahsise İlişkin Yönetmelik kapsamında silahlarının tahsis komisyonuna gönderilmesine karar verilmesi kanunilik ilkesine aykırı görülmüştür. Olayda silah ruhsatının iptali işleminin kanuni dayanağı KHK'dır. Buna karşılık, KHK ile silah ruhsatlarının iptali sonrasında, yerel mahkemenin Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Yönetmelik'in bu gibi silahların satışını veya hibesini öngören hükümleri yerine "müsadere veya iade kararına bağlı olarak uygulanabilecek olan Tahsise İlişkin Yönetmelik'i uygulaması" hatalı kuralı uyguladığını göstermektedir. Kısacası, yapılan bu hatalı uygulama işlemin kanuni dayanağını ortadan kaldırmıştır. Mahkeme kararın bir kısmında, konunun hukuki güvenlik ve alt ilkeleri ile ilişkisini *"Kanunun varlığı kadar kanun metninin ve uygulamasının da bireylerin davranışlarının sonucunu öngörebileceği kadar hukuki belirlilik taşıması gerekir"* diyerek açıklığa kavuşturmuştur[34]. Başka bir olayda, sadece yönetici olan öğretmenlere uygulanması gereken KHK'nın henüz yönetici (müdür yardımcısı) olmayan öğretmen için de uygulanarak, kişinin görevine son verilmesi kanuni dayanaktan yoksun bulunarak hukuki güvenliğe aykırı görülmüştür[35]. AYM bireysel başvuru yolunda verdiği kararlarda, mahkemenin veya idari uygulayıcının önündeki davada hatalı kuralı uygulamasını, kanunilik kriterine ve hukuki güvenliğe aykırı olarak görmüştür. Kimi zaman, söz konusu hatalı uygulamayı hukuki belirlilik ve öngörülebilirlikle de ilişkilendirmiştir. Fakat, kendi teorimiz açısından baktığımızda, aslında ortaya çıkan hukuki güvensizlik kanuni düzenlemeden kaynaklanmamaktadır. Bu nedenle doğrudan kanunilik ile ilgili değildir. Belki, daha geniş bir şekilde "hukukilik" olarak ifade edilebilirse mahkemenin veya idarenin hatalı kanunu uygulaması bu kriter altına sokulabilir. Esasında, buradaki hukuki öngörülemezlik, mahkeme veya idare kaynaklıdır. Bu nedenle yargısal veya idari uygulamanın "kuraldaki öngörülebilirliği" ortadan kaldırdığı veya zayıflattığı söylenebilir. Kısacası kanundan saptığı için mahkeme kararı veya idari uygulama "öngörülemezlikle maluldür".

Yine bazı durumlarda ise var olan kanuni düzenlemeye açıkça aykırı olan bir mahkeme kararı veya idari uygulama da hukuki güvenliği ihlal eden bir durum olarak görülmüştür. Örnek olayda, 3.000 liralık para sınırını aştığı hâlde, yerel hâkimin idari yaptırıma karşı açılan davada itiraz yolunu engeller şekilde "kesin olarak hüküm vermesi", ilgili kanundaki itiraz yolu sınırını belirleyen hükme açıkça aykırı görülmüştür[36]. Bu durum da dar anlamda kanu-

34 *Bülent Canoğlu*, B. No: 2019/11051, 24/5/2023, § 45 vd.
35 *Ramazan Sümer (2)*, B. No: 2018/15873, 2/5/2023, § 41 vd.
36 *Güldane Tunçel*, B. No: 2019/36106, 3/5/2023, § 23 vd.

nilik kriteri değil geniş manada hukukilik kriteri içerisinde görülebilir. Aslında burada hukuki güvensizliğe ve öngörülemezliğe bizzat idare veya mahkeme neden olmaktadır. O nedenle, kuralların belirliliği ve öngörülebilirliğinde sorunlu bir yan bulunmamakta, bilakis, kural idare veya mahkeme tarafından ihlal veya ihmal edilmektedir. Yani idari veya yargısal uygulamanın öngörülemezliği söz konusudur ki aşağıda ayrı başlıklar olarak ele alınacaktır.

b. Kanunların/Kuralların İstikrarı

Kanunların, daha geniş manada kuralların istikrarı, onların çok sık değiştirilmemesini ifade eder. Kurallarda istikrar, sabitliği ifade etmediği gibi öngörülemeyecek derece sık değişimi de dışlar. Fakat makul seviyede istikrar, düzenlenen konu, düzenleyen normun türü vb. şartlara göre değişiklik arz edebilir. AYM, bireysel başvuru ve norm denetimi yolunda zaman zaman hukuki istikrardan bahsetse de kuralların davranışları ayarlayamayacak ve öngörülemeyecek derecede sık değişimini, hukuki istikrar ve hukuki güvenlik ilkesi bağlamında bir değerlendirmeye tabi tutmamıştır. Buna karşılık, genel olarak hukuki istikrar tabirini ve bu bağlamda hukuki güvenlik ilkesini "zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerin varlığı"[37], "davada müddeabihin ıslah yoluyla artırılmasına dair sınırlar"[38], "kanun yolları ile ilgili parasal, zamansal ve benzeri sınırlar koyarak mahkemelerin gereksiz yere meşgul edilmesini önlemek"[39], "husumete dair bazı şartlar ve kısıtlamaların varlığı"[40] ve özellikle mahkemeye erişim hakkını ilgilendiren "dava açma veya yargılama süreci ile ilgili getirilen sınırlandırmalar"[41] bağlamında kullanmıştır.

Mahkeme belirttiğimiz gibi, kurallar açısından istikrarı bireysel başvuru yolunda özel bir ihlal sebebi olarak görerek incelemeye konu etmemiştir. Buna karşılık biz kendi sistematiğimiz açısından kurallarda istikrarla ilgili gördüğümüz bir karara burada yer vermek istiyoruz. Bireysel başvuruya konu bir olayda, başvurucunun işyerine ait "aylık orta prim ve hizmet belgeleri ile sigorta prim bordrolarının bir aylık yasal süre içinde" ve "defter ve belgelerin on beş günlük süre içinde" Sosyal Güvenlik Kurumuna ibraz edilmediği gerekçesiyle SGK'ca idari para cezası verilmiştir. İlgili, para cezalarına karşı sulh ceza mahkemesine itiraz etmiş ise de dava süre yönünden

37 *İbrahim Can Kişi*, B. No: 2012/1052, 23/7/2014, § 41; *Feride Gökvardar*, B. No: 2016/72747, 2/12/2020, § 57 vd. İdarenin işlemlerine karşı da dava açma süresi getirilerek hukuki istikrar ve hukuki güvenlik amaçlandığı görülmektedir (*Embiya Usta*, B. No: 2018/29381, 15/6/2021, § 39 vd.). Bireysel başvuruda süre şartının varlığı da bu kapsamda değerlendirilmiştir (*Haticenur Uysal*, B. No: 2018/27866, 20/10/2020, § 24; *Yasin Tınaz*, B. No: 2021/14698, 15/6/2022).

38 *Elif Mutlu ve Ferhat Mutlu*, B. No: 2013/3711, 7/1/2016, § 92 vd; *Muhsin Karaca*, B. No: 2014/2211, 9/6/2016, § 56 vd.

39 *Mustafa Doğan*, B. No: 2014/1836, 28/9/2016, § 94 vd.; *İbrahim Yılmaz*, B. No: 2014/19756, 19/7/2017, §§ 47-53; *Gülcan Tekindor*, B. No: 2014/18578, 5/7/2017; *Şeyma Kayaoğlu*, B. No: 2014/5491, 5/7/2017, § 60.

40 *Serkan Ayaltı ve diğerleri*, B. No: 2017/26446, 29/12/2021, § 32 vd.

41 *Merge Polat*, B. No: 2018/26121, 28/1/2021, § 45 vd.

reddedilmiş ve akabinde sulh ceza mahkemesinin kararına karşı ağır ceza mahkemesine itiraz etmiştir. Ağır ceza mahkemesi, ilgilinin süresi içerisinde Kuruma dilekçeyle itiraz etmesinin süreyi durdurduğu gerekçesiyle sulh ceza mahkemesinin hükmünü "kesin olarak" kaldırmıştır[42]. Bunun üzerine, ödemiş olduğu idari cezaları geri almak için icra dairesi vasıtasıyla gönderilen ödeme emrine itiraz edilmiş, itirazın kaldırılması için sulh mahkemesinde iptal davası açmış ve bu mahkeme davaya bakmaya iş mahkemesinin görevli olduğu gerekçesiyle görevsizlik kararı vermiştir. Görevli iş mahkemesi ise, itirazın iptaline karar vermiştir. İş mahkemesinin kararının temyizi üzerine, Yargıtay, başvurucunun sulh ceza mahkemesi kararına yaptığı itirazı kaldıran ağır ceza mahkemesi kararının "yoklukla malul olduğunu" belirtmiş ve aynı zamanda hukuka aykırı gördüğü iş mahkemesinin kararını bozmuştur. İş mahkemesi bozmaya uyarak süreci sonlandırmış ve para cezalarının iadesi mümkün olmamıştır[43]. Bu uzun özetten sonra konuya hukuki güvenlik açısından yaklaşırsak, aslında birçok hukuki güvensizlik meselesi olduğu göze çarpmaktadır. Çünkü bu gibi cezalara karşı görevli yargı yerinin ve mahkemenin neresi olduğu noktasında, 6 farklı kanuni değişiklik ve iki ayrı iptal kararı söz konusu olmuştur[44]. Bu durum hukuk kuralları açısından açık bir istikrarsızlığı göstermektedir. Zira bu kadar sık değişen bir kuralın bireylere ve uygulayıcılara rehberlik etmesi mümkün olamayacağı gibi farklı kişilere farklı muamelelerle eşitsizliğe de sebep olabilir.

c. Kanunların/Kuralların Öngörülebilirliği

Teorik kısımda yer verildiği gibi hukuki öngörülebilirliğin kurallar, uygulama ve mahkeme kararları açısından üç görünümü vardır ve bu başlıkta kurallar açısından öngörülebilirlik ele alınacaktır. AYM'nin aşağıdaki kararları bu çerçevede incelemeye tabi tutulacaktır.

Örneğin kurallarda öngörülebilirliğin en önemli görünümü olan haklı beklentinin korunması meselesini AYM, çok büyük oranda mülkiyet hakkı kapsamında ve özellikle kanunilik kriterinin sağlanıp sağlanmadığı noktasında ele almıştır. Buradaki haklı beklenti ile mülkiyet hakkı içerisinde beklenen bir mülkiyetin (alacağın veya yararın) varlığı meselesi birbiri ile karıştırılmamalıdır. Mevcut kanunlara ve yerleşmiş içtihatlara göre kişinin gelecekte elde

42 *Remzi Saldıray*, B. No: 2016/2377, 24/2/2021, §§ 7-61.

43 *Remzi Saldıray*, §§ 7-61.

44 Olayda, uygulanabilir vaziyette çok çeşitli kanunlar (30/3/2005 tarihli 5326 sayılı Kabahatler Kanunu, 4/12/2004 tarihli 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu) olduğu gibi, uygulamanın dayandığı temel kanun olarak 506 Sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu, 6.5.1993 tarihli ve 3910 sayılı Kanun ile değiştirilmiş ve bu değişiklik Anayasa Mahkemesinin (E.2001/225, K.2002/88, 8/10/2001) kararıyla iptal edilmiştir. Ayrıca söz konusu 506 sayılı Kanun 8/2/2006 tarihli ve 5454 sayılı Kanun ile tekrar değiştirilmiş ve bu değişiklik, Anayasa Mahkemesinin (E.2006/75, K.2006/99, 4/10/2006) kararıyla iptal edilmiştir. Son olarak, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu, 9/5/2007 tarihli 5655 sayılı Kanun ile tekrar değiştirilmiştir (*Remzi Saldıray*, §§ 51-56).

etme ihtimali yüksek olan bazı menfaatler ve alacaklar da mülkiyet hakkının koruma alanına dâhil edilmekte ve buna mülkiyet hakkı kapsamında "meşru beklenti" denmektedir[45]. Oysa haklı beklenti, bir kimsenin teorik kısımda ortaya koyduğumuz şartlar dâhilinde bütün haklar ile ilgili korunabilecek meşru beklentileridir. Özellikle sonraki bir kanuni düzenlemenin önceden oluşturulmuş beklentiyi korumaması bir hakka müdahale niteliğindeyse, bu durum bireysel başvuruda bütün haklar bakımından nazara alınabilecektir. Kısacası mülkiyet hakkı kapsamındaki meşru beklenti geleceğe yönelik beklenen bir menfaat iken, bütün hakları kapsayan ve hukuki güvenlik ile ilgili olan haklı beklenti ise mevcut bir hukuki durumun süreceğine olan güven ve beklentinin korunmasıdır. Örnek vermek gerekirse bir başvuruda başvurucu, 2547 sayılı Kanun'un 50/d maddesi kapsamında çalışırken doktorasını tamamlaması sonrasında kadrosunun 33/a maddesine geçirilmesini talep etmiştir. Talebi, idarece ve idare mahkemelerince reddedilmiş ve bu kararlar Danıştayca onanmıştır. Başvurucu, AYM'ye mülkiyet hakkının ihlal edildiği iddiasıyla başvurmuş, bu kapsamda gelecekte ödenecek olan maaşlarının ödenmemesinin bu hak kapsamında değerlendirilmesini istemiştir. AYM, ortada kanunlara ve yerleşmiş yargısal içtihatlara dayanılarak oluşturulmuş ve gerçekleşmesi yüksek bir alacak (meşru) beklentisi olmadığına karar vermiştir[46]. Bu olayı haklı beklenti mevzuuna uyarlarsak, sonradan çıkarılan bir kanunla 50/d kadrosu uygulamasının tamamen kaldırıldığını varsaydığımızda, bu kadroda bulunanlar açısından kimi kazanılmış haklar ve haklı beklentiler olabilir. Bu kimselerin lisansüstü öğrenimlerinin sonuna kadar bu kadroda kalmaları kazanılmış hak kapsamında iken, yeni çıkan kanunla 50/d kadrosu kaldırılmasına rağmen, aynı kimselerin 50/d'den 33/a'ya geçirilmesine dair yerleşmiş bir idari uygulama varsa, bu uygulamadan yararlanarak 33/a maddesine geçme beklentileri de haklı beklenti olarak kabul edilebilir. Görüldüğü üzere, haklı beklenti veya kazanılmış hakları etkileyen bir kural, kurallar açısından öngörülebilirliği olumsuz etkileyebilmektedir.

AYM bireysel başvuru yolunda verdiği kararlarda, kimi zaman hukuki güvenlikle ve bu bağlamda öngörülebilirlik ve belirlilik ile bağını kurarak,

45 *Ayhan Doğruöz*, B. No: 2020/7581, 6/9/2023, §§ 28-29. Örneğin bir başvuruda başvurucu, 2547 sayılı Kanunun 50/d maddesi kapsamında çalışırken, doktorasını tamamlaması sonrasında kadrosunun 33/a maddesine geçirilmesini talep etmiştir. Talebi idarece ve idare mahkemelerince reddedilmiş ve bu kararlar Danıştayca onanmıştır. AYM'ye mülkiyet hakkın ihlal edildiği iddiasıyla başvurmuş, gelecekte ödenecek olan maaşlarının ödenmemesinin bu hak kapsamında değerlendirilmesini istemiştir. AYM haklı olarak, ortada kanunlara ve yerleşmiş yargısal içtihatlara dayanılarak oluşturulmuş ve gerçekleşmesi yüksek bir alacak beklentisi olmadığına karar vermiştir (*Zeynel Temel Kangal*, B. No: 2013/5049, 28/5/2014, §§ 27-28).

46 Mahkemenin genel uygulamasına bakıldığında, eğer, 50/d kadrosundan 33/a'ya geçirilmeyenlerin gelecekteki maaşlarının ödenmesi konusunda yargı kararları ile istikrarlı bir uygulama oluşturulmuş olsaydı, başvurucunun beklentisi mülkiyet hakkı kapsamında incelemeye konu olabileceği söylenebilirdi.

kanunların geçmişe yürür bir şekilde çıkarılmasını ve uygulanmasını incelemiştir. Özellikle haklı beklentiler ve kazanılmış haklara yönelik müdahaleler, kuralların zaman bakımından etkisi ile de yakından ilgili görülmüştür. Bu minvalde, ceza ve kabahatler hukukunda, infazı bitmemiş olan suç ve kabahatler açısından lehe olan kanunun geçmişe yürütülmemesi de hukuki güvenlik kapsamında Mahkemece kanunilik ilkesine aykırı görülmüştür[47].

Kanunun geçmişe yürütülerek mülkiyet hakkının sınırlandırılması, kimi zaman haklı beklentileri zedeleyebilmektedir. Bu durumda Mahkeme, geçmişe yürür bir hukuk kuralı ile yaratılan hukuki öngörülemezliğin, bireyin hakkına ağır ve katlanılamaz bir yük yüklemiyorsa hoş görülebileceği ve haklı beklentinin korunmayabileceği sonucuna varmaktadır. Mahkemenin haklı beklentiyi ve bu bağlamda hukuki güvenlik ilkesi ve onun alt ilkeleri ile ilişkisini değerlendirdiği öncü kararlardan bir tanesine burada yer vermek istiyoruz. Bir kararda[48], başvurucular Vakıflar Bankası Yardım Sandığından emekli olmuşlar ve emekli aylıklarında yapılan artışın 506 sayılı mülga Sosyal Sigortalar Kanunu'nun geçici 20. maddesinde belirtilen asgari standart esasına uygun olmadığı gerekçesiyle dava açmışlardır. Çeşitli yargı kararlarında, bu esasın ne olduğu ve artışın nasıl hesaplanacağı konusunda içtihat istikrarsızlığı oluştuğu için Hukuk Genel Kurulu, bu asgari artış (standart-alt sınır) oluşturulurken SGK'dan emekli olanların yaşlılık aylıklarına yapılan artış oranı ile kıyaslama yapılarak sonuca varılması gerektiği şeklinde genel içtihat geliştirmiştir. Bu içtihadın sonrasında, 2011 yılında çıkarılan 6111 sayılı Kanun ile 506 sayılı Kanun'un 20. maddesine asgari standartın (alt sınırın) açıklığa kavuşturulması için "muadil miktar karşılaştırması" eklenmiş ve bu hesaplamanın devam eden davalarda ve hükmün yürürlüğe girdiği tarihten önceki artışlarda da uygulanacağı öngörülmüştür. AYM, söz konusu kanun hükmünü

47 *Mahmut Manbaki*, B. No: 2012/731, 15/10/2014, § 44.

48 *Ülkü Tunca ve diğerleri*, B. No: 2012/928, 11/12/2014. Bkz. benzer yönde değerlendirme yaptığı başka bir kararın konuyla ilgili özeti şu şekildedir: "… 25/2/2011 tarihinde yürürlüğe giren 6111 sayılı Kanun'un 53. maddesi ile 506 sayılı Kanun'un geçici 20. maddesine eklenen beşinci fıkranın dördüncü cümlesinde, yardım sandıklarından emekli olanlara yapılacak yardımlar ve dolayısıyla emekli aylıklarındaki artışlar bakımından alt sınırın muadil miktar karşılaştırması esas alınarak belirleneceği ve bu düzenlemenin Kanun'un yürürlüğe girmesinden önceki artışlar ve görülmekte olan davalarda da uygulanacağı kurala bağlanmıştır… Meşru beklenti kategorisinde yer alan hukuksal çıkarların büyük bir kısmına temel olan hukuki güvenlik ve bu ilkenin gerekleri olan öngörülebilirlik ve belirlilik unsurları, kişiye hakka sahip olacağı noktasında objektif olarak makul nedenler sağlayacağı için, öngörülebilirlik niteliğini taşımayan geriye yürür nitelikte hukuki işlemler, lehe olan kararlara ya da işlemlere dayanan meşru beklentilere açık bir müdahale oluşturacaktır… Meşru beklentiye yönelik müdahale oluşturan düzenlemenin, meşru kabul edilebilmesi bakımından, kamu yararını gerçekleştirme amacını taşıması ve müdahale sonucunda ortaya çıkan yeni durumun ve bozulan yararlar dengesinin, birey açısından tahammül edilemez bir boyuta ulaşmaması gerekir… zorlayıcı nitelikte kamu yararı amacına dayanan düzenlemenin, başvurucuyu ağır ve tahammül edilemez bir yük altına sokmadığı, müdahalenin amacı ile başvurucuya yüklenen külfetin orantılı olduğu sonucuna varılmıştır" (*Zekiye Şanlı*, B. No: 2012/931, 26/6/2014, §§ 56-57, 59, 62).

norm denetimi yolunda[49] da incelemiş ve kanunilik kriteri açısından büyük oranda bireysel başvurudaki ile aynı sonuca varmıştır. Bu kapsamda her iki kararda da özetle, ilgili kanunun geçmişe yürütülmesinin kazanılmış hakları ortadan kaldırmadığı, mevcut davada kazanılmış haklardan değil haklı beklentilerden bahsedilebileceği, hukuki güvenlik ve öngörülebilirlik ilkeleri ile ilgili olan haklı beklentilerin korunup korunmamasının yasamanın takdirinde olduğu, somut olayda haklı beklentinin korunmamasının bireysel hakka müdahale niteliğinde olduğu ancak bu müdahalenin korunan kamusal yarar karşısında aşırı ve dengesiz bir yük getirmediği gerekçeleriyle mülkiyet hakkının ihlal edilmediği sonucuna varılmıştır. Yukarıdaki kararı kısaca konumuz açısından değerlendirmek gerekirse, bir kanunun geçmişe yürütülmesi, ister kazanılmış hakları etkilesin isterse haklı beklentileri, hukuki güvenlik ve bu bağlamda hukuki öngörülebilirlik ilkeleri ile doğrudan bağlantılıdır[50]. Başlığımız olan "kanunların/kuralların öngörülebilirliği" açısından bakıldığında, 6111 sayılı Kanun ile getirilen yeni kriterin sandık üyelerini etkilemesi kazanılmış hak teşkil etmese de haklı beklenti kapsamındadır. Bu beklentinin korunup korunmayacağı, tamamen yasamanın takdirinde değildir. Eğer teorik kısımda ele aldığımız şartlar varsa[51], hukuk devletinde haklı beklentiler korunmalıdır. Bu şartların en önemlisi AYM'nin kararında da belirtildiği gibi, diğerleri yanında kamu için büyük bir zarara yol açmamasıdır. Sosyal güvenlik sisteminde aktüeryal dengenin sağlanmasında kamu yararı vardır ve meşru bir amaçtır. Somut olay açısından, yeni getirilen muadil miktar esası emekli aylığını bütünüyle ortadan kaldırmadığı sadece eski artış oranına göre göreceli bir düşüş getirdiği nazara alındığında, mahkemenin kararının yerinde olduğu ve haklı beklentilerin korunmayacağı sonucuna varılabilir. Sonuç olarak AYM'nin bu kararda, belirli durumlarda kuralın geriye yürütülmesiyle haklı beklentileri olumsuz etkileyen ve bu nedenle öngörülemez olan kuralın doğurduğu hukuki güvensizlik ile kamu yararının çatışabileceği, söz konusu hukuki güvensizlik ile bir hakka verilen zararın, kamu yararı karşısında katlanılabilecek derecede olması halinde bu hukuki güvensizliğin Anayasaya uygun olabileceği sonucuna vardığı söylenebilir.

49 AYM, E.2011/42, K.2013/60, 9/5/2013, başlık B.

50 Bkz. Mahkemenin benzer yönde tespiti şu şekildedir: "Meşru beklenti kategorisinde yer alan hukuksal çıkarların büyük bir kısmına temel olan hukuki güvenlik ve bu ilkenin gerekleri olan öngörülebilirlik ve belirlilik unsurları, kişiye hakka sahip olacağı noktasında objektif olarak makul nedenler sağlayacağı için, öngörülebilirlik niteliğini taşımayan geriye yürür nitelikte hukuki işlemler, lehe olan kararlara ya da işlemlere dayanan meşru beklentilere açık bir müdahale oluşturacaktır. Bu müdahalenin haklılığı ise, ancak yukarıda yer verilen sınırlama ve güvence ölçütlerine riayetle sağlanabilir" (*Ülkü Tunca ve diğerleri*, § 58).

51 a) "uyarlanma ilkesi" kapsamında idarenin takdir yetkisini bütünüyle ortadan kaldırmamalı, b) ilgili kişi haklı olarak beklediği şeye, statü olarak uygun olmalı veya statüye dâhil olmalı, c) haklı beklentinin konusu başka kimselere veya kamuya büyük bir zarar vermemeli, d) beklenen durum belirli bir öneme sahip olmalı, e) beklenti mevcut hukuka açıkça aykırı olmamalı (Köküsarı, İ. (2015). s. 162 vd.).

Mahkeme yukarıdaki *Ülkü Tunca ve diğerleri* kararında, adil yargılanma hakkının ihlal edilip edilmediğini değerlendirdiği kısımda, sonradan çıkarılan kanunun devam eden davalarda uygulanması yoluyla, davacılar için silahların eşitliği ilkesine aykırı olarak öngörülemez bir durum yaratıldığı kanaatine varmıştır. Bu kapsamda AYM, başvuruculların ilk dava açtıkları tarihlerde Hukuk Genel Kurulu kararı doğrultusunda SGK'dan emekli olanlara yapılan yaşlılık aylığı artış oranı kapsamında yeni getirilen muadil miktar esasına kıyasen daha fazla ödeme yapıldığı ve mevcut içtihatlara göre davayı kazanma ihtimallerinin de yüksek olduğu tespitini yaparak, adil yargılanma hakkının ihlali sonucuna varmıştır. Kararın adil yargılanma ile ilgili kısmı ise daha ziyade bizim mahkeme kararlarının öngörülebilirliği başlığımız ile ilgilidir. Zira süren bir davadaki taraf dengesi (silahların eşitliği) mahkeme kararının sonucunu öngöremeyecek şekilde değişikliğe uğratılmıştır. Sonuç olarak kuralın sebep olduğu öngörülemezlik mahkeme kararını da öngörülemez kılmıştır.

2. Uygulamanın Belirliliği, İstikrarı ve Öngörülebilirliği

Mahkemenin kararlarında böyle bir başlık olmasa da çoğunlukla kanunilik incelemesi içerisinde idari uygulamanın kanundaki belirsizliği gidermemesi veya idarenin kanundaki şartları taşımayacak derecede belirsiz, istikrarsız ve öngörülemez uygulama yapması kimi zaman ise meşru amaç veya ölçülülük incelemesi içerisinde idarenin sınırlandırmanın haklılığını somut, ilgili ve yeterli verilerle ortaya koymaması nedeniyle ihlale karar vermesi, hukuki güvenlik ilkesinin bu alt başlığı altında incelemeye uygun düşmektedir.

a. Uygulamanın Belirliliği

İdarenin bir kuralı uygulamasından doğan belirsizlikler de kimi zaman hukuki güvenliğin ve bu bağlamda belirli bir hakkın ihlaline yol açabilmektedir. AYM'nin kararlarından hareketle, genel hatlarıyla idarenin belirsizliğe yol açan işlem ve eylemlerini "hatalı kanunu uygulama", "kanuna dayanmama" ve "idari uygulamanın hukuki güvenliğe aykırı olması nedeniyle kanundaki şartları taşımaması" gibi terimlerle ifade edebiliriz. Ayrıca idari işlemin yeterli, ikna edici ve objektif gerekçesinin olmaması da haklı olarak Mahkemece hukuki belirlilik bağlamında ele alınmıştır. Fakat uygulamada belirlilik gibi bir ayrım yapılmamıştır. Bizim teorik kısımdaki açıklama ve sistematiğimiz açısından uygulamada belirliliği ilgilendiren konular, mahkemenin kararlarına pek fazla yansımamıştır. Aşağıda ulaştığımız bir örneğe yer vermek istiyoruz.

Bir başvuruda, işveren ile işçi arasındaki güven ilişkisinin bozulması nedeniyle gerçekleştirilen sözleşme fesihlerinin, belirsizlik ve öngörülemezlik nedeniyle 'uygulamada' hukuki güvenliğe aykırı olduğu için ihlal tespiti

yapılan birçok karar vardır[52]. Bu bağlamda "şüphe feshi" olarak adlandırılan bu gibi fesih hallerinde tam bir ispat gerekmese de "İşçinin kişiliğinden kaynaklanan bir sebebe dayanması, bu sebebin de ciddi, önemli ve somut nitelikte objektif olay ve vakıalar ile desteklenmesi gerekmektedir"[53]. Aksi hâlde Mahkeme, yeterli dayanak olmadan keyfî bir şekilde yapılan feshin belirsiz ve öngörülemez olduğu kanaatiyle hakkın ihlali sonucuna varmaktadır.

b. Uygulamanın İstikrarı

İdari uygulamanın istikrarı, idarenin yerleşmiş uygulamalarını terk ederek, değişken, öngörülemez ve tutarsız bir şekilde hareket etmemesidir. Kural olarak idare uzun süre devam ettirdiği yerleşik bir uygulamadan kamu düzeni, kamu yararı vb. sebeplerle vazgeçerek yeni bir uygulamaya geçebilir. İdarenin yerleşmiş/istikrarlı ve fakat hukuka aykırı bir uygulamadan vazgeçerek yeni ve hukuka uygun bir uygulamaya geçip geçemeyeceği ile yerleşik olmayan ve sehven yapılmış bir uygulamayı/işlemi ne zamana kadar geri alabileceği kanaatimizce bu başlık altında ele alınabilecek konulardandır[54]. Dolayısıyla da hukuki güvenliğin uygulamaya dair bir görünümüdür.

Yukarıdaki açıklananlardan hareketle konuyla ilgili AYM'nin bireysel başvuru yolunda verdiği kararları analiz etmek istiyoruz. Bu kapsamda bir kararda, emekli olan başvurucuya 3000 ek gösterge yerine sehven 3600 ek gösterge üzerinden emekli aylığı ödenmesi değerlendirilmiş, sonuçta mülkiyet ile adil yargılanma hakkının ihlali olmadığı sonucuna varılmıştır. Mahkeme, idari istikrarı ilgilendiren yukarıdaki hatalı uygulama nedeniyle başvurucunun mülkiyet hakkı ile bu uygulama ile güdülen kamu yararı (sehven ödemelerin sosyal güvenlik sisteminin işlerliği açısından hazineye tekrar kazandırılması) arasında adil dengeyi bozup bozmadığı noktasından bir değerlendirme yapmıştır. Bu kapsamda, mülkiyet hakkına katlanılamayacak derecede ağır bir yük yüklenmediği sonucuna, özellikle "geriye yönelik beş yıllık hatalı ödemenin, faizsiz bir şekilde ve kişiyi zor durumda bırakmayacak şekilde maaştan yapılan makul (1/4'lik) kesintilerle geri alınması" hususlarına dayanılarak varılmıştır[55]. Görüldüğü gibi, tek başına her idari istikrarsızlık ve bu bağlam-

52 *Ersin Başboğa*, B. No: 2020/25497, 20/6/2023, § 27 vd.; *Ayla Demir İşat* [GK], B. No: 2018/24245, 8/10/2020, § 138 vd. Bkz. benzer olaylarda ihlalin olmadığı noktasındaki kararlar için *Sedat İçyer*, B. No: 2019/16530, 6/9/2023, § 20 vd.

53 *Baran İnan*, B. No: 2021/64693, 19/7/2023, § 21; *Delil Metin*, B. No: 2019/1419, 18/1/2023, § 32.

54 Bkz. konunun idari istikrar ilkesi etrafından incelemesi için Yılmaz, H. (2019). "Türk İdare Hukukunda İdari İstikrar İlkesi", *Doktora Tezi*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Tez Danışmanı Prof. Dr. Melikşah Yasin), s. 142 vd.

55 *Murat Yaman*, B. No: 2013/3385, 12/3/2015, § 29 vd. Bkz. benzer yönde başka bir başvuruda da 3600 ek gösterge üzerinden emekli aylığı alırken bu ek göstergenin sonradan SGK yazısı ile 2200'e düşürülmesinin mülkiyet hakkını ihlal ettiği iddia edilmiştir. Bu kapsamda Mahkeme, "ek göstergenin öğrenim sonucu elde edilen ünvana göre mi yoksa işgal edilen kadro ünvanına göre mi belirleneceğine" dair Daire ile İDDK arasında görüş ayrılığı varsa da, bu ayrılık 2007 yılında Danıştay İBK kararı ile giderildiği ve bundan sonra artık ek göstergenin öğrenim sonucu elde edilen ünvana göre değil işgal edilen kadroya göre belirlenmesinin

da sebep olunan hukuki güvensizlik herhangi bir hakkın ihlali olarak görülmemekte, bu istikrarsızlık ve güvensizliğin hakka ne kadar ağır bir müdahalede bulunduğu kamu yararı ile kıyaslanarak sonuca varılmaktadır. Yukarıda da başka ilkelerle ilgili verdiğimiz kararlarda da kimi zaman benzer şekilde Mahkemenin birey hakkı ile kamu yararı arasında tartım ve dengeleme yöntemini uyguladığı görülmektedir. Bu yöntem kimi zaman faydalı, tutarlı ve ikna edici olmakla birlikte, AYM'nin kendi bakışına göre çatışan menfaatlerin ve hakların uzlaştırılması veya dengelenmesine yol açtığı için bizzat hukuki güvenlik açısından eleştiriye sebep olabilecektir. Benzer yönde başka bir başvuruda da 3600 ek gösterge üzerinden emekli aylığı alırken bu ek göstergenin sonradan SGK yazısı ile 2200'e düşürülmesinin mülkiyet hakkını ihlal ettiği iddia edilmiştir. Bu kapsamda Mahkeme, "ek göstergenin öğrenim sonucu elde edilen ünvana göre mi yoksa işgal edilen kadro ünvanına göre mi belirleneceğine" dair Daire ile İDDK arasındaki görüş ayrılığının 2007 yılındaki Danıştay İBK'nın kararı ile giderildiği ve bundan sonra artık ek göstergenin öğrenim sonucu elde edilen ünvana göre değil işgal edilen kadroya göre belirleneceği sabit olduğu gerekçesiyle, kanunilik kriterine aykırılığın olmadığı sonucuna varmıştır[56]. Ek göstergeyi düşüren SGK yazısı 2008 yılında yazılmış ve içtihadı birleştirme kararına uygundur. Fakat içtihat istikrarsızlığının olduğu dönemde ve içtihatların bir tanesine uygun olarak öğrenim sonucu elde edilen kadroya göre emekli aylığına hak kazanmış birinin sonradan çıkarılan bir kanunla durumunun değiştirilmesinde nasıl ki kazanılmış hakkı ve haklı beklenti korunacaksa, sonradan içtihadı birleştirme kararı çıkarılması hâlinde de kazanılmış hakkının ve haklı beklentisinin korunması gerekmektedir. Zira emekli olunan dönem itibariyle başvurucu mevcut hukuk kurallarına (en azından mevcut içtihatlardan birine) göre 3600 ek gösterge üzerinden emekli aylığı almaya hak kazanmıştır. Nitekim, karşı oy gerekçesi yazan üyeler de haklı olarak, sonraki mahkeme kararı ile ortaya çıkan yeni hukuki durumun geçmişe yürütülmesi nedeniyle kanunilik ilkesinin ve mülkiyet hakkının ihlal edildiği sonucuna varmışlardır[57].

---

sabit olduğu gerekçesiyle, kanunilik kriterine aykırılığın olmadığı sonucuna varmıştır. Gerçekten de başvurucunun ek göstergesinin düşürüldüğüne dair SGK yazısı 2008 yılında yazılmış ve içtihadı birleştirme kararına uygundur. Fakat içtihat istikrarsızlığının olduğu dönemde ve içtihatların bir tanesine uygun olarak öğrenim sonucu elde edilen kadroya göre emekli aylığına hak kazanmış birinin sonradan çıkarılan bir kanunla durumunun değiştirilmesi halinde nasıl ki kazanılmış hakkı ve haklı beklenti korunacaksa, sonradan içtihadı birleştirme kararı çıkarılması halinde de, kazanılmış hakkının ve haklı beklentisinin korunması gerekmektedir. Zira, emekli olunan dönem itibariyle başvurucu mevcut hukuk kurallarına (en azından mevcut içtihatlardan birine) göre 3600 ek gösterge üzerinden emekli aylığı almaya hak kazanmıştır. Nitekim, karşı oy gerekçesi yazan üyeler de haklı olarak, sonraki mahkeme kararı ile ortaya çıkan yeni hukuki durumun geçmişe yürütülmesi nedeniyle kanunilik ilkesinin ve mülkiyet hakkının ihlal edildiği sonucuna varmışlardır.

56 *Musa Baylan* [GK], B. No: 2016/4384, 12/12/2019, §§ 35-52.

57 *Musa Baylan*, karşı oy gerekçeleri (Hasan Tahsin Gökcan, Serdar Özgüldür, Celal Mümtaz Akıncı, Muammer Topal ve Selahaddin Menteş).

Bir başka kararda, başvurucu, Celal Bayar Üniversitesini kazanıp kayıt yaptırdığı hâlde, Eğe Üniversitesi BESYO'ya asil kontenjanlardan kayıt yaptırmayanların bulunması nedeniyle yedek listede kendisinin de bulunduğu 12 öğrenciye asil listeden kayıt hakkı tanınmıştır. Fakat aradan 1 ay geçtikten sonra, Ege Üniversitesi yönetimi, asil listeden kayıt yaptırmayan öğrenci sayısının hatalı hesaplandığı gerekçesiyle başvurucunun ve diğer bazı öğrencilerin kayıtlarının silinmesine karar vermiştir. AYM, konuyla ilgili Danıştayın açık hata olmayan idari işlemlerin ancak dava açma süresi içerisinde geri alınabileceğine dair içtihadı birleştirme kararına[58] da atıf yapmış, olayda bir ay içerisinde geri alındığını vurgulamış ve sonuçta tazminat yoluna gidilmediği için "başvuru yollarının tüketilmemesi" nedeniyle kabul edilemezlik kararı vermiştir. Buna karşılık, karşı oy yazan üye Yıldırım haklı olarak, idarenin kendi kusuru ile neden olduğu söz konusu istikrarsızlığın eğitim hakkını ihlal ettiğinin tespit edilmesi gerektiğini savunmuştur[59].

Bir başka başvuruda, başvurucuların murislerine 1994 yılında yapmış olduğu başvuru sonucunda 1995 yılında göçebe ailelerden olması nedeniyle tarımsal amaçlı hak sahipliği verilmiştir. 2012 yılında aradan 17 yıl geçtikten sonra, idare, ilgili kişinin 1980 yılından beri sosyal güvenlik kaydının olduğu ve göçebe tanımına uymadığı gerekçesiyle tarımsal amaçlı iskân için hak sahipliğini geri almıştır. Bu başvuruda konumuz açısından temel sorun, aradan bu kadar uzun zaman geçtikten sonra idarenin ilgili işlemi geri alıp alamayacağı ve alacaksa hangi şartlarda bunu yapabileceğidir. Öncelikle somut olayda, hak sahipliğinin verildiği yıl itibarıyla kanun düzeyinde kimlerin tarımsal amaçlı hak sahipliği olacağının açık ve kesin bir şekilde düzenlenmediği mahkeme kararı ile de sabittir. Söz konusu hak sahipliğinin genelge ile düzenlendiği ve yine şartlarının açık olmadığı görülmektedir. Bu nedenle, aradan bu kadar süre geçtikten sonra böyle bir işlemin alınması idari istikrar ilkesi ile de bağdaşmamaktadır. Zira Danıştayın yerleşmiş içtihadı birleştirme kararlarına

58 Danıştayın çeşitli idari işlemlerin geri alınması kapsamında verdiği farklı içtihadı birleştirme kararlarında özetle, bir idari işlem yoklukla veya mutlak butlanla malulse, ilgilinin hilesi veya gerçek dışı beyanı ile yapılmışsa, açıkça mevzuata aykırı veya idarenin açık hatası ile yapılmış ise her zaman geri alınabilecektir. Aksi taktirde idari istikrar ve hukuki güvenlik ilkeleri kapsamında ancak idari dava açma süresi içerisinde geri alınabilecektir (Danıştay İçtihadı Birleştirme Kurulunun 26/09/1952 tarihli ve E.1952/55, K.1952/244 sayılı kararı; Danıştay İçtihadı Birleştirme Kurulunun, 02/10/1971 tarihli ve E.1966/4-40, K.1971/36 sayılı kararı; Danıştay İçtihadı Birleştirme Kurulunun 22/12/1973 tarihli ve E.1968/8, K.1973/14 sayılı kararı; Danıştay İçtihadı Birleştirme Kurulunun 06/07/1987 tarihli ve E.1987/1-2-3, K.1987/2 sayılı kararı. Söz konusu İBK'ların idari işlemin geri alınması kapsamında değerlendirilmesi için bkz. Özdemir, S. (2021). "İdarî İşlemin Geri Alınmasında, İçtihadı Birleştirme Kurulu Kararlarının İdarî Yargı Pratiğindeki Uygulanışına Dair Bir Değerlendirme", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 29., S. 2., s. 1398 vd.).

59 *Nesil Dinçelmas*, B. No: 2014/14441, 1/2/2017, § 50 vd. Bkz. aynı yönde *Melih Durmazgezer*, B. No: 2014/2753, 1/2/2017; *Ezgi Pınarlar*, B. No: 2014/3237, 1/2/2017; *Ebru Yaman ve diğerleri*, B. No: 2014/3310, 2/2/2017; *Pelin Taşdivar ve diğerleri*, B. No: 2014/3773, 2/2/2017.

göre[60], bir işlemin belirli bir süreye tabi olmadan geri alınabilmesi için yoklukla veya mutlak butlanla malul olması, muhatabın hilesi ve yanlış beyanı ile alınması, açık bir hukuka aykırılığın bulunması gibi şartlar bulunmaktadır. Somut olayda, kanun yeterli açıklıkta düzenlenmediği için bir açık hukuka aykırılıkla alınmış karar söz konusu değildir. Ayrıca ilgiliye yapılan tarımsal amaçlı hak sahipliği tahsisi, içtihattaki istisnai geri alma hâllerine girmediği için, dava açma süresi geçtikten sonra geri alınamaması gerekmektedir. AYM de kararında Danıştayın söz konusu yerleşmiş içtihatlarındaki hususların varlığı değerlendirilmeden karar verilmesini, adil yargılanma hakkı kapsamında hakkaniyete uygun yargılanma hakkının ihlali olarak görmüştür[61].

c. Uygulamanın Öngörülebilirliği

Hukuki güvenlik ilkesi kapsamında idari uygulamanın öngörülebilirliği, idarenin kanun ve benzeri düzenleyici işlemleri uygularken haklı beklentileri veya kazanılmış hakları korumaması, yerleşik hâle gelmiş hukuka aykırı idari uygulamayı öngörülemez şekilde değiştirmesi gibi konularla ilgilidir.

Bir başvuruda, tıbbi biyokimya ve kimya mühendisliği bölümü mezunu olanların YÖK'ün 2008 yılındaki kararı ile artık TUS'a (tıpta uzmanlık sınavı) girme haklarının olmayacağı yönündeki kararının iptal edilmemesinin başvurucuların eğitim, adil yargılanma ve eşit muamele görme haklarının ihlali niteliğinde olduğu ileri sürülmüştür. Somut olayda, başvurucular YÖK'ün kararından sonra 2009 yılındaki TUS'a girmişler ve bazı hastanelerin tıbbi biyokimya ve tıbbi mikrobiyoloji bölümlerine yerleşmiştir. Bu bölümlere atanmak üzere başvurucuların yaptıkları başvurular, YÖK'ün kararı ve bu kapsamda oluşturulan TUS Kılavuzundaki şartları taşımadıkları gerekçesiyle reddedilmiştir[62]. Başvurucuların açtıkları iptal davasında yürütmeyi durdurma kararı verilmiş ve başvurucular dava sürecinde uzmanlıklarını tamamlamış olsalar da nihayetinde Daire iptal davasını reddetmiştir. Daire, gerekçesinde özetle "günün şartları gereği ve ihtiyaçtan doğan nedenlerle 1989 yılından 18/7/2009 tarihli ve 27292 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Tıpta ve Dişhekimliğinde

60 Danıştay İçtihadı Birleştirme Kurulunun 26/09/1952 tarihli ve E.1952/55, K.1952/244 sayılı kararı; Danıştay İçtihadı Birleştirme Kurulunun 02/10/1971 tarihli ve E.1966/4-40, K.1971/36 sayılı kararı; Danıştay İçtihadı Birleştirme Kurulunun 22/12/1973 tarihli ve E.1968/8, K.1973/14 sayılı kararı; Danıştay İçtihadı Birleştirme Kurulunun 06/07/1987 tarihli ve E.1987/1-2-3, K.1987/2 sayılı kararı.

61 *Ahmet Taban ve diğerleri* [GK], B. No: 2018/22125, 29/9/2022, §§ 52-66. Bir başvuruda, Mahkeme, vazifede iken malul olduğu için Mehmetçik Vakfı tarafından kendi Yönetmeliğine uygun bir şekilde bağlanan "sürekli yardımın", aradan geçen 16 yıl sonra yeniden değerlendirilerek herhangi bir uzman raporuna dayanmaksızın ilgili maluliyetin (hastalığın) askerlik vazifesinden önce ortaya çıktığı gerekçesiyle kesilmesini, yine hukuki güvenlik ile ilgili bir sorun olarak görmüştür. Fakat, ilgili Vakıf özel hukuk tüzel kişisi olduğu için Vakfın belirsiz ve öngörülemez bir şekilde yaptığı "yardımı kesme işlemini" kanunilik ilkesi ile ilişkilendirmemiş ölçüsüz bir müdahale olarak görmüştür (*Kemal Kılıç* [GK], § 69 vd.).

62 *Nuray Gündoğdu ve diğerleri*, B. No: 2019/33965, 22/7/2020, § 10 vd.

Uzmanlık Eğitimi Yönetmeliği'nin yürürlüğe girdiği 2009 yılına kadar tıpta uzmanlık sınavına girme olanağı tanınan Tıbbi Biyolojik Bilimler Bölümü mezunlarının süregelen uygulamadan kaynaklı kazanılmış haklarının bulunduğundan söz etmeye hukuken olanak bulunmadığı" sonucuna varmıştır[63]. Yukarıdaki olayı konumuz kapsamında değerlendirmek gerekirse, ortada idarenin bir dönemin koşullarına göre ihtiyaç olduğu için tıp mezunu olmayanların da TUS'a girebilmesi yönündeki uygulamadan vazgeçerek, yeni bir uygulamaya geçtiği ve haklı beklentileri korumadığı görülmektedir. Tıbbi biyoloji ve kimya mühendisliği mezunu olanların, kamu yararı gereğince geçilen yeni uygulama kapsamında teorik kısımda ele aldığımız şartlar varsa haklı beklentileri korunmayabilir. Fakat başvurucular açısından bakıldığında, yürütmeyi durdurma kararından sonra ilgili görevlerine atanmış ve uzmanlıklarını bitirmişlerdir. Bu nedenle onlar açısından kazanılmış hak teşkil eden bir durum söz konusu olduğu hâlde AYM bu durumdan söz etmemiştir.

Bir başka başvurudaki olayda, eğer bir firma "uluslararası nitelikteki bir ihaleyi" yüklenmişse, bakanlıkça verilen "istisna belgesini" almaya ve bu bağlamda damga vergisi ile harçtan müstesna olmaya hak kazanmaktadır. İhalenin uluslararası olarak addedilmesi için gerekli şart ise ihaleye yabancı firmaların da teklif vermesi ve bu tekliflerin değerlendirme şartlarını haiz olmasıdır. Oysa uygulamada hangi firmaların ihaleye teklif verdiği, yabancı firmaların teklif verip vermediği ve teklif değerlendirme şartlarını sağlayıp sağlamadığı gizlilik gereği diğer teklif verenlerce bilinmediği için, bir firmanın ihaleyi yüklenmesi hâlinde "damga vergisi ve harçtan" müstesna olup

63 *Nuray Gündoğdu ve diğerleri*, § 10 vd. Bir kararda, AYM, akademisyen olan başvurucunun yabancı dil sınavının geçersiz sayılarak yeniden sınava tabi tutulması hususunu değerlendirmiş ve eğitim hakkının ihlaline karar vermiştir. Kararda, başvurucunun 2005 yılında almış olduğu sınav sonucunun, daha önceki girmiş olduğu sınavlara göre makul seviyeden yüksek bir puan olması nedeniyle şüpheli bulunarak iptal edilmesi, hukuki güvenlik bağlamında eğitim hakkının ihlali olarak görülmüştür. Olayda, Mahkeme şu gerekçelerle idari uygulamanın, hukuki güvenliğe aykırı olması nedeniyle kanundaki şartları taşımadığı sonucuna varmıştır: "kamu yararı kapsamında bir konu bahis mevzusu olduğunda kamu otoritelerinin uygun zamanda, uygun yöntemle ve her şeyden önce tutarlı olarak hareket etmeleri" gerekmektedir. Ancak idarece "...başvurucunun katıldığı sınavların ortalamasının ve başvurucunun katıldığı son iki sınavdaki başarı grafiğinden başka bir hususun dikkate alınmadığı görülmektedir... Başvurucuya sınavda usulsüzlük yaptığına ilişkin açık bir suçlamada bulunulmadığı ve başvurucunun ilgili artışla alakalı açıklamalarının tümüyle anlamsız veya görülmemiş bir durum olarak değerlendirilmesinin de mümkün olmadığı gözetildiğinde eş değer sınava çağrılma için kanun tarafından aranan olağan dışı bulgulara rastlanması kriterinin -özellikle sınavın üzerinden geçen süre dikkate alındığında- karşılanmış olduğu söylenemez" (*Özcan Bayrak*, B. No: 2019/14060, 3/11/2022, §§ 54-58). Mahkeme bu kararda, hukuki güvenliğe genel bir aykırılık nedeniyle eğitim hakkının ihlali sonucuna varsa da, ayrıntılı bir şekilde kazanılmış haktan, haklı beklentiden veya hukuki öngörülebilirlikten bahsetmeden bu sonuca varmıştır. Bkz. söz konusu uygulamanın geniş bir değerlendirmesi için Çağlayan, R. (2023). "Ölçme, Seçme ve Yerleştirme Merkezi Başkanlığının Eşdeğer Sınava Çağırma Yetkisi Üzerine Mülâhazalar", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XXVII., S. 3., s. 210-215.

olmayacağı öngörülememekte ve firma maliyet hesabına bu husus dâhil edememektedir. Mahkeme hem bu kanuni düzenlemeyi hukuki güvenlik ilkesi bağlamında kuralın belirsiz ve öngörülemez olması nedeniyle iptal etmiş[64] hem de bireysel başvuru da aynı sebeple mülkiyet hakkının ihlaline karar vermiştir. Her ne kadar AYM, bu kararda hukuki belirlilik ilkesine de vurgu yapmışsa da bizim sistematiğimiz açısından bir kuralın nasıl etkilerinin olacağının önceden bilinebilirliği zedelendiği için, hukuk kurallarının öngörülemezliği ile daha yakından ilgilidir. Bu açıdan kural açık ve anlaşılır yani belirli gibi görünmekte ama uygulandığında sonuçları öngörülemediği için "kuralların öngörülebilirliği" ilkesine aykırı hale gelmektedir[65].

3. Mahkeme Kararlarının Belirliliği, İstikrarı ve Öngörülebilirliği

AYM'nin özellikle adil yargılanma hakkı ile ilgili bireysel başvuru yolunda verdiği kararlar içerisinde, mahkeme kararlarında gerekçenin varlığı, mahkemenin açık bir kanun hükmünü uygulamaması, mahkeme kararlarının hiç veya gereği gibi icra edilmemesi, mahkeme kararlarının çelişmesi/farklılaşması, kuralın mahkemece yorumunun öngörülemez olması, kanuna dayanmama, hatalı kanunu uygulama, kanunu geçmişe yürür şekilde uygulama, lehe kanunu uygulamama gibi konular bağlamında ele aldığı sorunları biz mahkeme kararlarında belirlilik, istikrar ve öngörülebilirlik başlıkları altında topladık ve aşağıda değerlendirmeye tabi tuttuk.

a. Mahkeme Kararlarının Belirliliği

Mahkeme kararlarının belirliliği, öncelikle kararın erişilebilir (tebliğ veya ilan edilmiş) açık, anlaşılır, gerekçeli, çelişkilerden/hatadan arınmış ve icra edilebilir olmasıdır. AYM'nin kararlarında mahkeme kararlarının belirliliği

64 Mahkeme sonuç kısmında temel iptal gerekçesini şu şekilde ifade etmiştir: "Bu itibarla kurallarda bir ihalenin uluslararası ihale niteliğinde kabul edilmesi ve bu sayede döviz kazandırıcı faaliyet kapsamında değerlendirilmek suretiyle damga vergisi ve harç istisnasının uygulanması için öngörülen yabancı firmalarca da teklif verilmesi şartının hukuki öngörülebilirlik ve belirlilik ilkelerine aykırı olacak şekilde düzenlendiği sonucuna ulaşılmıştır" (AYM, E.2020/15, K.2020/78, 24/12/2020, § 26). Bazı başvurularda, ihlal kararına kaynaklık eden TCK'nın 220. maddesinin 6. fıkrasındaki "Örgüte üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işleyen kişi, ayrıca örgüte üye olmak suçundan da cezalandırılır. Örgüte üye olmak suçundan dolayı verilecek ceza yarısına kadar indirilebilir…Bu fıkra hükmü sadece silahlı örgütler hakkında uygulanır" hüküm de kanaatimizce sonuçları itibariyle öngörülemez olduğu için bu karara benzerlik göstermektedir (*Hamit Yakut* [GK], B. No: 2014/6548, 10/6/2021, § 108; *Deniz Yavuncu ve diğerleri* [GK], B. No: 2018/5126, 23/2/2023, § 20) . Nitekim bu hüküm haklı olarak, Anayasa Mahkemesinin (E.2023/132, K.2023/183, 26/10/2023) kararı ile iptal edilmiştir.

65 *Çolakoğlu İnşaat Turizm Enerji Üretimi Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi ve Kanık İnşaat Limited Şirketi*, B. No: 2019/40353, 28/6/2022, §§ 15-35. İnfaz Tüzüğünde olmayan bir disiplin suçunun öngörülemez bir yorum yoluyla oluşturulması da, idari uygulamanın öngörülemezliği bağlamında hukuki güvenlikle ilgili olarak görülebilir. Mahkeme, burada kanunilik ilkesine aykırılık olduğu gerekçesiyle hukuki güvenlik ilkesi ile bağ kurarak ihlal kararı vermiştir (*Mustafa Ceyhan*, B. No: 2020/13362, 19/10/2023, § 32 vd.).

meselesi en çok adil yargılanma hakkı ve gerekçeli karar hakkı ile irtibatlı olarak yer almaktadır. Adil yargılanma hakkı, diğer nispi haklardan farklı denetim ve inceleme kriterlerine sahiptir. Diğer bir deyişle kendine has bir yönü bulunmaktadır. Bu nedenle, AYM'nin hukuki güvenlik ilkesine gönderme yaptığı hususlar büyük oranda kanunilik/hukukilik kriteri ile ilgili olmakla birlikte, adil yargılanma hakkı gibi bazı haklar bağlamında hukukilik kriterinin dışındaki kriterlerle de (ölçülülük vb.) bağ kurulmaktadır.

AYM, kimi kararlarında gerekçeli mahkeme kararının davanın taraflarından birisine tebliğ edilmemesini veya çok geç yazılmasını ve tebliğ edilmesini, adil yargılanma hakkı bağlamında ele almış ve silahların eşitliği, mahkemeye erişim vb. hakların ihlali teşkil edip etmediğini değerlendirmiştir. Örneğin bir kararda, başvurucu hakkında verilen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı, gerekçeli bir şekilde vekiline veya kendisine tebliğ edilmemiş ve bu nedenle itiraz gerekçelerini sunamamıştır. AYM, bu durumu, adil yargılanma hakkı kapsamında savunma için gerekli zaman ve kolaylıktan yararlanma hakkının ihlali olarak görmüştür[66]. Bir başka kararda, gerekçeli kararın hükmün tefhiminden itibaren 7 ay geçtiği hâlde dosyaya konmamasını ve taraflara tebliğ edilmemesini, temyiz incelemesi yapılmasını engellediği için hukuki güvenlik ve belirlilik ilkelerine aykırı bulmuş ve nihai olarak Anayasa'nın 19. maddesinin ihlali olarak görmüştür[67].

Mahkeme kararında kanun yolu sürelerinin hatalı gösterilmesi ile mahkeme kararlarında tavzihe muhtaç şekli ve maddi hataların varlığı da ilgili mahkemenin kararının belirliliğini azaltır. AYM genellikle sürelerin hatalı gösterilmesini, adil yargılanma hakkının mahkemeye erişim gibi görünümleri ile ilişkilendirmiş ve belirlilik bağlamında ele almamıştır. Örneğin bir kararda, tarafların davayı ıslah etmesi için derece mahkemesi tarafından belirlenen sürenin hatalı olmasının sonuçlarına tarafların katlanmak zorunda bırakılmasını, meşru amaçla orantısız ve başvurucuya ağır bir külfet yüklediği gerekçesiyle mahkemeye erişim hakkının ihlali olarak görülmüştür[68]. AYM birçok başvuruda, mahkemelerce gösterilen sürelere güvenerek hareket eden başvurucuların, oluşturulan bu hukuki belirsizliğe katlanmak zorunda bırakılmasının orantılı olmadığı, dolayısıyla başvurucuların mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır[69]. Aynı şekilde başka bir kararda,

66 *Mustafa İbiş*, B. No: 2019/21128, 14/9/2021, § 25 vd.; *Ayşe Eşlik*, B. No: 2014/15969, 21/6/2017, §§ 41-44; *Ünsal Karabulut*, B. No: 2014/12045, 17/11/2016, § 30 vd.

67 *Mehmet İlker Başbuğ*, B. No: 2014/912, 6/3/2014, § 84.

68 *İlhan Yürükaslan*, B. No: 2019/13123, 10/5/2023, § 44.

69 *S.K.*, B. No: 2015/2438, 19/4/2018, § 44; *Alper Aldemir*, B. No: 2014/4987, 9/6/2016, § 44; *Aziz Yılmaz*, B. No: 2019/9039, 23/5/2023, § 15. Bir kararda Mahkeme bu hususu şu şekilde açıklamıştır: "…asliye hukuk mahkemesinin duruşma tutanakları ve yazışmalarında davaya iş mahkemesi sıfatıyla baktığını belirtmemesi ve tefhim edilen kısa karar ile gerekçeli karar arasında mahkemenin sıfatı ve kanun yoluyla ilgili açıklamalarda çelişki olması

AYM, yerel mahkemenin gerekçeli kararının davanın tarafı olan kişiye değil de başka bir kişiye tebliğ edilerek kesinleşmesini, adil yargılanma hakkı bağlamında değerlendirmiş ve ilgili ihlal bireysel başvuru yapıldıktan sonra yerel mahkemece verilen ek tavzih kararı ile giderildiği için düşme kararı vermiştir[70]. Maalesef bu kararda, bir kararın tavzihe muhtaç olmasının hukuki güvenlik ilkesi ve bu bağlamda mahkeme kararlarında belirlilik alt ilkesi ile ilişkisi kurulmamıştır.

Mahkeme, gerekçeli karar hakkını da hukuki güvenlik ilkesi ile ilişkilendirmektedir. Kimi kararlarında, Mahkemenin tarafların taleplerini gerekçesiz veya keyfî bir şekilde reddetmesi veya taleplerine hiç yer vermemesi, hukuki güvenlik ve belirlilik ilkesine de aykırı görülmüştür[71]. Bizim teorik kısımda ifade ettiğimize benzer şekilde Mahkeme kimi zaman gerekçeli karar hakkı kapsamında, derece mahkemelerinin kararlarında, kanundaki şartların somut olayda hangi nedenlerle gerçekleştiğini yeterli ve açık bir şekilde ortaya koymasının hukuki güvenlik ve belirlilik ilkelerinin bir gereği olduğunu ifade etmiştir. Zira belirlilik ilkesinin bir görünümü de mahkeme kararlarında belirliliktir ve kararın gerekçeli olmasını da içerir. Mahkeme gerekçeli karar hakkının neleri kapsadığını özetle bir kararında[72] şu şekilde belirlemiştir: "…kişiler ancak gerekçeli karar vasıtasıyla somut olayın hukuk kuralları karşısında nasıl konumlandırıldığını öğrenebilmekte ve buna karşı etkili bir savunma geliştirme imkânı bulabilmektedir... Bu kapsamda sadece şeklî anlamda bir gerekçenin varlığı yeterli değildir, aynı zamanda gerekçenin makul olması şartı aranmaktadır. Makul gerekçeden anlaşılması gereken mahkemelerin dava konusu maddi olay ve olguların kanıtlanmasını, delillerin değerlendirilmesi-

nedenleriyle meydana gelen hukuki belirsizlik başvurucunun zamanında temyiz başvurusu yapamamasına yol açmıştır" (*Aktif Elektrik Müh. İnş. San. ve Tic. Ltd. Şti.*, B. No: 2012/855, 26/6/2014, §§ 47-48).

70 *Nafiye Arslan*, B. No: 2017/20046, 12/6/2019, §§ 16-25.

71 *Kuntay Yılmaz*, B. No: 2019/21346, 20/7/2023, § 42; *Beda Enerji Dağıtım ve Perakende Satış Hizmetleri A.Ş. ve diğerleri*, B. No: 2019/5507, 23/11/2021, § 42.

72 Bir başka başvuruda, Mahkeme işveren ile işçi arasındaki güven ilişkisinin bozulması nedeniyle yapılan sözleşme feshinde, özel hayata saygı hakkının ihlal edildiği sonucuna benzer bir gerekçe ile varmıştır. Bu kararda, "başvurucunun hangi görevi ne kadar süredir ifa ettiğine, görevinin niteliğine, başvurucudan duyulan şüphenin gerçekleştirdiği göreve ne gibi bir olumsuz etkisi olacağına, hakkında soruşturma veya kovuşturma bulunup bulunmadığına yönelik bir araştırma yapıldığına ilişkin Mahkemece bir gerekçeye yer verilmediği, … başvurucudan duyulan şüphenin ciddi, güçlü ve objektif olduğuna ilişkin ikna edici gerekçeler ortaya konulmadan alınan tedbirin" Anayasaya aykırı olduğu değerlendirilmiştir (*Baran İnan*, §§ 24-25). Bu bağlamda, Mahkeme, hukuki güvenlik ilkesini ve onun belirttiğimiz alt ilkelerini, sadece kanunilik incelemesinin ve bu incelemenin yapıldığı hakların bir parçası olarak değil aynı zamanda kendi ifadesiyle "Anayasa'nın tüm maddelerinde zımnen mevcut" bir ilke olarak görmektedir (*Kenan Özteriş*, § 26.). Başka bir kararda, mahkeme ve karar hakkı içinde gördüğü husus aslında gerekçeli karar hakkı ile ilgili bir hususdur. Bu başvuruda mahkemeden istenen esas dava konusu hakkında mahkemenin kararında olumlu veya olumsuz hüküm bulunmaması mahkeme hakkı kapsamında görülmüş olsa da gerekçeli karar hakkı ile de yakından ilgilidir (bkz. *Filiz Fırat*, B. No: 2014/10305, 5/12/2017, § 34).

ni, hukuk kurallarının yorumlanması ve uygulanmasını, uyuşmazlıkla ilgili vardığı sonucu, sonuca varmasında kullandığı takdir yetkisinin sebeplerini ortaya koymasıdır"[73]. Mahkeme kararlarında gerekçenin varlığı açısından, HMK ile getirilen hükmün tamamlanması yolu da faydalı bir kurumdur[74].

b. Mahkeme Kararlarının İstikrarı

Mahkeme kararlarındaki istikrarsızlığın farklı görünümleri teorik kısımda ifade edilmiştir. Özetle bunlardan birincisi, aynı olay ile ilgili olarak farklı yargı kollarındaki mahkemelerin kararları arasındaki özellikle hukuka uygunluk/aykırılık konusundaki tutarlılık ve istikrardır. İkincisi, aynı mahkemenin daha önce verdiği benzer konudaki kararlarla tutarlı ve istikrarlı olmasıdır. Son olarak, bölge mahkemesi veya temyiz mahkemesinin farklı daireleri arasında benzer davalar veya konulardaki içtihat tutarlılığı ve istikrarıdır.

Konuyla ilgili kararlara bakıldığında AYM'nin zaman zaman başka konularda verdiği kararlarında hukuki istikrarı, hukuki güvenlik ilkesi ile ilişkilendirmesine rağmen, mahkeme kararları arasındaki istikrarsızlıkta daha ziyade hukuki belirlilik[75] ve öngörülebilirlik ilkelerine odaklandığı görülmektedir[76]. Esasında, hukuki istikrar ilkesi de bizim teorik kısımda belirttiğimiz şekilde hukuk kuralları, idari uygulama ve mahkeme kararlarında istikrar görünümleriyle hukuki güvenlik ilkesinin alt ilkesidir. Bu açıdan, AYM'nin bu gibi kararlarda mahkeme kararlarında istikrarsızlığın, hukuki istikrarsızlığa ve nihayet hukuki güvenlik ilkesine aykırılığını tespit etmesi metodolojik açıdan daha tutarlı olurdu. Elbette mahkeme veya daireler arasındaki içtihat tutarsızlıkları, muhataplar açısından öngörülemezliğe de yol açmaktadır. Fakat biz yine de hukuki istikrar ilkesi etrafında konunun daha sistematik bir şekilde ele alınmasının doğru olacağı kanaatindeyiz. Nitekim hukuki istikrar ilkesinin idari uygulama ve hukuk kurallarında istikrar görünümleri de ilgili başlıklarda açıklandığı üzere, hukuki güvenlikle ilgili sınırları belirli ve spesifik konuları kapsamaktadır.

73 *Delil Metin*, §§ 33-34.

74 Mahkemenin norm denetimi yolunda verdiği bir kararda hükmün tamamlanmasının konumuzla ilgili kısmı şu şekildedir: "Buna göre yargılamada ileri sürülmesine veya kendiliğinden hükme geçirilmesi gerekli olmasına rağmen hakkında tamamen veya kısmen karar verilmeyen hususlarda mahkemenin nihai kararındaki eksikliği gidermek üzere ek karar verilmesine imkân tanıyan kuralın hukuki belirlilik ve güvenlik ilkeleri ile kesin hükme saygı ilkesine aykırı uygulamalara neden olacağı söylenemez" (AYM, E.2020/70, K.2023/106, 1/6/2023, § 52). Hatta bu kurumun, gerekçenin ve hükmün eksikliğini gidermesi yönüyle gerekçeli karar hakkını ve mahkeme kararlarında belirliliği sağlayıcı bir işlevi de bulunmaktadır.

75 *Türkan Bal* [GK], B. No: 2013/6932, 6/1/2015, §§ 63-72.

76 *Hakan Altıncan* [GK], B. No: 2016/13021, 17/5/2018, § 55; *Fehmi Arı ve diğerleri*, B. No: 2016/13034, 25/12/2018, § 32 vd. Bu kararlarda Yargıtayın, içtihatlar arasındaki istikrarsızlığı hukuki istikrarsızlık olarak ifade ettiği fark edilirken, AYM yine belirlilik ve öngörülebilirlik kapsamında değerlendirmeye devam etmiştir.

Bir mahkemenin kendi önündeki benzer davalarda tutarlı ve istikrarlı davranması mahkeme kararlarının istikrarının ilk görünümüdür. AYM bir kararında, hukuki istikrar ve hukuki güvenlikten bahsetmeden, yerel mahkemenin önündeki benzer davalarda Yargıtayın bozma kararlarına direnerek kamulaştırılan taşınmazları arsa vasfında gördüğü ve buna göre bedel belirlediği hâlde, başvurucunun komşu parselde yer alan ve bozma öncesi arsa vasfında görülen taşınmazı açısından bozma kararına uyarak, söz konusu taşınmazı arazi vasfında görmesi ve bedeli buna göre belirlemesini adil yargılanma hakkının ihlali olarak görmüştür[77]. Her ne kadar AYM, yeterli gerekçe bulunmadığı ve mülkiyet hakkı ile kamu yararı arasında adil denge kurulmadığı gerekçesiyle mülkiyet hakkının ihlaline karar vermişse de aslında yukarıda görüldüğü gibi, benzer durumdaki taşınmazlara göre istikrarsız karar verilmesini de dolaylı olarak ihlale dayanak göstermiştir. AYM, kimi kararlarında aynı maddi vakıaya dayanan benzer davalarda hakkaniyeti ve eşitliği zedeleyecek şekilde farklı ve çelişen kararlar verilmesini, kararın gerekçesiz olması ve hukuki belirsizlik doğurması nedenleriyle hakkaniyete uygun yargılanma hakkının ihlali olarak görmüştür. Aslında, burada en önemli sorun, ilgili mahkemenin önceki kararında iki aynı şirket arasındaki ilişkiyi "asıl iş veren-alt işveren ilişkisi" olarak tanımladığı hâlde, sonraki kararlarda bu kararının aksi yönde davranmasıdır. Bu durumda, mahkeme kararları arasındaki istikrasızlık ve tutarsızlık hakkaniyete uygun yargılanmayı ihlal ediyor. Ayrıca, ilgili ve yeterli bir gerekçe olmaksızın istikrarsız kararlar vermesi aslında aynı zamanda gerekçeli karar hakkının da ihlalidir[78].

Mahkeme kararlarında istikrarın ikinci görünümü, farklı yargı kolları arasında benzer veya aynı konu ile ilgili verilen kararlar arasında bir yeknesaklığın ve tutarlılığın bulunmasıdır. AYM, farklı yargı kolları arasındaki içtihat tutarsızlıklarının daha olağan karşılanması gerektiğini, Türkiye'de yargı birliği değil yargı ayrılığı sisteminin bulunmasına ve bu yargı kollarının kendine has bir değerlendirme yapmasının mümkün olduğuna dayandırmıştır[79]. Mahkeme, haklı olarak, içtihat farklılığının varlığından söz edilebilmesi için öncelikle "uyuşmazlıkların özü itibariyle aynı mahiyette olması" gerektiğini belirtmektedir. Örneğin bir başvuruda, bu ön tespiti yaptıktan sonra, somut olayda içtihat farklılıklarının temelde "bedensel zarar için ödenecek

77 *Ali Yunal*, B. No: 2019/29813, 11/1/2023, § 26 vd.

78 *Taner Gökdağ*, B. No: 2020/11506, 19/7/2023, §§ 18-27; *Nagihan Örküş*, B. No: 2020/12766, 19/7/2023, §§ 18-27.

79 Bir başvuruda, Askeri Yargıtay ile Yargıtay arasındaki "suç tarihinden sonra görevden ilişiği kesilmiş askeri hâkim ve savcıların hangi yargı koluna ait mahkemelerde yargılanacağına dair" içtihat tutarsızlığının uyuşmazlık mahkemesi gibi bir mekanizma ile giderilme yolunda harekete geçilmemesi de adil yargılanma bağlamında kanuni hâkim güvencesinin ihlali olarak görülmüştür (*Mehmet Çelik (2)*, B. No: 2015/889, 17/11/2016, § 74; *Ahmet Saygılı ve Şefika Saygılı*, B. No: 2013/135, 21/1/2015, § 48).

olan tazminat miktarının hesaplanmasında" ortaya çıktığını vurgulamıştır[80]. Bu bağlamda, "bedensel zararın tazmini talebiyle açılan davalarda 6098 sayılı Kanun'un 55. maddesinin uygulanması kapsamında 5434 sayılı Kanun'un ek 79. maddesi uyarınca yapılan ek ödemenin tazminattan mahsup edilip edilemeyeceğiyle ilgili AYİM (ve Danıştay) ile Yargıtayın yorumu birbirine taban tabana zıt olmuştur". AYM, somut başvuruda "…Her biri kendine özgü farklı dava türlerine bakan farklı yargı kollarındaki mahkemelerin son derece mahkemesi konumundaki Yargıtay ve AYİM'in, hukuki dayanaklarını ve gerekçelerini göstermek koşuluyla benzer nitelikteki uyuşmazlıklarda uygulayacakları aynı Kanun hükmünün yorumunda farklı bir yaklaşım geliştirmeleri kaçınılmaz bir sonuç ve makul karşılanabilir bir durum olarak kabul edilmelidir. Bu durumda söz konusu içtihat farklılığının hukukun üstünlüğü ilkesine zarar verecek şekilde açıkça keyfîlik içeren bir yaklaşımdan kaynaklandığına dair bir bulguya rastlanmadığı sürece… yüksek mahkemenin yaptığı seçimi denetlemek Anayasa Mahkemesinin görevi olmayacaktır"[81] şeklindeki temel ilkeden hareket etmiş ve AYİM'in yorumunu tatmin edici bir gerekçeye dayandırdığı kanaatiyle açık keyfîlik olmadığı sonucuna varmıştır[82].

Mahkeme kararlarında istikrarın üçüncü görünümü, aynı konuya dair farklı bölge mahkemesi veya temyiz mahkemesi dairelerinin kararları arasındaki tutarlılık ve yeknesaklıktır. Burada AYM, söz konusu içtihat farklılıklarının derinleşip derinleşmediğine ve sürekli hâle gelip gelmediğine de odaklanmaktadır[83]. Bir kararda, "Tasfiye dışındaki usullerle tüzel kişiliği sona eren şirketlerin tasfiyeden önceki borçlarının kanuni temsilci adına tarh edilip edilemeyeceği konusunda -olay tarihinde- farklı içtihatların bulunması ve 5520 sayılı Kanun'un 17. maddesinin (9) numaralı fıkrasının yürürlüğe girmesinin üzerinden uzun süre geçmesine rağmen ilgili hükmün yorumunda yeknesaklığın sağlanamaması nedeniyle hukuki belirlilik ve öngörülebilirlik ilkeleri zedelenmiştir"[84] diyerek belirlilik ve öngörülebilirlik ilkelerine dayanarak mülkiyet hakkının ihlaline karar vermiş ise de, maalesef yine metodolojik ve

80 *Engin Selek*, B. No: 2015/19816, 8/11/2017, § 63.

81 *Engin Selek*, § 77.

82 AYM'ye göre somut olayda "AYİM'in belirtilen ödemenin 6098 sayılı Kanun'un 55. maddesinin ifadesiyle "ifa amacını taşımayan ödeme" olarak kabul edilip edilemeyeceğiyle, dolayısıyla anılan hükmün uygulanmasıyla ilgili yorum ve değerlendirmesi, somut olay bağlamında tatmin edici bir gerekçe barındırmaktadır. Ayrıca bu yorum öngörülemez nitelikte değildir ve hukukun üstünlüğü ilkesine zarar verecek şekilde bariz takdir hatası ya da açık bir keyfîlik de içermemektedir" (*Engin Selek*, § 77; *Gökhan Koçar ve Mesut Kasırğa*, B. No: 2016/777, 12/11/2019, § 66).

83 Bkz. bir başvuruda, "sosyal yardımlaşma ve dayanışma vakfı çalışanlarının ilave tediye alacağına hak kazanıp kazanmayacağı hususunda süregelen içtihat farklılığının derinleşmiş ve sürekli bir nitelik kazanmış" olmasının öngörülemezliğe neden olduğu tespit edilerek ihlal kararı verilmiştir (*Ahmet Hüseyin Aktı ve diğerleri*, B. No: 2019/9819, 13/10/2020, § 22; bkz. aynı yönde *Yasemin Bodur*, § 52).

84 *Tevfik Ayhan*, B. No: 2019/17968, 29/6/2022, § 62.

sistematik açısından mahkeme kararlarında istikrar ilkesine ve bu bağlamda hukuki güvenlik ilkesine dayanmamıştır. Bazı hallerde, aynı yargı kolu içindeki bölge mahkemesinin veya yerel mahkemenin yerleşmiş üst derece mahkemesinin içtihadından tatmin edici bir gerekçe olmaksızın ayrılması da kararların istikrarsızlığı bağlamında kanunilik kriterine aykırı görülmüştür[85].

AYM, mahkeme kararlarının istikrarını farklı açılardan hukuki güvenlik ilkesi ile ilişkilendirmektedir. En yaygın olanı, olağan yorumu aşacak nitelikteki içtihat farklılıklarının maddi anlamda kanunun varlığı için gerekli olan niteliklerden belirli ve öngörülebilir olmayı zayıflatmasıdır. Bir başvuruda, 1479 sayılı Esnaf ve Sanatkârlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu kapsamında eşinden dolayı ve 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu gereğince ise babasının ölümü üzerine kendisine ikinci bir aylık bağlanmıştır. Gerek SGK uygulamasında gerekse Yargıtay Daireleri ve Hukuk Genel Kurulu arasında, bir kimseye hem eşinden hem de babasından dolayı maaş bağlanabilip bağlanamayacağı noktasında birbiriyle çelişen farklı kararlar ve uygulamalar bulunmaktadır. Bu nedenle, somut olayda AYM'ye göre "…ölüm aylığı bağlanması şartlarına dair 1479 sayılı Kanun'un 45 ve 46. maddelerine ilişkin iki farklı yorumun yürürlükte bulunması ve bu yorumlardan birine geçerlilik sağlayacak şekilde içtihadın birleştirilememesi hukuk kurallarının muhataplarının davranışlarına yön verme kapasitesini, dolayısıyla öngörülebilirliğini zayıflatmış ve bu durum hukuki belirlilik ve öngörülebilirlik ilkelerine ters düşmüştür"[86]. Sonuç olarak çoğunlukla, AYM'nin

85 Örneğin bir başvuruda, ilgili Yargıtay dairesinin yerleşik içtihadı, başvuru konusu tarımsal nitelikteki arazinin kamulaştırma bedelinin hesaplanmasında "Mersin, Tarsus, Silifke ve Erdemli il ve ilçelerinin 2013 yılı Gıda Tarım ve Hayvancılık Müdürlüğü resmî verilerinin ortalaması esas alınarak değer biçilmesi yönünde" iken, yerel mahkemenin sadece Tarsus İlçe Tarım Müdürlüğünün 2013 verilerini esas alması değerlendirilmiş ve yerel mahkeme yerleşik Yargıtay içtihadından ayrılmayı haklı kılan yeterli bir gerekçe sunmadığı için mülkiyet hakkının ihlaline karar verilmiştir (*Ahmet Sarıpınar*, B. No: 2017/37112, 2/6/2020, § 54 vd.; *Murat Çevik*, B. No: 2013/3245, 11/12/2014, § 57; *Murat Çevik (5)*, B. No: 2013/3246, 16/12/2015, § 53). Kuşkusuz, müstakar içtihatlardan ikna edici bir gerekçe olmaksızın ayrılmak, istikrarsızlığa yol açtığı gibi bu istikrarsızlığın doğal sonucu olarak hukuki öngörülemezlik de ortaya çıkar. Bu husus, aşağıda mahkeme kararlarında öngörülebilirlik adı altında ele alınmıştır.

86 *Leyla Yücel*, B. No: 2017/31861, 21/4/2021, § 61. Benzer yönde husumetin kime yönlendirileceği konusunda Yargıtay daireleri arasındaki içtihat farklılığı eşitsizliğe ve belirsizliğe yol açtığı için ihlal olarak görülmüştür (*Alp Sosyal Hizm. İnş. Day. Tük. Mal. Otom. Nak. Temizlik Hayvancılık San. ve Tic. Ltd. Şti.* (2), B. No: 2017/16292, 23/6/2020, § 47 vd.). Mahkeme başka bir kararında aynı yargı kolu içerisinde farklı daire ve mahkemelerin aynı konuda farklı içtihatlar geliştirmesinin sınırını şu şekilde çizmiştir: "Yargısal kararlardaki değişiklikler, hukukun dinamizmini ve mahkemelerin yaklaşımlarını yaşanan gelişmelere uyarlama kabiliyetlerini yansıtması yönüyle olumludur. Ancak uygulamadaki birlikteliği sağlamaları beklenen yüksek mahkemeler içinde yer alan dairelerin benzer davalarda tatmin edici bir gerekçe göstermeksizin farklı sonuçlara ulaşmaları, bir kararın belirli bir daireye düştüğü takdirde onanacağı, başka bir daire tarafından ele alındığı takdirde bozulacağı gibi ihtimale dayalı ve birbirine zıt sonuçları ortaya çıkartır. Bu ise hukuki belirlilik ve öngörülebilirlik ilkelerine ters düşecektir. Ayrıca, böyle bir algının toplumda yerleşmesi hâlinde bireylerin yargı sistemine ve mahkeme kararlarına duymaları beklenen güven zarar görebilir" (*Engin Selek*, § 57; *Türkan Bal*, § 64).

içtihat istikrarsızlıklarını bir şekilde öngörülemezliğe ve belirliliğe bağladığı görülmektedir.

c. Mahkeme Kararlarının Öngörülebilirliği

Mahkeme kararlarının öngörülebilirliği, AYM tarafından bazı kararlarda özellikle hukuki güvenlik ilkesinin alt ilkesi olan öngörülebilirlik bağlamında değerlendirilmiştir. Bu kapsamda verilen kararlara bakıldığında, mahkeme kararlarının kesinliği, bağlayıcılığı ve icrailiğinin etkisizleştirilmesi veya ortadan kaldırılmasına yönelik işlemler, kararların öngörülebilirliğini etkileyen hususların başında gelmektedir. Dahası, yargılama sürerken çok sık ve öngörülemez şekilde hâkimin değiştirilmesi, tabiî hâkim ilkesine aykırı bir yargılama sürecinin olması ve yargılama esnasında bir tarafın aleyhine olacak şekilde kanunda değişiklik yapılması mahkeme kararlarının öngörülebilirliğini etkileyen bir hususdur. Son olarak, bir mahkeme kararı ile (usuli) kazanılmış hakların ortadan kaldırılması da konu başlığımızı ilgilendirmektedir. Aşağıda bu hususlarla ilgili bireysel başvuru kararları analiz edilecektir.

Bir kararda, başvurucu, idareye ek tazminat talebi için yaptığı başvuru 60 günlük zımni ret süresi içerisinde kabul edildiği hâlde kendisine bildirilmediği için dava açmış ve davası kendinden kaynaklanmayan sebeplerle reddedilmiştir. Gerekçeye bakıldığında, hukuki güvenliğe aykırı bir şekilde kendisine tebliğ edilmeyen karardan dolayı açılan davada, kişinin aleyhine vekâlet ücretine hükmedilmesi, genel olarak hukuki belirliliğe ve özel olarak öngörülebilirliğe aykırı bulunarak mahkemeye erişim ve bu bağlamda adil yargılanma hakkının ihlali olarak görülmüştür. Mahkeme, hukuki güvenlik ilkesinin zımnen adil yargılanma hakkının içinde var olduğunu belirtmiş ve sonuçta, mahkemenin vekâlet ücretine hükmetmesini hakkın ihlali olarak görmüştür[87]. Kararın bir yerinde genel olarak hukuki belirlilik ilkesinden, bir başka yerinde yapılan uygulamanın başvurucu açısından öngörülemez olduğundan bahsedilse de doğrudan hukuki güvenlikle sistematik bir bağı kurulmamıştır. Aslında bu yöntem neredeyse bireysel başvuru kararlarının tamamına yaygındır. Bunun nedeni, hem kararın gerekçesini yazanların bazen farklı kişilerden oluşmasıdır hem de gerekçeyi yazanların hukuki güvenliğin kapsamının, haklarla ilişkisinin ve hukuki güvenlik ilkesi ile kurallar, uygulama ve mahkeme kararları açısından belirlilik, istikrar ve öngörülebilirlik ilkeleri arasındaki ilişkinin tam olarak ayırdında olmamalarıdır.

Bir başka başvuruda AYM, usuli kazanılmış hak meselesini hukuki belirlilik ve öngörülebilirlik kapsamında tartışmış olmasına rağmen, söz konusu tarafların ileri sürdükleri usuli kazanılmış hak iddiaları derece mahkemesi tarafından değerlendirilmediği için başvuruda öngörülebilirlik bağlamında

87 *Murat Daş*, B. No: 2013/3063, 26/6/2014, §§ 41-55.

bir ihlal değil, belirlilik bağlamında gerekçeli karar hakkının ihlali tespit edilmiştir[88].

Bir kanun hükmünün derece mahkemeleri tarafından öngörülemez bir şekilde yorumlanması, aslında AYM tarafından kanunilik kriteri içerisinde incelenerek hukuki belirlilik ile ilişkilendirilse de böyle bir hukuki güvensizliğe bir mahkeme sebep olduğu için, kanaatimizce mahkeme kararlarının öngörülebilirliği meselesi içinde ele alınmalıdır. Bu kapsamda AYM, mahkemeye erişim hakkının ihlali iddialarını incelediği bir olayda, yerel mahkemenin 2018 yılı Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'ndeki açık hükme aykırı bir şekilde fazladan nispi vekâlete hükmetmesini, kanaatimizce kuralın yorumunun öngörülemez olmasını ima ederek, kanuni dayanak olmadığı için ilgili hakkın ihlali olarak görmüştür[89]. Başka bir başvuruda, başvurucu, açmış olduğu tam yargı davasında dava miktarının artırılabilmesine yönelik kanun hükmü uygulanmadan nihai kararın verilmesini adil yargılanma hakkının ihlali olarak görmüştür. Mahkeme, 2577 sayılı Kanun'un 16. maddesinin dördüncü fıkrası ile bu hükme dair geçici maddenin açık hükmü[90] dikkate alınmadan verilen kararın, kanuna aykırı ve bu nedenle "öngörülemez" nitelikte olduğunu belirtmiş ve sonuç olarak "yargılama sırasında hukuk kurallarının yorum ve uygulanmasının öngörülemez nitelikte olması nedeniyle Anayasa'nın 36. maddesinin ihlal edildiğine" karar vermiştir.

Bir diğer başvuruda başvurucular, geçmişte çalışmış olduğu döneme ait bir kamu bankasından alacaklarının bulunduğu iddiası ile açmış olduğu davada, alacağının varlığına ve davanın kabulüne karar verildiği ve bu kararın Yargıtay incelemesinden geçerek onandığı hâlde, sonradan davalı tarafından verilen maddi hata dilekçesi yoluyla Yargıtayın kesinleşmiş kararı kaldırmasının ve eski hükmü bozmasının adil yargılanma hakkının ihlali olduğunu iddia etmiştir. AYM, haklı olarak hukuk düzenince öngörülmeyen bir yöntem olan "maddi hatanın düzeltilmesi" gibi bir yöntemle Yargıtay tarafından kesinleşmiş bir hükmün ortadan kaldırılmasının hukuki güvenliğe, bu bağlamda belirlilik ve öngörülebilirlik ilkelerine aykırılık teşkil ettiğini tespit

88 *Müflis Estaş Kum Mad. Nak. Tic. ve San A.Ş.* [GK], § 51.

89 *Noya Elektrik, İnşaat, Taahhüt Ticaret ve Sanayi Ltd. Şti.*, B. No: 2020/5667, 19/7/2023, §§ 35-42. Nispi vekalet ücretinin maktu vekalet ücretini geçemeyeceği noktasında hükme aykırı olarak yüksek bir vekalet ücretine hükmeden mahkeme kararını da, kanunun öngörülemez yorumu bağlamında kanunilik ilkesi ve hukuki güvenliğe aykırı görmüştür (*Avni Dörtkardeş ve Fatma Aktaş*, B. No: 2019/24204, 21/9/2023, § 55).

90 *Mükremin Eroğlu*, B. No: 2013/9025, 6/1/2016, § 44 vd. 2577 sayılı Kanun'un 16. maddesinin (4) numaralı fıkrası şu şekildedir: "Ancak, tam yargı davalarında dava dilekçesinde belirtilen miktar, süre veya diğer usul kuralları gözetilmeksizin nihai karar verilinceye kadar, harcı ödenmek suretiyle bir defaya mahsus olmak üzere artırılabilir ve miktarın artırılmasına ilişkin dilekçe otuz gün içinde cevap verilmek üzere karşı tarafa tebliğ edilir". 2577 sayılı Kanunun Geçici 7. maddesi şu şekildedir: "Bu maddeyi ihdas eden Kanunla, bu Kanunun 16. maddesinin dördüncü fıkrasına eklenen hüküm, kanun yolu aşaması dâhil, yürürlük tarihinde derdest olan davalarda da uygulanır".

etmiş ve adil yargılanma hakkının ihlaline karar vermiştir[91]. Yukarıda kurallar açısından istikrar kısmında özetinden bahsettiğimiz Remzi Saldıray başvurusunda temyiz mahkemesinin ağır ceza mahkemesi tarafından verilen hükmü yoklukla malul sayması da hukuki güvenlik açısından değerlendirilmeye muhtaçtır. Ağır ceza mahkemesinin kararının yok sayılması hususu ise AYM'nin kararında ifade ettiği şekliyle mahkeme hakkı kapsamında kesin hükmün etkisizleştirilmesi ile ilgilidir. AYM, eski norm denetimi yolundaki kararları ile AİHM'in konuyla ilgili kararlarına atıf yaparak, kesin hükmün etkisizleştirilmesinin hukuki güvenlik ve belirlilik ilkeleriyle ilgili olduğunu göstermeye çalışmıştır[92]. Bizim teorimiz açısından ise mahkeme kararlarının uygulanmaması veya etkisizleştirilmesi, hukuki güvenlik ilkesinin alt ilkesi olan hukuki öngörülebilirlik ilkesi ve bunun bir alt gereği olan mahkeme kararlarında öngörülebilirlik ile ilgilidir. Öncelikle genel olarak baktığımızda AYM'nin de belirttiği gibi, verilen mahkeme kararlarının icra edilmediği bir hukuk düzeninde, mahkemelerin yargılama yapmasının bir anlamı bulunmamaktadır. Bu yönüyle genel olarak kararların etkisizleştirilmesi hukuki güvenlikle doğrudan bağlantılıdır[93]. Ayrıca mahkeme kararlarında öngörülebilirlik ilkesi açısından bakıldığında, bu ilke yukarıda da açıklandığı üzere, bir mahkeme kararının etki ve sonuçlarının bilinebilir ve öngörülebilir olmasını ifade eder. Söz konusu başvuruda, ağır ceza mahkemesinin itirazı kaldıran kararı, bu karara yönelik herhangi bir olağan (temyiz) veya olağanüstü kanun yolu başvurusu olmadığı hâlde "yok hükmünde" görülmüştür. Hukuken bir

91 Mahkeme gerekçesinde, sonradan bir Yargıtay kararı ile kanunla öngörülen istisnai yollar dışında maddi hata adı altında bir yöntemle kesin bir mahkeme hükmünün icraîliğinin etkisizleştirilmesini, adil yargılanma hakkının ihlali olarak görmüştür. Böylece Mahkeme, hükmün kesinliği ile icrailiğini bir bütün olarak görmüştür (*Mustafa Altın* [GK], B. No: 2018/10018, 27/10/2021, § 63 vd.; bkz. aynı yönde *Kemal Güçtekin*, B. No: 2020/21325, 19/10/2023, § 44 vd.). Başka bir kararda ise, Yargıtayın hakkında kesin hüküm bulunan bir dava ile konusu, tarafları ve sebebi aynı olan yeni bir dava açılması ve hüküm verilmesini bozma sebebi olarak görmesini değerlendirmiş ve kesin hükmün somut olay açısından varlığının idarenin kusuru olduğu, başvurucunun itirazı üzerine ilk davadaki kusur oranının idarece iptal edilerek %24 oranında kusur belirlendiği ve başvurucunun bu yeni orana göre farklı bir dava açtığı, o nedenle ortada tam anlamıyla kesin hüküm engeli olmadığı şeklindeki gerekçeleriyle başvurucunun mahkemeye erişim hakkına orantısız bir müdahale yapıldığına ve ihlale karar vermiştir (*Şenol Özdemir*, B. No: 2018/14133, 11/5/2023, § 41 vd.). Özetle, Mahkeme, kesin hüküm şartını da çatışan hak ile kamu menfaati arasındaki adil dengenin varlığında bir unsur olarak görmüştür.

92 *Remzi Saldıray*, §§ 7-61.

93 Örneğin bir başvuruda verilen mahkeme kararının gereği gibi icra edilmemesi *(Nayif Magi*, B. No: 2019/3109, 7/12/2022), bir başka başvuruda mahkeme kararının hiç icra edilmemesi (*Ali Kayan*, B. No: 2015/9814, 20/3/2019) hukuki güvenlik ilkesine aykırı görülmüştür. Aslında AYM, genellikle kararın icra edilmemesini adil yargılanma hakkının ihlali olarak görmekte iken bu başvuruda kanunilik kapsamında mülkiyet hakkının ihlali olarak görmüştür. Zira ortada kesinleşmiş bir hüküm olduğu için yeniden yargılamayı gerektirecek bir husus bulunmamaktadır. O nedenle mülkiyet hakkının ihlalinin, kararın Hazine tarafından icrası ile giderileceği sonucuna varmıştır. Fakat benzer bir kararda adil yargılanma hakkı kapsamında kararın icrası hakkının ihlaline karar verilmiş ve ihlalin giderilmesi için karar Emniyet Genel Müdürlüğüne gönderilmiştir (*Mahmut Güder*, B. No: 2018/25957, 13/9/2022).

mahkeme kararının yok hükmünde olması için, hâkim olmayan bir kişi tarafından verilen bir hüküm olması gibi ağır şartlar gerekir. Olayda, görevli olmayan mahkemece verilmiş bir itirazın kaldırılması kararını yok hükmünde sayılması da ayrı bir hukuki güvensizlik yaratmaktadır.

IV. HUKUKİ GÜVENLİĞİ KORUMAK İÇİN HUKUKİ GÜVENLİĞE AYKIRI DAVRANMAK: AÇIK KEYFİLİK VE BARİZ TAKDİR HATASI İSTİSNASI

AYM'ye bireysel başvuru yolu, tıpkı AİHM'e bireysel başvuru gibi ikincil ve istisnai bir yoldur. Bu ikincilliği sağlamak amacıyla, olağan idari ve yargısal yolların tüketilmesi kabul edilebilirlik şartı olarak getirilmiştir. Ayrıca AYM Kanunu'nun 49. maddesinde "Bölümlerce kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılama"yacağı düzenlenerek, kanun yolunda incelenmesi gereken hususların bireysel başvuruda ileri sürülmesi hâlinde yine "açıkça dayanaktan yoksunluk sebebiyle kabul edilemezlik kararı verileceği" öngörülmüştür. AYM, uygulamada hem olağan kanun yollarının tüketilmesini "etkili başvuru yolları" şeklinde daraltmış hem de kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamayacağı hükmüne istisna getirmiştir[94]. Mahkeme, derece mahkemeleri tarafından verilen kararlarda "açık keyfîlik veya bariz takdir hatası" söz konusu olduğunda, kabul edilemezlik kararı vermeden esas incelemesine geçebileceğini ve şartları varsa ihlal kararı verebileceğini savunmaktadır[95].

Burada öncelikle Mahkeme çoğunluğu ile muhalif üyelerin başvurudaki ihlalin sebebinin "açık keyfîlik veya bariz takdir hatası" teşkil edip etmediğinde ihtilafa düştüğü iki karardan bahsederek konuyu incelemek istiyoruz. Birincisinde, rüzgâr enerjisi üretim lisansı almak için başvuru yapan şirketin talebinin reddine dayanak olarak gösterilen yönetmelik maddesi başka şir-

94 Köküsarı, İ. (2021). "'Açık Keyfilik' ve 'Bariz Takdir Hatası' Nedeniyle Adil Yargılanma Hakkının İhlali Meselesi", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 25., S. 2., s. 625 vd.; Gülener, S. (2013). Mukayeseli İnsan Hakları Hukukunda Temyiz Merci Şikâyetlerinin İstisnai Bir Alanı Olarak Keyfilik Kriteri, içinde Sağlam, M., Gülener, S. ve Kaplan, R. (Ed.), *Bireysel Başvuru İncelemeleri I*, Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları, s. 54 vd. Mahkemenin bu konudaki yaygın gerekçesi ve temellendirmesi şu şekildedir: "Açık bir keyfîlik nedeniyle yargılamanın hakkaniyetinin temelden sarsıldığı ve adil yargılama hakkı kapsamındaki usule ilişkin güvencelerin anlamsız hâle geldiği çok istisnai hâllerde, aslında yargılamanın sonucuna ilişkin olan bu durumun bizatihi kendisi usule ilişkin bir güvenceye dönüşmüş olur. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesinin derece mahkemelerinin değerlendirmelerinin usule ilişkin güvenceleri anlamsız hâle getirip getirmediğini ve açık bir keyfîlik nedeniyle yargılamanın hakkaniyetinin temelden sarsılıp sarsılmadığını incelemesi yargılamanın sonucunu değerlendirdiği anlamına gelmez" (*Resumut Enerji A.Ş.*, B. No: 2019/2581, 8/6/2021, § 39).

95 Köküsarı, İ. (2021). s. 626 vd. Bkz. örnek karar için *Mehmet Kösem*, B. No: 2020/3058, 30/3/2022, § 31 vd.

ketlerin dava açması sonucunda iptal edilmiş ve başvurucu şirket, yönetmelik maddesinin iptal edildiğinden bahisle lisans talebinin reddine dair EPDK kararının "yok sayılmasını" idari başvuru ile istemiştir. EPDK'nın sessiz kalması üzerine dava açmış ve ilgili işlem idare mahkemesince iptal edilmiştir. İptal üzerine EPDK şirkete ön lisans vermiş ise de bu esnada istinaf edilen karar BİM tarafından kaldırılmıştır. BİM, gerekçesinde, iptal edilen yönetmelik maddesinin benzeri Kanun'da da yer aldığı için işlemin idare mahkemesince iptalinin hukuka uygun olmadığı sonucuna varmıştır[96]. Başvuruculların da benzer olduğu başka bir bireysel başvuruda, yukarıdaki olayın aynısı söz konusu olmuş ve Danıştayın yönetmeliğin ilgili maddesini iptal etmesi üzerine idare mahkemesi de lisans talebinin reddi işlemini iptal etmiştir. İstinaf sonucunda Bölge İdare Mahkemesi, yukarıdaki olaydaki gerekçesine benzer şekilde iptal edilen yönetmelik hükmünün benzerinin kanunda da olması nedeniyle lisans talebinin reddi işleminin geri alınmasını gerektirecek bir husus olmadığı sonucuna varmış ve ilk derece mahkemesi kararını esastan kaldırmıştır. Bu ikinci başvurudaki BİM'in gerekçesinin ilk karardakinden tek farkı, Kanuni düzenlemede başvurucuya bir aylık süre verildiği noktasındadır[97]. İlk başvuruda, AYM çoğunluğu, BİM'in gerekçesinde yer alan bir aylık sürenin kanunda olmadığı gerekçesiyle açık keyfîlik/bariz takdir hatası olduğu kanaatiyle ihlal kararı vermiştir. İkinci başvuruda BİM, söz konusu 1 aylık süreden bahsetmediği için AYM çoğunluğu açık keyfîlik ve bariz takdir hatası olmadığı gerekçesiyle kabul edilemezlik kararı vermiştir[98]. Yukarıdaki olayı değerlendirdiğimizde, öncelikle ortada açık bir keyfîlik ve bariz takdir hatası olsa idi, çoğunluk ile muhalif üyeler arasında ihtilaf çıkmazdı. Yani bir konu, tartışmalı ve yoruma tabi ise açık keyfîlik ve bariz takdir hatasının varlığı kuşkuludur. Gerçekten de muhalif üyelerin gerekçelerine bakıldığında, 1 aylık sürenin başka bir kanun maddesine dair değerlendirme ile ilgili olduğu anlaşılmaktadır. Bir an için çoğunluk kararının doğru olduğunu ve BİM'in kanunda olmayan bir aylık süre varmış gibi hareket ettiğini varsayarsak bile, iki kararı kıyasladığımızda, 1 aylık sürenin somut olayın çözümü açısından hiçbir etkisinin olmadığı görülmektedir. Zira iptal edilmiş bir yönetmelik hükmüne dayanılarak yapılan bir idari işlem, sonradan iptal edilen hüküm kanuna koyulunca kendiliğinden dirilmez. İlgililerin tekrar kanundaki koşullara göre lisans başvurusu yapması gerekir. Kanundaki sonuçlandırılmamış ve kabul edildiği hâlde kabul kararındaki yükümlülükleri süresi içinde yerine getirmediği için lisans başvurusu reddedilenlere tanınan "önceki başvurularının ön lisans başvurusu olarak addedilme hakkı" dahi başvurucular açısından geçerli değildir. Zira başvuruları, bu şartları taşıyan bir ret işlemiyle

96 *Resumut Enerji A.Ş.*, § 9 vd.
97 *Resumut Enerji A.Ş. ve Didares Rüzgar Enerji Üretim A.Ş.*, B. No: 2019/2302, 26/5/2022, § 6 vd.
98 *Resumut Enerji A.Ş. ve Didares Rüzgar Enerji Üretim A.Ş.*, §§ 52-54.

sonuçlanmamıştır. Özetle, ortada bir açık keyfîlik olup olmadığı tartışmalı, hatta açık keyfîlik olmadığı belli iken böyle bir yola gitmek, açık keyfîlik gibi bir istisnayı tartışmalı kılmıştır. Nitekim başka bir başvuruda da aynı durum söz konusu olmuş çoğunluk ile muhalif üyeler, tavzih kararının kesin hükmü ortadan kaldıran bir yeni hüküm mü yoksa gerçekten tavzih kararı mı olduğu noktasında ihtilafa düşmüş ve sonuçta çoğunluk, tavzih kararını "kesin hükmü ortadan kaldıran yeni bir karar olarak" görmüş ve "açık keyfîlik" tespit etmiştir[99]. Bu başvuruda, başvurucu ile rödavans sözleşmesinin karşı tarafı olan şirket arasındaki uyuşmazlık sonucunda, BAM, sözleşmenin geçerli olduğu gerekçesiyle başvurucunun dava dilekçesindeki kiracılık sıfatının tespitine, müdahalenin menine ve kiralananın başvurucuya teslimine şeklinde karar vermiştir[100]. Fakat maden olarak işletilen ve iadeye konu olan sözleşme konusu sahanın koordinatları kararda belirtilmemiştir. Esasında dosyanın genelinden anlaşılan bu husus, sonradan kararın tavzih edilmesiyle X ve Y noktaları üzerinden koordinatlar belirlenerek, açık hâle getirilmiştir[101]. Muhalif üyeler haklı olarak, ortada açık keyfîlik olmadığı, bilirkişi raporlarında ve ilk derece mahkemesindeki dava dosyasından da anlaşılabilen tavzihe konu bir husus olduğunu, kesin hükmün kaldırılmadığını savunmuştur[102]. Yukarıdaki kararlardan anlaşıldığı gibi, AYM'nin her kurala aykırılığı veya hatalı addedilen değerlendirmeyi değil, açık, bariz, ilk görüşte hemen fark edilen ve mümkün olduğunca üyelerin ittifak ettiği keyfîlik ve takdir hatalarını denetlemesi, kendi içtihadı açısından daha tutarlı olduğu gibi "kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamaz" hükmü için geliştirmiş olduğu istisnanın da gerçekten istisna olduğunu gösterebilir. Bu açıdan aşağıdaki iki örneğin açık keyfîlik/bariz takdir hatası taşıdığını ve ancak bu gibi hususların istisnai olarak incelenmesinin daha yerinde olacağını düşünüyoruz:

Örneğin bir başvuruda, askerlik hizmetini kısa dönem yedek subay olarak yapmış olan başvurucunun, askerlik öncesi dönemdeki tecil edilmiş hapis cezası nedeniyle Millî Savunma Bakanlığının, başvurucuya "askerliğini uzun dönem er olarak yapması" yönünde gönderdiği yazı kapsamında yargılama yapılmıştır. Olayda AYİM, eski TCK'daki ertelemeye ilişkin düzenlemenin uygulanmamasını ve böylece başvurucunun mahkûmiyet nedeniyle uzun dönem er olarak geri kalan hizmetini tamamlamak üzere askere çağrılmasını "askeri mevzuata uygun" bulmuştur. AYM ise haklı olarak olayda, AYİM'in kararda TCK'daki "ertelenmiş cezalar, 5 yıllık bekleme süresi sonunda vaki olmamış gibidir" hükmünü uygulamadığı ve bunun "bariz takdir hatası" teş-

99 *Hbb Mühendislik Alt Yapı İnşaat Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti.* [GK], B. No: 2020/20854, 23/2/2023, § 82 vd.

100 *Hbb Mühendislik Alt Yapı İnşaat Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti.*, § 39 vd.

101 *Hbb Mühendislik Alt Yapı İnşaat Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti.*, § 39 vd.

102 *Hbb Mühendislik Alt Yapı İnşaat Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti.*, Muhalif üyeler Zühtü Arslan, Engin Yıldırım, M. Emin Kuz ve Yusuf Şevki Hakyemez'in karşı oy gerekçeleri.

kil ettiği gerekçesiyle ihlal kararı vermiştir. Her ne kadar AYM, bariz takdir hatası olarak adlandırsa da olayda Eski TCK'nın açık bir hükmünün uygulanmaması da söz konusudur[103].

Son dönemde verdiği kararlarından birinde, Mahkeme, yargılandığı suçtan dolayı hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilen başvurucunun, baro levhasına yazılma isteminin reddedilmesini görüşmüş ve yukarıdaki karara benzer şekilde bariz takdir hatasının varlığı nedeniyle adil yargılanma hakkının ihlali sonucuna varmıştır[104]. AYM bu kararda, CMK ve Avukatlık Kanunu'nun lafzında ve Yargıtayın yerleşmiş içtihatlarında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının mahkûmiyet gibi sonuç doğurmayacağı, yargılanan kişiye askı süresince sanık hükmünde olsa da bu süre bittikten sonra hiç mahkûmiyet almamış gibi muamele edileceğinin sabit olduğu şeklindeki gerekçelerle, açık kanun hükmünden sapan ve bu nedenle öngörülemez olan yorum ve uygulamanın adil yargılanma hakkını ihlal ettiği sonucuna varmıştır[105].

Bu kısmın başlığından da anlaşılacağı üzere, AYM'nin Kanun'un 49. maddesindeki açık ve istisnası bulunmayan bir hükme içtihat yoluyla istisna getirmesi, konumuz açısından açık bir kanun hükmünü uygulamamak olarak görüldüğünde bir hukuki güvenliğe aykırılık teşkil etmektedir. Fakat derece mahkemelerinin "açık keyfîliğe veya bariz takdir hatasına" düşmesi, AYM'nin yaptığını mazur ve masum hâle getirebilir mi? Kanaatimizce, ilk bakışta hukuka aykırı olan bir hareket tarzı, bunu meşrulaştıracak önemli ve yüksek menfaatler karşısında da hukuka aykırı olmaya devam eder. Fakat bu hukuka aykırılık daha önemli bir menfaati koruma gayesiyle meşrulaştırılmaktadır. AYM'nin yukarıdaki hareket tarzında da aynı durum vakidir. Burada, tıpkı ahlak felsefesinde hangi ahlaka aykırılık daha kötü veya iyidir sorusunda olduğu gibi "hangi hukuka aykırılık daha hafiftir veya ağırdır" sorusunu sormak gerekir. Ahlak felsefesinde benimsenen teoriye göre iki ahlaka aykırı fiilin çatışmasına verilen çözüm değişmektedir. Örneğin Kantçı bir deontik etik anlayışında, yalan söyleyerek bir başkasının yaşamını kurtarmak mümkün değildir. Fakat diğer birçok teoride mümkündür[106]. Hukuki açıdan da daha büyük hukuka aykırılıkları önlemek için daha hafiflerine imkân tanıyabilir miyiz?[107] Başka bir denetim mercii veya başka bir şekilde telafisi mümkün de-

103 *Kenan Özteriş*, § 63 vd.

104 *Mehmet Kösem*, B. No: 2020/3058, 30/3/2022, § 9 vd.

105 *Mehmet Kösem*, § 9 vd.; *Gökmen Girgin*, B. No: 2019/4243, 2/11/2022, § 9 vd.

106 Pojman, L. P. ve Fieser, J. (2017). *Ethics: Discovering Right and Wrong*, 8. Baskı, Cengage Learning Center Publication, s. 29-36, 129.

107 Aslında bu konu başlığı ve açık keyfilik konusundaki Mahkemenin hareket tarzı, biraz da Hart, Radbruch ve Fuller tartışmasında geçen "hangi hukuki güvensizlik daha ağır" şeklinde özetlenebilecek ihbarcı eş olayını hatırlatmaktadır. Bu olayda filozofların görüşleri, kocasını dönemin kanunlarına göre Nazi rejimi aleyhine kullandığı sözlerden dolayı ihbar

ğilse[108] kanaatimizce böyle bir araçsal akıl yürütmeye alan açılmalıdır. Bunun en önemli şartı, feda edilen değerin hafif, elde edilen ve korunan hakkın veya menfaatin "önemli ve telafisi mümkün olmayan bir zarar alacak olması"dır.

Mahkeme, alt başlıkta inceleneceği üzere, özellikle mahkemeye erişim hakkı ile ilgili başvurularda dava açma süresi ve başka dava koşulları ile ilgili olarak derece mahkemelerinin katı şekilci yorumunu[109], eğer bu yorum hakkın çatıştığı kamu yararı karşısında hakka aşırı ve dengesiz bir külfet yüklüyorsa, hakkın ihlali olarak görmektedir[110]. Ayrıca kimi kararlarında, hâkimin kanun hükmünü olağan yorum farklılıklarını aşacak şekilde yorumlamasının yol açtığı istikrarsızlığı, kanunilik kapsamında bir hakkın ihlali olarak görebilmektedir. Buna karşılık, dava mahkemesinin bir kanunu veya olayı değerlendirmesine ve yorumlamasına dair iddiaların "açık keyfîlik ve bariz takdir hatasının varlığı hâlleri" dışında incelenemeyeceği noktasındaki içtihadını da devam ettirmektedir. Kısacası Mahkeme, derece mahkemelerinin katı şekilci yorumunu, olağan yorum farklılıklarını aşan yorumlarını ve açık keyfîlik veya bariz takdir hatası içeren yorumlarını inceleme ve değerlendirme konusu yapmaktadır. Özetle, bireysel başvuru ikincil ve olağanüstü bir yol olduğu hâlde, AYM, derece mahkemelerinin kurala dair yorumlarını büyük oranda

---

ederek yargılanmasına sebep olan eşin, savaştan sonra Alman Mahkemeleri tarafından yargılanmasında takip edilen çözüme dairdir. Alman Mahkemeleri ve Radbruch, Nazi döneminin hukukunu, hukuk olma vasfını taşımadığı gerekçesiyle yok sayarak hareket etmiş ve "katlanılamaz derece ahlaka ve adalete aykırı kuralların geçerli olmadığı savını" kabul etmişlerdir. Hart ise, dönemin kötü de olsa hukukunun var olduğunu ve ihbarcı kadının yargılanması için sonradan "geçmişe yürür bir kanun çıkarılarak" sorunun çözülmesi gerektiği önerisinde bulunmuştur. Fuller, Radbruch'a farklı gerekçeyle katılmış ve dönemin hukukunu kötü olduğu için yok saymak yerine "iç ahlakiliği taşımadığı" için hukuk sistemi teşkil etmediğini kabul ederek hareket etmenin daha doğru olduğunu savunmuştur (Akı, E. İ. (2018). "Hart-Fuller Tartışması, Neden Anlaşamıyorlar?", *Ankara Barosu Dergisi*, S. 3., s. 110 vd.).

108 Otantik yorum yapma yetkisi, eskiden "kuralı koyan, onun anlamını da en iyi o bilir" şeklindeki varsayıma dayalı idi ve yasama yorumu (teşrii tefsir) olarak da adlandırılan bir yorum yöntemine kaynaklık etmişti. Fakat, günümüzde, otantik yorum yapma yetkisi "başka bir mercii tarafından denetimi mümkün olmadığı için bir konuda son sözü söyleme yetkisi" olarak algılandığı için, bu mercii 'yaptığı yorum kötü veya hatalı da olsa' bir kuralın nihai yorumunu yapma yetkisini kendinde görmektedir (Endicott, T. (2021). "Otantik Yorum", *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 25., S. 2., s. 220 vd.).

109 Bkz. örneğin *Hasan Demir*, B. No: 2015/17349, 17/7/2018; *Songül Akça ve diğerleri* [GK], B. No: 2015/2401, 19/7/2018, § 41 vd.; *Mehmet Kısa*, B. No: 2015/16176, 3/7/2018; *Veli Özdemir*, B. No: 2015/15674, 3/7/2018.

110 Mahkemenin konuyla ilgili kararlarındaki genel anlayışı şu şekildedir: "Öte yandan mahkemeler, dava açma süresi öngören kanun hükümlerini yorumlarken sınırlamanın istisna olduğu ilkesini gözeterek aşırı şekilcilikten kaçınmalı ve yorum kurallarının imkân verdiği ölçüde davayı ayakta tutma yolunda bir yaklaşım benimsemelidir. Bununla birlikte mahkemelerin sürenin varlık sebebini anlamsız kılma pahasına yorum kurallarının sınırlarını zorlayarak kanunda öngörülen dava açma süresini bertaraf etmesi hukuki güvenlik ve istikrar ilkesinin zedelenmesine neden olabilir. Bu nedenle süreye ilişkin kanun hükümlerinin yorumunda hukuki güvenlik ve istikrar ilkesi ile mahkemeye erişim hakkı arasındaki hassas denge gözetilmelidir" (*Nil Selçuk İncu*, B. No: 2018/12433, 23/2/2022, § 47).

değerlendirme konusu yapmaktadır. Bu durum kendisinin iş yükünü artırsa da adil yargılanma hakkına dair incelemelerin doğası gereği derece mahkemelerinin yorum ve değerlendirmelerinin incelenmesi kaçınılmazdır. Sonuç olarak AYM, ikincillik ilkesi nedeniyle ve süper temyiz mahkemesi iddialarını karşılamak amacıyla, sanki derece mahkemelerinin yorumlarını çok istisnaen incelemeye çalışıyor gibi görünse de yukarıda incelendiği gibi çoğunlukla böyle bir inceleme yaptığı görülmektedir.

V. HAK/ADALET KARŞISINDA HUKUKİ GÜVENLİK: ÇATIŞMA NASIL ÇÖZÜLECEK?

Bu başlık, açık keyfîlik ile ilgili üst başlık ve hukuki güvenlik ilkesinin ölçülülük kriteri içinde bir dengeleme unsuru olarak değerlendirildiği alt başlıktan farklıdır. Zira, açık keyfîlik içerisinde derece mahkemeleri hâkiminin yaptığı açık bir hukuka aykırılık ve bu bağlamda hukuki güvensizlik ihlale sebep olurken bu başlıkta açık bir kuralı dışlamaması yani ona uygun davranması ihlale sebep olmaktadır. Alt başlıktaki ölçülülük bağlamında ele alınan konuda ise somut olayın durumuna göre belirli ağırlıktaki bir hukuka aykırılığın ve bunun doğurduğu hukuki güvensizliğin hak-kamu yararı çatışmasındaki adil dengeyi ne oranda bozduğuna odaklanılmaktadır. Diğer bir deyişle, söz konusu hukuka aykırılık, diğer dengeleme unsurları yanında, hakkın kamu yararı karşısında orantısız ve dengesiz sınırlandırılmasına ve hak sahibine aşırı bir külfet yüklenmesine sebep olmaktadır. Bu başlık biraz da hukuk teorisinde çok tartışılan Radburch'un Nazi dönemi hukukunu adalete katlanılamaz derecede aykırı olduğu için geçersiz saymasını hatırlatmaktadır. Yani temel soru, adalet (hak) ile hukuki güvenlik (kuralın lafzı) çatışırsa[111] hangi şartlarda adaleti tercih edebileceğimizdir. Radbruch, ancak katlanılamaz derecede bir adaletsizlik varsa, kuralın geçersiz olabileceğini savunmuştur[112]. Hukuki güvenlik ile bir hak (adalet) çatışması söz konusu olduğu gibi, kimi zaman da hukuki güvenliğin bir yönü ile bir başka yönü (hukuki güvenlik ile hukuki güvenlik) çatışma içerisinde bulunabilmektedir[113]. Genel

111 Gerçi adaletin gerçek gayesinin hukuki güvenliği temin etmek olduğunu iddia edenler de vardır ki, bazen haklılık payları olduğu vakıalar bulunmaktadır (Bkz. Neuhaus, P. H. (1963). "Legal Certainty versus Equity in the Conflict of Laws", *Law and Contemporary Problems*, C. 28., S. 4., s. 795).

112 Bix, B. (2011). "Radbruch's Formula and Conceptual Analysis", *American Journal of Jurisprudence*, C. 56., s. 46 vd.

113 Bkz. Yargıtayın 9. Dairesi ile 22. Dairesinin birleşmesi sonrasında, 9. Dairenin ilke kararı oluşturarak, 22. Daireden kendisine intikal eden dosyalarda bu dosyalar bitene kadar 22. Dairenin eski görüşüne uygun olarak "belirsiz alacak" içtihadına sürdüreceğini; kendi dosyaları açısından ise 9. Dairenin mevcut görüşü olan "belirli alacak" içtihadına devam edeceğini; buna karşılık 22. Daireden gelen dosyalar bütünüyle karara bağlandıktan sonra ise, gelen bütün dosyalarda kendi görüşü olan belirli alacak görüşüne devam edeceğini karara bağlamıştır. Buna gerekçe olarak ise hukuki belirlilik ve öngörülebilirlik ilkesi ile sürpriz karar verme yasağını göstermiştir. Bu örnekte, mahkeme kararlarında istikrar

olarak haklar veya ilkeler çatıştığında bunlardan hangisinin öncelikli olduğu veya çatışmanın uzlaştırılabilir olup olmadığı, uygulama ve yargılamanın her safhasında yetkili merci tarafından çözüme tabi hususlardandır. Konumuz açısından, bireysel başvuruda mevcut olan bir hak veya ilke çatışmasını çözmek, AYM'nin otantik yorum yetkisine dâhildir. Yani son sözü Mahkeme söylemektedir.

AYM, kimi kararlarında belirli bir anayasal hakka yapılan müdahaleyi katlanılamaz derecede ağır ve orantısız hâle getiren "katı şekilci" uygulama ve yorumları, "açık kanun hükmünün o somut olay açısından dışlanmasını gerektirecek bir husus" olarak görmüş ve kuralın uygulanması bağlamında sağlanacak olan hukuki güvenlik yerine hakkı tercih etmiştir. Burada, böyle bir tercihin sınırı var mıdır veya ilk derece mahkemeleri böyle bir tercihte bulunabilir mi soruları önem arz etmektedir. Öncelikle, belirli bir sınır gözetmeksizin açık hukuki kuralları dışlamak veya uygulamamak, derin bir hukuki güvensizlik doğuracağı için böyle bir uygulamanın katı ve sınırları çizilmiş şartlara bağlanması hukuki güvensizliği hafifletebilir. Nitekim Mahkeme de "hakka ağır, sürekli ve katlanılamaz bir yük" getirme şeklinde bir sınır çizmektedir. Hakka yönelik müdahalenin ağır, sürekli, katlanılamaz ve adil dengeyi bozacak derecede orantısız olduğunu tespit etmek her somut olayın koşullarına göre değişebilecektir. Çoğunlukla hakka yapılan müdahale, bir başka hakkı veya kamusal menfaati korumak için yapılmaktadır. Bu gibi durumlarda, hakka yapılan müdahale orantısız ise çatıştığı hak veya menfaatin orantısız derecede korunduğunu göstermektedir. Diğer bir deyişle, hakka yapılan müdahalenin katlanılamaz duruma gelmesi her somut olayda "açık bir hukuk kuralına uymaktan veya bu kuralı uygulamaktan" kaynaklanmaz. Dahası, hak düşürücü sürenin kaçırılması gibi, hakkın sahibinin ihmali veya hatasından kaynaklanan bir durum olduğunda da bu müdahale katlanılması gereken bir hâle gelebilir. Çünkü çatışan hak veya menfaatlerin dengelenmesi esnasında bir tarafın kusuru, tek başına olmasa da diğer unsurlarla birlikte hak sahibinin aleyhine ağırlığa etki eden bir unsur olabilmektedir. Şunu da belirtelim ki ilk derece mahkemelerinin belirli bir olayda, hak düşürücü dava açma sürenin uygulanmaması ve süre geçtiği hâlde davanın kabul edilmesi gibi açık bir kuralı dışlaması Türk hukuk sisteminde çok mümkün görünmemektedir. AYM'nin konuya dair kararlarında Yargıtayın bile böyle bir şeye teşebbüs etmediği görülmektedir.

---

ile mahkeme kararlarında öngörülebilirlik ilkeleri çatışma içerisindedir. Somut olayda, mahkeme kararlarında öngörülebilirlik çeşitli sebeplerle tercihe şayandır (Bkz. bu sebepler ve konuyla ilgili açıklamalar için Köküsarı, İ. (2022). Hukuki Güvenlik İlkesinin Çatışan İki Alt İlkesinin Dengelenmesi: Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin Belirsiz Alacakla İlgili 2020/7547 K. Sayılı Kararı, içinde *Hukukun Güncel Meseleleri Erzincan Sempozyumu, 10-13 Şubat 2022, Özet Bildiri Kitabı*, s. 23-24).

Yukarıdaki açıklamalardan hareket ederek birkaç örnek kararla konuya açıklık getirmek istiyoruz. AYM'nin bir kararında, satın almış olduğu arazi üzerinde bulunan "fazlaya dair kısım Hazineye aittir" şerhine karşı, dava açma süresi geçmesi nedeniyle terkin davası açılamaması, bu şerhten kaynaklı olarak mülkiyet hakkının ömür boyu sınırlandırılması olarak görülmüştür. Malik bu araziyi satmak istediğinde düşük fiyata satmak durumunda kalabileceği gibi yeni malik de bu yükü çekmeye devam edecektir. Bu durumda, şerhin varlığındaki kamu yararı[114] mülkiyet hakkının sınırlandırılması için bir meşru amaç teşkil etmekle birlikte, bu ikisi arasındaki denge, hak üzerine yüklenen yükün "süresi" nedeniyle bozulmaktadır[115]. Hak düşürücü sürenin koruduğu hukuki güvenlik katı bir şekilde algılandığında, başvurucu, ilelebet "gerçekten fazlalık olup olmadığını anlayacak ve varsa bunun Hazineye devrini sağlayacak" bir yoldan mahrum bırakılarak, taşınmazını yükten arındırma hakkına sahip olamamaktadır. Kanaatimizce, kararda, müdahalenin sürekliliği nedeniyle, mülkiyet hakkına daha fazla ağırlık verilmesi yerinde olmuştur.

Başka bir başvuruda ise başvurucu eş, boşanma davası sırasında çocukları ile birlikte oturmakta oldukları evin aile konutu olduğunu iddia ederek, eşinin alacaklılarının ev üzerine koydukları hacze itiraz etmiştir. Bu itiraz, taraf sıfatı olmadığı için icra mahkemesince reddedilmiştir. Bunun üzerine icra dairesi taşınmazı ihale usulü ile bilirkişice tespit edilen fiyatın yarısına ihale etmiş ve alacaklılar alacağını tahsil etmişlerdir. Başvurucu söz konusu ihalenin usulsüz ve bütünüyle hukuka aykırı yapıldığını iddia ederek ihalenin feshini talep etmişse de icra mahkemesi bu talebi usulsüzlük olmadığı gerekçesiyle reddetmiş ve başvurucu aleyhine %10 (175.800 TL) icra inkâr tazminatına hükmetmiştir. Konuyu inceleyen AYM, aile konutu bağlamında özel hayata saygı hakkını ele almış ise de icra mahkemelerinin alacağın esası ve aile konutu ile ilgili kanunen inceleme yetkisinin olmadığı gerekçesiyle ihlal olmadığı sonucuna varmıştır. Adil yargılanma hakkı açısından ise, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'ndaki %10 oranında icra inkâr tazminatına hükmedilmesine yönelik açık hükmün[116] koruduğu kamu yararı ile, bu hükmün uygulanması nedeniyle başvurucunun hakkının üzerine yüklenen külfeti tartmıştır. Özetle, hukuki güvenlik ilkesi ile geniş manada adalet ve hakkaniyeti tartmış, somut olay açısından başvurucu aleyhine hükmedilen tazminatın miktarının yüksekliğini ve başvurucunun aile konutunu kaybetmemek için iyi niyetle verdiği hukuki mücadeleyi de dikkate alarak, hakkı ve adaleti tercih etmiştir[117].

114 Çünkü şerhteki "fazlaya dair kısım Hazineye aittir" ibaresi, kamu yararını potansiyel olarak barındırmaktadır.

115 Bkz. *Fahrettin Çakıroğlu ve Saime Çakıroğlu*, B. No: 2016/12574, 25/9/2019, § 56.

116 İİK m. 134'ün ilgili kısmı: "…Talebin reddine karar verilmesi halinde icra mahkemesi davacıyı feshi istenilen ihale bedelinin yüzde onu oranında para cezasına mahkûm eder. Ancak işin esasına girilmemesi nedeniyle talebin reddi hâlinde para cezasına hükmolunamaz".

117 Mahkemenin gerekçesindeki kritik kısım şu şekildedir: "Öte yandan 2004 sayılı Kanun'un 134. Maddesinin (2) numaralı fıkrasında öngörülen para cezası ihalenin feshi isteğinin esastan reddedilmesi hâlinde doğrudan uygulanmaktadır. Kanun'da herhangi bir üst sınır

VI. ÖLÇÜLÜLÜK İÇERİSİNDE ADİL DENGEYİ BOZAN BİR UNSUR OLARAK HUKUKİ GÜVENLİĞE AYKIRILIK

Mahkeme kimi hâllerde yargısal veya idari makamların sebep olduğu hukuki güvensizliğin bireyin hakkı üzerinde ölçüsüz ve orantısız bir yük oluşturduğu gerekçesiyle, hukuki güvenliği ölçülülük ile ilişkilendirmiştir. Yani hukuki güvenliğe aykırılık, bireyin hakkına kamu yararını korumak gayesi dışında bir müdahaleye sebep olmaktadır. Örneğin bazı kararlarda, yerel mahkemenin istinaf veya temyiz sürelerini[118] veya sürenin başlangıcını[119] hatalı göstermesi ve buna güvenen tarafların temyiz veya istinaf başvurularının sürenin dolması gerekçesiyle reddedilmesi, mahkemeye erişim hakkının ihlali olarak görülmüş ve ihlalin sebebi olarak yargının yaptığı hatanın doğurduğu hukuki güvensizlik gösterilmiştir. Daha açık bir deyişle, mahkemelerin kanundaki süre kuralını hatalı uygulaması ve bu hataya dayanılarak yapılan taraf işlemlerine güvenin boşa çıkarılması, bireyin hakkının orantısız bir şekilde sınırlandırılmasına sebep olmuştur[120]. Aslında, bu gibi durumlarda çoğunlukla iki ayrı hukuki güvenlik sorunu çatışma içerisindedir. Zira dava açma süreleri AYM'nin de birçok kararında belirttiği gibi hukuki güvenlik ve istikrarın tesis edeceği kamu yararı amacıyla koyulmaktadır. Buna karşılık, hukuki güvenliği sağlamaya yönelik bir süre kuralının hatalı uygulanmasına güvenilerek işlem yapılmasının "üst yargı makamlarınca korunmaması" da bir hukuki güvenlik sorunu doğurmaktadır. Eğer, tarafların hukuka aykırı mahkeme işlemine olan güveni, sürelerin koyulmasındaki hukuki güvenlik ve kamu yararı karşısında, dengesiz ve orantısız bir sınırlamaya sebep oluyorsa ihlal kararı verilebilmektedir[121].

öngörülmediği gibi derece mahkemelerinin somut durumun özelliklerini gözönünde tutmasını temin edecek bir esnekliğin sağlanmadığı ve hâkime herhangi bir takdir yetkisi tanınmadığı görülmektedir. Bu durum somut olay bakımından aile konutu iddiasını daha önceki safhalarda dava konusu etme imkânı ve herhangi bir geliri bulunmayan başvurucuya ülke şartlarına göre oldukça yüksek olan 175.800 TL para cezası uygulanması sonucunu doğurmuştur" (*Yıldız Eker* [GK], B. No: 2015/18872, 22/11/2018, § 75) .

118 *Medet Becerek ve diğerleri*, B. No: 2019/20, 24/11/2021, § 10 vd.

119 *Aydın Öztürk*, B. No: 2018/34309, 27/1/2021, §§ 42-46; *Tolgahan Orhon*, B. No: 2015/11349, 14/11/2018, §§ 50-54; *Ali Bekdemir ve diğerleri*, B. No: 2018/25694, 24/11/2021, §§ 34-35. Örneğin Ali Bekdemir ve diğerleri kararında, sürenin başlangıcının karar tebliğ edilmediği halde tefhimden başlatılması ve usul kanunlarında gerekçeli karar yazılmadan temyiz sebeplerinin ve gerekçelerinin sunulmasının mümkün olmaması nedeniyle mahkemenin kuralı yorumu öngörülemez bulunmuş ve mahkemeye erişim hakkına ölçüsüz müdahale olarak görülmüştür (*Ali Bekdemir ve diğerleri*, § 35). Bir başvuruda, başvurucunun babalık davası ile ilgili dilekçesindeki hususları, yerel mahkemenin "soybağının reddini de içerecek şekilde yorumlayarak iki ayrı dava olarak görmek ve sonradan tefrik ederek yargılama yapmak" yerine, babalık davasının karara bağlanması için öncelikle soybağının reddi davası açılması gerekir şeklindeki gerekçeyle davayı reddetmesi ve sonradan açılan soybağının reddi davasını da hak düşürücü süre geçtiği için reddetmesi, hak lehine, koruyucu ve kolaylaştırıcı bir uygulama olmadığı için hakka orantısız müdahale olarak görülmüştür (*Feride Gökvardar*, B. No: 2016/72747, 2/12/2020, §§ 53-68).

120 *Müzeyyen Gülçe ve diğerleri*, B. No: 2019/15693, 19/1/2022, §§ 41-47.

121 Bkz. örneğin bir başvuruda çok sayıda başvurucu, BAM'ın 8 günlük temyiz süresini 15

Bir kararda, başvurucu, Mehmetçik Vakfı tarafından maluliyet sebebiyle kendisine bağlanan sürekli yardımın aradan 16 yıl geçtikten sonra aksine bilirkişi raporu almaksızın ve gerekçesiz bir şekilde Vakıf tarafından reddedilmesinin mülkiyet hakkını ihlal ettiğini iddia etmiştir. Mahkeme çoğunluğu, söz konusu uygulamayı bireyin hakkı ile kamu yararı arasında adil denge ve ölçülülük bağlamında incelemiş ve hukuki güvenlik ilkesine açıkça aykırı olan bu işlemin başvurucunun hakkı ile Vakfın güttüğü kamu yararı arasındaki adil dengeyi bozduğu ve hakka aşırı bir külfet yüklediği gerekçesiyle mülkiyet hakkının ihlali olarak görmüştür[122].

Bir kanuni düzenlemedeki belirsizlik veya kanuni düzenlemenin istikrarsız bir şekilde uygulanması nedeniyle ortaya çıkan "kanunilik kriterine" aykırılık, tek başına bir hakkın ihlaline sebep teşkil etmeyerek, ayrıca bu aykırılığın hakka ölçüsüz bir müdahaleye yol açıp açmadığını tartışmak gerekir mi? O zaman hafif kanuna aykırılık-ağır kanuna aykırılık gibi bir ayrım yaparak kimi aykırılıkları kamu yararı vb. amaçlarla görmezden gelebilme, kimisini ise hakka aşırı müdahalede bulunmaya yol açtığı için ölçüsüz görüp ihlal sonucuna varmak gibi bir durum ortaya çıkmaktadır. Örneğin bir başvuruda, başvurucu, boşanma davasında davalı eşin avukatının yargılamanın bir aşamasından sonra vekilliği bıraktığı ve davalı asil olarak davaya devam ettiği hâlde reddedilen dava miktarı kadarlık kısım için davacı aleyhine vekâlet ücretine hükmedilmesinin adil yargılanma hakkını ihlal ettiğini iddia etmiştir. AYM, konuyla ilgili HMK'da açık bir düzenleme olmadığı gibi Yargıtay uygulamasında da içtihat istikrarsızlığının bulunduğunu tespit etmiş, fakat kanunilik kriterine aykırılık gerekçesiyle bir hakkın ihlaline veya başvurucunun konuyla ilgili temyiz yolundaki iddialarının gerekçesiz reddedilmesini gerekçeli karar hakkının ihlaline karar vermemiş, mahkemeye erişim hakkı bağlamında "ölçülülük kriteri" içerisinde söz konusu hukuki güvenliğe ve kurala aykırılığın adil dengeyi bozup bozmadığını incelemiştir. Bu kriter altında inceleme yaptığı için ayrıca bir taraf aleyhine vekâlet ücretine hükmedilmesini zorlama bir kamu yararı kavramı içerisine de sokmaya çalışmıştır[123].

Adalete aşırı derecede aykırı bir kanuni düzenleme söz konusu olduğunda, AYM'nin tabiriyle bir kuralın lafzı veya yorumu bireyin hakkına korunan kamu yararı karşısında adil olmayan aşırı bir yük getiriyorsa, bir nevi hukuki

---

gün göstermesine güvenerek temyiz yoluna bu süre içerisinde başvurmuşsa da Yargıtay bütün başvuruları süreye uymadığı gerekçesiyle reddetmiş, yani kararı onamıştır. AYM ise haklı olarak "kanun yoluna başvuru süresinin Bölge Adliye Mahkemeleri tarafından hatalı gösterilmesinin sonuçlarına katlanmak zorunda bırakılan başvurucuların üzerinde, Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin yorumunun ağır bir yüke sebep olduğu, başvurucuların katlanmak zorunda kaldığı külfetin hedeflenen meşru amaçla orantısız olduğu, dolayısıyla müdahalenin ölçülü olmadığı sonucuna" ulaşmıştır (*Medet Becerek ve diğerleri*, § 10 vd.).

122 *Kemal Kılıç*, §§ 73-74.

123 *Zeynep Aysu Kan* [GK], B. No: 2019/11785, 14/9/2023, § 46 vd.

güvenlik karşısında adaleti (hakkı), Dworkin'in teorisi bağlamında[124] kanun karşısında ilkeyi tercih etmiş olmaktadır. Bu husus bir üst başlıkta ele alınmış olsa da bir yönüyle ölçülülük ilkesini de ilgilendirmektedir.

SONUÇ

Mahkeme prensip olarak hukuki güvenlik ve bu ilkenin belirlilik ve öngörülebilirlik şeklindeki (bize göre hukuki istikrar da dâhil) ilkelerini şeklî anlamda hukuk devletinin bir unsuru olarak görmektedir. Bununla birlikte, özellikle hukuki güvenlik ve alt ilkelerine aykırılık yoluyla hakka yapılan müdahalenin çatışan yararlar arasındaki adil dengeyi bozup bozmadığında dikkate alınması, bu ilkenin belirli oranda maddi anlamda hukuk devletine doğru kaydırıldığını göstermektedir. Zira, Mahkemenin çeşitli kararlarında ifade ettiği gibi hukuki güvenlik ilkesi bütün haklara şamil bir ilke ise ve özellikle haklara yapılan müdahalenin orantılı olup olmadığında dikkate alınıyorsa, o zaman insan haklarının korunmasına hizmet ettiği ölçüde maddi hukuk devletinin bir parçası olarak da görülebilecektir.

Mahkemenin norm denetimi yolunda olduğu gibi bireysel başvuru yolunda da hukuki güvenlik ilkesinin ve bu ilkenin hukuki belirlilik ve hukuki öngörülebilirlik gibi alt ilkelerini gittikçe daha fazla kullanmaya başlaması, iki şeyin göstergesi olabilir: Ya bu ilkeye ülkemizde ve mahkeme kararlarında çok fazla ehemmiyet verilmekte ve pratize edilmeye çalışılmaktadır ya da bu ilke ile ilgili kuralların yapımı ve uygulanması bağlamında çok fazla sorun var demektir. Sanki, ülkemizde bunlardan ikincisi daha fazla ön plana çıkmaktadır. Zira Mahkeme önündeki on binleri bulan başvurularla hukuki güvenlik sorununu da içine alan hakların korunması gibi meselelerle boğuşurken, aynı zamanda "kararların objektif etkisini savunmak gibi aykırı görülebilecek yöntemlerle" diğer yargı mercilerine kendisini bu yoğunluktan ve külfetten kurtaracak önerilerinde bulunmaktadır. Biz öyle ya da böyle, Mahkemenin hukuki güvenlik ve onun alt ilkelerine verdiği önemin alt mahkemelerce de kavranması gerektiğine inanıyoruz. Fakat bu çok uzun zaman alacağa benziyor.

Mahkeme, adil yargılanma hakkı açısından kanunilik/hukukilik kriteri altında, kanuni dayanağı hiçe sayan, anlamsız kılan bir keyfîlik veya takdir hatası olmadığı sürece, derece mahkemelerinin olayı değerlendirmesine ve kuralı yorumlamasına müdahale etmeyeceğini vurgulasa da zaman zaman söz konusu istisnai durumların varlığı olmaksızın da "kuralın öngörülemez şekilde yorumlanması vb." adlarla derece mahkemelerinin yorumuna müda-

124 Demirdal, M. B. (2014). "Ronald Dworkin'in Hukuk Teorisi Işığında Yargıçların Rolü", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* C. XVIII., S. 3-4., s. 807 vd.

hale etmektedir. Açık keyfîlik veya bariz takdir hatası içeren bir yorum veya uygulama söz konusu olduğunda ise temyiz mahkemesinin yerine geçerek değerlendirme yapmak zorunda kaldığını kendisi ifade etmektedir.

KAYNAKÇA

AKKAŞ, Ahmet Hulusi (2016). *Ceza Muhakemesi Bağlamında Yargı Mercileri Kararlarının Birbiri Üzerindeki Etkisi*, Ankara: Adalet Yayınevi.

AKI, E. İrem (2018). "Hart-Fuller Tartışması, Neden Anlaşamıyorlar?", *Ankara Barosu Dergisi*, S. 3., ss. 105-150.

ARIKAN, Abdullah (2021). "Vergi Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesi", *Doktora Tezi*, Trabzon: Trabzon Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, (Danışman: Doç. Dr. Recep Narter).

BIX, Brian (2011). "Radbruch's Formula and Conceptual Analysis", *American Journal of Jurisprudence*, C. 56., ss. 45-57.

BOZ, Selman Sacit (2017). "İdare Hukukunda Haklı Beklentinin Korunması", *Doktora Tezi*, Konya: Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Danışman: Yrd. Doç. Dr. Ahmet Ziya Çalışkan).

ÇAĞLAR, Selda (2013). *Hukuk Devletinin Hukuki Belirlilik İlkesi Üzerinden Değerlendirilmesi*, İstanbul: Beta Yayınevi.

ÇAĞLAYAN, Ramazan (2023). "Ölçme, Seçme ve Yerleştirme Merkezi Başkanlığının Eşdeğer Sınava Çağırma Yetkisi Üzerine Mülâhazalar", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XXVII., S. 3., ss. 193-228.

ÇAPTUĞ, Mehpare (2020). *İdari Usul Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesi*, Ankara: Seçkin Yayınevi.

ENDICOTT, Timothy (2021). "Otantik Yorum", *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 25., S. 2., ss. 211-236.

ERCEVAHİR, Mine (2023). "Medenî Usûl Hukukunda Usûlî Müktesep Hak", *Yüksek Lisans Tezi*, Bursa: Bursa Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Danışman: Dr. Öğr. Üyesi Emine Gökçe Karabel).

DEMİRDAL, M. Balkan (2014). "Ronald Dworkin'in Hukuk Teorisi Işığında Yargıçların Rolü", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XVII.I, S. 3-4., ss. 789-820.

DÖNER, Ayhan (2022). *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınevi.

GÖZLER, Kemal (2017). *Hukuka Giriş*, Bursa: Ekin Yayınevi.

GÜLENER, Serdar (2013). Mukayeseli İnsan Hakları Hukukunda Temyiz Merci Şikâyetlerinin İstisnai Bir Alanı Olarak Keyfilik Kriteri, içinde Sağlam, Musa, Gülener, Serdar ve Kaplan, Recep (Ed.), *Bireysel Başvuru İncelemeleri I* (ss. 53-83), Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları.

KESKİN, Bayram ve YAĞCI, Zühal (2018). "Türk İdare Hukukunda Hukukî Güvenlik İlkesinin Uygulanması", *Terazi Hukuk Dergisi,* C. 13., S. 148., ss. 56-74.

KÖKÜSARI, İsmail (2015). *Anayasa Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesi*, Ankara: Adalet Yayınevi.

KÖKÜSARI, İsmail (2021). "'Açık Keyfilik' ve 'Bariz Takdir Hatası' Nedeniyle Adil Yargılanma Hakkının İhlali Meselesi", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 25., S. 2., ss. 623-667.

KÖKÜSARI, İsmail (2022). Hukuki Güvenlik İlkesinin Çatışan İki Alt İlkesinin Dengelenmesi: Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin Belirsiz Alacakla İlgili 2020/7547 K. Sayılı Kararı, içinde *Hukukun Güncel Meseleleri Erzincan Sempozyumu, 10-13 Şubat 2022, Özet Bildiri Kitabı*.

KÖKSOY, Murat (2018). *İcra Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesi*, Ankara: Adalet Yayınevi.

NEUHAUS, Paul Heinrich (1963). "Legal Certainty versus Equity in the Conflict of Laws", *Law and Contemporary Problems*, C. 28., S. 4., ss. 795-807.

ÖZDEMİR, Selman (2021). "İdarî İşlemin Geri Alınmasında, İçtihadı Birleştirme Kurulu Kararlarının İdarî Yargı Pratiğindeki Uygulanışına Dair Bir Değerlendirme", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 29., S. 2., ss. 1383-1434.

POPELIER, Patricia (2008). "Five Paradoxes on Legal Certainty and the Lawmaker", *Legisprudence*, C. 2., S. 1., ss. 47-66.

POJMAN, Louis P. ve FIESER, James (2017). *Ethics: Discovering Right and Wrong*, 8. Baskı, Cengage Learning Center Publication.

YILMAZ, Harun (2019). "Türk İdare Hukukunda İdari İstikrar İlkesi", *Doktora Tezi*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Tez Danışmanı Prof. Dr. Melikşah Yasin).

Doç. Dr. Tolga ŞİRİN
(Marmara Üniversitesi Öğretim Üyesi)

ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARINA GÖRE CEZA MUHAKEMESİNDE TANIK SORGULAMA HAKKI*

ÖZET

Tanık sorgulama hakkı hem Anayasa'da hem de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde adil yargılanma hakkı bünyesinde kavranan bir güvencedir. Anayasa Mahkemesi bu temel hakkı, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi içtihatlarından ilhamla "üç aşamalı bir test" uygulayarak incelemektedir. Bu teste göre tanığın duruşmada hazır bulundurulmaması söz konusu olduğunda (i) geçerli bir sebep olup olmadığı, (ii) tanık beyanlarının tek veya belirleyici delil olup olmadığı ve (iii) telafi edici güvencelerin mevcut olup olmadığı incelenmektedir. İki mahkemenin yaklaşımı arasında büyük ölçüde koşutluk olsa da Anayasa Mahkemesinin denetiminde bazı kendine özgü noktalar vardır. Makalenin yazarı, bir yandan bu içtihadı tüketici biçimde serimlerken diğer yandan üç aşamalı testin "geçerli sebep" aşamasında kanunilik incelemesi yapılması gerektiği savını ortaya atmaktadır. Bunu Anayasa'nın 13'üncü maddesinin bir gereği olarak gören yazar, özellikle milletvekili dokunulmazlıklarının kapsamının ve sınırlarının belirsiz olmasının, bu bağlamda özel olarak Anayasa'ya aykırılık yarattığını ileri sürmektedir.

Anahtar Sözcükler: Tanık sorgulama, SEGBİS, üç aşamalı test, Şerafettin Can Atalay kararı, Anayasa Mahkemesi.

* Bu makale hakem denetiminden geçmiştir.

Prof. Dr. Zühtü Arslan'a Armağan

THE RIGHT TO QUESTION WITNESSES IN CRIMINAL PROCEEDINGS UNDER THE CASE-LAW OF THE TURKISH CONSTITUTIONAL COURT

ABSTRACT

The right to examine witnesses is a guarantee recognised under both the Turkish Constitution and the European Convention on Human Rights as a component of the right to a fair trial. The Constitutional Court analyses this fundamental right by applying a "three-stage test" inspired by the case law of the European Court of Human Rights. According to the test, when a witness is not present at the hearing, it is examined (i) whether there is a valid reason for the absence, (ii) whether the witness statements are the sole or decisive evidence, and (iii) whether compensatory safeguards are available. Although there is a large degree of parallelism between the approach of the two courts, there are some peculiarities in the Constitutional Court's review. The author argues that legality (in formal sense) should be reviewed/addressed at the "valid reason" stage of the three-step test. The author, who sees this matter as a requirement of Article 13 of the Constitution, argues that the ambiguity of the scope and limits of parliamentary immunities in particular constitutes a violation of the Constitution in this context.

Keywords: Witness examination, SEGBİS, three-stage test, Şerafettin Can Atalay judgement, Constitutional Court.

GİRİŞ

Tanık sorgulama hakkı, sanığın aleyhine olan tanıkları sorguya çekme veya çektirme, lehine olan tanıkların da aleyhine olan tanıklarla aynı koşullar altında davet edilmelerinin ve sorgulanmalarını sağlanmasını isteme güvencesini ifade eder.[1] Bu hak, sanık hakkında gerçekleştirilen ceza yargılaması sürecinde, sanığın tanıklara[2] soru yöneltebilmesi, onlarla yüzleşebilmesi ve tanık beyanlarının doğruluğunu sınama ve tanığın kim olduğunu bilme imkânına sahip olmasını sağlar[3]. Anayasa Mahkemesine (AYM veya Mahkeme) göre bu hak, mutlak değildir:

> *"Makul gerekçelerle getirilen kısıtlamalar, kimi zaman başvurucunun iddia tanıklarına soru sorabilme ve onlarla yüzleşme imkânını da ortadan kaldırabilmektedir. Diğer yandan bir mahkûmiyet -sadece veya belirleyici ölçüde- sanığın soruşturma veya yargılama aşamasında sorgulama veya sorgulatma imkânı bulamadığı bir kimse tarafından verilen ifadelere dayandırılmış ise sanığın hakları Anayasa'nın 36. maddesindeki güvencelerle bağdaşmayacak ölçüde kısıtlanmış olur."*[4]

Mahkeme bu belirlemesinden hareketle, böylesi sınırlamaların Anayasa'ya uygunluğunu denetlemek için (kendi ifadesiyle) "üç aşamalı test" uygulamaktadır[5]. Bu testin ilk adımı, tanığın duruşmada hazır edilmemesi için geçerli bir nedenin mevcut olup olmadığı incelemesidir. Testin ikinci adımında ise Mahkeme, duruşmada okunmasıyla yetinilen tanık beyanlarının derece mahkemesini hükme götüren "tek ya da belirleyici" kanıt olup olmadığını

1 Bu çalışmada "gizli tanık" bahsi inceleme dışı bırakılmıştır. Keza, bu çalışmada İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (İHAM) kararlarının üzerinde durulmayacaktır. Konunun Anayasa Mahkemesinin de esin kaynağı olan İHAM içtihatlarının da kapsamlı biçimde incelenmesi yoluyla ele alındığı değerli bir monografi için bkz. Yıldırım, A. (2023). *Anayasal Düzeyde Bir Güvence Olarak Ceza Muhakemesinde Tanık Sorgulama Hakkı*, Ankara: Seçkin Yayınları. Ayrıca, bu hakka değinen çok sayıda çalışma içinde özellikle bkz. İnceoğlu, S. (2018). *Adil Yargılanma Hakkı*, Ankara: Avrupa Konseyi Yayınları, s. 341-365. Keza bkz. İnceoğlu, S. (2013). *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı*, İstanbul: Beta Yayınları; Taner, F. G. (2019). *Ceza Muhakemesi Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Çelişme ve Silahların Eşitliği*, Ankara: Seçkin Yayınları, s. 391-426.

2 Burada ifade edilen tanık kavramı "özerk" bir anlam taşır. Bu nedenle suç ortakları, suçtan zarar gören/mağdur/katılan, gizli soruşturmacı, gizli soruşturma yapan kolluk görevlisi/bilgi veren, kışkırtıcı ajan veya bilirkişi için de uygulama bulabilir. Yıldırım, A. (2023). s. 174-203.

3 *Ali Rıza Telek*, B. No: 2013/2630, 30/12/2014, § 38.

4 *Atila Oğuz Boyalı*, B. No: 2013/99, 20/3/2014, §§ 34-56; *AZ. M.*, B. No: 2013/560, 16/4/2015, §§ 46-67; *Levent Yanlık*, B. No: 2013/1189, 18/11/2015, §§ 67-76; *İsmet Özkorul*, B. No: 2013/7582, 11/12/2014, §§ 44-45. Söz konusu belirleme üç aşamalı testten önce yapılmıştır.

5 *Orhan Güleryüz*, B. No: 2019/30221, 28/12/2021, § 36. Söz konusu test, bazı erken dönem kararlarda, "yeterli karşı dengeleyici güvencelerin varlığı" şeklindeki üçüncü adımın olmadığı "iki aşamalı test" olarak ifade edilmektedir. *Abdurrahim Balur*, B. No: 2013/5467, 7/1/2016, § 80. Bu içtihadın İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi kararlarındaki evrimi için bkz. Yıldırım, A. (2023). s. 203-233.

incelemektedir[6]. AYM uygulamasında[7] bu iki inceleme birbirine alternatif görünmektedir. Birinin mevcut olması diğerinin de mevcut olmasına garanti teşkil etmez. Nitekim AYM'ye göre:

> *"(…) Tek veya yegâne ispat unsuru olmasa dahi ifadesi hükme esas alınan bir tanığın geçerli bir neden olmaksızın duruşmada dinlenmemesi tek başına adil yargılanma hakkına aykırılık oluşturabilir. Kamu makamları bu nedenle ifadesi hükme dayanak yapılacak tanıkların duruşmada hazır edilmesi için makul bir çaba sergileme yükümlülüğü altındadır."*[8]

Bunlardan başka, bir de üçüncü adımdan bahsedilebilir. AYM'nin ilk dönem içtihatlarında bulunmayan bu adımda sınanmayan beyanların kullanılmasından dolayı savunma tarafının karşılaştığı sınırlamayı telafi eden dengeleyici güvencelerin başvurucuya tanınıp tanınmadığı incelenmektedir[9].

Kanımızca bu üç aşamalı test, Anayasa'nın 13'üncü maddesinden türetilen ve diğer temel haklar için de uygulanan (i) "kanunilik", (ii) "meşru amaç" ve (iii) "ölçülülük" incelemesinin bu hak özelindeki tezahürleri sayılabilir. Gerçi bunlardan "*meşru amaç*" incelemesinin tanık sorgulama hakkında göz ardı edildiği veya verili olarak karşılandığı düşünülebilir. Şöyle ki bu sınırlamadaki amaçlar Anayasa'da açıkça yazılı değildir. Fakat bu sınırlama için usul ekonomisinin gerekleri veya makul sürede yargılanma hakkı ile yaşlı, hasta vb. kişilerin temel haklarının korunması gibi Anayasa'da veya kanunda cisimleşen çeşitli amaçların mevcut olduğu pekâlâ söylenebilir.

Kanunilik incelemesinin bu hak bağlamındaki karşılığı, kanımızca öncelikle "geçerli neden testi"dir. Bilindiği gibi bireysel başvuru usulünde kanunilik incelemesi, bir temel hak sınırlamasının öngörülebilir ve ulaşılabilir bir kanuna dayanması ve kanuna aykırı olmaması kuralının denetimini ifade eder. Geçerli nedenlerin şeklî anlamda bir kanuni dayanağı yoksa kanımızca bu eksiklik, temel haklara dönük müdahalenin kanunla yapılması gerektiğine ilişkin kurala aykırılık yaratır.

---

6 *Abdurrahim Balur*, § 80.

7 İHAM uygulamasında bu adımların (i) alternatif, (ii) kümülatif, (iii) karma biçimde uygulandığı örnekler vardır. *Alternatif* uygulamada, örneğin ilk adımda ihlal bulunması hâlinde ikinci veya üçüncü adıma geçilmemekte; *kümülatif* uygulamada ise ilk adımda ihlal bulunsa dahi bir de diğer adımlar yönünden inceleme yapılmaktadır. *Karma* uygulamada, testin ilk iki adımındaki soruların yanıtlanması durumunda üç adımının da inceleme tabi tutulması gerekir. Bunların üçünün de bir bütün olarak hakkaniyete uygun olup olmadığı tespit etmeye çalışılır ve belli bir adımın ağırlık kazandığı yerde inceleme o adım yönünden öne çıkar. Bu konudaki içtihadi gelişim ve kategoriler için bkz. Yıldırım, A. (2023). s. 233-236.

8 *Abdurrahim Balur*, § 81. Bu yaklaşımın üçlüş teste geçildikten sonra hâlâ uygulanıp uygulanmadığı kuşkuludur.

9 *Orhan Güleryüz*, § 39.

Ölçülülük incelemesi bu hak bağlamındaki karşılığı, "tek veya belirleyici delil testi" ve "telafi edici veya dengeleyici güvenceler testi" olmaktadır. Nitekim, AYM bu adımlarda, aslında sanığın tanık sorgulama imkânına dönük hakkının sınırlandırılmasının, uyulan kanun ve gözetilen meşru amaçlar itibarıyla makul görülüp görülmeyeceğini incelemektedir. Bilindiği gibi ölçülülük ilkesi, bünyesinde elverişlilik, gereklilik ve orantılılık öğelerini içerir. Davada tek veya belirleyici bir delil testi bir bakıma sınırlamanın gerekli olup olmadığına dair bir incelemeyi yansıtır gibidir. Telafi edici veya dengeleyici güvenceler testi ise bir bakıma kanuni dayanağı olan ve müdahalesi gerekli sayılabilecek sınırlamanın aşırılığa kaçmaması, hakkın özünün korunması için bir orantının korunup korunması (orantılılık) incelemesini yansıtır.

Bu genel açıklamalardan sonra şimdi bu üç aşamalı testin adımlarını incelemeye geçebiliriz.

I. GEÇERLİ NEDEN

Geçerli neden testi, ismiyle müsemma olduğu üzere tanığın sorgulanmamasının itibar edilebilir bir sebebinin olup olmadığı incelemesidir. Bu inceleme önceliklidir[10]. Gözlemleyebildiğimiz kadarıyla Anayasa Mahkemesi, bu bağlamda, tanığın duruşmaya getirilmemesi veya Ses ve Görüntü Bilişim Sistemi (SEGBİS) vb. araçlarla da olsa dinlenmemesinin (a) şekli anlamda kanuna uygunluğunu ve meri hukukun (b) keyfî biçimde uygulanıp uygulanmadığını denetlemektedir. Bu ikincisi aslında kanunun kalitesi (*quality of law*) bağlamında keyfîliğe karşı koruyucular (*safeguards*) denetimi yapmak gibidir[11]. AYM, bunu kâğıt üzerinden şeklen değil, geniş anlamada uygulama ile birleşik incelemektir.

A. Kanuna Uygunluk

Bir sanığın, tanığın duruşmada sorgulama olanağına dair başlıca kanun Ceza Muhakemesi Kanunu'dur (CMK). Türk ceza muhakemesi hukukunda tanık gösterilen bir kişinin duruşmaya çağrılıp dinlenmesi asıl, başka yerde dinlenmesi veya dinlenmemesi ise istisnadır. İstisnalar dar yorumlanır. Bu nedenle kanunda açıkça yazılı olmayan istisnalar türetilmemeli, mevcut istisnalar da yorum yoluyla genişletilmemelidir.

10 Buradaki "öncelik" kavramı zamanlar olarak bir önceliğe ve derece mahkemelerinin yapacağı işlemlere karşılık gelmektedir. Yıldırım, A. (2023). s. 239.

11 Şirin, T. (2019). *Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda Kanun Kavramı*, İstanbul: On İki Levha Yayınları, s. 571-577; Yıldırım, A. (2022). "Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Anayasal Bir Güvence Olarak Ceza Muhakemesinde Gerekçeli Karar Hakkı", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 71., S. 4., ss. 1691-1748; İçer, Z. (2023). *Ceza Muhakemesinde Gerekçeli Karar Hakkının Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Yoluyla Korunması*, Ankara: Seçkin Yayınları.

Tanıkların çağrılması ve zorla getirilmesine dair kurallar, esasen Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 43 ve 44'üncü maddelerinde yer alır. Bunlardan 43'üncü maddenin birinci fıkrası, usulün temelini ortaya koyar:

> *"Tanıklar çağrı kâğıdı ile çağrılır. Çağrı kâğıdında gelmemenin sonuçları bildirilir. Tutuklu işlerde tanıklar için zorla getirme kararı verilebilir. Karar yazısında bu yoldan getirilmenin nedenleri gösterilir ve bunlara çağrı kâğıdı ile gelen tanıklar hakkındaki işlem uygulanır."*

CMK mad. 44 ise bu çağrıya uymayanların nasıl getirileceğine dair kurallar öngörmüştür:

> *"(1) Usulüne uygun olarak çağrılıp da mazeretini bildirmeksizin gelmeyen tanıklar zorla getirilir ve gelmemelerinin sebep olduğu giderler takdir edilerek, kamu alacaklarının tahsili usulüne göre ödettirilir. Zorla getirilen tanık evvelce gelmemesini haklı gösterecek sebepleri sonradan bildirirse aleyhine hükmedilen giderler kaldırılır. Zorla getirme kararı; telefon, telgraf, faks, elektronik posta gibi iletişim bilgilerinin dosyada bulunması hâlinde bu araçlardan yararlanılmak suretiyle de tanığa bildirilir.*
>
> (2) Fiilî hizmette bulunan askerler hakkındaki zorla getirme kararı askerî makamlar aracılığıyla infaz olunur."

CMK mad. 60/1 de bunu pekiştiren ek bir hüküm getirmiştir:

> *"Yasal bir sebep olmaksızın tanıklıktan veya yeminden çekinen tanık hakkında, bundan doğan giderlere hükmedilmekle beraber, yemininin veya tanıklığının gerçekleştirilmesi için dava hakkında hüküm verilinceye kadar ve her hâlde üç ayı geçmemek üzere disiplin hapsi verilebilir. Kişi, tanıklığa ilişkin yükümlülüğüne uygun davranması halinde, derhâl serbest bırakılır."*

Burada yazılanlar ana kuralı ortaya koyar. Fakat bunun istisnaları yok değildir. Türk mevzuatı, belli konum, makam ve durumda olanlar açısından tanıklık konusunda ayrıksı hükümler getirmiştir[12]. Bu ayrıksı hükümlerden yararlananların bazıları öznel niteliktedir[13]:

- Ölenler (CMK md. 211),
- Akıl hastalığına tutulanlar (CMK md. 211),
- Ulaşılamayanlar (CMK mad. 211),

12 Bunların (diplomatik ajanlar hariç olmak üzere) ayrıntılı incelemesi için bkz. Yıldırım, A. (2023). s. 241-276. Burada *"Olayın delili, bir tanığın açıklamalarından ibaret ise, bu tanık duruşmada mutlaka dinlenir. Daha önce yapılan dinleme sırasında düzenlenmiş tutanağın veya yazılı bir açıklamanın okunması dinleme yerine geçemez."* (CMK md. 201/1) biçimindeki kuralın, ayrıksı hâllere nazaran genel (*lex generalis*) olduğu kanaatindeyiz.

13 Yargılamanın uzaması ve duruşma düzeninin sağlanması sebepleri yönünden bkz. a.g.e. s. 262 vd. Tanıklıktan çekinme hakkı olanlar açısından (CMK md. 206/a ve 217/2) bu durumun hatırlatılmaması hukuka aykırı delil niteliği taşıyacaktır.

- Hastalık, malullük ve giderilmesi olanağı bulunmayan başka bir nedenden yakınanlar (CMK mad. 84, 180, 211),
- Yargı çevresinin dışında olanlar (CMK mad. 84, 180),
- Kimliğinin ortaya çıkmasından korkanlar (CMK mad. 58/2 ve TTK md. 5),
- Sanığın yüzüne gerçeği söyleyemeyecek durumda olanlar (CMK mad. 200),
- Devlet sırrına sahip olanlar (CMK mad. 47/2),
- Kendi aleyhine tanıklık yapmak istemeyenler (susma hakkını kullananlar), (CMK mad. 48, 147)

Diğer bazıları ise bir statüde olmakla, yani daha nesnel koşullarla ilgilidir:

- Diplomatik ajanlar (3042 sayılı Kanun'un atıf yaptığı Diplomatik İlişkiler Hakkında Viyana Sözleşmesi md. 31/2),
- Cumhurbaşkanı (CMK mad. 43/4),
- MİT mensupları (DİHMİTK, mad. 29),
- Basın mensupları (BasK, mad. 12),
- Avukatlar (stajyerleri ve yardımcıları) (CMK mad. 46/1),
- Tıp meslek ve sağlık çalışanları (hekimler, diş hekimleri, eczacılar, ebeler ve bunların yardımcıları ve diğerleri) (CMK mad. 46/1)
- Mali müşavirler ve noterler (CMK mad. 46/1)
- Akrabalar (nişanlılık, evlilik, üstsoy/altsoy/evlatlık ilişkisi veya üçüncü derece kan/ikinci derece kayın hısımı) (CMK mad. 45/3)

Bu sayılanlar, kanaatimizce "geçerli sebep" testinde kullanılacak olan ve aslında bu adıma içkin olan kanunilik incelemesine dayanak teşkil eden normatif temellerdir. Başka bir deyişle AYM "geçerli sebep" incelemesinde Anayasa md. 13'ün aradığı kanunilik incelemesini bu hükümler üzerinden yapmaktadır/yapmıyorsa yapmalıdır.

Bunlara ek olarak, Cumhurbaşkanı yardımcılarını, bakanları ve milletvekillerini de dokunulmazlık hükmünün bir "fiilî engel" yaratması gerekçesiyle bu kategorilerin içinde sayılabilmektedir[14]. Şöyle ki Anayasa'nın milletvekili dokunulmazlığını ifade eden md. 83/2 hükmü "*Seçimden önce veya sonra bir suç işlediği ileri sürülen bir milletvekili, Meclisin kararı olmadıkça tutulamaz, sorguya çekilemez, tutuklanamaz ve yargılanamaz.*" şeklindedir. Anayasa md. 106/10 da

14 a.g.e. s. 261. Akif Yıldırım, sadece milletvekillerini zikretse de Cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanlar için de aynı hükümler geçerli olsa gerekir.

bu hükmü genişletmekte "*Cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanlar, görevleriyle ilgili olmayan suçlarda yasama dokunulmazlığına ilişkin hükümlerden yararlanır.*" demektedir. Bu görüşe göre bu kişilerin tanık olarak davet edilmesi ve ifadesinin alınması mümkün ise de davete uymayan milletvekili "tutma engeli" nedeniyle duruşmaya zorla getirilemez[15].

Kanaatimizce bu çıkarım iki yönden tartışmalıdır. Bir defa, yasama dokunulmazlığının Anayasa "Seçimden önce veya sonra bir suç işlediği ileri sürülen bir milletvekili" için getirilmiş olması bu kurumun "tanıklık" açısından da geçerli olduğu çıkarımını tartışmaya açık kılar[16]. Zira bu çıkarım, istisnanın geniş yorumlanması ve sanıkların tanık sorgulama hakkına yorum yoluyla bir sınırlama getirmek anlamı taşımaktadır. İkincisi, Anayasa'nın bu kurumu ("tutma engeli"ni) tanıklık için de tanıdığı varsayımında dahi bu, yasama organı konuyu, gerekli kalitede ve şeklî anlamda bir kanunla düzenleme yükümlülüğünden kurtarmaz. Hatırlatmak gerekir ki Anayasa Mahkemesi, yakın zaman önce *Ömer Faruk Gergerlioğlu*, *Leyla Güven* ve *Şerafettin Can Atalay* kararlarında, yasama dokunulmazlığının (Anayasa'nın 83'üncü maddesinden 14'üncü maddesine yapılan atıf uyarınca) istisnalarının kanunla düzenlenmemiş olmasını Anayasa'ya aykırı saymıştır[17]. Bu belirlemenin konumuz açısından da bir anlamı vardır. Şöyle ki mesela bir milletvekili, bir ceza davasında tanıksa ve bu tanık beyanı, hükme esas alınacak "tek veya belirleyici" delilse, tanıklıktan kaçınan milletvekilinin durumunun ne olacağı sorusu ortada durmaktadır. Başka bir deyişle, örneğin Türkiye'de on yıllarca milletvekilliği yapan kişiler mevcuttur. Bu kişilerin tanıklığı, kimi davanın çözülmesi için kilit önem taşıyabilir. Tanık milletvekili, tanıklık için duruşmaya ısrarla gelmiyorsa, hangi kanun hükümlerinin uygulanacağı tam bir muammadır. Oysa bu metin boyunca ele aldığımız üzere sanıkların, tanık sorgulama hakkı anayasal bir haktır ve bu hakka dönük sınırlamanın Anayasa'nın bu muğlak ve genel nitelikli hükmüne atıfla gerçekleşmesi, (şekli ve maddi anlamda) kanunilik ilkesine aykırıdır. Bu konuda, en azından Cumhurbaşkanlığı yönünden (CMK md. 43/4) olduğu gibi biçimsel bir kanun hükmüne gereksinim duyulmaktadır. Bu kanunun kalite itibarıyla da şayet milletvekili zorla getirilemeyecekse tanık sorgulama/sorgulatmaya dönük güvencelerini yansıtan hükümleri de içermesi gerekmektedir.

Sonuç itibarıyla, *Gergerlioğlu*, *Güven* ve *Atalay* kararlarında işaret edilen, "Milletvekillerinin Dokunulmazlığının Kapsamına ve Sınırlarına Dair Ka-

15 a.g.e. s. 261; Feyzioğlu, M. (2004). Yasama Dokunulmazlığı Üzerine Düşünceler, içinde *Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı*, İstanbul: Galatasaray Üniversitesi Yayınları, s. 403.

16 Tanıklığa zorlamanın arka planında "Engel kriterleri" ışığında bir suçun mevcut olmadığı düşüncesindeyiz.

17 *Ömer Faruk Gergerlioğlu* [GK], B. No: 2019/10634, 1/7/2021; *Leyla Güven* [GK], B. No: 2018/26689, 7/4/2022; *Şerafettin Can Atalay (2)* [GK], B. No: 2023/53898, 25/10/2023.

nun" türü bir kanun, sadece milletvekili dokunulmazlıklarının istisnaları açısından değil, tanık sorgulama hakkının da bir gereği gibi görünmektedir.

Bu notu düştükten sonra AYM içtihadından örnekler vermek gerekirse AYM'nin özellikle CMK md. 180 ve 211 hükümleri uyarınca incelemelerinin öne çıktığını görmekteyiz. CMK'nın 180'inci maddesi tanığın huzurda dinlenmesine dönük iki istisnai koşul öngörmüştür. Bunlara göre; (i) hastalık veya malûllük veya giderilmesi olanağı bulunmayan başka bir nedenle bir tanık veya bilirkişinin uzun ve önceden bilinmeyen bir zaman için duruşmada hazır bulunmasının olanaklı bulunmaması; (ii) tanığın, konutunun yetkili mahkemenin yargı çevresi dışında bulunmasından dolayı getirilmesinin zor olması. Kanun'a göre bu durumlarda "istinabe" usulü uygulanacaktır. Kanun, bundan başka büyükşehir belediye sınırları içindeki tanıklar için özel bir kayıt düşmüş; bu kişilerin "zorunluluk olmadıkça" istinabe yoluyla dinlenemeyeceğini de özel olarak vurgulamıştır[18]. Şu hâlde, sayılan kurallar "istinabe" usulüne dönük kanuni istisnaları ortaya koymaktadır. Fakat bu istisnalar dahi bir "açık çek" getirmemektedir. Maddenin son fıkrası, tanıkların *"aynı anda görüntülü ve sesli iletişim tekniğinin kullanılması suretiyle dinlenebilmeleri olanağının varlığı hâlinde bu yöntem uygulanarak ifade alınır."* diyerek, bu koşullarda dahi SEGBİS isimli sistemin uygulanmasını öngörmüştür.

Öte yandan, CMK'nın 211'inci maddesi, tanığın (a) ölmesi veya akıl hastalığına tutulması, (b) hastalık, malûllük veya giderilmesi olanağı bulunmayan başka bir nedenle belli olmayan bir süre için duruşmada hazır bulunmasının olanaklı olmaması ve (c) ifadesinin önem derecesi itibarıyla duruşmada hazır bulunmasını gerekli kılmayacak düzeyde kalması hâllerinde, tanığın dinlenmesi yerine *"daha önce yapılan dinleme sırasında düzenlenmiş tutanaklar ile kendilerinin yazmış olduğu belgeler"*in okunmasıyla yetinilebileceğini öngörmüştür. Anılan maddenin son fıkrası da *"Cumhuriyet savcısı, katılan veya vekili, sanık veya müdafii birinci fıkrada belirtilenlerin dışında kalan tutanakların okunmasına birlikte rıza gösterebilirler."* diyerek "rıza" koşulunu bunlara eklemlemiştir. Anayasa Mahkemesi, önüne gelen vakalarda bu kanuni koşulları incelemekte, örneğin tanıkların (i) "duruşmada dinlenmesi yerine önceki beyanlarının okunması ile yetinilebilecek tanıklardan" olup olmadığını ve (ii) "beyanların önem dereceleri itibarıyla duruşmada okunmakla yetinilecek tanıklardan" olup olmadığını sorgulamakta, ayrıca başvurucu veya müdafiinin tutumu veya muvafakatnamelerini dikkate almaktadır[19]. Bu bağlamda dikkat çekici

18 CMK md. 180/4 buna ek olarak "İstinabe olunan mahkeme, büyükşehir belediye sınırları içerisinde ise, ilgililer kendi yargı çevresinde bulunmasa da büyükşehir belediye sınırları içerisinde yerine getirilmesi gereken istinabe evrakını geri çevirmeksizin gereğini yapar." hükmünü de öngörmektedir.

19 Aynı yönde bkz. *Tahir Laçin*, B. No: 2013/7011, 5/11/2015, § 70; *Mesut Çeki*, B. No: 2013/6944, 24/3/2016, § 46.

nokta, AYM'nin tanık dinlenmemesi konusunda tarafların "muvafakatname"-sini çok dar kavraması ve kamu yararını da hesaba katmasıdır. AYM'ye göre, taraflar itiraz etmese dahi "itiraz etmiş olsalardı (itirazın) çok büyük ihtimalle kabul edileceği bir davada" feragat gerçekleşmemiş sayılmalıdır[20]. Şöyle ki:

> *Başvurucu müdafiinin, tanık bulunamadığından mahkeme huzurunda dinlenilmesine ilişkin ara karardan vazgeçilmesine yönelik talebi, tanık sorgulama hakkından feragat olarak değerlendirilse bile, somut olayda tanık sorgulama imkânı, duruşmada dinlenmeyen ve soruşturma evresinde verdiği ifadeyle yetinilen tek tanığın beyanlarının olayın aydınlatılması açısından ağırlığının çok ciddi (kilit mahiyetinde) olması nedeniyle hayati önemde olduğu açıktır. Bu durumlarda tanık sorgulama hakkında feragat, savunma tarafına bu haktan vazgeçmesine mütenasip asgari güvenceler sağlanmadıkça kamu yararına uygunluk taşımaz*[21].

AYM'ye göre bu kanuni koşullara uygunluğun incelenmesi önem taşımaktadır ve bu kanuni hükümler çerçevesinde gerçekleşen faaliyetin "tanığın duruşmada hazır edilmesi için makul bir çaba" sergilenerek gerçekleştirilmesi gerekir[22]. Bu makul çaba yoksa Anayasa'ya aykırılık vardır, bu aslında bir sonraki adımda ifade ettiğimiz noktayı ortaya koyar.

B. Keyfîliğe Karşı Koruyucular

AYM'nin "keyfîliğe karşı koruyucular" incelemesi, daha çok uygulamaya dönük bir inceleme gibi görünmektedir[23]. Bu incelemelerde ise, AYM, (açıkça böyle ifade etmese de) derece mahkemelerinin (1) tanığı hazır etmek için makul çaba gösterip göstermediğine, (2) bu konuda gerekçelendirme yükümlülüğünü yerine getirip getirmediğine yoğunlaşmaktadır. Şimdi, bunları serimleyelim.

1. Makul Çaba

Anayasa Mahkemesi, bir tanığın duruşmada hazır bulundurulmadığı hâllerde; öncelikle, derece mahkemesinin "tanığın duruşmada hazır edilmesi için makul bir çaba" gösterip göstermediği sorusunu sormaktadır[24]. Burada geçen "makul çaba" ifadesi şimdiye değin tanımlanmış değildir. Bizce "basit" yani yapılması kolay alelade çabadan daha çoğunu, fakat yapılması gerekenden de fazlasını gerektiren ve sınırları zorlayan "yoğun" çabaya nazaran daha düşük bir düzeyi ifade eden, dışarıdan bakan nesnel bir gözlemciyi ikna

20 *Ali Rıza Telek*, § 51.
21 *AZ. M.*, § 65.
22 *H.T.*, B. No: 2017/32857, 17/6/2020, § 42.
23 Tanık sorgulama hakkına dönük sınırlamaların keyfî olmaması için kanunda eksik kalan yönlerin somut norm denetimine konu edilebileceği kanaatindeyiz.
24 Bu kavramlaştırma için örneğin bkz. *H.T.*, § 42.

edecek düzeyde gayreti yansıtan "makul çaba"nın mevcut olmadığı hâllerde keyfîlik vardır ve hakkın ihlali ortaya çıkar.

Konunun anlaşılması için örneği, yurt dışında bulunan tanıklardan verebiliriz. Böylesi hâllerde tanığın nerede olduğu bilinmiyorsa adli birimlerin tanığı duruşmada hazır bulundurmak için kendilerinden makul olarak beklenebilecek her türlü çabayı göstermesi, Anayasa'nın 36. maddesinden kaynaklı bir pozitif yükümlülüktür[25]. Devletin pozitif yükümlükleri kuramıyla ilişkili bu çabayı sorgulamak, bir bakıma kanunların uygulanma biçimine yoğunlaşmayı gerekli kılar. Örneğin, bir tanığın yalnızca iş adresinin soruşturulması ve ona ait cep telefonu numarasının aranması, yetkili makamların kendilerinden makul olarak beklenen her şeyi yaptıklarını göstermeyecektir[26]. Daha fazlasını beklemek, objektif bir gözlemcinin dahi bekleyebileceği bir şeydir. Tabii burada ispat yükünün başvurucuda değil, yetkililerde olduğunu da kaydetmek gerekir. Şöyle ki örneğin bir tanık yurt dışındaysa adli birimlerin bu tanığı aktif olarak aradıkları ve adresini araştırdıkları gösterilmelidir[27].

"Makul çaba" konusunda bir "yapılması gerekenler" kataloğu üretmek mümkün olmasa da söz konusu pozitif yükümlülüğü hayata geçirmeye dönük mevcut mevzuatın gerektiği gibi uygulanıp uygulanmadığı AYM tarafından kolaylıkla denetlenebilir. Örneğin 23/04/2016 tarihli ve 6706 sayılı Cezaî Konularda Uluslararası Adlî İş Birliği Kanunu'nda (md. 9) video konferans yöntemi tanığın duruşmaya uzaktan katılımı için bir temel sağlamaktadır. Bu yola başvurmadan, tanığın sadece yurt dışında olmasına atıf yapılması makul bir çaba sayılmayacaktır[28]. Keza kanaatimize göre günümüzde video konferans tekniği mevcutken ve CMK, mahkemenin yargı çevresi dışında ikamet eden tanıkların, sanık veya müdafii tarafından sorgulanmasına olanak tanıyacak biçimde aynı anda görüntülü ve sesli iletişim tekniğinin kullanılması yoluyla dinlenebilmesini mümkün kılmışken, bu sisteme başvurmayıp istinabe yoluyla dinlemeye gitmek, çok özel ek nedenler olmadıkça makul bir çaba gösterilmediğine karine sayılabilir[29]. Nitekim İnsan Hakları Mahkemesinin de çeşitli kararlarında ortaya koyduğu üzere, istinabe yoluna başvurulma-

25 *Levent Yanlık*, § 76. Yıldırım, A. (2023). s. 242.

26 Yurt dışında bulunan tanıkların yargılama sürüncemede kalmaması için tanık olarak dinlenilmesi yönündeki ara karardan kolaylıkla vazgeçildiği bir örnek olarak bkz. *Orhan Güleryüz*, § 37. Yıldırım, A. (2023). s. 243.

27 *Salikhov/Rusya*, B. No: 23880/05, 3/5/2012, § 116.

28 Yıldırım, A. (2023). s. 245.

29 Bu konuda son dönemde çok sayıda ihlal kararı çıkmıştır. Örneğin bkz. *Uğur Özcan*, B. No: 2021/12137, 26/7/2022, § 40; *Metin Akdemir (2)*, B. No: 2020/3964, 21/9/2022, § 36; *Y.P.*, B. No: 2019/21277, 22/11/2022, § 60; *Bekir Yalım*, B. No: 2020/22265, 22/11/2022, § 66; *Sinan Bulut*, B. No: 2019/14914, 10/5/2023, § 51; *Salih Çokal*, B. No: 2020/5651, 11/5/2023, § 27; *Abdulkerim Kahraman*, B. No: 2020/37267, 11/5/2023, § 38; *Hüseyin Şükrü Ölmez*, B. No: 2018/23403, 12/7/2023, § 18; *Hakan Turan*, B. No: 2020/28006, 20/7/2023, § 22; *Mehmet Candan*, B. No: 2020/11207, 5/9/2023, § 31; *Sedat Kaya*, B. No: 2020/22865, 20/9/2023, § 29.

sında salt tanıkların farklı şehirlerde ikamet etmesine dayanılması, "esnek olmayan ve mekanik bir yaklaşım"dır. Akif Yıldırım'ın da kaydettiği gibi, bu yaklaşımla, mahkemelerin tanıkları duruşmada hazır bulundurmak için her türlü makul çabayı gösterme yükümlülüğü perdelenmektedir[30].

2. Gerekçelendirme

Anayasa Mahkemesinin tanık sorgulama hakkına ilişkin kararlarında dikkat çeken bir diğer faktör, derece mahkemesinin "gerekçelendirme yükümlülüğü"nün özel olarak vurgulanmış olmasıdır[31]. Bu yükümlülük, *Hasan Ballı* kararında şöyle dile getirilmiştir:

> *"Başvurucu ile aynı davada yargılanmakta olan bir başka sanığın yakalanıp SEGBİS üzerinden sunduğu anlatımlar önem taşır. AYM, böyle durumlarda başvurucunun hazır bulunmadığı bir duruşmada diğer sanığın SEGBİS yoluyla dinlenmesinin haklı bir sebebe dayanıp dayanmadığı incelemekte ve başvurucunun tanık sorgulama imkânından yararlandırılmamasının gerekçelendirilmesi yükümlülüğü kamu makamları tarafından yerine somut olayda getirilip getirilmediğini sorgulamaktadır."*[32]

Benzer şekilde;

> *"Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi (UYAP) aracılığıyla ulaşılan bilgi ve belgeler üzerinden yapılan incelemede, başvurucu aleyhinde beyanda bulunan tanık E.D.nin başvurucunun hazır bulunmadığı oturumda dinlenildiği, bu tanığın başvurucunun da tarihinden haberdar olduğu bir sonraki celsede neden dinlenilmediği hususunda Mahkemenin herhangi bir gerekçe de göstermediği anlaşılmaktadır. Mahkemece söz konusu tanığın tarihi önceden planlanan duruşmada dinlenmemesinin geçerli bir nedeni belirtilmeyerek başvurucunun tanık sorgulama imkânından yararlandırılmamasının gerekçelendirilmesi yükümlülüğü somut olayda yerine getirilmemiştir."*[33]

Burada gerekçenin "ara karar" için (de) geçerli olduğunu vurgulamak lazım gelir[34]. Türk hukukunda delillerin kabul edilebilirliğine dair bir ön değerlendirme aşaması yoktur. Bu nedenle mesela bir tanığın önceki ifadesinin mahkûmiyete delil olarak kullanılmasının sebepleri, en son gerekçeli kararda bulunmalıdır[35]. Fakat bunun yargılama süreci devam ederken ara kararda da

30 Yıldırım, A. (2023). s. 415.

31 AİHM, tanığın huzurda hazır edilmemesinin, (ii) tanığın sınanmayan beyanlarının hükme esas alınmasının gerekçesini aramaktaysa da AYM sadece ilki için gerekçe aramaktadır.

32 Vurgu, Anayasa Mahkemesine aittir. *Hasan Ballı*, B. No: 2017/21825, 2/6/2020, § 44.

33 Vurgu, Anayasa Mahkemesine aittir. *Emrin Urhan*, B. No: 2020/21148, 10/5/2023, § 27.

34 Taner, F. G. (2019). s. 369.

35 Tanıkların mahkemede hazır edilememesinin veya aynı anda görüntülü ve sesli iletişim tekniğinin kullanılması suretiyle dinlenmemesinin hangi geçerli nedene dayandığına ilişkin bir gerekçenin sunulmadığı bir örnek olarak bkz. *Sadık Çelik*, B. No: 2020/5685, 20/6/2023, § 22.

gerekçelendirilmesi mümkün, hatta bazen daha da gereklidir. Zira gerekçesiz bir ara karar, savunmayı dezavantajlı duruma düşürebilir, yargılamayı bir bütün olarak adil olmaktan çıkarabilir[36].

Keza, burada ifade ettiğimiz gerekçe yükümlülüğü, (ara kararda bile) aslında adil yargılanma hakkının müstakil bir parçası olan gerekçeli karar alma hakkına ilişkin öğelerle de yakından bağlantılıdır[37]. Akif Yıldırım'ın dikkat çektiği gibi, gerekçe yazarken yargısal bir yarar veya suçlarla ilgili etkili mücadele edilmesi gibi genel ve kategorik sebeplere atıf yapılması yeterli değildir[38]. Yasal hükümlerinin lafzının tekrarlanmaması, davaya özgü koşulların bireysel değerlendirmesinin yapılması gerekir[39].

Unutulmamalıdır ki söz konusu gerekçe, bağımsız bir hak olmaktan ziyade veya bundan önce, aslında "savunma tarafına dengeleyici güvenceler sağlayan bir usulün takip edilip edilmediği"nin ve "karşıt dengeleyici imkânlar tanınıp tanınmadığı"nın tespit edilmesi için gereklidir[40]. Zira başka dengeleyici olanaklar sunulursa, tanık sorgulama hakkının sınırlandırılması haklı çıkarılabilecektir. Yani bu haklılık sorunu, yargılama sürecindeki güvencelerin tamamına ama son tahlilde gerekçeye odaklanılarak çözülmektedir. Fakat bu noktada, gerekçe sunulmamış olmasının her hâlükârda bir ihlal yaratmadığını vurgulamamız gerekiyor. AYM'ye göre dengeleyici güvenceler sunulmuş ve/veya söz konusu tanık beyanı tek veya belirleyici delil olmamışsa bu durumda gerekçe eksikliği dahi ihlal yaratmaz:

> *"Tanığın duruşmada dinlenmemesi hususunda makul bir gerekçe gösterilmemiş olması adil yargılanma hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşılabilmesi bakımından tek başına yeterli değildir. Bu nedenle tanığın duruşmada dinlenmemiş ve başvurucu tarafından sorgulanmamış olmasının genel olarak yargılamanın hakkaniyetini zedeleyip zedelemediği de belirlenmelidir. Bu bağlamda mahkûmiyet hükmünün yalnızca veya büyük ölçüde sanığın sorgulama imkânına sahip olmadığı bir tanık tarafından verilen ifadeye dayalı olup olmadığı önem taşımaktadır. Ayrıca hükmün yalnızca veya büyük ölçüde sanığın sorgulama imkânına sahip olmadığı bir tanık tarafından verilen ifadeye dayanması durumunda savunma tarafına dengeleyici güvenceler sağlayan bir usulün takip edilip edilmediği, karşıt dengeleyici imkânlar tanınıp tanınmadığı tespit edilmelidir."*[41]

36 Yıldırım, A. (2023). s. 239, 398 ve 416.

37 Ceza muhakemesinde "gerekçeli karar alma" hakkına dair AYM içtihatları için bkz. Şirin, T. (2022). Anayasa Mahkemesi Kararlarında (Ceza Muhakemesi Bağlamında) Gerekçeli Karar Alma Hakkı, içinde *Uluslararası Akdeniz Hukuk Kongresi 2022*, Ankara: Adalet Yayınları, s. 622-646.

38 Yıldırım, A. (2023). s. 240.

39 Bkz. *Süleyman/Türkiye*, B. No: 59453/10, 17/11/2020, § 71.

40 *H.T.*, § 45.

41 *Onur Urbay*, B. No: 2014/6222, 6/3/2019, § 40; *H.T.*, § 43. "Ancak buna ilişkin geçerli bir

Şu hâlde konu dönüş dolaşıp ikinci adıma, yani "tek veya belirleyici delil" ölçütüne gelmektedir.

II. "TEK VEYA BELİRLEYİCİ DELİL"

Tek veya belirleyici delil kavramını açıklamadan öncelikle, yaygın yanlış anlaşılmalara engel olmak amacıyla, bir not düşmek gerekir: Tek veya belirleyici delil testi, başvurucunun suçlu olup olmadığı ya da mahkûmiyetine ilişkin delillerin yeterli ve inandırıcı olup olmadığına dair bir değerlendirme anlamına gelmez[42]. Zaten böyle bir değerlendirme Anayasa Mahkemesinin görevi değildir. Burada yapılan şey, tanık beyanının, mahkûmiyetin dayanağını oluşturmada kilit rol oynayıp oynamadığını incelemek, eğer böyleyse Anayasa'da tanınan tanığı sorgulama hakkına uygunluk denetimi yapmaktır.

Hatta yine eklemek gerekir ki;

> *"Tanık sorgulama hakkı tanığın yargılama evrelerindeki beyanlarının delil değeriyle ilgili bir derecelendirme yapılmasını güvence altına almamaktadır. Diğer bir ifadeyle bu hak, tanığın duruşmadaki beyanlarına üstünlük tanınması gerektiği yönünde bir güvence içermemektedir. Savunmaya duruşmada tanığı sorgulama fırsatı tanındığı ve sanığın diğer haklarına saygı gösterildiği sürece tanığın yargılama evresindeki beyanlarının hangisine itibar edileceği meselesi karar veren mahkemenin takdirindedir."*[43]

Burada yine yeri gelmişken şunu da kaydetmek gerekir ki; Anayasa Mahkemesi içtihadında ve buna koşut bazı kaynaklarda "tek ve belirleyici delil" (*sole and decisive*) ifadesi kullanılsa da kanımızca bu yerinde değildir[44]. Zira anılan ifade, iki koşulun bir arada olmasını gerektiren bir anlam içermektedir. Oysa buradaki durum seçmelidir. Zaten AYM'nin kendisinin de sık kullandığı kalıp bu hakkın "tek olmasa da belirleyici" sayılan hâller için de geçerli olduğuna işaret eder niteliktedir:

> *"Başvurucunun mahkûmiyetinde belirleyici olan bu ifadeler bir avukat huzurunda alınmamış; Mahkeme, itiraz konusu olan bu ifadelerin alınma biçimini ve koşullarını tespit etmeye yönelik herhangi bir adım da atmamıştır. Dolayısıyla tek delil olmamakla beraber başvurucunun aleyhine belirleyici delil olan ve başvuranın mahkûm edilmesini mümkün kılan söz konusu tanık*

---

nedenin ortaya konulmaması, tanık sorgulama hakkının ihlal edildiğinin kabul edilmesi için yeterli değildir." Belirlemesi son zamanlarda verilen kararlarda daha da artmaktadır. Yakın bir örnek için bkz. *Taha Bozöyük*, B. No: 2020/30174, 19/7/2023, § 19.

42 *AZ. M.*, § 62.

43 *Musa Yılmaz Acar*, B. No: 2013/1664, 16/7/2014, § 53; *İbrahim Çetin*, B. No: 2020/15908, 24/5/2023, § 29; *Abdulkerim Kahraman*, § 41.

44 Taner, F. G. (2019). s. 395.

> *ifadelerinin güvenilirliği ve doğruluğu hakkında ciddi kuşkular bulunduğuna dair başvurucu iddialarının yersiz olduğu söylenemez*[45].

Bu nedenle bu ölçütün "tek veya belirleyici" şeklinde iki ayrı koşulu imleyecek biçimde ifade edilmesi gerektiğini savunuyoruz[46].

Bu iki nottan sonra bu iki koşulu ayrı ayrı ele alalım.

A. Tek Delil

"Tek delil" kavramı, mahkûmiyet için tanık delilinden başka bir dayanağının bulunmadığı durumlarda kullanılır. Aslında bu konuda CMK (md. 210/1) açık bir hüküm içerir. Bu hüküm, meseleyi bir kanuna uygunluk meselesi de kılmaktadır:

> *"Olayın delili, bir tanığın açıklamalarından ibaret ise, bu tanık duruşmada mutlaka dinlenir. Daha önce yapılan dinleme sırasında düzenlenmiş tutanağın veya yazılı bir açıklamanın okunması dinleme yerine geçemez."*[47]

Tek delile dayalı mahkûmiyetin tanık sorgulama hakkı yönünden sorun olduğu yaygın bağlam, tanığı duruşmada dinlemek yerine tanığın ifadelerini dosyaya koymakla yetinilen vakalardır. Uygulamada genellikle, bir başka davanın sanığı veya soruşturma aşamasında şüpheli sıfatını taşıyan kişi beyanda bulunmakta, o dosyadaki beyan, görülen davada hükme esas olacak biçimde kullanılmaktadır[48]. Örneğin *Nurcan Gülabi* kararında başvurucunun mahkûm olmasına dayanak olan delil, silahlı terör örgütü (PKK) üyesi olmaktan yargılanan ve etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanarak beraat eden bir sanığın tanıklığıdır[49]. Bu kişi, soruşturma aşamasında başvurucu aleyhine tanıklık yapmış fakat başvurucunun yargılanması sırasında dinlenmemiştir. Buna rağmen söz konusu tanıklık ceza hükmünün aşağıda alıntıladığımız derece mahkemesi gerekçesinde görüldüğü üzere, tek dayanağı olmuştur:

---

45 Vurgu orijinal metinde yoktur. *Tahir Laçin*, § 72; *Mesut Çeki*, § 48.

46 İHAM Büyük Dairesi *Schatschaschwili/Almanya* (B. No: 9154/10, 15/12/2015) kararında, sadece duruşmada sorgulanamayan tanığın ifadesinin tek veya belirleyici delil olarak kullanıldığı durumlarda değil aynı zamanda söz konusu tanık ifadesinin mahkûmiyet kararında önemli ağırlık taşıdığı durumlarda da testin üçüncü adımının uygulanması gerektiğini ifade etmiştir. AYM testin bu adımında delilin bu niteliği açısından bir değerlendirme yapmamaktadır.

47 Daha önce değindiğimiz üzere, bu hükmün milletvekillerinin dokunulmazlığı karşısındaki yeri, milletvekili dokunulmazlığının kapsam ve sınırları bir kanunla düzenlenmediğinden hâlâ belirsizdir. Neyin genel (*lex generalis*) neyin özel (*lex specialis*) olduğu kuşkuludur.

48 AYM, bazı kararlarında "tek delil", "belirleyici delil" gibi spesifik bir ayrıma gitmemekte, hatta dosya kapsamındaki diğer delillere değinmeyip tanık beyanlarının hükme belirleyici derecede esas teşkil ettiğini belirtmekle yetinerek ihlal kararı verebilmektedir. Bu yönde (ifadelerin başka ceza davalarından ve avukat olmadan alındığına vurgu da içeren) bkz. *Mesut Çeki*, §§ 48-50.

49 Tek delile örnek olarak keza bkz. *Ali Rıza Telek*.

"(...) Her ne kadar sanık suçlamaları kabul etmemiş ise de; Mahkeme kararı ile PKK/KONGRA-GEL terör örgütü üyeliği sabit görülerek, hakkında TCK.nun 221/2. maddesinin uygulanmasına karar verilen [E.S.nin] aşamalardaki özde değişmeyen tutarlı-ayrıntılı ifadeleri, fotoğraf teşhisi, Yargıtay bozma kararı ve tüm dosya kapsamı göz önünde bulundurulduğunda; sanığın daha önce örgüt üyeliği suçundan mahkum olduğu, daha sonra kaçak yollardan yurtdışına gittiği, yurtdışında Sema kod adını kullandığı, PKK/KONGRA-GEL terör örgütü adına siyasi eğitim aldığı, terör örgütünün çeşitli kuruluşlarında faaliyetler yürüttüğü, eylem ve faaliyetlerinin bir bütün halinde terör örgütü üyesi olma suçunu oluşturduğu anlaşıldığından cezalandırılmasına dair aşağıdaki karar verilmiştir."

AYM'ye göre böylesi bir sonuç, tanık sorgulama hakkının ihlalidir ve yeniden yargılama yapmak gerekir[50]. Fark edileceği üzere, sanıkça sorgulanmayan tanığın beyanları, hükme esas tek delilse ihlali bulmak kolaydır[51]. Mesele bunun tek delil olmadığı hâllerde ortaya çıkar.

B. Belirleyici Delil

Belirleyicilik kavramı, bir kararın ne yönde olacağına ilişkin tartıma ağırlık katan faktörü veya faktörleri ifade eder[52]. Anayasa Mahkemesi de bu kavramı "hayati önem" ifadesiyle anlamlandırmış, "hayati önem"i de "ciddi ağırlık" birleşik biçimde kullanmaktadır.

Ağırlık kavramı, dolaylı olarak cezanın ağırlığıyla ilişkili düşünülebilir. Nitekim İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, bir kararında, sanığın mahkûm olduğu cezanın çok ağır (müebbet hapis) olduğu durumlarda tanığın mahkemece bizzat dinlenilmemesini şaşırtıcı saymış olması bu dolaylı ilişki açısından kayda değerdir[53]. Fakat buradaki ağırlık kavramının doğrudan anlamı delil ile hüküm arasındaki illiyetle ilgilidir. Anayasa Mahkemesine göre tanık beyanlarına dönük ciddi ağırlık, "olayın aydınlatılması açısından kilit mahiyetinde olması" gibi bir anlam taşır[54]. Olayı aydınlatma, ceza muhakemesinde maddi gerçeğin açığa çıkarılması anlamına geldiğine göre, konuya tersten baktığımızda soru şu olmalıdır: Acaba bu delil olmasaydı olayda karanlık kalan yönler kalır mıydı? Hatta bize kalırsa "o tanığın dinlenmemesi, etkili soruşturma hakkı bakımından sorun olurdu" dediğimiz yerde o delinin "belirleyici" sayılması gerekir. Keza, bir davada tanığın beyanı onu sanık olmak-

50 *Nurcan Gülabi*, B. No: 2015/15355, 23/5/2018, §§ 40-42.

51 Bazen tek delil olmasa da diğer delillere dönük gerekçe eksikliği de belirleyici delil incelemesini tek delile yaklaştırmaktadır. Örneğin bkz. *Y.P.*, § 57.

52 Bazı durumlarda "belirleyicilik", suçun değil ama cezanın belirlenmesiyle de ilgili olabilir. Örneğin *Hasan Bati* kararında tanık beyanı, temel cezanın alt sınırdan uzaklaşılarak tayin edilmesinde de belirleyici sayılmıştır. *Hasan Bati*, B. No: 2019/8419, 28/6/2022, § 33.

53 *Daştan/Türkiye*, B. No: 37272/08, 10/10/2017, § 33.

54 *Ali Rıza Telek*, § 52; *Tahir Laçin*, §§ 71-72.

tan çıkarmış veya cezasında (etkin pişmanlık vb. hükümlerin uygulanması nedeniyle) indirime neden olmuş ise o beyanın (bu dediğimiz şey mutlak olmasa da) bir diğer dava açısından "belirleyici delil" olmaya yaklaşacağını varsayabiliriz.

Kuşkusuz bu çabamıza rağmen, "belirleyici" kavramının göreli olduğu açıktır ve her olayda özgün bir değerlendirme yapılması zorunludur. Dolayısıyla konunun örneklere yoğunlaşarak anlaşılmaya çalışılması, bu makalenin güttüğü amaç uyarınca, AYM'nin "belirleyici" kavramını nasıl anladığına dair bize veri sunabilir. Bu amaçla Anayasa Mahkemesinin karar arama motorunu taradık ve 2012-2023 yıllarında bu konuda verilmiş tüm kararları tanık deliline "belirleyicilik atfedilmeyen" ve "belirleyicilik atfedilen" kararlar biçiminde ikili bir tasnife tabi tuttuk. Takip eden alt başlıklar bunun yansımasını oluşturacaktır.

1. Tanık Deliline Belirleyicilik Atfedilmeyen Kararlar

Belirleyici sayılmayan deliller, başkaca sonuca etki yaratacak denli ağırlığı olan ciddi delillerin olduğu vakalarda gündeme gelmektedir. Bu vakaları metaforik olarak ifade etmek gerekirse, kimi yapboz parçaları düştüğü durumda dahi yapbozdaki resim görünmeye devam etmekte, dışarıdan bakan biri o resimde ne olduğunu kuşkuya düşmeden söyleyebilmektedir[55].

Örneğin bir taksirle yaralama vakasında hüküm açısından, sorgulanmayan tanık beyanı değil, Adli Tıp ve Şûra raporları ile başka bir tanığın beyanı ve müştekinin istikrarlı açıklamaları "belirleyici delil" sayılmıştır[56]. Keza bir uyuşturucu madde ihraç etme suçuyla ilgili olarak, hem yurt dışında hem de yurt içinde ele geçirilen uyuşturucular bakımından sorgulanmayan muhbir/tanık beyanlarına nazaran başka bir tanığın beyanıyla soruşturma açılmış olmasına, ayrıca sürecin ve kararın o tanığın beyanlarıyla ilerleyip sonuçlanmış olmasına belirleyicilik atfedilmiştir[57]. Bu vakalarda tanık sorgulama hakkının ihlal edilmediği sonucuna ulaşılmıştır.

Bu iki örnek dışında, sorgulanmayan tanıkların beyanlarının "belirleyici" sayılmadığı, dolayısıyla bu hakkın ihlal edilmediği sonucuna varılan diğer kararların genellikle terör örgütü üyeliği suçlamasını içeren davalarla ilgili olduğunu gözlemliyoruz. Örnekleri aktarmak gerekirse; Anayasa Mahkemesi, molotof kokteyli atma eylemi açısından MOBESE kamera kayıtlarını[58], başvurucunun üzerinden çıkan not kâğıtları, fotoğraftan teşhis tutanağı ile

55 Trechsel, S. (2005). *Human Rights in Criminal Proceedings*, New York: Oxford University Press, s. 297. Yıldırım, A. (2023). s. 207.

56 *Ümit Kaya*, B. No: 2016/4354, 22/1/2019, § 43.

57 *Cumhur Yakut*, B. No: 2016/4998, 2/6/2020, § 123.

58 *Aydın Oğuz*, B. No: 2014/8872, 7/3/2018, § 62.

tutarlı/ayrıntılı diğer tanık beyanlarını[59], yasaya uygun elde edilen iletişim tespit tutanaklarını ve başvurucunun bir örgüt üyesiyle birlikte yakalanmış olmasını[60], örgütün Cuma namazlarına katılıp örgütsel eylem sayılan ("kent meclisleri"ne katılma) faaliyetlerine ve toplantılara katılmasını[61], başvurucunun sorgulama olanağı bulmadığı tanık beyanına nazaran belirleyici saymıştır. Başka bir deyişle ve tekrar etmek gerekirse; bu vakalarda tanık beyanı hüküm yönünden "belirleyici" görülmemiştir. Keza "başvurucunun örgüt içi gizli haberleşme programı olan ByLock'u kullandığına ilişkin bilirkişi raporu ve tanık B.T.nin ikinci celsede duruşmada sunduğu, 2011-2013 yılları arasında Balıkesir ilinde faaliyette bulunan Astsubay Meslek Yüksek Okulunda öğrencilik yaparken kendisiyle ilgilenen ve abi tabir edilen şahıs olduğuna ilişkin beyanı başta olmak üzere pek çok farklı delile dayandığı" bir vakada da sorgulanmayan tanık beyanı belirleyici sayılmamıştır[62].

Söz konusu vakalarda AYM'nin inceleme yöntemine dönük bir faktör de ayrıca dikkatimizi çekmiş bulunmaktadır. AYM, *Cumhur Yakut* kararında, başvurucu açısından şu usuli eksikliği tespit etmiştir:

> *"(…) Başvuru formunda, mahkeme huzuruna getirtilerek dinlenilmediği ifade edilen Ş.S.nin sorgulanmasının hangi nedenlerle önemli olduğuna ve gerçeğin ortaya çıkması için neden gerekli olduğuna dair bir açıklamada bulunulmamıştır. Ayrıca Ş.S.nin kovuşturma evresinde başvurucu hakkında nasıl bir beyanda bulunduğu başvuru formunda ifade edilmediği gibi ilgili duruşma zaptının da başvuru formuna eklenmediği anlaşılmıştır."*[63]

Bu tespit, Cumhuriyet savcısının görevi kötüye kullanma suçu yönünden yargılandığı bir vakayla ilgili *İsmet Özkorul* kararında karşılık bulmuştur:

> *"Başvurucu, eğer tanıklar esas mahkemece dinlenmiş olsaydı mahkeme önünde dile getiremediği hangi ilave tezleri ileri süreceğine veya tanıklara hangi soruları soracağına ilişkin olarak herhangi bir açıklamada bulunmamış, tanık beyanlarından aleyhe olan kısımları kabul etmediğine ve bazı tanık beyanlarının hangi gerekçe ile hükme esas alınmayacağına dair açıklamalarda bulunmuştur. Esas mahkeme huzurunda savunmasını yapan başvurucu, duruşmalarda ve dilekçelerinde tanıklara soru sorma veya tanık sorgulatma talebinde de bulunmamıştır."*[64]

Keza, yağma suçuyla ilgili *E.D.* kararında AYM, savunma tanıklarının dinlenmemesinden yakınan başvurucunun bu tanıkların dinlenmesinin "hangi

59 *Abdullah Yılmaz*, B. No: 2017/38631, 15/1/2020, § 47.
60 *Zana Güneş*, B. No: 2016/73184, 25/9/2019, §§ 57-58.
61 *Adle Deniz Sürer ve diğerleri*, B. No: 2015/1655, 15/1/2020, §§ 28-30.
62 *Günay Kaya*, B. No: 2020/36504, 11/7/2023, § 25.
63 *Cumhur Yakut*, § 123.
64 *İsmet Özkorul*, § 53.

nedenlerle önemli olduğu ve gerçeğin ortaya çıkması için neden gerekli olduğunu açıklamadığı"nı özel olarak kaydetmiş ve başvurucunun "hangi tarihli celsede ya da hangi tarihli dilekçeyle tanık dinletme talebinde bulunduğuna ve anılan talep ile ilgili ilk derece mahkemesinin ne şekilde karar verdiğine ilişkin bir delil" de sunmamış olmasına atıfta bulunarak başvurunun temellendirilmemiş olduğunu ifade etmiştir[65]. Dikkatimizi çeken bu belirlemelerden hareketle AYM'nin, tanık sorgulama hakkının ihlal edildiğini ileri süren başvuruculardan bu delilin neden "belirleyici" olduğunu (bu delil hangi nedenlerle önemli? Bu delil, gerçeğin ortaya çıkması için neden gerekli?) ortaya koymasını, bunu yargılama aşamalarında da yaptığını göstermesini, tanık duruşmaya gelseydi hangi soruları sorup ne gibi tezler ileri süreceğini ortaya koymasını -da- beklediğini söyleyebiliriz.

Son zamanlardaki kararlarda bu türden bir belirleme olmadığı için bu yaklaşımın terk edildiği düşünülebilecekse de başvuruculaın, dilekçelerinde bu sorulara yanıt vermesinin onların lehine olacağını temkinli biçimde kaydetmek isteriz.

2. Tanık Deliline Belirleyicilik Atfedilen Kararlar

Anayasa Mahkemesinin tanık deliline belirleyicilik atfettiği kararlardan edindiğimiz izlenim, AYM'nin zımnen "diğer delillerden hareketle mahkûmiyet kararı verilebilir miydi?" sorusunu sorduğudur. Örneğin *H.T.* kararında bir tanık, PKK terör örgütüne yönelik olarak yürütülen başka bir soruşturma kapsamında verdiği ifadesinde, başvurucunun eğitim ve iş durumuna ilişkin ayrıntılı bilgiler verdikten sonra, terör örgütü adına propaganda yaptığını ve üniversiteye yeni kayıt yaptıran öğrencilere yönelik PKK terör örgütüne eleman kazandırma faaliyetlerinde bulunduğunu belirtmiştir. Bu tanığın ifadesi üzerine başvurucu hakkında soruşturma başlatılmış, başvurucunun ikametgâhında arama yapılmış ve yapılan arama sonucunda toplatılmasına karar verilen bazı yayınlar ele geçirilmiştir. Derece mahkemesinin kararında hem bu tanık beyanına hem de arama sonucunda elde edilen yayınlara, ayrıca başvurucunun daha önceden geçirdiği bazı soruşturma ve kovuşturmalara dayanılmıştır. Terör örgütü üyeliği için, bazı yayınları bulundurmanın veya geç-

65 *E.D.*, B. No: 2015/1668, 22/2/2018, § 35. Bu kararda, Celal Mümtaz Akıncı ve Osman Alifeyyaz Paksüt, karşı oyda "Bu tanıkların dinlenmesi ve başvurucu sanığın ifadelerini teyit etmesi, başvurucu sanığın ifadelerinin, yani mağdurun yanına yağma amacıyla gitmediğinin kanıtını oluşturabilecektir. Ancak mahkemece, başvurucu sanığın rastgele gözlerine kestirdikleri mağduru yağmalamak amacıyla hareket ettiklerini kabul etmiş görünmektedir. Bu konuda gerekçeli kararda yeterli açıklama bulunmamakla beraber, verilen cezada "suç kastının yoğunluğu" ve "suçun işleniş şekli" gibi nedenlerle temel cezadan uzaklaşılmış olmasından, mahkemece, başvurucunun olayın bir kavga sırasında meydana geldiği, mağdurun kendisini oradan hatırladığı ve teşhis ettiği, yağma eylemi bulunmadığı şeklindeki, olayın aydınlatılması bakımından önem taşıyabilecek ve savunmalarına haklılık kazandırabilecek, dolayısıyla netice cezayı etkileyebilecek tanık anlatımlarına gerekçesiz olarak fırsat verilmediği anlaşılmaktadır." görüşünü dile getirmiştir.

mişte bazı soruşturma ve kovuşturmalar geçirmiş olmanın yeterli olmadığı açıktır. Ceza hukukuna aşina olan herkesin kabul edeceği üzere bu faktörler, tutarlı ve güçlü bir tanık deliliyle güçlendirilmek durumundadır. Hâl böyleyken AYM, bu olayda tanık beyanını belirleyici delil saymış, tanığın sanık tarafından sorgulanamamasını Anayasa'ya aykırı bulmuştur[66].

Yine örneğin *Şevki Tanıl* kararında, başvurucuya atfedilen "uyuşturucu veya uyarıcı madde ticareti yapma" suçu için kullanılan başlıca delil, başvurucuyla buluşup görüştükten bir süre sonra oradan uzaklaşan bir kişinin, üzerinde 3 gram esrarla polisler tarafından yakalanması ve esrarı başvurucudan temin ettiğine dönük beyanıdır. Bu beyan üzerine başvurucunun evinde arama yapılmışsa da uyuşturucu madde bulunmamıştır. Buna rağmen derece mahkemesi kararında bu tanık beyanının yanı sıra *"canlı teşhis tutanağı, olay fiziki takip yakalama üst arama rızaen teslim ve muhafaza altına alma tutanağı, kriminal rapor, nüfus ve adli sicil kaydı"* delillerine atıf yapılmıştır. Fakat malum olduğu üzere bu sayılan ek delillerin hiçbiri, kişinin "uyuşturucu veya uyarıcı madde ticareti" yaptığını kanıtlamaz. Burada tanık beyan kritik önemdedir. AYM de bunun farkında olarak, bu tanığın sorgulanmasına olanak tanınmadığı için ihlal sonucuna ulaşmakta güçlük çekmemiş görünmektedir[67]. Genellikle Olay Yeri Tespit Tutanağı bulunan vakalarda bu tutanağa anlam yükleyen tanıkların beyanları da "belirleyici" sayılmaktadır[68].

Gözlemlerimize göre AYM'nin "belirleyici delil" kavramı bağlamında hesaba kattığı bir diğer faktör, diğer delillerin üzerinde kuşku olup olmadığıdır. Başka bir deyişle AYM, normalde dikkate alınabilecek ve hatta icabında "belirleyici" sayılabilecek delillerin üzerinde eğer kuşku varsa tanık delilinin belirleyicilik gücünü daha yüksek sayma eğilimi göstermektedir. Örneğin *Sözdar Oral* kararının konusu, ceza infaz kurumu idaresi tarafından verilen disiplin cezasına karşı itiraz üzerine görülen bir davadır. Bu davada infaz hâkimliğinin onadığı yaptırımın dayanağı olan deliller, tutanağın düzenlenmesine sebebiyet veren infaz koruma memuru ve diğer tutanak mümzilerinin düzenledikleri belge ve beyanlardır. Fakat bu davada söz konusu tutanağın güvenilirliği konusunda kuşku vardır. AYM, bu kuşkunun tanık beyanlarıyla giderilmesi gerektiğini düşünmekte, giderici nitelik taşıyan tanık beyanlarının sorgulanamamasını ise Anayasa'ya aykırı saymaktadır:

> *"Başvurucu, tutanağın düzenlenmesine sebebiyet veren infaz koruma memuru ve diğer tutanak mümzilerinin düzenledikleri belge ve beyanların doğru olmadığını belirterek söz konusu disiplin cezasının hukuka aykırı verildiğini dile getirmiştir. Mahkemece disiplin cezasına esas alınan tutanağın güvenilirliği*

66 *H.T.*, § 45.
67 *Şevki Tanıl*, B. No: 2016/13402, 12/9/2018, § 29.
68 *Candaş Bozkurt*, B. No: 2018/27301, 30/3/2022, § 58.

ile ilgili oluşan şüphe, tanık beyanları dinlenilmek suretiyle yargılamada giderilmemiştir. Dolayısıyla somut olayda disiplin cezası verilmesinde temel rol oynayan tanıklar dinlenmeden şikâyet ve itirazın reddine karar verilmesi bir bütün olarak yargılamayı hakkaniyet unsurundan yoksun bırakmaktadır. (…) Sonuç olarak disiplin soruşturması ve yargılama süreci bir bütün olarak değerlendirildiğinde başvurucu hakkında verilen disiplin cezası ile ilgili belirleyici nitelikte bir delil olan tanıkların dinlenmemesi nedeniyle silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkelerinin ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir."[69]

Burada üzerinde durduğumuz konuya bir başka iyi örnek olan *Cezayir Akgül* vakasında derece mahkemesinin yaptığı yargılama "uyuşturucu madde ticareti yapma ve örgüte üye olma suçları" ile ilgilidir. Bu vakadaki deliller; tanık ifadelerinin yanı sıra, fiziki izleme tutanakları, ekspertiz raporları ve telefon konuşmalarıdır. Hakikaten de tanık ifadesi dışındaki deliller ilk bakışta mahkûmiyet açısından belirleyici gibi görünmektedir. Ne var ki AYM, telefon konuşmalarına dair çözüm tutanaklarının dava dosyasında olup olmadığının kuşkulu olduğunu not etmiştir[70]. Bu tutanaklar, duruşmada sanığa okunmamıştır. Hâl böyleyken, normalde güçlü sayılabilecek bu delil, söz konusu usulî eksiklikten ötürü AYM nezdinde güç kaybetmiş; yani delilin üzerindeki şaibe, odağın tanık deliline kaymasını gerektirmiştir. AYM, bu koşullarda "belirleyici" saydığı tanığın sorgulanmamasını Anayasa'ya aykırı bulmuştur[71].

Son olarak; AYM'nin tanık sorgulama hakkı yönünden son dönem kararlarının FETÖ/PDY davalarıyla (özellikle de ByLock delili bağlamında) ilgili olarak öne çıktığını kaydetmek gerekir[72]. Bu vakalarda AYM, ByLock deliline ilişkin incelemelerde BTK'den getirilen CGNAT ve kayıtlarının HTS sonuçlarının karşılaştırılıp belirtilen hat üzerinden ByLock kullanan kişinin sanık olup olmadığı doğrultusunda bilirkişiden teknik rapor alınarak kıyaslanmadığı[73], yeterli teknik incelemenin bulunmadığı[74] ve aktif kullanıma rastlanma-

69 *Sözdar Oral*, B. No: 2018/21028, 13/9/2022, §§ 56-57. Bu karar, medeni hak ve yükümlülüklere ilişkin olduğundan ve tanık sorgulama hakkının bu tür uyuşmazlıklar yönünden -daha ziyade- silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkeleri kapsamında değerlendirildiği söylenebilir.

70 Bu nokta, Yargıtay kararında da bir karşı oy yazısında şöyle ifade edilmiştir: "Sanığın telefon konuşmalarının hükme esas alındığı, ancak bu konuda verilmiş herhangi bir kararın dosyada bulunmadığı ve telefon konuşmalarına ilişkin çözüm tutanaklarının sanığa okunmadığı anlaşılmıştır." *Cezair Akgül*, B. No: 2014/10634, 26/10/2016, § 32.

71 *Cezair Akgül*, §§ 32-41.

72 *Hamza Kaba*, B. No: 2020/35692, 24/5/2023, § 29.

73 *Metin Akdemir (2)*, §§ 34-35. Eğer bu kıyaslama mevcutsa bu durumda tanık beyanları belirleyici sayılmamaktadır. Bkz. *Adem Çanak*, B. No: 2019/42455, 20/12/2022, §§ 32-33; *Uğur Özcan*, § 38; *Hasan Bati*, § 35; *Sertaç Ekici*, B. No: 2020/6698, 21/6/2023, § 27. Benzer durumda olsa da ihlal bulunmayan ve karşı oylar içeren bir örnek için kz. *Yusuf Fil*, B. No: 2019/39608, 8/2/2023.

74 *Uğur Özcan*, § 38; keza bkz. *Zekeriya Sevim*, B. No: 2018/18989, 16/6/2021, § 53.

yan[75] hâllerde ByLock delilini etkisizleştiği, dolayısıyla tanık delillerinin belirleyici gücünün arttığı kanaatindedir. Bu çıkarım, Bank Asya hesabına dönük (Yargıtay içtihadın da işaret ettiği şekilde) bilirkişi raporu alınmadan[76] veya yeterli inceleme yapılmayan, yani mutat bankacılık işlemlerinin delil olarak kabul edildiği[77] ya da başvurucunun KHK ile kapatılan bir şirkette çalışması veya FETÖ-PDY terör örgütüne müzahir basın yayın kuruluşları ile iltisak ve irtibatını gösteren HTS kayıtları gibi destekleyici delillerin kullanıldığı vakalar[78] için de geçerlidir. Bu kararlar da yukarıda ifade ettiğimiz yaklaşımın bir uzantısından ibarettir. Şöyle ki AYM, hükme esas oluşturan delillerin kendi yerleşik içtihadı uyarınca kanunsuz, zayıf veya şaibeli nitelik kazandığı veya destekleyici delil düzeyine düştüğüne kanaat getirdiği yerde, tanık delilini belirleyici saymaktadır.

III. TELAFİ EDİCİ/DENGELEYİCİ GÜVENCELER

Telafi edici/dengeleyici güvenceler adımı İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi tarafından sonradan geliştirilmiş bir adımdır. İHAM, eski içtihadında sanık duruşmada sorgulanmamışsa ve bu da mahkûmiyette tek veya belirleyici delil ise bu durum otomatikman tanık sorgulama hakkının ihlali sayılmaktaydı[79]. Fakat bu yaklaşım, 2011'de değişmiş ve o tarihten sonra bu üçüncü adım sistemli olarak uygulanmaya başlamıştır[80]. Anayasa Mahkemesi de aynı şekilde "iki aşamalı test"e dayanırken; 2021'den itibaren bu adımı da içtihadına katarak "üç aşamalı test" uygulamaya başlamıştır[81].

Anayasa Mahkemesi içtihatlarında bu "makul çaba" için atılması gereken adımları tüketici biçimde listelemiş değildir. Fakat Mahkeme, duruşmada hazır bulunmayacağı anlaşılan tanık karşısında başvurucunun haklarını korumaya dönük ek tedbirlerin alınmasını gerekli saymakta ve bunlara dair örnekler sunmaktadır. Mesela başvurucunun huzurunda aleyhindeki tanık beyanların okunması, tanık beyanlarına sanığın (başvurucunun) itiraz etmesi veya soracağı sorular varsa tanıkların yeniden dinlenilmesi yönünde taleplerde bulunması için yeterli ve düzgün fırsatlar verilmesi bu eksikliği gider-

75 *Bekir Yalım*, §§ 65-66.
76 *Sinan Bulut*, § 51.
77 Bu kapsamda bankacılık işlemlerinin örgüt liderinin talimatına istinaden gerçekleştirilip gerçekleştirilmediği yönündeki değerlendirme sanığın Bank Asya nezdindeki 2014 yılı öncesi de dâhil olmak üzere hesap açılış bilgileri, aylık bakiye gelişimi ve tüm hesap hareketlerine ilişkin kayıtlar dosyaya celbedilip incelenerek, temin edilen kayıtlar üzerinde uzman bilirkişi raporu alınıp örgüt liderinin talimatından sonra ve bu talimat doğrultusunda katılım hesabı açma, döviz veya altın alma, para yatırma vb. işlemlerinin bulunup bulunmadığı tespit edilerek yapılacaktır. *Hasan Bati*, § 32.
78 *Abdulkerim Kahraman*, § 36-41.
79 Bkz. *Doorson/Hollanda*, B. No: 20524/92, 26/3/1996.
80 Değişim içtihadı için bkz. *Al-Khawaja ve Tahery/Birleşik Krallık*.
81 *Orhan Güleryüz*, § 36.

meye dönük çabalardan sayılmıştır[82]. AYM, bu bağlamda tanık beyanlarının duruşma öncesinde başvurucu müdafii tarafından incelenip incelenmediğini, duruşmada Mahkemece tanığın beyanlarına karşı diyeceklerinin sorulup sorulmadığını, müdafiye savunma hazırlaması ve tanık beyanlarına karşı diyeceklerini yazılı olarak sunması için süre verilip verilmediğini de sorgular görünmektedir[83]. Fakat bu olanaklar tanınmış olsa dahi söz konusu talepler derece mahkemesi tarafından reddedilebilir[84]. Zira bu güvenceler sonuç yükümlülüğü getirmez, münhasıran usulidir[85]. Fakat sonucun keyfî olmadığını anlamak için de ret kararlarının mutlaka gerekçeli olması gerekir.

AYM içtihatlarına yakından baktığımızda özellikle "doğrulayıcı başkaca delillere dayanılması"[86] ile "başvurucuya olayları kendi bakış açısına göre anlatma ve tanığın celse arasında alınıp duruşmada okunan beyanlarına karşı iddia ve itirazlarını sunma imkânı sunulması"[87] gibi faktörlerin telafi edici sayılacağının söylendiğini görmekteyiz. Ne var ki bu vakalarda dahi şu noktalar sorun sayılmaktadır:

> *"(…) tanığın celse arasında alınan beyanı duruşmada okunmuş ise de başvurucu, tanığın beyanının tespiti sırasında hazır bulunmadığından ses ve görüntü nakli yoluyla da olsa onu sorgulayamamış; sorulan sorulara verdiği cevaplar hakkında kişisel izlenim edinme fırsatı elde edememiştir. Bu yüzden tanığın gösterdiği reaksiyonlar konusunda Mahkemenin dikkati çekilememiş, tanığın beyanlarının güvenilirliği test edilememiştir. Katılanın kollukta dava konusu olayı kimsenin görmediğine yönelik ifadesinin, tanığın başvurucu aleyhindeki beyanıyla çeliştiğinin iddia edilmesi de dikkate alındığında, Mahkemece tanık beyanının güvenilirliği hususunda başvurucuda oluşan kuşkuların giderilmediği anlaşılmaktadır. Bu durumda, hükme ulaşılırken sorgulanmamış tanık beyanı dışında Mahkemece katılanın beyanları ile adli tıp raporlarının dikkate alınmasının ve başvurucu lehine ifade veren diğer tanıkların beyanlarına*

82 *İsmet Özkorul*, § 52.

83 *Ümit Kaya*, § 42.

84 Örnek olması bakımından *H.T.* kararında AYM, telafi edici faktörler bağlamında başvurucunun tanığın ifadesinin güvenilirliği hususundaki kuşkularını Mahkemeye bildirme imkânı elde ettiğini, ayrıca derece mahkemesinin duruşmada dinlenmeyen tanığın ifadesine ek olarak, başvurucunun ikametgâhında yapılan aramada ele geçirilen yayınlara, başvurucunun daha önceden geçirdiği bazı soruşturma ve kovuşturmalara da dayandığını kaydetmiş; fakat yine de "bu hususların ifadesi mahkûmiyette belirleyici olan tanığın duruşmada dinlenmemesini telafi etmeye yeterli olduğunun söylenemeyeceği" ve "tanık beyanının güvenilirliği hususunda başvurucudaki şüphenin giderilmediği" sonucuna varmıştır. Bkz. *H.T.*, § 45.

85 Nitekim İHAM'ın tanık sorgulama hakkına dönük ihlal kararından hareketle yeniden yapılan yargılamada sorgulanmayan tanığın sorgulandığı yeniden yargılama sonucunda hüküm aynı olsa da ihlal giderilmiş sayılmaktadır. *Suat Daştan*, B. No: 2020/151, 15/6/2022, §§ 34-37.

86 *Orhan Güleryüz*, § 39.

87 Mahkeme bu olanakların telafi edebileceğini söylese de somut vakada ihlal sonucuna ulaşmıştır. Örneğin bkz. *Nuray Volkan*, B. No: 2017/18736, 29/1/2020, §§ 41; *Sertaç Ekici*, § 24.

itibar edilemeyeceğine dair değerlendirme de yapılmasının beyanı belirleyici ölçüde mahkûmiyete temel alınan tanığı sorgulama imkânı tanınmaması nedeniyle savunma makamının maruz kaldığı sınırlamayı telafi ettiğini söylemek mümkün gözükmemektedir."[88]

AYM bu aşamadaki incelemesinde bazen başvurucunun sorulabilecek ama sorulamamış sorularını da kaydetme gereği duymaktadır. Mesela alkollü içki satışı da yapan bir kuruyemiş dükkânı sahibine saat 22.00'den sonra içki satışı yaptığı için para cezası kesilmesiyle ilgili *Orhan Güleryüz* kararında başvurucunun (yurt dışında olduğu için sorgulayamadığı) tanık beyanının ceza için belirleyici sayıldığı bağlamda AYM, "tanığın kuruyemiş dükkânına elinde poşetle girip girmediğine dair bir tespit yapılmadığına, tanığa içkileri nereden ve ne zaman satın aldığı hususunda temel soruların dahi sorulmadığına" dikkat çekmiştir[89]. İlginçtir ve ispat yüküne dönük yerleşik İHAM içtihadına aykırıdır ki AYM, başvuruculardan "yargılama sırasında olayların kendi versiyonunu ve tanığın ifadesine karşı beyanlarını mahkemeye bildirme imkânından yoksun bırakıldığı"na dönük spesifik bir şikâyet bekler gibi görünmekte, bu noktada resen inceleme yapmamaktadır[90].

AYM bundan başka, kişilerin "İfade ve Teşhis Tutanaklarının" dava dosyasına gönderildiği, oturumda hazır bulunan başvurucu ile müdafiine bu tutanakların okunduğu ve itirazlarının alındığı bir vakada da -karşı oylara rağmen- üçüncü aşamanın karşılandığı sonucuna ulaşabilmiştir[91]. Bu nokta hayli tartışmalıdır. Akif Yıldırım, Strazburg içtihatlarından hareketle "mahkemelerin tanığın test edilmemiş ifadesine ihtiyatla yaklaşması"[92], "tanıkların hâkim/mahkeme huzurunda beyanda bulunmuş olması", "sanık müdafisinin tanıklara soru sorabilmesi", "savunmaya soruşturma/duruşma evresinde veya duruşma hazırlığı devresinde tanığı sorgulama/sorgulatma fırsatı verilmesi", "tanığın duruşma öncesinde ifadelerinin video kaydına alınması ve bu kayıtların izlenmesine fırsat tanınması", "savunmaya tanığa dolaylı olarak sorma imkânın tanınması" koşullarının da dengeleyici güvence sayılabilece-

88 *Emrin Urhan*, B. No: 2020/21148, 10/5/2023, § 30.

89 "Hâkimlik, tutanağın resmî evrak niteliğinde bulunduğuna ve aksi ispat edilinceye kadar geçerli olduğuna dikkat çekerek başka bir delille desteklenmesinin gerekmediğinin altını çizmiş ve idare tarafından tanzim edilen tutanakların içeriğinin aksi ispat edilene kadar geçerli olduğu şeklindeki karineye dayanmıştır. Ancak söz konusu tutanağın içeriğinin hukukiliğinin veya gerçekliğinin tartışıldığı bir yargılamada bu karinenin geçerli olması mümkün değildir." *Orhan Güleryüz*, § 40.

90 *Zana Güneş*, § 57. "Ayrıca başvurucunun yargılama sırasında olayların kendi versiyonunu ve tanığın ifadesine karşı beyanlarını mahkemeye bildirme imkânından yoksun bırakıldığı yönünde bir şikâyeti de bulunmamaktadır." ifadesinden bu sonucu çıkarıyorsak da aksi düşünülebilir.

91 *Yusuf Fil*, § 26. Kararda Yusuf Şevki Hakyemez'in karşı oyu hayli önemlidir.

92 Yazar, AYM'nin, tanıkların duruşmada dinlenmesi yerine önceki ifadelerin okunması ile yetinilebilecek kişiler olup olmadığının araştırılması gerektiğini ifade etmesini bu güvencenin uzantısı saymaktadır. Bkz. Yıldırım, A. (2023). s. 294.

ğini ifade etmektedir[93]. Bunların AYM içtihadında karşılığını tespit edebilmiş değiliz.

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Bu yazılanları toparlamak gerekirse öncelikle Anayasa Mahkemesi tanık sorgulama hakkını, tıpkı İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi gibi, mutlak görmemekte ve de üç adımlı bir test uygulamaktadır. Bu testler, "geçerli neden", "tek veya belirleyici delil" ve "telafi edici/dengeleyici güvenceler" testleridir. İddiamız odur ki bu üç adımlı test, kanunilik, meşru amaç ve ölçülülük biçimindeki üç adımlı testin tanık sorgulama hakkı özelindeki bir tezahürüdür.

Geçerli neden testi, bir bakıma kanunilik testini andırmaktadır. Zira bulgumuz ve iddiamız odur ki AYM bu adımda kanuna uygunluk ve kanunda bulunması gereken kalite (keyfîliğe karşı koruyucular) incelemesi yapmaktadır. Geçerli nedenin kanunilik incelemesi bağlamında tezahürü, tanığın duruşmada hazır edilmesine istisna getiren durumun, yasal mevzuattaki hükümlerde dayanağının olmasıdır. Bu bağlamda dikkat çekici eksik, milletvekilleri özelinde tezahür etmektedir ki bu sorunun somut norm denetimine konu edilebileceği kanaatindeyiz. Kanunilik bağlamında AYM, geçerli neden yönünden ayrıca, yargı organlarının etkinliklerine odaklanmaktadır. Bu bağlamda ise derece mahkemelerinin tanıkları getirmek için veya tanık getirilemiyorsa bu eksikliği gidermek amacıyla "makul çaba" gösterip göstermediğine ve bunu gerekçelerine yansıtıp yansıtmadığına yoğunlaşılmaktadır[94].

Tek veya belirleyici delil adımına geldiğimizde bu adım öğretide ve uygulamada "tek ve belirleyici delil" olarak ifade edilse de bu ikisinin birbirlerine alternatif sayılmamasından ötürü kavramın "tek veya belirleyici delil" diye ifade edilmesini öneriyoruz. Bunlardan hükme esas "tek" delilin tanık beyanı olduğu yerde tanığın sorgulanmamasının Anayasa'ya aykırı bulunması güç olmamaktadır. Fakat tartışma, "belirleyici delil" kavramının ne olduğu noktasında toplanmaktadır. İçtihatlara dönük gözlemlerimize göre AYM, bu konudaki tespitlerinde "tanık delili dışında kalan diğer delillerden hareketle mahkûmiyet kararı verilebilir miydi?" sorusunu sormaktadır. Bu sorunun yanıtı olumlu olduğu koşullarda ise ikinci veya derinleştirilmiş soru, tanık delili dışında kalan bu delillerin üzerinde şaibe olup olmadığıdır. Şaibe arttığı denli tanık delilinin belirleyiciliği de artmakta, dolayısıyla beyanına başvurulan tanığın sorgulanması gereği de bir zorunluluğa doğru kaymaktadır.

Bu sonuçların yanı sıra dikkat çekici bir bulgu da AYM'nin, "belirleyici

93 a.g.e. s. 284-307.

94 Burada yeniden vurgulamak gerekir ki bu çaba için CMK hükümlerinin eksiklikleri norm denetimi bağlamında bir Anayasa'ya aykırılık sorunu yaratır.

delil" sorununu ele aldığı bazı davalarda tanık sorgulama hakkının ihlal edilmesinden yakınılan başvuruları temellendirilmemiş şikâyet bularak açıkça dayanaktan yoksun sayma eğilimi göstermesidir. Bir bakıma ispat yükünün yer değiştirilmesi anlamına gelen bu yaklaşım sorunludur. AYM bu bakış açısından vazgeçmelidir. Başvurucular açısından ise bu sorunun aşılması için bir yandan, tanık gelseydi hangi soruları soracaklarını ve bu soruların neye hizmet edeceğini açıklamalarını; diğer yandan, tanık delilinin, "hangi nedenlerle önemli olduğu" "maddi gerçeğin ortaya çıkması için neden gerekli sayıldığını ortaya koyan bir anlatıma dilekçelerinde yer vermelerini önermekteyiz.

AYM'nin incelemesinin üçüncü adımı 2021 yılından beri uygulama bulmaktadır. Bu konuda içtihat tamamlanmış değildir. Kanaatimiz odur ki, bu aşamadaki sapmalar dar yorumlanmalıdır. Strazburg içtihadına Birleşik Krallık'ın baskısıyla giren bu teste çok büyük önem atfedilmemelidir.

Son olarak; özellikle FETÖ/PDY davalarında özellikle (HTS ve CGNAT kayıtlarının kıyaslandığı, bilirkişi, teknik inceleme vb. koşulların hepsinin mevcut bulunduğu) ByLock delilinin belirleyici sayıldığı vakalar açısından bir not düşmek gerekir. AYM'nin içtihatlarından anlaşıldığı kadarıyla bu türden, yani Yargıtay ve AYM içtihatlarına göre şaibesi olmayan ve kanuna uygun biçimde ByLock kullanıldığına dair, bir delilin bulunduğu yerde tanık beyanı belirleyici değil destekleyici sayılmakta, dolayısıyla tanığın sorgulanmamış olması Anayasa'ya aykırı görülmemektedir. Fakat İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin *Yüksel Yalçınkaya/Türkiye* kararı bu içtihadi birikimi kökten sarsacak görünmektedir. Zira Strazburg organlarına göre tüm koşulları mevcut olsa dahi ByLock kullanmış olmak tek başına FETÖ/PDY terör örgütüne üyeliği ortaya koyan bir delil sayılamaz[95]. Şu hâlde bu delil, AYM'nin üzerinde kuşku bulunan deliller karşısında tanık delilini belirleyici görme eğilimi karşısında, süregelen içtihadın gözden geçirilmesini zorunlu kılmaktadır. Bu bakımdan, eğer söz konusu içtihada uyulacak olur ise, her vakada tanık delilinin belirleyici sayılıp sayılmadığına dönük vaka temelli inceleme yapılması gerekecek, buna göre yeniden yargılamaya hükmedilecek veya hükmedilmeyecektir.

95 *Yüksel Yalçınkaya/Türkiye*, B. No: 15669/20, 26/9/2023.

KAYNAKÇA

Kararlar

Abdulkerim Kahraman, B. No: 2020/37267, 11/5/2023.

Abdullah Yılmaz, B. No: 2017/38631, 15/1/2020.

Abdurrahim Balur, B. No: 2013/5467, 7/1/2016.

Adem Çanak, B. No: 2019/42455, 20/12/2022.

Adle Deniz Sürer ve diğerleri, B. No: 2015/1655, 15/1/2020.

Ali Rıza Telek, B. No: 2013/2630, 30/12/2014.

Atila Oğuz Boyalı, B. No: 2013/99, 20/3/2014.

Aydın Oğuz, B. No: 2014/8872, 7/3/2018.

AZ. M., B. No: 2013/560, 16/4/2015.

Bekir Yalım, B. No: 2020/22265, 22/11/2022.

Candaş Bozkurt, B. No: 2018/27301, 30/3/2022.

Cezair Akgül, B. No: 2014/10634, 26/10/2016.

Cumhur Yakut, B. No: 2016/4998, 2/6/2020.

Daştan/Türkiye, B. No: 37272/08, 10/10/2017.

Doorson/Hollanda, B. No: 20524/92, 26/3/1996.

E.D., B. No: 2015/1668, 22/2/2018.

H.T., B. No: 2017/32857, 17/6/2020.

Günay Kaya, B. No: 2020/36504, 11/7/2023.

Hamza Kaba, B. No: 2020/35692, 24/5/2023.

Hasan Ballı, B. No: 2017/21825, 2/6/2020.

Hasan Bati, B. No: 2019/8419, 28/6/2022.

İbrahim Çetin, B. No: 2020/15908, 24/5/2023.

İsmet Özkorul, B. No: 2013/7582, 11/12/2014.

Levent Yanlık, B. No: 2013/1189, 18/11/2015.

Leyla Güven [GK], B. No: 2018/26689, 7/4/2022.

Mesut Çeki, B. No: 2013/6944, 24/3/2016.

Metin Akdemir (2), B. No: 2020/3964, 21/9/2022.

Musa Yılmaz Acar, B. No: 2013/1664, 16/7/2014.

Nuray Volkan, B. No: 2017/18736, 29/1/2020.

Onur Urbay, B. No: 2014/6222, 6/3/2019.

Orhan Güleryüz, B. No: 2019/30221, 28/12/2021.

Ömer Faruk Gergerlioğlu [GK], B. No: 2019/10634, 1/7/2021.

Sadık Çelik, B. No: 2020/5685, 20/6/2023.

Salikhov/Rusya, B. No: 23880/05, 3/5/2012.

Schatschaschwili/Almanya, B. No: 9154/10, 15/12/2015.

Sertaç Ekici, B. No: 2020/6698, 21/6/2023.

Sinan Bulut, B. No: 2019/14914, 10/5/2023.

Sözdar Oral, B. No: 2018/21028, 13/9/2022.

Suat Daştan, B. No: 2020/151, 15/6/2022.

Süleyman/Türkiye, B. No: 59453/10, 17/11/2020.

Şerafettin Can Atalay (2) [GK], B. No: 2023/53898, 25/10/2023.

Şevki Tanıl, B. No: 2016/13402, 12/9/2018.

Taha Bozöyük, B. No: 2020/30174, 19/7/2023.

Tahir Laçin, B. No: 2013/7011, 5/11/2015.

Uğur Özcan, B. No: 2021/12137, 26/7/2022.

Ümit Kaya, B. No: 2016/4354, 22/1/2019.

Yusuf Fil, B. No: 2019/39608, 8/2/2023.

Yüksel Yalçınkaya/Türkiye, B. No: 15669/20, 26/9/2023.

Zana Güneş, B. No: 2016/73184, 25/9/2019.

Zekeriya Sevim, B. No: 2018/18989, 16/6/2021.

Eserler

FEYZİOĞLU, Metin (2004). "Yasama Dokunulmazlığı Üzerine Düşünceler", içinde *Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı*, İstanbul: Galatasaray Üniversitesi Yayınları.

İÇER, Zafer (20239. *Ceza Muhakemesinde Gerekçeli Karar Hakkının Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Yoluyla Korunması*, Ankara: Seçkin Yayınları.

İNCEOĞLU, Sibel (20189. *Adil Yargılanma Hakkı*, Ankara: Avrupa Konseyi Yayınları.

İNCEOĞLU, Sibel (2013). *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı*, İstanbul: Beta Yayınları.

TANER, Fahri Gökçen (2019). *Ceza Muhakemesi Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Çelişme ve Silahların Eşitliği*, Ankara: Seçkin Yayınları.

TRECHSEL, Stefan (2005). *Human Rights in Criminal Proceedings*, New York: Oxford University Press.

ŞİRİN, Tolga (2022). "Anayasa Mahkemesi Kararlarında (Ceza Muhakemesi Bağlamında) Gerekçeli Karar Alma Hakkı", *Uluslararası Akdeniz Hukuk Kongresi* (ss. 622-646), Ankara: Adalet Yayınları.

ŞİRİN, Tolga (2019). *Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda Kanun Kavramı*, İstanbul: On İki Levha Yayınları.

YILDIRIM, Akif (2023). *Anayasal Düzeyde Bir Güvence Olarak Ceza Muhakemesinde Tanık Sorgulama Hakkı*, Ankara: Seçkin Yayınları.

YILDIRIM, Akif (2022). "Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Anayasal Bir Güvence Olarak Ceza Muhakemesinde Gerekçeli Karar Hakkı", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 71., S. 4., ss. 1691-1748.

Doç. Dr. Hüseyin TURAN
(Anayasa Mahkemesi Raportörü)

ÖZEL HAYATA SAYGI HAKKINA MÜDAHALE TÜRÜ OLARAK ARAMA*

ÖZ

Özel hayata saygı hakkı; özel hayatın gizliliği, aile hayatına saygı, konut dokunulmazlığı ve haberleşme hürriyeti gibi dört temel hakkı kapsamaktadır. Her bir hakkın aynı zamanda birçok alt başlığı da bulunmaktadır.

Özel hayata saygı hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (Sözleşme) ve Anayasa'da güvence altına alınmıştır. Kimi durumlarda anılan hakka müdahale edilmek durumunda kalınabileceğinden aynı düzenlemelerde hakka getirilebilecek sınırlama nedenlerine de değinilmiştir. Bu çerçevede özel hayata saygı hakkına; millî güvenlik, kamu düzeninin korunması, suçun işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla müdahale edilebilmektedir.

Özel hayata saygı hakkına müdahale çok değişik usullerle ve amaçlarla yapılmakta ise de bu çalışmada arama yoluyla gerçekleştirilen müdahale şekli ele alınmaktadır. Adli arama, ceza muhakemesinde şüpheli veya sanığın yakalanması ya da suç delillerinin ele geçirilmesi amacıyla yapılmaktadır. Önleme aramasına ise suçun işlenmesinin ve yakın tehlikenin önlenmesi için başvurulmaktadır. Mevzuatta vergi kaybının önlenmesi, rekabetin korunması gibi amaçlarla öngörülmüş inceleme ve araştırma işlemleri de bulunmaktadır. Tüm bu işlemler; kişinin üzerinde, eşyasında, aracında, konutunda, iş yerinde veya buna benzer yerlerde gerçekleştirilmektedir. Bu yönüyle arama, duruma göre kişinin vücut bütünlüğüne, özel hayatına, aile hayatına, konut dokunulmazlığına ve haberleşme hürriyetine müdahale oluşturmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Özel hayat, konut dokunulmazlığı, ceza muhakemesi hukuku, adli arama, önleme araması, iş yerinde arama, avukat bürolarında arama.

* Bu makale hakem denetiminden geçmiştir.

Prof. Dr. Zühtü Arslan'a Armağan

SEARCH MEASURE AS A FORM OF INTERFERENCE WITH THE RIGHT TO RESPECT FOR PRIVATE LIFE

ABSTRACT

The right to respect for private life encompasses four fundamental rights: the right to privacy, respect for family life, inviolability of domicile, and freedom of communication. Each of these rights includes numerous subcategories.

Guaranteed by the European Convention on Human Rights (the European Convention) and the Constitution, the right to respect for private life may necessitate interference in certain cases. Accordingly, these regulations also outline the justifiable grounds for such restrictions. Within this framework, the right to respect for private life may be restricted for reasons such as national security, the maintenance of public order, the prevention of crime, the protection of public health and morals, or the safeguarding of the rights and freedoms of others.

While interference with the right to respect for private life can occur through various procedures and for different purposes, this study specifically examines interference conducted through search. Judicial searches in criminal proceedings aim to apprehend suspects or defendants or to seize evidence of a crime. Preventive searches are conducted to forestall the commission of a crime or the manifestation of an imminent danger. The legislation also includes inspection and investigation procedures for purposes such as preventing the loss of tax revenue or protecting competition. These procedures are carried out on a person's body, belongings, vehicle, residence, workplace, or in a similar location. Hence, search measures may constitute an interference with a person's physical integrity, private life, family life, inviolability of domicile, and freedom of communication.

Keywords: Private life, inviolability of domicile, criminal procedure law, judicial search, preventive search, search at the workplace, search in lawyers' offices.

GİRİŞ

Şüpheli veya sanığın yakalanması ya da suç delillerinin ele geçirilmesi amacıyla gerçekleştirilen adli arama ve suçun işlenmesinin ve yakın tehlikenin önlenmesi amacıyla yapılan önleme araması yahut mevzuatta rekabetin korunması gibi amaçlarla öngörülmüş olan inceleme ve araştırma işlemleri, kişinin üstünde, eşyasında, aracında, konutunda, iş yerinde veya buna benzer yerlerde gerçekleştirilmektedir. Bu yönüyle arama, duruma göre kişinin vücut bütünlüğüne, özel hayat ve aile hayatına, konut dokunulmazlığına ve haberleşme hürriyetine müdahale oluşturmaktadır.

Anayasa'da, Ceza Muhakemesi Kanunu'nda, (CMK), Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nda (PVSK), diğer kanunlarda ve yönetmeliklerde aramaya ve aramanın icra ediliş şekline dair ayrıntılı hükümlere yer verilmiş, aynı zamanda Sözleşme'de ve Anayasa'da vücut bütünlüğüne, özel hayata ve aile hayatına, konuta ve haberleşme hürriyetine saygı hakkı düzenlenmiştir. Fakat kimi durumlarda anılan hakka müdahale edilmek durumunda kalınabileceğinden aynı düzenlemelerde hakka getirilebilecek sınırlama nedenlerine de değinilmiştir. Böylelikle bireyin özel hayatına saygı hakkına yönelebilecek keyfî müdahalelerin önüne geçilmek istenmiştir.

Anayasa'da ve Sözleşme'de belirtilen özel hayata saygı hakkına ve bu hakkın kapsamında değerlendirilen haklara, sadece arama usulüyle değil başka şekillerde de müdahale edilmektedir. Çalışma ne özel hayatın bütününü ne de arama tedbirlerini derinlemesine incelenmesini ele almaktadır. Bu yüzden çalışmada yalnızca arama işlemleri nedeniyle özel hayata saygı hakkına müdahale ele alındığından, konuyla bağlantılı olduğu ölçüde arama tedbirlerine ve özel hayata saygı hakkına değinilecektir. Bu yapılırken arama tedbirinin hakka ne şekilde müdahale oluşturduğu ve müdahalenin hangi hâllerde anılan hakkın ihlaline neden olabileceği Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) ve Anayasa Mahkemesi kararları çerçevesinde açıklanmaya çalışılacaktır.

I. GENEL OLARAK ARAMA

Arama, en başta bir koruma tedbiri olarak CMK'da düzenlenmiş, bununla birlikte CMK dışında birden çok kanunda da farklı gayeler için kabul edilmiştir. Arama, gizli olan ya da saklanan bir şeyin elde edilmesi veya kişinin ele geçirilmesi ve yakalanması amacıyla yapılmaktadır. Zira açıkta olan ve saklı bulunmayan bir şeyin, eşyanın aramasından ve kişinin elde edilmesinden söz edilmez. Açıkta olan bir suç eşyası söz konusu ise bu eşya muhafaza altına alınır ve sonradan hakkında el koyma kararı verilir[1]; şüpheli veya sanık huzurda

1 Kurşun, G. ve Cengiz, O. K. (2021). *Ceza Avukatının İnsan Hakları El Kitabı*, Ankara: İnsan Hakları Gündemi Derneği Yayınları, s. 144.

ise kaçmasını önlemek amacıyla yakalanır, gözaltına alınır veya tutuklanır yahut adli kontrol altına alınır.

A. ADLİ ARAMA

Ceza muhakemesinde arama, hakkında soruşturma yürütülen şüphelinin yakalanması amacıyla veya suça ilişkin delillerin elde edilmesi için yapılmaktadır. Görüleceği üzere, ceza muhakemesinde iki amaçla arama yapılabilir[2]. Bunlardan ilki, saklanan ve yargılamadan kaçan şüphelinin veya sanığın ele geçirilmesi için yapılan aramadır. Bu tür aramada şüpheli ve sanığın bulunabileceği yerlerde arama yapılacağı için her zaman arama yapılan yerin kişinin kendi konutu veya iş yeri olmayabilir. Üçüncü kişilerin, örneğin şüphelinin babasının, amcasının ve arkadaşının evinde olabileceğine dair somut belirtiler varsa, bu yerlerde de pekâlâ arama yapılabilecektir. Şüpheli veya sanığın yakalanabileceği yerler genellikle kapalı mekânlardır. Bu tür yerler daha ziyade ev, iş yeri veya buna benzer mekânlardır. İkinci amaç ise suça ilişkin delillerin elde edilmesidir. Deliller, suçun işlendiğini gösteren ve suçu ispata yarayan unsurlardır. Deliller bazı hâllerde müsadereye de konu olabilmektedir. İşte, gerek müsadereye tabi eşyaların ele geçirilmesi gerekse suçun işlendiğini gösteren ve sübuta yarayan delillerin elde edilmesi amacıyla arama yapılır. Bu deliller, şüpheli veya sanığın üzerinde olabileceği gibi, çantasında, eşyasında- bu eşya akıllı cep telefonu olabileceği gibi, laptop veya bilgisayar da olabilir- aracında, iş yerinde veya konutunda olabilir. Dolayısıyla delillerin elde edilmesi amacıyla yapılan arama, sözü edilen şeyler üzerinde icra edilmek durumundadır. Ceza muhakemesinin amaçlarını gerçekleştirmek için yapılan aramaya adli arama denilmektedir. Arama denilince çoğunlukla akla gelen arama türü adli aramadır.

CMK'nın 2. maddesinde kanunda geçen bazı kavramların tanımına yer verilmiştir. Fakat bu tanımlar içinde arama tedbirinin tanımı bulunmamaktadır. Arama tedbirinin tanımı Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin 5. maddesinde yapılmıştır. Yönetmeliğin 5. maddesine göre adli arama, "*bir suç işlemek veya buna iştirak veyahut yataklık etmek makul şüphesi altında bulunan kimsenin, saklananın, şüphelinin, sanığın veya hükümlünün yakalanması ve suçun iz, eser, emare veya delillerinin elde edilmesi için bir kimsenin özel hayatının ve aile hayatının gizliliğinin sınırlandırılarak konutunda, işyerinde, kendisine ait diğer yerlerde, üzerinde, özel kâğıtlarında, eşyasında, aracında 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile diğer kanunlara göre yapılan araştırma işlemidir*". Ceza muhakemesi çerçevesinde arama tedbirine başvurulabilmesi için bir suçun işlendiği veya

2 Öztürk, B., Tezcan, D., Erdem, M. R., Sırma Gezer, Ö. F., Sırma Kırıt, Y., Alan Akcan, E., Özaydın, Ö., Erden Tütüncü, E., Altınok Willemin, D. ve Tok, M. C. (2018). *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 12. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 498; Centel, N. ve Zafer, H. (2020). *Ceza Muhakemesi Hukuku,* 19. Baskı, İstanbul: Beta Yayıncılık, s. 461.

en azından bir suçun işlenmesine teşebbüs edildiği şüphesi üzerine başlatılan bir ceza soruşturmasının bulunması gerekmektedir. Ceza kanunları kapsamında bir suç yoksa yahut Kabahatler Kanunu içinde yer alan bir eylem söz konusu ise kural olarak adli arama tedbirine başvurulamayacaktır. Bir başka ifadeyle CMK, suç soruşturmasına başlanılmadan önce aramaya izin vermemektedir[3].

CMK'da arama ve aramaya ilişkin genel şartlar, Kanun'un 116-122. maddeleri arasında, avukat bürolarında arama ise 130. maddede ayrı bir başlık altında düzenlenmiştir. Bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama ise Kanun'un 134. maddesinde düzenlenmiştir. Kanun'un 116. maddesinde şüpheli veya sanıkla ilgili arama; 117. maddesinde, şüpheli veya sanık dışında olan üçüncü kişiler üzerinde yapılacak arama; 118. maddesinde gece vakti yapılacak arama; 119. maddesinde, arama kararı ve arama kararında bulunması gereken hususlar; 119. ve 120. maddelerde, aramada bulunabilecek kişiler ya da bulunması zorunlu tutulan kimseler; 121. maddede ise arama sonunda yapılacak işlemler düzenlenmiştir.

Kanun'un 119. maddesine göre hâkim kararı üzerine veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının, Cumhuriyet savcısına ulaşılamadığı hâllerde ise kolluk amirinin yazılı emriyle kolluk görevlileri arama yapabilmektedir. Ancak konutta, iş yerinde ve kamuya açık olmayan kapalı alanlarda arama, kural olarak hâkim kararıyla, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde ise Cumhuriyet savcısının yazılı emriyle yapılabilecektir. Kolluk amirinin yazılı emriyle yapılacak arama sonuçları Cumhuriyet Başsavcılığına derhâl bildirilmesi gerekmektedir. Kolluk amirinin yazılı emriyle yapılacak aramanın kapsamı daha sınırlı tutulmuş; konut, iş yeri ve kamuya açık olmayan kapalı mekânlarda kolluk amirinin yazılı emriyle arama yapılmasına izin verilmemiştir. Verilecek bir arama kararında; aramanın nedenini oluşturan fiil (suç), aranılacak kişi ya da kişiler, aramanın yapılacağı konut veya diğer yerin açık adresi ya da eşyanın ismi, arama kararının veya emrinin geçerli olacağı zaman süresi mutlaka bulunmalıdır. Arama tutanağına ayrıca işlemi yapanların açık kimlikleri kanunen yazılması gerekmektedir. Bu işlem, yargılama sürecinde aramanın hukukiliğine ilişkin iddialar dile getirildiğinde, aramaya katılan kişilerin kim olduklarının belirlenmesi bakımından önemli olabilmektedir.

Yönetmeliğin 5. maddesinde adli arama yapılabilmesi için makul şüphenin bulunması gerektiği ifade edilmiştir. CMK'nın 116. maddesinde de yaka-

3 Yenisey, F. ve Nuhoğlu, A. (2016). *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 4. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 381; Öztürk, B., Tezcan, D., Erdem, M. R., Sırma Gezer, Ö. F., Sırma Kırıt, Y., Alan Akcan, E., Özaydın, Ö., Erden Tütüncü, E., Altınok Willemin, D. ve Tok, M. C. (2018). s. 498.

lanabileceği veya suç delillerinin elde edilebileceği hususunda makul şüphe varsa şüphelinin üstünün, eşyasının, konutunun veya ona ait diğer yerlerin (iş yeri vb.) aranabileceği belirtilmiştir. Buna göre adli aramanın ön koşulunu makul şüphenin varlığı oluşturmaktadır. CMK'ya göre bir arama yapabilmek için olmazsa olmaz ilk ve en önemli şart makul şüphe şartıdır. O hâlde makul şüphenin ne olduğu ve arama tedbiri için söz konusu şüphenin oluşup oluşmadığı büyük bir önem arz etmektedir.

Ceza muhakemesinde koruma tedbirleri ve diğer işlemler için farklı şüphe çeşitleri öngörülmüştür. Tutuklama tedbiri için kuvvetli suç şüphesinin varlığı kabul edilmiştir. Buna karşılık iddianame ile kamu davası açılabilmesi için yeterli şüphenin varlığı aranmıştır. Ceza muhakemesinin başlatılabilmesi için ise başlangıç suç şüphesi ya da basit suç şüphesinin varlığı gereklidir. Çalışmamızın konusunu oluşturan arama tedbiri için ise makul suç şüphesinin varlığı kabul edilmiştir[4]. Makul şüphenin tanımına CMK yerine yine yukarıda değinilen Yönetmelikte yer verilmiştir. Yönetmeliğin 6. maddesinde makul şüphe, hayatın akışına göre somut olaylar karşısında genellikle duyulan şüphe olarak tanımlanmıştır. Makul şüphe, aramanın yapılacağı zaman, yer ve ilgili kişinin veya onunla birlikte olanların davranış tutum ve biçimleri, kolluk memurunun taşındığından şüphe ettiği eşyanın niteliği gibi sebepler göz önünde tutularak belirlenebilecektir. İhbar veya şikâyeti destekleyen emarelerin, somut olguların var olması hâlinde makul şüphenin bulunduğu kabul edilebilir. Bir başka ifadeyle soyut ihbar veya şikâyet, makul şüpheyi tek başına oluşturmamaktadır. Sonuç olarak arama sonunda belirli bir şeyin bulunacağını veya belirli bir kişinin yakalanacağını öngörmeyi gerektiren somut olgular mevcut bulunmalıdır. Arama sonucunda bir delilin veya aranılan kişinin bulunamamış olması, arama kararının alındığı anda var olan makul şüphenin bulunmadığına dair sonradan bir karine oluşturmamaktadır. Başka bir ifadeyle, ilk bakışta haklılık taşıyan arama işlemi sonrasında suç unsuruna rastlanılmamış olması ve Cumhuriyet savcısı tarafından kovuşturmaya yer olmadığına dair bir karar verilmesi, aramayı sonradan otomatik olarak hukuka aykırı hâle getirmemektedir[5].

Anayasa ve AİHM kararlarında makul şüpheye ilişkin açıklamalar bulunmaktadır. AİHM'e göre makul şüphe, hakkında arama kararı verilen kişinin suçu işlemiş olabileceği konusunda objektif bir gözlemciyi iknaya yeterli olgu ve bilgilerin mevcut olmasıdır. Bu nedenle söz konusu şüphe türüne dayanak oluşturan herhangi bir olgu veya bilgi bulunmadan yapılan aramada makul şüphenin oluştuğundan bahsedilemeyecektir[6]. Anayasa Mahkemesi ise *Hasan*

4 Suç şüphesi çeşitleri için bkz. a.g.e. s. 434; Centel, N. ve Zafer, H. (2020) s. 257; Yenisey, F. ve Nuhoğlu, A. (2016). s. 379.

5 *Hasan Akboğa* [GK], B. No: 2016/10380, 27/3/2019, § 109.

6 *Labita/İtalya* [BD], B. No: 26772/95, 6/4/2000; *Erdagöz/Türkiye,* B. No: 21890/93, 22/10/1997; *Klass ve diğerleri/Almanya,* B. No: 5029/71, 6/9/1978.

Akboğa başvurusunda doğrudan makul şüphenin tanımına girmemiş fakat somut olayda hangi hâlde makul şüphenin var olabileceğini belirtmiştir. Sözü edilen başvuruda, silahlı terör örgütüne üye olma ve örgüte bilerek yardım etme suçundan yürütülen bir soruşturma kapsamında başvurucunun konutunda aramaya karar verilmiş; aramayla terör örgütü mensuplarının yakalanması ve delillerin ele geçirilmesi amaç edinilmiş; arama kararında arama yapılacak yer ve zamana ilişkin açık bir şekilde yer verilmiş; yapılan ihbarda, başvurucu ile birlikte bir kısım şüphelinin PKK'nın kırsal kadrosuna mensup dört kişilik grubu evlerinde barındırdıkları ve elaman aktarımı faaliyetlerinde bulunduğu ifade edilmiştir. Bu verileri dikkate alan Anayasa Mahkemesi, soruşturma makamlarının suç şüphesini doğrulayan somut bir olaya dayanarak arama işlemini yaptıklarını, makul şüphenin somut olayda bulunduğu soncuna varmıştır. Keza norm denetiminde de Mahkeme, her bir olayın özelliğine göre değişkenlik göstereceğinden makul şüphenin hangi koşullarda gerçekleşeceğinin önceden öngörülebilmesinin mümkün olmadığını, kanun koyucunun bu yüzden genel bir belirleme yaptığını, makul şüphenin bulunup bulunmadığını değerlendirme yetkisinin arama kararı vermeye yetkili merciler tarafından yapılmasının doğru olduğunu ifade etmiştir[7].

B. ÖNLEME ARAMASI

Mevzuatımızda adli arama dışında bir de önleme araması bulunmaktadır. Genel itibarıyla arama denilince akla adli arama gelmekte ise de önleme araması da sıklıkla başvurulan bir arama çeşididir. Doktrinde de arama, genel olarak ikiye ayrılarak ele alınmakta, bunlardan ilki adli arma iken diğeri önleme aramasıdır[8]. Hatta adli arama dışındaki tüm aramalar önleme araması olarak nitelendirilebilir. Önleme araması, PVSK'da düzenlenmiştir. Anılan Kanun'un 9. maddesinin 2. fıkrasında önleme araması şu şekilde ifade edilmiştir: "*Polis, tehlikenin veya suç işlenmesinin önlenmesi amacıyla usulüne göre verilmiş sulh ceza hâkiminin kararı veya bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde mülkî âmirin vereceği yazılı emirle; kişilerin üstlerini, araçlarını, özel kâğıtlarını ve eşyasını arar; alınması gereken tedbirleri alır, suç delillerini koruma altına alarak 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre gerekli işlemleri yapar*". Madde metninden anlaşılacağı üzere önleme araması, bir tehlikenin önlenmesi ya da bir suçun işlenmesinin önüne geçmek için yapılır. Bir başka ifadeyle, önleme araması güvenliği sağlamak amacını taşır[9]. PVSK'nın dışında farklı kanunlarda da önleme araması yapılmasına imkân veren dü-

7 AYM, E.2014/195, K.2015/116, 23/12/2015.

8 Şen, E. ve Maviş, M. (2022). *Önleme Aramasının Şartları ve Sınırı ile Adli Aramanın Kesişmesi*, https://sen.av.tr/tr/makale/onleme-aramasinin-sartlari-ve-siniri-ile-adli-arama-kesismesi, (Erişim Tarihi: 5/2/2023); Öztürk, B., Tezcan, D., Erdem, M. R., Sırma Gezer, Ö. F., Sırma Kırıt, Y., Alan Akcan, E., Özaydın, Ö., Erden Tütüncü, E., Altınok Willemin, D. ve Tok, M. C. (2018). s. 498; Centel, N. ve Zafer, H. (2020). s. 462.

9 Şen, E. ve Maviş, M. (2022).

zenlemeler mevcuttur[10]. Söz konusu düzenlemelerde bazı farklılıklar bulunsa da temelde 2559 sayılı Kanun hükümleriyle benzer içeriktedir. Bununla birlikte PVSK'nın 9. maddesi önleme araması ile ilgili temel kanun niteliğini taşır[11]. Önleme aramalarıyla ilgili usul ve esaslar, ayrıntılı bir şekilde Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin 19. maddesinde yer almaktadır. Yönetmeliğe göre önleme araması, millî güvenlik ve kamu düzeninin, genel sağlık ve genel ahlâkın veya başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunması, ayrıca, suç işlenmesinin önlenmesi amacıyla taşınması veya bulundurulması yasak olan her türlü silâh, patlayıcı madde veya eşyanın tespiti için hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde mülki amirin yazılı emriyle ikinci fıkrada belirtilen yerlerde, kişilerin üstlerinde, aracında, özel kâğıtlarında ve eşyasında yapılan arama işlemidir. Devam eden fıkralarda ise karar olmaksızın önleme aramasının yapılacağı yerler ve durumlar tek tek sayılmıştır.

Önleme aramasının uygulama alanı daha geniş olarak düzenlenmiş ise de arama yapılabilecek yerler açısından adli aramaya nazaran kapsamı daha sınırlı tutulmuştur. Buna göre kişinin üstünde, aracında, eşyasında ve özel kâğıtlarında önleme araması yapılabilmesine karşılık kapalı mekânlarda, kişinin konutunda, eklentilerinde kamuya açık olmayan kapalı yerlerde, bu kapsamda kişinin özel iş yerinde, ticari işletmelerde ve avukat bürolarında önleme aramasına başvurulamamaktadır. Yine, adli arama, somut bir olguya dayanmakta iken önleme araması ise daha ziyade soyuttur. Bir başka ifadeyle önlenecek tehlike soyut olup suç ise başlangıçta belirsiz durumdadır[12].

Önleme aramasında makul şüphe yerine makul sebep öngörülmüştür. Makul sebep, önleme araması yapılabilmesi için ön koşuldur. Makul sebep, uzman olan bir kimsenin, bu uzman kişi kolluk mensubudur, somut bir olgudan hareketle, bir tehlikenin olabileceğini düşünmesidir. Amaç, önleme araması ile tehlikeyi önlemektir[13]. Makul sebep, yakın tehlikeyi gösteren olgular olarak da ifade edilebilir. Henüz gerçekleşmemiş fakat gerçekleşmesi muhtemel olan olaylardır. Tehlikenin oluştuğunu gösteren belirlemeler, kolluk tarafından önceden tespit edilerek bir rapor hazırlanır ve rapor mülki amire sunulur. Arama talep yazısında aramanın sebebi, konusu ve kapsamı, yapılacağı yer, geçerli olacağı zaman süresinin bulunması gerekmektedir[14].

10 Yenisey, F. ve Nuhoğlu, A. (2016). s. 283.

11 Eryılmaz, M. B. (2012). *Ceza Muhakemesi Dersleri*, 1. Baskı, Ankara; Seçkin Yayıncılık, s. 417-418.

12 Şen, E. (2017). *Önleme Araması ile Adli Aramanın İnce Çizgisi*, https://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/2285711-onleme-aramasi-ile-adli-aramanin-ince-cizgisi (Erişim Tarihi: 15/2/2022).

13 Makul sebep hakkında bkz. Gökcen, A., Balcı, M., Alşahin, M. E. ve Çakır, K. (2013*). Ceza Muhakemesi Hukuku*, 3. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, s. 429.

14 Yenisey, F. ve Nuhoğlu, A. (2016). s. 277.

C. **ARAMANIN ŞARTLARI**

1. Hâkim Kararı veya Yazılı Emir

Bir aramanın hukuki olabilmesi için adli arama bakımından ön koşul olarak makul suç şüphesinin bulunması gerekmektedir. Önleme araması bakımından ise makul şüpheden söz edilemez, zira bir suç soruşturması ve kovuşturması için bu tür aramaya başvurulamamaktadır. Bunun yerine önleme aramasında güvenlik amacı ön planda olduğu için makul sebep yeterli görülmektedir[15].

Adli aramanın ön koşulu olan makul şüphenin varlığı sonrasında aramanın şartlarından ilki hâkim kararı veya yetkili mercinin emrinin bulunmasıdır. CMK'nın 119. maddesinde arama için kural olarak hâkim kararı bulunmalıdır. Arama kararını verecek olan hâkim, soruşturma evresinde sulh ceza hâkimliği, kovuşturma evresinde ise davaya bakan mahkemedir. Anayasa'nın 20. ve 21. maddelerinde arama için kural olarak hâkim kararı öngörülmüştür. Gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde ise kanunen yetkili kılınmış mercinin emri aranmıştır. Gecikmesinde sakınca olan hâllerde aramaya yetkili merci, kural olarak Cumhuriyet savcısıdır. Gecikmesinde sakınca bulunan hâl deyiminin ne anlama geldiği yukarıda yer verilen Yönetmeliğin 4. maddesinde, *derhâl işlem yapılmadığı takdirde suçun iz, eser, emare ve delillerinin kaybolması veya şüphelinin kaçması veya kimliğinin tespit edilememesi ihtimâlinin ortaya çıkması ve gerektiğinde hâkimden karar almak için vakit bulunmama*sı şeklinde açıklanmıştır. CMK'da ayrıca kolluk amirinin yazılı emriyle de arama yapılmasından bahsedilmiştir. Kolluk amirinin yetkisinin olabilmesi için Kanun bazı koşulların oluşmasını aramıştır. Bu koşullar; gecikmesinde sakınca bulunan bir hâlin mevcut olması, bu şarta bağlı olarak Cumhuriyet savcısına ulaşılamamış olması ve nihayetinde aranılacak yerlerin konut, iş yeri ve kamuya açık olmayan kapalı alan olmamasıdır. Kolluk amirinin yazılı emriyle belirtilen yerler dışında iki şartın birlikte gerçekleşmesi durumunda arama yapılabilmektedir.

İdari bir işlem olmasına karşılık önleme aramaları bakımından da kural olarak arama için hâkim kararının varlığı kabul edilmiştir. Anayasa'nın 20. maddesindeki hüküm önleme aramaları için de geçerlidir[16]. Anayasa Mahkemesi de Anayasa'nın 20. maddesinin, sadece adli aramalarda değil, özel yaşama müdahale oluşturan tüm aramalarda uygulanma imkânına sahip olduğunu, madde ile öngörülen hâkim kararı güvencesinin önleme aramaları için istisna tutulamayacağını belirtmiştir[17]. PVSK'nın 9. maddesine göre tehlikenin veya suç işlenmesinin önlenmesi için sulh ceza hâkiminin kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde mülki amirinin yazılı emriyle önleme

15 a.g.e. s. 278.
16 Centel, N. ve Zafer, H. (2020). s. 462.
17 AYM, E.2003/29, K.2006/24, 22/2/2006.

araması kararı verilmektedir[18]. Önleme aramaları bakımından gecikmesinde sakınca bulunan hâl, Yönetmeliğin 4. maddesinde, *derhâl işlem yapılmadığı takdirde, millî güvenlik ve kamu düzeninin, genel sağlık ve genel ahlâkın veya başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunmasının tehlikeye girmesi veya zarar görmesi, suç işlenmesinin önlenememesi, taşınması veya bulundurulması yasak olan her türlü silâh, patlayıcı madde veya eşyanın tespit edilememesi ihtimâlinin ortaya çıkması ve gerektiğinde hâkimden karar almak için vakit bulunmaması* olarak ifade edilmiştir. Mülki amir ise il sınırları içinde yapılacak aramada vali, ilçe sınırları içinde yapılan aramalar bakımından ise kaymakamdır. Dikkat edilmelidir ki kolluk amirine önleme arama emri düzenleme yetkisi verilmemiştir. Bununla birlikte Yönetmeliğin 8. maddesinde kolluk tarafından herhangi bir karar alınmaksızın arama yapabilecek durumlar tek tek gösterilmiştir. Belirtilen hâllerden birisinin varlığı hâlinde kolluk herhangi bir arama kararı olmaksızın arama yapabilmektedir[19]. Anayasa'nın 20. ve.21. maddeleri dikkate alındığında bu düzenlemenin Anayasa'ya açıkça aykırı olduğu doktrinde ifade edilmektedir. Zira kanunla yapılması gereken bir düzenlemenin, Anayasa'nın vermediği bir yetkiye rağmen Yönetmelikle düzenlenmiş olması, temel hak ve özgürlüklerin korunması bakımından yeterli bir güvence oluşturmayacaktır[20].

2. Arama Kararı veya Emrinde Bulunması Gereken Unsurların Varlığı

Yapılan bir aramanın hukuki olabilmesi için diğer bir koşul, arama kararı veya arama emrinin varlığıdır. Arama kararı veya emri olmadan bir arama işlemi icra edilemez. Anayasa'nın 20. ve 21. maddelerinde, CMK'nın 119. maddesinde, yine önleme aramasını düzenleyen PVSK'nın 9. maddesinde arama kararı ve emrinden bahsedilmektedir. Arama kararı hâkim veya mahkeme tarafından verildiğinde, bu arama kararı yazılı olmak zorundadır. Yine, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı tarafından arama emri düzenlendiğinde bu arama emri de yazılı olmak durumundadır. Bir başka ifadeyle kolluk, sözlü talimat ve emirle arama yapamaz. İstisnai olarak kolluk amiri tarafından verilen arama emri de yazılı olmalıdır. PVSK'nın 9. maddesi-

18 Anayasa Mahkemesi norm denetiminde 2559 Sayılı Kanun'un 4/A maddesinin altıncı fıkrasına eklenen üçüncü cümlenin "*…kişinin üstü ve eşyası ile aracının dışarıdan bakıldığında içerisi görünmeyen bölümlerinin aranması; İçişleri Bakanlığı tarafından belirlenecek esaslar dâhilinde mülki amirin görevlendireceği kolluk amirinin yazılı, acele hâllerde sonradan yazıyla teyit edilmek üzere sözlü emriyle yapılabilir…*" kısmını, Anayasa'nın 20. maddesi uyarınca gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde dahi kanunla yetkili kılınmış mercinin yazılı emri bulunmadıkça arama yapılmasının mümkün olmadığı gerekçesiyle iptal etmiştir. AYM, E.2015/41, K.2017/98, 4/5/2017.

19 Örneğin PVSK m. 9/7'de 36. fıkra, Ölçme, Seçme ve Yerleştirme Merkezi Hizmetleri Hakkında Kanun m. 9/5'te 37. fıkra, Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu m. 9/2-3'te 38. fıkra, Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu m. 56/B'de 39. fıkra gereğince hâkim kararı veya yetkili mercinin yazılı emri olmaksızın arama yapılabilmektedir.

20 Öztürk, B., Tezcan, D., Erdem, M. R., Sırma Gezer, Ö. F., Sırma Kırıt, Y., Alan Akcan, E., Özaydın, Ö., Erden Tütüncü, E., Altınok Willemin, D. ve Tok, M. C. (2018). s. 503; Gökcen, A., Balcı, M. Alşahin, M. E.ve Çakır, K. (2013). s. 434.

ne göre yapılan önleme araması da yazılı olarak yerine getirilmek zorundadır. Arama kararı veya arama emrinin yazılı olması, temel hak ve özgürlüklerin korunması açısından keyfîliği önleyen önemli bir güvence teşkil etmektedir[21].

Arama kararı hâkim tarafından verildiğinde, gerekse Cumhuriyet savcısı veya kolluk amirince arama emri düzenlendiğinde bu arama belgesinde bazı bilgilerin bulunması, arama işleminin hukuka uygunluğu açısından gerekli tutulmuştur. Arama kararı veya emrinde ilk önce aramanın nedenini oluşturan fiil yani aramaya dayanak oluşturan suçun ismi yazılı olmalıdır. Hangi suçtan soruşturma yapıldığı arama kararında bulunmalıdır. İkinci olarak aranılacak kişinin ismi yazılı olmalıdır. Bu isim genellikle hakkında soruşturma yürütülen şüpheli veya sanıktır. Aramanın yapılacağı yerin adresi; bu yer konut veya eklentisi, iş yeri, şüphelinin bulunabileceği herhangi bir yer de olabilir, mutlaka arama kararında bulunmalıdır. Arama karında belirtilen adresten başka bir yerde arama işlemi yerine getirilemez[22]. Yine, arama kararında aranılacak suç eşyasının ismi de yazılı olmalıdır. Hangi delil ya da delillerin arandığı arama kararında mutlaka yer almalıdır. Başka bir deyişle aramanın en önemli unsurlarından birisi olan meşru amacı, arama kararında bulunmalıdır. Son olarak, arama veya emrinde aramanın geçerli olacağı zaman süresi de bulunmalıdır. Arama karar veya emrinin yazılı olması dışında, arama kararı veya emrinde bulunması gereken zorunlu unsurların varlığı da temel hak ve özgürlüklerin korunması bakımından önemli bir güvencedir. Zira arama kararını icra eden kolluk görevlileri, arama işlemini kendilerine verilen arama kararı veya emri içinde yazılı olarak belirtilen durumlara göre icra edeceklerdir. Bu yüzden arama kararı veya emrinin arama işleminden önce düzenlenmiş olması gerekmektedir. Arama işlemi yapılmadan önce aranılacak kişiye veya kişilere arama kararı gösterilmelidir ki, bu karar veya emre güvenerek arama işlemine karşı gelmek durumuyla karşılaşılmamalıdır. Nihayetinde, arama işlemi sona erdikten sonra arama kararının bir örneği de aranılan kişiye verilmelidir.

Bilgisayar, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, CMK'da genel aramanın dışında tutulmuş ve genel aramadan farklı bir şekilde ele alınmıştır. Kanun'un 134. maddesinin birinci fıkrasına göre söz konusu eşyada yapılan arama için makul suç şüphesinin ötesinde somut delillere dayalı kuvvetli suç şüphesinin varlığı aranmıştır[23]. Yine, sözü edilen eşyada arama yapılabilmesi için başka bir surette delil elde imkânının bulunmaması gerek-

21 Öztürk, B., Tezcan, D., Erdem, M. R., Sırma Gezer, Ö. F., Sırma Kırıt, Y., Alan Akcan, E., Özaydın, Ö., Erden Tütüncü, E., Altınok Willemin, D. ve Tok, M. C. (2018). s. 512.

22 Yargıtay 7. Ceza Dairesinin 9/11/2021 tarihli ve E.2012/22055, K.2021/14597 sayılı kararı.

23 Kuvvetli suç şüphesi hakkında daha geniş bilgi için bkz. Turan, H. (2023). *Ceza Muhakemesi Ekseninde Özgürlük ve Güvenlik Hakkı*, Ankara: Adalet Yayınevi, s. 176; Kaya, Y. E. (2019). *Bireysel Başvuru Yolunda Tutuklamanın Hukukiliğinin İncelenmesi,* İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 116.

mektedir. Sadece şüphelinin kullandığı bilgisayar üzerinde arama yapılabilir. Maddede, şüpheliye ait olmayan bilgisayarlar aramanın dışında bırakılmıştır. Arama kararı veya emri hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde ise Cumhuriyet savcısı tarafından verilmelidir. Diğer bir deyişle kolluk amirinin yazılı emriyle bilgisayarlarda arama yapılamamaktadır. Belirtmek gerekir ki, adli arama için mutlaka bir suç sebebiyle ceza soruşturması başlamış olmalıdır.

3. Aramanın İcrasında Bulunması Zorunlu Olan Kişilerin Varlığı

Bir aramanın hukuki olabilmesi için ayrıca arama sırasında kanunen bulunması gereken kişilerin hazır olmasının sağlanmış olması gerekmektedir. CMK'nın 120. maddesinde aramada hazır bulundurulması gereken kişilerin kimler olabileceği gösterilmiştir. İlk olarak, konutta veya iş yeri gibi bir yerde arama yapıldığında aranılacak yerin sahibi arama sırasında hazır bulunabilir yani hazır bulunması engellenemez. Eşya üzerinde arama yapıldığında eşyanın maliki yahut zilyedi de arama sırasında hazır bulunabilir. Eğer aranılacak kişinin avukatı bulunmaktaysa avukat da arama esnasında aramaya tanıklık edebilir. Bir başka ifadeyle, kişinin avukatının aramada hazır bulunmasına engel olunamaz. Şüpheli veya sanık ya da eşyanın veya konutun sahibi kendisi hazır bulunamaz ise yerine varsa temsilcisini yahut ayırt etme gücüne sahip biri veya kendisiyle birlikte oturmakta olan bir kimse veya komşusu hazır bulundurulmalıdır. Şüpheli veya sanıktan başka kişilerin aranması söz konusu olduğunda zilyet hazır olabilir, bulunmadığı hâlde yerine çağrılacak kişiye aramaya başlanmadan önce aramanın amacı hakkında bilgi verilmelidir. Kanunda ilgili kimselerin hazır bulundurulacağı açıkça düzenlenmiş olduğundan burada belirtilen kişiler olmadan arama işleminin icra edilmesi, arama işlemini hukuka aykırı hâle getirir[24].

Konutta, iş yerinde veya buna benzer kapalı mekânlarda yapılacak aramada Cumhuriyet savcısı da hazır bulunabilir. Ancak bu yerlerde aramaya Cumhuriyet savcısı katılmak zorunda değildir. CMK'nın 119. maddesinin 4. fıkrasında, Cumhuriyet savcısının hazır bulunmadığı durumlarda konut, iş yeri ve buna benzer diğer yerlerde arama yapıldığında bir güvence olarak komşulardan veya o yer ihtiyar heyetinden iki kişinin bulundurulması gerektiği ifade edilmiştir. Bu kişiler aramaya tanıklık ettikleri için işlem tanığı olarak isimlendirilmektedir. İşlem tanıklarından iki kişi değil de sadece bir kimse hazır bulundurularak arama icra edilmiş ise söz konusu arama hukuka aykırı hâle gelir[25]. Cumhuriyet savcısının aramaya katılması durumunda ise işlem tanıklarının bulundurulması zorunlu değildir.

24 Öztürk, B., Tezcan, D., Erdem, M. R., Sırma Gezer, Ö. F., Sırma Kırıt, Y., Alan Akcan, E., Özaydın, Ö., Erden Tütüncü, E., Altınok Willemin, D. ve Tok, M. C. (2018). s. 513.

25 a.g.e. s. 506; *Mehmet Cengiz ve Rıdvan Cengiz*, B. No: 2019/21704, 20/9/2023, § 76.

Bir iş yeri olarak kullanılmakla birlikte avukat bürolarında yapılacak aramalarda hem hazır bulundurulması gereken kimseler bakımından hem de genel olarak aramanın icrası bakımından birtakım farklılık bulunmaktadır. Avukat bürolarında adi suçlardan yapılacak arama, CMK'nın 130. maddesinde ayrıca ve özel olarak düzenlenmiştir. Bununla birlikte Avukatlık Kanunu'nda da avukatların görevlerinden doğan ve görev sırasında işledikleri suçlardan dolayı gerek üzerinin aranması ve gerekse bürolarının ve konutlarının aranmasına ilişkin özel hükümler bulunmaktadır[26]. Benzer düzenlemeler bazı meslek grupları için de kabul edilmiştir[27].

Avukatların gördükleri faaliyet nedeniyle bürolarında temsil ettikleri kimselerin savunmalarına, davalarına ilişkin bilgi ve belgelerin bulunma ihtimali her zaman imkân dâhilindedir. Bu yüzden yapılacak aramada, söz konusu belgelerin de aramaya konu edilebileceğinden CMK, arama esnasında Cumhuriyet savcısının bizzat hazır bulunmasını aramış, bununla birlikte baro başkanı veya onu temsil eden bir avukatın da hazır bulundurulmasını zorunlu kılmıştır. Ayrıca, avukatın üzerinin aranabilmesi için Avukatlık Kanun'un 58. maddesinde belirtilen iki şartın birlikte gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Bu şartlardan ilki, ağır ceza mahkemesinin görevine girmesi gereken bir suçun işlenmiş olması; ikincisi ise suçüstü hâlinin bulunmasıdır. Avukatlık Kanun'un 58. maddesinde avukatın konutunda yapılacak aramada uyulması gereken kurallar, bürosunda yapılacak aramada geçerli olan ilkelerle aynı mahiyettedir. Buna göre avukatın konutunda yapılacak arama, Cumhuriyet savcısının gözetiminde, kayıtlı olunan baro temsilcisinin (bir avukatın) katılımı ile icra edilmek durumundadır. Ek olarak belirtmek gerekir ki avukatın konutunda ve bürosunda yapılacak arama, mutlaka bir hâkim kararına istinaden yapılmalıdır[28].

II. ÖZEL HAYATA SAYGI HAKKI

A. GENEL OLARAK

Özel hayata saygı hakkı, Sözleşme'nin 8. maddesinde düzenlenmiş maddi bir haktır. Belirtilen bu hakkın Anayasa'nın başta 17., 20., 21., 22. ve hatta 23. maddeleri olmak üzere diğer bazı maddeleriyle de doğrudan ya da dolaylı olarak ilgisi bulunmaktadır. Bir başka ifadeyle Sözleşme'de tek bir maddede düzenlenmiş olan hak, Anayasa'da ise farklı maddelerde ele alınmıştır. Sözleşme'nin 8. maddesinin ilk fıkrasında, "*herkesin özel ve aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahip*" olduğu belirtilmiştir. AİHM içtihatlarında özel hayata saygı hakkı, en geniş yorumlanan maddelerden bi-

26 Centel, N. ve Zafer, H. (2020). s. 470.
27 *Tercan/Türkiye*, B. No: 6158/18, 29/9/2021.
28 Gökcen, A., Balcı, M., Alşahin, M. E. ve Çakır, K. (2013). s. 540.

risi olduğu için eksiksiz bir tanımı yapılmamakta, bunun yerine başvurulara göre hakkın kapsamı belirlenmeye çalışılmaktadır[29].

Maddenin ilk fıkrasından hareketle, özel hayata saygı hakkı başlığı altında dört temel alt hakkın düzenlendiği görülmektedir. Bu haklar; özel hayata saygı hakkı, aile hayatına saygı hakkı, konuta saygı hakkı ve haberleşmeye saygı hakkıdır[30]. Ayrıca dört farklı bu hakkın her birisinin altında çok farklı haklar bulunmaktadır fakat dört temel hak arasında birbiriyle bağlantı da söz konusudur[31]. Nitekim bazı olaylarda özel hayata saygı hakkı ile aile hayatına saygı hakkı birlikte gündeme gelebilmektedir. Yine, konuta saygı hakkı ile özel hayata saygı hakkı ve aile hayatına saygı hakları aynı anda söz konusu olabilmektedir[32]. Sözleşme'nin 8. maddesinde, düzenlenmiş olan dört temel alt hakkın hiçbirinin tanımına yer verilmemiştir. Sözleşme'de geçen hakların bu tanımı, AİHM tarafından yorumlanmakta ve kapsamı belirlenmeye çalışılmaktadır. Böylelikle iç hukuklardan bağımsız olarak maddede geçen kavramlar özerk bir yorumla içeriği doldurulmaktadır. Örneğin "konut" ve "aile yaşamı" gibi kavramlar ile "özel yaşam" ve "haberleşme" kavramları bunlardan bazılarıdır.[33]

Özel hayat çok geniş bir kavram olması nedeniyle tam bir tanımı yapılamamakta ise de arama tedbiri bakımından özel hayata saygı hakkının kapsamı şöyle belirlenebilir. Özel hayat; kişinin maddi ve manevi vücut bütünlüğünü, şeref ve şahsiyetine saygıyı, konutunu, ailesini, haberleşmesini, mesleki faaliyetler ile ticari faaliyetlerin yürütüldüğü iş yerlerini kapsamaktadır. Bu çerçevede örneğin bir kimsenin herkesin gözü önünde üzerinin aranması, kişinin ikamet ettiği ya da yaşadığı ve çalıştırdığı iş yerlerinde yapılan aramalar Sözleşme'nin 8. maddesi anlamında özel hayata saygı hakkına müdahale oluşturacaktır[34].

Sözleşme'nin 8. maddesinde güvence altına alınan özel hayata saygı hakkının temel gayesi, bireyi, kamu otoritesinin keyfî müdahalesine karşı koruma altına almaktır. AİHM, birçok kararında 8. maddenin amacının bu yönde

29 Birtane, Ş. (2021). "Özel Hayata Saygı Hakkı (AİHS 6. Madde) Bağlamında Çalışma Hakkı ve Mesleki Faaliyet İlişkisi", *Anayasa Yargısı*, C. 36., S. 2., s. 60.

30 Tezcan, D., Erdem, M. R. ve Sancakdar, O. (2002). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 281.

31 Arslan Öncü, G. (2019). *Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı: Anaysa Mahkemesine Bireysel Başvuru, El Kitapları Serisi -8-*, Ankara: Avrupa Konseyi Yayınları, s. 23.

32 Arslan Öncü, G. (2013). Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı, içinde İnceoğlu, S. (Der.), *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamından Bir İnceleme*, Ankara: Avrupa Konseyi Yayınları, s. 301.

33 *Marckx/Belçika*, B. No: 6833/74, 13/6/1979.

34 Öncü, M. (2015). "AİHM Kararları Işığında Yakalama, Gözaltına Alma, Tutuklama ve Aramada Makul Şüphe", *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 10., S. 125-126., s. 116.

olduğunu vurgulamıştır.[35] Özel hayata saygı hakkı bakımından devletin pozitif ve negatif yükümlülükleri bulunmakta ise de burada ifade edilen anlam negatif yükümlüğe işaret etmektedir. İlerde değineceğimiz üzere arama tedbiri bakımından devletin yükümlülüğü negatif yükümlülüktür. O da kural olarak bireyin özel hayatına karışmama yükümlülüğüdür. Ancak maddenin ikinci fıkrasında belirtilen hâllerden birisinin varlığı hâlinde özel hayata müdahale edilebilecektir. Genel ilke, birinci fıkrada belirtilmiş, ikinci fıkrada ise hakka getirilebilecek sınırlamalar tek tek sayılmıştır. Bu yüzden sınırlama nedenlerinden birisine dayanamayan müdahale, özel hayata saygı hakkının ihlaline neden olabilecektir. Sözleşme'nin 8. maddesine göre özel hayata kamu makamlarının müdahalesi ancak müdahalenin hukuka uygun ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabilecektir[36].

Özel hayata saygı hakkının gerçek öznesi bireylerdir. Fakat konut veya iş yeri gibi yerlerde yapılan aramalarda, aranılacak yer tüzel kişiliğe ait bir yer ise örneğin bir şirket merkezi veya şirkete ait bir fabrika olduğunda, tüzel kişiler de hakkın kapsamına pekâlâ girmektedir. Dolayısıyla konuta saygı hakkı çerçevesinde tüzel kişiler özel hayata saygı hakkının öznesi olabilmektedir. AİHM, tüzel kişiler aleyhine uygulanan yaptırımlar nedeniyle 8. maddenin uygulama alnının içinde tüzel kişileri de görmektedir[37].

B. ARAMANIN HUKUKSAL NİTELİĞİ

Ceza Muhakemesinin amaçlarını gerçekleştirmek için yapılan adli arama, gerekse tehlikenin önlenmesi amacıyla PVSK'nun öngördüğü şekilde icra edilen önleme arama ya da diğer kanunların verdiği yetkiye dayanarak gerçekleştirilen arama, Anayasa'da düzenlenmiş olan birden çok temel hakka müdahale oluşturan bir koruma tedbiridir[38]. Arama, duruma göre kişinin üstünde, eşyasında, aracında, konutunda veya iş yerinde gerçekleştirilmektedir. Arama, belirtilen yerlerde yapıldığında bireyin ilk önce özel hayatının gizliliği ve korunması hakkına müdahale oluşturmaktadır. Arama konutta yapıldığında, konuta saygı hakkına ve konutta aile yaşamı söz konusu olduğunda ise her iki korunan hakka bir müdahale niteliğine bürünmektedir. Kişinin üstünde, eşyasında ve özel kâğıtlarında arama icra edildiğinde, özel hayata saygı hakkı ile kişinin maddi ve manevi vücut bütünlüğüne bir müdahale söz konusu olmaktadır. İşyerinde veya avukat bürolarında yapılan aramada bilgisayar,

35 *X ve Y/Hollanda*, B. No: 8978/80, 26/3/1985.
36 Tezcan, D., Erdem, M. R. ve Sancakdar, O. (2002). s. 282.
37 Öncü, M. (2015). s. 115.
38 Centel, N. ve Zafer, H. (2020). s. 462.

laptop gibi dijital cihazlar üzerinde inceleme ve araştırma yapıldığında üçüncü kişilerle ilgili yazışmalar da görülmüş olacağından özel hayatın gizliliği ile birlikte haberleşme hürriyetinin gizliliğine de müdahale edilmiş olabilecektir. Özellikle adli arama, bir koruma tedbiri olarak düzenlenmiş olduğundan, diğer koruma tedbirleri için geçerli olan hüküm verilmeden önce temel hak ve özgürlükleri sınırlama, geçici olma, araç olma ve ölçülülük ilkeleri, arama için de geçerlidir.

Özel hayata saygı hakkı, Sözleşme'nin 8. maddesi dışında Anayasa'da değişik maddelerde düzenlenmiştir. Anayasa'nın 17. maddesinde kişinin vücut bütünlüğü, maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkı koruma altına alınmıştır. Anayasa'nın 20. maddesinde özel hayatın gizliliği düzenlenmiş, maddeye göre *herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir.* Bu yüzden kural olarak özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine müdahale edilemez. Ancak maddenin ikinci fıkrasında belirtilen koşulların varlığı hâlinde müdahale mümkün olabilmektedir. İkinci fıkraya göre, *millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak, usulüne göre verilmiş hâkim kararıyla, yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde de kanunla yetkili kılınmış mercinin yazılı emri* bulunmak şartıyla kişilerin üstü, özel kâğıtları ve eşyası aranabilir. Anayasa'nın 21. maddesinde ise konut dokunulmazlığı düzenlenmiş, maddeye göre, *kimsenin konutuna dokunulamaz*. Fakat millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak usulüne göre verilmiş hâkim kararının varlığı hâlinde müdahale söz konusu olabilir. Yine, bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde de kanunla yetkili kılınmış mercinin yazılı emri bulunması gerekmektedir. Yukarıda belirtilen sebepler gerçekleşmediği müddetçe, kimsenin konutuna girilemeyecek ve arama yapılamayacaktır. Benzer bir düzenleme, Anayasa'nın 13. maddesinde de yer almaktadır. Maddeye göre, *temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.* Maddelerden anlaşılacağı üzere özel hayata saygı hakkı mutlak bir hak olarak öngörülmemiştir. Maddelerin sonraki fıkralarında sayılan sebeplere bağlı olarak hakkın sınırlandırılması mümkün kılınmıştır.

Anayasa'da, CMK'da ve PVSK'da kural olarak arama işlemi için hâkim kararı aranmış fakat Sözleşme'nin 8. maddesinde ve AİHM içtihatlarında arama için hâkim kararı zorunluluğu bulunmamaktadır. AİHM, aramanın hukuka

uygunluğunu test ederken ulusal hukukta kötüye kullanmaya, başka bir deyişle keyfîliği önlemeye karşı yeterli güvenceler bulunup bulunmadığına bakmaktadır. AİHM içtihatlarına göre aramanın meşru olabilmesi için öncelikle aramanın kanun ile öngörülüp öngörülmediğine bakılmaktadır.[39] Zira kanuni bir düzenlemenin var olması, keyfîliğin önlenmesi açısından önemlidir. Söz konusu kanun aynı zamanda yeterince erişilebilir ve öngörülebilir olmalıdır[40]. İkinci olarak, bir arama söz konusu olduğunda aramanın meşru amacının başvuruda bulunup bulunmadığına bakılmaktadır. Özel hayata saygı hakkına müdahaleye izin veren meşru amaçlardan birisi suçun işlenmesinin önlenmesidir. Bu durumda, müdahalenin kötüye kullanılmasını önleyecek diğer bir güvence arama kararında aramanın ön koşulunu oluşturan makul şüphenin bulunması gerekmektedir[41]. Son kriter ise aramanın oranlılığı olmaktadır. Arama işlemiyle bir taraftan suçun işlenmesinin önlenmesi, suçluların takibi ve cezalandırılması, dolayısıyla kamu düzeni ve güvenliğin sağlanması amaçlanmakta, diğer taraftan ise bireyin özel hayatına saygı hakkına müdahale edilmiş olmaktadır. Böylelikle aramanın zorunlu bir toplumsal ihtiyaca karşılık gelip gelmediği araştırılmaktadır[42]. AİHM, hakaret suçundan başlatılan bir soruşturma nedeniyle delil elde etmek amacıyla avukat bürosunda yapılan arama işlemini orantısız olarak değerlendirmiştir[43]. Sözleşme'de ve Anayasa'da belirtilen şekilde arama usulüyle özel hayata yapılan müdahale, demokratik toplumda gerekli olma bakımından uygun olmalıdır. Bir başka ifadeyle başvurulan tedbir, elde edilmek istenen meşru amaçla orantılı bulunmalı ayrıca arama, özel hayatın özüne müdahale niteliğini taşımamalıdır[44].

C. ARAMANIN ÖZEL HAYAT BAĞLAMINDA GÖRÜNÜMLERİ

1. Üstte Arama

Gerek adli amaçlı olarak yapılan aramada gerekse önleme amaçlı aramada sıklıkla başvurulan arama şekli, bireyin üzerinde gerçekleştirilen aramadır. Üst araması, iki şekilde icra edilmektedir. Bunlardan ilki, kişinin elbisesinin üstünde yapılan aramadır. İkinci ise elbise altında yapılan aramadır. Elbise altında yapılan arama, vücudun yüzeyinde ve vücudun doğal boşluklarında (avuç içi, kulak içleri ve ağız içi) herhangi bir tıbbı müdahale ve araç kullanılmaksızın yapılan aramadır[45]. Bu arama kolluk tarafından gözle yapılabileceği gibi elle de yapılabilir. Amaç, kişinin üzerinde gizli olan ve suç konusu olabi-

39 *Tercan/Türkiye*, B. No: 6158/18, 29/9/2021, § 202.
40 *Gillan ve Quinion/İngiltere*, B. No: 10588/83, 25/2/1993.
41 *Champell/İngiltere*, B. No: 10461/83, 30/3/1983.
42 *Aydemir/Türkiye*, B. No: 17811/04, 24/5/2011.
43 *Niemietz/Almanya*, B. No: 13710/88, 16/12/1992.
44 Dursun, G. (2018). "AİHM Kararları Işığında Özle Hayata ve Aile Hayatına Saygı Hakkı", *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 13., S. 167-168., s. 204.
45 Bıçak, V. (2011). *Suç Muhakemesi Hukuku*, 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınevi, s. 615.

lecek delil veya eşyaları ortaya çıkarmaktır[46]. Üstte yapılan arama, bu hâliyle kişinin en başta vücut bütünlüğüne yönelik bir müdahale oluşturmaktadır. Kişinin vücut bütünlüğü, rızası dışında kimsenin müdahale edemeyeceği özel hayata saygı hakkı kapsamında korunan bir alandır[47].

Özel hayat kavramı, genellikle mahremiyet kavramı ile birlikte akla gelmekte ise de bundan daha geniş bir alanı kapsamaktadır. AİHM ve Anayasa Mahkemesi kararlarında özel hayata saygı hakkının bir boyutunu, mahremiyet hakkı yani istenmeyen bütün müdahalelerden uzak bir özel alanı, diğer boyutunun ise kişinin sosyal bir hayat sürdürmesini oluşturduğu belirtilmiştir[48]. Belirtilen bu iki boyutta ele alınan özel hayata saygı hakkı, özetle iki alt hak grubu içinde barındırmaktadır. Bunlardan birisi kişinin fiziksel ve ruhsal bütünlük hakkıdır. İkinci grup ise kişisel özerklik ve kendi geleceğini belirleme hakkıdır[49]. Özel hayatın içinde yer alan bu alt hak gruplarında çok sayıda haklar (örneğin isim hakkı, evlenme hakkı, kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı, mahremiyet hakkı vb.) bulunmaktadır. Ancak çalışmamızın konusu çerçevesinde sadece kişinin ruhsal ve fiziksel bütünlük hakkı üzerinde durmakla yetinilecektir.

Kişinin ruhsal ve fiziki bütünlük hakkı, Sözleşme'nin 8. maddesinde koruma altına alınmıştır. Zira özel hayata saygı hakkı çerçevesinde korunan hukuksal menfaatlerden birisi de belirtilen bu haktır. Anılan hak, Anayasa'nın 17. maddesinin ilk fıkrasında yer alan herkesin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına karşılık gelmektedir[50]. Bu hakka yönelik en sık müdahale tipleri genellikle tıbbı müdahaleler kapsamında yapılmakta ise de üstte arama uygulaması da kişinin üzerinde icra edildiğinden, vücut bütünlüğüne yönelik bir müdahale niteliğini taşımaktadır. AİHM, *Gillian ve Quinton/İngiltere* kararında, birisi gazeteci olan iki kişinin İngiltere'nin doğusunda yapılan silah fuarını proteste eylemine katıldıkları ve göstericileri filme almaya çalıştıkları nedeniyle polis tarafından durdurulup sonrasında tutulmaları ve tutma sırasında üstlerinin aranmasını Sözleşme'nin 8. maddesinde güvence altına alınan özel hayata saygı hakkı çerçevesinde değerlendirmiş ve yapılan arama işlemini belirtilen hakka müdahale oluşturduğuna karar vermiştir[51]. Anayasa Mahkemesi de *Ayşegül Çengel Kömür ve diğerleri* başvurusunda kişilerin üzerinde gerçekleştirilen adli amaçlı aramayı, özel hayata saygı hakkına

46 Gökcen, A., Balcı, M., Alşahin, M. E. ve Çakır, K. (2013). s. 437; Öztürk, B., Tezcan, D., Erdem, M. R., Sırma Gezer, Ö. F., Sırma Kırıt, Y., Alan Akcan, E., Özaydın, Ö., Erden Tütüncü, E., Altınok Willemin, D. ve Tok, M. C. (2018). s. 505.

47 Dursun, G. (2018). s. 215.

48 *Serap Tortuk*, B. No: 2013/9660, 21/1/2015, § 59; Arslan Öncü, G. (2019). s. 24-25.

49 a.g.e. s. 25.

50 *Ahmet Acartürk*, B. No: 2013/2084, 15/10/2015, § 47.

51 *Gillian ve Quinton/İngiltere*, B. No: 4158/05, 12/1/2010, § 87. Benzer mahiyette diğer bir karar ise *McFeeley ve diğerleri/İngiltere*, B. No: 8317/78, 15/5/1980.

müdahale olarak kabul etmiştir.[52] Mahkeme, norm denetiminde verdiği kararlarda da bir kimsenin üstünün aranmasının Anayasa'nın 20. maddesinde yer alan özel hayata saygı hakkının içinde yer aldığını belirtmiştir[53].

Vücut bütünlüğüne müdahale oluşturan tıbbı uygulamalar kapsamında gerçekleştirilen beden muayenesi, üst aramasından farklı bir özellik taşımaktadır. Beden muayenesi iç ve dış beden muayenesi olarak ikiye ayrılmaktadır. Dış beden muayenesi, aramaya ilişkin hükümlere tabidir fakat iç beden muayenesi aramadan farklı bir şekilde gerçekleştirilmektedir. Her iki durumda da tıbbı müdahale ve tıbbı araçların kullanımı söz konusudur. Bu yüzden vücudun muayenesi, kural olarak ancak bir doktor veya bir sağlık memuru tarafından yapılır. İç beden muayenesi, tamamen veya kısmen çıplak vücudun veya vücut kısımlarının öğrenilmesi amacıyla yapılan bir inceleme usulüdür. İç beden muayenesi, CMK'nın 75. maddesinde düzenlenmiş olup aramadan farklı hükümlere ve koşullara tabidir[54].

2. Eşyada Arama

Kişinin yanında bulundurduğu her türlü taşınabilir eşyada elle veya gözle yapılan arama şeklidir. Bu arama şeklinde de amaç, eşyada saklı olan ve gizili tutulan bir şeyi ortaya çıkarmaktır. Eşyanın mülkiyetinin arama gerçekleştirilen kişiye ait olması şart olmayıp arama esnasında zilyetliği altında bulundurulması yeterlidir. Kişinin yanında bulundurmadığı fakat aranılan eşyanın konut veya iş yerinde olması durumunda, eşyada arama hükümleri değil, konut veya iş yerinde aramaya ilişkin hükümler geçerli olacaktır[55]. Araçta icra edilen aramalar da eşya kapsamında görülmelidir. Zira otomobil veya diğer taşıma araçları esasen eşya mahiyetindedir. Bu yüzden araçta yapılacak adli aramalar, eşyada yapılacak arama hükümlerine tabidir[56]. Araçlarda önleme amaçlı yapılacak aramalarda Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin 29. maddesinde özel bir düzenleme getirilmiştir. Bu yüzden Yönetmelikte belirtilen hükümler dikkate alınarak araçlarda önleme aramaları yapılması gerekmektedir. Aramaya konu eşyalar da özel hayatın bir alt hakkı olan kişinin ruhsal ve fiziki bütünlüğüne saygı hakkı kapsamında görülebilmektedir. Anayasa Mahkemesi, *Ayşegül Çengel Kömür ve diğerleri* başvurusunda kişilerin aracında icra edilen adli amaçlı aramayı, özel hayata saygı hakkına yönelik bir müdahale kapsamında ele almıştır[57]. Mahkeme, norm denetiminde ver-

52 *Ayşegül Çengel Kömür ve diğerleri*, B. No: 2016/56228, 23/6/2020, § 46.
53 AYM, E.2018/137, K.2022/86, 30/6/2022, §§ 69-70.
54 Gökcen, A., Balcı, M., Alşahin, M. E. ve Çakır, K. (2013). s. 437; Öztürk, B., Tezcan, D., Erdem, M. R., Sırma Gezer, Ö. F., Sırma Kırıt, Y., Alan Akcan, E., Özaydın, Ö., Erden Tütüncü, E., Altınok Willemin, D. ve Tok, M. C. (2018). s. 505; Bıçak, V. (2011). s. 615.
55 Öztürk, B., Tezcan, D., Erdem, M. R., Sırma Gezer, Ö. F., Sırma Kırıt, Y., Alan Akcan, E., Özaydın, Ö., Erden Tütüncü, E., Altınok Willemin, D. ve Tok, M. C. (2018). s. 505.
56 Gökcen, A., Balcı, M., Alşahin, M. E. ve Çakır, K. (2013). s. 441.
57 *Ayşegül Çengel Kömür ve diğerleri*, § 46.

diği kararlarda da bir kimsenin eşyasında ve özel kağıtlarında gerçekleştirilen aramayı Anayasa'nın 20. maddesinde yer alan özel hayata saygı hakkının kapsamında görmüştür[58]. AİHM, bir kişinin arabasının aranmasını, Sözleşme'nin 8. maddesinde güvence altına alınan haklara müdahale teşkil ettiğini belirtmiştir[59].

3. Konutta Arama

Konutta arama, doğrudan konuta saygı hakkına bir müdahale oluşturmaktadır. Sözleşme'nin 8. ve Anayasa'nın 21. maddesinde konuta saygı hakkı ya da konut dokunulmazlığı düzenlenmiştir. Konuta saygı hakkının konusunu oluşturan konut kavramı burada önem arz etmektedir. Aranılan yerin konuta saygı hakkından faydalanabilmesi için o yerin "konut" olarak kabul edilmesi gerekmektedir. AİHM, konut kavramını özerk bir şekilde yorumlamakta ve özel hayatın ve aile hayatının geliştiği, maddi olarak belirlenmiş yeri konut olarak kabul etmektedir[60]. Yerin konut olarak belirlenmesinde temel ölçüt ise o yer ile yeterli ve devam eden şekilde bir bağın bulunup bulunmadığı olmaktadır[61]. Anayasa Mahkemesi de AİHM içtihatlarına koşut olarak konut kavramını genellikle özel hayatın ve aile hayatının geliştiği alanı teşkil eden maddi olarak belirlenmiş bir yer olarak tanımlanmaktadır[62]. AYM, hatta, eşlerden birinin mülkiyetinde olsa dahi aile bireylerince kullanılmakta olan diğer bir deyişle tüm aile bireylerinin üzerinde birlikte zilyetlikleri bulunan konutun da aile konutu niteliği taşıdığını kabul etmektedir[63]. Yerin kiralık olmasının veya kişinin mülkiyetinin altında bulunmasının konut sayılması açısından bir farklılık oluşturmamaktadır. Bu açıdan her türlü konut, hakkın kapsamından faydalanmaktadır[64].

Konut, gerçekte bir kimsenin geçici de olsa oturmak için sığındığı bir yerdir.[65] Bu tanımdan hareketle konutun sürekli olarak oturulan bir yer olması şart değildir. Konut, dış âlemden ayrıldığı izlerini taşıyan ve kişilerin hâlen ve fiilen hayati faaliyetlerini geçirdikleri her yer olabilir[66]. Bu kapsamda, Romanların özgün yaşam biçimlerinin bir parçası olan karavan, bungalov, yazlık evler, ikinci evler de konut kavramı içinde görülebilmektedir. Dahası, yeterli ve devam eden bir bağlantı olmak koşuluyla bir otel odası da konut kavramı içi-

58 AYM, E.2018/137, K.2022/86, 30/6/2022, §§ 69-70.
59 Bkz. *Ernst ve diğerleri/Belçika*, B. No. 33400/96, 15/7/2003, § 110.
60 *Giacomelli/İtalya,* B. No: 59909/00, 2/11/2006, § 76.
61 *Niemietz/Almanya,* B. No: 13710/88, 16/12/1992, § 30; *Petri Sallinen/Finlandiya,* B. No: 50882/99, 27/9/2005, § 70.
62 *Semra Özel Üner,* B. No: 2014/12009, 26/10/2016, § 24.
63 *Melahat Karkin*, B. No: 2014/17751, 13/10/2016, § 52.
64 Tezcan, D., Erdem, M. R. ve Sancakdar, O. (2002). s. 291.
65 Öztürk, B., Tezcan, D., Erdem, M. R., Sırma Gezer, Ö. F., Sırma Kırıt, Y., Alan Akcan, E., Özaydın, Ö., Erden Tütüncü, E., Altınok Willemin, D. ve Tok, M. C. (2018). s. 505.
66 Gökcen, A., Balcı, M., Alşahin, M. E. ve Çakır, K. (2013). s. 438.

ne girmektedir[67]. AİHM'e, konut dokunulmazlığına saygı hakkıyla ilgili çok sayıda başvuru yapılmış olması nedeniyle doğal olarak Mahkemenin değerlendirmeleri üzerine hakkın koruma alanı da genişlemiştir[68].

Konuta saygı hakkının içinde birden fazla korunan hukuksal menfaatler söz konusudur. Konuta arama yapıldığında sadece konuta saygı hakkına müdahale edilememekte, bununla birlikte bireyin özel hayatına da müdahale edilmiş olunmaktadır. Hatta konutta bir aile hayatı söz konusu olduğunda, aramayla anılan hakka da müdahale edilmektedir. Anayasa Mahkemesi, *Ayşegül Çengel Kömür ve diğerleri* ve *Hasan Akboğa* başvurularında kişilerin konutunda yapılan adli amaçlı aramayı, konut dokunulmazlığına saygı hakkına yönelik bir müdahale kapsamında değerlendirmiştir[69]. Bazı durumlarda konut ile iş yeri aynı olabileceği gibi, işlerin bir kısmının konuttan yapılması da söz konusu olabilir. Bu çerçevede konutta yapılan arama esnasında iş yerine ait bilgi ve belgeler ile üçüncü kişilerle olan yazışmaların bulunduğu bilgisayar, laptop ve akıllı telefonlar da aramaya dâhil edilebilir. Konutta yapılan arama bu tür durumlarda sadece konuta saygı hakkına değil, aynı zamanda özel hayata saygı hakkının alt kategori haklarından birisi olan haberleşme hürriyetine de müdahale oluşturabilir[70].

İnsan haklarında konut kavramı iş yerlerini de kapsamaktadır. AİHM, kişilerin mesleğini yürüttüğü özel bürosunu, tüzel kişilerin kayıtlı merkezleri ile şubelerini konut olarak kabul etmektedir[71]. Anayasa Mahkemesi de bu içtihada koşut olarak bir kişinin mesleğini sürdürdüğü bürosunu, özel bir kişinin işlettiği şirketin faaliyetlerinin yürütüldüğü kayıtlı merkezi, tüzel kişilerin kayıtlı merkezlerini, şubelerini ve diğer iş yerlerini de konut kapsamında değerlendirmektedir[72]. İş yeri, tüzel kişiye ait olduğunda gerçek kişiler gibi tüzel kişiler de özel hayata saygı hakkının kapsamında görülmekte ve hakkın öznesi olabilmektedir. AİHM, başvurucu şirket merkezinde gerçekleştirilen denetleme işlemini konuta saygı hakkı çerçevesinde incelemiştir[73]. Bununla birlikte bütünüyle işe özgülenmiş yerler konut kavramı içinde görülemeyecektir. Belirtilen yerler iş yeri olarak kabul edildiğinde, söz konusu yerlerde icra edilecek arama, konuta saygı hakkı bağlamında olmasa bile en azından özel hayata saygı kapsamında değerlendirilmesi pekâlâ mümkün olabilecektir[74]. AİHM, kamu kurumlarında çalışan kişilerin mesleğini icra ettiği oda-

67 Gülay Arslan, Ö. (2019). s. 126-127.
68 Dursun, G. (2018). s. 229.
69 *Ayşegül Çengel Kömür ve diğerleri*, § 47; *Hasan Akboğa* [GK], B. No: 2016/10380, 27/3/2019, § 86.
70 *Campell ve Fell/İngiltere,* B. No: 7819/77-7878/77, 28/6/1984, §§ 108-110, 114-120.
71 *Socıété Colas Est ve diğerleri/Fransa*, B. No: 37971/97, 16/4/2002, § 41.
72 *Ford Otomotiv Sanayi A.Ş.* [GK], B. No: 2019/40991, 23/3/2023, § 54.
73 Gülay Arslan, Ö. (2019). s. 127; *Niemietz/Almanya*, B. No: 13710/88, 16/12/1992, § 30; *Petri Sallinen/Finlandiya,* B. No: 50882/99, 27/12/2005, § 70.
74 *Günay Dağ ve diğerleri* [GK], B. No: 2013/1631, 17/12/2015, § 133.

sında, masasında ve çekmecesinde yapılan aramaları özel hayata saygı hakkı çerçevesinde incelemektedir[75].

Öğrenci yurtları veya ceza infaz kurumları gibi toplu olarak kalınan yerler Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamında konut olarak kabul edilmemektedir. Fakat bu gibi kurumlara yönelik müdahalelerin, örneğin bu tür yerlerde kişilerin üstlerinde veya dolaplarında yapılacak bir aramanın her halükârda kişilerin özel hayatına müdahale oluşturduğu konusunda bir kuşku bulunmamaktadır[76].

Özel hayata saygı hakkının bir parçası olan konuta saygı hakkına müdahale türü, çoğunlukla ceza muhakemesinin amaçlarını gerçekleştirmek amacıyla icra edilen adli arama şeklidir[77]. Önleme amaçlı gerçekleştirilen aramalar, konutta yapılamamaktadır. Arama, devlet gücünü kullanan kolluk mensuplarınca yerine getirilmekte, suça ilişkin delillere rastlandığında ise bu eşyalara el konulabilmektedir. AİHM, ceza davaları bakımından yapılan aramayı Sözleşme'nin 8. maddesinde belirtilen meşru amaçlardan birisi kapsamında görmekte fakat aramanın meşru sebepler dâhilinde yeterli gerekçelerle ve ölçülü olarak kullanılıp kullanılmadığına bakmaktadır. Bu çerçevede aramanın hukuki olup olmadığı değerlendirilmesinde; arama kararının verildiği esnada başka bir delilin var olup olmadığına, aramanın gerçekleştirilme biçimine, arama kararının şekline ve kapsamına; arama esnasında bağımsız gözlemcilerin varlığına ve aramadan etkilenen kişinin işine ve itibarına yönelik olan etkinin boyutuna bakılmaktadır[78].

4. Avukat Bürolarında Arama

Avukat büroları, esasen iş yeri niteliğini taşımaktadır. İş yeri, işin görüldüğü ya da sadece işe özgülenmiş yerdir. Bazı durumlarda konutun büro olarak da kullanıldığında işlerin görüldüğü yerin konut olarak değil iş yeri olarak görülmesi ve aramanın da buna göre icra edilmesi gerekmektedir. Zira CMK, avukat bürolarında aramayı konutta aramadan farklı olarak hem ayrı bir maddede hem de özel nitelikte düzenlemiştir. Bunlardan ilki, arama esnasında hazır bulunacak olan işlem tanıklarının sıfatlarına ilişkindir[79]. İkinci olarak ancak Cumhuriyet savcısının hazır bulunmasıyla aramanın gerçekleştirilebiliyor olmasıdır. Görüleceği üzere avukat bürolarında arama diğer yerlerdeki aramalara oranla daha ağır şartlara tabi tutulmuştur.

Avukatlar da diğer kimseler gibi özel hayata saygı hakkına, konut dokunulmazlığına ve iş yerine saygı gösterilmesi haklarına sahiptir. Avukat, yap-

75 *Peev/Bulgaristan,* B. No. 64209/01, 26/7/2007, §§ 37-40.
76 Tezcan, D., Erdem, M. R.ve Sancakdar, O. (2002). s. 292.
77 a.g.e. (2002). s. 292.
78 *Chappell/İngiltere,* B. No: 10461/83, 30/3/1989, § 60; *Buck/Almanya,* B. No: 41604/98, 28/4/2005, § 45.
79 Gökcen, A., Balcı, M., Alşahin, M. E. ve Çakır, K. (2013). s. 441.

tığı iş ve işlemler nedeniyle yargının bir unsurunu oluşturmakta ve savunma kısmını temsil etmektedir. Bu yüzden avukat, temsil ettiği kişilerin güvenlerini en üst düzeyde korumalıdır. Avukata tevdi edilen işlerin, davaların, savunmaların diğer kimseler tarafından bilinmemesi, özel hayata saygı hakkının bir gereğidir. Bir suç kapsamında, gerek avukatın suç şüphesi altında olması gerekse üçüncü bir kişinin işlediği suç nedeniyle avukatın bürosunda yapılacak bir armada işlem tanıkları hazır bulunmak zorundadır[80]. Bu işlem tanıkları, ihtiyar heyeti veya komşulardan birisi değil, baroyu temsil eden bir kişi yani baro başkanı veya onu temsil eden bir avukat olmak durumundadır. AİHM, avukat bürolarında bağımsız bir tanığın hazır bulundurulmasını, avukatla müvekkil arasındaki güven ilişkisinin korunmasının bir sonucu olduğunu belirtmiştir. Diğer bir ifadeyle baro başkanı veya onu temsil eden bir avukatın aramada hazır bulunması, avukat bürolarında yapılacak olan aramaların hukukiliği açısından önemli bir güvence oluşturmaktadır.

AİHM, CMK'dan farklı olarak avukat bürolarını konut kapsamında görmektedir. Zira iş yerleri de AİHM içtihatlarında konut olarak değerlendirilmektedir. Anayasa Mahkemesi, *Günay Dağ ve diğerleri* başvurusunda avukat bürolarında ve kısmen konut olarak kullanılan eklentisinde yapılan aramaları özel hayatın gizliliği ve konut dokunulmazlığına saygı hakkı başlığı altında incelemiştir[81]. Fakat avukat bürolarının aranmasına dair CMK'nın 130. maddesindeki hükümleri dikkate alarak bir inceleme yapmıştır.

Avukat bürolarında gerçekleştirilen aramalarda haberleşme hürriyetine de müdahale söz konusu olabilir. Haberleşme hürriyetine saygı hakkı gerek Anayasa'da gerekse Sözleşme'de güvence altına alınmıştır. Anılan düzenlemelerde ifade edilen haberleşme kavramı, avukatların müvekkilleri ile yazışmalarını ve bilgisayarlarındaki iletişime ilişkin kayıtları da içine almaktadır. Büroda yapılan bir arama esnasında avukatların müvekkilleri ile yazışmalarına el konulduğu ve bilgisayarlarındaki kayıtların imajının alındığı durumlarda haberleşme hürriyetine de müdahale söz konusu olmaktadır[82].

III. BİREYSEL BAŞVURU KARARLARINDA ÖZEL HAYATA MÜDAHALE TÜRÜ OLARAK ARAMA ÖRNEKLERİ

Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruların kabul edildiği 23/9/2012 tarihinden sonra Anayasa'da yer alan diğer haklardan olduğu gibi özel hayata saygı hakkının ihlal edildiği iddialarına ilişkin olarak da çok sayıda başvurular yapılmış olup yapılmaya da devam edeceği gözükmektedir. Bu kısımda,

80 Öztürk, B., Tezcan, D., Erdem, M. R., Sırma Gezer, Ö. F., Sırma Kırıt, Y., Alan Akcan, E., Özaydın, Ö., Erden Tütüncü, E., Altınok Willemin, D. ve Tok, M. C. (2018). s. 508.

81 *Günay Dağ ve diğerleri*, § 124; Benzer mahiyette, *N.A.*, B. No: 2013/5076, 6/4/2016, § 34.

82 *Campbell ve Fell/İngiltere*, §§ 108-110, 114-120.

çalışmamızın konusu itibarıyla sadece arama tedbiri yoluyla özel hayata saygı hakkının ihlal edildiği iddialarını konu alan başvurular ve Anayasa Mahkemesinin söz konusu başvurular hakkında ne tür kararlar verdiği üzerinde durulacaktır.

Özel hayata saygı hakkı ve bu hakkın içinde yer alan dört temel alt kategori hakkın Sözleşme'nin 8. maddesinde tek bir maddede düzenlenmiş olduğu hâlde, mevzuatımızda özel hayatın gizliliği hakkı Anayasa'nın 20. maddesinde, konut dokunulmazlığı hakkı 21. maddede düzenlenmiştir. Keza, haberleşme hürriyeti Anayasa'nın 22. maddesinde yer almıştır. Özel hayata saygı hakkının kapsamında yer alan vücut bütünlüğüne saygı hakkı ise Anayasa'nın 17. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre Anayasa'nın belirtilen maddelerinde yer alan haklar Sözleşme'nin 8. maddesine karşılık geldiğinden, en azından arama yoluyla özel hayata saygı hakkına müdahaleler bakımından hakkın bireysel başvuruya konu edilmesinde bir sorunla karşılaşılmamaktadır. Bir başka deyişle özel hayata saygı hakkı, ortak koruma alanında düzenlenen temel bir haktır[83].

Anayasa Mahkemesi kararlarına bakıldığında, arama tedbirinin uygulanması nedeniyle özel hayata saygı hakkının ihlal edildiği iddialarının neredeyse tamamının konut dokunulmazlığının ihlal edildiği iddiası başlığı altında, bir başka ifadeyle Anayasa'nın 21. maddesi bağlamında incelendiği görülmektedir. Arama tedbiri nedeniyle haberleşme hürriyetinin ihlal edildiği, üstte ve eşyada arama yapılması nedeniyle vücut bütünlüğünün ihlal edildiği iddiaları başlığı altında esastan bir inceleme yapıldığına rastlanılmamaktadır. *Günay Dağ ve diğerleri* başvurusunda özel hayatın gizliliği ve konut dokunulmazlığına saygı hakkının ihlal edildiği iddiası ise birlikte incelenmiştir. Haberleşme hürriyetinin ihlal edildiği iddiası yönünden ise başvuru yollarının tüketilemediği gerekçesiyle kabul edilemezlik kararı verilmiştir. Çalışmada, ilk olarak ihlal kararları üzerinde durulacak, sonrasında diğer kararlar ele alınacaktır.

Anayasa Mahkemesinin arama tedbiri nedeniyle konut dokunulmazlığının ihlal edildiğine ilişkin ilk kararı *Ford Otomotiv Sanayi A.Ş.* başvurusunda verilen karardır[84]. Söz konusu başvuruda Rekabet Kurulu görevlilerince iş yerinde gerçekleştirilen yerinde incelemenin yeterli kanuni güvenceleri içermediği nedeniyle konut dokunulmazlığının ihlal edildiği iddiası incelenmiş ve anılan hakkın ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.

Anayasa Mahkemesi, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 15. maddesi uyarınca Rekabet Kurulu görevlilerinin yerinde inceleme yapabilmesinin kural olarak hâkim kararına bağlı kılınmadığının görüldü-

83 Gülay Arslan, Ö. (2013). s. 331; Alkan, F. (2023). Genel Açıklamalar, içinde Kozan, A. ve Gedik, Ö. (Der.), *Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Hakkı*. Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları, s. 15.

84 *Ford Otomotiv Sanayi A.Ş.* [GK], §§ 63-66.

ğünü, yerinde incelemenin müteşebbisin herkese açık olan tesislerinde değil, Anayasa'nın 21. maddesi uyarınca konut kapsamında değerlendirilen Gölcük ilçesindeki şubede yapıldığını ve şirket personelinin bilgisayarından temin edilen elektronik postalardan oluşan 78 yaprak belgenin teslim alındığını, dolayısıyla görevlilere hâkim kararı bulunmadan da konut sayılan alanlara girebilme yetkisinin tanındığını belirtmiştir. Mahkeme, ayrıca incelemenin kurul kararıyla da yapılabileceğinin anlaşıldığını, oysa incelemenin kurulun emriyle yapılmasının ilgili kanun hükmünde gecikmesinde sakınca bulunan hâllere münhasır kılınmadığının görüldüğünü, bu durumun Anayasa'nın 21. maddesinin 1. fıkrasında gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde doğrudan kanunla yetkili kılınmış mercininin yazılı emrinin yeterli görülebileceğine dair hükmüne aykırı olduğunu ifade etmiştir. Mahkeme, kurulun yerinde inceleme yapılması kararının gecikmesinde sakınca bulunan hâllere münhasır olduğu kabul edilse dahi, 4054 saylı Kanun'un 15. maddesinde, kurul kararının yirmi dört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulması zorunluluğunun bulunmadığının da görüldüğünü, düzenlemenin bu yönüyle Anayasa'nın 21. maddesindeki ek güvenceyle de uyumlu olmadığını belirtmiştir. AİHM, yargı organları tarafından verilmiş bir yetkilendirmeye ihtiyaç duyulmadan arama yapıldığı durumlarda aramaya izin veren kanunda öngörülen sınırlandırmaların önemli olduğunu, sınırlandırmaların çok gevşek olmasının, hakka müdahalenin orantılığı açısından yeterli görülmeyeceğini ifade etmiştir[85].

Anayasa Mahkemesi buna benzer bir kararı norm denetiminde de vermiştir. Şöyle ki 211 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Hizmet Kanunu'na 7145 sayılı Kanun'un 2. maddesiyle eklenen önleme aramasını konu alan 56/A maddesinin birinci fıkrasında, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde askerî birlik komutanının veya askerî kurum amirinin ya da hukuk hizmetleri başkanı veya birim amirinin yazılı emriyle askerî mahallerde kişilerin üstünün, araçlarının, özel kâğıtlarının ve eşyasının aranabileceği düzenlenmiştir. Mahkeme, anılan düzenlemenin Anayasa'nın 20. maddesi kapsamındaki kişilerin özel hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sınırlama getirdiğini fakat yetkili merci tarafından verilen arama kararının yirmi dört saat içinde hâkim onayına sunulmasının düzenlemede yer almadığını tespit etmiştir. Mahkeme, hâkim kararı bulunmadığı durumlarda verilen arama kararlarının arama sonrası hâkim onayına sunulmasının, aramanın alınması ve uygulanması sürecinde keyfîliğin önüne geçilerek bireyler nezdinde hukuki güvenlik ve öngörülebilirliğin oluşmasına katkı sağladığını, dolayısıyla söz konusu güvence sağlanmadan askerî mahallerde kişilerin üstünün, araçlarının, özel kâğıtlarının ve eşyasının aranmasına imkân tanıyan kuralın Anayasa'nın 20. maddesine aykırılık oluşturduğu sonucuna vararak ilgili hükmün iptaline karar vermiştir[86].

85 *Funke/Fransa*, B. No: 10588/83, 25/2/1993.
86 AYM, E.2018/137, K.2022/86, 30/6/2022, §§ 69-76.

Arama tedbiri nedeniyle özel hayata saygı hakkı ve konut dokunulmazlığının ihlal edildiğine ilişkin Mahkemenin ikinci kararı ise *Mehmet Cengiz ve Rıdvan Cengiz* başvurusunda verilen karardır[87]. Söz konusu olayda, yapılan bir ihbarda başvurucuların ortak yaşadıkları ikametin kömürlük olarak kullanılan kısmında kişilere eroin kullandırdıkları ve burada eroin sattıkları, ayrıca arama tarihinde 300 gram eroin getirdikleri bulunulması üzerine Cumhuriyet savcılığınca gecikmesinde sakınca bulunan hâlin var olduğu gerekçesiyle konutta ve eklentilerinde arama yapılmasına ve suç unsurlarına rastlanılması hâlinde bunlara el konulmasına dair yazılı emir verilmiş; kolluk tarafından yapılan arama sonunda ele geçirilen eroin maddesi ile hassas teraziye el konulmasına dair işlem sulh ceza hâkimliğince onaylanmıştır. Kolluk tarafından yapılan arama tutanağında imzası bulunan mahalle muhtarı, yargılamada tanık olarak verdiği ifadesinde; arama işlemine kendisinin katılmadığını, ikametin içerisine girmediğini ve işlem sırasında olay yerinde de bulunmadığını fakat tutanak altındaki imzanın kendisine ait olduğunu, tutanağı muhtarlıkta imzaladığını beyan etmiştir. Başvurucular, diğer ihlal iddialarıyla birlikte hâkim kararı olmaksızın, koşulları oluşmadığı hâlde Cumhuriyet savcısının yazılı emri uyarınca ve usule aykırı şekilde konutlarında arama yapıldığı nedeniyle özel hayatın gizliliği ve konut dokunulmazlığı haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

Anayasa Mahkemesi, ilk olarak bir suç isnadı kapsamında suça dair delillerin ele geçirilmesi amacıyla Cumhuriyet savcılığı tarafından verilen yazılı emir üzerine konutta icra edilen aramayı, kişilerin özel hayata saygı ve konut dokunulmazlığı haklarına müdahale teşkil ettiğini belirlemiştir. İkinci aşamada, müdahalenin ihlal oluşturup oluşturmadığı üzerinde durulmuştur. Mahkeme, bu yöndeki araştırmayı CMK'nın aramaya dair düzenlemelerinin somut olayda uygulanıp uygulanmadığına bakarak değerlendirmiştir. Zira Kanun'daki düzenlemeler, kişilerin özel hayata saygı hakkını güvence altına almaktadır. Bu başlık altında ilk olarak savcılık tarafından verilen arama işlemi için gerekli olan gecikmesinde sakınca bulunan bir durumun var olup olmadığına bakılmış, başvurucuların uyuşturucu madde sattıklarına ve aynı tarihte ikametlerine eroin getirildiğine dair ihbarda bulunulması nedeniyle, suç konusu maddenin kısa sürede bir başkasına da verilmesi veya satılması, dolayısıyla hâkim kararı alınması için aradan geçecek süre itibarıyla suç delilinin kaybolma ihtimalini güçlendirmektedir. Mahkeme, somut olayda gecikmesinde sakınca bulunan hâlin varlığına dair savcılığın görüşünde hukuka aykırı bir hâlin söz konusu olmadığını belirtmiştir. İkinci olarak Mahkeme, arama esnasında Kanun gereği bulunması gereken kişilerin var olup olmadığı üzerinde durmuştur. Bu çerçevede, konutta yapılacak arama işlemi açısından Kanun'da yer alan önemli bir güvence, Cumhuriyet savcısının hazır olmaksı-

87 *Mehmet Cengiz ve Rıdvan Cengiz*, §§ 51-78.

zın konut, iş yeri veya diğer kapalı yerlerde yapılacak arama işlemi esnasında o yer ihtiyar heyetinden veya komşulardan en az iki kişinin bulunmasıdır. Mahkeme, başvurucuların konutunda yapılan arama işleminde kolluk tarafından düzenlenmiş olan tutanakta, işlem tanıkları olarak mahalle muhtarının ve konutta yakalanan iki kişinin "şüpheli-yakalanan" sıfatıyla imzalarının bulunduğunu, iki kişinin o yer ihtiyar heyetine mensup ya da başvuruculara komşuları olmadıklarını ve kendilerinin de aynı soruşturma kapsamında şüpheli konumunda olduklarını, muhtarın ise aslında arama işlemi sırasında konutta hazır bulunmadığını, arama işleminin tamamlanmasından sonra kendisine getirilen tutanağı muhtarlıkta imzaladığını, böylelikle Kanun'da öngörülen kanuni güvencenin aramada sağlanmadığını belirleyerek konutta yapılan arama nedeniyle özel hayata saygı hakkı ve konut dokunulmazlığının birlikte ihlal edildiğine karar vermiştir.

Suç isnadı kapsamında doğrudan konutta yapılan aramayı konu olan bir diğer başvuru ise *Hasan Akboğa* başvurusudur. Anayasa Mahkemesi anılan başvuruda konut dokunulmazlığının ihlal edilmediğine karar vermiştir[88].

Anayasa Mahkemesi, ilk olarak başvurucu ile birlikte bir kısım şüphelinin silahlı terör örgütüne mensup dört kişilik grubu evlerinde barındırdığı ve elaman aktarımı faaliyetinde bulundurduğu ihbarının yapılması üzerine bu örgüte üye olma ve örgüte bilerek yardım etme suçlarından yürütülen bir soruşturma kapsamında terör örgütü mensuplarının yakalanması ve suç delillerinin ele geçirilmesi amacıyla başvurucunun evinde arama yapıldığını, bu yüzden aramada makul şüphenin bulunduğunu belirtmiştir. İkinci olarak ilk bakışta haklılık taşıyan bu arama işleminin neticesinde bir suç isnadına rastlanılmamış olması ve sonradan başvurucu hakkında kovuşturma yapılmasına yer olmadığına dair karar verilmiş olması, arama kararını otomatik olarak hukuka aykırı hâle getirmeyeceğini ifade etmiştir. Üçüncü olarak kanuna uygun olarak icra edilen arama kararında, aranılacak kişi, arama yapılacak yer ve zamanın açıkça belirtilmiş olduğunu, ayrıca arama sebebine ilişkin yeterince gerekçe ortaya konulmuş olduğunu, böylelikle arama kararının sınırlarının keyfî uygulamaları önleyecek şekilde çizildiğini belirtmiştir. Sonuç olarak konut dokunulmazlığı hakkının ihlal edilmediğine karar verilmiştir.

Yine, bir suç isnadı kapsamında kişinin üstünde, aracında ve konutunda yapılan aramayı konu alan *Ayşegül Çengel Kömür ve diğerleri* başvurusudur. Anayasa Mahkemesi, kişinin üstünde, aracında ve konutunda yapılan arama işlemlerini bir bütün olarak konut dokunulmazlığının ihlal edildiği iddiası başlığı altında inceleyerek bir ihlalin bulunmadığına karar vermiştir. Kararda, üstte ve araçta yapılan aramayla ilgili olarak Anayasa'nın 17. ve 20. maddeleri, özel hayata saygı hakkı, yönünden ayrıca bir değerlendirme yapılma-

88 *Hasan Akboğa*, §§ 109-110.

dığı görülmektedir. Oysa başvurucunun mesaiye geldiği sırada arabası polisler tarafından ceza infaz kurumu girişinde durdurulmuş ve mahkûm kabul odasında üzeri aranmış, arabası ise yine kurumun otoparkında aranmıştır. Bundan sonra mahalle muhtarının gözetiminde başvurucunun evine gidilerek arama yapılmıştır. Bir başka ifadeyle, başvurucunun üstü ve eşyası evde aramaya tabi tutulmamıştır.

Söz konusu başvuruda, ceza infaz kurumunda infaz koruma memuru olarak çalışan başvurucunun infaz kurumunda uyuşturucu madde ticareti yaptığı, arama yapıldığı tarihte kuruma geldiğinde yanında uyuşturucu madde olacağının aynı yerde çalışan kurum baş memurunun somut birtakım bilgilere dayanan ihbarı üzerine başlatılan soruşturma kapsamında başvurucunun üstünde, aracında ve konutunda arama yapılmış olduğunu dikkate alan Mahkeme, aramanın ön koşulu olan makul suç şüphesinin bulunduğunu belirtmiştir. Zira olayın niteliği, işlendiği iddia edilen yer, suçun özelliği ve ihbarın içeriği, delillerin kaybolmaması için hızlı hareket edilmesini gerektirmektedir. Mahkeme, icra edilen aramada hiçbir suç unsuruna rastlanılmamış olması nedeniyle başvurucu hakkında daha sonra kovuşturmaya yer olmadığına karar verilmiş olmasının ilk bakışta haklılık taşıyan aramayı doğrudan hukuka aykırı hâle getirmeyeceğini ifade etmiştir. Anayasa Mahkemesi, mevzuat uyarınca başvurucunun üstünde, aracında ve evinde icra edilen aramanın isnat edilen suça özgü delilleri elde etmeye yönelik yapıldığını, aranacak kişi, aranılacak yer ve arama zamanı ile aramanın gerekçesi belirtilmek suretiyle arama kararının sınırlarının keyfî uygulamaları önleyecek şekilde çizildiğini, başvurucunun aramalar sonunda bir zararının bulunmadığının tutanağa geçirildiğini de dikkate alarak konut dokunulmazlığı hakkının ihlal edilmediği sonucuna ulaşmıştır.

Avukat bürosunu da kapsayan bir arama *Günay Dağ ve diğerleri* başvurusunda özel hayatın gizliliğini ve konut dokunulmazlığını ihlal iddiası başlığı altında ele alınmıştır. Anayasa Mahkemesi, açıkça dayanaktan yoksunluk nedeniyle başvuruyu kabul edilemez bulmuştur. Bir başka ifadeyle başvuruda arama yoluyla yapılan müdahalenin konut dokunulmazlığını ihlal etmediğine karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesi, avukatlık bürolarında ve kısmen konut olarak kullanılan eklentilerinde, başvuruculara üyesi oldukları derneğin genel merkezinde ve bir şubesinde, bir kısım başvuruculara evlerinde ve araçlarında yapılan arama işlemlerinin silahlı terör örgütü üyesi olmak suçundan başvurucular hakkında yürütülen soruşturmada suç delillerinin elde edilmesi amacıyla yapıldığından Anayasa ile düzenlenen millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi ve başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması şeklindeki sınırlama sebeplerine uygun olduğunu belirtmiştir. Mahkeme, arama

kararı verildiğinde başvurucuların suç şüphesi altında bulunduklarına ilişkin bir kısım delillerin bulunduğunun görüldüğünü, arama işleminin Cumhuriyet savcısının denetiminde ve baro temsilcisinin refakatinde gerçekleştirilmiş olduğunu ve müdafilerinin de aramaya katılmış olduğunu gözlemlemiştir. Sonuç olarak Mahkeme, başvurucuların özel hayatlarının gizliliği ve konut dokunulmazlıklarına yapılan müdahalenin, anayasal sınırlama sebepleri çerçevesinde Anayasa ve kanunla öngörülen usule göre ve suç delili elde edilmesi meşru amacına dayalı olarak bağımsız gözlemciler olan baro temsilcilerinin gözetiminde gerçekleştirilmiş olduğunu, müdahalenin niteliği ve müdahale ile öngörülen meşru amaç gözönüne alındığında gerçekleştirilen aramanın demokratik bir toplumda gerekli olduğunu belirtmiştir.

Zikredilen başvuruda, ayrıca arama sırasında müvekkilleri ile aralarındaki mesleki sır niteliğinde olan yazışmalara el konulduğu ve bilgisayarlara el konularak imajlarının alındığı nedeniyle haberleşme hürriyetinin de ihlal edildiği ileri sürülmüştür. Anayasa Mahkemesi, aramada el konulan ve arama sırasında avukat ile müvekkil arasındaki mesleki yazışmalar olduğu ifade edilen belgelerin numaralandırılmadan ve incelenmeden ayrı bir torbaya konularak mühürlendiğini gözlemlemiştir. Mahkeme, anılan belgeler hakkında CMK'nın 130. maddesi uyarınca ilgili hâkimlik tarafından ne yönde karar verildiği, başvuruculuların bu karara karşı itiraz yoluna başvurup başvurmadıkları ve başvurulmuş ise itiraz merciince itirazın ne şekilde sonuçlandırıldığı hususlarına ilişkin başvuru formu ve eklerinde bilgi ve belge sunulmadığını dikkate alarak başvuru yollarının tüketilmemiş olduğu gerekçesiyle başvuruyu kabul edilemez bulmuştur[89]. Başka bir deyişle bu iddia bakımından esas yönden bir inceleme yapılamamıştır.

Avukatlık bürosunda icra edilen arama nedeniyle yapılan bir diğer başvuru ise *N.A.* başvurusudur[90]. Bu başvuru, *Günay Dağ ve diğerleri* başvurusuyla benzerlik göstermektedir. Avukat olan başvurucu, gerçekte bir örgüt olmamasına karşılık organize suç örgütü mensubu olduğu suçlamasıyla iş yeri olan bürosunda gerçekleştirilen aramanın özel hayatın gizliliği ve konut dokunulmazlığı hakkını ihlal ettiğini ileri sürmüş, Mahkeme, başvuruyu açıkça dayanaktan yoksun bularak kabul edilemez bulmuştur. Mahkeme, organize suç örgütü üyeliği suçundan başvurucunun iş yerinde suç delili elde etmek amacıyla arama yapılmış olduğunu, arama işleminin Cumhuriyet savcısının denetiminde ve baronun görevlendirdiği temsilci huzurunda gerçekleştirilmiş olduğunu, aramada herhangi bir suç unsuruna rastlanmamış ise de başvurucunun da arama dolayısıyla herhangi bir zarara uğramadığını beyan etmiş olduğunu tespit etmiştir. Mahkeme, aramanın, anayasal sınırlama se-

89 *Günay Dağ ve diğerleri* [GK], §§ 121-123.
90 *N.A.*, § 34.

bepleri çerçevesinde Anayasa ve kanun ile öngörülen usule göre ve suç delili elde edilmesi meşru amacına dayalı olarak bağımsız gözlemciler olan baro temsilcisinin gözetiminde gerçekleştirilmiş olduğunu, dolayısıyla aramanın niteliği ve arama ile öngörülen meşru amaç ve bu amacı gerçekleştirmek için ilgili ve yeterli gerekçelere dayanıldığını dikkate alarak arama işleminin demokratik bir toplumda gerekli ve ölçülü olduğu sonucuna ulaşmıştır[91].

Bireysel başvuruda bulunabilmenin koşullarından birisi de Anayasa Mahkemesine gelmeden öce başvurulacak bir merci bulunmakta ise bu merci idari veya yargısal bir merci olabilir, öncelikle var olan idari veya kanun yolunun tüketilmiş olması gerekmektedir. Anılan yola başvuru yapılmadığı veya yapılmış olmakla birlikte sonucu beklenmeden bireysel başvuruda bulunulduğunda başvuru yollarının tüketilmediği nedeniyle kabul edilemezlik kararı verilmektedir[92]. *Alaaddin Akkaşoğlu ve Akis Yayıncılık San. ve Tic. A.Ş.* başvurusunda, başvuranın internet haber sitesinin ofisinde icra edilen aramanın hukuki olmadığı nedeniyle özel hayata saygı hakkının ihlal edildiğine ilişkin olarak CMK'nın 141. maddesinde düzenlenmiş olan etkili kanun yolunun tüketilmemiş olduğu gözetilerek kabul edilemezlik kararı verilmiştir[93].

Arama kararının ölçüsüz bir şekilde gerçekleştirilmiş olması CMK'nın 141. maddesinin birinci fıkrasının (i) bendinde bir tazminat sebebi olarak öngörülmüştür. Buna göre bizatihi arama kararının hukuka aykırı olması bir tazminat nedeni olarak madde kapsamında değildir[94]. Yargıtay 12. Ceza Dairesine göre, yalnızca aramanın ölçüsüz uygulanması hâllerinde CMK'nın zikredilen fıkrasının işletilmesi imkânı bulunmaktadır. Buna karşılık, arama kararının hukuka aykırılığı yönünden ise madde kapsamında bir değerlendirme yapılamayacaktır[95]. AİHM, birçok kararında armanın orantısız veya aşırı bir şekilde uygulandığına dair açık bir şikâyet bulunmadığı sürece CMK'nın 141. maddesinin birinci fırkasının (i) bendinin tüketilmesi gereken bir başvuru yolu olarak görülemeyeceğini ifade etmiştir. Bir başka ifadeyle ulusal mahkemelerin arama tedbirinin yasaya aykırılığına ilişkin şikâyetleri kapsayacak bir şekilde CMK'daki belirtilen bendi yorumlamadıkları sürece, icra edilen bir aramanın yasaya uygunluğuna itiraz edilmesini sağlayan tazminata ilişkin bir hukuk yolunun öngörüldüğü sonucuna varmanın zor olacağını belirtmiştir[96]. Dolayısıyla ölçüsüz veya aşırıya kaçıldığı şekilde yapıldığı ileri sürülen ara-

91 Benzer bir başvuru için bkz. *Mehmet Taşdemir*, B. No: 2013/3436, 18/5/2016, § 62.

92 Şen, M. (2015). Başvuru Yollarının Tüketilmesi Kuralı, içinde Turan, H. ve Kaplan, R. (Der.), *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Usulü ve Kabuledilebilirlik Kriterleri*, Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları, s. 85.

93 *Alaaddin Akkaşoğlu ve Akis Yayıncılık San. ve Tic. A.Ş.*, B. No: 2014/18247, 20/12/2017, §§ 28-29.

94 Öztürk, B., Tezcan, D., Erdem, M. R., Sırma Gezer, Ö. F., Sırma Kırıt, Y., Alan Akcan, E., Özaydın, Ö., Erden Tütüncü, E., Altınok Willemin, D. ve Tok, M. C. (2018). s. 584.

95 Yargıtay 12. Ceza Dairesinin 19/12/2016 tarihli ve E. 2015/12475, K. 2016/13470 sayılı kararı.

96 *Tercan/Türkiye*, B. No: 6158/18, 29/9/2021, § 193.

malar nedeniyle vücut bütünlüğüne, özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı, konut dokunulmazlığını ihlal gibi iddiaların CMK'nın 141. maddesinde öngörülen tazminat davası yolunun tüketilmeden bireysel başvuruya konu edilmesi hâlinde başvuru yollarının tüketilmediği gerekçesine dayanılarak kabul edilemezlik kararı verilme olasılığı yüksektir. AİHM *Aksoy/Türkiye* kararında, başvuranın avukat bürosunda yapılan arama sırasında, müvekkillerine ait olan belgelere uygun olmayan bir şekilde el konulması (aramanın ölçüsüz ve aşırı olduğu iddiası) bağlamındaki şikâyetlerine ilişkin olarak CMK'nın 141. maddesinin birinci fıkrasının (i) bendinde öngörülen tazminat davasının etkili bir yol olacağı sonucuna varmıştır[97].

Burada ölçüsüz ve aşırı olarak icra edilen aramanın hangi hâlleri oluşturduğu önem arz etmektedir. Aramanın süresinin gereğinden fazla olması, gündüz yapılması gereken aramanın gece yapılması, arama yapılacak eşyaya ya da arama sırasında orada bulunan eşyalara zarar verilmiş olması, arama kararında belirtilen yerlerin dışına çıkılmış olması, aramanın ölçüsüz olduğunu gösteren durumlardır. Aramanın CMK'da öngörülen kurallara göre alınmış olmasına rağmen arama ölçüsüz icra edileceği gibi CMK'ya aykırı olarak verilmiş bir arama kararı üzerine yapılan arama ölçülü gerçekleştirilebilir. Yani belirtilen fıkra çerçevesinde bir tazminat doğabilmesi için aramanın CMK'da öngörülen düzenlemelere aykırı veya uygun olmasının bir önemi bulunmamaktadır[98].

Önleme araması ya da idari arama kararlarının yerine getirilmesinden dolayı aramanın ölçüsüz olduğu iddia ediliyorsa CMK'nın 141. maddesi yerine 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu (İYUK) hükümleri devreye girmektedir. CMK'nın 141. maddesi adli aramalara ilişkindir. İYUK'un 12. maddesi gereğince ilgililer, haklarını ihlal eden idari bir işlem dolayısıyla idare aleyhine tam yargı (tazminat) davası açabilmektedir. Anayasa Mahkemesi *D.Ö.* başvurusunda idari aramalardan kaynaklanan zararlar bakımından İYUK'taki düzenlemelerin etkili başvuru yolunu içerdiğini kabul etmiştir[99]. *D.Ö. (5)* başvurusunda başvurucuya ait konutun çöp ev niteliği taşıdığı, bu yüzden kamu sağlığını tehdit ettiği gerekçesiyle kaymakamlığın yazılı emriyle polis ve zabıta memurlarınca konuta girilmiş ve çöpler dışarı çıkarılmıştır. Çöplerin dışarıya çıkarılması amacıyla basın mensuplarının da eve girdiği, evdeki birtakım eşyaların kaybolduğu belirtilerek idari yargı yerinde açılan tam yargı davası ise süresinde açılmadığı nedeniyle reddine karar verilmiştir. Anayasa Mahkemesi, başvurucunun konutuna kamu görevlilerince izinsiz bir şekilde girilmesi nedeniyle konut dokunulmazlığı hakkının ihlal edildi-

97 *Aksoy/Türkiye* ((k.k.) [Komite], B. No. 47585/16, 5/3/2019.

98 Öztürk, B., Tezcan, D., Erdem, M. R., Sırma Gezer, Ö. F., Sırma Kırıt, Y., Alan Akcan, E., Özaydın, Ö., Erden Tütüncü, E., Altınok Willemin, D. ve Tok, M. C. (2018). s. 585.

99 *D.Ö. (5)*, B. No: 2015/4003, 18/4/2019, § 29.

ği iddiasını, tam yargı davasının yasal süresi içinde açılmamış olması ve bu nedenle davanın süre aşımı nedeniyle reddedilmiş olmasını gözlemleyerek başvuru yolunun usulünce tüketilmeden başvuru yapılmış olduğu sonucuna varmış ve başvuru yolunun tüketilmediği gerekçesiyle kabul edilemezlik kararı vermiştir[100].

Belirtmek gerekir ki bireysel başvuru incelemelerinde arama tedbirinin hukuka uygunluğu, dolayısıyla vücut bütünlüğüne saygı, özel hayata ve aile hayatına saygı, konut dokunulmazlığı ve haberleşme hürriyeti gibi hakları ihlal edip etmediğinin tespiti ile anılan tedbir sonucu elde edilen delillerin hukuka uygun olup olmadığı değerlendirmesi birbirinden farklı özellik taşımaktadır[101]. Herhangi bir delilin kabul edilebilir olup olmadığı, delilin hukuka aykırı yöntemlerle elde edilip edilmediği, davanın esasına ilişkin yargılamayı yapan derece mahkemelerine ait olup bu araştırma ve imceleme daha ziyade adil yargılanma hakkının konusuna girmektedir. Bu yüzden yargılama süreci devam ederken arama kararının hukuka aykırı olduğu nedeniyle elde edilen delillerin de hukuka aykırı olduğu iddia edilmekteyse aramanın hukukiliğinin ve gerekliliğinin, dolayısıyla da kesin sonuçlarının yapılacak yargılama sonucunda ortaya çıkacağından kural olarak başvuru yollarının tüketilmediği gerekçesiyle kabul edilemezlik kararı verilmektedir[102]. Özel hayata saygı hakkı kapsamında incelemede ise arama sonucu elde edilen delillerin hukuki olup olmadığı incelemesi yapılmamakta, aramanın bizatihi özel hayata ve bu hakkın alt unsurlarından birine yönelik bir ihlal oluşturup oluşturmadığıyla yetinilmektedir.

SONUÇ

Suçun işlenmesinin önlenmesi, suçluların takibi ve cezalandırılması, kamu düzeni ve güvenliğinin sağlanması ve üçüncü kişilerin hak ve özgülüklerinin korunması amacıyla kamu gücünü kullanan görevliler, arama tedbirine başvurmak durumunda kalmaktadır. Kamu görevlileri bu yetkiyi Sözleşme ve Anayasa hükümlerinden ve Anayasa altı mevzuattan almaktadır.

Arama tedbirine izin verilen mevzuatta hem bu tedbire başvurulurken hem de tedbirin yerine getirilmesi sürecinde uyulması gereken kurallara ayrıntılı bir biçimde yer verilmiştir. Zira arama tedbiri yoluyla vücut bütünlüğüne, özel hayata, aile hayatına ve konuta saygı hakkı ile haberleşme hürriyetine müdahale edilmektedir.

AİHM ve Anayasa Mahkemesi, arama tedbirinin kişinin üzerinde, eşya-

100 *Hüseyin Ali Kudret*, B. No: 2018/6578, 18/5/2021, § 3; *Patimat Gitinova*, B. No: 2015/8962, 20/3/2019.

101 *Alaaddin Akkaşoğlu ve Akis Yayıncılık San. ve Tic. A.Ş.*, § 30.

102 *Engin Demir (2)*, B. No: 2014/4161, 22/11/2017; *Faris Korkmaz*, B. No: 2013/6995, 8/9/2015.

sında, aracında, konut ve iş yerinde gerçekleştirilmesi nedeniyle özel hayata saygı hakkına ve bu hakkın alt kategori haklarına açık bir müdahale oluşturduğunu belirtmiştir. Müdahalenin hukuki olabilmesi, başka bir deyişle arama işleminin Anayasa'ya ve Sözleşme'ye uygun kabul edilebilmesi için aramaya izin veren kanuni bir hükmün bulunması, kanuni düzenlemenin erişilebilir ve açık olması gerekmektedir. İkinci olarak aramaya neden olarak gösterilen meşru amaçların arama kararında bulunup bulunmadığı önem taşımaktadır. Ceza soruşturmasında başvurulan aramada meşru amaç genellikle suça ilişkin delilerin ele geçirilmesidir. Bu yüzden aramanın ön koşulu olan suçun işlendiğine dair makul şüphe, adli arama kararında mutlaka gösterilmelidir. Son olarak arama, demokratik bir toplumda zorunlu olmalı; başvurulan arama tedbiriyle elde edilmek istenen amaç arasında orantı bulunmalıdır. Başka bir deyişle, kanunlarda aramaya izin veren hükümlerin, Anayasa'da ve Sözleşme'deki güvenceleri karşılaması gerekmektedir.

Anayasa Mahkemesine, aramanın hukuki olmadığı nedeniyle özel hayata saygı hakkının ihlal edildiği iddiasıyla yapılan başvurular, çoğunlukla konutta icra edilen aramalarla ilgilidir. Doğal olarak Mahkemenin içtihadı da bu yönde gelişmiştir. Özel hayata saygı hakkının, arama kararı nedeniyle ihlal edildiğine ilişkin ilk ihlal kararı da *Ford Otomotiv Sanayi A.Ş*. başvurusuyla ilgili olup konut dokunulmazlığına saygı hakkına yapılan müdahaleyle ilgilidir. Bir diğer ihlal kararı ise yine, *Mehmet Cengiz ve Rıdvan Cengiz* başvurusunda verilen konutta yapılan aramanın özel hayata saygı hakkı ve konut dokunulmazlığının ihlal edildiği konusuyla ilgilidir. Kişinin üstünde, aracında ve konutunda yapılan aramalar nedeniyle özel hayata saygı hakkının ihlal edildiği iddiasını konu alan *Ayşegül Çengel Kömür ve diğerleri* başvurusunda sadece konut dokunulmazlığının ihlal edildiği iddiası başlığı altında değerlendirme yapılmıştır. *Günay Dağ ve diğerleri* başvurusunda ise avukat bürosunda ve kısmen konut olarak kullanılan yerler ile kişilerin üzerinde ve eşyasında yapılan aramalar nedeniyle özel hayata saygı hakkının ihlal edildiği iddiası; avukat bürosunda ve bilgisayarında bazı belgelere el konulduğu iddiası bulunduğundan haberleşme hürriyetinin ihlal edildiği başlığı altında, diğer şikâyetler ise özel hayatın gizliliği ve konut dokunulmazlığının ihlal edildiği iddiası başlığı altında incelenmiştir.

Buna karşılık arama kararları nedeniyle özel hayata saygı hakkının ihlal edildiği iddialarıyla ilgili Anayasa Mahkemesi kararlarında, sadece kişinin üstünde ve eşyasında arama nedeniyle sadece vücut bütünlüğüne saygı hakkının ihlal edildiği iddiası; konutta veya eklentilerinde yapılan aramalar nedeniyle ayrıca aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkin olarak bir başlık açılmadığı veya bu başlıklar altında bir değerlendirme yapılmadığı görülmektedir.

Aramanın hukuka uygunluğunun tespiti ile arama sonrası elde edilen delillerin hukuka uygun olup olmadığı ve arama kararının ölçüsüz bir şekilde gerçekleştirilmiş olması birbirinden farklı özellikler taşımaktadır. Aramanın hukuka uygunluğu, özel hayata saygı hakkının ihlal edilip edilmediğinin tespitiyle ilgili bir meseledir. Hâlbuki anılan tedbir sonucu elde edilen delillerin hukuka aykırı olup olmadığı meselesi, davanın esasıyla ilgili olup adil yargılanma hakkının kapsamında ele alınmaktadır. Arama sonucu elde edilen delillerin kabul edilebilirliği, arama kararının hukuka uygunluğuyla ilgisi bulunmakta ise de her zaman gerçekleştirilen arama sonunda bir delil elde edilemediği gibi, soruşturma sonucunda kamu davası da açılmayabilmektedir. Arama kararının ölçüsüz bir şekilde icra edilmesinden dolayı tazminat davasının incelenmesi de farklı hükümlere tabidir. Tazminat davasında, hiç tazminata hükmedilmemiş olması ya da tazminata hükmedilmesine karşılık verilen tazminatın yetersiz veya düşük olduğu nedeniyle arama kararının özel hayata saygı hakkında müdahale oluşturup oluşturmadığı ayrı bir meseledir. Zira hukuka uygun olarak verilen bir arama kararı, ölçüsüz bir şekilde de icra edilebilir. Ayrıca arama sonunda bir delile ulaşılamamış olması ya da soruşturma sonunda Cumhuriyet savcılığınca kovuşturmaya yer olmadığına karar verilmiş olması başlangıçta verilen arama kararını otomatik olarak hukuka aykırı hâle getirmemektedir.

KAYNAKÇA

ALKAN, Fatih (2023). Genel Açıklamalar, içinde Kozan, Ali ve Gedik, Ömer (Der.), *Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Hakkı* (ss. 13-34), Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları.

ARSLAN ÖNCÜ, Gülay (2019). *Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi -8-*, Ankara: Avrupa Konseyi Yayınları.

ARSLAN ÖNCÜ, Gülay (2013). Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı, içinde İnceoğlu, Sibel (Der.), *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamından Bir İnceleme* (ss. 301-332), Ankara: Avrupa Konseyi Yayınları.

BİRTANE, Şermin (2021). "Özel Hayata Saygı Hakkı (AİHS 6. Madde) Bağlamında Çalışma Hakkı ve Mesleki Faaliyet İlişkisi", *Anayasa Yargısı*, C. 36., S. 2., ss. 57-97.

CENTEL, Nur ve ZAFER, Hamide (2020). *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 19. Baskı, İstanbul: Beta Yayınları.

DURSUN, Gizem (2018). "AİHM Kararları Işığında Özle Hayata ve Aile Hayatına Saygı Hakkı", *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 13., S. 167-168., ss. 199-238.

ERYILMAZ, Mesut Bedri (2012). *Ceza Muhakemesi Dersleri*, Ankara; Seçkin Yayıncılık.

GÖKCEN, Ahmet, BALCI, Murat, ALAŞAHİN, Mehmet Emin ve ÇAKIR, Kerim (2013). *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 3. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi.

KAYA, Yusuf Enes (2019). *Bireysel Başvuru Yolunda Tutuklamanın Hukukiliğinin İncelenmesi,* İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.

KURŞUN, Günal ve CENGİZ, Orhan Kemal (2021). *Ceza Avukatının İnsan Hakları El Kitabı*, Ankara: İnsan Hakları Gündemi Derneği Yayınları.

ÖNCÜ, Mehmet (2015). "AİHM Kararlı Işığında Yakalama, Gözaltına Alma, Tutuklama ve Aramada Makul Şüphe", *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 10., S. 125-126., ss. 85-130.

ÖZTÜRK, Bahri, TEZCAN, Durmuş, ERDEM, Mustafa Ruhan, SIRMA GEZER, Özge, SAYGILAR KIRIT, Yasemin Filiz, ALAN AKCAN, Esra, ÖZAYDIN, Özdem, ERDEN TÜTÜNCÜ, Efser, ALTINOK WILLEMIN, Derya ve TOK, Mehmet Can (2018). *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 12. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

ŞEN, Ersan ve MAVİŞ, Mert (2022). *Önleme Aramasının Şartları ve Sınırı ile Adli Aramanın Kesişmesi*, https://sen.av.tr/tr/makale/onleme-aramasinin-sartlari-ve-siniri-ile-adli-arama-kesismesi (Erişim Tarihi: 5/2/2023)

ŞEN, Ersan (2017). *Önleme Araması ile Adli Aramanın İnce Çizgisi*, https://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/2285711-onleme-aramasi-ile-adli-aramanin-ince-cizgisi (Erişim Tarihi: 15/2/2022)

ŞEN, Murat (2015). Başvuru Yollarının Tüketilmesi Kuralı, içinde Turan, Hüseyin ve Kaplan, Recep (Der.), *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Usulü ve Kabuledilebilirlik Kriterleri* (ss. 85-146), Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayanları.

TURAN, Hüseyin (2023). *Ceza Muhakemesi Ekseninde Özgürlük ve Güvenlik Hakkı*, Ankara: Adalet Yayınevi.

BIÇAK, Vahit (2011). *Suç Muhakemesi Hukuku*, 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

YENİSEY, Feridun ve NUHOĞLU, Ayşe (2016). *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 4. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Anayasa Mahkemesi Kararları

Ahmet Acartürk, B. No: 2013/2084, 15/10/2015.

Alaaddin Akkaşoğlu ve Akis Yayıncılık San. ve Tic. A.Ş., B. No: 2014/18247, 20/12/2017.

Ayşegül Çengel Kömür ve diğerleri, B. No: 2016/56228, 23/6/2020.

D.Ö. (5), B. No: 2015/4003, 18/4/2019.

Engin Demir (2), B. No: 2014/4161, 22/11/2017.

Faris Korkmaz, B. No: 2013/6995, 8/9/2015.

Ford Otomotiv Sanayi A.Ş. [GK], B. No: 2019/40991, 23/3/2023.

Günay Dağ ve diğerleri [GK], B. No: 2013/1631, 17/12/2015.

Hasan Akboğa [GK], B. No: 2016/10380, 27/3/2019.

Hüseyin Ali Kudret, B. No: 2018/6578, 18/5/2021.

Mehmet Taşdemir, B. No: 2013/3436, 18/5/2016.

Melahat Karkin, B. No: 2014/17751, 13/10/2016.

N.A., B. No: 2013/5076, 6/4/2016.

Semra Özel Üner, B. No: 2014/12009, 26/10/2016.

Serap Tortuk, B. No: 2013/9660, 21/1/2015.

Patimat Gitinova, B. No: 2015/8962, 20/3/2019.

AYM, E.2003/29, K.2006/24, 22/2/2006.

AYM, E.2018/137, K.2022/86, 30/6/2022.

AYM, E.2014/195, K.2015/116, 23/12/2015.

AYM, E.2015/41, K.2017/98, 4/5/2017.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları

Aksoy/Türkiye ((k.k.) [Komite], B. No. 47585/16, 5/3/2019.

Aydemir/Türkiye, B. No: 17811/04, 24/5/2011.

Buck/Almanya, B. No: 41604/98, 28/4/2005.

Chappell/İngiltere, B. No: 10461/83, 30/3/1989.

Campell ve Fell/İngiltere, B. No: 7819/77-7878/77, 28/6/1984.

Ernst ve diğerleri/Belçika, B. No. 33400/96, 15/7/2003.

Erdagöz/Türkiye, B. No: 21890/93, 22/10/1997.

Funke/Fransa, B. No: 10588/83, 25/2/1993.

Gillian ve Quinton/İngiltere, B. No: 4158/05, 12/1/2010.

Giacomelli/İtalya, B. No: 59909/00, 2/11/2006.

Klass ve diğerleri/Almanya, B. No: 5029/71, 6/9/1978.

Labita/İtalya [BD], B. No: 26772/95, 6/4/200.

Marckx/Belçika, B. No: 6833/74, 13/6/1979.

McFeeley ve diğerleri/İngiltere, B. No: 8317/78, 15/5/1980.

Niemietz/Almanya, B. No: 13710/88, 16/12/1992.

Petri Sallinen/Finlandiya, B. No: 50882/99, 27/9/2005.

Peev/Bulgaristan, B. No. 64209/01, 26/7/2007.

Tercan/Türkiye, B. No: 6158/18, 29/9/2021.

Socıété Colas Est ve diğerleri/Fransa, B. No: 37971/97, 16/4/2002.

X ve Y/Hollanda, B. No: 8978/80, 26/3/1985.

Yargıtay Kararları

Yargıtay 12. Ceza Dairesinin 19/12/2016 tarihli ve E. 2015/12475 ve K. 2016/13470, sayılı kararı.

Yargıtay 7. Ceza Dairesinin 9/11/2021 tarihli ve E.2012/22055 ve K.2021/14597, sayılı kararı.

Dr. Şermin BİRTANE
(Anayasa Mahkemesi Komisyonlar Başraportörü)

İNSAN HAKLARI BAĞLAMINDA YARGI ALANINDA YAPAY ZEKÂ VE ULUSLARARASI ETİK İLKELER*

ÖZ

Yapay zekâ, hayatımızın her yönünü dönüştürmekte, iş ve yaşam alanlarımızı etkilemektedir. İklim değişikliği ve kaliteli tıbbi bakıma erişim gibi küresel zorlukların çözülmesine yardımcı olmayı vadetmektedir. Ancak yapay zekâ aynı zamanda hem hükûmetler hem de vatandaşlar için gerçek zorlukları da beraberinde getirmekte; mahremiyet, özel hayat ve kişisel verilerin korunması, ifade hürriyeti, yaşam hakkı, adil yargılanma hakkı gibi temel insan haklarının doğrudan etkilenmesine yol açmaktadır. Bu durum yapay zekâ sistemlerinin uygulandığı alanlarla ilgili olarak insan haklarının korunması bakımından uluslararası ve ulusal düzeyde hukuki düzenlemeler yapılması ihtiyacını ortaya çıkarmıştır. Bu çalışmada, yapay zekânın yargıda kullanılması bakımından etik ilkeler ve uluslararası hukuki düzenlemeler çerçevesinde değerlendirmeler ele alınmaktadır. Yapay zekâ uygulamalarının tasarımı, üretilmesi ve kullanımında "insan hakları odaklı" anlayışın benimsenmesi gerekmektedir. İnsan hakları odaklı yaklaşımın benimsenmesiyle yapay zekâ uygulamalarının geçerli olduğu alanlarda insan haklarını korumanın, mahremiyet ve kişisel verilerin gizliliğine saygının sağlanması mümkün olabilir.

Anahtar Kelimeler: Yapay zekâ, yargı, etik ilkeler, insan hakları.

* Bu makale hakem denetiminden geçmiştir.

Prof. Dr. Zühtü Arslan'a Armağan

ARTIFICIAL INTELLIGENCE IN THE JUDICIARY AND INTERNATIONAL ETHICAL PRINCIPLES WITHIN THE CONTEXT OF HUMAN RIGHTS

ABSTRACT

Artificial intelligence transforms every aspect of our lives and has a significant impact on our work and living spaces. It promises to assist in addressing global challenges such as climate change and ensuring access to quality medical care. However, artificial intelligence also presents real challenges for both governments and citizens, affecting fundamental human rights such as privacy, the right to respect for private life and the protection of personal data, freedom of expression, the right to life, and the right to a fair trial. This situation highlights the need for legal regulations at both the international and national levels to protect human rights in areas impacted by artificial intelligence systems. This study discusses evaluations within the framework of ethical principles and international legal regulations concerning the use of artificial intelligence in the judiciary. Adopting a "human rights-oriented" approach in the design, production, and use of artificial intelligence applications is essential. Adopting a human rights-oriented approach enables the protection of human rights, ensuring respect for privacy and confidentiality of personal data in areas where artificial intelligence applications are deployed.

Keywords: Artificial intelligence, judiciary, ethical principles, human rights.

GİRİŞ

Yapay zekâ günlük ve sosyal hayatımıza çoktan girmiş bir olgudur. Savunma sanayisinden bankacılık işlemlerine kadar yapay zekâ uygulamalarıyla karşılaşmaktayız. ChatGPT, Amazon Alexa, Google Assistant gibi sanal asistanlar ve sohbet robotları, sürücüsüz arabalar gibi pek çok yapay zekâ uygulaması günlük hayatın parçası hâline gelmiştir. Yapay zekâ sosyal hayatı olduğu kadar hukuk alanını da etkilemektedir. Devletler savunma sanayilerini güçlendirmek amacıyla yapay zekâyı çeşitli şekillerde kullanmaktadır. Ceza, adalet sistemleri ve önleyici hizmetler alanlarında suçların önlenmesi amacıyla şüphelilerin tespitinde yüz tanıma yapay zekâ teknolojilerinden faydalanılmaktadır. Ancak yapay zekâ sistemlerinin bu şekilde kullanılmasının mahremiyet, özel hayat ve kişisel verilerin korunması, ifade hürriyeti, yaşam hakkı, adil yargılanma hakkı gibi birçok insan hakkını doğrudan etkilediği açıktır.

Yapay zekâ hayatımızın her yönünü dönüştürmekte, iş ve yaşam alanlarımızı etkilemektedir. İklim değişikliği ve kaliteli tıbbi bakıma erişim gibi küresel zorlukların çözülmesine yardımcı olmayı vaat etmektedir. Ancak yapay zekâ aynı zamanda hem hükümetler hem de vatandaşlar için gerçek zorlukları da beraberinde getirmekte, temel insan haklarının doğrudan etkilenmesine yol açmaktadır.

Ekonomilere ve toplumlara böylesine nüfuz ederken yapay zekâ tasarımına ve kullanımına rehberlik edecek politika ve hukuki çerçevelerin belirlenmesi ihtiyacı ortaya çıkmıştır. Yapay zekânın regülasyonu ile ilgili olarak uluslararası hukuk alanında çeşitli gelişmeler yaşanmaktadır. Çalışmamızda detaylı olarak incelenmiş olan söz konusu hukuki düzenlemelerin odağında yapay zekânın etik ilkelere bağlanması yer almakta, yapay zekâ sistemlerinin "insan yararına" ve "insanlar için" olduğu vurgulanmaktadır. Yapay zekânın regülasyonu konusu hukuku ve özellikle insan hakları hukukunu doğrudan ilgilendirmektedir. Öte yandan yapay zekânın çok çeşitli kullanım alanlarından biri de yargı ve adalet hizmetleridir. Dolayısıyla yapay zekânın regülasyonu ile ilgili olarak uluslararası hukuk alanındaki hukuki düzenlemelerde yer alan ilkelerin yapay zekâ uygulamalarının yargı ve adalet hizmetlerinde kullanılması ile ilgili hukuk kurallarına ışık tutacağı çok açıktır. Makalemiz, henüz literatürde pek işlenmemiş güncel bir mesele olan yapay zekânın insan hakları bağlamında ve yargı ekseninde kullanımını incelemektedir. Çalışmamızda, yapay zekânın yargıda kullanılması bakımından etik ilkeler ve uluslararası hukuki düzenlemeler çerçevesinde değerlendirmeler ele alınmaktadır. Çalışmamızda "yapay zekâ" ifadesi kavram olarak yapay zekâyı belirtmek için; "yapay zekâ uygulamaları veya sistemleri" ifadeleri ise içerisinde yapay zekâ barındıran teknolojileri anlatmak için kullanılmıştır. Makalenin ilk bölü-

münde yapay zekâ kavramını tanımlama ve düzenleme ihtiyacı ele alınmıştır. İkinci bölümde yargı alanında kullanılan yapay zekâ uygulamaları ve bu uygulamaların yargı faaliyeti üzerindeki etkileri incelenmiştir. Üçüncü bölümde, yapay zekâ sistemlerinin bağlı olacağı etik ilkeleri düzenleyen uluslararası hukuk belgeleri değerlendirilmiştir. Dördüncü bölümde ise insan hakları odaklı yaklaşım temelinde yapay zekânın yargı alanında kullanımına dair sonuç ve öneriler kısmı işlenmiştir. Yapay zekânın hukuken tanınabilirliği veya kişiliği, hukuki sorumluluğu ve fikrî mülkiyet hakları konuları[1] ise her biri ayrı bir akademik çalışmanın konusunu oluşturacak kadar geniş nitelikleri sebebiyle bu çalışmanın kapsamına dâhil edilmemiştir.

I. TANIMLAMA ve DÜZENLEME İHTİYACI

A) YAPAY ZEKÂ NEDİR?

"Yapay zekâ" kavram olarak ilk kez 1955 yılında Dartmouth Konferansında John McCarthy tarafından "*İnsan gibi düşünebilen ve kendi kendine kararlar alabilen, bunun yanında insanların odaklandıkları işleri yapma ve çözmeye çalıştıkları problemleri sonuca kavuşturma yeteneğine sahip olan makinelerdir*" şeklinde tanımlanmıştır[2]. O tarihten bu yana birçok tanım yapılmışsa da herkesin üzerinde uzlaştığı, açık, net ve kapsayıcı bir tanımı hâlen bulunmamakta olup yapay zekâ bir şemsiye kavram olarak kullanılmaktadır. Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komisyonu tarafından yapılan tanıma göre yapay zekâ, "*Genel olarak makinelerin zekâ gerektiren şeyleri yapma yeteneklerinin geliştirilmesine adanmış bir dizi bilim, teori ve tekniğe atıf yapan bir şemsiye terimdir*"[3].

En basit hâliyle yapay zekâ kavramı düşünebilen makineler fikrini çağrıştırmaktadır[4]. Bu nedenle yapay zekâ, akıllı ve insan benzeri davranışları taklit etme yeteneği ve insan zekâsı gerektiren görevlerin yapılması için bilgisayarların programlanması olarak tanımlanmıştır[5]. İnsana ait idrak kabiliyetinin

1 Bu konularda detaylı incelemeler için pek çok eser arasında bkz. Kireçtepe, O. (2020). "Robotların Hukuki ve Cezai Sorumluluğu Üzerine Bir Deneme", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 69., S. 2., s. 793-833; Ersoy, Ç. (2019). *Robotlar, Yapay Zekâ ve Hukuk*, 4. Baskı, İstanbul: On İki Levha Yayınları; Gülel, H. (2023). *Hukuki Açıdan Yapay Zekâ*, Ankara, Adalet Yayınları.

2 Manning, C. (2020). "Artificial Intelligence Definitions", https://hai.stanford.edu/sites/default/files/2020-09/AI-Definitions-HAI.pdf (Erişim Tarihi: 7/10/2023)

3 Council of Europe Commissioner for Human Rights. (2019). "Unboxing Artificial Intelligence: 10 Steps to Protect Human Rights", https://rm.coe.int/unboxing-artificial-intelligence-10-steps-to-protect-human-rightsreco/1680946e64 (Erişim Tarihi 18/6/2023)

4 Turing, A. M. (1950). *Computing Machinery and Intelligence*, 59 Mind 433-460, s. 433, 442. https://redirect.cs.umbc.edu/courses/471/papers/turing.pdf (Erişim Tarihi 10/11/2023)

5 Keisner, C. Andrew, Raffo, J. D. ve Wunsch-Vincent, S. A. (2015). "Breakthrough Technologies-Robotics, Innovation and Intellectual Property", *World Intellectual Property Organization (WIPO), Economic Research Working Paper, No 30*, s. 5.

ve zekânın taklit edilerek problem çözebilme, anlamlandırma, deneyim ile öğrenme gibi yeteneklerin bilgisayar sistemlerinde modellenmesi ile yapay zekâ meydana gelmektedir[6]. Klasik bilgisayar kodlamasında olası her senaryo için kesin komut girilmesi gerekmektedir. Yapay zekâ ise bunun aksine algoritmalarının eğitilmesi ve geliştirilmesi ile öğrenebilir. Bu duruma örnek olarak internet kullanıcılarından içinde trafik lambası ya da köprü bulunan tüm resimleri seçerek robot olmadığını doğrulamalarını isteyen testlerin yapay zekânın öğrenimine katkı sağladığı gösterilmiştir[7]. Yapay zekâ, makine öğrenimini sağlayan algoritmaları sayesinde elde ettiği veriler ile belirli bir görevi gerçekleştirebilir. Bu sayede günümüzde sesli asistanlar, dil çevirileri, öneri sistemleri, navigasyon, sosyal güvenlik, sağlık hizmetleri, e-ticaret ve yardımcı robot uygulamaları, siber güvenlik ve savunma sanayi gibi sektöre özel stratejik çalışmalarda da yapay zekâ kullanılmaktadır. Bankacılık ve güvenlik işlemleri, kullandığımız akıllı telefonlardaki yüz tanıma kilidi, sesli arama özelliği ya da daha önce internette arama yaptığımız bir konu hakkında sürekli karşımıza bu konu ile ilgili çeşitli reklamların çıkması yapay zekâ ile ilgilidir[8].

Sosyal hayatı çok derinden etkilemesi nedeniyle yapay zekânın hukuki düzenlemelere konu edilmesi ihtiyacı konusunda OECD, Avrupa Konseyi ve Avrupa Birliği önemli çalışmalar yürütmektedir.

Avrupa Birliği Komisyonu 2018 yılında yapay zekâ ile ilgili hukuki düzenlemeler yapma konusunda çalışmak üzere Yapay Zekâ Üst Düzey Uzmanlar Grubunu (*High-level expert group on artificial intelligence,* AI-HLEG) oluşturmuştur. 2019 yılında AB Yapay Zekâ Üst Düzey Uzman Grubu tarafından Güvenilir Yapay Zekâ İçin Etik Yönergesi *(Ethics Guidelines for Trustworthy AI) ("Yönerge")* yayımlanmıştır. Yönergede, yapay zekânın hukuka ve etik değerlere uygun olması için gerekli ilkeler belirlenmiştir[9]. Etik Yönerge haricinde tüm AB üye ülkelerinde bağlayıcı düzenlemeler içeren AB Yapay Zekâ Tüzüğü Teklifi 2021 yılında hazırlanmıştır. AB Yapay Zekâ Tüzüğü Avrupa Parlamentosu tarafından 14 Haziran 2023 tarihinde gerçekleşen nihai oylamada oyçokluğuyla kabul edilmiştir. Böylece Avrupa Parlamentosu, yapay zekâ uygulamaları için dönüm noktası olabilecek bir düzenlemeyi resmîleştirerek bu alanda öncülük etmiştir. Bu aşamayı takiben Avrupa Birliği Bakanlar

6 Yılmaz, A., (2019). *Yapay Zekâ,* İstanbul: Kodlab Yayınları, s. 5.

7 Pepito, J., Vasquez, B. ve Locsin, R. (2019). "Artificial Intelligence and Autonomous Machines: Influences, Consequences, and Dilemmas in Human Care", *Health, Scientific Research Publishing*, C. 11., S. 7., s. 933 vd.

8 Güven, H. ve Ayvaz-Güven, E. T. (2023). "Yapay Zekâ Uygulamalarının E-Ticarette Kullanımı", *International Journal of Management and Administration*, C. 7., S. 13., ss. 69-94.

9 European Commission. (2019). *High-Level Expert Group on Artificial Intelligence, Ethics Guidelines for Trustworthy AI*. https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/ethics-guidelines-trustworthy-ai (Erişim Tarihi: 8/10/2023)

Konseyi, Avrupa Komisyonu ve Avrupa Parlamentosu arasındaki üçlü müzakereler sonucunda 9 Aralık 2023'te AB Yapay Zekâ Tüzüğü Teklifi'nin son versiyonu üzerinde anlaşmaya varılmıştır. Söz konusu düzenlemenin Avrupa Parlamentosu ve üye ülkelerin onayının ardından 2026 yılından itibaren bütün AB genelinde yürürlüğe girmesi beklenmektedir[10].

AB Yapay Zekâ Tüzüğü Teklifi'nde, yapay zekâ sistemi, belirli teknik ve yaklaşımla geliştirilen ve belirli bir insan-tanımlı hedef kümesi için içerik, tahmin, öneriler gibi çıktılar veya etkileşimde bulundukları ortamları etkileyen kararlar üretebilen yazılım olarak tanımlanmaktadır[11]. Bir yapay zekâ sistemi, belirli bir hedef kümesi için öneri ve tahminler sunan veya karar veren makine tabanlı bir sistemdir. Bu sistemin gerçek veya sanal olan ortamı algılamak için makine ve/veya insan temelli girdiler kullanılması, bu tür girdilerin manuel ya da otomatik olarak modellere ayrılması ve son olarak bu modellerden, insan ya da otomatik araçlar yoluyla tavsiye, tahmin veya karar gibi sonuçların üretilmesi şeklinde bir süreç olduğu belirtilmektedir[12].

Türkiye de yaşanan gelişmelere kayıtsız kalmamış, Ulusal Yapay Zekâ Stratejisi belgesini kabul etmiştir. 20.08.2021 tarihli ve 31574 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 2021/18 sayılı Cumhurbaşkanlığı Genelgesi ile yürürlüğe koyulan Türkiye'nin Ulusal Yapay Zekâ Stratejisi belgesinde, yapay zekâ, bir bilgisayarın veya bilgisayar kontrolündeki bir robotun çeşitli faaliyetleri zeki canlılara benzer şekilde yerine getirme kabiliyeti şeklinde tanımlanmıştır[13].

OECD tarafından yapay zekâ, insan odaklı hedef kümesi için tahminlerde bulunabilen, önerilerde bulunan veya gerçek ya da sanal ortamları etkileyen kararlar verebilen makine tabanlı sistem olarak tanımlanmıştır. Yapay zekâ sistemleri, değişen derecelerde otonomi ile çalışacak şekilde tasarlanmıştır. Bilgisayar sistemlerinin öğrenme ve problem çözme gibi normalde insan zekâsı gerektiren görevleri yerine getirme yeteneği ile ilişkilendirilmektedir[14].

CEPEJ "Yapay Zekânın Yargı Sisteminde Kullanılmasına Dair Etik Şartı"nda yapay zekâ, amacı insanın bilişsel yeteneklerini bir makine aracılığıyla

10 Avrupa Parlamentosu. (2023). *EU AI Act: first regulation on artificial intelligence*, https://www.europarl.europa.eu/news/en/headlines/society/20230601STO93804/eu-ai-act-first-regulation-on-artificial-intelligence (Erişim Tarihi: 19/12/2023)

11 European Commission. (2021). *Regulation of the European Parliament and of the Council: Laying Down Harmonised Rules on Artificial Intelligence (Artificial Intelligence Act) and Amending Certain Union Legislative Acts*, 2021/0106 (COD), Art 3.

12 a.g.e. Art 3.

13 T.C. Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı ve Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı Dijital Dönüşüm Ofisi. (2021). *Ulusal Yapay Zekâ Stratejisi: 2021-2025*, https://cbddo.gov.tr/SharedFolderServer/Genel/File/TR-UlusalYZStratejisi2021-2025.pdf (Erişim Tarihi: 8/10/2023) (2021/18 sayılı Cumhurbaşkanlığı Genelgesi ile 21.8.2021 tarih ve 31574 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.)

14 OECD Yapay Zekâ Konsey Tavsiyeleri, Kabul Tarihi 22/5/2019, Sayı 0449, https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0449 (Erişim Tarihi: 7/10/2023)

yeniden üretmek olan bir dizi bilimsel yöntem, teori ve teknik şeklinde tanımlanmıştır. Söz konusu belgeye göre, mevcut gelişmeler, daha önce insanlar tarafından gerçekleştirilen karmaşık görevleri makinelerin gerçekleştirmesini amaçlamaktadır[15].

B) YAPAY ZEKÂNIN REGÜLASYONU İHTİYACI

Günümüzde yapay zekâ, savunma sanayinde, askerî uygulamalarda yer almaktadır. Yapay zekâ uygulamaları, bankacılık, reklamcılık, vergilendirme, ticaret alanından tıbbi uygulamalara kadar daha pek çok alanda kullanılmaktadır. Çeşitli kaynaklardan veri toplamak ve işlemek suretiyle veri yönetimi, tahmine dayalı modelleme, sosyal ağ analizi yapılmaktadır. Örneğin vergilendirme alanında, tapu kayıtları, banka hesapları, araç ruhsatları, sigorta poliçeleri gibi çok çeşitli kaynaklardan gelen verilerin diğer veri tabanları ile bağlanmasını sağlayan bir sosyal ağ veri madenciliği ve analiz yazılım sistemi ile mükelleflerin toplam gelirini ve vergi kaçakçılığı ihtimalinin en yüksek olduğu meslek ve faaliyetleri tespit etmeyi mümkün kılmıştır[16].

Yapay zekâ uygulamalarının özel yaşamın gizliliği, ifade özgürlüğü ve ayrımcılık yasağının ihlal edilmesi ile işsizliğin artması gibi daha pek çok hususta olumsuz etkilerinin olabileceği öngörülmektedir. Dolayısıyla günümüzde hızla ilerleyen yapay zekâ alanındaki gelişmeler insan haklarına etkilerde bulunmakta çeşitli riskler ve insan haklarının korunması bakımından daha önce öngörülemeyen problemler ortaya çıkarmaktadır. Mevcut hukuk kuralları, yaşanan teknolojik gelişmelerin gerisinde kalmakta, bu alandaki gelişmelere, yaşanmakta ve yaşanacak olan sorunlara yetersiz kalmaktadır. Bu durum yapay zekâ sistemlerinin uygulandığı alanlarla ilgili olarak insan haklarının korunması bakımından hukuki düzenlemeler yapılması ihtiyacını ortaya çıkarmıştır[17].

İnsan hakları, demokrasi ve hukukun üstünlüğü üzerindeki etkisi dikkate alındığında yapay zekânın tasarım ve dizaynı aşamasından itibaren geliştirilmesi, uygulanması ve kullanılması süreçlerinde yer alan tüm üretici ve kullanıcıların belirli sınırlar içinde hareket etmelerini sağlamak ve yapay zekânın kullanımından doğabilecek risk ve zararları kontrol etmek amacıyla hukuki düzenlemeler yapılması zorunludur.

Yukarıda belirtildiği üzere literatürde "Yapay Zekâ" kavramının üzerinde

15 European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ). (2018). *European ethical Charter on the use of artificial intelligence in judicial systems and their environment*, s. 69, https://rm.coe.int/ethical-charter-en-for-publication-4-december-2018/16808f699c (Erişim Tarihi: 11/9/2023).

16 İlgün, M. F. (2020). "Vergi Denetim Sürecinde Büyük Veri Analitiği", *Siyaset, Ekonomi ve Yönetim Araştırmaları Dergisi*, C. 8., S. 1., s. 1-24; Karataş Durmuş, N. (2023). "Vergi İdaresi 3.0. Yapay Zekâ Perspektifinden Bir İnceleme", *Maliye Dergisi*, S. 184, ss. 225-253.

17 OECD Yapay Zekâ Konsey Tavsiyeleri.

uzlaşılmış net bir tanımı yoktur[18]. Yapay zekâ terimi sıklıkla farklı anlamlarda kullanılmakta, bu nedenle belirsizliğe ve kavram kargaşasına sebebiyet vermektedir. Yapay zekânın artık sosyal hayata bu kadar girmiş olması ve temel hakları etkileyen düzeylerde kullanılması hukuk alanında yapay zekâ ile ilgili düzenlemelerin yapılmasını, çerçeve sınırlamaların getirilmesini kaçınılmaz kılmaktadır. Hukuki düzenleme ihtiyacının karşılanabilmesi için de öncelikle "yapay zekâ" kavramının açık, net, öngörülebilir ve belirli şekilde tanımlanabilmesi hayati önem taşımaktadır.

Yapay zekânın hukuken düzenlenmesine ilişkin olarak hangi düzeyde düzenleme yapılacağının belirlenmesi gerekir. Etik kurallar veya rehber ilkeler gibi "soft law" olarak adlandırılan bağlayıcı olmayan hukuk kurallarıyla mı yoksa ulusal ya da uluslararası hukuktaki katı ve bağlayıcı hukuk kurallarıyla mı düzenlenmelidir[19]?

"Soft law", genellikle rehber ilkeler, etik kurallar, standartlar, açıklamalar veya öneriler içeren, daha esnek ve bağlayıcılığı olmayan normatif metinleri ifade eder. Sektörel düzenlemeler, davranış kuralları, kılavuzlar veya öz düzenleme (self-regulation) biçiminde ortaya çıkar ve katı yasal yükümlülükleri içermemektedir[20]. Bu yöntemlerin seçimi, belirli bir ülkenin veya bölgenin hukuki yapısına, kültürel özelliklerine ve yapay zekâ kullanımının olduğu sektörlere bağlı olarak değişebilir. Ayrıca, bu yöntemlerin uygulanabilirliği ve etkinliği, yapay zekâ teknolojisinin gelişimine ve toplumsal beklentilere göre zaman içinde evrilebilir. Yapay zekâ hızla gelişen dinamik bir alandır. Geleneksel hukuk düzenlemeleri bu gelişmelere yetişmekte zorlanabilir. Bu nedenle "soft law" olarak adlandırılan bağlayıcı olmayan hukuk kuralları, daha hızlı ve esnek bir şekilde adapte olma olanağı sunduğundan yapay zekânın regülasyonunda öne çıkmaktadır. Üstelik yapay zekâ, ülke sınırlarını aşan küresel etkiye sahip olduğu için küresel düzeyde klasik anlamda kanunlarla standartların belirlenmesi ve uygulanması zor olabilir. Bağlayıcı olmayan hukuk kuralları, çeşitli ülkeler ve sektörler arasında iş birliği sağlamak ve esnekliği artırmak için daha uygundur. Ayrıca etik ilkeler daha çok yapay zekâ uygulamalarını geliştiren kurum ve kuruluşlara hitap etmekte olup bu kurumların kendilerini bağladıkları kurallar belirlemesi ve bunları kamuoyuyla paylaşması olumlu bir durumdur[21].

18 Aksu, M. (2022). *Yapay Zekâ ve Hukuk,* İstanbul: On İki Levha Yayınları, s. 28.

19 Yılmaz, O. G. (2021). "Yargı Uygulamasında Yapay Zekâ Kullanımı- Yapay Zekâ Hâkim Cübbesini Giyebilecek Mi?", *Adalet Dergisi*, C. 66., S. 1., s. 388.

20 Self-regulation" terimi, hukuk alanında bir öz düzenleme veya kendi kendini düzenleme anlamına gelir. Bu terim, bir sektör, meslek veya endüstrinin kendi içinde belirlediği kurallar ve standartlar çerçevesinde düzenlenmesini ifade eder. Bu düzenleme genellikle resmi yasal zorunluluklardan bağımsız olarak, sektörün veya mesleğin içindeki paydaşlar tarafından oluşturulan ve uygulanan bir kurumsal düzenleme biçimidir.

21 Özçelik, B. (2021). "Yapay Zekanın Veri Koruma, Sorumluluk Ve Fikri Mülkiyet Açısından

Bununla birlikte bu kuralların hukuki bağlayıcılığı ve yaptırımı olmadığından tek başına yeterli gelmesi mümkün değildir. Yapay zekânın kullanımından kaynaklanan bir zarar meydana gelmesi durumunda kimin hukuki sorumluluğuna gidileceği konusunda ve ayrıca hukuki öngörülebilirlik ve belirlilik ilkeleri bakımından bağlayıcı yasal düzenlemeler gereklidir[22]. Dolayısıyla hem bağlayıcı hukuk normlarının hem de rehber ilkeler, etik kurallar, standartlar, açıklamalar veya öneriler içeren, daha esnek ve bağlayıcılığı olmayan kuralların bir arada olması gerektiği düşüncesindeyiz.

Genel olarak yapay zekâ tasarım, üretim ve kullanımına ilişkin olarak genel kurallar/rehber ilkelerin düzenlenmesinin yanı sıra yapay zekânın kullanıldığı spesifik alanlara ilişkin hukuki düzenlemeler de olmalıdır. Yapay zekâ kullanımına ilişkin mevcut bazı mevzuat hükümleri ve anayasal ilkeler yapay zekâ sistemleri için de kullanılabilir. Anayasa'da yer alan temel insan hakları, medeni hakların kullanımına ilişkin düzenlemeler ve ceza kanunlarında yer alan hükümler ile kişisel verilerin korunmasına ilişkin pozitif hukuk kuralları yol gösterici olabilir. Ancak yapay zekâ kullanımına özgü sorunların dikkate alınarak yeni düzenlemeler getirilmesi özellikle çok hızlı gelişen ve mevcut hukuk sisteminin ve tanımların yetersiz kaldığı durumda önemli bir ihtiyaçtır[23]. Ayrıca, spesifik alan ihtiyaçlarına göre de düzenlemeler yapılmalıdır. Örneğin yapay zekânın savunma, tıp, hukuk alanında kullanımı gibi durumlara özgü özel düzenlemeler getirilebilmesi mümkündür. Aynı şekilde kamu hukuku, ceza hukuku ve özel hukuk ayrımına göre farklı kullanımlar için farklı düzenlemelere ihtiyaç duyulacaktır. Bununla birlikte aşırı kazuistik yaklaşımın olumsuz etkileri ve her konuda ayrı düzenlemenin mümkün olmayacağı ve düzenlense bile hızlı gelişen ve değişen yapay zekâ için yetersiz kalacağı dikkate alınarak yapay zekâ kullanımında temel ilkelerin belirleneceği çerçeve bir düzenlemenin kabulü faydalı olacaktır.

Yapay zekâ alanındaki düzenlemelerin yalnızca tazmin sorumluluğunu düzenlemesi yahut sonradan denetim olması da yeterli değildir. Yapay zekâ sistemlerinin tasarım, geliştirme, üretim ve dağıtım aşamalarında kuralların önceden belirlenmesi de gereklidir. Bu şekilde ex-ante düzenlemeler potansiyel riskleri en aza indirmeyi, güvenliği artırmayı ve etik standartları sağlamayı amaçlamaktadır[24].

Ortaya Çıkardığı Hukuki Gereksinimler", *Adalet Dergisi*, S. 66., ss. 87-116.

22 Council of Europe, (2019). "A study of the implications of advanced digital technologies (including AI systems) for the concept of responsibility within a human rights framework", s. 50 vd., https://rm.coe.int/a-study-of-the-implications-of-advanced-digital-technologiesincluding/168096bdab (Erişim Tarihi 26/12/2023)

23 Güçlütürk, O. G. ve Kadıoğlu, Y. M. (2021). *"Yapay Zekâ ve Regülasyon", Gelişen Teknolojiler ve Hukuk II: Yapay Zekâ*, İstanbul: On İki Levha Yayınları, s. 75-118.

24 Möslein, F. (2021). "Yönetim Kurulu Toplantı Odasındaki Robotlar: Yapay Zekâ ve Şirketler Hukuku", Bora Çınar, S. (Çev.), *İstanbul Hukuk Mecmuası*, C. 79., S. 2., s. 714.

Gerek bağlayıcı olmayan hukuk kuralları gerekse klasik anlamda hukuk normları olsun yapay zekâ alanında düzenlemeler yapılırken "insan hakları temelli" yaklaşımın benimsenmesi gerektiğini savunuyoruz. İnsan hakları ve hukukun üstünlüğü ilkesi, şeffaflık, güvenilirlik ve hesap verilebilirlik ilkeleri dikkate alınarak genel çerçevenin düzenlenerek temel ilkelerin belirlenmesi gerekmektedir. Yapay zekânın kullanımı kişisel verilerin ve özel hayatın korunması, mahremiyet, etik ve güvenlik gibi konularda temel hak ve hürriyetlere dokunan riskler ve hak ihlalleri ihtimalleri barındırmaktadır. Anılan risklerin ve ihlallerin önüne geçilebilmesi için devletler tarafından gerekli önlemlerin alınması ve yapay zekâ uygulamaları ile ilgili hukuki düzenlemelerin yapılması gerekir. Tasarımcıların ise algoritmaları kontrollü bir biçimde oluşturması ve en önemlisi insan haklarını merkeze alan yapay zekâ sistemlerini tercih etmesi gereklidir. Düzenlemeler tartışılırken bilgisayar mühendisleri, yazılımcılar, hukukçular, alana göre değişecek uzmanların sürece dâhil edilmesi gerekecektir. Hukuk bakış açısı olmadan yapılacak programlar ve düzenlemelerde temel insan haklarının etkilenebileceği ve telafisi zor mağduriyetler doğabileceği dikkate alınarak regülasyon aşamasının yanı sıra yapay zekâ programlarının tasarım ve üretim aşamalarında da alanında uzman hukukçuların kontrolü şartının getirilmesi önerilebilir[25].

II. YAPAY ZEKÂ KULLANIMINA DAİR ETİK ÇERÇEVEYİ BELİRLEYEN ULUSLARARASI HUKUK BELGELERİ

Dünyada yapay zekâ kullanımını etik ilkelere bağlama ihtiyacı çerçevesinde hukuki metinler, düzenlemelere dair hukuki çalışmalar yapılmaktadır. Makalemizde OECD, Avrupa Konseyi ve Avrupa Birliği tarafından bu alanda kabul edilen önemli hukuki metinler işlenecektir.

A) OECD YAPAY ZEKÂ ETİK İLKELERİ

OECD, yapay zekânın güvenilir olmasının temel gereklilik olduğunu belirtmiştir. Bu nedenle OECD etik kuralları güvenilir yapay zekâ geliştirmeyi amaçlamaktadır. OECD tarafından yapay zekâ sistemi, insan odaklı hedef kümesi için tahminlerde bulunabilen, önerilerde bulunan veya gerçek veya sanal ortamları etkileyen kararlar verebilen makine tabanlı sistem olarak tanımlanmıştır. Yapay zekâ sistemleri, değişen derecelerde otonomi ile çalışacak şekilde tasarlanmıştır. Bilgisayar sistemlerinin öğrenme ve problem çözme gibi normalde insan zekâsı gerektiren görevleri yerine getirme yeteneği ile ilişkilendirilmektedir[26]. AB etik düzenlemeleriyle karşılaştırıldığında OECD çok daha kısa ve öz bir belge geliştirmiştir. OECD güvenilir yapay zekâ için beş etik ilke belirlemiştir.

25 Karacan, P. ve Irgız, D. (2023). "Yapay Zekâ Kullanımı İçin Hukuksal Çerçeve İhtiyacı", https://blog.lexpera.com.tr/yapay-zekâ-kullanimi-icin-hukuksal-cerceve-ihtiyaci/ (Erişim Tarihi: 23/10/2023)

26 OECD Yapay Zekâ Konsey Tavsiyeleri.

1) Yapay zekâ kapsayıcı büyümeyi, sürdürülebilir kalkınmayı ve refahı desteklemeli, yani insanlar ve gezegen için faydalı sonuçların peşinde olmalıdır. Bu sonuçlar arasında insan yeteneklerinin artırılması, yeterince temsil edilmeyen nüfusların katılımının artırılması, ekonomik, sosyal, cinsiyet farklılıklarının ve diğer eşitsizliklerin azaltılması ve çevrenin korunması yer almaktadır.

2) Yapay zekâ insan merkezli değerleri ve adaleti desteklemelidir; yapay zekâ aktörleri, tüm süreç boyunca hukukun üstünlüğüne, insan haklarına ve demokratik değerlere saygı göstermelidir. Özgürlük, onur ve özerklik, mahremiyet ve kişisel verilerin korunması, ayrımcılık yapmama ve eşitlik, çeşitlilik, adalet, sosyal adalet ve işçi haklarının korunması sağlanmalıdır.

3) Yapay zekâ şeffaf ve açıklanabilir olmalıdır. İnsanların yapay zekâ sistemleriyle olan etkileşimleri konusunda bilinçlendirilmesini, sonuçları anlamalarını, yapay zekâ sisteminden olumsuz etkilenenlerin, karara temel oluşturan faktörlere ilişkin bilgilere dayanarak sistemin karar sonucuna itiraz etmelerini sağlamak gereklidir.

4) Yapay zekâ teknik açıdan sağlam, güvenli ve emniyetli olmalıdır. Gizlilik, dijital güvenlik ve yapay zekâ sistemleriyle ilgili riskleri ele almak için her aşamada sürekli olarak sistematik bir risk yönetimi yaklaşımı uygulanmalıdır.

5) Hesap verebilirlik. Yapay zekâ sistemlerini geliştiren, dağıtan veya işleten kuruluşlar ve bireyler, OECD'nin yapay zekâya yönelik değer temelli ilkeleri doğrultusunda düzgün işleyişinden sorumlu tutulmalıdır[27].

OECD rehberi oldukça kısadır, genel ve soyut ifadeler içermektedir. Her prensip yönünden detaylı ve uygulamaya yol gösterecek nitelikte açıklamalar içermemektedir.

B) AVRUPA KONSEYİ YAPAY ZEKÂ ETİK İLKELERİ

Avrupa Konseyi tarafından yapay zekâ kullanımının hukuki düzenleme çalışmalarını yürütmek üzere bir komite kurulmuştur. Yapay Zekâ Özel Komitesi (Ad Hoc Committee on Artificial Intelligence- CAHAI), Avrupa Konseyi üyeleri tarafından belirlenen temsilcilerden oluşmaktadır. Komitenin çalışmaları hâlen devam etmektedir ve henüz bir düzenleme metni ortaya konulmamakla birlikte hukuki düzenlemenin çerçevesi ve temel ilkeleri konusunda tavsiyeleri bulunmaktadır. Komite, AB Tüzüğü'nde olduğu gibi kural olarak risk odaklı bir yaklaşımın benimsenmesini, risk türlerine göre kategoriler oluşturularak gereken durumlarda yasaklamaları içerebilecek ihtiyatlı yaklaşımın dikkate alınmasını tavsiye etmektedir. Benzer şekilde,

27 a.g.e.

insan hakları, demokrasi ve hukukun üstünlüğü bakımından kabuledilemez riskler taşıyan yapay zekâ uygulamalarının yasaklanması önerilmiştir. Bu şekilde yasaklanması gereken durumlara örnek olarak kamuya açık alanlarda "gerçek zamanlı" uzaktan biyometrik tanıma sistemlerinin kullanılması gösterilmiştir[28].

Komite tarafından yapay zekâ sistemlerinin insan haklarının korunmasıyla uyumlu olması gerektiği vurgulanmıştır. Bu kapsamda insan onuru, insan hakları, demokrasi ve hukukun üstünlüğüne yönelik zararların engellenmesi, ifade özgürlüğü, ayrımcılık yasağı, cinsiyet eşitliği, adil yargılanma, yapay zekâ sistemlerinin şeffaflığı ve açıklanabilirliği, kişisel verilerin korunması ve mahremiyet hakkı, hesap verilebilirlik ve hukuki sorumluluk ilkelerine dikkat çekilmiştir.

C) CEPEJ YAPAY ZEKÂNIN YARGI SİSTEMİNDE KULLANILMASINA DAİR AVRUPA ETİK ŞARTI

Avrupa Konseyi Avrupa Adalet Verimliliği Komisyonu (CEPEJ), Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin kararı ile 2002 yılında oluşturulmuştur. CEPEJ'in amacı üye devletlerde yargının etkinliğini ve işleyişini iyileştirmek ve Avrupa Konseyi tarafından bu amaçla hazırlanmış olan sistemlerin uygulamasını geliştirmektir.

CEPEJ, Avrupa'da hukuk devleti ve demokrasinin geliştirilmesi üzerine odaklanmıştır. Avrupa Konseyi'ne üye devletlere, bütün yargı süjelerini dikkate alarak yargının yapılanması konusunda uygulamaya yönelik öneriler sunmak ve makul süre içerisinde adil yargılamayı sağlamaya yönelik etkili yollar bulmak amacıyla kurulmuştur.

CEPEJ, yargı sistemlerinde yapay zekânın kullanımına ilişkin etik ilkeleri belirleyen ilk Avrupa metnini kabul etmiştir. CEPEJ tarafından 3-4 Aralık 2018 tarihli "Yapay Zekânın Yargı Sisteminde Kullanılmasına Dair Avrupa Etik Şartı" kabul edilmiştir[29]. CEPEJ Etik Şartı ile yasa koyucu ve uygulayıcılarına ulusal yargı süreçlerinde rehberlik edebilecek çerçeve ilkeler sunulmaktadır.

CEPEJ Etik Şartı'nda yargıda yapay zekâ kullanılan alanlar ayrı başlıklar altında gösterilmiştir. Buna göre yargıda yapay zekâ araçlarının kullanılabildiği alanlar, gelişmiş içtihat arama motorları, çevrim içi anlaşmazlık çözümü, senetlerin hazırlanmasında yardım, analiz (tahmin edici, ölçekler), sözleşmelerin farklı kriterlere göre sınıflandırılması ve tespiti, dava taraflarını bilgilen-

28 Ad Hoc Committee on Artificial Intelligence (CAHAI). (2020). *Feasibility Study, CAHAI(2020)23*, para. 42.

29 European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ). (2018). *European ethical Charter on the use of artificial intelligence in judicial systems and their environment*, https://rm.coe.int/ethical-charter-en-for-publication-4-december-2018/16808f699c (Erişim Tarihi: 11/9/2023)

dirmek veya onları hukuki işlemlerde desteklemek için "chatbotlar" olarak belirtilmiştir[30].

CEPEJ Etik Şartı yapay zekâ yazılımlarının en az risk ile en üst fayda elde edecek şekilde kullanımını amaçlamakta, bu yazılımların hangi kurallar çerçevesinde ve nasıl kullanılması gerektiğine yönelik rehber olma özelliği taşımaktadır. CEPEJ Etik Şartı'na göre, yargıda yapay zekânın kullanımı için yargı kararlarının ve verilerinin algoritmalarla işlenmesinde ve bu kararların kullanımında uyum sağlanması gereken beş temel prensip bulunmaktadır. Bu prensipler;

(1) İnsan haklarına saygı,

(2) Ayrımcılık yasağı,

(3) Kalite ve güvenlik,

(4) Şeffaflık, tarafsızlık ve adil olma,

(5) Kullanıcı kontrolü altında olma ilkeleridir[31].

Birinci ilke yapay zekâ uygulamalarının insan haklarına uygun olması zorunluluğunu ifade etmektedir. Yapay zekânın adalet alanında uygulanmasının, verimliliğin ve niteliğin artırılmasına katkı sunabileceği belirtilmekle birlikte yapay zekânın özellikle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) ve Avrupa Konseyi'nin Kişisel Verilerin Korunması Sözleşmesi'nde güvence altına alınan temel haklara uygun ve sorumlu bir şekilde uygulanması gerektiği vurgulanmıştır. Mahkemelerin karar alma süreçlerinde hukukun üstünlüğü, yargı bağımsızlığı ve adil yargılanma hakkının güvencelerine riayet edilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla yapay zekâ araçlarının daha tasarım aşamasından itibaren bu ilkelerle uyumlu olması için önlemler alınmalıdır.

İkinci ilke olan ayrımcılık yasağının amacı yapay zekâ araçlarının kullanımı dolayısıyla bireyler veya toplumun belirli grupları arasında ayrımcılığın önlenmesidir. Verilerin gruplandırılması veya sınıflandırılmasında ayrımcılık meydana gelebileceği dikkate alınarak kamu ve özel sektör paydaşlarının ayrımcılığı engellemesi gerektiği vurgulanmıştır. Irk, etnik köken, sosyoekonomik geçmiş, siyasi görüşler, dinî veya felsefi inançlar, sendika üyeliği, genetik bilgiler, biyometrik bilgiler, sağlığa ilişkin bilgiler, cinsel hayata veya cinsel yönelime ilişkin hassas verilere dikkat edilmesi gerektiği belirtilmiştir. Ayrımcılığın teşhis edilmesi hâlinde ayrımcılığı ortadan kaldırmaya yönelik düzeltici önlemler alınması gerektiği düzenlenmiştir. Ayrıca makine öğrenmesi kullanımında ayrımcılıkla mücadele konusunda disiplinler arası bilimsel analizlerin teşvik edilmesi gerektiği düzenlenmiştir[32].

30 a.g.e. s. 5-13.
31 a.g.e. s. 5-13.
32 a.g.e. s. 9.

Üçüncü ilke olan kalite ve güvenlik prensibi, yargısal kararların ve verilerin işlenmesiyle ilgili olarak sertifikalı kaynakların ve güvenli teknolojik ortamların kullanılmasına vurgu yapmaktadır. Makine öğrenimi modellerinin tasarımcıları, ilgili adalet sistemi profesyonellerinin (hâkimler, savcılar, avukatlar vb.) uzmanlığından ve sosyal bilimler alanında örneğin ekonomistler, sosyologlar ve filozofların çalışmalarından geniş ölçüde yararlanabilmelidir. Ayrıca, makine öğrenimi algoritması uygulayan bir yazılıma girilen yargı kararlarına dayalı veriler onaylı kaynaklardan gelmeli ve öğrenme mekanizması tarafından gerçekten kullanılana kadar değiştirilmemelidir. Kararın içeriğini veya anlamını değiştirecek herhangi bir değişiklik yapılmadığından emin olmak için tüm sürecin izlenebilir olması ve üretilen model ve algoritmaların güvenli bir çevrede saklanması gerektiği belirtilmiştir.

Dördüncü ilke olan şeffaflık, tarafsızlık ve adil olma ilkesi, veri işleme yöntemlerinin erişilebilir ve anlaşılır olması, dış denetimlere izin verilmesi ile ilgilidir. İster yasal tavsiye sağlanmasına yardımcı olmak, ister taslak hazırlamaya veya karar verme sürecine yardımcı olmak veya kullanıcıya tavsiyelerde bulunmak amacıyla tasarlanmış olsun, veri işlemenin şeffaflık, tarafsızlık ve hakkaniyetle gerçekleştirilmesi gerekir. Bu yönlerden harici ve bağımsız bir uzman değerlendirmesi esastır. Şeffaflık, yapay zekâ sisteminin nasıl çalıştığı, hangi verileri kullandığı ve hangi algoritmalara dayandığı konusunda kullanıcıların bilgilendirilmesini de içermektedir. Bu sayede kullanıcıların daha bilinçli kararlar alması ve olası risklere karşı farkındalık geliştirmeleri sağlanacaktır. Yargı kararlarının işlenmesinde kullanılan yöntem ve tekniklerin şeffaflığı ilkesi büyük önem taşımaktadır. Veri işleme tekniklerinin erişilebilirliği ve anlaşılmasının yanı sıra yetkililerin veya bağımsız uzmanların dış denetimler yürütmesi gereklidir. Düzenli olarak yenilenecek bir sertifikasyon sistemi de teşvik edilmektedir.

Beşinci ilke kullanıcı kontrolü altında olma ise, kullanıcıların otonomluğunu güvence altına almaktadır. Adalet sistemindeki profesyoneller her aşamada yapay zekâ aracının kullandığı verileri inceleyebilir, denetleyebilir ve yargısal süreçlerde kullanılan aracın önerileriyle bağlı hissetmeden somut olayın özellikleri ışığında hareket edebilir. Bir davanın yargı süreci öncesinde veya sırasında yapay zekâ tarafından veri işlenmesi söz konusu olduğunda, yapay zekâ araçlarının sunduğu çözümlerin bağlayıcı olup olmadığı, farklı seçeneklerin neler olduğu, hukuki tavsiye alma ve mahkemeye erişim hakkına sahip olduğu konularında kullanıcıya açık ve anlaşılır bir dille bilgi verilmeli ve AİHS'nin 6. maddesi anlamında davasının doğrudan bir mahkeme tarafından görülebilmesi için itiraz etme hakkına sahip olduğu açıklanmalıdır[33].

Bu ilkeler arasında insan haklarına saygı ve ayrımcılık yapmama temel

33 a.g.e. s. 12.

öneme sahiptir. Amaç, tasarım aşamasından pratik uygulamaya kadar, çözümlerin AİHS tarafından güvence altına alınan temel haklara saygıyı garanti etmesini sağlamaktır. Ayrımcılık yapmama ilkesi, veri setlerinin belirlenmesi, programlama, tasarım ve kullanım gibi sürecin tüm aşamalarında dikkate alınmalıdır.

D) AVRUPA BİRLİĞİ GÜVENİLİR YAPAY ZEKÂ İÇİN ETİK İLKELER REHBERİ

Yapay zekâ araçlarının kullanımıyla ilgili etik ilkeleri belirleyen bir diğer önemli belge ise Avrupa Birliği'nin 2019 yılında çıkardığı "Güvenilir Yapay Zekâ İçin Etik İlkeler Rehberi"dir (AB Etik İlkeler Rehberi)[34].

Bu rehbere göre yapay zekâ sistemi için üç temel gereklilik vardır: 1. Yasallık ilkesi, 2. Etik ilkelere uygunluk, 3.Teknik ve sosyal açıdan sağlamlık ilkesi.

İlk ilke olan yasallık ilkesine göre yapay zekâ uygulamaları yürürlükte bulunan tüm ilgili mevzuata uyumlu olarak geliştirilip kullanılmalıdır. Bu ilke kapsamında demokrasi, hukukun üstünlüğü ilkelerine, kişisel verilerin korunması ile ilgili mevzuatın yanı sıra AİHS ve AB Temel Haklar Şartı'na özellikle vurgu yapılmıştır.

Etik ilkelere uygunluk prensibi ise yapay zekânın etik ilke ve değerlere bağlı olarak geliştirilip kullanılması hususunu içermektedir. Bu kısımda dört temel etik prensibi vurgulanmıştır. Bu ilkeler, (i) insan özerkliğine saygı, (ii) zararın önlenmesi, (iii) adalet (iv) şeffaflık-açıklık ilkeleridir. Yapay zekâ sistemlerinin tasarımı, geliştirilmesi ve kullanımı sırasında insan özerkliğine saygı, zararın önlenmesi, adalet ve şeffaflık ilkelerine uyulması gereklidir.

İnsan özerkliğine saygı, yapay zekâ sistemleriyle etkileşime giren insanların kendi kararlarını tam ve etkili bir şekilde alabilmeleri ve demokratik sürece katılabilmelerinin sağlanmasını gerektirir. Yapay zekâ sistemleri insanları haksız yere zorlamak, aldatmak, manipüle etmek, şartlandırmak veya bağımlı kılmak için kullanılamaz. Bunun yerine insanın bilişsel, sosyal ve kültürel becerilerini geliştirmek, tamamlamak ve güçlendirmek için tasarlanmalıdır. İnsanlar ve yapay zekâ sistemleri arasında insan odaklı tasarım ilkeleri takip edilmeli ve programlar kişilerin bilinçli seçimler yapabilmesine olanak tanıyacak şekilde geliştirilmelidir. Bunun sağlanması için yapay zekâ sistemlerindeki işleyiş süreçleri üzerinde insan gözetiminin güvence altına alınması gereklidir[35].

Zarar vermeme yahut zararın önlenmesi ilkesi, insanların zihinsel ve fiziksel bütünlüğünün ve insan onurunun korunmasını ifade etmektedir. Ya-

34 European Commission, Directorate-General for Communications Networks, Content and Technology. (2019). *Ethic Guidelines for Trustworthy AI*, Publications Office.

35 a.g.e. s. 14.

pay zekâ sistemlerinin çalışmaları güvenli ve emniyetli olmalı, teknik olarak da sağlam olmalıdır. Kötü niyetli kullanıma sebebiyet verilmediğinden emin olunmalıdır. Çocuklar, engelli kişiler gibi sosyal hayatta daha dezavantajlı ve hassas durumda olan gruplar veya dışlanma riski altında olan diğer kişilerin hukuki menfaatlerine özellikle dikkat edilmesi gerekmektedir. İşverenler ve işçiler arasında yahut ticari işletmeler ile tüketiciler arasında olduğu gibi güç dengesizliğinin olabileceği durumlara daha hassas yaklaşılması vurgulanmaktadır[36]. Ayrıca çevreye etkiler bakımından da zarar verilmemesi ilkesi gözetilmelidir.

Adalet ilkesi ise yapay zekâ sistemlerinin tasarımdan itibaren geliştirilmesi ve kullanımının adil olmasına işaret etmektedir. Adalet kavramının soyut ve yoruma açık olduğu kabul edilmekle birlikte hem maddi hem de usuli boyutu olduğu belirtilmekte, maddi boyut bakımından, fayda ve maliyetlerin eşit ve adil dağılımının sağlanması, bireylerin ve grupların haksız ön yargılardan, ayrımcılıktan ve damgalamadan uzak kalmasının sağlanması amaçlanmaktadır. Ek olarak yapay zekâ sistemlerinin üreticileri, hedef amaçlar ile kullanılan araçlar arasındaki orantılılık ilkesine saygı göstermeli ve çatışan çıkarlar ile hedeflerin nasıl dengeleneceğini dikkate almalıdır. Usul boyutu yönünden, yapay zekâ sistemleri üreticileri tarafından alınan kararlara karşı etkili dava ve tazmin yolları bulunmalıdır. Bunun için söz konusu kararlardan sorumlu olan kuruluşun kimliği belirlenebilir olmalı ve karar verme süreçleri açıklanabilir olmalıdır.

Şeffaflık ve açıklık, kullanıcıların yapay zekâ sistemlerine güven duymalarını sağlamak ve bu güveni sürdürmek için çok önemlidir. Yapay zekâ uygulamasının izlediği sürecin ve karar almasının şeffaflığını ifade etmektedir. Yapay zekâ sisteminin teknik süreçleri ve alınan kararlar şeffaf şekilde açıklanabilir olmalıdır. Bunun sağlanması izleme ve denetleme mekanizmalarının kurulmasıyla mümkündür. İnsanlar bir yapay zekâ sistemi ile etkileşime girdiklerinin farkında olmalı, sistemin yetenekleri ve sınırlamaları hakkında doğru şekilde ve zamanında bilgilendirilmelidir.

AB Etik İlkeler Rehberi'nin ikinci bölümünde, soyut olan söz konusu etik ilkelerin pratikte gerçekleştirebilmesi için özellikle yapay zekâ sistemlerini üreten aktörlere yönelik yedi ayrı gereklilik belirlenmiştir. Bu şartlar yedi ayrı başlıkta gösterilmekle birlikte sınırlı sayıda olmadığı da vurgulanmıştır. Buna göre, güvenilir yapay zekâ sistemlerinin pratikte geliştirilmesinde dikkate alınması önerilen gereklilikler şunlardır: a) insan kontrolü ve denetim, b) teknik dayanıklılık ve güvenlik, c) mahremiyet ve veri yönetimi, d) şeffaflık, e) çeşitlilik, ayrımcılık yasağı ve adalet, f) toplum ve çevrenin korunması, g) hesap verilebilirlik.

36 a.g.e.

İnsan kontrolü ve denetim ilkesine göre temel haklar üzerindeki olumsuz etkiler yapay zekânın geliştirilmesinden önce değerlendirilmeli ve olumsuz etkilerin azaltılması yahut ortadan kaldırılması için gerekli tedbirler alınmalıdır. Yapay zekâ sistemleri insanın özerkliğini azaltmamalı, bireylerin daha iyi ve daha bilinçli seçimler yapmalarına destek olmalıdır. Yapay zekâ sistemlerinin uygun araçlarla denetlenmesi için mekanizmalar oluşturulmalıdır. Belirli konularda yapay zekânın kullanımının önceden alınacak izne tabi tutulması, yapay zekâ aktivitesinin izlenmesi ve insanın takdir yetkisinin olması, gerekli hâllerde yapay zekâ kararlarını geçersiz kılma imkânının sağlanması gereklidir. Kamu makamları yapay zekâ üreticileri ve kullanıcıları üzerinde denetleme ve düzenleme yetkisine sahip olmalıdır.

Teknik sağlamlık ve güvenlik: Yapay zekâ araçları, güvenilir, emniyetli ve hackleme ve manipülasyon gibi saldırılara karşı dayanıklı olmalıdır; Bir sorun olması durumunda uygulamanın iptal edilmesi, geri alınmasına olanak tanınmalıdır. Yapay zekâ verileri ve çıktıları doğru olmalı ve kullanıcıları olası hatalara karşı bilgilendirmelidir. Yapay zekâ aynı koşullar altında aynı, yani "tekrarlanabilir" ve öngörülebilir sonuçlar yaratmalıdır[37].

Mahremiyet ve veri yönetimi ilkesi uyarınca, bireyler, yapay zekâ tarafından toplanan verileri üzerinde tam kontrole sahip olmalıdır. Kişisel verilerin yasa dışı şekilde toplanması, işlenmesi ve kullanılmasına izin verilemez. Ayrıca yapay zekâ sistemini besleyen verilerin ön yargı, ayrımcılık ve hatalara karşı kalitesi, bütünlüğü ve uygunluğu sağlanmalıdır.

Şeffaflık; verilerin, yapay zekâ sistemlerinin ve iş modellerinin şeffaflığı sağlanmalıdır. Bunun sağlanması, yapay zekâ sistemlerinin izlenebilirliği, diğer hususların yanı sıra, kararların ve temel süreçlerin (yapay zekâ sisteminin analiz, tasarım ve eğitiminde kullanılan veriler dâhil) belgelenmesi yoluyla sağlanabilir. Algoritmik karar verme süreçlerinin mümkün olduğu ölçüde açıklanabilir olması gereklidir. Özellikle yapay zekânın "insanların yaşamları üzerinde önemli bir etkiye sahip olması" durumunda söz konusu karar verme sürecinin açıklanması elzemdir. Bireylerin bir yapay zekâ sistemiyle etkileşimde oldukları durumlarda, sistemin yetenekleri, sınırlamaları ve nasıl tercihlerde bulunabilecekleri konusunda uygun şekilde bilgilendirilmesi gereklidir. Temel hakların korunması bakımından muhatap alınacak sorumlu makam/kişilerin belirli ve ulaşılabilir olması sağlanmalıdır.

Çeşitlilik, ayrımcılık yasağı ve adalet: yapay zekâ, insan odaklı olmalı, ürün ve hizmetlerin kullanılmasında herkese eşit muamele ve erişim sağlanmalıdır. Eşit muamele yoluyla eşit erişim sağlanmalıdır.

Toplumsal ve çevresel refah: Yapay zekâ sürdürülebilir olmasının yanı sıra ekolojik ve toplumsal olarak da dost olmalıdır. Yapay zekâ uygulamalarının

37 a.g.e.

kaynak kullanımı ve enerji tüketiminde daha az zararlı olan yöntemleri tercih etmek suretiyle tüm tedarik zincirinin çevre dostu olmasını sağlayan önlemler teşvik edilmelidir.

Hesap verebilirlik: Yapay zekâ uygulamaları, fikrî mülkiyetle ilgili veya diğer özel bilgilerin yayınlanmasına gerek kalmadan denetlenebilecek şekilde tasarlanmalıdır. Olumsuz etkiler rapor edilmeli, en aza indirilmeli ve yeterli telafi mekanizmaları sağlanmalıdır. Özellikle temel hakları etkileyen ve güvenlik açısından kritik uygulamalar söz konusu olduğunda bağımsız denetçiler tarafından denetleme sağlanmalıdır.

E) AB YAPAY ZEKÂ TÜZÜĞÜ

AB Komisyonu tarafından Nisan 2021'de AB Yapay Zekâ Tüzüğü Tasarısı yayımlanmış ve üye ülkelerin müzakere ve onay sürecine açılmıştır[38]. Avrupa Birliği Bakanlar Konseyi, Avrupa Komisyonu ve Avrupa Parlamentosu arasındaki üçlü müzakereler sonucunda 9 Aralık 2023'te AB Yapay Zekâ Tüzüğü Teklifinin son versiyonu üzerinde anlaşmaya varılmıştır. Söz konusu düzenlemenin Avrupa Parlamentosu ve üye ülkelerin onayının ardından 2026 yılından itibaren bütün AB genelinde yürürlüğe girmesi beklenmektedir[39].

Yapay zekâ sistemlerinin geliştirilmesi, piyasaya arzı ve kullanımı için uyumlaştırılmış kurallar ortaya koymakta, gelecekte de geçerliliğini sürdürecek, tek bir tanım önermektedir. Özellikle zararlı olan bazı yapay zekâ uygulamaları Birlik değerlerine aykırı oldukları için yasaklanırken, kolluk faaliyetleri amacıyla uzaktan biyometrik tanıma sistemlerinin belirli kullanımlarına yönelik belirli kısıtlamalar ve koruyucu önlemler önerilmektedir.

AB Temel Haklar Şartı ve veri koruma, tüketicinin korunması, ayrımcılık yapılmaması ve cinsiyet eşitliği ile ilgili düzenlemelerle uyum gerekliliğini vurgulamaktadır. Bu kapsamda, güvenilir yapay zekâ, insan onuru, özel hayata saygı ve kişisel verilerin korunması, ayrımcılık yasağı ve kadın erkek eşitliği, ifade, toplantı ve örgütlenme özgürlüğünün korunmasını, bu haklar üzerinde caydırıcı bir etkinin önlenmesini, etkili başvuru ve adil yargılanma hakkını, savunma haklarını ve masumiyet karinesini ve de iyi idare/iyi yönetişim ilkesinin korunmasını amaçlamalıdır. Ayrıca, işçilerin adil çalışma koşullarına ilişkin hakları, tüketicinin yüksek düzeyde korunması, çocuk hakları ve engelli kişilerin entegrasyonu gibi özel olarak korunması gerekli grupların hakları dikkate alınmalıdır. Çevrenin korunması, iyileştirilmesi, insanların sağlığı ve güvenliği ile ilgili olarak yüksek düzeyde duyarlı olun-

38 AB Yapay Zeka Tüzüğü (2021). https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2021/698792/EPRS_BRI(2021)698792_EN.pdf (Erişim tarihi 11/10/2023)

39 Avrupa Parlamentosu. (2023). *EU AI Act: first regulation on artificial intelligence*, https://www.europarl.europa.eu/news/en/headlines/society/20230601STO93804/eu-ai-act-first-regulation-on-artificial-intelligence (Erişim Tarihi: 19/12/2023)

malıdır. Eğitim ve öğretim, istihdam, kolluk ve yargı gibi kritik önemdeki alanlarda hatalı veya ön yargılı yapay zekâ destekli karar riskini en aza indirerek temel haklara riayet edilmesini sağlamak üzere önceden test etme, risk yönetimi ve denetleme yükümlülükleri önerilmiştir. Yapay zekâ sistemlerinin şeffaflığı, izlenebilirliği ve kontrolü sağlanmalıdır.

AB Yapay Zekâ Tüzüğü yapay zekâ uygulamalarını risk durumuna göre kategorilere ayırmaktadır. Tüzük, (i) kabul edilemez risk, (ii) yüksek risk ve (iii) düşük veya minimum risk oluşturan yapay zekâ kullanımları arasında ayrım yaparak riske dayalı bir yaklaşım izlemektedir. İnsan haklarını ihlal eden, Avrupa Birliği değerlerine aykırı olan yapay zekâ sistemleri kabul edilemez riskte görülerek tümüyle yasaklanmaktadır. Örneğin, insanların davranışlarını kendilerine veya başkalarına psikolojik veya fiziksel zarar verme ihtimali olan tarzda yönlendiren yahut bilinçaltı teknikleriyle manipüle etme veya çocuklar ya da engelli kişiler gibi özel kırılgan grupların kırılganlıklarını istismar etme yönünde ciddi potansiyeli olan uygulamalar yasaklanmıştır. Ayrıca, belirli sınırlı istisnalar geçerli olmadıkça, kolluk faaliyeti amacıyla kamuya açık alanlarda "gerçek zamanlı" uzaktan biyometrik tanıma sistemlerinin kullanılması da yasaklanmıştır.

Gerçek kişilerin sağlığı ve güvenliği veya temel hakları bakımından yüksek risk oluşturan yapay zekâ sistemleri, yüksek riskli kategoride ele alınmaktadır. Yüksek riskli kategorideki yapay zekâ uygulamaları yasaklanmamıştır ancak bu uygulamaların oldukça sıkı ve belirli kurallar çerçevesinde yürütülmesi öngörülmüştür. Yüksek riskli yapay zekâ sistemlerinin AB çapında bir veri tabanına kaydedilmesi suretiyle Komisyonun ve ulusal makamların denetimine tabi tutulması amaçlanmaktadır. Veri tabanı, Komisyon tarafından işletilecek ve yapay zekâ sistemlerinin piyasaya arz edilmeden veya başka bir şekilde kullanılma sunulmadan önce bu veri tabanına kayıt edilmesi zorunlu olacaktır.

Düşük veya minimum risk oluşturan yapay zekâ sistemleri yönünden ise şeffaflığı sağlamaya yönelik önlemler alınması öngörülmüştür. İnsanlarla etkileşime giren, duyguları tespit etmek veya biyometrik verilere dayalı olarak (sosyal) kategorilerle ilişkileri belirlemek için kullanılan veya içerik üreten yahut manipüle etme riski bulunan ("deep fake")[40] sistemler için şeffaflık ön-

40 Deepfake, mevcut bir görüntü veya videoda yer alan bir kişinin, yapay sinir ağları kullanarak bir başka kişinin görüntüsü ile değiştirildiği bir medya türüdür. Sıklıkla, otomatik kodlayıcılar ve makine öğrenme tekniklerini kullanarak mevcut medyanın kaynak medya üzerinde birleştirilmesi ve üst üste konması ile üretilirler. Deepfake, "deep learning" (derin öğrenme) ve "fake" (sahte) kelimelerden türetilmiş bir birleşik kelimedir.

Deepfake, ünlülerin sahte pornografik videolarında, intikam pornosunda, siyasi liderlerin konuşmalarında, sahte haberlerde, aldatmacalarda ve finansal sahtekarlıklarda kullanılmıştır. Mangaokar, N. and Prakash, A (2022). "Dispelling Misconceptions and Characterizing the Failings of Deepfake Detection" in IEEE Security & Privacy, vol. 20, no. 02, s. 61-67.

lemleri geçerli olacaktır. Kişiler bir yapay zekâ sistemiyle etkileşime girdiğinde, duyguları veya özellikleri otomatik araçlarla tanındığında, bu durumdan haberdar edilmelidirler. Gerçek içeriğe önemli ölçüde benzeyen görüntü, ses veya video içeriğini oluşturmak veya işlemek için bir yapay zekâ sistemi kullanılıyorsa, içeriğin meşru amaçlar (kolluk, ifade özgürlüğü vb.) yönünden istisnalara tabi olarak otomatik yollarla üretildiğini açıklama yükümlülüğü olmalıdır. Bu şekilde, kişilerin bilinçli seçimler yapmasına olanak tanınacaktır.

AB Komisyonu, yargıda kullanılacak yapay zekâ sistemlerinin bir adli makama gerçekleri ve hukuku araştırma ve yorumlamada, kanunu somut olaya uygulamada yardımcı olmayı amaçlaması gerektiğini belirtmiştir. Yargıcın yerine geçecek veya robot hâkimler olarak ifade edilen yapay zekâ sistemlerinin uygun görülmediği vurgulanmıştır. AB Komisyonu, mahkemelerin idaresine yönelik ön yargılar içeren ve şeffaflık ilkesi yönünden kusurlu olan yapay zekâ sistemlerinin adil yargılanma ve etkili başvuru hakkına verebilecekleri önemli zararlar nedeniyle "yüksek riskli" olarak sınıflandırmıştır. Bu kapsamda yargı ile ilgili olarak şu kategoriler yüksek riskli sayılmıştır:

1) Bir gerçek kişinin suç işlemesi veya yeniden suç işlemesi riskini yahut ceza gerektiren suçların potansiyel mağdurları riskini değerlendirmek amacıyla tasarlanan yapay zekâ sistemleri,

2) Gerçek kişilerin suç işleme konusunda bireysel risk değerlendirmelerini yapmak için kolluk kuvvetleri tarafından kullanılması amaçlanan yapay zekâ sistemleri;

3) Kolluk kuvvetleri tarafından yalan makinesi ve benzeri araçlar olarak kullanılması veya gerçek bir kişinin duygusal durumunu tespit etmeyi amaçlayan yapay zekâ sistemleri;

4) Cezai suçların soruşturulması veya kovuşturulması sırasında delillerin güvenilirliğinin değerlendirilmesi için kullanılması amaçlanan yapay zekâ sistemleri[41].

Yüksek riskli yapay zekâ sistemlerini AB pazarına sokmadan veya başka bir şekilde hizmete açmadan önce, sistemin bir uygunluk değerlendirmesine tabi tutulması gerekmektedir. Bu değerlendirme, sistemlerin güvenilir bir yapay zekâ için zorunlu koşullara (örneğin veri kalitesi, belgelendirme ve izlenebilirlik, şeffaflık, insan gözetimi, doğruluk, siber güvenlik ve dayanıklılık) uygun olduğunu göstermelerini amaçlamaktadır. Yüksek riskli yapay zekâ sistemleri yönünden ayrıca insan hakları etki analizi yapılması gereklidir[42]. Söz konusu değerlendirme, dağıtıcının yüksek riskli yapay zekâ sistemini kullanacağı süreçleri, sistemin kullanılmasının amaçlandığı süre ve sıklığı,

41 AB Yapay Zeka Tüzüğü (2021).
42 AB Yapay Zeka Tüzüğü (2021). s. 11-12.

sistemin belirlenen bağlamda kullanımından etkilenmesi muhtemel gerçek kişi ve kişi grubu kategorilerini, bu kategorileri etkilemesi muhtemel zarar risklerini ve uygulanacak insan gözetim önlemleri ile risklerin gerçekleşmesi durumunda alınacak önlemleri içermelidir.

F) ULUSAL YAPAY ZEKÂ STRATEJİSİ (2021-2025)

Türkiye 2021 yılında Ulusal Yapay Zekâ Stratejisi (2021-2025) belgesini yayımlamıştır. Bu belgede ülkemizin OECD ve AB'nin insan odaklı ilkelerinin paydaşı olup "güvenilir ve sorumlu yapay zekâ" değer ve ilkelerini benimsediği belirtilmiştir. Bunun yanı sıra Strateji Belgesi'nde yapay zekâ değerleri ve ilkeleri belirtilmiştir. Buna göre ülkemizin benimsediği yapay zekâ değerleri, insan hakları, demokrasi ve hukukun üstünlüğüne saygı, çevreyi ve biyolojik ekosistemi geliştirmek, çeşitliliğin ve kapsayıcılığın sağlanması, barışçıl, adil ve birbirine bağlı toplumlarda yaşamak şeklinde ifade edilmiştir. Bu değerler uyarınca ülkemizde geliştirilecek tüm yapay zekâ teknolojilerinin insan haklarını, demokratik değerleri ve hukukun üstünlüğünü önceliklendirerek toplumun her kesiminin faydalanabileceği şekilde ulusal etik değerlerle bütünlük içerisinde tasarlanmalıdır. Yapay zekâ sistemlerine dâhil olan tüm aktörlerin çevre ve ekosistemin korunması, restorasyonu ve sürdürülebilir kalkınması için tasarlanmış ilgili uluslararası ve ulusal mevzuatı, standartları ve uygulamaları takip etmelidir. Yapay zekâ teknolojilerinin üretilmesinin, geliştirilmesinin ve uygulanmasının herhangi bir şekilde ayrımcılığa yol açmaması; veri kümelerinin bu bakımdan denetlenebilmesi gereklidir. Toplumun tüm kesimlerinin yapay zekâ sistemlerinin kullanımı hakkında bilinçli kararlar alabilmesi ve yapay zekâ sistemlerinin istenmeyen etkilerinden korunabilmesi için etkin halk katılımı sağlanmalıdır. Yapay zekâ aktörleri, uyumlu ve barışçıl bir yaşam için birbirine bağlı bir gelecekten herkesin faydalanmasında kolaylaştırıcı rol oynamalıdır. Yapay zekâ sistemlerinin yaşam döngüleri boyunca tüm canlıların birbirleriyle ve doğal çevreyle ahenk içinde ve bağlantılı olmalarına katkıda bulunulmalıdır. Yapay zekâ sistemleri tarafları nesneleştirmemeli, ayrıştırmamalı ve tehlikeye atmamalıdır[43].

Yapay zekâ ilkeleri ise ölçülülük, emniyet ve güvenlik, tarafsızlık, mahremiyet, şeffaflık, sorumluluk ve hesap verebilirlik, veri egemenliği, çok paydaşlı yönetişim ilkeleridir. Ölçülülük ilkesi yapay zekâ sisteminin tasarımında yer alan meşru amaç ve hedeflerin dışına çıkmamasını ifade etmektedir. İnsan, çevre ya da biyolojik ekosisteme olası herhangi bir zarar durumuna karşı yeterli risk analizi yapılmalı ve zararın önlenmesi için gerekli önlemlerin alınması sağlanmalıdır. Kullanılacak yapay zekâ teknikleri, meşru amaçlara uygun ve yapay zekâ değerlerinin ihlaline müsaade etmeyecek şekilde

43 T.C. Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı ve Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı Dijital Dönüşüm Ofisi. (2021). s. 59.

belirlenmelidir. Emniyet ve güvenlik ilkesine göre, kullanıma sunulacak ya da tasarlanacak tüm yapay zekâ sistemleri, sağlam, istikrarlı ve güvenilir bir şekilde çalışmalı ve potansiyel riskler sürekli olarak değerlendirilerek yönetilmelidir. Yapay zekâ sistemlerinin güvenli ve emniyetli olması için bu sistemler, kaliteli verileri kullanarak yapay zekâ modellerinin daha iyi eğitilmesini sağlayabilecek, sürdürülebilir ve mahremiyeti koruyan veri erişim çerçeveleriyle desteklenmelidir.

Tarafsızlık ilkesi, yapay zekâ sistemlerinin hukukun üstünlüğüne, temel hak ve özgürlüklere bağlı kalarak tüm paydaşlara eşit ve adil hizmet sunacak şekilde tasarlanması gereğini ifade etmektedir. Yapay zekâ sistemlerinin tarafsız olması; yapay zekâ teknolojisinin faydalarının yerel, ulusal ve uluslararası düzeylerde paylaşılması sağlanırken farklı yaş gruplarının, farklı kültürel sistemlerin, farklı dil gruplarının, engelli kişilerin ve dezavantajlı, marjinal ve savunmasız toplum kesimlerinin özel ihtiyaçlarının da dikkate alınması anlamına gelmektedir. Algoritmalara dayanılarak alınan kararların, farklı demografik kesimler üzerinde ayrımcı veya haksız etkiler oluşturmadığından emin olunmalıdır. Karar verme süreçlerinde kasıtlı olmayan ayrımcılıkların ortaya çıkmasını engellemek için izleme ve hesap verme mekanizmaları geliştirilmeli ve bu mekanizmalar uygulama sürecine dâhil edilmelidir[44].

Veri egemenliği ilkesi yapay zekâ sistemlerinde verinin kullanımında uluslararası kurallara uyulması ve tarafların egemenlik haklarına saygı gösterilmesini ifade etmektedir. Egemenlik alanında üretilmiş ya da egemenlik alanları üzerinden geçen dijital verinin düzenlenmesinde; uluslararası yükümlülükler, ulusal mevzuat ve yapay zekâ değerleri doğrultusunda, güvenli veri dolaşımını etkinleştirecek tedbirler alınmalıdır. Kişiler ve kurumlar arası veri paylaşımı, alınan tedbirler ve yasal çerçeveye uygun olarak sağlanmalıdır. Yasal çerçevenin belirsiz olduğu durumlarda, başta insan hakları ve mahremiyet olmak üzere yapay zekâ değer ve ilkeleri ön planda tutulmalıdır[45].

III. YAPAY ZEKÂNIN YARGI ALANINDA KULLANILMASI

Dijitalleşme, bilgi teknolojileri ve yapay zekâ uygulamaları yargı ve adalet hizmetlerinde de yerini almaktadır. Yargılama aşaması, her bir davada adaleti sağlamak görevini üstlenmiştir. Bilişim gözüyle bakıldığında dava konusu ne olursa olsun, mahkemelerin ve hâkimlerin görevi bilgiyi işlemeyi içermektedir. Taraflar bilgiyi mahkemeye getirir, yargılama sırasında bu bilgiler muhakeme edilir ve yargılama sonucunda çıkan karar aynı zamanda bilgidir. Hâkimler karar verme sürecinde kanunların yorumlanması tekniklerinden ve

44 a.g.e. s. 60.
45 a.g.e. s. 61.

mantık kurallarından faydalanmaktadır. Söz konusu hukuk ilke ve kuralların bir sistematik içerisinde somut olaya uygulanması ile sonuca ulaşılmaktadır. Davada uygulanacak hukuk kurallarının (büyük önerme) somut olaya (küçük önerme) uygulanması ile karara (sonuç önerme) ulaşılır[46]. Dolayısıyla adalet alanındaki bilgi işleme süreçlerinin yapay zekânın çalışma yöntemine uyumlu olmadığı yahut uzak olduğu söylenemez.

Mahkemeler önüne gelen tüm davalar karmaşık konuları içermemektedir. Çoğunlukla birbirini tekrar eden, yerleşik ve rutin kararların verildiği davalar bulunmaktadır. Bazı davalarda konu duruşma açılmasına bile gerek olmadan çözümlenebilmektedir. Yargının ilgilenmesi gereken davaların yalnızca sınırlı bir kısmı karmaşık ve kompleks durumlar içermektedir. Yargının üzerindeki aşırı iş yükü adalet hizmetlerinin verimliliğini ve etkinliğini iyileştirmeyi gerektirmektedir. Ülkemizde ve dünyanın çeşitli yerlerinde yargı sistemlerinde, kâğıt temelli olmaktan çıkarak, UYAP benzeri elektronik ve çevrim içi sistemlere geçilmiştir. Mahkemelerde belgelerin elektronik olarak dosyalanmasına, tasnif edilmesine ve erişilmesine, davaların çevrim içi olarak açılmasına ve yönetilmesine izin verilmektedir[47]. Video konferans yöntemleriyle duruşmalar yapılmakta, tarafların ve tanıkların duruşmaya uzaktan katılmalarına imkân sağlanmaktadır. Bilişim teknolojileri ve yapay zekâ yargı ve adalet hizmetlerinin verimliliği ve etkinliğinin geliştirilmesinde büyük avantajlar sunmaktadır. Yapay zekânın çok büyük miktardaki doküman ve belgeleri çok kısa sürelerde tarayarak ilgili bilgileri bulması, zaman ve emekten tasarruf sağlamakta, avukat, hâkim ve savcıların işlerini kolaylaştırarak kararların daha nitelikli olmasına, davaların daha hızlı görülmesine katkı sunmaktadır. Çalışmanın bu kısmında yapay zekânın yargı hizmetlerinde kullanılmasının türleri ve etkileri başlıkları incelenmiştir.

A) YAPAY ZEKÂ SİSTEMLERİNİN YARGI HİZMETLERİNDE KULLANILMASININ TÜRLERİ

Yapay zekâ sistemlerinin yargı hizmetlerinde kullanılması konusunda farklı kategorilere göre inceleme yapılması gereklidir. Buna göre üç kategoriden bahsedilebilir. 1. Destekleyici yapay zekâ sistemleri 2. Tahmin ve öngörü sunan yapay zekâ sistemleri 3. Hâkimin yerini alan yapay zekâ-Robot hâkimler[48]. Yapay zekânın yargı uygulamasında, hâkime yardımcı yapay zekâ, karar taslaklarını hazırlayan yapay zekâ ve karar veren yapay zekâ olarak üç şekilde kullanılabileceği anlaşılmaktadır[49]. Öte yandan destekleyici, yerine gelen

46 Hirsch, E. (1997). *Pratik Hukukta Metot*, 8. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınları, s. 8; Serozan, R. (2015). *Hukukta Yöntem*, İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 25.

47 Erdoğan, G. (2021). "Yapay Zekâ ve Hukukuna Genel Bir Bakış", *Adalet Dergisi*, S. 66., s. 131.

48 Arias, P. C. (2020). "Artificial Intelligence & Machine Learning: a Model for a New Judicial System?", *Revista Internacional Jurídica y Empresarial*, S. 3., s. 81-91.

49 Yılmaz, O. G. (2021). s. 379-415.

ve bozucu teknolojiler şeklinde tasnif yapılması da önerilmiştir[50]. Destekleyici yapay zekâ, hukuk sistemi içerisindeki kişileri bilgilendiren, destekleyen ve tavsiye veren sistemlerdir. Yerine gelen teknoloji, daha önceden insanların üstlendiği işlev ve faaliyetleri teknolojinin üstlenmesidir. Son olarak bozucu teknoloji ise hukuk sisteminin kökten bir biçimde değişmesidir[51].

1) Destekleyici Yapay Zekâ

Destekleyici yapay zekânın özellikle dosya tasnifi, karar destek sistemi gibi uygulamalar ile hukuk ve yargılama alanına yardımcı olabileceği tartışmasız kabul görmektedir. Buna örnek olarak içtihat tarama programları gösterilebilir. Belirli bir geçmişten günümüze kadar verilmiş yargı kararlarının sisteme girilmesi neticesinde, bu sistemi içeren programların kullanıcıları tarafından dünya üzerindeki yargı kararlarına saniyeler içinde ulaşılabilmektedir. Böylece, yargı kararlarının anahtar kelimeler veya karar künyesi kullanılarak bulunmasını sağlayan içtihat tarama programları, binlerce sayfa karar arşivini araştırıp bulup okumak yerine, hukukçuların diledikleri mahkemenin kararlarına ulaşmasını sağlayan oldukça pratik bir uygulama olarak karşımıza çıkmaktadır.

Destekleyici yapay zekâ, günümüzde hukuk büroları ve mahkemelerde kullanılmakta olan içtihat Lexpera, Kazancı gibi içtihat programlarından daha farklıdır. Destekleyici yapay zekâ, hukuk sistemi içerisindeki kişileri bilgilendiren, destekleyen ve tavsiye veren sistemlerdir. Sadece mevzuat, anahtar kelime yazarak karar arama değil, ROSS[52] veya LEX-MACHINA[53] ve sözleşme analizinde kullanılan KIRA sistemleri[54] gibi doğal dil işleme özellikleri sayesinde veri bankalarında bulunan milyonarca kararı çok hızlı bir şekilde analiz ederek arama yapılan konuyla doğrudan ilgili olan karar gerekçelerini bulabilmekte, sözleşme metinlerini inceleyerek hangi kısımlarının kabul edilir olduğunu veya hangi kısımlarının sorun teşkil ettiğini analiz edebilmektedir[55]. Ross, mevzuatı ve mahkeme kararlarını tarayabilen, avukatlara rapor hazırlayabilen ve icra iflas hukuku alanında hizmet veren bir yazılımdır. Lex Machina ise geçmiş davalardaki hukuki adımları inceleyerek mevcut hukuki süreç hakkında öngörüde bulunmaktadır.

Ayrıca dil işlemcileri ve çeviri özelliklerini örnek gösterebiliriz. Konuşmayı, sesi işleyerek yazıya dökebilen ve farklı dillerden çeviri yapabilen sistem-

50 Sourdin, T. (2017). *Justice in the Age of Technology: "The Rise of Machines is Upon Us"*, Sdyney: Australian Lawyers Alliance, s. 1.
51 a.g.e. s. 4-9.
52 https://www.rossintelligence.com/what-is-ai
53 https://lexmachina.com/
54 https://kirasystems.com/
55 Yamane, N. (2020). "Artificial Intelligence in the Legal Field and the Indispensable Human Element Legal Ethics Demands", *The Georgetown Journal of Legal Ethics*, C. 33., S. 4., s. 877.

ler destekleyici yapay zekâ örnekleridir. Macaristan'da mahkemeler, konuşmayı yazıya çeviren sistemleri kullanmaktadır[56]. Bu sistemler kısaltmaları ve yasal kurallara yapılan atıfları bile algılayabilmektedir. Bu şekilde duruşma tutanakları ve kararlar sesten yazıya doğru, hızlı ve kolay şekilde aktarılabilmektedir.

2) Tahmin ve Öngörü Sunan Yapay Zekâ/Kararları Tahmin Eden Yapay Zekâ

Yapay zekâ mahkemedeki karar aşamasından önce iki şekilde kullanılabilir. Birincisi mahkemeye başvurmadan önce kararı tahmin etmektir ve ikincisi ise mahkeme aşamasında hâkime davaya ilişkin bir karar taslağı/önerisi sunmaktır[57].

Yargı kararlarının istatistiksel analizi, değerlendirilmesi ve kararların veri destekli tahmini (sonuç tahmini, tahmine dayalı analitik) ile ilgilenen sistemleri içermektedir. Karar tahmininde bulunan yapay zekâ sistemleri, içtihatlardan hareketle makine öğrenmesi teknolojisini kullanır ve davaya bakmakta olan hâkimin, davayı hangi hukuki gerekçeye dayanarak hangi olasılığa göre karara bağlayacağını önceden tahmin etmeye çalışır[58].

Tahmine dayalı (öngören) yapay zekâ uygulamaları, temel olarak avukatlar veya dava yoluna başvurmayı düşünen kişiler tarafından davalarında başarılı olup olmayacaklarını anlayabilmeleri bakımından fayda sağlayabilir.

Ülkemizde Yargıtayın Kurumsal Kapasitesinin Güçlendirilmesi Projesi kapsamında 2023 yılı içinde yapay zekâ sistemi kullanılarak emsal kararların özetlerinin hızlı bir şekilde erişime sunulacağı bir çalışma olduğu açıklanmıştır[59]. Yargıtay içtihatlarını yaygınlaştırmak amacıyla yapay zekâ destekli İçtihat Merkezi kurulmuştur. Bu yazılım sayesinde avukatlar ve başvuruculara emsal kararları değerlendirerek davalarının başarı şansı olup olmadığını önceden değerlendirebilecekleri ifade edilmiştir. Bu proje kapsamda Yargıtay İçtihat Merkezinde geliştirilecek olan yapay zekânın tahmine dayalı yapay zekâya örnek olabileceği söylenebilir.

Karar taslağı hazırlayan yapay zekâ esas olarak hâkimler ve belki kısmen uyuşmazlığı arabulucu, hakem gibi sıfatlarla çözebilen alternatif aktörler için

56 Courts of Hungary. (2016). Speech Recognition and Transcription Software, https://birosag.hu/en/speech-recognition-and-transcription-software (Erişim Tarihi: 23/10/2023)

57 Yılmaz, O. G. (2021). s. 405.

58 Bilgin, H (2022). "Yapay Zekânın Mahkeme Kararlarında Kullanımına Uluslararası Bir Bakış ve Robot Hâkimler Hakkında Düşünceler", *İnÜHFD*, C. 13., S. 2., s. 405-419.

59 Türkiye Cumhuriyeti Yargıtay Başkanlığı. (2023). "'Yargıtayın Kurumsal Kapasitesinin Güçlendirilmesi Projesi Kapanış Konferansı" Gerçekleştirildi", 19/7/2023, https://www.yargitay.gov.tr/icerik/1727/yargitayin-kurumsal-kapasitesinin-guclendirilmesi-projesi-kapanis-konferansi-gerceklestirildi (Erişim Tarihi: 18/10/2023)

söz konusudur. Yapay zekâ burada mahkemenin aynı/benzer olaylar için daha önce verdiği kararları esas alarak öneride bulunacaktır. Sonrasında ise hâkim doğal olarak yapay zekânın önerisi gibi karar verme, onu revize etme ya da yok sayma seçeneklerine sahiptir. Yapay zekânın bu kullanımı ceza hukuku uyuşmazlıklarından ziyade özel hukuk ve idare hukuku uyuşmazlıklarında daha iyi sonuçlar verebilir[60]. Zira cezai konularda hâkim serbestçe takdir edeceği delillere göre tamamen kendi vicdanına ve takdirine göre karar vermelidir. Avrupa Etik Şartı'nda[61] bahsedildiği üzere cezai konularda yapay zekâ tarafından hâkim için karar taslağı hazırlanması, hâkimin yaklaşımını etkilemeye elverişli olduğundan tarafsızlığını ve bağımsız mahkemede yargılanma güvencesi bakımından adil yargılanma hakkının ihlaline sebebiyet verebilir[62].

3) Hâkimin Yerini Alan Yapay Zekâ/Robot Hâkimler

Yapay zekânın otonom olarak adeta gerçek bir hâkim gibi davalar hakkında karar vermesini ifade eder[63]. Bu ihtimalde taraflar uyuşmazlığı önce yapay zekâ sistemine taşırlar ve sonrasında gerçek hâkimler önünde itiraz edebilirler. Hemen belirtmek gerekir ki bu seçenek günümüzde sadece teorik tartışmalarda yer alan bir unsurdur, yakın zamanda gerçekleşebilecek bir durum olarak görünmemektedir[64]. Hâkimlik vicdani kanaate göre karar vermeyi, mantık, muhakeme yürütmeyi, kanunların lafzını ve ruhunu yorumlamayı gerektirdiğinden insana özgü bilişsel ve duyusal özellikleri gerektirmektedir. Dolayısıyla insan hâkimin tümüyle yerini alabilecek robot yahut yapay zekâ sistemleri- teknoloji bir gün buna elverişli olsa dahi- hâkimlik mesleğinin gereklerine uygun olmayacaktır.

Günümüzde adalet sisteminde ve mahkeme yönetiminde yapay zekâ uygulamalarının kullanıldığı pek çok örnek bulunmaktadır. Yargı alanında yapay zekâ sistemlerinin hâlihazırda kullanıldığı ülkelerin başında Çin ve Amerika bulunmaktadır. Aşırı nüfus yoğunluğu ve dünya çapında ekonomik aktiviteleri olan Çin'in dava yükü mevcut insan kaynaklarıyla yönetilemez hâle geldiği için Çin 2014 yılından itibaren yargı sisteminde teknolojik sistemlerin kullanılmasını içeren bir dizi reform çalışması başlatmıştır. Çin, adalete daha fazla erişimi teşvik etmek, yargı şeffaflığını artırmak ve hukuki konularda ih-

60 Yılmaz, O. G. (2021). s. 405.

61 European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ). (2018). *European Ethical Charter on the Use of Artificial Intelligence in Judicial Systems and Their Environment*, https://rm.coe.int/ethical-charter-en-for-publication-4-december-2018/16808f699c, s. 47-53 (Erişim Tarihi: 11/9/2023).

62 a.g.e. s. 47-53.

63 Chesterman, S. (2021). *We, the Robots?: Regulating Artificial Intelligence and The Limits of The Law*, New York: Cambridge University Press.

64 Harris, B. (2017). "Could an AI ever replace a judge in court?", https://www.worldgovernmentsummit.org/ observer/articles/2017/detail/could-an-ai-ever-replace-a-judge-in-court (Erişim Tarihi: 20/9/2023)

tilaflı olan taraflar için adil sonuçları teşvik etmek amacıyla adalet sektörüne yeni teknolojileri adapte etmiştir. Bu kapsamda mail yoluyla dilekçe ve belge gönderilmesi, elektronik başvuru, online duruşma imkânlarının yanı sıra 2017 yılından itibaren mahkeme resepsiyon alanında mahkeme kullanıcılarına çevrim içi hukuki yardım sunan statik bir robot, belgelerin e-dosyalanması için tesis içi olanaklar; özel sanal mahkeme salonları, konuşmacıdan bağımsız ses tanıma ile sesi yazıya çeviren dil işlemcileri ve internet alışverişleriyle ilgili anlaşmazlıkları çözen Çin'in ilk "internet mahkemesi" bulunmaktadır. Söz konusu internet mahkemesi, çevrim içi krediler, e-ticaret (sözleşme ve ürün sorumluluğu sorunları), alan adı anlaşmazlıkları ve çevrim içi telif hakkı sorunlarıyla ilgili işlerde uyuşmazlıkları çözmektedir[65].

İnternet mahkemesi davacının kimliğini doğrulamak için yüz tanıma teknolojisinin yanı sıra hâkimler için otomatik olarak kararlar oluşturmak için makine öğrenimi teknolojisi de dâhil olmak üzer büyük çoğunlukla yapay zekâ uygulamaları kullanmaktadır. Blockchain teknolojisi, internet mahkemelerinde delillerin korunması amacıyla da kullanılmıştır ve 2018'de Hangzhou İnternet Mahkemesi, Çin'de telif hakkı ihlali vakalarıyla başa çıkmada yardımcı olacak delilleri saklama aracı olarak Blockchain'i tanıyan ve kullanan ilk mahkeme olmuştur[66]. Çin İnternet mahkemeleri, fikrî mülkiyet, e-ticaret, internet üzerinden yapılan işlemlerle ilgili mali anlaşmazlıklar, çevrim içi olarak edinilen krediler, alan adı sorunları, internet ile ilgili mülkiyet ve medeni haklar davaları, çevrim içi satın almalardan kaynaklanan ürün sorumluluğu gibi çeşitli anlaşmazlıkları ele almaktadır. Pekin'de bir davanın ortalama süresi 40 gündür; duruşma ortalama 37 dakika sürer; Çin internet mahkemeleri önündeki davacıların neredeyse yüzde 80'i bireyler, yüzde 20'si ise kuruluşlardır; bu mahkemeler tarafından alınan kararların yüzde 98'i itiraz edilmeden kesinleşmiştir[67].

Amerika'da, veri setlerinin kapsadığı hukuki konularda hukuki danışmanlık hizmeti verebilen, tüketiciler tarafından bilgisayar üzerinden girilen soruları mevcut yasal düzenlemeler çerçevesinde yanıtlayabilen yapay zekâ uygulamaları kullanılmaktadır. Ayrıca sözleşme inceleme ve değerlendirme üzerine programlanmış bir yapay zekâ yazılımının ise deneyimli avukatlara kıyasla daha hızlı ve etkili sonuçlara ulaşabildiği görülmüştür[68]. Bunlara ör-

65 Shi, C., Sourdin, T. ve Bin, L. (2021). "The Smart Court - A New Pathway to Justice in China?", *International Journal for Court Administration*, C. 12., S. 1., s. 4.

66 Aki, J. (2018). "Chinese Internet Court Uses Blockchain To Combat Online Plagiarism", https://au.finance.yahoo.com/news/chinese-internet-court-uses-blockchain-055508526.html (Erişim Tarihi: 20/10/2023)

67 Shi, C. (2021). s. 369.

68 Yılmaz, İ., Sözer, C. ve Elver, E. (2021). "Yapay Zekâ İle İlgili Güncel Düzenlemeler: Avrupa Birliği ve Amerika Birleşik Devletleri'nde Alınan Aksiyonlar Işığında Bir Değerlendirme", *Adalet Dergisi*, S. 66., s. 445-469.

nek olarak IBM tarafından üretilen yapay zekâ sistemi olan ROSS, veri toplayıp analiz eden LEX-MACHINA ve sözleşme analizinde kullanılan KIRA isimli yapay zekâ uygulamaları belirtilebilir. ROSS sistemi, avukatlara yardımcı olmak için tasarlanmıştır ve sisteminde doğal dil işlemcisi bulunan, hukuki araştırma yapabilen ve sorulan sorulara belgelerle cevap verebilen bir donanıma sahiptir[69].

İngiltere'de kullanılan DoNotPay isimli yapay zekâ uygulamasından da bahsetmekte fayda bulunmaktadır. Uygulamayı indirmek ücretsizdir ve şu anda kullanıcılarına küçük miktarlardaki kredi kartı ücreti, park cezaları, yeşil kart ve vize alma gibi uyuşmazlıklar bakımından yasal tavsiye sağlamaktadır. Söz konusu uygulama ilgili uyuşmazlığa dair başvuru dilekçesini otomatik olarak oluşturmaktadır. Uygulama kullanıma sunulduğundan bu yana 160.000 park cezasının iptalini başarıyla sağlamıştır[70]. Bahsi geçen uygulamalar kişilerin yargıya erişimini kolaylaştırmakta ve avukatlık ücreti gibi yargısal maliyetlerin azalmasına yardımcı olmaktadır.

Estonya mahkemelerinde 7 bin avrodan daha az tutarlı özel hukuk uyuşmazlıklarında yasal belgelerin incelenmesi ve analiz edilmesi konusunda yapay zekâ sistemlerinden yararlanılması planlanmaktadır. Projenin amacı, yapay zekâ sistemi sayesinde yargının iş yükünü azaltmaktır. Uyuşmazlığın tarafları, ilgili belgeleri sisteme yüklemekte ve yapay zekâ mevcut bilgilere göre bir karar vermektedir. Bu kararlara hâkim önünde itiraz edilebilmesi de mümkündür[71].

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının analizi sonucunda benzer davalarda olası kararları tahmin edebilen bir yapay zekâ yazılımı geliştirilmiştir. Yapay zekâ sistemi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3. maddesi (işkence yasağı), 6. maddesi (adil yargılanma hakkı) ve 8. maddesi (özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı) ile ilgili 600'e yakın kararı gerekçeleriyle birlikte analiz etmiştir. Bu yazılım %79 oranında doğru şekilde tahminde bulunmuştur. Yazılım makine öğrenmesi algoritması kullanarak önceki kararlardaki vaka metinlerini analiz etmiş ve AİHM'in karar sonuçlarını büyük oranda tahmin edebilmiştir[72].

69 Yamane, N. (2020). s. 877.

70 a.g.e. s. 877.

71 Estonian Artificial Intelligence Deployment (KRATT). "Estonia's National Artificial Intelligence Strategy 2019-2021", https://f98cc689-5814-47ec-86b3-db505a7c3978.filesusr.com/ugd/7df26f_27a618cb80a648c38be427194affa2f3.pdf, s. 10, para. 4.1 (Erişim Tarihi: 20/10/2023); Cowan, D. (2019). "Estonia: a Robotically Transformative Nation", Robotics Law Journal, https://www.roboticslawjournal.com/global/estonia-a-robotically-transformative-nation-28728942 (Erişim Tarihi: 7/10/2023)

72 Aletras, N. vd. (2016). "Predicting Judicial Decisions of the European Court of Human Rights: A Natural Language Processing perspective", *PeerJ Computer Science*, S. 2., s. 1-19; Medvedeva, M., vd. (2021). "Automatic Judgement Forecasting for Pending Applications of the European Court of Human Rights, Proceedings of the fifth workshop on automated semantic analysis of

Türkiye 2021 yılında Ulusal Yapay Zekâ Stratejisi Belgesini yayımlamıştır[73]. Ulusal Yapay Zekâ Stratejisi (2021-2025), yapay zekâ alanında ülkemizin ilk ulusal strateji belgesidir. İdari ve hukuki düzenlemelerin, yapay zekâ odaklı sosyoekonomik dönüşüme adaptasyonunu sağlamak ve muhtemel sonuçlarını önceden değerlendirebilmek üzere araştırmalar gerçekleştirilmesi, yapay zekâ uygulamalarının etik ve hukuki boyutlarını ele alan faaliyetler yürütülmesi ve uluslararası ölçekte yapay zekâ ile ilgili yapılan çalışmaların takip edilmesi hedeflenmektedir. Strateji belgesinde dünyada yapay zekâ teknolojilerinin yaygınlaşmasıyla insan-makine etkileşimlerinden beklentilerin değiştiği, tarihte ilk defa insan üretimi nesneler için kişilik, hak, hukuki değer ve sorumluluk gibi meselelerin yoğun tartışmalara konu olduğu belirtilmiştir. Kişisel mahremiyet, veri güvenliği, hesap verebilirlik, ulusal güvenlik vb. hususlarda çekincelerin gündeme geldiği belirtilmiş, yapay zekâ destekli otonom/yarı otonom karar mekanizmalarının yaygınlaşması ile temel insan hak ve özgürlüklerinin korunması, ayrımcılığın önlenmesi vb. konularda etik sorunlar yaşanabileceği vurgulanmıştır. Sayılan gerekçelerle, etkin bir yapay zekâ ekosisteminin oluşturulması, yapay zekânın teknolojik özelliklerini gözeten, uygun etik ve hukuki bir çerçevenin oluşturulması gerektiği ifade edilmiştir. Yapay zekâ uygulamalarının yaygınlaşması ile bireysel hak ve özgürlükleri doğrudan ilgilendiren hukuki düzenlemelerin, evrensel hukuk sistemine de örnek olacak şekilde yapılması gerektiği belirtilmiştir[74].

2019 yılında İstanbul, Ankara ve İzmir Baroları tarafından gerçekleştirilen çalıştay sonucunda Türkiye'de hukuk ve yapay zekâ ilişkisine odaklanan Yapay Zekâ Çağında Hukuk Raporu yayımlanmıştır[75]. Rapor temel olarak dört konu üzerinde durmaktadır. Hukuk fakültelerinde teknolojiye adaptasyon için gereklilikler hakkında önerilerde bulunulmakta, alanda nitelikli uzman sayısının artırılması ihtiyacı üzerinde durulmaktadır. Avukatlık mesleğinin icrasında teknolojiye yatkınlığın artırılmasının gerekliliği vurgulanmaktadır. Yapay zekânın hukuki ve cezai sorumluluğuna değinilmekte; hukuki düzenleme ve uygulamalar üzerinde çalışırken AB uyum sürecinde uyumluluğu sağlamanın önemi ve gereklilikleri hakkında da değerlendirmeler yapılarak Türkiye'de ilgili düzenlemelerin de hızlı şekilde yapılması gerektiğine dikkat çekilmektedir[76].

---

information in legal text", *CEUR Workshop Proceedings*, ss. 12-23; Medvedeva, M., vd. (2019). "Using Machine Learning to Predict Decisions of the European Court of Human Rights", *Artificial Intelligence and Law*, C. 28., S. 2., ss. 237-266.

73 T.C. Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı ve Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı Dijital Dönüşüm Ofisi. (2021).

74 a.g.e. s. 50.

75 Yapay Zekâ Çağında Hukuk Raporu, İstanbul, Ankara ve İzmir Baroları Çalıştay Raporu (2019). https://www.istanbulbarosu.org.tr/files/docs/Yapay_Zeka_Caginda_Hukuk2019.pdf (Erişim Tarihi: 8/11/2023)

76 a.g.e. s. 51.

Türkiye'de Avrupa Konseyi ile yürütülen Yargıtayın Kurumsal Kapasitesinin Güçlendirilmesi Projesi kapsamında 2023 yılı içinde yapay zekâ sistemi kullanılarak emsal kararların özetlerinin hızlı bir şekilde erişime sunulacağı bir çalışma olduğu açıklanmıştır[77]. Yargıtay içtihatlarını yaygınlaştırmak amacıyla yapay zekâ destekli İçtihat Merkezi kurulmuştur. Yargıtay dışından yapılacak müdahalelerin önlenmesi amacıyla yapay zekâ sistemi sadece Yargıtay sunucuları üzerinden çalışmaktadır. Sonraki aşamalarda gerekçeli karar yazma, rapor hazırlama gibi işlemlerde de yapay zekâdan faydalanılması için hazırlıklar olduğu, iş yükünün adil dağıtılması, dosyaların tevzi edilmesi, ön inceleme yapılması, çalışanların performanslarının ölçülmesi gibi yargının birçok alanında yapay zekâ araçlarının kullanılacağı ifade edilmiştir[78].

B) YAPAY ZEKÂNIN YARGI ALANINDA KULLANILMASININ ETKİLERİ

Yapay zekâ uygulamalarının, yargısal işlemlerde ve mahkeme yönetiminde kullanılmasıyla eşitlik ve adaletin sağlanmasında yüksek bir seviyeye erişilmesine ve bu suretle insan haklarına saygının teminine olumlu katkılarının olması mümkündür. Yapay zekâ, mahkeme yönetimi ve yargı alanında işlemlerin daha hızlı, daha ekonomik, etkili ve adil bir şekilde yürütülmesini sağlayabilir. İnsan faktörlerine bağlı ön yargıları azaltabilir ve eşitlik ilkesine daha uygun sonuçlar üretebilir, daha adil ve tarafsız kararlar alınmasına yardımcı olabilir. Bunun yanı sıra, insan hakları ihlallerinin tespiti ve önlenmesinde olumlu etkisi olabilir. Yapay zekâ, büyük veri analizi ve örüntü tanıma gibi tekniklerle insan hakları ihlallerini tespit edebilir. Sağlık hizmetlerinde iyileştirmeler sayesinde yaşam hakkı, maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkı yönünden faydalar sağlayabilir. Yapay zekâ, tıp alanında hastaların sağlık verilerini analiz ederek daha doğru tanılar koyma ve tedavi önerileri sunma konusunda yardımcı olabilir. Bu durum, yaşam hakkı, maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi ve sağlık hakkı gibi temel insan haklarını destekleyebilir. Hukuk ve güvenlikte veri analitiğinin kullanılmasının olumlu etkisinden söz edilebilir. Yapay zekâ, suç öncesi ve suç sonrası durumlarda veri analitiği kullanarak güvenlik güçlerine yardımcı olabilir. Dolayısıyla suçların önlenmesi ve suçluların adalete teslim edilmesi açısından olumlu katkı sunması mümkündür.

Yapay zekânın yargı alanında kullanılmasının birçok olumlu etkisinin olması beklenmektedir. Mahkeme yönetiminde ve yargı alanında yapay zekânın olumlu etkilerini çeşitli başlıklarda ele alabiliriz:

77 Türkiye Cumhuriyeti Yargıtay Başkanlığı. (2023).

78 Yargıtay Başkanı Mehmet Akarca'nın Adli Yıl Açılış Töreni Konuşması, 3/9/2023, https://www.hurriyet.com.tr/gundem/yargitay-baskani-mehmet-akarca-yapay-zekâ-karar-yazacak-42324616 (Erişim Tarihi: 22/10/2023)

Hız ve Verimlilik Artışı: yapay zekâ, hukuki belgelerin analizi, dosya incelemesi ve bilgi yönetimi gibi rutin görevleri otomatikleştirerek işlemlerin hızını artırabilir. Bu şekilde mahkemelerin daha verimli çalışmasına olanak tanır.

Doküman Analizi ve Hukuki Araştırma: yapay zekâ, büyük miktarda hukuki belgeyi analiz edebilir ve hukuki araştırmalarda kullanılabilecek önemli bilgileri çıkarabilir. Bu durum, hukuk profesyonellerinin daha etkili ve kapsamlı araştırmalar yapmalarını sağlar.

Risk ve Tahmin Analizi: Yapay zekâ, davaların olası sonuçları konusunda risk analizi yapabilir. Bu sayede avukatların müvekkillerine daha iyi danışmanlık yapmalarına ve mahkemelerin iş yükünü azaltmalarına yardımcı olabilir.

Makine Çevirisi ve Dil Hizmetleri: Mahkemelere farklı dillerde sunulan belgelerin hızlı bir şekilde çevrilmesi, yargılama süreçlerini hızlandırabilir. Makine çevirisi ve dil hizmetleri tutanakların sesten yazıya dökülmesi konusunda etkili olabilir.

Daha Adil ve Objektif Kararlar: Yapay zekâ, verilere dayalı objektif analizler yapabilir ve yargılama süreçlerinde daha adil ve tarafsız kararlar alınmasına yardımcı olabilir. Yapay zekânın kullanımı, insan etkileşimindeki ön yargıları azaltabilir.

İzleme ve Güvenlik: Yapay zekâ, mahkeme binalarında takip, izleme ve güvenlik önlemlerinin etkin ve verimli şekilde tesis edilmesinde de kullanılabilir. Mahkeme güvenliğinin sağlanmasına katkı sunabilir ve güvenlik ihlallerini azaltabilir.

Dosya Yönetimi ve Takip Sistemleri: Yapay zekâ, dosya yönetimi ve takip sistemlerinde etkili bir şekilde kullanılabilir. Dosyaların düzenli ve erişilebilir olmasını sağlayıp kaynakların daha etkin kullanımını ve süreçlerin izlenmesini kolaylaştırabilir. Pratiklik ve verimlilik sağlayarak dava masraflarının azalmasına yardımcı olabilir.

Yapay zekânın adalet sisteminde kullanılmasının olumlu ve olumsuz etkileri söz konusudur. Yapay zekâ uygulamalarının kullanılması, insanlara özgü olan ön yargı, fiziksel etkenler (yorgunluk, hastalık, açlık, duygusal durum bozukluğu, psikolojik sorunlar gibi) yahut yeterli bilgi arşivine ve güncel gelişmelere vâkıf olamama gibi hatalı kararlar verilmesine yol açacak risklerin önlenmesi, muhakeme farklılıkları dolayısıyla çelişkili kararlar ortaya çıkmasının engellenmesini sağlayabilir. Yapay zekâ sayesinde herkese aynı kalitede ve eşit olarak uygulanacak hızlı ve etkili bir adalet sistemine ulaşılması mümkün olabilir. Bu şekilde herkesin yasalar önünde gerçekten eşit olmasının sağlanabileceği beklenmektedir[79]. Bunun yanı sıra, yapay zekâ insanlara

79 Tegmark, M. (2019). *Yaşam 3.0- Yapay Zekâ Çağında İnsan Olmak*, Göksoy, E. C. (Çev.), İstanbul: Pegasus Yayınları, s. 142.

özgü subjektif etkilenmeler ve hayatı algılamalarına dair öznel yargılardan bağımsız, gerçekten tarafsız ve nesnel bir şekilde sonuçlara ulaşabilir. Ayrıca aşırı iş yükü ile baş edilmesinde yapay zekâ araçları katkı sağlayacaktır, bu sayede adaletin makul sürelerde tesisi ile herkesin adalete daha kolay ve daha masrafsız erişiminde önemli aşamalar kaydedilebilir.

Adalet sisteminde ve mahkeme yönetiminde modern yapay zekâ teknolojilerinin kullanılmasının pek çok olumlu etkileri bulunmaktadır. Bu gelişmelerin adalete daha kolay erişimi teşvik edebileceğini, anlaşmazlıkların daha hızlı çözülmesini sağlayabileceğini, yargı sürecini çevrim içi hâle getirerek maliyetlerden tasarruf sağlayabileceğini ve kararların infazında yaşanan sorunların azalabileceğini ifade etmek mümkündür. Ayrıca hâkimlerin, aynı çalışma süresi içinde daha fazla davanın sonuçlandırılmasını sağlayacak şekilde araştırma yapmalarına ve karar taslakları hazırlamalarına yardımcı olabilecek teknolojik yeniliklerden yararlanmaları sağlanabilir. Adalet sistemi açısından teknoloji kullanımının aynı zamanda sistemin şeffaflığını ve açıklığını teşvik ettiği ve halkın yargıya olan güvenini güçlendirdiği söylenebilir.

Bununla birlikte zorluklar ve problemler de yaşanmaktadır. Yargıda yapay zekâ uygulamalarının kullanılması mahremiyet, kişisel verilerin korunması, şeffaflık, ifade hürriyeti, ayrımcılık yasağı, adil yargılanma güvencelerine riayet gibi birçok temel insan haklarını doğrudan ilgilendiren olumsuz durumlara da yol açabilmektedir. Yapay zekâ veri toplama, işleme, bu verilerden sonuç çıkarma esasına göre çalışmaktadır. Örneğin ChatGpt'nin veri tabanına Eylül 2021 yılına kadar internette yer alan tüm verilerin yüklendiği bilinmektedir[80]. Bu durum bireylerin özel bilgilerinin toplanması ve kullanılmasıyla ilgili gizlilik endişelerine yol açmakta kişisel verilerin korunması, mahremiyet ve özel hayata saygı hakkını doğrudan etkilemektedir. Kişisel verilerin korunması hakkı kapsamında bireylerin kendileriyle ilgili bilginin kontrolünü elinde tutma hakkı bulunmaktadır. Yapay zekânın öğrenmesi için oluşturulan veri tabanlarına söz konusu kişisel verilerin yüklenmesinin ticari firmalar tarafından nasıl gerçekleştirildiği, algoritmaların nasıl oluşturulduğu açıklanması güç ve karmaşık teknik süreçleri içerdiğinden bireylerin kendileri hakkındaki bilgileri kontrol imkânlarının ellerinden alınması kuvvetle muhtemeldir. Bu olumsuzluğun önlenmesi bakımından kişisel veri işleme temelli yapay zekâ ve veri toplama çalışmalarının, kişilerin temel hak ve özgürlüklerini koruyan bir yaklaşım içerisinde yapılması elzemdir. Hukuka uygunluk, dürüstlük, ölçülülük, hesap verebilirlik, şeffaflık, kişisel verilerin doğru ve güncel olması, kişisel veri kullanım amacının belirli ve sınırlı olması ilkeleri esas alınmalıdır[81].

80 BBC NEWS Türkçe. (2023). "ChatGPT Artık Güncel Verileri de Kullanabilecek", https://www.bbc.com/turkce/articles/c51wjwp4wqyo (Erişim Tarihi: 28/9/2023)

81 Kişisel Verileri Koruma Kurumu (2022). "Yapay Zeka Alanında Kişisel Verilerin Korunmasına Dair Tavsiyeler", https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/7048/Yapay-Zeka-Alaninda-Kisisel-Verilerin-Korunmasina-Dair-Tavsiyeler (Erişim Tarihi: 14/10/2023)

Bir diğer olumsuz etki eşitlik ve ayrımcılık yasağı ilkelerini ilgilendirmektedir. Yapay zekânın eğitildiği veri setlerine yüklenen bilgiler hâlihazırda ayrımcılık içeren birtakım ön yargılara dayalı ise yapay zekânın ürettiği kararların da ayrımcı sonuçlar doğurması mümkündür. Burada ABD'de kullanılan COMPAS sistemi örneğini hatırlatmakta fayda bulunmaktadır. Ceza İnfaz Kurumu Alternatif Yaptırımlar için Yönetim Profili (İngilizce adıyla COMPAS) sistemi, ABD Eyalet mahkemeleri tarafından sanıkların suçu tekrarlama riskinin hesaplanmasında kullanılmıştır. Bu sistemin ten rengine göre ayrımcı sonuçlara yol açtığı, Afrikalı-Amerikalı kişilerin aleyhine olacak şekilde yeniden suç işleme riskini yüksek gösterdiği anlaşılmıştır. ABD'de yapılan bir araştırma çalışmasında, önceki olaylardan yapay zekâ yazılımına girilen veriler neticesinde, şartlı tahliye edilenlerden suç işlemeye geri dönme eğilimine sahip kişiler yazılım tarafından tespit edilmiştir. Ancak bu tespite dayalı yargılama yapıldığında, Afrikalı-Amerikalılara karşı sistemde adil olmayan bir ön yargı oluştuğu ve dolayısıyla haksız cezaların uygulanmasına neden olduğu tespit edilmiştir[82]. Aslında COMPAS yapay zekâ sistemi veri setinde doğrudan ırkla ilgili verilerin işlenmesini kapsamamasına karşın yoksulluk oranları gibi göstergelerin işlenmesine izin vererek bu şekilde taraflı sonuçlara yol açtığı anlaşılmıştır[83].

Bir diğer ayrımcılık örneği Hollanda'da gerçekleşmiştir. Hollanda'da 2005 yılında ailelere kreşe giden çocuklarını masraflarının bir kısmına devletin katkı yapmasını öngören bir düzenleme yapılmıştır. Bu düzenlemeye göre, devlet beyanda bulunan ailelere yıllık olarak peşin ödeme yapmaktadır. 2013 yılında bir suç örgütü tarafından söz konusu sistemin yıllardır kötüye kullanıldığı ve ülkeye geçici sürelerle ziyarete gelmiş kişilerin bu beyannameyle başvuru yaparak kreş yardımı parasının alınmasını sağladıkları ortaya çıkmıştır. Bunun üzerine Hollanda vergi idaresi bir yapay zekâ uygulaması kullanarak sahte beyanname düzenleyen kişileri tespit etmeyi amaçlamıştır. Yapay zekâ sisteminin belirlediği ailelerden geçmiş yılları da kapsayacak şekilde ödenmiş olan tüm paranın iadesi istenmiştir. Bu işlemlere karşı idari yargıda açılan davalar da reddedilmiştir. Ancak yargılama süreçlerinde ve ombudsman incelemesinde söz konusu yapay zekâ uygulamasının hatalı sonuçlar verdiği, özellikle çifte vatandaşlığa sahip olanları ve farklı etnik kökenli kişileri sahte beyanname düzenleyen kişiler olarak gösterdiği, bu suretle bu kişilerin haksız olarak suçlanmasına ve ayrımcılığa sebebiyet verdiği anlaşılmıştır. Konu Ve-

82 Angwin, J., Larson, J. Mattu, S. ve Kirchner, L. (2016a). "Machine Bias", https://www.propublica.org/article/machine-bias-risk-assessments-in-criminal-sentencing, s. 23 (Erişim Tarihi: 18/9/2023)

83 Angwin, J., Larson, J. Mattu, S. ve Kirchner, L. (2016b). "How We Analyzed the COMPAS Recidivism Algorithm", https://www.propublica.org/article/how-we-analyzed-the-compas-recidivism-algorithm (Erişim Tarihi: 18/9/2023)

nedik Komisyonunun önüne de taşınmıştır[84]. Venedik Komisyonu ilgili kararının bu makalenin konusunu ilgilendiren çok önemli yönleri bulunmaktadır. Venedik Komisyonu kararında, yapay zekâ araçlarının veri işleme ve makine öğrenmesi aşamalarında ayrımcılığa yol açabileceği ve bu durumun tespitinin giderek imkânsız hâle gelebileceği uyarısı yapılmıştır[85]. Gelecekte daha karmaşık yapay zekâ algoritmalarının kullanılması muhtemeldir ve bu sistemlerin öğrenme modellerinin doğası gereği algoritmalar tarafından hangi kriterlerin kullanıldığını belirlemek çok daha zor olacaktır. Böyle bir sistemde ön yargının tespit edilmesi imkânsıza yakın olabilir, çünkü kendi kendine öğrenen yapay zekâ sistemleri gerçek dünyadan edinilmiş büyük miktarda eğitim verisiyle beslenir. Bu veriler insanlar tarafından alınan bireysel kararların toplanmasından gelmektedir. Ancak geçmişte alınmış bu kararların bir kısmı zaten ön yargılı ve ayrımcı bir temelde alınmış olabilir. Bu durum veriyi kullanan yapay zekânın da ayrımcılık yapmasına yol açabilir. Diğer taraftan, normalde bu tür bir veri toplama ve işleme olmadan sözü edilen ön yargının ve ayrımcılığın keşfedilmesi mümkün değildir. Bu nedenle yapay zekâ geçmiş uygulamaları gözden geçirmek için bir fırsat olarak görülmeli ve bu ön yargıları tespit etmek için kullanılmalıdır[86]. Bunun sağlanabilmesi için öneri olarak yapay zekâ sistemlerinin işlediği anonimleştirilmiş eğitim verilerinin kamuya açıklanması ve ön yargı ve ayrımcılık bulunup bulunmadığının araştırılması sağlanabilir.

Yukarıda bahsi geçen Ross yapay zekâ sisteminin hukuki araştırma şirketi Thomson Reuters'a ait Westlaw bilgi bankasının içeriğini kopyaladığı iddiasıyla açılmış telif hakkı davası da karşılaşılan problemlere örnek gösterilebilir. Westlaw bilgi bankasındaki verileri kopyaladığı, bu nedenle telif haklarını ihlal ettiği iddiasıyla Ross şirketi aleyhine dava açılmıştır. Ross uygulamasını geliştiren şirket ise anahtar kelimeler ve başlık notlarında telif hakkı talep edilemeyeceğini, bunların yalnızca yasalarca korunmayan derlemeler veya telif hakkı olamayacak yargısal görüşlerin yeniden ifade edilmesi olduğunu ileri sürmüştür[87].

Yapay zekâ sistemleri genellikle karmaşık ve anlaşılması zor teknik süreçleri içermektedir. Literatürde bu durum opaklık sorunu olarak adlandı-

84 Venedik Komisyonu, 18/10/2021, 1031/2021 sayılı kararı, https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2021)031-e, para. 93-99 (Erişim Tarihi: 19/9/2023)

85 Venedik Komisyonu, 18/10/2021, 1031/2021 sayılı kararı.

86 Venedik Komisyonu, 18/10/2021, 1031/2021 sayılı kararı, para. 97.

87 Ambrogi, B. (2023). "Breaking: Judge Rules Ross Intelligence Copied Westlaw's Headnotes, But Leaves for Jury to Decide if It Violated Thomson Reuters' Copyright", https://www.lawnext.com/2023/09/breaking-judge-rules-ross-intelligence-copied-westlaws-headnotes-but-leaves-for-jury-to-decide-if-it-violated-thomson-reuters-copyright.html (Erişim Tarihi: 19/9/2023)

rılmaktadır[88]. Veri bankalarına yüklenen verilerin kaynağının, bu verilerin süzülme, seçilme, işlenme süreçlerinin şeffaf olmayışı şirketler arasında telif hakları gibi pek çok medeni hukuk uyuşmazlığına yol açabilecek niteliktedir.

Söz konusu şeffaflık sorunu, yapay zekânın yargı alanında karar alım süreçlerinde kullanılması durumunda adil yargılanma hakkının güvencelerini zedeleyebilecek niteliktedir. Yapay zekâ uygulamaları geliştiren şirketlerin ticari birtakım kaygılarla sistemi kendi çıkarları doğrultusunda karar üretecek şekilde programlaması riski de bulunmaktadır. Yargılama aşamasında tarafların kararların nasıl alındığını anlamadıkları, algoritmanın tasarımına dair yeterli şeffaflık ve gerekçelendirme imkânlarının bulunmadığı durumlarda savunma hakkı, gerekçeli karar hakkı gibi adil yargılanma güvenceleri yönünden olumsuzluklar ortaya çıkabilir. Ayrıca, yargıcın kendi hukuki araştırması ve vicdani takdirine göre karar vermesi gerekirken karar öneren yapay zekâ uygulamalarından psikolojik olarak etkilenebilmesi de mümkündür. Bu durumda bağımsız ve tarafsız mahkemede yargılanma ilkesinin de zarar görmesi kuvvetle muhtemeldir[89].

Yukarıda belirtilen örneklerden anlaşılacağı üzere yapay zekâ sistemlerinin yargı faaliyetinde yer almasında karşılaşılan en önemli sorun sisteme yüklenen veri setlerinin kalitesi ve güvenilirliğidir[90]. Yapay zekâ sistemleri, yüklenen verileri işleyip analiz ederek çıkarımlar ve sonuçlar üretme mantığına dayanmaktadır. Sisteme yüklenen veri setlerinde hâlihazırda ayrımcılık oluşturan bilgilerin olması yapay zekâ sisteminin de ayrımcı sonuçlar doğurmasına yol açacaktır. Yapay zekâ sistemlerinin algoritmalarının karmaşıklığı ve bu sistemleri üreten şirketlerin ticari sır kapsamında sistemin yazılım ve işleyiş bilgilerini saklamak istemeleri nedenleriyle yapay zekânın şeffaflığını sağlamak oldukça güçtür. Bu durum yapay zekânın yargıda kullanılmasının adil yargılanma dâhil birçok insan hakkının korunması, ayrımcılık yasağı ve hukukun üstünlüğü ilkeleri bakımından kaçınılmaz problemlere yol açabilecektir.

Veri setleri bakımından karşılaşılan diğer bir zorluk ise veri kalitesidir. Yapay zekânın hukuk alanında destekleyici araç olarak kullanılmasında en büyük zorluk güvenilir veri setleri temin etmektir. Yapay zekâ sistemleri yüklenilen veri setleri temelinde, verileri işleme, analiz etme ve bunlardan sonuçlar çıkarma mantığıyla çalışmaktadır. Hukuk alanında adli kararlar ve görüşler gibi kamuya açık verilerin ya mevcut olmadığı ya da format açısından etki-

88 Chesterman, S. (2021). "Through a Glass, Darkly: Artificial Intelligence and the Problem of Opacity", *The American Journal of Comparative Law*, C. 69., S. 2., ss. 271-294.

89 Terzidou, K. (2022). "The Use Of Artificial Intelligence in the Judiciary and Its Compliance with the Right to a Fair Trial", *Journal of Judicial Administration*, C. 31., S. 3., ss. 154-168.

90 Xu, Z. (2022). "Human Judges in the Era of Artificial Intelligence: Challenges and Opportunities", *Applied Artificial Intelligence*, C. 36., S. 1., s. 8.

li bir şekilde kullanılması zor olacak kadar çeşitlilik gösterdiği söylenebilir. Eldeki belirli bir konuyla ilgili en güncel yargı kararları aranırken istisna-olaya özgü bir kararla karşılaşmak çok olasıdır. Yerleşik içtihat olduğunu ifade eden bir karar bulunmuş olabilir ancak eski yerleşik görüşten vazgeçildiğini belirten daha yeni tarihli kararlar da bulmak zor değildir. Öte yandan yüksek mahkemelerin farklı daireleri tarafından hatta aynı daire tarafından dahi aynı konudaki bir uyuşmazlıkta birbirinin zıttı kararlar verilmesi de uygulamada çok sık karşılaşılan bir durumdur. Farklı istinaf mahkemeleri tarafından aynı konuda farklı kararlar verilmesi neredeyse olağan bir durum hâline gelmiştir. Yargısal kararlarda istikrar, belirlilik ve öngörülebilirlik olmayışı sorunu derin bir sorundur. Yargısal hizmetlerde yapay zekâ sistemlerinin geliştirilmesi ve kullanımı, kolay erişilebilir ve analiz edilebilir veri setlerinin olmaması nedeniyle sınırlıdır, düşük kaliteli veya hatalı veri kümeleri, yapay zekâ sistemlerinin sonuçlarının da hatalı, ön yargılı ve ayrımcı olmasına neden olabilmektedir. Yargı makamlarının benzer davalarda daha önceki kararlarıyla kabul edilebilir, makul oranlarda uyumlu kararlar vermesi gerekir. Mahkeme kararlarında istikrarlı değerlendirmelerin dışındaki bir yaklaşımın hukukun dinamik yorumuyla uyumlu ve gelişmeye yönelik olarak verildiğinin yeterli ve makul gerekçeyle açıklanması gerekir[91].

Yapay zekâ algoritmalarının doğruluk, güvenilirlik ve tarafsızlıklarının -işledikleri veri setlerine bağımlı olmalarından dolayı- doğası gereği sınırlı olduğu ileri sürülebilir[92]. Bu sınırlamalar zaten ön yargı içeren verilerin yüklenmesinden kaynaklanabileceği gibi algoritmaların nasıl oluşturulduğundan da kaynaklanabilmektedir. Bir yapay zekâ algoritmasını kodlarken ve eğitirken programcıların karar verme süreçleri ve yöntemleri hakkında daha fazla araştırma yapılması, disiplinler arasında koordineli şekilde bilgi alışverişi gerekmektedir. Yargısal bir konuda analiz için yüksek yargı makamlarının kararlarının muhtemelen tarihsel olarak eski yıllara ait kararları da içerecek şekilde çok büyük miktarda verinin sisteme yüklenmesi gerekecektir. Bu noktada içtihat istikrarı ve tutarlılık problemleriyle karşılaşılacaktır. Bu problemin aşılması için alanında uzman hukukçuların titiz incelemeleriyle veri setine alınacak kararların belirlenmesi gereklidir. Bu bakımdan yargıda yapay zekâ uygulamaları geliştirilirken doğru, güncel ve güvenilir verilerin seçilmesi, yazılımcılar, mühendisler ve üreticilerin kıdemli ve mesleğinde uzman hukukçularla iş birliği içinde olmaları çok önem arz etmektedir. Aslında doğru, güncel ve güvenilir veriler seçilerek geliştirilecek yapay zekâ uygulamalarının yargı kararlarındaki istikrarı artırmada çok önemli bir fayda sağlayacağı kuşkusuzdur. Yapay zekâ sayesinde mahkeme kararlarında istikrar

91 *Ahmet Acar*, B. No: 2014/19936, 21/9/2017, § 58.

92 Nowotko, P. M. (2021). "AI in Judicial Application of Law and the Right to a Court", *Procedia Computer Science*, S. 192, ss. 2220-2228.

sağlanabilirse hukuki güvenlik ilkesinin tesisi de sağlanacak, kişilerin yargı organlarına duyacağı saygı ve güven artacaktır. Bu durum adalet duygusuna, eşitlik ve adil yargılanma hakkının korunmasına da katkı yapacaktır.

Hukukçuların kullandıkları yapay zekâ araçlarının nasıl çalıştığı konusunda temel bilgiye sahip olmaları ve yapay zekâ tarafından ulaşılan sonuçları otomatik olarak doğru kabul etmeyip mutlaka inceleyerek test etmeleri elzemdir. Ancak yapay zekâ uygulamaları giderek teknolojik olarak daha karmaşık ve ileri seviyelere geldikçe bunun yapılması her zaman kolay olmayabilir.

İlgili bir diğer endişe ise, hukuk teknolojisi şirketlerinin mahkemeler için ürünlerini tasarlarken büyük miktarda adli veriye erişebilmesidir ve bu durum açıkça bir bilgi güvenliği sorunu oluşturmasının yanı sıra sistem geliştiricileri tarafından toplanan verilerin yetkisiz üçüncü şahıslar tarafından kötü amaçlarla toplanmaya ve kullanmaya açık olması riskini de beraberinde getirmektedir[93].

Yapay zekâ sistemleri, büyük miktarda veriyi analiz etme ve bu analiz neticesinde çıkarım yapabilme yeteneğine sahip olması sebebiyle, mahremiyet ve kişisel veriler yönünden ciddi etkilerin doğmasına yol açabilir. Bu sistemler, bireylerin ne zaman nerede olduğu, sosyal çevresinin kimlerden oluştuğu, siyasi veya cinsel tercihlerinin ne yönde olduğu gibi çok fazlaca sayıda hassas veriye dair birtakım analizler yapmaktadır[94]. Elektronik ticarette veya bankacılık işlemlerinde kullanılan yapay zekâ tarafından müşterilerin kişisel verilerinin başka firmalarla paylaşılması gibi örnekler artık günümüzde bireylerin kişisel verilerinin ve mahremiyetinin ne kadar savunmasız hâle geldiğini göstermektedir. Kişisel verilerin bireylerin bilgisi dışında ve açık rızası olmadan yapay zekâ uygulamalarında kullanılarak, analiz edilmesi durumunda da özel ve aile hayatına saygı hakkının ihlal edileceği açıktır. Yapay zekânın kişisel verileri nasıl ve hangi amaçlarla kullanabileceği, hangi durumlarda paylaşabileceği, meydana gelecek hukuka aykırı kullanım ve insan hakları ihlallerinde yasal sorumluluğun kimde olacağı gibi birçok hukuki problem ortaya çıkmaktadır.

Mahkeme yönetiminde yapay zekâ kullanımında karşılaşılabilecek diğer bazı sorunlar da söz konusudur. Çevrim içi duruşma yapılmasının özellikle COVID-19 gibi pandemi dönemlerinde büyük kolaylıklar sağladığı tartışmasızdır. Ancak çevrim içi duruşma süreçlerinde internet bağlantısıyla ilgili teknik sorunlar ve duruşmaları geciktirebilecek arıza sorunlarıyla ilgili endişeler de yaşanmıştır. Bu tür teknik sorunlar, farklı yargı bölgelerinde geleneksel

93 Bora Çınar, S. (2022). "Dava Yönetimi ve Yapay Zekâ Etkileşimi Üzerine Düşünceler", *Legal Hukuk Dergisi,* C. 20., S. 234., ss. 2089-2130.

94 Singil, N. (2022). "Yapay Zekâ ve İnsan Hakları", *Public and Private International Law Bulletin*, C. 42., S. 1., s. 121.

yüz yüze duruşmaların tercih edilmesine yol açabilir. Ayrıca çevrim içi duruşma adil yargılanma hakkı yönünden titizlikle incelenmesi gereken bir konudur. Ülkemizde de SEGBİS sistemiyle çevrim içi duruşma belirli koşullara bağlı olarak ceza davalarında kullanılabilmektedir. Adil yargılanma hakkı duruşmada hazır bulunma hakkını da kapsamaktadır. Hakkaniyete uygun bir ceza yargılaması için sanığın mahkeme huzuruna çıkarılması büyük önem arz etmektedir. Sanık duruşmada hazır bulunmadan adil yargılanma hakkı içinde yer alan "*bizzat savunma*", "*tanık sorgulama veya sorgulatma*" ve "*ücretsiz tercüman yardımından yararlanma*" haklarının kullanılması zordur. Dolayısıyla sanığın duruşmada hazır bulunma hakkını güvence altına alma yükümlülüğü adil yargılanmanın temel gerekliliklerindendir. Dahası duruşmada hazır bulunma hakkı sanığın savunmasının doğruluğunu kanıtlama, onu tanık ve mağdur ifadeleriyle karşılaştırma olanağı sunar. Ceza adaletinin hakkaniyete uygun şekilde gerçekleşebilmesi için sanığın mahkemenin huzuruna çıkarılması büyük önem arz etmektedir[95]. Öte yandan yüz yüze duruşma yapılması, vücut dili ve mimiklerin anlaşılması, hâkimin duyularıyla vicdani kanaatini oluşturabilmesi bakımından da oldukça önemlidir. Duruşmada bizzat hazır bulunmanın önemine istinaden kanun koyucu da 5271 sayılı Kanun'un uygulandığı durumlarda hâkim veya mahkemenin ancak *zorunlu gördüğü durumlarda* görüntülü ve sesli iletişim tekniğinin kullanılması suretiyle duruşmalara katılıma karar verilebileceğini düzenlemiştir. Anayasa Mahkemesi sanığın ses ve görüntü aktarımı suretiyle duruşmaya katılımının sağlanmaya çalışılmasının duruşmada hazır bulunma hakkına yönelik bir müdahale teşkil ettiğini tespit ederek bu müdahalenin adil yargılanma hakkını ihlal edip etmediğine ilişkin değerlendirmenin ise kanun tarafından öngörülme, haklı bir sebebe dayanma ve ölçülülük ilkesine aykırı olmama koşulları yönünden yapılacak inceleme sonucunda belirlenebileceğini ifade etmiştir. Buna göre sanığın SEGBİS aracılığıyla duruşmaya katılımının sağlanması şeklindeki müdahalenin Anayasa'ya uygun olabilmesi için kanuni bir temelinin bulunması, meşru bir amaca dayalı ve ölçülü olması gerekmektedir[96].

Kişilerin internet, akıllı telefon ve çeşitli uygulamaları kullanma konusundaki bilgi düzeyleri ile internet ağının yaygınlığı, internete erişim olanakları da yapay zekânın yargı alanında kullanımında oldukça önemli bir faktördür. Taraflar çevrim içi dava platformunun kullanımı veya akıllı telefonlar ve adalet uygulamaları hakkında sınırlı bilgiye sahip oldukları için zorlanabilirler. Bu durum dijital okuryazarlık düzeyi olarak adlandırılmaktadır[97]. Dijital ka-

95 *Asciutto/İtalya* B. No: 35795/02, 27/11/2007, § 57; *Medenica/İsviçre*, B. No: 20491/92, 12/12/2001, § 54.

96 *Şehrivan Çoban* [GK], B. No: 2017/22672, 6/2/2020, §§ 82-88.

97 Öngören, H. (2022). "Türkiye'de İnternet Kullanım Eğilimi ve Dijital Vatandaşlık Algısının İnsan Hakları Bağlamında İncelenmesi", *Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Akademik Dergisi*, C. 5., S. 9., ss. 47-82.

pasite ve okuryazarlık sorunları, yargıçların iş yükünü artırabilir ve çevrim içi duruşma platformlarının nasıl kullanılacağı konusunda insanları bilgilendirmeleri gerekebilir[98].

Yukarıda belirtilen sorunlar gelecekte teknolojik ilerlemeler, dava destek hizmetlerinin sağlanması, okuryazarlık geliştirme programları ve dava tarafları ve mahkeme personeli için eğitim girişimleri yoluyla kademeli olarak çözülebilir.

Asıl odaklanılması gereken sorun yapay zekâ kullanımıyla adaletin nasıl elde edilebileceği sorunudur. Anlaşmazlıkların ucuz ve hızlı çözümü çok önemli olmakla birlikte içeriği ve niteliği ıskalamamak, yargılamanın asıl ve nihai amacının adaleti sağlamak olduğunu gözden kaçırmamak gereklidir. Yapay zekânın bir gün hâkimlerin yerine geçebileceği, robot hâkimlerin davaları çözebileceği teorilerinden bahsedilmektedir[99]. Yargılamada her somut olayın özelliğine göre adaletin gerçekleştirilmesi gereklidir. Hissetme, empati yapabilme, davacı veya davalının duygu, hâl ve tavırlarını okuyabilme, toplumsal değerleri anlama gibi insana özgü özelliklerin somut olayda adaleti sağlamak bakımından önemi büyüktür. Dolayısıyla robot hâkim kavramının yargı faaliyetinin doğasıyla bağdaşmadığını, başta adil yargılanma hakkı olmak üzere temel insan haklarını zedeleyici nitelikte sonuçlar doğuracağını düşünüyoruz.

Olumsuz etkilerden bahsetsek de günümüzde teknolojik ilerlemelerin geldiği nokta itibarıyla yargıda yapay zekâyı kullanmaktan kaçınmanın mümkün olmadığı anlaşılmaktadır. Sağladığı yararlar dikkate alındığında yapay zekâ sistemlerinin geliştirilerek uygulanmaya devam edilmesinin önemi inkâr edilemediği gibi teknolojik gelişmelere direnmek mantıklı ve rasyonel olmayacaktır. Bununla birlikte yapay zekâ teknolojilerinin odağında insan bulunmalı, insan haklarının korunması temel ilke olmalıdır. Yapay zekânın insan becerilerinin yerine geçmesi değil, bilakis onları destekleyip geliştirmesi ve güçlendirmesiyle faydalı olabileceği açıktır. İnsanların, düşünüp yorumlamak ve duygusal zekâlarını kullanmak, sanatçıların sahip olduğu yaratıcılık gibi insanlara özgü şeyler makineler için zor veya imkânsız iken; makinelerin çok büyük miktarda veriyi çok kısa sürelerde işleme ve analiz yapmaları da insanlar için imkânsız olabilir. Bu nedenle yapay zekâ teknolojilerine insan hayatını kolaylaştıracak, ticaret, çevre, tıp ve daha birçok alanda insanlara yardımcı olacak araçlar gözüyle bakılarak yaklaşmak daha rasyonel görünmektedir[100]. Bu nedenle yapay zekâ sistemlerinden hâkime yardımcı

98 Shi, C. (2021). s. 369.

99 Harris, B. (2017). "Could an AI ever replace a judge in court?", https://www.worldgovernmentsummit.org/ observer/articles/2017/detail/could-an-ai-ever-replace-a-judge-in-court (Erişim: 20/9/2023)

100 Acar, E. ve Abanoz, M. (2023). "Yapay Zekâ ve Ontolojik Güvensizlik: Bireysel ve Toplumsal Kaygı Dinamikleri Üzerine Bir Değerlendirme", *LAÜ Sosyal Bilimler Dergisi*, C. XIV-I., ss. 22-51.

destek mekanizması olarak yararlanılabileceğini düşünüyoruz. Yapay zekâ hizmetlerinin yargı sistemlerinde güvenle kullanılabilmesi için, "insan hakları odaklı" anlayışın benimsenmesi gerektiğini öneriyoruz. İnsan hakları odaklı yaklaşımın benimsenmesiyle yapay zekâ uygulamalarının geçerli olduğu alanlarda da insan haklarını korumanın, mahremiyet ve kişisel verilerin gizliliğine saygının, adalet ve hukukun üstünlüğü ilkelerinin sağlanması mümkün olabilir.

Yargılama süreçlerinin adil, bağımsız ve güvenilir olmasını sağlamak için, yapay zekânın kötüye kullanımını ve olumsuz sonuçlarını önlemek, temel insan haklarına saygı göstermek, ayrımcılığı engellemek, veri işleme yöntemlerini şeffaf, tarafsız ve anlaşılır hâle getirmek ve denetlenebilir kılmak gereklidir. Bunun sağlanabilmesi için uluslararası ve ulusal düzeyde temel etik ilkeleri ve uygulamaya yön verecek kanunları oluşturmak hayati önem taşımaktadır.

SONUÇ VE ÖNERİLER

Çalışmada incelediğimiz hukuki metinler içinde en detaylı ve uygulamada üretici ve kullanıcılara somut durumlara dair yol gösterebilecek nitelikte ilkeler sunan belgeler AB Etik İlkeler Rehberi ve AB Yapay Zekâ Tüzüğü'dür. AB Yapay Zekâ Tüzüğü ekinde üreticilere yönelik bir check list de bulunmaktadır. OECD Yapay Zekâ Etik İlkeler Rehberi ise oldukça soyut ve genel ifadeler içermektedir. AB'nin rehberinin aksine OECD rehberinde söz konusu prensiplerin uygulanmasına ilişkin daha detaylı açıklama bulunmamaktadır. Bu nedenle yapay zekâ üretici ve uygulayıcılarına yol göstermede çok etkili olduğunu söylemek zordur.

İncelenen tüm belgeler etik prensipleri düzenlemektedir. Etik kavramların doğası gereği soyut ve genel olması nedeniyle bu ilkelerin pratikte hayata geçirilmesi yönünden nasıl düzenlemeler yapılması gerektiği konusunda henüz yeterli kanun ve alt mevzuat çalışmaları bulunmamaktadır ve bu konudaki ihtiyaç giderilmemiştir.

AB'nin Etik İlkeler Rehberi ve Yapay Zekâ Tüzüğü daha detaylı ve daha açık ifadeler içermesine rağmen, etik prensiplerin kavramsal olarak belirsiz ve soyut olması zorluğunun yanı sıra söz konusu belgeler genel çerçeve niteliğindedir ve pratik örnekler içermemektedir, dolayısıyla etik ilkelerin hayata geçirilmesinde üye ülkelerin kamu makamlarına ve özel sektöre önemli ölçüde takdir yetkisi bırakılmaktadır.

CEPEJ Etik Şartı yargı sistemlerinde yapay zekânın kullanımına ilişkin etik ilkeleri belirleyen ilk Avrupa metnidir. Bu belge gerek insan haklarının korunmasına vurgu yapması gerekse spesifik olarak yapay zekânın adalet sis-

temi ve mahkeme yönetiminde kullanılmasına dair temel ilkeleri belirlemesi açısından son derece önemlidir. CEPEJ Etik Şartı yapay zekâ tekniklerine dayalı adli kararlar ve verilerin otomatik olarak işlenmesine uygulanan önemli ilkeleri ortaya koymaktadır.

Yer verdiğimiz söz konusu hukuki belgelerin hepsi insan haklarına saygı, ayrımcılık yasağı, kalite ve güvenlik, şeffaflık, tarafsızlık ve adil olma, insan kontrolü altında olma ilkelerini ortak olarak paylaşmaktadır.

İncelediğimiz uluslararası hukuk belgelerinde de belirtildiği üzere yapay zekâ sistemlerinin "insan yararına" ve "insanlar için" olduğu unutulmamalıdır[101]. Yapay zekâ kullanımı sisteme ve insanlara yardımcı olmalıdır. Ayrıca yapay zekânın sağlayacağı avantajlar ve temel insan hakları, hukukun üstünlüğü kavramları arasında gözetilecek denge çok önemlidir. Yapay zekânın doğurabileceği olumsuzluklar insan kontrolüyle engellenmeli ya da düzeltilebilmelidir. Özellikle yapay zekânın hukuk alanında kullanımında ve karar alma aşamalarında ve kararların denetiminde insan faktörü çok önemlidir.

Yapay zekâ uygulamalarının tasarımı, üretilmesi ve kullanımında "insan hakları odaklı" anlayışın benimsenmesi gerekmektedir. İnsan hakları odaklı yaklaşımın benimsenmesiyle yapay zekâ uygulamalarının geçerli olduğu alanlarda da insan haklarını korumanın, mahremiyet ve kişisel verilerin gizliliğine saygının sağlanması mümkün olabilir. Yapay zekânın veri işleme ve analiz yöntemlerinin anlaşılabilir, gözlemlenebilir, şeffaf olması gereklidir. Ayrımcılık yasağının sağlanması bakımından yapay zekâ sisteminde kullanılan veri setlerinin seçilmesinde, yapay zekânın eğitiminde dikkatli bir denetim sağlanmalıdır. Aynı şekilde yapay zekânın aldığı kararların ayrımcılığa yol açmaması yönünden de çeşitli denetim mekanizmaları oluşturulabilir. Yapay zekâ kararı olduğunun yapay zekâyla etkileşime geçen bireylere bildirilmesi, sorumlu tutulacak muhatapların belirli olması, gerektiğinde yapay zekâ kararına karşı yasal yollara başvurma imkânının tanınması gereklidir. Ancak bu şekilde "güvenilir yapay zekâ"[102] oluşturularak yapay zekânın kötüye kullanımının ve zararlı sonuçlarının önlenmesi ile yargılamanın adil, bağımsız ve güvenilir olması hedefine ulaşılabilecektir.

Yapay zekânın kullanımında benimsenecek ilkelerin düzenlenmesi bakımından uluslararası kuruluşların açıkladığı rehber ilkeler metinlerine çalışmamızda yer verilmiştir. Bununla beraber ülkeler henüz bağlayıcı yasal metinler oluşturmamışlardır. Avrupa Konseyine üye ülkelerin hiçbirinde henüz yapay zekânın tasarımı, geliştirilmesi ve kullanılması konusunda genel çerçeveyi çizen kanunlar bulunmamaktadır. Bu durum yapay zekânın henüz ev-

101 European Commission, Directorate-General for Communications Networks, Content and Technology. (2019).

102 a.g.e.

rimini tamamlamamış olması ve gün geçtikçe hızlı bir şekilde bu alanda yeni gelişmelerin olmasından kaynaklanmaktadır. Bu nedenle yapay zekâ kullanımı ile ilgili olarak esnek ve gelişmelere uyarlanabilecek bağlayıcı olmayan hukuk kurallarının (soft law) tercih edildiğini görmekteyiz. Bu belgelerde yargı alanında yapay zekânın kullanılmasında temel insan haklarına saygı, ayrımcılık yasağı, kalite ve güvenlik, şeffaflık, tarafsızlık, adalet ve kullanıcı kontrolü altında olma ilkeleri vurgulanmaktadır.

Günümüzde teknolojik ilerlemelerin geldiği nokta itibarıyla yapay zekâyı kullanmaktan kaçınmak mümkün değildir. Yapay zekâ uygulamaları sayesinde davaların daha hızlı görülmesi sağlanarak makul sürede yargılanma hakkının tesisi sağlanabilir. Bireylerin daha az maliyetlerle yargıya erişimi mümkün olabilir. Emsal kararlara ulaşma ve bu kararların analizinde yapay zekânın sağlayacağı kolaylık sayesinde yargısal kararlarda istikrar ve tutarlılık hedefine ulaşılabilir. Tüm bunlar, toplumun her kesiminden tüm insanlara eşit ve adil hizmet sunulmasına, eşitlik, adalet ve hukuk devleti ilkelerinin tesis edilmesine katkıda bulunabilir. Ancak yapay zekânın yargı faaliyetlerinde kullanımı konusunda fayda-zarar dengesi gözetilmeli, her bir kullanım alanı yönünden risk temelli bir değerlendirme yapılmalı, insan hakları odaklı bir yaklaşımla hukuki ve etik ilkeler belirlenmelidir. Yapay zekâ uygulamalarının tasarımından itibaren sürecin tüm aşamalarında insan denetimine tabi olması zorunludur.

Teknolojik seviye olarak bir gün yapay zekânın doğrudan karar mekanizması olabilmesi mümkün olsa dahi yargı alanında bunun başta adil yargılanma hakkı olmak üzere temel insan haklarına uygun olmadığını, yapay zekâ sistemlerinden ancak şeffaflık ve denetim mekanizmaları vasıtasıyla gerekli tedbirler alındığı takdirde hâkime yardımcı destek mekanizması olarak yararlanılabileceğini düşünüyoruz.

Yargıda kullanılacak yapay zekâ uygulamaları öncelikle insan hakları temelli anlayışla üretilmeli, demokrasi, hukukun üstünlüğü, insan haklarının korunması ve adil yargılanma ilkelerine uymalıdır. Böylece adalete erişime katkıda bulunabilir ve vatandaşların yargı sistemine olan güvenini arttırabilirler.

Yapay zekâ sistemlerinin yargı faaliyetinde yer almasında karşılaşılan en önemli sorun sisteme yüklenen veri setlerinin kalitesi ve güvenirliğidir. Sisteme yüklenen veri setlerinde hâlihazırda ayrımcılık oluşturan bilgilerin olması yapay zekâ sisteminin de ayrımcı sonuçlar doğurmasına yol açacaktır. Yapay zekâ sistemlerinin algoritmalarının karmaşıklığı ve bu sistemleri üreten şirketlerin ticari sır kapsamında sistemin yazılım ve işleyiş bilgilerini saklamak istemeleri nedenleriyle yapay zekânın şeffaflığını sağlamak oldukça güçtür. Bu durum yapay zekânın yargılamada adil yargılanma, kişisel verilerin ko-

runması, mahremiyet gibi birçok insan hakkının korunması, ayrımcılık yasağı ve hukukun üstünlüğü ilkeleri bakımından kaçınılmaz problemlere yol açabilecektir. Veri setleri bakımından karşılaşılan diğer bir zorluk ise veri kalitesidir. Yapay zekâ sistemleri, yüklenen verileri işleyip analiz ederek çıkarımlar ve sonuçlar üretme mantığına dayanmaktadır. Yargısal bir konuda analiz için yüksek yargı makamlarının kararlarının muhtemelen tarihsel olarak eski yıllara ait kararlarını da içerecek şekilde çok büyük miktarda verinin sisteme yüklenmesi gerekli olacaktır. Bu noktada içtihat istikrarı ve tutarlılık problemleriyle karşılaşılacaktır. Bu problemin aşılması için alanında uzman hukukçuların titiz incelemeleriyle veri setine alınacak kararların belirlenmesi gereklidir.

Yapay zekâ uygulamalarının başarısı ve insan haklarıyla uyumlu olmasında en önemli etken veri kalitesi ve güvenliğidir. Yapay zekâ uygulamaları çok yüksek miktarda veriyi işlemeye dayalı olarak çalışmaktadır. Yapay zekâ uygulamalarının tasarım ve geliştirilmesinde yüklenen veri setleri ne kadar doğru, çok çeşitli ve güvenilir kaynaklardan sağlanmış olursa o kadar başarılı, ön yargı ve ayrımcılıktan uzak sonuçlar elde edilecektir. Ancak veri kalitesi, ölçümü kolay bir husus değildir. Kullanılan algoritmaya, ilgili yapay zekâ sisteminin kullanım amacına göre veri setinin kalitesini gösteren hususlar değişiklik gösterebilecektir. Bu itibarla veri kalitesinin tespitine yönelik alanında uzman ve tecrübeli hukukçuların görüşlerinin alınması, yargı profesyonelleri ile yazılımcı ve mühendislerin, psikolog ve sosyologların iş birliği ve koordinasyonu ile süreçlerin yönetilmesi risk ve olumsuzlukların azaltılmasında etkili olacaktır[103].

Şeffaflık ve hesap verilebilirlik bu alanda olması gereken çok önemli güvencelerdir. Kişiler bir yapay zekâ sistemiyle etkileşime girdiğinde veya duyguları veya özellikleri otomatik araçlarla tanındığında, insanlar bu durumdan haberdar edilmelidir. Etkileşime giren bireyler sistemin yetenekleri, sınırlamaları ve nasıl tercihlerde bulunabilecekleri konusunda uygun şekilde bilgilendirilmelidir. Ayrıca temel hakların korunması bakımından muhatap alınacak sorumlu makam/kişilerin belirli ve ulaşılabilir olması, gerekli hâllerde bu kişi ve makamlara karşı dava yollarının erişilebilir olması sağlanmalıdır.

Yapay zekâ yoluyla adli kararların işlenmesi, ayrımcılık yasağına ve adil yargılanma güvencelerine uyulması, kişisel verilerin korunması koşuluyla, hukuki, ticari ve idari davalarda hukukun uygulanmasının öngörülebilirliği ve mahkeme kararlarının tutarlılığını sağlamada yardımcı olabilir. Ceza davalarında yapay zekâ uygulamalarının kullanımı konusunda ise adil yargılanma hakkının ihlaline yol açma riski çok büyüktür. Hâkimin vicdani kanaa-

103 Cataleta, M. S. ve Cataleta, A. (2020). "Artificial Intelligence and Human Rights, an Unequal Struggle", *CIFILE Journal of International Law*, C. 1., S. 2., ss. 40-63.

tini oluşturabilmesi ve somut olayın koşullarını değerlendirerek hakkaniyetle hükmedebilmesinin sağlanması gereklidir. Ceza davalarında yapay zekâ uygulamaları kullanılmak isteniyorsa kanunilik ilkesinin gereği olarak kullanıma ilişkin gerekli olan yasal düzenlemelerin yapılması, gerekli koşullar ve sınırlandırmaların belirli ve öngörülebilir şekilde ortaya konulması gerekir. Ayrıca ceza davalarında yapay zekânın sunduğu önerilere yargıcın büyük çekincelerle yaklaşması ve uygulamanın sonuçlarının titizlikle değerlendirilmesi önem arz etmektedir.

Yapay zekâ sistemlerinin tasarımı, geliştirilmesi, üretiminde yer alan kişi/kişiler ve kuruluşlar, yapay zekâ sisteminin bağlamına uygun olarak, şeffaf ve açıklanabilir olmasını sağlamalıdır. İnsanlar, yapay zekâ algoritmalarına dayanarak alınan bir karardan haberdar olma ve bu durumda kamu kurumları ve özel sektör kuruluşlarından açıklayıcı bilgi talep edebilme hakkına sahip olmalıdır. Otomatik ve algoritmalara dayanılarak alınan kararların, bu kararlara yol açan verinin ve o veriden elde edilen bilginin; neden, nasıl, nerede ve ne amaçla kullanıldığı, teknik olmayan terimlerle ve yalın bir dille son kullanıcıya ve diğer paydaşlara açıklanabilmelidir[104].

Yapay zekâ uygulamalarının tasarımı, üretilmesi ve kullanımında "insan hakları odaklı" anlayışın benimsenmesi gerekmektedir. İnsan hakları odaklı yaklaşımın benimsenmesiyle yapay zekâ uygulamalarının geçerli olduğu alanlarda da insan haklarını korumanın, mahremiyet ve kişisel verilerin gizliliğine saygının sağlanması mümkün olabilir. Yapay zekânın veri işleme ve analiz yöntemlerinin anlaşılabilir, gözlemlenebilir, şeffaf olması gereklidir. Ayrımcılık yasağının sağlanması bakımından yapay zekâ sisteminde kullanılan veri setlerinin seçilmesinde, yapay zekânın eğitiminde dikkatli bir denetim sağlanmalıdır. Aynı şekilde yapay zekânın aldığı kararların ayrımcılığa yol açmaması yönünden de çeşitli denetim mekanizmaları oluşturulabilir. Yapay zekâ kararı olduğunun yapay zekâyla etkileşime geçen bireylere bildirilmesi, sorumlu tutulacak muhatapların belirli olması, gerektiğinde yapay zekâ kararına karşı yasal yollara başvurma imkânının tanınması gereklidir. Bu şekilde "güvenilir yapay zekâ"[105] oluşturularak yapay zekânın kötüye kullanımının ve zararlı sonuçlarının önlenmesi ile yargılamanın adil, bağımsız ve güvenilir olması hedefine ulaşılabilecektir.

104 T.C. Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı ve Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı Dijital Dönüşüm Ofisi. (2021). s. 61.

105 European Commission, Directorate-General for Communications Networks, Content and Technology (2019).

KAYNAKÇA

ACAR, Eray ve ABANOZ, Merve (2023). "Yapay Zekâ ve Ontolojik Güvensizlik: Bireysel ve Toplumsal Kaygı Dinamikleri Üzerine Bir Değerlendirme", *LAÜ Sosyal Bilimler Dergisi*, C. XIV-I., ss. 22-51.

AKSU, Mustafa (2022). *Yapay Zekâ ve Hukuk*, İstanbul: On İki Levha Yayınları.

ALETRAS, Nikolaos, vd. (2016). "Predicting Judicial Decisions of the European Court of Human Rights: A Natural Language Processing perspective", *PeerJ Computer Science*, S. 2., ss. 1-19.

ANGWIN, Julia, LARSON, Jeff, MATTU, Surya ve KIRCHNER, Lauren (2016a). "Machine Bias", https://www.propublica.org/article/machine-bias-risk-assessments-in-criminal-sentencing (Erişim Tarihi: 18/9/2023)

ANGWIN, Julia, LARSON, Jeff, MATTU, Surya ve KIRCHNER, Lauren (2016b). "How We Analyzed the COMPAS Recidivism Algorithm", https://www.propublica.org/article/how-we-analyzed-the-compas-recidivism-algorithm (Erişim Tarihi: 18/9/2023)

ARIAS, Paula C. (2020). "Artificial Intelligence & Machine Learning: a Model for a New Judicial System?", *Revista Internacional Jurídica y Empresarial*, S. 3., ss. 81-91.

BİLGİN, Hikmet (2022). "Yapay Zekânın Mahkeme Kararlarında Kullanımına Uluslararası Bir Bakış ve Robot Hâkimler Hakkında Düşünceler", *İnÜHFD*, C. 13., S. 2., ss. 405-419.

BORA ÇINAR, Sevda (2022). "Dava Yönetimi ve Yapay Zekâ Etkileşimi Üzerine Düşünceler", *Legal Hukuk Dergisi*, C. 20., S. 234., ss. 2089-2130.

CATALETA, Maria Stefania (2020). "Artificial Intelligence and Human Rights, an Unequal Struggle", *CIFILE Journal of International Law*, C. 1., S. 2., ss. 40-63.

CHANGQING SOURDIN, Tania ve BIN, Li (2021). "The Smart Court- A New Pathway to Justice in China?", *International Journal for Court Administration,* C. 12., S. 1.

CHESTERMAN, Simon (2021). *We, the Robots: Regulating Artificial Intelligence and The Limits of The Law*, New York: Cambridge University Press.

CHESTERMAN, Simon (2021). "Through a Glass, Darkly: Artificial Intelligence and the Problem of Opacity", *The American Journal of Comparative Law*, C. 69., S. 2., ss. 271-294.

COWAN, David (2019). "Estonia: a Robotically Transformative Nation", *Robotics Law Journal*, https://www.roboticslawjournal.com/global/estonia-a-robotically-transformative-nation-28728942 (Erişim Tarihi: 7/10/2023)

ERDOĞAN, Gökhan (2021). "Yapay Zekâ Ve Hukukuna Genel Bir Bakış", *Adalet Dergisi*, S. 66., ss. 117-192.

ERSOY, Çağlar (2019). *Robotlar, Yapay Zekâ ve Hukuk*, 4. Baskı, İstanbul: On İki Levha Yayınları.

European Commission. (2019). *High-Level Expert Group on Artificial Intelligence, Ethics Guidelines for Trustworthy AI*, https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/ethics-guidelines-trustworthy-ai (Erişim Tarihi: 8/10/2023)

GÜÇLÜTÜRK, Osman Gazi ve KADIOĞLU, Yasin M. (2021). "Yapay Zekâ ve Regülasyon", *Gelişen Teknolojiler ve Hukuk II: Yapay Zekâ*, İstanbul: On İki Levha Yayınları.

GÜLEL, Hazal (2023). *Hukuki Açıdan Yapay Zekâ*, Ankara: Adalet Yayınları.

GÜVEN, Hüseyin ve AYVAZ-GÜVEN, Emine Türkan (2023). "Yapay Zekâ Uygulamalarının E-Ticarette Kullanımı", *International Journal of Management and Administration*, C. 7., S. 13., ss. 69-94.

HARRIS, Briony (2017). "Could an AI ever replace a judge in court?", https://www.worldgovernmentsummit.org/observer/articles/2017/detail/could-an-ai-ever-replace-a-judge-in-court (Erişim Tarihi: 20/9/2023)

HIRSCH, Ernst (1997). *Pratik Hukukta Metot*, 8. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınları.

KARACAN, Pınar ve IRGIZ, Doğa (2023). "Yapay Zekâ Kullanımı İçin Hukuksal Çerçeve İhtiyacı", https://blog.lexpera.com.tr/yapay-zekâ-kullanimi-icin-hukuksal-cerceve-ihtiyaci/ (Erişim Tarihi: 23/10/2023)

KARATAŞ DURMUŞ, Neslihan (2023). "Vergi İdaresi 3.0. Yapay Zekâ Perspektifinden Bir İnceleme, *Maliye Dergisi,* S. 184, ss. 225-253.

KEISNER, C. Andrew, RAFFO, Julio D. ve WUNSCH-VINCENT, Sacha A. (2015). "Breakthrough Technologies- Robotics, Innovation and Intellectual Property", *World Intellectual Property Organization (WIPO), Economic Research Working Paper, No 30.*

MANNING, Christopher (2020). "Artificial Intelligence Definitions", https://hai.stanford.edu/sites/default/files/2020-09/AI-Definitions-HAI.pdf (Erişim Tarihi: 7/10/2023)

MEDVEDEVA, Masha, vd., (2021). "Automatic Judgement Forecasting for Pending Applications of the European Court of Human Rights, Proceedings of the fifth workshop on automated semantic analysis of information in legal text", *CEUR Workshop Proceedings*, ss. 12-23.

MEDVEDEVA, Masha, VOLS, Michel and WIELING, Martijn (2019). "Using Machine Learning to Predict Decisions of the European Court of Human Rights", *Artificial Intelligence and Law*, S. 28., ss. 237-266.

MÖSLEİN, Florian (2021). "Yönetim Kurulu Toplantı Odasındaki Robotlar: Yapay Zekâ ve Şirketler Hukuku", Bora Çınar, S. (Çev.), *İstanbul Hukuk Mecmuası*, C. 79., S. 2., ss. 700-728.

NOWOTKO, Paweł Marcin (2021). "AI in Judicial Application of Law and the Right to a Court", *Procedia Computer Science,* S. 192, ss. 2220-2228.

ÖNGÖREN, Hakan (2022). "Türkiye'de İnternet Kullanım Eğilimi ve Dijital Vatandaşlık Algısının İnsan Hakları Bağlamında İncelenmesi", *Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Akademik Dergisi,* C. 5., S. 9., ss. 47- 82.

ÖZÇELİK, Barış (2021). "Yapay Zekanın Veri Koruma, Sorumluluk Ve Fikri Mülkiyet Açısından Ortaya Çıkardığı Hukuki Gereksinimler", *Adalet Dergisi*, S. 66., ss. 87-116.

PEPITO, Joseph, VASQUEZ, Brian ve LOCSIN, Rozzano (2019). "Artificial Intelligence and Autonomous Machines: Influences, Consequences, and Dilemmas in Human Care", *Health, Scientific Research Publishing,* C. 11., S. 7., ss. 932-949.

SEROZAN, Rona (2015). *Hukukta Yöntem*, İstanbul: Vedat Kitapçılık.

SİNGİL, Nesrin (2022). "Yapay Zekâ ve İnsan Hakları", *Public and Private International Law Bulletin*, C. 42., S. 1., ss. 121-158.

SOURDIN, Tania (2017). *Justice in the age of technology: 'The rise of machines is upon us'*, Sdyney: Australian Lawyers Alliance.

Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı ve Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı Dijital Dönüşüm Ofisi. (2021). *Ulusal Yapay Zekâ Stratejisi (2021-2025)*, https://cbddo.gov.tr/SharedFolderServer/Genel/File/TR-UlusalYZStratejisi2021-2025.pdf (Erişim Tarihi: 8/10/2023) (2021/18 sayılı Cumhurbaşkanlığı Genelgesi ile 21.8.2021 tarih ve 31574 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.).

TERZIDOU, Kalliopi (2022). "The Use Of Artificial Intelligence in the Judiciary and Its Compliance with the Right to a Fair Trial", *Journal of Judicial Administration,* C. 31., S. 3., ss. 154-168.

XU, Zichun (2022). "Human Judges in the Era of Artificial Intelligence: Challenges and Opportunities", *Applied Artificial Intelligence,* C. 36., S. 1., ss. 1025-1045.

YAMANE, Nicole (2020). "Artificial Intelligence in the Legal Field and the Indispensable Human Element Legal Ethics Demands", *The Georgetown Journal of Legal Ethics*, C. 33., S. 4., ss. 877-890.

YILMAZ, İlay, SÖZER, Can ve ELVER, Ecem (2021). "Yapay Zekâ İle İlgili Güncel Düzenlemeler: Avrupa Birliği ve Amerika Birleşik Devletlerinde Alınan Aksiyonlar Işığında Bir Değerlendirme", *Adalet Dergisi*, S. 66., ss. 445-469.

YILMAZ, Atınç (2019). *Yapay Zekâ,* İstanbul: Kodlab Yayınları.

YILMAZ, O. Gökhan (2021). "Yargı Uygulamasında Yapay Zekâ Kullanımı-Yapay Zekâ Hâkim Cübbesini Giyebilecek Mi?", *Adalet Dergisi*, C. 66., S. 1., ss. 379-415.

Uluslararası Belgeler

Council of Europe Commissioner for Human Rights. (2019). *Unboxing Artificial Intelligence: 10 Steps to Protect Human Rights*, https://rm.coe.int/unboxing-artificial-intelligence-10-steps-to-protect-human-rightsreco/1680946e64 (Erişim Tarihi: 18/9/2023)

European Commission. (2021). *Regulation of the European Parliament and of the Council: Laying Down Harmonised Rules on Artificial Intelligence (Artificial Intelligence Act) and Amending Certain Union Legislative Acts*, 2021/0106 (COD).

OECD Yapay Zekâ Konsey Tavsiyeleri, Kabul Tarihi 22/5/2019, Sayı 0449, https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0449 (Erişim Tarihi: 18/9/2023)

European Commission, Directorate-General for Communications Networks, Content and Technology. (2019). *Ethic Guidelines for Trustworthy AI*, Publications Office.

Dr. Abdullah ÇELİK
(Anayasa Mahkemesi Ar-İç Başraportörü)

Yusuf Enes KAYA
(Anayasa Mahkemesi Raportörü)

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ OBJEKTİFİNDEN ANAYASA MAHKEMESİNE BİREYSEL BAŞVURU UYGULAMASININ FOTOĞRAFI*

ÖZET

Anayasa Mahkemesinin bireysel başvurunun on bir yıllık uygulamasının Anayasa koyucunun Anayasa değişikliğinde ortaya koyduğu "bireylerin temel hak ve özgürlüklerin daha iyi korunması sağlanarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Türkiye aleyhine yapılan başvuruların azaltılması" şeklinde özetlenebilecek amacına ulaşıp ulaşmadığının objektif veriler kullanılarak değerlendirilmesi, bireysel başvurunun hem mevcut uygulaması hem de geleceği açısından önemlidir. Bu değerlendirmenin objektif şekilde yapılmasının bir yöntemi Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine yapılan bireysel başvuru istatistiklerinin ve her iki mahkemenin kararları arasında ortaya çıkan farklılıkların ortaya konulması ve analiz edilmesi olabilir. Bu yöntemle yapılan tespit ve değerlendirmeler sonucu Anayasa Mahkemesine bireysel başvurunun Anayasa koyucunun amacını önemli ölçüde yerine getirdiği söylenebilir. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesinin son yıllarda karşılaştığı sıra dışı iş yükünün bireysel başvuru sistemini tehdit ettiği ve iş yükünün azaltılması için gerekli tedbirlerin alınması gereği bir gerçek olarak ortaya çıkmaktadır.

* Bu makale hakem denetiminden geçmiştir.

Prof. Dr. Zühtü Arslan'a Armağan

A PHOTOGRAPH OF THE PRACTICE OF INDIVIDUAL APPLICATION OF THE CONSTITUTIONAL COURT THROUGH THE LENS OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

ABSTRACT

It is important in terms of the current implementation and future of the individual application to evaluate in the light of objective data whether eleven years of implementation of the individual application by the Constitutional Court has achieved the aim of the Constitution-maker, which can be summarized as "reducing the number of applications before the European Court of Human Rights against Türkiye by providing better protection of the fundamental rights and freedoms of individuals." One method of making this assessment in an objective manner may be to reveal and analyse the statistics concerning individual applications filed with the Constitutional Court and the European Court of Human Rights and to establish the differences between the decisions of both courts. As a result of findings and evaluations carried out with this method, it can be said that the individual application mechanism of the Constitutional Court has significantly fulfilled the purpose of the Constitution-maker. However, it is a fact that the extraordinary workload encountered by the Constitutional Court in recent years threatens the individual application system and therefore necessary measures should be taken to reduce this workload.

I. GİRİŞ

Sayın Zühtü ARSLAN Anayasa Mahkemesi üyeliği görevine 20/4/2012 tarihinde başlamış, sırasıyla 10/2/2015, 25/1/2019 ve 2/2/2023 tarihlerinde Anayasa Mahkemesi başkanı olarak seçilmiştir. 2010 Anayasa değişikliğiyle[1] hukukumuza giren Anayasa Mahkemesine (AYM) bireysel başvuru ise 23/9/2012 tarihinde uygulanmaya başlanmıştır. Bireysel başvuru uygulamasının başlangıcından itibaren AYM'de görev yapan sayın Başkan, bireysel başvurunun uygulanmaya başlanmasından itibaren geçen on bir yılın sekiz yılından fazla bir süresinde ise Mahkeme başkanı olarak görev yapmaktadır. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesine bireysel başvurunun on bir yıllık fotoğrafının çekilmesi AYM'nin olduğu kadar sayın Başkanın görev ifa ettiği dönemin fotoğrafının çekilmesi anlamına da gelmektedir. Bu nedenle sayın Başkana atfedilen bu Armağan'da AYM'ye bireysel başvurunun on bir yıllık değerlendirmesinin yapılmasının uygun olacağı düşünülmüştür.

Bu değerlendirme yapılırken AYM'ye bireysel başvurunun getiriliş amacının dikkate alınması gerekir. Böylelikle AYM'nin on bir yıllık uygulamasında Anayasa koyucunun öngördüğü amaca uygun hareket edip etmediği ortaya konulabilecektir. 2010 Anayasa değişikliğinin gerekçesinde "*bireylerin sahip oldukları temel hak ve özgürlüklerin daha iyi korunması*" bireysel başvurunun getiriliş amacı olarak açıklanmıştır. Bununla birlikte gerekçede "*[Ü]lkemiz aleyhine, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine her yıl binlerce başvuru yapılmaktadır. Bu başvuruların iç hukuk yollarında çözüme bağlanması amacıyla bireysel başvuru hakkının getirilmesi öngörülmektedir.*" şeklindeki pratik amaçtan da söz edilmiştir[2]. Aslında her iki amaç da birbirini tamamlamaktadır. AYM'ye bireysel başvuru yoluyla bireylerin temel hak ve özgürlükleri daha iyi korunduğunda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine (AİHM) Türkiye aleyhine yapılan başvurular da azalacaktır. AYM de bireysel başvuruları incelerken gerekçede belirtilen amaçları dikkate almaktadır[3].

AYM'nin bireysel başvuru uygulamasında Anayasa koyucunun ortaya koyduğu "bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin daha iyi korunması sağlanarak AİHM'e Türkiye aleyhine yapılan başvuruların azaltılması" şeklinde özetlenebilecek amacına ne kadar uyum sağladığının değerlendirilmesinde en iyi yöntemin AİHM objektifinden AYM'ye bireysel başvuru uygulamasının nasıl göründüğüne bakmak olduğu düşünülmüştür. Bu çerçevede AYM'ye bireysel başvurunun uygulamaya geçmesinden sonra AİHM'e başvuruların

1 7/5/2010 tarihli ve 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun

2 Türkiye Büyük Millet Meclisi Anayasa Komisyonu Raporu, Dönem: 23, Yasama Yılı: 4, https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d23/c066/tbmm23066088ss0497.pdf (Erişim Tarihi: 20/11/2023)

3 *İbrahim Er ve diğerleri* [GK], B. No: 2019/33281, 26/1/2023, § 41.

seyrinin nasıl olduğu, AYM'nin karara bağladığı bireysel başvurulardan sonra AİHM'e yapılan bireysel başvurularda AİHM'in hangi sonuçlara vardığı hususlarının incelenmesinin uygun olacağı kanaatine varılmıştır. Bu çerçevede AYM'ye bireysel başvurunun uygulamaya geçmesinden günümüze AYM'ye başvurular ve AİHM'e başvurulara ilişkin istatistikler ve AYM tarafından incelenen bireysel başvurular sonrası AİHM tarafından verilen ihlal kararlarının değerlendirilmesi yoluyla bu çalışmanın hazırlanması şeklinde bir yöntem benimsenmiştir.

Bu çalışma hazırlanırken izlenilen usuller aşağıdaki gibi sıralanabilir:

- Kritik tarih olarak 1/1/2013 esas alınmıştır. Her ne kadar AYM'ye bireysel başvuru 23/9/2012 tarihinde hayata geçmiş ise de AYM tarafından 2012 yılının kalan yaklaşık üç aylık süresi içinde çok az sayıda karar verilmiş olması, sonrasında AİHM'e bireysel başvuru süresinin (o tarih itibarıyla altı ay) işleyecek olması hususları dikkate alındığında 1/1/2013 tarihinin kritik tarih olarak esas alınmasını haklılaştırmaktadır. Bununla birlikte 2012 yılı istatistikleri değerlendirmeye tabi tutulmasa da bir veri olarak çalışmada yer alacaktır.

- Anılan tarih esas alınarak çalışmada yararlanılacak istatistik bilgileri AYM[4] ve AİHM'in[5] resmî internet sitelerinden edinilmiştir. Çalışmada 2013-2022 yılları arası genel istatistik bilgileri değerlendirilmiştir. Çalışmanın hazırlanma sürecinde 2023 genel istatistikleri henüz tam olarak belli olmadığından değerlendirmeye alınmamıştır. Ancak aşağıda belirtileceği üzere AYM ile AİHM kararları karşılaştırılırken 2023 yılında çıkan kararlar da çalışmaya dâhil edilmiştir.

- AYM tarafından incelenen bireysel başvurular sonrası AİHM tarafından verilen ihlal kararlarını tespit için AİHM'in kamuya açık kararlarına yer verilen resmî karar arama motorunda[6] çeşitli parametreler kullanılarak yapılan filtrelemeler sonucu AYM tarafından karara bağlandıktan sonra AİHM'e taşınan ve AİHM tarafından ihlal kararı verilerek sonuçlandırılan başvurular tespit edilmiştir. Çalışmada 1/11/2023 tarihine kadar AİHM tarafından kamuya açık hâle getirilen kararlara yer verilmiştir.

- Söz konusu AİHM kararlarına konu olaylarla ilgili olarak daha önce AYM tarafından verilmiş olan kararlar, AYM'nin kamuya açık kararlarına yer verilen resmî karar arama motoru[7] ve kamuya açık olmayan komisyon kararlarını da içeren Ulusal Yargı Ağı Projesi Sistemi (UYAP) üzerinden tespit edilmiştir.

- Yukarıda belirtilen şekilde tespit edilen AİHM ve AYM kararlarında varılan sonuçlar hak ve özgürlüklere göre sınıflandırılmıştır.

4 www.anayasa.gov.tr/tr/yayinlar/istatistikler/bireysel-basvuru/ (Erişim Tarihi: 22/11/2023)
5 https://www.echr.coe.int/annual-reports (Erişim Tarihi: 22/11/2023)
6 www.hudoc.echr.coe.int
7 www.kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr

- AİHM kararına konu olaya ilişkin olarak daha önce AYM tarafından çok sayıda başvurunun ayrı ayrı karara bağlandığı, AİHM tarafından ise bunların birleştirilerek incelendiği durumlarda çalışmayı gereksiz yere uzatmaması için AYM kararlarının künyesine tek tek yer verilmemiştir. Bunlar ilgili AİHM kararına atfen sayısal olarak belirtilmiştir.

- AYM kararlarının hangi birim (Genel Kurul, Birinci Bölüm, İkinci Bölüm veya ilgili komisyon) tarafından verildiği bilgisine bu kararların künyesinden sonra yer verilmiştir. Zira çalışmada birimlerin verdiği kararların sayısal dağılımı yönünden de değerlendirme yapılacaktır.

- AYM ve AİHM kararları arasındaki farklılıkların niteliği ve kaynağına ilişkin olarak bazı kategoriler oluşturulmuştur. Bu kategoriler ve bunların neyi ifade ettiği aşağıdaki gibi sıralanıp açıklanabilir:

i. İLKESEL FARKLILIK: AYM ve AİHM kararları arasındaki farklılığın ilke düzeyinde olduğuna işaret eder.

ii. OLGUSAL DEĞERLENDİRME FARKLILIĞI: AYM ve AİHM kararları arasındaki farklılığın ilke düzeyinde olmadığına somut olaya ilişkin olguların değerlendirmesinde olduğuna işaret eder.

iii. YÖNTEM FARKLILIĞI: AYM ve AİHM kararları arasındaki farklılığın ilke düzeyinde olmadığına AYM ve AİHM tarafından farklı inceleme yönteminin izlendiğine işaret eder.

iv. ANAYASADAN KAYNAKLANAN FARKLILIK: AYM ve AİHM kararları arasındaki farklılığın AYM'nin aksi yönde karar vermesine imkân olmayan bir Anayasa hükmünden kaynaklandığına işaret eder.

v. EKSİK İNCELEME: AYM ve AİHM kararları arasındaki farklılığın AYM'nin bir hususu eksik incelemesinden kaynaklandığına işaret eder.

vi. UYGULAMA HATASI: AYM ve AİHM kararları arasındaki farklılığın AYM'nin kendi genel içtihadına da uygun olmayan somut başvuruya ilişkin hatalı uygulamasından kaynaklandığına işaret eder.

vii. HÜKÛMET SAVUNMASINDA EKSİKLİK: AYM ve AİHM kararları arasındaki farklılığın Hükûmetin bir hususu AİHM önünde ileri sürmemiş olmasından kaynaklanmış olabileceğine işaret eder.

- Bu kategorilerden ilkesel farklılık, Anayasa'dan kaynaklanan farklılık ve -sonucu belirleyebilecek nitelikte olan yöntem farklılıkları ilgili başlıklar altında ayrıntılı olarak gösterilmiştir. İlkesel farklılıklar ise haklar yönünden alt başlıklar altında belirtilmiştir. Diğer kategorilere dâhil olanlara ise sadece sayısal veri olarak yer verilip değerlendirme yapılmıştır.

- AYM ile AİHM kararları arasında oluşan farklılığın -tespit edilebildiği kadarıyla- AYM'nin genel içtihadından kaynaklanıp kaynaklanmadığı, kay-

naklanmaktaysa AİHM kararı sonrasında AYM'nin içtihadını güncelleyip güncellemediği hususuna da farklılıkların değerlendirilmesine ilişkin başlıklar altında yer verilmiştir.

- Çalışmanın sonuna karşılaştırılan AYM ve AİHM kararlarının listeleri eklenmiştir. Karşılaştırılan kararlar dışında çalışmada yararlanılan AYM kararları için de ayrı bir liste oluşturulmuştur. Bu listeye de çalışmanın sonunda ulaşılabilir.

- Çalışmanın amacı AYM ve AİHM istatistikleri ile her iki mahkemenin kararlarının karşılaştırılması suretiyle AYM'ye bireysel başvurunun AİHM bağlamında değerlendirmesi olduğundan, diğer bir ifadeyle Anayasa ve Sözleşme'nin yorumunu yapmak amaçlanmadığından akademik çalışmalara atıf yapılmamıştır.

II. İSTATİSTİKLER ÜZERİNDEN DEĞERLENDİRME

Bu başlık altında ilk olarak 2012-2022 yılları arasında AYM'ye yapılan ve AYM tarafından sonuçlandırılan bireysel başvuruların sayısı ile Türkiye aleyhine AİHM'e yapılan başvuruların sayısına ilişkin istatistikler değerlendirilecektir. Bireysel başvurunun uygulamaya geçmesinin Türkiye aleyhine AİHM'e yapılan başvuru sayısı üzerindeki etkisinin daha iyi görülebilmesi için bireysel başvuru uygulamasına geçilmeden önce Türkiye aleyhine AİHM'e yapılan başvuru sayılarının 2009-2011 yılları arası istatistik bilgileri de değerlendirmeye tabi tutulacaktır.

Bu çerçevede yapılacak değerlendirmeye esas olmak üzere yukarıda belirtilen hususlardaki istatistikler aşağıdaki tablolarda gösterilmiştir.

Tablo 1[8], [9]

	2019	2010	2011	2012		2013		2014		2015	
AYM (Gelen (G) ve çıkarılan (Ç))				G	Ç	G	Ç	G	Ç	G	Ç
				1.342	4	9.897	4.924	20.578	10.926	20.376	15.368
AİHM (Gelen)[10]	4.474	5.821	8.702	8.986		3,505		1.589		2.212	

8 AYM istatistiklerinin kaynağı için bkz. https://www.anayasa.gov.tr/tr/yayinlar/istatistikler/bireysel-basvuru/ (Erişim Tarihi: 22/11/2023)

9 AİHM istatistiklerinin kaynağı için bkz. https://www.echr.coe.int/annual-reports (Erişim Tarihi: 22/11/2023)

10 AİHM "gelen" istatistiği bakımından kamuya açık verilerde yayımlanan "applications allocated to a judicial formation" (bir yargısal organa sevk edilen başvurular) istatistiği esas alınmıştır.

Tablo 2 [11], [12]

	2016		2017		2018		2019		2020		2021		2022	
AYM (G) ve (Ç)	G	Ç	G	Ç	G	Ç	G	Ç	G	Ç	G	Ç	G	Ç
	80.756	16.089	40.530	89.651	38.186	35.357	42.971	39.238	40.402	45.197	66.121	45.227	109.779	73.036
AİHM (G)	8.303		25.978		6.717		7.274		9.104		9.548		12.551	

Tablolarda yer verilen istatistiklere bakıldığında 2013-2015, 2016-2020 ve 2021-2022 yılları arası olmak üzere üç dönem arasında AYM ve AİHM istatistikleri bakımından oldukça belirgin bir farklılık bulunmaktadır. Birinci dönem AYM'ye başvuru yolu bakımından olağan dönem olarak kabul edilebilir. İkinci ve üçüncü dönemdeki başvuru sayıları önceki döneme kıyasla hem AYM hem AİHM yönünden sıra dışı bir artış göstermiştir. İkinci dönemdeki artışın başlıca nedeni anılan dönemde Türkiye'de olağanüstü olayların yaşanmış olmasıdır. 15/7/2016 tarihinde Fetullahçı Terör Örgütü/Paralel Devlet Yapılanması (FETÖ/PDY) tarafından darbe teşebbüsü gerçekleştirilmiş, ardından 20/7/2016 tarihinde olağanüstü hâl (OHAL) ilan edilmiştir. OHAL döneminde başta FETÖ/PDY olmak üzere terör örgütleriyle bağlantılı kişiler hakkında tutuklamadan ceza yargılamalarına, mal varlığına el koyma ve kayyım atamalarından kamudan ihraçlara ve gazetelerin, eğitim kurumlarının kapatılmasına birçok alanda on binlerce kişi hakkında cezai, idari ve hukuki tedbirler uygulanmıştır[13]. Bu tedbirler on binlerce hukuki ihtilafa neden olmuş ve olağan başvuru yolları tüketildikten sonra AYM ve AİHM'e bireysel başvuru yapılmıştır. OHAL kanun hükmünde kararnameleriyle (KHK) doğrudan ihraç edilen kişiler bunlara karşı -başlangıçta- kanun yolu öngörülmediğinden doğrudan AYM'ye ve bir kısmı da doğrudan AİHM'e başvuru yapmıştır. Öte yandan on binlerce kişinin tutuklama tedbirlerine ilişkin başvuruları da -bu tedbire ilişkin itiraz kanun yolunun niteliği gereği nispeten az bir zaman içinde tüketilmesi nedeniyle- kısa süre içinde AYM önüne taşınmıştır. İlerleyen dönemlerde ceza yargılamalarının sonuçlanmasıyla birlikte bunlar da AYM önünde yoğun iş yükü oluşturmuştur. Öte yandan kamudan ihraçlara ilişkin açılan idari yol üzerine idari yargı aşamasının tamamlanmasının ardından yine AYM'ye yoğun başvurular yapılmaya başlanmıştır. Bu dönemde alınan el koyma ve kayyım atamaları gibi farklı konulardaki OHAL tedbirleriyle ilgili çok sayıda başvuruda da AYM önünde iş

11 AYM istatistiklerinin kaynağı için bkz. https://www.anayasa.gov.tr/tr/yayinlar/istatistikler/bireysel-basvuru/ (Erişim Tarihi: 22/11/2023)

12 AİHM istatistiklerinin kaynağı için bkz. https://www.echr.coe.int/annual-reports (Erişim Tarihi: 22/11/2023)

13 Darbe teşebbüsü ve OHAL ilanı ile sonrasında alınan tedbirlere ilişkin geniş bilgi için bkz. *Aydın Yavuz ve diğerleri* [GK], B. No: 2016/22169, 20/6/2017, § 12 vd.

yükü oluşturmuştur. Üçüncü dönemde tüm bunlara ilave olarak -OHAL tedbirleri ile bağlantısız olarak- makul sürede yargılanma hakkının ihlali iddialarını içeren başvurularda sıra dışı artış olmuş ve bu alanda on binlerce başvuru yapılmıştır.

Dönemler arasındaki açıklanan farklılıklar dikkate alındığında 2016-2022 yılları arası dönemin AYM'ye bireysel başvuru uygulamasının hayata geçtiği 2012 yılı öncesi Türkiye aleyhine AİHM'e yapılan başvuruların istatistikleri ile karşılaştırılarak değerlendirilmesi uygun olmayacaktır. Bu dönemin kendi içinde değerlendirilmesi gerekir. Açıklanan nedenlerle tablolarda yer alan istatistikler üç dönem için ayrı ayrı değerlendirilecektir.

2013-2015 yılları arası dönem yönünden şu değerlendirme yapılabilir. AYM'ye bireysel başvurunun başlamasından önceki üç yıl (2009-2011) Türkiye aleyhine AİHM'e yapılan başvuruların sayısı istikrarlı bir şekilde artarken bireysel başvurunun uygulamaya geçmesinden sonraki üç yıl (2013-2015) Türkiye aleyhine AİHM'e yapılan başvuruların sayısı önemli ölçüde azalmıştır[14]. Önceki üç yılın son yılı (2011) istatistiği ile sonraki üç yılın son yılı (2015) istatistiği karşılaştırıldığında azalmanın yaklaşık dört kat olduğu anlaşılmaktadır. Dolayısıyla Anayasa koyucunun AYM'ye bireysel başvuruyu getirirken öngördüğü amacın bu dönem için gerçekleşmiş olduğu söylenebilir.

2016-2020 yılları arası dönem hakkında bir yargıya varabilmek için ise bu dönemin kendi içinde değerlendirilmesi ve bu dönemde yaşanan birçok değişkene yakından bakılması, daha ayrıntılı bir değerlendirme yapılması gerekir.

İlk olarak 2016 yılında özellikle OHAL KHK'ları ile başta kamudan ihraçlar olmak üzere doğrudan tesis edilen işlemler ile ilgili olarak -bir kanun yolu olmaması nedeniyle- doğrudan yapılan başvurular nedeniyle AYM'ye yapılan başvuru sayısı -önceki iki yılda yaklaşık 20.000 bandına oturmuş olan normal başvuru sayısı dört kat artarak- 80.756 olarak gerçekleşmiştir. Türkiye aleyhine AİHM'ne yapılan başvuru sayısı -2015 yılında 2.212 iken- 2016 yılında 8.303, 2017 yılında 25.978 olmuştur. AİHM'e başvuru için gerekli sürenin uzunluğu dikkate alındığında OHAL KHK'ları ile ilgili başvuruların bir bölümünün 2017 yılında AİHM önüne götürüldüğü anlaşılmaktadır. Buna göre AİHM'e yapılan başvuruların sayısı da aynı dönemde artmış olmakla birlikte AYM'ye bireysel başvuru olmasaydı, bunun AYM'ye yapılan 80.756 başvurunun -hepsi olmasa bile- önemli bir bölümünün AİHM'e taşınması sonucunu doğurmuş olacağı oldukça güçlü bir ihtimal olarak değerlendirilebilir[15]. 23/1/2017 tarihli Resmî

14 AYM'ye bireysel başvuru 2012 yılının tamamında uygulamaya geçmemiş, AYM, 23/9/2012 tarihinde bireysel başvuruları kabul etmeye başlamıştır. Dolayısıyla istatistiklerdeki yükselme ve azalma bakımından 2012 yılı değerlendirmeye alınmamıştır. Bununla birlikte önceki üç yılda Türkiye aleyhine AİHM'e yapılan başvuruların sayısı istikrarlı bir şekilde artarken AYM'ye bireysel başvurunun 2012 yılındaki yaklaşık üç aylık uygulaması bile, o yıl için AİHM'e yapılan başvuruların sayısının artışını durdurmuştur.

15 OHAL KHK'ları ile doğrudan yapılan işlemlerle ilgili olarak aynı anda AYM ve AİHM'e

Gazete'de yayımlanan 685 sayılı Olağanüstü Hal İşlemleri İnceleme Komisyonu Kurulması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile doğrudan OHAL KHK'ları ile tesis edilen işlemlere ilişkin başvuruları değerlendirmek ve karara bağlamak üzere "Olağanüstü Hâl İşlemleri İnceleme Komisyonu" (OHAL Komisyonu) kurulması kararlaştırılmıştır. Anılan Komisyon 2017 yılı ortalarında faaliyete geçmiştir. Bunun üzerine 2017 yılında gerek AYM gerek AİHM konuya ilişkin başvuruları yeni oluşturulan başvuru yolunu ve sonrasında idari yargı yolunu tüketmek üzere kabul edilemez bulmuştur. Böylece AYM ve AİHM, OHAL döneminde ilk olarak karşılaştıkları yoğun iş yükü olan OHAL KHK'ları ile tesis edilen işlemlere ilişkin başvurularını 2017 yılında büyük ölçüde sonuçlandırabilmiştir. Ancak her hâlükârda bu başvuruların kaydedilmesi, tasnifi ve bir kararla sistem dışına atılabilmesi -sayıların büyüklüğü dikkate alındığında- 2016 ve 2017 yıllarında önemli bir iş yükü oluşturmuştur.

İkinci olarak OHAL döneminde alınan diğer tedbirlerden kaynaklanan on binlerce hukuki ihtilaf da başvuru yolları tüketilerek yukarıda açıklandığı gibi AYM önüne gelmiş, AYM'nin karara bağladığı başvuruların bir kısmı da AİHM önüne taşınmıştır. 2018 yılında AYM'ye 38.186, AİHM'e 6.717; 2019 yılında AYM'ye 42.971, AİHM'ne 7.274; 2020 yılında AYM'ye 40.402, AİHM'ne 9.104 başvuru yapılmıştır. 2021 yılına kadar AYM'ye yapılan başvuruların OHAL öncesine göre iki kat civarında artan ve yaklaşık 40.000 bandına oturan istikrarlı bir seyir izlediği görülmektedir. Bu dönemde AYM ve AİHM'e yapılan başvuruların sayıları karşılaştırıldığında Türkiye aleyhine AİHM'e yapılan başvuruların sayısının -bir önceki döneme kıyasla artış göstermekle birlikte- belli bir seviyede tutulmasında AYM'ye bireysel başvuru yolunun getirilmesinin önemli bir etkisinin olduğu anlaşılmaktadır.

Üçüncü dönem olan ve 2021-2022 yıllarını içeren döneme bakıldığında OHAL tedbirlerinden kaynaklanan hukuki ihtilafların başvuru yolları tüketildikten sonra bireysel başvuru yoluyla AYM önüne getirilmeye devam olunduğu, buna ilave olarak iş yükü oluşturan başka etkenlerin de devreye girdiği anlaşılmaktadır. Anılan dönem istatistikleri göz önünde bulundurulduğunda 2018-2020 yılları arasındaki başvuru sayılarına ilişkin istikrarlı çizginin AYM'ye başvurular yönünden değiştiği, başvuru sayılarının sıra dışı bir şekilde arttığı gözlemlenmektedir. Aynı dönemde AİHM'e yapılan başvurularda da artış gözükse de bu artışın önceki dönemdeki gibi düşük bir oranda istikrarlı bir çizgi izlediği anlaşılmaktadır. Bu bağlamda 2021 yılında AYM'ye 66.121, AİHM'e 9.548; 2022 yılında AYM'ye 109.779, AİHM'ne 12.551 başvuru yapılmıştır. AYM'ye bireysel başvurulardaki bu ilave artışın özellikle makul sürede yargılanma hakkı ihlaline ilişkin başvurulardaki anormal artıştan kaynaklandığı anlaşılmaktadır. Çünkü anılan türde AYM'ye yapılan başvuruların sayısı 2020

de başvuru yapılmış olma ihtimali bulunmakla birlikte her halükârda AİHM'e yapılan başvuruların sayısı AYM'ye yapılan başvurulardan oldukça düşüktür.

yılında 4.772 iken 2021 yılında 22.442'ye ve 2022 yılında 60.484'e yükselmiştir[16]. Buna göre AYM'ye bireysel başvuru yolunun 2021 ve 2022 yıllarında Türkiye aleyhine AİHM'e yapılan başvuruların sayısını sadece OHAL tedbirleri kapsamındaki başvurular bakımından değil, makul sürede yargılama hakkı kapsamındaki başvurular yönünden de azalttığı değerlendirilebilir.

Öte yandan yukarıdaki değerlendirmeler AYM'ye bireysel başvurunun sayıları ile AİHM'e yapılan başvuruların sayılarının analizi ile yapılmıştır. Anayasa koyucunun ortaya koyduğu bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin daha iyi korunması sağlanarak AİHM'e Türkiye aleyhine yapılan başvuruların azaltılması şeklinde özetlenebilecek amacının ne ölçüde yerine geldiğinin değerlendirilebilmesi için sadece AYM ve AİHM'e yapılan başvuruların sayılarını dikkate almak yeterli olmaz. AYM'nin yapılan başvuruları karşılama oranı ve genel olarak başvuruları ne şekilde sonuçlandırdığına da bakmak gerekir. Aksi hâlde AYM'ye bireysel başvurunun sadece AİHM'e başvuruları geciktiren bir yol olması şeklinde yanlış bir anlaşılma söz konusu olabilir. AYM'ye bireysel başvurunun belirtilen ikinci yönden değerlendirilebilmesi için öncelikle bu konudaki istatistik bilgilerine aşağıdaki tabloda yer verilecektir.

Tablo 3[17]

	Gelen	Çıkan	Karşılama oranı	İhlal oranı
2012	1.342	4	%0	%0
2013	9.897	4.924	%50	%0,1
2014	20.578	10.926	%53	%1,3
2015	20.376	15.368	%75	%3,0
2016	80.756	16.089	%20	%2,1
2017	40.530	89.651	%221	%1,7
2018	38.186	35.357	%93	%3,5
2019	42.971	39.238	%91	%2,0
2020	40.402	45.197	%112	%9,2
2021	66.121	45.227	%68	%19,3
2022	109.779	73.036	%67	%57,8
Toplam	470.938	375.017	%79,6	%10

Tablodaki istatistiklere göre AYM kendisine yapılan başvuruların yaklaşık %80'ini sonuçlandırmıştır. Bununla birlikte 2021 ve 2022 yıllarında makul sürede yargılanma hakkının ihlali iddiasıyla yapılan başvuruların olağanüstü artışından önce bu oranın yaklaşık %90 olduğu anlaşılmaktadır. Bu oranların ideal olmasa da azımsanmayacak bir oran olduğu söylenebilir. AYM'ne 2022

16 Bu istatistik verileri için bkz. https://www.anayasa.gov.tr/media/8499/bb_2022_tr.pdf (Erişim Tarihi: 23/11/2023)

17 AYM istatistiklerinin kaynağı için bkz. https://www.anayasa.gov.tr/media/8499/bb_2022_tr.pdf (Erişim Tarihi: 23/11/2023)

yılında yapılan başvuru sayısının 109.779 olarak gerçekleşirken, aynı yıl Federal Alman Anayasa Mahkemesine 4670 bireysel başvuruda bulunulduğu gözetildiğinde[18], AYM'nin muadili mahkemelere göre nasıl bir iş yükü altında olduğu ve gelen bireysel başvuruları karşılama oranlarının azımsanmayacak derecede bulunduğu daha iyi takdir edilecektir. Ancak giderek artan ve istatistikleri önemli ölçüde etkileyen makul sürede yargılanma hakkının ihlali başvurularına karşı bir tedbir alınması gerektiği anlaşılmaktadır. AYM bu durumu görerek *Nevriye Kuruç* pilot kararında[19] başvurucunun makul sürede yargılanma hakkının ve bu hakla bağlantılı olarak etkili başvuru hakkının ihlal edildiğine, yapısal sorunun giderilmesi için pilot karar usulünün uygulanmasına karar vermiştir. Kararda yapısal sorunun makul sürede yargılanma hakkına ilişkin ihlal iddialarını AYM'den önce inceleyecek bir merci oluşturularak giderilmesi amacıyla kanuni bir düzenleme yapılması için kararın Türkiye Büyük Millet Meclisine (TBMM) gönderilmesine ve makul sürede yargılanma hakkının ihlali iddiasıyla yapılan başvuruların incelenmesinin dört ay süreyle ertelenmesine hükmedilmiştir. Anılan karardan sonra yapılan yasal düzenlemede[20] sadece 9/3/2023 tarihi itibarıyla AYM önünde derdest olan başvurular yönünden Tazminat Komisyonuna başvuru yapılmasının yolu açılmıştır. AYM yapısal soruna kalıcı çözüm getirmeyen geçici yasal değişikliği yeterli görmeyerek -AİHM'in *Burmych ve diğerleri/Ukrayna* kararına[21] benzer şekilde- *Keser Altıntaş* kararında[22] "*Makul sürede yargılanma hakkının ihlali iddiasıyla yapılan başvurulardaki inceleme yöntemi, verilen ihlal kararının sayısı ve pilot kararda belirtilen ilkeler dikkate alındığında anılan ihlal iddiasıyla yapılan başvuruların Anayasa Mahkemesince incelenmesinin sürdürülmesini haklı kılan bir neden kalmadığı ortadadır.*" gerekçesiyle düşme kararı vermiştir. Dolayısıyla anılan kararlarla AYM kendisinden önce anılan başvurulara bakacak bir merci oluşturulana kadar yapılacak bu tür başvuruları incelemeyeceğini ilan etmiştir.

Diğer taraftan AYM sonuçlandırdığı başvuruların %10'unda en az bir hakkın ihlal edildiğine karar vermiştir. Bu oran karşılaştırmalı hukukta bireysel başvuru incelemesi yapan anayasa mahkemelerinin uygulaması dikkate alındığında yüksek olarak görülebilir[23]. Ancak bunda yine 2021 ve 2022 yıllarında makul sürede yargılanma hakkına ilişkin başvuruların sıra dışı artışı ve bu

18 Bkz. https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Downloads/EN/Jahresbericht/jahresbericht_2022.pdf?__blob=publicationFile&v=3 (Erişim Tarihi: 23/11/2023)

19 *Nevriye Kuruç* [GK], B. No: 2021/58970, 5/7/2022.

20 28/3/2023 tarihli ve 7445 sayılı Kanun'un 40. maddesi

21 *Burmych ve diğerleri/Ukrayna* [BD] B. No: 46852/13, 12/10/2017.

22 *Keser Altıntaş* [GK], B. No: 2023/18536, 25/7/2023.

23 Federal Alman Anayasa Mahkemesine yapılan başvurulardan başarılı olanların son on yıllık ortalaması %1,69'dur. Bkz. https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Downloads/EN/Jahresbericht/jahresbericht_2022.pdf?__blob=publicationFile&v=3 (Erişim Tarihi: 26/11/2023)

kapsamda yapılan başvuruların önemli bir bölümünün ihlalle sonuçlanmasının etkili olduğu anlaşılmaktadır. Çünkü anılan başvuruların arttığı yıllardan 2021 yılında ihlal oranı %19,3, 2022 yılında ise %57,8 olarak gerçekleşmiştir. Ayrıca AYM tarafından en az bir hakkın ihlaline karar verilen toplam başvuru sayısı 61.588 olup bunun %80'i olan 49.269 başvuruda makul sürede yargılanma hakkının ihlaline karar verilmiştir[24]. Bu veriler birlikte değerlendirildiğinde ihlal oranlarının yükselmesinin nedeninin makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğine ilişkin başvurular olduğu anlaşılmaktadır.

Öte yandan AYM kararlarının uluslararası standartlara uygunluğuna da bakmak gerekir. Bu bağlamda AYM tarafından incelenip ihlal dışında bir kararla sonuçlandırılan başvurulardan daha sonra AİHM tarafından incelenip sonuçlandırılan başvurularda AYM'nin performansının ne şekilde olduğu değerlendirilecektir.

AYM bireysel başvuru uygulamasına geçilmesinden itibaren 2022 yılı sonuna kadar 375.017 başvuruyu sonuçlandırmıştır[25]. Bunlardan 61.588 adedinde en az bir ihlal kararı verilmiştir. Kalan 313.429 başvuruda ise başvuruculara olumsuz cevap verilmiştir. 2013-2022 yılları arası AİHM'e yapılan toplam başvuru sayısı ise 83.280 olarak gerçekleşmiştir. 2022 yılı sonu itibarıyla AİHM önünde Türkiye aleyhine yapılmış derdest başvuru sayısı ise 20.100'dür.

AYM tarafından bireysel başvuru kapsamında incelenip karar verildikten sonra AİHM tarafından en az bir hak bakımından ihlalle sonuçlandırılan karar sayısı -1/11/2023 tarihine kadar verilenler de dâhil- 110 olarak tespit edilmiştir. Diğer bir ifadeyle AİHM 110 adet kararında daha önce AYM tarafından karara bağlanan başvuruları ihlalle sonuçlandırmıştır. Bu AİHM kararına karşılık gelen AYM karar sayısı ise toplam 1.411'dir. Bunlardan 1.274'ü AİHM tarafından aynı hukuki mesele çerçevesinde toplu olarak karara bağlanmış olup kural olarak bunlar tekrar eden başvurulara ilişkin AYM komisyon kararlarıdır. AİHM tarafından toplu olarak karara bağlanan daha önce AYM kararlarına konu olmuş başvurulardan 1.146 adedi FETÖ/PDY bağlantılı olarak tutuklanan yargı mensuplarına ilişkindir. Toplu olarak karara bağlanan çok sayıda başvuru olmasına rağmen AİHM ve AYM kararlarının sonuçları bakımından ortaya çıkan farlılıklara ilişkin bu istatistiğin AYM yönünden bir başarı olarak kabul edilebileceği söylenebilir.

Bir sonraki başlık altında incelenecek olan AYM ve AİHM kararları arasında ortaya çıkan farklılıklar -esas olarak- AİHM'in 110 adet kararına karşılık

24 Bu son istatistik bilgilerinin kaynağı için bkz. https://www.anayasa.gov.tr/media/8499/bb_2022_tr.pdf (Erişim Tarihi: 23/11/2023)

25 En son kamuya açık yayımlanan istatistiklerin esas alındığı 30/9/2023 tarihi itibarıyla bu sayı toplam 422.016'dır. https://www.anayasa.gov.tr/media/8917/bb_2023_3_tr.pdf (Erişim Tarihi: 26/11/2023). Bu çalışmada 2022 yılı sonunun esas alınmasının nedeni AİHM'e Türkiye aleyhine yapılan toplam başvuru bilgisine yer verilecek olan 2023 Yıllık Rapor'unun (Annual Report) 2024 yılı içinde yayımlanacak olmasıdır.

gelen -yukarıda toplu olarak karara bağlandığı belirtilenler (1.274) dışında kalan- tekil nitelikte 137 adet AYM kararı üzerinden ele alınacaktır. AYM ve AİHM kararları arasındaki farklılıklar -kural olarak- bu kararlar üzerine verilen AİHM kararları çerçevesinde ortaya çıkmıştır.

Anılan 137 kararın; 26 adedi Genel Kurul, 21 adedi Birinci Bölüm, 21 adedi İkinci Bölüm, 58 adedi komisyonlar tarafından verilmiş olup 1 adedi ise idari ret kararıdır.

AYM'nin kararlarının sayısal olarak oldukça önemli bölümünün komisyonlar tarafından verilmiş olması nedeniyle AİHM'in ihlal verdiği kararların -künyelerine yer verilmeyen kararlar da dikkate alındığında- çoğunun komisyonlardan verilen kararlarla ilgili olması olağan karşılanabilir.

Yine yukarıdaki veriler dikkate alındığında AİHM tarafından sonradan ihlalle sonuçlandırılan kararların ilgili olduğu AYM kararlarının Bölümler arası sayısal dağılımın da orantılı olduğu söylenebilir.

Buna karşılık ilk bakışta AİHM'in ihlal verdiği kararların ilgili olduğu Genel Kurul kararlarının sayısal olarak fazla olduğu göze çarpmaktadır. Sayısal durum bu olmakla birlikte Genel Kurul kararları bakımından da sıra dışı bir durumun olmadığı söylenebilir. Zira bu Genel Kurul kararlarının 2 adedi üzerine AİHM tarafından verilen ihlal kararları AYM'nin ihlal kararlarının uygulanmaması üzerine Genel Kurul kararı paralelinde verilen kararlardır. Ayrıca Genel Kurul kararlarının önemli bir bölümü belli gruplara toplanabilen aynı hukuki meselelere ilişkin verilen kararlardır. Nitekim 26 adet karardan 20 adedinin sadece kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı kapsamında gruplandırılabilir belli hukuki meselelere ilişkin olması bu konuda bir fikir verebilir. Öte yandan Genel Kurulun ilkesel anayasal sorunlar dışında kamuoyunca yakından takip edilen başvurularla ilgili de karar verdiği ve yukarıda belirtilen sayıya dâhil olan kararların kahir ekseriyetinin bu nitelikte olduğu da dikkate alınabilir.

Sayısal veriler bu şekilde değerlendirildikten sonra AYM ile AİHM arasındaki farklılıklarla ilgili değerlendirmelere geçilebilir.

III. FARKLILIKLARLAR ÜZERİNDEN DEĞERLENDİRME

A. Olgusal Değerlendirme Farklılıkları

Karşılaştırılan kararlarda 34 noktada AYM ve AİHM kararları arasındaki farklılığın olguların farklı şekilde değerlendirilmesinden kaynaklandığı tespit edilmiştir. AYM ile AİHM arasında olgusal değerlendirmelerden kaynaklanan farklılar yönünden bu çalışmada detaylı açıklama yapılmasına gerek duyulmamıştır. Zira bunlar kural olarak ilgili kararlara konu somut olaylara ilişkindir. Diğer bir ifadeyle bu kararlarda AYM ve AİHM aynı ilkeleri esas

almakla birlikte somut olaydaki olguları farklı değerlendirmiştir. Dolayısıyla farklılığın o somut olay dışında süreklilik arz etme potansiyeli kural olarak bulunmamaktadır. AYM ile AİHM kararları arasındaki farklılıkların büyük bölümünün olgusal değerlendirme farklılığından kaynaklandığının ifade edilmesi bu farklılık türü için yeterli görülebilir. Bu farklılıkların azaltılması için AYM tarafından karar verilirken benzer meselelerle ilgili AİHM kararları dikkate alınarak AİHM'in aynı ilkelerle ilgili uygulamasının nasıl olduğunun daha iyi incelenmesi yoluna gidilebilir. Burada sözü edilen bir değerlendirme farklılığı olduğundan bu farklılığın tamamen ortadan kaldırılmasının mümkün olmadığı da ifade edilmelidir.

B. Eksik İncelemeden Kaynaklanan Farklılıklar

Karşılaştırılan kararlarda 4 noktada AYM ve AİHM kararları arasındaki farklılığın AYM'nin başvuruya yansıyan bazı hususları eksik incelemesinden kaynaklandığı tespit edilmiştir. Bunlardan 3 adedi bölüm, 1 adedi komisyon kararlarında tespit edilmiştir. Başvurucuların şikâyetlerinin ve başvuruya yansıyan olguların değerlendirildiğinden emin olma konusunda daha titiz olunması hâlinde bu farklılıkların kolayca ortadan kaldırılmasının mümkün olduğu değerlendirilmektedir.

C. Uygulama Hatasından Kaynaklanan Farklılıklar

Karşılaştırılan kararlarda 21 noktada AYM ve AİHM kararları arasındaki farklılığın AYM'nin genel içtihadının ve uygulamasının AİHM'e paralel olmasına rağmen somut olayda bu içtihattan sapılarak hatalı uygulama yapıldığı tespit edilmiştir. Bunlardan 19 adedi komisyon, 1 adedi bölüm kararlarında tespit edilmiştir. Komisyonların Mahkemeye yapılan başvuruların kahir ekseriyetini karara bağladığı dikkate alındığında uygulama hatalarının çoğunluğunun komisyon kararlarından kaynaklanmasının tabii olduğu söylenebilir. Bu hataların iş yükü baskısı nedeniyle hızlı karar vermek durumunda kalınmasından kaynaklandığı değerlendirilmektedir. Bununla birlikte Mahkemenin karşılaştığı iş yükünün boyutları dikkate alındığında bu sorunun tamamen ortadan kaldırılabileceği söylenemez. Ancak özellikle komisyonlar tarafından liste usulüyle karar çıkarılırken[26] daha da titiz olunmaya gayret edilmesi hâlinde bu sorunun asgariye indirilmesinin mümkün olabileceği değerlendirilmektedir.

D. Hükûmetin Savunmasındaki Eksiklikten Kaynaklanabilecek Farklılıklar

Karşılaştırılan kararlarda 8 noktada hükûmetin savunma yaparken kabul edilebilirlik ve usule ilişkin diğer hususlarda AİHM nezdinde itirazda bu-

26 Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 33. maddesinin (1) numaralı fıkrasına göre "*Komisyonlar raportörlerince hazırlanan kabul edilebilirlik karar taslakları ile kabul edilemezlik karar taslak ya da listeleri, Komisyonlarca karara bağlanır.*"

lunmadığı tespit edilmiştir. Hükûmetin itirazda bulunmuş olması hâlinde sonucun değişebileceği, en azından AİHM nezdinde ilgili hususta tartışma açabileceği değerlendirilmektedir.

E. Yöntem Farklılıkları

Karşılaştırılan kararlarda 19 yerde AYM ve AİHM kararları arasındaki farklılığın yöntem farklılığından kaynaklandığı tespit edilmiştir. Bu farklılıklar ilke düzeyinde olmayıp AYM ve AİHM tarafından farklı inceleme yöntemi izlenmesinden kaynaklanmıştır. Bunlardan bazıları sonucu belirlemeye etkili olmayıp bazıları ise sonucu belirleme potansiyeli taşımaktadır. Sonucu belirleyebilecek nitelikte olanların bazıları ise sürekli ihlal kaynağı oluşturmaya elverişli olabilir. Aşağıda sonuca etki edebilecek ve sürekli ihlal kaynağı olabilecek yöntem farklılıklarına değinilecektir.

- AİHM başvurucunun tahliye edildikten sonra aynı ya da benzer bir konuya ilişkin başka bir soruşturmada tutuklanmasını ayrı bir tutuklama olarak görmemiş[27], AYM ise farklı ayrı bir tutuklama olarak değerlendirmiştir[28].

- AİHM Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) 5. maddesinin (1) numaralı fıkrası kapsamında sadece ilk tutukluluğun değil devam eden tutukluluğun da makul şüphe şartını karşılayıp karşılamadığını incelemektedir[29]. İlk tutuklama kararından sonraki süreçte dosyaya giren delilleri de -tutuklamanın devamı kararında bu delillere atıf yapılması durumunda- dikkate almaktadır. AYM ise (Sözleşme'nin 5. maddesinin (1) numaralı fıkrasına tekabül eden) tutuklamanın hukukiliğini her ne kadar sonraki delilleri dikkate alsa da sadece ilk tutuklama kararı üzerinden incelemektedir[30]. AİHM ile AYM arasındaki bu farklılık tutuklama ile ilgili başvuruların çoğunda geçerli bir durumdur.

- İfade özgürlüğü veya seçme, seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkı gibi maddi haklarla bağlantılı tutuklamalara ilişkin başvurularda AİHM kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı yanında ifade özgürlüğü kapsamında da inceleme yapıp ihlal sonucuna varmaktadır[31]. AYM ise bazı durumlarda kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiğine karar verdikten sonra ayrıca ifade özgürlüğü kapsamında inceleme yapmayabilmektedir[32].

27 *Atilla Taş/Türkiye*, B. No: 72/17, 19/1/2021; *Murat Aksoy/Türkiye*, B. No: 80/17, 13/4/2021; *Abdullah Kılıç/Türkiye*, B. No: 43979/17, 31/1/2023.

28 *Atilla Taş*, B. No: 2016/30220, 29/5/2019; *Murat Aksoy* [GK], B. No: 2016/30112, 2/5/2019; *Abdullah Kılıç*, B. No: 2016/25356, 8/1/2020.

29 *Ilıcak/Türkiye*, B. No: 1210/17, 14/12/2021.

30 *Ayşe Nazlı Ilıcak* [GK], B. No: 2016/24616, 3/5/2019.

31 *Abdullah Kılıç/Türkiye*; *Selahattin Demirtaş/Türkiye* [BD], B. No: 14305/17, 22/12/2020.

32 *Abdullah Kılıç*; *Selahattin Demirtaş (3)*, B. No: 2017/38610, 9/6/2020.

- Kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının ihlal edildiğinin tespit edildiği durumlarda başvurucuların ayrıca siyasi saikle tutuklandıklarını ve Sözleşme'nin 18. maddesinin ihlal edildiğini ileri sürmüşlerse AİHM'in bu şikâyeti ayrıca incelediği[33] buna karşın AYM'nin kural olarak anılan şikâyeti incelemekten mümkün olduğu kadar imtina ettiği gözlemlenmektedir[34].

F. Anayasa'dan Kaynaklanan Farklılıklar

Karşılaştırılan kararlarda 5 konuda AYM ile AİHM arasındaki farklılığın Anayasa'dan kaynaklandığı tespit edilmiştir. AYM'nin -Anayasa hükmünü aşamadığından- bu tür farklılıkları gidermesi kural olarak mümkün olamamaktadır. Bununla birlikte AYM'nin Anayasa'nın açık hükmü gereği değil de yorum yoluyla bir Anayasa hükmünün incelemeyi engellediği sonucuna vardığı hususları ayrı tutmak gerekir[35]. Bunlar yönünden yorum değiştiğinde AİHM kararı ile uyum sağlanması mümkündür.

AYM ile AİHM arasında ortaya çıkan ve Anayasa'dan kaynaklanan farklılıklar şunlardır:

- AİHM Anayasa değişikliğiyle milletvekillerinin belli bir döneme ilişkin olarak Anayasa'daki dokunulmazlık güvencesinden yararlandırılmamasıyla ilgili olarak öngörülebilirlik yönünden ihlal kararı vermişken[36] AYM Anayasa değişikliklerini esas yönünden denetleyemeyeceğinden bu yönde inceleme yapmamıştır[37].
- AİHM Hâkimler ve Savcılar Kurulunun (HSK) mesleğe kabul etmeme kararının yargı denetimine tabi olmamasında ihlal tespit etmişken[38] AYM Anayasa'nın 159. maddesinin onuncu fıkrası ile HSK'nın meslekten çıkarma cezası dışındaki kararları yargı denetimi dışında bıraktığından kendisine yapılan başvuruyu konu bakımından yetkisizlik nedeniyle kabul edilemez bulmuştur[39].

33 *Selahattin Demirtaş/Türkiye* [BD].
34 *Selahattin Demirtaş (3)*.
35 Bkz. aşağıda açıklanacak parlamento kararlarına karşı bireysel başvuru yapılamayacağına dair AYM kararı
36 *Selahattin Demirtaş/Türkiye* [BD]; *Yüksekdağ Şenoğlu ve diğerleri/Türkiye,* B. No: 14332/17, 18/11/2022.
37 *Selahattin Demirtaş* [GK], B. No: 2016/25189, 21/12/2017; *Figen Yüksekdağ Şenoğlu*, B. No: 2016/25187, 4/4/2018; *Figen Yüksekdağ Şenoğlu (3)*, 2021/7181, 13/1/2022; *İdris Baluken*, B. No: 2016/41020, 21/3/2018; *Besime Konca*, B. No: 2017/5867, 3/7/2018; *Abdullah Zeydan*, B. No: 2016/29875, 14/11/2018; *Nihat Akdoğan*, B. No: 2016/29411, 23/5/2018; *Selma Irmak*, B. No: 2016/32948, 7/3/2018; *Ferhat Encu*, B. No: 2016/29925, 11/6/2018; *Gülser Yıldırım (2)* [GK], B. No: 2016/40170, 16/11/2017; *Nursel Aydoğan*, B. No: 2016/35718, 30/10/2018; *Çağlar Demirel*, B. No: 2017/5221, 12/9/2018; *Ayhan Bilgen* [GK], B. No: 2017/5974, 21/12/2017; *Burcu Özkan* [GK], B. No: 2017/28895, 25/10/2018; *Leyla Birlik*, B. No: 2016/40882, 4/7/2018.
38 *Oktay Alkan/Türkiye*, B. No: 24492/21, 20/6/2023.
39 *Oktay Alkan*, B. No:2021/3920, 24/3/2021 (Birinci Bölüm İkinci Komisyon).

- AİHM milletvekili olan ve parlamento kararıyla disiplin cezası verilen başvurucunun ifade özgürlüğü kapsamındaki şikâyetinin esasını inceleyerek ihlal tespit etmişken[40] AYM Anayasa'da AYM'nin denetimine imkân tanınanlar dışındakilerden olan somut olaydaki parlamento kararını inceleyemeyeceği gerekçesiyle başvuruyu konu bakımından yetkisizlik nedeniyle kabul edilemez bulmuştur[41].
- AİHM antrenör olan başvurucuya sosyal medyadaki ifadeleri nedeniyle verilen ilgili spor federasyonu tarafından verilen disiplin cezasına karşı yapılan itirazı reddeden Tahkim Kurulu kararı üzerine ifade özgürlüğü kapsamında yapılan başvurunun esasını inceleyerek ihlal tespit etmişken[42] AYM Anayasa'nın 59. maddesiyle yargı denetimi dışında bıraktığı işlemlerden olduğu için Tahkim Kurulu kararlarına karşı yapılan başvuruyu konu bakımından yetkisizlik nedeniyle kabul edilemez bulmuştur[43].
- AİHM, AYM tarafından şekle ilişkin eksiklikler nedeniyle idari retle sonuçlandırılan[44] Anayasa'dan kaynaklanan kısıtlama nedeniyle bazı hükümlülerin oy kullanamamasına ilişkin Yüksek Seçim Kurulu kararı üzerine yapılan başvurunun esasını incelemiş ve ihlal tespit etmiştir[45]. AİHM'in, AYM'nin idari ret kararını dikkate almamasının nedeninin -kararda açıkça belirtmese de- YSK kararlarına karşı zaten AYM'ye karşı başvuru yapılamayacak olması olabilir. AYM önündeki başvurunun idari retle sonuçlanmasaydı bile kabul edilemez bulunacağını belirtmek gerekir. Zira AYM içtihadına göre Anayasa'nın 79. maddesinin yargı denetimi dışında bıraktığı karar olması nedeniyle YSK kararlarının bireysel başvuruda incelenmesi mümkün değildir[46]. Öte yandan Anayasa'nın 67. maddesi gereği taksirli suçlardan hüküm giyenler hariç ceza infaz kurumlarında bulunan hükümlülerin oy kullanma hakkına bizzat Anayasa tarafından sınırlama getirildiği için bu durumdaki kişiler Anayasa tarafından korunmayan bir hakka yönelik başvuruda bulunmuş olacak bu durumda konu bakımından yetkisizlik sebebi oluşturacaktır[47].

40 *Baydemir/Türkiye*, B. No: 23445/18, 13/6/2023.
41 *Osman Baydemir (2)* [GK], B. No: 2018/1878, 27/10/2022.
42 *A. M./Türkiye*, B. No: 67199/17, 19/10/2021.
43 *A. M.*, B. No: 2017/32286, 6/3/2018 (Birinci Bölüm Birinci Komisyon).
44 *Resul Çetin*, B. No: 2015/9694, 20/10/2015) (İdari Red).
45 *Çetin/Türkiye*, B. No: 47299/15, 1/2/2022.
46 *Atila Sertel* [GK], B. No: 2015/6723, 14/7/2015, § 40; *Oğuz Oyan* [GK], B. No: 2015/8818, 14/7/2015, § 28.
47 Benzer konuda bkz. *Musa Kaya*, B. No: 2014/19397, 25/3/2015.

G. İlkesel Farklılıklar

Karşılaştırılan kararlarda 39 konuda AYM ile AİHM arasındaki farklılığın ilkesel nitelikte olduğu tespit edilmiştir. Bu tür bir farklılıkta AYM'nin farklılığı ortadan kaldırmak için hâlihazırda kullandığı ilkeleri AİHM ilkeleri ile paralel hâle getirmesi gerekmektedir. AYM bu farklılıkların ortaya çıkmasından sonra bazı konularda içtihadını AİHM içtihadı ile paralel hâle getirmiş, istisnai bazı konularda açıkça AİHM ilkelerini takip etmeyeceğini kararlarında açıklamış, bazılarında açıkça belirtmeden eski içtihadını sürdürmüş, bazılarında ise henüz yeni bir değerlendirme yapmamıştır. Aşağıda bu farklılıklara -yukarıda belirtilen hususlara ilişkin açıklamaları da içerecek şekilde- haklara ilişkin alt başlıklar altında yer verilecektir.

1. Yaşam Hakkı

- AİHM, 2/12/1999 tarihli ve 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun kapsamında idari makamlar tarafından yürütülen soruşturmanın sorunlu olduğuna dair öteden beri yaptığı tespitleri devam ettirmiştir[48]. AYM ise bu yönde genel bir değerlendirme yapmamıştır[49]. AYM'nin genel içtihadında 4483 sayılı Kanun kapsamındaki soruşturmalarda sorun gördüğü kararları bulunmakla birlikte[50] AYM kararlarının, AİHM kararları kadar keskin ve net olduğunu söylemek güçtür.
- AİHM, AYM'nin siyasiler ve üst düzey kamu görevlilerine yönelik olarak yapılan bireysel başvurularda kolluğun orantısız müdahalesiyle verilen talimatlar arasında illiyet bağını gösterir kanıt unsuru bulunmadığı durumlarda açıkça dayanaktan yoksunluk nedeniyle kabul edilemezlik karar verilmesi şeklindeki yerleşik içtihadını[51] sorunlu bulmuş ve söz konusu bilgiler güvenlikten sorumlu kişilerin elinde olacağı için başvuruculardan illiyet bağını ortaya koymasının beklenemeyeceğini, bunun ispat yükünün tersine çevrilmesi anlamına geldiğini vurgulamıştır[52]. Karşılaştırmaya konu kararda AYM yerleşik içtihadı doğrultusunda değerlendirme yapmıştır[53].

48 *Elvan/Türkiye,* B. No: 64937/19, 7/2/2023.
49 *Gamze Elvan ve diğerleri*, B. No: 2015/5718, 9/5/2019.
50 *Albina Kiyamova (Alibaeva)*, B. No: 2013/3187, 14/4/2016; *Ümmühan Seçil Sucu*, B. No: 2017/15128, 19/11/2020; *Melih Dalbudak,* B. No: 2016/16050, 13/2/2020.
51 Örnek olarak bkz. *İbrahim Akan*, B. No: 2014/10628, 16/11/2016; *Ulaş Lokumcu*, B. No: 2013/7753, 27/10/2016; *Onur Cingil (2),* B. No: 2014/2976, 9/5/2018; *Hasan Fırat* [GK], B. No: 2015/9496, 31/10/2019; *Belkis Yurtsever ve diğerleri*, B. No: 2016/7537, 11/5/2022.
52 *Elvan/Türkiye*.
53 *Gamze Elvan ve diğerleri*.

2. Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı

- AİHM idari para cezasına ilişkin işlemler yapılmak üzere kişinin karakola götürülüp bekletilmesi şeklindeki "tutma" hâlini "kanunda öngörülen bir yükümlülüğün yerine getirilmesi amacıyla tutma" kapsamında görmeyip ihlal sonucuna varırken[54] AYM bu kapsamda görüp değerlendirme yapmış ve ihlal sonucuna varmamıştır[55].

- AİHM olağanüstü hâl döneminde tutuklama ile ilgili mevzuatta bir değişiklik yapılmadığı, dolayısıyla herhangi bir derogasyon uygulanmadığı gerekçesiyle tutuklama tedbirlerini Sözleşme'nin 15. maddesi kapsamında değerlendirmezken[56] AYM Anayasa'nın 15. maddesi yönünden değerlendirme yapmıştır[57]. AİHM daha önce *Şahin Alpay/Türkiye* ve *Mehmet Hasan Altan/Türkiye* kararlarında ifade özgürlüğünün ihlal edildiği şikâyetine ilişkin değerlendirmesinde Sözleşme'nin 15. maddesi yönünden de bir inceleme yapmış olmasına rağmen yukarıda belirtilen kararda ifade özgürlüğü şikâyeti kapsamında böyle bir değerlendirme yapmamıştır. AİHM'in içtihadını güncellediği anlaşılmaktadır.

- İfade özgürlüğüyle bağlantılı konulara ilişkin tutuklamaları konu alan başvurularda AİHM kuvvetli suç şüphesinin bulunmadığı durumlarda ifade özgürlüğü bakımından -önceki içtihadını değiştirerek- kanunilik ölçütüne aykırılık nedeniyle ihlal kararı verirken[58] AYM ifade özgürlüğü bakımından demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırılık nedeniyle ihlal kararı vermektedir[59].

- AİHM tutuklamanın hukukiliğini değerlendirirken sadece tutuklama kararındaki şüphe sebeplerinin değerlendirmeye esas alınacağını, daha sonra iddianamede ortaya konulan delillerin tutukluluk hâlinin deva-

54 *Duğan/Türkiye*, B. No: 84543/17, 7/2/2023.

55 *Cemal Duğan*, B. No: 2014/19308, 15/2/2017.

56 *Sabuncu ve diğerleri/Türkiye*, B. No: 23199/17, 11/10/2020.

57 *Önder Çelik ve diğerleri* [GK], B. No: 2016/50971, 2/5/2019; *Mehmet Murat Sabuncu* [GK], B. No: 2016/50969, 2/5/2019; *Akın Atalay* [GK], B. No: 2016/50970, 2/5/2019; *Ahmet Kadri Gürsel* [GK], B. No: 2016/50978, 2/5/2019; *Turhan Günay* [GK], B. No: 2016/50972, 11/1/2018.

AYM'nin *Ahmet Şık* [GK], B. No: 2017/5375, 2/5/2019 kararı ve sonrasında AİHM tarafından verilen *Şık/Türkiye*, B. No: 36493/17, 24/10/2020 kararı; AYM'nin *Atilla Taş* kararı ve sonrasında AİHM tarafından verilen *Atilla Taş/Türkiye* kararı yönünden de aynı değerlendirme geçerlidir.

58 *Sabuncu ve diğerleri/Türkiye*.

59 *Ahmet Kadri Gürsel* [GK].
AYM'nin *Murat Aksoy* [GK] kararı ve sonrasında AİHM tarafından verilen *Murat Aksoy/Türkiye*, kararı; AYM'nin *Ali Bulaç* [GK], B. No: 2017/6592, 3/5/2019 kararı ve sonrasında AİHM tarafından verilen *Bulaç/Türkiye*, B. No: 25939/17, 8/6/2021 kararı; AYM'nin *İlker Deniz Yücel*, B. No: 2017/16589, 28/5/2019 kararı ve sonrasında AİHM tarafından verilen *İlker Deniz Yücel/Türkiye*, B. No: 27684/17, 25/1/2022 kararı yönünden de aynı değerlendirme geçerlidir.

mı kapsamında incelenebileceğini kabul ederken[60] AYM tutuklamanın hukukiliğini değerlendirirken tutuklama kararı sonrasındaki belgelerde belirtilen delilleri de dikkate almaktadır[61].

- AİHM 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 141. maddesinde düzenlenen tazminat yolunun sadece tutukluluğun uzun sürmesi şikâyeti bakımından tüketilmesi gerektiğini, tutukluluğun ilgili ve yeterli gerekçe olmadan devam ettirilmesi şikâyeti yönünden ise bu yolun etkili olmadığını kabul ederken[62] AYM böyle bir ayrım yapmamaktadır[63].

- Soruşturma dosyasına erişimin kısıtlanmasıyla ilgili olarak AİHM belgelere erişimin soruşturma açısından bir tehlikeye sebebiyet verdiği ortaya konulmadan 5271 sayılı Kanun'un 153. maddesinde lafzının tekrar edilmesini eleştirmiş, bu konudaki yerleşik uygulamayı sorunlu görmüşken[64] AYM böyle bir değerlendirmede bulunmamıştır[65]. AYM soruşturma dosyasına erişimin kısıtlanması nedeniyle bugüne kadar sadece bir kararda ihlal sonucuna ulaşmıştır[66]. Bu durum AYM'nin bu şikâyet hakkında tam olarak AİHM kararlarına uygun bir inceleme yapmadığını göstermektedir.

---

60 *Atilla Taş/Türkiye*.

61 *Atilla Taş*.

AYM'nin *Mehmet Sıddık Akın ve diğerleri*, B. No: 2013/97, 11/12/2014 kararı ve sonrasında AİHM tarafından verilen *İşçi ve diğerleri/Türkiye*, B. No: 67483/12, 20/10/2020 kararı; AYM'nin *İzzettin Alpergin* [GK], B. No: 2013/385, 14/7/2015 kararı ve sonrasında AİHM tarafından verilen *Alpergin ve diğerleri/Türkiye,* B. No: 62018/12, 27/10/2020 kararı; AYM'nin *Tekin Akgün*, B. No: 2016/3076, 15/12/2017 (İkinci Bölüm İkinci Komisyon) kararı ve sonrasında AİHM tarafından verilen *Akgün/Türkiye*, B. No: 19699/18, 20/7/2021 kararı; AYM'nin *Alparslan Altan* [GK], B. No: 2016/15586, 11/1/2018 kararı ve sonrasında AİHM tarafından verilen *Alparslan Altan/Türkiye*, B. No: 12778/17, 16/4/2019 kararı; AYM'nin *Hakan Baş*, B. No: 2016/42646, 27/12/2017 (İkinci Bölüm Üçüncü Komisyon) kararı ve sonrasında AİHM tarafından verilen *Baş/Türkiye*, B. No: 66448/17, 3/3/2020 kararı yönünden de aynı değerlendirmeler geçerlidir.

62 *Atilla Taş/Türkiye*.

63 *Atilla Taş*.

AYM'nin *Ayşe Nazlı Ilıcak* [GK] kararı ve sonrasında AİHM tarafından verilen *Ilıcak/Türkiye* kararı; AYM'nin *Hidayet Karaca* (2), B. No: 2015/7254, 12/12/2018 kararı ve sonrasında AİHM tarafından verilen *Karaca/Türkiye*, B. No: 25285/15, 20/6/2023 kararı; AYM'nin *Mehmet Ali Bul*, B. No: 2017/28002, 18/2/2019 (İkinci Bölüm Üçüncü Komisyon) kararı ve sonrasında AİHM tarafından verilen *Bul/Türkiye*, B. No: 48072/19, 30/11/2021 kararı; AYM'nin *Tuncer Bakırhan*, B. No: 2017/28478, 11/10/2018 kararı ve sonrasında AİHM tarafından verilen *Tuncer Bakırhan/Türkiye*, B. No: 31417/19, 14/9/2021 kararı; AYM'nin *Taner Kılıç*, B. No: 2017/38030, 25/12/2018 (Birinci Bölüm Birinci Komisyon) kararı ve sonrasında AİHM tarafından verilen *Taner Kılıç (2)/Türkiye*, B. No: 208/18, 31/5/2022 kararı; AYM'nin *Erdal Tercan* [GK], B. No: 2016/15637, 12/4/2018 kararı ve sonrasında AİHM tarafından verilen *Tercan/Türkiye*, B. No: 6158/18, 29/6/2021 kararı yönünden de aynı değerlendirme geçerlidir.

64 *Yüksekdağ Şenoğlu ve diğerleri/Türkiye*.

65 *Figen Yüksekdağ Şenoğlu*; *Figen Yüksekdağ Şenoğlu (3)*; *İdris Baluken*; *Besime Konca*; *Abdullah Zeydan*; *Nihat Akdoğan*; *Selma Irmak*; *Ferhat Encu*; *Gülser Yıldırım (2)* [GK]; *Nursel Aydoğan*; *Çağlar Demirel*; *Ayhan Bilgen* [GK]; *Burcu Özkan* [GK]; *Leyla Birlik*.

66 *Yavuz Pehlivan ve diğerleri*, [GK], B. No: 2013/2312, 4/6/2015.

- AİHM Türk hukukunda usuli güvencelerin uygulanabilirliği açısından mahkûmiyet öncesi ve sonrası aşamalar arasında herhangi bir ayrım bulunmadığına vurgu yaparak Sözleşme'nin 5. maddesinin (4) numaralı fıkrasının somut olayda uygulanabilir olduğuna hükmetmiş ve bu usule ilişkin güvenceler bağlamında Cumhuriyet savcısı tarafından sunulan mütalaa oldukça kısa ve öz de olsa bunun kişinin tutukluluğu açısından önemli olduğu ve bu mütalaanın tebliğ edilmemesinin başvurucuların önemli bir zarara maruz kalmadıkları anlamına gelmeyeceği kanaatine vararak ihlal sonucuna varmışken[67] AYM mütalaanın cevap verilmeyi gerektirecek yeni olgusal veya hukuki gerekçeler içermemesi nedeniyle anayasal ve kişisel önemden yoksunluk kriterine dayanarak kabul edilemezlik kararı vermiştir[68].
- Cezaevinde avukatla görüşmelerin kayda alınmasının tutuklunun etkili hukuki yardım almasını engellediği şikâyeti yönünden AİHM ilgili mevzuatın kötüye kullanmalara karşı güvenceler içermediğini tespit etmişken[69] rağmen AYM bu yönde bir değerlendirmede bulunmamıştır[70].
- Cezaevinde avukatla görüşmelerin kayda alınmasının tutuklunun etkili hukuki yardım almasını engellediği şikâyeti yönünden AİHM Türkiye'nin derogasyonu ile başvurucuların özgürlüklerinden mahrum bırakılmaları arasında bağlantı kuracak istisnai koşulların bulunmadığı sonucuna varmışken[71] AYM ihlalin olmadığına ilişkin değerlendirmelerini büyük oranda OHAL koşullarına dayandırmıştır[72].
- Tutuklamaya dayanak alınan *ByLock* delili ile ilgili olarak AİHM tutuklamaya karar veren sulh ceza hâkiminin karar verdiği anda *ByLock* ile ilgili yeterli bilgiye sahip olup olmadığını da incelemişken[73] AYM böyle bir inceleme yapmamıştır[74].

67 *Yılmaz Aydemir/Türkiye*, B. No: 61808/19, 23/5/2023.

68 *Yılmaz Aydemir*, B. No: 2016/9464, 10/5/2019 (Birinci Bölüm Birinci Komisyon).

AİHM, AYM'nin *Ç.Ö.* ([GK], B. No: 2014/5927, 19/7/2018) kararını da kendi yorumuna destek olarak almışsa da AYM'nin kararının AİHM'in yaklaşımını desteklediği kuşkuludur. Zira AYM, *Ç.Ö.* kararında başvurucunun mahkûmiyete bağlı tutmanın niteliğiyle bağdaşmayan usule ilişkin şik3ayetlerin anayasal güvence kapsamında olmadığını belirtmiştir. AYM, *Yılmaz Aydemir* kararında anayasal ve kişisel önemden yoksunluk nedeniyle değil başvurucunun itirazının mahkûmiyete bağlı tutmanın niteliğiyle bağdaşmadığı gerekçesiyle -*Ç.Ö.* kararına atfen- açıkça dayanaktan yoksunluk nedeniyle kabul edilmezlik kararı verebilirdi.

69 *Demirtaş ve Yüksekdağ Şenoğlu/Türkiye*, B. No: 10207/21 10209/21, 6/6/2023.

70 *Selahattin Demirtaş (6)*, B. No: 2017/3357, 30/9/2020; *Figen Yüksekdağ Şenoğlu (2)*, B. No: 2017/3366, 9/7/2020.

71 *Demirtaş ve Yüksekdağ Şenoğlu/Türkiye*.

72 *Selahattin Demirtaş (6)*; *Figen Yüksekdağ Şenoğlu (2)*.

73 *Akgün/Türkiye*.

74 *Tekin Akgün*.

- Tutuklamaya dayanak alınan *ByLock* delili ile ilgili olarak AİHM sırf şifreli bir iletişim uygulamasının indirilmesi veya kullanılmasının ya da gönderilen mesajların gizliliğini koruyacak diğer bir koruma yönteminin kullanılmasının tek başına bu iletişim programının yasadışı veya suç eylemi olduğunu ispat etmeye yetmeyeceğini, şifreli iletişim metodunun kullanımının, gönderilen mesajların içeriği, gönderildikleri bağlam ya da buna ilişkin diğer unsurlarla desteklenmesi hâlinde kullanıcının bir suç örgütünün üyesi olduğundan şüphelenilebilecek makul bir gerekçenin bulunduğundan bahsedilebileceğini vurgulamışken[75] AYM -tam olarak- böyle değerlendirme yapmamıştır[76].
- AİHM 15 Temmuz darbe teşebbüsü sonrasında hâkimlerin tutuklanmasının kanuniliğini incelerken "ağır cezalık suç üstü hâli"nin bulunmadığı gerekçesiyle ihlal sonucuna varırken[77] AYM aksi yönde karar vermektedir[78]. AYM, AİHM kararı sonrasındaki kararlarında da aynı yaklaşımını sürdürmektedir[79].
- AİHM "kişisel suç nedeniyle" ağır cezalık suçüstü hâli olmadan hâkim ve savcıların tutuklanabileceği argümanını kabul etmeyip somut olaydaki tutmanın kanundaki usule uygun olmadığı sonucuna varırken[80] AYM aksi yönde karar vermiştir[81]. AYM anılan AİHM kararından sonra *Yıldırım Turan*[82] kararında -iç hukuku yorumladığı gerekçesiyle AİHM'i eleştirerek- konuya ilişkin daha net değerlendirmeler yapmış ve önceki içtihadını devam ettirmiştir. Buna karşılık AİHM *Turan ve diğerleri/Türkiye* kararında[83] AYM'nin *Yıldırım Turan* kararını değerlendirmiş ve önceki içtihadında (*Baş/Türkiye*) değişiklik yapmamıştır[84].

75 *Akgün/Türkiye*.
76 *Tekin Akgün*.
AYM'nin *Taner Kılıç* kararı ve sonrasında AİHM tarafından verilen *Taner Kılıç (2)/Türkiye* kararı; AYM'nin 45 başvurucu hakkındaki kararları ve sonrasında AİHM tarafından verilen *Eriş ve diğerleri/Türkiye*, B. No: 58665/17, …, 24/10/2023 kararı yönünden de aynı değerlendirmeler geçerlidir.
77 *Alparslan Altan/Türkiye*.
78 *Alparslan Altan* [GK].
AYM'nin *Erdal Tercan* [GK] kararı ve sonrasında AİHM tarafından verilen *Tercan/Türkiye* kararı; AYM'nin *Hakan Baş* kararı ve sonrasında AİHM tarafından verilen *Baş/Türkiye* kararı yönünden de aynı değerlendirmeler geçerlidir.
79 Örnek olarak bkz. *A.B.* [GK], B. No: 2016/22702, 31/10/2019; *Yıldırım Turan* [GK], B. No: 2017/10536, 4/6/2020.
80 *Baş/Türkiye*.
81 *Hakan Baş*.
82 *Yıldırım Turan*.
83 *Turan ve diğerleri/Türkiye* (B. No: 75805/16, 23/11/2021
84 AİHM 50 başvurucu hakkındaki *Acar ve diğerleri/Türkiye,* B. No: 64251/16, 28/6/2022; 21 başvurucu hakkındaki *Ulusoy ve diğerleri/Türkiye,* B. No: 73062/16, 6/9/2022; 32 başvurucu hakkındaki *Moral ve diğerleri* 49867/17, 18/10/2022; 82 başvurucu hakkındaki *Güngör ve diğerleri*, 59639/17,13/12/2022; 70 başvurucu hakkındaki *Geleş ve diğerleri*, 75881/16, 6/9/2022; 31 başvurucu hakkındaki *Ataman ve diğerleri/Türkiye,* B. No: 14676/17, 6/9/2022; 109 başvurucu

- Hâkim ve savcıların soruşturma izni alınmadan tutuklanmasını inceleyen AİHM tutuklamanın hukukiliği yönünden soruşturma izni alınmasının kritik öneme sahip olduğunu, somut olayda soruşturma izni alınmasına gerek olmayan istisnai hâllerin mevcut olmadığını belirterek başvurucuların kanunda öngörülen usule aykırı olarak tutuklandığı sonucuna varmışken[85] AYM bu yönde bir inceleme yapmamıştır[86].
- Geri gönderme merkezinde tutmayla ilgili başvuruda AİHM tutma hâlinin devam ettiği sırada tutmanın kanuna uygunluğu ile tutma koşullarının AYM tarafından hızlı ve etkili bir şekilde incelenmemesi nedeniyle Sözleşme'nin 5/4 maddesi ve 3. maddesi ile bağlantılı olarak 13. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiş ve -başvuru yollarının tüketilmesi bakımından- başvurucuların tutma hâlinin sona erdirilmesi amacıyla başvuruda bulunduklarını tespit etmiş ve bu koşullarda AYM'nin *B.T.* kararındaki[87] durumdan farklı olarak Sözleşme'nin 3. maddesi açısından etkili hukuk yolunun tazminat yolu olamayacağını vurgulamışken[88] AYM *B.T.* kararına atıfla başvuru yollarının tüketilmemesi nedeniyle kabul edilmezlik kararı vermiştir[89].

3. Adil Yargılanma Hakkı

- Yargı kararlarının icra edilmemesi şikâyetiyle ilgili olarak daha önce AİHM'e başvuran ancak Tazminat Komisyonuna yönlendirilen başvurucunun Komisyondan sonra AYM'ye başvurması ancak yasa değişikliğiyle AYM önündeki başvurular yönünden de Tazminat Komisyonunun yetkili kılınmasıyla ilgili başvuru kapsamında AİHM daha önce tüketilmiş olan yolun yeni yasa değişikliğiyle AYM önünde derdest olan başvurular yönünden de açılması durumunda tekrar tüketilmesinin gerekli olmadığına hükmetmişken[90] AYM başvuru yollarının tüketilmemesi nedeniyle kabul edilmezlik kararı vermiştir[91].
- Tüzel kişilerin adli yardım talebinin reddine ilişkin başvuruyu AİHM tek başına mahkemeye erişim hakkı kapsamında değerlendirmişken[92] AYM ayrımcılık yasağıyla bağlantılı olarak adil yargılanma hakkı kap-

hakkındaki *Bayram ve diğerleri/Türkiye,* B. No: 20061/17, 6/9/2022; 135 başvurucu hakkındaki *Sevinç ve diğerleri/Türkiye,* B. No: 63634/16, 18/10/2022; 131 başvurucu hakkındaki *Ayvaz ve diğerleri/Türkiye,* B. No: 14347/17, 11/7/2023 kararlarında yukarıdaki *Baş/Türkiye* ile *Turan ve diğerleri/Türkiye* kararlarındaki yaklaşımını sürdürmüştür.

85 *Başer ve Özçelik/Türkiye*, B. No: 30694/15, 13/9/2022.

86 *Mustafa Başer ve Metin Özçelik*, B. No: 2015/7908, 20/1/2016.

87 *B.T.* [GK], B. No: 2014/15769, 30/11/2017.

88 *G.B. ve diğerleri/Türkiye*, B. No: 4633/15, 17/10/2019.

89 *G.B. ve diğerleri*, B. No: 2014/19481, 24/5/2018.

90 *Tetik ve diğerleri/Türkiye*, B. No: 25885/19, 15/3/2022; *Eren ve diğerleri/Türkiye*, B. No: 29936/19, 3/5/2022.

91 *Aydın Uzunbay ve diğerleri*, B. No: 2014/4048, 29/11/2018; *Abdullah Aydın ve diğerleri*, B. No: 2015/1245, 21/1/2019 (Birinci Bölüm Üçüncü Komisyon).

92 *Nalbant ve diğerleri/Türkiye*, B. No: 59914/16, 3/5/2022.

samında incelemiştir[93]. AYM sonradan verdiği *Kemtaş Tekstil İnş. San. ve Tic. A.Ş.* kararında AİHM'in yaklaşımını benimsemiştir[94].

- AİHM tüzel kişiler bakımından mahkeme harçlarından muafiyete ilişkin kanunla öngörülen genel bir yasağın Sözleşme'nin 6/1 maddesi yönünden bir sorun teşkil ettiği sonucuna varmışken[95] AYM tüzel kişilerin adli yardım talebinden yararlandırılmamasında bir sorun görmemiştir[96]. AYM sonradan verdiği *Kemtaş Tekstil İnş. San. ve Tic. A.Ş.* kararında AİHM içtihadına uyum sağlamıştır.
- AİHM *ByLock* verilerinin elde edilişi, bütünlüğü, hukuka uygunluğu ve güvenilirliğine ilişkin bir dizi itirazın mahkemelerce cevapsız bırakılmış olması, kişilere ham verilere uygun bir şekilde ulaşıp karşı koyma imkânının tanınmaması nedeniyle adil yargılanma hakkın kapsamındaki usul güvencelerinin ihlal edildiği sonucuna varmışken[97] AYM bu yönde karar vermemiştir[98].

4. Suç ve Cezaların Kanuniliği İlkesi

- AİHM suçun yerleşik içtihatla belirlenen unsurlarına, özellikle manevi unsuruna ilişkin belirleme yapılmadan tek başına *ByLock* kullanımının silahlı terör örgütü üyeliği suçundan mahkûmiyet için yeterli görülmesinin suç ve cezaların kanuniliği ilkesine aykırı olduğu sonucuna varmışken[99] AYM aksi yönde karar vermiştir[100].

5. Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Hakkı

- AİHM hukuka aykırı arama kararı nedeniyle 8. maddenin ihlal edildiği şikâyeti bakımından 5271 sayılı Kanun'un 141. maddesinin 1. fıkrasının (i) bendinde öngörülen tazminat yolunun yalnızca ölçüsüz bir şekilde yürütülen aramalarla ilgili olduğu ve bu türden tedbirlerin yasaya aykırılığına ilişkin şikâyetler hakkında herhangi bir hukuk yolu sunmadığı, dolayısıyla somut olaydaki hukuka aykırı arama iddiası yönünden bu yolun tüketilmesinin gerekmediğine karar vermişken[101] AYM tazminat tolunun tüketilmemiş olması nedeniyle kabul edilmezlik kararı vermiştir[102]. Bununla birlikte AYM'nin güncel uygulaması -AİHM kararına paralel olarak- arama tedbirinin sadece ölçüsüz olduğundan

93 *Emine Zeynep Kıray ve diğerleri*, B. No: 2016/3365, 10/5/2016 (İkinci Bölüm Birinci Komisyon).
94 *Kemtaş Tekstil İnş. San. ve Tic. A.Ş.* [GK], B. No: 2020/22192, 17/5/2023.
95 *Nalbant ve diğerleri/Türkiye*.
96 *Emine Zeynep Kıray ve diğerleri*.
97 *Yüksel Yalçınkaya/Türkiye* [BD], B. No: 15669/20, 26/9/2023
98 *Yüksel Yalçınkaya*, B. No: 2018/36934, 28/11/2019 (İkinci Bölüm İkinci Komisyon)
99 *Yüksel Yalçınkaya/Türkiye* [BD].
100 *Yüksel Yalçınkaya*.
101 *Tercan/Türkiye*.
102 *Erdal Tercan* [GK].

şikâyet edilmesi hâlinde 5271 sayılı Kanun'un 141. maddesinin 1. fıkrasının (i) bendinde öngörülen tazminat yolunun tüketilmesi gerektiği yönündedir[103].

- AİHM mahkumların -başka bir zaman imkân bulması güç olan- çocuklarıyla hafta sonu ziyaret ve telefon yoluyla görüştürülmemesi konusunda ihlal tespit etmişken[104] AYM sorun görmemiştir[105]. Bununla birlikte AYM'nin güncel içtihadının AİHM kararıyla uyumlu olduğu görülmektedir[106].
- AİHM cezaevinde mahkumların yazışmalarının UYAP sistemine kaydedilmesinin kanunla öngörülmediği gerekçesiyle ihlal tespit etmişken[107] AYM sorun görmemiştir[108]. Bununla birlikte AYM güncel içtihadını AİHM kararıyla uyumlaştırmıştır[109].
- Ceza soruşturması ve kovuşturması kapsamında elde edilen kişisel verilerin saklanmasıyla ilgili başvuru kapsamında AİHM mevzuatta verilerin saklanması bakımından mahkûmiyet kararı verilip verilmemesi yönünden ayrım yapılmamış olması[110], verilerin silinmesi ve saklama süresine ilişkin güvence bulunmaması nedeniyle müdahalenin ölçülülüğü ve demokratik toplumda gerekliliği konusunda ihlal tespit etmişken[111] AYM anılan hususlarda değerlendirme yapmadan aksi yönde sonuca varmıştır[112]. AYM -yukarıda belirtilen spesifik konu dışında- genel

103 Örnek olarak bkz. *Hasan Akboğa* [GK], B. No: 2016/10380, 27/3/2019; *Edat Yücel Seyhan*, B. No: 2016/16204, 26/9/2019; *Lütfi Demir*, B. No: 2018/5385, 3/11/2020. Söz konusu kararlarda AYM arama tedbirinin hukuka aykırı olduğu şikâyeti yönünden başvuru yollarının tüketilmemesi nedeniyle kabul edilmezlik kararı vermemiştir.

104 *Subaşı ve diğerleri/Türkiye*, B. No: 3468/20, 6/12/2022.

105 Bkz. AİHM kararına konu 19 başvuru hakkındaki kararlar.

AYM'nin *Cumali Saz*, B. No: 2019/14694, 29/5/2020 (Birinci Bölüm Birinci Komisyon) ve *Tahir Kaplan*, B. No: 2019/19968, 3/4/2020 (Birinci Bölüm Üçüncü Komisyon) kararları ve sonrasında AİHM tarafından verilen *Saz ve diğerleri/Türkiye*, B. No: 29218/20, …, 24/10/2023 kararı yönünden de aynı değerlendirme geçerlidir.

106 Bkz. *Yeliz Erten*, 2020/99, 11/3/2021; *Yunus Erdoğan*, B. No: 2019/370, 19/10/2022; *Sedat Polat*, B. No: 2019/7348, 6/10/2022; *Ümit Balaban (3)*, B. No: 2016/2821, 29/5/2019.

107 *Nuh Uzun ve diğerleri/Türkiye*, B. No: 49341/18, 29/3/2022.

108 Bkz. AİHM kararına konu 14 başvuru hakkındaki kararlar.

AYM'nin *Ruhi Hallaçoğlu*, B. No: 2017/33311, 25/10/2018 (İkinci Bölüm Birinci Komisyon), *Mehmet Arıç*, B. No: 2017/34323, 12/11/2018 (İkinci Bölüm İkinci Komisyon), *Mehmet Aslan*, B. No: 2017/40080, 1/11/2018 (İkinci Bölüm Üçüncü Komisyon) kararları ve sonrasında AİHM tarafından verilen *Hallaçoğlu ve diğerleri/Türkiye*, B. No: 6239/19 7360/19 16548/19, 4/4/2023 kararı; AYM'nin 90 başvurucu için aynı yönde verdiği kararlar ve sonrasında AİHM tarafından verilen *Dağlı ve diğerleri/Türkiye*, B. No: 25820/18, …, 26/9/2023 kararı yönünden de aynı değerlendirmeler geçerlidir.

109 Bkz. *Ümit Karaduman*, B. No: 2020/20874, 2/2/2022.

110 Somut olayda başvurucu hakkında beraat kararı verilmiştir.

111 *Uçkan/Türkiye*, B. No: 67657/17, 18/4/2023.

112 *Aytaç Uçkan*, B. No:2016/7580, 17/7/2017 (İkinci Bölüm Üçüncü Komisyon).

içtihadında kişisel verilere ilişkin saklama süresi güvencesi dâhil ilgili güvencelerin sağlanmamasını Anayasa'ya aykırı bulmuştur[113].

- OHAL ile bağlantılı olarak pasaportların iptal edilmesine ilişkin başvurular kapsamında AİHM ne 15/7/1950 tarihli ve 5682 sayılı Pasaport Kanunu ne söz konusu OHAL kararnameleri ne de yetkililerin dayandığı diğer yasal hükümlerin pasaport iptali tedbirinin şeklini, süresini ve iptal edilmeden önce yerine getirilmesi gereken koşulları belirtmediğini, ayrıca 5682 sayılı Kanun'un yetkililere ülkeden ayrılması genel güvenlik açısından "sakıncalı" görülen bir kişiye pasaport vermeyi reddetme yetkisi tanıdığını ancak "sakıncalı" terimini içeren düzenlemelerin kapsamına ilişkin herhangi bir açıklık getirmediğini ve yetkililerin bu konudaki takdir yetkisinin kapsamını ve şeklini yeterli açıklıkta göstermediğini vurgulayarak kanunilik kriteri yönünden sorun görmüşken[114] AYM anılan kriter yönünden sorun görmemiştir[115].

- Kadınların boşandıktan sonra yeniden evlenebilmesi için iddet süresinin dolmasını beklemesi ya da hamile olmadığına dair rapor alması kanuni yükümlülüğüyle ilgili başvuru kapsamında AİHM özel hayata saygı hakkı bağlamında yaptığı incelemede, nesep karışıklığının önlenmesi yani babalığın biyolojik olarak belirlemenin başka imkânları olduğunu, bu nedenle boşanan kadınların yeniden evlenmek için belli bir süre beklemesinin zorunlu bir toplumsal ihtiyaca karşılık gelmediğini ve demokratik bir toplumda gerekli olmadığını; ayrıca evlenme hakkıyla bağlantılı olarak ayrımcılık yasağı kapsamında ayrımcılığın haklı bir nedeni olmadığını değerlendirerek ihlal sonucuna varmışken[116] AYM aksi yönde değerlendirme yapmıştır[117].

6. İfade Özgürlüğü

- Başbakana hakaret edildiği gerekçesiyle verilen cezayla bağlantılı olarak ifade özgürlüğü kapsamında yapılan başvuruda AİHM hakaret suçu yönünden kamu görevlilerine daha fazla koruma sağlayan 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 125. maddesinin (3) numaralı fıkrasının (a) bendinin Sözleşme'nin ruhuyla bağdaşmadı-

113 Güvenlik soruşturması yönünden bkz. *Fatih Saraman* [GK], B. No: 2014/7256, 27/2/2019. Ayrıca norm denetimi kararları için bkz. AYM, E.2018/73, K.2019/65, 24/7/2019; AYM, E.2018/91, K.2020/10, 19/2/2020, AYM, E.2018/163, K.2020/13, 19/2/2020; AYM, E.2020/24, K.2021/39, 3/6/2021; AYM, E.2020/41, K.2021/91, 16/12/2021 .

114 *Telek ve diğerleri/Türkiye*, B. No: 66763/17, 66767/17, 15891/18, 21/3/2023

115 *Alphan Telek*, B. No: 2017/13234, 24/7/2017 (İkinci Bölüm İkinci Komisyon); *Edgar Şar*, B. No: 2017/13156, 29/7/2017 (Birinci Bölüm İkinci Komisyon); *Ramazan Daniş ve diğerleri*, B. No: 2018/33023, 23/11/2022; *Zeynep Kıvılcım*, B. No: 2016/63952, 28/7/2017 (İkinci Bölüm Birinci Komisyon); *Zeynep Kıvılcım*, B. No: 2018/9427, 1/10/2019 (İkinci Bölüm Birinci Komisyon).

116 *Nurcan Bayraktar/Türkiye*, B. No: 27094/20, 27/6/2023.

117 *Nurcan Bayraktar*, B. No: 2016/1621, 3/4/2020 (Birinci Bölüm İkinci Komisyon).

ğını belirtmiş ve ihlal gerekçelerinden biri olarak buna dayanmışken[118] AYM anılan düzenlemeyle ilgili bir sorun görmemiştir[119].

- Cumhurbaşkanı'na hakaret edildiği gerekçesiyle verilen cezayla bağlantılı olarak ifade özgürlüğü kapsamında yapılan başvuruda AİHM hakaret suçu yönünden Cumhurbaşkanı'na daha fazla koruma sağlayan 5237 sayılı Kanun'un 299. maddesinin Sözleşme'nin ruhuyla bağdaşmadığı sonucuna varmışken[120] AYM temellendirilmemiş şikâyet gerekçesiyle başvuruyu kabul edilemez bulmuştur[121]. Bununla birlikte AYM ifade özgürlüğü kapsamında esastan bir değerlendirme yapmış olsaydı bile AYM ile AİHM içtihadının uyumlu olduğu söylenemeyecektir. Zira AİHM bu kararda başvurucunun ifadeleriyle ilgili bir değerlendirme yapmamış, Cumhurbaşkanı'na hakareti özel olarak cezalandıran hükmün ifade özgürlüğüyle bağdaşmadığını tespit etmiştir. AYM Cumhurbaşkanı'na hakaret suçundan verilen mahkûmiyet kararlarıyla ilgili başvurularda böyle bir değerlendirme yapmamaktadır[122].
- Cezaevinden gönderilen mektupta cumhurbaşkanına hakaret edildiği gerekçesiyle verilen disiplin cezasıyla bağlantılı olarak ifade özgürlüğü kapsamında yapılan başvuruda AİHM kurum görevlilerine hakaret ya da tehditte bulunma fiilini öngören 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 44. maddesinin (2) numaralı fıkrasının (j) bendinin Cumhurbaşkanı'nı değil kurum personelini kapsadığını, dolayısıyla müdahalenin kanuni olmadığı sonucuna varmışken[123] AYM bu yönde bir değerlendirme yapmamıştır[124].
- Meclis soruşturmasına yayın yasağı getirilmesiyle ilgili olarak ifade özgürlüğü bağlantılı bir başvuruda AİHM gazeteci olan başvurucunun icra ettiği fonksiyonu dikkate alarak onun mağdur statüsünü kabul etmişken[125] AYM ihlale neden olduğunu ileri sürdükleri kamu gücü işleminden kişisel olarak ve doğrudan etkilenmedikleri gerekçesiyle tüm başvuruların kişi yönünden yetkisizlik nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar vermiştir[126]. Bununla birlikte AYM'nin daha sonra verdiği kararların AİHM kararıyla uyumlu olduğu görülmektedir. AYM benzer bir olayı incelediği -AİHM'in de atıf yaptığı- *Halk Radyo ve Televiz-*

118 *Ömür Çağdaş Ersoy/Türkiye*, B. No: 19165/19, 15/6/2021.
119 *Ömür Çağdaş Ersoy*, B. No: 2015/11715, 12/12/2018.
120 *Vedat Şorli/Türkiye*, B. No: 42048/19, 19/10/2021.
121 *Vedat Şorli*, B. No: 2017/37028, 21/3/2019 (Birinci Bölüm İkinci Komisyon).
122 Örnek olarak bkz. *Şaban Sevinç (2)*, B. No: 2016/36777, 26/5/2021.
123 *Yıldırım Demir/Türkiye*, B. No: 16363/19, 16/11/2021.
124 *Yıldırım Demir*, B. No: 2017/39619, 24/12/2018 (Birinci Bölüm İkinci Komisyon).
125 *Akdeniz ve diğerleri/Türkiye,* B. No: 41139/15, 4/5/2021.
126 *Mahmut Tanal ve diğerleri* [GK], B. No: 2014/18803, 10/12/2014.

yon Yayıncılık A.Ş. kararında[127] bir yayın kuruluşu olan Halk Radyo ve Televizyon Yayıncılığın, *Yeni Gün Haber Ajansı Basım ve Yayıncılık A.Ş. ve diğerleri* kararında[128] ise Yeni Gün Haber Ajansı Basım ve Yayıncılık A.Ş. ile IPS İletişim Vakfının, gazeteci başvurucuların ve bir milletvekilinin mağdur sıfatının bulunduğunu kabul etmiştir.

- AİHM mahpusun el yazısı dokümanına el konulmasını öngören bir yasal dayanak olmadığı, bu nedenle ifade özgürlüğünün ihlal edildiği sonucuna varmışken[129] AYM kanunilik kriteri açısından bir sorun görmemiştir[130]. AYM'nin daha sonraki kararlarında da bu farklılık devam etmektedir[131].

7. Örgütlenme Özgürlüğü

- AİHM örgüt üyeliğini gösteren başka herhangi bir delil olmadan sendika veya derneğe üye olmanın örgüt üyeliğinin bir delili olarak kullanılmasının örgütlenme özgürlüğünü ihlal ettiği sonucuna varmıştır[132]. AYM ise *ByLock* kullanımını örgüt üyeliğinin delili olarak yeterli gördüğünden somut olayda bu yönde bir ihlal tespitinde bulunmamıştır[133]. Bununla birlikte AYM'nin genel içtihadı da örgüt üyeliğini gösteren başka herhangi bir delil olmadan sendika veya derneğe üye olmanın örgüt üyeliğinin bir delili olarak kullanmasının örgütlenme özgürlüğünü ihlal ettiği şeklindedir[134]. Ancak AYM, AİHM'den farklı olarak kanunilik kriteri yönünden değil demokratik toplumda gereklilik kriteri yönünden ihlal tespit etmektedir.

8. Mülkiyet Hakkı

- Kamulaştırma bedelinin değer kaybıyla ilgili olarak mülkiyet hakkıyla bağlantılı başvuruda AİHM, AYM tarafından dikkate alınan değer kaybı oranı ve malikin taşınmazı fiilen kullanma imkânının olup olmadığının değerlendirilmemesi gerekçeleriyle ihlal sonucuna varmışken[135] AYM başvuruyu açıkça dayanaktan yoksunluk gerekçesiyle kabul edi-

127 *Halk Radyo ve Televizyon Yayıncılık A.Ş.* [GK], B. No: 2014/19270, 11/7/2019.

128 *Yeni Gün Haber Ajansı Basım ve Yayıncılık A.Ş. ve diğerleri*, B. No: 2014/4430, 25/9/2019.

129 *Murat Türk/Türkiye*, B. No: 20686/19, 5/4/2022.

130 *Murat Türk (6)*, B. No: 2014/15514, 9/1/2019.

AYM'nin *Mustafa Uslu*, B. No: 2018/2081, 12/3/2019 (Birinci Bölüm Üçüncü Komisyon) kararı ve sonrasında AİHM tarafından verilen *Uslu/Türkiye*, B. No: 51590/19, 21/3/2023 kararı; AYM'nin *Ali Fuat Kop*, B. No: 2020/14293, 18/9/2020 (Birinci Bölüm Birinci Komisyon) kararı ve sonrasında AİHM tarafından verilen *Kop/Türkiye*, B. No: 47404/20, 21/3/2023 kararı yönünden de aynı değerlendirmeler geçerlidir.

131 Bkz. *Ahmet Gerez*, B. No: 2017/27380, 14/9/2022; *Ceyhan Çiftçi*, B. No: 2019/26448, 30/3/2023.

132 *Yüksel Yalçınkaya/Türkiye* [BD].

133 *Yüksel Yalçınkaya*.

134 *Bilal Celalettin Şaşmaz*, B. No: 2019/20791, 18/10/2022.

135 *Dökmeci/Türkiye*, B. No: 74155/14, 6/12/2016.

lemez bulmuştur[136]. Bununla birlikte AYM'nin AİHM kararı sonrası oluşturduğu güncel içtihadının AİHM kararıyla uyumlu olduğu görülmektedir[137].

- Kamulaştırma davalarında vekâlet ücretiyle ilgili olarak mülkiyet hakkıyla bağlantılı başvuruyu AİHM mülkiyet hakkı kapsamında (mülkiyetin barışçıl kullanımı kuralı üzerinden) incelemişken[138] AYM mahkemeye erişim hakkı kapsamında incelemiştir[139]. Bununla birlikte AYM'nin güncel içtihadı da kamulaştırma davalarında yargılama giderlerinin mülkiyet hakkı kapsamında incelenmesi yönüne evrilmiştir[140].

- Kamulaştırma davalarında vekâlet ücretiyle ilgili olarak mülkiyet hakkıyla bağlantılı başvuruda AİHM başvurucunun davranışının yol açmadığını varsaydığı uyuşmazlık neticesinde hükmedilen kamulaştırma bedeli ile başvurucuya yüklenen vekâlet ücreti arasında makul bir dengenin olmadığına karar vermiş, AİHM vekâlet ücretinin faydalanıcısının avukat olması nedeniyle iki taraf lehine vekâlet ücreti hükmedilmiş olmasının ölçülü olduğu argümanını kabul etmemişken[141] AYM aksi yönde karar vermiştir[142]. Bununla birlikte AYM'nin güncel içtihadı da kamulaştırma davalarında lehe hükmedilen vekâlet ücretinin müdahaleyi ölçülü hâle getirmeyeceği yönündedir[143].

- AİHM acele kamulaştırma sürecinde, idari yargı tarafından verilen yürütmeyi durdurma kararının ve acele kamulaştırma ve kamulaştırma kararlarını iptal eden idari yargı kararlarının adli yargıdaki kamulaştırma davası bakımından etki doğurmamasının kamulaştırma işlemini kanuni dayanaktan yoksun bıraktığı sonucuna varmışken[144] AYM *Ali Hıdır Akyol ve diğerleri* kararına[145] atıfta bulunarak müdahalenin kanuni olduğu sonucuna varmıştır[146].

- Eski vakfın galle fazlasının sadece erkek torunlara verilmesine ilişkin ayrımcılık yasağıyla bağlantılı mülkiyet hakkı kapsamında yapılan bir başvuruda AİHM ayrımcılık yasağının söz konusu olduğu durumlarda

136 *Abdullah Dökmeci*, B. No: 2013/3822, 30/4/2014 (Birinci Bölüm Üçüncü Komisyon).
137 *Ali Şimşek ve diğerleri*, B. No: 2014/2073, 6/7/2017.
138 *Musa Tarhan/Türkiye*, B. No: 12055/17, 23/10/2018.
139 *Musa Tarhan*, B. No: 2016/14056, 29/11/2016 (İkinci Bölüm Birinci Komisyon).
140 *Kübra Yıldız ve diğerleri* [GK], B. No: 2018/32734, 28/7/2022.
141 *Musa Tarhan/Türkiye*.
142 *Musa Tarhan*.
143 *Kübra Yıldız ve diğerleri* [GK]; *Sadettin Ekiz*, B. No: 2016/9364, 9/5/2019. Bu kararların ilgili hukuk kısmında AİHM'in *Musa Tarhan/Türkiye* kararına da yer verilmiştir.
144 *Yel ve diğerleri/Türkiye*, B. No: 28241/18, 13/7/2021.
145 *Ali Hıdır Akyol ve diğerleri* [GK], B. No: 2015/17510, 18/10/2017.
146 *Yel ve diğerleri*, B. No: 2016/79656 30/11/2017 (Birinci Bölüm İkinci Komisyon).

ayrımcılığa ilişkin şart olmasaydı mülkün veya meşru beklentinin varlığı söz konusu olacak idiyse mülkün veya meşru beklentinin varlığını kabul edilmesi gerektiğini belirterek somut olayda mülkiyet hakkı kapsamında bir menfaatin söz konusu olduğu ve somut olayda ayrımcılık yasağının ihlal edildiği sonucuna varmışken[147] AYM başvuruculaların mülkiyet hakkı kapsamında korunması gereken bir mülk veya meşru beklentileri olmadığı gerekçesiyle konu bakımından yetkisizlik kararı vermiştir[148]. Bununla birlikte AYM'nin güncel içtihadının AİHM içtihadıyla uyumlu olduğu görülmektedir[149]. AYM *Ayşe Tezel ve diğerleri* kararında sonuç yönünden de AİHM kararı paralelinde hareket etmiştir. Ancak AİHM pozitif yükümlülükler kapsamında inceleme yapmasına karşılık AYM negatif yükümlülükler kapsamında inceleme yapmıştır.

IV. SONUÇ

AYM'nin on bir yıllık bireysel başvuru uygulamasında Anayasa koyucunun ortaya koyduğu bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin daha iyi korunması sağlanarak AİHM'e Türkiye aleyhine yapılan başvuruların azaltılması şeklinde özetlenebilecek amacın büyük ölçüde gerçekleşmiş olduğu değerlendirilebilir.

İstatistiklere bakıldığında AYM'ye bireysel başvurunun Türkiye aleyhine AİHM'e yapılan başvuruları önemli ölçüde azalttığı görülmektedir. Türkiye aleyhine AİHM'e yapılan başvuruların sayısı AYM'ye bireysel başvuru yolunun açılması ile birlikte 2013-2016 arasında hızla düşmüştür. Ancak 15 Temmuz darbe teşebbüsü ve sonrasında ilan edilen OHAL çerçevesinde alınan tedbirler farklı alanlarda on binlerce hukuki ihtilafı beraberinde getirmiş, bunlar da hem AYM hem de AİHM'e yapılan başvuruların sayısında sıra dışı artışa neden olmuştur. Bununla birlikte AYM'ye bireysel başvuru 2016 yılı ve sonrasında da Türkiye aleyhine AİHM'e yapılan başvuruların sayısını belli bir seviyenin altında tutmuştur. Ayrıca AYM özellikle 2011 ve sonrasında sıra dışı artış gösteren uzun yargılama şikâyetlerinin AİHM önüne taşınmasını engellemiştir.

Öte yandan AYM'ye bireysel başvuru sadece AİHM'e başvuru yapılmasını geciktiren bir işlev görmemiş kendisine yapılan yüzbinlerce başvurunun yaklaşık yüzde seksenini sonuçlandırmıştır.

AYM sonuçlandırdığı başvurulardan yaklaşık yüzde onunda en az bir hakkın ihlali sonucuna varmış ve sadece AİHM'e başvuruların azaltılması şeklindeki pratik amacını değil temel hak ve özgürlüklerin daha iyi korunması amacına da önemli katkılar sunmuştur.

147 *Dimici/Türkiye*, B. No: 70133/16, 5/7/2022.
148 *Necmiye Dimici ve diğerleri*, B. No: 2014/14102, 16/6/2016 (Birinci Bölüm Birinci Komisyon).
149 *Ayşe Tezel ve diğerleri* [GK], B. No: 2018/14186, 20/10/2022.

AYM 2022 yılı sonuna kadar yaklaşık 313 bin başvuruyu olumsuz sonuçlandırmıştır. Aynı dönemde AİHM'e yaklaşık 83 bin başvuru yapılmıştır. AİHM 2022 yılı sonu itibarıyla AİHM önünde Türkiye aleyhine yapılmış derdest başvuru sayısı ise 20 bin civarındadır. Buna karşılık AYM tarafından bireysel başvuru kapsamında incelenip ihlal dışında bir karar verildikten sonra AİHM tarafından en az bir hak bakımından ihlalle sonuçlandırılan karar sayısı -1/11/2023 tarihine kadar verilenler de dâhil- sadece 109'dur. Bu AİHM kararlarına karşılık gelen AYM karar sayısı ise toplam bin 400 civarındadır. Bunların kahir ekseriyeti ise AİHM tarafından aynı hukuki mesele çerçevesinde toplu olarak karara bağlanmış olup kural olarak bunlar tekrar eden başvurulara ilişkin AYM komisyon kararlarıdır. Toplu olarak karara bağlananların çoğu ise FETÖ/PDY bağlantılı olarak tutuklanan yargı mensuplarına ilişkindir. Bu durumda AYM'nin -belirtilen az sayıda başvuru dışında- genel olarak AİHM içtihadı ile uyumlu kararlar verdiği sonucuna varılabilir.

AYM ile AİHM'in farklılaştığı konuların ise en fazla OHAL dönemi uygulamaları bağlamında -özellikle de kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı kapsamında- ortaya çıktığı görülmektedir. Bu konulardan bazılarının ilk defa Anayasa ve Sözleşme kapsamında yorumlandığı dikkate alındığında yorum farkının -başlangıçta- ortaya çıkması olağan karşılanabilir. Bununla birlikte yorum farklarından bazılarının hâlen devam ettiği de görülmektedir.

AYM'nin birçok konuda özellikle mülkiyet hakkı ve özel hayata saygı hakkı bağlamında AİHM ile ortaya çıkan farklılıkları giderdiği de belirtilmelidir.

AİHM objektifinden çekilen AYM'ye bireysel başvurunun bu fotoğrafı bize anılan başvuru yolunun Anayasa koyucunun ortaya koyduğu bireylerin temel hak ve özgürlükleri daha iyi korunması sağlanarak AİHM'e Türkiye aleyhine yapılan başvuruların azaltılması şeklinde özetlenebilecek amacın büyük ölçüde gerçekleşmiş olduğunu gösterdiği söylenebilir.

Bununla birlikte AYM'nin -özellikle 2021 yılından itibaren- karşılaştığı olağanüstü iş yükünün bireysel başvuru yolunu bakımından ciddi riskler barındırdığı, Mahkemenin bununla baş edebilmek için aldığı tedbirlere ilave başka tedbirler de alması gerektiği, daha önemlisi AYM'ye başvuruların azaltılması için bu başvuruları üreten kaynakların ilgisine göre yasama, yürütme ve yargı organlarınca ortadan kaldırılması gerektiği ifade edilebilir.

ÇEVRİM İÇİ KAYNAKLAR

www5.tbmm.gov.tr

www.anayasa.gov.tr

www.hudoc.echr.coe.int

www.kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr

www.bundesverfassungsgericht.de

YARARLANILAN AYM KARARLARI

AYM, E.2018/73, K.2019/65, 24/7/2019

AYM, E.2018/91, K.2020/10, 19/2/2020

AYM, E.2018/163, K.2020/13, 19/2/2020

AYM, E.2020/24, K.2021/39, 3/6/2021

AYM, E.2020/41, K.2021/91, 16/12/2021

A.B. [GK], B. No: 2016/22702, 31/10/2019

Ahmet Gerez, B. No: 2017/27380, 14/9/2022

Albina Kiyamova (Alibaeva), B. No: 2013/3187, 14/4/2016

Ali Hıdır Akyol ve diğerleri [GK], B. No: 2015/17510, 18/10/2017

Ali Şimşek ve diğerleri, B. No: 2014/2073, 6/7/2017

Atila Sertel [GK], B. No: 2015/6723, 14/7/2015

Aydın Yavuz ve diğerleri [GK], B. No: 2016/22169, 20/6/2017

Ayşe Tezel ve diğerleri [GK], B. No: 2018/14186, 20/10/2022

B.T. [GK], B. No: 2014/15769, 30/11/2017

Belkis Yurtsever ve diğerleri, B. No: 2016/7537, 11/5/2022

Bilal Celalettin Şaşmaz, B. No: 2019/20791, 18/10/2022

Ceyhan Çiftçi, B. No: 2019/26448, 30/3/2023

Ç.Ö. [GK], B. No: 2014/5927, 19/7/2018

Devran Duran [GK], B. No: 2014/10405, 25/5/2017

Edat Yücel Seyhan, B. No: 2016/16204, 26/9/2019

Fatih Saraman [GK], B. No: 2014/7256, 27/2/2019

Halk Radyo ve Televizyon Yayıncılık A.Ş. [GK], B. No: 2014/19270, 11/7/2019

Hasan Akboğa [GK], B. No: 2016/10380, 27/3/2019

Hasan Fırat [GK], B. No: 2015/9496, 31/10/2019

İbrahim Akan, B. No: 2014/10628, 16/11/2016

İbrahim Er ve diğerleri [GK], B. No: 2019/33281, 26/1/2023

Kemtaş Tekstil İnş. San. ve Tic. A.Ş. [GK], B. No: 2020/22192, 17/5/2023

Kübra Yıldız ve diğerleri [GK], B. No: 2018/32734, 28/7/2022

Lütfi Demir, B. No: 2018/5385, 3/11/2020

Melih Dalbudak, B. No: 2016/16050, 13/2/2020

Musa Kaya, B. No: 2014/19397, 25/3/2015

Oğuz Oyan [GK], B. No: 2015/8818, 14/7/2015

Onur Cingil (2), B. No: 2014/2976, 9/5/2018

Sadettin Ekiz, B. No: 2016/9364, 9/5/2019

Sedat Polat, B. No: 2019/7348, 6/10/2022

Şaban Sevinç (2), B. No: 2016/36777, 26/5/2021

Ulaş Lokumcu, B. No: 2013/7753, 27/10/2016

Ümit Balaban (3), B. No: 2016/2821, 29/5/2019

Ümit Karaduman, B. No: 2020/20874, 2/2/2022

Ümmühan Seçil Sucu, B. No: 2017/15128, 19/11/2020

Yavuz Pehlivan ve diğerleri [GK], B. No: 2013/2312, 4/6/2015

Yeliz Erten, B. No: 2020/99, 11/3/2021

Yeni Gün Haber Ajansı Basım ve Yayıncılık A.Ş. ve diğerleri, B. No: 2014/4430, 25/9/2019

Yıldırım Turan [GK], B. No: 2017/10536, 4/6/2020

Yunus Erdoğan, B. No: 2019/370, 19/10/2022

KARŞILAŞTIRILAN AYM KARARLARI

A. M., B. No: 2017/32286, 6/3/2018 (Birinci Bölüm Birinci Komisyon)

Abdullah Aydın ve diğerleri, B. No: 2015/1245, 21/1/2019 (Birinci Bölüm Üçüncü Komisyon)

Abdullah Dökmeci, B. No: 2013/3822, 30/4/2014 (Birinci Bölüm Üçüncü Komisyon)

Abdullah Kılıç, B. No: 2016/25356, 8/1/2020 (İkinci Bölüm)

Abdullah Zeydan, B. No: 2016/29875, 14/11/2018 (Birinci Bölüm)

Abdulmenaf Osman, B. No: 2019/25724, 29/4/2020 (Birinci Bölüm Birinci Komisyon)

Abdülaziz Kabar ve diğerleri, B. No: 2013/1108, 10/6/2013 (İkinci Bölüm İkinci Komisyon)

Ahmet Hüsrev Altan [GK], B. No: 2016/23668, 3/5/2019

Ahmet Kadri Gürsel [GK], B. No: 2016/50978, 2/5/2019

Ahmet Saat, B. No: 2018/22431, 26/11/2019 (İkinci Bölüm İkinci Komisyon)

Ahmet Şık [GK], B. No: 2017/5375, 2/5/2019

AİHM'in *Acar ve diğerleri/Türkiye* kararına konu 50 başvurucu hakkındaki AYM kararları

AİHM'in *Ataman ve diğerleri/Türkiye* kararına konu 31 başvurucu hakkındaki AYM kararları

AİHM'in *Ayvaz ve diğerleri/Türkiye* kararına konu 131 başvurucu hakkındaki AYM kararları

AİHM'in *Bayram ve diğerleri/Türkiye* kararına konu 109 başvurucu hakkındaki AYM kararları

AİHM'in *Dağlı ve diğerleri/Türkiye* kararına konu 90 başvurucu hakkındaki AYM kararları

AİHM'in *Eriş ve diğerleri/Türkiye* kararına konu 45 başvurucu hakkındaki AYM kararları

AİHM'in *Ersoy/Türkiye* kararına konu 5 başvuru hakkındaki AYM kararları

AİHM'in *Geleş ve diğerleri/Türkiye* kararına konu 70 başvurucu hakkındaki AYM kararları

AİHM'in *Güngör ve diğerleri/Türkiye* kararına konu 82 başvurucu hakkındaki AYM kararları

AİHM'in *Kılınçlı ve diğerleri/Türkiye* kararına konu 13 başvurucu hakkındaki AYM kararları

AİHM'in *Moral ve diğerleri/Türkiye* kararına konu 32 başvurucu hakkındaki AYM kararları

AİHM'in *Nuh Uzun ve diğerleri/Türkiye* kararına konu 14 başvurucu hakkındaki AYM kararları

AİHM'in *Sevinç ve diğerleri/Türkiye* kararına konu 135 başvurucu hakkındaki AYM kararları

AİHM'in *Subaşı ve diğerleri/Türkiye* kararına konu 19 başvurucu hakkındaki AYM kararları

AİHM'in *Turan ve diğerleri/Türkiye* kararına konu 427 başvurucu hakkındaki AYM kararları

AİHM'in *Ulusoy ve diğerleri/Türkiye* kararına konu 21 başvurucu hakkındaki AYM kararları

Akın Atalay [GK], B. No: 2016/50970, 2/5/2019

Ali Bulaç [GK], B. No: 2017/6592, 3/5/2019

Ali Fuat Kop, B. No: 2020/14293, 18/9/2020 (Birinci Bölüm Birinci Komisyon)

Alparslan Altan [GK], B. No: 2016/15586, 11/1/2018

Alphan Telek, B. No: 2017/13234, 24/7/2017 (İkinci Bölüm İkinci Komisyon)

Arif Ali Cangı ve Hilal Küey, B. No: 2014/9326, 31/10/2014 (İkinci Bölüm Üçüncü Komisyon)

Atilla Taş, B. No: 2016/30220, 29/5/2019 (Birinci Bölüm)

Aydın Uzunbay ve diğerleri, B. No: 2014/4048, 29/11/2018 (Birinci Bölüm)

Ayhan Bilgen [GK], B. No: 2017/5974, 21/12/2017

Ayşe Nazlı Ilıcak [GK], B. No: 2016/24616, 3/5/2019

Aytaç Uçkan, B. No: 2016/7580, 178/7/2017 (İkinci Bölüm Üçüncü Komisyon)

Baran Durukan, B. No: 2018/32456, 4/9/2019 (İkinci Bölüm İkinci Komisyon)

Besime Konca, B. No: 2017/5867, 3/7/2018 (İkinci Bölüm)

Birsen Berrak Tüzünataç, B. No: 2014/20364, 5/10/2017 (Birinci Bölüm)

Burcu Özkan [GK], B. No: 2017/28895, 25/10/2018

Cemal Duğan, B. No: 2014/19308, 15/2/2017 (İkinci Bölüm)

Civan Boltan, B. No: 2015/19445, 18/5/2016 (Birinci Bölüm Üçüncü Komisyon)

Cumali Saz, B. No: 2019/14694, 29/5/2020 (Birinci Bölüm Birinci Komisyon)

Çağlar Demirel, B. No: 2017/5221, 12/9/2018 (İkinci Bölüm)

Edgar Şar, B. No: 2017/13156, 29/7/2017 (Birinci Bölüm İkinci Komisyon)

Efgan Çetin ve Diğerleri, B. No: 2017/20231, 1/11/2017 (Birinci Bölüm Üçüncü Komisyon)

Ejder Al, B. No: 2015/15790, 24/10/2019 (Birinci Bölüm)

Elif Kaya, B. No: 2014/266, 6/4/2017 (Birinci Bölüm)

Emin Aydın (2), B. No: 2013/3178, 25/6/2015 (İkinci Bölüm)

Emine Zeynep Kıray ve diğerleri, B. No: 2016/3365, 10/5/2016 (İkinci Bölüm Birinci Komisyon)

Erdal Tercan [GK], B. No: 2016/15637, 12/4/2018

Ferhat Encu, B. No: 2016/29925, 11/6/2018 (Birinci Bölüm)

Figen Yüksekdağ Şenoğlu (2), B. No: 2017/3366, 9/7/2020 (İkinci Bölüm)

Figen Yüksekdağ Şenoğlu (3), 2021/7181, 13/1/2022 (Birinci Bölüm)

Figen Yüksekdağ Şenoğlu, B. No: 2016/25187, 4/4/2018 (İkinci Bölüm)

G.B. ve diğerleri, B. No: 2014/19481, 24/5/2018 (İkinci Bölüm)

Gamze Elvan ve diğerleri, B. No: 2015/5718, 9/5/2019 (İkinci Bölüm)

Gülser Yıldırım (2) [GK], B. No: 2016/40170, 16/11/2017

Hakan Baş, B. No: 2016/42646, 27/12/2017 (İkinci Bölüm Üçüncü Komisyon)

Hamit Pişkin, B. No: 2017/32309, 10/5/2018 (Birinci Bölüm İkinci Komisyon)

Hasan Doğudan, B. No: 2020/14658, 30/9/2020 (İkinci Bölüm İkinci Komisyon)

Hediye Çevikel, B. No: 2013/4651, 28/11/2014 (Birinci Bölüm Üçüncü Komisyon)

Hidayet Karaca (2), B. No: 2015/7254, 12/12/2018 (Birinci Bölüm)

Hidayet Karaca [GK], B. No: 2015/144, 14/7/2015

İdris Baluken, B. No: 2016/41020, 21/3/2018 (Birinci Bölüm)

İkiztaş Elektrik Ticaret Sanayi Limited Şirketi, B. No: 2013/7215, 18/9/2014 (Birinci Bölüm Birinci Komisyon)

İlker Deniz Yücel, B. No: 2017/16589, 28/5/2019 (İkinci Bölüm)

İlknur Birol, B. No: 2020/9329, 20/10/2020 (Birinci Bölüm Üçüncü Komisyon)

İsmet Demiray, B. No: 2013/7022, 22/6/2015 (İkinci Bölüm)

İzzettin Alpergin [GK], B. No: 2013/385, 14/7/2015

Kadir Sağdıç [GK], B. No: 2013/6617, 8/4/2015

Kasım Kaplan, B. No: 2014/5807, 30/6/2015 (İkinci Bölüm İkinci Komisyon)

Kemal Kılıçdaroğlu, B. No: 2014/1577, 25/10/2017 (Birinci Bölüm)

Kübra Yel ve diğerleri, B. No: 2016/79656, 30/11/2017 (Birinci Bölüm İkinci Komisyon)

Leyla Birlik, B. No: 2016/40882, 4/7/2018 (Birinci Bölüm)

Mahir Kanaat, B. No: 2017/12653, 30/10/2018 (İkinci Bölüm)

Mahmut Tanal ve diğerleri [GK], B. No: 2014/18803, 10/12/2014

Mehmet Ali Bul, B. No: 2017/28002, 18/2/2019 (İkinci Bölüm Üçüncü Komisyon)

Mehmet Altunç Altay, B. No: 2019/9354, 3/3/2020 (Birinci Bölüm Üçüncü Komisyon)

Mehmet Arıç, B. No: 2017/34323, 12/11/2018 (İkinci Bölüm İkinci Komisyon)

Mehmet Aslan, B. No: 2017/40080, 1/11/2018 (İkinci Bölüm Üçüncü Komisyon)

Mehmet Baransu (2), B. No: 2015/7231, 17/5/2016 (İkinci Bölüm)

Mehmet Baransu (3), B. No: 2016/11380, 26/12/2018 (İkinci Bölüm)

Mehmet Çiftci, B. No: 2018/17280, 4/7/2019 (Birinci Bölüm İkinci Komisyon)

Mehmet Çiftci, B. No: 2018/1951, 19/11/2018 (İkinci Bölüm İkinci Komisyon)

Mehmet Demir, B. No: 2018/36887, 8/8/2019 (İkinci Bölüm Üçüncü Komisyon)

Mehmet Hasan Altan (2) [GK], B. No: 2016/23672, 11/1/2018

Mehmet Murat Sabuncu [GK], B. No: 2016/50969, 2/5/2019

Mehmet Orhan Yücel, B. No: 2014/14293, 21/3/2018 (Birinci Bölüm)

Mehmet Osman Kavala (2) [GK], B. No: 2020/13893, 29/12/2020

Mehmet Osman Kavala [GK], B. No: 2018/1073, 22/5/2019

Mehmet Sıddık Akın ve diğerleri, B. No: 2013/97, 11/12/2014 (Birinci Bölüm)

Muhammed Fawzi Akkad, B. No: 2018/21175 (İkinci Bölüm Birinci Komisyon)

Mustafa Avcıoğlu, B. No: 2013/6831, 31/3/2016 (Birinci Bölüm)

Murat Aksoy [GK], B. No: 2016/30112, 2/5/2019

Murat Türk (6), B. No: 2014/15514, 9/1/2019 (İkinci Bölüm)

Musa Tarhan, B. No: 2016/14056, 29/11/2016 (İkinci Bölüm Birinci Komisyon)

Mustafa Uslu, B. No: 2018/2081, 12/3/2019 (Birinci Bölüm Üçüncü Komisyon)

Necmiye Dimici ve diğerleri, B. No: 2014/14102, 16/6/2016 (Birinci Bölüm Birinci Komisyon)

Nihat Akdoğan, B. No: 2016/29411, 23/5/2018 (Birinci Bölüm)

Nurcan Bayraktar, B. No: 2016/1621, 3/4/2020 (Birinci Bölüm İkinci Komisyon)

Nursel Aydoğan, B. No: 2016/35718, 30/10/2018 (İkinci Bölüm)

Oktay Alkan, B. No: 2021/3920, 24/3/2021 (Birinci Bölüm İkinci Komisyon)

Osman Baydemir (2) [GK], B. No: 2018/1878, 27/10/2022

Osman Nuri Ocaklı, B. No: 2015/13097, 24/5/2017 (Birinci Bölüm Birinci Komisyon) (Kısmi Kabul Edilemezlik Kararı)

Ömür Çağdaş Ersoy, B. No: 2015/11715, 12/12/2018 (Birinci Bölüm)

Önder Çelik ve diğerleri [GK], B. No: 2016/50971, 2/5/2019

Ramazan Çaylı, B. No: 2017/20795, 27/7/2018 (İkinci Bölüm Üçüncü Komisyon)

Ramazan Daniş ve diğerleri, B. No: 2018/33023, 23/11/2022) (İkinci Bölüm)

Ramazan Demir, B. No: 2016/12869, 14/4/2017 (Birinci Bölüm İkinci Komisyon)

Resul Çetin, B. No: 2015/9694, 20/10/2015) (İdari Red)

Resul Üçdağ, B. No: 2018/6776, 11/2/2019 (İkinci Bölüm Üçüncü Komisyon)

Rıda Boudraa, B. No: 2013/9673, 21/1/2015 (Birinci Bölüm)

Ruhi Hallaçoğlu, B. No: 2017/33311, 25/10/2018 (İkinci Bölüm Birinci Komisyon)

Rüşan Uysal, B. No: 2013/2028, 28/6/2013 (Birinci Bölüm İkinci Komisyon)

Sabahattin Tekin, B. No: 2019/11043, 22/1/2020 (İkinci Bölüm Birinci Komisyon)

Selahattin Demirtaş (3), B. No: 2017/38610, 9/6/2020 (Birinci Bölüm)

Selahattin Demirtaş (6), B. No: 2017/3357, 30/9/2020 (İkinci Bölüm)

Selahattin Demirtaş [GK], B. No: 2016/25189, 21/12/2017

Selma Irmak, B. No: 2016/32948, 7/3/2018 (İkinci Bölüm)

Selma Melike, B. No: 2018/14126, 5/4/2019 (İkinci Bölüm İkinci Komisyon)

Sıtkı Güngör, B. No: 2013/5617, 21/4/2016 (İkinci Bölüm)

Suat İncedere, B. No: 2018/1954, 1/11/2018 (İkinci Bölüm Birinci Komisyon)

Şahin Alpay [GK], B. No: 2016/16092, 11/1/2018

Tahir Canan, B. No: 2012/969, 18/9/2013 (Birinci Bölüm)

Taner Kılıç, B. No: 2017/38030, 25/12/2018 (Birinci Bölüm Birinci Komisyon)

Tahir Kaplan, B. No: 2019/19968, 3/4/2020 (Birinci Bölüm Üçüncü Komisyon)

Tekin Akgün, B. No: 2016/3076, 15/12/2017 (İkinci Bölüm İkinci Komisyon)

Tunca İlker Öğreten, B. No: 2017/11340, 20/11/2019 (İkinci Bölüm)

Tuncer Bakırhan, B. No: 2017/28478, 11/10/2018 (Birinci Bölüm)

Turhan Günay [GK], B. No: 2016/50972, 11/1/2018

Ufuk Serli, B. No: 2019/867, 21/1/2020 (Birinci Bölüm Birinci Komisyon)

U.Y., B. No: 2016/6977, 27/12/2016 (İkinci Bölüm Birinci Komisyon)

Vedat Şorli ve Bilal Şorli, B. No: 2014/10459, 13/7/2016 (Birinci Bölüm)

Vedat Şorli, B. No: 2017/37028, 21/3/2019 (Birinci Bölüm İkinci Komisyon)

Yasin Özdemir, B. No: 2017/7128, 24/7/2017 (Birinci Bölüm İkinci Komisyon)

Yıldırım Demir, B. No: 2017/39619, 24/12/2018 (Birinci Bölüm İkinci Komisyon)

Yılmaz Aydemir, B. No: 2016/9464, 10/5/2019 (Birinci Bölüm Birinci Komisyon)

Yüksel Yalçınkaya, B. No: 2018/36934, 28/11/2019 (İkinci Bölüm İkinci Komisyon)

Zeynep Kıvılcım, B. No: 2018/9427, 1/10/2019 (İkinci Bölüm Birinci Komisyon)

Zeynep Kıvılcım, B. No: 2016/63952, 28/7/2017 (İkinci Bölüm Birinci Komisyon)

KARŞILAŞTIRILAN AİHM KARARLARI

A. M./Türkiye, B. No: 67199/17, 19/10/2021

Abdullah Kılıç/Türkiye, B. No: 43979/17, 31/1/2023

Acar ve diğerleri/Türkiye, B. No: 64251/16, 28/6/2022

Ahmet Hüsrev Altan/Türkiye, B. No: 13252/17, 13/4/2021

Akdeniz ve diğerleri/Türkiye, B. No: 41139/15, 4/5/2021

Akgün/Türkiye, B. No: 19699/18, 20/7/2021

Akkad/Türkiye, B. No: 1557/19, 21/6/2022

Al/Türkiye, B. No: 4904/20, 4/7/2023

Alparslan Altan/Türkiye, B. No: 12778/17, 16/4/2019

Alpergin ve diğerleri/Türkiye, B. No: 62018/12, 27/10/2020

Ataman ve diğerleri/Türkiye, B. No: 14676/17, 6/9/2022

Atilla Taş/Türkiye, B. No: 72/17, 19/1/2021

Avcıoğlu/Türkiye, B. No: 59564/16, 17/10/2023

Ayvaz ve diğerleri/Türkiye, B. No: 14347/17, 11/7/2023

Baransu/Türkiye, B. No: 68309/16, 41448/19, 11/7/2023

Baş/Türkiye, B. No: 66448/17, 3/3/2020

Başer ve Özçelik/Türkiye, B. No: 30694/15, 13/9/2022

Baydemir/Türkiye, B. No: 23445/18, 13/6/2023

Bayram ve diğerleri/Türkiye, B. No: 20061/17, 6/9/2022

Boltan/Türkiye, B. No: 33056/16, 12/2/2019

Boudraa/Türkiye, B. No: 1009/16, 28/11/2017

Bul/Türkiye, B. No: 48072/19, 30/11/2021

Bulaç/Türkiye, B. No: 25939/17, 8/6/2021

Canan/Türkiye, B. No: 29443/14, 14/12/2021

Cangı/Türkiye, B. No: 24973/15, 29/1/2019

Çaylı ve Serli/Türkiye, B. No: 49535/18, 10419/20, 9/5/2023

Çetin/Türkiye, B. No: 47299/15, 1/2/2022

Çevikel/Türkiye, B. No: 23121/15, 23/5/2017

Dağlı ve diğerleri/Türkiye, B. No: 25820/18, …, 26/9/2023

Demiray/Türkiye, B. No: 61380/15, 18/4/2023

Demirtaş ve Yüksekdağ Şenoğlu/Türkiye, B. No: 10207/21, 10209/21, 6/6/2023

Dimici/Türkiye, B. No: 70133/16, 5/7/2022

Doğudan/Türkiye, B. No: 12256/21, 26/9/2023

Dökmeci/Türkiye, B. No: 74155/14, 6/12/2016

Duğan/Türkiye, B. No: 84543/17, 7/2/2023

Durukan ve Birol/Türkiye, B. No: 14879/20, 3/10/2023

Efgan Çetin ve diğerleri/Türkiye, B. No: 14684/18, 3/10/2023

Elvan/Türkiye, B. No: 64937/19, 7/2/2023

Emin Aydın/Türkiye, B. No: 57092/15, 16/11/2021

Eren ve diğerleri/Türkiye, B. No: 29936/19, 3/5/2022

Eriş ve diğerleri/Türkiye, B. No: 58665/17, …, 24/10/2023

Ersoy/Türkiye, B. No: 13761/17, 14/12/2021

G.B. ve diğerleri/Türkiye, B. No: 4633/15, 17/10/2019

Geleş ve diğerleri/Türkiye, B. No: 75881/16, 6/9/2022

Güngör ve diğerleri, B. No: 59639/17, 13/12/2022

Güngör/Türkiye, B. No: 3824/17, 15/11/2022

Hallaçoğlu ve diğerleri/Türkiye, B. No: 6239/19, 7360/19, 16548/19, 4/4/2023

Ilıcak/Türkiye, B. No: 1210/17, 14/12/2021

İkiztaş Elektrik Ticaret Sanayi Limited Şirketi/Türkiye, B. No: 21962/15, 4/10/2022

İlker Deniz Yücel/Türkiye, B. No: 27684/17, 25/1/2022

İşçi ve diğerleri/Türkiye, B. No: 67483/12, 20/10/2020

Kabar/Türkiye, B. No: 38597/14, 28/6/2022

Kaplan/Türkiye, B. No: 11343/16, 13/6/2023

Karaca/Türkiye, B. No: 25285/15, 20/6/2023

Kavala/Türkiye, B. No: 28749/18, 10/12/2019 (*Kavala/Türkiye* [BD], B. No: 28749/18, 11/7/2022 (46. Madde Kararı))

Kaya/Türkiye, B. No: 80765/17, 18/1/2022

Kılıçdaroğlu/Türkiye, B. No: 16558/18, 27/10/2020

Kılınçlı ve diğerleri/Türkiye, B. No: 27336/17, 11/7/2023

Kop/Türkiye, B. No: 47404/20, 21/3/2023

Mehmet Demir/Türkiye, B. No: 55569/19, 24/10/2023

Mehmet Çiftci/Türkiye, B. No: 53208/19, 16/11/2021

Mehmet Çiftçi ve Suat İncedere /Türkiye, B. No: 21266/19, 21774/19, 18/1/2022

Mehmet Hasan Altan/Türkiye, B. No: 13237/17, 20/3/2018

Mehmet Orhan Yücel/Türkiye, B. No: 56687/16, 29/6/2021

Melike/Türkiye, B. No: 35786/19, 15/6/2021

Moral ve diğerleri/Türkiye, B. No: 49867/17, 18/10/2022

Murat Aksoy/Türkiye, B. No: 80/17, 13/4/2021

Murat Türk/Türkiye, B. No: 20686/19, 5/4/2022

Musa Tarhan/Türkiye, B. No: 12055/17, 23/10/2018

Nalbant ve diğerleri/Türkiye, B. No: 59914/16, 3/5/2022

Nuh Uzun ve diğerleri/Türkiye, B. No: 49341/18, 29/3/2022

Nurcan Bayraktar/Türkiye, B. No: 27094/20, 27/6/2023

Ocaklı/Türkiye, B. No: 84212/17, 27/6/2023

Oktay Alkan/Türkiye, B. No: 24492/21, 20/6/2023

Osman ve Altay/Türkiye, B. No: 23782/20, 40731/20, 18/7/2023

Öğreten ve Kanaat/Türkiye, B. No: 42201/17, 18/5/2021

Ömür Çağdaş Ersoy/Türkiye, B. No: 19165/19, 15/6/2021

Pişkin/Türkiye, B. No: 33399/18, 15/12/2020

Ramazan Demir/Türkiye, B. No: 68550/17, 9/2/2021

Rüşan Uysal/Türkiye, B. No: 44502/14, 8/3/2022

Saat/Türkiye, B. No: 23939/20, 6/9/2022

Sabuncu ve diğerleri/Türkiye, B. No: 23199/17, 11/10/2020

Sağdıç/Türkiye, B. No: 9142/16, 9/2/2021

Saz ve diğerleri/Türkiye, B. No: 29218/20, …, 24/10/2023

Selahattin Demirtaş/Türkiye [BD], B. No: 14305/17, 22/12/2020

Sevinç ve diğerleri/Türkiye, B. No: 63634/16, 18/10/2022

Subaşı ve diğerleri/Türkiye, B. No: 3468/20, 6/12/2022

Şahin Alpay/Türkiye, B. No: 16538/17, 20/3/2018

Şık/Türkiye, B. No: 36493/17, 24/10/2020

Şorli /Türkiye, B. No: 78727/16, 5/4/2022

Taner Kılıç (2)/Türkiye, B. No: 208/18, 31/5/2022

Tekin/Türkiye, B. No: 28249/20, 27/6/2023

Telek ve Diğerleri/Türkiye, B. No: 66763/17, 66767/17, 15891/18, 21/3/2023

Tercan/Türkiye, B. No: 6158/18, 29/6/2021

Tetik ve diğerleri/Türkiye, B. No: 25885/19, 15/3/2022

Tuncer Bakırhan/Türkiye, B. No: 31417/19, 14/9/2021

Turan ve diğerleri/Türkiye, B. No: 75805/16, 23/11/2021

Tüzünataç/Türkiye, B. No: 14852/18, 7/3/2023

Uçkan/Türkiye, B. No: 67657/17, 18/4/2023

Ulusoy ve diğerleri/Türkiye, B. No: 73062/16, 6/9/2022

Uslu/Türkiye, B. No: 51590/19, 21/3/202

U.Y./Türkiye, B. No: 58073/17, 10/10/2023

Üçdağ/Türkiye, B. No: 23314/19, 31/8/2021

Vedat Şorli/Türkiye, B. No: 42048/19, 19/10/2021

Yasin Özdemir/Türkiye, B. No: 14606/18, 17/12/2021

Yel ve diğerleri/Türkiye, B. No: 28241/18, 13/7/2021

Yıldırım Demir/Türkiye, B. No: 16363/19, 16/11/2021

Yılmaz Aydemir/Türkiye, B. No: 61808/19, 23/5/2023

Yüksel Yalçınkaya/Türkiye [BD], B. No: 15669/20, 26/9/2023

Yüksekdağ Şenoğlu ve diğerleri/Türkiye, B. No: 14332/17, 18/11/2022

Dr. Ömer GEDİK
(Anayasa Mahkemesi Raportörü)

Arş. Gör. Murat HAS
(Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi Öğretim Elemanı)

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ İÇTİHATLARINDA İNSAN HAKLARININ SINIRLANDIRMA SEBEBİ OLARAK MİLLÎ GÜVENLİK KAVRAMI VE BU SINIRLANDIRMA SEBEBİNİN UYGULAMA ALANI

ÖZ

"*Millî güvenlik*" kavramı, tanımlanması oldukça güç bir kavramdır. Bu kavramın içeriğinin kolay tespit edilememesi durumu, sınırlamaları istisna olmaktan uzaklaştırıp kural hâline dönüştürebilmektedir. Dolayısıyla çalışmada öncelikle belirsiz ve çerçevesinin çizilmesi de oldukça güç olan "*millî güvenlik*" kavramından ne anlaşılması gerektiği incelenecek, sonrasında ise bu kavramın sınırlarının belirlenmesi için benzer kavramlarla aralarındaki farktan kısaca bahsedilecektir. Çalışmanın devamında, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde (AİHS) yer alan ve millî güvenlik meşru amacıyla sınırlandırılabileceği öngörülen haklar tespit edilecek ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AİHM) bu hükümleri nasıl yorumladığı incelenmeye çalışılacaktır.

GİRİŞ

Güvenlik kaygısı, insanlığın varoluşuyla birlikte kişilerin hayatlarına devam etmeleri konusunda bireysel bir boyut taşımaktaydı. Sonraları, devletlerin ortaya çıkması güvenlik kaygısını bireyden ülke sınırları boyutuna taşımış ve olgu millî güvenlik hâlini almıştır. Bu olgunun hukuki alana taşınması ve insan hak ve hürriyetlerinin bir sınırlama nedeni olarak düşünülmesi çeşitli sorunları da beraberinde getirmiştir. Çünkü bu kavramın içeriğinin geniş tutulması millî güvenliğin korunması endişesiyle temel hak ve hürriyetlerin kısıtlanması riskini ortaya çıkarmaktadır.

Bilindiği üzere, 2004 yılında 1982 Anayasası'nın 90. maddesine yapılan ekleme[1] ile usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve hürriyetlere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümlerinin esas alınacağı hükme bağlanmıştır. Dolayısıyla 2004 yılından itibaren Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ve sözleşmenin uygulama alanını gösteren içtihat hukukunun normatif değeri artmıştır.

Çalışmada, özellikle Türkiye'yi ilgilendiren kararlar ve diğer bazı devletlerle ilgili yapılmış önemli başvurular ele alınacak ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin, devletlerin hangi durumlarda millî güvenliğin korunması gerekçesine dayanarak temel hak ve hürriyetleri sınırlayabileceklerine ilişkin tespitleri irdelenmeye çalışılacaktır. Öncelikle konunun daha anlaşılabilir kılınması amacıyla kavram tartışması yapılacak ve "*millî güvenlik*" kavramının benzer kavramlarla olan farklılıkları ortaya konacaktır. Daha sonra ise Sözleşme Hukukunda sınırlandırma sebebi olarak millî güvenliğin hangi haklara ilişkin olarak düzenlendiğinden ve AİHM'in bu düzenlemeleri nasıl yorumladığından bahsedilecektir.

I. MİLLÎ GÜVENLİK KAVRAMI VE BENZER KAVRAMLARDAN FARKI

Kuşkusuz "*millî güvenlik*" kavramının incelendiği bir çalışmada sağlıklı bir sonuca varabilmek, her şeyden önce, bu kavramın terminolojik olarak genel hatlarıyla ele alınıp tanımlanmasıyla mümkün olacaktır. Çünkü bu kavram, temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında oldukça esnek ve bir o kadar da karmaşıktır[2]. "Millî güvenlik" kavramının içeriğinin kolay tespit edileme-

1 7/5/2004 tarihli ve 5170 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun, Resmi Gazete, T. 22.5.2004, S. 25469.

2 Milli güvenlik kavramının "epeyce muğlâk bir terim" olduğuna ilişkin bkz. Schauer, F. (2002). *İfade Özgürlüğü Felsefi Bir İnceleme*, Seçilmişoğlu, M. B. (Çev.), Ankara: Liberal Düşünce, s. 267; Wolfers, A. (1952). "'National Security' as an Ambiguous Symbol", *Political Science Quarterly*, C. 67., S. 4., s. 481-502.

mesi durumu, sınırlamaları istisna olmaktan uzaklaştırıp kural hâline dönüştürebilmektedir[3]. Öncelikle, belirsiz ve çerçevesinin çizilmesi de oldukça güç olan "*millî güvenlik*" kavramından ne anlaşılması gerektiği ortaya konacak, ardından bu kavramın sınırlarının belirlenmesi için benzer kavramlarla aralarındaki farktan kısaca bahsedilecektir.

A. MİLLÎ GÜVENLİK KAVRAMI

Bir taraftan siyasal[4] ve hukuksal[5] diğer taraftan askeri yönleri bulunan "*millî güvenlik*" kavramının[6] oldukça belirsiz bir kavram olduğundan daha önce bahsedilmişti. İkinci Dünya Savaşı'na kadar askerî bir terim olan bu kavram, savaş sonrasında sosyal bilimlerin konusuna girmiş olmakta, günümüzde de devletin ve ülkenin iç ve dış güvenliğini anlatmakta kullanılmaktadır.

Kavram olarak millî güvenlik sözlükte, "*devletin anayasal düzeninin, millî varlığının, bütünlüğünün, milletlerarası alanda siyasi, sosyal, kültürel ve ekonomik bütün menfaatlerinin ahdi (sözleşmesel) hukukun her türlü dış ve iç tehditlere karşı korunması ve kollanması*" şeklinde tanımlanmaktadır[7]. Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere millî güvenlik, dışarıdan gelebilecek tehdit ve müdahalelere ve içerden oluşabilecek kargaşalara karşı korunmayı ifade eder[8]. Dolayısıyla bir yandan devletin egemenlik unsuruyla ilgili olan bu kavram, kurulu egemenlik anlayışının demokratik olmayan yollarla değiştirilme çabalarına karşılık devletin kendini koruma refleksidir. Diğer taraftan da devletin ülke unsuruyla ilgili olup bu unsurun gerek iç gerekse dış tehditler yoluyla bütünlüğünü bir arada tutmaya yönelik bir kavramdır.

---

3 Sunay, R. (2001). *Avrupa Sözleşmesinde ve Türk Anayasasında İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları*, Ankara: Liberal Düşünce Topluluğu, s. 80.

4 Kanuni düzenlemelerde açık bir tanımının yapılmaması veya yapılamaması ve milli güvenliğin kapsamının ülkelerin siyasal koşullarına göre değişmesi kavramın siyasi yönünü oluşturmaktadır. Bkz. Aybay, R. (1978). "Milli Güvenlik Kavramı ve Milli Güvenlik Kurulu", *A.Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi*, C. 33., S. 1., s. 60.

5 Tunç, H. ve Döner, A. (1998). "MGK ve Milli Güvenlik Kurulu", *Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Meslek Yüksek Okulu Dergisi*, S. 1., s. 3; Kavramın hukuki yönü ise uluslararası sözleşmelerde, anayasalarda ve kanunlarda yer almasından ileri gelmektedir. Bkz. Aybay, R. (1978). s. 60; Hazar, Z. (2013). "Basın Özgürlüğü ve Ulusal Güvenlik", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XVII., S. 1-2., s. 1530.

6 Hakyemez, Y. Ş. (2003). "Demokratik Ülkelerde Milli Güvenlik Politikasının Belirlenmesi ve Türkiye", *Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. VII., S. 3-4., s. 286.

7 Yılmaz, E. (1996). *Hukuk Sözlüğü*, 5. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 550; Türk Dil Kurumu Sözlüğü'nde; "*Devletin her türlü dış ve iç tehditlere karşı korunması*" şeklinde bir tanım yer almaktadır. Bkz. https://sozluk.gov.tr/ (Erişim Tarihi: 1/12/2023). Danıştay ise, "*Yurt ölçüsünde beliren iç ve dış tehlikelere karşı Devlet tüzel kişiliğinin savunma ve güvenlik altına alınması*" şeklinde bir tanım yapmıştır. Bkz. Danıştay On İkinci Dairesinin 5/3/1970 tarihli ve E. 1969/4097, K. 1970/426 sayılı kararı.

8 Duran, L. (1977). *İdare Hukuku Ders Notları*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Matbaası, s. 108; Hakyemez, Y. Ş. (2003). s. 286.

B. MİLLÎ GÜVENLİK KAVRAMININ BENZER KAVRAMLARDAN FARKI

1. Millî Güvenlik-Millî Savunma Kavramları

Millî savunma, devletin bağımsızlığını dışa karşı[9] koruma görevini, kurulmuş olan düzenli ordular eliyle yerine getirmek için kullanılan bir kavramdır[10]. Buradan hareketle millî güvenlik ve millî savunma arasında bir amaç birliğinin varlığından söz edilebilir. Ancak millî savunma kavramının yalnızca dış saldırılara karşı, ülkenin korunması anlamına geldiği göz önünde bulundurulursa millî güvenliğin bir alt unsuru olduğu ifade edilebilir. Bu yönüyle millî savunmanın hazırlanması, millî güvenliğin sağlanmasına hizmet eden bir araçtır[11].

2. Millî Güvenlik-Kamu Düzeni Kavramları

Kamu düzeni, herkese hürriyetlerden yararlanma güvencesi veren ve bir insan grubunun gerçek anlamda toplum olmasını sağlayan ülkenin iç barışını ve olağan düzenini ifade eder[12]. Yer, zaman, içerik ve nitelik unsurları bakımından millî güvenlik ile kamu düzeni arasında farklar bulunmaktadır. Kamu düzeni, toplumun maddi düzenidir ve yollar, parklar, alışveriş mekânları, tiyatrolar ve sinemalar gibi kamuya açık alanlarda bireylerin güvenlik, dirlik ve esenlik içinde ve sağlıklı bir şekilde yaşamalarının sağlanmasını anlatır[13]. Bu yönüyle kamu düzeni, yerel veya belli bir bölge ile sınırlı olarak gündeme gelir. Millî güvenlik ise içten veya dıştan gelebilen ve devletin tüm ülkesini ilgilendiren meseleleri ifade eder[14]. Güvenliği bozan faaliyetler belirli bir bölgede olmasına rağmen tüm ülkeyi etkiliyorsa yine "*millî güvenlik*" kavramı gündeme gelir.

İçerik olarak kamu düzeni, sosyal yaşam alanında bireylerin hayatlarının, normal ve sıradan akışı içerisinde düzenli bir biçimde devam etmesine yöneliktir. Millî güvenlik ise devletin varlığını veya devletin siyasal, sosyal ve anayasal düzeninin devamını konu edinen bir olgudur. Bu yönüyle millî güvenlik kavramı, kamu düzenine kıyasla daha önemli ve ciddi konulara işaret etmektedir[15]. Ayrıca millî güvenliğin hem yer unsuru bakımından daha geniş bir alanı ilgilendirmesi hem de nitelik unsuru bakımından daha mühim konulara işaret etmesi sebebiyle, zaman unsuru bakımından millî güvenliği

9 a.g.e. s. 287.
10 a.g.e. s. 288.
11 Yavuz Yayla, E. (2019). *Basın Özgürlüğü ve Milli Güvenlik Kapsamında Sınırları*, Ankara: Adalet Yayınları, s. 97.
12 Kaboğlu, İ. Ö. (2002). *Özgürlükler Hukuku*, 6. Baskı, Ankara: İmge Kitabevi Yayınları, s. 93.
13 Günday, M. (1999). *İdare Hukuku*, 4. Baskı, Ankara: İmaj Yayınları, s. 192.
14 Yavuz Yayla, E. (2019). s. 103.
15 Güveyi, Ü. (2019). *Anayasa Hukuku Boyutuyla Milli Güvenlik*, Ankara: Seçkin Yayınları, s. 43; Akgüner, T. (1983). *1961 Anayasasına Göre Milli Güvenlik Kavramı ve Milli Güvenlik Kurulu*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, s. 70.

bozan faaliyetlerin genellikle uzun süreli, kamu düzenini bozan faaliyetlerin ise daha kısa süreli olduğu söylenebilir.

3. Millî Güvenlik-Kamu Güvenliği Kavramları

"*Kamu güvenliği*" kavramı, kamu düzeni kavramının bir alt başlığı olarak değerlendirilmektedir. Şöyle ki klasik anlamda kamu düzeni, *kamu güvenliği*, *kamu huzuru* ve *kamu sağlığından* oluşmaktadır[16]. Kamu güvenliği doktrinde, *şahsa ve eşyaya zarar verecek kazaların ve tehlikelerin yokluğu* şeklinde tanımlanmaktadır[17]. Türk Dil Kurumu Sözlüğü'nde de kamu güvenliği "*Bir devlette zabıta hizmetleriyle halka sağlanan can ve mal güvenliği*" şeklinde tanımlanmıştır[18].

Tanımlardan da anlaşılacağı üzere kamu güvenliğinin önemli önceliği can ve mal güvenliğidir[19]. Söz konusu can ve mal güvenliği genel olarak normal kolluk hizmetleriyle sağlanmaya çalışılır. Ancak daha önce de ifade edildiği üzere, "*millî güvenlik*" kavramı, içeriden ve dışarıdan gelebilecek tehditlere karşı devletin anayasal düzeninin, millî varlığının ve bütünlüğünün korunmasını ve kollanmasını ifade eder. Bu koruma ve kollama ise daha çok askeri sistemler ile sağlanmaya çalışılır. Dolayısıyla kamu güvenliği kavramının millî güvenliğe kıyasla daha hafif tehditleri karşıladığı ve bu tehditlerin olağan yönetim sistemiyle ve normal kolluk hizmetleriyle giderilmeye çalışıldığı söylenebilir[20].

4. Millî Güvenlik-Siyasi Güvenlik Kavramları

Siyasi güvenlik kavramı, millî güvenlik kavramına göre daha dar bir anlam taşımaktadır. Siyasi güvenlik, bir ülkede var olan ve uygulanan siyasi düzen, iktidarın şekillenmesi ve oluşumu bakımından söz konusu olan güvenliktir[21]. Millî güvenlik ise daha önce de açıklandığı üzere, bir devletteki mevcut siyasi rejimi ve siyasi iktidarı göz önünde bulundurmaksızın ilgili devletin genel güvenliğini, esenliğini ve özgürlüğünü ifade eder[22].

16 Gözler, K. (2009). *İdare Hukuku, C. II*, 2. Baskı, Bursa: Ekin Kitabevi Yayınları, s. 473; Gözübüyük, Ş. ve Tan, T. (2010). *İdare Hukuku Genel Esaslar, C. I*, 7. Baskı, Ankara: Turhan Kitabevi Yayınları, s. 753.

17 Gözler, K. (2009). s. 473; Kızılyel, S. (2014). *Temel Hak ve Özgürlüklerin Kısıtlanmasında Kamu Güvenliği Ölçütü*, İstanbul: Beta Yayınları, s. 65.

18 https://sozluk.gov.tr/?kelime=kamu%20g%C3%BCvenli%C4%9Fi (Erişim Tarihi: 5/12/2019); Yine Amerikan yaklaşıma göre kamu güvenliği, "*insanların kişiliklerine ve mallarına yönelik tehditlere karşı rahat ettikleri mekânsal durum*" şeklinde tanımlanmaktadır. Bkz. Güveyi, Ü. (2019). s. 45; Smith, M. E. (2001). *What Future for "Public Safety" and "Restorative Justice" in Community Corrections?*, Washington: U.S. Department of Justice Office of Justice Programs National Institute of Justice, s. 2.

19 Kızılyel, S. (2014). s. 65.

20 Güveyi, Ü. (2019). s. 47.

21 Özek, Ç. (1963). "Pasaport Kanununun 22. Maddesi Anayasaya Aykırı Mıdır?", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 29., S. 4., s. 1189; Yavuz Yayla, E. (2019). s. 102; Güveyi, Ü. (2019). s. 49.

22 Özek, Ç. (1963). s. 1189; Güveyi, Ü. (2019). s. 49;

"*Siyasi güvenlik*" kavramı ile "*millî güvenlik*" kavramının aynı anlamı taşıyıp taşımadığı meselesi, 1961 Anayasası döneminde gündeme gelmiştir. Hem genel hem de özel sınırlandırma sebeplerine yer veren 1961 Anayasası, "*millî güvenlik*"i genel sınırlandırma sebeplerinden birisi olarak kabul etmiştir (mad. 11/2). Aynı zamanda seyahat ve yerleşme hürriyetinin düzenlendiği 18. maddede, seyahat hürriyetinin millî güvenlik sebebiyle sınırlandırılabileceği hüküm altına alınmıştı.

5682 sayılı Pasaport Kanunu'nun 22. maddesinin ilk şekline göre ise İçişleri Bakanlığı, siyasi güvenlik sebebiyle yurtdışına çıkmaları sakıncalı görülen kişilerin yurtdışına çıkışlarını engelleyebilmekteydi. Seyahat hürriyetinin, siyasi güvenlik sebebiyle sınırlandırılamayacağı, seyahat hürriyetinin ancak millî güvenlik sebebiyle sınırlandırılabileceği, siyasi güvenlik ile millî güvenliğin aynı anlama gelmediği iddiaları üzerine konu Anayasa Mahkemesinin önüne gelmişti. Anayasa Mahkemesi, siyasi güvenlik kavramının millî güvenlik kavramı içerisinde değerlendirilebileceği gerekçesiyle söz konusu hükmün Anayasa'ya aykırı olmadığına karar vermiştir.[23] Ancak söz konusu karar öğretide eleştirilmiştir[24]. Nitekim kanun koyucu, Pasaport Kanunu'nun 22. maddesinde değişikliğe gitmiş ve eleştirilen "*siyasi emniyet*" (güvenlik) kavramı yerine "*genel güvenlik*" kavramını getirmiştir (28.05.1988 tarihli 3463 sayılı Kanun m. 3).

II. AİHS'DE MİLLÎ GÜVENLİK KAVRAMININ MEŞRU SINIRLANDIRMA SEBEBİ OLARAK ÖNGÖRÜLDÜĞÜ HAKLAR

İnsan faaliyetleri, tarih içerisinde düşüncelerini ifade etme, toplanma, bilimsel çalışmalarda bulunma, seyahat etme ve buna benzer şekillerde isimlendirilmiştir. Bu davranışların insanın maddi ve manevi varlığına bağlı vazgeçilmez ve devredilmez temel hak ve hürriyetler olduğu kabul edilmiştir. Bu davranışlar siyasal iktidarın ya da toplumsal güçlerin baskılarına karşı güvence altına alınmaya çalışılmıştır[25].

Bununla birlikte, sınırsız herhangi bir hürriyet, başkasının sahip olduğu başka bir hürriyetle karşı karşıya geleceğinden, temel hak ve hürriyetlerin sınırsız olduğunu düşünmek, bireylerin doğasında var olan hürriyeti elde etme çabası sonucunda ortaya çıkacak kavga ve mücadelelere fırsat vermek

23 Anayasa Mahkemesine göre, "*Memleketten ayrılmalarında siyasi emniyet bakımından mahzur bulunduğu İçişleri Bakanlığınca tesbit edilenlerin yurt dışına seyahatlerine müsaade edilmemesi millî güy(v)enlikle ilgili bulunmaktadır*." Bkz. AYM, E.1963/190, K.1963/100, 29/4/1963.

24 Özek, Ç. (1963). s. 1188-1189. Ayrıca bkz. Gedik, Ö. (2022). *Anayasa Mahkemesi Kararlarının Yorum Yöntemleri Açısından İncelenmesi*. İstanbul: Filiz Kitabevi Yayınları, s. 219-220.

25 Eren, A. (2004). *Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri*, İstanbul: Beta Yayınları, s. 15; Uygun, O. (1992). *1982 Anayasası'nda Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi*, İstanbul: Kazancı Yayınları, s. 54.

anlamına gelir. Dolayısıyla toplum düzeninin gerçekleştirilmesi ve devamının sağlanabilmesi hak ve hürriyetlerin belli ölçülerde sınırlandırılabilmesine bağlıdır[26]. Başka bir deyişle, hürriyetin kişi yönünden pratik bir anlam kazanabilmesi ve herkes için bir anlam ifade edebilmesi, hürriyetlerin birtakım kayıtlarla çerçevelenmesi, yani hürriyetlerden sınırlı yararlanılması neticesini ortaya koyar[27]. Nitekim Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi'nin 4. maddesinde belirtildiği üzere, "*Hürriyet başkalarına zarar vermeden istediğini yapabilmektir: Her bir insanın doğal haklarını kullanması toplumun diğer üyelerinin aynı hakları kullanmasını garanti altına alacak sınırlar içindedir.*"

AİHS'de de düzenlenmiş olan hak ve hürriyetler için sınırlama sebepleri öngörülmüştür. Bu bağlamda Sözleşme'de genel sınırlama sebeplerine yer verilmemiş, her hak ve hürriyete ilişkin maddenin içerisinde sınırlama sebepleri sayılmıştır. Kuşkusuz bu durum, hürriyetlere getirilen sınırlamaların dar yorumlanması imkânını doğurmaktadır[28]. AİHS'nin belirlediği meşru sınırlama sebeplerinden birisi de millî güvenliğin korunmasıdır. Bu meşru sınırlama sebebi Sözleşmede ve Ek Protokollerde şu maddelerde düzenlenmiştir: Adil yargılanma hakkı (madde 6), özel hayatın ve aile hayatının korunması (madde 8), ifade hürriyeti (madde 10), toplantı ve dernek kurma hürriyeti (madde 11), serbest dolaşım hürriyeti (4 No.lu Protokol madde 2) ve yabancıların sınır dışı edilememesi güvencesi (7 No.lu Protokol madde 1).

III. AİHM'NİN MİLLÎ GÜVENLİK KAVRAMINA YAKLAŞIMI

A. Genel Olarak

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin en önemli özelliklerinden birisi, başlangıcından bu yana AİHS ile güvence altına alınan hak ve hürriyetlerin içeriğinin yargı kararlarında belirlenerek yaşayan bir hukuk hâline getirilmesidir[29]. Bununla birlikte Mahkemenin, Sözleşme hükümlerini soyut olarak yorumlama yetkisine sahip olmadığı, sadece gördüğü davalar yolu ile hükümleri inceleyerek somut bir şekle dönüştürdüğünü söylemek gerekir[30]. Mahkeme

26 Bulut, N. (2001). "4709 Sayılı Kanunla Yapılan Anayasa Değişikliği Çerçevesinde Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması Rejiminin Birey Devlet Açısından Değerlendirilmesi", *Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. V., S. 1-4., s. 40; Anayurt, Ö. (1998). *Toplanma Hürriyeti Kavramı ve Türk Anayasa Hukukunda Toplanma Hürriyeti*, İstanbul: Kazancı Yayınları, s. 133; Gedik, Ö. (2008). *Türkiye'de Kitle İletişim Özgürlüğü*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 93; Sunay, R. (2001). s. 73, dpt. 185.

27 Kaboğlu, İ. Ö. (2017). *Anayasa Hukuku Dersleri*, 12. Baskı, İstanbul: Legal Yayınları, s. 288; Kaboğlu, İ. Ö. (2002). s. 88; Anayurt, Ö. (1998). s. 133-134.

28 Sunay, R. (2001). s. 77.

29 Çavuşoğlu, N. (1994). *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Avrupa Toplulukları Hukukunda Temel Hak ve Hürriyetler Üzerine*, Ankara: Ankara Üniversitesi SBF İnsan Hakları Merkezi Yayınları, s. 74.

30 "*Mahkeme, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ni kendine özgü yöntemlerle yorumlamış ve ortak bir insan hakları anlayışı yaratmıştır.*" Bkz.: Kaboğlu, İ. Ö. (2002). s. 232.

bunu yaparken dinamik yorum yöntemini uygulamaktadır[31]. Kuşkusuz, Sözleşme'yi sürekli canlı tutan[32] bu durumla, AİHS'nin metninin içtihat hukukuyla[33] birlikte okunmasını gerektiği yargısına varılabilir.

Bu bağlamda AİHM, millî güvenlik meşru amacıyla temel hak ve hürriyetlere yapılan müdahaleleri değerlendirirken ulusal makamların geniş bir takdir marjına sahip olduğunu kabul etmektedir[34]. "*Millî güvenlik*" kavramına ilişkin bir Avrupa konsensüsü bulunmaması, AİHM'nin, devletlere geniş takdir marjı tanımasının nedenlerinden biri olarak gösterilebilir[35]. Ayrıca "millî güvenlik" kavramını tanımlamanın güçlüğü ve kavramın genişliği, devletlerin millî güvenliğe yükledikleri anlamın değişkenlik göstermesine sebep olmaktadır[36]. Dolayısıyla Mahkeme, devletlerin millî güvenlik meşru amacıyla hakka yapmış oldukları müdahaleler bakımında belirli takdir yetkisine sahip olduklarını belirtmekle beraber, müdahalenin orantılı olmasını aramaktadır. Yani millî güvenlik meşru amacı ile müdahalede bulunulan hak arasında adil dengenin sağlanması gerekmektedir. Aşağıda millî güvenlik sebebiyle sınırlanabilecek haklara ilişkin kararlarda da görüleceği üzere, AİHM, devletlerin belirli bir takdir yetkisine sahip olduğunu belirtmekte, ancak ilgili hakka yapılan müdahalenin orantılı olup olmadığını değerlendirmektedir.

B. Millî Güvenlik Sebebiyle Sınırlandırılabilecek Hak ve Hürriyetler

1. Adil Yargılanma Hakkı (m. 6)

Sözleşme'nin 6. maddesinde, adil yargılanma hakkının bir unsuru olan "*aleni yargılanma hakkı*"nın millî güvenlik sebebiyle sınırlandırılabileceği belirtilmiştir. Söz konusu maddeye göre, "*Herkes davasının… kamuya açık olarak… görülmesini isteme hakkına sahiptir. Karar alenî olarak verilir. Ancak, demokratik bir*

31 Kaboğlu, İ. Ö. (2002). s. 233; Çakmak, U. R. (2023). "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türk Anayasa Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Bireysel Başvuruda Özerk Yorum", *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 18., S. 1., s. 205-206.

32 Sözleşmenin "yaşayan bir belge" (living instrument) olduğuna ilişkin Mahkemenin tespitlerine yönelik kararlar için bkz: *Loizidou/Türkiye*, B. No: 15318/89, 23/3/1995, § 71; *Tyrer/Birleşik Krallık*, B. No: 5856/72, 25/4/1978, § 31; *Soering/Birleşik Krallık*, B. No: 14038/88, 7/7/1989, § 102.

33 ("…*Mahkeme içtihatları 'Avrupa Kamu Düzeni' anlayışının oluşmasında önemli bir kaynak teşkil etmektedir*.") Bkz: Eren, A. (2003). "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarına Göre Avrupa Kamu Düzeninde Politik Alanın Sınırları ve "Yeni Politik Alan", *Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. VII., S. 3-4., s. 222; Ayrıca, 11. Protokolle tam yargısal bir denetim olanağına sahip olan Mahkemenin kararları bağlayıcı nitelikte olup, hukuki statülerinin emredici hukuki norm kategorisinde olduğu ifade edilmelidir. Dolayısıyla taraf devletlerin yetkili organları, Mahkeme kararlarını bağlayıcı hukuki hükümler olarak görmelidirler. Eren, A. (2003). s. 222.

34 Esen, E. (2020). *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları Işığında Takdir Marjı Doktrini*, İstanbul: On İki Levha Yayınları, s. 96; Bkz.: *Big Brother Watch ve Diğerleri/Birleşik Krallık*, B. No: 58170/13, 62322/14, 24960/15, 13/9/2018, § 314.

35 Doğru, D. (2019). *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yargılamasında Takdir Marjı Doktrini*, Ankara: Turhan Kitabevi Yayınları, s. 186.

36 a.g.e. s. 186.

toplum içinde … milli güvenlik yararına … ve mahkemece bunun kaçınılmaz olarak değerlendirildiği ölçüde, duruşma salonu tüm dava süresince veya kısmen basına ve dinleyicilere kapatılabilir." "*Kapatılabilir*" ifadesinden de anlaşılacağı üzere, mahkeme, yukarıdaki koşulların varlığına rağmen duruşmayı basına ve dinleyicilere açık olarak da yapabilir.

Yargılamanın aleni yapılması, yargılamayı kamunun denetimine açık hâle getirir[37]. Böylece taraflar, gizli yargılamalara ve keyfî kararlara karşı korunmuş olur. Yargılamanın aleni olarak yapılması neticesinde mahkemelere güven sağlanır[38]. Yargılamanın görünür ve aleni olarak yürütülmesi, demokratik toplumun temel ilkelerinden birisi olan adil yargılamanın amacına ulaşmayı sağlar[39]. Olağan ceza yargılamalarında, yargılanan kişi tehlikeli olsa ve yargılamaya katılan kişilerin güvenlik sorunları bulunsa bile yargılamanın açık olarak yapılması beklenir[40].

Ancak Sözleşmenin 6. maddesinde belirtildiği üzere, bazı durumlarda millî güvenlik meşru amacıyla yargılamanın tamamının veya bir kısmının basına ve dinleyicilere kapatılması mümkündür. AİHM, millî güvenlik meşru amacıyla aleni yargılanma hakkının nasıl sınırlandırılabileceğini *Belashev/Rusya* kararında değerlendirmiştir[41]. Mahkeme, aleni yargılanma hakkının millî güvenlik sebebiyle kısıtlandığı böyle durumlarda, söz konusu sınırlamanın acil bir ihtiyaca yönelik olup olmadığını belirlemek için çoğunlukla ölçülülük testi yapmaktadır.

Mahkemeye göre, dava dosyasında gizli bilgilerin bulunması, duruşmanın açık bir şekilde gerçekleştirilmesi ile millî güvenlik kaygıları arasında bir denge kurulmaksızın duruşmanın kamuya kapalı bir şekilde yapılacağı anlamına gelmez[42]. Devlet sırlarının korunması önemli görülebilse bile, adalet için vazgeçilmez bir unsur niteliğini haiz aleni yargılanma hakkı çok daha değerli ve önemlidir. Bu nedenle ceza yargılamalarının aleniyetten uzak bir şekilde yürütüleceğine karar vermeden önce mahkemeler, söz konusu kapa-

37 *Yam/Birleşik Krallık*, B. No: 31295/11, 16/1/2020, § 52.
38 *Yam/Birleşik Krallık*, § 52.
39 *Pretto ve diğerleri/İtalya*, B. No: 7984/77, 8/12/1983, § 21.
40 *Campbell ve Fell/Birleşik Krallık*, B. No: 7819/77; 7878/77, 28/6/1984, § 87.
41 1 Nisan 1997'de, Rusya'nın son çarı II. Nicholas'ın heykeline (anıtına) saldırı düzenlenmiş ve heykel patlatılmıştır. Olayı "*Askeri Devrim Konseyi*" adında bir grup üstlenmiştir. "*Askeri Devrim Konseyi*" adlı grubun başka eylemlere de kalkışacağı iddiaları üzerine Rusya kolluk güçleri, "*Askeri Devrim Konseyi*" üyesi olduğu ve bombalama eylemlerine karıştığı gerekçesiyle başvurucuyu yakalamıştır. "*Terörizm ve yasadışı silah ve madde üretimi*" gibi suçlarla suçlanan başvurucu, önce tutuklanmış ve sonrasında hakkında dava açılmıştır. Davaya bakan Moskova Şehir Mahkemesi, kitle iletişim araçlarının daha öncesinde gerçekleri yanlış bir şekilde beyan ettiğini ileri sürmüş ve mağdurların, tanıkların ve yargılamanın diğer taraflarının güvenliğini sağlamanın gerekliliğine işaret ederek duruşmaların kapalı bir şekilde yapılmasına karar vermiştir. Bkz.: *Belashev/Rusya*, B. No: 28617/03, 4/5/2009, § 6.
42 *Yam/Birleşik Krallık*, § 55.

lılığın devletin mecburi menfaatlerinin korunması için gerekli olduğuna dair bazı özel bulgulara varmalı ve bu tür bir menfaatin korunması amacıyla da mahremiyeti gerekli ölçüde sınırlandırmalıdır[43]. Örneğin, sadece gizli belgelerin okunabileceği duruşmayı veya duruşmaları kapalı yapmak yerine bütün yargılamayı kapalı yapmak adil yargılanma (aleni yargılanma) hakkını gereksiz bir şekilde sınırlandırmak anlamına gelecektir[44].

AİHM'ye göre, *Belashev*'i yargılayan Moskova Şehir Mahkemesi, dava dosyasında yer alan hangi belgelerin devlet sırrı niteliğinde olduğunu belirtmediği gibi, başvurucuya yönelik suçlamalar ile devlet sırrı niteliğinde olduğu ileri sürülen belgeler arasında nasıl bir ilişki olduğunu da açıklamamıştır. Yine mağdurların ve tanıkların güvenliğini sağlamanın, davanın aleni bir şekilde görülmesi karşısında neden daha önemli olduğu açıklanmamıştır. Ayrıca yargılamayı açık yapıp gizli belgelerin okunabileceği sadece bir veya ihtiyaç varsa birkaç oturum için mahkeme salonunu boşaltma imkânının bulunmadığına işaret eden bir delil bulunamamıştır. Dolayısıyla başvurucunun aleni bir şekilde yargılanmamasından dolayı Sözleşme'nin 6. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı ihlal edilmiştir[45].

2. Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunması (m. 8)

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne göre millî güvenlik sebebiyle sınırlandırılabilecek bir diğer hak *özel hayatın ve aile hayatının korunması* hakkıdır. Sözleşme'nin 8. maddesine göre, "*herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesi, ancak müdahalenin kanunla öngörülmüş ve demokratik bir toplumda milli güvenlik … için zorunlu bir tedbir olması durumunda söz konusu olabilir.*" Madde başlığında her ne kadar "*özel hayatın*" ve "*aile hayatının*" korunmasından söz edilmiş olsa da, maddenin içeriğinde ayrıca "*konuta*" ve "*yazışmaya (haberleşmeye)*" saygı gösterilmesi hakkı da güvence altına alınmıştır. Hükümden de anlaşılacağı üzere, millî güvenlik sebebiyle 8. maddede güvence altına alınan haklara yönelik bir müdahalenin ihlal teşkil etmemesi için, öncelikle söz konusu müdahalenin "*kanun uyarınca olması*", yani kanuni bir dayanağının bulunması gerekir. Ayrıca söz konusu müdahale, demokratik bir toplumda alınması zorunlu tedbirlerden birisi olmalıdır. Her ne kadar maddede "*ölçülülük*" ilkesine yer verilmemiş olsa da uygulamada AİHM, söz konusu müdahalenin demokratik toplum düzeni bakımından "*orantılı*" olup olmadığını da araştırmaktadır.[46]

43 *Belashev/Rusya*, § 83; *Welke ve Bıałek/Polanya*, B. No: 15924/05, 15.09.2011, § 77; *Hummatov/Azerbaycan*, B. No: 9852/03; 13413/04, 29/11/2007.
44 *Fazliyski/Bulgaristan*, B. No: 40908/05, 16/4/2013, § 69.
45 *Belashev/Rusya*, § 88.
46 *Coster/Birleşik Krallık*, B. No: 24876/94, 18/1/2001, § 104.

AİHM, istihbarat servislerinin demokratik bir toplumda meşru bir şekilde var olabileceğini kabul etmektedir. Ancak kişilerin gizli şekilde gözetlenmesi, sadece demokratik kurumların korunması amacıyla gerçekleştirilebilir. Demokratik kurumların korunması noktasında alınması zorunlu olmayan tedbirler Sözleşme'nin 8. maddesini ihlal eder[47]. Mahkemeye göre, millî güvenliği korumak için getirilen gizli izleme sistemi, demokrasiyi zayıflatma ve yıkma riski taşımamalıdır. Bu bağlamda AİHM, *Klass ve diğerleri/Almanya* davasında, devlet güvenliği sebebiyle postaların açılması ve telefonların dinlenmesini düzenleyen yasal düzenleme dolayısıyla başvuranların özel hayatlarının ihlal edilmediğine karar vermiştir[48].

Bununla birlikte Mahkeme, *Leander/İsveç* davasında, başvurucunun işe başladıktan sonra, askeri yasak bölgeye bitişik bulunan müzedeki görevine, hakkında yapılan güvenlik soruşturması neticesinde sakıncalı bulunarak son verilmesi nedeniyle özel hayatının ihlal edildiğine karar vermiştir[49]. Mahkeme, taraf devletlerin millî güvenliğin korunması meşru amacıyla kişiler hakkında bilgi toplama, halka açık olmayan siciller tutma ve millî güvenlik bakımından önemli kadrolarda çalışmak isteyen adayların bu işe uygunluğunu takdir ederken bu bilgileri kullanma yetkisi veren kuralları düzenleme bakımından takdir marjına sahip olduğunu belirtmiştir[50]. Ancak millî güvenliği korumak amacıyla getirilen bir gizli izleme sisteminin, demokrasiyi savunma gerekçesiyle demokrasiyi zayıflatma ve hatta yıkma riski taşıdığı da göz önünde tutulacak olursa, bu sistemin kötüye kullanılmaya karşı yeterli ve etkili güvencelere sahip olması gerekmektedir[51].

Devletlerin millî güvenlik nedeniyle özel hayata müdahalede bulunduğu

47 *Segerstedt-Wiberg ve diğerleri/İsveç*, B. No: 62332/00, 6/6/2006, § 88; AİHM bu kararında ayrıca, terör şüphelileri ile ilgili durumlarda devletlerin, özellikle geçmiş terör faaliyetlerine dâhil olmuş bireyler hakkındaki bilgilerin saklanması açısından daha geniş bir "*takdir payına*" sahip olduğunu dolaylı bir şekilde belirtmiştir. Bkz.: *Segerstedt-Wiberg ve diğerleri/İsveç*, § 88.

48 *Klass ve diğerleri/Almanya*, B. No: 5029/71, 6/9/1978, § 60; "*Demokratik toplumlar son zamanlarda kendilerini casusluğun ve terörizmin hayli gelişmiş biçimlerinin tehdidi ile karşı karşıya bulmuşlardır. Bu da devletin, bu tür tehditlerle etkin bir biçimde mücadele edebilmek için kendi egemenlik alanı içinde faaliyet gösteren yıkıcı unsurları gizli izlemeye almasını gerektirmiştir… Mahkeme… Sözleşmeci bir devletin kendi egemenlik alanı içindeki kişileri gizli izlemeye tabi tutarken sınırsız bir takdir yetkisi kullanabileceği anlamına gelmediğini vurgulamaktadır. Demokrasiyi koruyayım derken onu zayıflatabilecek, hatta tahrip edebilecek böyle bir yasanın tehlikesinin farkında olan Mahkeme, Sözleşmeci bir Devletin casusluğa ve terörizme karşı mücadele adına, uygun gördüğü her türlü tedbiri alamayacağını kabul etmektedir. Mahkeme, hangi izleme sistemi benimsenirse benimsensin, kötüye kullanmaya karşı, yeterli ve etkili güvencelerin bulunduğuna ikna olmalıdır… Değerlendirme, alınabilecek tedbirin niteliğine, kapsamına ve süresine; bu tedbirleri emretmek için gerekli sebeplere; bu tedbirler için emri veren, uygulayan ve denetleyen yetkili makamlara ve ulusal hukukta tanınan iç hukuk yollarının türü gibi, olayın bütün koşullarına dayanır." Klass ve diğerleri/Almanya*, § 48-50. Doğru, O. ve Nalbant, A. (2013). *İnsan Hakları Sözleşmesi (Açıklama ve Önemli Kararlar), 2. Cilt*, Ankara: Pozitif Matbaa, s. 66-67.

49 *Leander/İsveç*, B. No: 9248/81, 26/3/1987, § 67.

50 *Leander/İsveç*, § 59.

51 *Leander/İsveç*, § 59.

bir diğer konu askeri personelin cinsel tercihleridir. Askeri personelin cinsel tercihleri sebebiyle ordudan ihraç edilmeleri konusunda devletler genellikle millî güvenlik meşru amacına dayanmaktadırlar. AİHM kararlarında önemli bir yer edinen bu başvurularda, silahlı kuvvetlerde çalışan başvuruculaların eşcinsellikleri sebebiyle işten çıkarılmaları Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamında değerlendirilmektedir. Örneğin, *Lustig-Prean ve Beckett* davasında başvurucular, Millî Savunma Bakanlığı politikası gereğince, sadece cinsel yönelimleri nedeniyle Birleşik Krallık silahlı kuvvetlerinden ihraç edilmişlerdir. Sözleşmeci Devlet, orduda eşcinselleri istihdam etmenin, askerlerin moralini ciddi şekilde etkileyeceğini ve sonuç olarak silahlı kuvvetlerin savaş gücünü ve operasyonel etkinliğini zayıflatacağını savunmuştur.[52] Başvurucular, cinsel hayatlarına ilişkin soruşturmaların ve söz konusu tarihte silahlı kuvvetlerde eşcinsellerin bulunmasını mutlak suretle yasaklayan düzenleme nedeniyle ordudan ihraç edilmelerinin, Sözleşme'nin 8 (özel hayata saygı hakkı) ve 14. (ayrımcılık yasağı) maddeleri kapsamındaki haklarının ihlaline neden olduğunu ileri sürmüşlerdir[53].

Mahkeme ilgili kararında başvuruculaların geçmişteki olumlu hizmetlerini de değerlendirerek soruşturma sürecinin "*müdahaleci ve saldırgan*" nitelik taşıdığını ve başvuranların işten çıkarılmalarının meslekleri ve gelecekteki beklentileri yönünden ağır sonuçlar doğuracağını belirterek ihlal kararı vermiştir[54]. Mahkeme, benzer şekilde Birleşik Krallık aleyhine *Smith ve Grady*[55], *Perkins ve R.*[56] ve *Beck, Copp ve Bazeley*[57] başvurularında da güvenliğin sağlanması amacıyla askeri personelin cinsel tercihine ilişkin yapılan müdahalelerin demokratik toplum düzeni bakımından orantılı olmadığı gerekçesiyle ihlal kararı vermiştir.

3. İfade Hürriyeti (m. 10)

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. maddesinde herkesin ifade hürriyetine sahip olduğu düzenlenmiştir[58]. Söz konusu hüküm, kişilerin düşünce, haber ve görüş alma, haber ve görüş verme hürriyetini güvence altına almaktadır. Bu hürriyetlerden düşünce özgürlüğünün mutlak nitelikte olduğu, dolayısıyla sınırlandırılamayacağı söylenebilir. Çünkü kişinin düşüncesinin

52 *Lustig-Prean ve Beckett/Birleşik Krallık*, B. No: 31417/96-32377/96, 27/9/1999, §§ 69-71.
53 *Lustig-Prean ve Beckett/Birleşik Krallık*, §§ 74-78.
54 *Lustig-Prean ve Beckett/Birleşik Krallık*, § 83.
55 *Smith ve Grady/Birleşik Krallık*, B. No: 33985/96 33986/96, 27/9/1999, §§ 87, 102-105.
56 *Perkins ve R./Birleşik Krallık*, B. No: 43208/98 44875/98, 22/10/2002, § 38.
57 *Beck, Copp ve Bazeley/Birleşik Krallık*, B. No: 48535/99 48536/99 48537/99, 22/10/2002, § 51.
58 "*Herkes ifade hürriyeti hakkına sahiptir. Bu hak, kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın ve ülke sınırları gözetilmeksizin, kanaat hürriyeti ve haber ve görüş alma ve de verme hürriyetini de kapsar… Görev ve sorumluluklar da yükleyen bu hürriyetlerin kullanılması, yasayla öngörülen ve demokratik bir toplumda milli güvenliğin… korunması… için gerekli olan bazı formaliteler, koşullar, sınırlamalar veya yaptırımlara tabi tutulabilir.*"

tamamen bilinebilmesi ve düzenlemeye tabi tutulması mümkün değildir[59]. Haber ve görüş alma ve verme hürriyetleri ise mutlak nitelikte değildir. Sözleşme'nin 10. maddesinde yer alan nedenlerle sınırlanabilir. Millî güvenlik de ilgili sınırlama sebeplerinden biridir. Ancak burada da söz konusu sınırlandırmanın hukuka uygun sınırlandırma sayılabilmesi için, sınırlandırmanın kanuna dayanması, demokratik bir toplumda alınması zorunlu tedbirlerden birisi olması ve orantılı olması gerekmektedir.

AİHM, ifade hürriyetinin millî güvenlik sebebiyle sınırlandırılması davalarında kullanılmak üzere bazı ilkeler geliştirmiştir. Buna göre terörist faaliyetleri destekleyen veya ileri düzeyde şiddeti teşvik eden beyanlar, millî güvenlik kapsamında koruma görmez. Mahkeme, *Zana/Türkiye* davasında ifade hürriyetine yapılan sınırlamayı orantılı bularak 10. maddenin ihlal edilmediğine karar vermiştir[60]. Kararda, terörist faaliyetleri destekleyici şekildeki ifadelerinden dolayı belediye başkanının davranışının cezalandırılmasının, 10. maddenin ikinci paragrafında belirtilen sınırlandırmalar kapsamında olduğu belirtilmiş, ayrıca kamu otoritesinin davacının düşünceyi açıklama hürriyetine getirdiği kısıtlamanın millî güvenliğin korunması ve kamu düzeninin sağlanması açısından gerekliliği de vurgulanmıştır[61]. Mahkemeye göre, Türkiye'nin Güney Doğu'sunda şiddet olaylarının devam ettiği bir süreçte bölgenin tanınmış bir siyasetçisinin böyle bir demeç vermesi[62], kamu makamları tarafından millî güvenliği ve kamu güvenliğini korumak için tedbir alınmasını haklı kılacak bir etkiye sahiptir[63].

Mahkeme, *Sürek/Türkiye (no.1)* [64] davasında da şiddetin, aşırı derece yüceltildiği ifadelerin sınırlandırılmasını, millî güvenliğin ve toprak bütünlüğünün korunması kapsamında değerlendirmiş ve ifade hürriyetine yapılan sınırlamayı demokratik toplum düzeni bakımından orantılı bularak 10. maddenin ihlal edilmediğine hükmetmiştir[65]. Bu bakımdan Mahkeme, toprak bütünlüğüne zarar verilmesi ile ilgili gerekçelerin, başvuranın ifade hürriyeti aleyhinde bir müdahale için ilgili ve yeterli bir dayanak olduğunu kabul et-

59 Yayla, A. (2009). "İfade Hürriyeti Nedir ve Niçin Gereklidir?", *Liberal Düşünce Dergisi*, S. 50., s. 161.

60 *Zana/Türkiye*, B. No: 18954/91, 25/11/1997, § 62.

61 *Zana/Türkiye*, § 55.

62 Başvurucu Mahkeme kararında da belirtildiği üzere şu ifadeleri kullanmıştır: "*…PKK'nın ulusal kurtuluş hareketini destekliyorum. Katliamlardan yana değiliz, yanlış şeyler her yerde olur. Kadın ve çocukları yanlışlıkla öldürüyorlar …*" Bkz.: Zana/Türkiye, § 12.

63 *Zana/Türkiye*, §§ 49-50.

64 Kemal Tekin Sürek, sahibi olduğu "*Haberde ve Yorumda Gerçek*" adlı haftalık derginin bir sayısında, "*Silahlar Özgürlüğü Engelleyemez*" ve "*Suç Bizim*" adlı iki okuyucu mektubuna yer vermiştir. Sürek aleyhine İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesi'nde dava açılmış, bu kişi mahkûm olmuş, temyiz üzerine karar Yargıtay tarafından onanmıştır. Bunun üzerine Sürek, ifade hürriyetinin ve bağımsız ve tarafsız bir yargı yeri tarafından yargılanma hakkının ihlal edildiğini iddia etmiştir. Bkz.: *Sürek/Türkiye (No:1)*, B. No: 26682/95, 8/7/1999, §§ 8-20.

65 *Sürek/Türkiye (No:1)*, § 65

mektedir. Birçok davada işaret etmiş olduğu gibi, Mahkeme, "*bilgi*" ve "*görüşlerin*" sadece kırıcı, şaşırtıcı veya rahatsız edici olmasının müdahalenin haklı gösterilmesi için yeterli olmayacağını tekrarlamakta, oysa mevcut davada söz konusu olanın nefret konuşmaları ve şiddetin yüceltilmesi olduğunu vurgulamaktadır[66]. Benzer şekilde *Sürek/Tükiye (no.3)* davasında da Mahkeme, aynı nedenlerle ifade hürriyetine yapılan müdahalenin demokratik toplum düzeni bakımından orantılı olduğundan 10. maddenin ihlal edilmediğine karar vermiştir[67].

Ancak şiddeti tahrik etmeyen ve şiddetin tahrik edilmesinden sorumlu olmayan ifade açıklamaları millî güvenlik gerekçesiyle sınırlandırılmamalıdır[68]. Mahkeme, 10. madde çerçevesinde devletin müdahale etmeme yönündeki negatif ödevini ihlal ettiği iddiası ile kendisine başvurulan bazı davalarda, şiddetin tahrik edilmediği ve tahrik edilmesinden sorumlu olunmadığı durumlarda, devletlerin millî güvenliğin korunması gerekçesiyle ifade açıklamalarına getirdikleri sınırlamaları sözleşmeye aykırı bulmuştur. Örneğin, Mahkeme, Türkiye'nin Güneydoğu politikasına ilişkin bir röportajda ülkenin bölünmezliği aleyhinde propaganda yaptıkları gerekçesiyle çeşitli cezalara çarptırılmalarıyla ilgili *Erdoğdu ve İnci/Türkiye* davasında, röportajın içeriğinin analitik nitelikte olduğunu ve metnin, şiddete yönelik tahrike ilişkin bölümler içermediğini belirterek ifade hürriyetine yapılan müdahalenin orantısız olduğuna ve 10. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir[69].

Mahkeme, benzer gerekçeleri (şiddeti teşvik etmeyen rahatsız edici ifade

66 *Sürek/Türkiye (No:1)*, § 62.

67 Makalelerde kullanılan kelimeler ve bu kelimelerin yayınlanmış olduğu bağlam üzerinde özellikle duran Mahkeme, şu gerekçelerle ihlal olmadığına karar vermiştir: "*Söz konusu makalenin kendisini PKK ile bağdaştırdığı ve Kürdistan"ın ulusal bağımsızlığının elde edilmesi amacıyla silah kuvvetinin kullanılması için çağrıda bulunduğu açıktır. Ayrıca makalelerin 1985'ten bu yana çok ciddi can kayıpları ve bölgenin büyük bir kısmında olağanüstü hal ilan edilmesine sebebiyet verecek şekilde güvenlik kuvvetleri ile PKK kuvvetleri arasında ciddi çatışmaların devam etmekte olduğu Güneydoğu Türkiye"deki güvenlik durumu bağlamında yayınlanmış olması da dikkate alınmalıdır …Bu bağlamda, makalenin içeriği, bölgede daha fazla şiddete teşvik edebilecek şekilde kabul edilmelidir. Gerçekten de, okuyucuya iletilen mesaj, saldırgan ülke karşısında şiddete başvurmanın gerekli ve haklı bir önlem olduğudur. Bu açıdan Mahkeme, muhatap Devlet tarafından başvuranın mahkumiyetine ilişkin olarak öne sürülen nedenlerin, başvuranın ifade özgürlüğü hakkına bir müdahale için ilgili ve yeterli dayanak teşkil ettiği görüşündedir.*" *Sürek/Türkiye (no.3)*, B. No: 24735/94, 8/7/1999, § 40.

68 *Şahin Alpay/Türkiye*, B. No: 16538/17, 20/4/2018, § 179; "*Devletin varlığına ve bekasına yönelik tehdit söz konusu olduğunda diğer hak ve özgürlüklerin yanında düşünce ve ifade özgürlüğü de ciddi ihlallere maruz kalabilmektedir. Ulus devletler, "milli güvenlik" ve "toprak bütünlüğü"nün korunması gibi gerekçelerle bazı düşüncelerin farklı araçlarla ifadesine sınırlamalar getirebilmekte, hatta bu sınırlamaları yargısal denetim dışına dahi çıkarabilmektedirler*". Arslan, Z. (2007). "Türkiye'de İstisna Hâli, Terör ve İfade Özgürlüğü", *TBB Dergisi*, S. 71., s. 204.

69 *Erdoğdu ve İnce/Türkiye*, B. No: **25067/94 ve 25068/94, 8/7/1999,** § 55. Mahkemeye göre, söz konusu davada yerel otoritelerin, kendileri açısından her ne kadar kabul edilemez olursa olsun, Güneydoğu'daki durumun farklı bir bakış açısından bildirilmesine ilişkin kamu haklarını yeterli ölçüde dikkate almadığı anlaşılmaktadır. Bkz. *Erdoğdu ve İnce/Türkiye*, § 52.

açıklamalarının 10. madde kapsamında koruma göreceği), *Başkaya ve Okçuoğlu* davasında paralel düşüncelerle ortaya koymuştur[70]. Mahkeme, devlet otoritelerinin terörle mücadele ederken aynı zamanda bilim özgürlüğüne ve vatandaşların olaylarla ilgili olarak farklı kaynaklardan yararlanabilme hakkına yeterli ölçüde önem vermeleri gerektiğini belirtmekle birlikte, davaya konu olan çalışmanın içeriğinin de şiddeti teşvik etmediğini tespit etmiştir. Dolayısıyla, başvuruculların ortaya koymuş olduğu akademik çalışmalar, Sözleşme'nin koruma alanı içerisindedir[71].

Millî güvenlik meşru amacıyla ifade hürriyetine yapılan diğer bir müdahale, askeri disipline karşı gerçek bir tehdidin bulunması halinde ifade hürriyetinin sınırlanmasıdır. Bu bağlamda *Grigoriades/Yunanistan* davasında AİHM, Sözleşme'nin 10. maddesinin diğer kişilere uygulandığı gibi, asker kişilere de uygulanacağını, dolayısıyla ifade hürriyetinin kışlanın kapısında kalmadığını ifade etmiştir[72]. Bununla birlikte, silahaltındakilerin, askeri disiplini zayıflatmalarını engellemek için düzenlenmiş hukuk kuralları bulunmadan, bir ordunun gereği gibi görev yapabileceğini düşünmek mümkün olmayacaktır. Bu bağlamda devletler, askeri disiplini sarsacak bir tehdidin bulunması durumunda, ifade hürriyetine kısıtlamalar koyabilirler. Ancak, bu kısıtlamalar ifade hürriyetinin içini boşaltmak amacıyla kullanılmamalıdır[73]. Mahkeme, *Grigoriades/Yunanistan* davasında da göndermede bulunduğu daha eski tarihli bir kararı olan *Vereinigung demokratischer Soldaten Österreichs ve Gubi/Avusturya* davasında aynı düşüncelere yer vermiş, askerlerin askeri disiplini ortadan kaldırmalarını engellemeyi amaçlayan kurallar bulunmadan askeriyenin düzgün bir biçimde görev yapmasının düşünülemeyeceğini vurgulamıştır[74].

AİHM göre, bazı bilgilerin yayımlanması, millî güvenlik meşru amacıyla sınırlandırılabilmesine rağmen, sınırlandırmanın demokratik bir toplumda gerekli olması ve sosyal ihtiyaç baskısı oluşturması gerekmektedir[75]. Mahkeme, devlet sırrı niteliğinde bilgi içeren kitap, gazete, dergi gibi yayınların yayımlanmasından önce devletin aldığı geçici tedbir kararlarının haklı görü-

70 Başvuruculardan iktisat profesörü Fikret Başkaya, "Batılılaşma, Çağdaşlaşma, Kalkınma Paradigmanın İflası/Resmi İdeolojinin Eleştirisine Giriş" adlı akademik nitelikteki kitabın yazarı, Selim Okçuoğlu da bu kitabı yayınlayan şirketin sahibidir. Çalışmada, Türkiye topraklarının bir bölümü "Kürdistan"a ait olarak tanımlanarak, Türkiye "siyasi, askeri, kültürel ve ideolojik" açılardan "Kürdistan"a baskı uyguluyor şeklinde betimlemelerde bulunulmuş ve Türkiye'nin resmi devlet politikası eleştirilmiştir. Her iki başvurucu da Terörle Mücadele Kanunu'na muhalefetten yargılanıp hapis cezasına çarptırılmışlardır. Başkaya'nın üniversitedeki görevine de son verilmiştir. Bkz. *Başkaya ve Okçuoğlu/Türkiye*, B. No: 23536/94 ve 24408/94, 8/7/1999.

71 *Başkaya ve Okçuoğlu/Türkiye*, §§ 64-65.

72 *Grigoriades/Yunanistan*, B. No: 24348/94, 25/11/1997, § 45.

73 *Grigoriades/Yunanistan*, § 45.

74 *Vereinigung Demokratischer Soldaten Österreichs ve Gubi/Avusturya*, B. No: 15153/89, 19/12/1994, § 36.

75 Hazar, Z. (2013). s. 1539.

lebileceğini, ancak bu yayınların veya bu yayınlardaki bilgilerin aleniyet kazanmış olması halinde, ifade hürriyetine getirilecek sınırlandırmaların hem demokratik bir toplumda gerekli olmayacağını hem de sosyal bir ihtiyacı karşılamayacağını belirtmektedir[76]. Örneğin, Mahkeme, *Observer ve Guardian/Birleşik Krallık* davasında, İngiliz istihbaratında çalışan bir ajanın anılarının yer aldığı kitabın, Amerika Birleşik Devletleri'nde yayımlanmasından ve İngiltere'de de elden ele dolaşmasından sonra, yayımlanmasının engellenmesini, aleniyet kazanan bir bilginin her ne kadar millî güvenliği ilgilendirse de yasağın demokratik bir toplumda gerekli olmadığı ve sosyal bir ihtiyacı karşılamadığı nedeniyle Sözleşme'nin 10. maddesine aykırı bulmuştur[77].

Yine Mahkeme, *Vereniging Weekblad Bluf!/Hollanda* davasında, Hollanda Gizli Servisinin (*İnternal Security Service/Binnenlandse Veiligheidsdienst*) yaptığı çalışmaları yayımlayan bir derginin, 2.500 adetinin Amsterdam caddelerinde dağıtılması nedeniyle, söz konusu bilginin ve haberin artık aleniyet kazandığı görüşüne varmıştır[78]. Bundan dolayı, derginin daha sonra toplatılmasını meşru görmemiş, Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlâl edildiğine karar vermiştir[79].

Son olarak AİHM düşünce açıklamasının şekline, büründüğü edebi kılığa ve etkide bulunduğu çevreye de dikkat etmektedir. Düşünce açıklamaları sınırlı bir çevrede etki gösteriyorsa, AİHM'e göre ifade hürriyeti sınırlandırılmamalıdır. Örneğin *Karataş/Türkiye* davasında Mahkeme, başvurucunun düşüncelerini diğer kitle iletişim yolları yerine şiirlerle açıkladığını, şiirlerin bazı bölümlerinin ton açısından gayet agresif olmasına ve şiddet kullanmaya davet etmesine rağmen doğası açısından şiirlerin sanatsal olmalarının ve sınırlı bir etkiye sahip olmalarının bir ayaklanmaya davetten ziyade zor siyasi konum itibariyle derin bir üzüntü ifadesini içerdiklerini göz önünde bulundurarak ihlal kararı vermiştir[80]. Yine benzer şekilde *Okçuoğlu* başvurusunda Mahkeme, tirajı düşük olan bir dergide yer alan düşünce açıklamalarının "*millî güvenlik*" üzerindeki potansiyel etkisinin belirgin şekilde düşük olduğunu belirterek ihlal kararı vermiştir[81].

4. Toplantı ve Dernek Kurma Hürriyeti (m. 11)

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 11. maddesine göre, "*Herkes barışçıl olarak toplanma ve dernek kurma hakkına sahiptir… Bu hakların kullanılması, yasayla öngörülen ve demokratik bir toplum içinde milli güvenliğin… korunması için*

76 a.g.e. s. 1539.
77 *Observer ve Guardian/Birleşik Krallık*, B. No: 13585/88, 26/11/1991, §§ 69-70.
78 *Vereniging Weekblad Bluf!/Hollanda*, B. No: 16616/90, 9/2/1995, § 43.
79 *Observer ve Guardian/Birleşik Krallık* ve *Vereniging Weekblad Bluf!/Hollanda* kararlarının, konumuza paralel bir biçimde basın hürriyeti bakımından incelendiği bir çalışma için bkz. Salihpaşaoğlu, Y. (2007). *Türkiye'de Basın Özgürlüğü*, Ankara: Seçkin Yayınları, s. 66-67.
80 *Karataş/Türkiye*, B. No: 23168/94, 8/7/1999, § 52.
81 *Okçuoğlu/Türkiye*, B. No: 24246/94, 8/7/1999, § 48.

gerekli olanlar dışındaki sınırlamalara tabi tutulamaz." Toplantı ve dernek kurma hürriyeti, yukarıda değindiğimiz diğer hak ve hürriyetlerde olduğu gibi, kanunla öngörülme, demokratik bir toplumda zorunlu olma ve ölçülülük ilkelerine uygun bir şekilde millî güvenlik meşru amacıyla sınırlandırılabilir. Bununla birlikte toplantı hürriyeti, genellikle kamu düzeni meşru amacıyla sınırlandırılmaktayken dernek kurma ve örgütlenme hürriyeti daha çok millî güvenlik meşru amacıyla sınırlandırılmaktadır.

AİHM önüne gelen davalarda, dernek kurma hürriyeti kapsamında kurulan ve faaliyet gösteren siyasi partilerin millî güvenlik sebebiyle Sözleşmeci Devletler tarafından kapatılmaları önemli bir yer teşkil etmektedir. AİHM'ye göre, siyasi partiler söz konusu olduğu zaman Sözleşme'nin 11. maddesindeki istisnalar çok dar bir şekilde yorumlanmalıdır. Millî güvenlik sebebiyle siyasi partilerin örgütlenme hürriyeti sadece ikna edici ve zorlayıcı sebeplerin varlığında sınırlandırılabilir. Dolayısıyla millî güvenlik meşru amacıyla siyasi partilerin örgütlenme hürriyetinin sınırlandırılması noktasında Sözleşmeci Devletler'in çok sınırlı bir takdir yetkisi vardır[82]. Mahkeme, *Sosyalist Parti ve diğerleri/Türkiye* davasında Perinçek'in konuşmaları eleştirel nitelikte ve taleplerle dolu olmakla birlikte, demokratik ilke ve kurallarla bağdaşmaz olmadığına karar vermiştir. Çünkü Perinçek konuşmalarında demokrasiye bağlılığını ve şiddeti reddettiğini açıklamaktadır. Dolayısıyla Sosyalist Parti'nin kapatılması, izlenen amaçla orantısız olup, demokratik bir toplumda gerekli değildir[83].

AİHM'ye göre, şiddet parti tarafından açık ya da örtülü olarak partinin bir yöntemi olarak benimsenmişse, terörist faaliyetler siyasi parti tarafından destelenmekteyse, terör örgütü ile arasında organik bir bağ bulunmaktaysa kapatma yaptırımı demokratik toplum bakımından artık bir gereklilik boyutuna ulaşmıştır[84]. Bununla birlikte, anayasal düzene aykırı olsa bile, ülke sorunlarının şiddete başvurulmaksızın diyalog yoluyla çözümü konusunda fikir ve düşüncelerin serbestçe ifade edilmesi veya parti programında devletin siyasal ve sosyal düzeniyle ve temel ilkeleriyle çatışan önerilere yer verilmesi partinin kapatılması için yeterli değildir[85].

Ancak AİHM, millî güvenlik, kamu güvenliği, suçun önlenmesi gibi sebeplerle Refah Partisi'nin kapatılması davasında, partinin savunduğu bazı fikirlerin (çok hukukluluk gibi) Avrupa demokrasisine aykırı olduğunu ve parti mensuplarınca ve yetkili makamlarınca şiddeti övücü ve şiddeti çağrış-

82 *Türkiye Birleşik Komünist Partisi/Türkiye*, B. No: 19392/92, 30/1/1998, § 46; *HADEP ve Demir/Türkiye*, B. No: 28003, 14/12/2010, § 59.

83 *Sosyalist Parti ve diğerleri/Türkiye*, B. No: 21237/93, 25/5/1998, §§ 50-54; Aynı yönde bkz. *Türkiye Birleşik Komünist Partisi/Türkiye*, § 46 vd.

84 Anayurt, Ö. (2019). *Anayasa Hukuku Genel Kısım*, 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınları, s. 538.

85 *Türkiye Birleşik Komünist Partisi/Türkiye*, §§ 57-60; Anayurt, Ö. (2019). s. 537.

tıran söylemlerde bulunulduğunu belirterek, partinin temelli kapatılmasının Sözleşme'ye aykırı olmadığını ifade etmiştir[86]. AİHM'in bu kararı ciddi bir şekilde eleştirilmiştir[87].

5. Serbest Dolaşım Hürriyeti (4 No.lu Protokol m. 2)

4 No.lu Protokol'ün[88] 2. maddesine göre, "*Bir devletin ülkesi içinde usulüne uygun olarak bulunan herkes, orada serbestçe dolaşma ve ikametgâhını seçebilme hakkına sahiptir. Herkes, kendi ülkesi de dâhil, herhangi bir ülkeyi terk etmekte serbesttir. Bu haklar, ancak milli güvenlik… için, demokratik bir toplumda zorunlu tedbirler olarak ve yasayla öngörülmüş sınırlamalara tabi tutulabilir.*" Görüleceği üzere, serbest dolaşım hürriyeti de kanunla öngörülme, demokratik bir toplumda zorunlu olma ve ölçülülük ilkelerine uygun bir şekilde millî güvenlik sebebiyle sınırlandırılabilir.

Millî güvenlik sebebiyle başvurucunun serbest dolaşım hakkının sınırlandırılması, genel olarak kişilerin bir ülkeye girişi veya ülkeden çıkışının engellemesi yoluyla olmaktadır. Bu bağlamda millî güvenlik sebebiyle kişilerin ülkeden çıkmasına izin verilmemesi, çoğunlukla Rusya'da görülmektedir[89]. Rusya'da yasal düzenlemelere dayalı olarak askeri, millî savunma teknolojileri vb. birimlerde çalışan kişilerin devlet sırrına vakıf olmaları sebebiyle ülkeden belirli bir süre ayrılmasını yasaklayan sözleşmeler imzalanmaktadır. Sonrasında ilgili sözleşmeler gereği, kişilerin ülkeden ayrılmasına izin verilmemektedir.

AİHM'nin millî güvenlik sebebiyle kişilerin ülkeden çıkmasının engellenmesini incelediği davalardan biri, *Soltysyak/Rusya* başvurusudur[90]. Mahkeme,

86 *Refah Partisi/Türkiye*, B. No: 41340/98, 13/2/2003, § 50 vd.

87 Anayurt, Ö. (2019). s. 536-537.

88 4 Numaralı Protokol Türkiye tarafından,19 Ekim 1992 tarihinde imzalamıştır. 23 Şubat 1994 tarih ve 3975 sayılı Onaya Uygun Bulma Kanunu, Resmî Gazete'nin 26 Şubat 1994 tarih ve 21861 sayılı nüshasında yayımlanmıştır. Protokol'ün onaylanmasını kararlaştıran 9 Haziran 1994 tarih ve 94/5749 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ve Protokol'ün resmi Türkçe çevirisi, 14 Temmuz 1994 tarih ve 21990 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. Bkz. https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/tr/content/54-avrupa-insan-haklar-sozlesmesine-ek-4-numaral-protokol/ (Erişim Tarihi: 4/2/2020).

89 *Bartik/Rusya*, B. No: 55565/00, 21/12/2006; *Soltysyak/Rusya*, B. No: 4663/05, 10/2/2011; *Berkovich ve diğerleri/Rusya*, B. No: 5871/07, 27/3/2018.

90 Söz konusu davada başvurucu 1983'den 2004 yılına kadar Rus ordusunda askeri subay olarak görev yapmıştır. Görevi esnasında devlet sırrı niteliğindeki bazı bilgilere erişen başvurucu ile Sözleşmeci Devlet standart (Devlet sırlarına erişen herkes ile yapılan) bir sözleşme yapmıştır. Sözleşmeye göre başvurucu, Devlet sırlarını oluşturan her türlü bilgiyi gizli tutma ve haklarını etkileyebilecek geçici bir kısıtlamayı kabul etme yükümlülüğünü üstlenmiştir. Üstlendiği yükümlülük gereğince başvurucunun emekliliğinden sonra 5 yıl boyunca (2009'a kadar) ülkesinde kalması, yurtdışına çıkmaması gerekiyordu. Ancak başvurucu emekli olduktan sonra bu 5 yıllık süreyi beklemeden pasaport başvurusunda bulunmuştur. Başvurucunun başvurusu 5 yıllık süre dolmadığı için reddedilmiştir. Başvurucunun davasını inceleyen 26. Garnizon Askeri Mahkemesi, başvurucunun daha önce ordudaki hizmeti sırasında Devlet sırları hakkında bilgi sahibi olduğunu, dolayısıyla seyahat pasaportu verilmemesinin yasal olduğunu gerekçe göstererek davayı reddetmiştir. *Soltysyak/Rusya*, §§ 6-14.

devlet sırrına sahip olan kişilerin seyahat hürriyetine kısıtlama getiren tek ülkenin Rusya olduğunu, Batı Avrupa ülkelerinin hiçbir zaman bu tür bir kısıtlama getirmediklerini, Orta ve Doğu Avrupa ülkelerinin ise demokratikleşme sürecinde bu tür kısıtlamaları kaldırdığını vurgulamıştır. AİHM'ye göre, başvurucunun, sahip olduğu gizli bilgileri üçüncü bir kişiyle paylaşması için yurtdışına çıkmasına veya üçüncü kişiyle fiziksel temasta bulunmasına gerek yoktur[91]. Yine Mahkemeye göre, Sözleşme'de güvence altına alınan bazı haklar (örneğin m. 4/3, d veya m. 11/2) asker kişiler yönünden sivillere nazaran daha fazla sınırlandırılabilir[92]. Ancak Mahkeme, 4 No.lu Protokol'ün 2. maddesinde güvence altına alınan serbest dolaşım hürriyetinin sınırlandırılması bakımından siviller ile askerler arasında bir ayrım yapılmadığını belirtmiştir[93]. Dolayısıyla hakkın özüne dokunan söz konusu sınırlandırma, başvurucuya demokratik bir toplumda gerekli olmayan orantısız bir sorumluluk yüklemektedir[94].

Bu bağlamda Mahkeme, *Bartik v. Russia* kararında olduğu gibi, *Soltysyak/Rusya* ve *Berkovich ve diğerleri/Rusya* kararlarında da millî güvenlik sebebiyle kişilerin ülkeden ayrılmasına izin verilmemesinin demokratik toplum düzeninde gerekli olmaması nedeniyle 4 No.lu Protokol 2. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.

Devletler, vatandaşlarının veya ülkelerinde sabit ikameti olan kişilerin, millî güvenlik sebebiyle belirli ülke veya bölgeye seyahat etmesine de sınırlama getirebilmektedir. Örneğin, Danimarka'da 2016 yılında çıkarılan kanun ve kararname çerçevesinde, devletin izni veya meşru bir amaç olmadan Suriye'nin bazı bölgelerine seyahat edilmesi yasaklanmıştır[95]. Ancak Danimarka vatandaşı Mørck Jensen, polisin izni ve herhangi bir meşru amacı olmadan, YPG terör örgütü saflarında İŞİD'e karşı savaşmak için Danimarka devleti tarafından yasaklı bölge olarak ilan edilen Rakka'ya seyahat etmiştir. Jensen'ın yasaklı bölgede olduğu, internet gazetesinde ve çeşitli medya organlarında ortaya çıkmış ve ülkesine dönmesi üzerine, ilgili yasal düzenlemeler çerçevesinde hapis cezasına çarptırılmıştır. İç hukukta herhangi bir netice alamayan *Jensen*, AİHM'ye başvuruda bulunmuştur[96].

AİHM, *Mørck Jensen/Danimarka* davasında, kanuni düzenlemelere dayanarak başvurucunun seyahat hürriyetine yapılan müdahale ile kamu düzeni arasında adil dengenin kurulduğunu ve ilgili sınırlamanın demokratik toplum düzeni bakımından da gerekli olduğunu belirterek 4 No.lu Protokol'ün 2. maddesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir[97]. İlk olarak Mahkeme, seya-

91 *Soltysyak/Rusya*, § 52.
92 *Soltysyak/Rusya*, § 51.
93 *Soltysyak/Rusya*, § 54.
94 *Soltysyak/Rusya*, § 54.
95 *Mørck Jensen/Danimarka*, B. No: 60785/19, 18/10/2022, §§ 21-28.
96 *Mørck Jensen/Danimarka*, §§ 4-20.
97 *Mørck Jensen/Danimarka*, §§ 68-69.

hat hürriyetine yapılan müdahalenin, kanunilik ilkesini karşıladığına ve millî güvenlik, kamu güvenliği ve suçun önlenmesi gibi meşru amaçlar güttüğüne ikna olduğunu belirtmiştir[98].

Sonrasında Mahkeme, yapılan müdahalenin demokratik toplum düzeni bakımından gerekli olup olmadığına ilişkin orantılılık incelemesi yapmıştır. Buna göre taraf devlet, ilgili tedbirlere ilişkin kanuni düzenleme çıkarmada ve yargılama sürecinde bunları uygulamada geniş bir takdir marjına sahiptir[99]. Bu bağlamda taraf devletin, seyahat sınırlaması getirdiği bölgeler, genellikle terör örgütlerinin silahlı çatışma içerisinde olduğu bölgelerdir. İlgili bölgelere izinsiz giriş ve kalış mutlak nitelikte olmayıp, ulusal veya uluslararası kuruluşlarda görevli olan kişilerin bu sınırlamalardan muaf olduğu kanunda açıkça düzenlenmiştir[100]. Ayrıca ilgili bölgelere ilişkin sınırlamalar, sürekli olarak gözden geçirilmiş ve çıkarılan kararnamelerde, nerelerin yasak bölge olduğu güncellenmiştir. Son olarak bu sınırlamalar, Danimarka vatandaşı olan veya orada ikamet eden kişilerin, devam eden silahlı çatışmalara katılmasını ve bunların Danimarka'ya döndükten sonra toplum için tehdit oluşturmasını engellemek içindir[101]. Bu gerekçeler bağlamında AİHM, başvurucunun serbest dolaşım hakkının ihlal edilmediğine karar vermiştir.

6. Yabancıların Sınır Dışı Edilememesi Güvencesi (7 No.lu Protokol m. 1)

7 No.lu Protokol'ün[102] 1. maddesine göre; "*Bir devletin ülkesinde kurallara uygun olarak ikamet eden bir yabancı, yasaya uygun şekilde verilmiş bir kararın uygulanması dışında sınır dışı edilemez ve bu durumda bir kimse, a) sınır dışı edilmesine karşı gerekçeler öne sürebilme, b) durumunu yeniden inceletme, c) yukarıdaki amaçlarla, yetkili bir merci önünde veya bu merci tarafından tayin edilecek biri ya da birileri önünde kendini temsil ettirme hakkını haiz olacaktır. Sınır dışı edilmenin… milli güvenlik… açısından gerektiği hallerde, bir yabancı yukarıdaki 1. maddenin a, b ve c bentlerinde öngörülen haklarını kullanmadan sınır dışı edilebilir.*" Hükümden de anlaşılacağı üzere, bir devletin ülkesinde kurallara uygun şekilde ikamet eden bir yabancı, kanuna uygun şekilde verilmiş sınır dışı kararıyla sınır dışı edilebilecektir[103]. Ancak yabancı, millî güvenlik sebebiyle sınır dışı ediliyor-

98 *Mørck Jensen/Danimarka*, § 64.
99 *Mørck Jensen/Danimarka*, § 66.
100 *Mørck Jensen/Danimarka*, § 67.
101 *Mørck Jensen/Danimarka*, § 67.
102 Türkiye, Protokol'ü 14 Mart 1985 tarihinde imzalamıştır. Protokol'ün onaylanmasının uygun bulunduğuna dair Kanun, 25 Mart 2016 tarih ve 29664 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. Ancak Türkiye açısından Protokol'e taraf olma usulü henüz tamamlanmamıştır. Bkz. https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/tr/news/none-aihs-7-nolu-protokol-onay-uygun-bulma-kanunu/ (Erişim Tarihi: 1/3/2020).
103 Asar, A. (2018). *Yabancılar Hukuku*, 4. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınları, s. 132; Sirmen, K. S. (2009). "Yabancıların Türkiye'den Sınırdışı Edilmesine İlişkin Temel Düzenlemeler ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Türkiye Hakkında Verdiği Örnek Kararlar", *Ankara Barosu Dergisi*, C. 67., S. 3., s. 38-39.

sa, sınır dışı edilmesi kararına karşı gerekçeler ileri sürebilme, durumunun yeniden değerlendirilmesini talep edebilme ve temsil edilebilme hakkından mahrum bırakılabilir.

AİHM, Sözleşme'den doğan yükümlülükler saklı kalınması şartıyla uluslararası hukuk bağlamında devletlerin, yabancıların ülkeye girişi, ülkede kalışı ve ülkeden sınır dışı edilmesi üzerinde hakkı olduğunu belirtmektedir[104]. Bununla birlikte, Sözleşme'nin 7 No.lu Protokol'ünün 1. maddesini kabul ederek taraf olan devletler, yabancıların ülkeye girmesi, kalması ve sınır dışı edilmesi çerçevesinde ilgili Protokolün hükümlerine uygun müdahalede bulunmakla yükümlüdür[105].

Bu bağlamda 7 No.lu Protokol'ün 1. maddesinin uygulama alanı bulabilmesi için şu üç koşulun gerçekleşmesi gerekmektedir. Öncelikle yabancı kişi, bir devlette "*ikamet*" etmelidir. AİHM, "*ikamet*" kavramını geniş yorumlamaktadır[106]. Mahkemeye göre, ikametin gerçekleşmesi için kişinin fiziki varlığı gerekli değildir. Yabancının belirli bir yerle yeterli ve sürekli bağlantısının varlığı durumunda "*ikamet*" gerçekleşmiştir[107]. İkinci olarak yabancının "*kurallara uygun*" bir şekilde ikamet ediyor olması gerekir[108]. Son olarak ise yabancının "*sınır dışı edilmesi*" gerekir[109]. Mahkemeye göre, "*sınır dışı etme*" kavramı, iç hukukta yer alan tanımlardan bağımsız özerk bir kavramdır. Buna göre, suçluların iadesi haricinde, yabancının yasal olarak ikamet ettiği bölgeden ayrılmasını zorunlu kılan herhangi bir tedbir, 7 No.lu Protokol'ün 1. maddesi anlamında "*sınır dışı etme*" teşkil eder[110].

Mahkemeye göre, devletler, kendi topraklarında bulunan bir yabancıyı sınır dışı edip etmeme noktasında geniş bir takdir marjına sahip olsalar bile, sınır dışı kararı, yasalara uygun olarak ve diğer usulü güvenceler sağlanarak gerçekleştirilmelidir[111]. Bu bağlamda yabancıların sınır dışı edilmesini düzenleyen yasa açık öngörülebilir ve erişilebilir olmalıdır. Yasal düzenlemeye ek olarak yabancılar kendileri hakkındaki sınır dışı kararına karşı savunmalarını yapabilmeli, davanın yeniden görülmesini isteyebilmeli ve bir avukattan faydalanabilmelidir[112].

Bununla birlikte, devletler, millî güvenlik sebebiyle yabancı kişilerin sınır dışı edilmesine karar verebilmektedir. Ancak millî güvenlik meşru amacı,

104 *Ilias ve Ahmed/Macaristan*, B. No: 47287/15, 21/11/2019, § 125.
105 *Muhammad ve Muhammad/Romanya*, B. No: 80982/12, 15/10/2020, § 117.
106 *Nolan ve K./Rusya*, B. No: 2512/04, 12/2/2009, § 110.
107 *Nolan ve K./Rusya*, § 110.
108 *Nolan ve K./Rusya*, § 111.
109 *Nolan ve K./Rusya*, § 112.
110 *Nolan ve K./Rusya*, § 112.
111 *Muhammad ve Muhammad/Romanya*, §§ 118-119.
112 *Muhammad ve Muhammad/Romanya*, § 119.

devletlere keyfi bir sınır dışı prosedürü uygulama imkânı sunmamaktadır. AİHM, millî güvenlik sebebiyle sınır dışı etme kararlarında taraf devlete takdir yetkisi tanındığını belirtmekle beraber, devletin sınır dışı etme kararına karşı, yabancıların usulü haklarının aşırı sınırlandırılmasını ve iç hukuktaki yargılamalarda usulü hakların özünü koruyacak önlemlerin alınmamasını ihlal nedeni saymaktadır[113]. Bu bağlamda Mahkeme, *F.S./Hırvatistan* davasında, millî güvelik amacıyla sınır dışı edilen başvurana, millî güvenliğe tehlike oluşturmasına dayanak oluşturan belgelerin yargılamanın hiçbir aşamasında gösterilmemesini, başvuranın millî güvenlik riski oluşturduğu iddiasının yerel mahkemelerce etkili şekilde incelenmemesini ve yapılan yargılamaların formaliteden ibaret kalmasını, başvuranın sahip olduğu usulü hakların onu keyfiliğe karşı korumayacak derecede sınırlandırılması olarak saymış ve bu durumun başvuranın hakkına ağır yük yüklediğini belirterek ihlal kararı vermiştir[114].

AİHM, millî güvenlik sebebiyle sınır dışı edilmelere ilişkin yapılan başvuruları, 7 No.lu Protokol'ün 1. maddenin ikinci fıkrası bağlamında değerlendirebilmesi için, yabancı kişinin, hakkında sınır dışı kararı almış devletin ülkesinde bulunmamasını aramaktadır[115]. Yani yabancı kişi, hakkında sınır dışı kararı verilmiş olmasına rağmen, ilgili taraf devletin ülkesinde kalmaya devam ediyorsa taraf devletin 7 No.lu Protokol'ün 1. maddenin ikinci fıkrasındaki sınırlamalardan faydalanamayacağı söylenebilir[116]. Dahası devletler, millî güvenlik sebebiyle yabancıyı sınır dışı ettiğinde, millî güvenliği tehlikeye düşüren durumlara yönelik deliller sunmalı ve Mahkemeyi bu konuda ikna etmelidir[117]. Aksi takdirde, 7 No.lu Protokol'ün 1. maddesinin 1. fıkrasında güvence altına alınan usulü güvencelerden sınır dışı edilen yabancının yararlanması gerekmektedir. Dolayısıyla sınır dışı edilen yabancıyı usulü güvencelerden yararlandırmayan sözleşmeci devlet, millî güvenlik tehdidini ispat edemediği durumlarda, başkaca bir incelemeye gerek kalmaksızın 7 No.lu Protokol'ün 1. maddesini ihlal etmiş sayılacaktır[118]. Ayrıca Mahkeme, yabancının millî güvenlik sebebiyle sınır dışı edilmesinden sonra da 7 No.lu Protokol'ün 1. maddesinde yer alan güvencelerden yararlanabileceğini ifade etmektedir. Protokol hükümlerinin temel hak ve hürriyetleri etkili koruyucu şekilde yorumlanması gerekmektedir[119].

113 *F.S./Hırvatistan*, B. No: 8857/16, 5/12/2023, § 71.
114 *F.S./Hırvatistan*, §§ 60-72.
115 *Ljatifi/Makedonya Eski Yugoslav Cumhuriyeti*, B. No: 19017/16, 17/5/2018, § 41.
116 *Ljatifi/Makedonya Eski Yugoslav Cumhuriyeti*, § 41.
117 *C.G. ve diğerleri/Bulgaristan*, B. No: 1365/07, 24/4/2008, §§ 77-80.
118 *Nolan ve K./Rusya*, §§ 115-116; *C.G. ve diğerleri/Bulgaristan*, §§ 77-80.
119 *Lupsa/Romanya*, B. No: 10337/04, 8/6/2006, §§ 53-60.

SONUÇ

Temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasının temel amacı toplum yaşamının düzenli bir şekilde ve barış içerisinde devam etmesini sağlamaktır. Böylece hürriyetlerden her bireyin faydalanması mümkün olur. AİHM, Sözleşme hükümlerini soyut olarak yorumlama yetkisine sahip değildir. Yalnızca gördüğü davalar yolu ile hükümleri inceleyerek somut bir şekle dönüştürdüğünü söylemek gerekir. Mahkeme "*millî güvenlik*" kavramının ne olduğunu açıklamamaktadır. Bununla birlikte, AİHS'e meşru bir sınırlama sebebi olarak giren "*millî güvenlik*" kavramının, kişilerin temel hak ve hürriyetlerine zarar vermemesi, onun dar bir şekilde yorumlanması ile mümkündür. Bu çerçevede, sadece ülkenin iç ve dış bütünlüğünü bozmaya yönelik yakın, mutlak ve ciddi bir tehlike varsa sınırlandırmaya gitmek tercih edilmelidir.

AİHS'te yer alan hak ve hürriyetler için genel sınırlandırma sebepleri öngörülmemiş, her hak ve hürriyete ilişkin maddenin içerisinde sınırlama sebepleri özel olarak sayılmıştır. AİHS'te yer alan hak ve hürriyetlerden, adil yargılanma hakkı (madde 6), özel hayatın ve aile hayatının korunması (madde 8), ifade hürriyeti (madde 10), toplantı ve dernek kurma hürriyeti (madde 11), serbest dolaşım hürriyeti (4 No.lu Protokol madde 2) ve yabancıların sınır dışı edilememesi güvencesinin (7 No.lu Protokol madde 1) millî güvenlik sebebiyle sınırlandırılabileceği öngörülmüştür.

Adil yargılanma hakkının bir unsuru olan aleni yargılanma hakkının millî güvenlik sebebiyle sınırlandırılabileceği Sözleşme'de belirtilmiştir. AİHM, millî güvenlik sebebiyle aleni yargılanma hakkının sınırlandırıldığı durumlarda genellikle orantılılık testi yapmaktadır. Devletin mecburi menfaatlerinin korunması için kapalı yargılama yapılması artık bir zorunluluk olmuşsa, ulusal mahkemelerin gerekli ölçüde kapalı yargılama yapabileceklerini kabul etmektedir.

Özel hayata ve aile hayatına millî güvenlik sebebiyle müdahale genellikle devletin istihbarat faaliyetleri neticesinde gündeme gelmektedir. AİHM, istihbarat servislerinin demokratik bir toplumda meşru bir şekilde var olabileceğini kabul etmektedir. Ancak kişilerin gizli bir şekilde gözetlenmesi, sadece demokratik kurumların korunması amacıyla gerçekleştirilebilir. Millî güvenliği korumak için getirilen gizli izleme sistemi, demokrasiyi zayıflatma ve yıkma riski taşımamalıdır.

AİHM, ifade hürriyetinin millî güvenlik sebebiyle sınırlandırıldığı durumlarda ise geliştirmiş olduğu bazı ilkeleri önündeki olaya uygulamaktadır. Bu ilkeleri kısaca şu şekilde sayılabilir: Terörist faaliyetleri destekleyen veya ileri düzeyde şiddeti teşvik eden beyanlar millî güvenlik kapsamında koruma görmez, şiddeti tahrik etmeyen ve şiddetin tahrik edilmesinden sorumlu

olmayan ifade açıklamaları millî güvenlik gerekçesiyle sınırlandırılmamalıdır, askeri disipline karşı gerçek bir tehdidin bulunması halinde devletler silahaltındakilerin ifade hürriyetine kısıtlamalar koyabilirler, aleniyet kazanan bilginin yayımı yasaklanamaz, sınırlı bir etkiye sahip ifade açıklamaları sınırlandırılmamalıdır.

Toplantı ve dernek kurma hürriyetinin millî güvenlik sebebiyle sınırlandırıldığı olaylara bakıldığında ise AİHM önündeki davalarda siyasi partilerin kapatılması önemli bir yer teşkil etmektedir. Mahkemeye göre, siyasi partiler söz konusu olduğu zaman Sözleşme'nin 11. maddesindeki istisnalar çok dar bir şekilde yorumlanmalıdır. Şiddet parti tarafından açık ya da örtülü olarak partinin bir yöntemi olarak benimsenmişse, terörist faaliyetler siyasi parti tarafından destelenmekteyse, terör örgütü ile arasında organik bir bağ bulunmaktaysa kapatma yaptırımı uygulanabilir. Ancak, anayasal düzene aykırı olsa bile, ülke sorunlarının şiddete başvurulmaksızın diyalog yoluyla çözümü konusunda fikir ve düşüncelerin serbestçe ifade edilmesi veya parti programında devletin siyasal ve sosyal düzeniyle ve temel ilkeleriyle çatışan önerilere yer verilmesi partinin kapatılması için yeterli değildir.

Millî güvenlik sebebiyle seyahat hürriyetine yönelik kısıtlama ise "devlet sırrı"na sahip kişilerin yurt dışına çıkışlarındaki engellemelerde gündeme gelmiştir. "Devlet sırrı"na sahip kişilerin seyahat hürriyetini kısıtlayan tek ülkenin Rusya olduğunu belirten Mahkeme, Rusya'nın da "devlet sırrı" nedeniyle seyahat hürriyetini kısıtlamamasını teşvik etmektedir. Mahkemeye göre, 4 No.lu Protokol'ün 2. maddesinde güvence altına alınan serbest dolaşım hürriyetinin sınırlandırılması bakımından siviller ile askerler arasında bir ayrım yapılamaz. Dolayısıyla hakkın özüne dokunan ve demokratik bir toplumda gerekli olmayan orantısız sınırlandırmalar 4 No.lu Protokol'ün 2. maddesine aykırıdır.

Son olarak, Sözleşmeci Devletler millî güvenlik sebebiyle yabancıları sınır dışı edebilirler. Ancak bu durumda Sözleşmeci Devletler'in, "*millî güvenliği*" tehlikeye düşüren durumlara yönelik deliller sunması ve Mahkemeyi bu konuda ikna etmesi gerekmektedir. Aksi takdirde, 7 No.lu Protokol'ün 1. maddesinin birinci fıkrasında güvence altına alınan usulü güvencelerden sınır dışı edilen yabancının yararlanması gerekir.

KAYNAKÇA

Kitap ve Makaleler

AKGÜNER, Tayfun (1983). *1961 Anayasasına Göre Milli Güvenlik Kavramı ve Milli Güvenlik Kurulu*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları.

ANAYURT, Ömer (1998). *Toplanma Hürriyeti Kavramı ve Türk Anayasa Hukukunda Toplanma Hürriyeti*, İstanbul: Kazancı Yayınları.

ANAYURT, Ömer (2019). *Anayasa Hukuku Genel Kısım*, 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınları.

ARSLAN, Zühtü (2007). "Türkiye'de İstisna Hâli, Terör ve İfade Özgürlüğü", *TBB Dergisi*, S. 71., ss. 201-226.

ASAR, Aydoğan (2018). *Yabancılar Hukuku*, 4. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınları.

AYBAY, Rona (1978). "Milli Güvenlik Kavramı ve Milli Güvenlik Kurulu", *A.Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi*, C. 33., S. 1., ss. 59-82.

BULUT, Nihat (2001). "4709 Sayılı Kanun'la Yapılan Anayasa Değişikliği Çerçevesinde Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması Rejiminin Birey Devlet Açısından Değerlendirilmesi", *Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. V., S. 1-4., ss. 37-64.

ÇAKMAK, Ufuk Ramazan (2023). "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türk Anayasa Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Bireysel Başvuruda Özerk Yorum", *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 18., S. 1., ss. 199-226.

ÇAVUŞOĞLU, Naz (1994). *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Avrupa Toplulukları Hukukunda Temel Hak ve Hürriyetler Üzerine*, Ankara: Ankara Üniversitesi SBF İnsan Hakları Merkezi Yayınları.

DOĞRU, Derya (2019). *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yargılamasında Takdir Marjı Doktrini*, Ankara: Turhan Kitabevi Yayınları.

DOĞRU, Osman ve NALBANT, Atilla (2013). *İnsan Hakları Sözleşmesi (Açıklama ve Önemli Kararlar), 2. Cilt*, Ankara: Pozitif Matbaa.

DURAN, Lütfi (1977). *İdare Hukuku Ders Notları*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Matbaası.

ESEN, Egemen (2020). *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları Işığında Takdir Marjı Doktrini*, İstanbul: On İki Levha Yayınları.

EREN, Abdurrahman (2003). "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarına Göre Avrupa Kamu Düzeninde Politik Alanın Sınırları ve "Yeni Politik Alan", *Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. VII., S. 3-4., ss. 209-262.

EREN, Abdurrahman (2004). *Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri*, İstanbul: Beta Yayınları.

GEDİK, Ömer (2022). *Anayasa Mahkemesi Kararlarının Yorum Yöntemleri Açısından İncelenmesi*, İstanbul: Filiz Kitabevi Yayınları.

GEDİK, Ömer (2008). *Türkiye'de Kitle İletişim Özgürlüğü*, Ankara: Seçkin Yayınları.

GÖZLER, Kemal (2009). *İdare Hukuku, C. II*, 2. Baskı, Bursa: Ekin Kitabevi Yayınları.

GÖZÜBÜYÜK, Şeref ve TAN, Turgut (2010). *İdare Hukuku Genel Esaslar, C. I*, 7. Baskı, Ankara: Turhan Kitabevi Yayınları.

GÜNDAY, Metin (1999). *İdare Hukuku*, 4. Baskı, Ankara: İmaj Yayınları.

GÜVEYİ, Ümit (2019). *Anayasa Hukuku Boyutuyla Milli Güvenlik*, Ankara: Seçkin Yayınları.

HAKYEMEZ, Yusuf Şevki (2003). "Demokratik Ülkelerde Milli Güvenlik Politikasının Belirlenmesi ve Türkiye", *Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. VII., S. 3-4., ss. 285-308.

HAZAR, Zeynep (2013). "Basın Özgürlüğü ve Ulusal Güvenlik", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XVII., S. 1-2., ss. 1525-1548.

KABOĞLU, İbrahim Özden (2002). *Özgürlükler Hukuku*, 6. Baskı, Ankara: İmge Kitabevi Yayınları.

KABOĞLU, İbrahim Özden (2017). *Anayasa Hukuku Dersleri*, 12. Baskı, İstanbul: Legal Yayınları.

KIZILYEL, Serkan (2014). *Temel Hak ve Özgürlüklerin Kısıtlanmasında Kamu Güvenliği Ölçütü*, İstanbul: Beta Yayınları.

ÖZEK, Çetin (1963). "Pasaport Kanunun 22. Maddesi Anayasaya Aykırı Mıdır?", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 29., S. 4., ss. 1168-1195.

SALİHPAŞAOĞLU, Yaşar (2007). *Türkiye'de Basın Özgürlüğü*, Ankara: Seçkin Yayınları.

SCHAUER, Frederick (2002). *İfade Özgürlüğü Felsefi Bir İnceleme*, Seçilmişoğlu, M. Bahattin (Çev.), Ankara: Liberal Düşünce.

SİRMEN, K. Sedat (2009). "Yabancıların Türkiye'den Sınırdışı Edilmesine İlişkin Temel Düzenlemeler ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Türkiye Hakkında Verdiği Örnek Kararlar", *Ankara Barosu Dergisi*, C. 67., S. 3., ss. 29-45.

SMITH, Michael E. (2001). *What Future for "Public Safety" and "Restorative Justice" in Community Corrections?*, Washington: U.S. Department of Justice Office of Justice Programs National Institute of Justice.

SUNAY, Reyhan (2001). *Avrupa Sözleşmesinde ve Türk Anayasasında İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları*, Ankara: Liberal Düşünce Topluluğu.

TUNÇ, Hasan ve DÖNER, Ayhan (1998). "MGK ve Milli Güvenlik Kurulu", *Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Meslek Yüksek Okulu Dergisi*, S. 1., ss. 3-22.

UYGUN, Oktay (1992). *1982 Anayasası'nda Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi*, İstanbul: Kazancı.

WOLFERS, Arnold (1952). "'National Security' as an Ambiguous Symbol", *Political Science Quarterly*, C. 67., S. 4., ss. 481-502.

YAVUZ YAYLA, Ebru (2019). *Basın Özgürlüğü ve Milli Güvenlik Kapsamında Sınırları*, Ankara: Adalet Yayınları.

YAYLA, Atilla (2009). "İfade Hürriyeti Nedir ve Niçin Gereklidir?", *Liberal Düşünce Dergisi*, S. 50., ss. 159-157.

YILMAZ, Ejder (1996). *Hukuk Sözlüğü*, 5. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları.

AİHM Kararları

Bartik/Rusya, B. No: 55565/00, 21/12/2006.

Başkaya ve Okçuoğlu/Türkiye, B. No: 23536/94 ve 24408/94, 8/7/1999.

Beck, Copp ve Bazeley/Birleşik Krallık, B. No: 48535/99, 48536/99, 48537/99, 22/10/2002.

Belashev/Rusya, B. No: 28617/03, 4/5/2009.

Berkovich ve diğerleri/Rusya, B. No: 5871/07, 27/3/2018.

Big Brother Watch ve diğerleri/Birleşik Krallık, B. No: 58170/13, 62322/14, 24960/15, 13/9/2018.

Campbell ve Fell/Birleşik Krallık, B. No: 7819/77, 7878/77, 28/6/1984.

Coster/Birleşik Krallık, B. No: 24876/94, 18/1/2001.

C.G. ve diğerleri/Bulgaristan, B. No: 1365/07, 24/4/2008.

Erdoğdu ve İnce/Türkiye, B. No: 25067/94, 25068/94, 8/7/1999.

Fazliyski/Bulgaristan, B. No: 40908/05, 16/4/2013.

F.S./Hırvatistan, B. No: 8857/16, 5/12/2023.

Grigoriades/Yunanistan, B. No: 24348/94, 25/11/1997.

HADEP ve Demir/Türkiye, B. No: 28003, 14/12/2010.

Hummatov/Azerbaycan, B. No: 9852/03; 13413/04, 29/11/2007.

Ilias ve Ahmed/Macaristan, B. No: 47287/15, 21/11/2019.

Karataş/Türkiye, B. No: 23168/94, 8/7/1999.

Klass ve diğerleri/Almanya, B. No: 5029/71, 6/9/1978.

Leander/İsveç, B. No: 9248/81, 26/3/1987.

Ljatifi/Makedonya Eski Yugoslav Cumhuriyeti, B. No: 19017/16, 17/5/2018.

Loizidou/Türkiye, B. No: 15318/89, 23/3/1995.

Lupsa/Romanya, B. No: 10337/04, 8/6/2006.

Lustig-Prean ve Beckett/Birleşik Krallık, B. No: 31417/96, 32377/96, 27/9/1999.

Mørck Jensen/Danimarka, B. No: 60785/19, 18/10/2022.

Muhammad ve Muhammad/Romanya, B. No: 80982/12, 15/10/2020.

Nolan ve K./Rusya, B. No: 2512/04, 12/2/2009.

Observer ve Guardian/Birleşik Krallık, B. No: 13585/88, 26/11/1991.

Okçuoğlu/Türkiye, B. No: 24246/94, 8/7/1999.

Perkins ve R./Birleşik Krallık, B. No: 43208/98 44875/98, 22/10/2002.

Pretto ve diğerleri/İtalya, B. No: 7984/77, 8/12/1983.

Refah Partisi/Türkiye, B. No: 41340/98, 13/2/2003.

Sosyalist Parti ve diğerleri/Türkiye, B. No: 21237/93, 25/5/1998.

Segerstedt-Wiberg ve diğerleri/İsveç, B. No: 62332/00, 6/6/2006.

Smith ve Grady/Birleşik Krallık, B. No: 33985/96, 33986/96, 27/9/1999.

Soering/Birleşik Krallık, B. No: 14038/88, 7/7/1989.

Soltysyak/Rusya, B. No: 4663/05, 10/2/2011.

Sürek/Türkiye (No:1), B. No: 26682/95, 8/7/1999.

Sürek/Türkiye (No.3), B. No: 24735/94, 8/7/1999.

Şahin Alpay/Türkiye, B. No: 16538/17, 20/4/2018.

Türkiye Birleşik Komünist Partisi/Türkiye, B. No: 19392/92, 30/1/1998.

Tyrer/Birleşik Krallık, B. No: 5856/72, 25/4/1978.

Welke ve Bıałek/Polanya, B. No: 15924/05**,** 15/9/2011.

Vereinigung Demokratischer Soldaten Österreichs ve Gubi/Avusturya, B. No: 15153/89, 19/12/1994.

Vereniging Weekblad Bluf!/Hollanda, B. No: 16616/90, 9/2/1995.

Yam/Birleşik Krallık, B. No: 31295/11, 16/1/2020.

Zana/Türkiye, B. No: 18954/91, 25/11/1997.

Dr. Fatma KARAMAN ODABAŞI
(Rapporteur-Judge, the Constitutional Court of the Republic of Türkiye)

AN EVALUATION ON PATENTS AND THE RIGHT TO HEALTH IN THE CONTEXT OF ACCESS OF MEDICINES

ABSTRACT

Inventing or developing medicines, cures or methods for fighting against diseases is a vital issue for the right to health as a human right. The extension of patent rights to include medicines has caused grave discussions in the context of access to healthcare between pharmaceutical companies, several groups, non-governmental organizations and governments. Although patents have short-term effects such as granting a time-limited monopoly to a patentee, they also have long-term effects that promote innovations and ensure the sustainability of original medicines. Overall, patents and rights in respect thereof are criticized because of preventing the accessibility of essential medicines and increasing prices of them. The right to health as a human right and the patent right as an intellectual property right are two different fields of law, and they may seem to have conflicting aims in the short-term. Yet, both the patent right and the right to health promote innovation and accessibility in the mid-term and long-term, so they aim to increase wealth and well-being. So, this article emphasizes that, in the context of striking a balance between the right to health and the patent right, focusing on how to strike a balance between the rights of patentees and healthcare receivers and investing in several balancing strategies may be beneficial rather than discussing which one is priority.

Keywords: Patent, patent rights, right to health, medicine, accessibility of medicine.

Prof. Dr. Zühtü Arslan'a Armağan

İLAÇLARIN ERİŞİLEBİLİRLİĞİ BAĞLAMINDA PATENTLER VE SAĞLIK HAKKINA İLİŞKİN BİR DEĞERLENDİRME

ÖZ

Hastalıklarla mücadele için ilaç, tedavi veya yöntem icat etmek veya geliştirmek, bir insan hakkı olan sağlık hakkı açısından hayati bir meseledir. Patent haklarının ilaçları da içerecek şekilde genişletilmesi, sağlık hizmetlerine erişilebilirlik bağlamında ilaç şirketleri, çeşitli gruplar, sivil toplum kuruluşları ve devletler arasında ciddi tartışmalara sebep olmuştur. Patentlerin, patent sahibine süreli tekel verilmesi gibi kısa vadeli etkileri olmakla birlikte, yenilikleri teşvik eden ve orjinal ilaçların sürdürülebilirliğini sağlayan uzun vadeli etkileri de bulunmaktadır. Genel olarak patentler ve patentlerden doğan haklar, temel ilaçlara erişimin engellenmesi ve bu ilaçların fiyatlarını artırması nedeniyle eleştirilmektedir. Bir insan hakkı olarak sağlık hakkı ve bir fikri mülkiyet hakkı olarak patent hakkı iki farklı hukuk alanı olup kısa vadede birbiriyle çelişen farklı amaçlara sahip gibi görünebilirler. Ancak, hem patent hakkı hem de sağlık hakkı orta ve uzun vadede yenilikçiliği ve erişebilirliği teşvik ederek refahın ve esenliğin artırılmasını amaçlar. Dolayısıyla bu makale sağlık hakkı ve patent haklarının dengelenmesi bağlamında, hangisinin öncelikli olduğunu tartışmak yerine, patent sahipleri ile sağlık hizmeti alanların hakları arasındaki dengenin nasıl sağlanacağına odaklanılmasının ve çeşitli dengeleme stratejilerine yatırım yapılmasının faydalı olabileceğini vurgulamaktadır.

Anahtar Kelimeler: Patent, patent hakları, sağlık hakkı, ilaç, ilaca erişilebilirlik.

According to the health system perspective, access to healthcare has different notions such as geographic location, financial accessibility, quality, acceptability and availability[1]. Access to affordable healthcare is one of the critical issues for providing health equity and fairness. The importance of developing new technologies or inventing new medicines, cures or methods for fighting against diseases depicts the relationship between patents and healthcare, and also this relationship affects the affordability of medicines. Access to affordable medicines, which has also a strong link with the right to health, is affected by patents and patent law, both of which give the patentee a kind of monopoly through the development of medicines and the ability to set prices[2]. Marketing patented medicines with high prices limits the affordability of them and this situation decreases access to healthcare by the public. Therefore, balancing of patentee's rights and public interest may be an important issue for the right to health as a human right.

Patent is defined as a document that is issued to an inventor by authorized official institutions and protects the invention on behalf of the inventor for a certain period of time. This document allows the use of the invention by the inventor or people who are authorized by the inventor within the specified period. Patent rights protect the invention mainly in the stages of manufacturing, marketing or distributing commercially. Some authors explain patents by emphasizing their short-term and long-term effects and, one article[3] claimed: "*Patents play an important role in economic development and social welfare by balancing patent owners' exclusive benefits from technology within a limited time frame and knowledge spillover to society in the long run*" (Zhang et al., 2014: 37). In addition, *Khanchigian* explains the essence of patent as a kind of bargain between the patentee and the public. According to him, this bargain, the patent, gives the exclusive right to the patentee to exploit the invention in return for public disclosure of that invention after the expiration of the patent. Granting a time- limited monopoly through a patent encourages and motivates a patentee or inventors to explore more innovations that include important investments and risks, and then public disclosure also provides for the invention and its characteristics to become available to other people. After that, the invention becomes part of the public domain[4].

1 Peters, D. H. et al. (2008). "Poverty and Access to Health Care in Developing Countries", *Annals of the New York Academy of Sciences*, Vol. 1136., No. 1., p. 162, 168.

2 Cullet defines accessibility and affordability of medicines as two central components of the right to health. Cullet, P. (2007). "Human rights and intellectual property protection in the TRIPS era", *Human Rights Quarterly,* Vol. 29., No. 2., p. 416.

3 Zhang, G., LV, X., Zhou, J. (2014). "Private value of patent right and patent infringement: An empirical study based on patent renewal data of China", *China Economic Review*, Vol. 28., p. 37.

4 Khanchigian, L. M. (2020). "Pharmaceutical Patents: Reconciling the Human Right to Health with the Incentive to Invent", *Drug Discovery Today*, Vol. 25., No. 7., p. 1136.

Even though patents grant a time-limited monopoly to patentee, the development of new health technologies, medicines, cures or methods needs big investments, expensive repetitive clinical trials and long-term research and procedures ultimately. The tolerability of all this process is directly related to the legal and exclusive rights that are conferred by patents. In addition, financing future research and development (R&D) activities frequently depend on patents and their financial benefits. So, generally promotion of innovations and sustainability of original medicines are positively affected by patents and patent rights. As *Barton* points out that patent system has a logic that permits to rise prices for making up for R&D costs[5].

Overall, patents and rights in respect thereof are criticized because of the prevention of access to essential medicines[6] and increasing prices of them. Indeed, it is known that after the expiry of patent, introduction of generic equivalents of the medicines can lower prices[7]. *Oxfam and Médecins sans Frontières*, which are non-governmental organization, point out that patents may increase prices especially in developing countries[8]. Particularly, many people today cannot afford patented medicines because of their high prices, and this situation may affect their access to healthcare as a human right. Similarly, some authors point out that pharmaceutical companies do not sufficiently focus on diseases that affect developing countries[9]. In particular,

5 Barton, J. H. (2004). "TRIPS and The Global Pharmaceutical Market", *Health Affairs*, Vol. 23., No. 3., p. 148-149; Wise, J. (2014). "Patent Wars: Affordable Medicines Versus Intellectual Property Rights", *BMJ (Online)*, Vol. 348., p. 1533; Joseph, S. (2003). "Pharmaceutical corporations and access to drugs: the "fourth wave" of corporate human rights scrutiny", *Human Rights Quarterly*, Vol. 25., No. 2., p. 431-432.

6 World Health Organization (WHO) defines essential medicines as "*those that satisfy the priority health care needs of the population*". According to the Report of the WHO Expert Committee, *public health relevance*, *evidence on efficacy and safety*, and *comparative costeffectiveness* are criterias while selecting essential medicines. WHO, Technical Report Series No: 914. The Selection and Use of Essential Medicines. Report of the WHO Expert Committee 2002 (including the 12th Model List of Essential Medicines), 2003 Genova, pp. 15-16. The Organization published the first Essential Medicines List in 1977, and it also published the first Essential Medicines List for children in 2007. The lists are updated every two years, and current versions of the Lists were updated in July 2023. Retrieved from WHO. (2023). https://www.who.int/groups/expert-committee-on-selection-and-use-of-essential-medicines/essential-medicines-lists (Accessed: 19/9/2023)

7 Barton, J. H. (2004). p. 146-147; Cullet, P. (2007). p. 416.

8 ibid, p. 148; Hunt, P. and Rajat, K. (2010). "Are Drug Companies Living up to Their Human Rights Responsibilities? The Perspective of the Former United Nations Special Rapporteur (2002-2008)." *PLoS Medicine*, Vol. 7., No. 9., p. 3.

9 Gold, E. R. (2013). "Patents and human rights: a heterodox analysis", *Journal of Law, Medicine & Ethics*, Vol. 41., No. 1., p. 187; Jo-Young Lee, 2015, as cited in Sanderson, J. (2016). "The relationship between patents, human rights and access to medicine", *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, Vol. 11., No. 2., p. 149-150; Millum, J. (2008). "Are Pharmaceutical Patents Protected by Human Rights?", *Journal of Medical Ethics*, Vol. 34., No. 11., p. e25; Hunt, P. and Rajat, K. (2010), p. e1000330; Report of the Special Rapporteur, Paul Hunt, United Nations. (2003). Economic and Social Council, Economic, Social and Cultural Rights, p. 18-19.

while illnesses such as HIV/AIDS are considered, existing criticisms may become deeper[10].

Historically, the extension of the patent rights to include medicines by the Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights Agreement (TRIPS) has caused criticisms of patented medicines. After the establishment of the Intellectual Property Organization (WIPO) in 1967, the preparation of an intellectual property agreement by the nations became important. TRIPS, which requires all World Trade Organization's (WTO) member nations to provide minimum levels of protection for patents and other intellectual property rights, was signed in 1994. With TRIPS, the protection of patents expanded to include medicines[11]. According to Article 27 of the TRIPS, patents shall be available for any inventions, whether products or processes[12], in all fields of technology, provided that they are new, involve an inventive step and are capable of industrial application. By this definition, the scope of patent protection is quite broad. Also, this Article points out that diagnostic, therapeutic and surgical methods for the treatment of humans or animals may be excluded from patentability. On the other hand, TRIPS suggests to members to adopt measures necessary to protect public health, and to promote the public interest in sectors of vital importance to their socio-economic and technological development, while they formulate or amend their laws and regulations (Article 8)[13].

10 Also see D'Angelo, A. B., Grov, C., Johnson, J. and Freudenberg, N. (2021). "Breaking Bad Patents: Learning to Make COVID-19 Treatments Accessible", *Global Public Health*, Vol. 16., No. 10., p. 1524; Joseph, S. (2003). p. 427-428; Cullet, P. (2007). p. 414, 416.

11 Ooms, G., Forman, L., Williams O. D. and Hill, P. S. (2014). "Could international compulsory licensing reconcile tiered pricing of pharmaceuticals with the right to health?", *BMC International Health and Human Rights*, Vol. 14., No. 1., p. 5.

12 India's 1970 Patent Law had not provided patent protection to drugs because of providing affordable drugs for its people effectively. Indeed, refusing patent protection to drugs had caused to produce low-cost drugs. Furthermore, this situation has led to evolving Indian generic drug industry as a major international supplier of drugs that produced market copies of drugs still on patent in developed countries. The granting patent protection only the processes of producing drugs, instead of drugs themselves, relates to importance of the accessibility of the drugs themselves. Hence, this approach might be seemed justifiable by a number of developing countries. Yet, the member nations had intended to prohibit exclusions about drug products themselves by regulation of article 27 of the TRIPS. Also see, Barton, J. H. (2004). p. 147; Sanderson, J. (2016). p. 149-150; Millum, J., (2008). p. 2; Wise, J. (2014). p. 1533.

13 Lee emphasizes that although TRIPS agreement provides wide protection for intellectual property, this protection has to be implemented and interpreted according to international human rights norms. Jo-Young Lee, 2015, as cited in Sanderson, J. (2016). p. 150; Also, D'Angelo, A. B. *et al*. state that although the TRIPS includes articles that emphasize protection of public health, the core intention of the Agreement is exposing minimum standards of intellectual property rights. (2021). p. 1525-1526. Also see Loff, B. and Heywood, M. (2002). "Patents on drugs: manufacturing scarcity or advancing health", *Journal of Law, Medicine and Ethics*, Vol. 30., No. 4., p. 623.

Improving and increasing access to medicines is the primary responsibility of states. In this context, it may be considered among the responsibilities of states that the medicines and treatments obtained in accordance with the rules in terms of the right to health are provided to the people whatever and whenever they are needed[14]. In addition, according to the United Nations (UN), Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR) General Comment No. 14, improving access to medicines in less prosperous countries is accepted as a kind of human rights obligation for other states, and these obligations become more essential in the context of access to affordable essential medicines[15].

So far, the right to health frequently seems to conflict with patent rights that include medicines. As a result of this conflict, focusing on how to strike a balance between rights of patentees and healthcare receivers and presenting several strategies in this regard may be beneficial instead of discussing which one should be a priority. In practice, different strategies, such as applying for compulsory licenses, using generic equivalents of the medicines or supporting parallel importation have been pursued by various countries in order to minimize the effects of patent on the access to medicines.

Compulsory license that has been implemented in several countries allows access to essential medicines and treatments by authorizing less prosperous countries to use patents without the consent of patentees. Overall, license agreement allows the patentee to transfer their rights arising from a patent to another person, but this is not a kind of obligation, while, in the compulsory license, the patent rights are transferred without the consent of the licensee. A compulsory license is a kind of decision that is legally endorsed by a government and independent of patentee' permission. According to this decision, patentee is obliged to provide a license that allows another company appointed by the government, to manufacture and distribute a generic equivalent of the medicine[16]. Manufacturing and distributing of generic equivalents may also enable access to the medicine that is much cheaper than the original one[17].

14 According to Lee's perspective, not only states but also pharmaceutical companies have to take responsibilities about availability and accessibility of medicines and cures for neglected diseases. Jo-Young Lee, 2015, as cited in Sanderson, J. (2016). p. 150.

15 Khanchigian, L. M. (2020). p. 1136-1137. In regard to recovering of R&D costs, marketing products with high prices in the developed countries while providing similar products with lower prices in developing countries might be justifiable due to the small size of the market in less prosperous countries in the global pharmaceutical market. Barton, J. H. (2004). p. 148-149.

16 Overall, India, Indonesia, Thailand, China, Philippines, Brazil and South Africa are some of the countries where compulsory licenses have been issued commonly. Wise, J. (2014). p. 1533; Zarocostas, J. (2011). "Poor Countries Should Use Flexibility in Global Trade Agreement to Improve Access to Antiretrovirals, Says Report", *BMJ*, Vol. 342., p. d1677.

17 Ooms, G., et al. (2014). p. 5; D'Angelo, A. B. et al. (2021). p. 1525; Also see, Wise, J. (2014). p. 1533; Zarocostas, J. (2011). p. d1677.

In this case, the patent owner's failure to grant a license is considered as an abuse of the monopoly situation in their favor. Indeed, Article 8 of TRIPS mentions that appropriate measures may be needed to prevent the abuse of intellectual property rights by right holders or practices which unreasonably restrain trade or adversely affect the international transfer of technology. Furthermore, Article 31 regulates other uses without authorization of the right holder. If the user has made efforts to obtain authorization from the right holder on reasonable commercial terms and conditions and that such efforts have not been successful within a reasonable period of time, the subject matter of a patent may be used without the authorization of the right holder by the government or third parties authorized by the government.

With compulsory licenses, the rights of the patentees are limited for the purpose of public interest. The compulsory license aims to eliminate the economic and social injustice that will occur in the society by enabling the production of a medicine throughout the country. On the other hand, compulsory licenses may be used as a kind of threatening tool by countries that negotiate and demand lower prices for a medicine patented by pharmaceutical companies. If no agreement has been reached between parties, the country can issue a compulsory license. In practice, countries that have domestic manufacturing capacity use compulsory licenses more effective than other countries that lack this capacity[18]. So, facilitating compulsory licenses for developing countries that especially have domestic manufacturing capacity could strengthen the access to medicines within the context of right to health in these countries.

Alternately, parallel importation may prevent issues concerning the access to a medicine resulting from patent rights by purchasing the medicine legitimately from another country where the medicine is probably off-patent or available at an affordable price[19]. Similarly, pharmaceutical companies also have human rights responsibilities and they may set different prices for different countries. Setting reasonable prices according to potential of payments of countries for medicines may be another strategy that minimizes the effects of patents on access to medicines.

It is obvious that compulsory licenses and other balancing strategies may have vital implications in the context of balancing of patentee's rights and public interest. The right to health as a human right and the patent right as an intellectual property right are two different fields of law, and they may seem to have different aims conflicting with each other in the short-term. Yet, both patent rights and the right to health promote innovation and accessibility in

18 Ooms, G., et al. (2014). p. 5-6.
19 D'Angelo, A. B. et al. (2021). p. 1525; Zarocostas, J. (2011). p. d1677.

the mid-term and long-term, so they aim to increase wealth and well-being. Therefore, in the context of balancing human rights and patent rights, it is not meaningful to compare rights and discuss which one should be given priority. Such an approach may lead to a departure from the context of both rights. As stated by *Gold*, it is not possible to establish a hierarchy among these rights and to say that one is superior to the other[20]. They have a mutually supportive relationship that promotes both innovation and access in the long term. Also, patent rights might not be a single reason that prevents the access to drugs. It is also considered that patients in developing countries cannot access drugs that have long since been off patent and are available in lots of different countries selling it at relatively low prices.

To sum up, in the context of the protection of the right to health, it might be useful to focus on optimal balance in the long-term by putting aside the discussion between the rights of patent owners and the right to health. In other words, an approach that considers the long-term common goals of patent rights and human rights for the general welfare can be considered instead of focusing on whether there is a hierarchy of rights. By focusing on these goals, promoting to preparing regulations that correspond to local needs in the domestic laws of the states, strengthening balancing strategies and investing new strategies that facilitate access to medicines can be effective ways in terms of ensuring the public interest and the right to health.

20 Gold, E. R. (2013). p. 189-190.

REFERENCES

BARTON, John H. (2004). "TRIPS and The Global Pharmaceutical Market", *Health Affairs*, Vol. 23., No. 3., pp. 146-154.

CULLET, Philippe (2007). "Human Rights and Intellectual Property Protection in the TRIPS Era", *Human Rights Quarterly,* Vol. 29., No. 2., pp. 403-430.

D'ANGELO, Alexa B., GROV, Christian, JOHNSON, Jeremiah and FREUDENBERG, Nicholas (2021). "Breaking Bad Patents: Learning to Make COVID-19 Treatments Accessible", *Global Public Health*, Vol. 16., No. 10., pp. 1523-1536.

GOLD, E. Richard (2013). "Patents and human rights: a heterodox analysis", *Journal of Law, Medicine & Ethics*, Vol. 41., No.1., pp. 185-198.

HUNT, Paul and KHOSLA, Rajat (2010). "Are Drug Companies Living up to Their Human Rights Responsibilities? The Perspective of the Former United Nations Special Rapporteur (2002-2008)", *PLoS Medicine*, Vol. 7., No. 9., pp. e1000330.

JOSEPH, Sarah (2003). "Pharmaceutical Corporations and Access to Drugs: The "Fourth Wave" of Corporate Human Rights Scrutiny", *Human Rights Quarterly,* Vol. 25., No. 2., pp. 425-452.

KHACHIGIAN, Levon M. (2020). "Pharmaceutical patents: reconciling the human right to health with the incentive to invent", *Drug Discovery Today*, Vol. 25., No. 7., pp. 1135-1141.

LOFF, Bebe and HEYWOOD, Mark (2002). "Patents on Drugs: Manufacturing Scarcity or Advancing Health", *Journal of Law, Medicine and Ethics,* Vol. 30., No. 4., pp. 621-631.

MILLUM, Joseph (2008). "Are Pharmaceutical Patents Protected by Human Rights?", *Journal of Medical Ethics*, Vol. 34., No. 11., pp. e25-e25.

OOMS, Gorik, FORMAN, Lisa, WILLIAMS, Owain D. and HILL, Peter S. (2014). "Could international compulsory licensing reconcile tiered pricing of pharmaceuticals with the right to health?", *BMC International Health and Human Rights*, Vol. 14., No. 1., pp. 37-37.

PETERS, David H., GARG, Anu, BLOOM, Gerry, WALKER, Damian G., BRIEGER, William, R. and RAHMAN, M. Hafizur (2008). "Poverty and Access to Health Care in Developing Countries", *Annals of the New York Academy of Sciences*, Vol. 1136., No. 1., pp. 161–171.

SANDERSON, Jay (2016). "The relationship between patents, human rights and access to medicine", *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, Vol. 11., No. 2., pp. 149-150.

United Nations, Economic and Social Council. (2003). Economic, Social and Cultural Rights, https://www.un.org/womenwatch/ods/E-CN.4-2003-58-E.pdf (Accessed: 29/10/2023)

WISE, Jacqui (2014). "Patent Wars: Affordable Medicines Versus Intellectual Property Rights", *BMJ (Online)*, Vol. 348., p. 1533.

WHO, Technical Report Series No: 914, The Selection and Use of Essential Medicines, Report of the WHO Expert Committee 2002 (including the 12th Model List of Essential Medicines). 2003 Genova, pp. 1-41. https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/42620/WHO_TRS_914_eng.pdf?sequence=1&isAllowed=y (Accessed: 19/9/2023)

WHO. (2023). https://www.who.int/groups/expert-committee-on-selection-and-use-of-essential-medicines/essential-medicines-lists (Accessed: 19/9/2023)

WTO. (2023). Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS), https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/27-trips_01_e.htm (Accessed: 15/9/2023)

ZAROCOSTAS, John (2011). "Poor Countries Should Use Flexibility in Global Trade Agreement to Improve Access to Antiretrovirals, Says Report", *BMJ*, Vol. 342., pp. d1677–d1677.

ZHANG, Gupeng, LV, Xiaofeng and ZHOU, Jianghua (2014). "Private value of patent right and patent infringement: An empirical study based on patent renewal data of China", *China Economic Review*, Vol. 28., pp. 37-54.

Dr. Recep KAPLAN
(Anayasa Mahkemesi Raportörü)

KAMU TÜZEL KİŞİLERİNİ KENDİ İRADELERİYLE YÖNETMELİK ÇIKARAMAZ HÂLE GETİREN KURALLAR HAKKINDAKİ ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARININ ANALİZİ

ÖZ

Merkezî idarenin diğer kamu tüzel kişilerinin organları ve işlemleri üzerinde sahip olduğu idari vesayet yetkisi bu tüzel kişilerin çıkaracağı yönetmelikler üzerinde de kullanılabilir. Bununla birlikte; yönetmelikler Anayasa'da özel olarak düzenlendiğinden bunlar üzerindeki idari vesayet yetkisinin Anayasa'nın yönetmeliklere dair hükümlerine aykırı olmaması gerekir.

Anayasa'nın yönetmelikler hakkındaki 124. maddesinin birinci fıkrasının ilgili kısmına göre "*… kamu tüzelkişileri, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelikler çıkarabilirler.*" Anayasa'nın bu hükmünün açık lafzı dikkate alındığında kamu tüzel kişilerinin yönetmelikleri üzerinde, onları kendi iradeleriyle yönetmelik çıkaramaz bir konuma getiren idari vesayet yetkisi öngörülmesi mümkün görünmemektedir.

Anayasal durum yukarıda anlatılan şekilde olmakla birlikte, yasal ve idari düzenlemelerle, merkezî idareye diğer kamu tüzel kişilerinin yönetmelikleri üzerinde sonucu itibarıyla onları kendi serbest iradeleriyle yönetmelik çıkaramaz hâle getirebilecek ölçüde idari vesayet yetkisi veren düzenlemeler yapılmış ve bunlardan bazıları Anayasa Mahkemesi (AYM) önünde dava konusu yapılmıştır.

Bu makalede kamu tüzel kişilerinin kendi iradeleriyle yönetmelik çıkaramaz hâle getirilmesi meselesi, bu hususa dair AYM önünde dava konusu edilmiş kurallar ve anılan kurallara dair AYM kararları ekseninde analiz edilmiştir.

Makalede elde edilen bulgular, AYM'nin içtihadının istikrarlı bir seyir izlemediğini ortaya koymaktadır. AYM bazı istisnalar hariç bazen kamu tüzel kişilerinin yönetmelik çıkarma yetkisini bazen merkezî idarenin idari vesayet yetkisini bazen de her iki boyutu nazara almadan kararlar vermiştir. Mahkemenin konuyu bütüncül bir bakış açısıyla ele almayan bu yaklaşımı, anayasa

hukuku ve idare hukuku bağlamında önemli sorunlara neden olacak mahiyettedir.

Makalede; anılan sorunların önüne geçmek için yapılacak anayasal yorumun, ilgili anayasa hükümlerinin açık lafzı, kamu tüzel kişiliği kavramının mahiyeti, bu kurumların merkezî idareden ayrı olarak örgütlendirilme nedeni, özerklikleri, merkezî idareyle aralarındaki görev ayrımı ve taraflar arasındaki ilişkinin niteliği gibi perspektifler çerçevesinde yapılması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Merkezî idare, yerinden yönetim, kamu tüzel kişiliği, yönetmelik, idari vesayet.

ANALYSIS OF THE TURKISH CONSTITUTIONAL COURT DECISIONS ON REGULATIONS THAT RESTRICT PUBLIC LEGAL ENTITIES FROM ISSUING BY-LAWS OF THEIR OWN WILL

ABSTRACT

The administrative tutelage power held by the central administration over the organs and transactions of other public legal entities also extends to the by-laws issued by these entities. However, since by-laws are specifically regulated in the Constitution, this tutelage power over by-laws should not conflict with the Constitution's provisions related to them.

According to the relevant section of the first paragraph of Article 124 of the Constitution concerning by-laws, "*... public corporate bodies may issue by-laws to ensure the implementation of laws and presidential decrees within their jurisdiction, provided that they are not contrary to these laws and decrees.*" Considering the explicit wording of this constitutional provision, it seems impractical to envisage an administrative tutelage power over the by-laws of public legal entities that would render them incapable of issuing by-laws through their own initiative.

Although the constitutional framework is as described, legal and administrative regulations have been enacted that grant the central administration a tutelage authority over the by-laws of other public legal entities to an extent that effectively prevents them from autonomously issuing by-laws. Some of these regulations have been challenged before the Turkish Constitutional Court (TCC).

This article examines the issue of public legal entities being prevented from autonomously issuing by-laws, focusing on the regulations that have been subjected to lawsuits before the TCC and the Court's decisions on these matters.

The findings reveal that the TCC's jurisprudence has not followed a stable course. With only some exceptions, the TCC has, at times, made decisions without considering either the authority of public legal entities to issue by-laws, the central administration's administrative tutelage authority, or sometimes both aspects. This approach, which fails to consider the issue from a holistic perspective, is likely to create significant challenges within the realms of constitutional and administrative law.

The article concludes that to address these challenges, constitutional interpretation should be conducted through a lens that considers the explicit wording of the relevant constitutional provisions, the nature of the public legal personality concept, the rationale behind these institutions' separate organisation from the central administration, their autonomy, the division of

duties between them and the central administration, and the dynamics of the relationship between the parties.

Keywords: Central administration, decentralised governance, public legal entity, by-law, administrative tutelage.

GİRİŞ

Merkezî idare diğer kamu tüzel kişileri üzerinde, Anayasa'nın 123. maddesinin birinci fıkrasında ifadesini bulan idarenin bütünlüğü ilkesinden kaynaklı olarak idari vesayet yetkisine sahiptir[1]. Merkezî idare dışındaki kamu tüzel kişilerinin kamu hizmetlerinin ahenkli bir biçimde yürütülmesinin önüne geçmesi ya da devletin bütünlüğü bakımından tehlike oluşturacak faaliyetlerde bulunması[2], merkezî idare ve yerinden yönetim kuruluşları arasında kararların alınması ve uygulanması ile faaliyetlerin yürütülmesi bakımından ortaya çıkan uyum sorunları, çelişki ve zıtlıklar[3] gibi, yerinden yönetim ilkesinin mahsurlarını gidermeye matuf araçlardan birisi olan[4] bu yetkinin kamu tüzel kişilerinin organları ya da idari işlemleri üzerinde kullanılması söz konusu olabilir. İdari işlemler üzerindeki idari vesayet yetkisi ise anılan tüzel kişilerin hem bireysel idari işlemleri (idari kararlar) hem de düzenleyici idari işlemleri üzerinde öngörülebilir.

Kamu tüzel kişileri tarafından çıkarılabilecek olan diğer düzenleyici idari işlem türleri gibi yönetmelikler de kural olarak idari vesayet yetkisinin konusunu oluşturabilir.

Kamu tüzel kişilerinin yönetmelikleri üzerinde merkezî idarenin ne ölçüde idari vesayet yetkisine sahip olabileceğinin ve bu yetkinin onları yönetmelik çıkaramaz hâle getirecek bir boyuta ulaşıp ulaşamayacağının, konuya dair AYM kararlarının analizi suretiyle belirlenmesi bu makalenin konusunu oluşturmaktadır[5].

---

1 Literatürde, bir kamu tüzelkişisinin kendisine kıyasla daha "merkezdeki" bir diğer kamu tüzelkişisinin denetimi altında bulunması olarak ifade edilen, başka bir ifadeyle denetim makamı olan kamu tüzelkişisinin merkezi idare olmadığı bazı durumların da idari vesayet kapsamında değerlendirildiği ve bu hususta Türkiye Barolar Birliğinin illerdeki barolar üzerindeki denetim yetkilerinin örnek olarak gösterildiğine rastlanılmaktadır (Ulusoy, A. D. (2021). *Yeni Türk İdare Hukuku*, 4. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 147). Başka bir görüşte, aslında kendisi de merkezi idareden ayrı bir kamu tüzelkişisi olan bazı tüzelkişilerin kanun koyucu tarafından merkez kabul edilerek bunlara başka kamu tüzelkişileri üzerinde denetim yetkisi tanınmakta olduğu belirtilmekte ve büyükşehir belediyelerinin ilçe belediyeleri üzerindeki bazı yetkileri idari vesayet kavramıyla izah edilmektedir (Yıldırım, R. ve Çınarlı, S. (2022). *Türk İdare Hukuku Dersleri Cilt II*, 5. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, s. 371).

2 Tunçer, P. (2022). *İdare Hukuku Temel Bilgiler*, Ankara: Adalet Yayınevi, s. 88.

3 Atay, E. E. (2022). *İdare Hukuku*, 3. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 119.

4 Tan, T. (2019). *İdare Hukuku*, Güncelleştirilmiş 8. Baskı, Ankara: Turhan Kitabevi Yayınları, s. 103.

5 Literatürde bu konuyu doğrudan ve farklı boyutlarını dikkate alarak inceleyen sınırlı sayıda çalışmaya rastlanıldığına dikkat çekmek gerekir. GÖZLER, farklı eserlerinde, kamu tüzelkişilerinin Resmî Gazete'de yayımlanmak üzere gönderilen yönetmeliklerinin Cumhurbaşkanlığı tarafından denetimi boyutuyla konuya dair değerlendirmelerde bulunmuştur. (bkz. Gözler, K. (2021a). *Türk Anayasa Hukuku*, 4. Baskı, Bursa: Ekin Yayınları; Gözler, K. (2021b). *Yönetmeliklerin Cumhurbaşkanlığı Tarafından Denetimi Üzerine: Anayasa Mahkemesinin 18 Mart 2021 Tarih ve E.2018/127, K.2021/18 Sayılı Kararı Hakkında Bir Eleştiri*, www.anayasa.gen.tr/aym-2021-18.htm (Erişim Tarihi: 31/10/2023). GÖZÜBÜYÜK ve TAN da aynı konu hakkında değerlendirmelerde bulunmuştur (bkz. Gözübüyük, A. Ş. ve Tan, T. (2019). *İdare Hukuku Cilt I -Genel Esaslar-*, 13. Baskı, Ankara: Turhan Kitabevi Yayınları, s. 108).

Makalede izlenecek inceleme yöntemi bağlamında ilk olarak; yönetmelikler, kamu tüzel kişilerinin yönetmelik çıkarma yetkisi ve bu yetkinin kullanılma şartları ile kamu tüzel kişilerinin işlemleri üzerinde idari vesayet kullanımı hakkında bu çalışmanın gerektirdiği ölçüde kısa açıklamalara yer verilecek, sonrasında kamu tüzel kişilerinin yönetmelikleri üzerindeki idari vesayet yetkisi ve bunun sınırlarına dair bazı genel tespitler yapılacaktır.

Anılan tespitler ışığında kamu tüzel kişilerini kendi iradeleriyle yönetmelik çıkaramaz hâle getiren yasal ve idari normlara dair AYM kararları analiz edilecektir. Son olarak AYM kararlarında benimsenen yaklaşımın ortaya çıkardığı sorunlar ortaya konulacak ve bu sorunların giderilmesi için nasıl bir yorum yapılması gerektiği hususunda önerilerde bulunulacaktır.

I. YÖNETMELİKLER VE KAMU TÜZEL KİŞİLERİNİN YÖNETMELİK ÇIKARMA YETKİSİ

İdarenin genel, soyut, kişilik dışı norm ihdas etme özelliğine sahip işlemleri arasında yer alan yönetmelikler, Türk hukukunda en yaygın düzenleyici idari işlem türü olup[6] diğer düzenleyici idari işlemlerden farklı olarak, tıpkı Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri (CBK) gibi[7], bizzat Anayasa koyucu tarafından öngörülmüştür. Anayasa'nın yönetmelikleri düzenleyen 124. maddesinin birinci fıkrası[8] hükmünden;

- Yönetmelik çıkarmaya yetkili makamların Cumhurbaşkanı[9], bakanlıklar ve kamu tüzel kişileri olduğu[10],

6 Akyılmaz, B., Sezginer, M. ve Kaya, C. (2023). *Türk İdare Hukuku*, 16. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 76.; Atar, Y. (2022). *Türk Anayasa Hukuku*, 14. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 284; Atay, E. E. (2022). s. 68.

7 CBK'ların düzenleyici idari işlem niteliği konusundaki bir değerlendirme için bkz. Gözler, K. (2021a). s. 990-991.

8 *"Cumhurbaşkanı, bakanlıklar ve kamu tüzelkişileri, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelikler çıkarabilirler."*

9 Anayasa'nın 104. maddesinin onsekizinci fıkrasına göre de "*Cumhurbaşkanı, kanunların uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelikler çıkarabilir*." AKYILMAZ, SEZGİNER ve KAYA'nın dikkat çektiği üzere bu hükümde Cumhurbaşkanının CBK'lara dayalı olarak da yönetmelik çıkarabileceği belirtilmemiştir (Akyılmaz, B., Sezginer, M. ve Kaya, C. (2023). s. 77). Kanımızca anılan hükmün Anayasa'nın 124. maddesinin birinci fıkrasındaki "*Cumhurbaşkanı… kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelikler çıkarabilirler*." şeklindeki hükümle birlikte ve uyumlu olarak yorumlanması gerekir. Bu konudaki değerlendirme için bu makalenin 51 numaralı dipnotuna bakılabilir.

10 Uygulamada yüksek yargı organlarının yönetmelik çıkardığına şahit olunduğu gibi (bkz. Anayasa Mahkemesi Raportör Yardımcısı Adaylığı Giriş Sınavı Yönetmeliği), Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığınca çıkarılan yönetmeliklerin de bulunduğu görülmektedir (bkz. Türkiye Büyük Millet Meclisinde Basın ve Yayın Mensuplarının Çalışmaları Hakkında Yönetmelik)

- Yönetmeliklerin anılan makamların ve kurumların kendi görev alanlarıyla ilgili çıkarılabileceği,
- Yönetmeliklerin ancak kanunların ve CBK'ların uygulanmasını sağlamak üzere çıkarılabileceği,
- Yönetmeliklerin kanunlara ve CBK'lara aykırı olamayacağı,

anlaşılmaktadır.

Kamu tüzel kişileri özelinde konuya yaklaşıldığında ilk olarak, yönetmelik çıkarabilecek kamu tüzel kişilerinin yer yönünden ya da hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşu, başka bir ifadeyle kişi topluluğu şeklinde bir kamu idaresi ya da mal topluluğu şeklinde bir kamu kurumu olabileceği anlaşılmaktadır. Bu bağlamda mahallî idareler olan belediye, il özel idaresi ya da köy tüzel kişilikleri yanında hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşları olan kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, üniversiteler ve diğer kamu tüzel kişileri de yönetmelik çıkarabilecektir. Literatürde, kamu tüzel kişilerinin en esaslı ve ayırt edici vasıflarından birisinin kamusal yetki ve ayrıcalıklara sahip olmaları olduğu, görev sahalarının kamu hizmetlerine ilişkin olmasının, kural olarak bunların kamusal yetki ayrıcalıklardan faydalandırılmalarını gerektirdiği ve yönetmelik çıkarma yetkisinin de bu yetki ve ayrıcalıklar arasında bulunduğu belirtilmektedir[11].

İkinci olarak Anayasa'daki hükümden Cumhurbaşkanı'nın çıkaracağı yönetmeliklerin bizzat Cumhurbaşkanı, bakanlıkların yönetmeliklerinin ise bizzat ilgili bakan tarafından çıkarılacağı açık olarak anlaşılmaktadır. Bununla birlikte, kamu tüzel kişilerinin yönetmeliklerinin anılan tüzel kişilerin hangi organı tarafından çıkarılacağı hususunda Anayasa'da bir belirleme ya da kısıtlama yoktur. Bu durumda bu yönetmelikler ilgili tüzel kişinin kendi karar alma ve müzakere usulleri uygulanarak çıkarılabilir[12]. Kamu tüzel kişiliğinin kurulmasına ilişkin mevzuatta yönetmeliğin çıkarılmasına ilişkin görev ve yetki, genel olarak temsili nitelikli karar alma organlarına tanınmakta ya da tüzel kişinin organları arasında konulara göre bir görev dağılımı düzenlenmektedir[13]. Örneğin 3/7/2005 tarihli ve 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 18. maddesi uyarınca belediye tarafından çıkarılacak yönetmelikleri kabul etmek belediye meclisinin görevi iken 15/7/2018 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanan 4 numaralı Bakanlıklara Bağlı, İlgili, İlişkili Kurum ve Kuruluşlar İle Diğer Kurum ve Kuruluşların Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 587. maddesi uyarınca Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumu'nun yönetmelik taslaklarını hazırlatmak ve onaylamak, anılan kurumun yönetim kurulunun görevleri arasındadır.

11 Tan, T. (2019). s. 112.
12 Gözler, K. ve Kaplan, G. (2020). *İdare Hukuku Dersleri*, 22. Baskı, Bursa: Ekin Yayınları, s. 406.
13 Karahanoğulları, O. (2022). *İdare Hukuku*, Ankara: Turhan Kitabevi Yayınları, s. 56

Üçüncü olarak, kamu tüzel kişileri sadece kendi görev alanlarıyla ilgili kanunların ve CBK'ların uygulanmasını sağlamak üzere yönetmelik çıkarabileceklerdir[14]. Kamu tüzel kişisinin görev alanının ne olduğu, ilgili kamu tüzel kişisine ilişkin Anayasa hükümleri varsa o hükümler de dikkate alınarak kamu tüzel kişisini kuran kanun ya da CBK'dan hareketle tespit edilebilecektir.

Dördüncü olarak kamu tüzel kişileri tarafından çıkarılacak yönetmelikler kanunlar ve CBK'lara aykırı olmayacaktır. Yani normlar hiyerarşisinin doğal sonucu olarak alt düzeydeki bir norm olan yönetmelik kendisinden daha üst düzeydeki normlar olan CBK ve kanunlara aykırı düzenlemeler getiremeyecektir. Bununla birlikte yönetmeliklerin her durumda hem kanunlara hem de CBK'lara uygun olması gerektiğinden söz edilemez. Çünkü kanun ve CBK Anayasa'daki tasarımları itibarıyla aynı konu için aynı anda geçerli olabilecek hukuki enstrümanlar değildir. Anılan çerçevede; kamu tüzel kişisinin görev alanındaki bir konuyla ilgili hem kanun hem de CBK hükmünün düzenleme yapmadığı yani bir konuyu düzenleyen ya sadece kanun ya da sadece CBK hükmü söz konusu olduğunda nasıl uygulama yapılması gerektiği sorusunun cevabı nettir. Bu durumda yönetmelik ilgili alanda kanuni düzenleme varsa kanuna, CBK varsa CBK'ya aykırı olmamak durumundadır. Kamu tüzel kişisinin görev alanı hakkında hem CBK hem de kanunla düzenleme yapıldığı durumlarda nasıl bir yol izlenmesi gerektiği hususunda ise Anayasanın ilgili hükümlerinden hareketle bir çözüm geliştirilmesi mümkündür.

Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının dördüncü ve beşinci cümleleri uyarınca *"Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde, kanun hükümleri uygulanır. Türkiye Büyük Millet Meclisinin aynı konuda kanun çıkarması durumunda, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümsüz hale gelir."* Bu kapsamda, aynı konuya dair farklı kanun ve CBK hükümlerinin birlikte varlığı durumunda kamu tüzel kişileri tarafından çıkarılacak yönetmeliklerin sadece ilgili kanun hükümlerine aykırı olmamasının yeterli olacağı söylenebilir. Çünkü kamu tüzel kişisinin görev alanıyla ilgili bir konuda, kanun ve CBK hükümlerinin birlikte bulunduğu durumlarda, CBK hü-

14 Nitekim Danıştay Anayasa'ya göre yönetmelik çıkarmaya yetkili makamların kendi görev alanlarıyla ilgili olmayan alanlarda çıkardıkları yönetmelikler hakkında iptal kararı vermektedir. Danıştay bir kararında *"Başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzelkişilerinin Anayasa'nın 124. Maddesinden kaynaklanan düzenleme yetkilerinin ise, görev alanları ile ilgili yasalarla sınırlı olması nedeniyle, mahkemeler tarafından uygulanacak olan yargılama usulüne ilişkin yasaların, idarenin görev alanı ile ilgili olduğundan sözetmeye olanak bulunmamaktadır…. Bu durumda, Ceza Muhakemesi Yasası'nın 135 ila 140. maddelerinde düzenlenen telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi ve gizli soruşturmacı ve teknik araçlarla izleme konularında Adalet Bakanlığının düzenleme yetkisi olmadığından, Yönetmeliğin dava konusu hükümlerinde bu nedenle hukuka uyarlık bulunmamaktadır."* şeklinde bir değerlendirmede bulunmuştur (bkz. Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun (İDDK) 4/11/2010 tarihli ve E. 2010/2072, K. 2010/1467 sayılı kararı).

kümlerinin uygulanma kabiliyetine sahip olmayacağı, hükmünü icra edemeyeceği bizzat Anayasa koyucu tarafından kurala bağlanmıştır.

II. MERKEZİ İDARENİN KAMU TÜZEL KİŞİLERİNİN İDARİ İŞLEMLERİ ÜZERİNDEKİ İDARİ VESAYET YETKİSİ

AYM içtihadında belirtildiği üzere; anayasa koyucu, idari fonksiyon icra eden idareler arasında birliğin temin edilmesini ve idari yapıya dâhil olan idare ve kurumların bütünlük içinde faaliyet göstermesini düzenlemiştir. İdarede bütünlüğü temin etmek maksadıyla asıl olarak hiyerarşi ve idari vesayetten oluşan hukuki mekanizmalar kullanılmaktadır. Hiyerarşi, merkezî idarenin, mahallî idarelerin ve hizmet yerinden yönetim kuruluşlarının iç bütünleşmesini temin etmektedir. İdari vesayet ise merkezî idare ile diğer kamu tüzel kişileri arasında bütünlüğü temin eden mekanizmadır[15]. Başka bir ifadeyle idari vesayet, yerel yönetimler ve hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşları gibi kamu tüzel kişilerinin onlara varlık veren devlet (merkezî idare) tarafından, kamu yararını gerçekleştirmek maksadıyla denetime tabi tutulmasıdır[16].

İdari vesayet, vesayete tabi idarenin organları ya da işlemleri üzerinde söz konusu olabilir. İdari işlemler üzerindeki idari vesayet yetkisinin, kural olarak vesayet altındaki idari merciin işlemini iptal etme, onama/onamama, yeniden değerlendirilmesini isteme, işleme karşı yargı yoluna başvurma, işlemi izne tabi tutma, düzeltme, erteleme[17], bozma, iade etme, istisnai olarak ikame etme[18] gibi farklı şekillerde düzenlenmesi mümkündür. Ancak bu şekildeki yetkilerin idari vesayet altındaki merciin bütün işlemleri için öngörülmesinin kendiliğinden Anayasa'ya uygun olduğu söylenemez. Öngörülen yetkilerin Anayasa'ya uygunluğu; vesayet altındaki tüzel kişilerin özerkliği, öngörülen vesayetin türü, kapsamı ve konuya dair Anayasa'daki özel düzenlemeler dikkate alınarak belirlenebilir.

Öte yandan idari vesayet yetkisi, vesayet makamına vesayet altındaki idari makama emir ve talimat verme yetkisi tanımadığı gibi kural olarak onun yerine geçerek işlem tesis etme yetkisi de vermez[19]. Başka bir ifadeyle, merkezî idarenin vesayet altındaki kamu tüzel kişisi yerine işlem tesis etmesi gibi bir idari vesayet aracı ancak çok istisnai bazı durumlarda öngörülebilir. Çünkü TAN'ın da belirtiği üzere, idari vesayet yetkisini kullanan makamın vesayete tabi makam yerine geçerek karar alması, yerinden yönetim kuruluşlarının

15 AYM, E.2018/15, K.2018/78, 5/7/2018, § 7.
16 Tan, T. (2019). s. 103.
17 Gözler, K. ve Kaplan, G. (2020). s. 125-128.
18 Akyılmaz, B., Sezginer ve M., Kaya, C. (2023). s. 228-230.
19 Gözler, K. ve Kaplan, G. (2020). 129

özerkliği ve bunların merkezî idareden ayrı tüzel kişiliğe sahip olmaları ile bağdaşmaz[20]. Merkezî idarenin idari vesayet altındaki kamu tüzel kişisi yerine karar alması, bu tüzel kişinin merkezî idareden ayrı bir tüzel kişi olarak kurulmasını anlamsızlaştırır[21].

AYM, literatürdeki görüşlerle aynı yönde olmak üzere, merkezî idarenin yerinden yönetim kuruluşları üzerindeki idari vesayet yetkisinin, onların yerine geçerek icrai karar alma yetkisini içermediğini belirtmiştir[22]. AYM başka bir kararında da[23] aynı ilkeye yer vermekle birlikte, yerinden yönetim kuruluşlarının kendilerine düşen görevleri hiç veya kanunda belirtilen biçimde yerine getirmemesi gibi kamu yararının merkezî idarenin müdahalesini gerektirdiği bazı hâllerde kanunla öngörülmüş olmak koşuluyla merkezî idarenin yerinden yönetim kuruluşu yerine icrai kararlar alabileceğini belirtmiştir.

AYM içtihadında belirtildiği gibi idari vesayet yetkisi, hiyerarşi yetkisinden farklı olarak genel bir yetki değildir. Bu yetki kanunla belirlenen kapsamda kullanılabilecek istisnai nitelikte bir yetkidir. Bu çerçevede idari vesayetin ayırt edici en önemli vasıfları, istisnai olması ve kanunda öngörülmesidir. Bu yetkinin içeriğini ve sınırlarını tespit etmek anayasal gerekliliklere aykırı olmamak şartıyla kanun koyucunun takdirindedir[24].

III. MERKEZİ İDARENİN KAMU TÜZEL KİŞİLERİNİN YÖNETMELİKLERİ ÜZERİNDEKİ İDARİ VESAYET YETKİSİ VE BUNUN SINIRI

Her ikisi de Anayasa'dan kaynaklı olmak üzere, merkezî idarenin diğer kamu tüzel kişileri üzerinde idari vesayet yetkisi; kamu tüzel kişilerinin ise kendi serbest iradesiyle yönetmelik çıkarma yetkisi vardır. Bu nedenle idari vesayet yetkisinin kamu tüzel kişilerinin yönetmelikleri üzerinde ne şekilde kullanılabileceği hususunun değerlendirilmesi anılan yetkilere dair Anayasa hükümlerinin birlikte analizini gerektirmektedir.

Yönetmelikler üzerinde merkezî idarenin hiçbir biçimde idari vesayet yetkisi kullanamayacağına dair Anayasa'nın herhangi bir hükmünde yasaklayıcı bir düzenleme yer almamaktadır. Buna göre Anayasa'nın 123. maddesinin

20 Tan, T. (2019). s. 107.

21 Karahanoğulları, O. (2013). Yerel Özerklik: Mahalli Müşterek İhtiyaçların Yerinden Yönetimi, içinde Mengi, A., Çınar, T. ve Özgül, C. G. (Ed.), *Beşinci Ulusal Yerel Yönetimler Sempozyumu* (ss. 65-95), Ankara: Türkiye Belediyeler Birliği Yayınları, s. 73-74.

22 AYM, E.2012/87, K.2014/41, 27/2/2014. Mahkeme bu kararında; il çevre düzeni planı yapmakla yetkilendirilen yerel yönetimlerin Çevre ve Şehircilik Bakanlığınca belirlenen sürede bu işi yapmaması halinde, Bakanlığın Mekânsal Planlama Genel Müdürlüğünün bu planları resen yapması veya yaptırmasının Anayasa'ya aykırı olmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

23 AYM, E.2011/100, K.2012/191, 29/11/2012

24 AYM, E.2018/90, K.2019/85, 14/11/2019, § 20.

birinci fıkrasında *"İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür..."* şeklinde ifade edilen, merkezî idarenin kamu tüzel kişileri üzerinde sahip olduğu genel idari vesayet yetkisinin ya da örneğin yerel yönetimler bakımından 127., üniversiteler bakımından 130. ve kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları için 135. maddelerde[25] özel olarak öngörülen idari vesayet yetkilerinin, kamu tüzel kişilerinin yönetmelik şeklindeki idari işlemleri üzerinde de kullanılabileceğini kabul etmek gerekir.

Anayasa'nın 124. maddesinin birinci fıkrası ise kamu tüzel kişilerine kendi görev alanlarını ilgilendiren konularda yönetmelik çıkarabilme yetkisi vermiştir. Dolayısıyla kamu tüzel kişileri serbestçe açıklayabilecekleri kendi iradeleriyle yönetmelikler çıkarabilecektir. Bu kurumlar herhangi bir engelleme nedeniyle yönetmelik çıkaramaz hâle geldiğinde Anayasa'nın anılan hükmünün öngördüğü çerçeveye aykırı bir durum ortaya çıkılmış olacaktır.

Bu noktada merkezî idarenin diğer kamu tüzel kişilerinin yönetmelikleri üzerinde kullanacağı idari vesayet yetkisinin anayasal sınırının ne olacağının ortaya konulması gerekir. Bu bağlamda yapılacak değerlendirme, hem merkezî idarenin idari vesayet yetkisini dışlamayacak hem de kamu tüzel kişilerinin kendi iradeleriyle yönetmelik çıkarmalarına engel olmayacak bir çerçeve ortaya koymalıdır.

Kamu tüzel kişilerinin Anayasa'dan kaynaklı yönetmelik çıkarma yetkisi

25 Anayasa'nın 127., 130. ve 135. maddelerinde olduğu üzere bazen Anayasa'da idari vesayete ilişkin özel düzenlemelere rastlamak da mümkündür. Örneğin yerel yönetimler bakımından 127., üniversiteler bakımından 130. ve kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları için 135. maddede bazı düzenlemelere yer verilmiştir.

127. maddenin beşinci fıkrasına göre;

"Merkezî idare, mahallî idareler üzerinde, mahallî hizmetlerin idarenin bütünlüğü ilkesine uygun şekilde yürütülmesi, kamu görevlerinde birliğin sağlanması, toplum yararının korunması ve mahallî ihtiyaçların gereği gibi karşılanması amacıyla, kanunda belirtilen esas ve usuller dairesinde idarî vesayet yetkisine sahiptir."

130. maddenin ikinci, beşinci ve dokuzuncu fıkralarının ilgili kısımlarına göre;

"… vakıflar tarafından, Devletin gözetim ve denetimine tâbi yükseköğretim kurumları kurulabilir.

…

Üniversiteler ve bunlara bağlı birimler, Devletin gözetimi ve denetimi altında olup, güvenlik hizmetleri Devletçe sağlanır.

…

… üniversiteler üzerinde Devletin gözetim ve denetim hakkını kullanma usulleri, … kanunla düzenlenir."

135. maddenin beşinci fıkrasına göre ise;

"Bu meslek kuruluşları üzerinde Devletin idarî ve malî denetimine ilişkin kurallar kanunla düzenlenir.

…

Ancak, millî güvenliğin, kamu düzeninin, suç işlenmesini veya suçun devamını önlemenin yahut yakalamanın gerektirdiği hallerde gecikmede sakınca varsa, kanunla bir merci, meslek kuruluşlarını veya üst kuruluşlarını faaliyetten men ile yetkilendirilebilir. Bu merciin kararı, yirmidört saat içerisinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, bu idarî karar kendiliğinden yürürlükten kalkar."

bunların merkezî idare karşısındaki özerkliklerinin de bir yansımasıdır. Tüzel kişiliğin niteliğine göre seviyesi değişse de kamu tüzel kişiliği kavramının kendi içinde merkezî idare karşısında özerk olma anlamı taşıdığı gözetildiğinde, bu tüzel kişilere yönetmelik çıkarma imkânının tanınmamasının bunların özerkliğini yok edeceği söylenebilir[26]. Çünkü kamu tüzel kişilerinin idari özerkliği kural olarak, kararlarını kendilerinin alabilmelerini gerektirir[27].

Anayasa'nın 124. maddesi kamu tüzel kişilerinin yönetmelik çıkarabileceğini buyurduğuna göre, bunlar bu yönetmelikleri Anayasa'da belirtilen şekilde kendi iradelerine göre serbestçe çıkarabilir. Anayasa'nın anılan maddesi, kamu tüzel kişilerinin yönetmelik çıkarma yetkisini başka bir mercinin denetimine tabi olmaksızın kullanmasını öngörmektedir[28]. Bu tüzel kişilerin yönetmelik çıkarmak için merkezî idarenin iznini, uygun görüşünü, onayını almak zorunda kalması veya merkezî idarenin düzelterek onama ya da kamu tüzel kişilerinin yönetmeliklerini bizzat çıkarma yetkisine sahip olması, hatta inceleme, denetleme, geri gönderme ya da her ne ad altında olursa olsun diğer kamu tüzel kişilerinin yönetmeliklerinin yürürlüğe konulmasına engel olması, anılan tüzel kişileri kendi iradeleriyle yönetmelik çıkaramaz hâle getirir. Bu kapsamda, Anayasa'nın diğer hükümlerinden kaynaklı olarak kamu tüzel kişilerinin çıkaracağı yönetmelikler üzerinde idari vesayet öngörülmesi mümkün ise de bunları kendi serbest iradelerini kullanmak suretiyle yönetmelik çıkaramaz hâle getiren bir idari vesayet öngörülmesi Anayasa'nın 124. maddesiyle bağdaşmayacaktır.

Sonuç olarak kamu tüzel kişilerinin kendi iradelerini serbestçe kullanmak suretiyle yönetmelik çıkarabilmesine engel olmayacak idari vesayet araçları Anayasa'ya uygun; yönetmelik çıkaramaz hâle getiren düzenlemeler ise Anayasa'ya aykırı bir mahiyet arz etmektedir. Bu bağlamda örneğin, merkezî idareye diğer kamu tüzel kişileri tarafından çıkarılan yönetmeliklere dava açma yetkisi tanınabilir ya da yönetmelikler çıkarılmadan önce merkezî idareden istişari nitelikte görüş alınması şartı öngörülebilir[29]. Böyle bir düzenlemede dahi istişari görüşün verilmesi için makul bir süre tayin edilmesi ve bu süre zarfında görüş verilmezse görüş alınması ihtiyacının kalkacağının ya da olumlu görüş verilmiş sayılacağının öngörülmesi suretiyle istişari görüş verilmemesi durumunun ilgili yerinden yönetim kuruluşunun yönetmelik çıkarmasına engel olmasının önüne geçilmesi gerekir.

26 Gözler, K. (2021a). s. 1056.
27 Tunçer, P. (2022). s. 73.
28 Aynı yönde bkz. Gözler, K. (2021a). s. 1056-1057.
29 Örneğin 3/12/2010 tarihli ve 6085 sayılı Sayıştay Kanunu'nun 27. maddesinin (4) numaralı fıkrasında merkezî yönetim kapsamındaki kamu idareleri, sosyal güvenlik kurumları ve mahallî idareleri kapsayan genel yönetim kapsamındaki kamu idarelerince mali konularda düzenlenecek yönetmeliklerin Sayıştayın istişari görüşü alınarak yürürlüğe konulacağı öngörülmüştür. Anılan hükme göre Sayıştay, görüşünü istemin yapılması tarihinden itibaren çalışmaya ara verilme süresi hariç en geç otuz gün içinde bildirir.

Yerinden yönetim kuruluşlarını merkezî idarenin uygun görüşü olmaksızın yönetmelik çıkaramaz hâle getiren düzenlemeler AYM önünde dava konusu edilmiştir. Aşağıda AYM'nin bu davalarda ortaya koyduğu yaklaşım ortaya konulacak ve anılan yaklaşım analiz edilmeye çalışılacaktır.

IV. KAMU TÜZEL KİŞİLERİNİN MERKEZİ İDAREDEN BAĞIMSIZ OLARAK YÖNETMELİK ÇIKARMALARINA ENGEL OLAN KURALLARA DAİR AYM KARARLARI

Yönetmelik çıkarma yetkisine sahip bir kamu tüzel kişisinin yönetmelik çıkarabilmesini merkezî idarenin uygun görüş vermesi (onayı) şartına bağlayan, anılan tüzel kişilerin yönetmelik çıkarma yetkisini merkezî idare ile birlikte kullanmasını düzenleyen, kamu tüzel kişilerince hazırlanan yönetmelik tekliflerinin merkezî idare tarafından karara bağlanmasını öngören, merkezî idareye uygun görmediği yönetmelikleri yürürlüğe koymayarak ilgili kuruma geri gönderme yetkisi veren ve sonucu itibarıyla kamu tüzel kişilerinin serbest iradeleriyle yönetmelik çıkarmalarına engel teşkil eden pek çok kural AYM tarafından denetlenmiştir.

Aşağıda detayları gösterileceği üzere, AYM'nin bu konuya dair kararlarının bir kısmında, dava konusu kuralların kamu tüzel kişilerinin Anayasa'nın 124. maddesinde düzenlenen yönetmelik çıkarma yetkisi üzerindeki etkileri incelenmiş, bir kısmında ise incelenmemiştir. Bu bağlamda; AYM kararları Anayasa'nın 124. maddesi kapsamında bir denetim yapılmış olup olmamasına göre iki başlık altında ele alınmıştır.

A. ANAYASA'NIN 124. MADDESİ ÇERÇEVESİNDE DENETİM YAPILMAYAN KARARLAR

Aşağıdaki kararlara konu kurallar kamu tüzel kişilerinin çıkaracağı yönetmeliklerin çıkarılmasını merkezî idarenin uygun görüş vermesi şartına bağlamaktadır. AYM bu kurallar hakkında başkaca sebeplerle iptal ya da ret kararları vermiş ise de kuralları Anayasa'nın 124. maddesi kapsamında denetime tabi tutmamış, dolayısıyla anılan kuralların kamu tüzel kişilerinin anılan maddesinin birinci fıkrası uyarınca sahip oldukları yönetmelik çıkarma yetkileri üzerindeki etkileri hakkında bir değerlendirme yapmamıştır[30].

30 Bu çalışmanın kapsamı dışında kalmakla birlikte AYM, merkezî idare içindeki bakanlıkların çıkaracağı yönetmeliklerin yine merkezî idare içindeki başka bakanlıkların ya da merkezî idare dışındaki bazı makamların uygun görüşüne tabi tutulması şartını öngören aşağıdaki kuralları da 124. madde kapsamında bir değerlendirmeye tabi tutmamıştır.

- AYM, E.2005/10, K.2008/63, 21/2/2008 (Bu karara konu kural, Sağlık Bakanlığının teklifi üzerine Bakanlar Kurulunca çıkarılacak yönetmelik hakkında Maliye Bakanlığının uygun görüşünün alınmasını düzenlemektedir.)
- AYM, E.2004/83, K.2008/107, 21/5/2008 (Bu karara konu kural, Millî Eğitim Bakanlığınca çıkarılacak yönetmelik hakkında Maliye Bakanlığı ve Devlet Personel Başkanlığının uygun görüşünün alınmasını düzenlemektedir.)

1. 29/6/1992 Tarihli ve E.1991/21, K.1992/42 Sayılı Karar

Bu karara konu kurallardan birisi, 3/4/1991 tarihli ve 3708 sayılı 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi, Bu Kanuna Dört Ek Madde Eklenmesi ve Bir Ek Maddesinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Kanun'un *"Vakıflarca kurulacak yükseköğretim kurumlarına, en az iki fakülteden oluşması, Fen ve Edebiyat alanlarıyla ilgili eğitim programlarının bulunması ve eğitim-öğretim ve araştırma düzeyinin en az o ilde, o ilde yoksa en yakın ildeki Devlet üniversitesindeki eğitim-öğretim ve araştırma düzeyinde olduğunun tespiti halinde, kanunla üniversite adı verilebilir. Vakıflarca kurulmuş bir yükseköğretim kurumunun yukarıda sayılan niteliklere sahip olup olmadığını belirten esaslar Milli Eğitim Bakanlığının ve Devlet Planlama Teşkilatının uygun görüşü alınarak, Yükseköğretim Kurulunca çıkarılacak bir yönetmelikle belirlenir."* şeklindeki 4. maddesidir.

Kural kamu tüzel kişiliğine sahip Yükseköğretim Kurulunca (YÖK) çıkarılacak bir yönetmelik için Millî Eğitim Bakanlığının ve Devlet Planlama Teşkilatının uygun görüşünün alınmasını öngörmektedir. AYM'nin bu kurala dair iptal gerekçesinin ilgili kısımları aşağıdaki şekildedir:

"…Kuruluş yasası bir ad yasası olarak düşünülemez. İncelenen fıkra, Anayasa'nın 130. maddesine uygun içerik ve yeterlikten uzak olduğu gibi öngördüğü ad yasası da kuruluş yasası niteliğinden yoksundur. Anayasa'ya aykırılık açıkça bellidir.

Anayasa yönünden zorunlu koşul, vakıf üniversitelerinin de bir yasayla kurulmasıdır. Kuruluşun, amaçtan yapıya, işlevden işleyişe değin Anayasa'nın 130. maddesindeki gerekleri kapsayan bir yasayla gerçekleştirileceği ve adın da bu Yasayla konulacağı doğaldır…."

- AYM, E.2014/82, K.2014/143, 11/9/2014 (Bu karara konu kural, Sağlık Bakanlığının teklifi üzerine Bakanlar Kurulunca çıkarılacak yönetmelik hakkında Maliye Bakanlığının uygun görüşünün alınmasını düzenlemektedir.)
- AYM, E.2014/186, K.2014/188, 17/12/2014 (Bu karara konu kural, Sağlık Bakanlığının teklifi üzerine Bakanlar Kurulunca çıkarılacak yönetmelik hakkında Maliye Bakanlığının uygun görüşünün alınmasını düzenlemektedir.)
- AYM, E.2016/181, K.2018/111, 20/12/2018 (Bu karara konu kural, Sağlık Bakanlığınca çıkarılacak yönetmelik hakkında Maliye Bakanlığının ve Yükseköğretim Kurulunun uygun görüşünün alınmasını düzenlemektedir. Burada merkezî idarenin (Sağlık Bakanlığı) çıkaracağı bir yönetmeliğin merkezî idareden ayrı bir tüzelkişiliğe sahip olan Yükseköğretim Kurulunun uygun görüşü şartına bağlanması gibi anayasal denetim bakımından değerlendirmeye konu edilebilecek ilginç bir durum da söz konusudur.)

Genel bir tespit olarak belirtmek gerekirse; aynı hiyerarşiye dahil olan kurumların çıkaracağı yönetmeliklerin hiyerarşik olarak kendileriyle aynı konumda ya da üstte olan bir makamın uygun görüş şartına bağlanması nihayetinde bu makamlar arasındaki olası görüş farklılıkları bir üst makamın talimatları çerçevesinde giderilebileceğinden anayasal açıdan bir sorun teşkil etmeyebilir.

Nitekim GÖZLER de bakanlıkların yönetmeliklerini denetleme konusunda Cumhurbaşkanına verilen yetkinin hiyerarşik bir yetki olarak görülebileceğini, bu makamların hepsi merkezî idareye dâhil olduğundan ve bakanlıkların hiyerarşik amiri Cumhurbaşkanı olduğundan, bu şekilde bir yetkilendirme yapılmasının eleştiriye tabi tutulacak bir tarafının olmadığını belirtmektedir (Gözler, K. (2021a). s. 1056).

Yukarıdaki gerekçede AYM, YÖK'ün çıkaracağı yönetmelik için merkezî idare makamlarının (Millî Eğitim Bakanlığı ve Devlet Planlama Teşkilatı) uygun görüş vermesi şartının öngörülmesi hakkında bir değerlendirme yapmamıştır.

Aslında AYM'nin yukarıda sunduğu gerekçelerin dava konusu kuralın ilk cümlesiyle ilgili olduğu görülmektedir. AYM tarafından verilen kararda dava konusu kuralın YÖK'ün çıkaracağı yönetmelik için merkezî idaredeki bazı makamların uygun görüşünü almasını öngören ikinci cümlesi de iptal edilmiş olmasına rağmen bu cümleye dair bir iptal gerekçesi oluşturulmamıştır.

2. 5/7/2018 Tarihli ve E.2018/15, K.2018/78 Sayılı Karar

Bu karara konu kurallardan birisi, 6/12/2017 tarihli ve 7063 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 7. maddesiyle 22/6/2004 tarihli ve 5193 sayılı Optisyenlik Hakkında Kanun'a eklenen geçici 4. maddenin üçüncü fıkrasının *"Bu yönetmelikler Sağlık Bakanlığının uygun görüşüyle seçimden itibaren iki ay içinde Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe konulur."* şeklindeki üçüncü cümlesidir. Anılan kural kamu tüzel kişiliğine haiz olup kamu kurumu niteliğinde bir meslek kuruluşu olan Türkiye Optisyen-Gözlükçüler Birliğinin (TOGB) çıkaracağı bazı yönetmeliklerin Sağlık Bakanlığının uygun görüş vermesi koşuluna bağlanmış olması hakkındadır. AYM'nin bu kural hakkındaki iptal kararının gerekçesinin ilgili kısımları aşağıdaki şekildedir:

"19. …. yönetmelikler ile düzenlenmesi öngörülen konular; Birliğin yurt içindeki ve yurt dışındaki faaliyetleri, organları, görevleri, toplantıları, karar alış usulleri, gelirleri, giderleri, organlar için seçim, seçilme yeterliliği, seçimlerin yapılış usulü, mesleki sicil, hizmet bedellerinin ve aidatın tespiti, disiplin cezaları ile infaz ediliş usulü, odalar ve Birlik ile ilgili diğer iş ve işlemlerle ilgili hususlardır.

20. …bu yönetmeliklerin Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmesi için Sağlık Bakanlığının uygun görüş vermesi gerekmektedir. … söz konusu uygun görüş idareye tanınan onama yetkisi niteliğindedir.

21. Kural bu haliyle, TOGB'nin hemen hemen bütün faaliyet alanları ve işlemleri ile ilgili düzenlemelerde 'onay' yetkisini Bakanlığa vermektedir. Böylesine geniş bir idari vesayet yetkisinin kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının özerkliği ile bağdaştığı söylenemez. Dolayısıyla kural, TOGB'nin Anayasa'nın 135. maddesi gereğince sahip olduğu idari özerkliği anlamsız hale getirmektedir."

TOGB'nin çıkaracağı bazı yönetmeliklerin Sağlık Bakanlığının uygun görüş vermesi koşuluna bağlanmış olmasına ilişkin hukuki meseleye dair yukarıdaki gerekçede, mesele tek boyutuyla yani merkezî idarenin diğer kamu tüzel kişileri üzerindeki idari vesayet yetkisi bağlamında ele alınmış, ancak bu koşulun TOGB'nin Anayasa'nın 124. maddesinin birinci fıkrası uyarınca

sahip olduğu yönetmelik çıkarma yetkileri üzerindeki etkileri hakkında bir değerlendirme yapılmamıştır. Bu yönden anılan madde bakımından eksik inceleme yapıldığı söylenebilir. Karara karşı oy yazan üyeler de anılan madde bağlamında bir değerlendirmede bulunmamışlardır[31].

Öte yandan kararda kullanılan gerekçelendirme tarzı, iptal gerekçesinin, yönetmeliklerin uygun görüş şartına bağlanmasından ziyade uygun görüş şartına bağlanan yönetmelik alanının genişliğine dayandığını göstermektedir. Kararın mefhumu muhalifinden, sınırlı bir alanda böyle bir yetkinin öngörülmesinin Anayasa'ya aykırı görülmeyebileceği sonucu çıkmaktadır. AYM kararında dava konusu kuralın Anayasa'ya uygun olup olmadığı sadece idari

31 Bununla birlikte karara karşı oy yazan üyelerin aşağıdaki değerlendirmelerinin de kendi içinde bazı sorunlar barındırdığına dikkat çekmek gerekir:

"15/7/2018 tarihli ve 30479 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan (10) numaralı Resmî Gazete Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin (CBK) 6. maddesinde de, bakanlıklar ile kamu kurum ve kuruluşları tarafından hazırlanarak Resmî Gazetede yayımlanmak üzere gönderilen yönetmelik ve diğer düzenleyici idarî işlemlere ilişkin taslakların Anayasaya, kanunlara, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine, genel hukuk kurallarına; kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları tarafından hazırlanan ve yayımlanmak üzere gönderilen yönetmelik ve diğer düzenleyici işlemlerin ise Anayasaya ve diğer mevzuata uygunluğu yönünden inceleneceği ve inceleme sonucunda uygun bulunmayan veya hukuka aykırı olduğu tespit edilen taslakların kurumuna iade edileceği belirtilmektedir.

…

Bu itibarla, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşu tarafından ilgili bakanlığın görüşüne uyulmadan, yayımlanmak üzere Cumhurbaşkanlığına gönderilen yönetmelik taslağının mezkûr CBK'nin 6. maddesine göre incelenerek uygun bulunması hâlinde Resmî Gazetede yayımlanması mümkün olduğundan, ilgili bakanlığın görüşünün veya uygun görüşünün öngörülmesi arasında esasen bir mahiyet farkı da söz konusu değildir."

Yukarıdaki değerlendirmeler hakkında problemli görülen hususlar şu şekilde özetlenebilir:

Karşı oylardaki analizler bu karar tarihinde henüz AYM denetiminden geçmemiş olan ve bizzat kendisinin Anayasa'ya uygunluğu hususu tereddütlü olan (10) numaralı CBK'nın 6. maddesine dayalı yapılmıştır.

Karşı oylardaki yaklaşım Cumhurbaşkanlığının anılan CBK'daki yetkiye dayanarak TOGB tarafından Sağlık Bakanlığının görüşüne uyulmadan yayımlanmak üzere gönderilen bir yönetmelik hakkında da uygun bulma kararı verebileceği ve Sağlık Bakanlığının uygun görüşüne uyulması şartı gerçekleşmemiş olsa bile yönetmeliğin yayımlanabileceğine ilişkindir. Halbuki 5193 sayılı Kanun'a eklenen geçici 4. maddenin üçüncü fıkrasının *"Bu yönetmelikler Sağlık Bakanlığının uygun görüşüyle seçimden itibaren iki ay içinde Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe konulur."* şeklindeki üçüncü cümlesinin lafzı yoruma bırakmayacak kadar açıktır. Anılan Kanun hükmü uyarınca TOGB'nin Sağlık Bakanlığı'nın uygun görüşüne uymadan yayımlanmak üzere gönderdiği bir yönetmeliğin sırf bu gerekçeyle yayımlanmayarak TOGB'ye iadesi gerekir. Cumhurbaşkanlığının CBK'dan aldığı yetkiyi bu kuruma aynı konuyla ilgili Kanun hükmünü ihmal etme imkânı tanımamaktadır. Çünkü Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının beşinci cümlesine göre *"Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde, kanun hükümleri uygulanır"*. Bu durumda Cumhurbaşkanlığı her ne kadar (10) numaralı CBK'da aynı konuda daha geniş yetkili olarak düzenlenmiş ise de Anayasa'nın anılan hükmü uyarınca öncelikle 5193 sayılı Kanun'a eklenen geçici 4. maddenin üçüncü fıkrasının üçüncü cümlesini dikkate almak ve TOGB'nin yayımlanmak üzere gönderdiği yönetmelikte Sağlık Bakanlığı'nın uygun görüşüne uyulup uyulmadığını denetlemek eğer uyulmadıysa bu yönetmeliği TOGB'ye iade etmek durumundaydı.

vesayet bağlamında ele alınmış ve karardaki inceleme Sağlık Bakanlığına tanınan uygun görüş verme yetkisinin TOGB'nin özerkliğine etkileri ile sınırlı olarak yapılmıştır. Daha önce ifade edildiği üzere idari işlemler üzerindeki idari vesayet yetkisinin kural olarak idari vesayet altındaki idari merciin işlemini onama/onamama şeklinde kullanılması mümkün ise de[32] bu yetkinin yönetmelikler üzerinde öngörülmesi hâlinde Anayasa'nın 124. maddesinin birinci fıkrası kapsamında da bir denetim yapılması gerekmektedir. Buna karşın AYM bu kararında kamu tüzel kişiliğine haiz olup kamu kurumu niteliğinde bir meslek kuruluşu olan TOGB'nin çıkaracağı bazı yönetmeliklerin merkezî idarenin uygun görüş vermesi (onayı) şartına bağlanmasının Anayasa'nın 124. maddesine uygunluğu hususunda bir değerlendirme yapmamıştır.

3. 18/3/2021 Tarihli ve E.2018/127, K.2021/18 Sayılı Karar

AYM'nin nispeten yakın tarihli bu kararına konu kurallardan birisi ,15/7/2018 tarihli ve 30479 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan (10) numaralı Resmî Gazete Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin aşağıdaki maddesinin koyu yazılı olarak gösterilen kısımlarıdır:

> *"MADDE 6- (1) Bakanlıklar ile kamu kurum ve kuruluşları tarafından hazırlanan ve Resmî Gazete'de yayımlanmak üzere gönderilen yönetmelik, tebliğ ve diğer düzenleyici idari işlemlere ilişkin taslaklar Anayasaya, kanunlara, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine, genel hukuk kurallarına, Cumhurbaşkanı programı ile kalkınma plan ve programlarına uygunluğu yönünden incelenir. Üniversiteler ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları tarafından hazırlanan ve Resmî Gazete 'de yayımlanmak üzere gönderilen yönetmelik, tebliğ ve diğer düzenleyici idari işlemler ise Anayasa ve diğer mevzuata uygunluğu yönünden incelenir.*
>
> *(2) Birinci fıkra kapsamında yapılan inceleme sonucunda **uygun bulunmayan veya** hukuka aykırı olduğu tespit edilen taslaklar kurumuna iade edilir."*[33]

Bu karar, bakanlıklar ile kuralın kapsamına giren kamu kurum ve kuruluşları tarafından Resmî Gazete'de yayımlanmak üzere gönderilen yönetmelik, tebliğ ve diğer düzenleyici idari işlemlerden Cumhurbaşkanlığı tarafından uygun bulunmayanlarının kurumuna iade edilmesi hakkındadır. AYM, bu karara konu kuralın aşağıdaki gerekçeyle üniversiteleri ve kamu kurumu

32 Gözler, K. ve Kaplan, G. (2020). s. 125-128.

33 Bu düzenlemenin Anayasa'nın 124. maddesine aykırı olduğu yönünde bir görüş için bkz. Gözübüyük, A.Ş. ve Tan, T. (2019). s. 108. KARAHANOĞULLARI da Cumhurbaşkanlığının Resmi Gazeteyi yayımlama yetkisinin yönetmelik denetleme ve düzeltmeye dönüştürülmesi ve kamu tüzelkişilerinin çıkaracağı yönetmeliklerin Cumhurbaşkanlığı tarafından denetlenmesi ve gerek görülmesi halinde düzeltilmesi uygulamasının Anayasa'ya aykırı olduğunu belirtmektedir (Karahanoğulları, O. (2022). s. 55).

niteliğindeki meslek kuruluşları tarafından çıkarılan yönetmelikleri kapsamadığı sonucuna varmış ve kuralın anlam ve kapsamı konusunda aşağıdaki değerlendirmeyi yapmıştır:

> *"34. … Bu itibarla kuralın …bakanlıklar ile kamu kurum ve kuruluşları tarafından gönderilen düzenleyici idari işlemlerden ise sadece Cumhurbaşkanı programı ile kalkınma plan ve programlarına uygun bulunmayanları kapsadığı anlaşılmaktadır. Buna göre kural uyarınca bakanlıklar ile kamu kurum ve kuruluşları tarafından hazırlanan ve Resmî Gazete'de yayımlanmak üzere gönderilen yönetmelik, tebliğ ve diğer düzenleyici idari işlemler Cumhurbaşkanlığı tarafından yapılan inceleme neticesinde Cumhurbaşkanı programı ile kalkınma plan ve programlarına uygun bulunmazsa kurumuna iade edilecektir."*

AYM'nin kararında yer alan "*kural uyarınca … kamu kurum ve kuruluşları tarafından hazırlanan ve Resmî Gazete'de yayımlanmak üzere gönderilen yönetmelik...Cumhurbaşkanlığı tarafından yapılan inceleme neticesinde Cumhurbaşkanı programı ile kalkınma plan ve programlarına uygun bulunmazsa kurumuna iade edilecektir."* şeklindeki tespitle de kabul edildiği üzere, dava konusu kuralın kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ile üniversiteler haricindeki kamu tüzel kişileri arasında yer alan -AYM içtihadına göre merkezî idarenin idari vesayetine de tabi olan- hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşlarını kapsadığı açıktır. Bu çerçevede merkezî idare tüzel kişiliğinden ayrı bir kamu tüzel kişiliğine sahip olan; Savunma Sanayi Başkanlığı, Karayolları Genel Müdürlüğü, Devlet Su işleri Genel Müdürlüğü, Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumu, Vakıflar Genel Müdürlüğü, Sosyal Güvenlik Kurumu gibi pek çok kurum, dava konusu kuralın kapsamında kalmaktadır. Bu yönüyle kural; bazı kamu tüzel kişilerinin Resmî Gazete'de yayımlanmak üzere gönderdikleri yönetmeliklerin, Cumhurbaşkanlığı tarafından yapılan inceleme neticesinde Cumhurbaşkanı programı ile kalkınma plan ve programlarına uygun bulunmazsa anılan tüzel kişilere iade edilmesini de kapsama almaktadır. Buna bağlı olarak dava konusu kural bir yandan merkezî idare ile kuralın kapsamına giren kamu tüzel kişileri arasındaki idari vesayet ilişkisi öte yandan anılan tüzel kişilerin Anayasa'nın 124. maddesinin birinci fıkrasından kaynaklanan yönetmelik çıkarma yetkileri bakımından sonuçlar doğurmaktadır. Hâl böyleyken kararda yer verilen aşağıdaki gerekçede ne idari vesayet ne de kamu tüzel kişilerinin yönetmelik çıkarma yetkisi bağlamında bir değerlendirme yapılmış olmasının ikna edici nedenlerini bulmak zordur[34].

34 Öte yandan dava konusu kuralın Anayasa'ya göre yönetmelik çıkarma yetkileri bulunup bulunmadığı hususu tartışmalı olmakla birlikte uygulamada yönetmelik çıkaran Türkiye Büyük Millet Meclisi ve yüksek yargı organlarının yönetmeliklerini de kapsama aldığı anlaşılmaktadır. Cumhurbaşkanlığının bu kurumların çıkaracağı yönetmelikler üzerinde idari vesayet yetkisine sahip kılınması ise Anayasa'nın TBMM ve yüksek yargı organlarına

"46. Dava konusu kuralda incelemeye ve iadeye konu işlemlerin neler olduğu ve hangi kurumlar tarafından gönderilenlerin bu kapsamda yer aldığı açıkça belirtilmiştir. Buna göre kuralın kapsamındaki işlemler bakanlıklar ile kamu kurum ve kuruluşları tarafından hazırlanan ve Resmî Gazete'de yayımlanmak üzere gönderilen yönetmelik, tebliğ ve diğer düzenleyici idari işlemlerdir.

47. Yine kuralda ilgili düzenleyici işlemler üzerinde yapılacak incelemenin kapsamı, içeriği ve incelemeyi yapacak makam belirtilmiş; bu inceleme neticesinde Cumhurbaşkanı programı ile kalkınma plan ve programlarına uygun bulunmayan düzenleyici idari işlemlerin kurumuna iade edileceği hükme bağlanmak suretiyle kuralın sınırları çizilmiştir. Bu itibarla kuralın belirsiz olduğu söylenemez."

Karara karşı oy yazan üyeler ise dava konusu kuralın hem idari vesayet hem de kamu tüzel kişilerinin yönetmelik çıkarma yetkisi üzerindeki etkilerine dikkat çekmişlerdir[35]. Çoğunluk görüşünde anılan hususlar bakımından bir denetim yapılmamış olması eksik incelemeyle sonuca ulaşıldığını düşündürmektedir[36].

4. 11/11/2021 tarihli ve E.2018/121, K.2021/84 sayılı Karar

Bu karara konu kurallardan birisi, 15/7/2018 tarihli ve 30479 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan (5) numaralı Devlet Denetleme Kurulu Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 21. maddesinin " *(4) Teftiş kurulları ve soruşturmacılarla ilgili denetimi ilgilendiren yönetmelikler hakkında Kurulun uygun görüşü alınır*." şeklindeki (4) numaralı fıkrasıdır. Bu kural, teftiş kurulları ve soruşturmacılarla ilgili denetimi ilgilendiren yönetmeliklere ilişkin olarak Devlet Denetleme Kurulunun (DDK) uygun görüşünün alınması gerektiği hakkındadır.

Bu karara konu kural, bir önceki başlıkta incelenen kuraldan kapsamı itibarıyla daha geniş olup merkezî idareye dâhil idareler yanında kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve yerel yönetimler de dâhil olmak üzere

dair düzenlemelerine uygunluğu ve Cumhurbaşkanının CBK çıkarma yetkisinin yürütme yetkisine ilişkin konularla sınırlı olduğu dikkate alındığında, bu kurumlar üzerinde CBK aracılığıyla idari vesayet öngörülmesinin yürütme yetkisi kapsamında görülüp görülemeyeceği hususunun da üzerinde önemle durulması gereken bir çalışma konusu olduğu değerlendirilmektedir. Bununla birlikte anılan kurumların merkezî idareden ayrı bir tüzelkişiliği bulunmadığından bu mesele, bu makalenin kapsamı dışında bırakılmıştır.

35 Danıştay da, kamu tüzelkişilerinin çıkardığı yönetmeliklerin Cumhurbaşkanlığınca (hükümet sistemi değişikliği öncesi dönemde Başbakanlıkça) denetiminin hukuka aykırı olmadığı görüşündedir (bkz. Danıştay İDDK'nın 7/2/2022 tarihli ve E. 2021/3618, K. 2022/328 sayılı kararı. Ancak Danıştayın bu kararında, merkezî idarenin diğer kamu tüzelkişileri üzerindeki idari vesayet yetkisi, idari vesayete tabi kamu tüzelkişisinin özerkliği ve yönetmelik çıkarma yetkisi bakımından hiçbir değerlendirme yapılmamıştır. Karar'a karşı oy yazan üyeler ise anılan perspektifler çerçevesinde bir değerlendirme yapmış ve dava konusu işlemin iptali gerektiği yönünde görüş bildirmişlerdir). Aynı yönde başka bir Danıştay kararı için bkz. Danıştay İDDK'nın 27/9/2021 tarihli ve E. 2020/2486, K. 2021/1589 sayılı kararı.

36 Karara dair bir eleştiri için bkz. Gözler, K. (2021b).

kamu tüzel kişiliği olan kamu idare ve kurumları tarafından hazırlanacak yönetmelikleri de kapsamına aldığından, merkezî idare içindeki bir birime diğer kamu tüzel kişilerinin yönetmelikleri hakkında uygun görüş verme yetkisi tanımaktadır.

AYM'nin bu kural hakkında verdiği ret kararının gerekçesinin aşağıda gösterilen ilgili kısımları -tıpkı bir önceki kararda olduğu gibi- ne idari vesayet ne de kamu tüzel kişilerinin yönetmelik çıkarma yetkisini dikkate alan bir değerlendirme yapıldığını göstermektedir.

> *"152. …Kuralın Anayasa'nın 108. maddesinde belirtilen DDK'nın idarenin hukuka uygunluğunun, düzenli ve verimli şekilde yürütülmesinin ve geliştirilmesinin sağlanmasına yönelik olduğu anlaşılmaktadır. Bu bağlamda teftiş kurulları ve soruşturmacılarla ilgili denetimi ilgilendiren yönetmeliklere ilişkin olarak DDK'nın uygun görüşünün alınması Anayasa'nın 108. maddesiyle DDK'ya verilen görev ve yetkilerin doğal bir sonucu olup kuralın Anayasa'ya aykırı bir yönü bulunmamaktadır."*

Bir önceki başlıkta yer verilen karara karşı oy yazan üyeler gibi bu karara karşı oy yazan üyeler de dava konusu kuralın hem idari vesayet yetkisine ilişkin olduğuna hem de kamu tüzel kişilerinin yönetmelik çıkarma yetkisi üzerindeki etkilerine dikkat çekmişlerdir.

DDK, Anayasa'nın 108. maddesinin birinci fıkrası uyarınca idarenin hukuka uygunluğunun, düzenli ve verimli şekilde yürütülmesinin ve geliştirilmesinin sağlanması amacıyla Cumhurbaşkanlığına bağlı olarak kurulmuş bir merkezî idare birimidir. Dava konusu kuralla, merkezî idarenin bir parçası olan DDK'ya tüm kamu idare ve kurumlarının teftiş kurulları ve soruşturmacılarla ilgili denetimi ilgilendiren yönetmeliklerine ilişkin olarak uygun görüş verme yetkisi tanınmıştır. Bu yönüyle kural hakkında; Anayasa'nın idarenin bütünlüğüne ilişkin 123. maddesinin birinci fıkrası, yerel yönetimler (madde 127), kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları (madde 135), üniversiteler (madde 130) gibi bunlar üzerlerinde uygulanacak idari vesayetin sınırı hususunda Anayasa'nın ilave güvenceler öngören hükümleri ve elbette tüm bunların yanı sıra kamu tüzel kişilerinin yönetmelik çıkarma yetkisine dair Anayasa'nın 124.maddesinin birinci fıkrası kapsamında bir denetim yapılmamış olması kararda eksik incelemeyle sonuca ulaşıldığını düşündürmektedir.

Yukarıda yer verilen kararlara konu kuralların tamamı kamu tüzel kişiliğine sahip bazı kurumların yönetmelik çıkarabilmesini merkezî idare makamlarının uygun görüşü koşuluna bağlamış olmasına rağmen AYM anılan kararlarda bu husus üzerinde durmadan sonuca ulaşmıştır. Hâlbuki bir kamu tüzel kişisinin yönetmeliğinin merkezî idarenin uygun görüş vermesi şartına bağlanması, daha ilk bakışta akla idari vesayeti ve anılan tüzel kişilerin yönetmelik çıkarma yetkilerine müdahale edildiğini getirmektedir.

B. ANAYASA'NIN 124. MADDESİ ÇERÇEVESİNDE DENETİM YAPILAN KARARLAR

Aşağıdaki kararlara konu kurallar tıpkı bu makalenin "*A. ANAYASA'NIN 124. MADDESİ ÇERÇEVESİNDE DENETİME TABİ TUTULMAYAN KURALLARA DAİR KARARLAR*" başlığı altında yer verilen kararlara konu kurallarda olduğu gibi kamu tüzel kişilerinin çıkaracağı yönetmelikleri merkezî idarenin uygun görüş vermesi şartına bağlamıştır. AYM, bu kurallar hakkındaki kararlarında dava konusu kuralları; anılan başlık altında incelenen kararlardan farklı olarak Anayasa'nın 124. maddesinin birinci fıkrası kapsamında kamu tüzel kişilerinin yönetmelik çıkarma yetkisi yönünden de denetlemiştir.

1. 15/10/1968 Tarihli ve 1967/37, K.1968/46 Sayılı Karar

Bu karara konu kural, 24/12/1963 günlü ve 359 sayılı Türkiye Radyo-Televizyon Kurumu Kanunu'nun 47. maddesinin 2 sayılı fıkrasında yer alan, aşağıda koyu yazılı olarak gösterilen ibarelerdir.

> *"Kurumun kadroları, yönetim kurulu tarafından,* ***Devlet Personel Dairesinin görüşü alındıktan sonra, Maliye Bakanlığı ile anlaşmak suretiyle hazırlanıp Turizm ve Tanıtma Bakanının onayı ile*** *yapılacak bir yönetmelik ile belirtilir. Kurumun personeli İktisadî Devlet Teşekkülleri personeline uygulanan hükümlere tâbidir."*

Kural, Türkiye Radyo-Televizyon Kurumunun (TRT) bazı yönetmeliklerinin Devlet Personel Dairesinin görüşü alındıktan sonra, Maliye Bakanlığı ile anlaşmak suretiyle hazırlanıp Turizm ve Tanıtma Bakanının onayına tabi tutulması hakkındadır.

1961 Anayasası döneminde verilmiş olan bu karardaki temel hukuki, mesele kamu tüzel kişisinin çıkaracağı yönetmelikler için ilgili bakanlıklardan uygun görüş (onay) alınması şartının Anayasa'ya uygun olup olmadığıdır. Mahkeme aşağıdaki gerekçelerle, 1961 Anayasa'nın, 1982 Anayasa'sının meri 124. maddesinin birinci fıkrasıyla hemen hemen aynı mahiyete sahip olan[37] 113. maddesi kamu tüzel kişilerine yönetmelik çıkarma yetkisi vermesine rağmen dava konusu kuralla bir kamu tüzel kişisi olan TRT'nin bu yetkiyi kul-

37 1961 Anayasası'nın ilgili hükmü ile 1982 Anayasası'nın mer'i 124. maddesi arasında -Anayasallık değerlendirmelerinde dikkate alınmayı gerektirecek ölçüde- bir mahiyet farkı olmadığına dikkat çekmek gerekir.

> *"1961 Anayasası Madde 113*
>
> *MADDE 113.- Bakanlıklar ve kamu tüzel kişileri, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelikler çıkarabilirler….*
>
> *1982 Anayasası Madde 124*
>
> *Cumhurbaşkanı, bakanlıklar ve kamu tüzelkişileri, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelikler çıkarabilirler…."*

lanmasına bakanlıkların -Maliye Bakanlığı ile anlaşma zorunluğu ve Turizm ve Tanıtma Bakanının onayını alma zorunluluğu suretiyle- müdahalesinin öngörülmesini, Anayasa'ya aykırı bulmuştur. Karar gerekçesinin ilgili kısmı şöyledir:

> *"Anayasa'nın 113. maddesi, kamu tüzel kişilerine, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartiyle yönetmelik çıkarabilme yetkisi vermiş bulunmaktadır. Bir kuruluşun bu yetkiyi kullanabilmesi için kamu tüzel kişisi olması yeterlidir...*
>
> *TRT Kurumu ise, Anayasa'nın 121. maddesine göre bir kamu tüzel kişisidir; yani onun tüzel kişilik durumunu, Anayasa emretmiştir. Üstelik bu kurum öbür kamu tüzel kişileri gibi yürütme karşısında bağımlı durumda olmayıp, aksine özerk bir yönetime sahiptir ve her türlü yayım görevini tarafsızlıkla yapacağı da aynı Anayasa maddesinde bir ilke olarak belirtilmiştir. Hal böyle iken, itiraz konusu 2 sayılı bent, bu kanunla yönetmelik konusu olacağı kabul edilen hususlarda, yönetmelik yapma yetkisini TRT Kurumunun elinden almakta ve bu konulardaki yönetmeliklerini, Yürütmenin iki Bakanlığı ile ortak olarak yapabileceği hükmünü koymaktadır."*

Kararda -her ne kadar TRT'nin kendi hususiyetlerine de vurgu yapılmış ise de- Anayasa'ya aykırılığın esas gerekçesinin, kamu tüzel kişilerine Anayasa'nın 113. maddesince tanınan yönetmelik çıkarma yetkisine bakanlıkların ortak yapılması olduğu anlaşılmaktadır.

AYM'nin yukarıda yer verilen kararında, özerkliği sınırlayan hâllerden biri olan idarenin bütünlüğü ilkesi[38] ve bunun temininin araçlarından biri olan idari vesayet bakımından herhangi bir değerlendirme yapılmadığına dikkat çekmek gerekir.

38 Bu ilke 1961 Anayasası'nın 112. maddesinin ikinci fıkrasında da "*İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir.*" şeklinde mer'i Anayasa'nın 123. maddesinin birinci fıkrasıyla aynı şekilde düzenlenmiştir. Temsilciler Meclisi Anayasa Komisyonu raporunda madde gerekçesi olarak şu ifadelere yer verilmiştir:

> "*İdarenin kuruluşunda ve görevlendirilmesinde, merkezden yönetim (idarî merkeziyet) ve yerinden yönetim (âdemi merkeziyet) gibi iki temel prensibin tatbik sahası olacağı bu madde ile hükme bağlanmaktadır.*
>
> *… Anayasada 1924 Anayasasının kabul ettiği şekilden daha geniş olarak ademî merkeziyet esasına yer verilmesi lüzumlu görülmüştür. Ancak; Millî iradeye dayanan parlamanter rejim anlayışının ve Türkiye Cumhuriyetinin ülkesi ve milletiyle bölünmez bir bütün olduğu ilkesinin tabiî bir neticesi olarak, idare fonksiyonunun farklı unsurlarını teşkil eden görevlerin ve bu görevleri yerine getirilmek için kurulan teşkilâtın bütünlüğünü ikinci fıkrada ayrıca belirtmek faydalı sayılmıştır.*
>
> *Hangi usule ve hangi teşkilât tarafından yerine getirilirse getirilsin faaliyetlerin koordinasyonunu sağlamak ve bunları millet adına denetlemeye tâbi tutmak demokratik olduğu kadar tesirli ve ahenkli bir idarenin kaçınılmaz şartıdır. ..."*

2. 3/10/2013 Tarihli ve E.2012/103 , K.2013/105 Sayılı Karar

Bu karara konu kurallardan birisi, 4/7/2012 tarihli ve 6354 sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 8. maddesiyle 7/5/1987 tarihli ve 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nun değiştirilen ek 9. maddesinin *"Birlikte kullanım ve işbirliğine ilişkin usul ve esaslar ile ilgili mevzuat hükümleri çerçevesinde döner sermaye gelirlerinden personele yapılacak ek ödemelere ilişkin diğer hususlar Maliye Bakanlığının uygun görüşü alınarak Sağlık Bakanlığı ve Yükseköğretim Kurulu tarafından müştereken çıkarılacak yönetmelikle belirlenir."* şeklindeki son fıkrasıdır. Kural bir taraftan Yükseköğretim Kurulunun yönetmeliği Sağlık Bakanlığı ile müştereken çıkarmasını diğer taraftan müştereken çıkarılacak bu yönetmelik için Maliye Bakanlığının uygun görüşünün alınmasını düzenlemektedir. Yani YÖK, bu suretle bir taraftan Sağlık Bakanlığı ile anlaşmak durumunda kalmak diğer taraftan Maliye Bakanlığının görüşünü almak şeklinde iki ayrı idari vesayet uygulamasına muhatap olmaktadır.

Bu kararda yer alan aşağıdaki değerlendirmeler, Anayasa'nın 124. maddesine ilişkin olmakla birlikte dava konusu kuralın içerdiği asli hukuki meseleler olan kamu tüzel kişilerinin serbest iradeleriyle yönetmelik çıkarma yetkisi ve anılan yönetmelikler üzerinde merkezî idare makamlarına tanınan idari vesayet yetkisi hususunda açık bir gerekçe içermemektedir.

> *"… Kural, yönetmeliğe bırakılacak alanı sınırlamış ve yürütmeye bırakılan yetkinin çerçevesini daraltacak ilkeleri ortaya koymuştur. Kanun koyucunun belirlediği bu ilkelere göre yürütme, ayrıntılı ve teknik konuları yönetmelik ile düzenleyebilecektir. Bu şekildeki bir düzenleme, ortak kullanım ve işbirliğinin anlam ve amacına da uygundur. Üstelik yönetmelik çıkarma yetkisinin, hangi kuruluşların katkısıyla kullanılacağı kanun koyucunun takdir yetkisi içindedir. Kanun koyucu da kaynağı ve çerçevesi Kanun'da bulunan hususların ayrıntısını belirleme yetkisini takdir hakkı kapsamında müştereken kullanacak Sağlık Bakanlığı ve Yükseköğretim Kurumuna vermiştir…"*

Yukarıdaki gerekçeden anlaşıldığı üzere kararda Anayasa'nın 124. maddesi kapsamında tartışılmış olan esas husus, kamu tüzel kişiliğine sahip YÖK'ün yönetmelik çıkarma yetkisine merkezî idarenin müdahalesiyle ilgili değildir. Karar, yürütmeye yönetmelik ile düzenleme yetkisi verilen konunun çerçevesinin kanunla yeterli bir biçimde belirlenip belirlenmediği hususu üzerine odaklanmıştır. Kararın bu yönüyle eksik inceleme içerdiği söylenebilir.

Karar'da yer alan *"Üstelik yönetmelik çıkarma yetkisinin, hangi kuruluşların katkısıyla kullanılacağı kanun koyucunun takdir yetkisi içindedir."* şeklindeki ifade, kamu tüzel kişilerinin çıkaracağı yönetmelikler üzerinde merkezî idare makamlarına belli yetkiler tanınabileceği şeklinde yorumlanabilse de bu yetkinin ya da Karar'daki ifadeyle "*katkı*"nın sınırının ne olacağı hususunda bir

belirleme içermemektedir. AYM'nin "*Kanun koyucu da kaynağı ve çerçevesi Kanun'da bulunan hususların ayrıntısını belirleme yetkisini takdir hakkı kapsamında müştereken kullanacak Sağlık Bakanlığı ve Yükseköğretim Kurumuna vermiştir"* şeklindeki değerlendirmesi ise kamu tüzel kişilerinin belli bazı durumlarda merkezî idareyle ortak yönetmelik çıkarmak durumunda bırakılmasında sorun görülmediği anlamı taşımaktadır. Bununla birlikte ortak çıkarılacak bu yönetmelik için bir de başka bir merkezî idare makamının (Maliye Bakanlığı) uygun görüşünün alınması şartı da Karar'da değerlendirilmemiştir.[39]

3. 16/2/2023 Tarihli ve E.2022/142, K.2023/32 Sayılı Karar

Bu karara konu kural, 1/6/1989 tarihli ve 3568 sayılı Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanunu'nun 50. maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan *"Maliye Bakanlığının uygun görüşü alındıktan sonra…"* şeklindeki ibaredir. İtiraz yolu çerçevesinde bakılan bu davada AYM'nin yaptığı sınırlama çerçevesinde dava konusu kural; Türkiye Serbest Muhasebeci Mali Müşavirler ve Yeminli Mali Müşavirler Odaları Birliğinin (Birlik) disiplin kovuşturması yapılması konusunda karar verecek merci, disiplin cezalarını vermeye yetkili merciler, disiplin cezalarına karşı yapılacak itirazın usul ve şartları ile disiplinle ilgili diğer hususlar konusunda çıkaracağı yönetmeliğin Resmî Gazete'de yayımlanmasından önce Maliye Bakanlığının uygun görüşünün alınması gerektiği hakkındadır.

AYM bu kararında, Anayasa'nın idari vesayete ve yönetmeliklere ilişkin hükümlerini bütüncül bir yoruma tabi tutmuş ve dava konusu kuralı iptal etmiştir. Karar gerekçesinin ilgili kısımları aşağıdaki şekildedir:

> *"18. Meslek kuruluşlarının özerkliği merkezî idareden bağımsız olarak …ilgili mesleki faaliyetlerle sınırlı olmak üzere üyelerini ve örgütlerini bağlayıcı karar alma ve uygulama, .. hak ve yetkisini içermektedir (AYM, E.2011/100, K.2012/191, 29/11/2012). Öte yandan Anayasa'nın 124. maddesi dikkate alın-*

39 AYM, Sağlık Bilimleri Üniversitesi ile Sağlık Bakanlığının belli konularda müşterek karar almasına ilişkin bir kuralı değerlendirdiği yakın tarihli bir kararında, aşağıdaki gerekçede de görüleceği üzere, Üniversitenin belli konularda merkezi idare makamları ile müşterek karar almak durumunda bırakılmasını ve bu suretle anılan Üniversitenin karar alma sürecinde merkezi idarenin belirleyici bir konumda olmasını, Anayasa'ya aykırı görmüştür (AYM, E.2021/5, K.2023/109, 1/6/2023).

> *"122. Üniversitelerin idari özerkliği bunların kadrolarının niteliklerinin ve dağılımlarının üniversitelerin kendi organları tarafından belirlenmesini gerektirmektedir. Kadroların niteliklerinin ve dağılımının Üniversite ile Bakanlıkça birlikte belirlenmesinin üniversitelerin idari özerkliğine ilişkin anayasal gerekliliklerle bağdaştığı söylenemez. Öte yandan üniversitelerin özerkliğine ilişkin olarak Anayasa'nın 130. maddesinde yer alan güvenceler tüm üniversiteler yönünden geçerli olup bu güvenceleri sağlamayan herhangi bir üniversite modeli Anayasa'ya uygun olmaz. Bakanlık dava konusu kuralla kendisine tanınan yetki sayesinde, Üniversitenin karar alma sürecinde belirleyici olacak böylelikle merkezi idare, üniversite üzerinde denetim ve gözetim yetkisini aşan nitelikte bir yetki kullanma imkânına sahip olacaktır. İdari özerkliğe aykırı bu durum aynı zamanda bilimsel özerkliğin de ihlali sonucunu doğuracaktır."*

dığında meslek kuruluşlarının özerkliğinin yönetmelik çıkarabilme yetkisini de kapsadığı anlaşılmaktadır.

19. …Birlik tarafından çıkarılacak yönetmeliklerin Bakanlığın uygun görüş şartına bağlanması kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşunun özerkliğinin sınırlandırılması sonucunu doğurmaktadır.

20. Devletin bu kuruluşlar üzerindeki idari ve mali denetim yetkisinin temelinde Anayasa'nın 123. maddesinde yer verilen idarenin bütünlüğü ilkesi yer almaktadır…İdari vesayet ise merkezî yönetim ile yerinden yönetim kuruluşları arasındaki bütünleşmeyi sağlayan araçtır (AYM, E.2018/15, K.2018/78, 5/7/2018, § 7).

21. Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve üst kuruluşları, idare teşkilatı içinde hizmet yerinden yönetim kuruluşları kapsamında yer almaktadır. Bu nedenle devletin gözetim ve denetimi altındadır (AYM, E.2018/15, K.2018/78, 5/7/2018, § 8).

22. … yönetmeliklerin .. idari vesayet yetkisi yoluyla denetlenmesinin Anayasa'nın 135. maddesi gereğince mümkün olduğu belirtilmelidir……yönetmelik çıkarma yetkisinin idari vesayet yoluyla denetlendiği durumlarda uygulanacak vesayet aracının seçiminde Anayasa'nın 124. maddesine dayanan yönetmelik çıkarma yetkisinin de gözetilmesi gerekir…

…

24. … uygun görüş verilmediği takdirde meslek kuruluşu …yönetmelik çıkarılamayacağı gözetildiğinde … seçilen vesayet aracının meslek kuruluşunun yönetmelik çıkarma yetkisini ve dolayısıyla özerkliğini anlamsız hâle getirdiği anlaşılmaktadır."

AYM, merkezî idareye kamu tüzel kişilerinin çıkaracağı yönetmeliklere ilişkin olarak merkezî idareye uygun görüş verme yetkisi tanıyan bir kuralı ilk defa ve tespit edilebildiği kadarıyla bu makalenin kaleme alındığı tarih itibarıyla son defa, bu kararda meselenin tüm boyutlarını yani merkezî idarenin diğer kamu tüzel kişileri üzerindeki idari vesayet yetkisini, vesayete tabi kamu tüzel kişisinin özerkliğini ve yönetmelik çıkarma yetkisini dikkate alarak bir denetime tabi tutmuştur.

AYM'nin bu kararı; merkezî idarenin Anayasa'nın 123. maddesi ve ilgili diğer hükümleri çerçevesinde yerinden yönetim kuruluşlarının çıkaracağı yönetmelikler üzerinde vesayet yetkisine sahip olduğu ancak bu yetkinin onlara Anayasa'nın 124. maddesince verilen yönetmelik çıkarma yetkisini ortadan kaldıracak ya da anlamsız hâle getirecek bir mahiyete sahip olamayacağına işaret etmektedir.

4. 5/4/2023 Tarihli ve E.2019/111, K.2023/63 Sayılı Karar

Yukarıdaki karardan kısa bir süre sonra verilen bu karara konu kurallardan birisi, 17/10/2019 tarihli ve (47) numaralı Sigortacılık ve Özel Emeklilik Düzenleme ve Denetleme Kurumunun Teşkilat ve Görevleri Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 12. maddesinin *"Hizmet birimleri ile bu birimlerin çalışma usul ve esasları, bu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinde belirtilen faaliyet alanı ile görev ve yetkilere uygun olarak Kurumun teklifi üzerine Cumhurbaşkanı kararıyla yürürlüğe konulan yönetmelikle belirlenir."* şeklindeki (1) numaralı fıkrasıdır.

Anılan kural, Sigortacılık ve Özel Emeklilik Düzenleme ve Denetleme Kurumunun (SEDDK) hizmet birimleri ile bu birimlerin çalışma usul ve esaslarının 47 numaralı CBK'da belirtilen faaliyet alanı ile görev ve yetkilere uygun olarak Kurumun teklifi üzerine Cumhurbaşkanı kararıyla yürürlüğe konulan yönetmelikle belirlenmesini öngörmektedir. SEDDK kamu tüzel kişi olduğundan Cumhurbaşkanı'nın anılan kurumun yönetmeliklerini yürürlüğe koyma (koymama) yetkisinin bir idari vesayet yetkisi olduğu açıktır.

İlk bakışta AYM'nin bu kurala konu hukuki meseleyi de bir önceki başlıkta izah edilen ve bu karardan 2 aydan daha kısa bir süre önce verdiği 16/2/2023 tarihli ve E.2022/142, K.2023/32 sayılı karar minvalinde karara bağlaması gerektiği akla gelmektedir. Nitekim anılan kararda yapılan aşağıdaki değerlendirmeler, dava konusu kural bakımından da aynen geçerlidir.

> *"22. …yönetmelik çıkarma yetkisinin idari vesayet yoluyla denetlendiği durumlarda uygulanacak vesayet aracının seçiminde Anayasa'nın 124. maddesine dayanan yönetmelik çıkarma yetkisinin de gözetilmesi gerekir. …seçilecek vesayet yöntemi ile Anayasa'nın 124. maddesi uyarınca meslek kuruluşuna verilen yetki ortadan kaldırılmamalıdır."*

Bununla birlikte AYM, bu kararında anılan karardaki yaklaşımından ayrılarak aşağıdaki değerlendirmelerde bulunmuştur.

> *"193. Anayasa'nın anılan hükmünde Cumhurbaşkanı da yönetmelik çıkarmaya yetkili makamlar arasında gösterilmiştir. Bununla birlikte Cumhurbaşkanı'nca çıkarılması öngörülen yönetmeliklerin konusunu Cumhurbaşkanı'nın kendi görev alanını ilgilendiren kanunların ve CBK'ların uygulanmasını sağlamak oluşturmalıdır. Dolayısıyla Cumhurbaşkanı ancak böyle bir konuda yönetmelik çıkarma yetkisine sahip olup Cumhurbaşkanı'na kendi görev alanına girmeyen bir konu hakkında yönetmelik çıkarma yetkisi veren düzenlemeler Anayasa'nın anılan hükmüne aykırılık teşkil edecektir.*
>
> *…*
>
> *195. Cumhurbaşkanı'nın CBK ile kurulan bir kamu tüzel kişisinin teşkilat ve işleyişini CBK ile ilk elden ve doğrudan düzenleme yetkisine sahip olduğu dik-*

kate alındığında anılan konulara yönelik CBK hükümlerinin uygulanmasının sağlanmasının da Cumhurbaşkanı'nın görev alanına giren bir husus olarak değerlendirilebileceğinde tereddüt bulunmamaktadır.

196. Dava konusu CBK ile kurulan bir kamu tüzel kişisi olan SEDDK'nın hizmet birimlerinin ve bunların çalışma usul ve esaslarının belirlenmesine ilişkin konular anılan Kurumun teşkilatlanmasına ve işleyişine dair CBK hükümlerinin uygulanmasıyla, dolayısıyla Cumhurbaşkanı'nın görev alanıyla ilgili olduğundan belirtilen hususların Cumhurbaşkanı kararıyla yürürlüğe konulan yönetmelikle belirlenmesini öngören, başka bir ifadeyle anılan hususlarda Cumhurbaşkanı'na yönetmelik çıkarma yetkisi veren düzenleme Anayasa'nın 124. maddesi hükmüne aykırılık oluşturmamaktadır."

AYM'nin bu kararında yaptığı değerlendirmeler, CBK ile kurulan kamu tüzel kişileri üzerinde bu kurumların yönetmeliklerinin Cumhurbaşkanı tarafından çıkarılması şeklinde bir idari vesayet öngörülmesinin Anayasa'nın 124. maddesine aykırı olmadığı anlamına gelmektedir.

V. AYM KARARLARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

A. GENEL OLARAK

Kamu tüzel kişilerini merkezî idareden bağımsız olarak diğer bir deyişle kendi serbest iradeleriyle yönetmelik çıkaramaz hâle getiren kurallar hakkında AYM'nin yukarıda yer verilen kararlarının istikrarlı bir seyir izlemediği ve hem inceleme yöntemi hem de ulaşılan sonuçlar açısından kendi içinde önemli çelişkiler barındırdığı görülmektedir.

AYM anılan kararlarında, kamu tüzel kişilerinin yönetmelikleri üzerinde merkezî idarenin idari vesayetinin öngörüldüğü durumlarda bazen meselenin her iki yönünü yani hem merkezî idarenin idari vesayet yetkisini hem de kamu tüzel kişilerinin özerklikleri ve yönetmelik çıkarma yetkisini[40] bazen de bu yönlerden birini yani merkezî idarenin idari vesayet yetkisini[41] ya da kamu tüzel kişilerinin yönetmelik çıkarma yetkisini[42] dikkate almadan sonuca ulaşmıştır. Bu konuda meselenin tüm boyutlarını dikkate alan yegane kararın yukarıda detaylarına yer verilen 16/2/2023 tarihli ve E.2022/142, K.2023/32 sayılı karar olduğu görülmektedir.

Öte yandan AYM, özellikle CBK incelemesi yaptığı kararlarda; merkezî idarenin idari vesayet yetkisi ile kamu tüzel kişilerinin özerklikleri ve yönetmelik çıkarma yetkisiyle doğrudan ilgili olan bu meseleyi incelerken, Anaya-

40 Örneğin bkz. AYM, E.1991/21, K.1992/42, 29/6/1992; AYM, E.2018/127, K.2021/18, 18/3/2021; AYM, E.2018/121, K.2021/84, 11/11/2021.
41 Örneğin bkz. AYM, E.2019/111, K.2023/63, 5/4/2023
42 Örneğin bkz. AYM, E.2018/15, K.2018/78, 5/7/2018

sa'nın anılan hususlara ilişkin hükümleri yerine bu meseleyle dolaylı ilgisi olduğu düşünülebilecek başka Anayasa hükümlerini denetime esas almıştır. Bu bağlamda Cumhurbaşkanlığına bazı kamu tüzel kişilerinin yönetmeliklerini denetleme imkânı veren kural[43] ile DDK'ya mahallî idareler ve kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının da dâhil olduğu kamu tüzel kişilerinin bazı yönetmelikleri üzerinde bir onay mercii statüsü veren kuralın[44] merkezî idarenin idari vesayet ve anılan idare ve kurumların yönetmelik çıkarma yetkisi bağlamında bir incelemeye tabi tutulmamış olması özellikle dikkate değer bulunmuştur.

AYM kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının yönetmelikleri üzerinde Maliye Bakanlığına kanunla tanınan uygun görüş verme yetkisini Anayasa'ya aykırı görürken[45] aynı kuruluşların yönetmelikleri üzerinde DDK'ya CBK'yla tanınan uygun görüş verme yetkisini Anayasa'ya aykırı görmemiştir[46].

Kamu tüzel kişilerinin özerkliği denilince ilk akla gelen hususlardan birisi yerel yönetimlerin özerkliği olmasına karşın AYM, bunların yönetmeliklerinin DDK'nın uygun görüş şartına bağlanmasında da anayasal açıdan bir sakınca görmemiştir[47].

Yukarıdaki tespitlerden ayrı olarak AYM'nin, SEDDK'nın hizmet birimleri ile bu birimlerin çalışma usul ve esaslarının Kurumun teklifi üzerine Cumhurbaşkanı kararıyla yürürlüğe konulan yönetmelikle belirlenmesini Anayasa'ya aykırı görmediği kararı[48] üzerinde özellikle durmak gerektiği düşünülmektedir.

B. CUMHURBAŞKANI'NIN CBK İLE KURDUĞU KAMU TÜZEL KİŞİLERİNİN YÖNETMELİKLERİNİ DE ÇIKARMA YETKİSİNE SAHİP OLDUĞUNA DAİR AYM İÇTİHADININ DEĞERLENDİRİLMESİ

AYM'nin 5/4/2023 tarihli ve E.2019/111, K.2023/63 sayılı kararında ortaya konulan yaklaşıma göre; Cumhurbaşkanı CBK ile kurduğu bir kamu tüzel kişisinin bu CBK'nın uygulanmasına ilişkin yönetmeliklerini de yapma yetkisine sahiptir. Anılan kararda yer alan "*195. Cumhurbaşkanı'nın CBK ile kurulan bir kamu tüzel kişisinin teşkilat ve işleyişini CBK ile ilk elden ve doğrudan düzenleme yetkisine sahip olduğu dikkate alındığında anılan konulara yönelik CBK hükümlerinin uygulanmasının sağlanmasının da Cumhurbaşkanı'nın görev alanına giren bir husus olarak değerlendirilebileceğinde tereddüt bulunmamaktadır.*" şeklindeki

43 AYM, E.2018/127, K.2021/18, 18/3/2021.
44 AYM, E.2018/121, K.2021/84, 11/11/2021.
45 AYM, E.2022/142, K.2023/32 16/2/2023.
46 AYM, E.2018/121, K.2021/84, 11/11/2021.
47 AYM, E.2018/121, K.2021/84, 11/11/2021.
48 AYM, E.2019/111, K.2023/63, 5/4/2023

değerlendirme, âdeta merkezî idare ile CBK'yla kurulan kamu tüzel kişileri arasındaki ilişkiyi idari vesayet ilişkisi olmaktan çıkarıp hiyerarşi ilişkisine dönüştürmektedir.

Karar'da kurulan bağlantılara göre; Cumhurbaşkanı'nın CBK ile kurabileceği kamu tüzel kişilerinin teşkilat ve işleyişini ilk elden ve doğrudan düzenleme yetkisine sahip olması anılan kamu tüzel kişilerinin teşkilat ve işleyişiyle ilgili konuların Cumhurbaşkanı'nın görev alanı kapsamında olduğu anlamına gelmektedir. Buna paralel olarak Karar'daki bakış açısı uyarınca; Cumhurbaşkanı kendi görev alanını ilgilendiren kanunların ve CBK'ların uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla yönetmelikler çıkarabileceğinden, CBK ile kurduğu kamu tüzel kişilerinin teşkilat ve işleyişine dair yönetmelikleri de çıkarabilecektir. Yani bu yoruma göre; CBK ile özel olarak yetkilendirilmese dahi, Cumhurbaşkanı CBK ile ilk elden ve doğrudan düzenleme yetkisine sahip olduğu kamu tüzel kişilerinin teşkilat ve işleyişine ilişkin yönetmelikleri çıkarma yetkisine Anayasa'dan kaynaklı olarak sahiptir.

AYM'nin yukarıdaki yorumu anayasa hukuku ve idare hukuku bakımından, kamu tüzel kişiliği teorisi bağlamında oldukça sorgulanabilir sonuçlar ortaya çıkarmış olup önemli problemlere yol açma potansiyelini barındırmaktadır.

İlk olarak; anılan yorumda CBK ile kurulan kamu tüzel kişisinin teşkilat ve işleyişine ilişkin CBK hükümlerinin uygulanmasının sağlanmasının Cumhurbaşkanı'nın görev alanında olduğu belirtilmiş ancak aynı hususun ilgili kamu tüzel kişisinin de görev alanında olup olmadığı noktasında bir değerlendirme yapılmamıştır.

CBK ile kurulan kamu tüzel kişisinin teşkilat ve işleyişine ilişkin CBK hükümlerinin uygulanmasının sağlanmasının ilgili kamu tüzel kişisinin görev alanında olmadığının söylenemeyeceği açıktır. Hatta bu husus, tabii olarak anılan kamu tüzel kişisinin en temel görevlerinden birisi durumundadır. Bu çerçevede, Anayasa'nın 124. maddesinin birinci fıkrasındaki *"…kamu tüzel kişileri, kendi görev alanlarını ilgilendiren … Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelikler çıkarabilirler"* şeklindeki hüküm de dikkate alındığında, ilgili kamu tüzel kişisinin kendi teşkilat ve işleyişine ilişkin CBK hükümlerinin uygulanmasına dair yönetmelik çıkaramayacağı şeklinde bir yorum yapılması mümkün değildir. İlgili kamu tüzel kişisinin bu yetkisini ortadan kaldıran herhangi bir düzenlemenin, Anayasa'nın anılan hükmüne aykırı olacağı da ilk bakışta anlaşılmaktadır. Bu durumda AYM tarafından yapılan yorumun zorunlu sonucu; CBK ile kurulan/kurulabilecek kamu tüzel kişilerinin teşkilat ve işleyişine ilişkin yönetmelikleri çıkarma yetkisinin hem Cumhurbaşkanı'na hem de kamu tü-

zel kişisinin kendisine yani her ikisine ait olmasıdır. Birden fazla idari makamın aynı konuya dair yönetmelik çıkarması/çıkarma yetkisine sahip olması ise ciddi bir belirsizlik sorunu[49] ortaya çıkarabilecek ve bu bağlamda hukuki belirlilik, öngörülebilirlik ve hukuki güvenlik ilkeleriyle bağdaşmaz sonuçlara da yol açabilecektir.

İkinci olarak Anayasa'da münhasıran CBK ile düzenlenmesi öngörülen bir kamu tüzel kişisi olmadığından; CBK ile kurulabilecek bir kamu tüzel kişisinin kanunla kurulması veya hâlihazırda CBK ile kurulmuş olan bir kamu tüzel kişisine kanunla ilave görevler verilmesi ya da anılan tüzel kişinin teşkilatı yönünden CBK'dan farklı yeni bir kanuni düzenleme yapılması önünde anayasal bir engel bulunmamaktadır. Kanunun devreye girdiği bu gibi du-

49 Bu şekilde ortaya çıkacak olan belirsizliğin nasıl giderilebileceği hususunda literatürdeki görüşlerden de yararlanılarak bir değerlendirme yapılabilir.

ULUSOY'un, Cumhurbaşkanlığı ile kamu tüzelkişileri arasındaki ilişki örneğinde olduğu gibi, aralarında hiyerarşi ilişkisi değil idari vesayet ilişkisi bulunan makamların aynı mahiyetteki idari düzenlemeleri arasında teknik bakımından bir normatif hiyerarşi bulunmadığı yönündeki açıklamaları (Ulusoy, A. D. (2021). s. 316) hem Cumhurbaşkanının hem de ilgili kamu tüzelkişisinin aynı konuda yönetmelik çıkarması durumunda bu yönetmelikler arasındaki çatışmanın Cumhurbaşkanının hiyerarşik olarak daha üst bir idari makam olduğu gibi kategorik bir yaklaşımla çözüme kavuşturulamayacağına işaret etmektedir. ULUSOY'un değerlendirmesinden çıkan sonuca göre, Cumhurbaşkanının bu konuda çıkaracağı yönetmelik normlar hiyerarşisi bağlamında ilgili kamu tüzelkişisinin çıkaracağı yönetmelikten daha üst bir işlem niteliği taşımayacaktır. Anılan Yazar'a göre, bir merkezi idare makamı ile başka bir kamu tüzelkişisinin aynı mahiyetteki yönetmeliği arasında çelişki varsa sorunun çözümü yani hangi yönetmelik hükmüne öncelik verileceğinin belirlenmesi için ilk olarak "*görev alanıyla daha yakından ilişki*" ölçütü uygulanmalıdır (a.g.e. s. 318).

AKYILMAZ, SEZGİNER ve KAYA da, aynı hiyerarşi içinde olmayan kurumların çıkardıkları yönetmelikler arasındaki ilişkinin, bu kurumların hiyerarşik pozisyonları dikkate alınarak değil, üstlenmiş oldukları görev ile kamu hizmeti kapsamında çıkaracakları düzenlemeler arasındaki genel-özel düzenleme ilişkisi çerçevesinde bir sonuca bağlanabileceğini belirtmektedir (Akyılmaz, B., Sezginer, M. ve Kaya, C. (2023). s. 82).

TAN ve BAYAZIT ise, Cumhurbaşkanının yönetmeliklerinin bakanlıklarının yönetmeliklerinden, bakanlıkların yönetmeliklerinin ise mahalli idareler ile hizmet yönünden yerinden kuruluşlarının yönetmeliklerinden üstün olacağını ifade etmektedir (Tan, T. ve Bayazıt, B. (2021). *İdare Hukuku*, 10. Baskı, Ankara: Turhan Kitabevi Yayınları, s. 71-72). TAN ve GÖZÜBÜYÜK tarafından kaleme alınan bir başka eserde de genel olarak aynı görüş ifade edilmekle birlikte; anılan görüşe ilave olarak, farklı organ ve kuruluşların yaptığı yönetmelikler arasındaki bir çatışmada, meseleyi sırf hiyerarşi bakış açısıyla bir çözüme kavuşturmanın her durumda imkan dahilinde olmadığı, anılan çatışmayı, çatışan düzenlemeyi yapma konusunda esas olarak yetkili olan organın tespiti yoluyla çözmek icap ettiği belirtilmektedir (Gözübüyük, A. Ş. ve Tan, T. (2019). s. 103).

Yukarıdaki görüşler çerçevesinde, AYM içtihadı takip edilerek bir kamu tüzelkişisinin teşkilat ve işleyişine bir yönetmeliğin çıkarılmasının Cumhurbaşkanının görev alanıyla ilgili olduğu kabul edilse dahi, Cumhurbaşkanının çıkaracağı yönetmelikler ile ilgili kamu tüzelkişisinin kendi çıkaracağı yönetmelikler arasında otomatik bir üst norm-alt norm ilişkisi ortaya çıkmayacağı ileri sürülebilir. Böyle bir durumda, Cumhurbaşkanı ile ilgili kamu tüzelkişisi arasında hiyerarşik bir ilişki bulunmadığından, kamu tüzelkişisi tarafından kendi görev alanında çıkarılan yönetmeliğin Cumhurbaşkanınca çıkarılan yönetmeliğe nazaran alt norm olduğu söylenemeyecektir.

rumlarda, Cumhurbaşkanı'nın "*CBK ile kurulan bir kamu tüzel kişisinin teşkilat ve işleyişini CBK ile ilk elden ve doğrudan düzenleme yetkisine sahip*" olmasının[50] ona kanunla kurulan ya da kanunla teşkilat ve işleyişi CBK'dan farklı şekilde düzenlenen bir kamu tüzel kişisinin kanunda öngörülen *"teşkilat ve işleyiş"*i hakkında yönetmelik çıkarma yetkisi verip vermeyeceği sorusu akla gelmektedir. AYM'nin yukarıda detaylarına yer verilen yaklaşımı nazara alındığında bu sorunun cevabının evet olması gerektiği söylenebilir. Çünkü karardaki yaklaşıma göre, CBK ile bir kamu tüzel kişisi kurmak, onun teşkilat ve işleyişini CBK ile düzenlemek ve CBK hükümlerinin uygulanmasını sağlamak Cumhurbaşkanı'nın kendi görev alanına ilişkindir. Dolayısıyla anılan bakış açısına göre, CBK ile de kurulabilecek olmasına rağmen kanunla kurulan ya da kanunla teşkilat ve işleyişi CBK'dan farklı şekilde düzenlenen bir kamu tüzel kişisinin kanunda öngörülen *"teşkilat ve işleyiş"*ine ilişkin yönetmelikleri de Cumhurbaşkanınca çıkarılabilmelidir.

Üçüncü ve son olarak, AYM'nin yorumundan çıkan sonuca göre, Cumhurbaşkanı CBK ile kurduğu/kurabileceği kamu tüzel kişisinin "*teşkilat ve işleyiş*"i dışında kalan kanun hükümlerinin uygulanmasına dair yönetmelikleri çıkaramayabilecektir. Çünkü AYM'ye göre Cumhurbaşkanı'nın görev alanına giren hususlar, kamu tüzel kişisinin teşkilat ve işleyişine yönelik konuların CBK'yla düzenlenmesiyle sınırlıdır. Bu bağlamda örneğin, CBK ile kurulan/kurulabilecek bir kamu tüzel kişisinin memur statüsündeki çalışanlarının, Anayasa'nın 128. maddesinin "*Memurların … diğer özlük işleri kanunla düzenlenir*." şeklindeki ikinci fıkrası gereği CBK ile düzenlenemeyecek olan, izin haklarının uygulanmasına dair bir yönetmeliği Cumhurbaşkanı çıkaramayacaktır.[51] AYM kararındaki yaklaşım esas alındığında, *"Cumhurbaşkanı CBK'larla bu*

50 AYM içtihadına göre Cumhurbaşkanının Anayasa'nın 123. maddesinin üçüncü fıkrasından kaynaklanan kamu tüzelkişisini kurma yetkisi onu düzenlemeyi de içermektedir. Mahkemeye göre "*Kamu tüzelkişiliği, kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulur*" şeklindeki anılan hükümde yer alan "*kurulur*" ibaresinin düzenleme yetkisini kapsamadığının kabulü söz konusu hükmü anlamsızlaştırır (birçok karar arasından bkz. AYM, E.2019/105, K.2020/30, 12/6/2020, § 45).

51 ATAR'a göre (Atar, Y. (2019). "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi ve Anayasallık Denetimi", *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 39., S. 1., s. 241)

"Anayasa değişikliğiyle, … daha önce Anayasada yer alan "tüzük çıkarma" uygulaması da kaldırılmıştır. Anayasanın mülga 115'inci maddesine göre, "Bakanlar Kurulu, kanunun uygulanmasını göstermek veya emrettiği işleri belirtmek üzere, kanunlara aykırı olmamak… şartıyla tüzükler" çıkarabilmekteydi.

Tüzüğün yönetmelikten önemli bir farkı, tüzüğün Bakanlar Kurulunca herhangi bir kanun hakkında, buna karşılık yönetmeliğin ise kamu tüzel kişilerince sadece kendi görev alanlarıyla ilgili kanunlar hakkında çıkarılabilmesidir. Türk hukuk sisteminde eskiden Bakanlar Kurulu, Cumhurbaşkanlığı Sistemine geçildikten sonra ise Cumhurbaşkanı bütün kanunları uygulamakla yetkili ve görevli olduğundan, Cumhurbaşkanı, herhangi bir kanunla ilgili olarak tüzük yerine yönetmelik çıkarabilir…"

Anılan görüşe katılmak mümkün olmamıştır. Çünkü GÖZLER'in ifade ettiği üzere (Gözler, K. (2019). *Cumhurbaşkanlığı Hükûmet Sisteminin Uygulamadaki Değeri Bir Buçuk Yıllık Bir Bilanço*, http://www.anayasa.gen.tr/cbhs-bilanco.htm (Erişim Tarihi: 5/11/2023); kamu hukukundaki yetkiler Anayasa ve kanunlar uyarınca hangi makam için öngörülmüş ise ancak o makamca

konuda bir düzenleme yapamayacağına göre yönetmelikle de yapamayacaktır" şeklinde bir gerekçeyle Cumhurbaşkanı'nın bu konuda yönetmelik çıkarmasının Anayasa'nın 124. maddesine aykırı olduğu sonucuna ulaşılması gerekecektir. Çünkü izin hususu teşkilat ve işleyişe ilişkin olmadığından Cumhurbaşkanı'nın görev alanında da olmayacaktır. Bu durumda Cumhurbaşkanı kamu tüzel kişilerinin bazı konulara ilişkin yönetmeliklerini çıkarabilirken bazı konulara ilişkin yönetmeliklerini çıkaramayacaktır. Diğer bir deyişle, CBK ile kurulan/kurulabilecek kamu tüzel kişilerinin teşkilat ve işleyişine dair yönetmelikler Cumhurbaşkanınca çıkarılabilecekken, teşkilat ve işleyiş dışındaki bazı hususlara dair yönetmelikler Cumhurbaşkanınca çıkarılamayacaktır.

Bu noktada, teşkilat ve işleyiş dışındaki bazı hususlara dair kanuni düzenlemelere dayanılarak çıkarılacak yönetmeliklerin Anayasa'nın 124. maddesinin birinci fıkrasındaki *"…kamu tüzelkişileri, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların …uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelikler çıkarabilirler"* şeklindeki hüküm gereği ilgili kamu tüzel kişisinin kendisi tarafından çıkarılmasının söz konusu olabileceği düşünülebilir. Ancak bu görüşün kabulü de aynı kamu tüzel kişisinin teşkilat ve işleyişe ilişkin yönetmeliklerinin bir kısmının birden fazla idari makam (Cumhurbaşkanı ve kamu tüzel kişisinin kendisi) bir kısmının ise sadece bir idari makam (kamu tüzel kişisinin kendisi) tarafından çıkarılması gibi karmaşık bir duruma yol açacaktır. Böyle bir durumda aynı tüzel kişinin farklı makamlarca çıkarılacak yönetmelikleri arasındaki uyum sağlanması sorunu da ortaya çıkacaktır.

AYM'nin yorumundan kaynaklanan sorunlar yukarıdaki şekilde ortaya konulduktan sonra, belirtilen sorunların üstesinden gelinmesi için Anayasa'nın 124. maddesinin birinci fıkrasındaki *"Cumhurbaşkanı… ve kamu tüzelkişileri, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelikler çıkarabilirler."* şeklindeki hükmün ne şekilde yorumlanması gerektiği hususu üzerinde durmak gerekir.

Anılan bağlamda yapılacak yorumda, Anayasa'nın 124. maddesinin açık lafzı yanında, CBK ile kurulan kamu tüzel kişilerinin merkezî idareden ayrı olarak örgütlendirilme nedeni, bu kurumların özerkliği, merkezî idareyle bu kurumlar arasındaki görev ayrımı ve taraflar arasındaki ilişkinin mahiyeti gibi bazı perspektiflerden hareket edilebilir.

---

kullanılabilir. Kamu tüzelkişilerinin kendi görev alanlarındaki yönetmelikleri çıkarmak onların yetkisinde olan bir hususdur. Bu nedenle ATAR'ın Cumhurbaşkanının herhangi bir kanunla ilgili olarak yönetmelik çıkarabileceği hususundaki görüşü onun belli bir yerel yönetimin, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşunun hatta yüksek yargı organının göreviyle ilgili yönetmeliğin ilgili kanuna dayanarak Cumhurbaşkanınca çıkarabileceği anlamına gelir ki böyle bir görüşe katılmak olanaklı görülmemiştir.

İlk olarak; Anayasa'nın 124. maddesinin birinci fıkrası kamu tüzel kişilerine açıkça, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin uygulanmasını sağlamak üzere yönetmelikler çıkarma yetkisi vermektedir.

İkinci olarak, spesifik bir kamu hizmetine dair uygulamayı yürütecek olan bu kurumların, teşkilat ve işleyişe dair yönetmelikler gibi ikincil düzenlemelerinin merkezî idare tarafından çıkarılmasının, bu kurumların varlık nedeniyle başka bir ifadeyle merkezî idareden ayrı olarak örgütlendirilme gerekçeleriyle bağdaşmadığına dikkat çekmek gerekir.

Şöyle ki Anayasa'nın 127. maddesi gereği yerel yönetimlere ilişkin kuruluş esaslarının kanunla belirlenmesi gerektiğinden, CBK ile kurulabilecek kamu tüzel kişileri mahiyetleri itibarıyla ancak hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşları olabilir. Literatürde hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşları için yaygın olarak yer verilen tanıma göre, bu kurumlar teknik bilgi ve uzmanlık gerektiren bazı hizmetlerin merkezî idare ve yerel yönetimler dışında örgütlenmesi ve tüzel kişiliğe sahip kılınmasıyla varlık kazanan kurumlardır[52]. Merkezî idare aynı anda çok sayıda kamu hizmetini yürütürken hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşları ihtisas ilkesine uygun olarak sadece belli konularda faaliyet göstermektedir[53]. Başka bir ifadeyle, bu kurumlar belli bir kamu hizmetini yürütmek üzere örgütlendirilerek, görev ve yetkileri de bu görev alanı ile sınırlandırılmış olan kurumlardır. Uzmanlık ilkesi olarak da bilinen bu husus, anılan kurumların merkezî idareden farklı olan, dikkate değer özelliklerinden birisidir[54]. Merkezî idarenin kendisinin de yürütebileceği kamu hizmetleri için merkezî idareden ayrı kamu tüzel kişilikleri kurulması, anılan hizmetlerin merkezî idare tarafından üstlenilmesi hâlinde meydana gelebilecek mahsur ve zorluklara engel olma fikrinden neşet etmektedir[55]. CBK ile kurulan/kurulabilecek hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşlarının kendi görev alanlarına giren kanunların ve/veya CBK'ların uygulanmasına ilişkin yönetmeliklerinin merkezî idarenin başı durumunda olan Cumhurbaşkanı ya da başka bir merkezî idare makamı tarafından çıkarılması ya da onların kararı/onayı/izni/uygun görüşü olmaksızın kurumun kendi serbest iradesiyle yönetmelik çıkaramaması anılan düşünceyle çelişki içerisindedir.

Üçüncü olarak hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşlarının, teşkilat ve işleyişe dair yönetmeliklerinin kendilerince çıkarılmasının bu kurumların özerkliğiyle de doğrudan ilgili olduğuna işaret etmek gerekir. AYM'nin kendi içtihadında belirttiği üzere; kamu tüzel kişiliği, ilgili kamu idaresi ya da

52 Günday, M. (2003). *İdare Hukuku*, Güncelleştirilmiş 8. Baskı, Ankara: İmaj Yayıncılık, s. 465.
53 Akyılmaz, B., Sezginer, M. ve Kaya, C. (2023). s. 246.
54 Tan, T. ve Bayazıt, B. (2021). s. 167.
55 Günday, M. (2003). s. 465.

kamu kurumunun idari ve mali özerkliğinin bulunmasını gerektirmektedir. Mahkemeye göre kamu tüzel kişiliği, özü itibarıyla, ilgili kamu tüzel kişisinin merkezî idareden bağımsız karar alabilmesini zorunlu kılar.[56] CBK'yla kurulan kamu tüzel kişiliğine sahip hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşlarının yönetmeliklerinin merkezî idare makamları tarafından çıkarılması ya da ya da merkezî idare istemediği sürece çıkarılamaması bu kurumların özerkliklerine ciddi bir müdahale sonucunu doğurur. ULUSOY'un belirttiği üzere, kamu tüzel kişiliği kavramının kendisi, ilgili tüzel kişinin merkezî idareye karşı asgari seviyede de olsa belli bir idari özerklik taşımasının bir alameti veya vasıtası olma özelliğini içinde barındırmaktadır. Bu hususu nazara almadan yapılan düzenlemeler, kamu tüzel kişiliği kavramının içini boşaltarak onu esas işlevinden uzaklaştırmakta ve anılan kavram için bir "*kriz*" durumunun ortaya çıkmasına yol açmaktadır[57].

Dördüncü olarak hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşlarının teşkilat ve işleyişe dair yönetmeliklerinin kendilerince çıkarılmasının, bu kurumlar ile merkezî idare arasındaki görev ayrımının bir gereği olduğu da ifade edilebilir. Bu çerçevede, Cumhurbaşkanı CBK'yla ya da kanun koyucu kanunla hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşu mahiyetinde bir kamu tüzel kişisi kurduğunda o kamu tüzel kişisi için öngörülen görevler; merkezî idarenin görev alanından çıkarılmış ve kurulan tüzel kişiye verilmiş olmaktadır. Başka bir ifadeyle bu kurumca yürütülecek olan hizmetin merkezî idare tarafından da yürütülmesi mümkün olmasına rağmen bir kamu tüzel kişisi kurularak merkezî idarenin görev alanı ile bu tüzel kişinin görev alanları ayrılmaktadır. Bunun aksine bir yorum ya da iddia, bu tüzel kişilerin neden kurulduğu sorusuna bir yanıt içermeyecektir. Hâl böyleyken bu kurumların üstlenmiş oldukları hizmetlerin yürütülmesiyle ilgili yönetmeliklerin merkezî idare tarafından çıkarılması ya da merkezî idare istemediği sürece ilgili kurumca çıkarılamaması bu kurumlarla merkezî idare arasındaki görev bölüşümüyle uyumlu değildir.

Bu kurumlarla merkezî idarenin başı durumunda olan Cumhurbaşkanı'nın görevleri arasındaki ayrım konusuna ise biraz daha yakından bakmak gerekir. AYM'nin, Cumhurbaşkanı'nın CBK ile kurduğu bir kurumun teşkilat ve işleyişine ilişkin yönetmelikleri "*CBK ile kurulan bir kamu tüzel kişisinin teşkilat ve işleyişini CBK ile ilk elden ve doğrudan düzenleme yetkisine sahip"* olma yetkisine dayanarak çıkarabileceği yönündeki değerlendirmesine karşın, Anayasa'nın 123. maddesinin üçüncü fıkrasındaki *"Kamu tüzelkişiliği… Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulur."* şeklindeki hükümde Cumhurbaşkanı'na verilen görev ve yetkinin kamu tüzel kişisini CBK ile kurmakla sınırlı oldu-

56 AYM, E.2018/7, K.2018/80, 5/7/2018, § 44.
57 Ulusoy, A. D. (2021). s. 143.

ğu düşünülmektedir. Bu bağlamda ilgili kamu tüzel kişisini CBK ile kurmak Cumhurbaşkanı'nın, bu CBK'nın uygulanmasına dair yönetmelikleri çıkarmak ise ilgili kamu tüzel kişisinin görev alanındadır. Cumhurbaşkanı'nın kendi hiyerarşisine dahil olmayan bir hizmet yerinden yönetim kuruluşunun yönetmeliklerini, sırf o kurumu CBK ile kurduğu/kurabileceği için çıkarabileceği şeklinde bir argümanı savunabilmek için ikna edici bir gerekçe bulmak zordur. Cumhurbaşkanı'nın daha üst bir idari işlemi (CBK) tesis etmekle yetkili kılınması, onun otomatik olarak ve her durumda anılan üst işleme dayalı olarak çıkarılacak olan alt düzeydeki idari işlemleri de (yönetmelikler) tesis etme yetkisine sahip olması sonucunu doğurmamaktadır. Çünkü Anayasa'nın 124. maddesinin birinci fıkrası uyarınca; kamu tüzel kişilerinin görev alanlarını ilgilendiren CBK'ların uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla yönetmelik çıkarabilme yetkisi kamu tüzel kişilerinin kendisine aittir.

Beşinci olarak hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşlarının teşkilat ve işleyişe dair yönetmeliklerinin kendilerince çıkarılması gerekliliğinin, bu kurumlar ile merkezî idare arasındaki ilişkinin mahiyetinden kaynaklandığı da söylenebilir. CBK'yla kurulan/kurulabilecek hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşu niteliğindeki kamu tüzel kişiliği olan kurumlar ile merkezî idare arasındaki ilişki -bu kurumlar CBK ile kurulmuş olsalar dahi- idari vesayet ilişkisidir. İdari vesayet ilişkisi ise istisnai durumlar[58] bir kenara bırakılırsa vesayet makamına vesayete tabi makam yerine karar alma yetkisi vermez[59]. Hatta hiyerarşi yetkisinin dahi kural olarak üst makama alt makamın yerine geçerek karar alma yetkisi vermediği ifade edilmektedir[60]. Bu bağlamda, kamu tüzel kişilerinin bazı yönetmeliklerinin merkezî idare tarafından çıkarılması, bir anlamda bu kurumların kararlarının kendileri yerine merkezî idare alınması anlamına gelmekte olup bu tür bir yetki idari vesayet yetkisi

58 Gözler, K. ve Kaplan, G. (2020). s. 1230'da bu hususta 22/2/2005 tarihli ve 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu'nun 40. maddesindeki aşağıdaki hüküm bir istisna olarak gösterilmektedir.

"İl özel idaresi hizmetlerinin ciddî bir biçimde aksatıldığının ve bu durumun halkın sağlık, huzur ve esenliğini hayatî derecede olumsuz etkilediğinin ilgili bakanlığın talebi üzerine yetkili sulh hukuk hâkimi tarafından belirlenmesi durumunda,

İçişleri Bakanlığı;

a) Hizmetlerde meydana gelen aksamanın giderilmesini, hizmetin özelliğine göre makul bir süre vererek il özel

idaresinden ister.

b) Aksama giderilemezse, söz konusu hizmetin yerine getirilmesini o ilin valisinden ister. Bu durumda, vali, aksaklığı öncelikle il özel idaresinin araç, gereç, personel ve diğer kaynaklarıyla giderir. Mümkün olmadığı takdirde diğer kamu kurum ve kuruluşlarının imkânlarını da kullanabilir. Bu nedenle ortaya çıkacak maliyet vali tarafından İller Bankasına bildirilir ve İller Bankasınca o il özel idaresinin müteakip ay genel bütçe vergi gelirleri tahsilâtı toplamı üzerinden il özel idaresine ayrılan paydan valilik emrine gönderilir."

59 a.g.e. s. 129.

60 Ulusoy, A. D. (2021). s. 147.

ve hatta hiyerarşik yetkiler kapsamında dahi sıkıntılı bir uygulamaya işaret etmektedir.

Yukarıda belirtilen çerçeve içerisinde; Cumhurbaşkanı kanunların ya da CBK'ların uygulanmasını göstermek için çıkarabileceği yönetmelikleri, ancak kendi görev alanıyla sınırlı olarak örneğin Cumhurbaşkanlığı ya da ona bağlı tüzel kişiliği olmayan teşkilatlar bakımından kullanabilir. Belki bir adım öteye geçilerek Cumhurbaşkanı'nın kendi hiyerarşisine dâhil olan bakanlıkların yönetmelikleri üzerinde de son sözü söyleme yetkisine sahip olduğu ileri sürülebilir.

Buna karşın, bakanlık yönetmelikleri için yukarıda yapılan değerlendirme, CBK ile kurulan/kurulabilecek hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşlarının yönetmelikleri için geçerli değildir. Merkezî idarenin başı durumunda olan Cumhurbaşkanı, anılan kurumlar tarafından çıkarılan yönetmeliklerin kendi politikalarıyla uyumunu sağlamak için CBK ile kurumun varlığına son vermek de dâhil olmak üzere pek çok imkâna sahiptir. Cumhurbaşkanı CBK ile kurduğu bir kamu tüzel kişisinin, yönetmelikleri de dâhil olmak üzere aldığı kararları hukuki açıdan ya da yerindeliği bakımından tasvip etmediğinde o kurumu kaldırmak, kurum yöneticilerini görevden almak, yöneticiler hakkında disiplin soruşturması başlatmak gibi geniş bir yelpazedeki hukuki araçları kullanabilir.

SONUÇ

Pek çok yöntemle kullanılması mümkün olan idari vesayet yetkisi, merkezî idarenin idari vesayet altında bulunan kamu tüzel kişilerinin bir idari işlemi tesis etmesine engel olacak nitelikte kararlar alma veya çok sınırlı sayıdaki bazı durumlarda onlar yerine geçerek işlem tesis etme yetkilerini de içermektedir. Ancak idari vesayet altındaki kamu tüzel kişisinin her türlü işlemi üzerinde bu türden yetkiler öngörülmesinin Anayasa'ya uygun olduğu söylenemez.

Anayasa, merkezî idare dışındaki kamu tüzel kişilerine belli türdeki işlemleri merkezî idarenin onayına tabi olmaksızın yapma yetkisi vermişse; bu yetkileri uygulanamaz hâle getirecek şekilde bir idari vesayet yetkisi öngörülmesi mümkün değildir. Bu çerçevede, kamu tüzel kişilerinin çıkaracakları yönetmelikler üzerinde kullanılacak idari vesayet araçlarının sadece Anayasa'nın idari vesayete ilişkin hükümlerine değil, aynı zamanda Anayasa'nın yönetmeliklere ilişkin hükmüne de uygun olması gerekir. Bu ise ancak kullanılması öngörülen idari vesayet araçlarının, kamu tüzel kişilerinin yönetmelik çıkarma yetkisini bertaraf etmeyecek bir mahiyette olması hâlinde mümkün olur.

Merkezî idarenin kamu tüzel kişilerinin çıkaracağı yönetmelikler üzerinde uygun görüş verme, onaylama, denetleyip geri gönderme, kurumun teklif ettiği yönetmelik taslağını kendi alacağı kararla yürürlüğe koyma vb. şekildeki idari vesayet araçları kullanması bu tüzel kişilerin yönetmelik çıkarma yetkilerini tek başlarına kullanamamaları veya merkezî idare ile paylaşmaları sonucu doğurur. Hâlbuki Anayasa'da kamu tüzel kişilerinin yönetmelik çıkarabilmesi için bu şekilde bir koşul öngörülmemiştir. Bu bağlamda kamu tüzel kişilerini kendi iradeleriyle yönetmelik çıkaramaz hâle getirecek şekilde bir idari vesayet yetkisinin öngörülmesi, Anayasa'da kamu tüzel kişilerine verilen yönetmelik çıkarma yetkisi ile bağdaşmaz. Uygun görüş verme, onaylama, denetleyip geri gönderme vb. şeklindeki idari vesayet araçları, Anayasa'nın yönetmelik çıkarılabilmesi için öngördüğü usule ilave bir koşul öngörülmesi anlamına gelir ve anılan usule aykırılık teşkil eder.

Merkezî idare ile diğer kamu tüzel kişileri arasındaki görev ayrımını yok sayarak, Cumhurbaşkanı'nın hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşu mahiyetindeki bazı kamu tüzel kişilerini kurma yetkisinin onların yönetmeliklerini çıkarma yetkisini de içerdiği şeklindeki yaklaşımlar ise Anayasa'nın 124. maddesiyle açıkça bağdaşmaz nitelikte olduğu gibi bir yönüyle bu kurumların merkezî idareden ayrı olarak örgütlendirilmelerini de anlamsız hâle getirmektedir.

Merkezî idare, kamu tüzel kişilerinin kendi politikalarıyla uyumlu bir çalışma yürütmelerini sağlamak üzere; anılan kurumların yönetmelikleri üzerinde Anayasa'nın öngördüğü sistemin dışına çıkan idari vesayet araçları yerine, başka hukuki mekanizmaları harekete geçirerek de aynı sonucu elde edebilir.

Netice itibarıyla merkezî idarenin kamu tüzel kişilerinin yönetmelikleri üzerindeki idari vesayet yetkisini, onların yerine geçerek yönetmelik çıkarmak şeklinde kullanması mümkün olmadığı gibi onların kendi serbest iradeleriyle yönetmelik çıkarma yetkilerini kullanmalarına engel olacak şekilde kullanması da mümkün değildir.

Merkezî idareye, kamu tüzel kişilerinin yönetmelikleri üzerinde idari vesayet yetkisi tanınırken, bu kurumların Anayasa'dan kaynaklı olarak tek başlarına serbest iradeleriyle yönetmelik çıkarma yetkisine sahip oldukları, varlık nedenleri, bunlarla merkezî idarenin görev alanlarının ayrı olduğu ve aralarındaki ilişkinin hiyerarşi değil idari vesayet ilişkisi olduğu hatırda tutulmak durumundadır. Bu hususlar nazara alınmadan, anılan kurumların yönetmeliklerinin merkezî idare tarafından çıkarılmasına olanak tanıyan ya da merkezî idare uygun görmediği müddetçe bu kurumları yönetmelik çıkaramaz hâle getiren düzenlemeler anayasa hukuku ve idare hukuku bakımından pek çok sorunu beraberinde getirecektir.

KAYNAKÇA

AKYILMAZ, Bahtiyar, SEZGİNER, Murat ve KAYA, Cemil (2023). *Türk İdare Hukuku*, 16. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

ATAR, Yavuz (2019). "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi ve Anayasallık Denetimi", *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 39., S. 1., ss. 241-259.

ATAR, Yavuz (2022). *Türk Anayasa Hukuku*, 14. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

ATAY, Ender Ethem (2022). *İdare Hukuku*, 3. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

GÖZLER, Kemal (2019). *Cumhurbaşkanlığı Hükûmet Sisteminin Uygulamadaki Değeri Bir Buçuk Yıllık Bir Bilanço*, http://www.anayasa.gen.tr/cbhs-bilanco.htm (Erişim Tarihi: 5/11/2023)

GÖZLER, Kemal (2021a). *Türk Anayasa Hukuku*, 4. Baskı, Bursa: Ekin Yayınları.

GÖZLER, Kemal (2021b). *Yönetmeliklerin Cumhurbaşkanlığı Tarafından Denetimi Üzerine: Anayasa Mahkemesinin 18 Mart 2021 Tarih ve E.2018/127, K.2021/18 Sayılı Kararı Hakkında Bir Eleştiri*, www.anayasa.gen.tr/aym-2021-18.htm (Erişim Tarihi: 31/10/2023).

GÖZLER, Kemal ve KAPLAN, Gürsel (2020). *İdare Hukuku Dersleri*, 22. Baskı, Bursa: Ekin Yayınları.

GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref ve TAN, Turgut. (2019). *İdare Hukuku Cilt I -Genel Esaslar-*, 13. Baskı, Ankara: Turhan Kitabevi Yayınları.

GÜNDAY, Metin (2003). *İdare Hukuku*, Güncelleştirilmiş 8. Baskı, Ankara: İmaj Yayıncılık.

KARAHANOĞULLARI, Onur (2022). *İdare Hukuku*, 1. Baskı, Ankara: Turhan Kitabevi Yayınları.

KARAHANOĞULLARI, Onur (2013). Yerel Özerklik: Mahalli Müşterek İhtiyaçların Yerinden Yönetimi, içinde Mengi, Ayşegül, Çınar, Tayfun ve Özgül, Can Giray (Ed.), *Beşinci Ulusal Yerel Yönetimler Sempozyumu* (ss. 65-95), Ankara: Türkiye Belediyeler Birliği Yayınları.

TAN, Turgut (2019). *İdare Hukuku*, Güncelleştirilmiş 8. Baskı, Ankara: Turhan Kitabevi.

TAN, Turgut ve BAYAZIT, Bahar (2021). *İdare Hukuku*, 10. Baskı, Ankara: Turhan Kitabevi Yayınları.

TUNÇER, Polat (2022). *İdare Hukuku Temel Bilgiler*, Ankara: Adalet Yayınevi.

ULUSOY, Ali Dursun (2021). *Yeni Türk İdare Hukuku*, 4. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları.

YILDIRIM, Ramazan ve ÇINARLI, Serkan. (2022). *Türk İdare Hukuku Dersleri Cilt II,* 5. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi.

AYM KARARLARI

AYM, E.1991/21, K.1992/42, 29/6/1992.

AYM, E.2004/83, K.2008/107, 21/5/2008.

AYM, E.2005/10, K.2008/63, 21/2/2008.

AYM, E.2011/100, K.2012/191, 29/11/2012.

AYM, E.2012/87, K.2014/41, 27/2/2014.

AYM, E.2014/82, K.2014/143, 11/9/2014.

AYM, E.2014/186, K.2014/188, 17/12/2014.

AYM, E.2016/181, K.2018/111, 20/12/2018.

AYM, E.2018/7, K.2018/80, 5/7/2018.

AYM, E.2018/15, K.2018/78, 5/7/2018.

AYM, E.2018/90, K.2019/85, 14/11/2019.

AYM, E.2018/121, K.2021/84, 11/11/2021.

AYM, E.2018/127, K.2021/18, 18/3/2021.

AYM, E.2019/105, K.2020/30, 12/6/2020.

AYM, E.2019/111, K.2023/63, 5/4/2023.

AYM, E.2021/5, K.2023/109, 1/6/2023.

AYM, E.2021/95, K.2022/118, 13/10/2022.

AYM, E.2022/142, K.2023/32 16/2/2023.

DANIŞTAY KARARLARI

Danıştay İDDK, 4/11/2010 tarihli ve E. 2010/2072, K. 2010/1467 sayılı karar.

Danıştay İDDK, 27/9/2021 tarihli ve E. 2020/2486, K. 2021/1589 sayılı karar.

Danıştay İDDK, 7/2/2022 tarihli ve E. 2021/3618, K. 2022/328 sayılı karar.

Dr. Murat ŞEN
(Anayasa Mahkemesi Genel Sekreteri-Raportör)

Murat AZAKLI
(Anayasa Mahkemesi Raportörü)

ANAYASA MAHKEMESİNE BİREYSEL BAŞVURU YOLUNDA DOSYA YÖNETİMİ

GİRİŞ

Temel hak ve özgürlüklerin korunmasında Türk anayasa yargısına yeni bir bakış açısı getiren en önemli değişiklik 23 Eylül 2012 tarihinden itibaren uygulanmaya başlayan bireysel başvuru yoludur. Bireysel başvuru sistemi Anayasa Koyucunun temel hak ve özgürlüklerin korunmasına yönelik ciddiyetinin bir yansımasıdır. Nitekim bireysel başvuru yoluyla Anayasa Mahkemesi (Mahkeme), sadece belirli ve sınırlı başvurucuların ulaşabileceği bir yüksek yargı organı olmaktan çıkartılarak temel hak ve özgürlüklerin ihlal edildiği iddiasıyla herkesin başvurabileceği bir yüksek mahkeme hâline getirmiştir. Türk anayasa yargısı norm denetimi faaliyetinin yanında, kamu gücünden kaynaklanan insan hakları ihlali iddialarını da inceleyen bir yargı organı hâline gelmiştir. Kamu gücü kavramı sadece idareyi değil yargıyı da kapsayan geniş bir kavram olarak kullanılmıştır.

Bireysel başvuru sistemiyle Anayasa Mahkemesinin herkesin ulaşabileceği bir yüksek yargı organı hâline gelmesi, yapılan başvuru sayılarının hızlı bir şekilde artmasına neden olmuştur. Mahkemeyi çalışamaz hâle getirebilecek yoğunluğa[1] ulaşan başvurularla baş edebilmek için Türk yargı sistemindeki geleneksel bakış açısından farklı yöntemlerin belirlenerek uygulanması gerekmiştir. Özellikle bireysel başvuru yolunu hayata geçiren 2010 yılındaki Anayasa değişikliğinin gerekçesi[2] dikkate alındığında başvurulara karar vermek için Mahkemenin etkin bir mekanizma kurması gerekmiştir. Anayasa değişikliğinin gerekçesinde belirtilen hak ihlallerine maruz kaldığını iddia eden kişilerin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine (AİHM) gitmeden önce tatmin edilerek AİHM'e yapılan başvuru sayılarının azaltılması ve iyi işleyen bir bireysel başvuru sistemiyle insan hakları standardının yükseltilmesi

1 Bu çalışmada belirtilen Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru istatistikler için resmi internet sitesinden sunulan istatistikler kullanılmıştır. Bkz. https://www.anayasa.gov.tr/tr/yayinlar/istatistikler/bireysel-basvuru/ (Erişim Tarihi: 5/1/2024)

2 7/5/2010 Tarihli ve 5982 Sayılı Kanun'la Anayasa'nın 148. maddesinde yapılan değişiklik için bkz. Yılmazoğlu, Y. E. ve Perdecioğlu, İ. E. (Haz.). (2021). *Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (Gerekçeli)*. Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları, s. 920-924.

amaçlanmıştır[3]. Bireysel başvuru dosya sayılarındaki artış, gerekçede belirtilen hedef ve amaçların gerçekleştirilmesini engelleyecek boyuta ulaşması dosya yönetiminin önemini daha fazla elzem hâle getirmiştir.

Bireysel başvuru istatistiklerine bakıldığında 2023 yılında 108.816 başvuru, bireysel başvuru siteminin kabul edildiği 2012 yılından bu yana ise AYM'ye toplam 579.754 başvuru yapılmıştır. Bu sayı 15 üyeden oluşan bir Mahkemenin üstesinden gelebileceği standartların çok üstündedir. Nitekim bireysel başvuru yolunu kabul etmiş Avrupa ülkelerindeki sayılarla karşılaştırıldığında Anayasa Mahkemesine kıyas kabul edilebilecek herhangi bir Mahkeme yoktur. Nitekim 1951 yılında kurulan Alman Federal Anayasa Mahkemesinin kuruluşundan 2022 yılına kadar yapılan toplam başvuru sayısı 259.309 olmuştur[4]. Öte yandan 46 ülkeden başvuru alan AİHM istatistiklerine bakıldığında ise 2023 yılında 34.650 başvuru yapıldığı görülmektedir[5].

Yukarıda belirtilen istatistikler Anayasa Mahkemesinin nasıl bir iş yüküyle karşılaştığını çarpıcı bir şekilde ortaya koymaktadır. Bununla birlikte Mahkeme anılan başvuruların 484.711'ini sonuçlandırarak %83,6 oranında gelen başvuruyu karşılama oranına ulaşmıştır. Bu başarı oranına ulaşma, Mahkemenin dinamik yönetim anlayışı çerçevesinde etkin bir sistem kurmasıyla mümkün olmuştur. Bu aşamada belirtmek gerekir ki dosya yönetiminde kurulan sistem sadece başvuruların kabul edilemezlikle sonuçlandırılmasını değil toplam 76.421 dosyanın esastan incelenmesini sağlamıştır. Esastan incelenen 72.560 başvuru dosyasında ihlal kararı verilmiştir. Makul sürede yargılama hakkı çıkarıldığında ihlal sayısı 16.117 olmuştur. Bu istatistik, Mahkemenin kurduğu dosya yönetim sisteminin sadece kabul edilemezlik bağlamında niceliğe değil başvuruların esastan incelenmesi kapsamında kararlarının niteliğinin arttırılmasına da katkı sağladığını göstermektedir. Zira sürekli artan sayıda gelen başvuruların kayıt, tasnif ve filtreleme işlemleri içinde boğulup kalmadan hak ihlali olan başvuruların gelen dosyalar içinden belirlenerek esastan incelenmesi sağlanmıştır. Böylelikle Mahkemenin içtihadının gelişimine de katkı sağlanmıştır.

Öte yandan Anayasa Mahkemesi incelemesinden geçip AİHM'e yapılan başvurularda başvurucuların başarı oranına dair bir istatistik yayınlanmamıştır. Ancak belirtmek gerekir ki FETÖ/PDY yargılamalarına dair dosyalar çıkarıldığında AİHM'e yapılan başvurularda ve ihlal karar sayılarında ciddi bir azalma olduğu açıktır.

3 5982 sayılı Kanunla Anayasa'nın 148. maddesinde yapılan değişiklik bkz. a.g.e. s. 922.

4 Alman Federal anayasa Mahkemesi istatistikler için bkz. https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Downloads/EN/Jahresbericht/jahresbericht_2022.pdf?__blob=publicationFile&v=3 (Erişim Tarihi: 8/1/2024)

5 AİHM istatistikleri için bkz. https://www.echr.coe.int/statistical-reports (Erişim Tarihi: 8/1/2024)

Bireysel başvurulardaki dosya yükünün üstesinden gelmeye yönelik yönetimsel stratejiler hak ihlali iddialarının esaslı olduğu başvuruların gözden kaçırılmamasını da gözeterek oluşturulmuştur.

Bireysel başvurunun gelişme sürecinde karşılaştığı iş yükünün en önemli sebebi 15 Temmuz 2016 darbe teşebbüsü olmuştur. Nitekim menfur darbe teşebbüsü sonrasında terör örgütüyle irtibat, iltisak tespit edilen kamu görevlilerinin ihracı Mahkemeye çok kısa süre içinde yaklaşık 80.000 başvuru yapılmasına neden olmuştur. Bu bağlamda dosya yönetimi temelinde oluşturulmuş sistemin anılan başvuru sayıları altında işlemesi zor bir hâle gelmiştir. Sonraki süreçte de terör örgütü yargılamaları kapsamındaki başvurular öncelikle tutuklama, sonra ceza yargılaması ve sonrasında da ihraç kararlarına karşı idari yargılama dosyalarıyla Mahkemeyi paralize etme boyutuna ulaşmıştır. Ancak her türlü zorluğa rağmen bireysel başvuru yolunun sürdürülebilirliği korunmuş ve AİHM nezdinde de etkili bir iç hukuk yolu olmaya devam etmiştir[6].

Bu makalede Anayasa Mahkemesinin dinamik ve reformist dosya yönetim stratejisi anlatılmaya çalışılmıştır. Bu süreçte yer alan ve katkı sağlayan Anayasa Mahkemesi Başkanı Sayın Zühtü Arslan yönetiminde tüm paydaşların özverili çalışmaları anlatılmaya çalışılacaktır.

I. BİREYSEL BAŞVURU SİSTEMİNİN MEVZUATTAKİ YAPISI

Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yolunun Anayasa değişikliğiyle kabul edilmesinden sonra 30/3/2011 tarih ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun ile bireysel başvuru yoluna ilişkin yasal alt yapı oluşturulmuştur. Bu kapsamda bireysel başvuru sistemi 6216 sayılı Kanun'un 45 ila 51. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Bireysel başvuru sisteminin genel hatlarını düzenleyen Kanun'un 48 ve 49. maddelerinde bireysel başvuru yolunun usul ve esasları ile ilgili diğer hususların Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'yle (İçtüzük) düzenleneceği hükme bağlanmıştır.

12/7/2012 tarihli ve 28351 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanan Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nde Bölümlerin ve Komisyonların oluşumu ve çalışma usulleri ile Genel Kurulun yetkileri düzenlenmiştir. Bireysel başvuruların incelenmesinde görev alan diğer birimler de İçtüzük'te farklı maddeler altında belirtilmiştir.

6 Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yolunun tüketilmesi gereken etkili bir iç hukuk yolu olduğuna dair AİHM kararları için bkz. *Hasan Uzun/Türkiye*, B. No: 10755/13, 30/4/2013; *Zeynep Mercan/Türkiye*, B. No: 56511/16, 8/11/2016; *Ahmet Tunç ve diğerleri*, B. No: 4133/16 ve 31542/16, 29/1/2019.

Anılan düzenlemeler kapsamında bireysel başvuru siteminde idari ve yargısal yönden Genel Sekreterlik, Bölümler Raportörlüğü, Komisyonlar Raportörlüğü, Ar-İç birimi ve Bireysel Başvuru Müdürlüğü görev almaktadır.

Genel Sekreterlik, Bireysel Başvuru Müdürlüğü üzerinden bireysel başvuruların kayıt ve sevk edilmesi, Genel Kurul ve Bölüm toplantılarıyla ilgili idari işlerin yürütülmesi, kararların otomasyonunun sağlanması ve arşivlenmesiyle ayrıca kararların infazıyla görevlidir[7]. İdari yönden bu görevlerde Komisyonlar ve Bölümler başraportörlerinin de kendi alanlarına giren konularda Müdürlüğün işlemlerini gözetim yetkisi bulunmaktadır. Bu bağlamda başraportörler de bireysel başvurunun idari yönden yürütülmesinde Genel Sekreterliğe destek olmaktadırlar. Zira bireysel başvuruda yargısal işlerle idari işleri birbirinden kesin çizgilerle ayırmak zordur. Dosya yönetimi açısından Bölüm kararlarının tüm süreçlerde gözetilme zorunluluğunun sonucudur.

Bireysel başvuru sisteminde iki birim ancak niteliğine göre üç ayrı yargısal aşama bulunmaktadır. Buna göre Komisyonlar ve Bölümler raportörlüğü her bir bireysel başvuru için raportörler vasıtasıyla hazırlanan taslakları dosyanın niteliğine göre ve sırası gözetilerek Komisyonlara, Bölümlere ve Genel Kurula sunmaktadırlar. Bu aşamaların herhangi birinde başvurunun sonuçlanmasına karar verilmesi hâlinde sonraki aşamaya geçilmeden karar kesinleşmektedir. Bu bağlamda Genel Kurul tüm üyelerden oluşurken[8] iki bölüm altışar üyeden[9], her bir Bölümün altında üçer olmak üzere altı Komisyon[10] da ikişer üyeden oluşmaktadır.

Komisyonlar, başvuruların ilk incelemesini yapan birimdir[11]. Komisyonlar raportörlerince hazırlanan kabul edilebilirlik ya da kabul edilemezlik karar taslaklarını karara bağlar. Komisyonlar oybirliği ile karar alır. Oybirliği sağlanamayan dosyalar Bölümlere gönderilir. Komisyonlar Raportörlüğünün işleyişinin sağlanması için Komisyonlar Başraportörü ile Komisyonlar Raportörleri Komisyonlar aşamasındaki incelemede görev almaktadır.

Bölümlerin asli görevi Komisyonlar tarafından kabul edilebilir bulunan veya kabul edilemezlik kararının esasla incelenmesi gerektiğine karar verilen bireysel başvuruların esasını inceleyip karara bağlamaktır[12]. Öte yandan bireysel başvuru esas olarak Bölümler ve Komisyonların görev alanına dahil olmakla birlikte Genel Kurul bireysel başvurulara ilişkin olarak, Bölümlerin kararları arasında oluşmuş veya oluşabilecek içtihat farklılıklarını gidermek

7 Bkz. İçtüzük'ün 35. maddesi.
8 Bkz. İçtüzük'ün 24. maddesinin (1) numaralı fıkrası.
9 Bkz. İçtüzük'ün 27. maddesinin (1) numaralı fıkrası.
10 Bkz. İçtüzük'ün 32. maddesinin (1) numaralı fıkrası.
11 Bkz. İçtüzük'ün 32 ilâ 33. maddeleri.
12 Bkz. İçtüzük'ün 27 ilâ 30. maddeleri.

ve Bölümlerce Genel Kurula sevk edilen konuları karara bağlamaktadır[13].

Ar-İç birimi ise temel olarak, diğer birimlere yardımcı olan birim olarak nitelendirilebilir. Karar taslaklarını, Genel Kurulda ve Bölümlerde görüşülmesinden önce içtihat uyumluluğu ve gelişimi ile hukuk dili ve yazım kuralları yönünden inceleyerek taslak hakkındaki görüşlerini rapor hâlinde Heyete sunmakla görevlidir[14]. Bireysel başvuru açısından Ar-İç birimi Genel Kurula sevk edilen her başvuru için ve Bölümlerdeki başvurular açısından Heyetin talep ettiği başvurularda rapor hazırlamaktadır. Bunlara ek olarak Başkan ya da Başkanvekillerinin talebi üzerine, kararların hazırlanmasına yönelik araştırma ve inceleme raporları hazırlayarak ilgililerin yararlanmasına sunmaktadır[15].

Öte yandan başvuru sayısının artması ve niteliklerinin farklılaşmasından sonra gelen başvuruların daha kısa sürede ve verimli bir incelemeye tabi tutulması için raportörlerin uzmanlık gruplarına ayrılmasına ya da çalışma grupları oluşturulmaya başlanmıştır[16]. Bu anlamda hak grupları oluşturularak her hak grubunun başında ilgili hakkın koordinasyonunu sağlamak üzere Başkan tarafından koordinatörler görevlendirilmektedir. Hak grupları karar taslaklarının hazırlanmasında gelinen aşamada verimli ve etkin çalışmasının en başat unsuru olarak çalışmaktadırlar.

II. BİREYSEL BAŞVURU SİSTEMİNİN GELİŞTİRİLMESİ

Bireysel başvuru yolunun kabulünden sonra 6216 sayılı Kanun ve İçtüzük'le yukarıda belirtildiği gibi bir yapı kurulmuştur. Anılan yapının uygulanmasında 2012-2013 yıllarında yaklaşık 12.000 başvuru yapıldığından herhangi bir sıkıntıyla karşılaşılmamıştır. Ancak 2014 yılında başvuru sayısının 20.578 sayısına ulaşması sistemin gözden geçirilmesine yönelik uyarı olarak değerlendirilmiştir. Sonrasında 2015 yılında da 20.376 başvuru sayına ulaşılması Mahkemenin yıllık ortalama en az 20.000 başvuruyu karşılaması gerektiği öngörüsünü oluşturmuştur. Bu nedenle 2015 yılında sistemin revize edilmesine yönelik çalışmalara başlanmıştır.

Öncelikle artan iş yüküyle baş etmek için bireysel başvuruya bakan raportör sayısı arttırılmıştır. Bununla birlikte raportörlerin hazırladıkları taslakların sayısını arttırmak için 2015 yılına kadar Mahkemeyi en çok meşgul eden konular ve bunlara ilişkin Mahkemenin içtihadı belirlenmiştir. Belirlenen içtihat üzerine Mahkemenin benzer konularda yaklaşım tarzı ortaya konularak

13 Bkz. İçtüzük'ün 28. maddesinin (3) numaralı fıkrası.
14 Bkz. İçtüzük'ün 26. maddesi.
15 Bireysel başvuru karar süreçlerinin görsel sunumu için bkz. https://www.anayasa.gov.tr/media/8619/basvuru_surecleri_2023.pdf (Erişim Tarihi: 10/1/2024)
16 Bkz. İçtüzük'ün 38. maddesinin (6) numaralı fıkrası.

raportörler için Mahkemenin iç işleyişine yönelik rehber kitapçıklar yine raportörler tarafından hazırlanmıştır. Bu kitapçıkların hazırlanması raportörlerin Mahkemenin kararlarının takibini sağlamayı hedefleyerek içtihat tutarlığının korunmasını sağlamıştır.

Bu kapsamda 2015 yılında yapılan çalışmalarla dosya yönetimi belirli bir düzeye getirilmiştir. Ancak 15 Temmuz 2016 tarihindeki menfur darbe girişimi sonrasında yapılan bireysel başvuru sayılarındaki artış kurulan sistemin karşılaşılan yeni iş yükünü kaldıramayacak nitelikte olduğunu göstermiş ve yeni arayışlara neden olmuştur. Ayrıntılarını görmek açısından 2015 yılı ve sonraki dosya yönetim sistemi iki dönem hâlinde incelenmiştir.

A. OLAĞANÜSTÜ HÂL İLAN EDİLİNCEYE KADAR OLAN DÖNEM

1. Dosya Yönetimi Çalışma Grubu Oluşturulması ve Faaliyetleri

2015 yılında ilk olarak bireysel başvuru sisteminin revize edilmesi için Başkanlık kararıyla çalışma gurubu kurulmuştur. Çalışma grubu yargısal işlerden sorumlu Genel Sekreter Yardımcısının başkanlığında başraportörler ve ilgili raportörlerden oluşmuştur. Çalışma grubu yaklaşık bir ay boyunca sistem üzerinde tartışmalar ve değerlendirmeler yapmıştır. Bu süreçte AİHM'in dosya yönetim sistemini incelemek ve buna dair rapor hazırlamak üzere çalışma grubundan bir raportör görevlendirilmiştir. Bu çalışma grubu 2021 yılında resmi olarak kurulacak olan Kurumsal Verimlilik Çalışma Grubunun (KVÇG) ilk adımı olarak değerlendirilebilir.

Yapılan toplantılar sonucunda Bireysel Başvuru Müdürlüğü bünyesindeki Ön İnceleme Bürosunun, Komisyonların ve Bölümlerin başvuruları inceleme ve karar taslağı hazırlama süreçlerini detaylı şekilde gösteren Çalışma Kılavuzları oluşturulmuştur. Bu çalışmalar sonucunda mevzuat esas alınarak daha verimli yeni bir sistem kurulmuştur. Sistem oluşturulurken özellikle UYAP sisteminden yararlanılmıştır. UYAP'ın yargı sistemindeki etkin kullanımı esas alınarak mahkemeler, Cumhuriyet savcılıkları, ceza infaz kurumları ve yüksek yargıyla entegrasyon sağlanmıştır. Buna ilişkin olarak Adalet Bakanlığıyla ortak yazılım projesi yürütülmüştür.

Öte yandan dosya yönetimine ilişkin olarak Bölümler aşamasında uzmanlık alanlarına göre hak grupları oluşturulmuştur. Hâlen uygulanan bu hak grupları, Bölümler ve Bölüm-Komisyonlar aşamasındaki başvuruların koordinasyonu ve başvuruların değerlendirilerek sonuçlandırılmasından sorumludurlar. Hak grupları olarak;

1. Yaşam hakkı ve işkence ve kötü muamele yasağı grubu,
2. Kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı grubu,

3. Özel ve aile hayatına saygı hakkı grubu,
4. Nitelikli haklar grubu (İfade ve basın özgürlüğü, toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı, seçme-seçilme hakkı, sendika hakkı ve örgütlenme özgürlüğü),
5. Mülkiyet hakkı grubu,
6. Medeni hak ve yükümlülükler hak grubu (Adil yargılanma hukuk ve idare),
7. Suç isnadı hak grubu (Adil yargılanma ceza),

olmak üzere 7 hak grubu oluşturulmuş ve her hak grubunun koordinasyonunu sağlamak üzere Başkan tarafından Koordinatörler görevlendirilmiştir.

Bölüme sevk edilen başvurular açısından başvurunun hangi hakka ilişkin olduğunu tespit etmek üzere hak kodları oluşturulmuştur. Hak kodlarına ilişkin olarak UYAP üzerinden oluşturulan sisteme her bir dosyaya ihlal iddiasına ilişkin olarak hak kodunun girilmesi sağlanmıştır. Bunun dışında aynı veya benzer konuya veya yargılamaya ilişkin başvurular tespit edilerek birlikte değerlendirilmesini sağlamak üzere dava kodları oluşturulmuştur. Başvuruların kaydedilmesi aşamasında hangi ihlal iddiasıyla yapıldığına göre hak kodu veya duruma göre dava kodu belirlenerek UYAP sistemine girilmektedir.

Bu dönemde Komisyonlar aşamasındaki karar taslaklarının daha hızlı ve içtihada uygun olarak yazılması için kısa karar şablonları oluşturulmuştur. İlkesel her kabul edilemezlik kararı için iki sayfayı geçmeyen kısa karar şablonları oluşturulmuş ve ilgili ilkesel karar atıf olarak şablonda belirtilmiştir. Bu şekilde iki yüzden fazla karar şablonu belirlenerek UYAP sistemine yüklenmiştir. Böylece raportör tarafından kabul edilemezlik karar taslağı yazılacak başvurularda ilgili kabul edilemezlik nedeni ve şablon seçilerek, karar şablonuna yalnızca somut olaya özgü kısımlar yazılmak suretiyle karar taslaklarının hazırlanması sağlanmıştır.

Öte yandan Komisyon kararlarının tamamında Bölümler veya Genel Kurul tarafından verilen ilkesel nitelikteki kabul edilemezlik kararlarına atıf yapıldığı için Mahkemece verilen ve yayınlanan kararlara isim verilmesi ve atıf yapılan karara erişimin sağlanması gerektiği değerlendirilmiştir. İşte bu temel gerekçelerle Bölümler ve Genel Kurul kararlarına künye oluşturularak isim verilmesi hayata geçirilmiştir. Yeni verilecek kararlarla birlikte geçmişte verilen fakat künye oluşturulmayan kararlara da künye oluşturulması sağlanmıştır.

Bölümler ve Genel Kurul kararlarının internet sitesinde yayınlanması gerektiği İçtüzük'ün 81. maddesinin (4) numaralı fıkrasında belirtilmiştir.

Ancak Mahkemece verilen kararları arama ve tüm kararlara ulaşma imkânı bulunmamaktaydı. Bu nedenle Bölümler ve Genel Kurul tarafından verilen tüm kararların bulunduğu ve kelime ya da ihlale dayalı olarak arama yapılabilecek bir sistem, kararlar bilgi bankası kurulmuştur[17]. Bu şekilde Bölümler ve Genel Kurul kararlarının tamamına erişim imkânı sağlanmıştır.

2. Komisyonlar Raportörlüğünde Filtraj Birimi Kurulması

Bireysel Başvuru Müdürlüğü gelen başvuruyu kaydettikten sonra başvuruda eksikler bulunup bulunmadığı yönünden yaptığı inceleme sonucunda başvuruyu ilgili raportöre göndermekteydi. Raportör başvuru formunda veya eklerinde tespit edilen eksiklik için başvurucuya eksiklik bildirimi yazmaktaydı[18]. Daha sonra dosya kabul edilebilirlik incelemesi için raportöre sevk edilmekteydi. Anılan eksiklik bildirimi gelen başvuruların çoğuna yazılmaktaydı. Eksiklik bildirimi, süre yönünden kabul edilemezlik kararları dışında ilk bakışta kabul edilemezlik kararı verilebilecek dosyalar için dahi uygulanmaktaydı. Ancak bu uygulama başvurucular açısından nihayetinde kabul edilemezlik kararı verilebilecek dosyalar için yeni bir süreci başlattığı gibi Mahkeme açısından da başvuruya ilişkin usul ekonomisi ilkelerine aykırı olarak zaman ve emek kaybına yol açmaktaydı. Bu nedenle başvuruların taranarak kayda alınmasından sonra ilk incelemeyi yapan birime ilişkin yeni bir yapılanmaya gidilmesinin verimliliği arttıracağı değerlendirilmiştir.

Başvuruların ilk incelemesindeki yeni bakış ihtiyacı AİHM uygulamasına benzer filtraj biriminin kurulmasına yol açmıştır. Buna göre başvurular geldiği anda eksiklik incelemesi yapılmadan raportöre tevzi edilerek mümkünse aynı gün veya en geç ertesi günü ilk incelemelerinin yapılması hedeflenmiştir. Şekil açısından da yapılan bu incelemede UYAP üzerinden entegrasyonlar da kullanılarak süre aşımı, konu bakımından, kişi bakımından, zaman bakımından ve yer bakımından yetkisizlik kararları ile başvuru yollarının tüketilmemesi ve çok açık kanun yolu şikâyeti niteliğindeki başvuruların derhâl sonuçlandırılması sağlanmıştır. İlk inceleme aşamasında anılan gerekçelere dayalı kabul edilemezlik kararı verilemeyecek başvurular ise şekli anlamdaki eksiklikler tamamlandıktan sonra derhâl Bölüm-Komisyona gönderilmiştir. Mahkeme bu çalışma usulünde ilk bakışta kabul edilemezlik karar taslağı yazılabilecek başvuruların sistemden düşmesini ve esasa müessir olabilecek ihlal iddialarını içeren başvuruların Bölüm-Komisyonlara sevkini amaçlamıştır.

Filtraj sisteminin kurulmasının amacı ilk bakışta kabul edilemez nitelikteki olan başvuruları derhâl sonuçlandırmak, tekrar eden başvuruları tespit ederek listeler hâlinde karara bağlamak, ihlal iddiası ciddi olan başvuruların da daha hızlı ve nitelikli şekilde incelenmesini sağlamaktır.

17 Kararlar bilgi bankası için bkz. https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ (Erişim Tarihi: 10/1/2024)

18 Bkz. İçtüzük'ün 66. maddesinin (1) numaralı fıkrası.

Öte yandan filtrajla birlikte UYAP üzerinden Komisyonlar ve Bölümler arasında Bölümler Raportörlüğü görev alanı içinde Bölüm-Komisyon rolü oluşturulmuştur. Komisyonlar tarafından ilk incelemede kabul edilemezlik kararı verilemeyecek başvurular ihlal iddiasına göre ilgili hak ve dava kodları girilerek Bölüm-Komisyona gönderilmektedir. Bu aşamada ilgili hak grubu tarafından değerlendirme yapılmaktadır. İlgili hak grubu ihlal olabilecek başvuruların veya ilkesel nitelikteki başvuruların Bölümlere sevkini gerçekleştirmekte, bu nitelikte olmayan başvuruları ise kabul edilemezlik kararı ile sonuçlandırmaktadır. Buradaki temel amaçlardan biri, esaslı ihlal iddiasının hakkın uzmanı olan raportörler tarafından incelenmesini sağlamaktır. Diğer bir amaç ise aynı konuda başvurulardan ilke kararı beklenen başvuruların Bölüm-Komisyon rolünde beklemesi sağlanarak ilke veya öncü karar çıktıktan sonra kararın niteliğine göre taslakların hızlı bir şekilde hazırlanmasıdır. Nitekim öncü veya ilke kararı kabul edilemezlikle sonuçlandırılması hâlinde aynı ve benzer başvurular Bölüm-Komisyon rolündeyken doğrudan Komisyonlara sunularak Bölümler heyeti süreci işletilmeksizin hızlı bir şekilde sonuçlandırılması sağlanmaktadır.

3.Bölümler Raportörlüğünün Yapısına Dair Çalışmalar

Bölümlerde, Komisyonlar veya Bölüm-Komisyonlar tarafından sevk edilen başvurular incelenmektedir. Bireysel başvuru sistemi ilk kurulduğunda sadece Komisyonlar için UYAP sistemi kullanılmaktaydı. Bölümler ve Bölümlerin içinde oluşturulan Bölüm-Komisyon UYAP sistemine entegre değildi. Bu durum bazı aksaklıklara neden olmaktaydı. Özellikle Komisyonlar aşamasında başvuruların UYAP sistemi üzerinden incelenmesi ve Bölümlerde UYAP sisteminin kullanılmaması başvuruların takibi ve koordinasyonu açısından sorunlara yol açmaktaydı. Ayrıca Bölümde yazılan taslakların hazırlanmasında koordinatör raportörlerin ve başraportörün taslaklara görüş yazımı aşamasında bazı problemlere sebep olmaktaydı. Zira fiziki olarak yapılan dosya takibinde hataların ortaya çıkması işin doğasından kaynaklanmaktaydı. İşte bu sorunları önlemek amacıyla Bölümler ve Bölüm-Komisyonlar UYAP sistemine dâhil edilmiş, UYAP bu birimlerin çalışma şekline uygun olarak dizayn edilmiştir.

4. Bireysel Başvuru Dosyalarında Önceliklendirme Meselesi

İçtüzük'ün 68. maddesine göre bireysel başvurular geliş sırasına göre incelenerek karara bağlanır. Öte yandan başvuruların konuları itibarıyla önemi ve aciliyeti gözetilerek Mahkeme tarafından belirlenecek kriterler gözetilerek farklı bir önceliklendirme sıralaması yapılabilir.

2015 yılına kadar Mahkeme anılan hükme göre başvuruları geliş sırası temelinde incelemekte bazı durumlarda başvurunun konusu gözetilerek Genel

Kurulun takdir ve değerlendirmesi ile bazı başvurulara öncelik verilerek inceleme yapmaktaydı. Ancak geliş sırası dışında, konusuna göre istisna başvurulara ilişkin olarak Genel Kurulun takdir ve değerlendirmesine sunulması zorluklara neden olmaktaydı. Bu nedenle 2015 yılında Genel Kurul tarafından yapılan değerlendirme ile başvuru konusuna göre kural olan geliş sırasına istisna teşkil edilebilecek bireysel başvuruların incelenmesinde öncelik kriterleri Genel Kurul kararıyla belirlenmiştir. Bu şekilde bireysel başvurularda önceliklendirme kriterlerinde öngörülebilirlik ve hukuki belirlilik de sağlanmıştır.

Genel Kurul kararı kapsamında öncelikli başvurulardan ilk sırada, "acil" kategorisinde incelenecek başvurular gelmektedir. Bu kapsamdaki başvurular,

- Başvurucunun hayatı veya sağlığına ilişkin ciddi ve aciliyet arz eden hâller[19],
- Başvurucunun kişisel veya ailevi durumuyla bağlantılı ciddi ve aciliyet arz eden hâller
- Bir çocuğun yararının söz konusu olduğu ciddi ve aciliyet arz eden hâller
- Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 73. maddesi kapsamında kalan başvurular
- Kanuni tutukluluk süresinin aşıldığı hâller
- Ağır adil yargılanma hakkı ihlallerinin bulunduğu hâllerdir.

İkinci sırada öncelikli başvurular kapsamında "pilot ve öncü" karar niteliği olan başvurular gelmektedir. Bu kapsamda,

- Bireysel başvuru sisteminin etkinliği üzerinde etki yapabilecek sorunları barındıran başvurular
- Mahkemenin henüz incelemediği yapısal durumlar (pilot karar uygulaması)
- Çok önemli genel fayda taşıyan başvurular (bilhassa hukuk sisteminde esaslı bir soruna temas edebilecek başvurular) sayılabilir.

Üçüncü sırada "çekirdek haklar" olarak belirlenen temel haklar sayılmaktadır. Bu kapsamdaki haklar;

Tekrarlayan başvuru olmalarına bakılmaksızın insan onuruna ve fiziksel varlığına doğrudan tehdit içeren;

19 Ciddi ve aciliyet arzeden hâller: İncelemenin süratle yapılmaması hâlinde başvurunun anlamsız/faydasız olabileceği durumları ifade eder.

- Yaşam hakkına ilişkin başvurular
- İşkence ve kötü muamele yasağına ilişkin başvurular,
- Kölelik ve zorla çalıştırma yasağına ilişkin başvurular,
- Doğrudan özgürlükten yoksun bırakmaya ilişkin başvurular sayılabilir.

Bu üç sıralamadan sonra ise; iyi hazırlanmış başvurular, yerleşik içtihat kapsamında incelenecek başvurular ile kabul edilebilirliği aşmayan başvurular şeklinde sıralama yapılmıştır.

Mahkeme önceliklendirme kriterlerine ilişkin olarak kategoriler belirlemiş ve UYAP sistemine entegre etmiştir. Ayrıca önceliklendirme değerlendirmesini hayata geçirmek için tutuklamanın hukuki olmadığı iddiasıyla yapılan başvurulara ilişkin olarak ayrı bir takip sistemi kurulmuş ve bu nitelikteki başvuruların kısa süre içinde incelenerek sonuçlandırılması amaçlanmıştır.

Yine kamuoyunu ilgilendiren başvuruların takibi amacıyla ayrı bir sistem oluşturulmuş, bu nitelikteki başvuruların daha kısa sürede incelenmesi sağlanmıştır.

Mahkeme bu şekilde, ihlal iddialarına göre farklı bir sıralama yapılmasını öngörmüştür. Yukarıda belirtilen önceliklendirme listesine göre hak grupları arasında farklılaşmalar olabileceği de değerlendirilmiştir. Öte yandan temel ilkenin başvuru sırasına göre inceleme olduğu da her durumda göz önünde bulundurulmuştur.

B. OLAĞANÜSTÜ HÂL İLANINDAN SONRAKİ DÖNEM

15 Temmuz menfur darbe teşebbüsüne kadar Anayasa Mahkemesi tarafından 2015 yılında kurulan sistem işletilmiştir. Yapılan başvuru sayıları ile verilen karar sayıları sistemin işlediğini göstermektedir. Ancak darbe teşebbüsü sonrası başvuru sayılarında çok kısa sürede artış olmuş ve yeni bir sistem arayışı doğmuştur.

1. Liste Hâlinde Karar

15 Temmuz menfur darbe teşebbüsü sonrasında 7-8 aylık süre içinde Anayasa Mahkemesine 100.000'in üzerinde başvuru yapılmıştır. Özellikle tutuklama ve gözaltı kararlarına yönelik olarak kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı ile Kanun Hükmünde Kararnameler ile kamu görevinden ihraçlara yönelik olarak özel hayata saygı hakkının ihlali iddiasıyla çok sayıda başvuru kayda alınmıştır. Bu dönemde Olağanüstü Hâl İşlemleri İnceleme Komisyonu henüz kurulmadığı ve KHK ile ihraç kararlarına yönelik olarak hukuk sistemi içinde bir başvuru yolu ihdas edilmediği için bu yöndeki tüm başvurular Anayasa Mahkemesine yapılmıştır. Mahkeme bu başvuruların kısa sürede tasnif edilmesi için emek ve mesaisini bu alana hasretmiştir.

685 sayılı KHK ile OHAL İşlemleri İnceleme Komisyonunun[20] kurulmasından sonra KHK ile ihraç kararları başta olmak üzere bazı konularda anılan Komisyona başvuru yolu açılmıştır. Anayasa Mahkemesi anılan başvuru yolunun ihdas edilmesinden sonra KHK ile ihraç kararlarına yönelik başvuruların başvuru yolları tüketilmediği gerekçesiyle "Liste Hâlinde Karar" yöntemiyle kabul edilemezliğine karar vermiştir. Mahkeme ilk defa Liste Hâlinde Karar şeklinde yeni bir karar çeşidi hazırlayarak her bir başvuru için ayrı ayrı karar yazılması yerine her bir karar ekinde 1.000 başvurunun sonuçlandırılmasını sağlamıştır. Bu sistemle yaklaşık 72.000 başvuru, 72 kararla yani her bir Komisyon heyeti 12-13 karar imzalayarak tüm başvuruları sonuçlandırmıştır. Böylelikle hızlı bir şekilde ihraç kararlarına dair başvuruların OHAL İşlemleri İnceleme Komisyonuna devri sağlanmıştır. Başvuru yolları tüketilmediğinden kabul edilemez olduğu değerlendirilen dosyalara ilişkin hızlı ve etkin taslak hazırlanmasını sağlayan liste hâlinde karar uygulaması hem yazılım yönünden hem de pratiklik açısından liste usulü karar yazımına ilham kaynağı olmuştur.

Liste Hâlinde Kabul edilemezlik kararı verilebileceği İçtüzük'ün 34. maddesinin (2) numaralı fıkrasının (b) bendinde düzenlenmiştir. Anlan hükme dayalı olarak ve Bölümlerce karara bağlanan *Remziye Duman* kararındaki ilkeler doğrultusunda her kararda 1000 başvurunun sonuçlandırılması sağlanmıştır[21]. Liste Hâlinde Karar yazımı, sonraki dönemlerde seri hâlde inceleme yapılan makul sürede yargılanma hakkının ihlali iddialarının incelenmesi ve sonuçlandırılmasında da kullanılmıştır.

2. Liste Usulü Karar (LUK) Yazımı Süreci

Bireysel başvuru sisteminde Komisyonlar raportörlüğü, Genel Kurul veya Bölümlerde karara bağlanan ilkesel nitelikteki ihlal edilmeme ve kabul edilemezlik kararları doğrultusunda kabul edilebilirlik incelemesi yaparak hazırladığı taslakları Komisyonlara sunmaktadır. Bu kapsamda Komisyonlar raportörlüğünde filtraj ekibi kurularak başvuruların etkin ve hızlı bir şekilde inceleme kapasitesi arttırılmıştır. Ancak etkinlik ve hız konusunda oldukça fazla mesafe kat edilmiş olmasına rağmen 2016 ve 2017 yıllarında gelen başvuruların artması ile teraküme neden olmamak amacıyla dosya yönetim stratejisinin tekrar gözden geçirilmesine ihtiyaç duyulmuştur.

Dosya yönetim stratejisinin gözden geçirilmesinde en büyük etken 15 Temmuz darbe teşebbüsü sonrası artan başvurular olmuştur. Darbe teşebbüsü sonrası yaklaşık 100.000 başvuru yapılmıştır. Bu başvurular yukarıda belirtildiği gibi 685 sayılı KHK ile ihdas edilen başvuru yolunun, ihlal iddialarına

20 23/1/2017 tarih ve 685 sayılı Olağanüstü Hâl İşlemleri İnceleme Komisyonu Kurulması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname.

21 *Remziye Duman*, B. No: 2016/25923, 20/7/2017.

göre ilk bakışta ulaşılabilir ve ihlal iddialarıyla ilgili başarı şansı sunma ve yeterli giderim sağlama kapasitesi olduğu görüldüğünden başvuru yolu tüketilmediği gerekçesiyle kabul edilemez bulunmuştur[22]. Ancak anılan başvuruların inceleme sürecinde diğer başvurular da artış olmuştur. Buna ek olarak darbe teşebbüsü temelindeki adli ve idari yargılama süreçleri sonunda tekrar başvuru yapılabileceği öngörülmüştür. Yıllık ortalama 40.000 ila 45.000 bireysel başvuru yapılması öngörüldüğünden filtraj sisteminin bu kadar dosya yüküyle baş etmesi mümkün görülmemiştir. Raportör sayısı, başvuru sayısı ve darbe teşebbüsü bağlantılı yargılama dosyalarının bireysel başvuruya konu olma ihtimali dikkate alındığında dosya yönetim stratejisinde filtraj sistemine alternatif bir uygulamaya geçilmesi değerlendirilmeye başlanmıştır.

Bu bağlamda ihtiyaçları tespit etmek ve alternatif çözüm yolları sunmak amacıyla Komisyonlar raportörlüğünde yeni bir çalışma grubu oluşturulmuştur. Komisyonlar başraportörü, koordinatör raportörleri ve raportörlerden oluşan çalışma grubu mevcut iş yükünün üstesinden gelmek ve bireysel başvuru sisteminin sürdürebilirliğini güçlendirmek üzere bir rapor hazırlamıştır.

Buna göre öncelikle Komisyon raportörlerinin görev alanının kapsamı değerlendirilmiştir. Komisyon raportörlerinin görevlendirmelerinde filtraj sistemine alternatif olarak haklar temelinde bir görevlendirme yapılması hâlinde meydana gelebilecek durumlar gözden geçirilmiştir. Bu bağlamda raportörlerin Bölümlerdeki gibi hak bazlı görevlendirilmesinin uzmanlaşmayı sağlayacağı ve daha verimli bir sistem oluşturabileceği değerlendirilmiştir. Bu tür bir yapı ile Bölüm ve Komisyonlar raportörlüğü arasındaki organik bir ilişki kurulması planlanmıştır. Komisyonlar raportörlerinin bölüm kararı yazabilmesine de imkân tanınmıştır.

Öte yandan başvuru sayısının fazlalığı gözetildiğinde bireysel başvuru yolunun sürdürülebilirliği açısından daha fazla başvurunun sonuçlandırılması gerektiği değerlendirilmiştir. Bu ihtiyacın karşılanmasının sabit üye sayısı olan Mahkeme açısından raportör sayısının arttırılmasıyla çözülebilecek bir durum olmadığı tespit edilmiştir. Bu nedenle karar taslak yazımına dair pratik ve hızlı bir dosya yönetiminin kaçınılmaz olduğu görüşü güçlenmiştir. Bu görüşün temelinde mevcut ve muhtemel iş yükü gözetilerek liste usulü ile karar yazımının mümkün olup olmadığı tartışılmıştır. Bu bağlamda 7/12/2017 tarihinde "Bireysel Başvuruda İş Yükü Sorunu ve Çözüm Önerileri" konulu Genel Kurul toplantısında yapılan müzakereler sonrası Komisyonlar aşamasında, hâlen uygulanmakta olan, liste usulü karar yazımına dair çalışma yapılmasına karar verilmiştir.

Anılan kararla birlikte liste usulü karar yazımının ayrıntılarının belirlenmesi için Komisyon raportörlerinin katılımıyla çalışma toplantısı yapılmıştır.

22 *Remziye Duman*.

Çalışma toplantısında liste usulü karar yazımına dair (LUK) yapılması gereken öneriler belirlenmiştir. Bu bağlamda Genel Kurul tarafından daha sonra kabul edilen ilkelere göre yalnızca açık bir şekilde kabul edilemez olduğu değerlendirilen başvuruların liste usulü ile Komisyonlara sunulabilmektedir. Yapısal sorunlara işaret eden, ilke kararı gerektiren, seri ve aynı nitelikte olan ve kamuoyunu yakından ilgilendiren başvuruların liste usulü kapsamında hazırlanmaması gerekmektedir. Ayrıca idari ret kararları, adli yardım ret kararlarının ve kötü niyet disiplin cezasına dair ara kararların liste usulü yazılmaması esastır.

Öte yandan LUK yazımı, üç aşamalı bir süreçle sonuçlanmaktadır. Buna göre Raportörün Komisyonlara başvuruların içeriğini anlatma usulü "dosya notu" aşaması olarak adlandırılmıştır. Komisyonların dosya notu kapsamında karar vereceği aşama "karar taslağı" aşaması, başvuruculara kararın bildirileceği aşama ise "karar bildirimi" aşaması olarak belirlenmiştir.

Dosya notu, değerlendirmeye hazır başvurularda (eksiklik bildirimi yapılmış veya yapılmasına gerek görülmemiş başvurular) raportörlerin başvurunun özünü anlattığı ve sonuca yönelik önerisinin Komisyonlara sunulduğu aşamadır. Bu aşamada raportörün başvurunun özünü kısa ve herhangi bir tereddüde yer vermeden özetlemesi beklenmektedir. Örneğin tutukluluğun makul süreyi aştığı iddiasında tutukluluk süresinin, tazminatın yeterli olduğu durumlarda tatmin edici tazminat miktarının, makul sürede yargılanmada yargılama süresinin yazılması gerektiği gibi.

Öte yandan başvuruların nitelikleri gözetilerek "basit" ve "karmaşık" dosya olarak sınıflandırılması öngörülmüştür. Basit başvurular, usuli kabul edilemezlikle nedenleri içeren ve kanun yolu şikâyeti niteliğinde olan başvuruları tanımlamaktadır. Karmaşık başvurular, ileri sürülen iddialar ve somut olayın koşulları açısından ayrıntılı inceleme gerektiren başvurulardır. Başvuruda ileri sürülen hakların kural olarak bu ayrıma herhangi bir etkisi bulunmamaktadır.

Dosya notunda kural olarak başvurucunun şikâyetleri, başvuru konusu olay ve değerlendirmenin bulunması gereklidir. Ancak usule ilişkin kabul edilebilirlik kriterlerinin (süre, konu, kişi, zaman) karşılanmadığı hâllerde şikâyetler ve başvuru konusu olayların notta ihmal edilmesi mümkündür.

Karar taslağı aşamasında, karar taslağı UYAP üzerinden hazırlanacak liste ve karar metni ile birlikte Komisyonlara sunulacaktır. Kabul edilemez olarak değerlendirilen ve bu şekilde Komisyona sunulması öngörülen tüm başvuruların listeye eklenmesi gerekmektedir. Ancak liste usulüyle atılamayacağı değerlendirilen başvuruların mevcut karar taslağı kullanılarak Komisyonlara sunulması mümkündür. Bu uygulama istisnai ve niteliği itibarıyla açıkça da-

yanaktan yoksun olmakla birlikte başvurucuya ayrıntılı gerekçe gerektiren başvurular için geçerlidir.

Karar bildirimi, Komisyonların liste usulü ile verdiği karar üzerine başvuruculara kabul edilemezlik kararının bildirildiği aşamadır. Bu aşamada öncelikle standart bildirimlerin oluşturulması esastır. Bu bildirimler olabildiğince genel ve kısa açıklamalar içermektedir. Başvurucuya gönderilen bildirim, dosya notu aşamasında belirlendiğinden bu aşamada UYAP etkin bir şekilde kullanılmaktadır. UYAP vasıtasıyla listede belirtilen başvurular çoklu ortamdan tekli karara aktarılarak başvurucuya yapılacak bildirim hazırlanmaktadır. Bununla birlikte başvurucuya gönderilen karar bildirimlerinde kabul edilemezlik kararına esas alınan Mahkeme kararına da atıf yapılmaktadır. Kabul edilemezlik kararlarının hangi kararlara dayanılarak verildiği başvuruculara da bildirilmektedir.

LUK yazımı ve ilkeleri uygulamasıyla Komisyonlar raportörlerinin dosya inceleme süresine daha geniş zaman ayırarak karar taslağı yazımına UYAP imkânlarıyla daha az emek harcamaları sağlanmıştır.

Öte yandan 2022 yılında LUK dosya notunun yazımına ilişkin bir yönerge hazırlanmıştır. Gelinen son nokta dosya iki başlık altında hazırlanmaktadır. Başvurunun özeti ve değerlendirme başlıkları altında başvuruya konu süreç ve olaylar, başvurucunun iddiaları ve raportörün önerisi dosya notuna yazılarak Komisyonlara sunulmaktadır.

Karar yazımı olarak LUK sistemi için ayrıca Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nde de değişiklik yapılması gerekmiştir. 6/11/2018 tarih ve 30587 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanan İçtüzük değişikliği kapsamında İçtüzük'ün 77. maddesine eklenen (3) numaralı fıkrayla liste usulü kararlarda farklı bir şekil uygulanabileceği kabul edilmiştir.

3. Karar Taslağı Yazımında Koordinasyon ve Komisyonlarda Hak Grupları

Yeni bir yol olan bireysel başvuruya dair ilk kararlar verilirken özellikle tüm sisteme etkileri açısından değerlendirmeler yapılmıştır. Bu nedenle raportörler tarafından yazılan taslaklar çapraz okuma yöntemiyle denetime tabi tutulmuştur. İlk dönemlerde kontrol amacıyla taslakların okunmasıyla görevli raportörlerin herhangi bir unvanı bulunmamaktaydı. Nitekim emekleme dönemi olarak isimlendirebileceğimiz bireysel başvurun ilk iki yılında sayı olarak sonraki dönemlerle karşılaştırılabilecek kadar dahi başvuru yapılmamaktaydı. Öte yandan Mahkemenin verdiği tüm kararlar ilkesel olup sayı itibarıyla tüm raportörlerin takip edebileceği seviyedeydi. Raportör sayısı da yeni artmaya başlamıştı. Bu nedenle kontrol sistemi yarı profesyonel şekilde yürütülmekteydi.

İlk iki yıldan sonra başvuru sayılarındaki artışla birlikte raportör sayısı da artmış ve Mahkemenin verdiği karar sayısı da yükselmeye başlamıştır. Bu durum raportörlerin yazdığı taslakların kontrolünü zorlaştırdığı gibi Mahkemenin verdiği kararların çeşitliliği kararların raportörler tarafından takibinde de sorunlara neden olmuştur. Haklar temelinde Mahkemenin içtihadının derinleşmesi raportörlerin esaslı karar yazarken uzmanlaşmasını elzem hâle getirmiştir. Hakların niteliklerine göre bölümlerde yazan raportörlerin uzmanlaşmasına imkân tanıyan bir görev ayrımına gidilmiştir. Buna göre ilk hak gruplarının nüvesi ortaya çıkmıştır.

Öte yandan gelen başvuru sayısının fazlalığı Komisyonlarda hazırlanan taslakların kontrolü için sadece içtihada uygunluk açısından taslak kontrolü yapan bir raportör grubunun oluşmasını tetiklemiştir. Böylelikle Bölümlerde hak grupların içinde taslakların hukuki kontrolünü yapanlar ve Komisyonlarda kabul edilemezlik taslaklarının içtihada uygunluk denetimini yapan raportörler grubu ortaya çıkmıştır.

İçtüzük'ün 34. maddesinin (1) ve (5) numaralı fıkraları ve 38. maddesinin (6) numaralı fıkrasına göre karar taslaklarının hazırlanmasında verimliliğin sağlanabilmesi için Bölümlerde ve Komisyonlarda çalışma grupları temelinde koordinatör raportörlerin görevlendirilebileceği değerlendirilmiştir. Buna göre Başkanlık kararıyla görevlendirilen koordinatör raportörlerle taslakların hukuki denetimi ve içtihada uygunluk denetimi yapan bir grup oluşmuştur. Başraportör ve raportörler arasındaki koordinatör raportörler anılan denetim dışında hak grubundaki ya da Komisyonlarda görevli raportörlerin eşgüdümünü sağlamakla da görevlendirilmişlerdir. Nitekim mevcut uygulamada taslakların hukuki denetiminden tamamen koordinatör raportörler sorumludur. Bu yetki koordinatörlerin Heyete katılarak taslaklara ilişkin görüşünü Heyete sunma görevini de içermektedir.

4. İçtüzük Değişikliği

Anayasa Mahkemesine yapılan başvurulardaki hızlı artış ve kısa sürede inceleme sorumluluğu çerçevesinde Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü ile başvuru formunda bazı değişiklikler yapılması ihtiyacı doğmuştur.

6/11/2018 tarihli ve 30587 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan İçtüzük değişikliği[23] ile başvuruların başvuru formuna uygun olarak yapılması hususunda değişiklik yapılarak başvurunun başvuru formu ile yapılması zorunluluğu getirilmiştir. Yine Komisyonların kabul edilemezlik kararlarında gizlilik taleplerinin değerlendirilmesine gerek olmadığı, tedbir, gizlilik adli yardım

23 Bkz. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğünün Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair İçtüzük, https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2018/11/20181106-7.pdf (Erişim Tarihi: 10/1/2024)

taleplerinin ve mazerete ilişkin hususların başvuru formundaki ilgili kısımlar doldurularak yapılabileceği kabul edilmiştir. Başvuruculların nüfus cüzdanı suretlerini başvuru formu ekinde sunmalarına ilişkin hüküm kaldırılarak başvuru bizzat yapılmış ise başvurucunun kimliğini tespite yarar resmî belgenin onaylı örneğinin sunulmasının yeterli olabileceği kabul edilmiştir. Bu şekilde avukatla yapılan başvurularda vekâletname form ekinde olacağı için ayrıca kimliği tespite yarar belgenin sunulmasına gerek kalmayacağı değerlendirilmiştir. Yine liste usulü verilen kararlarda (LUK) Mahkeme önünde izlenen usulün anlatımına, davaya konu olgulara, tarafların iddia ve savunmalarının özetine yer verilmesine gerek olmadığı hükme bağlanmıştır.

Anılan İçtüzük değişikliği ile bir yandan başvuru yapılması kolaylaştırılmış, diğer yandan başvuruculların başvuru formunu doldurmalarında yükümlülükleri artırılmış, ayrıca başvuruların daha kısa sürede ve kısa kararlarla sonuçlandırılması sağlanmıştır. Başvuru formu temelinde yapılan hak grubuna dair tasnif, tedbir ve adli yardım incelemesi, başvurunun kayda alınması kolaylaştırılmıştır.

5. Tedbir Taleplerinin Değerlendirilmesi

Anayasa Mahkemesi için tedbir talepleri öncelikli inceleme alanını oluşturmaktadır. İçtüzük'ün 73. maddesinde, başvurucunun yaşamına ya da maddi veya manevi bütünlüğüne yönelik ciddi bir tehlike bulunduğunun anlaşılması üzerine, Bölümlerce gerekli tedbirlere resen veya başvurucunun talebi üzerine karar verilebileceği hükme bağlanmıştır.

Mahkeme, 23 Eylül 2012 tarihinden itibaren tedbir taleplerini mümkünse aynı gün veya en geç ertesi gün incelemeye çalışmaktadır. Özellikle 2015 yılı sonu ve 2016 yıllarında tedbir talepli başvurularda hızlı bir artış olduğu söylenebilir. Ayrıca 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nun 53. maddesinde yapılan değişiklik sonrası sınır dışı işlemlerine karşı iptal davası açma süresince ve dava açıldığında dava süresince sınır dışı işleminin durmayacağına yönelik düzenleme sonrası sınır dışı işlemlerine yönelik tedbir talepli başvurular doğrudan Anayasa Mahkemesine yapılmıştır. Yine aynı dönemlerde Ceza İnfaz Kurumlarından yapılan sağlık hizmetlerine erişim şikâyeti bulunan tedbir talepli başvurularda da artış olduğu tespit edilmiştir.

Anayasa Mahkemesi, tedbir taleplerini mesai saati bitimine kadar incelemeye ve hatta bazı durumlarda mesai saatinden sonra dahi inceleme yapmaya çalışmıştır. Bu konuda uygulamada aksaklıkların da yaşandığına şahit olunmuştur. Bu nedenle Mahkeme, tedbir talepli başvuruların yapılması ve incelenmesi konusunda da bazı ilke kararlarının gerekli olduğu sonucuna varmıştır. 3 Nisan 2019 tarihinde Mahkemenin internet sitesinde yayınladığı ilkelerle tedbir talepli başvuruların değerlendirilmesindeki usul ve esaslar belirlenmiş ve kamuoyuna duyurulmuştur. Buna göre;

- Anayasa Mahkemesince, mesai günlerinde saat 16.00'ya kadar Mahkemeye ulaşan tedbir talepleri aynı gün; saat 16.00'dan sonra Mahkemeye ulaşan tedbir talepleri ise ertesi gün değerlendirilecektir.
- Cuma günleri ile bayram ve yılbaşı tatilleri öncesinde saat 17.00'ye kadar Mahkemeye ulaşan tedbir talepleri aynı gün; saat 17.00'den sonra Mahkemeye ulaşan tedbir talepleri ise tatilin bitiminden sonra ilk mesai günü değerlendirilecektir.
- Anayasa Mahkemesine yapılan bireysel başvurularda tedbir talep edilmesi hâlinde, başvuru formunun tedbir talebine ilişkin bölümüne (Tedbir talebi varsa nedenleri:) bu talebin ve gerekçesinin yazılması gerekmektedir. Bu bölüme tedbir talebi ve gerekçesinin yazılmaması ve resen tedbir kararı verilebilecek bir durumun da bulunmaması hâlinde tedbir yönünden Mahkemece herhangi bir değerlendirme yapılmayacaktır.
- Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 73. maddesinin (1) numaralı fıkrasına göre, başvurucunun yaşamına ya da maddi veya manevi bütünlüğüne yönelik ciddi bir tehlike bulunduğunun anlaşılması üzerine tedbir kararı verilebileceği dikkate alınmalıdır[24].

Anılan ilkelerin tespiti ve ilanından sonra Mahkeme tedbir talepleri ile ilgili inceleme ve değerlendirmelerini bu ilkelere göre yapmıştır. Bu durum da kurumsallaşma yolunda atılan adımlardan bir tanesidir.

6. Dosya Yönetiminde Yeni Yapı KVÇG

Yukarıda belirtilen çalışma gruplarının katkıları dikkate alınarak dosya yönetimi çalışmalarının kurumsallaşmasının bireysel başvuru dosya yönetimi için oldukça önemli olduğu görülmüştür. Bu bağlamda Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 3. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (ı) bendi uyarınca norm denetimi ve bireysel başvuru dosyalarının yönetimine ilişkin hukuki ve idari verimliliğinin arttırılması ve sistemin geliştirilmesi amacıyla görüş ve öneriler hazırlamak üzere Başkanlık kararıyla 18/12/2020 tarihinde "Kurumsal Verimlilik Çalışma Grubu" (KVÇG) oluşturulmuştur.

KVÇG, Genel Sekreter koordinesinde başraportörler, Başkanlık tarafından belirlenen koordinatör raportörler ve raportörlerden oluşmaktadır. KVÇG kurumsal verimliliğin arttırılmasına yönelik toplantılar yapmıştır. Toplantılarda bireysel başvuru sisteminin mevcut durumu ve daha etkin hâle getirmek için öneriler ve görüşler tartışılmıştır. Nihayetinde toplantılarda ortaya çıkan bazı sonuçlar rapor hâline getirilerek Genel Kurula sunulmuştur.

24 Bkz. Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi. (2019). "Bireysel Başvuru Tedbir Taleplerinin Değerlendirilmesindeki İlkeler", 3/4/2019, https://www.anayasa.gov.tr/tr/haberler/faaliyetler/bireysel-basvuru-tedbir-taleplerinin-degerlendirilmesindeki-ilkeler/ (Erişim Tarihi: 15/2/2024)

2021 yılı Mart ayında Genel Kurula sunulan rapor kapsamında bireysel başvuru sisteminde gelinen aşamada yıllık 45.000 bireysel başvuru dosyasının Mahkeme için olağan hâle geldiği ve dosya sayısındaki artışın önümüzdeki dönemde azalmasının da beklenmediği vurgulanmıştır. Mahkemenin üye sayısı dikkate alındığında bireysel başvurudaki mevcut iş yükünün çok fazla olduğu ve bireysel başvuru dışında Mahkemenin norm denetimi, Yüce Divan ve siyasi parti mali denetimi görevlerinin de olduğu hatırlatılmıştır. Ciddi bir iş yükü oluşturan bireysel başvuru karar taslaklarının hazırlanmasında ve kontrollerinin yapılmasında kalitenin arttırılması önemli olduğu belirtilmiştir. Bu bağlamda bireysel başvuru sisteminin sağlıklı ve verimli işlemesine devam edebilmesi için taslakların denetim ve kontrol usulünün tekrar gözden geçirildiği ifade edilmiştir.

Öte yandan rapordaki tespitlere göre mevcut sistemde bireysel başvuru dosyalarının %90'ı Komisyonlar raportörlüğünde hazırlanan taslakların karara bağlanmasıyla sonuçlanmaktadır. Komisyonlar raportörlüğü, bir başraportör ve üç koordinatör ile hak gruplarına göre ayrılmış, Raportörlerin hazırladıkları LUK notlarını kontrol ederek Komisyonlara sunmaktadırlar. LUK notlarının Komisyonlara sunulmadan önceki hukuksal denetim ve kontrolünü Komisyonlar koordinatörleri ve başraportör yapmaktadır. Komisyonlar başraportörünün ve koordinatörlerinin hukuksal kontrol dışında dosya yönetimi anlamında dosyaların UYAP üzerinden hak grubuna göre raportörler tevzii, idari ret kararlarına itirazlar, kamuoyunu ilgilendiren dosyaların takibi, kabul edilemezlik karar taslaklarının Komisyonlara sunulması, kararların tebliği, bölüme sevk kararlarının takibi, öncü kararların tespiti gibi birçok idari işler de yürütmektedir. Bu kapsamda yıllık 45.000 başvurunun olağan olduğu gözetildiğinde Komisyonlar başraportörünün ve koordinatörlerinin bu denli yoğun dosyaya hukuksal katkı sunmasının çok zor olduğu değerlendirilmiştir. Bu nedenle Komisyonlarca verilen kabul edilemezlik kararlarında hata yapılmasını engellemek için hukuksal denetim sisteminde bir revizyona ihtiyaç olduğu düşünülmüştür.

Bu bağlamda Komisyonlar raportörlüğünün hukuksal denetim ve kontrolünü güçlendirmek için LUK notlarının denetim ve kontrolünün hak grupları içinde yapılması gerektiği görüşü filizlenmeye başlamıştır. LUK yazımında etkinliği ve güvenilirliği arttırmak için Komisyon koordinatörlerinin yaptığı işin hak grupları içinde hak koordinatörleri ve belirlenecek kıdemli raportörler tarafından yapılmasının faydalı olacağı düşünülmüştür. Buna göre Komisyonlar başraportörünün Komisyonlara sunulacak LUK notlarının hukuki denetim ve kontrolü görevi kaldırılarak bu görevin hak koordinatörlüklerine verilmesi gerekmiştir. Komisyonlar aşamasında yazılan LUK notlarının ve bölüme gönderme yazılarının okunması görevinin hak grupları içinde yerine

getirilmesi taslakların denetim ve kontrolünü güçlendireceği, LUK sisteminin verimliliğini artıracağı değerlendirilmiştir. Buna göre hak grupları koordinatörleri ve bunlara bağlı raportörlerin görevlerinin LUK notlarının hukuksal süreçlerinin denetim ve kontrolü ile sınırlı olması öngörülmüştür. Evrak akışının sağlanması, kalem işlemleri, Komisyonlar ve Bölümler önüne getirilecek dosyaların hazırlanması başka bir deyişle A'dan Z'ye dosya ve taslak akışı tamamen Komisyonlar ve Bölümler başraportörlerinin uhdesinde kalmaktadır. Böylece bir ölçüde dosya yönetimi ile hukuk üretimi süreçlerinin birbirinden ayrılması amaçlanmıştır.

Komisyonlarda ve Bölümlerde birbiriyle organik ilişkili olan hak grupları açısından raportörlerin Komisyonlarda ve Bölümlerde görevli olmaları tamamen hak grubunun kendi iş bölümü çerçevesinde kalmıştır. Bu durumda Komisyonlar ve Bölümler raportörü ayrımı kaldırılmıştır. Hak grubunun elindeki dosyaların sayısı ve niteliğine göre raportörlerin nerede çalışacağı belirlenmeye başlamıştır. Böylelikle artık raportörlerin Başkanlık tarafından görevlendirmesi bireysel başvuru raportörü veya norm denetiminde çalışacakları için genel kurul raportörü olarak belirlenmeye başlamıştır.

Öte yandan Komisyonlar raportörlüğü aşamasında hak gruplarına doğru bir şekilde tasnif edilmiş dosyaların gönderilmesi önerilen sistemin etkinliği için elzemdir. Komisyonlar koordinatörleri tarafından yerine getirilen bu görevin önerilen revizyonda ön büro olarak isimlendirilen ve gerekli sayıda raportör koordinesinde nitelikli personelle yerine getirilmesi planlanmıştır. Ön büro, başvuruların tasnif edilmesi, kamuoyunu ilgilendiren başvuruların tespiti, seri dosyaların belirlenerek ilgililerin bilgilendirmesi, tutuklu dosyaların belirlenmesi görevlerini yerine getirmektedir. Bu bağlamda personelin uzmanlaşmasını sağlamaya yönelik çalışmalar yapılmıştır. Personele bireysel başvuru eğitimi verilmiş ve görevde yükselme sınavı açılarak başarı olan personelin bireysel başvuru müdürlüğünde uzman olarak görevlendirilmesi sağlanmıştır.

Bireysel başvuru sisteminin verimliliğinin arttırılmasına yönelik raporda geçen diğer bir husus ise Bölümler raportörlüğüne ilişkin olmuştur. Bu kapsamda karar taslağı hazırlama süreçleri tekrar gözden geçirilmiştir. Buna göre bölümlere gönderilen dosyaların ilkesel, esaslı ve yerleşik içtihat başvurusu şeklinde sınıflandırılması kabul edilmiştir. Buna göre bir konuda ilk defa ilke oluşturulması veya var olan ilkenin değiştirilmesi durumunda dosyanın ilkesel olduğu kabul edilir. Daha önce ilkesi çıkmış olmakla birlikte ilkenin somut olaya uygulanmasının nitelikli olduğu başvurular ile seri başvurulardan ilk yazılacak olan esaslı başvuru olarak belirlenmektedir. Anılan bu iki grup dışında olan ve Mahkemenin yerleşik içtihadı kapsamında olan başvuruların ise yerleşik içtihat kapsamında kaldığı kabul edilmektedir.

Başvuruların sınıflandırılmasına göre karar sürecinde koordinatör raportör, başraportör ve Ar-İç biriminin karar taslağına dair görüşleri heyete sunulur. Heyet karar taslağında başvurunun niteliği hakkında önceden bilgilendirilmiş olmaktadır. Bu şekilde sınıflandırılan başvurular açısından karar taslak yazım sürecinin daha etkin ve verimli olacağı değerlendirilmiştir. Tüm bu öneriler Genel Kurul tarafından kabul edilerek uygulamaya konulmuştur.

7. Dosyalama ve Kayda Alma Sistemindeki Değişiklikler

Anayasa Mahkemesine başvuru, bireysel başvuru formunun doldurulması, İçtüzük'ün 59. maddesinde belirtilen belgelerin eklenerek Mahkemelere, yurtdışında büyükelçiliklere veya konsolosluklara ya da Anayasa Mahkemesine bizzat verilerek yapılmaktadır[25]. Mahkemeye fiziken ulaşan başvurular taranarak kayda alınmakta, hak ve dava kodları girilerek tevzi havuzuna alınmakta ve röportörlere aylık olarak tevzi edilmektedir. Mahkeme fiziken aldığı tüm başvuru dosyalarını ve belgeleri tarayarak UYAP sistemine kaydetmektedir.

Mahkemeye yıllık 45.000 başvuru yapılmaya başladıktan sonra fiziken dosyaların muhafaza edilmesinde de problemler oluşabileceği değerlendirilmiştir. Özellikle karar tarihinden itibaren ancak 2 yıl sonra dosyaların imha edilmesi mümkün olduğu için karar verilen dosyalar ile yeni yapılan başvuru dosyalarının birlikte Mahkeme arşivinde saklanması takip açısından problem oluşturduğu gibi çok büyük bir arşivin bulunması zorunluluğunu ortaya çıkarmaktaydı.

Gelişen teknoloji ve yapay zekânın konuşulduğu bir dönemde hâlen fiziki dosyaların Mahkemede toplanarak arşivlenmesinin sürdürülebilir bir sistem olmadığı değerlendirilmiştir. Adalet Bakanlığı ile de yapılan görüşmeler sonrasında 2021 yılı Kasım ayı itibarıyla fiziki dosya ve fiziki arşivleme sistemi kaldırılmıştır. Tüm başvuruların ve belgelerin taranarak UYAP sistemine kaydedilmesi ve sistem üzerinden tevzi edilmesi, takibi ve karara bağlanması aşamasına geçilmiştir. Anılan sistemde başvuruların %95'inin yapıldığı Adliyeler (mahkemeler, savcılıklar ve ceza infaz kurumları) aldıkları başvuruları belirli bir sıraya göre ve okunaklı bir şekilde tarayarak UYAP sistemine eklemekte, UYAP üzerinden Anayasa Mahkemesine göndermektedir. Fiziki olarak başvuru dosyasının Mahkemeye gönderilmesine gerek kalmamıştır.

Gelinen nokta itibarıyla Mahkeme tamamen UYAP üzerinden başvuruları kayda almakta, imcelemekte ve sonuçlandırmaktadır. Bu şekilde fiziki arşivleme sistemi ortadan kaldırılmış, kâğıt ve fiziki dosya kavramı sistemden kaldırılarak ekonomik olarak ciddi bir kazanım sağlanmıştır.

25 Bkz. İçtüzük'ün 63. maddesi.

III. DOSYA YÖNETİMİNE ETKİ EDEN GENEL KURUL KARARLARI

Anayasa Mahkemesi bazı konularda ilkesel bazı kararlar vermiş ve bu kararlarla başvuru sayılarını azaltarak başvuruların kalitesini de artırmayı hedeflemiştir. Bunlardan bazılarına aşağıda değinilmiştir.

Anayasal önem ve kişisel önem *K.V.* kararı[26]: Anılan kararda Mahkeme, başvurucunun iddia ettiği zararın toplamının 1.058,85 TL olduğunu ve bu miktarın başvuru tarihi itibarıyla anayasal ve kişisel öneminin bulunmadığını belirterek kabul edilemezlik kararı vermiştir. Anılan miktarın her yıl yeniden değerleme ile anayasal ve kişisel önem kriteri uygulanmaktadır. Bu şekilde özellikle mülkiyet hakkı ve medeni hak ve yükümlülüklerin ihlali iddiasıyla ilgili bazı başvurular anayasal ve kişisel öneminin bulunmadığı gerekçesiyle kabul edilemezlik kararıyla sonuçlandırılmaktadır. Böylece daha nitelikli başvuruların incelenmesinin önü açılarak anayasal ve kişisel önemi haiz olmayan konularda inceleme yapılmayacağı değerlendirilmiştir. Önemle söylemek gerekir ki buradaki kişisel önemin her başvuruda ayrı değerlendirmeye tabi tutulduğu dikkate alınmalıdır.

Sınır dışı işlemlerinde sınır dışı işlemine karşı dava açma süresi içinde ve dava süresince sınır dışı işleminin durmamasına dair *Y.T.*[27] kararında başvurucu kötü muameleye maruz kalma riski bulunan ülkeye sınır dışı edilme kararına karşı başvurulabilecek etkili bir yargı yolu bulunmaması nedeniyle etkili başvuru hakkının ihlal edildiğini iddia etmiştir. 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nun 53. maddesinin (3) numaralı fıkrasının beşinci cümlesinin kararın alındığı tarihte yürürlükte bulunan hâlinde dava açma süresi içinde veya yargı yoluna başvurulması durumunda yargılama sonuçlanıncaya kadar sınır dışı kararının infaz edilmemesi öngörülmüştür. Bu hükme uygun olarak başvurucular hakkındaki sınır dışı kararının infaz edilmediği görülmektedir. 29/10/2016 tarihinde anılan Kanun'da yapılan değişiklik ile sınır dışı edilmelerine karar verilen kişiler için dava açma süresi boyunca ve dava açıldığı takdirde de yargılama süresince -değişiklikten önceki durumdan farklı olarak- sınır dışı etme işleminin durmayacağı düzenlenmiştir. Anılan değişiklik sonrası sınır dışı işlemlerine karşı dava açma süresi ve dava sürecinde otomatik durma ortadan kalktığı için sınır dışı işlemlerinin tedbiren durdurulması için Anayasa Mahkemesine çok sayıda başvuru yapılmıştır. Mahkeme anılan kararda yaptığı değerlendirme ile pilot karar usulüne uygulamış ve başvurucunun idare mahkemesine açtığı davanın sonucunu beklerken sınır dışı edilme riskini ortadan kaldıran, dava açma süresince ve dava süresince sınır dışı işlemini durduran yasal bir güvenceye sahip olmaması nedeniyle etkili başvuru hakkının ihlal edildiği, ihlalin ise mevzuatta yapılan değişiklik sonrası oluşan yeni durumdan kaynaklandığı sonucuna var-

26 *K.V.* [GK], B. No: 2014/2293, 1/12/2016.
27 *Y.T.* [GK], B. No: 2016/22418, 30/5/2019.

mıştır. Mahkeme bu nedenlerle Anayasa'nın 17. maddesiyle bağlantılı olarak 40. maddesinde güvence altına alınan etkili başvuru hakkının ihlal edildiğine, yasal değişiklik yapılmasının sağlanması amacıyla Yasama organına çağrıda bulunulmasına karar vermiştir. Anılan karardan hemen sonra 6458 sayılı Kanun'da değişiklik yapılmış ve sınır dışı işlemlerine karşı dava açma süresi ve dava süresince otomatik durdurma imkânı sağlanmış, Mahkeme bu şekilde yüzlerce başvuruyu sonuçlandırmıştır.

Diğer önemli bir karar ise *Cemal Günsel* kararıdır[28]. Kararda başvuruculaın şikâyetlerini hem maddi hem hukuki olarak temellendirme zorunluluğu bulunduğu hatırlatılmıştır. Maddi dayanaklar yönünden başvurucuların yükümlülüğü şikâyetlerine konu temel olay ve olguları açıklamak, bunlara ilişkin delilleri Anayasa Mahkemesine sunmak, hukuki dayanak yönünden yükümlülüğü ise bireysel başvuruya konu temel hak ve özgürlüklerden hangisinin hangi nedenle ihlal edildiğini özü itibarıyla açıklamaktır. Anılan şekilde yapılmayan başvurular yönünden temellendirilmemiş şikâyet nedeniyle kabul edilemezlik kararı verilebilecektir. Anılan kararla bireysel başvurunun başladığı tarihten yaklaşık 10 yıl sonra başvuruculaın daha nitelikli başvuru yapmaları sağlanarak, niteliksiz ve ihlal iddialarının maddi dayanaklarının sunulmadığı ve ihlal iddiasının hukuki açıdan özü itibarıyla ortaya konulmadığı başvuruların kabul edilemezlik ile sonuçlandırılacağı karara bağlanmıştır.

Öte yandan makul sürede yargılanma hakkının ihlali iddiası ile yapılan *Nevriye Kuruç* başvurusunda[29] başvurucu makul sürede yargılanma hakkının ve buna ilişkin bir başvuru yolu olmaması nedeniyle etkili başvuru hakkının ihlali edildiğini iddia etmiştir. Anayasa Mahkemesi, yargılamaların makul sürede sonuçlandırılmaması ve buna ilişkin olarak Anayasa Mahkemesine başvuru yapılmadan önce müracaat edilebilecek bir başvuru yolunun bulunmaması nedeniyle Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan makul sürede yargılanma hakkı ile 40. maddesine düzenlenen etkili başvuru hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir. Mahkeme anılan kararda pilot karar usulünü uygulamış ve 4 ay süreyle başvuruları incelemeyeceğini belirterek makul sürede yargılanma hakkının ihlali iddiasıyla ilgili olarak Mahkemeye başvuru yapılmadan önce başvuru yapılacak bir mekanizma kurulması için Yasama organına çağrıda bulunmuştur. Kararın Resmî Gazete'de yayımlanmasından sonra 6384 sayılı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Yapılmış Bazı Başvuruların Tazminat Ödenmek Suretiyle Çözümüne Dair Kanun'da değişiklik yapılmış ve 9/3/2023 tarihi itibarıyla Mahkeme önündeki derdest başvurularla ilgili olarak Anayasa Mahkemesince verilen kabul edilemezlik kararından sonra Adalet Bakanlığı Tazminat Komisyonuna başvuru imkânı sağlanmıştır. 6384 sayılı Kanun'daki değişiklikten sonra çok sayıda başvuruda, başvuru yollarının tüketilmemesi nedeniyle kabul edilemezlik kararı ve-

28 *Cemal Günsel* [GK], B. No: 2016/12900, 21/1/2021.
29 *Nevriye Kuruç* [GK], B. No: 2021/58970, 5/7/2022.

rilmiştir. Ancak anılan kanuni değişiklik, *Nevriye Kuruç* kararında belirtildiği gibi bir mekanizma kurulmasını öngörmemiş, Mahkemedeki derdest başvurularla ilgili bir düzenleme öngörmüştür.

Bunun üzerine Mahkeme *Keser Altıntaş* kararında[30], *Nevriye Kuruç* kararında belirtildiği üzere makul sürede yargılanma hakkı ile ilgili yapısal bir sorun olduğunu, bu konuda Anayasa Mahkemesine başvuru yapılmadan önce başvurulabilecek bir mekanizma öngörülmediğini belirtmiştir. Mahkeme, bireysel başvurunun ikincil nitelikte, anayasal bir başvuru yolu olduğunu, hukuk sisteminde düzenlenen idari veya yargısal başvuru yollarının tüketilmesinden sonra başvuru yapılabileceğini, Mahkemenin 55.000'den fazla başvuruda ihlal kararı verdiğini ve tazminata hükmettiğini ifade etmiştir. Mahkeme sonuç olarak anılan ihlal iddialarıyla ilgili olarak Mahkemenin inceleme yapmasını gerektirecek anayasal önemin bulunmadığını, Mahkemenin anılan başvurularda Tazminat Mahkemesi işlevi gördüğünü, bu başvuruların Mahkeme tarafından incelenmesini gerektirecek bir durum bulunmadığını belirterek makul sürede yargılanma hakkının ihlali iddiasıyla yapılan başvurunun incelenmesinin sürdürülmesini haklı kılacak bir durum bulunmadığı için düşme kararı vermiştir. Mahkeme anılan karardan sonra çok sayıda başvuruyu düşme kararı ile sonuçlandırmıştır.

Keser Altıntaş kararının yayınlanmasından sonra 2/3/2024 tarihli ve 7499 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'la 6384 sayılı Kanun'da değişiklik yapılmıştır. Bu değişiklik ile makul sürede yargılanma hakkının ihlali iddialarına yönelik olarak Adalet Bakanlığı Tazminat Komisyonu Başkanlığına doğrudan başvuru yapılabilmesi imkânı getirilmiştir[31].

Anılan kararlar bireysel başvurunun kamuoyu tarafından öğrenilmesinden çok sonra verilen kararlardır. Mahkeme bireysel başvuru sisteminin ve başvuru yolunun öğrenilmesinden sonra başvurucuların da bazı yükümlülükler altında olması gerektiğini kabul etmiştir. Anılan kararlarda Yasama organına çağrı yapılması sonrasında ilgili yasal değişikliklerin yapıldığını ve bu değişikliklerin Mahkemenin iş yükünün azalmasında önemli rol oynadığını belirtmek gerekir.

IV. ESASTAN İNCELENEN BAŞVURULARDA KARAR TASLAKLARININ HAZIRLANMASI

Bireysel başvuru sisteminde kabul edilemezlik kararı verilemeyen başvurular Komisyonların imzasıyla bölüme sevk edilmektedir. Bunun dışında

30 *Keser Altıntaş* [GK], B. No: 2023/18536, 25/7/2023.
31 https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2024/03/20240312-1.htm

öncü dosya bekleyen ya da kabul edilemezliği konusunda tereddüt olan ve daha ayrıntılı incelenmesi gereken başvurular dosya raportörü tarafından UYAP üzerinden Bölümler ve Komisyonlar arasında Bölüm-Komisyona gönderilmektedir. Bölüm-Komisyona hak gruplarına göre gönderilen başvurular tekrar incelenerek taslağın önerilen kararın niteliğine göre Bölümlere veya kabul edilemezlik kararı için Komisyonlara sunulması gerekmektedir.

Bölümlere sevk edilen başvurular daha önceden hak grupları temelinde yapılan tasnife göre ilgili hak grubuna tevzi edilmektedir. İlgili hak grubu koordinatörü tarafından kural olarak başvuru numarasına göre[32] raportörlere dosyalar dağıtılır. Raportör başvuruyu inceledikten sonra kendi görüşünü de içeren taslağını hazırlar. Hazırlanan taslak UYAP üzerinden önce koordinatör raportöre sonra başraportörlere görüşlerini eklemesi için gönderilir. Böylelikle bir başvuru için raportörün, koordinatörün ve başraportörlerin görüşleri dosya gündeme alınınca Bölümlere dağıtılır. Gündemde raportör başvurunun konusu, ihlal iddiaları, varsa Bakanlık görüşü, başvuruya benzer Anayasa Mahkemesi içtihatlarını da içerecek şekilde görüşleriyle birlikte Bölümlere sunumunu yapar. Daha sonra sırasıyla koordinatör raportör ve başraportör taslağa ilişkin görüşlerini Heyete anlatırlar. Heyet anılan görüşleri de gözeterek başvuruya ilişkin kararını verir. Verilen karar üzerine raportör dosyayı tekrar hazırlar ve imza sürecinin başlaması için dosyayı Bölümler kalemine tevdi eder.

Bir konuda ilk defa ilke oluşturulması veya var olan ilkenin değiştirilmesi durumu söz konusu olursa Bölümler, başvurunun Genel Kurula sevkine karar verebilir. Bu durumda raportörün hazırladığı taslak ve diğer görüşlerle birlikte başvuru dosyası Ar-İç birimine gönderilir. Ar-İç, başvuru konusu olaya ilişkin olarak başvurunun niteliğine göre mukayeseli hukuk bilgilerini de içerecek şekilde yeni bir rapor hazırlar. Nihayetinde raportör, koordinatör raportör, başraportör ve Ar-İç görüşü Genel Kurula sunulur. Genel Kurul nihai kararını verir.

Anılan görüşler bağlamında asıl olan raportörün görüşüdür ve taslak bu görüşü içerecek şekilde Heyete sunulur. Raportör dışındaki görüşler raportör görüşüne ek olarak hazırlanır. Görüşler birbirine zıt ve farklı olsa dahi Heyetin her görüşten bilgi sahibi olması sağlanır. Heyetin başvuru konusu olaya ilişkin olay ve olgularla birlikte hukuki tüm değerlendirmelere vâkıf olarak karar vermesi amaçlanmaktadır.

Yukarıda belirtilen KVÇG'nin hazırladığı rapor kapsamında ilkesel, esaslı ve yerleşik içtihat ayırımı temelinde Bölümler düzeyinde karar yazımında da yeni bir yaklaşım belirleneceği öngörülmüştür. Bu kapsamda yazılan karar-

32 Bkz. Bireysel Başvuru Dosyalarında Önceliklendirme Meselesi başlığı.

ların uzunluğu ve sürekli aynı konuda devam eden ve ihlal kararı verilmiş başvuruların çokluğu dikkate alınarak yerleşik içtihat ve esaslı başvuru kabul edilen dosyalar açısından özet karar yazım usulünün benimsenebileceği Genel Kurul tarafından kabul görmüştür.

Özet karar yazım usulü ilke ya da içtihat oluşturulmasını, tartışmalı/karmaşık konularda bir belirleme yapılmasını değil sadece, Mahkemenin somut başvuruda neden belirtilen sonuca ulaştığını, herhangi eksik bir nokta bırakmadan açıklamayı amaçlayan kararlardır. Bu bağlamda özet karar yazım usulü Mahkemenin ilkelerini ve esaslarını net bir şekilde belirlediği konuları içeren başvurular için öngörülmüştür. 2022 yılı Mayıs ayından sonra uygulanmaya başlayan özet karar yazım usulü yerleşik kararlar için ciddi kolaylıklar getirmiş ve karar verimliliğini arttırmıştır[33].

Bunun dışında aynı konuya ilişkin seri dosyalarda Bölümlerde liste hâlinde ihlal kararları verilmektedir. Öncü veya ilkesel kararı çıkmış seri dosyalarda Mahkeme liste hâlinde ihlal kararları verebilmektedir[34]. Bu tür karar yazımı ciddi zaman kazandırdığı gibi Heyetin aynı konuda verdiği ihlal kararlarıyla aynı konudaki meselelere yönelik olarak kararların etkinliği artmaktadır. Özellikle belirli alanlarda verilen ihlal kararlarının liste hâlinde hızlıca çıkması sağlanarak mağduriyetin en kısa sürede giderilmesi sağlanmaktadır.

SONUÇ

Anayasa Mahkemesi bireysel başvuruları kabul etmeye başladığı 23 Eylül 2012 tarihinden sonra ülkemizde yepyeni bir kurum olan bu sistemi Türk halkına ve yargı camiasına tanıtmaya çalışmıştır. 2015 yılından sonra ise başvuru sayılarında olabilecek artış öngörülerek hem sistemi yeni gelişmelere uygun olarak reforma tabi tutmayı hem de bazı değişiklikler yaparak nicelik olarak karar sayısını ve nitelik olarak karar kalitesini artırmayı hedeflemiştir. Mahkemeye yapılan başvuruların artması ve karşılanamaz duruma gelmesi hâlinde, Anayasa'nın 148. maddesinde düzenlenen "*bireysel başvuru hakkının*" ihlaline bizzat Anayasa Mahkemesi neden olabilecek ve bireysel başvuru hakkının etkili bir başvuru yolu olmaktan çıkmasına sebebiyet verebilecekti. Yukarıda anlatılan çalışmaların ve değişikliklerin tamamı bireysel başvuru yolunun etkili ve sürdürülebilir kalması hedefini gerçekleştirmeye yöneliktir.

2015 yılında kurulan yeni sistemle, ilk bakışta kabul edilemezlik kararı verilebilecek başvuruların derhâl sonuçlandırılması ve iş yükününü azaltılması hedeflenmiştir. Bu aşamayı geçen ve nitelikli inceleme gerektiren başvuru-

33 Örnek kararlar olarak bkz. *Ömer Yüksel*, B. No: 2021/14152, 19/12/2023; *Barış Artık*, B. No: 2020/19550, 19/12/2023; *C.U.*, B. No: 2021/47821, 22/11/2023.

34 Örnek karar için bkz. *Ramazan Terlemez ve diğerleri*, B. No: 2022/19005, 12/1/2023.

ların ise şekli anlamda tam olarak, hak ve dava kodları girilerek Bölüm-Komisyona gönderilmesi, o aşamada ve sonrasında da ilgili hak gruplarında hak grubu koordinatörünün gözetiminde uzmanlaşan raportörler tarafından değerlendirilerek sonuçlandırılması sağlanmıştır. Bu sistemde Komisyonlar (filtraj) biriminde çalışan raportörler için uzmanlaşma aranmadığını zira ilk inceleme aşamasında buna gerek duyulmadığını belirtmek gerekir. Anılan sistemin işleyişini gösteren her birimin çalışma kılavuzları da oluşturulmuş, bu kılavuzlara uygun olarak inceleme yapılmıştır. Bu sistemin 15 Temmuz 2016 menfur darbe teşebbüsü sonrasına kadar verimli bir şekilde işlediği tespitini yapmak gerekir.

Darbe teşebbüsü sonrasında ise yapılan başvuru sayısının ve iş yükününü artması, sonraki yıllarda da artmaya devam edeceği öngörülerek bazı değişiklikler yapılmış, liste hâlinde karar, liste usulü karar (LUK), Komisyonlar raportörlüğü aşamasında hak gruplarının oluşturulması sağlanmış, dosyalama ve kayda alma sisteminde revizyona girilerek fiziki dosya takibi kaldırılmıştır.

Yine Bölümler raportörlüğünün çalışma şeklinde de ciddi değişiklikler yapılmış özellikle başvuruların yerleşik, esaslı ve ilkesel şeklinde tasnife tabi tutulması ile daha nitelikli ve dava fazla karar verilmesini sağlamıştır.

Öte yandan Mahkemeye yapılan başvuruların yaklaşık %4'ünde ihlal kararı verilmekte, %92'si ise kabul edilemezlik kararı ile sonuçlandırılmaktadır[35]. Mahkeme bu doğrultuda öncelikle kabul edilebilirlik kriterlerini başlıklandırarak kabul edilemezlik kararlarına ilişkin emsal kararları tespit etmiş ve özetlerini internet sitesine yüklemiştir[36]. Mahkeme ayrıca ihlal kararı verilen alanları da tespit ederek hangi haklara ilişkin ihlal kararları verildiğini belirterek özetlenmiş hâlini internet sitesinde göstermiştir[37].

Böylece başvurucular ve avukatlar, bireysel başvuru yapmadan önce Anayasa Mahkemesinin ilkesel olarak verdiği emsal kabul edilemezlik ve ihlal kararlarının özetlerine ulaşma imkânı elde etmiştir. Bu şekilde kabul edilemez bulunacak konularda başvuru yapılmaması ve daha da önemlisi nitelikli başvuru yapılması sağlanmıştır.

Mahkeme tüm bunları yaparken Anayasa'da ve buna uygun olarak çıkarılan 6216 sayılı Kanun'da belirtilen görev ve yetki sınırları içinde çalışmalarını sürdürmüştür. Bu yönden bireysel başvurunun başladığı tarihten önce

35 Bireysel başvuru istatistikler için bkz. https://www.anayasa.gov.tr/tr/yayinlar/istatistikler/bireysel-basvuru/ (Erişim Tarihi: 15/2/2024)

36 Bireysel başvuruda kabul edilebilirlik kriterlerine dair emsal kararlarına ilişkin olarak bkz. https://www.anayasa.gov.tr/tr/bireysel-basvuru/bireysel-basvuru-kabul-edilebilirlik-kriterlerine-ait-emsal-kararlar/ (Erişim Tarihi: 15/2/2024)

37 Bireysel başvuruda Temel Hak ve Özgürlüklerin İhlaline Dair Emsal Kararlar için bkz. https://www.anayasa.gov.tr/tr/bireysel-basvuru/temel-hak-ve-ozgurluklerin-ihlaline-dair-emsal-kararlar/ (Erişim Tarihi: 15/2/2024)

ve sonrasında sürekli tartışılan "*kanun yolu incelemesi*" veya "*temyiz mercii incelemesi*" yapılmasından uzak durmaya çalışmıştır. Anayasa Mahkemesi, Anayasa'da belirtilen ve Avrupa İnsan Haklar Sözleşmesi ile Türkiye'nin taraf olduğu ek protokoller kapsamında korunan temel hak ve özgürlüklerin korunmasına yönelik inceleme yapmış ve ihlal kararları vermiştir.

Anayasa Mahkemesi, kabul edilemez nitelikte olan başvuruları kısa sürede sonuçlandırmayı ve ihlal olabilecek başvuruları da en kısa sürede karara bağlamayı amaç edinmiştir. Bu yönden bakıldığında Mahkemenin ilk inceleme aşamasında kabul edilemezlik kararı ile sonuçlandırılabilecek başvuruları ortalama 6 ay ila 1 yıl içinde sonuçlandırdığı, esastan incelenerek ihlal kararı verilebilecek başvuruları ise ortalama 2 ila 2,5 yıl içinde sonuçlandırdığı görülmektedir. Mahkemenin çok uzun süre sonra karar vermesi hâlinde bizzat Anayasa Mahkemesi önündeki süre nedeniyle makul sürede yargılanma hakkının ihlali ile bireysel başvuru yolunun etkililiği tartışmaları ortaya çıkabilecektir.

Bireysel başvurunun sürdürülebilirliği sadece dosya yönetimiyle ilgili değildir. Mahkemenin kararlarının uygulanmasının temin edilmesiyle mümkündür. Bireysel başvuru sistemini taçlandırmak için ihlal kararlarına dair farkındalığın ve bilinirliğinin arttırılması gerekmektedir. Bu kapsamda Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Sisteminin Desteklenmesi Ortak Projesi başarıyla tamamlanmış ve sonrasında Anayasa Mahkemesinin Temel Haklar Alanındaki Kararlarının Etkili Şekilde Uygulanmasının Desteklenmesi Ortak Projesi hayata geçirilmiştir[38]. Mahkeme tüm bu çalışmaları yaparken Yargıtay, Danıştay, Hâkimler ve Savcılar Kurulu ve Barolar ile de sürekli iletişim hâlinde ve koordinasyon içinde çalışmalar yapmaya özen göstermiştir. Bu kapsamda Yüksek Yargı Organlarımızın da desteğiyle bölgesel toplantılar ve yuvarlak masa toplantıları yapmıştır[39]. Yine anılan projeler kapsamında hâkim ve Cumhuriyet savcıları ve avukatlara yönelik eğitimler ve AİHM'e çalışma ziyaretleri gerçekleştirilmiştir.

Bu projelerle bireysel başvuru kararlarının subfjektif ve objektif etkilerine yönelik sunumlar icra edilmiştir. Bilindiği üzere Anayasa Mahkemesi kararlarının subjektif ve objektif etkisi olmak üzere iki yönü bulunmaktadır. Subjektif etki, o başvuruda verilen ihlal kararının başvurucu açısından sonuç doğurması, başvurucunun maruz kaldığı ihlalin ve sonuçlarının giderilmesine

38 Anayasa Mahkemesi Başkanı Sayın Zühtü Arslan'ın projenin açış konuşması için bkz. https://www.anayasa.gov.tr/tr/baskan/konusmalar/anayasa-mahkemesinin-temel-haklar-alanindaki-kararlarinin-etkili-sekilde-uygulanmasinin-desteklenmesi-projesi-acis-konusmasi/ (Erişim Tarihi: 15/2/2024)

39 Anayasa Mahkemesinin yıl içinde yaptığı faaliyetleri ve karar istatistiklerini yayınladığı yıllık raporlar için bkz. https://www.anayasa.gov.tr/tr/yayinlar/yillik-raporlar/ (Erişim Tarihi: 15/2/2024)

yöneliktir. Objektif etki ise o kararın emsal alınarak yeni ihlallerin önlenmesine yöneliktir. Anayasa Mahkemesinin temel hakların korunması ve geliştirilmesindeki rolü ve başarısının kararlarını objektif etkisi ile yakından bağlantılı olduğu dikkatten kaçmamalıdır. Anayasa Mahkemesinin çalışma usulü ile kararlarının anlatılması ve hâkim ve Cumhuriyet savcılarının temel haklar alanındaki karşılaştıkları güçlüklerin tespiti ve çözüm yollarının değerlendirilmesi amacıyla Hâkimler ve Savcılar Kurulunun desteği ile gerek farklı yerlerde görev yapan hâkim ve Cumhuriyet savcılarının gerekse Yargıtay ve Danıştayda görev yapan tetkik hâkimlerinin 3 aylık ve 1 yıllık sürelerle Anayasa Mahkemesinde hizmet içi eğitim programına katılımları sağlanmıştır.

Tüm bu çalışmalar sonucu Anayasa Mahkemesinin istatistiki bilgileri ve Mahkemenin 23 Eylül 2012 tarihinden itibaren başvuru sayıları ile verilen kararlar karşılaştırıldığında başarılı bir dönem geçirdiği söylenebilir. Bu sonuç dosya yönetiminin başarısının istatistiksel kanıtını oluşturmaktadır. Öte yandan sadece sonuçlandırılan dosya sayısı değil esastan incelenerek verilen ihlal kararlarının nitelik olarak da Mahkemesinin başarılı bir performans gösterdiğini ortaya koymaktadır.

Mahkemenin bireysel başvuru sistemindeki reformları ve zaman zaman yaptığı değişiklikler ile dosya yönetimindeki temel başarısı, dinamik yönetim anlayışı çerçevesinde gerektiğinde radikal kararların alınması ve Genel Kurulun bu konudaki kararlığından kaynaklanmıştır.

Dr. Hilal YAZICI
(Anayasa Mahkemesi Raportörü)

Denizhan HOROZGİL
(Anayasa Mahkemesi Raportörü)

BİREYSEL BAŞVURU YOLU KAPSAMINDA İHLALİN ANAYASADAN KAYNAKLANMASININ ANAYASA DEĞİŞİKLİKLERİNİN ESAS BAKIMINDAN DENETİMİ YASAĞI KARŞISINDAKİ DURUMU*

ÖZET

Türkiye'de norm denetimi bağlamında anayasa yargısının tartışmalı alanlarından biri de anayasa hükümlerinin esas bakımından denetlenip denetlenemeyeceği olmuştur. Anayasa koyucu tarihsel süreç içerisinde bu hususta açık bir irade ortaya koymuşsa da Anayasa Mahkemesi zaman zaman anayasa değişikliklerinin esas bakımından denetimine imkân verecek bir yaklaşım getirebilmiştir.

Bireysel başvuru yoluyla esas itibarıyla normların anayasaya aykırı olup olmadığı noktasında bir inceleme yapılmamaktadır. Ancak ihlalin doğrudan normdan kaynaklanması hâlinde normun, temel hak ve özgürlüklere ilişkin anayasal güvenceler bakımından ele alınması mümkün olabilmektedir.

Anayasanın bizzat kendisinin bireysel başvuruya konu olay bakımından uygulanabilir olduğu durumda, ilgili anayasa hükmünün incelenmesi gerekecektir. Bir anayasal normun hak ihlali meydana getirip getirmediğiyle ilgili olarak yapılacak inceleme, söz konusu normun maddi anlamda bir değerlendirmeye tabi tutulması anlamına gelir. Zira ilgili normun, somut olayın ilgili olduğu hak ve özgürlüklere ilişkin anayasal güvenceler kapsamında ihlal meydana getirip getirmediği bu tür bir incelemenin konusunu teşkil etmektedir. Bu hususun, anayasal normların esastan denetimi anlamına gelip gelmediği ve esas denetimi yasağı karşısında nasıl konumlandırılabileceği çalışmanın konusunu oluşturmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Anayasa normlarının yargısal denetimi, bireysel başvuru, anayasaya aykırılık.

* Bu makale hakem denetiminden geçmiştir.

Prof. Dr. Zühtü Arslan'a Armağan

THE STATUS OF VIOLATIONS STEMMING FROM CONSTITUTIONAL PROVISIONS IN INDIVIDUAL APPLICATIONS IN THE FACE OF PROHIBITION ON JUDICIAL REVIEW OF CONSTITUTIONAL AMENDMENTS ON THE MERITS.

ABSTRACT

One of the controversial areas in constitutional jurisdiction in the context of norm review in Turkey has been about whether constitutional provisions can be reviewed in terms of their merits. Although the constitution-maker has expressed a clear will on this issue in the historical process, the Constitutional Court has occasionally introduced an approach that would allow for an examination of the merits of constitutional amendments.

In individual applications, the constitutionality of the norms is not essentially subject to review. However, if the violation is directly stemming from the norm, it may be possible to assess it in terms of constitutional guarantees regarding fundamental rights and freedoms.

In situations where the Constitution itself is applicable to the case subject to individual application, the relevant constitutional provision will need to be examined. The assessment of whether a constitutional norm creates a violation of the fundamental rights will require subjecting the norm in question to an examination of the merits. This is due to the fact that the issue to discuss in such a case will be about whether the relevant norm constitutes a violation of the constitutional guarantees regarding the rights and freedoms to which the application is related. The subject of this study is to argue if this instance is leading the way to examine the merits of constitutional norms and how it can be positioned against the prohibition of examining constitutional norms on their merits.

Keywords: Judicial review of constitutional norms, individual application, unconstitutionality.

GİRİŞ

Bireysel başvuru yolu, 1982 Anayasası'nda 2010 yılında gerçekleştirilen Anayasa değişikliği ile Türk hukuk sistemine girmiştir. Yeni bir hak arama yolu olarak değerlendirilebilecek olan bireysel başvuru yoluyla temel hak ve özgürlüklere ilişkin ihlal iddiaları, anayasal güvencelerle birlikte ulusal üstü insan hakları standartları da gözetilerek ele alınır.

Bireysel başvuru kapsamında ihlali meydana getiren işleme dayanak normun hangileri olabileceği hususunda Anayasa ile getirilmiş bir sınırlama mevcut değildir. Anayasa'nın 148. maddesine göre ihlalin kamu gücü eliyle gerçekleştirilmiş olması bireysel başvuru yoluyla yapılacak inceleme için yeterlidir.

30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 45. maddesinin (3) numaralı fıkrasında, yasama işlemleri ile düzenleyici idari işlemler aleyhine doğrudan bireysel başvuru yapılamayacağı hüküm altına alınmıştır. Buradaki yasağın amacı, yasama işlemleri ve düzenleyici idari işlemlere karşı güncel ve kişisel bir hakkın doğrudan etkilenmediği bir durumda yapılacak bireysel başvuruları engellemektir. Dolayısıyla Anayasa'nın bir hükmünün somut olaya ilişkin işlem, eylem veya ihmalin nedeni olması, ihlalin bu yolla meydana gelmesi ve bu hususun bireysel başvuru yoluna konu olabilmesi noktasında pozitif düzenlemeler bakımından bir engel bulunmamaktadır.

Böyle bir durumda ilgili anayasa hükmünün, somut olayın ilişkili olduğu anayasal ilkeler ile hak ve özgürlüklere ilişkin güvenceler bakımından ele alınması gerekmektedir. Bireysel başvuru yolu ikincil nitelikte bir başvuru yoludur ve kuralın yorumu kural olarak Anayasa Mahkemesince gerçekleştirilmez. Bu husus, tüketilmesi gereken başvuru yollarında ve özellikle derece mahkemelerince değerlendirilir. Ancak normun yorumu ve uygulanmasında anayasaya aykırı bir durum söz konusuysa Anayasa Mahkemesince bu hususun da ele alınması gerekliliği ortaya çıkmaktadır[1].

Benzer durum bir anayasa hükmünün işlem, eylem veya ihmalin dayanağını teşkil etmesi durumunda da söz konusudur ve ilgili anayasa hükmünün -eğer mevcutsa- öncelikle tüketilmesi gereken başvuru yollarında yer alan idare ve yargı mercilerince yorumlanması esastır. Bu bakımdan Anayasa'yı yorumlama yetkisi ve görevi öncelikle yine derece mahkemelerine ait bir yükümlülük olmakla birlikte Anayasa Mahkemesinin anayasal düzen içerisindeki konumlandırılış biçimi, görev ve yetkilerinin mahiyeti göz önünde

1 Ergül, O. (2018). "Bireysel Başvuru Üzerinden Hukuk Metoduna Odaklanmak: Norm Somutlaşması, İhmal Yaptırımı ve İçtihat Farklılığı Özelinde Bir Genel Değerlendirme", *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 35., s. 226, 239.

bulundurulduğunda, özellikle anayasanın yorumlanmasındaki bağlayıcı nitelikteki nihai yorum yetkisinin yadsınamayacağı açıktır[2].

Anayasal bir normun temel hak ve özgürlükler bakımından ihlal meydana getirip getirmediğinin tespiti, normun anlamı ve kapsamıyla nasıl yorumlanacağı ve uygulanacağının ortaya konulmasını gerektirmektedir. Böylece söz konusu normun, anayasal ilkeler ile hak ve özgürlüklere ilişkin güvenceler bakımından sorunlu bir yapı arz edip etmediği ortaya konulabilir. Tam da bu noktada normun esası bakımından bir inceleme yapmak gerekli hâle gelmektedir. Öte yandan bireysel başvuru kapsamında yapılacak incelemede normun kendisinden kaynaklanan ihlal sonucuna ulaşılmadığı durumda, normun Anayasa Mahkemesince yapılan yorumunun anayasal ilke ve temel hak ve özgürlüklere aykırılık teşkil etmediği sonucu doğmaktadır. İhlal sonucuna ulaşılması durumunda ise normun anayasal ilke ve güvencelere uygun, uygulanabilir bir yorumunun olmadığı sonucunun varlığını kabul etmek gerekir[3]. Bütün bu hususlar, bir anayasa hükmünün esas bakımından incelenmesi anlamına gelmekle birlikte konunun, Anayasa'nın 148. maddesinde öngörülen anayasa değişikliklerinin esas bakımından denetimi yasağıyla ilgisi olup olmadığının irdelenmesi gerekmektedir.

I. ANAYASAL NORMLARA İLİŞKİN ESAS DENETİMİ YASAĞININ ANLAMI VE KAPSAMI

Bir normun anayasaya aykırı olup olmadığının esas bakımından incelenmesi, normun içerik itibarıyla-maddi anlamda anayasaya aykırı olup olmadığının[4] araştırılması anlamına gelir. Bu durum anayasa yargısının temel işlevlerinden birisiyle ilgilidir ve bu sayede yasama organı bakımından anayasanın bağlayıcılığının etkili bir biçimde sağlanması mümkün olabilir[5].

Anayasa mahkemelerine anayasaların hukuki bağlayıcılıklarının emanet edilmesi, anayasa mahkemelerinin meşruiyetine ilişkin tartışmalar bir kenara bırakılacak olursa[6], anayasacılık hareketleri bağlamında siyasi iktidarın sınır-

2 Anayasa Mahkemelerinin yorum tekeli bağlamındaki tartışma ve açıklamalar için bkz.; Arslan, Z. (2008). Anayasa Mahkemesinin 'Yorum Tekeli', Yargısal Üstünlük ve Demokrasi, içinde Yazıcı, S., Gözler, K. ve Göztepe, E. (Ed.), *Prof. Dr. Ergun Özbudun' a Armağan, Cilt II (Anayasa Hukuku)*, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 59-89.

3 Garlicki, L. ve Garlicka, Z. A. (2012). "Anayasa Değişikliklerinin Anayasaya Uygunluğu Denetimi (Kusurlara Kusurlu Bir Cevap mı?)", Kurt, G. (Çev.), *Anayasa Hukuku Dergisi*, C. 1., S. 1., s. 168.

4 Özbudun, normun muhtevası ifadesini kullanmıştır. Bkz. Özbudun, E. (2019). *Türk Anayasa Hukuku*, Gözden Geçirilmiş 13. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 416.

5 Hakyemez, Y. Ş. (2009). *Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı*, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 64.

6 Hukuki ve demokratik meşruiyet bağlamındaki tartışmalar için bkz. Gülener, S. (2017). *Türkiye'de Anayasa Yargısının Demokratik Meşruluğu*, 2. Baskı, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 137 vd.

lanmasının icat edilmiş ileri düzey bir çaresi olarak düşünülebilir[7]. Bununla birlikte anayasa koyucu irade karşısında anayasa mahkemelerinin böyle güçlü bir pozisyonu bulunmamaktadır. Diğer bir ifadeyle anayasa hükümlerinin anayasaya uygun olup olmadığı, -anayasa koyucu iradenin denetlenemeyeceği kabulü esas alınırsa- anayasa koyuculukla ve anayasa koyucunun takdiri ile ilgili bir meseledir. Dolayısıyla egemenlikten kaynaklanan yetkilerin bir kullanıcısı olan yasama organının işlemleri yargı yoluyla denetlenebilirken, egemenin kendisinin koyduğu kabul edilen anayasaların denetlenmesi mümkün olmamaktadır. Böylece anayasa mahkemelerinin anayasaların bekçiliği işlevinin, anayasaların efendiliğine dönüşmesinin önüne geçilmiş olunmaktadır. Öte yandan, çoğunlukla muğlak bir dile ve çok anlamlılığa imkân veren bir metin olarak yoruma ihtiyaç duyan ve diğer normlarla ilişkisi bağlamında yorumu gerekli olan anayasaların yorumunun (anayasal yorum)[8], yorumlayan ve yorumlanan arasındaki sıkı ilişki göz önünde bulundurulduğunda -hermenötik bir yaklaşımla- zorunlu olarak yaratıcı bir karakter taşıdığını ifade etmek mümkündür[9]. Üstelik anayasal bir normun yorumlanması söz konusu olduğunda yorum faaliyetinin önemi daha bariz bir şekilde ortaya çıkmaktadır. Yorum faaliyetinin, kişinin zihin dünyası, içinde yaşanılan toplumun sosyokültürel, siyasi ve ekonomik durumuyla şekillenen hukuk paradigması ve daha geniş anlamda zamanın ruhundan etkilenmesi kaçınılmaz olsa da anayasal yorumun gücü, anayasa mahkemelerinin hak ve özgürlükleri genişletebilmelerine, yeni hak ve özgürlüklerin varlığını anayasa veya yasa koyucudan önce kabul edebilmelerine imkân vermektedir[10]. Böylece anayasa mahkemelerinin meşruiyetleri ve işlevlerine ilişkin tartışmalar da farklılaşabilmektedir[11].

---

7 Depenheuer, O. (2014). Anayasanın İşlevleri, Tan, M. (Çev.), içinde Depenheuer, O. ve Grabenwarter, C. (Ed.), Doğan, İ. (Çev. Ed.), *Anayasa Teorisi*, Ankara: Lale Yayıncılık, s. 562; Dikmen Caniklioğlu, M. (2010). *Anayasal Devlette Meşruiyet*, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 244-248; Metin, Y. (2008). *Anayasanın Yorumlanması*, Ankara: Asil Yayınları, s. 30; Tanör, B. ve Yüzbaşıoğlu, N. (2020). *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, 20. Baskı, İstanbul: Beta Yayınları, s. 476-477.

8 Anayasal yorumun kapsamı ve niteliği bağlamında bkz. Boyar, O. (2022). "Anayasal Yorumla Yasal Yorum Arasındaki Benzerlik Ve Farklılıklar Üzerine Bir Değerlendirme", *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 39., S. 1., s. 267-287.

9 Sancar, M. (1995). *Temel Hakların Yorumu*, Doktora Tezi (Yayımlanmamış), Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 256.

10 Örneğin Anayasa Mahkemesinin, şeref ve itibar hakkı kapsamında 'unutulma hakkı'nı ortaya koyduğu kararı için bkz.; *N.B.B.* [GK], B. No: 2013/5653, 3/3/2016, §§ 31-52, 67-75; Anayasa'nın kamu hizmetine girme hakkını düzenleyen 70. maddesinin kamu hizmetinde bulunmayı da kapsadığına ilişkin olarak bkz. AYM, E.2021/104, K.2021/87, 11/11/2021, §§ 41-48; Anayasa'nın adil yargılanma hakkını düzenleyen 36. maddesinin hükmün denetlenmesini talep hakkını da kapsadığı yönünde bkz.; AYM, E.2018/71, K.2018/118, 27/12/2018, §§ 4-12; AYM, E.2020/21, K.2020/53, 1/10/2020, §§ 9-19.

11 Hak ve özgürlükleri koruyan ve geliştiren bir yaklaşımın benimsemesi halinde meşruiyet sorunun da aşılabileceğine ilişkin açıklamalar bakımından bkz. Arslan, Z. (2005). *Anayasa Teorisi*, Ankara: Seçkin Yayınları, s. 52; Arslan, Z. (2023). "Anayasa Mahkemesinin Hak-

Anayasal normların esas bakımından denetlenmesi, denetimin içinde barındırdığı hiyerarşik anlam gereği denetimi yapılacak normun kıstas norma göre daha alt düzeyde bir norm olmasını gerektirdiğinden, şekli anlamda eşit hukuki duruma sahip anayasa normları arasında (bu normlar arasında denetim bakımından anayasayla bir derecelendirme yapılmamışsa) esas bakımdan denetim yapmanın kural olarak söz konusu olamayacağı gerek pratikte gerekse doktrinde kabul edilmiştir[12]. Bununla birlikte anayasayı değiştirme yetkisinin kötüye kullanılması suretiyle anayasal değerlerin içeriğinin anlamsızlaştırılması gerekçesine dayanılarak esas denetiminin mümkün olabileceği yönünde bir eğilimin de gözlemlenebildiği söylenebilir[13].

Özellikle anayasaların varlık nedenlerini iktidarların sınırlanmasının bir yolu olarak hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması ve temelde insan onurunun korunmasıyla ilişkilendiren yaklaşım ve yorumlar, bu değerleri anayasanın özü, anayasanın ruhu, anayasa üstü değer ve normlar olarak nitelemekte, doğal hukuku pozitif hukukun üstünde ve ötesinde bir temel yapı olarak[14] değerlendirmekte ve anayasaların bu yönüne aykırı anayasa hükümleri olamayacağını, dolayısıyla kurucu iktidarın bunlarla sınırlı olduğunu ileri sürmektedir[15]. Böylece anayasa değişikliklerinin, anayasanın ruhu, özü, anayasa üstü değerler bakımından denetlenebileceği ileri sürülebilir olmakta ve uygulamaya etki edebilmektedir. Ancak bu yaklaşım önemli eleştirilere tabi tutulmuştur[16]. Nitekim doğmuş ve doğabilecek sakıncaların ciddiyetinin, anayasa değişikliklerinin esas bakımından denetiminin yaygın şekilde kabulüne imkân vermediği söylenebilir.

Şekli anlamda anayasa yaklaşımına göre, maddi anlamda anayasa niteliği

---

Eksenli Yorumu", Anayasa Mahkemesi Anayasa Yargısı Araştırma Merkezi ile İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi tarafından düzenlenen "Anayasa Mahkemesi Kararlarında Yorum" konulu Sempozyumun Açış Konuşması, İstanbul, 3/1/2023, https://www.anayasa.gov.tr/tr/baskan/konusmalar/anayasa-mahkemesinin-hak-eksenli-yorumu (Erişim Tarihi: 10/1/2024); Sancar, M. (1995). s. 291; Roelleck, G. (2014). Anayasanın Kurumsal Olarak Korunması, Erkal, A. (Çev.), içinde Depenheuer, O. ve Grabenwarter, C. (Ed.), Doğan, İ. (Çev. Ed.), *Anayasa Teorisi*, Ankara: Lale Yayıncılık, s. 515; Metin, Y. (2008). s. 36.

12 Öte yandan, şekli anlamda anayasa hükmü haline getirilmiş bir norm ile maddi anlamda anayasa normu niteliği taşıyan bir normun anayasaya uygunluk denetimi (esas bakımından) bakımından farklılık yaratmasa da anayasal normların anlamlandırılmasında, yorumlanmasında önem arz ettiği açıktır. Bu yöndeki açıklamalara için bkz. Yüzbaşıoğlu, N. (1993). *Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku*, İstanbul: İ.Ü. Basımevi ve Film Merkezi, s. 109-112.

13 Anayurt, Ö. (2022). *Anayasa Hukuku: Genel Kısım (Temel İlkeler, Kavram ve Kurumlar)*, Güncellenmiş 5. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınları, s. 231-232.

14 Carl Schmitt'in anayasa adını verdiği ancak anayasa ile sınırlandırılamayan değer ve ilkeler bütünü olarak ifade ettiği kurucu iktidar kavramsallaştırmasıyla ilgisi bakımından bkz. a.g.e. s. 231.

15 Konuya ilişkin tartışmalar için bkz. a.g.e. s. 226 vd. ayrıca bkz. Türk, E. (2023). *Anayasa Yargısında Yargısal Sınırlılık Doktrini*, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 395-396.

16 Eleştiriler için a.g.e. 237-241.

taşımayan normların da anayasa normu olduğu ve eşit hukuki değerde ve güçte olduğu sonucu doğmakta, böylece anayasa hükümleri arasında hiyerarşi kurulmasının önüne geçilmektedir. Öte yandan iktidarın sınırlanması, temel hak ve özgürlüklerin korunması ve kuvvetler ayrılığının tesisi gibi maddi anlamda anayasa anlamına gelen konulardaki anayasal normların, şeklen anayasa normu hâline getirilmiş olanlardan üstün olduğu -moral değer bağlamında[17] - açık olsa da bu duruma anayasal düzeyde sonuç bağlanmadıkça anayasa mahkemelerinin herhangi bir yetkisinden bahsedilemeyeceğini ifade etmek gerekir[18].

Anayasaya uygunluk denetimini yapmakla görevli anayasa mahkemelerinin yaygın bir şekilde ortaya çıkışı II. Dünya Savaşı sonrasına denk gelmektedir[19]. Burada, çoğunlukçu demokrasi anlayışına dayalı sistemlerin yarattığı sorunların etkisinin çok büyük olduğu söylenebilir. Nitekim çoğunlukçu demokrasiler, ahlaki temeli olan değerler sistemi yerine, çoğunluğun iradesinin ortaya çıkması ve her şeye üstün kılınması fikrine dayanır. Dolayısıyla çoğunluğun yanılır olabileceğini ve hak ve özgürlükler bağlamında olumsuz etkiler yaratabileceğini tartışma konusu dahi etmez. Böylelikle çoğunluğun iradesinin yargı yoluyla denetlenmesini tümüyle reddeder. Buna karşın çoğulcu demokrasiler, insan onuru temelinde hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması, hukukun üstünlüğünün tesisi, katılım, kuvvetler ayrılığı gibi değerler sistemine dayalı bir anayasal düzeni ve bunu gerçek anlamda tesis edecek yargısal koruma mekanizmalarını içerir[20]. Bu tür bir geçiş sürecinin de etkisiyle Türkiye'de Anayasa Mahkemesi 1961 Anayasası'yla kurulmuştur. Daha önceki anayasaların esas itibarıyla anayasaya aykırılık denetimini siyasal denetim olarak öngördükleri söylenebilir[21].

A. ANAYASA DEĞİŞİKLİKLERİNİN ESAS BAKIMINDAN DENETİMİ VE ANAYASA MAHKEMESİNİN YAKLAŞIMI

1961 Anayasası, Anayasa değişikliklerinin denetime tabi olup olmayacağını açıkça düzenlememişti. Anayasa'nın, Anayasa Mahkemesinin görev ve yetkilerini düzenleyen 147. maddesinde Anayasa Mahkemesinin kanunların ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüklerinin Anayasa'ya uygunluğunu denetleyeceği hükmü yer alıyordu. Öte yandan kanunların ya da meclis iç tüzüklerinin Anayasa'ya uygunluğunun denetiminin nasıl yapılacağına ilişkin (şekil

17 Temel hakların en üstün ve belirleyici değer olarak alınması gerektiğine ilişkin olarak bkz. Sancar, M. (1995). s. 256.

18 Gözler, K. (2021). *Türk Anayasa Hukuku*, Güncellenmiş, Düzeltilmiş ve Genişletilmiş Dördüncü Baskı, Bursa: Ekin Yayınları, s. 1239.

19 Dikmen Caniklioğlu, M. (2010). s. 246.

20 Dworkin, R. M. (2011). "Siyasal Anayasanın Ahlaki Temelleri", *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 28., s. 27-39.

21 Keskinsoy, Ö. (2011). "Anayasa Değişikliklerine Dâir Kanunların Yargısal Denetimine Eleştirel Bir Bakış", *Liberal Düşünce*, C. 16., S. 63., s. 169.

veya esas yönünden) başka bir hükme de yer verilmemişti. 22/4/1962 tarih ve 44 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'da da kanunların ya da meclis iç tüzüklerinin anayasallık denetiminde şekil ya da esas açısından denetim yapılması hususunda bir düzenleme getirilmemiştir[22].

Anayasa Mahkemesinin 26/09/1965 tarihli ve E.1963/173, K.1965/40 sayılı kararında, Anayasa'nın sessiz kaldığı bu konunun ele alınmış olduğu söylenebilir. Nitekim söz konusu kararda Mahkeme, öncelikle kanunların Anayasa'ya uygunluğuna, sonrasında da Anayasa değişikliklerinin Anayasa'ya uygunluğunun hukuken geçerli olabilmesi için yalnızca değiştirme usulüne uyularak yapılmasının yeterli olmadığına ilişkin değerlendirmelerde bulunmuştur[23]. Bu kapsamda Mahkeme, Anayasa değişikliğinin aynı zamanda "Anayasa'nın ruhuna uygun" olması ve "Anayasa'nın özünü ortadan kaldırıcı" nitelikte olmaması gerektiğine işaret etmiş, böylece anayasa değişikliklerinin esas bakımından denetiminin nasıl mümkün olabileceğine ilişkin açıklamalar yapmıştır[24].

---

22 Anayasa Mahkemesi E.1964/38, K.1965/59, 16/11/1965 tarihli ve sayılı kararında ele almış ve denetimini yaptığı normların şekil ve esas bakımından inceleyeceğini değerlendirmiştir;

"…Yürürlükteki Anayasa, bu konuyu ele almış ve kanunların yargı denetimine bağlı tutulmasını 147 nci maddesinde kabul etmiştir. Bu maddede, Anayasa Mahkemesinin, kanunların ve Türkiye B. M. Meclisi içtüzüklerinin Anayasa'ya uygunluğunu denetleyeceği açıklanmıştır. Mutlak olan bu hüküm, kanunların gerek şekli ve gerek esas bakımlarından Anayasa'ya uygunluğunun Mahkememizce denetlenmesini kapsamaktadır. Sözü geçen 147 nci maddenin Temsilciler Meclisinde görüşülmesi şırasında şekil yönü üzerinde de durulmuş, ve bir üye Yasama Meclisleri dışında, bir organın herhangi bir kanunun Anayasa'ya sırf şekil bakımından uygunluğunu denetlemesinin söz konusu olamayacağı, sadece esas ve muhteva bakımından Anayasa'ya uygun olup olmadığını araştıracağı görüsünü savunmuş, fakat, Anayasa Komisyonu sözcüsü verdiği cevapta, bir kanun şekil itibariyle sakat ise, yani kanunun yapılmasında uyulması gereken şekiller bakımından gerekli şartlar mevcut değilse o kanunun bu takdirde dahi Anayasa'ya aykırı olduğunu, ölü doğmuş, hatta doğmamış bir kanunun Anayasa'ya aykırılığı sorununu Anayasa Mahkemesinin inceleyeceği kanısında olduklarını söylemiştir. Komisyon adına yapılan ve aksine bir görüş ileri sürmemekle Meclis tarafından da benimsendiği anlaşılan bu açıklama sözü geçen 147 nci maddenin mutlak olan hükmüne uygundur. Millet Meclisi Anayasa Komisyonu da, 22/ 4/1962 günlü ve 44 sayılı kanuna ilişkin raporunda, aynı kanıya varmış ve "kanunların Anayasa'ya uygunluğunun şekil bakımından murakabesinin, Anayasa Mahkemesi dahil, her mahkemenin ilkel yetkilerinden olduğunu" belirtmiştir.

Şu halde, Mahkememiz, davacının şekle ilişkin iddiasını incelemeğe ve bu yönden bir karar vermeğe yetkilidir."

23 Kaboğlu, İ. ve Sales, E. (2018). *Darbe ve Demokrasi Sarkacında Türk Anayasa Hukuku*, Berksoy, İ. (Çev.), İstanbul: Legal Yayıncılık, s. 71.

24 *"Ancak Anayasa'nın bu maddesinde (değiştirilme) den söz edilmesi sebepsiz değildir. Bu maddeyi hazırlayan Kurucu Meclisin ve Anayasayı kabul ve (hürriyete, adalete, fazilete âşık evlâtlarının uyanık bekçiliğine emanet etmiş bulunan Türk Milletinin Anayasa'nın ve niteliklerini belirttiği hukuk devletinin temelinden kaldırılması ile onun tam zıddı rejimlerin getirilmesini öngörmüş bulunduğu düşünülemez. 155 inci maddenin, Türk toplumunu daha ileri uygarlık düzeyine çıkarmak için, Anayasa'nın ruhuna uygun değişmelere imkân sağlamak maksadiyle kabul edilmiş olduğu söz götürmez bir gerçektir. Ancak, Türk toplumunu geriletici, temel hak ve hürriyetleri, hukuk devleti ilkesini yok edici, bir kelime ile, 1961 Anayasa'sının Özünü ortadan kaldırıcı ve bu niteliği ile (değişiklik) olarak kabul edilmesi caiz olmayan ve Anayasa'nın devrilmesini öngören maksatların, sözü*

Daha sonra Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 68. maddesinin değiştirilmesi ve 11. geçici maddesinin kaldırılması hakkındaki 6/11/1969 tarih ve 1188 sayılı Kanun'un Anayasa'ya aykırılığı iddiasını incelemiştir. Anayasa Mahkemesi ilk olarak, anayasa değişikliklerinin Anayasa'nın 155. maddesinde öngörülen kurallar çerçevesinde kanunlarla mümkün olacağını, 1188 sayılı Kanun'un da bir kanun olduğunu değerlendirmiştir. Ardından, Anayasa'nın 9. maddesinin devletin şeklinin Cumhuriyet olduğuna ilişkin hükmün değiştirilemeyeceğine ve değiştirilmesinin teklif dahi edilemeyeceğine işaret etmiştir[25].

Anayasa Mahkemesi değiştirme yasağının sadece (Cumhuriyet) sözcüğünü değil, Anayasa'nın 1. ve 2. maddeleri ile 2. maddenin gönderme yaptığı Başlangıç bölümünde yer alan temel ilkelerle niteliği belirtilmiş cumhuriyet sözcüğü ile ifade edilen devlet sistemini işaret ettiğini, dolayısıyla 9. madde ile değişmezlik ilkesine bağlananın sadece "Cumhuriyet" sözcüğü olmadığını, nitelikleri Anayasa'da gösterilen Cumhuriyet rejimi olduğunu vurgulamıştır. Bu doğrultuda Mahkeme, sadece "Cumhuriyet" sözcüğünü saklı tutup, bütün bu nitelikleri, hangi istikamette olursa olsun, tamamen veya kısmen değiştirme veya kaldırmak suretiyle 1961 Anayasası'nın ilkeleriyle bağdaşması mümkün olmayan bir başka rejimi meydana getirecek bir Anayasa değişikliğinin teklif ve kabul edilmesinin Anayasa'ya aykırı olduğunu belirtmiştir[26].

1961 Anayasası'nda değişiklik yapan 20/9/1971 tarih ve 1488 sayılı Kanun ile Anayasa'nın 147. maddesi de değiştirilmiş ve anayasa değişikliklerinin şekil bakımından denetlenebileceğine ilişkin olarak; "*Anayasa Mahkemesi, kanunların ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüklerinin Anayasaya, Anayasa değişikliklerinin de Anayasada gösterilen şekil şartlarına uygunluğunu denetler*." hükmü getirilmiştir. Bu değişiklikten sonra Anayasa Mahkemesi Anayasa değişikliklerini esas bakımından denetleme yetkisi bulunmadığını ve sadece şekil denetimi yapabileceğini belirtmekle birlikte şekil denetimini, teklif edilemez ifadesi ile ilişkili yorumlayarak esasa etki edecek bir içeriğe büründürmüştür. Bu kapsamda Anayasa'nın 138. maddesinin 1699 sayılı Kanun'la değiştirilen dördüncü fıkrasında yer alan "*Askeri mahkemelerde üyelerinin çoğunluğunun hakimlik mesleğine sahip olması şarttır. Ancak savaş halinde bu şart aranmaz"* kuralının 2. cümlesini Anayasa'nın 9. maddesi çerçevesinde iptal etmiştir[27].

---

geçen 155 inci maddenin gölgesin de gerçekleştirilebilmelerini düşünmek mümkün değildir." AYM, E.1963/173, K.1965/40, 26/9/1965.

25 Özbudun, E. (2007). "Türk Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve Siyasal Elitlerin Tepkisi", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, C. 62., S. 3., s. 259-260.

26 AYM, E.1970/1, K. 1970/31, 16/6/1970. Söz konusu Anayasa değişikliğini ise görüşmelerdeki çoğunluk sayısının sağlanmamış olması nedeniyle şekil eksikliği yönünden iptal etmiştir.

27 AYM, E.1973/19, K.1975/87, 15/4/1975. Benzer şekilde, Anayasa'nın 1488 sayılı Kanun'la değiştirilmiş olan kamulaştırmaya ilişkin 38. maddesinin "*Ödenecek karşılık, taşınmaz malın tamamının kamulaştırılması halinde o malın malikinin kanunda gösterilecek usul ve şekle uygun*

1982 Anayasası, Anayasa Mahkemesinin Anayasa değişiklikleri üzerindeki denetim yetkisine ilişkin tartışmalar sonrasında denetimin kapsamını oldukça açık bir biçimde belirlemek amacıyla Anayasa'nın 148. maddesini şu şekilde düzenlemiştir:

"Anayasa Mahkemesi, kanunların, kanun hükmünde kararnamelerin ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğünün Anayasaya şekil ve esas bakımlarından uygunluğunu denetler. Anayasa değişikliklerini ise sadece şekil bakımından inceler ve denetler… Kanunların şekil bakımından denetlenmesi… Anayasa değişikliklerinde ise, teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlıdır..."

1982 Anayasası'nın öngördüğü bu kurallar sonrasında Anayasa Mahkemesince anayasa değişikliği noktasında ilk başvuru Anayasa'nın geçici 4. maddesiyle siyasiler hakkında 5 ve 10 yıllık sürelerle getirilmiş olan siyaset yasağının, 17/5/1987 günlü 3361 sayılı Kanun hükmü ile yürürlükten kaldırılmasına ilişkindir. Kanun'un 4. maddesinin ikinci fıkrasının Anayasa'nın 104., 175. ve geçici 9. maddelerine aykırılığı iddiasını inceleyen Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 148. maddesinde Anayasa değişikliklerine ilişkin yasaların esas yönünden denetimine yer verilmediğinin, şekil yönünden denetimin ise teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlandığının altını çizmiştir. Mahkeme bu çerçevede, iptali istenen kuraldaki aykırılık iddiasının bu sınırlı sebeplerden herhangi birine ilişkin bulunmadığı sürece davanın dinlenmesi olanağı olmadığını, dava dilekçesinde ileri sürülen hususların Anayasa'nın 148. ve Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunun 21. maddelerinde sayılı ve sınırlı olarak belirlenen şekil bozukluklarından olmadığını

---

olarak bildireceği vergi değerini; kısmen kamulaştırmalarda da vergi değerinin kamulaştırılan kısma düşen miktarını aşamaz. Kamulaştırılan taşınmaz mal karşılığının vergi değerinden az takdir edilmesi halinde malikin itiraz ve dava hakkı saklıdır." şeklindeki ikinci ve üçüncü fıkraları Anayasa'nın 2. maddesindeki Cumhuriyetin niteliklerinden bir bölümünü bozucu ve zedeleyici etki taşıdığından 9. maddede yer alan teklif edilemezlik ve değiştirilemezlik kurallarına aykırı bulunmuş ve böylece aynı maddedeki biçim kurallarına aykırı olarak yasalaştığı gerekçesi ile iptal edilmiştir (AYM, E.1976/38, K.1976/46, 12/10/1976).

Anayasa Mahkemesi aynı şekilde, Anayasa'nın 1488 sayılı Kanun'la değiştirilmiş 144. maddesi "*Yüksek Hâkimler Kurulu, adliye mahkemeleri hâkimlerinin özlük işleri hakkında kesin karar verir.*" hükmünün, Anayasa'nın 9. maddesinde yazılı "*Devlet şeklinin Cumhuriyet olduğu hakkındaki Anayasa hükmü değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif edilemez.*" kuralına aykırı olmadığına, "Bu kararlar aleyhine başka mercilere başvurulamaz" hükmünün ise Anayasa'nın 9. maddesine aykırı olduğuna karar vermiştir (AYM, E.1976/43, K.1977/4, 27/1/1977).

Anayasa Mahkemesi benzer gerekçelerle Anayasa'nın 20/9/1971 tarihli ve 1488 sayılı Kanunla değişik 137. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan Yüksek Savcılar Kurulu kararlarına ilişkin "*Bu kurulun kararları kesin olup bunlar aleyhine başka bir mercie başvurulamaz.*" hükmünün (... bunlar aleyhine başka bir mercie başvurulamaz.) kısmı ile daha sonra gelen "*Ancak disiplin ve meslekten çıkarma cezaları ile ilgili kararların bir defa daha incelenmesini Adalet Bakanı ve hakkında karar verilen Cumhuriyet Savcısı isteyebilir.*" kuralının iptaline karar vermiştir (AYM, E.1977/82, K.1977/117, 27/9/1977).

değerlendirmiş, işin esasına girmeden yetkisizlik nedeniyle davanın reddine karar vermiştir[28].

2007 yılında 11. Cumhurbaşkanı'nın seçimine ilişkin süreç sonrasında Cumhurbaşkanı'nın halk tarafından seçilmesini öngören bir anayasa değişikliği Türkiye Büyük Millet Meclisinde kabul edilmiştir. 11. Cumhurbaşkanı seçilemediğinden cumhurbaşkanlığı görevi devam eden 10. Cumhurbaşkanı, Mecliste 367 çoğunlukla kabul edilen söz konusu anayasa değişikliğini onaylamayarak iptali için Anayasa Mahkemesine başvurmuş, öncelikle yok hükmünde olduğunun tespiti, mümkün olmaması hâlinde şekil yönünden Anayasaya aykırılığı nedeniyle tümünün iptali talebinde bulunmuştur. Anayasa Mahkemesi şekil yönünden yaptığı incelemede önce yokluk istemi yönünden değerlendirme yapmış; yokluğun ancak belirli durumlarda söz konusu olabileceğini, bunun dışındaki sakatlıkların, anayasal denetimin konusunu oluşturabileceğini, Anayasa'da denetlenebilir olduğu kabul edilen ve uygulanacak yaptırımın da açıkça öngörüldüğü bir sakatlığın, yokluğun tespiti yoluyla giderilmeyeceğini değerlendirmiştir.

Bu kapsamda, teklifin maddelerine geçilmesine ilişkin oylamada, Anayasa'nın 175. maddesinin öngördüğü sayıya ulaşılamadığı iddiasının, Anayasa'nın 148. maddesinde öngörülen "oylama çoğunluğu" kapsamında bir itiraz olması nedeniyle, şekil yönünden iptal davasının konusunu olacağının altını çizmiştir. Bu çerçevede yaptığı incelemede Mahkeme yokluğun tespiti isteminin reddine, şekil yönünden iptal isteminin ise söz konusu değişikliğe ilişkin oylama çoğunluklarının Anayasa'da öngörülen karar yeter sayılarına uyularak gerçekleşmiş olması nedeniyle reddine karar vermiştir[29].

1924 ve 1961 Anayasalarında olduğu gibi 1982 Anayasası'nda da değiştirilemez nitelikte maddelere yer verilmiştir. 1982 Anayasası değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif edilemez maddelerin sayısını artırmak ve içeriğini genişletmek suretiyle 1., 2., ve 3. maddelerin değiştirilemeyeceğini 4. madde hükmüyle düzenlemiştir. 1982 Anayasası'nın hazırlanışında Danışma Meclisi, 1924 ve 1961 Anayasalarında olduğu gibi bir yol izlemek istemişse de Millî Güvenlik Konseyi gerekçe belirtmeksizin 2. ve 3. maddeleri de bu kapsama almıştır[30].

9/2/2008 tarihli ve 5735 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un, Anayasa'nın 10. maddesinin dördüncü fıkrasına *"bütün işlemlerinde"* ibaresinden sonra gelmek

28 AYM, E.1987/9, K.1987/15, 18/6/1987.

29 AYM, E.2007/72, K.2007/68, 5/7/2007. Şekil yönünden denetime ilişkin olarak benzer yönde bkz. AYM, E.2007/99, K.2007/86, 27/11/2007.

30 T.C. Anayasa Mahkemesi. (2021). *Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (Gerekçeli)*, Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları.

üzere eklenen *"ve her türlü kamu hizmetlerinden yararlanılmasında"* ibaresi ile Anayasa'nın 42. maddesine eklenen *"Kanunda açıkça yazılı olmayan herhangi bir sebeple kimse yükseköğrenim hakkını kullanmaktan mahrum edilemez. Bu hakkın kullanımının sınırları kanunla belirlenir*." şeklindeki fıkranın yokluğunun tespiti veya iptali istenmiştir.

Anayasa Mahkemesi, anayasa değişikliğinin "teklif edilebilirliği"ne ilişkin şekil yönünden yaptığı değerlendirmede öncelikle Anayasa'yı değiştirme yetkisinin ilk üç maddeyi kapsayan bir yetki olmadığını, değiştirilmesi teklif edilemeyecek bir Anayasa kuralına yönelik değişiklik teklifinin yasama organının yetkisi kapsamında bulunmadığından, yetkisiz olduğu bir alanda yasama faaliyetine hukuksal geçerlilik tanımanın mümkün olmayacağının altını çizmiştir.

Anayasa Mahkemesine göre Anayasa'nın 175. maddesi kapsamında kullanılacak Anayasa'yı değiştirme yetkisinin, hukuksal geçerlilik ve etkinlik kazanabilmesi için Anayasa'nın 4. maddesinde teklif edilemez olarak belirlenen hükümlere ilişkin olmaması, Anayasa normlarının bütünlüğünden doğan ve Anayasa'nın ilk üç maddesinde somutlaşan temel tercihe uygun olması gerekir. O hâlde Anayasa'nın diğer maddelerinde yapılacak değişikliklerle ilk üç maddede somutlaşan anayasal düzene yönelik bir değişiklik yapmanın Anayasa'nın 4. maddesinin yasama organı için çizdiği sınırların aşılması anlamına geleceği açıktır.

Bu durumda teklif edilebilir olmayan bir Anayasa değişikliğinin, 148. maddenin ikinci fıkrasında öngörülen teklif çoğunluğu koşulu yerine getirilerek gündeme getirilmesi hâlinde, şekil denetiminin *"teklif ... şartına uyulup uyulmadığı"* kuralı doğrultusunda "geçerli teklif" in bulunup bulunmadığı yönünden yapılması gerekecektir. Anayasa'nın ilk üç maddesinde değişiklik öngören veya Anayasa'nın sair maddelerinde yapılan değişikliklerle doğrudan doğruya veya dolaylı olarak aynı sonucu doğuran herhangi bir teklifin sayısal yönden Anayasa'ya uygun olması tasarrufun geçersizliğine engel oluşturmayacaktır.

Anayasa Mahkemesi bu değerlendirmeler neticesinde, 5735 sayılı Kanun'un, Anayasa'nın 10. ve 42. maddelerini değiştiren hükümlerinin Cumhuriyetin Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen niteliklerine aykırı olup olmadığını inceleyebileceğini, aykırı olduğuna karar vermesi hâlinde bu hükümleri Anayasa'nın 4. maddesindeki değiştirme yasağına aykırılık nedeniyle iptal edebileceğinin altını çizmiştir.

Daha sonra esas açısından yaptığı incelemede sonuç itibarıyla, Anayasa'nın 10. ve 42. maddelerinde yapılan düzenlemenin, yöntem bakımından dini siyasete alet etmesi, içerik yönünden de başkalarının haklarını ihlale ve

kamu düzeninin bozulmasına yol açması nedeniyle laiklik ilkesine açıkça aykırı olduğu sonucuna ulaşmıştır. Buna göre, Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen Cumhuriyetin temel niteliklerini dolaylı bir biçimde değiştirdiği ve işlevsizleştirdiğini değerlendirdiği düzenlemelerin Anayasa'nın 4. maddesinde ifade edilen değiştirme ve değişiklik teklif etme yasağına aykırı olduğuna ve böylece Anayasa'nın 148. maddesinin ikinci fıkrasında öngörülen teklif koşulunun yerine getirilmediğine ve söz konusu hükümlerin iptaline karar vermiştir[31].

Anayasa Mahkemesi, 7/5/2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanunla gerçekleştirilen ve Anayasa Mahkemesi ve HSYK'ya ilişkin önemli değişiklikler içeren Kanun'un iptali istemiyle açılan davada benzer şekilde bir değerlendirme yaparak 5982 sayılı Kanun'un 8., 14., 16., 19., 22., 25. ve 26. maddeleriyle Anayasa'da yapılan değişikliklerin, Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen Cumhuriyetin niteliklerini değiştiren ya da etkisizleştirerek anlamsızlaştıran bir nitelik taşıyıp taşımadığını inceleyebileceğini ve bu nitelikte olduğuna karar vermesi hâlinde bu hükümleri Anayasa'nın 4. maddesindeki teklif yasağına aykırılık nedeniyle iptal edebileceğini değerlendirmiştir.

Daha sonra işin esasına geçerek söz konusu değişikliğin 16. maddesiyle değiştirilen Anayasa'nın 146. maddesinin dördüncü fıkrasının birinci cümlesinde yer alan *"Bir üye ancak bir aday için oy kullanabilir"* ibaresinin ve ikinci cümlesinde yer alan "*de her bir baro başkanı ancak bir aday için oy kullanabilir."* ibaresinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve iptaline karar vermiştir. Ayrıca değişikliğin 22. maddesiyle Anayasa'nın değiştirilen 159. maddesinin üçüncü fıkrasının üçüncü cümlesinde yer alan *''iktisat ve siyasal bilimler* '' ve *'' üst kademe yöneticileri"* ibareleri ile Anayasa'nın 159. maddesinin beşinci fıkrasının, birinci cümlesinde yer alan *"ancak bir aday için''* ibaresinin iptaline karar vermiştir. Söz konusu değişikliğin 25. maddesiyle Anayasaya eklenen geçici 19. maddenin ilgili kısımları da bu kapsamda iptal edilmiştir[32].

1. Doğrudan Anayasa Hükümlerine Dayanan Müdahalelere İlişkin Bireysel Başvuru İncelemesinin Esas Denetimi Anlamına Gelip Gelmediği

Temel hak ve özgürlüklere ilişkin müdahalenin kaynağını teşkil eden normun doğrudan bir anayasa hükmü olması hâlinde, bireysel başvuruda yapılacak incelemenin Anayasa'nın 148. maddesinde düzenlenen ve yukarıda değerlendirilen esas denetimi yasağı kapsamına giren bir yönünün bulunup bulunmadığının ele alınması gerekir.

Belirlenmesi gereken ilk husus Anayasa'nın 148. maddesinde geçen "*denetim*" kurumundan ne anlaşılması gerektiğidir. Anayasa'nın "*Görev ve Yetkileri*" kenar başlıklı 148. maddesinin birinci fıkrasında, belirli normlar bakımından

31 AYM, E.2008/16, K.2008/116, 5/6/2008.
32 AYM, E.2010/49, K.2010/87, 7/7/2010.

Anayasa'ya uygunluk denetiminin yapılacağı ve bireysel başvuruların karara bağlanacağı hüküm altına alınmıştır. Anılan fıkrada Anayasa değişikliklerinin sadece şekil bakımından inceleneceği ve denetleneceği düzenlenmiştir. Söz konusu maddenin ikinci fıkrasında ise şekil bozukluğuna dayalı iddianın def'i (itiraz davası) yoluyla da ileri sürülemeyeceği belirtilmiştir.

Anayasa'nın 148. maddesi Anayasa Mahkemesinin görev ve yetkilerinin kapsamını belirleyen genel nitelikli bir hükümdür. Bu maddenin birinci fıkrasının birinci cümlesinde denetim ve bireysel başvuruları karara bağlama görev ve yetkilerinden bahsedilmektedir. Diğer bir ifadeyle Anayasa, Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuruları karara bağlama yetki ve görevini, denetim görevinden lafzen açıkça ayırmıştır. Anılan hükümde denetim görevinin maddede belirtilen normların şekil ve/veya esas bakımlarından Anayasa Mahkemesince incelenmesinden ibaret olduğu ifade edilmiştir. Öte yandan 148. maddenin ikinci fıkrasında, şekil bozukluğuna dayalı iddianın itiraz davası yoluyla ileri sürülemeyeceği düzenlenmek suretiyle, bu iddianın da yalnızca iptal davası kapsamında ileri sürülebilecek bir iddia olduğu hüküm altına alınmıştır.

Böylelikle şekil ve esas boyutu olan denetim görevi, Anayasa'nın 148. maddenin ikinci fıkrası ile 150. ve 152. maddelerinde somutlaştırılmıştır. Buna göre Anayasa Mahkemesinin denetim yetkisi iptal veya itiraz davaları yoluyla gerçekleştirilmektedir. Şu hâlde, Anayasa değişikliklerinin esas bakımından denetlenemeyeceği kuralı, Anayasa Mahkemesinin iptal ve itiraz davaları yoluyla gerçekleştireceği denetim görevine ilişkin bir yasak içermektedir. Diğer bir ifadeyle Anayasa'nın 148. maddesinin birinci fıkrasındaki esas yönünden inceleme yasağının sadece norm denetimi kapsamındaki inceleme ile sınırlı olduğu anlaşılmaktadır.

Bu bağlamda bir normun Anayasa'ya uygunluğu bakımından yapılacak denetimle bir anayasa normunun doğrudan uygulanması neticesinde meydana gelen müdahalenin bireysel bir hak ihlali yaratıp yaratmadığı sorunu nitelik itibarıyla da farklıdır. Anayasa Mahkemesi norm denetiminde, Anayasa ile belirlenen sınırlı sayıdaki normların kural olarak soyut biçimde Anayasa'ya uygunluğunu denetlerken bireysel başvuruyla birlikte normların somut olaylar ve uyuşmazlıklar bağlamında yorumlanması ve uygulanması ile ortaya çıkan sonucu temel hak ve özgürlüklere ilişkin anayasal güvenceler bağlamında ele almaktadır[33]. Bu kapsamda, bireysel başvuru yoluyla yapılan incelemede normun Anayasa'ya aykırılığının tespiti esas mesele olmayıp yorumun ve uygulamanın yarattığı sorunun ortaya konulması ön plana çık-

33 Çelik, A. (2023). "Hukukun Anayasallaşması ve Bireysel Başvuru", *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 40., S. 1., s. 314.

maktadır. Dolayısıyla norm denetiminde normun bizatihi kendisi anayasallık denetiminin konusunu oluşturmaktadır.

Öte yandan anayasaya uygunluk denetimine bağlanan hukuki sonuçlarla bireysel başvuru sonucu Mahkemenin verdiği kararların etkileri de farklılaşmaktadır. Nitekim norm denetiminde ilgili normun Anayasa'ya uygun olması nedeniyle hukuk sisteminde varlığını korumaya devam etmesi ya da aykırı olması nedeniyle iptal edilmesi şeklinde ortaya çıkabilecek muhtemel sonuçlar bireysel başvuru yolu bakımından geçerli değildir. Bireysel başvuru sonucu ihlalin doğrudan bir kanundan kaynaklandığına ilişkin tespit yapılmış hatta bu durum yasama organına bildirilmiş olsa bile Mahkemenin gerekçeleri ve kararı doğrultusunda norma ilişkin sorunu çözmek nihayetinde -şüphesiz Mahkemeyi ihlale ulaştıran gerekçeler de gözetilmek suretiyle- yasama organına ait bir yetki olmaya devam etmektedir.

O hâlde kapsamı ve sınırları Anayasa ile çizilmiş ve Anayasa Mahkemesinin norm denetimi görev ve yetkisi bakımından getirilmiş bir istisnanın kıyasen, nitelik itibarıyla tamamen farklı bir anayasal düzenleme alanı olan bireysel başvuruya uygulanması anayasal yorum yöntemleriyle bağdaştırılması güç bir yaklaşım olabilir. Netice itibarıyla, bir anayasa hükmünün doğrudan uygulanması sonucunda ortaya çıkacak bir hak ihlali iddiasının, anayasa değişikliklerine ilişkin esas denetimi yasağıyla ilgisi olmadığı ve bireysel başvurunun konusu kapsamında kaldığı ifade edilmelidir.

Öte yandan bireysel başvuruda ihlalin kaynağının bir Anayasa hükmü olması durumunda Anayasa Mahkemesinin yapacağı inceleme, söz konusu hükmün anayasal güvenceleri sağlayıp sağlamadığı yönünde olabilecektir. Ancak böyle bir durumda bir anayasa hükmünün diğerine uygunluğu yönünde bir inceleme değil, çoğunlukla anayasa hükmünün gereğinin yerine getirilmemiş olması nedeniyle ortaya çıkan bir hak ihlaline ilişkin inceleme söz konusu olacaktır[34]. Bununla birlikte sistematik yorumun temelinde yer alan anayasanın bütünlüğü yaklaşımı, kimi normların temel ilkeler koyarak diğer anayasa normlarının yorumu ve uygulanmasını etkileyebileceği ihtimalini dışlamaz[35]. Buna göre bir anayasa normunun yorumu, ilgili olduğu sistematik içerisinde, bütünlüğü koruyan bakış noktalarına öncelik vererek yürürlükteki anayasa doğrultusunda ve birbirini tamamlar bir yorumla ele

34 *Ersin Basın ve Yayıncılık San. ve Tic. Ltd. Şti. ve diğerleri*, B. No: 2016/54096, 30/6/2021.

35 Oder, B. E. (2010). *Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri*, İstanbul: Beta Yayınları, s. 71 vd, Anayasanın ruhu ifadesinden Anayasa'nın sistematik yorumunun anlaşılabileceğine ilişkin değerlendirme için bkz. Gedik, Ö. (2022). *Anayasa Mahkemesi Kararlarının Yorum Yöntemleri Açısından İncelenmesi*, İstanbul: Filiz Kitabevi Yayınları, s. 252-253. Anayasa'nın ruhu kavramının, anayasanın tümünün yorumundan çıkan sonucu ifade ettiği yönünde bkz. AYM, E.1990/1, K.1990/21, 17/7/1990.

alınarak somut bir anayasa hükmüne yön göstermeyi gerekli kılabilir[36]. Şüphesiz anayasal normlar bakımından bu tür bütüncül bir yorum karşılaştırmalı hukukun verilerini ve özellikle bireysel başvuru yolunun ihdas edilmesiyle amaçlanan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne uygunluğu gözetmeyi de içerir[37].

Dolayısıyla aşağıda kararların ele alındığı kısımda da belirtileceği üzere, bir hak ve özgürlüğe ilişkin Anayasa maddesinin herhangi bir yasal alt düzenlemeye ihtiyaç duyulmaksızın doğrudan uygulanabilir olduğu durumda yapılacak incelemede, normun diğerine uygunluğu değil, anayasanın bütüncül yorumundan bahsedilmesi gerekir.

2. Anayasa Mahkemesinin Müdahaleyi Doğrudan Bir Anayasa Hükmüyle İlişkilendirdiği Bireysel Başvuru Kararları

Anayasa Mahkemesi, temel hak ve özgürlüklere bizatihi anayasa hükmüyle ya da anayasal hükümlerin belirsiz ve/veya öngörülemez niteliği yahut geniş yorumu nedeniyle gerçekleştirilen müdahalelerle ilgili kararlar vermiştir. Çalışmanın bu aşamasında anılan kararlara bakmakta fayda görülmüştür.

a. Ersin Basın ve Yayıncılık San. ve Tic. Ltd. Şti. ve diğerleri (B. No: 2016/54096, 30/6/2021)

Anayasa Mahkemesinin *Ersin Basın ve Yayıncılık San. ve Tic. Ltd. Şti. ve diğerleri* kararında, ulusal ölçekte yayın yapan bir gazetenin geçici olarak kapatılması nedeniyle başvurucuların ifade ve basın özgürlüklerinin ihlal edildiği iddiaları incelenmiştir.

Karara konu olayda, çeşitli suçlardan başlatılan soruşturma kapsamında Cumhuriyet başsavcılığının talebiyle Sulh Ceza Hâkimliğince bir gazetenin Anayasa'nın 28. maddesinin son fıkrası[38] gereği geçici olarak kapatılmasına karar verilmiş, karara karşı yapılan itirazlar reddedilmiştir[39].

Anayasa Mahkemesi, gazetenin geçici olarak kapatılmasıyla ifade ve basın özgürlüklerinin sınırlandırıldığını, bu nedenle sınırlamanın ilk olarak Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen *kanunlar tarafından öngörülme* (kanunilik) koşuluna uygunluğunun belirlenmesi gerektiğini ifade etmiştir[40]. Bu kapsamda

36 Memiş, E. (2007). *Anayasaya Uygun Yorum*, İstanbul: Filiz Kitabevi Yayınları, s. 51.

37 Gedik, Ö. (2022). "Norm Denetimi Bakımından Otorite Özgürlük Sarmalındaki Türk Anayasa Mahkemesinin Yorum Yöntemlerine İlişkin Bazı Değerlendirmeler", *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 39, S. 1, s. 316.

38 "*Türkiye'de yayımlanan süreli yayınlar, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, Cumhuriyetin temel ilkelerine, millî güvenliğe ve genel ahlâka aykırı yayımlardan mahkûm olma halinde, mahkeme kararıyla geçici olarak kapatılabilir. Kapatılan süreli yayının açıkça devamı niteliğini taşıyan her türlü yayın yasaktır; bunlar hâkim kararıyla toplatılır.*"

39 *Ersin Basın ve Yayıncılık San. ve Tic. Ltd. Şti. ve diğerleri*, §§ 11-16.

40 *Ersin Basın ve Yayıncılık San. ve Tic. Ltd. Şti. ve diğerleri*, § 49.

yaptığı incelemede Anayasa Mahkemesi ilk olarak, temel hak ve özgürlüklere yönelik doğrudan Anayasa metnine dayanan müdahalelerin, ortada şekli anlamda bir kanun metni bulunmaması nedeniyle kanunilik koşulunu karşılamadığının kategorik biçimde ileri sürülemeyeceğini belirtmiştir. Nitekim Anayasa Mahkemesine göre temel hak ve özgürlüklere müdahaleye imkân tanıyan kuralın kimi zaman bir kanun hükmü değil de doğrudan doğruya Anayasa'nın bir kuralı olması da mümkündür. Bu çerçevede süreli yayınların geçici olarak kapatılması usulünü düzenleyen TBMM tarafından çıkarılmış bir kanun bulunmadığını tespit eden Anayasa Mahkemesi, somut olayda derece mahkemelerinin kanun koyucu tarafından çıkartılan bir kanun metnini uygulayarak değil doğrudan Anayasa'nın 28. maddesi hükmüne dayanarak gazetenin geçici olarak kapatılmasına karar verdiklerinin altını çizmiştir[41].

Anayasa Mahkemesine göre, temel hak ve özgürlüklere müdahale belirli ve öngörülebilir bir yorum ve uygulama yapmaya olanak veren bir anayasa normuna dayanmışsa müdahalenin kanuniliği koşulu sağlanmış olacaktır[42]. Bu kapsamda Anayasa Mahkemesi, kanunilik ölçütünün aynı zamanda *maddi* bir içeriği de gerektirdiğini vurgulayarak[43], somut müdahalede doğrudan dayanak olarak alınan Anayasa'nın 28. maddesinin sekizinci fıkrasının -Anayasa'nın 13. maddesinin aradığı anlamda- kamu gücünü kullanan organların keyfî davranışlarının önüne geçen ve kişilerin hukuku bilmelerine yardımcı olacak öngörülebilir ve kesin nitelikte bir kural olup olmadığının değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir[44]. Anayasa Mahkemesi "*Anayasa'nın 28. Maddesinin Sekizinci Fıkrasının Kanunilik Koşulunu Taşıyıp Taşımadığının Değerlendirilmesi*" başlığı altında yaptığı değerlendirmelerde şu sonuçlara ulaşmıştır:

- Hukuk sistemimizde süreli yayınların geçici olarak kapatılması yolunu düzenleyen yürürlükteki tek hüküm Anayasa'nın 28. maddesinin sekizinci fıkrası olup anılan hükmün erişilebilirliği hususunda tereddüt yoktur[45].
- Anayasa'nın 28. maddesinin sekizinci fıkrası sınırlandırmanın meşru sebeplerini sıralayan genel bir çerçeve çizmekte ancak anılan sınırlandırma sebebinin kullanılması ile ilgili usul ve şartları (örneğin; hangi

41 *Ersin Basın ve Yayıncılık San. ve Tic. Ltd. Şti. ve diğerleri*, §§ 52, 53.

42 *Ersin Basın ve Yayıncılık San. ve Tic. Ltd. Şti. ve diğerleri*, § 53.

43 *Ersin Basın ve Yayıncılık San. ve Tic. Ltd. Şti. ve diğerleri*, § 54: "*Anayasa Mahkemesi pek çok kez, kanunilik ölçütünün aynı zamanda maddi bir içeriği de gerektirdiğini ve bu noktada kanunun niteliğinin önem kazandığını belirtmiştir (Tuğba Arslan, § 97). Bu anlamıyla kanunilik ölçütü, sınırlamaya ilişkin kuralın erişilebilirliği ve öngörülebilirliği ile kesinliğini ifade eden belirliliğini garanti altına alır (Metin Bayyar ve Halkın Kurtuluş Partisi [GK], B. No: 2014/15220, 4/6/2015, § 56; Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası ve diğerleri, § 55; Halk Radyo ve Televizyon Yayıncılık A.Ş., § 37).*"

44 *Ersin Basın ve Yayıncılık San. ve Tic. Ltd. Şti. ve diğerleri*, § 57.

45 *Ersin Basın ve Yayıncılık San. ve Tic. Ltd. Şti. ve diğerleri*, § 63.

suçların bu hâl kapsamında değerlendirileceğini, kapatma kararının verilebileceği azami süreyi, kararı vermeye yetkili mahkemeyi ya da izlenecek yargılama usulünü) yeterli açıklıkta düzenlememektedir. Bu nedenle söz konusu hükümde kamu gücünü kullanan organların müdahale yetkisinin nasıl doğacağının belirli bir kesinlik ölçüsünde düzenlendiğinden söz edilemez[46].

- Kanunların öngörülebilirliği ve belirliliği bağlamında gereken kesinlik düzeyi, kuralın içeriğine, kapsaması öngörülen alana ve hitap ettiği kişilerin sayısına ve durumuna da bağlıdır. Dolayısıyla temel hak ve özgürlükler yönünden oluşturduğu tehlikenin ağırlığı doğrultusunda süreli yayınların geçici olarak kapatılması, kamu gücünü kullanan organlar tarafından gerçekleştirilebilecek muhtemel suistimalleri engelleyecek belirli ve kesin kurallar ile sıkı denetim öngören özel bir kanuni düzenleme gerektirmektedir. Bu kapsamda somut olayda süreli yayınların geçici olarak kapatılmasını düzenleyen ve "*öngörülebilirlik ve belirlilik*" ölçütlerini karşılayan kaliteli bir kanun bulunmamaktadır[47].

- Sonuç olarak Anayasa'nın 28. maddesinin sekizinci fıkrasının soyut kuralına dayanarak yapılan müdahale kanunilik şartını karşılamamaktadır[48].

b. Ömer Faruk Gergerlioğlu ([GK], B. No: 2019/10634, 1/7/2021)

Anayasa Mahkemesinin *Ömer Faruk Gergerlioğlu* kararında, milletvekili seçilerek dokunulmazlık hakkını kazanan başvurucu hakkında yargılamaya devam edilmesinin başvurucunun seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkını, başvurucunun sosyal medya hesabından yaptığı bir paylaşım gerekçe gösterilerek terör örgütünün propagandasını yapma suçundan cezalandırılmasının ise ifade özgürlüğünü ihlal ettiği iddiaları incelenmiştir.

Karara konu olayda, sosyal medya hesabından yaptığı bir haber paylaşımı nedeniyle başvurucu hakkında terör örgütünün propagandasını yapma suçundan kamu davası açılmıştır. İlk derece mahkemesi başvurucunun üzerine atılı suçtan 2 yıl 6 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına hükmetmiştir. İstinaf incelemesinin sürdüğü sırada başvurucu milletvekili seçilmiş ve hakkındaki yargılamanın Anayasa'nın 83. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca durması için dosyasının bulunduğu Bölge Adliye Mahkemesine başvurmuştur. Bölge Adliye Mahkemesi, terör örgütünün propagandasını yapma suçunun Anayasa'nın 14. maddesi kapsamında *kötüye kullanma* olarak değerlendirilmesi gerektiğini ve bu nedenle başvurucunun Anayasa'nın 83. maddesinin ikinci

46 *Ersin Basın ve Yayıncılık San. ve Tic. Ltd. Şti. ve diğerleri*, § 65.
47 *Ersin Basın ve Yayıncılık San. ve Tic. Ltd. Şti. ve diğerleri*, § 69.
48 *Ersin Basın ve Yayıncılık San. ve Tic. Ltd. Şti. ve diğerleri*, § 69.

fıkrası kapsamında yasama dokunulmazlığından yararlanamayacağını belirterek yargılamanın durması talepleri ile birlikte istinaf başvurusunun esastan reddine kesin olarak karar vermiştir. Başvurucunun kesinleşen cezası infaz aşamasında iken 7188 sayılı Kanun ile temyiz hakkı getirilmesi üzerine başvurucu temyize başvurmuş; temyiz incelemesini yapan Yargıtay da benzer gerekçelerle başvurucunun yargılamanın durması talebi ile esasa ilişkin itirazlarını reddederek mahkûmiyet kararını onamıştır. Kararın Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM) Genel Kurulunda okunmasıyla başvurucunun milletvekilliği düşmüştür[49].

Anayasa Mahkemesi, karara konu somut olayda başvurucunun seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkına Anayasa'nın 14. maddesi uyarınca müdahale edildiğini tespit ettikten sonra derece mahkemelerinin kanun koyucu tarafından kabul edilmiş olan bir kanun metnini yorumlayıp uygulayarak değil doğrudan Anayasa hükmüne dayanarak başvurucunun Anayasa'nın 83. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan yasama dokunulmazlığından faydalanamayacağına karar verdiklerini vurgulamıştır[50].

Bu çerçevede Anayasa Mahkemesi, *Ersin Basın ve Yayıncılık San. ve Tic. Ltd. Şti. ve diğerleri* kararındaki değerlendirmesiyle benzer şekilde, temel hak ve özgürlüklere yönelik doğrudan Anayasa metnine dayanan müdahalelerin, ortada şekli anlamda bir kanun metni bulunmaması nedeniyle kanunilik koşulunu karşılamadığının kategorik biçimde ileri sürülemeyeceğini, söz konusu kuralın da belirli ve öngörülebilir olarak yorumlanıp yorumlanamayacağının değerlendirilmesi gerektiğini yinelemiştir[51].

Anayasa Mahkemesi "*Anayasa'nın 14. Maddesinin Yorumunun Kanunilik Şartını Taşıyıp Taşımadığının Değerlendirilmesi*" başlığı altında yaptığı değerlendirmelerde şu sonuçlara ulaşmıştır:

- Anayasa Mahkemesinin daha önce verdiği kararlarda da[52] belirtildiği üzere seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkına yapılan müdahalelerin kanuni dayanağının bulunması ve bu kanuni dayanağın -Anayasa'nın 2. maddesinde düzenlenen hukuk devleti ilkesi kapsamında yapılan yorum çerçevesinde- *belirli* ve *öngörülebilir* olması gerekir[53].
- Anayasa koyucu Anayasa'nın 83. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "*Anayasanın 14 üncü maddesindeki durumlar*" ibaresi kapsamındaki suçların neler olduğunu açıkça belirlememiş, kanun koyucu da söz konu-

49 *Ömer Faruk Gergerlioğlu*, §§ 12-24.
50 *Ömer Faruk Gergerlioğlu*, § 75.
51 *Ömer Faruk Gergerlioğlu*, §§ 75-76.
52 *Sebahat Tuncel*, B. No: 2012/1051, 20/2/2014, § 71; *Mustafa Ali Balbay*, B. No: 2012/1272, 4/12/2013, § 131.
53 *Ömer Faruk Gergerlioğlu*, § 79.

su suçları tespit eden herhangi bir kanuni düzenleme yapma yoluna gitmemiştir. Bu durumda "*Anayasanın 14 üncü maddesindeki durumlar*" ibaresinin Anayasa'nın 14. maddesi ve ilgili kanunlar dikkate alındığında -öngörülebilirliği ve belirliliği ifade eden- kanunilik koşuluna uygun olup olmadığı incelenmelidir. Norm denetiminde olduğu gibi bireysel başvuru yolunda da Anayasa maddelerinin nihai yorum yetkisi Anayasa Mahkemesine aittir[54].

- Anayasa'nın 14. maddesinin birinci fıkrasının metni, yasama dokunulmazlığı dışında bırakılan suçları salt yargı organlarının kararlarıyla anlamlı bir şekilde belirlemeye ve böylece belirlilik ve öngörülebilirliği sağlayacak şekilde yorumlamaya elverişli değildir. Hangi suçların bu kapsamda görülüp yasama dokunulmazlığı kapsamı dışında tutulacağını Anayasa'nın 14. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan genel ifadeler üzerinden tespit etmek de mümkün değildir[55].
- Bu nedenle milletvekili seçilmesinden ve genel olarak yasama dokunulmazlığına sahip olmasından sonra yargılanmasına devam edilen başvurucunun mahkûm edilmesi, Anayasa'nın 67. maddesi ile korunan haklarını ihlal etmiştir. İhlal; yasama dokunulmazlığının, seçilme ve siyasi faaliyette bulunma haklarının korunmasına ilişkin temel güvencelere sahip, belirliliği ve öngörülebilirliği sağlayan anayasal veya yasal bir düzenlemenin bulunmamasından kaynaklanmıştır[56].
- Ayrıca Anayasa Mahkemesi başvurucunun ifade özgürlüğüne yapılan müdahale yönünden de farklı sonuca varılmasını gerektirir bir neden bulunmadığını belirtmiş ve yaptığı bir haber paylaşımı nedeniyle başvurucuya yüklenen suçun Anayasa'nın 14. maddesi kapsamında olduğu yönündeki tespitin kanuni bir dayanağının olmadığı sonucuna ulaşmıştır[57].
- Anayasa Mahkemesi, bu konudaki anayasal ve yasal belirsizliği ortaya koyması nedeniyle kararın bir örneğinin bilgi için yasama organına gönderilmesi gerektiğine hükmetmiştir[58].

c. Leyla Güven ([GK], B. No: 2018/26689, 7/4/2022)

Anayasa Mahkemesinin *Leyla Güven* kararında terör örgütü yöneticiliği suçu nedeniyle yapılan yakalama, gözaltı ve tutuklamanın hukuki olmaması nedeniyle milletvekili olan başvurucunun kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiği iddiası incelenmiştir.

54 *Ömer Faruk Gergerlioğlu*, §§ 82-83.
55 *Ömer Faruk Gergerlioğlu*, §§ 88-89, 95, 103.
56 *Ömer Faruk Gergerlioğlu*, § 134.
57 *Ömer Faruk Gergerlioğlu*, § 147.
58 *Ömer Faruk Gergerlioğlu*, § 201.

Anayasa Mahkemesi, *Ömer Faruk Gergerlioğlu* kararında ortaya koyduğu ilkeleri takip ederek yaptığı inceleme sonucunda Anayasa'nın 14. maddesinin genel ifadeler içeren metninden hareketle Anayasa'nın 83. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "*Anayasanın 14 üncü maddesindeki durumlar*" ibaresinin yargı organlarınca belirliliği ve öngörülebilirliği sağlayarak anlamlı bir şekilde yorumlanmasının mümkün olmadığını tekrar etmiştir[59]. Anayasa Mahkemesi sonuç olarak, somut olayda temel güvencelere sahip, belirliliği ve öngörülebilirliği sağlayan anayasal veya yasal bir düzenlemenin bulunmadığını değerlendirmiş ve başvurucunun kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir[60].

d. Şerafettin Can Atalay (2) ([GK], B. No: 2023/53898, 25/10/2023)

Anayasa Mahkemesinin *Şerafettin Can Atalay (2)* kararında milletvekili seçilerek yasama dokunulmazlığı kazanan başvurucunun yargılamada durma kararı verilmesi talebinin reddedilerek yargılamaya devam edilmesi nedeniyle seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkının, tahliye talebinin reddedilmesi nedeniyle de kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiği iddiaları incelenmiştir.

Karara konu olayda, kamuoyunda Gezi Parkı Davası olarak bilinen ceza davasının sanıklarından olan başvurucu hakkında ağır ceza mahkemesince tutuklama ve mahkûmiyet kararı verilmiştir. Başvurucunun tahliye talepli istinaf başvurusu, Bölge Adliye Mahkemesi tarafından reddedilmiştir. Başvurucu, kararın temyiz incelemesi devam ederken milletvekili seçilmiş ve milletvekili seçilmesi nedeniyle yasama dokunulmazlığına sahip olduğunu iddia ederek Yargıtaydan durma kararı verilmesini ve tahliyesini talep etmiştir. Başvurucunun bu talebi -işin esası ayrıca incelenmek üzere- reddedilmiştir. Bireysel başvuru inceleme aşamasındayken Yargıtay başvurucu hakkındaki mahkûmiyet hükmünü onamıştır[61].

Anayasa Mahkemesi, "*Sınırlamanın Doğrudan Bir Anayasa Kuralına Dayanması*" başlığı altında yaptığı değerlendirmelerde, *Ersin Basın ve Yayıncılık San. ve Tic. Ltd. Şti. ve diğerleri* ve *Ömer Faruk Gergerlioğlu* kararında temel hak ve özgürlüklere ilişkin sınırlamaların doğrudan doğruya bir Anayasa kuralına dayanması hâllerinde söz konusu kuralın da belirli ve öngörülebilir olarak yorumlanıp yorumlanamayacağının değerlendirilmesi gerektiğine karar verildiğini not etmiştir[62].

Bu kapsamda yaptığı incelemede Anayasa Mahkemesi, somut olayda Yargıtay tarafından yapılan değerlendirmelere *Ömer Faruk Gergerlioğlu* kararında

59 *Leyla Güven*, § 108.
60 *Leyla Güven*, § 110.
61 *Şerafettin Can Atalay (2)*, §§ 7-12.
62 *Şerafettin Can Atalay (2)*, §§ 34-36.

ayrıntılı olarak açıklanan nedenlerle katılmanın mümkün olmadığını ifade etmiş[63] ve anılan kararda Anayasa'nın 83. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "*Anayasanın 14 üncü maddesindeki durumlar*" ibaresinin hem kişiler hem de mahkemeler başta olmak üzere kamu gücünü kullanan organlar yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olmadığı sonucuna ulaşıldığını yinelemiştir[64].

Anayasa Mahkemesi, kararlarının sübjektif ve objektif etkisine dair ayrıntılı değerlendirmelerde bulunduktan sonra[65] *Ömer Faruk Gergerlioğlu* kararında ortaya koyduğu yapısal soruna ilişkin değerlendirmelerinin, sonuçları itibarıyla objektif niteliğinin çok daha belirgin olduğunu vurgulamıştır[66]. Ancak Yargıtayın yaptığı daraltıcı yorum nedeniyle Anayasa Mahkemesi, *Ömer Faruk Gergerlioğlu* kararında varılan sonuçtan ayrılmayı gerektirir bir durum bulunmadığını ifade ederek başvurucunun Anayasa'nın 67. maddesinde güvence altına alınan seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır[67].

Son olarak Anayasa Mahkemesi, seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkı yönünden yapılan değerlendirmelerin kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı yönünden de geçerli olduğunu belirterek anılan hakkın da ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır[68].

e. Kadri Enis Berberoğlu (2) ([GK], B. No: 2018/30030, 17/9/2020)

Anayasa Mahkemesinin *Kadri Enis Berberoğlu (2)* kararında, dokunulmazlık hakkını yeniden kazanan bir milletvekili hakkında yargılamaya devam edilmesi ve tutukluluğun sürdürülmesi nedenleriyle seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkı ile kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiği iddiaları incelenmiştir.

Karara konu olayda, milletvekili olan başvurucu hakkında, bir gazetede yer alan habere konu bilgileri gazeteciye vermek şeklindeki eylem kapsamında devletin gizli kalması gereken bilgilerini siyasal veya askerî casusluk amacıyla temin etme ve FETÖ/PDY'ye bilerek ve isteyerek yardım etme iddiasıyla soruşturma başlatılmıştır. Başvurucunun yasama dokunulmazlığının kaldırılması için fezleke hazırlanmış, bundan kısa bir süre sonra TBMM Ge-

63 *Şerafettin Can Atalay (2)*, § 39
64 *Şerafettin Can Atalay (2)*, § 60
65 *Şerafettin Can Atalay (2)*, §§ 78-83.
66 *Şerafettin Can Atalay (2)*, § 87
67 *Şerafettin Can Atalay (2)*, §§ 88, 93.
68 *Şerafettin Can Atalay (2)*, §§ 106-108. Ayrıca Anayasa Mahkemesi, *Şerafettin Can Atalay (2)* başvurusuna ilişkin ihlal kararının gereğinin yerine getirilmemesi nedeniyle verdiği *Şerafettin Can Atalay (3)* kararında da ([GK], B. No: 2023/99744, 21/12/2023) *Şerafettin Can Atalay (2)* kararında Anayasa'nın 14. maddesine ilişkin yaptığı değerlendirmeleri tekrar etmiştir (*Şerafettin Can Atalay (3)*, § 10).

nel Kurulunda kabul edilen 6718 sayılı Kanun'la Anayasa'ya eklenen geçici 20. maddeyle bu maddenin TBMM'ce kabul edildiği 20/5/2016 tarihi itibarıyla Bakanlığa, Başbakanlığa, TBMM'ye veya -Anayasa ve Adalet Komisyonları üyelerinden kurulu- Karma Komisyon Başkanlığına intikal etmiş olan dosyalar hakkında Anayasa'nın 83. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesinde yer alan yasama dokunulmazlığına ilişkin hükmün uygulanmayacağı düzenlenmiştir[69].

Anılan maddenin yürürlüğe girmesinin ardından Cumhuriyet Başsavcılığının iddianamesi ile başvurucu hakkında kamu davası açılmıştır. Yargılama süreci devam ederken yeniden milletvekili seçilen başvurucunun bu kapsamdaki tahliye talebi (hükmen tutukluluğa ilişkin) incelenmemiş ve sonrasında yargılamanın esasına ilişkin temyiz talebi de reddedilmiştir. Yargıtay, kesinleşen hükmün bir örneğinin Anayasa'nın 84. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca gereğinin takdiri için TBMM Başkanlığına gönderilmesine ve TBMM üyesi olan başvurucu hakkında seçimden önce veya sonra verilmiş bir ceza hükmünün yerine getirilmesinin üyelik sıfatının sona ermesinden sonra mümkün olması gerekçesiyle de Anayasa'nın 83. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca tahliyesine hükmetmiştir. Hakkındaki mahkûmiyet hükmünün 4/6/2020 tarihinde TBMM Genel Kurulunda okunmasıyla başvurucunun milletvekilliği sıfatı sona ermiştir[70].

Anayasa Mahkemesi seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkı yönünden yaptığı incelemede, norm denetiminde olduğu gibi bireysel başvuru yolunda da Anayasa maddelerinin nihai yorum yetkisinin Anayasa Mahkemesine ait olduğunu yeniden vurgulayarak somut olayda Yargıtayın temyiz incelemesi için önünde bulunun bir davada Anayasa'nın 83. ve geçici 20. maddelerine ilişkin yaptığı yorumun Anayasa'nın sözüne uygun olup olmadığını değerlendireceğini ifade etmiştir[71].

Anayasa Mahkemesi, dokunulmazlık statüsünün bir yasama döneminde kazanılıp yasama dönemi sona erdiğinde de kaybedileceğini ifade eden Anayasa'nın 83. maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca tekrar seçilen milletvekilinin yeniden dokunulmazlık kazanacağı kuralının *esas* olduğunu vurgulayarak geçici 20. maddenin, tekrar seçilen milletvekilinin 83. maddenin dördüncü fıkrası uyarınca yasama dokunulmazlığını kazanmasını engelleyen bir *istisna* getirmediğini değerlendirmiştir. Buna göre başvurucunun milletvekili seçildikten sonra yargılandığı davada durma kararı verilmeyerek -tahliye edilmeksizin- yargılanmaya devam olunması ve mahkûmiyet hükmünün onanması, Anayasa'nın geçici 20. maddesi ile getirilen istisna hükmünün

69 *Kadri Enis Berberoğlu (2)*, §§ 21-22.
70 *Kadri Enis Berberoğlu (2)*, §§ 23-40.
71 *Kadri Enis Berberoğlu (2)*, § 71.

lafzına ve amacına aykırı olarak geniş bir biçimde ve başvurucunun Anayasa'nın 67. maddesinde koruma altına alınan seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkının aleyhine olacak şekilde yorumlanması ile mümkün olmuştur[72]. Diğer bir ifadeyle Anayasa Mahkemesine göre, yeniden milletvekili seçilen başvurucunun Anayasa'nın geçici 20. maddesi kapsamında değerlendirilerek genel hüküm olan 83. maddesinin dördüncü fıkrasının emredici hükmü gereği dokunulmazlığı tekrar kazandığının mahkemelerce kabul edilmemesi, maddenin sözüyle çelişen ve anayasa koyucunun iradesine aykırı bir yorumdur[73].

Anayasa Mahkemesi ayrıca, genel seçimlerde yeniden milletvekili seçilmesi dolayısıyla tekrar elde ettiği yasama dokunulmazlığına rağmen hüküm le birlikte uygulanan tutukluluğunun devam ettirilmesinin önünde doğrudan Anayasa'dan kaynaklanan bir engel olduğunu, bu durumda başvurucunun hürriyetinden yoksun bırakılmasının, yasama dokunulmazlığına ilişkin güvencelerin yer aldığı Anayasa'nın 83. maddesiyle bağdaşmadığını değerlendirmiş ve bu kapsamda kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının da ihlal edildiğine karar vermiştir[74].

f. Anayasa'nın Geçici 20. Maddesinden Kaynaklanan Müdahalelere İlişkin Kararlar

Anayasa Mahkemesinin *Ferhat Encu (3)* kararında ([GK], B. No: 2017/38747, 29/11/2023), milletvekili olan başvurucu hakkında yargılama yapılarak ceza verilmesi nedeniyle seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkının ihlal edildiği iddiası incelenmiştir.

Karara konu olayda, milletvekili olarak seçilen başvurucu, seçimlerden sonra yürürlüğe giren Anayasa'nın geçici 20. maddesinde yer verilen istisna kapsamında olduğu gerekçesiyle tutuklanmış, yargılanmış ve mahkûm edilmiştir. Ayrıca mahkûmiyet hükmü TBMM'de okunduktan sonra başvurucunun milletvekilliği düşmüştür[75].

Anayasa Mahkemesi yaptığı inceleme sonucunda, somut başvurudaki şikâyetler hakkında henüz Anayasa Mahkemesi tarafından bir inceleme yapılmadan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine (AİHM) yapılan iki ayrı başvuruda ihlal kararı verildiğini tespit etmiştir. Bu kapsamda Anayasa Mahkemesi; başvurucunun AİHM tarafından verilen ihlal kararlarının kendisi hakkında uygulanmadığına ya da dikkate alınmadığına ilişkin herhangi bir şikâyeti bulunmadığını, bu nedenle Anayasa Mahkemesince yeni bir değerlendirme yapılmasını gerektiren bir gelişme yaşanmadığını vurgulamış ve

72 *Kadri Enis Berberoğlu (2)*, §§ 86-92.
73 *Kadri Enis Berberoğlu (2)*, § 93.
74 *Kadri Enis Berberoğlu (2)*, §§ 115-125.
75 *Ferhat Encu (3)*, §§ 6-16.

AİHM'in anılan ihlal kararları sonrası artık somut başvurunun incelenmesinin sürdürülmesini haklı kılan bir nedenin kalmadığı sonucuna ulaşarak düşme kararı vermiştir[76].

Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın geçici 20. maddesinin uygulandığı iki ayrı başvuruda daha konuyu ele almıştır.

Bunlardan ilki olan *Selahattin Demirtaş* ([GK], B. No: 2016/25189, 21/12/2017) kararında Anayasa Mahkemesi, -diğer iddiaların yanı sıra- milletvekili olan başvurucu hakkında uygulanan yakalama, gözaltına alma ve tutuklama tedbirlerinin hukuki olmaması nedeniyle kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiği iddiasını incelemiştir. Mahkeme, Anayasa'nın geçici 20. maddesiyle yapılan düzenlemenin iptali başvurusunu Anayasa değişikliklerinin iptali istemine dair usule uyulmadığından reddettiğini[77] de göz önünde bulundurarak somut olayın koşullarında başvurucunun yasama dokunulmazlığı nedeniyle tutuklanmasına engel bulunmadığına ve bu yönüyle başvurucu hakkında uygulanan tutuklama tedbirinin kanuni dayanağı bulunduğuna karar vermiştir[78].

Anayasa'nın geçici 20. maddesinin ele alındığı ve milletvekilinin tutuklanmasına yönelik benzer nitelikte bir diğer başvuru olan *Ferhat Encu* (B. No: 2016/29925, 11/6/2018) kararında da Anayasa Mahkemesi, yukarıda anılan *Selahattin Demirtaş* kararındaki yaklaşımını sürdürmüş ve tutuklama tedbirinin kanuni dayanağı bulunduğu sonucuna ulaşmıştır[79].

3. Anayasa Mahkemesinin Konuyla İlgili İçtihadının Değerlendirilmesi

Anayasa Mahkemesinin yukarıda anılan bireysel başvuru kararları bir bütün hâlinde değerlendirildiğinde, müdahaleye neden olan anayasal hükümlerin şekil veya esas bakımından denetiminin yapılmadığının Mahkemece özellikle vurgulandığı görülmektedir.

Nitekim Anayasa Mahkemesi *Can Atalay (2)* kararında, *Ersin Basın ve Yayıncılık* ve *Gergerlioğlu* kararlarında herhangi bir Anayasa normunun şekil veya esas bakımından denetimini yapmadığını ve ilgili Anayasa normlarının Anayasa'nın diğer maddelerine uygunluğunu incelemediğini açıkça vurgulamıştır[80]. Anayasa Mahkemesi, Anayasa normlarının müdahalenin dayanağı olarak doğrudan uygulandığı anılan kararlara konu müdahalelerde ilgili Anayasa normlarının o tür müdahaleler yönünden belirlilik ve öngörülebilirliği sağlayacak şekilde yorumlanmaya elverişli olup olmadığını incelediğini,

76 *Ferhat Encu (3)*, §§ 34-36.
77 AYM, E.2016/54, K.2016/117, 3/6/2016, §§ 4-15.
78 *Selahattin Demirtaş*, §§ 122-123, 139-143.
79 *Ferhat Encu*, §§ 56, 63-66.
80 *Can Atalay (2)*, §§ 36, 38.

bunun ise ancak ilgili Anayasa maddelerine dayanılarak yapılacak bir kanun ile sağlanmasının mümkün olduğunu ifade etmiştir[81]. Öte yandan Anayasa Mahkemesi *Kadri Enis Berberoğlu (2)* kararında da benzer şekilde Anayasa'ya eklenen geçici 20. maddenin derece mahkemelerince yorumunu incelemiş ve yeniden milletvekili seçilen başvurucunun Anayasa'nın geçici 20. maddesi kapsamında yasama dokunulmazlığından yararlandırılmamasının, maddenin sözüyle çelişen ve anayasa koyucunun iradesine aykırı bir yorum olduğunu değerlendirmiştir.

Bununla birlikte Anayasa Mahkemesinin, yukarıda anılan kararlarında müdahaleye neden olan Anayasal hükmün yorumunun belirli ve öngörülebilir olmadığını belirlerken, söz konusu Anayasal düzenlemelerin esasında tek başlarına bu belirlilik ve öngörülebilirliği sağlamadıklarını da tespit ettiği önemle vurgulanmalıdır. Diğer bir ifadeyle Anayasa Mahkemesinin bir anayasal norma dayanılarak gerçekleştirilen müdahaleyi incelerken bu normun ancak bu konuda çıkarılacak bir kanunla belirli ve öngörülebilir hâle gelebileceğine işaret etmiş olması, normun bizatihi kendisinin müdahale için yeterli belirlilikte olmadığı tespitini de doğal olarak beraberinde getirmektedir. Nitekim Anayasa Mahkemesi daha önce *Ömer Faruk Gergerlioğlu* ve *Ersin Basın ve Yayıncılık San. ve Tic. Ltd. Şti. ve diğerleri* kararlarında, müdahaleye imkân veren kuralın bir kanun hükmü değil de doğrudan doğruya normlar hiyerarşisinde daha üstte yer alan ve kanunlara göre temel hak ve özgürlüklere çok daha yüksek güvence sağlayan Anayasa'nın bir kuralı olmasının da mümkün olabileceğini belirtmiş ve bu çerçevede temel hak ve özgürlüklere müdahalenin belirli ve öngörülebilir bir yorum ve uygulama yapmaya elverişli olan bir anayasa normuna dayanmaması hâlinde müdahalenin kanuniliği şartının sağlanmamış olacağını değerlendirmiştir[82].

Benzer Anayasa Mahkemesi *Selahattin Demirtaş* ve *Ferhat Encu* kararlarında, Anayasa'nın geçici 20. maddesi dolayısıyla gerçekleştirilen tutuklama tedbiri şeklindeki müdahalelerin kanuni dayanağına ilişkin yaptığı incelemede, bir Anayasa normu olan geçici 20. maddeyi, Anayasa'nın 13. maddesi kapsamında kanunilik testine tabi tutmuş ve anılan normun tutuklama tedbiri yönünden kanunilik şartını sağladığı sonucuna ulaşmıştır.

Bu çerçevede Anayasa Mahkemesinin yukarıda anılan kararlarında kendisini konu bakımından yetkili görerek ilgili Anayasa hükmüne yönelik maddi açıdan birtakım değerlendirmeler yaptığı da açıktır.

Anayasa Mahkemesinin bu yaklaşımı karşısında *Ferhat Encu (3)* kararına konu olayda düşme kararı verilmeseydi ne şekilde inceleme yapılabileceği-

81 *Can Atalay (2)*, § 38.
82 *Ömer Faruk Gergerlioğlu*, § 75; *Ersin Basın ve Yayıncılık San. ve Tic. Ltd. Şti. ve diğerleri*, § 53.

nin belirlenmesinde fayda vardır. Öncelikle belirtmek gerekir ki, *Ferhat Encu (3)* kararına konu olayda başvurucunun temel hak ve özgürlüklerine yönelen müdahale derece mahkemelerinin Anayasa'nın geçici 20. maddesine ilişkin *yorumundan* değil doğrudan Anayasa'nın geçici 20. maddesi hükmünün *kendisinden* kaynaklanmaktadır. Diğer bir ifadeyle derece mahkemelerinin Anayasa'nın geçici 20. maddesi üzerinden faklı bir yorum yapmalarını sağlayabilecek herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Nitekim Anayasa'nın geçici 20. maddesi kapsamında yapılan yargılamalara ilişkin olarak -anılan maddenin TBMM'de kabul edildiği tarihte belirli mercilere intikal etmiş olması şartı dışında- Anayasa'da, kanunlarda veya TBMM İçtüzüğü'nde esasa ve usule yönelik güvenceler içeren hükümlere yer verilmemiştir. Bu kapsamda Anayasa'nın geçici 20. maddesi işletildiğinde, dokunulmazlığı kaldırılacak olan milletvekili için tek güvence, söz konusu dokunulmazlıkların kaldırılması için dosyaların geçici maddenin TBMM'de kabul edildiği tarihe kadar Bakanlığa, Başbakanlığa, Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına veya -Anayasa ve Adalet Komisyonları üyelerinden kurulu- Karma Komisyon Başkanlığına intikal etmiş olmasıdır.

Ferhat Encu (3) kararına konu olay kapsamında ortaya konulan bu bilgiler ışığında Anayasa Mahkemesinin önünde -düşme kararı verilmeseydi- iki farklı seçeneğin bulunduğu söylenebilirdi.

Bunlardan ilki, bireysel başvuru yolunda (özellikle müdahalenin kanuniliği bakımından) yapılacak değerlendirmelerin ilgili anayasal hükmün bir tür esas bakımından denetimi anlamına geleceği ve bu nedenle Anayasa'nın 148. maddesinin birinci fıkrası gereğince bireysel başvuruda konu bakımından yetkisizlik kararı verilmesi gerektiğidir. Bununla birlikte, bireysel başvuru yolunda bir temel hak ve özgürlüğe müdahalenin doğrudan bir anayasa hükmünden kaynaklanması hâlinde yapılacak incelemenin, ilgili anayasa hükmünün esas bakımından denetiminden farklı olduğuna yukarıda ayrıntılı biçimde değinilmişti. Nitekim Anayasa Mahkemesinin somut başvuruda konu bakımından yetkisizlik değil düşme kararı vererek bu tür bir müdahalenin bireysel başvuruda incelenebilir olduğunu kabul etmiş olduğu ve böylelikle birinci ihtimali dışlamış olduğu da söylenebilir.

İkinci ihtimalde ise Anayasa Mahkemesi, bireysel başvurunun bu nitelik farkını gözeterek ve yukarıda anılan içtihadını takip ederek incelemesine devam edecek, örneğin müdahalenin kanuniliği ölçütünün değerlendirmesini yaparken zorunlu olarak müdahaleye neden olan anayasal hükmün kendisinin belirli ve öngörülebilir olup olmadığını da değerlendirerek başvurucunun temel hak ve özgürlüklerinin ihlal edildiğine ya da edilmediğine karar verebilecekti. Bu ihtimalde konuyla ilgili özellikle Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonunun (Venedik Komisyonu) 15/10/2016 tarihli ve 858/2016

sayılı "*Anayasa'nın 83. Maddesinin İkinci Fıkrasının Askıya Alınması Hakkında (Yasama Dokunulmazlığı) Görüş*"ünde (CDL-AD(2016)027); Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri'nin 15/2/2017 tarihli ve CommDH(2017)5 sayılı "*Türkiye'de İfade Özgürlüğü ve Medya Özgürlüğüne İlişkin Memorandum*"unda; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AİHM) *Selahattin Demirtaş/Türkiye (No. 2)* (B. No: 14305/17, 22/12/2020), *Kerestecioğlu Demir/Türkiye* (B. No: 68136/16, 4/5/2021), *Encu ve diğerleri/Türkiye* (B. No: 56543/16, 1/2/2022) ve *Yüksekdağ Şenoğlu ve Diğerleri/Türkiye* (B. No: 14332/17, 8/11/2022) kararlarında yapılan bazı değerlendirmeler önem arz etmektedir. Anılan uluslararası belgeler ve AİHM içtihadı kapsamında, Anayasa'nın geçici 20. maddesinin özellikle;

- TBMM'nin değişiklikten etkilenen milletvekillerinin her birinin durumu için bireysel değerlendirme yapma zorunluluğunu da ortadan kaldırdığı[83],
- Suçun işlendiği tarihte mevcut olan yasama dokunulmazlığının sağladığı tüm güvenceleri bertaraf ederek ilgili milletvekilleri tarafından makul bir şekilde öngörülebilir olduğunun söylenemeyebileceği[84],
- Derece mahkemelerinin isnat edilen suçlamaların yeterince ciddi olup olmadığı, soruşturma ve kovuşturmaların siyasal amaçlar taşıyıp taşımadığı yahut yasama dokunulmazlığının önemi karşısında orantısız olup olmadığı gibi değerlendirmelerin hiçbirini yapamamalarına yol açabileceği[85],
- Milletvekillerinin gereksiz müdahale kaygı ve baskısı taşımalarına neden olabileceği[86],
- Milletvekillerini, yasama dokunulmazlığının TBMM tarafından kaldırılması usulünde sahip oldukları güvencelerden *sonradan* ve *tek* seferlik değişiklik sonucu yararlanamaz duruma getirebileceği[87],
- Milletvekillerini parlamentodaki fiziki katılımını imkânsız kılacak *zamansız* ve *ağır* ceza hukuku tasarruflarıyla karşı karşıya bırakabileceği[88],
- Bu hâliyle yapılan anayasa değişikliği nedeniyle başvurucunun da aralarında olduğu milletvekillerinin, işlendiği iddia edilen suç tarihlerinde

83 *Selahattin Demirtaş/Türkiye (No. 2)*, §§ 267-268.
84 *Selahattin Demirtaş/Türkiye (No. 2)*, §§ 269-270.
85 AYM, E.1998/38, K.1998/50, 31/7/1998.
86 AYM, E.1994/21, K.1994/40, 21/3/1994; *Kadri Enis Berberoğlu (2)*, § 74; *Ömer Faruk Gergerlioğlu*, § 65.
87 Venedik Komisyonu'nun 15/10/2016 tarihli ve 858/2016 sayılı Görüşü, § 80; *Selahattin Demirtaş/Türkiye (No. 2)*, § 269; *Kerestecioğlu Demir/Türkiye*, §§ 69-72; *Yüksekdağ Şenoğlu ve Diğerleri/Türkiye*, §§ 617-619.
88 *Kadri Enis Berberoğlu (2)*, §§ 74-75; *Ömer Faruk Gergerlioğlu*, § 64.

sahip oldukları yasama dokunulmazlığının hangi davranış veya olgulara bağlı olarak kaldırılabileceği ve bu bağlamda kamusal makamlar için hangi şartlarda nasıl bir müdahale yetkisinin doğacağı hususlarında önceden öngörebilmeleri mümkün olmayan ve ağır müdahalelere muhatap olmalarına yol açtığı,

sonuçlarına varılması ihtimali de söz konusu olabilirdi.

SONUÇ

Çalışmada, temel hak ve özgürlüklere yönelen müdahalelerin bireysel başvuru yolunda incelenmesinde müdahalenin kaynağının Anayasa normu olması hâlinin, Anayasa'nın 148. maddesinde öngörülen anayasa değişikliklerine ilişkin esas denetimi yasağı karşısındaki durumu ele alınmıştır.

Bu bağlamda ilk olarak Anayasa hükümleri bakımından esas denetimi yasağının ne anlama geldiği üzerinde durulmuş, bu kapsamda yaşanan tartışmalar çerçevesinde yapılan anayasal düzenlemeler ele alınmış ve Anayasa Mahkemesinin esas denetimi yasağı bağlamında geliştirdiği yorum incelenmiştir.

Daha sonra bireysel başvuru yolunun kendine özgü nitelikleri göz önünde bulundurularak yapılan değerlendirmede bireysel başvurudaki incelemenin, Anayasa'nın 148. maddesinde öngörülen esas denetimi kapsamında değerlendirilemeyeceği, her iki inceleme yönteminin nitelik ve sonuçları itibarıyla birbirinden farklı olduğu sonucuna ulaşılmıştır.

Buna göre bir anayasal hükmünün müdahalenin kaynağı olduğu durumlarda, söz konusu norm kanunla veya yine bir anayasa hükmüyle belirli ve öngörülebilir hâle getirilmeye ihtiyaç duyabilir. Böyle bir durumda normun Anayasa'nın hak ve özgürlüklere ilişkin açık güvenceleri kapsamında maddi anlamda ve içerik itibarıyla incelenmesi zorunluluğu doğar ve bu durum, Anayasa değişikliklerinin esas denetimi yasağına aykırı bir yorum olarak değerlendirilemez.

Nitekim bireysel başvurunun niteliği, müdahaleye neden olan normun anayasa hükmü olması hâlinde de incelemeyi gerekli kılmaktadır. Zira bireysel başvuruda önemli olan husus Anayasa'nın 148. maddesiyle Anayasa Mahkemesine verilen görev gereğince, bir hak ve özgürlüğün, dayanak norm ne olursa olsun, kamu gücü uygulaması/ihmali neticesinde somut olayda ihlal edilip edilmediğinin tespit edilmesi ve varsa bu ihlalin giderilmesidir. Dolayısıyla ihlalin kaynağı olan normun Anayasa, kanun veya diğer düzenleyici işlemler olması fark yaratmadığı gibi bu hususta Anayasa ile getirilmiş bir istisna da bulunmamaktadır.

Ulaşılan bu sonuç çerçevesinde Anayasa Mahkemesinin, konuya ilişkin bireysel başvuru kararları ekseninde müdahalenin Anayasa normundan kaynaklandığı çeşitli bireysel başvurularda verdiği kararlar irdelenmiş, Mahkemenin bu tür başvurularda başvuruyu incelemekten kategorik olarak imtina etmeyeceğini belirttiğine vurgu yapılarak anılan türdeki başvurularda kendisini konu bakımından yetkili gördüğü belirtilmiştir.

Dolayısıyla Anayasa Mahkemesinin bu tür inceleme yaptığı durumlarda anayasal normun ancak bu konuda çıkarılacak bir kanunla belirli ve öngörülebilir hâle gelebileceğine işaret etmiş olması, esasında normun bizatihi kendisinin bu niteliklerden yoksun olduğu tespitini de içermektedir. Nitekim çoğu zaman söz konusu belirsizlik, kanunilik ilkesi bağlamında Anayasa Mahkemesi dahil bir yargı mercii tarafından giderilemeyecek nitelikte olabilmektedir.

Bundan dolayıdır ki Anayasa Mahkemesinin, bizatihi anayasa hükmüyle ya da anayasal hükümlerin belirsiz ve/veya öngörülemez niteliği yahut geniş yorumu nedeniyle ortaya çıkan ihlal iddialarını bireysel başvuru yetkisi kapsamında incelemesinin Anayasa değişikliklerinin esas denetimi yasağı kapsamında görülmesi mümkün değildir.

KAYNAKÇA

ANAYURT, Ömer (2022). *Anayasa Hukuku: Genel Kısım (Temel İlkeler, Kavram ve Kurumlar)*, Güncellenmiş 5. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınları.

ARSLAN, Zühtü (2023). "Anayasa Mahkemesinin Hak- Eksenli Yorumu", Anayasa Mahkemesi Anayasa Yargısı Araştırma Merkezi ile İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi tarafından düzenlenen "Anayasa Mahkemesi Kararlarında Yorum" konulu Sempozyumun Açış Konuşması, İstanbul, 3/1/2023, https://www.anayasa.gov.tr/tr/baskan/konusmalar/anayasa-mahkemesinin-hak-eksenli-yorumu (Erişim Tarihi: 10/1/2024)

ARSLAN, Zühtü (2008). Anayasa Mahkemesinin 'Yorum Tekeli', Yargısal Üstünlük ve Demokrasi, içinde Yazıcı, S., Gözler, K. ve Göztepe, E. (Ed.), *Prof. Dr. Ergun Özbudun' a Armağan, Cilt II (Anayasa Hukuku)* (ss. 59-89), Ankara: Yetkin Yayınları.

ARSLAN, Zühtü (2005). *Anayasa Teorisi*, Ankara: Seçkin Yayınları.

BOYAR, Oya (2022). "Anayasal Yorumla Yasal Yorum Arasındaki Benzerlik Ve Farklılıklar Üzerine Bir Değerlendirme", *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 39., S. 1., ss. 267-287.

ÇELİK, Abdullah (2023). "Hukukun Anayasallaşması ve Bireysel Başvuru", *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 40., S. 1., ss. 307-320.

DEPENHEUER, O. (2014). Anayasanın İşlevleri, Tan, Mısra (Çev.), içinde Depenheuer, Otto ve Grabenwarter, Christoph (Ed.), Doğan, İlyas (Çev. Ed.), *Anayasa Teorisi*, Ankara: Lale Yayıncılık.

DİKMEN CANİKLİOĞLU, Meltem (2010). *Anayasal Devlette Meşruiyet*, Ankara: Yetkin Yayınları.

DWORKIN, Ronald M. (2011), "Siyasal Anayasanın Ahlaki Temelleri", *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 28., ss. 27-39.

ERGÜL, Ozan (2018). "Bireysel Başvuru Üzerinden Hukuk Metoduna Odaklanmak: Norm somutlaşması, İhmal Yaptırımı ve İçtihat Farklılığı Özelinde Bir Genel Değerlendirme", *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 35., ss. 225-239.

GARLICKI, Lech ve GARLICKA, Zofia A. (2012). "Anayasa Değişikliklerinin Anayasaya Uygunluğu Denetimi (Kusurlara Kusurlu Bir Cevap mı?)", Kurt, Gülden (Çev.), *Anayasa Hukuku Dergisi*, C. 1., S. 1., ss. 145-224.

GEDİK, Ömer (2022). "Norm Denetimi Bakımından Otorite Özgürlük Sarmalındaki Türk Anayasa Mahkemesinin Yorum Yöntemlerine İlişkin Bazı Değerlendirmeler", *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 39., S. 1., (2022), ss. 289–324.

GEDİK, Ömer (2022). *Anayasa Mahkemesi Kararlarının Yorum Yöntemleri Açısından İncelenmesi*, İstanbul. Filiz Kitabevi Yayınları.

GÖZLER, Kemal (2021). *Türk Anayasa Hukuku*, Güncellenmiş, Düzeltilmiş ve Genişletilmiş Dördüncü Baskı, Bursa: Ekin Yayınları.

GÜLENER, Serdar (2017). *Türkiye'de Anayasa Yargısının Demokratik Meşruluğu*, 2. Baskı, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.

HAKYEMEZ, Yusuf Şevki (2009). *Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı*, Ankara: Yetkin Yayınları.

MEMİŞ, Emin (2007). *Anayasaya Uygun Yorum*, İstanbul: Filiz Kitabevi Yayınları.

METİN, Yüksel (2008). *Anayasanın Yorumlanması*, Ankara: Asil Yayınları.

KABOĞLU, İbrahim ve SALES, Eric (2018). *Darbe ve Demokrasi Sarkacında Türk Anayasa Hukuku*, Berksoy, İrem (Çev.), İstanbul: Legal Yayıncılık.

KESKİNSOY, Ömer (2011). "Anayasa Değişikliklerine Dâir Kanunların Yargısal Denetimine Eleştirel Bir Bakış", *Liberal Düşünce*, C. 16., S. 63., ss. 169-177.

ODER, Bertil Emrah (2010). *Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri*, İstanbul: Beta Yayınları.

ÖZBUDUN, Ergun (2019). *Türk Anayasa Hukuku*, Gözden Geçirilmiş 13. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları.

ÖZBUDUN, Ergun (2007). "Türk Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve Siyasal Elitlerin Tepkisi", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, C. 62., S. 3., ss. 257-268.

ROELLECK, Gerd (2014). Anayasanın Kurumsal Olarak Korunması, Erkal, Atilla (Çev.), içinde Depenheuer, Otto ve Grabenwarter, Christoph (Ed.), Doğan, İlyas (Çev. Ed.), *Anayasa Teorisi*, Ankara: Lale Yayıncılık

SANCAR, Mithat (1995). *Temel Hakların Yorumu*, Doktora Tezi (Yayımlanmamış), Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.

TANÖR, Bülent ve YÜZBAŞIOĞLU, Necmi (2020). *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, 20. Baskı, İstanbul: Beta Yayınları.

TÜRK, Ender (2023). *Anayasa Yargısında Yargısal Sınırlılık Doktrini*, Ankara: Yetkin Yayınları.

YÜZBAŞIOĞLU, Necmi (1993). *Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku*, İstanbul: İ.Ü. Basımevi ve Film Merkezi.

Anayasa Mahkemesi ve AİHM Kararları

AYM, E.1963/173, K.1965/40, 26/9/1965.

AYM, E.1964/38, K.1965/59, 16/11/1965.

AYM, E.1970/1, K.1970/31, 16/6/1970.

AYM, E.1973/19, K.1975/87, 15/4/1975.

AYM, E.1976/38, K.1976/46, 12/10/1976.

AYM, E.1976/43, K.1977/4, 27/1/1977.

AYM, E.1977/82, K.1977/117, 27/9/1977.

AYM, E.1987/9, K.1987/15, 18/6/1987.

AYM, E.1990/1, K.1990/21, 17/7/1990.

AYM, E.1994/21, K.1994/40, 21/3/1994.

AYM, E.1998/38, K.1998/50, 31/7/1998.

AYM, E.2007/72, K.2007/68, 5/7/2007.

AYM, E.2007/99, K.2007/86, 27/11/2007.

AYM, E.2008/16, K.2008/116, 5/6/2008.

AYM, E.2010/49, K.2010/87, 7/7/2010.

AYM, E.2016/54, K.2016/117, 3/6/2016.

AYM, E.2018/71, K.2018/118, 27/12/2018.

AYM, E.2020/21, K.2020/53, 1/10/2020.

AYM, E.2021/104, K.2021/87, 11/11/2021

Encu ve diğerleri/Türkiye, B. No: 56543/16, 1/2/2022.

Ersin Basın ve Yayıncılık San. ve Tic. Ltd. Şti. ve diğerleri, B. No: 2016/54096, 30/6/2021.

Ferhat Encu, B. No: 2016/29925, 11/6/2018.

Kadri Enis Berberoğlu (2) [GK], B. No: 2018/30030, 17/9/2020.

Kerestecioğlu Demir/Türkiye, B. No: 68136/16, 4/5/2021.

Leyla Güven [GK], B. No: 2018/26689, 7/4/2022.

Mustafa Ali Balbay, B. No: 2012/1272, 4/12/2013.

N.B.B. [GK], B. No: 2013/5653, 3/3/2016.

Ömer Faruk Gergerlioğlu [GK], B. No: 2019/10634, 1/7/2021.

Sebahat Tuncel, B. No: 2012/1051, 20/2/2014.

Selahattin Demirtaş [GK], B. No: 2016/25189, 21/12/2017.

Selahattin Demirtaş/Türkiye (No. 2), B. No: 14305/17, 22/12/2020.

Şerafettin Can Atalay (2) [GK], B. No: 2023/53898, 25/10/2023.

Şerafettin Can Atalay (3) [GK], B. No: 2023/99744, 21/12/2023.

Yüksekdağ Şenoğlu ve diğerleri/Türkiye, B. No: 14332/17, 8/11/2022.

Mehmet ALTUNDİŞ
(Anayasa Mahkemesi Raportörü)

ANAYASA MAHKEMESİNİN BİREYSEL BAŞVURU KARARLARINA GÖRE MÜLKİYET HAKKININ KAPSAMI*

ÖZET

Mülkiyet hakkı zaman içinde sürekli bir değişim ve gelişim içinde olmuştur. Mülkiyet ilişkisi gerek nitelik gerekse anlam ve kapsam yönünden büyük değişikliklere uğramış ve yeni anlamlar kazanarak gelişmiştir. Bu sebeple her dönem için geçerli somut bir mülkiyet kavramından bahsedilemez.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) Ek 1 No.lu protokolü ile güvence altına alınan mülkiyet hakkı gerek 1982 Anayasası'nda gerekse 1961 Anayasası'nda sınırsız bir hak olarak düzenlenmemiştir. Mülkiyet hakkının sınırlandırılması özellikle müdahalenin yoğun olduğu alanlarda sorunlara yol açabilecek niteliktedir. 23 Eylül 2012 tarihinden itibaren kabul edilen bireysel başvuru hakkı kapsamında Türk Anayasa Mahkemesi mülkiyet uyuşmazlıklarıyla ilgili çok sayıda karar vermiştir. Bu çalışmada bireysel başvuru kararlarına konu olan uyuşmazlıklar özelinde mülkiyet hakkının kapsamı ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler: Mülkiyet, mülkiyet hakkı, mülkiyet hakkının kapsamı, bireysel başvuru, mülkiyet hakkının otonom niteliği.

* Bu makale hakem denetiminden geçmiştir.

Prof. Dr. Zühtü Arslan'a Armağan

THE SCOPE OF THE RIGHT TO PROPERTY ACCORDING TO THE INDIVIDUAL APPLICATION DECISIONS OF THE CONSTITUTIONAL COURT

ABSTRACT

Since property is a social institution, the right to property has been constantly changing and developing along with society. For this reason, an abstract concept of property that remains valid for every period cannot be mentioned. The property relations has undergone great changes in terms of both quality, meaning and scope, and has developed by acquiring new meanings.

The right to property, which is also guaranteed by Additional Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights (ECHR), is not regulated without limits in both the 1982 Constitution and the 1961 Constitution. Restriction of the right to property may cause problems especially in areas where public interference is severe.

Since 23 September 2012, the Turkish Constitutional Court has issued numerous decisions on the right to property within the context of the individual application (constitutional complaint) procedure. In this study, the scope of the right to property in individual application decisions will be discussed.

Keywords: Property, the right to property, the scope of the right to property, constitutional complaint, the autonomous nature of the right to property.

I. MÜLKİYET HAKKINI AÇIKLAYAN TEORİLER

Mülkiyet hakkının bir insan hakkı olup olmadığı bir hayli tartışmalı bir konudur[1]. Genel olarak insan hakları başka bir neden aramaksızın salt insan olmanın gereği ve doğal sonucudur. Mülkiyet hakkı ise belirli bir zenginlik düzeyiyle ilgilidir. Bu sebeple herkes mal mülk edinememektedir. Yine insan hakları eşitler arasındaki ayrımcılığı yasaklarken, mülkiyet hakkı başlı başına bir ayrımcılık nedeni olarak görülebilir[2]. Mülkiyet hakkının insan hakları ile olası bağlantısı doktrinde daima tartışmalı bir konu olmuştur. Doktrinde mülkiyet hakkı, insan hakları hukuku sürecinin başlangıcından bu yana büyük bir öneme sahip olup hayat ve özgürlük haklarıyla beraber, aslında tüm insan hakları mücadelesine rengini veren haklar arasında sayılmaktadır[3].

Diğer bütün hakların kendisinden türediğinin kabul edilmesi nedeniyle hakların anası olarak nitelendirilen[4] mülkiyet hakkı, temel hak ve özgürlükler arasında özel bir öneme sahiptir. Mülkiyet hakkı ferdiyetçi doktrinlerin etkisi altında malikin kişiliğine bağlı, dokunulmaz, kutsal ve doğal haklardan sayılırken günümüzde bu görüş değişmiş ve mülkiyet hakkı, malike toplum yararına bazı ödevler ve yükümlülükler yükleyen sosyal bir hak olarak kabul edilmeye başlanmıştır[5].

Mülkiyet toplumsal bir kurum olduğu için toplumla birlikte sürekli bir değişim ve gelişim içinde olmuştur. Bu sebeple tarihin hiçbir döneminde kapsamı, genişliği ve sınırlandırılması her yerde ve her zaman aynı ve değişmez olan soyut bir mülkiyet kavramından bahsedilemez. Mülkiyet ilişkisi gerek nitelik gerekse anlam ve kapsam yönünden büyük değişikliklere uğramış ve yeni anlamlar kazanarak gelişmiştir.

Kaynakların kıt, mülkiyetin bir ihtiyaç olduğu toplumsal çevrede, mülkiyete, "kimin" ve "ne ölçüde" sahip olacağı, tarihsel bağlamda hâlâ aşılamayan bir sorundur[6]. Genel olarak mülkiyet hakkının niteliği konusunda temel olarak üç yaklaşım söz konusudur: Bunlar özel mülkiyeti benimseyen ve mülkiyet hakkına müdahaleyi reddeden klasik yaklaşım, özel mülkiyeti dar yorumlayan Marksist yaklaşım[7] ve sosyal devlet yaklaşımıdır.

---

1 Yayla, A. "Özel Mülkiyet Bir İnsan Hakkı mıdır?", http://www.liberal.org.tr/sayfa/ozel-mulkiyet-bir-insan-hakki-midir-atilla-yayla,272.php (Erişim Tarihi: 25/9/2023)

2 Dinç, G. (2007). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Malvarlığı Hakları*, Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, s. 1.

3 Gemalmaz, H. B. (2009). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı*, İstanbul: Beta Yayınları, s. 1.

4 Ertaş, Ş. (2016). "Mülkiyet Hakkının Yeni Boyutu ve Bu Hakka Getirilen Daraltımların Anayasa ve İnsan Haklarına Uygunluğu", *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 11., S. 145-146., ss. 59-93.

5 Güriz, A. (1969). *Teorik Açıdan Mülkiyet Sorunu*, Ankara: AÜHF Yayınları, s. 198; Akipek, J. (1971). *Türk Eşya Hukuku, İkinci Kitap (Mülkiyet)*, Ankara: AÜHF Yayınları, s. 2.

6 Güriz, A. (1969). s. 12.

7 a.g.e. s. 279; Birdal, M. (2007). "Locke'un Mülkiyet Teorisi ve Marksist Eleştirisi: Mülkiyet Hakkı ve Bireysel Özgürlükler Üzerinden Locke ve Marx Karşılaştırması", *İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Mecmuası*, C. 57., S. 1., s. 49.

Klasik yaklaşımın hak ve özgürlük anlayışı, bireye ve bireyin iradesine dayanır. Klasik görüşün mülkiyet anlayışı çok ferdiyetçi ve liberaldir[8]. Bu görüşe göre mülkiyet hakkı; kişiye bağlı, dokunulmaz, vazgeçilmez, zaman aşımına uğramaz kutsal bir haktır. Bundan dolayı klasik mülkiyet anlayışı; mülkiyetin kişiye sadece haklar yüklediğini, ödevler yüklemesinin ise söz konusu olamayacağını savunmuştur[9]. Buna göre malikin mülkiyet hakkından doğan mutlak yetkilerini çevresindekilerin ve toplumun menfaatlerini hiç nazara almadan kullanabileceğini öngörür. Buna karşılık çağdaş liberal yaklaşımlar, hakkın kendisine dokunulmaması şartı ile mülkiyet hakkının düzenlenmesine karşı değildirler.

Özel mülkiyeti insanın insanı sömürmesinin en önemli sebebi olarak gören Marksist yaklaşım ise özel mülkiyeti dar yorumlamış, mülkiyetin toplumlaştırılmasını savunmuştur[10]. Bu görüşe göre mülkiyetin toplum yerine bireyde olması, birçok sosyal adaletsizliği doğurmaktadır. Bundan dolayı özellikle üretim araçlarının mülkiyetinin bireysel mülkiyette değil toplum mülkiyetinde olması gerekmektedir.

Modern (karma) mülkiyet anlayışında mülkiyet hakkı sahibine en geniş yetkileri ve fakat aynı zamanda ödevler de yükleyen bir hak olarak tanımlar[11]. Hemen belirtmek gerekir ki sosyal mülkiyet anlayışında özel mülkiyet kural, ödev ve sınırlandırma ise istisnadır. Hakkın ödev yönü; bir yandan devlete mülkiyet hakkını kamu yararı amacıyla sınırlandırma hakkı sağlar, diğer yandan ise malike hakkını toplum yararına uygun olarak ve başkasına zarar vermeksizin kullanma yükümlülüğü yükler. Mülkiyet hakkının kullanımına getirilen sınırlamalar, günümüzde de gerek uluslararası alanda gerekse Türk hukukunda ciddiyetle ele alınan hususlardandır.[12]

II. MÜLKİYET HAKKININ 1961 VE 1982 ANAYASASINDA DÜZENLENME BİÇİMİ

1961 Anayasası'nın mülkiyet hakkını düzenleyen 36. maddesinin birinci fıkrası mülkiyete ait genel kural başlığı altında şu hükümleri ihtiva etmektedir:

"Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir. Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz."

8 Akipek, J. (1971), s. 5.
9 Güriz, A. (1969). s. 282; Eren, F. (1977). *Anayasa ve Yeni Gelişmeler Karşısında Medenî Kanunun Mülkiyet Kavramına Verilecek Anlam*, Ankara: AÜHF Yayınları, s. 175.
10 Güriz, A. (1969). s. 282; Eren, F. (1977). s. 178.
11 Akipek, J. (1971). s. 6.
12 Dağ Bereket, C. (2020). "Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararları Eksenin Mülkiyet Hakkı", *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 2., ss. 479-506.

1982 Anayasası'nın 35. maddesi ise mülkiyet hakkını şu şekilde düzenlemiştir: *"Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir. Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz."*

1982 Anayasası'nın mülkiyet hakkını düzenleyen 35. maddesinin gerekçesi[13], 1961 Anayasası'nın 36. maddesinin gerekçesinden oldukça farklı şekilde, liberal çizgiden unsurlar taşımaktadır. 1961 Anayasası'nda mülkiyet hakkının sınırsız bir hak olmadığı vurgulanmışken[14] 1982 Anayasası'nda mülkiyetin "devletten önce de" mevcut olduğu belirtilerek hakkın kendisine, sınırlamadan daha öncelikli bir yer verilmiştir[15]. Ancak 1982 Anayasası'nda sınırsız bir mülkiyet hakkının benimsendiğini söylemek mümkün değildir. 1982 Anayasası'nın benimsediği sosyal devlet anlayışı, bireysel menfaat ile toplum yararının karşılaştığı durumlarda toplum yararının üstün tutulmasını benimsemektedir.

1982 Anayasası özü itibarıyla mülkiyet hakkını mutlak bir hak olarak görmeyip, sosyal amaçlarla sınırlanabilen[16] nispi bir hak olarak düzenlemiştir. Zaten Anayasa Mahkemesi (AYM) 1982 Anayasası döneminde tıpkı 1961 Anayasası döneminde olduğu gibi, mülkiyet hakkının sınırlandırılabilen bir hak olduğunu kabul etmiştir[17].

III. MÜLKİYET HAKKININ KONUSU

Mülkiyet kavramı, toplumların zaman içindeki gelişmesine ve bunun sonucu olarak anayasaların benimsediği toplumsal ve siyasal sisteme göre biçimlenmektedir. Bu anlamda devletler arasında bu hakkın kapsamı ve içeriği yönünden önemli farklılıklar vardır. Bu nedenle herhangi bir hukuki metnin mülkiyet hakkına bakışını, metnin hazırlandığı dönemin toplumsal ve siyasi koşulları dikkate alarak incelemek isabetli olacaktır.

1982 Anayasa'nın 35. maddesinde koruma altına alınan mülkiyet hakkı sadece taşınır ya da taşınmazları değil; marka ve patent hakları, fikrî mülkiyet hakları, alacak hakları gibi maddi bir varlığı olmayan hakları da kapsamaktadır. Bir başka ifade ile mülkiyet hakkının kapsamına iktisadi bir değer arz eden bütün unsurlar girmektedir. Zaten 35. maddenin gerekçesinde de mülkiyet hakkının para ile ölçülebilen tüm değerleri ifade ettiği belirtilmiştir[18].

13 T. C. Anayasa Mahkemesi. (2021). *Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (Gerekçeli)*, Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları, s. 203.
14 Eren, F. (1977). s. 182; Zevkliler A. (1977). *Mülkiyetin Yapısı ve Mülkiyetten Doğan Ödevler*, Ankara: Sevinç Matbaası, s. 577.
15 T. C. Anayasa Mahkemesi. (2021). s. 203.
16 Dilaver, B. B. (2020). "Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Bireysel Başvuru ve Mülkiyet Hakkı", *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 94., S. 5., s. 284
17 *Celalettin Aşçıoğlu*, B. No: 2013/1436, 6/3/2014, § 50.
18 T. C. Anayasa Mahkemesi. (2021). s. 205.

Ancak AYM, 1961 Anayasası döneminde verdiği bir kararında 1961 Anayasası'nın mülkiyet hakkını koruyan 36. maddesinin kapsamını Medeni Kanun'da düzenlendiği şekliyle dar yorumlamış ve fikrî mülkiyet haklarının mülkiyet hakkının getirdiği korumadan yararlanamayacağını ifade etmiştir[19]. Fakat Mahkeme daha sonradan görüşünü değiştirerek maddi varlığı olmayan çeşitli hakların da mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirilmesi gerektiği yönünde kararlar vermiştir[20].

Günümüzde endüstri devrimi sonrasında somut varlığı olan malların yerini bilgi üretimi ve fikrî ürünlerin alması fikrî mülkiyet rejimini tamamen değiştirmiştir[21]. Doktrinde Anayasa'nın 35. maddesinin sadece maddi şeyleri değil, fikir ve sanat eserleri üzerindeki haklar, alacak hakları gibi değeri, parayla ölçülebilen diğer nesneler üzerindeki maddi ya da gayrimaddi mal varlığı haklarını da kapsadığı kabul edilmektedir[22]. AYM'nin 1990'lı yıllarda verdiği bir kararda mülkiyet kavramını değiştirmeyen, yapısını daraltmayan, bağını ortadan kaldırmayan, kullanılıp yararlanılmasını önlemeyen ancak ona bağlı hakların (dava açma hakkı gibi) kullanılma süresini düzenleyen kurallar doğrudan bu hakka yönelik değildir[23]. Bu karara göre yasa koyucunun, beliren durumun, belli bir süre geçtikten sonra eski olaylara dayanılıp tartışma konusu yapılmamasını isteyerek ve bunda kamu düzeni bakımından yarar görerek getirdiği sınırlamalar mülkiyet hakkını değil, hak arama özgürlüğünü ilgilendirir[24]. Bu karara katılmak mümkün değildir. Zira dava açma hakkını sınırlandıran bir kanun mülkiyet hakkının korunmasını da sınırlandırmaktadır. İlgililerin mülkiyet hakkının verdiği yetkileri dava yoluyla kullanmasını engelleyen bir kanun mülkiyet hakkını da ihlal eder. Esasında AYM'nin 221 sayılı Kanun'u iptal ederken bu görüşünü değiştirdiği söylenebilir. 221 sayılı Kanun'un 3. maddesinde kamulaştırılmış sayılacak taşınmazlar nedeniyle istenecek bedele ilişkin esaslar düzenlenmiş, kamulaştırılmış sayılacak taşınmazların fiilî tahsis tarihindeki rayiç üzerinden bedelinin istenebileceği hükme bağlanmıştır. Kanun'un 4. maddesinde de taşınmazın bedeline ilişkin dava hakkının Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten itibaren iki yıl sonra düşeceği ifade edilmiştir. Mahkeme Kanun'un tümünü iptal etmiş ve iptal gerekçesinde mülkiyet hakkının korunmasına vurgu yapmıştır.

Bu noktada mülkiyet hakkının kapsamının belirlenmesi önem taşımaktadır. Zira mülkiyet hakkı ihlali iddiasıyla bir başvuru yapıldığında AYM, tıpkı AİHM gibi öncelikle 35. madde kapsamında korunmaya değer bir mal var-

19 AYM, E.1967/10, K.1967/49, 28/12/1967.
20 AYM, E.2004/3, K.2008/47, 31/1/2008; AYM, E.2004/81, K.2008/48, 31/1/2008; AYM, E.2010/73, K.2011/176, 29/12/2011.
21 Yüksel, M. (2001). "Fikri Mülkiyete İlişkin Felsefi Tartışmalar", *TBB Dergisi*, C. 4., S. 1., s. 1778.
22 Ertaş, Ş. (2016). s. 90.
23 AYM, E.1991/9, K.1991/36, 8/10/1991.
24 AYM, E.2021/19, K.2022/46, 4/8/2022.

lığı/ekonomik değer olup olmadığını incelemekle işe başlar. Buna mülkiyet hakkının uygulanabilirliği meselesi[25] denir. Bu mülkiyet hakkı ihlali iddiasıyla AYM-AİHM önüne gelen davalarda çözümü gereken ilk sorundur. Bu sorun iki aşamalı olarak incelenmektedir. Birinci aşama, nelerin mal varlığı değeri teşkil edeceği veya bir başka ifadeyle *"mülk"* teşkil edeceği meselesi iken, ikinci aşama başvurucunun uyuşmazlık tarihinde talep ettiği mal varlığı değerine/mülke sahip olup olmadığı meselesidir. Ancak bu iki soruya olumlu cevap verildikten sonra, mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin, yani mülkiyet hakkının sınırlandırılmasının Anayasaya (veya AİHS'e) uygun olup olmadığı değerlendirilebilir.

IV. MÜLKİYET HAKKININ KAPSAMI: HER TÜRLÜ EKONOMİK DEĞER

1982 Anayasası'nın 35. maddesi kapsamında "mal varlığı" kavramı özerk nitelikte olup hem *"mevcut malvarlığını"* hem de başvurucunun en azından *"meşru beklentisi"* olduğunu ileri sürebildiği talepleri de içeren her türlü ekonomik değeri kapsamaktadır. Mal varlığı, gerek "*ayni hakları*" gerekse "*nisbi hakları*" içermekte, aynı zamanda taşınmaz ve taşınır mülkiyetini kapsadığı gibi diğer mal varlığı değerlerini de (maddi ve gayrimaddi mal varlığı) içerisinde barındırmaktadır. Bu bağlamda *"mülk"* olarak değerlendirilmesi gerektiğinden kuşku bulunmayan menkul ve gayrimenkul mallar ile bunların üzerinde tesis edilen sınırlı ayni ve fikrî hakların yanı sıra icrası kabil olan her türlü alacak da mülkiyet hakkının kapsamına dâhildir[26] .

A. Özerk niteliği

Mal varlığı kavramı ulusal hukuktaki tanım ve sınıflandırmalardan bağımsız olup özerk bir anlam taşımaktadır. Kıymet teşkil eden belirli bazı haklar ya da çıkarlar da mülkiyet hakkı çerçevesinde mütalaa edilebilir ve dolayısıyla bu hükmün amaçları bakımından mal varlığı değeri sayılabilir. Mülkiyet hakkı özel hukukta veya idari yargıda kabul edilen kavramlardan farklı bir anlam ve kapsama sahip olup, bu alanlarda kabul edilen yasal düzenlemeler ile yargı içtihatlarından bağımsız olarak özerk bir yorum ile ele alınmaktadır[27].

---

25 Gemalmaz, H. B. (2015). "Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Usulünde Mülkiyet Hakkının Uygulanabilirliği Meselesi I: AYM Kararlarının Mülkiyet Hakkının Mevcudiyetinin Dayanağı Olarak Uluslararası Hukuka Açıklık Açısından Eleştirel Değerlendirilmesi", *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 31., S. 1., s. 381. Bu kavram Anayasa Mahkemesi kararlarında "*mülkün varlığı*" noktasında yapılan tespit ve değerlendirmelere karşılık gelmektedir.

26 *Mahmut Duran ve diğerleri*, B. No: 2014/11441, 1/2/2017, § 60; *Doğan Mimarlık İnşaat Gıda Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti.*, B. No: 2019/23070, 17/11/2022, § 28.

27 *Hüseyin Remzi Polge*, B. No: 2013/2166, 25/6/2015, § 31; *İsmail Akçayoğlu*, B. No. 2014/1950, 13/09/2017, § 31.

Öncelikle belirtilmelidir ki mülkiyet hakkı ve bu hakkın konusu ulusal hukuklar çerçevesinde belirlenen sınıflandırmalardan bağımsız ve oldukça geniş bir şekilde ele alınmaktadır. Öyle ki bu nedenle söz konusu madde literatürde "mal varlığı hakları" adıyla da anılmaktadır.

Mevzuatın belirli bir menfaati hak (ve hatta mülkiyet hakkı) olarak tanımaması, bazı hallerde o menfaatin (ya da çıkarı) mad. 35 kapsamında mal varlığı kapsamında görülmesine engel teşkil etmez[28]. Örneğin işgal edilen taşınmaz üzerindeki gecekondunun tahliyesi ve/veya yıkımı sebebiyle tazminat verilmemesi belirli koşullar altında mülkiyet hakkı kapsamında kabul edilmektedir[29].

Benzer şekilde kamu makamlarının uzun süreli hoşgörüsü uyuşmazlık konusu taşınmaz bakımından başvuruculara mad. 35 kapsamında mülkiyet hakkı koruması sağlayabilir. Özellikle kaçak yapılar belirli bazı koşullar altında *"mülk"* olarak değerlendirilebilir[30].

B. Korunan Mal Varlığı Değerleri

1982 Anayasası'nın 35. maddesi kapsamında mülkiyet hakkı, mülkiyet edinme hakkını veya gelecekteki hakları korumamakta; yalnızca mevcut mal varlığına yapılan müdahalelere karşı güvence sağlamaktadır. Bunun tek istisnası meşru beklentilerin korunmasıdır. Eğer bir şikâyetin konusu anayasal mülkiyet hakkı kapsamına girmiyorsa veya mevcut mal varlığındaki bir azalmaya yönelik talebi içermiyorsa, yapılan bireysel başvuru konu yönünden kabul edilemez bulunacaktır[31]. Anayasa Mahkemesi, başvurucuların uyuşmazlık konusu mal varlığı değerine sahip olup olmadıkları noktasında kendisini kural olarak derece mahkemelerinin ilgili mevzuata yönelik değerlendirmeleriyle bağlı görmekte, açık bir takdir hatası ve keyfîlik olmadıkça derece mahkemelerinin değerlendirmelerine müdahale etmemektedir[32].

Öte yandan mal varlığı kavramı özerk nitelikte olup en azından başvurucunun mülkiyet hakkından etkili şekilde yararlanmasına yönelik meşru beklentisi olduğunu ileri sürebildiği talepleri içeren ekonomik değerleri de kapsamaktadır[33]. Meşru beklenti;

i) ulusal mevzuatta belirli bir kanun hükmüne,

28 *Öneryıldız/Türkiye* [BD], B. No: 48939/99, 30/11/2004, § 129.
29 *Ayşe Öztürk Başvurusu*, B. No: 2013/6670, 10/6/2015, §§ 82-88.
30 *Öneryıldız/Turkey* [BD], § 127; *Rifat Algan*, B. No: 2014/19138, 22/2/2018, §§ 69-74; *Keriman Tekin ve diğerleri/Türkiye*, B. No: 22035/10, 15/11/2016.
31 *Kemal Yeler ve Ali Arslan Çelebi*, B. No: 2012/363, 15/4/2014, § 36; *Tokay ve diğerleri Başvurusu*, B. No: 2013/1122, 26/6/2014, § 36.
32 *Sadef Safa Önal*, B. No: 2014/15232, 8/3/2017, §§ 30-37.
33 *Kopecký/Slovakya* [BD], B. No: 44912/98, 7/6/2003, § 47.

ii) başarılı olma şansının yüksek olduğunu gösteren yerleşik ve istikrarlı bir yargı içtihadına veya

iii) ayni menfaatle ilgili hukuki işleme dayanan yeterli somutluğa sahip nitelikteki bir beklentidir[34].

Özellikle ekonomik hayatın gerekleri ve hukuki güvenlik anlayışı, hakkın ileride mevcut olacağına dair hukuki umudu ifade eden bir kısım meşru beklenti hâllerinin de mülkiyet hakkının güvence kapsamına dâhil edilmesi gereğini ortaya koymaktadır. Ancak bu hâllerde, hakkın kazanılacağı yönünde salt bir umudun ötesinde kişinin, hakkın mevcudiyeti yönünde meşru bir beklentisinin olması gerekir[35].

Bir beklentinin meşru olabilmesi için özellikle talep niteliğini taşıyan mameleki çıkarlar için, ulusal hukukta yerleşik içtihatlar gibi yeterli bir temel olmalıdır[36]. Başvuruculaların beklentilerinin hem hukuki dayanaklarını hem de somut olayda bu hukuki dayanakların gerçekleştiğini göstermeleri gerekmektedir. Şikâyet konusu tasarruf (eylem veya ihmal) ile hak kaybı iddiası arasında nedensel ilişki bulunmalıdır ve bu ilişki başvurucular tarafından ortaya konulmalıdır[37]. Kısacası, hakkın mevcut olduğu veya bu yönde meşru bir beklenti bulunduğu başvurucu tarafından gösterilmelidir. Ayrıca meşru beklentinin dayanağını gösterme yükümlülüğü, bir başka ifadeyle meşru beklentinin somut olayda gerçekleştiğinin ispat külfeti başvurucunun üzerindedir[38]. Meşru beklentinin sınırlarının daha iyi çizilmesi adına AYM kararlarına yansıyan birkaç örnek vermek yararlı olacaktır.

Belirli bir pozisyona atamanın yapılmamasından kaynaklanan mali gelir kaybı, daha doğru bir deyişle o pozisyona bağlı mali avantajlardan yararlanamama, mülkiyet hakkını uygulanabilir kılmaya yetmez[39]. Benzer şekilde kadrosunun 2547 sayılı Kanun'un 33. maddesine aktarılması talebi reddedilip üniversiteyle ilişiği kesilen araştırma görevlisinin bu sebeple gelecekte alması gereken maaşlarını alamamasında yakındığı bir başvuruda AYM, söz konusu maaşların elde edileceği hususunda meşru beklentinin temelini teşkil edebilecek kanun hükmü veya yerleşik içtihat bulunmadığını tespit ederek kabul edilemezlik kararı vermiştir[40].

AYM, kazandırıcı zamanaşımı koşullarının oluşması ile taşınmaz üzerindeki zilyetliğin kendiliğinden mülkiyet hakkına dönüşmeyip zilyet yararına

34 *Kemal Yeler ve Ali Arslan Çelebi*, § 37; *Selçuk Emiroğlu*, B. No: 2013/5660, 20/3/2014, § 28.
35 *Abbas Emre*, B. No: 2014/5005, 6/1/2016, § 52.
36 *Özden/Türkiye*, B. No: 21371/10, 14/12/2021, § 71.
37 *Cemile Ünlü*, B. No: 2013/382, 16/4/2013, § 26.
38 *Selçuk Emiroğlu*, § 29; *Mustafa Ateşoğlu ve diğerleri*, B. No: 2013/1178, 5/11/2015, § 54.
39 *Yeşim Bülbül*, B. No: 2019/39942, 1/2/2023, § 42.
40 *Zeynel Temel Kangal*, B. No: 2013/5049, 28/5/2014, §§ 28-29.

tescili talep hakkı doğurduğu, bu nedenle hakimin tescil kararı ile yeni bir hukuki durumun ortaya çıktığı ve bu kararın kesinleştiği tarihten ileriye yönelik olarak sonuç doğurduğunda hareketle, taşınmazın tescilini talep hakkının kanun hükmüne ya da yerleşmiş içtihada dayanan sağlam bir hukuki temele sahip meşru beklenti niteliğinde olmadığı için m. 35'in uygulanabilir olmadığı sonucuna ulaşmıştır[41].

Bir diğer başvuruda tapu tahsis belgesi ile başvurucunun kullanımına bırakılan taşınmazın doğal sit alanı olarak ilan edildiği, sit alanı olan yerlerde 2981 sayılı Kanun'un uygulanamayacağı, zamanaşımına dayalı olarak da mülkiyetin kazanılamayacağı hususları dikkate alındığında, başvurucunun, meşru beklenti kapsamında dahi bir hak veya alacağının olmadığı, başvurucuyu taşınmazın mülkiyetini elde etme konusunda meşru bir beklentiye sevk edecek bir kanun hükmü veya yerleşik yargısal bir içtihat da bulunmadığından, başvurucunun mülkiyet hakkına ilişkin korumadan yararlandırılmasının mümkün olmadığına karar verilmiştir[42].

Aynı şekilde tapu tahsis belgesinin koşullu olarak kullanım hakkı sağladığı, mevcut koşullarda başvurucuya tapu tahsis belgesi veya tapu verilmesini sağlayan bir kanun hükmü veya yerleşik içtihadın da bulunmadığını ve başvurucunun da bunu derece mahkemeleri önünde ispat da edemediği hususlarını dikkate alarak başvurucunun, meşru beklenti kapsamında dahi bir hak veya alacağının olmadığı sonucuna varılmıştır[43]. Buna karşılık başvurucu yönünden tapu tahsis belgesine dayalı tescil koşullarının dava tarihi itibarıyla gerçekleşmiş olduğu derece mahkemelerince tespit edilen bir diğer başvuruda AYM, derece mahkemelerinin dava tarihi itibarıyla tescil için gerekli bütün koşulların gerçekleştiği yönündeki tespiti de dikkate alındığında başvurucunun, uyuşmazlık konusu taşınmazın mülkiyetini edinme yönünde meşru bir beklentisinin mevcut olduğu, söz konusu meşru beklentisi soyut bir temele de dayalı olmayıp somut bir şekilde derece mahkemelerince açıkça tespit edildiğinden başvurucunun, Anayasa'nın 35. maddesi kapsamında korunması gereken bir menfaatinin mevcut olduğunu değerlendirmiştir[44].

AYM, kamulaştırıldıktan sonra kamu yararı amacıyla kullanılmamış ve kamulaştırıldıktan kısa bir süre sonra üçüncü kişilere devredilen taşınmazlar bakımından yapılan bir başvuruda başvurucunun taşınmazın iade edilmesi yönünde meşru beklentisi olduğuna karar vermişken[45], yaklaşık yirmi yıl boyunca kullanıldıktan sonra ihtiyaca lüzum kalmaması üzerine taşınmazın iadesinin istenmesi noktasında mülkiyet hakkı kapsamında bir meşru beklen-

41 *Murat İslamoğlu*, B. No: 2013/614, 25/6/2014, §§ 39-42
42 *Ayşe Öztürk*, B. No.: 2013/6670, 10/6/2015, §§ 45-62.
43 *Mehmet Anduse*, B. No: 2013/6821, 3/2/2016, §§ 37-57.
44 *Osman Ukav*, B. No: 2014/12501, 6/7/2017, §§ 58-59.
45 *Nusrat Külah*, B. No: 2013/6151, 21/4/2016, §§ 47-49.

ti olamayacağını ifade etmiştir[46]. Öte yandan yola terk edilen taşınmazların kamu hizmetine tahsis edilmediği hallerde iade/tazminat hakkının doğduğu ve bu hakkın anayasal mülkiyet hakkı anlamında bir mal varlığı değeri olduğu, yol olarak kullanılmayan taşınmazın iadesi hususunda 818 sayılı mülga Kanun'un sözü edilen hükmüne dayanan meşru beklenti bulunduğuna karar verilmiştir[47].

2014 ila 2016 yıllarında yapılan iş müfettişliği yazılı ve sözlü sınavlarından başarılı olmalarından makul bir süre sonra iş müfettişliğine atanmadıklarından ve bundan dolayı yoksun kaldıkları parasal haklarının ödenmemesinin şikâyet edildiği bir başvuruda AYM, başvurucuların iş müfettişliği kadrosuna idari sürecin olağan akışı içinde, atanmaya hak kazandıkları tarihten itibaren makul bir süre içinde atanmaları hâlinde anılan kadroya bağlanan parasal hakları elde etmeyeceklerinin düşünülmesi için bir neden bulunmadığını, bu nedenle iş müfettişliği kadrosuna bağlanan parasal hakların idari başvuru tarihinden önce başvurucular yönünden ödenebilir hâle geldiği ve meşru bir beklentiye dönüştüğü sonucuna varılmıştır[48].

AYM, *Ayşegül Şimşek Mankan* kararında açığa alınan aile hekiminin açıkta kaldığı dönemde aylığından yapılan kesintinin mülk teşkil edip etmediği meselesini incelemiş ve Yönetmeliğe göre elde etmesi gereken ücretin tamamının aile hekimi yönünden Anayasa'nın 35. maddesi kapsamında korunması gereken bir mülk olarak kabul edilmesi gerektiği sonucuna ulaşmıştır[49].

AYM bir diğer başvuruda, başvurucunun diplomasına denklik verilebilmesi yönünden hukuki düzenlemelerle öngörülmüş standartları karşılayamadığı, davasının bu sebebe dayalı olarak reddedildiği anlaşıldığından başvurucunun diploma denkliği verilmesi hususunda meşru beklentisi bulunmadığı sonucuna ulaşmıştır[50].

C. Mülkiyet Hakkı Kapsamına Dâhil Olan Mal Varlığı Tipleri

i. Alacaklar

Alacak hakkının m. 35 açısından mevcut olup olmadığı veya korumaya değer bir meşru beklenti olup olmadığı bakımından hukuki bir dayanak zorunludur. Bu hukuki dayanak sözleşme olabileceği gibi, haksız fiil ya da sebepsiz zenginleşme olabilir. Anayasa'nın 35. maddesinin koruma alanı içinde yer alan menfaatlerin kapsamına mevcut bir mülk girebileceği gibi kesin bir şekilde tanımlanmış alacak hakları da girebilir[51].

46 *Habibe Kalender ve diğerleri*, B. No: 2013/3845, 1/12/2015, §§ 45-48.
47 *Süleyman Oktay Uras ve Sevtap Uras*, B. No: 2014/11994, 9/3/2017, §§ 49-52.
48 *Demet Demirel ve diğerleri*, B. No: 2019/12998, 1/12/2022, §§ 33-34.
49 *Ayşegül Şimşek Mankan*, B. No: 2019/12111, 29/12/2021, §§ 34-41.
50 *Özcan Zengin*, B. No: 2020/4244, 23/2/2022, § 56.
51 AYM, E.2000/42, K.2001/361, 10/12/2001; AYM, E.2006/142, K.2008/148, 24/9/2008.

AYM, belediyenin yetkili organları tarafından düzenlenen ve borç ikrarını içeren bir belgeye dayanan talebin mülkiyet hakkı kapsamında icra edilebilir nitelikte bir alacak olduğunu kabul etmiştir[52]. Buna karşılık idare lehine hükmedilen vekalet ücretinin tamamının hiçbir kesintiye tabi tutulmadan kendisine ödenmesinin zorunlu olduğuna yönelik bir başvuruda, istikrarlı bir içtihada dayanan yargı kararı sunulmadığından mülkiyet hakkına ilişkin korumadan yararlandırılmasının mümkün olmadığı sonucuna ulaşılmıştır[53].

AYM, iptal kararları geçmişe dönük alacak hakkı doğurucu bir etkiye sahip olmadığından başvurucuların 2006 ila 2009 yılları arasında kendilerinden fazla vergi alındığı ve bunların iade edilmesi gerektiği yönündeki iddialarına dayanak olarak ileri sürdükleri alacak bakımından meşru beklenti oluşmadığına karar vermiştir[54].

Bu bağlamda bir mahkeme ilamına dayanan icra edilebilir nitelikteki alacaklar mal varlığı kapsamındadır[55]. Kamulaştırmasız el atma davası neticesinde derece mahkemelerince hükmedilen tazminatın ödenmemesi ve yapılan icra takiplerinin sonuçsuz kalmasından[56], Belediyeyle olan iş akdinin haksız feshinden ötürü derece mahkemesince hükmedilen tazminat ve işçi alacaklarının tahsil edilememesi ve yapılan icra takiplerinin sonuçsuz kalmasından[57] kaynaklı alacak talepleri mülkiyet hakkının uygulanabilirliği bakımından yeterli görülmüştür.

Diğer yandan henüz kesinleşmemiş bir mahkeme ilamına dayanan ve derhâl ödenebilir olmayan alacaklar ise "yeterli şekilde icra edilebilir" sayılamaz ve dolayısıyla "mal varlığı" değeri teşkil etmez. Bu açıdan alacak hakkının güncel ve icra edilebilir nitelikte olması; yani koşula bağlı olmaması gereklidir. Alacağın koşula bağlı olduğu bir kanun hükmünün ya da içtihadın ayrımcılığa yol açtığı iddiasıyla mülkiyet hakkıyla bağlantılı olarak ayrımcılık yasağının ihlal edildiğinden şikâyet edildiği hâllerde mülkün var olup olmadığı değerlendirilirken söz konusu kanun hükmü veya içtihadın mevcut olmaması hâlinde kişinin ihtilaf konusu mülkle ilgili olarak icra edilebilir bir hakka sahip olup olamayacağına bakılır[58].

AYM, galle fazlasından[59] başvurucuların vakfedenin kız evladı olan muri-

52 *Mehmet Zeki Genç*, B. No: 2013/7139, 17/2/2016, § 30.
53 *Ali Sakarya*, B. No: 2014/1346, 26/10/2016, §§ 37-45.
54 *Salih Kaparca ve diğerleri*, B. No: 2013/7918, 30/4/2014, § 24.
55 Tazminat alacağı kesinleşmiş yargı kararıyla tespit edilen başvurucunun Anayasa'nın 35. maddesi anlamında mülkiyet hakkının bulunduğunun kabulü gerekir. *Nurdan Köseoğlu*, B. No: 2019/23351, 23/3/2023, §§ 44-45.
56 *Kenan Yıldırım ve Turan Yıldırım*, B. No: 2013/711, 3/4/2014, §§ 62-64,
57 *Halil Afşin ve diğerleri*, B. No: 2013/4824, 25/2/2015, §§ 73-76; *Ayşe Yeşil ve diğerleri*, B. No: 2014/11133, 19/4/2017, § 15.
58 *Nuriye Arpa*, B. No: 2018/18505, 16/6/2021, § 47.
59 Galle fazlası; 5737 sayılı Vakıflar Kanunu'nun 3. Maddesine göre, mazbut ve mülhak

sine aynı batından yaşayan erkek evladın bulunduğu gerekçesiyle pay verilmemesi suretiyle cinsiyet temelinde yapılan farklı muamelenin yapıldığına yönelik bir şikâyet hakkında öncelikle konu bakımından yetkisizlik kararı vermişken[60] daha sonra aynı konuda galle fazlasından başvurucuların vakfedenin kız evladı olan murisine aynı batından yaşayan erkek evladın bulunduğu gerekçesiyle pay verilmemesi suretiyle cinsiyet temelinde yapılan farklı muamelenin -makul ve haklı bir sebebi bulunsa da- amaç ile araç arasında makul bir orantılılık ilişkisine dayanmadığı ve bu nedenle ayrımcılık teşkil ettiği kanaatine varmıştır[61].

ii. Şirket Hisseleri ile Diğer Finansal Araçlar

Genel olarak, ekonomik bir değer taşıyan ve paydaşın bir şirket üzerinde nüfuz kullanmasını temin eden çeşitli haklar içeren şirket hisseleri mal varlığı kapsamında görülebilirler[62].

Sermaye şirketlerinin ortaklarına sermaye paylarını belgelendirmek amacıyla verdikleri kıymetli evrak olan hisse senetlerinin, sahibine (elinde tutana) ihraç edildiği şirketin senet üzerinde gösterilen oranda/payda değişik biçimlerde mülkiyet hakkı sağladığından mülk kavramı içinde değerlendirilir. Hisseler nedeniyle kullanabilen haklar, hisse senetlerinin satılması, temettüsünden ve değer artışından yararlanılması ile sınırlı olsa da hâkim ve büyük ortaklar gibi şirketin yönetim ve denetiminde söz sahibi olmak gibi imkânlar sunmasa da bunların taşıdığı ekonomik değer nedeniyle mülkiyet hakkı kapsamında korunmaya değer menfaatlerinin bulunduğu anlaşılmaktadır[63].

Nihayet mad. 35 sermaye piyasalarında bir hamilden diğerine devredilebilen ve çok sayıda faktöre bağlı olarak fiyatı değişebilen ciro edilebilir kıymetli evrakları da kapsamaktadır[64].

AYM, ortağı ve yöneticisi olduğu şirkete kayyım atanmasına yönelik tedbir nedeniyle yapılan başvuruda sermaye şirketlerinin ortaklık paylarının 35. madde kapsamında olduğuna karar vermiştir[65].

---

vakıflarda, vakfın hayrat ve akarlarının onarımı ile vakfiyelerindeki hayrat hizmetlerin ifasından sonra kalan miktarı ifade eder.

60 *Necmiye Dimici ve diğerleri*, B. No: 2014/14102, 16/6/2016; AİHM aynı başvuruda ayrımcılık yasağı olmasaydı mülkün ya da meşru beklentinin varlığı söz konusu olacak ise mülkün veya meşru beklentinin varlığının kabul edilmesi gerektiğine karar vermiştir. Bkz. *Dimici/Türkiye*, B. No: 70133/16, 5/7/2022.

61 *Ayşe Tezel ve diğerleri* [GK], B. No: 2018/14186, 20/10/2022, § 92.

62 *Adnan Ağaoğlu*, B. No: 2017/32485, 3/10/2020, § 46.

63 *Adalet Kayalıbay*, B. No: 2014/11382, 10/5/2017, § 50.

64 *Özimeks Sanayii Ürünleri Ticaret Ltd. Şti*, B. No: 2015/13851, 27/6/2018, § 37.

65 *Hamdi İpek Akın*, B. No: 2015/17763, 24/5/2018, § 84.

iii. Lisans, Ruhsat, İmtiyaz ve Müşteri Çevresi

Başvurucuların kendi emekleriyle bir müşteri çevresi geliştirdiği, bunun birçok açıdan şahsi bir hak niteliği taşıyıp bir değer oluşturduğu ve mad. 35 kapsamında mal varlığı değeri teşkil ettiği hâllerde AYM mülkiyet hakkının uygulanabilir olduğunu hükme bağlamaktadır. Müşteri çevresi ve ticari itibar sağladığı açık olan tip ve sistem onay belgesinin başvurucu şirket yönünden ekonomik bir değerinin olduğu ve bu ekonomik değerin mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirilmesi gerektiği hususunda tereddüt bulunmamaktadır[66].

Belirli ticari faaliyet göstermek için alınan imtiyaz, lisans, ruhsat ya izinlerin ekonomik manada mülk teşkil ettiği açıktır. Ancak başvurucuların Anayasa'nın 35. maddesinin kapsamına giren bir mülkünün varlığının söz konusu olabilmesi için kamu otoriteleri tarafından usulüne uygun olarak lisans, ruhsat ya da izin verileceğine dair meşru bir beklentisinin bulunması zorunludur[67].

İşletme faaliyeti bünyesindeki bir imtiyaz, lisans, ruhsat ya da izinler mal varlığı değerleri arasında olup bunların iptal edilmesi m. 35 kapsamında güvence altına alınan haklara bir müdahale niteliğindedir[68].

iv. Gelecekteki Kazanç

Gelecekte elde edilmesi muhtemel gelir kural olarak mülk olarak kabul edilemez[69]. Bununla birlikte gelirin hukuken kazanılmış olması ya da ödenebilir hâle gelmesi durumunda mülk teşkil etmesi mümkündür.

AYM, uzman öğretmenlik kadrosuna atanma isteminin reddine ilişkin işleme karşı açtığı davanın reddedilmesi hâlinde uzman öğretmenlik tazminatından mahrum kalma ihtimalinin doğacağını, kendisi ile aynı koşuları taşıyan birçok öğretmene uzmanlık ünvanı verildiği halde, Danıştay İdari Dava

66 *Net Tartı Sistemleri ve Kalibrasyon Servis Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti.*, B. No: 2019/16839, 11/1/2023, §§ 34-35. Benzer yönde bkz. *Ahmet Edip Aksungur ve Asaf Uğur Aksungur*, B. No: 2016/12044, 20/11/2019, § 41.

67 *Resumut Enerji A.Ş.*, B. No: 2019/2581, 8/6/2021, §§ 65-66.

68 *Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş. (4)* [GK], B. No: 2017/36186, 28/12/2022, § 76; *Cafer Sezgin ve diğerleri,* B. No: 2018/20720, 7/4/2021, § 33.

69 Somut olayda avukatlık faaliyetinde bulunan başvurucu, sokağa çıkma yasağı sebebiyle aylık 10.000 TL gelir kaybı yaşadığını ve bunun İdare tarafından tazmin edilmesi gerektiğini ileri sürmüştür. Avukatlık faaliyetinden elde edilmesi muhtemel bir gelirin mevcut mülk teşkil etmediği tartışmasızdır. Bunun meşru beklenti teşkil edebilmesi için ise hukuken kazanılmış olması ya da ödenebilir hâle gelmesi gerekir. Başvurucu, spesifik vekalet sözleşmelerinden bahsetmediği gibi hukuken hak kazandığı avukatlık ücretlerinden sokağa çıkma yasağı sebebiyle mahrum kaldığına dair açıklamalar da bulunmamıştır. Bu durumda başvurucunun hukuken kazanılan veya talep edilebilir aşamaya gelen gelirinin kaybını ortaya koyabildiği sonucuna ulaşılamamaktadır. Dolayısıyla olayda meşru beklentinin de bulunmadığı anlaşılmıştır. Bkz. *İdris Taniş*, B. No: 2019/32804, 19/1/2023, §§ 32-33; *Tuğba Bilgiç*, B. No: 2019/1178, 16/11/2022, §§ 13-14.

Daireleri Kurulunun içtihadından sonra yargı yolu ile uzman öğretmenlik ünvanı alma yolunun kapatıldığına yönelik bir başvuruda, temelsiz bir hak kazanma beklentisi veya sadece ulusal hukukta mülkiyet hakkı kapsamında savunulabilir bir iddianın varlığının meşru beklentinin kabulü için yeterli olmadığını belirtmiştir [70].

v. Fikrî Mülkiyet

Gayrimaddi mal varlığı değerleri hususunda AYM, eski tarihli bir kararında patentlerin anayasal mülkiyet hakkından yararlanamayacağına karar vermiştir[71]. Ancak 2008 yılında AYM bu içtihadından dönmüştür ve marka hakkının (ve hatta bütün fikrî hakların) 1982 Anayasası mad. 35 anlamında mülkiyet hakkı kapsamına girdiğini kabul etmiştir[72].

AYM, özellikle önündeki hukuki pozisyonun mali hak ve çıkarlar ihdas edip etmediğini ve böylelikle ekonomik bir değer içerip içermediğini dikkate almaktadır. AYM, fikrî mülkiyet hukukunda eser sahibinin (ve mirasçıların) manevi haklarının, manevi çıkarların yanında mali çıkarları koruduğunu vurgulayarak mali haklar ile manevi hakların ayrılmaz bir bütün oluşturduğunu belirtmiş ve manevi hakları da mülkiyet hakkı kapsamında görmüştür[73]. Bu bağlamda sinema eseri sahipliği[74], patent ve markaya tecavüzün önlenmesi talebi[75], markanın hükümsüzlüğüne karar verilmesi istemi[76] mülkiyet hakkının kapsamında değerlendirilmektedir.

vi. Kira hakkı ve Barınmaya İlişkin Haklar

Kira hakkı mad. 35 kapsamında değerlendirilebilmektedir. Mahkeme finansal kiralama sözleşmesi kapsamında kiracı olarak kullandığı otobüsüne ceza soruşturması/kovuşturması kapsamında CMK uyarınca el koyulan başvurucunun mülkiyet hakkına sahip olduğuna karar vermiştir[77]. AYM, somut bir kira alacağına dönüşmemiş olsa bile başvuruculların mülkiyetinde bulunan taşınmazın, kamunun fiilî nedeniyle gerçek bedeli üzerinden kiraya verilememesi dolayısıyla oluşan ekonomik kaybın mülk olarak değerlendirilmesi gerektiği sonucuna ulaşmıştır[78].

AYM, deprem sebebiyle 15/5/1959 tarihli ve 7269 sayılı Umumi Hayata Müessir Afetler Dolayısıyla Alınacak Tedbirlerle Yapılacak Yardımlara Dair

70 *Sıtar Keser*, B. No: 2016/1007, 30/5/2016, § 14.
71 AYM, E.1967/10, K.1967/49, 28/12/1967.
72 AYM, E.2004/3, K.2008/47, 31/1/2008; AYM, E.2004/81, K.2008/48, 31//2008; AYM, E.2010/73, K.2011/176, 29/12/2011.
73 AYM, E.2014/177, K.2015/49, 14/5/2015.
74 *Sadef Safa Önal*, B. No: 2014/15232, 8/3/2017, §§ 27-29.
75 *Arnoldus Theodorus Bernardus Maria Nales*, B. No: 2013/1211, 10/3/2015, § 22.
76 *Yusuf İzzettin Silier*, B. No: 2013/2731, 16/12/2015, §§ 19-36.
77 *Hanife Ensaroğlu*, B. No: 2014/14195, 20/9/2017, §§ 48-49.
78 *Recep Tarhan ve Afife Tarhan*, B. No: 2014/1546, 2/2/2017, §§ 51-52.

Kanun'un hükümlerine göre konut edinme talebi reddedilen başvurucu yönünde meşru beklentisi bulunduğuna karar vermiştir[79]. Buna karşılık 7269 sayılı Kanun kapsamında kalıcı konut teslim edilinceye kadar geçen süreler için kendisine kira yardımı yapılması yönündeki talebin reddine yönelik başvuruda AYM konu bakımından yetkisizlik kararı vermiştir[80].

AYM, *İhsan Vurucuoğlu* kararında, Lozan Antlaşması ve Mübadele Sözleşmesi'nde, mübadele sonucu Türkiye'ye gelenlere ev ve iskân verileceğine yönelik hükme rağmen başvurucunun dedesine Safranbolu ilçesinde verilen iskân hakkının, başvurucunun taşınmazın mülkiyetini kazanmasını sağlamadığı ve başvurucu lehine Anayasa'nın 35. maddesi kapsamına giren korunmaya değer bir menfaat doğurmadığından "*konu bakımından yetkisizlik"* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar vermiştir[81]. İskân hakkının mal varlığı değerleri içinde sayılması gerektiği savunulabilir. Zira AYM 5543 sayılı İskân Kanunu'nun iptaline yönelik bir davada, iskân kararıyla belirlenen *"iskan hakkı sahipliğinin*" "*alacak hakkı"* niteliğinde olup mülkiyet hakkı kapsamına girdiğini kabul etmiştir[82].

Öte yandan AYM, Belediye ile sebze ve meyve halinde dükkân kiralayan başvurucunun sözleşmesinin olağanüstü hâl kararnamesiyle feshedilmesine yönelik bir uyuşmazlıkta, başvurucunun 2014 yılından itibaren sebze komisyonculuğu yaptığını, sözleşmenin 31/12/2023 tarihine kadar geçerli olduğu da dikkate alındığında 19/12/2016 tarihinde tahliye edilen iş yerinin yaklaşık üç yıl işletilmiş olduğunu, sözleşme feshedilmemiş olsaydı 31/12/2023 tarihine kadar kullanmaya devam etme imkânı olduğu dikkate alındığında somut olay bakımından kira sözleşmesinin başvurucuya bir müşteri çevresi ve ticari itibar sağladığı, bunun ise başvurucu açısından şahsi bir hak ve ekonomik bir mal varlığı değeri ifade ettiğine karar vermiştir[83].

vii. Sosyal Güvenlik Bağlamındaki Ödemeler/Aylıklar

Mülkiyet hakkı, bireylere bir tür sosyal güvenlik ödemesi alma hakkı içermemekle beraber yürürlükteki mevzuatta, önceden prim ödeme şartıyla veya şartsız olarak, sosyal yardım alma hakkı şeklinde bir ödeme yapılması öngörülmüş ise yargısal içtihatlara paralel olarak ilgili mevzuatın aradığı şartları yerine getiren bireyin mülkiyet hakkı kapsamına giren bir menfaatinin doğduğu kabul edilmektedir[84]. AYM'ye göre sosyal güvenlik prim ve katkılarını

79 *Sedat Şanlı,* B. No: 2018/6812, 3/7/2019.
80 *Hasan Küçük*, B. No: 2022/38836, 25/7/2023.
81 *İhsan Vurucuoğlu*, B. No: 2013/539, 16/5/2013, § 36.
82 AYM, E.2006/142, K.2008/148, 24/9/2008.
83 *Bahri Altıntaş*, B. No: 2018/20423, 12/7/2023, § 32.
84 *Yasemin Mutlu*, B. No: 2013/1426, 25/3/2014, § 38; *Emel Kavas*, B. No: 2013/8032, 9/9/2015, § 29; *Ferda Yeşiltepe* [GK], B. No: 2014/7621, 25/7/2017, § 46.

belirlemeye, değiştirmeye ve ödenmesini güvence altına almaya yönelik düzenlemeler mülkiyetin kullanımının kontrolü niteliğindedir[85].

AYM, sosyal güvenlik kapsamında emekli ikramiyesine hak kazandığı tarihten ödemenin yapıldığı tarihe kadar geçen yirmi beş yıllık süredeki enflasyon oranı karşısında başvurucunun kazandığı alacak hakkının değer kaybına uğrayarak ödenmesinden ötürü bu alacağının Anayasa'nın 35. maddesi anlamında mülkiyet hakkı kapsamında "mülk" teşkil ettiğine karar vermiştir[86]. Buna karşılık kanunda öngörülen tam ve daimi maluliyet yardımına hak kazanması koşullarını yerine getirmeyen ve bu iddiasını belirli bir kanun hükmüne veya başarılı olma şansının yüksek olduğunu gösteren yerleşik ve istikrarlı bir yargı içtihadına dayandırılmayan bir diğer başvuruda AYM, başvurucu yönünden sahip olunan mevcut bir mülkün ya da bu hakka dayalı meşru bir beklentinin söz konusu olmadığı ve buna bağlı olarak mülkiyet hakkı bağlamında korunması gereken bir menfaatin bulunmadığına karar vermiştir[87].

AYM, yetim aylığının kesilmesi işleminin iptali talebiyle açılan davanın reddedilmesi üzerine yapılan bir başvuruda, aylık almaya devam etme talebinin mülkiyet hakkı kapsamında meşru beklenti olarak nitelendirilemeyeceğini belirterek başvuruyu konu bakımından yetkisizlik nedeniyle kabul edilemez bulmuştur[88].

viii. Terör Nedeniyle Mal Varlığına Ulaşamama/ Mal Varlığının Tahrip Edilmesi

Başvuruculaların silahlı çatışma bağlamında mal varlıklarının tahrip edilmesinden yakındığı vakalarda AYM, mülkiyet hakkı taleplerini kabul etmektedir [89].

Bu yöndeki bireysel başvurularda başvurucular terör olaylarının yaşandığı yıllarda kayıtlı mülkleri olmamasına rağmen, kendi toprakları üzerinde inşa edilen köydeki mera, otlak ve orman gibi ortak arazilerde geçimlerini hayvancılık ve ağaç kesiminden sağladıklarını belirtmiştir. Buna göre tüm bu ekonomik kaynaklar ve başvuru sahiplerinin bunlardan elde ettiği gelir "mal varlığı" olarak nitelendirilebilir[90].

Buna karşılık geçici köy koruculuğu görevine son verilmesi sonucunda oluştuğu iddia edilen zararlarının 5233 sayılı Kanun kapsamında mahkeme önünde talebinin haklılığını ispat edemeyen ve bunu belirli bir kanun hükmüne ya da istikrarlı bir içtihada dayandırmayan başvurucunun Anayasa'nın

85 *Arif Sarıgül*, B. No: 2013/8324, 23/02/2016, § 50.
86 *Hüseyin Remzi Polge*, §§ 22-53; *Ferda Yeşiltepe* [GK], B. No: 2014/7621, 25/7/2017, §§ 75-76.
87 *Ramazan İpek*, B. No: 2012/1105, 17/7/2014, §§ 13-14, 21-28; *Yasemin Mutlu*, B. No: 2013/1426, 25/3/2014, §§ 39-41; *Zekiye Şanlı*, B. No. 2012/931, 26/6/2014, §§ 39-41.
88 *Emel Kavas*, B. No: 2013/8032, 9/9/2015.
89 *Osman Kızılcan* [GK], B. No: 2021/11655, 28/7/2022.
90 *Doğan ve diğerleri/Türkiye*, B. No: 8803-8811/02, 8813/02, 8815-8819/02, 10/11/2004, § 139.

35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkı kapsamında ekonomik bir değerin veya en azından böyle bir değeri elde etme yönünde meşru beklentisi bulunmadığı anlaşılmaktadır[91].

xiv. Vergi Meseleleri, Para cezaları

Vergisel yükümlülüklerin çoğu borçlunun mal varlığında eksilmeye neden olduğundan bu eksilmenin mülk teşkil edeceği açıktır[92]. Ancak vergisel müdahalelerden kaynaklanan her talebin her durumda mülkiyet hakkının korumasından yararlanması olası değildir[93].

Vergi yoluyla mülkiyet hakkına yönelik müdahaleler konusunda m. 35 kapsamında devletlere vergi politikaları konusunda oldukça geniş bir hareket alanı sağlamaktadır. Bu hükme göre vergisel tedbirler konusunda devletlerin, diğer alanlara nazaran daha geniş bir takdir hakkı olduğu kabul edilmektedir[94].

AYM, 1982 Anayasası'nın 73. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan verginin kanuniliği ilkesi gereği kanuni düzeyde sağlanması gereken öngörülebilirliğin sağlanamadığı, kanun hükümlerindeki öngörülemezliğin idari uygulamalar ve düzenlemeler veya yargısal içtihatlarla giderilemediği, 2007 yılında Munzam Sandık Vakfına ödenen katkı paylarının ücret sayılarak vergilendirilmesine ilişkin işlemlerin, öngörülebilir kanuni dayanağının bulunmadığından mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir[95].

AYM'ye göre, alınmaması gerektiği hâlde tahsil edilen bedellerin bu hususta mahkeme kararı kesinleştikten sonra ödenmesi gereken vergi ile ilgisi kalmamış başvurucu için alacak haline dönüşmüştür. Bu sebeple mülk olarak değerlendirilebilir[96].

AYM kararlarında adli veya idari para cezaları mal varlığında azalmaya yol açtığından kategorik olarak mülkiyet hakkına bir müdahale olarak kabul edilmektedir. Mahkûmiyet hükmü neticesinde başvurucudan tahsil edilen adli para cezasının belirtilen tutardaki paranın başvurucunun mal varlığına dâhil olduğu kuşkusuz olduğuna göre bu paranın başvurucu açısından "mülk" teşkil ettiği açıktır[97].

İdari para cezası uygulanmasıyla başvurucunun mal varlığında eksilmeye yol açıldığı kuşkusuz olduğuna göre bu paranın başvurucu açısından mülk teşkil ettiği açıktır[98].

---

91 *Halit Paksoy*, B. No: 2014/2794, § 45.
92 *Ahmet Uğur Balkaner*, B. No: 2014/15237, 25/7/2017, § 46.
93 *Selçuk Emiroğlu*, §§ 25-35.
94 *Narsan Plastik Sanayi*, B. No: 2013/6842, 20/4/2016, § 71; *Mehmet Arif Madenci*, B. No: 2014/13916, 12/1/2017, § 68.
95 *Türkiye İş Bankası A.Ş.* [GK], B. No: 2014/6192, 12/11/2014, § 49.
96 *Akel Gıda San. ve Tic. A.Ş*, B. No: 2013/28, 25/2/2015, §§ 33-36.
97 *Züliye Öztürk*, B. No: 2014/1734, 14/9/2017, § 53.
98 *Orhan Gürel*, B. No: 2015/15358, 24/5/2018, § 43; *Mustafa Taş*, B. No: 2017/23968, 31/10/2018, § 35.

SONUÇ

Mülkiyet hakkı teknolojik gelişmelere paralel şekilde büyük değişikliklere uğramış ve yeni anlamlar kazanmıştır. Bu kapsamda dijital para, yapay zekâ, akıllı sözleşmeler gibi kavramların yaygınlaşmasıyla konunun fikrî mülkiyet özelinde gelişeceğini söylemek zor değildir.

Mülkiyet hakkının kapsamını belirlemeye çalıştığımız bu makalede Anayasa Mahkemesinin meseleye hangi açılardan yaklaştığı, kabul edilebilirlik kriteri olarak konu bakımından yetkiyi nasıl yorumlandığı ele alınmıştır.

Mülkiyet hakkı, kapsam itibarıyla Türk Medeni Kanunu'nda düzenlenen mülkiyet kavramıyla sınırlı değildir. 1982 Anayasa'nın 35. maddesinde koruma altına alınan mülkiyet hakkının taşınır ve taşınmaz mallar, fikrî mülkiyet hakları, alacak haklarını (kısacası para ile ölçülebilen tüm değerleri) ifade ettiği belirlenmiştir. Hatta mülkiyet hakkının klasik tanımı içerinde yer almayan kira hakkı ya da meşru menfaatlerin de mülkiyet hakkı kapsamında yer alacağı bilinmelidir.

Özetle anayasal anlamda mülkiyet hakkına geniş açıdan bakılmalıdır.

KAYNAKÇA

AKİPEK, Jale (1971). *Türk Eşya Hukuku, İkinci Kitap (Mülkiyet)*, Ankara: AÜHF Yayınları.

BİRDAL, Murat (2007). "Locke'un Mülkiyet Teorisi ve Marksist Eleştirisi: Mülkiyet Hakkı ve Bireysel Özgürlükler Üzerinden Locke ve Marx Karşılaştırması", *İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Mecmuası*, C. 57., S. 1., ss. 39-61.

DAĞ BEREKET, Cansu (2020). "Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararları Eksenin Mülkiyet Hakkı", *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 2, ss. 479-506.

DİNÇ, Güney (2007). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Malvarlığı Hakları*, Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları.

DİLAVER, Berrak Burçin (2020). "Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Bireysel Başvuru ve Mülkiyet Hakkı", İstanbul Barosu Dergisi, C. 94., S. 5., ss. 276-292.

EREN, Fikret (1977). *Anayasa ve Yeni Gelişmeler Karşısında Medenî Kanunun Mülkiyet Kavramına Verilecek Anlam*, Ankara: AÜHF Yayınları.

ERTAŞ, Şeref (2016*).* "Mülkiyet Hakkının Yeni Boyutu ve Bu Hakka Getirilen Daraltımların Anayasa ve İnsan Haklarına Uygunluğu", *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 11., S. 145-146., ss. 59-93.

GEMALMAZ, Haydar Burak (2009). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı*, İstanbul: Beta Yayınları.

GEMALMAZ, Haydar Burak (2015). "Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Usulünde Mülkiyet Hakkının Uygulanabilirliği Meselesi I: AYM Kararlarının Mülkiyet Hakkının Mevcudiyetinin Dayanağı Olarak Uluslararası Hukuka Açıklık Açısından Eleştirel Değerlendirilmesi", *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 31., S. 1., s. 379-401.

GÜRİZ, Adnan (1969). *Teorik Açıdan Mülkiyet Sorunu*, Ankara: AÜHF Yayınları.

YAYLA, Atilla. *"Özel Mülkiyet Bir İnsan Hakkı mıdır*?" http://www.liberal.org.tr/sayfa/ozel-mulkiyet-bir-insan-hakki-midir-atilla-yayla,272.php (Erişim Tarihi: 25/9/2023)

ZEVKLİLER, Aydın (1977). *Mülkiyetin Yapısı ve Mülkiyetten Doğan Ödevler*, Ankara: Sevinç Matbaası.

AYM KARARLARI

AYM, E.1967/10, K.1967/49, 28/12/1967.

AYM, E.1991/9, K.1991/36, 8/10/1991.

AYM, E.2000/42, K.2001/361, 10/12/2001.

AYM, E.2006/142, K.2008/148, 24/9/2008.

AYM, E.1967/10, K.1967/49, 28/12/1967.

AYM, E.2004/3, K.2008/47, 31/1/2008.

AYM, E.2004/81, K.2008/48, 31/1/2008.

AYM, E.2006/142, K.2008/148, 24/9/2008.

AYM, E.2010/73, K.2011/176, 29/12/2011.

AYM, E.2014/177, K.2015/49, 14/5/2015.

Celalettin Aşçıoğlu, B. No: 2013/1436, 6/3/2014.

Mahmut Duran ve diğerleri, B. No: 2014/11441, 1/2/2017.

Doğan Mimarlık İnşaat Gıda Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti., B. No: 2019/23070, 17/11/2022.

Hüseyin Remzi Polge, B. No: 2013/2166, 25/6/2015.

İsmail Akçayoğlu, B. No: 2014/1950, 13/9/2017.

Ayşe Öztürk Başvurusu, B. No: 2013/6670, 10/6/2015.

Rifat Algan, B. No: 2014/19138, 22/2/2018.

Kemal Yeler ve Ali Arslan Çelebi, B. No: 2012/363, 15/4/2014.

Tokay ve diğerleri Başvurusu, B. No: 2013/1122, 26/6/2014.

Sadef Safa Önal, B. No: 2014/15232, 8/3/2017.

Selçuk Emiroğlu, B. No: 2013/5660, 20/3/2014.

Abbas Emre, B. No: 2014/5005, 6/1/2016.

Cemile Ünlü, B. No: 2013/382, 16/4/2013.

Mustafa Ateşoğlu ve diğerleri, B. No: 2013/1178, 5/11/2015.

Yeşim Bülbül, B. No: 2019/39942, 1/2/2023.

Zeynel Temel Kangal, B. No: 2013/5049, 28/5/2014.

Murat İslamoğlu, B. No: 2013/614, 25/6/2014.

Ayşe Öztürk, B. No: 2013/6670, 10/6/2015.

Mehmet Anduse, B. No: 2013/6821, 3/2/2016.

Osman Ukav, B. No: 2014/12501, 6/7/2017.

Nusrat Külah, B. No: 2013/6151, 21/4/2016.

Habibe Kalender ve diğerleri, B. No: 2013/3845, 1/12/2015.

Süleyman Oktay Uras ve Sevtap Uras, B. No: 2014/11994, 9/3/2017.

Demet Demirel ve diğerleri, B. No: 2019/12998, 1/12/2022.

Ayşegül Şimşek Mankan, B. No: 2019/12111, 29/12/2021.

Özcan Zengin, B. No: 2020/4244, 23/2/2022.

Mehmet Zeki Genç, B. No: 2013/7139, 17/2/2016.

Ali Sakarya, B. No: 2014/1346, 26/10/2016.

Salih Kaparca ve diğerleri, B. No: 2013/7918, 30/4/2014.

Nurdan Köseoğlu, B. No: 2019/23351, 23/3/2023.

Kenan Yıldırım ve Turan Yıldırım, B. No: 2013/711, 3/4/2014.

Halil Afşin ve diğerleri, B. No: 2013/4824, 25/2/2015.

Ayşe Yeşil ve diğerleri, B. No: 2014/11133, 19/4/2017.

Nuriye Arpa, B. No: 2018/18505, 16/6/2021.

Necmiye Dimici ve diğerleri, B. No:2014/14102, 16/6/2016.

Ayşe Tezel ve diğerleri [GK], B. No: 2018/14186, 20/10/2022.

Adnan Ağaoğlu, B. No: 2017/32485, 3/10/2020.

Adalet Kayalıbay, B. No: 2014/11382, 10/5/2017.

Özimeks Sanayii Ürünleri Ticaret Ltd. Şti., B. No: 2015/13851, 27/6/2018.

Net Tartı Sistemleri ve Kalibrasyon Servis Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti., B. No: 2019/16839, 11/1/2023.

Ahmet Edip Aksungur ve Asaf Uğur Aksungur, B. No: 2016/12044, 20/11/2019.

Resumut Enerji A.Ş., B. No: 2019/2581, 8/6/2021.

Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş. (4) [GK], B. No: 2017/36186, 28/12/2022.

Cafer Sezgin ve diğerleri, B. No: 2018/20720, 7/4/2021.

İdris Taniş, B. No: 2019/32804, 19/1/2023.

Tuğba Bilgiç, B. No: 2019/1178, 16/11/2022.

Sıtar Keser, B. No:2016/1007, 30/5/2016.

Sadef Safa Önal, B. No: 2014/15232, 8/3/2017.

Arnoldus Theodorus Bernardus Maria Nales, B. No: 2013/1211, 10/3/2015.

Yusuf İzzettin Silier, B. No: 2013/2731, 16/12/2015.

Hanife Ensaroğlu, B. No: 2014/14195, 20/9/2017.

Recep Tarhan ve Afife Tarhan, B. No: 2014/1546, 2/2/2017.

Sedat Şanlı, B. No: 2018/6812, 3/7/2019.

Hasan Küçük, B. No: 2022/38836, 25/7/2023.

Yasemin Mutlu, B. No: 2013/1426, 25/3/2014.

Emel Kavas, B. No: 2013/8032, 9/9/2015.

Ferda Yeşiltepe [GK], B. No: 2014/7621, 25/7/2017.

Arif Sarıgül, B. No: 2013/8324, 23/2/2016.

Ferda Yeşiltepe [GK], B. No: 2014/7621, 25/7/2017.

Ramazan İpek, B. No: 2012/1105, 17/7/2014.

Yasemin Mutlu, B. No: 2013/1426, 25/3/2014.

Zekiye Şanlı, B. No: 2012/931, 26/6/2014.

Emel Kavas, B. No: 2013/8032, 9/9/2015.

Osman Kızılcan [GK], B. No: 2021/11655, 28/7/2022.

Halit Paksoy, B. No: 2014/2794, 7/3/2019.

Ahmet Uğur Balkaner, B. No: 2014/15237, 25/7/2017.

Narsan Plastik Sanayi, B. No: 2013/6842, 20/4/2016.

Mehmet Arif Madenci, B. No: 2014/13916, 12/1/2017.

Türkiye İş Bankası A.Ş. [GK], B. No: 2014/6192, 12/11/2014.

Akel Gıda San. ve Tic. A.Ş., B. No: 2013/28, 25/2/2015.

Züliye Öztürk, B. No: 2014/1734, 14/9/2017.

Orhan Gürel, B. No: 2015/15358, 24/5/2018.

Mustafa Taş, B. No: 2017/23968, 31/10/2018.

AİHM KARARLARI

Öneryıldız/Türkiye [BD], B. No: 48939/99, 30/11/2004.

Keriman Tekin ve diğerleri/Türkiye, B. No: 22035/10, 15/11/2016.

Kopecký/Slovakya [BD], B. No: 44912/98, 7/6/2003.

Özden/Türkiye, B. No: 21371/10, 14/12/2021.

Dimici/Türkiye, B. No: 70133/16, 5/7/2022.

Doğan ve diğerleri/Türkiye, B. No: 8803-8811/02, 8813/02, 8815-8819/02, 10/11/2004.

Aydın DEMİREL
(Anayasa Mahkemesi Raportörü)

KOŞULLU SALIVERME VE UMUT HAKKI

Öz

Ülkemiz ve Modern Batı'da nispeten yeni bir kavram olan "umut hakkı" temelde "cezalandırma" kurumunun meşru amaçları ile bağlantılıdır. Mahkûmiyet kararı anında temel amaçları cezalandırma, kamunun korunması ve kurala yönelik farkındalığın artırılması (caydırıcılık) iken "rehabilitasyon" amacı o kadar önemsenmeyebilir. Günümüzdeki baskın görüşte bu amaçların sabit ve değişmez olmadığı, bu amaçların birisinin ya da bazılarının onlara yüklenen görevleri yerine getirip artık gereksiz hâle gelebileceği kabul görmektedir. Diğer yandan "rehabilitasyon" diğerlerine kıyasla cezalandırmanın geç aşamalarında çok daha önemli bir amaçtır. Cezalandırmanın diğer amaçları infaz sürecinde üstlendikleri amaçları yerine getirip önceliklerini kaybeder iken "rehabilitasyon" (ya da ıslah) temel amaç hâline gelmektedir. Ancak ülkemizde de uygulanan hâliyle indirilemez müebbet hapis cezası mahkûmları yönünden cezalandırmanın "rehabilitasyon" amacı ulaşılamaz olduğu için anlamsızdır. Bazı müebbet hapis cezası mahkûmlarının koşullu salıverilme imkânı olmayıp cezaevinde doğal (medeni) ölüme mahkûm edilmeleri sebebiyle ıslah olmaya ihtiyaçları olmadığı gibi, devletin de bunları ıslah etme gibi bir gayesi de bulunduğu da söylenemeyecektir.

Anahtar Kelimeler: Müebbet hapis cezası, umut hakkı, cezalandırmanın amaçları, ıslah, infaz.

Prof. Dr. Zühtü Arslan'a Armağan

RIGHT TO HOPE OF PRISONERS SENTENCED TO LIFE IMPRISONMENT

ABSTRACT

The "Right to Hope", a relatively new concept in our country and in the Modern West, is fundamentally linked to the legitimate aims of the institution of "Punishment". While the main aims pursued at the time of conviction are punishment, protection of the public and raising awareness of the rule (deterrence), "rehabilitation" as an aim may not be so crucial. Today's prevailing view assumes that these aims are not fixed and immutable, and that one or more of them may be duly achieved and then become unnecessary. On the other hand, "rehabilitation", compared to others, is a much more crucial aim at the later stages of punishment. While the other aims pursued by punishment lose their priorities after fulfilling their duties during the execution process, "rehabilitation" (or correction) becomes the main aim. However, as it is applied in our country, the "rehabilitation" aim of punishment is rendered meaningless as it is unachievable for the prisoners sentenced to irreducible life imprisonment. Since some of the prisoners of life imprisonment are not provided with the possibility of conditional release and are sentenced to natural (civil) death in prison, they do not need rehabilitation, nor does the state intend to rehabilitate them.

Key Words: Life imprisonment, right to hope, aims of punishment, rehabilitation, execution.

GİRİŞ

Adalet Bakanlığının (Bakanlık) verilerine göre ülkemizde 1 Haziran 2023 tarihi itibarıyla 282 kapalı ceza infaz kurumu, 93 müstakil açık ceza infaz kurumu, 4 çocuk eğitim evi, 11 kadın kapalı, 8 kadın açık, 9 çocuk ve gençlik kapalı ceza infaz kurumu olmak üzere toplam 407 ceza infaz kurumu bulunmakta olup bu kurumların kapasitesi 296.202 kişiliktir[1].

2023 yılı Temmuz ayı başı itibarıyla Türkiye'deki cezaevlerinde 360.722 kişi bulunmakta olup Bakanlığın verilerine göre, bu kişilerin 321.250'si hükümlü, 39.472'si tutukludur[2]. Aynı sayının 31 Mart 2022 tarihinde 314.502 olduğu -ki bu sayıya 7242 sayılı Kanun kapsamında kalan izinli hükümlüler dâhildir- düşünüldüğünde yaklaşık 15 ay gibi bir sürede cezaevindeki kişi sayısının 46.000 kişi arttığı görülmektedir[3]. Yine verilere göre 14 Temmuz 2023 tarihi itibarıyla 150.207 kişi denetimli serbestlik uygulaması ile cezaevi dışında hükümlü sıfatıyla topluma karışmıştır[4]. Kaba bir hesapla 2023 yılı Temmuz ayı itibarıyla denetimli serbestliğe tabi hükümlüler ile hâlen cezaevinde bulunan hükümlülerin toplamı yaklaşık 471.000 kişidir.

İşbu makalenin konusu ne yukarıda sayıları arz edilen yüzbinler ne de bu yüzbinler içinde azınlıkta kalan ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ile mahkûm edilenlerdir. Bu makale ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ile mahkûm edilip işledikleri suçların niteliği ve mevzuat nedeniyle yaşamları boyunca bir daha cezaevinden çıkma ihtimali bulunmayan hükümlüler ve bu hükümlüler hakkında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM ya da Mahkeme) tarafından daha sık gündeme getirilmeye başlanan "umut hakkı" -ya da "umut etme hakkı"- kavramıdır.

I. CEZANIN AMACI

Temelde sadece şartlı tahliye imkânı bulunmayan müebbet hapis cezası mahkûmları yönünden gündeme gelecek ise de aslında tüm hükümlülerin bir salıverilme ya da tahliye olmak ihtimaline sahip olması anlamına gelen "umut hakkı" kavramının güncel tartışmalarına geçmeden önce hakkın ele alınmasında önemli bir başlık olan "ceza" ve "infaz" kavramlarına değinmek yerinde olacaktır. Zira kavramı konu edinen kararlar ve bilimsel çalışmalar

1 T. C. Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkif Evleri Genel Müdürlüğü, https://cte.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/cik-genel-bilgi (Erişim Tarihi: 28/8/2023).

2 T. C. Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkif Evleri Genel Müdürlüğü, https://cte.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/6072023083929istatistik-1.pdf (Erişim Tarihi: 28/8/2023).

3 T. C. Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkif Evleri Genel Müdürlüğü, https://cte.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/istatistik/istatistik-1.pdf (Erişim Tarihi: 28/8/2023).

4 UYAP İstatistik Bilgi Sistemi, https://istatistikler.uyap.gov.tr/ (Erişim Tarihi: 29/8/2023).

temelde ceza ve infaz kavramları ve bunların amaçları üzerinde durmakta, daha sonra hak ile bu amaçlar arasındaki ilişkiden hareketle bir sonuca ulaşmaktadır.

Kurallar kişilerin dış dünya ile olan ilişkisini düzenlemektedir. Kimi yazarlar kuralların toplumsal yaşantının bir gereği olduğunu ileri sürmekte ise de kişinin tek başına olduğu manevi dünyasında "Tanrı" (ya da vicdan) ile arasında da birtakım kurallara tabi olduğu düşünüldüğünde kuralların toplumsal yaşamın değil bireyin yaşamının bir gereği olduğunu söylemek daha yerindedir. Söz konusu kurallar meşruiyetini ahlak, din, etik ve hukuk gibi değerlerden almakta, kendisine uyulması beklenen bu kuralların çeşitli yaptırımlara bağlandığı görülmüştür

Tarihsel süreçte bazen toplumdan dışlanma bazen aforoz şeklindeki yaptırımlar pek etkili görülmemiş, daha sonraları kişinin bedeni ve fiziksel özgürlüğü üzerinde sonuçlar doğuran yaptırımlar tercih edilmeye başlanmıştır. Bu gelişmeleri ve cezalandırma süreçlerini dört kaba başlıkta incelemek mümkündür. Buna göre *bireysel intikam dönemi* de denilen ilk dönemde insanlar üstlerinde bir otoritenin bulunmaması ve bireyler arasındaki adaletin bu yolla temin edilememesi üzerine kendilerine yönelen eylemlerin cezalandırmasını yine bizzat kendileri (ya da bağlı oldukları grup) tarafından gerçekleştirmişlerdir. Bu dönemde genelde suç ile ceza arasında orantılılık gözetilmemiş ancak ileriki dönemde kısasa kısas ilkesi uyarınca nispeten bu eksikliğin giderilmesi amaçlanmıştır. İkinci dönemde bu cezalandırma yetkisinin bireylerden tanrıya ya da tanrının dünyadaki temsilcisine geçtiği kabul edilerek *tanrısal intikam dönemi* yaşanmıştır. İnsan haklarının yavaş yavaş gelişmesiyle birlikte idam cezası gibi cezalandırma yöntemlerinden vazgeçilen *insani dönemi*, salt karşılığını ödetme amacından daha çok suçlu ile kamu arasında bir bağ kurularak iki tarafın da bir kısım haklarının gözetildiği, kişinin tekrar sağlıklı birey olarak kamuya katılımını amaçlayan *çağdaş dönem* takip etmiştir[5].

Söz konusu süreçler aslında cezalandırmanın niteliğine ilişkin bir açıklama getirmektedir. Konumuz açısından bu süreçlerden daha çok cezanın amacı önem arz etmektedir. Tarih boyunca iktidarların ya da cezalandırma yetkisini elinde bulunduranların bunu hangi amaçlarla kullandıkları değişmektedir. Söz konusu amaçları ele alan teorilerden ilki müeyyidenin uygulanmasını tek başına yeterli bir amaç kabul eden *mutlak teorilerdir.* Buna göre ceza ve cezalandırma aslında salt işlenen suç niteliğindeki fiilin karşılığıdır. Teoriye göre adalet kavramı herkes ve her şeyden üstündür. Bu nedenledir ki adalete zarar veren kişilere uygulanacak yaptırım bir araç değil amaçtır[6]. Gerçekten

5 Demirbaş, T. (2017a). *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 601.
6 Cansu, C. (2023). *Umut Hakkı*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya: KTO Karatay Üniversitesi, s. 11.

de ilk dönemlerde yani modern cezaevi ya da infaz kurumu kavramı gelişmemişken istenmeyen eylem müsebbiplerinin cezalarının infazındaki, diğer bir deyişle iktidar sahiplerinin bu kişilere fenalığı ya da müeyyideyi uygulamasındaki, temel amaç salt ilgililerin cezalandırılmasıdır. Bu şekilde zedelenen adalet duygusunun yeniden temin edildiği değerlendirilmiştir. Mutlak teori adalet duygusunun onarılmasına ilişkin yöntem yönünden iki farklı alt teori içerir. Mutlak teori içinde ele alınan *kefaret teorisine* göre bireyin suç teşkil eden eyleminin cezalandırılması aslında yapılan kötülüğün karşılığının çekilmesinden ibarettir[7]. Bu teori cezalandırmanın sadece geçmişte işlenen fiiller yönünden bir amaca sahip olduğu, henüz işlenmemiş eylemlere yönelik bir değerlendirme içermediği için eleştirilmiştir. Bazı yazarlara göre söz konusu suç teşkil eden fiil aslında devletin egemenlik yetkisine yönelmektedir ve devlet söz konusu kötülüğün karşılığını ödetmelidir[8]. Mutlak teoriler altında ele alınan diğer teori olan *adalet teorisi* ise ceza verilmesinin bir amaca yönelik olmadığını salt adalet düşüncesinin gerçekleştirilmesinin amaçlandığını kabul eder. Buna göre adaletin temini için ceza verilmesi gerekir. Görüş ile benzer şekilde Kant'a göre, devlet ve toplum sona erse bile, toplum dağılmadan önce cezaevindeki son katil de asılmalıdır. Hegel'e göre ise ceza, hukukun inkârının inkârıdır. İhlal edilen hakkı tekrar tesis edecek olan cezanın çekilmesiyle kefaret ödenmiş olur[9].

Nispi Ceza Teorisi ise özetle cezalandırmanın amacının salt karşılığını ödetme yani kefaret olmaması gerektiğini, bunun yanında kişiler üzerinde söz konusu kuralın ihlaline yönelik olarak caydırıcılık etkisini de muhafaza etmesi gerektiğini ifade etmektedir[10]. Nispi ceza teorisi kapsamında ele alınan *özel önleme teorisi*ne ilişkin olarak Liszt üç duruma işaret eder: Özel önleme (i) failleri tecrit ederek toplumun korunması, failin (ii) gerek aynı kurala (iii) gerekse benzer diğer kurallara karşı farkındalığının artması ile bunları çiğnemekten kaçınmasının sağlanması. Bu şekilde ıslahı mümkün kişileri ıslah etme, tesadüfi suçluları ürkütme ve ıslahı mümkün olmayan suçluların izolasyonu ile zararsızlaştırılması sağlanmış olacaktır[11]. Burada caydırıcılığın suçu işleyen üzerindeki etkisine önem verildiği, failin kurallara karşı farkındalığının artırılmasının amaçlandığı görülmektedir.

Nispi teorilerden *genel önleme teorisi* ise cezanın amacının ne kefaret ne de fail üzerindeki etkisi olduğunu, temel amacın ve korunan değerin toplum ve

7 Centel, N. (2001). Cezanın Amacı ve Belirlenmesi, içinde *Prof.Dr. Turhan Tufan Yüce'ye Armağan*, İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, s. 337-338.

8 Erem, F. (1985). *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Cilt II*, Ankara: Seçkin Yayınevi, s. 158'den Aktaran Tokgöz, H. B. (2020). "Cezalandırmanın Amacı ve Bu Bağlamda Ütopyalar Üzerine Bir Değerlendirme", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 22., S. 1., s. 443.

9 Centel, N. (2001). s. 338.

10 Cansu, C. (2023). s. 14.

11 Centel, N. (2001). s. 341.

toplumsal yaşam olduğunu belirtmektedir. Bunun sağlanması için suçun failinin değil potansiyel faillerin kurala ve müeyyideye farkındalığının sağlanması için cezaların ağır ve şiddetli olması gerekir. Bu teori yönünden temel amacın suçun işlenmesinin önlenmesi olduğundan kefaret teorisinden ayrılarak ceza hukukunun koruma ve önleme görevine odaklanır[12].

Teorilerde değinilen kuralı çiğneyen kişilerin cezalandırılması ve toplumun bu kişilerden korunması ya da kurala yönelik farkındalığın artırılması fikri daha sonraları daha insancıl bir amaca yani faillerin ıslahı ile topluma entegre edilmesi fikrine evrilmiştir. Modern devletlerde kabul gören "*karma teori*" mutlak teoriler benimsendiğinde, katı ve amaçsız cezalar verilmesi; nispi teoriler benimsendiğinde ise orantısız ceza verilmesi ya da henüz işlenmemiş suçların da cezalandırılması tehlikesi doğabileceğini ifade edilerek hem cezalandırmanın kefaret amacının gerçekleştirilmesi hem de cezanın insanileşmesi amacını gütmektedir[13]. Sadece amacın değil cezanın şeklinin de insancıl olması gerektiğini ifade eden *Beccaria'*ya göre cezaların oranları ve onların uygulanma yöntemleri öyle seçilmelidir ki bunlar insanların ruhları, zihinleri üzerinde kalıcı ama suçu işleyenin bedeni üzerinde en az iz bırakacak şekilde olmalıdır[14]. Bu kapsamda infazın şekli de paralel şekilde kişilerin salt bedensel ve ruhsal açıdan acı çektirilmesinden, kişilerin toplumdan izole edilerek pişmanlıklarının sağlanması amacına yönelmiştir.

II. İNFAZIN AMACI

İster mutlak ister nispi isterse günümüzdeki hâliyle karma teori benimsenmiş olsun, bu teorilerin amaçlarının gerçekleştirilmesi için salt ceza verilmesi değil bu cezaların infazının da önem arz ettiği sabittir. Her ne kadar tarihsel süreç içerisinde cezalandırmanın amacı değişmekte ise de bu kurumun devletin mevcudiyet amaçlarından biri olduğu[15], devletin sürekliliği ve kamu düzeni ile refahının temini kurallara riayetin sağlanması gerektiği sabittir. Çünkü toplumun devamı için ortak kurallara riayet zorunluluktur[16]. Bu durum salt fail yönünden yaptırıma hükmedilmesi ile sağlanamaz. Bunun aynı zamanda infazı da gerekir.

İnfaz sözlükte bir kararı, bir yargıyı yerine getirme; uygulama, yürütüm olarak tanımlanmıştır[17]. Alman hukukunda bir normun ihlali sebebiyle, dar anlamda istenmeyen bir davranışa karşı bilinçli bir acının olumsuz bir tepki

12 a.g.e. s.341.
13 Tokgöz, H. B. (2020). s. 441-452.
14 Beccaria, C. (2004). *Suçlar ve Cezalar Hakkında*, Selçuk, S. (Çev.), Ankara: İmge Kitabevi, s. 70.
15 Özgenç, İ. (2021). *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara: Seçkin Yayınevi, s. 52.
16 Özbek, V. Ö., Doğan, K. ve Bacaksız, P. (2020). *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 43.
17 www.sozluk.gov.tr (Erişim Tarihi: 25/12/2023).

olarak uygulanması[18] anlamına gelen infaz Demirbaş tarafından devletin kişinin istenmeyen bir eylemi nedeniyle fiziksel ya da manevi acı çekeceği bir fenalığın uygulanması olarak tanımlanmıştır[19]. Ceza hukukunda ise infaz ceza veya güvenlik tedbiri içeren bir hükmün kural olarak kesinleşmesinden ceza ve güvenlik tedbirinin sona ermesine kadar olan süreci ifade eder[20].

Cezanın amacı ile yakından ilişkili olan infaz da kendi özel amaçlarını içerir. Cezanın amaçları kapsamında ele alınan mutlak teoriler infazda temelde "cezalandırma" amacına dikkat çeker. Nispi teoriler başlığında ele alınan özel ve genel önleme teorileri ise infazın "önleme" amacına odaklanır.

Konuya ilişkin olarak Özbek'e göre genel önleme, suç teşkil eden fiile toplumu ve potansiyel faillerin farkındalığının artırılarak caydırıcılığın teminini sağlamaktır[21]. Özel önleme ise failin ıslah edilerek zararsız hâle getirilmesini hedefler[22]. Failin yeniden toplum kazandırılması amacına yönelik olarak pozitif özel önleme, toplumun suçtan korunması ise negatif özel önleme olarak nitelendirilebilir[23]. Temelde pozitif özel önleme cezanın amaçlarından karma teori tarafından ortaya konulan ıslah amacına işaret etmektedir ki bu aslında onarıcı adalet anlayışının da bir gereğidir[24]. Cezanın amaçlarına ilişkin failin ıslahı ile topluma sağlıklı birey olarak katılmasını öngören karma teori ile paralel şekilde çağdaş hukuk düzenlerinde hükümlülerin birtakım haklarının bulunduğu ve iktidarın bu yönde yükümlülük altına girdiği şeklindeki anlayış ağırlık kazanmıştır. Buna göre devlet sadece faili cezalandırmayacak, faili ya da toplumu yeni işlenecek suçlardan korumayacak aynı zaman suçu işleyen failin eğitilmesi ve ıslahı ile topluma faydalı birey olarak katılması için gerekli önlemleri alacaktır. Bu nedenle kısaca cezanın infaz edilmesi yönünden gözetilen amaçlar (i) ödetme, (ii) önleme (negatif özel önleme ve genel önleme) ve (iii) ıslah yoluyla topluma yeniden kazandırma (pozitif özel önleme) şeklinde özetlenebilir[25].

Suç işleyen kişinin ıslah edilebileceğine ya da edilmesi gerektiğine ilişkin görüşün ağırlık kazanmasıyla birlikte devlete bu kişiler yönünden birtakım yükümlülükler yüklenmiş, bunun paralelinde bu kişiler yönünden birtakım haklar tanınmıştır. Bu kapsamda *doğal sınırlama teorisi* yani hükümlünün temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının hürriyeti bağlayıcı cezanın

18 Akkaya, Ç. (2020). *Açıklamalı ve İçtihatlı Cezaların İnfazı ve İnfaz Hukuku*, 7. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, s. 19.
19 Demirbaş, T. (2017b). *İnfaz Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 41.
20 Özgenç, İ. (2021). s. 843.
21 Özbek, V. Ö. (2021). *İnfaz Hukuku*, 13. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 43.
22 Özgenç, İ. ve Şahin, C. (Ed.). (2021). *İnfaz Hukuku*, 4. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 15.
23 Özbek V. Ö. (2020). s. 44.
24 Aras, B. (2022). "İnfaz Hukukuna Hâkim Olan İlkeler Işığında İnfaz Hâkimliklerinin Görev ve Yetkileri", *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 17., S. 2., s. 408.
25 Artuk, M. E., Gökçen, A., Alşahin, M. E. ve Çakır, K. (2022) *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara: Adalet Yayınevi, s. 45.

doğasında olduğunu kabul eden anlayışın aksine -hükümlünün temel hak süjesi olabileceğine ilişkin olarak- ilk defa defa 19'uncu yüzyılın sonlarına doğru *Wahlberg* tarafından dile getirilen ve daha sonra *Berthold Freudenthal* tarafından geliştirilen görüşe göre devletin fiziksel özgürlüğünden yoksun ettiği kişiler her ne kadar devletle aralarındaki sözleşmeye uymamış iseler de talep edebilecekleri hakları bulunmaktadır. Yani salt suç teşkil eden fiili gerçekleştirmeleri onların doğal sınırlama teorisindeki gibi tüm haklarından yoksun bırakılmalarını gerektirmez[26]. Bu görüşteki temel gerekçe kişilerin tüm haklarından arınmış şekilde cezalarının infazı hâlinde insanlık onuruna aykırı infaza sebebiyet verileceği, infazın amaçlarının gerçekleştirilemeyeceği, kişinin ıslahının sağlanamayacağıdır.

İnfazın amacındaki değişikliğe dikkat çeken en önemli belgelerden biri Alman Federal Mahkemesinin 1973 tarihli *Lebach* kararıdır. Bu kararda Federal Mahkeme gerçekleştirilen ya da gerçekleştirilecek infazın amacının hükümlü yönünden sorumlu yaşamı temin edecek yetenek ve irade kazandırması, yeniden sosyalleşmeyi sağlaması olduğu ifade etmiştir[27].

Lebach kararı ile yakın tarihlerde Anayasa Mahkememiz de 9 Mart 1971 tarihli 4230 sayılı kararı ile Alman Federal Mahkemesine benzer şekilde çağdaş ceza infaz hukukunda eski ve katı cezalandırma düzeninden uzaklaşılarak hem adalet duygusunu tatmin etme hem de suçluyu ıslah etme ve tekrar suç işlemesini engelleyerek toplumu suçtan ve suçludan koruma amacı güdülmesi gerektiğini ifade etmiştir[28].

AİHM tarafından da söz konusu doğal sınırlama teorisinden ayrılışın ilk emareleri 1975 yılında *Golder/Birleşik Krallık*[29] kararında gösterilmiştir. Bu kapsamda hükümlünün ya da tutuklunun avukat yardımından yararlanma amacıyla vekili ile yaptığı veya yapacağı yazışmaların denetlenmesinin/engellenmesinin demokratik toplumda gerekli olmadığına karar verilmiş ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin (Sözleşme ya da AİHS) 8'inci maddesinde öngörülen "Özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı" bağlamında ihlal sonucuna ulaşılmıştır. *Campell ve Fell/Birleşik Krallık*[30] başvurusuna konu hükümlü başvuranların haklarında işletilen disiplin sürecine ilişkin incelemede AİHM, *Golder* kararında da ifade ettiği gibi adaletin hapishane kapısında durmayacağına, gerekli ve zorunlu hâller dışında mahkûmların 6'ncı maddenin güvencelerinden mahrum bırakılamayacağına dikkat çekmiştir. Söz konusu kararda açıkça *Golder* kararına atıf yapılması hükümlülerin hak süjesi olacaklarına ilişkin kabulün artık yerleşik hâle geldiği sonucunu doğurmaktadır.

26 Demirbaş T. (2017b). s. 47.
27 a.g.e. s. 43.
28 a.g.e. s. 69-70.
29 *Golder/Birleşik Krallık*, B. No: 4451/70, 21/2/1975.
30 *Campell ve Fell/Birleşik Krallık*, B. No: 7819/77 ve 7878/77, 28/6/1984.

Nitekim bu görüşün sonucu olarak Avrupa Konseyi çatısı altındaki ülkelere hitaben cezaevlerinde uygulanması gereken asgari standartlara ilişkin ortaya konulan tavsiyeleri içerir (1987 ve 2006 tarihli) Avrupa Cezaevi Kurallarında yer verildiği üzere *"Özgürlüğünden yoksun bırakılan kişiler, kendileri hakkındaki mahkûmiyet veya tutuklama kararı ile hukuken ellerinden alınmayan tüm haklarını muhafaza ederler."* ve *"Özgürlüğünden yoksun bırakılan kişilere getirilen kısıtlamalar, gereken asgarî düzeyde ve haklarında hükmedilen kararın meşru amacıyla orantılı olmalıdır."*[31]

Söz konusu Avrupa Konseyi tarafından sunulan tavsiye kararında ifadesi geçen *"haklarında hükmedilen kararın meşru amaçları"* hususu aslında temel olarak cezalandırmanın amaçlarına işaret etmektedir. Bu amaçlar süreli hapis cezalarının yanı sıra müebbet hapis cezalarında da geçerli olup müebbet hapis cezasının lehinde ve aleyhinde yapılan eleştirilerin de temelini oluşturmaktadır. Bir kısma göre özellikle ölüm cezasının kaldırılması sonrası kişiler yönünden cezalandırmanın amaçlarını gerçekleştirebilecek en önemli silah ya da caydırma amacı müebbet hapis cezasıdır. Toplum açısından tehlikeli olan kişinin izole edilmesi (negatif özel önleme) yani cezalandırmanın etkisizleştirme amacının yanı sıra potansiyel faillerin caydırılması ve toplum nezdinde kurala yönelik farkındalığın sağlanması (negatif ve pozitif genel önleme) suretiyle cezalandırmanın caydırıcılık amacı için bu ceza türü elzemdir.

Müebbet hapis cezasına karşı çıkanlar yönünden ise yukarıda lehtarların kullandığı yolu -cezalandırmanın meşru amacı- kullanılmasına rağmen farklı sonuca ulaşılmakta, müebbet hapsin cezalandırmanın meşru amaçlarını gerçekleştirme bakımından elverişli olmadığına değinilmektedir. Zira bu ceza kişiler yönünden pozitif özel önleme amacını dışlayarak ıslah edilemez ve yeniden topluma karışmasına izin verilemez bir uygulama ya da infaz şekli öngörmektedir. Ayrıca müebbet hapis cezası aleyhine cezanın bireyselleştirilmesine engel teşkil ettiği, cezanın suçtan daha çok suçlunun yaşam süresi ile bağlantılı olması nedeniyle eşitlik ilkesine aykırı olduğu iddiaları mevcuttur. Zira yaşları farklı olan iki sanığın koşullu salıverme imkânından yararlanma imkânı bulunmayan bir suçtan hüküm giymeleri hâlinde cezaevinde geçirecekleri sürenin de farklı olması hasebiyle cezalandırma kararı ve şekli kişiler ve toplum nezdindeki adalet duygusuna zarar verebilecektir. Bu farklılık objektif kriter olarak kabul edilebilecek suçtan (ya da suçun işleniş şeklinden) değil subjektif nitelikteki hükümlünün yaşından kaynaklanmakta olup bu durum eşitlik ilkesi yönünden birtakım kusurlar barındırmaktadır. Son olarak müebbet hapis cezasının, kaldırılan idamın yani biyolojik ölümün yerine cezaevinde ölünceye kadar tutulmayı yani medeni ölümü temsil ettiği, bun-

31 Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, Bakanlar Komitesi'nin Avrupa Cezaevi Kurallarına Dair Üye Devletlere Rec(2006)2-rev Sayılı Tavsiye Kararı, 1/7/2020, s. 3. https://rm.coe.int/cm-revision-of-epr-01072020-tr/1680a09978 (Erişim Tarihi: 30/11/2023).

ların aslında sonuçlarının aynı olduğu iddiası ile bu cezanın insan onuruna aykırı olduğu iddiaları da dikkate alınması gereken hususlardır[32].

Kanaatimizce daha ileride bahsedileceği üzere müebbet hapis cezasının kaldırılması da tahliye imkânı sunulmaksızın uygulanması da aşırıya kaçan görüşlerdir. Çünkü cezalandırmanın amaçları değişmez unsurlar değildir. Cezalandırmanın başlangıcında güdülen temel amaç olan ve ağır basan cezalandırma ile kamunun korunması amacı, cezalandırmanın ilerleyen safhalarında zayıflayabilir. Cezalandırmanın ilk aşamasında daha arka planda kalan "ıslah" ise daha sonraki dönemlerde kişinin göstereceği gelişme ile temel amaç hâline gelebilir. Bu nedenle müebbet hapis cezasının kaldırılmasına ilişkin toptancı yaklaşımın da müebbet hapis cezasının tahliye edilemez hâliyle uygulanması gerektiğini ileri süren güvenlikçi yaklaşımın da tek başına egemen kılınması insan haklarının ve insanın onurlu bir varlık olduğu hümanist yaklaşımın önünde engel oluşturacaktır. *Demirbaş* da cezalandırmanın hükümlülerin işledikleri suç karşılığı özgürlüklerinin kısıtlanması suretiyle hem toplumun korunması hem de hükümlülerin toplum içinde tekrar suç işlemelerinin önüne geçecek surette ıslah edilmeleri açısından gerekli olduğunu ifade etmektedir[33].

Avrupa Konseyi nezdinde de değişen anlayış doğrultusunda ömür boyu hapis cezası hükümlülerine ilişkin olarak infazın sadece cezalandırma ya da önleme amacı dışında bu kişilerin hak sahibi oldukları ve bu yolla infazlarının amaçlandığı birtakım ilkeler benimsenmiştir. 2006 yılında Bakanlar Komitesi'nin infaz alanında aldığı R (2003) 23 sayılı tavsiye kararında[34] ömür boyu hapis cezasını infaz etmekte olan kişiler yönünden mahkûmların başarılı bir şekilde toplumla bütünleşmelerini sağlamak ve tahliyelerinden sonra yasalara uyarak yaşama olasılıklarını artırmak ve geliştirmek amacıyla bağlantılı olarak belirlenen ilkelere göre;

- Ömür boyu hapis ve uzun süreli mahkûmların farklı kişisel özellikleri dikkate alınmalı ve cezalar uygulanırken kişisel planlar yapılmalıdır (kişiselleştirme ilkesi).
- Cezaevi yaşamı, toplum içindeki hayatın gerçeklerine mümkün olduğunca yakın olacak şekilde düzenlenmelidir (normalleştirme ilkesi).
- Mahkûmlara, günlük cezaevi yaşamında bireysel sorumluluk alma olanağı sağlanmalıdır (sorumluluk ilkesi).

32 Taşkın, O. E. (2014). "AİHM Kararları Işığında Müebbet Hapis Cezasının Bugünü ve Geleceği", *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 9., S. 123., s. 75-81.

33 Demirbaş, T. (2017b) s. 17.

34 Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi. (2003), R (2003) 23 Sayılı Tavsiye Kararına Ek, 9/10/2003, s. 36.
https://cte.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/1982019151705tavsiye_kararlari.pdf (Erişim Tarihi: 29/11/2023).

- Ömür boyu hapis ve uzun süreli mahkûmların, dış toplum, kendileri, diğer mahkûmlar ve cezaevinde çalışan ya da ziyarete gelen kişiler açısından teşkil ettikleri riskler arasında açık bir ayrım yapılmalıdır (güvenlik ve emniyet ilkesi).
- Ömür boyu hapis ve uzun süreli mahkûmlar arasında salt cezaları nedeniyle ayrım yapılmamalıdır (ayrımcılık yapmama ilkesi).
- Ömür boyu hapis ve uzun süreli mahkûmların cezalarının yönetilmesi için yapılacak olan kişisel planlama, cezaevi sistemi içinde tedrici ilerleme sağlamayı hedeflemelidir (tedrici ilerleme ilkesi).

Sabittir ki salt infazın amaçlarının belirlenmesi bu amaçların gerçekleştirilmesi için yeterli değildir. Önem arz eden bir diğer mesele de infaz sırasında hangi kriterlere uyulması gerektiğinin tespitidir. Bu hususta temel olarak altı başlıkta inceleme yapılabilir.

İnfazda kanunilik ilkesine hukukumuz yönünden kaynağını Anayasa'nın 38'inci maddesinden alır. Buna göre "*Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılamaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez.*". Şöyle ki infaz temelde kişinin hak ve hürriyetleri yönünden bir sınırlandırma sebebidir ve Anayasa'nın 13'üncü maddesinde de belirtildiği üzere *"Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir."*. Bu nedenledir ki infazın temeli kanuna dayanmalıdır. Anayasa Mahkemesinin de birçok kararında belirttiği üzere[35] idarenin düzenleyici işlemleri ile temel hak ver hürriyetlerin sınırlanması mümkün olmayıp sadece kapsam ve koşulları kanunca belirtilen ve kanun koyucu tarafından açıkça düzenleme yapılamayacağına ilişkin kural bulunmayan durumlarda idarenin sınırlı şekilde düzenleme yapabileceği kabul edilmektedir[36].

İnfazda kesintisizlik ilkesi hukukumuzda istisnai olarak düzenlenen erteleme gibi hâller dışında infazın başlangıcından sona ermesine kadar ara verilmemesini ifade eder. *İnfazda gizlilikten kaçınma ilkesi* ise cezanın infazında aleniyetin sağlanması, bireyin tutma koşulları, yeri ve süresi gibi durumların bilinebilir olmasını gerektirir[37].

Eşitlik ilkesi temelde infaza ilişkin kuralların kişilerin ırk, dil, din, mezhep, milliyet, renk, cinsiyet, doğum, felsefi inanç, millî veya sosyal köken ve siyasi veya diğer fikir yahut düşünceleri ile ekonomik güçleri ve diğer toplumsal

35 *Tuğba Arslan*, B. No: 2014/256, 25/6/2014.
36 Akbulut, B., Demirkol, N. ve Turan, T. Y. (2021), *İnfaz Hukuku*, Ankara: Adalet Yayınevi, s. 52-53.
37 a.g.e. s. 52-53.

konumları yönünden ayırım yapılmaksızın ve hiçbir kimseye ayrıcalık tanınmaksızın uygulanmasını amaçlamaktadır.

İnfazın bireyselleştirilmesi failin geçmişi, suçluluk nedenleri, suç sicili, fizik yeteneği ve ruhsal yapısı, kişisel doğası, arz edebileceği tehlike hâlleri, hapis cezasının süresi, salıverildikten sonraki beklentisi dikkate alınarak, toplumun hukuka uygun hareket eden ve üretken bir üyesi olarak yaşamını sürdürmesini sağlayacak ve bireysel ihtiyaçlarına uygun bir biçimde iyileştirme programları uygulanması anlamına gelir. Burada temel nokta bireyin ıslahında kişisel özelliklerinin göz önünde bulundurulmasıdır.

İnsan onuruna uygun infaz ilkesi ise temelde bu çalışmanın konusunu teşkil eden umut hakkı ile yakından ilişkilidir. Anayasa'nın 17'nci maddesinde "*Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz*." şeklinde düzenlenen ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un (5275 sayılı Kanun) 2'nci maddesinde "*Ceza ve güvenlik tedbirlerinin infazında zalimane, insanlık dışı, aşağılayıcı ve onur kırıcı davranışlarda bulunulamaz*." şeklinde verilen bu ilke failin her ne kadar korunan bir kuralı ihmal ya da ihlal etmesi nedeniyle hüküm giyse de salt insan olması nedeniyle hükmün infazının insan onuru ile bağdaşır şekilde gerçekleştirilmesine hizmet eder. Avrupa İşkencenin Önlenmesi Komitesi (AİÖK veya CPT) gibi uluslararası organlarca da tespiti ve denetimi yapılan bu şartlardan olan hükümlülerin kendine ait bir yatağının bulunması, kişisel temizliği ve sağlığının korunması için gerekli önlemlerin alınması gibi standartlar[38] temelde insan onuruna yaraşır infazın gerekleridir.

Bu ilkelerin gözetildiği Türk infaz sisteminin düzenleyen temel kanun 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 3'üncü maddesinde ceza ve güvenlik tedbirlerinin infazı ile ulaşılmak istenilen temel amacın öncelikle genel ve özel önlemeyi sağlamak, bu maksatla hükümlünün yeniden suç işlemesini engelleyici etkenleri güçlendirmek, toplumu suça karşı korumak, hükümlünün; yeniden sosyalleşmesini teşvik etmek, üretken ve kanunlara, nizamlara ve toplumsal kurallara saygılı, sorumluluk taşıyan bir yaşam biçimine uyumunu kolaylaştırmak olduğunu ifade etmiştir. Aynı Kanun'un 6'ncı maddesinde de cezanın infazında hükümlünün iyileştirilmesi hususunda mümkün olan araç ve olanaklar kullanılacağı, cezanın infazında ve iyileştirme çabalarında kanunilik ve hukuka uygunluk ilkelerinin esas alınacağına değinilmiştir.

5275 sayılı Kanun'a paralel şekilde ve söz konusu Kanun'un tamamlayıcısı niteliğine sahip 5402 sayılı Denetimli Serbestlik Hizmetleri Kanunu'nda

38 Özen, M. (2023). *Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında İnfaz Hukuku*, 2. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, s. 33-35.

(5402 sayılı Kanun) hükümlünün ıslahını ve sosyalleşmesini temine yönelik olarak iyileşme ve rehabilitasyon (iyileştirme) gibi kavramlar birçok kez yer bulmuştur. Söz konusu mevzuatın düzenleniş biçimi dolayısıyla salt ödetme (kefaret/cezalandırma) amacının kabul görmediği, daha çok genel ve özel önleme amaçları ile ıslah amaçlarının hedeflendiği anlaşılmaktadır.

Yukarıdaki tüm açıklamalarımıza ve iyileştirme ile yeniden topluma kazandırmaya yönelik ifadeler Kanun'un lafzında bu kadar yer bulmasına rağmen bir kısım hükümlüler vardır ki bunların yeniden topluma katılmaları dolayısıyla sosyalleşmeleri mümkün değildir. Bu nedenle ilgililerin iyileşme ve rehabilitasyonları sadece ceza infaz kurumunda geçireceği süreçte kurumun esenliğini ve güvenliğini sağlamak amacıyla gerçekleştirilmektedir. Bu kişiler -ki ülkemiz yönünden 5275 sayılı Kanunun 107'nci maddesinin 16'ncı fıkrasında ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 17'nci maddesinde bahsi geçen hükümlere göre infazı gerçekleştirilen kişiler- temel olarak tehlikeli ve toplum nezdinde ağır suç failleri olup işledikleri nitelikli suçlar nedeniyle ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ile hüküm giymişler ve hayatlarının sonuna kadar cezaevinde kalacak şekilde toplumdan izole edilmişlerdir.

III. KOŞULLU SALIVERME VE AĞIRLAŞTIRILMIŞ MÜEBBET HAPİS CEZASI

Kişinin ölene kadar hapsi anlamına gelen müebbet hapis cezası –ki Türk mevzuatına göre temel olarak 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun İkinci Kitap, Dördüncü Kısım, "Devletin Güvenliğine Karşı Suçlar" başlıklı Dördüncü Bölüm, "Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar" başlıklı Beşinci Bölüm, "Milli Savunmaya Karşı Suçlar" başlıklı Altıncı Bölüm altında yer alan suçlardan birinin bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işleyenler veya 3713 sayılı Kanun'un 17'nci maddesinde yer verildiği hâli ile ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezasına mahkûm olan terör suçluları yönünden[39]- ve koşullu salıverme kurumlarının tespitinden sonra umut hakkının incelenmesine geçilecektir. Bu kapsamda kullanılan temel kavramlardan birisi olan "koşullu salıverme", hükümlünün ıslahı için belirlenen ve cezaevinde geçirmesi gereken sürenin, hükümlünün süresinden önce ıslah olması, bu pişmanlığın bir daha suç işlemeyeceği hususunda yetkili makamları ikna edecek nitelikte olması hâlinde kısaltılmasından ibarettir. Diğer bir ifade ile koşullu salıverme uygu-

39 Makalemizin bağlamından çıkmaması için 14.07.2004 tarihli ve 5218 sayılı Kanunun 1'inci maddesi ile değişik 03.08.2002 tarihli ve 4771 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanunla müebbet ağır hapis cezasına dönüştürülen terör suçluları ile ölüm cezaları ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezasına dönüştürülenler konumuz kapsamın alınmamıştır. Zira bu kişiler yönünden dönüştürülen cezaların kanuniliği yönünden tartışma mevcuttur. (bkz. Şen, E. (2021). Koşullu Salıverilmesi Yasak olan Öcalan'ın Umut Hakkı, www.hukukihaber.net (Erişim Tarihi: 25/10/2023).

lamasında, ıslah olan ya da edilen hükümlü toplumsal hayata ve özgürlüğüne yetkili makam kararı ile hakkında verilen hüküm yani cezaevinde geçirmesi gereken sürenin bitiminden evvel kavuşmaktadır. Bu kurumun infazın amaçlarından hareket edildiğinde çağdaş hukuk sitemlerinde infazın kişinin ıslahının amaçlandığı özel önleme ile yakından ilişkili olduğu açıktır[40].

Koşullu salıvermenin ilk örneğine 1800'lü yıllarda Norfolk Adası'nda rastlanmaktadır. Bu tarihlerde uygulanan infaz rejimine göre hükümlüler haklarında hükmedilen cezanın tamamını cezaevinde geçirmekte idiler. Bu infaz rejimi pek çok hükümlünün cezaevinde intiharı üzerine yeniden gözden geçirilmiştir. Tazmanya ve Güney Pasifik'teki diğer İngiliz ceza kolonilerinin yöneticisi olan *Yüzbaşı Alexander Maconochie* tarafından uygulamaya konulan yeni sistemde hükmedilen cezanın tamamı yerine hükümlünün ıslahı ve pişmanlığı sonrası yükümlülüklerini yerine getirmesi hâlinde daha erken tahliye öngörülmeye başlanmıştır. Daha sonra uygulanmaya konulan *Maconochie'*nin prosedürüne göre, mahkûmlar artan sorumluluk ve özgürlük aşamalarından geçmektedir: (1) katı hapis, (2) hükümet adına hükümlü olarak çalışma, (3) sınırlı bir alanda özgürlük, (4) şartlı afla sonuçlanan bir izin veya şartlı tahliye imkânı ve (5) özgürlüğün tam olarak geri verilmesi. Görüleceği üzere modern ıslah uygulamalarında olduğu gibi, bu prosedür de mahkûmların aşamalı olarak serbest bırakılmaya hazırlanması gerektiğini varsaymaktadır[41]. *Sir Walter Frederick Crofton* tarafından geliştirilen ve "İrlanda Sistemi" olarak adlandırılan infaz rejiminde ise cezaevi ile serbest hayat arasında bir denetim ve gözetim sistemi öngörülmüştür[42]. *Crofton* infaz rejimine bakışı ve uygulamaları nedeniyle *Alexander Maconochie*'nin ideolojik varisi olarak gösterilmektedir.

Anayasa Mahkemesi konuya ilişkin olarak koşullu salıvermede eşitsizlik iddiası yönünden gerçekleştirdiği incelemede[43] öncelikle çağdaş ceza hukukunda, ceza sistemini tamamlayan bir ceza infaz kurumu olan koşullu salıverilmenin (meşruten tahliye) 1926 yılında, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu ile hukukumuza girdiğini belirtmiş ve öğretiye atıfla bu kurumun, mahkûm edildiği hürriyeti bağlayıcı cezalardan, yasanın gösterdiği bir kısmını iyi hâl ile ve kurallara tam uyarak geçirmiş bulunan mahkûmun, konulmuş olan şartlara her bakımdan uymaması durumunda geri alınması koşuluyla mahkûmiyet süresini tamamıyla bitirmeden merciince alınacak bir kararla salıverilmesi olarak tanımlandığını ifade edilmiştir. Ek olarak belirtmek gerekir ki koşullu salıverme bir hak değil bir nevi ödüldür. Bu kapsamda Anayasa Mahkeme-

40 Akbulut, B., Demirkol, N. ve Turan, T. Y. (2021). s. 36.

41 Cole G. F., Smith C. E. ve DeJong C. (2019). *The American System of Criminal Justice,* 16. Baskı, Boston: Cengage Learning, s. 711.

42 Şimşek, F. A. (2023). *Türk Ceza Hukukunda Koşullu Salıverilme*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul: Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 17-18.

43 AYM, E.1989/35, K.1990/22, 19/7/1990.

sinin bir kararında[44] da belirtildiği üzere koşullu salıverilme, cezanın çektirilmesinin kişiselleştirilmesi, başka bir deyişle cezaevindeki tutum ve davranışlarıyla (iyi durumuyla) topluma uyum sağlayabileceği izlenimini veren hükümlünün ödüllendirilmesidir.

Bu aşamada koşullu salıvermenin ardından Türk hukukuna göre kişinin ölümüne dek hapsi sonucunu doğuran ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası dışında kalan ve koşullu salıvermenin uygulanabileceği cezai yaptırımlara değinmek yerinde olacaktır. Zira kural olarak süreli ve süresiz hapis cezalarına mahkûm edilen hükümlüler 5275 sayılı Kanunun 107'nci maddesi ile 3713 sayılı Kanun'un 17'nci maddesinin ilk fıkrası uyarınca koşullu salıverme imkânından yararlanmaktadır.

Mevzuatımızda ceza yargılaması sonrası ihlal eylemini gerçekleştiren kişiler yönünden hükmedilecek cezalar daha önceleri idam cezası, fiziksel özgürlüğü kısıtlayan cezalar ve adli para cezaları olarak ayrılmakta iken, ölüm cezası ilk olarak 3 Ağustos 2002 tarihinde 4771 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun ile "savaş ve çok yakın savaş tehdidi" hariç hâllerde kaldırılmış, 14 Temmuz 2004 tarih ve 5218 sayılı Ölüm Cezasının Kaldırılması İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun ile tamamen mülga edilmiştir. Buna paralel olarak 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 45'inci maddesinde suç karşılığında uygulanan yaptırım olarak cezaların, hapis ve adli para cezaları olduğu ifade edilmiştir.

Aynı Kanun'un 46'ncı maddesinde ise hapis cezalarının süreli hapis cezası, müebbet hapis cezası ve ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası olduğu ortaya konmuş, 47'nci maddede de makalemizin konusunu teşkil eden ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasının hükümlünün hayatı boyunca devam ettiği ve 48'inci maddede düzenlenen müebbet hapis cezasından farklı olarak 5275 sayılı Kanun'un 25'inci maddesi uyarınca ve Cumhurbaşkanı tarafından çıkarılacak yönetmelik ile belirtilen sıkı güvenlik rejimine göre çektirileceği ifade edilmiştir.

Mevzuatımıza göre hapis cezası mahkûmlarının büyük bir çoğunluğu hak ederek ya da yetkili makamlarca topluma karışmasında sakınca bulunmadığı için koşullu salıverme yoluyla özgürlüklerine kavuşmaktadır. 5275 sayılı Kanun'un 107'nci maddesinin ikinci fıkrasına göre süreli hapis cezaları ve müebbet hapis cezası mahkûmlarının yanı sıra ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına mahkûm edilmiş olanlar otuz yılını, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yanında başkaca mahkûmiyetleri bulunan kişiler yönünden yani birden fazla ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına veya ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ile müebbet hapis cezasına mahkûmiyet hâlinde otuz altı yılını cezaevinde iyi hâlli olarak geçirirse koşullu salıverilmeden yararlanabilirler.

44 AYM, E.2001/4, K.2001/332, 18/7/2001.

Hükümlü tarafından işlenen suçun niteliği bağlamında istisna olarak düzenlenen dördüncü fıkraya göre ise suç işlemek için örgüt kurmak veya yönetmek ya da örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçtan dolayı mahkûmiyet hâlinde; ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına mahkûm edilmiş olanlar otuz altı yılını infaz kurumunda çektikleri takdirde, koşullu salıverilmeden yararlanabilirler. Bu süre birden fazla ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına veya ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ile müebbet hapis cezasına mahkûmiyet hâlinde kırk yıldır.

Mevzuatımıza göre süreli hapis cezaları yönünden kural olarak koşullu salıverme kurumunun uygulanacağı kabul edilmiştir. Ancak buna gerek faillerden gerekse suçun niteliğinden doğan nedenlerle bazı istisnalar getirilmiştir. Örneğin 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 17'nci maddesi ikinci ve üçüncü fıkrasına göre tutuklu veya hükümlü iken firar veya ayaklanma suçundan mahkûm edilmiş bulunanlar ile disiplin cezası olarak üç defa hücre hapsi cezası almış olanlar, bu disiplin cezaları kaldırılmış olsa bile koşullu salıverilmeden yararlanamazlar. Failden kaynaklanan bu nedenin yanı sıra aynı maddeye göre 3713 sayılı Kanun kapsamına giren suçlardan mahkûm olanlar, hükümlerinin kesinleşme tarihinden sonra bu Kanun'un kapsamına giren bir suçu işlemeleri hâlinde, koşullu salıverilmeden yararlanamazlar.

Yine 5275 sayılı Kanun'un geçici 2'nci maddesine göre 14/7/2004 tarihli ve 5218 sayılı Kanun'un 1'inci maddesi ile değişik 3/8/2002 tarihli ve 4771 sayılı Kanun'la; ölüm cezaları, ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezasına dönüştürülen terör suçluları ile ölüm cezaları ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezasına dönüştürülen veya ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezasına mahkûm olan terör suçlularının cezalarının infazı hayatları boyunca devam eder ve bu hükümlüler 3713 sayılı Kanun'un 17'nci maddesinin son fıkrasındaki paralel hüküm gereğince koşullu salıverilme hükümlerinden yararlanamazlar. Aynı kanunun 106'ncı maddesine göre kural olarak adli para cezasından çevrilen hapsin infazı ertelenemez ve bunun infazında koşullu salıverilme hükümleri uygulanmaz.

5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 167'nci maddesine göre "Zimmet" başlıklı 60'ncı maddede yazılı suçlardan dolayı mahkûm olanlar, Fona veya Hazineye olan borçları ve tazminatları ödemediği veya bu borçlar ve tazminatlar malvarlıklarından tahsil olunamadığı sürece, bunlar hakkında koşullu salıverilme hükümleri uygulanmaz.

Yukarıda bahsi geçen istisnaların büyük kısmının süreli hapis cezalarına ilişkin olduğu gözden kaçmamalıdır. Daha önce bahsedildiği üzere süresiz hapis cezalarında da kural olarak koşullu salıverme imkânı mevcuttur. Ancak koşullu salıverme açısından kabul edilen genel uygulamanın dışında, 5275 sayılı Kanun'un 107'nci maddesinin son fıkrasına göre 5237 sayılı Kanun'un

İkinci Kitap, Dördüncü Kısım, "Devletin Güvenliğine Karşı Suçlar" başlıklı Dördüncü Bölüm, "Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar" başlıklı Beşinci Bölüm, "Milli Savunmaya Karşı Suçlar" başlıklı Altıncı Bölüm altında yer alan suçlardan birinin bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işleyenler ile 3713 sayılı Kanun'un 17'nci maddesine göre ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezasına mahkûm olan terör suçluları ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına mahkûmiyetleri hâlinde, koşullu salıverilme hükümleri uygulanmaz. Yani işledikleri nitelikli suçlar ve haklarında verilen güncel mevzuattaki en ağır cezalar nedeniyle bu kişilerin cezaevlerinden koşullu ya da hak ederek tahliye imkânları yoktur. M. Kemal Atatürk'ün 1923 yasama yılı açılışında kullandığı *"Efendiler, Cezaevleri sorunu çok önemlidir. Kişisel özgürlüğü kaldırılan vatan evladının yararlı bir eleman olarak yetiştirilmesi gerekmektedir."* ifadesinin kapsamı dışında bırakılan bu kişiler, işledikleri suçlar ve toplum nezdinde haklarında oluşan algılar nedeniyle iyileşmeleri beklenmeyen ve ıslah edilemez kabul edilerek sahipsiz bırakılmışlardır. Demirbaş'ın *Günther*'den alıntıladığı üzere bu kişiler açıklanamayan gizemli iç âlemiyle karanlık ve tehdit edici yabancı bir varlık hâline dönüşmüşlerdir[45].

IV. UMUT HAKKI KAVRAMI

Cezaevinde infazlarını çekmekte olan kişiler yönünden yaşamlarını devam ettirme nedenlerinden birisi bir gün fiziksel özgürlüklerine kavuşacaklarına olan inançlarıdır. Aksi düşüncede daha önce bahsi geçen Norfolk Adası mahkûmları gibi yaşama amaçları kaybolan hükümlüler intihar yolunu seçebilmekte, ülkemizde pek çok örneğine rastlandığı gibi cezaevi isyanları yaşanabilmektedir. Bu duruma ülkemiz yönünden af çıkmaması üzerinde 1999 yılı Ağustos ayında gerçekleşen Buca Cezaevi isyanı, 1999 yılı Aralık ayında gerçekleşen Çankırı Cezaevi isyanı örnek gösterilebilir.

Bu kapsamda AİHM nezdinde müebbet hapis cezası ile 3'üncü madde arasındaki ilişkinin ilk incelendiği kararlar 1998 yılı sonrasına denk gelir[46]. Özellikle "umut hakkı" kavramını güncel ve kabul gören hâliyle değindiği *Vinter ve diğerleri/Birleşik Krallık* kararında da belirtildiği üzere hükümlü hakkında hükmedilen cezanın verildiği zaman iç hukuka göre indirim yapılamaz olduğu durumlarda, belirsiz, gelecekteki bir tarihte, gösterdiği iyileşmeye göre serbest bırakılmasının değerlendirilmesine olanak sağlayacak bir mekanizmanın uygulanacağını bilmeden, bir mahkûmun kendi rehabilitasyonu yönünde çalışmasını beklemek tutarsız olacaktır. Bir müebbet hapis cezası mahkûmu, ceza hükmünün başlangıcında, serbest bırakılması için cezasının

45 Demirbaş, T. (2017b). s. 45.

46 Öncü, M. (2014). "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3. Maddesi ve İndirimsiz Müebbet Hapis Cezaları", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 114., s.18.

ne zaman gözden geçirileceği veya geçirilmesinin istenebileceği dâhil, hangi şartlar altında ne yapması gerektiğini bilme hakkına sahiptir[47]. Bu tutum daha önce bahsi geçen ve ülkemizin de üyesi olduğu Avrupa Konseyi çatısı altındaki ülkelere yönelik tavsiyeler içeren Avrupa Cezaevi Kurallarında da *"Mahpuslar kendileriyle ilgili tüm yasal işlemler ve eğer haklarında hüküm verilmişse, çekmeleri gereken cezanın süresi ve erken tahliye imkânları konusunda bilgilendirilmelidirler."* hükmü ile korunmaktadır[48].

Yukarıda bahsi geçen ve kalan ömürlerini cezaevinde bir daha özgür bir yaşama kavuşamayacaklarını bilerek geçirecek kişiler yönünden AİHM "umut hakkı" kavramı çerçevesinde Sözleşme'nin 3'üncü maddesi (İşkence Yasağı) yani *"Hiç kimse işkenceye veya insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele veya cezaya tabi tutulamaz"* hükmü kapsamında değerlendirmelerde bulunmaktadır. Bu madde kapsamında alt bir başlık olarak kabul edilebilecek "insanlık dışı muamele" kavramı bireyin onurlu varlık olduğu gerçeğini göz ardı edilerek zihinsel ve fiziksel acıya maruz bırakılması olarak tanımlanabilir. Bu eylem belli bir amaca yönelmemiştir ve bu nedenle "işkence" kavramından ayrılır. Bu kapsamda Mahkemenin de kabul ettiği hâliyle insanlık dışı muamele "*uygulandığı ortama göre gerekçesi bulunmayan ve kasti olarak şiddetli fiziksel veya ruhsal eziyet veren muameleyi kapsar."*[49]

Anayasa Mahkememizin "umut hakkı" kavramını değerlendirdiği bir karar mevcut olmadığından anlatımımızın bu kısmında esas olarak AİHM'in konuya ilişkin kararlarına ve değişen anlayışa değinilecektir.

AİHM'in "umut hakkı" kavramına yer verdiği *Vinter ve diğerleri/Birleşik Krallık* kararında da yer verilen ve değişen görüşü temsil eden son kararlardan olan *Kafkaris/Kıbrıs*[50] kararında koşullu salıverme ve müebbet hapis cezasına ilişkin birtakım değerlendirmelerde bulunmuştur.

Kafkaris/Kıbrıs kararının başvurucusu 1987 yılında gerçekleşen bombalı saldırı ve birden fazla adam öldürme suçunun faili olarak 1989 yılında yerel mahkeme tarafından ömür boyu hapis cezası ile cezalandırılmıştır. 1990 yılında mahkûmiyeti onanan başvurucu hakkındaki hükmün infazının dayanağı kanunun 1992 yılında Anayasa'ya aykırı olduğuna karar verilmiş, 1996 yılında da yeni bir infaz yasası yürürlüğe konulmuştur. Söz konusu tarihte geçerli olan mevzuata göre yirmi yıllık süreyle mi yoksa ömür boyu mu cezaevinde tutulmanın kastedildiği hususundaki ihtilafta yerel mahkeme, başvurucunun

47 *Vinter ve diğerleri/Birleşik Krallık*, B. No: 66069/09, 130/10 ve 3896/10, 9/7/2013.

48 Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, s. 9.

49 Altınok Villemin, D. (2014). *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında Ağırlaştırılmış Müebbet Hapis Cezalarının Kesintisiz İnfazının İşkence Yasağı Açısından İncelenmesi,* Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul: İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 15.

50 *Kafkaris/Kıbrıs*, B. No. 21906/04, 11/4/2006.

hakkındaki hüküm gereği ölene kadar cezaevinde tutulması gerektiği şeklinde yorumlama yapmıştır.

Bu sırada başvurucuya cezaevi tarafından ilk olarak iyi hâlli olması hâlinde 16 Temmuz 2002 tarihinde tahliye olabileceğine ilişkin yazılı bildirimde bulunmuş, daha sonra işlediği disiplin suçu nedeniyle bu tarih 2 Kasım 2002 tarihine ertelenmiştir. Başvurucunun ulusal yargı yollarını tüketmesi sonrası AİHM nezdinde diğer şikâyetlerinin yanı sıra işkence ve insanlık dışı muamele yasağı (3'üncü madde) şikâyetinde bulunulmuştur.

Büyük Daire[51] tarafından 12 Şubat 2008 tarihinde ele alınan başvuruda yasal değişiklikten sonra cezanın iyi hâlden salıverilmeye dair her türlü imkândan yoksun müebbet zorunlu hapis cezasına dönüşmesi nedeniyle insanlık dışı muamele yasağı yönünden ihlalin bulunmadığına karar verilmiştir.

Ancak kararda bulunan ve konuya ilişkin uluslararası belgelerin koşullu salıverme olmaksızın ömür boyu hapis cezasına yaklaşımı önem arz etmektedir. Bunlardan en barizi uzun süreli mahkûmlara ilişkin olarak Bakanlar Komitesi tarafından 17 Şubat 1976 tarihinde kabul edilen Karar 2 (76)'ye ait alt komitenin görüşüdür[52].

Alt Komiteye göre bir kişinin tahliye ümidi olmaksızın müebbet hapis cezası ile hapsedilmesi insanlık dışıdır. Artık toplum için bir tehlike oluşturmadığı hâlde bir mahkûmu ömür boyu tutmayı kabul eden bir suç önleme politikası, ne mahkûmların cezalarının infazına ilişkin modern ilkelerle ne de suçluların toplumla yeniden bütünleşmeleri fikriyle bağdaşabilir. Kimse olası salıverilme imkânından mahrum bırakılmamalıdır. Bu imkânın gerçekleşmesi bireysel gelişim ve iyileşme sürecine bağlı olmalıdır.

Yine kararda atıf yapılan Bakanlar Komitesi'nin 30 Eylül 1999 tarihli R (99) 22 sayılı tavsiye kararında[53] da şartlı tahliyenin, yalnızca hapiste geçen infaz süresini kısaltmakla kalmayan, aynı zamanda suçlunun topluma planlı bir şekilde geri dönmesine de önemli ölçüde katkıda bulunan en etkili ve yapıcı tedbirlerden biri olarak görülmesi gerektiği ifade edilmiştir. Bu görüş 24 Eylül 2003 yılında alınan Rec (2003) 22 kararı[54] ile korunmuş, şartlı salıvermenin yeniden suç işlemeyi önlemenin ve topluma yeniden karışabilmeyi sağlamanın en etkili ve yapıcı yollarından biri olduğu kabul edilerek, hükümlüye planlı, yardımlı ve denetimli olarak toplumla yeniden bütünleşme olanağı sağlayacağına dikkat çekilmiştir.

Kafkaris/Kıbrıs kararında ayrıca Uluslararası Ceza Mahkemesinin infaz sistemine atıfla, işlenen suç sebebiyle ömür boyu hapis cezası alanlar yönünden

51 *Kafkaris/Kıbrıs* [BD], B. No: 21906/04, 12/2/2008, §§ 100-108.
52 Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, https://rm.coe.int/16804f2385 (Erişim Tarihi: 8/12/2023).
53 Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, https://rm.coe.int/168070c8ad (Erişim Tarihi: 8/12/2023).
54 Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, https://rm.coe.int/16800ccb5d (Erişim Tarihi: 8/12/2023).

25 yıllık infazın tamamlanması ile Mahkeme tarafından infazın yeniden gözden geçirilebileceği hususuna değinilmiştir. Söz konusu Mahkemenin Roma Statüsü'ne göre soykırım, insanlığa karşı suçlar, savaş suçları ve saldırı suçu gibi suçlar yönünden yargı yetkisi bulunduğu ve bu suçlardan suçun niteliği ya da failin özellikleri itibarıyla ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası alan hükümlülerin dahi 25 yıllık infazdan sonra tahliye imkânına -en azından gözden geçirilmesi imkânına- kavuşabileceği üzerinde durulması gereken bir diğer meseledir.

AİHM, yukarıda bahsi geçen uluslararası belgeleri de göz önünde bulundurarak yaptığı değerlendirmede Sözleşme'nin 3'üncü maddesinin koşullara ve mağdurun davranışına bakılmaksızın işkenceyi veya insanlık dışı veya aşağılayıcı muameleyi veya cezayı yasakladığını ancak bu kapsamdaki kötü muamelenin belirli bir ağırlık düzeyine ulaşması gerektiğini ifade etmiştir. Bu asgari seviyenin değerlendirilmesi ise görecelidir ve muamelenin süresi, fiziksel ve/veya zihinsel etkileri ve bazı durumlarda mağdurun cinsiyeti, yaşı ve sağlık durumu gibi davanın tüm koşullarına bağlıdır. Mahkeme söz konusu şartlar gözetilerek önceden tasarlanarak durmaksızın saatlerce uygulanan ve bedensel yaralanmaya ya da yoğun fiziksel ya da zihinsel acı çekmeye neden olan bir muamelenin "insanlık dışı" bir muamele olduğuna dikkat çekmiştir[55].

AİHM daha önce verdiği kararlara[56] atıfla yetişkin bir bireye ömür boyu hapis cezası verilmesinin tek başına Sözleşme'nin 3'üncü maddesi ile çatışmayacağını hatırlatmıştır. Bununla birlikte Mahkeme aynı zamanda diğer kararlarında[57] da belirttiği üzere müebbet hapis cezasının tahliye imkânından yoksun olarak uygulanmasının gerektiği durumlarda Sözleşme'nin 3'üncü maddesine göre sorun ortaya çıkabileceğini de kabul etmektedir. Bu durumda Mahkemece yapılacak olan müebbet hapis cezasına çarptırılmış bir mahkûmun tahliye edilme ihtimalinin olup olmadığını tespit etmektedir. Mahkemenin bu konudaki yerleşik içtihatlarına göre müebbet hapis cezasının hafifletilmesi, kaldırılması, sona erdirilmesi veya mahkûmun şartlı tahliyesi amacıyla gözden geçirilmesine imkân tanıması hâlinde 3'üncü maddeye aykırılık doğmayacaktır. Buna göre müebbet hapis cezasının asgari süresinin dolmasından sonra şartlı tahliye amacıyla tutukluluğun gözden geçirilebildiği durumlarda, söz konusu müebbet hapis mahkûmlarının tahliye umudundan mahrum bırakıldıklarının söylenemeyeceğine karar vermiştir. Mahkeme, müebbet hapis cezasının asgari süresinin bulunmadığı ve müebbet hapis cezasını çeken mahkûmlar için şartlı tahliye imkânının sınırlı olduğu durumlarda

55 *M.S.S./Belçika ve Yunanistan*, B. No: 30696/09, 21/1/2011, §§ 219-221.

56 *Kotälla/Hollanda*, B. No: 7994/77, 6/5/1978; *Bamber/Birleşik Krallık*, B. No: 13183/87, 14/12/1988 ve *Sawoniuk/Birleşik Krallık*, B. No: 63716/00, ECHR 2001-VI.

57 *Nivette/Fransa*, B. No: 44190/98, ECHR 2001-VII; *Stanford/Birleşik Krallık*, B. No: 73299/01, 12/12/2002 ve *Wynne/Birleşik Krallık*, B. No: 67385/01, 22/5/2003.

bile durumun böyle olduğunu *Einhorn/Fransa*[58] kararında olduğu gibi tespit etmiştir. Söz konusu *Einhorn* kararında AİHM ölüm cezasının geri getirildiği Pennsylvania eyaletinde yargılanıp hüküm giyen başvurucunun 3'üncü madde şikâyetlerini, ölüm cezasının başvurucuyu da etkiler biçimde geriye dönük uygulanmayacağına yönelik güvence verilmesi ve Pennsylvania valisinin müebbet hapis cezası mahkûmlarına belli şartları taşımaları hâlinde tahliye imkânı veren yetkisi gözetilerek kabul edilemez bulmuştur.

AİHM söz konusu kararları ile Sözleşme'nin genel olarak şartlı salıverilme hakkı ya da cezanın hafifletilmesi veya sona erdirilmesi amacıyla adli veya idari bir ulusal makam tarafından cezanın yeniden gözden geçirilmesi hakkı vermediğini, salıverilme olasılığının değerlendirilmesini sağlayan bir sistemin varlığının, belirli bir ömür boyu hapis cezasının 3'üncü maddeye uygunluğunu değerlendirirken dikkate alınması gereken bir faktör olduğunu belirtmiştir. Burada müebbet hapis cezası hükümlüsünün cezasının hafifletilmesi ya da indirilmesi hususlarında idari mercilerin yetkisine ilişkin olarak Mahkemenin Macaristan yönünden verdiği iki karara değinmek faydalı olacaktır. Mahkeme *Törköly*[59] kararında müebbet hapis cezasının indirilmesi ya da hafifletilmesi hususunda yargı dışı niteliğe sahip idari sürecin Sözleşme'ye uygunluk açısından yeterli olduğuna karar vermişken, *Magyar*[60] kararında bu sürece ilişkin daha titiz yaklaşım sergilemeye başlamıştır. AİHM bu kararında idari makamlarca takdir edilecek tahliye ya da hafifletme imkânının değerlendirilmesi sürecinde hükümlünün iyileşmesinin ve gösterdiği gelişiminin dikkate alınacağı yönünde güvence bulunmadığını, zira idare (Devlet Başkanı) tarafından kararda bir gerekçe sunulmasının zorunlu olmadığını ve son olarak bu sürecin yargısal denetim yoluyla hukuksal bir güvenceye bağlanmadığını belirtmiş, Sözleşme'nin 3'üncü maddesine aykırılık tespitinde bulunmuştur[61].

Mahkeme devletlerin egemenlik yetkisi bağlamında infaz sistemi, cezanın gözden geçirilmesi ve tahliye düzenlemeleri de dâhil olmak üzere, belirli bir ceza adaleti sistemini seçmesinin, seçilen sistemin Sözleşme'de belirtilen ilkelere aykırı olmaması kaydıyla, kural olarak Mahkemenin gerçekleştirdiği denetimin kapsamı dışında olduğuna dikkat çekmiştir[62].

Özetle bir müebbet hapis cezasının hukuken ve fiilen indirilebilir olması, 3'üncü maddenin koruduğu değerler bakımından yeterli olup ve bu kapsamda söz konusu madde yönünden bir ihlal gündeme gelmeyecektir.

58 *Einhorn/Fransa*, B. No: 71555/01, 16/10/2001, §§ 27-28, ECHR 2001-XI.
59 *Törköly/Macaristan*, B. No: 4413/06, 5/4/2011.
60 *Laszlo Magyar/Macaristan*, B. No. 73593/10, 20/5/2014, § 56.
61 Günebakan, M. (2018). *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Umut Hakkı*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gaziantep: Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 94-96.
62 *Achour/Fransa* [BD], B. No: 67335/01, 29/3/2006, § 51, ECHR 2006-IV.

Kafkaris/Kıbrıs kararında AİHM, yukarıdaki kriterlere göre yaptığı değerlendirmede Kıbrıs mevzuatına göre ömür boyu hapis cezası için cezaevinde geçirilmesi gereken asgari bir süre belirlenmediğini, ancak Anayasa ve mevzuat uyarınca Cumhurbaşkanı'nın cezayı indirme, erteleme ya da geri alma yetkisi bulunduğu, ayrıca infaz kanununa göre müebbet hapis cezası hükümlüleri de dâhil olmak üzere şartlı tahliye imkânı mevcut olduğu ifade edilerek -her ne kadar bu sınırlı uygulamalar eksiklikler taşısa da- başvurucunun şartlı salıverme imkânının olduğu sonucuna ulaşmıştır. Mahkeme, başvuranın herhangi bir salıverilme ihtimalinden mahrum bırakıldığını ve uzun da olsa devam eden hükümlülüğünün insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele teşkil ettiğini iddia edemeyeceği kanaati ile Sözleşme'ye bu yönden bir aykırılık bulunmadığına karar vermiştir.

Mahkeme yukarıda özü verilen bu kararından ve kararında belirttiği ilkelerden daha sonra verdiği *Vinter ve diğerleri/Birleşik Krallık* kararı ile ayrılmıştır. *Vinter ve diğerleri* kararında AİHM Büyük Dairesi Birleşik Krallık ülkeleri olan Galler ve İngiltere'de adam öldürme suçlarından müebbet hapis cezası ile mahkûm edilmiş ve yaşam boyu cezaevinde kalmalarına karar verilmiş üç başvuran yönünden Sözleşme'ye uygunluk denetimi yapmış ve Sözleşme'ye aykırılık tespitinde bulunmuştur.

Bazılarına göre bu durum aslında genel görüşten ayrılma olarak kabul edilemeyecek ise de Mahkemenin "af" ya da "insani nedenlerle tahliye" hususlarındaki bakışı *Kafkaris* başvurusundan farklılık taşımaktadır. Tam bu noktada davalı ülkede mevcut Devlet Bakanı'nın tahliye yetkisine değinmek yerinde olacaktır. Olay tarihindeki mevzuata göre Devlet Bakanı herhangi bir zamanda, insani nedenlerle mahkûmun serbest bırakılmasını haklı kılan istisnai koşulların mevcut olduğuna ikna olursa müebbet hapis cezası ile mahkûm kişinin tahliyesine karar verebilir. Bu durum *Kafkaris/Kıbrıs* kararında Cumhurbaşkanı'na verilen yetkiye benzemekte ise de birazdan bahsedileceği üzere uygulanması çok sınırlı olan bir prosedürdür. Zira mevzuata göre müebbet hapis cezası mahkûmu ölümcül bir hastalığa sahip ve[63] ölümün kısa bir süre içinde gerçekleşeceği kanaati varsa ve yeniden suç işleme riski çok düşükse ve daha fazla ceza infaz kurumunda kalması mahkûmun olası yaşam süresini kısaltacaksa ve mahkûmun tedavi ve bakımı için dış imkânlar yönünden yeterli düzenlemeler varsa ve erken tahliye mahkûma ve ailesine önemli faydalar sağlayacaksa erken tahliye imkânından yararlanabilir. AİHM'e göre yukarıdaki şartların birlikte taşınması hâlinde bu prosedür işletilir hâle gelmekte olup gerek başvurucular gerekse benzer durumdakileri yönünden uygulama alanı neredeyse bulunmamaktadır.

63 AİHM tarafından söz konusu şartların birlikte bulunması gerektiğine dikkat çekmek için ilgili mevzuatta da "ve" bağlaçlarının altında çizgi olduğu özellikle ifade edilmiştir.

AİHM *Vinter ve diğerleri kararında* inceleme tarihinde davalı devletler nezdinde toplam kırk mahkûmun şartlı tahliye imkânından yoksun olarak müebbet hapis cezası ile hükümlü olduğunu ve 2000 yılından bu yana hiçbir mahkûmun yukarıdaki yetki kapsamında erken tahliye edilmediğini ifade etmektedir[64]. Bu bakımdan Mahkeme aslında söz konusu "af" ya da "tahliye" kurumlarının hukuken ve fiilen uygulanabilir olup olmadığı, varsa önceki uygulamalarını değerlendirmeye alınması gerektiğini ortaya koymuştur. Yani her ne kadar mevzuatta müebbet hapis cezası mahkûmları yönünden cezanın hafifletilmesi, affedilmesi, sonlandırılması ya da koşullu salıverme imkânı tanınmış ise de bu kurum eğer hukuki ya da fiili olarak uygulanamaz -ya da çok zor uygulanır- durumda ise bu durum Sözleşme'ye aykırılık incelenmesinde ele alınmalı ve buna göre bir sonuca ulaşılmalıdır.

Bu konuda yerel uygulamaya da değinen AİHM, İstinaf Mahkemesinin *R-Bieber* [2009] kararında vardığı sonuca dikkat çekmektedir. Özetle İstinaf Mahkemesi hapis cezasının amaçlarına dikkat çekmektedir. Buna göre uygulamanın meşru olan amaçları; cezalandırma, caydırıcılık, rehabilitasyon ve kamunun korunmasıdır. Şartlı tahliye imkânı olmaksızın müebbet hapis cezası ile mahkûm edilen kişi yönünden hâkim suçun çok ciddi olduğunu düşünmektedir ki cezalandırma ve caydırıcılık amaçları bakımından fail kalan yaşamını cezaevinde geçirmelidir. Ayrıca Devlet Bakanı'nın yukarıda bahsi geçen yetkisine dikkat çeken İstinaf Mahkemesi bu yetkinin kullanılmaması için bir neden olmadığı kanaatindedir. Bu nedenle derece hâkiminin bilinçli olarak indirim yapılamaz müebbet hapis cezasına hükmetmesi Sözleşme'nin 3'üncü maddesi bağlamında ihlal sonucunu doğurmayacağı gibi söz konusu şikâyet de mahkûmun sadece daha fazla hapsedilmesinin aşağılayıcı ve insanlık dışı muamele olduğunun anlaşıldığı dönemde ileri sürülebilir.

Daire tarafından davalı devlet mevzuatına göre af politikasının *-Kafkaris kararında şikayet edilen devlet olan Kıbrıs'tan-* daha sınırlı olması, hükümlünün ölümcül hastalık veya engellilik hâlleri dışında tahliye imkânının olmaması yani tahliyenin salt ölümün cezaevinde gerçekleşmemesi amacıyla yapılması ve müebbet hapis cezası mahkûmunun durumunun gözden geçirileceğine ilişkin olarak önceki mevzuatın aksine yeni kanunda her hangi bir düzenlemeye yer verilmemesinin af ya da insani nedenlerle tahliye kurumunun üçüncü madde yönünden yetersiz kaldığı sonucuna götürdüğü ifade edilmiştir. Mahkemeye göre özetle *Vinter başvurusu* sırasında gerek mevzuat gerekse uygulama yönüyle af ya da insani nedenlerle tahliye imkânı hukuken ve fiilen çok zor uygulanabilir durumdadır.

Vinter ve diğerleri kararında ayrıca müebbet hapis cezası için hiçbir şartlı tahliye imkânı bulunmayan beş ülkede -İzlanda, Hollanda, Litvanya, Malta

64 *Vinter ve diğerleri/Birleşik Krallık*, § 40.

ve Ukrayna- idari ve yargısal mercilerle cezanın hafifletilmesi imkânı bulunduğu, İngiltere ve Galler dışında belirli suçlar yönünden şartlı tahliye imkânı bulunmaksızın ömür boyu hapis cezasına hükmedilebilecek altı ülke olduğu -Bulgaristan, Macaristan, Fransa, Slovakya, İsviçre ve Türkiye- tespit edilmiştir.

Büyük Daire öncesi başvuruları değerlendiren Daire[65] somut başvurularda Mahkemenin önceki genel kabulü ile benzer şekilde orantısız cezanın 3'üncü madde bağlamında kötü muamele teşkil edeceğini belirterek somut olay yönünden müebbet hapis cezalarını sınıflandırma yoluna gitmiştir;

(i) asgari süre çekildikten sonra tahliyeye hak kazanılabilen bir müebbet hapis cezası;

(ii) şartlı tahliye ihtimali olmaksızın takdiri müebbet hapis cezası (yani, kanunda öngörülen bir cezadır fakat uygulanmadan önce yargısal karar gerektirir); ve

(iii) şartlı tahliye ihtimali olmaksızın zorunlu müebbet hapis cezası (yani belli bir suç için kanunda düzenlenen ve uygulayıp uygulamama konusunda yargıca hiçbir takdir tanımayan cezadır).

Daire değerlendirmesinde birinci tip yönünden 3'üncü madde yönünden bir ihtilaf çıkmayacağını ancak ikinci ve üçüncü tip müebbet hapis cezası yönünden sadece failin hapsedilmesinin artık hiçbir cezalandırma amacı ile bağdaşmayacak nitelikte olmasının yanı sıra cezanın fiilen ve hukuken indirilemez olması hâlinde müdahalenin 3'üncü madde bağlamında soruna sebebiyet verilebileceğini belirtmiştir.

Daha sonra başvurunun sevk edildiği Büyük Daire tarafından öncelikle suçlar ve bunlar için öngörülen hapis cezaları yönünden Sözleşmeci devletlerin takdir yetkisinin bulunduğu ifade edilmekle birlikte çok ciddi suçlar yönünden müebbet hapis cezası verilebileceği açıklanmıştır. Salt müebbet hapis cezasının verilmesi Sözleşme'nin 3'üncü maddesi bağlamında bir sorun ortaya çıkarmayacaktır. Ancak belirtilmelidir ki müebbet hapis cezası hukuken ya da fiilin indirilebilir *-yani mahkûmun tahliye edilebilir-* olduğu hâllerde 3'üncü maddeye aykırılık taşımaz. Büyük Dairenin örneğine göre müebbet hapis cezası mahkûmunun durumu incelenir ve toplum için tehlike olduğu kararı ile tahliye edilmezse Sözleşme'ye aykırılık sorunu ortaya çıkmayacaktır. Zira devletlerin kamuyu koruma şeklindeki pozitif yükümlülüğü varlığını korumaktadır.

Yine Büyük Daireye göre bir diğer bakılması gereken husus mahkûmun serbest bırakılma ümidinin varlığının tespit edilip edilemeyeceği meselesidir.

65 *Vinter ve diğerleri/Birleşik Krallık*, § 90.

Buna göre mevzuat müebbet hapis cezasının hafifletilmesi, affedilmesi, sonlandırılması, şartlı tahliye ile tahliye edilmesi gibi etkili ve fiilen uygulanabilir imkânlar sunuyor ise gene Sözleşme'ye aykırılıktan bahsedilemeyecektir. Ancak aksi durumda yani mahkûmun serbest bırakılma ümidinin sunulmadığı, cezasının hafiflemesi ya da sonlandırılması sonucunu doğuran düzenlemelerin bulunmadığı durumlarda cezalandırmanın amaçlarının (cezalandırma, caydırma, toplumun korunması ve mahkûmun iyileştirilerek topluma entegresi) gözetilmediği sabittir. Zira bu durumda devletin ıslah etmek görevi, bireyin de ıslah olmak isteği ve ihtiyacı ortadan kalkmaktadır.

Büyük Daire temelde müebbet hapis cezası mahkûmunun tutulmasının artık meşru bir amaç taşımadığı, yani cezalandırmanın yukarıda bahsi geçen amaçlarının birinin ya da birkaçının göz ardı edildiği, cezalandırmanın artık Sözleşme'nin temelini oluşturan insan onuruna saygı olgusuna aykırılık taşıyacak hâle geldiği hâllerde müebbet hapis cezası şeklindeki tutmanın artık Sözleşme ile çatışır hâle geldiğini ifade etmektedir. *Kafkaris* başvurusundan farklı olarak iç hukukta müebbet hapis cezası hükümlüsünün durumunun gözden geçirilmesi hususunda yeterli ve açık bir düzenleme bulunmamasının yanı sıra af ya da insani nedenlerle tahliye kurumunun belirli ve oldukça sınırlı kişiler yönünden uygulanma şartları araması nedeniyle Büyük Daire somut başvuru yönünden ihlal kararı vermiştir. Büyük Daire gerekçesinde ayrıca Uluslararası Ceza Mahkemesince görülen ve müebbet hapis cezasına mahkûm edilen kişiler yönünden dahi yirmi beş yıllık süre sonunda tutmanın ve mahkûmun durumunun gözden geçirileceğine dair düzenleme bulunması, Avrupa Konseyi ve uluslararası diğer organlarca şartlı tahliye imkânı içermeyen müebbet hapis cezasının eleştiri konusu yapılıyor olmasına da yer vermiştir.

Yukarıda verilen iki farklı sonuca giden kararlardan sonra her ne kadar başta da belirttiğimiz üzere ölüm cezaları, 14/7/2004 tarihli ve 5218 sayılı Kanun'un 1'inci maddesi ile değişik 3/8/2002 tarihli ve 4771 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun'la müebbet ağır hapis cezasına dönüştürülen terör suçluları ile ölüm cezaları ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezasına dönüştürülen kişiler işbu makalenin dışında bırakılmış olsa da[66] temel ilkelerin ülkemiz yönünden kapsamlı şekilde ele alındığı kararlardan olması nedeniyle Türkiye aleyhine verilen Öcalan (2)[67] kararına ve özellikle de kararın karşıoyundaki açıklamalara kısaca değinmek yerinde olacaktır.

66 Zira bir kısım yazarlar Anayasa 38'inci maddesi, mülga 765 sayılı Kanun'un 2'nci maddesi ve yeni 5237 sayılı Kanun'un 7'nci maddesinde, hapis cezasının infazına ilişkin koşullu salıverilme konusunda da failin lehine olan kanunun uygulanması kabul edildiğinden bahisle Öcalan'ın idam cezası infaz edilmediğinden ve işlediği suçun cezası ağırlaştırılmış müebbet hapis olduğundan, esas itibarıyla infazın 36 yıl olarak yapılması gerektiğini ifade etmektedir. (bkz: Şen, E. (2023).)

67 *Öcalan(2)/Türkiye*, B. No: 24069/03, 197/04, 6201/06 ve 10464/07, 18/3/2014.

15 Şubat 1999 tarihinde yakalanan ve yargılaması yapılan Abdullah Öcalan, 28 Nisan 1999 tarihinde yerel mahkemece devletin ülkesine ve egemenliğine karşı suçu düzenleyen mülga 765 sayılı Kanun'un 125'inci maddesini ihlal ettiği gerekçesiyle idam cezasına mahkûm edilmiş, 25 Kasım 1999 tarihinde yüksek mahkemece mahkûmiyeti onanarak söz konusu cezanın infazına geçilmiştir. *Öcalan (2)/Türkiye* kararının konusunu oluşturan vakıaların dayanağı olarak kabul edilen ve 5275 sayılı Kanun'un geçici 2'nci maddesinde yer verilen hükme göre 14 Temmuz 2004 tarihli ve 5218 sayılı Kanun'un 1'nci maddesi ile değişik 3/8/2002 tarihli ve 4771 sayılı Kanun ile; "*idam cezaları müebbet ağır hapis cezasına dönüştürülen terör suçluları hakkında Cezaların İnfazı Hakkında Kanun ile 12.4.1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun şartla salıverilmeye ilişkin hükümleri uygulanmaz. Bunlar hakkında müebbet ağır hapis cezası ölünceye kadar devam eder.*".

Başvurucu söz konusu başvuruda bir mahkûmun iyi hâlini veya ıslah olma ihtimalini dikkate almayan ve sıkı şekilde uygulanan hükümlülük şartlarının eşlik ettiği bir müebbet hapsin, Sözleşme'nin 3'üncü maddesinin gereklerine uygun belli bir ağırlık düzeyini aşan insanlık dışı bir ceza olduğunu ileri sürmektedir[68].

Mahkeme önceki kararları ile aynı şekilde cezalandırmanın meşru amaçlarına yani cezalandırma, caydırıcılık, kamunun korunması ve ıslah hususlarına değinerek, kişinin mahkûmiyeti süresince bu amaçlar arasındaki dengenin değişebileceği, bu amaçların zamanla meşruiyetini kaybederek insanlık onuruna aykırı bir müdahaleye dönüşebileceği hususlarına değinmiştir. Zira müebbet hapis cezası mahkûmu serbest bırakılma ümidinden yoksun bırakılırsa hatasını telafi etme imkânından da mahrum kalacak ne kadar ıslah olursa ve ne kadar olağanüstü gelişim gösterirse göstersin cezası sabit kalacaktır. Özetle mahkûm ne kadar yaşarsa cezası o kadar uzun ve ağır olacaktır.

Bu nedenle ister adli yol ile ister idari yol ile söz konusu infazın gözden geçirilmesi, her ne kadar tahliye zorunluluğu doğmasa da mahkûmun kişisel gelişiminin değerlendirilmesi sonrası en azından tahliye imkânının tanınması Sözleşme'nin koruduğu değerlere daha uygundur. Zira daha önce belirtildiği gibi tahliye imkânı öngörülmeyen mahkûmiyet devletin ıslah etme görevine, bireyin de ıslah olma isteğine ve ihtiyacına engel niteliktedir.

Mahkeme değerlendirmesinde Türk hukukuna göre, Cumhurbaşkanının, müebbet hapis cezasına çarptırılmış bir mahkûmun hastalık veya kocama sebebiyle cezasının hemen kaldırılmasına veya hafifletilmesine karar verebileceğini ancak insani sebeplerle tahliyenin cezalandırmaya ilişkin birtakım meşru gerekçelerle "tahliye imkânı" ile uyuşmadığı kanaatindedir. Yani Cumhur-

68 *Öcalan (2)/Türkiye*, § 190.

başkanının yetkisi başvurucu yönünden etkili bir gözden geçirme ve tahliye imkânı sunmamaktadır. İnceleme tarihi itibarıyla başvurucuyu da kapsayacak şekilde genel ya da özel af hazırlığı bulunmadığını tespit eden Mahkeme başvurucu yönünden Sözleşme'nin 3'üncü maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.

Kararda mahkeme hâkimlerinden *Pinto De Albuquerque*'nin kısmi muhalefet şerhindeki tespitler de önem arz etmektedir. *Albuquerque'*ye göre -müebbet hapis cezasını da kapsayan- genel olarak cezalandırma kurumunun olumlu özel önleme (failin topluma yeniden kazandırılması), yani serbest kaldıktan sonra failin kanunlara saygılı olarak toplumsal bir hayat sürmeye hazırlanması; olumsuz özel önleme (failin etkisizleştirilmesi) yani kendisini toplumdan uzak tutarak mahkûm olan kişi tarafından kanunların gelecekte çiğnenmesinin önlenmesi; olumlu genel önleme (ihlal edilen kuralın güçlendirilmesi) yani ihlal edilen kuralın toplum tarafından kabul edilmesini ve saygı gösterilmesini daha da pekiştirme; olumsuz genel önleme (potansiyel suç faillerini caydırma), yani söz konusu kuralın toplumun diğer bireyleri tarafından ihlal edilmesinin önüne geçilmesi; ve cezalandırma, yani fail tarafından işlenen suç için failin bedel (kefaret) ödemesi, cezalandırılması şeklinde sınıflandırılabilecek amaçları mevcuttur.

Albuquerque de Mahkeme gibi cezalandırmanın meşru amaçlarını ele alarak yaptığı değerlendirmede uzun süreli bir hapis cezası olarak toplumdan izole edilme ve dolayısıyla anti-insancıllığı sebebiyle ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasının insanlık dışı bir muamele ile eşdeğer oluğunu ifade etmektedir. Nitekim belirsiz süreli, belirsiz, aşırı uzun veya belirli süreli olmakla birlikte, normal ortalama yaşam süresini aşan her türlü ceza için de aynı sonuçlara varılabilir. Böylesi cezalandırma şekilleri insanlık onuru ile bağdaşmamaktadır. *Albuquerque*'nin tespitlerinde de belirttiği üzere müebbet hapis cezası gibi ağır cezalandırma bulunan ülkelerde bu cezaların caydırıcılık etkisi hiç de sanıldığı gibi yüksek değildir. Amerika Birleşik Devletleri (ABD) ve Portekiz örneklerine değinen Yargıç uzun süredir müebbet hapis cezasını uygulayan ABD'de oldukça yüksek suç oranlarının bulunmasına rağmen 1884 yılında müebbet hapis cezasını kaldıran Portekiz'de öldürme ve şiddet içerikli suçların oranı uzun zamandır dünyadaki en düşük oran seviyesinde olduğuna dikkat çekmektedir.

*Albuquerque'*ye göre ıslah amacının dışlandığı söz konusu cezalandırma aslında mahkûma "medeni ölüm" (*civil death*) imkânı sağlamaktadır[69].

69 *Öcalan (2)/Türkiye*, Karşı oy §§ 3-8.

V. SONUÇ

Unutulmamalıdır ki Mahkemenin de belirttiği üzere suçlar için öngörülen cezalar ve bunların infaz biçimleri kural olarak egemenlik yetkisi kapsamında Sözleşmeci devletlerin takdir yetkisindedir. Mahkeme salt söz konusu infaz sürecinin Sözleşme'nin koruduğu değerlerle uyuşup uyuşmadığı yani insan onuruna saygı kavramı çerçevesinde gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğini denetlemek görevini üstlenmektedir. AİHM'in birçok kararında belirttiği gibi salt müebbet hapis cezası insan onuruna ve dolayısıyla Sözleşme'ye aykırılık taşımaz. İhlal hususu hak süjesi hükümlünün öznel nitelikleri ve gelişimi göz ardı edilerek cezalandırmanın meşru amaçlarına aykırı hâle gelen ölünceye kadar tutma hâlinde gündeme gelecektir. Bu kapsamda *Albuquerque*'ye göre Sözleşmeci taraf devletler infaza ilişkin olarak müebbet hapis cezası mahkûmlarını da kapsayan şartlı tahliye düzenlemelerini serbestçe belirleyebilir iseler de Mahkeme bu takdir yetkisinin sınırlarını denetlemelidir.

Albuquerque'nin karşıoyunda belirttiği ve tarafımızın da katıldığı şekliyle gerek ülkemiz gerekse diğer Sözleşmeci devletler yönünden şartlı tahliye sürecinde dikkat edilmesi gereken birtakım hususlar vardır.

Öncelikle söz konusu sürece ilişkin kurallar ve mevzuat açık ve öngörülebilir bir şekilde düzenlenmeli, öncelikle ve özellikle pozitif özel önleme hakkındaki değerlendirme temellerine, alternatif olarak da genel önleme hakkındaki değerlendirmelere dayanmalıdır. Yani süreçte ilk olarak mahkûmun ıslah edilmesi ve tahliye sonrası süreçte yasalara saygılı olmasının sağlanması, daha sonra kuralın ve toplumun bu yöndeki farkındalığının artırılması ve caydırıcılığının sağlanması hedeflenmelidir. Bu süreç mevzuatta *Vinter* kararında da olduğu gibi ağır şartlara bağlanmamalı ne mahkûmun akli veya fiziki sakatlığı ne de ölüme yakınlığı ile sınırlandırılmamalı, kişinin salt cezaevi dışında ölümü hedeflenmemelidir.

İkinci olarak müebbet hapis cezası mahkûmlarının belirli ve makul bir takvime tabi kılınarak gelişimlerinin değerlendirilmesi ve koşullu salıverme denetimine tabi tutulması gerekir. Eğer mevzuat, şartlı tahliyenin incelenmesinden önce çekilmesi gereken hiçbir "asgari mahkûmiyet süresi" veya "cezalandırma süresi" (*tariff*) öngörmemişse, yargılama yetkisini haiz makam böyle bir süre belirlemelidir. Ancak bu süre, mahkûma verilen cezanın geri kalan kısmında cezanın yeniden gözden geçirilmesini fiili olarak (*de facto*) engelleyecek uzunlukta olmamalıdır. Mahkûmun durumu belirli ve makul aralıklarla yeniden incelenmelidir.

Son olarak şartlı tahliye süreci önceden bilinebilir şekilde adli makamların denetimine açık şekilde düzenlenmelidir. Zira kişilerin serbest bırakılma ümitleri idarenin takdirine ve keyfiliğine bırakılmamalıdır[70]. Çünkü adli ma-

70 *Öcalan (2)/Türkiye*, §§ 12-14.

kamlar önceden bilinebilir ve kesin olan mevzuat çerçevesinde hareket etmekte iken, idarenin ya da iktidarın değişken nitelikteki sosyal, ekonomik ve siyasal sonuçları gözetmesi gerekmektedir. Ayrıca eğer idare kişinin tahliyesi yönünde bir irade ortaya koyacak ise zaten elinde insani nedenlerle tahliye ya da genel/özel af imkânlarını barındırmaktadır.

Konuya Türkiye açısından bakılacak olursa çalışmamızın başında belirttiğimiz gibi mevzuatımıza göre bir kısım ağır suçlar işleyen ve iyileştirilmesi ve topluma entegresi mümkün olmayan failler yönünden herhangi bir koşullu salıverme imkânı yoktur. Bu durumun Sözleşme'ye aykırı nitelikte olduğu zaten AİHM tarafından verilen ihlal kararı ile tescillenmiştir. Bunun yanında haklı gerekçeler içeren Yargıç *Albuquerque'*nin görüşleri doğrultusunda mevzuatımız tarafından belirlenen uzun nitelikteki koşullu salıverme süreleri[71] de kanaatimizce Sözleşme'ye aykırı niteliktedir. AİHM'in kararlarında özellikle Uluslararası Ceza Mahkemesine değinmiş olması, uluslararası çapta insanlık suçu işleyenlerin dahi 25 yıllık süre sonunda değerlendirmeye tabi tutulduğunun ısrarla belirtilmiş olmasının yanı sıra koşullu salıverme sürelerinin tespitinde ortalama insan ömrünün gözetilmesi isteği, 25 yılı aşan ve mevzuatımızda da sık sık yer bulan ve 40 yıla varan koşullu salıverme süreleri Sözleşme ve Sözleşmece korunan değerlerle çatışır hâle getirmektedir. Buna rağmen *Papon/Fransa* kararında Mahkeme ileri yaştaki başvurucu hakkındaki 10 yıllık hapis cezasının başvurucu yönünden 3'üncü maddeye aykırılık oluşturacağına dair iddia yönünden salt yaşlılık hâlinin infaza engel teşkil etmeyeceği ve Sözleşme'ye aykırılık oluşturmayacağını ifade etmiştir. Zira yaşlılık hâlinin infaza engel teşkil edip etmeyeceği gibi hususlarda ya da buna ilişkin bir yaş sınırının konulup konulmayacağı infaz usulüne ilişkin olup Sözleşmeci devletler tarafından serbestçe düzenleme yapılabilir. Ancak her olayın özel koşullarına göre kişinin yaşlılık hâlini de kapsar şekilde ele alınacak sağlık durumu, cezaevi koşulları ve infaz biçimi gibi nedenlerle Sözleşme'ye aykırılık ihtimali gündeme gelebilir[72].

Mahkemenin söz konusu yaşam boyu cezaevinde kalmanın Sözleşme'ye ihlal teşkil ettiğine ilişkin anlayışı sadece kişiyi tutan devlet yönünden değil tahliye imkânından yoksun olarak ömür boyu hapsin infazının gerçekleşeceği

71 5275 sayılı Kanun'un 107'nci maddesine göre öngörülen ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına mahkûm edilmiş olanlar yönünden otuz yıl, birden fazla ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına veya ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ile müebbet hapis cezasına mahkûm kişiler yönünden otuz altı yıl, yine suç işlemek için örgüt kurmak veya yönetmek ya da örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçtan dolayı mahkûmiyet hâlinde; ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına mahkûm edilmiş olanlar yönünden otuz altı yıl, birden fazla ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına veya ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ile müebbet hapis cezasına mahkûmiyet hâlinde kırk yıllık koşullu salıverme süreleri.

72 Altınok Villemin, D. (2014). s. 93-94.

ülkeye iade eden devlet yönünden de geçerlidir. *Trabelsi/Belçika*[73] kararı dikkate alındığında mevcut mevzuatımız nedeniyle Türkiye tarafından iadesi istenen kişiler yönünden indirimsiz müebbet hapis cezasının varlığı nedeniyle iade süreçlerinin olumsuz sonuçlanmasının pek muhtemel olduğu sabittir[74].

Sonuç olarak, kişilerin işledikleri suçların niteliğinden bağımsız olarak koşullu salıvermede 25 yıllık üst sınır belirlenmesi, ortalama yaşam süresini aşan koşullu salıverme süreçlerinin resen[75] ya da talep üzerine gözden geçirilmesi yönünde bir sistem oluşturulması, bu süre sonunda yargısal denetime de tabi olacak şekilde mahkûm yönünden ıslah ve gelişim değerlendirilmesi yapılması[76], gerekirse doğrudan tahliye yerine ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası mahkûmları yönünden infaz koşullarının hafifletilerek öncelikle açık cezaevine, burada gösterdiği gelişmeye göre de topluma entegre edilmesi, kalan sürecin idari ve yargısal merciler tarafından titizlikle denetlenmesi, kişinin özel önleme amacı doğrultusunda topluma ve kurallara sadakatinin takip edilmesi izlenecek yol olmalıdır. Bu şekilde ulaşılabilir, uygulanabilir, etkili ve yargısal denetime tabi süreç ile devletin mahkûmlar üzerindeki ıslah gibi görevlerinden arınmasının önüne geçileceği gibi, hem kişiler yönünden kurallara ve topluma saygı duyulması temin edilecek, hem de toplum nezdinde kurallar yönünden farkındalık ve caydırıcılık sağlanmış olacaktır.

73 *Trabelsi/Belçika*, B. No: 140/10, 4/9/2014, §§ 121-139.

74 Kıdıl, F. (2018). "Cezalandırmanın Amacı ve "Umut Hakkı" Bağlamında Koşullu Salıverilme Yasakları", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, C. 31., S. 138., s. 75.

75 Buna ilişkin olarak bazı yazarlar resen ya da otomatik şekilde uygulanması hususunda çekincelerini dile getirmektedirler (bkz: Yetkin, E. (2019). "*Vinter* ve *Diğerleri v. Birleşik Krallık Davasından Günümüze İndirilemez Müebbet Hapis Cezası* ve *Umut Hakkı", İzmir Barosu Dergisi*, C. 84., S. 3., s. 209-265).

76 *Orhan/Türkiye* kararında (B. No: 38358/22, 19/1/2023) özetle "iyi hal" değerlendirmesi yönünden İnfaz Hakimliği nezdinde yapılan itirazların ilgili kararda açıkça keyfilik bulunmadığı haller hariç olmak üzere Sözleşme'nin 5'inci maddesi kapsamında konu bakımından yetki dışında (ratione materiae) olduğuna karar vermiştir. Söz konusu karar uyarınca idare ve gözlem kurullarınca kişinin iyi hal değerlendirmesine ilişkin kararlarda açıkça keyfilik -ya da maddi hata- bulunmadığı hallerde AİHM tarafından Sözleşme'nin 5'inci maddesi kapsamında bir değerlendirme yapılamadığı sabit olmakla birlikte Sözleşme'nin diğer maddeleri kapsamında değerlendirme dışı tutulmadığı unutulmamalıdır.

KAYNAKÇA

AKBULUT, Berrin, DEMİRKOL, Neslihan ve TURAN, Taha Yasin (2021). *İnfaz Hukuku*, Ankara: Adalet Yayınevi.

AKKAYA, Çetin (2020). *Açıklamalı ve İçtihatlı Cezaların İnfazı ve İnfaz Hukuku*, 7. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi.

ALTINOK VİLLEMİN, Derya (2014). *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında Ağırlaştırılmış Müebbet Hapis Cezalarının Kesintisiz İnfazının İşkence Yasağı Açısından İncelenmesi*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul: İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.

ARAS, Bahattin (2022). "İnfaz Hukukuna Hâkim Olan İlkeler Işığında İnfaz Hâkimliklerinin Görev ve Yetkileri", *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 17., S. 2., ss. 403-456.

BECCARIA, Cesare (2004). *Suçlar ve Cezalar Hakkında*, Selçuk, Sami (Çev.), Ankara: İmge Kitabevi.

CANSU, Cansu (2023). *Umut Hakkı*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya: KTO Karatay Üniversitesi.

CENTEL, Nur (2001). Cezanın Amacı ve Belirlenmesi, içinde *Prof. Dr. Turhan Tufan Yüce'ye Armağan* (ss. 337-372), İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları.

COLE, George F., SMITH, Christopher E. ve DeJONG, Christina (2019). *The American System of Criminal Justice*, 16. Baskı, Boston: Cengage Learning.

DEMİRBAŞ, Timur (2017a). *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

DEMİRBAŞ, Timur (2017b). *İnfaz Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

TOKGÖZ, Havva Begüm (2020). "Cezalandırmanın Amacı ve Bu Bağlamda Ütopyalar Üzerine Bir Değerlendirme", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 22., S. 1., ss. 431-467.

GÜNEBAKAN, Mustafa (2018). *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Umut Hakkı,* Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gaziantep: Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.

KIDIL, Fahrettin (2018). "Cezalandırmanın Amacı ve "Umut Hakkı" Bağlamında Koşullu Salıverilme Yasakları", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, C. 31., S. 138., ss. 39-78.

ÖNCÜ, Mehmet (2014). "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3. Maddesi ve İndirimsiz Müebbet Hapis Cezaları", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 114.

ÖZBEK, Veli Özer (2021). *İnfaz Hukuku*, 13. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

ÖZBEK, Veli Özer, DOĞAN, Koray ve BACAKSIZ, Pınar (2020). *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

ÖZEN, Mustafa (2023). *Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında İnfaz Hukuku*, 2. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi.

ÖZGENÇ, İzzet (2021). *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara: Seçkin Yayınevi.

ÖZGENÇ, İzzet ve ŞAHİN, Cumhur (Ed.). (2021). *İnfaz Hukuku*, 4. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

ŞEN, Ersan (2021) Koşullu Salıverilmesi Yasak olan Öcalan'ın Umut Hakkı, www.hukukihaber.net, https://www.hukukihaber.net/kosullu-saliverilmesi-yasak-olan-ocalanin-umut-hakki (Erişim Tarihi: 25/10/2023)

ŞİMŞEK, Furkan Ali (2023). *Türk Ceza Hukukunda Koşullu Salıverilme*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul: Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.

TAŞKIN, Ozan Ercan (2014). "AİHM Kararları Işığında Müebbet Hapis Cezasının Bugünü ve Geleceği", *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 9., S. 123., ss. 65-97.

TOKGÖZ, Havva Begüm (2020). "Cezalandırmanın Amacı ve Bu Bağlamda Ütopyalar Üzerine Bir Değerlendirme", *Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 22., S. 1., ss. 431-467.

YETKİN, Erdi (2019). "Vinter ve Diğerleri v. Birleşik Krallık Davasından Günümüze İndirilemez Müebbet Hapis Cezası ve Umut Hakkı", *İzmir Barosu Dergisi*, C. 84., S. 3., ss. 209-265.

Özgür DUMAN
(Anayasa Mahkemesi Bölümler Başraportörü)

YÖNETİCİLERİNİN ŞİRKETLERİN SOSYAL GÜVENLİK PRİMLERİNİN ÖDENMESİNDEN MÜTESELSİLEN VE SINIRSIZ SORUMLU OLMASININ ANAYASA'YA UYGUNLUĞU MESELESİ: ANAYASA MAHKEMESİNİN *EROL KESGİN* KARARININ ANALİZİ*

"Karşıoy görüşlerinin erdemlerinden biri, çoğunluk görüşünü daha derin ve iletişime açık bir biçimde bir şekilde gerekçelendirmeye zorlamasıdır."[1]

ÖZ

Tüzel kişilerin, bunları oluşturan gerçek kişilerden ayrı bir varlık olarak kabul edilerek doğrudan sadece tüzel kişiliğin mal varlığı ile sorumlu tutulması önemli sonuçlara yol açmıştır. Bununla birlikte, tüzel kişiliğin her durumda perde oluşturması hakkaniyete uygun görülmemiş ve belirli istisnai hâllerde bu perdenin aralanabileceği kabul edilmiştir. Türk hukukunda da tüzel kişilik perdesinin aralanması ile ilgili güncel gelişmeler söz konusudur. Anayasa Mahkemesinin yakın dönemde bireysel başvuru kapsamında verdiği *Erol Kesgin* kararı da bu konudaki çarpıcı örneklerden biridir. Anayasa Mahkemesi bu kararla, tüzel kişilik perdesinin aralanması suretiyle mülkiyet hakkına yapılan müdahaleyi Anayasa'ya uygun görmüştür.

Anahtar Kelimeler: Tüzel kişilik, sermaye şirketi, sınırlı sorumluluk, tüzel kişilik perdesinin aralanması, mülkiyet hakkı.

* Bu makale hakem denetiminden geçmiştir.

1 Weiler, J. H. H. (2002). The judicial après Nice, içinde De Burca, G. ve Weiler, J. H. H. (Ed.), *The European Court of Justice*, Oxford: Oxford University Press. Yazar ayrıca, *"Karşı oy, genellikle çoğunluğu meşrulaştırmak gibi paradoksal bir etki yaratır, çünkü sonuçta reddedilmiş olsa bile alternatif görüşlerin dikkate alındığı ortaya çıkar"* şeklinde bir tespitte bulunmuştur. Çalışmamıza konu kararda da Anayasa Mahkemesi Başkanı Zühtü Arslan ve bazı üyelerin karşı oyları bulunmaktadır. Anılan karardaki tartışma bu karşı oylarla birlikte zenginleşmiş ve bu çalışmanın konusunu oluşturmuştur.

Prof. Dr. Zühtü Arslan'a Armağan

THE ISSUE OF THE CONSTITUTIONALITY OF THE JOINT AND SEVERAL LIABILITY OF DIRECTORS FOR THE PAYMENT OF SOCIAL SECURITY CONTRIBUTIONS BY COMPANIES: ANALYSIS OF THE TURKISH CONSTITUTIONAL COURT'S JUDGMENT ON *EROL KESGİN*

ABSTRACT

Considering legal persons as entities separate from the real persons that make them up, and holding them directly liable only with the assets of the legal entity, has yielded substantial results. However, the creation of a corporate veil in all cases was not deemed fair and it was accepted that the veil could be lifted in certain exceptional cases. There are recent developments in Turkish law regarding the piercing of the corporate veil. The *Erol Kesgin* judgment, recently rendered by the Constitutional Court within the scope of an individual application, represents one of the most striking examples on this matter. With this judgment, the Constitutional Court found that the interference with the right to property by piercing the corporate veil was in accordance with the Constitution.

Key Words: Legal entity, stock corporation, limited liability, piercing the corporate veil, right to property.

GİRİŞ

"Modern zamanların en büyük keşfi… Buharın ve elektriğin keşfinden bile daha önemli."[2]

"Modern dünya, sermaye finansmanı sayesinde gelişmiş iki yüzyıllık bir sanayileşme üzerine inşa edilmiştir. Sermayenin finansmanı ise sınırlı sorumluluk ile mümkün olmuştur."[3]

"16. yüzyılın ortalarında Avrupa'dan Rusya'ya ticaret yapmak için geliştirilen hisse sahipliği, sonraki üç yüz yıllık süre zarfında popülaritesinde yükseliş ve düşüşler yaşasa ve uzmanlaşma eğilimi gösterse de esas olarak Londra, Amsterdam ve New York kafelerinde, zengin azımlığın kumar oyunu sayılmaktaydı. Ta ki 1811'de, New York Eyaleti'nde çıkarılan sınırlı sorumluluk yasasına kadar. New York ve Birleşik Devletlerin bu yasaya sahip diğer eyaletlerine sermaye akımı yaşanmıştı. Peşi sıra, 1854'te, dönemin lider ekonomik gücü Britanya, izi Romalılara kadar sürülebilecek bu uygulamayı benimsemişti. Ancak, yatırımcıyı birçok riskten bertaraf eden sınırlı sorumluluk, büyük boyutlarda sermayeyi hızlı biçimde çekmeyi başararak New York'un öne çıkmasını sağlamıştı bile. 1900'lere gelindiğinde demiryolu, çelik, kimya ve diğer sanayilere ait hisselerin yardımıyla New York, dünyanın lider finans merkezi olma unvanını Londra'nın elinden almıştı. The Economist, 1926 yılındaki sayısında, dünyanın dönüşümünün müsebbibi saydığı sınırlı sorumluluk konseptinin isimsiz mucidine, sanayi devriminin öncüleriyle birlikte onur nişanı verilmesini dahi teklif etmişti."[4]

Yukarıda çarpıcı ifadelerle belirtildiği üzere şirketlerin ayrı bir kişilik olarak kabul edilmelerinin günümüz ekonomik ve siyasal yapısının gelişimi bakımından önemi giderek daha da kabul edilen bir olgudur. Tüzel kişilik perdesinin belirli durumlarda aralanması veya kaldırılması da hakkaniyete uygun bir çözüm olarak tercih edilmiştir. Türk hukukunda da bu kavramlar çerçevesinde önemli tartışmalar yapıldığı ve kararlar verildiği gözlemlenmektedir. Bu çalışmamızda konu ile ilgili olarak şirketlerin yöneticilerinin şirketlerin sosyal güvenlik prim borçlarından müteselsilen ve sınırsız sorumlu olmaları yönünde yapılan kanun değişikliğine ilişkin Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru çerçevesinde verdiği *Erol Kesgin*[5] kararı analiz edilecektir. Bu bağlamda Anayasa Mahkemesinin söz konusu kararda izlediği yöntem ve vardığı sonuçlar karşılaştırmalı hukuktaki yaklaşım ışığında analiz edilecektir. Karşılaştırmalı hukuk kısmında tüzel kişilik perdesinin aralanması teorisinin sıklıkla uygulandığı Anglo-Amerikan ülkeleri yanında kıta Avrupası'nın belli başlı örnekleri de ilgili olduğu ölçüde

2 Butler, N. M. (1967). "Should Shareholders Be Personally Liable fort the Torts of Their Corporations?", *Yale Law Journal*, S. 76., s. 1197.

3 The Economist. (1999). *The Key to Industrial Capitalism: Limited Liability*, (Erişim Tarihi: 31/10/2023)

4 Günay, S. N. (2016). *Sermaye Şirketlerinde Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 7.

5 *Erol Kesgin* [GK], B. No: 2015/11192, 30/5/2019.

ele alınmış, ayrıca AİHM kararlarına da değinilmiştir. Çalışmanın sonunda ise bu açıklamalar ve Türk hukukundaki gelişmeler ışığında Anayasa Mahkemesinin kararında varılan sonuçlar tartışılmıştır.

I. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA ŞİRKETLERDE SINIRLI SORUMLULUK KAVRAMI VE ŞİRKET TÜZEL KİŞİLİĞİ PERDESİNİN ARALANMASI

A. TARİHÇE

Mal ve emeğin birleştirilerek yarar sağlanması fikri çerçevesinde *şirket* olgusu hukuk tarihinin eski kavramlarından biridir. Roma hukukunda "*consortium*" adı verilen aile ortaklığı ve "*societas argentarii*" denilen ödünç para verme işyeri ile uğraşan bir şirket tipi mevcuttur[6]. Bununla birlikte bu şirketlerin ayrı bir mal varlığı bulunmamaktadır. Şirket malları ortakların kişisel müşterek malları olup ortakların şahsi alacaklıları alacaklarını, ortakların müşterek mallarını haczederek alabilirler[7]. Roma hukukunda tüzel kişiliği bulunan tek şirket tipi ise vergileri tahsil işleri ile meşgul "*societates victigalium*"lardır[8].

Sınırlı sorumlu şirket uygulamasına benzer bir yapı İslam hukukunda geliştirilmiştir. *Mudaraba* olarak da bilinen *kirad* şirketi uygulamasına göre sermaye sahipleri paralarını, fiilen ticaret yapan bir başkasına önce verip sonra bu sermayenin işletilmesinden elde edilen kazancı da evvelce anlaşılmış şekilde pay etmektedirler[9].

İslam hukukunun "*kirad*" şirketine benzer "*commenda*"lar İtalya şehir devletlerinde ortaya çıkmıştır. Kilisenin faizi men etmesi üzerine sermaye sahipleri ödünç verme yerine sınırlı sorumlulukla ortak olma yolunu tercih etmişlerdir[10]. Buna göre "*commendator*" yani sermaye sahibi gizli ortak, malını veya parasını "*traktator*" veya *portator*" adıyla anılan ve üçüncü kişilerle ticari ilişkilere girecek kimseye teslim ve tevdi etmektedir[11]. Bu anlaşma çerçevesinde üçüncü kişilere sorumlu olan "*traktator*" olup kâr anlaşmadaki gibi paylaşılmaktadır[12]. Nihayet şirketlerde *"tüzel kişilik"* kavramı ilk defa bir sicile tescil edilerek ortaklarından bağımsız bir görüntü veren kara ticareti *Commendaları*'ndan ortaya çıkmıştır[13].

6 Domaniç, H. (1988). *Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması* (*TTK Şerhi II)*, İstanbul: Temel Yayınları, s. 31.

7 Yılmaz, L. (2008). Anonim Şirketlerde Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması Meselesi Hakkında İsviçre Federal Mahkemesi Kararları Işığında Düşünceler, içinde Ulusoy, E. (Der.), *Marmara Üniversitesi I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu-Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması*, İstanbul: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, s. 234.

8 Domaniç, H. (1988). s. 32.

9 a.g.e. s. 30.

10 Poroy, R. ve Yasaman, H. (2018). *Ticari İşletme Hukuku*, İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 7.

11 Domaniç, H. (1988). s. 33.

12 a.g.e. s. 33.

13 a.g.e. s. 33.

Bununla birlikte *sınırlı sorumluluk* kavramı esas itibarıyla ilk olarak 19. yüzyılda Anglosakson hukuk sistemlerinde kabul edilmiştir. Bu kavramın sanayi kapitalizminin anahtarı olduğu ve hatta 19. yüzyıldaki en etkili hukuki icat olduğu belirtilmiştir[14].

Şirketin sermaye ile sınırlı sorumluluğu kuralı, ayrılık ilkesi ile birlikte şirketin borçlarından dolayı ortakların da sorumlu tutulmasını engellemektedir. Sermaye şirketlerinde, özellikle anonim şirketlerinde bu kural, *"Pay sahipleri, sadece taahhüt etmiş oldukları sermaye payları ile ve şirkete karşı sorumludur"* ifadesiyle pozitif bir düzenleme olarak ihdas edilmiştir (TTK m. 329).

Yüksek sermaye toplama kapasitesiyle ticaret hacmini genişlettiği ve ekonomik büyümenin temel faktörlerinden olduğu, deneysel olarak ölçülmesi zor olsa da ikame edilemez bir ekonomik etkinlik işlevi gördüğü şeklindeki argümanlar, sınırlı sorumluluk kuralı üzerinde vazgeçilmezlik algısı oluşturmaktadır[15].

Öte yandan, kuralın doğurduğu sonuçlara dair şüpheler, uygulamaya konulduğu ilk günden bu yana devam etmektedir. Hisse sahipleri tarafından üstlenilmeyen zararların neden olduğu toplam ekonomik ve toplumsal yük, üçüncü kişileri dikkate almadan verilecek özensiz kararların yaygınlaşması ve fırsatçı tutumun yerleşmesi ihtimali bu kuralın "tarihi bir kaza" olarak nitelendirilmesine hatta ortadan kaldırılması taleplerine dahi yol açmıştır. Nitekim hâlâ hukukçular arasında ideolojik, ekonomik, sosyal ve ahlaki açıdan zengin içerikte birçok akademik tartışmanın odağında yer almaktadır[16].

B. SINIRLI SORUMLULUK KURALINI SAVUNAN VE ELEŞTİREN GÖRÜŞLER

1. Sınırlı Sorumluluk Kuralını Savunan Görüşler

a. Riskin Dışsallaştırılması Yoluyla Sermaye Finansmanı Sağlanması

Potansiyel yatırımcılar, mütevazı getirisi olacak küçük yatırımların bile temel şirket yükümlülüklerine tabi kılınması ve hatırı sayılır kayıplar yaşama ihtimali karşısında yatırım yapmada isteksiz davranabilirler[17]. Sınırlı sorumluluk kuralı esas itibarıyla riskten kaçınma eğiliminde olan kişiler yönünden riskin dışsallaştırılarak girişimciliğin teşvik edilmesini sağlar.

14 Cataldo, B. F. (1953). "Limited Liability with One-Man Companies and Subsidiary Corporations", *Law and Contemporary Problems*, S. 18., s. 473. Ayrıca bkz. Schumpeter, J. A. (2016). "Don't Limit The Revolution", *The Economist,* (Erişim Tarihi: 31/10/2023): *"The limited-liability company is one of man's greatest inventions…Limited liability encourages investment by limiting people's downside risk-they can lose only the cash they put in the corporation…"*

15 Günay, S. N. (2016). s. 7.

16 a.g.e. s. 7.

17 a.g.e. s. 13.

Böylece tasarruf sahipleri, kişisel iflastan korunarak ticarete katılarak sermaye finansmanı sağlarlar.

b. Ekonomide Etkinliğin Sağlanması

Doktrinde sınırlı sorumluluk kuralının hukuk düzenlerinde bu denli geniş bir uygulama alanı bulmasının iş çevreleri açısından bu kuralın verimliliğine işaret ettiği belirtilmektedir[18].

c. Mülkiyetin Geniş Kesimlere Dağıtılması

Sınırlı sorumlu şirketler katkılarıyla kapitalist ve karma ekonomiler için önemli bir üretim aracıdır. Sınırlı sorumluluk uygulaması yoluyla küçük tasarruf sahiplerinin az bir miktar para ile bilgi ve tecrübe ihtiyacı olmaksızın sadece katılım paylarını riske atarak büyük işlere katılmaları mümkün kılınmaktadır[19]. Ayrıca girişimcilerin piyasaya girişi kolaylaştırılmakta ve toplumun çeşitli kesimlerine, üretim araçları üzerindeki mülkiyete ortak olma imkânı tanınmaktadır[20].

2. Sınırlı Sorumluluk Kuralını Eleştiren Görüşler

a. Riski Dışsallaştırmanın Zararı Ortadan Kaldırmaması

Riskin dışsallaştırılması, yatırımcıların sınırlı sorumluluk kuralı olmasaydı bizzat yüklenecekleri maliyetin, sözleşme ve haksız fiil alacaklılarına paylaştırılması anlamına geldiğinden toplam zararın azalması veya ortadan kaldırılması söz konusu değildir[21].

b. Diğer Eleştiriler

Sınırlı sorumluluğun kötüye kullanılmasının sistematik hâle gelebilme eğilimi ve bu kuralın mülkiyetin geniş kesimlere dağıtılmasındaki etkisinin zayıf olduğu eleştirileri yapılmaktadır[22].

Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması ihtiyacı ilk olarak Anglo-Amerikan hukukunda tartışılmıştır. Bu teori, tüzel kişiliğin sözleşmeden veya kanundan doğan yükümlülükleri ile borçlarından kurtulmak için bir araç olarak kullanılması karşısında geliştirilmiştir[23]. Tüzel kişinin ortaklarından ayrı bir mal varlığı ve kişiliğinin bulunması, iyi niyetli olmayan kimseleri, bu ayrı kişiliği kendi çıkarlarına uygun ancak alacaklılara zarar verecek biçimde kötüye kullanmalarına yol açmıştır.

18 a.g.e. s. 14.
19 a.g.e. s. 13.
20 a.g.e. s. 13.
21 a.g.e. s. 15.
22 a.g.e. s. 17-18.
23 Yılmaz, L. (2008). s. 239.

C. ÇEŞİTLİ HUKUK DÜZENLERİNDE ŞİRKETLERDE SINIRLI SORUMLULUK KURALI VE TÜZEL KİŞİLİK PERDESİNİN ARALANMASI

1. Amerikan Hukukunda

Tüzel kişilik perdesinin aralanmasının kökenleri Amerikan hukukuna dayanmaktadır. Bu teori hukuk sisteminin olağan bir ögesi olarak nitelendirilmiş, uyuşmazlığın adil çözümüne yardımcı olarak benimsenmiştir. Teori, federal ölçekte genel bir düzenleme olarak yer almamakla birlikte teorinin uygulanması kimi eyalet kanunlarında yer verilen ve genellikle eyaletler arasında farklılık gösteren yargısal bir çözüm olarak görülmektedir[24].

İlk defa Wormser'in 1912 tarihli *"Piercing the Veil of Corporate Entitiy"* kenar başlıklı makalesinde *"tüzel kişilik perdesinin aralanması"* tabiri kullanılmıştır[25]. Buna göre yazar 1839 tarihli *Fairfeld County Turnpike Co./Thorp* kararına atıf yapmıştır. *Bank of U.S./Deveaux* kararı ile ilgili olarak *"mahkemeler perdeyi bir kenara çekti ve şirket ortaklarının karakterine baktı"* şeklinde bir yorum yapıldığına vurgu yapılmıştır[26].

Amerikan hukuk kültüründe şirketlerin ayrı tüzel kişiliklerinin varlığı ve ortakların getirdikleri sermaye ile sınırlı sorumlu tutulmaları yerleşmiş bir ilke olarak kabul edilmektedir. Bununla birlikte tüzel kişilik perdesinin aralanması Amerikan şirketler hukuku alanında en çok dava edilen konulardan biri olarak gösterilmektedir[27]. ABD mahkemeleri genellikle Common Law kavram ve kurumlarına başvurmakla birlikte *"alter ego"* ve *araçsallık* (*instrumentality*) gibi yeni yaklaşımlar da getirmişlerdir[28]. *Alter ego* teorisi şirketin hâkim ortakların kişisel çıkarları için maske olarak kullanılması anlamına gelmektedir[29]. *Araçsallık* kuralı ise bağlı şirketin bağımsız faaliyet göstermemesi ancak hâkim şirketin kontrolü doğrultusunda iş yapmasıdır[30].

ABD mahkemeleri genel bir kamu politikasının veya uyuşmazlıkla ilgili bir kanunun amacını gerçekleştirme durumlarında da perdeyi aralayabilmektedir. *National Labor Relations Board v Fullerton Transfer &Storage* kararında mahkeme, iş kanununun yükümlülüklerinden kaçınmak için özel

24 Günay, S. N. (2016). s. 66.
25 Wormser, M. I. (1912). "Piercing the Veil of Corporate Entity", *Columbia Law Review,* C. 12., S. 6., s. 498.
26 Günay, S. N. (2016). s. 67.
27 Thompson, R. B. (1997). "The Limits of Liability in the New Limited Liability Entities", *Wake Forest Law Review,* S. 32., s. 1; Thompson, R. B. (1991). "Piercing the Corporate Veil: An Empirical Study", *Cornell Law Review,* C. 79., S. 5., s. 1036.
28 Cheng, T. K. (2011). "The Corporate Veil Doctrine Revisited: A Comparative Study of the English and the U.S. Corporate Veil Doctrines", *Inernational & Comperative. Law Review*, S. 329., s. 343-362.
29 Günay, S. N. (2016). s. 68.
30 a.g.e. s. 68.

bir çaba olduğu gerekçesiyle perdenin aralanmasına hükmetmiştir[31]. Yapılan bir araştırmada vergi hukuku, işçi tazminatları veya çevre hukuku ile ilgili bir dava olduğunda mahkemelerin sermaye yetersizliği, formalitelere uymama veya yanlış tanıtma gibi geleneksel perdenin aralanması gerekçelerini daha az kullandıklarını ve ilgili kanunun amacının ihlal edilmesinin gerekçe gösterildiğini belirtmektedir[32]. Buna göre mahkemelerin kararlarından çıkan sonuç, şirketler kanunun amacı doğrultusunda karar almaktan kaçınıyorlarsa veya amacının aksi yönünde kararlar alıyorlarsa, tüzel kişilik perdesi ayakta tutulmaz.

Tüzel kişiliğin göz ardı edilmesine dair en önemli ilk kararlardan biri olan *United States v Milwaukee Refrigerator Transit Co.(1905)* kararında mahkeme, genel bir çerçeve çizmiştir[33]. Buna göre tüzel kişilik kavramı, kamu menfaatini ihlal etmek (defeat public convenience)/kamuyu yanıltmak, hukuka aykırılığı ortadan kaldırmak, hileyi korumak veya suçu savunmak için kullanılırsa hukuk, ilgili şirkete (ayrı bir tüzel kişilik yerine) gerçek kişilerden oluşan bir birlik gözüyle bakacaktır. Dolayısıyla ortaklar, müteselsil ve sınırsız sorumlu tutulacaklardır.

Anderson v Abbott kararında, *"Mahkemeler, hukukun formları kullanılarak aldatılmaya göz yummayacaklardır. Tüzel kişilik yokmuş gibi yapılan işlemin özünü araştıracak ve somut olay adaletinin gerektirdiği şekilde karar vereceklerdir."* denilmiştir[34].

Amerikan hukukunda mahkemeler, perdenin aralanmasında çok unsurlu testler kullanmaktadır. Mahkeme kararlarında ifade edilen başlıca unsurlar şunlardır[35]:

- Sermaye yetersizliği (sektöre, faaliyete göre değişir),
- Şirket formalitelerini yerine getirmeme,
- Ortaklar ile şirketin mal varlığının ve faaliyetlerinin karışması,
- Kâr paylarının ödenmemesi,
- Şirket fonlarının ele geçirilmesi (özellikle hâkim ortaklar tarafından),
- İşlevsiz şirket çalışanları ve yöneticileri,
- Yaygın kontrol,

31 a.g.e. s. 68.
32 Thompson R. B. (1991). s. 1062.
33 Günay, S. N. (2016). s. 70. Karar için bkz. 142 F. 247, 255. http://documents.tips/documents/us-v-milwaukee.html (Erişim Tarihi: 31/10/2023)
34 a.g.e. s. 69.
35 a.g.e. s. 70-71.

- Şirket hesaplarında/kayıtlarında/raporlarında tutarsızlık, eksiklik,

- Şirketlerin kayıtlarının, çalışanlarının ve işlevlerinin birbirleriyle karışması,

- Alter Ego teorisi; şirketin, hâkim ortak/ların kişisel çıkarları için maske (façade) olarak kullanılması,

- Bağlı şirketlerle iş/ilişkilerde (arm's length) mesafenin korunmaması,

- Alacaklılara karşı aldatıcı şekilde yanlış tanıtma (misrepresantation),

- Şirketin hile, haksızlık ve hukuka aykırılık için kullanılması,

- Kişisel borçlar için şirketin ödeme yapması[36].

ABD hukukunda kamu alacakları ve özellikle vergi alacakları yönünden de sınırlı sorumluluk ilkesi geçerli olup yukarıda değinilen istisnai durumlarda tüzel kişilik perdesi aralanabilmektedir. *Kardash v. Commissioner* kararında mahkeme, Amerikan Vergi Dairesinin (IRS) ödenmemiş vergi borçları için olaydaki koşullar sebebiyle tüzel kişilik perdesini aralayabileceğine karar vermiştir[37]. Karara konu olayda şirket, iflas durumunda olmasına rağmen hissedarlarına kâr payı dağıtmıştır. Mahkeme iflas etmiş bir şirketin hissedarlarına kâr payı dağıtmasının esaslı hileli bir davranış olduğunu belirtmiş ve aktif olarak şirket yönetimine katılmayan ortakların dahi vergi borcundan sorumlu olacakları sonucuna varmıştır.

Newman v. Motorola, Inc. kararında[38] ana şirketin önemli kararlara katıldığı, yönetim kurulu üyesi atadığı ve vergi borçları ile ilgili işlemler yaptığı olayda ödeme yetersizliği veya hileli bir davranış söz konusu olmadığı için bu etkenlerin tüzel kişilik perdesinin aralanmasını gerektirmeyeceği vurgulanmıştır. *Velasquez v. P.D.I. Enters, Inc.* kararında da yine mahkeme, şirketin hileli davranışı, açık bir adaletsizlik veya şirketin bağımsızlığının eksikliği gibi kanıt getirilmediği için perdenin aralanamayacağı sonucuna varmıştır[39].

Sonuç olarak belirtmek gerekir ki Amerikan modeli, yöneticileri ve ortakları kişisel sorumluluktan kurtarmaya yönelik olup böyle bir sorumluluk

36 Teorinin açıklama çabasında sayısız test bulunmasının yanında, bu testleri bütüncül olarak ele almaya çalışan bazı yaklaşımlar öne çıkmaktadır. Bunlar; Powell Kuralı, Wormser Kuralı, Krendls Teorisi, Powells Residual Testi'dir.

37 IRS Pierces Corporate Veil For Unpaid Tax Liabilities, Upheld By Tax Court. https://rsmus.com/what-we-do/services/tax/washington-national-tax/irs-pierces-corporate-veil-for-unpaid-tax-liabilities--upheld-by.html (Erişim Tarihi: 31/10/2023)

38 125 F. Supp. 2d 717 (D. Md. 2000); Schwartz, J. A. (2008). "Piercing the Corporate Veil of an Alien Parent for Jurisdictional Purposes: A Proposal for a Standard That Comports with Due Process", *California Law Review,* C. 96., S. 3., s. 748.

39 141 F. Supp. 2d 189 (D. P. R. 1999); Schwartz, J. A. (2008). s. 748.

oldukça istisnai olarak görülmüştür[40]. Eyaletlerin çoğu yöneticilere iyi niyetle ve şirketin çıkarlarına uygun şekilde davranma yükümlülüğü yüklemiştir[41].

2. İngiliz Hukukunda

İngiliz hukukunda da perdenin aralanması, mahkeme kararları ve doktrin görüşleri doğrultusunda uygulanmakta, İngiliz Şirketler Kanunu'nda (*Companies Act 2006*) kanuni bir dayanak bulunmamaktadır. İngiliz hukukunda, tüzel kişilik perdesinin aralanması farklı kaynaklarda üç döneme ayrılarak incelenmektedir[42].

İngiltere'de 1855 tarihli Sınırlı Sorumluluk Kanunu'yla birlikte, şirketler sınırlı sorumluluk koruması altına alınmıştır[43]. İngiliz hukukunun önemli kararlarından biri olan *Salomon* davasında ise derece mahkemeleri sınırlı sorumluluğun bir istisnası olarak tüzel kişilik perdesini aralamışlardır[44]. Dignam'a göre ilk dönem *Salomon v Salomon* davasıyla başlayan klasik dönemdir ve 1897-1966 arasındaki davalardaki genel tutumu yansıtmaktadır[45]. Bu dönemde, Lordlar Kamarası, tüzel kişilik ve sınırlı sorumluluk ilkelerini öncelikli görmüşler ve perdeyi aralamayı tercih etmemişlerdir[46].

Ardından gelen, 1966-1989 arasındaki müdahaleci dönem olarak adlandırılan dönemde ise Salomon davasıyla benimsenen uygulamanın

40 Konu hakkında bilgi için bkz. Gerding, E. F. (2008). United States of America, içinde Anderson, H. (Der.), *Directors Personal Liability for Corporate faults in the United States*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, s. 301-330.

41 USLEGAL. https://corporations.uslegal.com/officer-and-director-liability/state-laws-governing-officer-and-director-liability/ (Erişim tarihi: 31/10/2023). Am. Law Inst., Corporate Governance Principles § 4. 01(c): *"A director or officer who makes a business judgment in good faith fulfills his duty, if the director or officer is not interested in the subject of the business judgment to the extent the director or officer reasonably believes to be appropriate under the circumstances; and rationally believes that the business judgment is in the best interest of the corporation."*

42 Pehlivan, S. (2015). "İngiltere ve ABD Hukukunda Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması", *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 92., S. 2., s. 214.

43 The Limited Liability Act (1855).

44 *Salomon v Salomon & Co Ltd.* [1897] AC 22 (HL).

45 Bafra, E. (2014). "İngiliz Mahkemelerinde Şirket Tüzel Kişiliğinin Perdesinin Kaldırılması", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 112., s. 361-362.

46 Pehlivan, S. (2015). s. 214-215: *"Salomon davasında, bağımsız olarak çalışan bir deri tüccarı Salomon, kendisinin yönetici olduğu bir limited şirketi, ailesinin diğer altı ferdinin de azınlık pay sahipliğinde kurmuş ve kendi işini bu şirkete satmıştır. Böylece yeni kurulan şirketin hem pay sahibi, hem de en büyük alacaklısı olmuştur. Sonrasında bu şirket tasfiyeye girdiğinde, tasfiye memuru, şirketin borçlarına karşılık Salomon'a verilen rehinin geçersiz olduğunu iddia etmiştir. Mahkeme Salomon'un limited şirket kurmasındaki tek amacının, kendi işini transfer ederek, şirketi aslında vekili gibi kullanmak olduğu gerekçesiyle, şirket borçlarından sorumlu olduğuna karar verilmiştir. Lordlar Kamarası ise, Salomon'un şirket kurmak için kanunun belirttiği tüm formaliteleri sağlayarak bir limited şirket kurduğu ve şirketlerin ayrı bir kişiliği olduğu gerekçesiyle, ticari işin doğrudan şirkete ait olduğunu ve aynı anda aynı şirket için hem var hem de yok denilemeyeceğini belirtmiştir. Lordlar Kamarası, sınırlı sorumluluğa ilişkin kanunu üstün tutarak, bu kanuna uygun kurulan bir şirketin ayrı tüzel kişiliğini, her ne şart altında olursa olsun korumuştur. Salomon kararı, şirketlerin ayrı birer kişiliği, çalışanları ve alacakları olduğu, yapay olsa bile ekonomik birer aktör olduklarını ortaya koymuştur."*

aksine, mahkemeler sıklıkla perdenin kaldırılması yoluna gitmişlerdir[47]. Littlewoods Mail Order Stores v IRC18 (Littlewoods) ve DHN Food Distributors Ltd ve London Borough of Tower Hamlets (DHN) davaları bu yaklaşıma örnek olarak gösterilebilir.

Son olarak ise 1989'dan günümüze kadar olan çağdaş dönemde *Adams v Cape Industries plc (Adams)*[48] davasının etkisi görülmekte olup bu dönemde, *Salomon* davasıyla benimsenen uygulamaya dönülmüş ve *Adams* davasında belirlenen ölçütler mahkemelerce kullanılmıştır[49]. *Adams* davasında, ticari hayatta belirliliğin korunması amacıyla perdenin kaldırılması doktrininin istisnai olarak uygulanabileceği kabul edilmiş ve şirket tüzel kişiliği ön planda tutulmuştur. Buna göre tek bir ekonomik birim gibi hareket edilmesi, hile, temsilcilik ilişkisi, muvazaalı işlemin varlığı[50] ve ana şirketin yavru şirketmiş gibi faaliyet göstermesi[51] gibi durumlarda tüzel kişilik perdesinin aralanabileceği belirtilmiştir[52].

VTB Capital Plc v Nutritek International[53] davasında, mahkeme tüzel kişilik perdesinin aralanması doktrininin amaç ve sınırlarını ortaya koymuş, paravan şirketin tarafı olduğu sözleşmeden doğan sorumluluğa ilişkin mahkemede iddia edilen hususlar ile paravan şirkete yöneltilen talebin, savunulamayacak bir hukuksal durumu ifade ettiği belirtilerek şirket tüzel kişiliği perdesi kaldırılmamıştır[54].

Tüzel kişilik perdesinin aralanması talepleri karşısında, esas olarak tüzel kişilik ayakta tutulmak istenmektedir. Ortakların sınırlı sorumluluğu birincil öneme sahiptir. Perdenin aralanması, ancak başka bir çözüm yolu kalmadığında başvurulacak bir yöntemdir. Bunun temel gerekçesi ise şirketler hukukunun temel ilke ve kurallarına mümkün olduğunca bağlı kalınarak, ticari hayattaki belirliliğin devamının sağlanması ve küçük yatırımcının ekonomiden uzaklaşmaması olarak nitelendirilmektedir[55].

İngiltere'de tüzel kişilik varlığını korumaya eğilim güçlü olmakla birlikte özellikle vergi hukukunun söz konusu olduğu alanlarda perdenin aralanmasına karar verilebilmektedir. *Bartholomay Brewing Company v. Wyatt* (*Surveyor of Taxes*) kararına konu olayda Amerika Birleşik Devletleri'nde

47 Bafra, E. (2014). s. 361-362.
48 [1990] Ch 433 (CA).
49 a.g.e. s. 362.
50 *Woolfson v Strathclyde Regional Council* [1978] SC 90 (HL).
51 *Chandler v Cape Plc* davasında, ana şirket her ne kadar yavru şirketten farklı bir tüzel kişi olsa da, yavru şirketin istihdam ettiği işçinin haklarının korunmasından da sorumlu olduğu vurgulanmıştır, [2012] EWCA 525 (CA).
52 a.g.e. s. 364.
53 [2012] EWCA 808 (CA)
54 a.g.e. s. 365.
55 a.g.e. s. 371.

faaliyet göstermiş gibi gözüken bir İngiliz şirketinin vergilendirilmesi söz konusudur. Mahkeme İngiliz şirketinin de aralarında yer aldığı hissedarların şirketi yönetmediğini kabul etmekle birlikte bu şirketin oluşturulan şirketin işleri üzerinde büyük bir kontrolünün olduğunu ve alınan kararları önemli ölçüde etkilediğini tespit ederek tüzel kişilik perdesini aralamıştır[56].

Diğer taraftan modern vergi hükümlerinin şirketi temsil eden yöneticilere odaklandığı ifade edilmektedir[57]. Buna göre şirketin çoğu davranışı yöneticilere yüklenebilir. Yöneticiler gerçek dünyada şirketin davranışlarının birer aracıdır. Bir vergi kaçakçılığı benzeri olaylarda şirketi temsil eden yöneticilerin böyle bir davranışın sonuçlarını öngörerek kaçınmaları beklenmektedir[58]. İngiltere'de perdenin aralanması genellikle kamu alacaklarının söz konusu olduğu durumda uygulanmaktadır[59]. 2006 tarihli Şirketler Kanunu ve 1986 tarihli İflas Kanunu hükümleri şirketin yönetiminde aktif rol alan hissedarlar ile yöneticileri hedef almıştır. Bu kuralların amacı ise şirket tüzel kişiliğinin ihmali veya kasti olarak kötü yönetimi önünde caydırıcı bir etki oluşturmaktır[60].

3. Alman Hukukunda *(Durchgriff)*

Tüzel kişilik perdesinin aralanması teorisi Anglo Amerikan Hukuku'ndaki gelişmeleri takiben 1920'li yıllardan beri Alman hukukunda tartışılmıştır[61]. Alman Şirketler Hukuku'nda, sınırlı sorumluluk, *Aktiengesellschaft* (*AG* – Anonim şirket- AŞ) ve *Gesellschaft mit beschraenter Haftung* (*GmbH*- Limited şirket- LTD) şirketlerine tanınmıştır. Sınırlı sorumluluğun göz ardı edilerek tüzel kişilik perdesinin aralanmasında "*Durchgriffshaftung*" terimi kullanılmaktadır[62].

Alman hukukunda bu teorinin dayanağı olarak genellikle dürüstlük kuralı görülmekte olup bunun hakkın kötüye kullanılmasının bir yansıması olduğu belirtilmektedir[63]. Buna göre tüzel kişilik yapısının kullanılmasının hukuk düzenine aykırı düştüğü ve özellikle kötüye kullanıldığı ya da şirket ile ortaklar arasındaki ayrılığa dayanmanın dürüstlük kuralına aykırılık

56 Lezcano, J. M. (2015). *Piercing the Corporate Veil in Latin America Jurisprudence: A comparison with the Anglo-American Method*, Londra: Routledge, s. 46.
57 a.g.e. s. 46.
58 a.g.e. s. 47.
59 a.g.e. s. 48.
60 a.g.e. s. 48.
61 Öztek, S. ve Memiş, T. (2008). Şirketler Hukuku ve İcra İflas Hukuku İlkeleri Karşısında Borçlu Şirketin Alacaklılarının Hâkim Ortağa Karşı Korunması, içinde Ulusoy, E. (Der.), *Marmara Üniversitesi I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu-Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması*, İstanbul: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, s. 197.
62 Kervankıran, E. (2007). "Sermaye Ortaklıklarında Sınırlı Sorumluluk İlkelerine Karşı Önemli Bir İstisna: Tüzel Kişilik Perdesi'nin Aralanması", *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 11., S. 3-4., s. 458 vd.
63 a.g.e. s. 197.

teşkil ettiği hâllerde perdenin aralanabileceği kabul edilmektedir[64]. Bunlar, "hukuki bağımsızlığın kötüye kullanılması"; "yaratılmış bağımsızlık görünümü"; "bağımlı olma ilişkinin kötüye kullanılması" gibi durumlardır. Alman hukukunda tüzel kişilik yapısının korunmasından yana olan yazarlar, ancak belirli istisnai durumlarda bu kişiliğin perdesinin aralanabileceğini, tüzel kişilik yapısının kötüye kullanılmasına ise hukuk sisteminin izin veremeyeceğini belirtmişlerdir[65].

Alman doktrininde yer alan teorilerden ilki Serick'in *"subjektif kötüye kullanma"* teorisidir[66]. Bu görüşe göre genel olarak perdenin kaldırılmasını haklı gösterecek bir sebep bulunmayıp ancak istisnai hâllerde, tüzel kişilik yapısı onun arkasında duran şahıslar tarafından yönetilmiş olduğu amacın dışında kötüye kullanıldığı takdirde perdenin aralanması söz konusu olabilir[67]. Serick, tüzel kişinin yardımı ile "kanunun dolanılması", "sözleşmenin dolanılması" veya "sözleşmeye aykırı davranılması" ve son olarak da "haksız bir şekilde üçüncü kişinin zarara uğratılması" hâllerinde perdenin aralanabileceğini belirtmektedir[68]. Ancak bu koşullar yeterli olmayıp perdenin aralanması için ek olarak "hukuka aykırılık niyeti"nin varlığı da aramaktadır[69].

Müller-Freinfels tarafından Serick'in bu çözümüne karşı, *"normların amacı teorisi"* ortaya atılmıştır[70]. Müller-Freinfels'e göre her olayda uygulanması gereken normun anlamı, amacı, kapsamı ve koruduğu çıkarlar dikkatlice araştırılarak somut olayda perdenin kaldırılmasının gerekli olup olmadığına karar verilmelidir[71].

Alman Doktrininde perdenin aralanmasına yol açabilecek bazı durumlar şu şekilde belirlenmiştir: "sermaye yetersizliği", "mal varlıklarının ve alanların birbirine karışması" ve "yabancı yönetim".

Alman Vergi Kanunu[72] mad. 34/1 hükmüne göre gerçek ve tüzel kişilerin temsilcileri, varlık ve derneklerin yönetici direktörleri bu kişilerin vergi yükümlülüklerini yerine getirmekle yükümlüdür. Aynı Kanun mad. 34/2 hükmünde ise derneklerin yönetici direktörlerinin bulunmaması

64 a.g.e. s. 197.
65 Nakl: Yılmaz, L. (2008). s. 242.
66 *"Rechtsform und Realität juristische Person"* adlı eseri ile tüzel kişilik perdesinin kaldırılması konusunu Alman Hukukunda ayrıntılı olarak ilk inceleyen yazardır (Nakl: Kervankıran, E. (2007). s. 461).
67 a.g.e. s. 461-462.
68 a.g.e. s. 462.
69 a.g.e. s. 462.
70 Müller-Freienfels, W. (1957). *Zur Lehre vom sogenannten „Durchgriff" bei juristischen Person im Privatrecht*, AcP, s. 522 vd. (Nakl: a.g.e. s. 462).
71 a.g.e. s. 462-463.
72 Kanun metni için bkz. https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_ao/englisch_ao.html#p0596 (Erişim Tarihi: 31/10/2023)

hâlinde üyelerin sorumlu olacağı açıklanmıştır. Bu Kanun'un mad. 69 vd. hükümlerinde sorumluluk hükümleri düzenlenmiştir. Buna göre mad. 69'da temsilcilerin görevlerini ağır ihmal veya kasıtlı olarak yerine getirmemesi hâlinde ödenmeyen vergi borçlarından sorumlu olacakları düzenlenmiştir.

Alman hukukunda ortaklara başvurmak imkânı olmayan durumlarda alacaklılar için ortaklık sermayesi bir garanti fonu olarak görülmektedir[73]. Bu sebeple alacaklıların korunması amacıyla sermayenin gereği gibi tesis edilmesi ve ortaklığa konulmuş sermayenin korunması yönünde çeşitli kanun hükümleri getirilmiştir[74]. Ancak limitet şirketin hukuk düzeninin öngördüğü amaçların dışında kullanılması, sermaye yetersizliği, tek kişi limitet ortaklığı gibi bazı hâllerde doğrudan doğruya şirket ortaklarına gidilebilmesi mümkündür[75].

Almanya'da yöneticinin temsil görevini yerine getirmemesi hâlinde tüzel kişilik perdesi aralanabilmektedir[76]. Ayrıca yönetimde aktif görev alan bir yönetim kurulu üyesinin şirketin menfaati için en doğru olanı yaptığını kanıtlaması durumunda kişisel olarak sorumlu tutulamayacağı kabul edilmektedir[77].

Alman hukukunda aşağıdaki durumlarda bir yöneticinin kişisel sorumluluğuna gidilebilmektedir[78]:

- Şirketin yöneticinin bir davranışı yüzünden alacağı ödeyemeyecek duruma gelmesi,
- Şirketin iflas etmesi ve yöneticinin alacaklıların zararına olacak şekilde bu sürecin uzamasına yol açması,
- Yöneticinin ciddi bir görev ihmali sebebiyle davranışının kanun hükümlerine göre üçüncü kişilerin ve alacaklıların zararına yol açması.

Alman hukukunda sosyal güvenlik ödemeleri şirket ve çalışan tarafından ortaklaşa yapılmakta olup ödemeler şirketçe maaştan kesilerek gerçekleştirilmektedir. Şirketin ödeme güçlüğüne düştüğü durumlarda ise

73 Çamoğlu, E. (1973). "İsviçre, Alman ve Türk Hukuklarında Limited Ortağın Sınırlı Sorumluluğu İlkesinin Anlamı ve Nitelikleri", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 38., S. 1-4., s. 509.

74 a.g.e. s. 509.

75 a.g.e. s. 510.

76 Farat, A. ve Michon D. (2008). "Lifting the corporate veil: limited liability of the company decision-makers undermined? Analysis of English, U.S., German, Czech and Polish approach", *Common Law Review*, S. 9., s. 24.

77 a.g.e. s. 24.

78 Schmeilzl, B. (2018). "Director's Duties and Liabilities under German Law", https://www.crosschannellawyers.co.uk/directors-duties-and-liabilities-under-german-law/ (Erişim Tarihi: 31/10/2023); Wagner, G. (2015). "Officers' and Directors' Liability Under German Law – A Potemkin Village", *Theoretical Inquiries in Law*, C. 16., S. 1., s. 69-106.

Alman Medenî Kanunu mad. 828 hükmüne göre şirket yöneticileri kusurları çerçevesinde sorumlu olabilmektedir[79].

4. İsviçre Hukukunda

1991 reformundan önce İsviçre Borçlar Kanunu'nda, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunun müteselsil olduğu ifade edilmiş, böylece müteselsil sorumluluk ilkesi benimsenmişti[80]. Ancak 1991 değişikliği ile birlikte farklılaştırılmış teselsül hükümleri kabul edilmiştir[81].

İsviçre hukukunda perdenin kaldırılması teorisinin dayanağı İsviçre M.K. mad. 2 olarak gösterilmektedir[82]. Buna göre tüzel kişiliğin ortakları veya yöneticileri tarafından tüzel kişiliğin kötüye kullanılması hâlinde tüzel kişiliğin ayrı bir hukuki varlık olduğu ve bu sebeple o tüzel kişinin ortaklarının veya yöneticilerinin mal varlığına başvurulamayacağı savunması hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirilir. İsviçre doktrininde kamu düzeni, normun yorumlanması, ahlaka aykırılık, verilen bilgi veya beyandan kaynaklanan sorumluluk gibi çeşitli başka dayanaklar da gösterilmiştir[83]. Perdenin aralanması teorisi çoğunlukla hâkim ortağın söz konusu olduğu tek kişi ortaklıklarında uygulanmaktadır. İsviçre'de bu kavramın her durumda kabulü gibi bir sonucun mümkün olamayacağı ancak hakkın açıkça kötüye kullanılması kapsamına giremeyecek her düzgün olmayan davranışı hedef almadığı belirtilmektedir[84].

İsviçre Borçlar Kanunu mad. 754 hükmüne göre anonim şirket yönetim kurulu üyeleri görevlerini kasıtlı olarak veya ihmal suretiyle ihlali yüzünden ortaya çıkan zararlar için gerek şirkete gerekse de alacaklılara karşı sorumludur[85].

İsviçre hukukunda şirket yöneticileri özellikle şirketin merkezinin yurt dışına transfer edilmesi gibi durumlarda vergi borçlarından şahsen de sorumlu olabilmektedir . Bununla birlikte, şirket yöneticileri gereken bütün tedbirleri aldıklarını ispat ederek sorumluluktan kurtulabilmektedir. Şirket yöneticilerinin sosyal güvenlik ödemeleri bakımından da çeşitli sorumlulukları vardır. İsviçre sosyal güvenlik sistemine göre işveren sosyal güvenlik primlerini çalışanlardan maaşından keserek yatırmak durumundadır. Bu

79 Loos, A. (2016). Germany, içinde Loos, A. (Der.), *Directors' Liability: A Worldwide Review*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, s. 210.

80 Helvacı, M. (2013). "Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğunda Farklılaştırılmış Teselsül", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 2., s. 81.

81 a.g.e. s. 83.

82 Öztek, S. ve Memiş, T. (2008). s. 198.

83 a.g.e. s. 199.

84 a.g.e. s. 199.

85 International Practice Group. (2014). "Directors' Liability in Switzerland", https://www.ipg-online.org/news/item/36/ (Erişim Tarihi: 31/10/2023)

bağlamda İsviçre Sosyal Güvenlik Kanunu mad. 52'ye göre sosyal güvenlik ödemesinin yapılmamasından ötürü işveren sorumlu tutulmaktadır.

6. Fransız Hukukunda

Fransız hukukunda genellikle *"tüzel kişiliğin kötüye kullanılması"* kavramı kullanılmaktadır. Buna göre tüzel kişiliğin, şirketi *de jure* veya *de facto* yöneten kişi tarafından kötüye kullandığı hâllerde, bu yöneticinin tacir olmasa bile şahsi iflasının istenebileceği kabul edilmiştir[86]. Tüzel kişinin mal varlığı üzerinde kendi mal varlığıymış gibi tasarrufta bulunmak; davranışlarını maskeleyen tüzel kişilik örtüsü altında kişisel yararları için ticari işlemler yapmak; kişisel amaçlarla başka bir tüzel kişiyi kayırmak için tüzel kişinin mallarını veya kredisini onun menfaatlerine aykırı olacak biçimde kullanmak gibi hâller kötüye kullanma sebepleri olarak sayılmıştır[87].

Fransız hukukunda yöneticiler iflas hâlinde dahi kural olarak şirket borçlarından sorumlu değildir. Ancak 1986 yılında yapılan bir kanun değişikliği ile yöneticilerin de kusurlu yönetimin söz konusu olduğu bazı durumlarda sorumlu olabileceği kabul edilmiştir.

Sosyal güvenlik alacakları yönünden Fransız işverenleri üç ayrı sosyal güvenlik programına ödeme yapmaktadırlar: sosyal güvenlik, emeklilik ve işsizlik fonu. Şirket yöneticileri ise şirketçe ödemelerin yapılmamasının ancak yöneticilerin kusuruna dayandığı durumlarda veya cezai bazı süreçler söz konusu olduğu takdirde kişisel olarak bu borçlardan sorumlu tutulabilmektedir[88].

II. TÜRK HUKUKUNDA ŞİRKETLERDE SINIRLI SORUMLULUK KURALI VE ŞİRKET TÜZEL KİŞİLİĞİ PERDESİNİN ARALANMASI

A. GENEL OLARAK

Türk hukukunda tüzel kişilik perdesinin aralanması teorisinin ilk defa, teoriyi işaret ederek *"tülü kaldırma"* ifadesiyle Poroy'un 1963 yılında Banka ve Ticaret Hukuku Haftası'nda sunduğu "*Holding*"ler başlığını taşıyan bildirisini takiben yapılan tartışma bölümünde Ansay tarafından kullanıldığı ifade edilmektedir[89].

Türk hukukunda tüzel kişilik perdesinin aralanması ilkesi TMK mad. 2 hükmündeki dürüstlük kuralına ve hakkın kötüye kullanılmasına

86 Öztek, S. ve Memiş, T. (2008). s. 200.

87 a.g.e. s. 200.

88 Buhart, J. ve Lafont, N. (2016). France, içinde Loos, A. (Der.), *Directors' Liability: A Worldwide Review*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, s. 189 vd.

89 Antalya, G. (2008). Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Teorisi, içinde Ulusoy, E. (Der.), *Marmara Üniversitesi I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu-Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması*, İstanbul: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, s. 144.

dayandırılmaktadır[90]. Tüzel kişilik perdesinin aralanması kavramı sadece ticaret hukuku alanında değil özel hukukun çeşitli dallarında ve kamu hukukunda ortaya çıkabilmektedir. Bu kavram özellikle de vergi hukuku alanında sıklıkla kullanılmaktadır.

Danıştay bu kavramı açıkça kullanmadığı ilk kararlarında *"mücerret hukuki durumun değil, fiili durumun esas alınması"* gerektiğini vurgulamıştır[91]. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da karşılaştırmalı hukuka atıfla *"…perdenin kaldırılması yöntemiyle gizlenen amaç ve eylem çıkartılıp sergilenerek sorumluluk belirlenmelidir…"* yönünde bir içtihat geliştirmiştir[92]. Doktrinde tüzel kişilik perdesinin kaldırılması *"tüzel kişinin ortağının sorumluluğunu öngören açık bir kanun veya sözleşme hükmünün bulunmamasına rağmen, ortağın, tüzel kişinin borçlarından tüzel kişilik perdesinin kötüye kullanılması sebebiyle sorumlu tutulduğu"* şeklinde tarif edilmektedir[93]. Ayrıca kanun veya sözleşmeyle tüzel kişinin borçlarından, tüzel kişinin ortağının sorumlu tutulabileceğinin düzenlenmesinin teknik anlamda tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teşkil etmediği kabul edilmektedir[94]. Tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasının ön şartı ise tüzel kişi alacaklılarının alacaklarını tahsil edememeleri sebebiyle zarara uğramalarıdır[95].

Tüzel kişiliğin varlığı asıl olup borcun yükümlüsü olan tüzel kişilik varken başka bir şirkete veya şirketin ortaklarına karşı bu borçtan dolayı takip yapılamaz. Ancak bazı hâllerde, özellikle şirketin tüzel kişiliğinin kötüye kullanıldığı durumlarda borçlu şirketin tüzel kişilik perdesi aralanmak suretiyle gerçek veya tüzel kişi ortakların sorumluluğuna gidilebilir. Türk hukukunda bu hâller şöyle sıralanmıştır[96]: Mal varlıklarının veya tüzel kişi ile ortakların alanlarının karışması, yetersiz sermaye, şirketin tüzel kişiliğinin bilinçli olarak alacaklıların zararına kullanılması ve şirket üzerinde hâkim olan tek ortağın kusurlu bir şekilde ortaklığın mal varlığına müdahale ettiğinin tespit edilmesi. Nitekim Türk hukukunda tüzel kişilik

90 Uyanık, N. K. (2019). *Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması ve Organik Bağ*, Ankara: Seçkin Yayınevi, s. 138 vd.

91 Danıştay Dördüncü Dairesinin E.1961/4471, K.1962/644 sayılı kararı.

92 Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 22/9/2004 tarihli ve E.2004/4-360, K.2004/431 sayılı kararı.

93 Kaşak, F. E. (2020). "Tüzel Kişilik Kavramı ve Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 26., S. 2., s. 1252. Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması ile ilgili açıklama ve teoriler için ayrıca bkz. Pulaşlı, H. (2022), *Şirketler Hukuku*, Ankara: Adalet Yayınevi, s. 643 vd.; Poroy R., Tekinalp Ü. ve Çamoğlu, E. (2023). *Ortaklıklar Hukuku II*, İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 121., a, b, g.

94 a.g.e. s. 1252.

95 a.g.e. s. 1253.

96 Sağlam, İ. (2008). Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Kavramına Genel Bir Bakış, içinde Ulusoy, E. (Der.), *Marmara Üniversitesi I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu-Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması*, İstanbul: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, s. 157 vd.; Antalya, G. (2008). s. 151 vd.; Öztek, S. ve Memiş, T. (2008). s. 204 vd.

perdesinin istisnai hâllerde kaldırılabileceği ve dar yorumlanması gerektiği ifade edilmektedir[97].

TTK mad. 329/I hükmünde, anonim şirket için *"sermayesi belirli ve paylara bölünmüş olan, borçlarından dolayı yalnız malvarlığıyla sorumlu bulunan şirkettir."* şeklinde bir tanımlama yapılmıştır. Aynı maddenin ikinci fıkrasında da *"pay sahiplerinin sadece taahhüt etmiş oldukları sermaye payları ile ve şirkete karşı sorumlu oldukları"* hüküm altına alınmıştır.

Eski TTK hükümlerinde limitet şirketlerde ortakların sorumluluğu yönünden kaynak kanun olan İsviçre hukukundan farklı bir yöne gidilmiş ve Alman hukukundaki sistem benimsenmiştir[98]. Anonim şirketler yönünden ise ortakların eski TTK mad. 336 hükmüne göre kanundan ve esas sözleşmeden doğan yükümlülükleri ihlal ettikleri takdirde şirkete, pay sahiplerine ve alacaklılara karşı sorumlu olacakları düzenlenmiştir. Ancak yeni TTK hükümleriyle birlikte İsviçre hukukundaki sistem kabul edilmiştir. Buna göre yeni TTK müteselsil sorumluluk sisteminden ayrılarak yönetim kurulu üyelerinin dış ilişkide de bireysel indirim sebeplerini ileri sürebilecekleri farklılaştırılmış teselsül sistemini kabul edilmiştir[99].

B. KAMU ALACAKLARI YÖNÜNDEN

1. Vergi Usul Kanunu

213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun *"Kanuni temsilcilerin ödevi"* kenar başlıklı 10. maddesi şöyledir:

> *"Tüzel kişilerle küçüklerin ve kısıtlıların, Vakıflar ve cemaatlar gibi tüzel kişiliği olmıyan teşekküllerin mükellef veya vergi sorumlusu olmalarıhalinde bunlara düşen ödevler kanuni temsilcileri, tüzel kişiliği olmayan teşekkülleri idare edenler ve varsa bunların temsilcileri tarafından yerine getirilir.*
>
> *(Değişik: 3/12/1988-3505/2 md.) Yukarıda yazılı olanların bu ödevleri yerine getirmemeleri yüzünden mükelleflerin veya vergi sorumlularının varlığından tamamen veya kısmen alınmayan vergi ve buna bağlı alacaklar, kanuni ödevleri yerine getirmeyenlerin varlıklarından alınır. Bu hüküm Türkiye'de bulunmayan mükelleflerin Türkiye'deki temsilcileri hakkında da uygulanır.*
>
> *Temsilciler veya teşekkülü idare edenler bu suretle ödedikleri vergiler için asıl mükelleflere rücu edebilirler.*
>
> *Tüzel kişilerin tasfiye haline girmiş veya tasfiye edilmiş olmaları, kanuni temsilcilerin tasfiyeye giriş tarihinden önceki zamanlara ait sorumluluklarını da kaldırmaz.*

97 Kaşak, F. E. (2020). s. 1257.
98 Çamoğlu, E. (1973). s. 517.
99 Altaş, S. (2014). "Anonim Şirketlerde Farklılaştırılmış Teselsül İlkesi", *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 9., S. 100., s. 291.

(Ek fıkra: 21/3/2018-7103/9 md.) Tasfiye edilerek tüzel kişiliği ticaret sicilinden silinmiş olan mükelleflerin, tasfiye öncesi ve tasfiye dönemlerine ilişkin her türlü vergi tarhiyatı ve ceza kesme işlemi, müteselsilen sorumlu olmak üzere, tasfiye öncesi dönemler için kanuni temsilcilerden, tasfiye dönemi için tasfiye memurlarından herhangi biri adına yapılır. Limited şirket ortakları, tasfiye öncesi dönemlerle ilgili bu kapsamda doğacak amme alacaklarından şirkete koydukları sermaye hisseleri oranında sorumlu olurlar. Şu kadar ki bu fıkra uyarınca tasfiye memurlarının sorumluluğu, tasfiye sonucu dağıtılan tutarla sınırlıdır.

(Ek fıkra: 21/3/2018-7103/9 md.) Beşinci fıkra kapsamına girmeyen tüzel kişilerin tüzel kişiliklerinin veya tüzel kişiliği olmayan teşekküllerin sona ermesi halinde, sona erme tarihinden önceki dönemlere ilişkin her türlü vergi tarhiyatı ve ceza kesme işlemi, müteselsilen sorumlu olmak üzere, tüzel kişiliği olanların kanuni temsilcilerinden, tüzel kişiliği olmayan teşekküllerde ise bunları idare edenler (adi ortaklıklarda ortaklardan herhangi biri) ve varsa bunların temsilcilerinden herhangi biri adına yapılır."

Doktrinde, 213 sayılı Kanun'un 10. maddesinde öngörülen kanuni temsilcilerin sorumluluğunun hukuki niteliği konusunda farklı görüşler bulunmaktadır. Bu hükümde yer alan sorumluluğu, kusursuz sorumluluk esasına dayandıran görüşe göre, kanuni temsilcinin sorumluluğunun doğması için kusur şart değildir[100]. Bu görüş özellikle 3/12/1988 tarihli ve 3505 sayılı Kanun ile *"bu ödevleri kasıt ve ihmalleriyle"* şeklindeki ibarenin kanun metninden çıkarılmış olmasına işaret etmektedir. Bununla birlikte doktrindeki hâkim görüş ise bu maddede kanuni temsilciler için kabul edilen sorumluluğun vergilendirmeye ilişkin ödevlerin ihlali sonucu kusura dayalı olduğunu kabul etmektedir[101].

2. Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun

a. Genel Olarak

Hukukumuzda kamu alacaklarının tüzel kişilerin yasal temsilcilerinden tahsili esası kabul edilmiştir. Mevzuatın tarihsel sürecinin bu hükümlerin ağırlaştırılması yönünde olduğu belirtilmektedir[102]. 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un (AATUHK) 35. maddesi, limitet şirket ortaklarını, şirketçe ödenmeyen ve tahsil imkânı bulunmayan kamu borçlarından dolayı, şirkete koymayı taahhüt ettikleri sermaye payının

100 Bahar, C. O. (2005). "Anonim ve Limited Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyeliği, Üyelik Görevinin Sona Ermesi ve Sorumluluktan Kurtulma Halleri", *Vergi Dünyası*, S. 281., s. 134.

101 Uyanık, N. K. (2019). s. 350; Geçer, A. E. (2017). "Kanuni Temsilcilerin Amme Borçlarından Sorumluluğu: Kusurlu Sorumluluk v. Kusursuz Sorumluluk", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 129., s. 117-118.

102 Çamoğlu, E. (2003). "Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Ortaklığın Kamu Borçlarından Dolayı Sorumluluğu", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, S. 23., s. 139, Dipnot: 1.

bir misline kadar sorumlu tutulmalarını öngörmekteydi. Ancak 22/7/1998 tarihli ve 4369 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle[103] limitet şirket ortakları bir sınır öngörülmeksizin şirketteki payları oranında kamu borcunun tamamından sorumlu tutulmuşlardır[104]. Diğer taraftan 25/5/1995 tarihli ve 4108 sayılı Kanun ile tüzel kişiden "*tahsil edilemeyeceği anlaşılan"* alacaklar da şahsi sorumluluk kapsamına alınmıştır. Anonim şirketlerde ise şirket tüzel kişiliği vergi kanunları tarafından hem kurumlar vergisi hem de diğer vergiler yönünden bizzat vergi mükellefi kabul edilmiştir. Bu doğrultuda AATUHK kapsamında şirket tüzel kişiliği kamu borçlusu sıfatıyla birinci derecede, doğrudan ve sınırsız sorumludur.

Anonim şirketlerde, pay sahiplerinin kamu borcundan dolayı vergi idaresine doğrudan bir sorumluluğu bulunmamaktadır[105]. Kamu alacaklarına ilişkin ödevlerin yerine getirilmemesinden, bu ödevleri yerine getirmekle yükümlü olan kanuni temsilciler, 213 sayılı Kanun mad. 10 ve AATUHK mükerrer mad. 35 uyarınca sorumlu olup kendisine temsil ve imza yetkisi verilmemiş yönetim kurulu üyeleri sorumluluk kapsamı dışındadır[106].

Doktrinde 213 sayılı Kanun hükümlerinin vergi alacaklarının tahsili açısından özel kanun niteliğinde olduğu, bu nedenle öncelikle anılan Kanun'un 10. maddenin uygulanması gerektiği belirtilmektedir[107]. Buna karşın vergi haricindeki kamu yükümlülüklerinin şirketten alınamaması durumunda ise AATUHK hükümleri uygulanır.

Türk hukukunda yasal temsilcilerin veya ortakların şirket borçlarından doğan sorumluluğunun ikincil derecede olduğu kabul edilmektedir[108]. Diğer bir deyişle kamu makamları sorumlu yönetim kurulu üyelerine başvurmadan önce ortaklık tüzel kişisini takip etmekle yükümlüdür.

---

103 Limited şirketlerde, ortakların borçlardan doğrudan sorumlu olacağı kuralı, esas itibarıyla 1998 yılında 4369 Sayılı Kanun'la getirilmiştir. Kanun koyucu, limitet şirket ortaklarının sorumluluğuna başvurulmasını ise şu gerekçeyle açıklamıştır: *"…Bu tür şirketler, kuruluşundaki kolaylık nedeniyle vergi sisteminde yer alan bazı müesseselerden haksız kazanç temin etmek için sahte veya özü itibariyle yanıltıcı belge düzenlemek gibi amaçlarla da kurulabilmektedir. Yapılan düzenleme bu tip malî sistemin tahribatına yönelik olumsuzlukların giderilmesine de yardımcı olacaktır. Böylece, vergi sisteminden haksız yararlanma amacına karşı caydırıcı bir hüküm de getirilmiş olmaktadır."*

104 a.g.e. s. 139-140. Yazar, limitet ortaklığın bir ticaret şirketi olarak Türk ticari hayatındaki yerini koruması ve liberal ekonomi içindeki işlevini yerine getirmesi isteniyorsa ortakların en belirgin sorumluluğu olan sınırlı sorumluluk ilkesini ortadan kaldıran bu hükmün en kısa sürede değiştirilmesi gerektiği görüşündedir.

105 Sevinç, C. (2017). *Ticaret Şirketlerinde Ortakların Kamu Borçlarından Doğan Sorumluluğu*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Denizli: Pamukkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 99.

106 a.g.e. s. 99.

107 Çamoğlu, E. (2003). s. 141.

108 a.g.e. s. 146.

e. Mevcut Durum

AATUHK'un 35. maddesi şöyledir:

"Limited şirket ortakları, şirketten tamamen veya kısmen tahsil edilemeyen veya tahsil edilemeyeceği anlaşılan amme alacağından sermaye hisseleri oranında doğrudan doğruya sorumlu olurlar ve bu Kanun hükümleri gereğince takibe tabi tutulurlar.

(Ek fıkra: 4/6/2008-5766/3 md.) Ortağın şirketteki sermaye payını devretmesi halinde, payı devreden ve devralan şahıslar devir öncesine ait amme alacaklarının ödenmesinden birinci fıkra hükmüne göre müteselsilen sorumlu tutulur.

(Ek fıkra: 4/6/2008-5766/3 md.) Amme alacağının doğduğu ve ödenmesi gerektiği zamanlarda pay sahiplerinin farklı şahıslar olmaları halinde bu şahıslar, amme alacağının ödenmesinden birinci fıkra hükmüne göre müteselsilen sorumlu tutulur."

Aynı Kanun'un mükerrer 35. maddesinde de kanuni temsilcilerin sorumluluğu şu şekilde düzenlenmiştir:

"Tüzel kişilerle küçüklerin ve kısıtlıların, vakıflar ve cemaatler gibi tüzel kişiliği olmayan teşekküllerin mal varlığından tamamen veya kısmen tahsil edilemeyen veya tahsil edilemeyeceği anlaşılan amme alacakları, kanuni temsilcilerin ve tüzel kişiliği olmayan teşekkülü idare edenlerin şahsi mal varlıklarından bu Kanun hükümlerine göre tahsil edilir.

Bu madde hükmü, yabancı şahıs veya kurumların Türkiye'deki mümessilleri hakkında da uygulanır.

Tüzel kişilerin tasfiye haline girmiş veya tasfiye edilmiş olmaları, kanuni temsilcilerin tasfiyeye giriş tarihinden önceki zamanlara ait sorumluluklarını kaldırmaz.

Temsilciler, teşekkülü idare edenler veya mümessiller, bu madde gereğince ödedikleri tutarlar için asıl amme borçlusuna rücu edebilirler.

(Ek fıkra: 4/6/2008-5766/4 md.; İptal fıkra: Anayasa Mahkemesi'nin 19/3/2015 tarihli ve E.: 2014/144, K.: 2015/29 sayılı Kararı ile.)

(Ek fıkra: 4/6/2008-5766/4 md.; İptal fıkra: Anayasa Mahkemesi'nin 19/3/2015 tarihli ve E.: 2014/144, K.: 2015/29 sayılı Kararı ile.)"

Anılan kanuni düzenlemelere göre limitet şirket ortakları, şirketten tamamen veya kısmen tahsil edilemeyen ya da tahsil edilemeyeceği anlaşılan amme alacağından sermaye hisseleri oranında doğrudan sorumlu tutulmaktadır. Bu sorumluluk ise kusura dayalı değildir[109].

109 Uyanık, N. K. (2019). s. 350; Ulusoy, E. (2008). Şirketler ve Bankacılık Hukukunda Kapsama

TTK mad. 365 hükmüne göre anonim şirket yönetim kurulu tarafından yönetilir ve temsil olunur, ancak kanundaki istisnai hükümler saklı tutulmuştur. 6183 sayılı Kanun'un mükerrer 35. maddesinin uygulanmasında, kanuni temsilcinin TTK hükümlerine göre şirket esas sözleşmesi ile atanmış veya genel kurul tarafından seçilmiş yönetim kurulu üyeleri veya üyelerden en az birinin olması koşuluyla yönetim kurulu tarafından müdür olarak atanmış üçüncü kişiler olacağı kabul edilerek araştırma yapılacağı belirtilmektedir[110]. Danıştay Dokuzuncu Dairesi anonim şirketlerde şirketten tahsil edilemeyen vergi alacağının anonim şirketi temsil ve ilzama yetkili kılınan yöneticilerin mal varlığından tahsil edilebileceğini ancak şirket yönetim kurulu üyesi bulunmakla birlikte şirketi temsile ve ilzama yetkili kılınmayan yöneticilerin şirketin borcu nedeniyle takip edilemeyeceğini açıklamıştır[111].

Diğer taraftan 6183 sayılı Kanun'un mükerrer 35. maddesine 4/6/2008 tarihli ve 5766 sayılı Kanun'un 4. maddesiyle eklenen beşinci ve altıncı fıkraları Anayasa Mahkemesince iptal edilmiştir[112]. Söz konusu ek fıkralar şöyledir:

> *"(Ek fıkra: 4/6/2008-5766/4 md.) Amme alacağının doğduğu ve ödenmesi gerektiği zamanlarda kanuni temsilci veya teşekkülü idare edenlerin farklı şahıslar olmaları halinde bu şahıslar, amme alacağının ödenmesinden müteselsilen sorumlu tutulur.*
>
> *(Ek fıkra: 4/6/2008-5766/4 md.) Kanuni temsilcilerin sorumluluklarına dair 213 sayılı Vergi Usul Kanununda yer alan hükümler, bu maddede düzenlenen sorumluluğu ortadan kaldırmaz."*

Anayasa Mahkemesi kanun koyucunun, amme alacağını güvenceye almak bakımından sorumluluğun yaygınlaştırılması yoluna gidebileceği gibi müteselsil sorumluluk da öngörebileceğini belirtmiştir. Ancak amme alacağının doğduğu veya ödenmesi gerektiği zamanlarda kanuni temsilcilerin farklı kişiler olabileceğine dikkat çekilmiştir. Buna göre kural ile getirilen düzenlemenin vergi ve diğer mali ödev ve sorumluluklarını zamanında ve eksiksiz olarak yerine getiren kanuni temsilcilerin, sonradan kendilerinin görevde olmadığı ve müdahale şanslarının bulunmadığı bir dönemde gerçekleşen bir eylemden müteselsilen sorumlu tutulmaları sonucunu doğurduğu açıklanmıştır. Anayasa Mahkemesi bireyin bu şekilde belirsiz ve güvencesiz bir biçimde kendi kusurundan kaynaklanmayan bir nedenle başkalarının eylem veya ihmali sonucu oluşacak sorumluluğa ortak olması adalet ve hakkaniyetle bağdaşmayacağını belirterek itiraz konusu anılan

Alma ve Sorumlu Kılma Amacıyla Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması, içinde Ulusoy, E. (Der.), *Marmara Üniversitesi I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu-Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması*, İstanbul: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, s. 365.

110 a.g.e. s. 371-372.

111 Danıştay Dokuzuncu Dairesinin 18/10/2017 tarihli ve E.2014/8458, K.2017/7016 sayılı kararı.

112 AYM, E.2014/144, K.2015/29, 19/3/2015.

maddenin beşinci fıkrasını Anayasa'nın 2. maddesinde güvence altına alınan hukuk devleti ilkesine aykırı bulmuştur.

Anılan maddenin altıncı fıkrası yönünden ise 213 sayılı Kanun'un 10. maddesinde, kanuni temsilciler için kabul edilen sorumluluğun kusura dayalı sorumluluk olduğu, buradaki kusurun ise vergilendirmeye dair ödevlerin ihlal edilmesi olduğuna işaret edilmiştir. Buna göre, 213 sayılı Kanun'un 10. maddesi uyarınca kanuni temsilcilerin sorumlu tutulabilmesi için vergilendirme ödevlerini yerine getirmemiş olması gerekmektedir. İtiraz konusu kuraldan kaynaklanan sorumluluk ise kusursuz sorumluluk esasına dayanmakta olup kamu alacağının borçlu şirketten tahsil edilememesinde kanuni temsilcilerin kusuru bulunmasa dahi sorumlu tutulmasına neden olmaktadır. Anayasa Mahkemesi her iki Kanun'un aynı maddi olaya uygulanabilmesi nedeniyle iki ayrı kanuni düzenlemeden hangisinin uygulanacağı konusunda belirsizlik ortaya çıktığından itiraz konusu kuralın, hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmadığı sonucuna varmıştır.

Diğer taraftan Anayasa Mahkemesi şirket ortakları veya yöneticilerinin şirketin kamuya olan borçlarından sorumlu tutulmasına ilişkin şikâyetleri bazı başvurularda incelemiştir. Bu konudaki önemli kararlardan biri *Ahmet Uğur Balkaner*[113] başvurusunda verilmiştir. Bu karardaki ilkelerden bazıları şunlardır:

> *"Maddi bir varlığı bulunmayan ve hukuk düzenince tüzel kişilik vasfı tanınan ticari şirketlerin hukuki iş ve işlemleri, bunlar adına bunların yönetim ve idaresinden sorumlu gerçek kişiler tarafından yapılır. Şirketin kanuni temsilcisi sayılan bu gerçek kişiler; temsil ettikleri tüzel kişiliğin hukuki işlemlerini yürütmek, personelini ve mal varlığını idare etmek, yatırım ve faaliyetlerinin yönünü tayin etmek, iktisadi ve mali durumunun gerektirdiği tedbirleri almak gibi imkân ve kudreti haizdirler. Bununla bağlantılı olarak şirketin kamusal ödevlerini ifa etmek ve kamuya olan borçlarını kanuni süreleri içinde ödemek de kanuni temsilcinin temel ödevleri arasındadır. Kanuni temsilci, kamu alacağının doğmasına yol açan işlem veya fiilin nihai sorumluluğunu taşıyan kişi olup sahip olduğu imkân ve gücü kullanarak alacağı doğuran işlem veya fiilin ortaya çıkmasını önleyebilecek veya doğan kamu alacağının ödenmesini temin edebilecek en etkin konumdaki şirket personelidir. Bu nedenle ticari şirketleri yöneten, şirketi temsilen iş ve işlemler yapan kanuni temsilcilerin şirketten tahsil imkânı bulunamayan kamu alacaklarının müteselsil sorumluluk esasına göre ödemekle yükümlü kılınması yolunda yasal düzenleme yapılması mümkündür. Kanuni temsilciye tanınan yetki ve yüklenen ödevler gözetildiğinde, ödenmeyen kamu borçlarından müteselsilen sorumlu tutulmasının kural olarak kanuni temsilciye aşırı ve olağanın dışında bir külfet yüklemediği anlaşılmaktadır (§ 58).*

113 *Ahmet Uğur Balkaner* [GK], B. No: 2014/15237, 25/7/2017.

Bununla birlikte kanuni temsilciye, bu sıfatın tanıdığı kudret ve imkânların ötesinde bir sorumluluk yüklenmemelidir. Kanuni temsilcinin kanunda tanınan yetkiler çerçevesinde müdahale etme ve engelleme imkânına sahip olmadığı ve özellikle şirketin faaliyetleri üzerinde hâkimiyet kurmasına olanak bulunmadığı bir dönemde gerçekleşen birtakım fiil ve işlemlerden doğan kamu alacaklarının ödenmesinden sorumlu tutulması, -somut olayın koşulları çerçevesinde- kanuni temsilciye orantısız bir külfet yüklenmesi sonucunu doğurabilir (§ 59)."

Buna göre *Ahmet Uğur Balkaner* başvurusunda, bu kişilerin şirketten tahsil imkânı bulunamayan kamu alacakları yönünden müteselsil sorumluluk esasına göre ödemekle yükümlü kılınabileceği vurgulanmıştır[114]. Diğer taraftan bir mağaza müdürünün şirketin sosyal güvenlik borçlarından sorumlu tutulduğu şikâyetine ilişkin *Arslan Gedik*[115] kararında da özellikle kamu alacağının şirketten tahsil imkânı kalmadığı için kanuni temsilci olan başvurucunun sorumluluğuna gidildiği vurgulanarak müdahale ölçülü görülmüştür[116].

c. Sosyal Güvenlik Alacakları Yönünden

17/7/1964 tarihli ve 506 sayılı mülga Sosyal Sigortalar Kanunu'nun *"Primlerin ödenmesi"* kenar başlıklı 80. maddesinin on ikinci fıkrası şöyledir:

"Sigorta primlerini haklı sebepleri olmaksızın birinci fıkrasında belirtilen süre içerisinde tahakkuk ve tediye etmeyen kamu kurum ve kuruluşlarının tahakkuk ve tediye ile görevli kamu görevlileri mesul muhasip, sayman ve tüzel kişiliğe haiz diğer işverenlerin üst düzeyindeki yönetici veya yetkilileri kuruma karşı, işverenleri ile birlikte müştereken ve müteselsilen sorumludur."

31/5/2006 tarihli ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun *"Primlerin ödenmesi"* kenar başlıklı 88. maddesinin yirminci fıkrası şöyledir:

"Kurumun sigorta primleri ve diğer alacakları haklı bir sebep olmaksızın bu Kanunda belirtilen sürelerde ödenmez ise kamu idarelerinin tahakkuk ve tediye ile görevli kamu görevlileri, tüzel kişiliği haiz diğer işverenlerin şirket yönetim kurulu üyeleri de dahil olmak üzere üst düzeydeki yönetici veya yetkilileri ile kanuni temsilcileri Kuruma karşı işverenleri ile birlikte müştereken ve müteselsilen sorumludur."

Bu Kanun mad. 88/20 hükmü ile şirket yöneticileri, şirkete ait sigorta primlerinin ödenmesinden müteselsil ve sınırsız sorumlu tutulmuşlardır. Şirket yöneticilerinin sorumluluğunun doğabilmesi için Kanun'da, prim borçlarının ödenmemesi için *"haklı bir sebep olmaması"* koşulu bulunmaktadır.

114 *Ahmet Uğur Balkaner*, § 58.
115 *Arslan Gedik,* B. No: 2014/17217, 14/9/2017.
116 *Arslan Gedik*, §§ 44-45.

Konu hakkındaki Yargıtay içtihadına göre sigorta prim borçları açısından, şirket yöneticilerinin sorumluluğuna gidilebilmesi için alacağın şirketten tahsil edilememiş olması şartı aranmadığı için yöneticilerin sigorta prim borçlarından sorumluluğu birinci dereceden olup sorumluluğun *fer'iliği* ilkesi söz konusu değildir[117]. Buna göre şirket yöneticileri doğrudan sorumlu olduklarından şirketle aynı anda hatta şirketten daha önce takip edilebilir.

III. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ İÇTİHADI

A. Genel Olarak

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) önüne tüzel kişilik perdesinin kaldırılması bağlamında gelen ilk başvurulardan birinde, başvurucular, Atina'da bir bira fabrikasında hissedar olup bira fabrikasının bilinen parasal sorunlarını aşabilmek için iki arsayı satma kararı aldıktan sonra, Atina Konseyi arsayı kamulaştırmak için önlemler almaya karar vermiştir. Bunun üzerine bira fabrikası tasfiyeye gitmiş ve belirlenen tasfiye görevlileri dava yoluna gitmemiştir. Daha sonra başvurucu gerçek kişi ortak müdahale sebebiyle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne (Sözleşme veya AİHS) ek (1) numaralı Protokol'ün 1. maddesinin ihlal edildiğini ileri sürmüştür. AİHM bu uyuşmazlıkta tüzel kişilik perdesinin kaldırılması ilkesini tartışmış ve ancak zorunlu koşullar altında, şirketin esas sözleşmesi uyarınca belirlenmiş organlar veya tasfiye memurları yoluyla hak iddia etmesinin olanaksız olduğunun açıkça belirlendiği durumlarda mümkün olacağını belirtmiştir. AİHM, bu ilkeyi tanımakla birlikte bu koşulların somut olayda gerçekleşmediğinden bahisle başvurucunun mağdur sıfatının olmadığı sonucuna varmıştır[118].

Credit and Industrial Bank/Çek Cumhuriyeti kararında[119] ise perdenin aralanması kabul edilmiştir. Buna göre başvurucu bankaya devlet tarafından el konulmuş ve yönetim tamamen değiştirilmiştir. Bu işleme karşı bankanın önceki başkanı ve yöneticileri ile ortakları el koyma işlemine karşı dava

117 Yargıtay 21. Hukuk Dairesinin 6/2/2017 tarihli ve E.2016/8403, K.2017/618 sayılı kararı: *"...6183 sayılı Kanunun mükerrer 35. Maddesinde asıl borçlu hakkında yapılan yasal takip ve araştırmalar sonucu kamu alacağının tahsil edilemeyeceğinin anlaşılması halinde, yasal temsilcisine ödeme emri çıkarabileceği bildirilmiş isede; 6183 sayılı Kanun, 506 ve 5510 sayılı Kanunlara göre daha genel bir Kanun durumunda olup uygulamada da benimsendiği üzere öncelik özel Kanun hükümlerine tanınacağından, özel kanun niteliğinde olan 506 sayılı Kanunun 80. Maddesi ve 5510 sayılı Kanunun 88. Maddesi karşısında, davacının ticaret sicil bilgilerine göre, 506 sayılı Yasa döneminde Kurum borçlusu davadışı Coneks Uluslararası Taşımacılık ve Ticaret A.Ş.' de05.03.2008 tarihinden itibaren yönetim kurulu üyesi olduğu, 05.03.2008 tarihinden sonrada 01.07.2008 tarihine kadar yönetim kurulu üyesi olsa da temsil ve ilzama yetkisi bulunmaması nedeniyle şirketin borçlarından sorumlu tutulamayacağı davacının 5510 sayılı yasanın 88. Maddesinin yürürlüğe girdiği 01.07.2008 tarihinden sonra ödenmesi gereken kurum borçlarından sorumlu olacağı açıktır. Yapılacak iş; davacının 01.07.2008 tarihinden sonra ödenmesi gereken kurum borçlarından 5510 sayılı Kanun'un 88. Maddesi gereğince sorumlu olacağı kabul edilerek; karar vermekten ibarettir..."*

118 *Agrotexim ve diğerleri/Yunanistan*, B. No: 14807/89, 24/10/1995.

119 *Credit and Industrial Bank/Çek Cumhuriyeti*, B. No: 29010/95, 21/10/2003.

açmışlar, Çek mahkemeleri davacıların artık bankayı temsil etmedikleri ve dava açma yetkilerinin olmadığını ileri sürerek talepleri reddetmiştir. AİHM, bankanın tüzel kişiliğinin devam ettiğini, başvurucuların zorunlu yönetim atanması ile engellendiklerini, bu olayda bankanın yalnızca zorunlu yönetimce temsil olunabileceğini kabul etmenin hak arama hürriyetini ihlal edeceğini, eski yönetici ve ortakların çoğunluğunun bankanın yararına olan ve geçerli bir başvuru yaptığını kabul etmiştir.

AİHM, bir sınırlı sorumlu şirketin yalnızca maliklerinin veya yöneticilerinin hileli işlemleri için bir paravan olarak kullanıldığı hâllerde kurum örtüsünün kaldırılmasının devlet dâhil olmak üzere alacaklılarının haklarının korunması bakımından uygun bir çözüm olarak görülebileceğini kabul etmiştir. Bununla birlikte AİHM'e göre söz konusu müdahalenin keyfî olmaması isteniyorsa devletin çözüm getirmesine izin veren açık kuralların olması gereklidir[120].

B. *Lekić/Slovenya* Kararı

AİHM şirket ortakları ve yöneticilerinin kamu borçlarından doğan sorumluluklarını *Lekić/Slovenya*[121] kararında mülkiyet hakkı bağlamında incelemiştir. *Lekić/Slovenya* kararına konu olayda başvurucu iç hukuka göre sınırlı sorumlu kabul edilen bir limitet şirketin %11,11 payına sahip dokuz ortağından biridir. Başvurucu, şirkette önce finans direktörü sonra da yönetici direktör olarak çalışmıştır. Başvurucu, şirket yöneticiliğinden alındığı hâlde yenisi seçilemediği için bu görevine devam etmiştir. Bu arada başvurucu, şirketin tasfiyesi için girişimlerde bulunmuş ise de gerekli masrafları yatırmadığı için bu talep reddedilmiştir. Diğer taraftan bir kamu şirketi olan Slovenya Demir Yolları Şirketi başvurucunun ortağı ve temsilcisi olduğu şirket aleyhine alacak davası açmış ve davanın kabulüne dair karar kesinleşmiştir. Kamu şirketi borç ödenmediği için başvurucunun ortağı olduğu şirket aleyhine tasfiye süreci başlatmıştır. Bu süreç sonunda şirket tasfiye edilince demir yolları şirketi bu defa başvurucu ve diğer ortaklar hakkında icra süreci başlatılmıştır. Başvurucunun açtığı dava ise şirketin pasif bir ortağı olduğunu ispat edemediği gerekçesiyle Slovenya Anayasa Mahkemesinin yerleşik içtihadına dayalı olarak reddedilmiştir[122].

AİHM öncelikle şirketin borçlarından başvurucunun şahsen sorumlu tutulmasının mülkiyet hakkına müdahale teşkil ettiğini belirtmiştir. AİHM'e göre her ne kadar tek başına mülkiyetin kullanımının kontrolü kapsamında kalmış olsa da daha geniş bir perspektifte şirketin tasfiyesi süreci de dikkate alındığında müdahale, Sözleşme'ye ek (1) No.lu Protokol'ün 1. maddesinde öngörülen genel kural çerçevesinde incelenmelidir. AİHM kanunilik ölçütü

120 *Khodorkovskiy ve Lebedev/Rusya*, B. No: 11082/06, 13772/05, 25/7/2013.
121 *Lekić/Slovenya* [BD], 36480/07, 11/12/2018.
122 *Lekić/Slovenya*, §§ 7-31.

yönünden ise Slovenya'da pasif durumda olup borçlu durumda çok sayıda şirketin varlığı sebebiyle 1999 yılında kabul edilen bir kanuni düzenlemeye işaret etmiştir. Bu kanuni düzenleme ve Slovenya Anayasa Mahkemesinin içtihadına göre borçlu şirketin aktif üyeleri şahsen de şirketin borçlarından sorumlu tutulmaktadır. AİHM müdahalenin amacı yönünden ise ticaret piyasasının çok sayıda pasif ve iflas etmiş şirket sebebiyle bozulduğu durumlarda ekonomiye verilen onarılamaz zararların önlenmesi ve hukuki güvenlik ile piyasaya katılımcı güveninin sağlanması gibi amaçların devlet için olağan dışı bir gereklilik olarak ortaya çıkabileceğini belirtmiştir[123].

AİHM, ölçülülük yönünden ise şirket tüzel kişiliği perdesinin hangi durumlarda aralanabileceği yönünde bazı tespitlerde bulunmuştur. Buna göre AİHM, Sözleşme'ye ek 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesi anlamında başvurucuya şahsi olarak aşırı bir külfet yüklenip yüklenmediği belirlenirken sınırlı sorumlu bir limitet şirketin ortağının şirketin borçlarından sorumlu tutulabilmesi, yani tüzel kişilik perdesinin aralanabilmesi için istisnai koşulların mevcut olması ve ayrıca belirli güvencelerle dengelenmesi gerektiğini özellikle vurgulamıştır. AİHM tüzel kişilik perdesinin ortakların veya yöneticilerin hileli davranışlarıyla kötüye kullanılması hâlinde alacaklıların korunması için aralanabileceği belirtmiştir[124].

AİHM belirtilen istisnai koşulları değerlendirme yetkisinin kural olarak ulusal makamların takdirinde olduğunu vurguladıktan sonra özellikle iç hukukta Yugoslavya döneminden kalan borçlu şirketlerin tasfiyesinin sağlanarak ekonominin korunmaya çalışıldığını, bu gibi şirketlerin çok fazla olması nedeniyle ülke ekonomisi zora girdiği için reform yapıldığını belirtmiştir. AİHM ayrıca başvurucunun borçlu şirketin aktif ortağı olduğunu, şirketten borcun uzun yıllar tahsil edilemediğini ve başvurucunun ise şirketin borçlu durumunu bildiği hâlde reform çalışmasına rağmen ortak olmaya devam ettiğini özellikle vurgulamıştır. AİHM kararında son olarak ise başvurucudan istenen borç miktarının da mütevazı bir tutar olduğunu ve bunların yanında başvurucuya şirketin haklarına da sahip olabilme ve şirkete karşı başlatılacak takipler yönünden bir yıllık zamanaşımı süresi öngörülmesi gibi bazı güvencelerin de öngörüldüğü ifade edilerek mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin ölçülü olduğu sonucuna varmıştır[125].

123 *Lekić/Slovenya*, §§ 91-106.
124 *Lekić/Slovenya*, § 111.
125 *Lekić/Slovenya*, §§ 113-130.

IV. ANAYASA MAHKEMESİNİN *EROL KESGİN* KARARI

A. OLAY VE OLGULAR[126]

Başvurucu 21.08.2009 tarihinde, gıda ve hayvancılık sektöründe faaliyet gösteren bir anonim şirketin 500 TL değerinde bir hissesini devralmak suretiyle hissedar olmuştur. Şirket Genel Kurulu başvurucuyu 08.09.2009 tarihli kararı ile şirketin yönetim kurulu üyeliğine seçmiştir. Sosyal Güvenlik Kurumu (SGK) Bolu İl Müdürlüğü tarafından 2009 yılı Aralık ayı ile 2010 yılı Ocak ve Ağustos ayları arası döneme ait 8.841 TL tutarındaki sosyal güvenlik prim ve gecikme zammı borçları için başvurucuya ödeme emri gönderilmiştir. Başvurucunun açtığı menfi tespit davası Bolu İş Mahkemesince reddedilmiştir. Başvurucu dava dilekçesinde, şirketin tapu siciline kayıtlı 35.000 TL değerinde bir taşınmazı ve makine parkları ile fabrikası mevcut olduğu için borcun şirketten tahsil imkânının olduğunu öne sürmüştür. Başvurucu davanın reddine dair karara karşı temyiz talebinde bulunmuş, Yargıtay 21. Hukuk Dairesi hükmü onamıştır.

B. ANAYASA MAHKEMESİNİN VARDIĞI SONUÇ

Anayasa Mahkemesi öncelikle başvurucunun sosyal güvenlik prim ve gecikme zammı borcu olarak ödemek zorunda kaldığı paranın Anayasa'nın 35. maddesi anlamında mülk teşkil ettiğini belirlemiştir[127]. Bundan sonra borçlu Şirketin sosyal güvenlik prim ve gecikme zammı borçlarından sorumlu tutulmasının mülkiyet hakkına müdahale teşkil ettiği açıklanmış ve müdahale, mülkiyetin kullanılmasının kontrolü veya düzenlenmesine ilişkin üçüncü kural çerçevesinde incelenmiştir[128].

Kanunilik ölçütü bakımından sigorta borçları sorumluluğunu düzenleyen 5510 sayılı Kanun'un 88. maddesinin AATUHK hükümlerine göre daha özel bir düzenleme olduğu gerekçesine dayalı olarak şirketten tahsil edilememe koşulu aranmadan söz konusu borçlar yönünden şirket temsilcilerinin şahsi sorumluluğuna gidilebileceği yönündeki Yargıtay içtihadına atıf yapılmıştır. Anayasa Mahkemesine göre söz konusu Kanun hükmünün ulaşılabilir, belirli ve öngörülebilir olduğu dikkate alındığında müdahalenin kanuni bir dayanağı bulunmaktadır[129]. Diğer taraftan kamu alacağının tahsili amacıyla Şirketin ortaklarından ve yöneticilerinden biri olan başvurucunun sorumluluğuna gidilmesinde kamu yararına dayalı meşru bir amacın mevcut olduğu kabul edilmiştir[130].

126 Kararın olay ve olgular kısmı için bkz. *Erol Kesgin*, §§ 8-17.
127 *Erol Kesgin*, § 42.
128 *Erol Kesgin*, § 43.
129 *Erol Kesgin*, §§ 46-48.
130 *Erol Kesgin*, §§ 49-50.

Son olarak ölçülülük yönünden ise açık bir gerekçe gösterilmeden müdahalenin elverişli ve gerekli olduğunda kuşku bulunmadığı açıklanmıştır. Orantılılık yönünden ise başvurucunun yönetim kurulu üyesi sıfatıyla üye olduğu dönemdeki prim borçlarının ödenmesini teminen Kanun'da tanınan yetkiler çerçevesinde müdahale etme ve engelleme imkânına sahip bulunduğu belirtilmiştir. Bunun yanında başvurucunun hakkında yapılan takip nedeniyle takibe konu miktarı ödemiş olmakla külli halefiyet prensibi gereği idarenin yerine geçerek iç ilişkide diğer Şirket hissedarlarının payları nispetinde onlara, ayrıca kendi payına tekabül eden kısım için yaptığı ödeme için de Şirket tüzel kişiliğine rücu edebilme imkânının mevcut olduğuna vurgu yapılmıştır. Anayasa Mahkemesi başvurucunun Yönetim Kurulu üyesi sıfatıyla Şirketin kanuni temsilcisi bulunduğu dönemde Şirkete ait sosyal sigorta prim borçları ile gecikme zamlarının ödenmemiş olması nedeniyle doğan kamu alacağından sorumlu tutulmasının başvurucuya şahsi olarak aşırı ve olağan dışı bir külfet yüklemediği gerekçesiyle müdahalenin orantılı olduğu sonucuna varmıştır[131].

C. KARŞIOY GÖRÜŞLERİ

Çalışmamızın girişinde atıf yapılan veciz sözde ifade edildiği üzere karşıoy yazılarının kararları zenginleştirici bir yönü olduğu gibi içtihadın gelişimine de katkı sağladığı kuşkusuzdur. Bu çalışmanın konusunu oluşturan kararda da Anayasa Mahkemesinin bir ihlalin bulunmadığına ilişkin çoğunluk görüşüne Başkan Zühtü Arslan ve karar tarihinde Başkan vekili olan Engin Yıldırım ile üye Celal Mümtaz Akıncı katılmamış, karşıoy kullanmışlardır. Başkan Arslan, mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin gerekliliğinin daha hafif bir müdahaleyle aynı amaca ulaşmak mümkünken, kişilere külfet getiren daha ağır müdahaleye başvurulmasını menettiğini belirtmiştir. Karşıoy görüşünde başvurucunun Bolu İş Mahkemesine sunduğu dava dilekçesinde Şirketin tapu siciline kayıtlı 35.000 TL değerinde taşınmazı ve makine parkları ile fabrikasının olduğunu, bu sebeple borcun Şirketin mal varlığından tahsil imkânının bulunduğunu öne sürdüğüne dikkat çekilmiştir. Ne var ki yargılama sırasında bu husus üzerinde durulmadığı ve söz konusu prim borcu ve gecikme zammının Şirket tüzel kişiliğinden tahsilini engelleyen herhangi bir hususun varlığı ortaya konulmadan bu alacakların salt yönetim kurulu üyesi olduğu gerekçesiyle doğrudan başvurucudan tahsiline girişilmesinin *gerekli* olduğunun söylenemeyeceği ifade edilmiştir. Arslan'a göre kamu otoritelerinin daha hafif bir müdahale olan alacağın öncelikle Şirket mal varlığından tahsiline yönelik bir işlem yapması mümkünken, kamu yararını daha ağır bir müdahaleyle sağlamaya çalışmaları *gereklilik* ilkesiyle bağdaşmamaktadır. Diğer karşıoy görüşünde de benzer şekilde borçlu

131 *Erol Kesgin*, §§ 59-67.

şirkete gidilmeden doğrudan başvurucudan kamu alacağının tahsiline girişilmesi başvurucunun mülkiyet hakkına gerekli olmayan bir müdahalede bulunulmasına yol açtığı belirtilmiş; bu durumun, müdahaleden beklenen kamu yararı ile başvurucunun mülkiyet hakkı arasında gözetilmesi gereken adil dengeyi başvurucu aleyhine bozduğu görüşü ifade edilmiştir.

D. DEĞERLENDİRME

Mülkiyet hakkına yapılan bir müdahalenin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne ek (1) Numaralı Protokol'ün 1. maddesi ile Anayasa'nın 13 ve 35. maddelerindeki güvencelere uygun olması bakımından ilk koşul, söz konusu müdahalenin ulaşılabilir, belirli ve öngörülebilir bir kanuni dayanağının olmasıdır[132]. Başvuru konusu olayda müdahalenin kanuni dayanağı olarak ise 5510 sayılı Kanun mad. 88/20 hükmü gösterilmiştir. Bu fıkrada daha önce de değinildiği üzere sigorta primleri ve diğer alacakların haklı bir sebep olmaksızın ödenmemesi hâlinde tüzel kişiliği haiz işverenlerin şirket yönetim kurulu üyelerinin müştereken ve müteselsilen sorumlu oldukları düzenlenmiştir. Ancak bu fıkrada kamu alacağının tahsil edilememesi veya tahsil edilemeyeceğinin anlaşılması koşullarına bağlı olmaksızın doğrudan yönetim kurulu üyelerinden tahsil edilebileceğine dair bir hüküm bulunmamaktadır. Üstelik aynı maddenin 16. fıkrasında süresi içinde ödenmeyen sigorta primi ve diğer alacaklarının tahsilinde belirli istisnalar dışında AATUHK hükümlerinin uygulanacağı açık olarak belirtilmiştir. Bu istisnalar arasında AATUHK mükerrer 35. madde ise sayılmamıştır. Dolayısıyla söz konusu maddede düzenlenen kamu alacağının tahsil edilememesi veya tahsil edilemeyeceğinin anlaşılması durumunda ilgililerin müteselsilen sorumlu olacağı koşulunun sosyal güvenlik prim ve diğer alacakları yönünden de geçerli olduğu söylenebilir. Buna göre, 5510 sayılı Kanun mad. 88/20 hükmü ile getirilen düzenlemeyle şirket tüzel kişiliğinin birincil nitelikteki sorumluluğu değiştirilmediği gibi esas itibarıyla ikincil nitelikte sorumlu olabilecek kişilerin yönetim kurulu üyeleri de dahil edilmek suretiyle yaygınlaştırıldığı anlaşılmaktadır. Nitekim ikincil sorumluluğun kabul edildiği AATUHK mükerrer mad. 35 hükmünde de kanuni temsilcilerin belirtilen koşulun gerçekleşmesi hâlinde müteselsilen sorumlu olduklarının kabul edilmiş olması bu görüşümüzü desteklemektedir. Diğer bir deyişle kanuni temsilciler müteselsilen sorumlu kabul edilmekle birlikte bu sorumluluğun ancak kamu alacağının tahsil edilememesi veya edilemeyeceğinin anlaşılması koşulu hâlinde geçerli

132 Ayrıntılı bilgi için bkz. Gemalmaz, H. B. (2018). *Mülkiyet Hakkı (Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi – 6)*, Ankara: Avrupa Konseyi, s. 117 vd.; Gemalmaz, H. B. (2009). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı,* İstanbul: Beta Yayınları, s. 453-468; Gemalmaz, H. B. (2011). "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açısından Mülkiyet Hakkının Sınırlanmasında Hukukilik İlkesi", *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 85., S. 3., s. 3-22.

olabileceği düzenlenmiştir. Bu durumda söz konusu alacaklardan sorumlu olabilecek yeni kişiler belirlenmesi sorumluluğun geçerli olmasını gerektiren koşulları değiştirmeyeceğine göre ayrı bir istisna hükmü de bulunmadığından AATUHK hükümlerinin uygulanması zorunluluğu doğmaktadır. Varılan bu sonuç dikkate alındığında sistematik yorum ilkeleri çerçevesinde kamu alacaklarına ilişkin kanun hükümlerinin birlikte ele alınarak değerlendirme yapılmasının kanunilik ölçütü bakımından daha uygun bir yöntem olduğu dikkati çekmektedir.

Diğer taraftan, müdahalenin Anayasa'nın 13 ve 35. maddelerindeki gerekliliklere uygun olabilmesi için ayrıca kamu yararına dayalı meşru bir amacının bulunması ve ölçülü de olması gerekmektedir. Kamu alacağının tahsilini kolaylaştırmanın meşru bir kamu yararı amacı içerdiğinde kuşku bulunmamaktadır. Ölçülülük yönünden ise kararda müdahalenin elverişli ve gerekli olduğu açıklanmakla birlikte bu ölçütler yönünden herhangi bir açıklamaya yer verilmemiştir. Hâlbuki karşıoy görüşlerinde özellikle müdahalenin *gereklilik* ölçütüne uygun olmadığı üzerinde durulmuştur. Sosyal güvenlik prim alacaklarının tahsili bakımından yönetim kurulu üyelerinin de sorumlu tutulması bu primlerin ödenmesini sağlayabileceği için müdahalenin istenilen amaca ulaşma bakımından *elverişli* olduğunu göstermektedir. Bununla birlikte, müdahalenin *gerekliliği* yönünden ise karşıoy görüşlerinde ifade edildiği gibi aynı sonuca varılabilmesi kanaatimizce mümkün gözükmemektedir. Bu çerçevede, borçlu şirketten tahsil imkânı varken şirketin ortaklarının veya yöneticilerinin doğrudan sorumlu tutulmasının niçin *gerekli* görüldüğü anlaşılamamaktadır. Başvurucunun mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin amacı kurum alacağını tahsil etmek olduğuna göre bu alacağın mal varlığı bulunan şirketten tahsil edilebilmesi yerine doğrudan şirket ortağı veya yöneticisinin sorumluluğuna gidilmesi amacı gerçekleştirmeye uygun en hafif araç olarak görülemez. Mülkiyet hakkına yapılan bir müdahalenin *gereklilik* ölçütüne uygun olmaması ise yapılan amaç-araç karşılaştırması neticesinde ölçülü bulunmadığı anlamına gelir. Diğer bir deyişle mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin kamu yararı amacı ile karşılaştırıldığında adil dengeyi bozduğu ve ölçülü olmadığı sonucuna varılabilir.

Ayrıca bu kararın tüzel kişilik perdesinin aralanması doktrini bakımından sonuçlarına da değinmek gerekir. Tüzel kişiliğin bir perdesinin olması, kural olarak, ortakların yalnızca sermayeleriyle ve yöneticilerin de kusurları dahilinde sorumlu olmalarını gerektirmektedir. Bunun meydana getirebileceği hakkaniyete aykırı sonuçların önüne geçilmesi için de sermayenin ödenmemiş olması, hileli veya muvazaalı hâller gibi belirli istisnai durumlarda tüzel kişilik perdesinin aralanabileceği kabul edilmiştir. Ancak bu olayda Yargıtayın ve Anayasa Mahkemesinin vardığı sonuç sosyal güvenlik alacakları yönünden

bir tüzel kişilik perdesinin kabul edilmediğini göstermektedir. Aslında borçlu şirketten tahsil edilemeyen ve tahsil edilemeyeceği anlaşılan kurum alacakları yönünden dahi ortakların sermayeleriyle veya yöneticilerin kusurlarıyla sorumlu olup olmadığı tüzel kişilik perdesinin aralanması doktrini çerçevesinde tartışılabilir bir husus iken bu koşulun dahi kaldırılmış olması son derece çarpıcı bir gelişmedir. Kısa vadede sosyal güvenlik alacaklarının tahsilini kolaylaştıracağı düşünülebilecek bu gelişme, orta ve uzun vadede ise ülkedeki yatırım ortamını ve sermaye birikimini olumsuz yönde etkileyebilecektir. Zira ortakların veya yöneticilerin kişisel mal varlıklarıyla doğrudan ve sınırsız sorumlu oldukları bir düzende yatırım yapabilmek makul bir seçenek olmaktan çıkabilir. Bunun yanında, varılan sonuç kanaatimizce yeni TTK hükümleriyle kabul edilen farklılaştırılmış teselsül ilkesi ile karşılaştırıldığında şirketler hukukundaki güncel gelişmelere de uygun düşmemektedir.

Son olarak kararda, yönetim kurulu üyesi olan başvurucunun üye olduğu dönemdeki prim borçlarının ödenmesi sağlayabilmek için müdahale etme ve engelleme imkânına sahip olduğu yönündeki kabulün de şirketler hukuku esaslarına aykırı olduğu düşünülmektedir. Nitekim yeni TTK mad. 375 hükmünde yönetim kurulu üyelerinin devredilemez görev ve yetkileri belirlenmiştir. Bu çerçevede şirketin üst düzeyde yönetimi ile ilgili talimatlar verilmesi, yönetim teşkilatının belirlenmesi, finansal planlama için gerekli düzenin kurulması, müdürlerin ve imza yetkisini haiz bulunanların atanması ve yönetimle görevli kişilerin, özellikle kanunlara, esas sözleşmeye, iç yönergelere ve yönetim kurulunun yazılı talimatlarına uygun hareket edip etmediklerinin üst gözetimi gibi hususlar anılan maddede sayılmıştır. Olayda ise başvurucu yönetim kurulu üyesi olmakla birlikte şirketi temsil yetkisi bulunmamaktadır. Yönetim kurulu üyelerinin kanunda sayılan bu görev ve yetkileri dikkate alındığında ayrıca yetkilendirilmedikçe bir yönetim kurulu üyesinin tek başına şirketin sosyal güvenlik borçlarının tahsilini nasıl takip edebileceği tartışmalıdır. Böyle bir yönetim kurulu üyesi olsa olsa söz konusu borçların tahsili için gerekli talimatların verilmesi, denetlenmesi ve organizasyonun gözetiminden dolayı sorumlu tutulabilir ki böyle bir sorumluluğun ise asli ve doğrudan olmaması gerektiği düşünülmektedir.

SONUÇ

Sermaye şirketlerine ayrı bir tüzel kişilik tanınması ve şirket ortaklarının şirkete karşı taahhüt ettikleri sermaye ile sınırlı sorumluluğunun kabul edilmesi ekonomik hayatı önemli ölçüde etkilemiştir. Ortakların sorumluluklarının şirkete taahhüt ettikleri sermaye ile sınırlı olması dolayısıyla bu sermayeyi ödedikleri takdirde sorumlu olmamaları şirket sayılarının artmasını ve ticari faaliyetler ile yatırımların çoğalmasını sağlamıştır. Ancak sınırlı sorumluluk

ilkesinin katı bir biçimde kabul edilmesi bu defa kamu kurum ve kuruluşları dâhil şirket alacaklılarının aleyhine sonuçlara yol açmıştır. Bu sebeple Anglo-Amerikan sistemleri başta olmak üzere çeşitli hukuk düzenlerinde muvazaa, hile, şirket tüzel kişiliğinin kötüye kullanılması gibi sebeplerle genellikle de dürüstlük kuralına dayalı olarak şirket tüzel kişiliğinin perdesinin aralanabileceği (veya kaldırılabileceği) benimsenmiştir.

Çalışmada yer alan karşılaştırmalı hukuk örneklerinde şirket ortaklarının sorumluluğunun ikincil derecede olduğu görülmektedir. Bu durum, kamu alacakları yönünden de böyledir. Diğer taraftan karşılaştırmalı hukuk örneklerine göre şirket yöneticilerinin, çoğunlukla kusura dayalı olarak ve temsile yetkili olmak kaydıyla kamu borçlarından doğrudan sorumlu tutuldukları anlaşılmaktadır.

AİHM'in tüzel kişilik perdesinin aralanması ve şirket ortakları ile yöneticilerinin sorumluluğu hakkındaki en önemli kararı *Lekić/Slovenya* kararıdır. Büyük Daire kararında mülkiyet hakkı bağlamında yapılan değerlendirmede sınırlı sorumlu bir limitet şirketin ortağının şirketin borçlarından sorumlu tutulabilmesi, yani tüzel kişilik perdesinin aralanabilmesi için istisnai koşulların mevcut olması ve ayrıca belirli güvencelerle dengelenmesi gerektiği özellikle vurgulanmıştır. AİHM Büyük Dairesi tüzel kişilik perdesinin ortakların veya yöneticilerin hileli davranışlarıyla kötüye kullanılması hâlinde alacaklıların korunması için aralanabileceğini belirtmiştir.

Türk hukukunda ise şirket ortaklarının ve yöneticilerinin şahsi sorumlulukları yönünden ilk başta Alman hukukundaki sistem benimsenmiş, ancak tarihsel süreç içerisinde ortakların ve yöneticilerin sorumlulukları giderek arttırılmıştır. Bu çerçevede kamu alacakları yönünden limitet şirket ortaklarının bir sınır öngörülmeksizin şirketteki payları oranında kamu borcunun tamamından sorumlu tutulması öngörülmüş; daha sonra yapılan bir kanuni değişiklikle de tahsil edilemeyeceği anlaşılan borçlar da şahsi sorumluluk kapsamına alınmıştır.

Türk hukukunda şirket ortaklarının ve yöneticilerinin sorumluluğu ikincil nitelikli ise de sosyal güvenlik alacakları yönünden kabul edilen yeni düzenleme çerçevesinde yönetim kurulu üyelerinin de müteselsilen sorumlu oldukları kabul edilmiştir. Bununla birlikte Yargıtay, AATUHK hükümlerinde yer alan şirketten tahsil imkânı olmama koşulunun sosyal güvenlik alacakları yönünden aranmayacağını kabul etmiştir. Anayasa Mahkemesi de *Erol Kesgin* başvurusunda mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin ihlal oluşturmadığı sonucuna varmıştır. Böylelikle sosyal güvenlik alacakları yönünden kanunda sayılan kişilerin şirketle birlikte doğrudan sorumlu oldukları kabul edilerek tüzel kişilik perdesi kaldırılmıştır. Sosyal güvenlik sisteminin devamı

bakımından primlerin ödenmesinin sürekliliğini sağlamak büyük bir önem taşımakla birlikte mülkiyet hakkına yapılan bir müdahalenin Anayasa ve Sözleşme'deki ölçütlere uygun olarak yapılması gerektiği kuşkusuzdur. Tüzel kişilik perdesinin bu anayasal güvencelere uygun olarak ancak belirli koşullarda aralanmasının ayrıca, ülke ekonomisi ve şirketler hukuku bakımından da daha olumlu sonuçlar doğuracağı öngörülmektedir.

KAYNAKÇA

Makale ve Kitaplar

ALTAŞ, Soner (2014). "Anonim Şirketlerde Farklılaştırılmış Teselsül İlkesi", *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 9., S. 100., ss. 291-298.

ANTALYA, Gökhan (2008). Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Teorisi, içinde Ulusoy, Erol (Der.), *Marmara Üniversitesi I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu-Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması* (ss. 143-152), İstanbul: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.

BAFRA, Erdem (2014). "İngiliz Mahkemelerinde Şirket Tüzel Kişiliğinin Perdesinin Kaldırılması", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 112., ss. 355-372.

BUHART, Jacques ve LAFONT, Nicolas (2016). France, içinde Loos, Alexander (Der.), *Directors' Liability: A Worldwide Review* (ss. 189-202), Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International.

BUTLER, N. Murray (1967). "Should Shareholders Be Personally Liable fort the Torts of Their Corporations?", *Yale Law Journal*, C. 76., S. 6., ss. 1190-1205.

CATALDO, Bernard F. (1953). "Limited Liability with One-Man Companies and Subsidiary Corporations", *Law and Contemporary Problems*, C. 18., S. 4., ss. 473-504.

CHENG, Thomas K. (2011). "The Corporate Veil Doctrine Revisited: A Comparative Study of the English and the U.S. Corporate Veil Doctrines", *International & Comperative. Law Review*, C. 34., S. 1., ss. 343-362.

ÇAMOĞLU, Ersin (1973). "İsviçre, Alman ve Türk Hukuklarında Limited Ortağın Sınırlı Sorumluluğu İlkesinin Anlamı ve Nitelikleri", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 38., S. 1-4., ss. 139-146.

ÇAMOĞLU, Ersin (2003). "Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Ortaklığın Kamu Borçlarından Dolayı Sorumluluğu", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, S. 23., ss. 499-519.

DOMANİÇ, Hayri (1988). *Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması (TTK Şerhi II)*, İstanbul: Temel Yayınları.

FARAT, Anna ve MICHON, Denis (2008). "Lifting the corporate veil: limited liability of the company decision-makers undermined? Analysis of English, U.S., German, Czech and Polish approach", *Common Law Review*, S. 9.

GEÇER, Ahmet Emrah (2017). "Kanuni Temsilcilerin Amme Borçlarından Sorumluluğu: Kusurlu Sorumluluk v. Kusursuz Sorumluluk", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 129., ss. 107-132.

GEMALMAZ, Haydar Burak (2009). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı*, İstanbul: Beta Yayınları.

GEMALMAZ, Haydar Burak (2011). "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açısından Mülkiyet Hakkının Sınırlanmasında Hukukilik İlkesi", *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 85., S. 3., ss. 3-22.

GEMALMAZ, Haydar Burak (2018). *Mülkiyet Hakkı (Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi - 6)*, Ankara: Avrupa Konseyi.

GERDING, Eric F. (2008). United States of America, içinde Anderson H. (Der.), *Directors Personal Liability for Corporate faults in the United States* (ss. 301-330), Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International.

GÜNAY, Sena Nur (2016). *Sermaye Şirketlerinde Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.

HELVACI, Mehmet (2013). "Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğunda Farklılaştırılmış Teselsül", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 2., ss. 77-96.

KAŞAK, Fahri Erdem, (2020). "Tüzel Kişilik Kavramı ve Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 26., S. 2., ss. 1242-1263.

KERVANKIRAN, Emrullah (2007). "Sermaye Ortaklıklarında Sınırlı Sorumluluk İlkelerine Karşı Önemli Bir İstisna: Tüzel Kişilik Perdesi'nin Aralanması", *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 11., S. 3-4., ss. 453-472.

LEZCANO, Jose Maria (2015). *Piercing the Corporate Veil in Latin America Jurisprudence: A comparison with the Anglo-American Method*, Londra: Routledge.

LOOS, Alexander (2016). Almanya, içinde Loos, Alexander (Der.), *Directors' Liability: A Worldwide Review* (ss. 203-212), Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International.

ÖZTEK, Selçuk ve MEMİŞ, Tekin (2008). Şirketler Hukuku ve İcra İflas Hukuku İlkeleri Karşısında Borçlu Şirketin Alacaklılarının Hâkim Ortağa Karşı Korunması, içinde Ulusoy, Erol (Der.), *Marmara Üniversitesi I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu-Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması* (ss. 195-215), İstanbul: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.

PEHLİVAN, Selin (2015). "İngiltere ve ABD Hukukunda Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması", *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 92., S. 2., s. 210-232.

POROY, Reha ve YASAMAN, Hamdi (2018). *Ticari İşletme Hukuku*, İstanbul: Vedat Kitapçılık.

POROY, Reha, TEKİNALP, Ünal ve Çamoğlu, Ersin (2023). *Ortaklıklar Hukuku II*, İstanbul: Vedat Kitapçılık.

PULAŞLI, Hasan (2022). *Şirketler Hukuku Şerhi C: I-IV*, Ankara: Adalet Yayınevi.

SAĞLAM, İpek (2008). Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Kavramına Genel Bir Bakış, içinde Ulusoy, Erol (Der.), *Marmara Üniversitesi I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu-Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması* (ss. 153-161), İstanbul: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.

SCHUMPETER, Joseph A. (2016). "Don't Limit The Revolution", *www.economist.com* (Erişim Tarihi: 31/10/2023)

SCHWARTZ, Jennifer A. (2008). "Piercing the Corporate Veil of an Alien Parent for Jurisdictional Purposes: A Proposal for a Standard That Comports with Due Process", *California Law Review,* C. 96., S. 3., ss. 731-763.

SEVİNÇ, Cansu (2017). *Ticaret Şirketlerinde Ortakların Kamu Borçlarından Doğan Sorumluluğu*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Denizli: Pamukkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.

THOMPSON, Robert B. (1991). "Piercing the Corporate Veil: An Empirical Study", *Cornell Law Review,* C. 79., S. 5., ss. 1036-1074.

THOMPSON, Robert B. (1997). "The Limits of Liability in the New Limited Liability Entities", *Wake Forest Law Review,* S. 32., ss. 1-30.

ULUSOY, Erol (2008). Şirketler ve Bankacılık Hukukunda Kapsama Alma ve Sorumlu Kılma Amacıyla Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması, içinde Ulusoy, Erol (Der.), *Marmara Üniversitesi I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu* (ss. 351-405), İstanbul: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.

UYANIK, Namık Kemal (2019). *Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması ve Organik Bağ*, Ankara: Seçkin Yayınevi.

WAGNER, Gerhard (2015). "Officers' and Directors' Liability Under German Law – A Potemkin Village", *Theoretical Inquiries in Law,* C. 16., S. 1., ss. 69-106.

WEILER Joseph H. H. (2002). The judicial après Nice, içinde De Burca, Gráinne ve Weiler, Joseph H. H., *The European Court of Justice*, Oxford: Oxford University Press.

WORMSER, Maurice I. (1912). "Piercing the Veil of Corporate Entity", *Columbia Law Review*, C. 12., S. 6., ss. 496-518.

YILMAZ, Lerzan (2008). Anonim Şirketlerde Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması Meselesi Hakkında İsviçre Federal Mahkemesi Kararları Işığında Düşünceler, içinde Ulusoy, Erol (Der.), *Marmara Üniversitesi I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu-Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması* (ss. 233-259), İstanbul: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.

İnternet Siteleri

http://documents.tips/documents/us-v-milwaukee.html (Erişim tarihi: 31/10/2023)

https://rsmus.com/what-we-do/services/tax/washington-national-tax/irs-pierces-corporate-veil-for-unpaid-tax-liabilities--upheld-by.html (Erişim tarihi: 31/10/2023)

https://corporations.uslegal.com/officer-and-director-liability/state-laws-governing-officer-and-director-liability/ (Erişim tarihi: 31/10/2023)

https://www.crosschannellawyers.co.uk/directors-duties-and-liabilities-under-german-law/ (Erişim tarihi: 31/10/2023)

https://www.ipg-online.org/news/item/36/ (Erişim tarihi: 31/10/2023)

https://www.lalive.law/data/publications/Directors'_liability_(Switzerland).pdf (Erişim tarihi: 31/10/2023)

The Economist. (1999). *The Key to Industrial Capitalism: Limited Liability*, (Erişim tarihi: 31/10/2023)

Kararlar**

Danıştay Dördüncü Dairesinin E.1961/4471, K.1962/644 sayılı kararı.

Danıştay Dokuzuncu Dairesinin 18/10/2017 tarihli ve E.2014/8458, K.2017/7016 sayılı kararı.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 22/9/2004 tarihli ve E.2004/4-360, K.2004/431 sayılı kararı.

Yargıtay 21. Hukuk Dairesinin 6/2/2017 tarihli ve E.2016/8403, K.2017/618 sayılı kararı.

AYM, E.2014/144, K.2015/29, 19/3/2015.

Ahmet Uğur Balkaner, [GK], B. No: 2014/15237, 25/7/2017.

Arslan Gedik, B. No: 2014/17217, 14/9/2017.

Erol Kesgin [GK], B. No: 2015/11192, 30/5/2019.

Agrotexim ve diğerleri/Yunanistan, B. No: 14807/89, 24/10/1995.

Credit and Industrial Bank/Çek Cumhuriyeti, B. No: 29010/95, 21/10/2003.

Lekić/Slovenya, [BD], 36480/07, 11/12/2018.

**Anayasa Mahkemesi kararları için bkz. https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/

AİHM kararları için bkz. https://hudoc.echr.coe.int

(Erişim Tarihleri: 31/10/2023)

Yargıtay ve Danıştay kararlarına Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sisteminden erişilmiştir.

Ayhan KILIÇ
(Anayasa Mahkemesi Genel Kurul Başraportörü)

ANAYASA MAHKEMESİNİN ÖZERK YORUM YETKİSİ

GİRİŞ

Anayasa, toplumu siyasi bir birliğe dönüştüren ve bu siyasi birliğin temel yapısını belirleyen, bireylerin siyasi otorite karşısında haiz olduğu hakların temel çerçevesini tespit eden yazılı veya yazılı olmayan kurallar bütününe verilen addır. Anayasa bir yandan devletin temel yapısını ve yetkilerini belirlerken diğer yandan devletin bireylerin haklarına müdahale yetkisinin sınırlarını da tespit etmektedir.

Anayasa siyasi birliği kuran yazılı veya yazılı olmayan kurallar bütünü olduğuna göre bir siyasi birlikten yani devletten söz edilebilmesi için bunun bir anayasasının olması gerekir. Kuşkusuz devletin varlığı modern anlamda bir anayasasının bulunmasına bağlı değildir. Siyasi birlik oluştuğu anda aslında bir anayasa da ortaya çıkmış demektir. Bu yönüyle anayasanın kaynağı ile anayasanın varlığı farklı şeylerdir. Anayasa demokratik bir usulle yapılmış olabileceği gibi güçlü bir monarkın veya grubun rızayı dışlayan cebri gücüne dayalı olarak da ortaya çıkabilir. Her iki durumda da oluşturulan siyasi düzenin kendisini koruyacak mekanizmalara yer vermesi zorunludur.

Anayasanın korunması, kamu otoritelerinin işlem ve eylemlerinin anayasal sistemin dışına taşıp taşmadığının denetlenmesini gerekli kılmaktadır. Bu gereklilik sadece yürütmenin işlem ve eylemleri yönünden değil, yasamanın işlemleri yönünden de geçerlidir. Bu denetimin nasıl ve hangi mercilerce yapılacağı her anayasal sistemin kendi özgün yapısı içinde belirlenmektedir. Demokratik sistemlerde yürütme organının ve idari otoritelerin işlemleri söz konusu olduğunda bu denetimin yargı organlarınca yapılması gerektiği hususunda tereddüt yaşanmamaktadır. Buna karşılık sıra yasama işlemlerine geldiğinde yargısal denetimi gerekli görmeyen ülkelerin bulunduğu da gözlemlenmektedir. Bununla birlikte demokratik ülkelerin çoğunda, kapsamı ve usulü farklı olmakla birlikte yasama işlemleri yönünden de yargısal denetim mekanizması öngörülmüştür.

Diğer taraftan, böyle bir denetim diğer hukuk metinlerinde olduğu gibi anayasanın yorumlanmasına yol açar. Dolayısıyla anayasal denetim mekanizmalarının anayasayı yorumlaması gerekebilir. Anayasanın yorumlanması ih-

tiyacı bu yorumun kimin tarafından ve nasıl yapılacağı, sınırlarının ne olduğu sorularını da beraberinde getirmektedir. Türk anayasal sisteminde nihai ve belirleyici yorum yetkisi Anayasa Mahkemesine verilmiştir. Bu çalışmada esas itibarıyla Anayasa Mahkemesinin anayasal kavramları nasıl yorumlayacağı sorusunun cevabı aranacaktır. Bu bağlamda öncelikle Anayasa'nın yorumlanması meselesi üzerinde kısaca durulduktan sonra anayasal kavramların özerkliği ele alınacaktır. Son olarak Anayasa Mahkemesinin özerk yorum yetkisinin demokratik meşruiyeti ve sınırları tartışma konusu edilecektir.

I. ANAYASA'NIN YORUMLANMASI

A. Anayasa'yı Yorumlama Yetkisi Kime Aittir?

Anayasa, onu uygulayacak her kamu otoritesi tarafından yorumlanabilir. Anayasa'da bu yorum yetkisi bir tekel olarak herhangi bir makama veya organa verilmemiştir. Anayasal bir mesele söz konusu olduğunda bu meselenin çözümlenmesiyle yetkilendirilmiş idari ve yargısal makamların yanı sıra yasama organı da Anayasa'yı yorumlama yetkisini haizdir.

Yasama organının Anayasa'ya ilişkin yorumu, kanunlaşma sürecinde yasama belgelerine yansıyan gerekçelerinden tespit edilebilir. Anayasal meseleleri ilgilendiren kanunların çıkarılması sürecinde yaşanan tartışmalardan da yasama organının Anayasa'nın ilgili hükmünü nasıl yorumladığı anlaşılabilir. İdari ve yargısal makamların yorumları ise bunların işlemlerinde ve kararlarında yer alan gerekçelere bakılarak saptanabilir.

Kamu otoriteleri yönünden Anayasa'yı yorumlamak bir yetki olsa da Anayasa'ya uygun davranmak bir yükümlülüktür. Kamu otoritelerinin her türlü işlem ve eylemi Anayasa'ya uygun olmak zorundadır. Hâl böyle olunca Anayasa'nın yorumlanması anayasal meselelerle ilgilenen her kamu otoritesi açısından belli ölçüde kaçınılmaz hâle gelebilmektedir. Anayasa'ya uygun davranma yükümlülüğü şüphesiz onun ne olduğunu belirlemeyi ve anayasal kavram ve hükümlerin anlamını ortaya çıkarmayı gerektirir. Anayasa'yı yorumlayacak otoritenin, önündeki anayasal meseleyle ilgili olarak daha önce farklı otoriteler tarafından yapılmış yorumları dikkate almasının önünde bir engel bulunmamaktadır. Ancak daha önce yapılmış yorumların esas alınması, yapılan işi yorumlama faaliyeti olmaktan çıkarmamaktadır.

Anayasa'nın 138. maddesinin birinci fıkrasında "Hakimler, … Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanı kanaatlerine göre hüküm verirler" hükmüne yer verilmiştir. Bu hüküm hâkimleri sadece kanuna ve hukuka uygun karar vermekle yükümlü kılmamış, hâkimlerin aynı zamanda *Anayasa'ya* uygun karar verme mecburiyeti altında bulunduğunu açık bir biçimde ifade etmiştir. Hâkimlerin Anayasa'ya uygun karar verme yükümlülüğü altında

bulunması onların, uyuşmazlıkları karara bağlarken Anayasa'yı gözetmelerini ve icabında onu yorumlamalarını gerektirmektedir. Nitekim Anayasa Mahkemesi bir kararında mahkemelerin Anayasa'yı gözetme yükümlülüklerini şu şekilde ifade etmiştir[1]:

> "Mahkemelerin hukuk kurallarını yorumlama yetkisi, bunların Anayasa hükümleri ışığında yorumlanması yükümlülüğünü de beraberinde getirmektedir. Buna göre mahkemeler, önlerindeki uyuşmazlığa uygulayacakları mevzuat hükümlerini anayasal ilke ve güvenceleri gözeterek yorumlama mecburiyeti altındadır. Bir mevzuat hükmünün birden farklı biçimde yorumlanmasının mümkün olduğu hâllerde Anayasa'ya aykırı olan yorumun benimsenmesinden kaçınılması Anayasa'nın üstünlüğü ilkesinin bir gereğidir. Diğer bir ifadeyle Anayasa'ya uygun yorum ilkesi hâkimin hukuk kurallarını yorumlama serbestisinin sınırını oluşturmaktadır. Dolayısıyla hâkimin bir hukuk kuralının anlam ve kapsamını tespit ederken Anayasa'yı ve anayasal ilkeleri hesaba katmaması Anayasa'nın normlar hiyerarşisinin tepesinde yer almasını anlamsız hâle getirir. Bu bağlamda Anayasa kâğıt üzerinde kalan bir metin değil yaşayan, hukuk sistemini yönlendiren, her türlü kamusal tasarrufta gözetilmesi gereken hukuki bir belgedir."

Ülkemizde yargı mercilerinin uyuşmazlıklarda uygulanacak hukuk kurallarının Anayasa ışığında yorumlanması hususunda başarılı ve istekli olduklarını söylemek mümkün değildir. Esasen yargısal denetimi kanuna uygunluk incelemesine indirgeyen bir yargı kültürüne sahip olduğumuz ifade edildiğinde, haksızlık edilmiş olmaz. Oysa kanuna uygunluk denetimi yargısal denetimin asgari içeriğini oluşturmaktadır. Özellikle hak ve özgürlükler söz konusu olduğunda, kanuna uygunluk hak ve özgürlüğe müdahale edilebilirliğin ön şartını oluşturmaktadır. Diğer bir ifadeyle kanuna uygunluk denetiminin kamu otoritelerinin bir temel hak ve özgürlüğe müdahale edilebilmesine yasama organınca izin verildiğinin tespit edilmesinden öte bir anlamı bulunmamaktadır. Fakat yasama organının bir hak ve özgürlüğe müdahale edilmesine izin vermiş olması tek başına söz konusu müdahaleyi Anayasa'ya uygun hâle getirmez. Bunun yanında bu müdahalenin diğer anayasal güvencelere de aykırılık oluşturmaması gerekir. Bu nedenle mahkemelerin uyuşmazlıkları Anayasa ışığında çözümleme ödevi, sadece *kanuna uygun olma* güvencesi yönünden bir inceleme yapılmasını değil, Anayasa'da yer alan diğer tüm güvenceler yönünden denetim yapılmasını icap ettirmektedir.

Yargısal denetimi kanuna uygunluk denetimine indirgeyen yargısal pratik, yargıya intikal etmiş ve mahkemelerin önünde derdest olan somut uyuş-

1 *Mehmet Fatih Bulucu* [GK], B. No: 2019/26274, 27/10/2022, § 76.

mazlıkların belli bir yönde karara bağlanmasını, diğer bir ifadeyle derdest uyuşmazlıklarla ilgili olarak verilecek kararların muhtemel sonucunun değiştirilmesini amaçlayan kanuni düzenlemelerin yapılması yönündeki iştahı kabartmaktadır. Kanun koyucunun uyuşmazlıkların çözümünde âdeta taraflardan birinin yanında konumlanması biçiminde okunabilecek bu yöndeki uygulamalarla sıklıkla karşılaşılmasında, anayasal perspektiften bakılmasını dışlayan bu kanun kutsayıcı yargı kültürünün teşvik edici bir rolünün bulunduğunu tespit etmek gerekir.

B. Nihai ve Belirleyici Yorum

Anayasa'yı yorumlama tekeli Anayasa Mahkemesine ait olmasa da nihai olarak belirleyici kabul edilecek yorum Anayasa Mahkemesine ait olandır. Bu çıkarımın pozitif dayanağı Anayasa'nın 153. maddesinin altıncı fıkrasıdır. Anılan fıkrada "Anayasa Mahkemesi kararları … yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzelkişileri bağlar" hükmüne yer verilmiştir.

Anayasa Mahkemesi kararlarının kesinliği ile bağlayıcılığı farklı kavramlardır. Kararların kesinliğinin şeklî ve maddi olmak üzere iki anlamı bulunmaktadır. Kararın şeklî anlamda kesinliği o karara karşı aynı veya üst yargı merciine başvurulamamasını ifade etmektedir. Kararının maddi anlamda kesinliği ise o karara konu olan uyuşmazlığın aynı taraflarca, aynı nedenlere dayanılarak bir daha dava konusu edilememesidir. Kesinlik bağlayıcılıkla bağlantılı bir kavramdır. Kural olarak kesin hüküm niteliği kazanan yargı kararı sadece davanın taraflarını bağlar. Yani hükmün kesinliği yalnızca taraflar yönünden geçerlidir. Ancak Anayasa Mahkemesi kararları yönünden durum farklıdır. Anayasa Mahkemesi kararları sadece davanın taraflarını değil, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzelkişileri bağlar. Diğer bir ifadeyle Anayasa Mahkemesi kararı kesinleştikten sonra sadece taraflar yönünden değil, herkes yönünden kesin hüküm niteliği kazanır. Anayasa'nın 153. maddesinin altıncı fıkrasının anlamı budur.

Buna karşılık Anayasa Mahkemesi kararlarının sadece hüküm fıkrasının mı yoksa gerekçelerinin de mi bağlayıcı olduğu hususunda tartışma bulunmaktadır. Anayasa Mahkemesi kararlarının gerekçelerinin bağlayıcılığı konusunda uygulama ve doktrinde farklı iki görüş öne sürülmektedir. Birinci görüşe göre Anayasa Mahkemesi kararlarının sadece hüküm fıkrası bağlayıcı olup gerekçesi bağlayıcı değildir[2]. Gerekçeler sadece açıklayıcı ve yol göste-

2 Arslan, Z. (2008). Anayasa Mahkemesinin Yorum Tekeli: Yargısal Üstünlük Ve Demokrasi, içinde Yazıcı, S., Gözler, K. ve Keyman, F. (Ed.), *Prof. Dr. Ergun Özbudun'a Armağan, Cilt II: Anayasa Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 64; Hakyemez, Y. Ş. (2008). Anayasa Mahkemesi Karar Gerekçelerinin Bağlayıcılığı Sorunu, içinde Yazıcı, S., Gözler, K. ve Keyman, F. (Ed.), *Prof. Dr. Ergun Özbudun'a Armağan*, *Cilt II: Anayasa Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 389; Özbudun, E. (2009). *Türk Anayasa Hukuku*, Gözden Geçirilmiş 10. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 424 vd.; Gözler, K. (2000). *Türk Anayasa Hukuku*, Bursa: Ekin Yayınevi, s. 929; İyimaya, A. (2007). *Siyaset Hukuku Sorunları*, Ankara: Turhan Kitabevi Yayınları, s. 67 vd.

ricidir. Bu görüşe göre gerekçeler bağlayıcı kabul edilemez çünkü bir kanun maddesinin nasıl yorumlanacağına onu uygulayacak olan adli ve idari yargı organları karar verir. Anayasa Mahkemesi adli ve idari yargı kollarının üst mahkemesi olmadığına göre, Anayasa Mahkemesinin gerekçede yer alan yorumunu bu yargı kollarındaki mahkemelere empoze etmesi mümkün değildir. Bu görüşte olanlara göre Anayasa Mahkemesi kararlarının gerekçelerinin bağlayıcı olduğu kabul edilemez, zira gerekçelerin bağlayıcı olduğunun kabulü Anayasa Mahkemesini negatif kanun koyucu olmaktan çıkarıp pozitif kanun koyucu konumuna getirir.

Diğer bir görüşe göre ise Anayasa'nın 153. maddesinde öngörülen bağlayıcılık, yalnızca Anayasa Mahkemesi kararının hüküm fıkrasıyla sınırlı olmayıp gerekçeyi de kapsamaktadır[3]. Bu görüşe göre Anayasa Mahkemesi kararının, hüküm fıkrası ile Anayasa Mahkemesini bu hükme götüren gerekçe bölümü bütünlük arz ettiğinden, bağlayıcılığın gerekçeyi de kapsadığı sonucuna varılmalıdır. Hüküm fıkrası ile gerekçe birbirinden ayrı düşünülemez. Ancak bu görüşü savunanlar, Anayasa Mahkemesi kararlarında açıklanan görüşlerin, Anayasa Mahkemesinin sonraki kararları ile değiştirilebileceğini yani Mahkemenin önceki kararlarıyla bağlı olmadığını kabul etmektedir.

Kanaatimizce, yargı kararının sadece hüküm fıkrası bağlayıcı olup gerekçenin mutlak bağlayıcılığı bulunmamaktadır. Gerekçenin, Anayasa Mahkemesinin Anayasa hükümleriyle ilgili görüşünü ortaya koyması bakımından önemli olduğu açıktır. Zira kanun koyucu muhtemel bir iptal kararıyla karşılaşmamak için Anayasa Mahkemesinin kararlarında açıklanan gerekçelere uygun yasa yapmak durumunda kalacaktır. Ancak kanun koyucunun Anayasa Mahkemesi kararlarında açıklanan gerekçeleri dikkate alması, gerekçenin mutlak anlamda bağlayıcı olduğu anlamına gelmez. Gerekçenin değerlendirilebilir olması, bağlayıcı olduğu şeklinde yorumlanamaz[4]. Şayet gerekçe bağlayıcı olsaydı, bunun Anayasa Mahkemesi yönünden de geçerli olması gerekirdi. Oysa Anayasa Mahkemesi, gerekçelerini değiştirebilmektedir. Buna karşılık bağlayıcılığı hususunda tartışma bulunmayan hüküm fıkrası, sadece yasama, yürütme ve (diğer) yargı organlarını değil, Anayasa Mahkemesini de bağlamaktadır. Nitekim Anayasa Mahkemesinin, hakkında iptal veya ret hükmünü kurduğu bir yasa maddesinin ikinci kez dava konusu edilmesi durumunda tekrar görüşemeyip "Karar Verilmesine Yer Olmadığına" şeklinde karar vermesi hüküm fıkrasının kesin ve bağlayıcı olmasının bir sonucudur.

3 Sağlam, F. (2004). Anayasa Yargısı'nın Bazı Sorunları, içinde *Bülent Tanör Armağanı*, İstanbul: Legal Yayıncılık, s. 58 vd.; Metin, Y. (2008). *Anayasa'nın Yorumlanması*, Ankara: Asil Yayınları, s. 195 vd.; Gören, Z. (1996). "Anayasa Yargısı ve Yasama Türk ve Alman Hukukunda Anayasa Mahkemesi ve Parlamentonun Karşılıklı Etkileşimi", *Anayasa Yargısı* C. 13, s. 135 vd.

4 Selçuk, S. (2008). "Yargı Kararlarının Gerekçeleri Ne Kesindir Ne De Bağlayıcı", 5/2/2008, http://www.stargazete.com/gazete/yazar/sami-selcuk/yargi-kararlariningerekceleri-nekesindir-ne-de-baglayici-85481.htm (Erişim Tarihi: 2/9/2023)

Bununla birlikte gerekçenin bağlayıcılığı ile yorumun belirleyiciliğinin farklı hususlar olduğunun altını özellikle çizmek gerekir. Anayasa hükümlerinin farklı makamlarca yorumlanması mümkünse de bu yorumların geçerli olup olmadığına nihai olarak Anayasa Mahkemesi karar verir. Anayasa Mahkemesi, diğer makamların yaptığı yorumun geçerli olup olmadığını soyut olarak yapacağı bir incelemeyle değil önüne gelen bir davanın veya bireysel başvurunun incelenmesi sırasında yapar. Mahkeme bu bağlamda, iptal davalarında yasama organının, bireysel başvuruda ise diğer yüksek mahkemelerin anayasal hükümlere ilişkin yorumlarının isabetli olup olmadıklarını da denetlemekte; kendi yorumunun farklı olması hâlinde yasama işlemini iptal etmekte ya da yargı kararının ihlale yol açtığını tespit etmektedir. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi kendi kararlarında yaptığı yorumlarla diğer makamlarca yapılan yorumların Anayasa'ya uygun olmadığını örtülü olarak ifade etmektedir.

Bu geçersizlik tespitinin geçmişe yönelik olduğunu belirtmek gerekir. Diğer bir ifadeyle Anayasa Mahkemesi kararının, Mahkemenin önüne gelen karar veya işleme yansıyan ve zımni olarak geçersiz olduğu tespit edilen yorumun başka bir işlem veya kararda yapılmasını yasaklama kapasitesi bulunmamaktadır. Bunun sebebi gerekçenin mutlak bağlayıcılık özelliğinin bulunmamasıdır. Anayasa Mahkemesi kararlarının, kendinden önceki makamların yaptığı yorumları geçersiz kılma gücü bulunsa da daha önce geçersizliği tespit edilen yorumların başka karar ve işlemlerde yapılmasını engelleyici bir kudreti yoktur. Anayasa Mahkemesinin daha önce geçersizliğini tespit ettiği bir yorumun bir daha yapılmasını mutlak olarak yasakladığı biçimindeki bir kabulün Anayasa'da pozitif bir dayanağını bulmak mümkün değildir.

II. ANAYASAL KAVRAMLARIN HUKUKİ ÖZERKLİĞİ

Özerk kelimesi "otonom" kelimesine öz Türkçe karşılık bulmak amacıyla, "öz" ve "erk" sözcüklerinin birleştirilmesinden oluşturulmuş olup gücü kendinden var olan anlamına gelmektedir. *Otonomi* kelimesi ise kökleri eski Yunancaya dayanan "auto-nomos"dan neşet etmektedir. Söz konusu sözcük "auto" ve "nomos" kelimelerinin birleşmesinden oluşmaktadır. *Auto* "kendi, öz", *nomos* ise "kural, töre, hukuk, anane" manalarını taşımaktadır. *Autonomos* kendi kural ve kaidelerine göre yönetilen kişiyi ifade etmektedir.

Özerk kelimesi hukuki bir kavram olarak ise kendi kendine karar alabilen, karar alırken başkasının icazetine ihtiyaç duymayan kişi veya kurumu ifade eder. Özerklik de bir kimsenin veya kurumun, başkasının onayına gereksinim duymaksızın kendi başına karar alabilmesine işaret etmektedir.

Anayasa'nın üstünlüğü ilkesi Anayasa'nın hiyerarşik olarak kanunların üzerinde olmasını ifade etmektedir. Normlar hiyerarşisinde altta bulunan norm üstteki normla uyumlu olmak durumundadır. Anayasa, hukuk sistemindeki diğer normların kendisine uygun olmak zorunda olduğu en üst normdur. Diğer bir ifadeyle Anayasa tüm hukuk sisteminin kendisini ona uyarlamak zorunluluğunun bulunduğu kurucu belgedir. Bu sebeple Anayasa kavramlarının anayasal düzeyde yorumlanması gerekir. Bu bağlamda anayasal kavramların kanuni kavramlarla açıklanmaya çalışılması Anayasa'nın üstünlüğü ilkesiyle bağdaşmaz.

Anayasa koyucu, iradesini Anayasa hükümleriyle ortaya koymuştur. Anayasa koyucunun iradesinin ne olduğu tespit edilmeye çalışırken kanun koyucunun ürettiği kavramlardan hareket edilemez. Aksi takdirde kanun yapma yoluyla Anayasa'nın değiştirilmesine de kapı aralanmış olur. Örneğin Anayasa'nın 21. maddesinde düzenlenen konut dokunulmazlığı hakkı kapsamındaki "konut" kavramı Anayasa'nın kendi bağlamında yorumlanmalıdır. Nitekim Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 21. maddesinde geçen konut kavramını "mesken" olarak değil, dışarıya kapalı ve herkesin serbestçe giremediği mekân olarak yorumlamaktadır. Bu bağlamda Anayasa Mahkemesi iş yerlerinin dahi Anayasa'nın 21. maddesi anlamında konut kavramının kapsamına girdiğini kabul etmektedir[5].

Hiyerarşik olarak Anayasa'nın altında yer alan normları temel alarak inceleme/değerlendirme yapan hukuk dallarının kavramlarıyla anayasal kavramların yorumlanması kanun koyucuya Anayasa'yı değiştirme yetkisini verilmesi anlamına gelebilir. Örneğin *konut* kavramının Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenen konut dokunulmazlığının ihlali suçundaki gibi *mesken* biçiminde yorumlanması hâlinde söz konusu anayasal kavramın içeriği gerçekte kanun koyucu tarafından belirlenmiş olur. Aynı şekilde Anayasa'nın 169. maddesinde geçen *orman* kavramı veya Anayasa'nın 38. maddesinde yer alan *ceza* kavramı özerk yorumlanmadığı takdirde kanun koyucuya orman sayılmayan alanları genişletme veya infaz düzenlemesi adı altında ceza düzenlemeleri yapma imkânı verir. Bu da Anayasa hükümlerinin norm alanını belirleme yetkisinin kanun koyucuya bırakılmasından başka bir şey değildir.

Özerk yorum yetkisi Anayasa'yı koruma araçlarından en önemlisidir. Bu nedenle Anayasa Mahkemesinin bu yetkiyi titizlikle kullanması gerekir. Nitekim Anayasa Mahkemesi yakın tarihli bir kararında Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM) Başkanlık Divanının kuruluşuna ve üyelerinin görev dağı-

5 *Günay Dağ ve diğerleri* [GK], B. No: 2013/1631, 17/12/2015, § 133; *Ford Otomotiv Sanayi Anonim Şirketi* [GK], B. No: 2019/40991, 23/3/2021, § 54; *Mehmet Taşdemir*, B. No: 2013/3436, 18/5/2016, § 55.

lımının belirlenmesine ilişkin bir parlamento kararının iptali istemini incelerken Anayasa'nın 95. maddesinin birinci fıkrası ile 148. maddesinin birinci fıkrasında geçen *TBMM İçtüzüğü* kavramını özerk olarak yorumlamıştır. Anayasa Mahkemesi TBMM kararının mahiyetini gözeterek bunun TBMM İçtüzüğü niteliğinde bir düzenleme olduğu sonucuna ulaşmış ve bu TBMM kararının Anayasa'ya uygun olup olmadığını denetleme hususunda kendisini görevli görmüştür[6].

Özerklik kavramının karşısında bağımlılık kavramı yer almaktadır. Anayasa'nın özerkliği, Anayasa'nın daha alt metinlere bağımlı olmamasını ifade etmektedir. Yorumlanmasında anayasa altı hukuk metinlerinin belirleyici rol oynadığı bir anayasanın egemen norm olma vasfını haiz olduğunu söylemek mümkün değildir. Alt düzeydeki norm koyucuları yönlendiremeyen, aksine alt düzeydeki norm koyucular tarafından yönlendirilen bir anayasa ismen anayasa olarak adlandırılsa bile gerçek bir anayasa olarak kabul edilemez. Dolayısıyla kavramlarının özerkliği Anayasa'ya hukuki manada egemen norm mahiyetini kazandıran zorunlu bir unsurdur.

Anayasal kavramların özerkliği bütünlük ilkesiyle de çelişmez. Bilindiği üzere bir hukuk sisteminin gücü aynı zamanda kendi içinde bütünlüğü sağlamış olmasına bağlıdır. Hukuk kurallarının birbiriyle entegre olarak yorumlanması, belirlilik ve öngörülebilirliğin sağlanmasının kaçınılmaz gerekliliğidir. Ne var ki hukuk sisteminin bütünlüğünün sağlanmasında üst düzeydeki normların alt derecedeki normlarla değil, alt düzeydeki normların üst düzeydeki normlarla uyum içinde yorumlanmasını icap ettirir. Bu bağlamda iki farklı kanunda geçen aynı kavramın uyumlu bir biçimde yorumlanması hukuk sisteminin tutarlılığı bakımından hayatidir. Lakin Anayasa ile Anayasa altı metinler arasında aranacak özellik entegrasyondan ziyade *uyarlılık*tır. Anayasa altı normlar Anayasa'yla uyarlı olmak durumundadır. Anayasa'nın üstünlüğü ilkesi bunu gerektirir.

Öte yandan özerk yorum ilkesi, hukukta birliğin ve yeknesaklığın sağlanması bakımından zaruri olmanın yanında Anayasa'nın etkililiğini de güçlendirir. Birden fazla hukuk dalında düzenleme konusu edilen bir kavramın her hukuk dalında farklı yorumlanması yeknesaklığı ortadan kaldırabileceği gibi bu yorumların anayasal kavramlarda da gözetilmesi hâlinde Anayasa'nın içinin boşaltılmasına sebebiyet verebilir. Örnek vermek gerekirse Anayasa'nın 35. maddesinde geçen mülkiyet kavramını eşya hukukundaki içeriğiyle özdeş bir biçimde yorumladığımızda alacak hakları Anayasa'nın 35. maddesinin kapsamı dışında kalacak, bu yolla Anayasa'nın etkililiği zayıflayacaktır.

6 AYM, E.2023/113, K.2023/127, 26/7/2023, §§ 2-21.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) ilk kararlarından beri Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS/Sözleşme) kavramlarını özerk olarak yorumlayacağını ifade etmiştir. AİHM özerk yorum doktrinini detaylı olarak ilk kez *Engel ve diğerleri/Hollanda* kararında ele almıştır[7]. AİHM anılan kararda, Sözleşme'nin 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasında geçen "suç isnadı" kavramını yorumlarken ulusal hukuklardaki yaklaşım farklılıklarına işaret etmiştir[8]. AİHM'in özerk yorum yöntemini benimsemesinin temelindeki düşünce, çok farklı ülkelerden oluşan AİHS sistemini uyumlulaştırmak ve yeknesak bir uygulama geliştirmektir. Sözleşme'deki kavramların ülkelerin ulusal hukuklarındaki anlamıyla kabul edilip uygulanması hâlinde Sözleşme'nin her ülke yönünden farklı bir içeriğe bürünme riski artacak ve etkililiği ortadan kalkacaktır.

Engel ve diğerleri/Hollanda kararında Sözleşme'nin adli suçlarda disiplin suçlarına nazaran daha yüksek bir koruma standardı getirdiğinin altını çizen AİHM, taraf devletin bir fiili disiplin suçuna dönüştürmesi hâlinde Sözleşme'nin 6. maddesinin uygulanabilir olmaktan otomatik olarak çıkmayacağını, aksi takdirde Sözleşme'nin uygulanabilirliğinin devletlerin bir haksızlığın (offence) sınıflandırılması hususundaki egemen iradelerine bağlı hâle geleceğini belirtmiştir[9]. Gerçekten Sözleşme'nin uygulanabilirliğinin devletlerin fiilleri nasıl sınıflandırdığına bağlı kılınması durumunda Sözleşme'nin etkililiği ortadan kalkar. Taraf devletler suçları disiplin suçu veya idari suç olarak tanımlamak suretiyle Sözleşme'nin suç isnadı alandaki denetiminin dışına çıkarmış olurlar. Özerk yorum doktrininin uygulanmaması hâlinde hırsızlık suçunun dahi Sözleşme'nin 6. maddesinin kapsamının dışına çıkarılması mümkün olur. Taraf devlet hırsızlık suçunu bir kabahate dönüştürdüğünde, bu suçun sonuçlarını aynen korusa bile, artık bu suçun faili Sözleşme'nin 6. maddesinde suç isnadına ilişkin olarak öngörülen güvencelerden yararlanamayacaktır.

AİHM özerk yorum prensibini uygulayarak Sözleşme'deki birçok kavrama, örneğin kanun, suç isnadı, konut, aile, özel hayat, mülkiyet gibi kavramlara AİHS bağlamı içinde özel anlamlar vermiştir. Özerk yorum yetkisinin taraf devletlerin yetkisini belli ölçüde kısıtladığı, taraf devletlerce aşılması yasaklanan kırmızı çizgiler inşa ettiği açıktır[10]. Ancak Sözleşme sisteminin etkili kılınması için Sözleşme kavramlarının ulusal hukuklardaki içeriklerinden bağımsız yorumlanması bir mecburiyettir.

7 *Engel ve diğerleri/Hollanda* [GK], B. No: 5100/71 …, 8/6/1976, § 80 vd.
8 *Engel ve diğerleri/Hollanda*, § 80.
9 *Engel ve diğerleri/Hollanda*, § 80.
10 Trykhlib, K. (2022). "Analysis of Autonomous Concepts in the Practice of the European Court of Human Rights", *Comparative Law Review*, C. 28., s. 462.

III. ÖZERK YORUMUN DEMOKRATİK MEŞRUİYETİ

A. Anayasa Mahkemesinin Yorumunun Belirleyici Olmasının Demokratik Meşruiyeti

Anayasal kavramların özerk yorumlanması, özellikle dinamik yorum metoduyla birleştiğinde demokratik devlet ilkesi yönünden tartışmaya değer bir konu hâline gelmektedir. Nitekim özerk yorum yetkisinin yargısal aktivizme yol açacağı eleştirileri yapılagelmiştir. Gerçekten anayasal kavramların yorumlanması yetkisinin Anayasa Mahkemesine ait olması, Anayasa Mahkemesinin bu kavramların kapsamını genişletme ihtimalini de beraberinde getirmektedir. Özellikle hak ve özgürlüklerin kapsamına ilişkin hükümler ile kanun koyucunun yetkilerini sınırlayan hükümlerin geniş yorumlanması yasama organının ve siyasal iktidarın yetkilerinin yargı organlarınca gereğinden fazla törpülenmesine sebebiyet verebilir. Bu da seçimle iktidara gelen organların işlemlerinin atanmış kişiler tarafından iptal edilmesinin demokrasiyle bağdaşıp bağdaşmadığı tartışmasını ortaya çıkarır[11].

Anayasa Mahkemesinin uyguladığı ve "Anayasa'nın yaşayan bir belge"[12] olduğu vecizesinde ifadesini bulan dinamik yorum yöntemi, hak ve özgürlüklerin kapsamını genişletme imkânını Anayasa Mahkemesine sunmaktadır. Nitekim Anayasa Mahkemesinin özellikle bireysel başvuru yolunun faaliyete geçmesinden sonraki dönemde dinamik yorum yöntemini uygulama eğilimi içinde olduğu açık bir biçimde anlaşılmaktadır. Anayasa Mahkemesi Anayasa'da açıkça yer almayan hükmün denetlenmesini talep etme hakkı[13], aynı fiilden dolayı yeniden yargılanmama ve cezalandırılmama ilkesi[14] ile sınır dışı işlemlerinde etkili yargısal koruma talep etme hakkının[15] anayasal güvenceler niteliğinde olduğunu kabul etmiştir.

Seçimle iş başına gelen yasama organının çıkardığı bir kanunun, üyeleri atama yoluyla iş başına gelen Anayasa Mahkemesince iptal edilmesinin demokratik ilkelere uygun olup olmadığı tartışmaya değer bir konudur. Bu soruya verilecek cevap demokrasiden ne anlaşılması gerektiğine bağlı olarak değişmektedir. Demokrasiyi çoğunluğun mutlak üstünlüğü biçiminde anladığımız takdirde Anayasa Mahkemesinin yasama organının iradesinin ürünü olan kanun hükümlerini iptal etmesini demokrasiye uygun görmemiz

11 Dworkin'in de işaret ettiği üzere anayasayı yorumlama yetkisinin yargıçlara bırakılmasına yönelik olarak getirilen diğer itiraz da yargıçların yorumlarının geçmişe etkili olduğu, davayı kaybeden taraf kanunlarda var olan yükümlülüklerine ihlal etmesi sebebiyle değil yargıcın yeni oluşturduğu yükümlülüğe uymamış olması sebebiyle davayı kaybettiği argümanıdır (Dworkin, R. (1975). "Hard cases", *Harvard Law Review*, C. 88., S. 6., s. 1061).

12 Bazı kararlar arasından bkz. *Mehmet Fatih Bulucu*, § 76.

13 AYM, E.2018/71, K.2018/118, 27/12/2018, §§ 4-18.

14 *Ünal Gökpınar* [GK], B. No: 2018/9115, 27/3/2019, §§ 40-51.

15 *Wisam Sulaiman Dawod Eaqadah* [GK], B. No: 2021/2831, 15/2/2023, §§ 61-71.

mümkün olmaz. Çünkü çoğunlukçu anlayışa göre çoğunluk yanılmazdır ve çoğunluğun iradesi aynı zamanda toplumun genelinin menfaatlerinin ortalamasını yansıtır.

Politik kararların çoğunluğun iradesini yansıtması demokratik düşüncenin temelini oluşturmaktadır. Çünkü çoğunluğun yanılma ihtimalinin azınlığa nazaran daha az olduğu değerlendirilmektedir. Çoğunluğun isabet oranının azınlıktan daha fazla olduğu düşüncesinin hakikati ifade edip etmediği tartışmaya değer olsa da -Dworkin'in deyimiyle- tercihe duyarlı (preference-sensitive)[16] politik kararlarda çoğunluğun belirleyici olması demokrasinin olmazsa olmaz şartıdır. Dworkin'in verdiği örneği kullanacak olursak, toplumun bir basketbol sahası mı yoksa buz hokeyi pisti mi inşa etmesi gerektiğinin çoğunlukçu karar alma süreçlerinin sonucunda belirlenmesi oldukça makul görünmektedir. Ancak politik tercihlere duyarsız meselelerin çoğunlukçu karar alma süreçleriyle belirlenmesi anlamlı olmaz. Zira aksi takdirde azınlıklar ancak çoğunluk tarafından sahip oldukları düşünülen haklara sahip olabilir[17]. Azınlıkların haklarını düzenleyen anayasal hükümlerin yorum yetkisinin çoğunluğun temsilcilerine bırakılması hakikatte azınlığın hangi haklara ne kadar sahip olduğunun çoğunluğun insafına bırakılması anlamına gelir.

Çoğunlukçu anlayışın farklı eğilimlerin siyasal bir toplum oluşturabilmesinin temel şartlarından biri olan azınlığın hak ve özgürlüklerinin teminat altına alınması gereğini gözardı etmişe benzediğini vurgulamak gerekir. Çoğunluğun temsilcilerinin ağırlıklı olarak yer aldığı yasama organının azınlığın hak ve özgürlüklerinin güvencesi olduğunun düşünülmesi siyasi tarih tecrübeleriyle örtüşmemektedir. Dünya tarihi, mutlak gücü eline geçiren çoğunluğun azınlığın fiziksel varlığını bile yok etmekte tereddüt etmeyebildiğini gösteren örneklerle doludur.

Dworkin'in de işaret ettiği gibi demokrasilerde politik kararların çoğunluğun iradesini yansıtması gerektiği düşüncesi, Anayasa'nın çoğunluğun iktidarını sınırladığı durumlarda ters döner[18]. Çoğunluk kendisine tanınan anayasal yetkileri kullanmakta elbette tereddüt etmeyecektir. Ancak çoğunluğun Anayasa'nın yasakladığı alanlarda da iktidar kullanmakta istekli davranacağı kuşkusuzdur. Anayasa'nın çoğunluğun iradesini kısıtladığı alanlar da genellikle temel hak ve özgürlüklere ilişkindir. Çoğunluğun Anayasa'nın yasakladığı alanlara hiçbir zaman taşmayacağını düşünmek gerçeklerle bağdaşmamaktadır.

16 Dworkin, R. (1990). "Equality, democracy, and constitution: we the people in court", *Alberta Law Review*, C. 28., S. 2., s. 331.

17 a.g.e. s. 331.

18 a.g.e. s. 325.

Dworkin siyasa ve ilke ayrımı yapmaktadır. *Siyasa;* toplumun ekonomik, siyasi ve sosyal özelliklerinin gelişimi ile ilgili olarak erişilmesi gereken amaçları tesis eden bir tür standardı ifade etmekte iken *ilke* adaletin, hakkaniyetin veyahut ahlakın diğer bazı boyutlarının gereklilikleri için uyulması gereken standardı betimlemektedir[19]. Buna göre otomobil kazalarının azaltılmasına yönelik standart bir siyasa, kimsenin kendi kusurundan yararlanamayacağı ise bir ilkedir[20]. Siyasalar politik karar alma süreçlerinin sonucunda belirlenmekte olup çoğunluğun tayin edici noktada olması demokrasinin bir gereğidir. Bu durum çoğunluğun her durumda belirleyici olacağı anlamına da gelmeyebilir. Politik kararların toplumun farklı çıkar gruplarının menfaatlerinin dengelenmesi amacıyla yapılan müzakereler neticesinde çoğunluğun istek ve heveslerinin kısmen veya tamamen törpülendiği bir modelin karara dönüştürülmesi biçiminde tezahür etmesi de mümkündür. Ancak ne olursa olsun siyasa belirleme işi demokrasilerde kanun koyucuya bırakılmıştır. Politik süreçler sonucunda verilen siyasa kararları ne kadar isabetsiz olursa olsun bunların yasama organı tarafından verilmesi hâkimler tarafından verilmesinden daha iyi neticeler doğurur. Yargı organları siyasalara müdahale etmeye başladıkları an, bunların artık uyuşmazlık çözme işinin ötesine geçerek yönetimin ortağı haline gelmeye başladığı söylenebilir.

Kanun koyucunun takdir yetkisinin en geniş olduğu alanlardan biri olarak kabul edilen sosyal güvenlikle ilgili meselelerden bir örnek vererek siyasa-ilke ayrımını açıklamaya çalışalım. Kanun koyucunun, bilinen bir tedavisi bulunmayan bazı ağır hastalıkları tedavi edebileceği düşünülen, ancak bu konuda kesin bir kanıt bulunmayan bazı ilaçların bedelinin sosyal güvenlik sisteminden karşılanması gerektiği yönünde bir düzenleme yaptığını düşünelim. Kuşkusuz tedavi edici özelliği bulunduğu ortaya konulamayan ve oldukça pahalı olan bir ilacın bedelinin devletçe karşılanması gerektiğine dair pozitif bir güvenceyi Anayasa'dan çıkarmak kolay değildir. Bununla birlikte kanun koyucunun bu nitelikteki ilaçların bedelinin sosyal güvenlik sistemi tarafından karşılanması gerektiği düşüncesine ağırlık vererek tedavi edici özelliği bulunduğu hususunda kesin kanıt bulunmayan bu ilaçların bedelinin ödenmesini de sosyal güvenlik sisteminin şemsiyesi kapsamına alması mümkündür. İşte böyle bir kararın siyasa alanına ilişkin olduğu söylenebilir. Tedavi edici özelliğinin bulunduğu henüz kanıtlanamayan bir ilacın bedelinin sosyal güvenlik sistemince ödenmesi siyasa alanına ilişkin bir karar olmakla birlikte bunun ayrımcılık teşkil etmeyecek şekilde uygulanması bir ilke meselesidir. Gerçekten kanun koyucunun bu imkânı sadece belli ilaçlar yönünden getirmesinin veya bu imkândan yararlanacakların kapsamını dar tutmasının diğer bireyler yönünden ayrımcılık teşkil edip etmediği tam anlamıyla ilkesel

19 Dworkin, R. (1967). "The model of rules", *University of Chicago Law Review*, C. 35., S. 1., s. 23.
20 a.g.e. s. 23.

bir sorundur. Anayasa Mahkemesinin görevi de bu noktada başlar. Anayasa Mahkemesinin bu uygulamanın belli kişiler aleyhine haklı bir temele dayanmayacak şekilde farklı bir muamele oluşturduğunu tespit ederek söz konusu kanunun iptaline karar vermesi siyasa alanına müdahale ettiği biçiminde kesinlikleyorumlamaz.

Günümüz toplumlarının doğrudan demokrasiyle değil, dolaylı demokrasiyle yönetildiğini hatırlamak gerekir. Yani kanunlar çoğunluk tarafından değil, çoğunluğun küçük bir grubu oluşturan temsilcileri tarafından yapılmaktadır. Bu temsilcilerin azınlığın haklarını kısıtlamayan, onları belli bazı imkânlardan mahrum bırakan kanunlar çıkarmayacağını hiç kimse garanti edemez. Bunun yanında insanlık tarihi, yasama gücünü ele geçiren temsilcilerin belli toplumsal grupların çıkarları doğrultusunda kanunlar yapabildiğini bize göstermektedir. Şu hâlde yasama organının anayasal yetkilerini aşıp aşmadığını ve kötüye kullanıp kullanmadığını denetleyecek, çıkardığı kanunları gerektiğinde iptal edecek tarafsız bir yargısal organın varlığı zorunludur.

Öte yandan Anayasa Mahkemesine ihtiyaç bulunmadığının söylenmesi yasama organının yetkilerini aşıp aşmadığının yine kendisi tarafından denetlenmesi gerektiğinin kabulü anlamına gelir. Takdir edileceği üzere kanunların Anayasa'ya uygun olup olmadığının tarafsız bir organ tarafından denetlenmesi yasama organının kendisi tarafından denetlenmesinden daha adil sonuçlar doğurur. Nasıl ki bir kimse kendi davasının hâkimi olamazsa çoğunluğun temsilcileri de kendileri ile azınlık arasındaki ihtilaflarda hâkimlik yapamaz. Dolayısıyla çoğunluğun temsilcilerinin işlemlerinin Anayasa'ya uygun olup olmadığının denetiminin bunların dışındaki tarafsız kişilerce yapılması gerekir. Anayasa Mahkemesinin varlığını meşrulaştıran düşüncelerden biri de çoğunluk ile azınlık arasındaki ihtilaflarda tarafsız bir mercinin karar verici olması gerekliliğidir.

Bir kimsenin kendisini taraf hissettiği bir meselede adil karar vermesi sıklıkla karşılaşılan bir durum değildir. Bu durum halk için de geçerlidir. Halk kendi menfaatlerini etkileyeceğini düşündüğü konularda artık kendisini o meselenin tarafı olarak görür. Tarafı hâline geldiği bir meselede halktan adil değerlendirme yapması ve adil kararlar vermesi beklenemez. Siyasetteki başarının sırrı da aslında halkı parlamento önündeki meselelerin tarafı hâline getirebilme kapasitesindedir. Parlamentonun önündeki bir meselenin halkın menfaatlerini pozitif veya negatif manada etkileyeceğine halkı ikna edebilmiş siyasi liderler halkın desteğini kolayca elde eder. Menfaatlerinin tehlikeye gireceğine inanmış bir halk onu koruyacağını düşündüğü siyasinin bu konuda alacağı karara koşulsuz destek verir. Destek sunulan siyasinin alacağı kararın adalete uygun olup olmadığı halkın ilgi sıralamasında başlarda yer almaz.

B. Anayasa Mahkemesinin Tarafsızlığının Temin Edilmesi

Yukarıdaki anlatımlardan Anayasa'nın yorumlanmasında *belirleyici* yetkinin Anayasa Mahkemesine bırakılmasının temel gerekçesinin çoğunluğun temsilcilerince çıkarılan kanunların azınlığın hak ve özgürlüklerini zedeleyip zedelemediğinin tarafsız ve siyasi iradeden bağımsız bir organ tarafından yerine getirilmesi ihtiyacı olduğu anlaşılmaktadır. Bu durumda da Anayasa Mahkemesinin tarafsızlığının nasıl garanti edileceği sorusu akla gelmektedir. Anayasa Mahkemesi üyeleri de hâliyle kendi dünya görüşleri bulunan, kendisini toplumsal gruplardan birine ait hisseden, belli bir grubun parçası olmayı kimliğinin ayrılmaz bir ögesi olarak kabul eden, hatta çoğunluk veya azınlıktan birine kendisini yakın gören kişilerden oluşabilmektedir. Anayasa Mahkemesinin kendisini toplumsal gruplardan birinin parçası olarak gören üyelerinin karar verirken tarafsız hareket edebildiklerinden emin olunması zordur. Kuşkusuz her üyenin her konuda tarafsız davranabileceğini garanti eden bir sistem henüz icat edilebilmiş değildir. Ancak Anayasa Mahkemesi üyelerinin atama usulü, görev süresi ve sahip oldukları teminatlar tarafsızlıklarını ve verdikleri kararların tarafsızlık esasına dayanmasını belli ölçüde garanti edebilir.

Bu bağlamda üyelerin kendilerini seçen makama karşı bağımsızlıklarını temin eden mekanizmalar mutlaka geliştirilmelidir. Sistem kurulurken Anayasa Mahkemesi üyesinin kendisini seçen kişi veya kişilere karşı az çok minnet duygusu içinde olabileceği gerçeği gözetilerek hareket edilmelidir. Üyelerin en fazla yarısına kadar olan kısmının aynı kişi veya grup tarafından doğrudan veya dolaylı olarak seçilebilmesini mümkün kılacak bir seçim usulünün ihdas edilmesi lazım gelmektedir. Cumhurbaşkanı'nın görev süresinin iki dönem (5+5) ile sınırlanmasının bütün üyelerin aynı Cumhurbaşkanı tarafından seçilmesini önleyeceği açıktır. Bununla birlikte Cumhurbaşkanı'nın görev süresinin iki dönemle sınırlanmasının tarafsızlığı önleyen bir mekanizma olarak işlev görmesi, üyelerin görev süresinin de buna uygun bir biçimde belirlenmesine bağlıdır. Üyelerin görev süresinin on iki yıl olması, Cumhurbaşkanı'nın iki dönem seçilebildiği durumlarda üyelerin yarıdan fazlasının aynı Cumhurbaşkanı tarafından seçilmesini önleyemeyebilir.

Özerk yorum yetkisinin Anayasa Mahkemesine bir nevi anayasa yapma yetkisi verdiği eleştirisinin getirilmesinin bir ölçüde haklılık temeli bulunmaktadır. Anayasa, yorumla canlılık kazandığına göre yorumcunun yaptığı iş bir tür anayasa yapıcılıktır. Bu durumda aslında ülkenin temel hukuk normunun belli bir süreyle atanmış kişiler tarafından yapıldığı ifade edilebilir. Dahası, atanmış üyeler tarafından üretilen bu hukuk ancak yasama organının belli çoğunluğunun alacağı kararla değiştirilebilmektedir. Fakat bu yetki kimin tarafından kullanılırsa kullanılsın yorumla hukuk yaratılması kaçınıl-

mazdır. Bu noktada Anayasa Mahkemesinin hangi yorum metodunu uyguladığı önem taşımaktadır.

Amerikan anayasa hukukunda tarihsel yorum ile amaçsal yorum tartışılagelmiştir. Tarihsel ekolden olan hukukçulara göre anayasa, onu yapanların iradesine ve ne amaçladıklarına uygun olarak yorumlanmalıdır. Buna mukabil amaçsal yorum ekolünden gelenler anayasanın yüzyıllar önce onu yapanların neyi amaçladığına göre değil, günümüz toplumunun amaçlarına göre yorumlanması gerektiğini savunmaktadır. Dworkin Anayasa'nın kim tarafından ve nasıl yorumlanması gerektiğini tartıştığı Law's Empire (Hukukun Hâkimiyeti) isimli eserinde tarihsel yorum ekolünün demokrasinin anayasanın ne anlama geldiğini belirleme gücünün, onu yapmak üzere halk tarafından seçilen devlet adamlarına ait olması gerektirdiği görüşünü eleştirmiştir[21].

C. Anayasa Mahkemesinin Yorum Özerkliğinin Ontolojik Sınırı

Anayasa Mahkemesinin hukuk yaratma yetkisini sınırlayan faktörlerin başında Hans Kelsen'in tabiriyle "temel norm" gelmektedir. Kelsen bir normun geçerliliğini ancak başka ve daha üst bir normdan alacağını ifade etmektedir[22]. "Olması gereken" biçimindeki ifadeleri büyük önerme, "olan" ifadeleri ise küçük önerme olarak tanımlayan Kelsen, küçük önermeye geçerlilik tanıyan büyük önermenin aynı zamanda norm üretme gücünü elinde bulunduran üstün bir otoritenin varlığına delalet ettiğini belirtmektedir[23]. Sırf bir kimsenin bir başkasına emir yöneltmesi söz konusu emri geçerli norm hâline getirmeye yetmemekte, bu emrin norm koymaya yetkilendirilmiş bir otorite tarafından verilmesi gerekmektedir[24]. Her normun geçerlilik sebebi bir üst norm olsa da üst normlar zinciri sonsuz olmayıp normların en tepesinde varsayımsal bir norm olan *temel norm* yer almaktadır[25]. Kelsen, normlar hiyerarşisi teorisindeki temel normun varsayımsal bir norm olduğunu ifade etmekte, temel normun rastgele icat edilmiş bir ürün olmadığını, onun anayasayı ortaya çıkaran geleneğin oluştuğu ya da anayasanın belli insanlar tarafından bilinçli olarak ihdas edildiği süreçte var olduğunun varsayıldığını belirtmektedir[26].

Temel normun somut olarak ne olduğunun cevabını Saf Hukuk Teorisinde bulmak mümkün olmamaktadır. Ancak bir hukuk düzeninin temel normunun, söz konusu hukuk düzeninin anayasası oluşturulurken dikkate alınan temel ilkeler olduğunu söylemek mümkündür. Anayasa yapım sürecinin doğası temel normun ne olduğu hakkında fikir vermektedir. Anayasa çıplak

21 Dworkin, R. (1986). *Law's Empire,* Harvard: Harvard Universty Press, s. 355.
22 Kelsen, H. (2005). *Pure Theory of Law*, Knight, M. (İngilizceye Çev.), New Jersey: The Lawbook Exchange, s. 193.
23 a.g.e. s. 194.
24 a.g.e. s. 194.
25 a.g.e. s. 195.
26 a.g.e. s. 199.

gücü elinde bulunduran dar bir grup tarafından yapılmışsa hâliyle temel normun, rengini tekçi ve dışlayıcı bir ideolojiden alması yüksek bir olasılıktır. Buna karşılık anayasa yapım sürecine toplumun tüm kesimi katılabilmiş ve anayasa, toplumun tüm kesimlerinin uzlaşısıyla oluşturulabilmişse bu takdirde temel normun daha çoğulcu değerlere dayanacağı kesindir. Neticede temel normun ne olduğunun, gücü elinde bulunduran toplumsal kesimler tarafından belirlendiğini ifade etmek gerçeklerden uzak bir değerlendirme olmayacaktır.

Türkiye'de anayasa yapım süreçlerine çoğulcu anlayışın egemen olduğunu söylemek hakikatin inkârı anlamına gelecektir. 1961 ve 1982 Anayasaları askerî darbeler sonrasında, çıplak gücü ellerinde bulunduran askerî yönetimler tarafından hazırlanmıştır. 1924 Anayasa askerî bir yönetimin ürünü olmasa da yapıldığı koşullar ve yapılış usulü itibarıyla çoğulcu bir anlayışa dayanmadığı açıktır. Bu bağlamda toplumsal kesimlerin temsiliyeti bakımından demokratik usullere en çok dayanan anayasanın 1921 Anayasası olduğu rahatlıkla ifade edilebilir. Ancak bu Anayasa'nın ömrü de üç yılla sınırlı kalmıştır.

1921 Anayasası'nın ilga yöntemi ve 1924, 1961 ve 1982 Anayasalarının yapılış usulleri ve değiştirilemez maddeleri dikkate alındığında daha çok beka ve üniter yapının korunması kaygılarının temel normu şekillendirdiği değerlendirilebilir[27]. Dolayısıyla devletin bekasına ve üniter yapısına yönelik tehditler söz konusu olduğunda anayasa hükümlerinin yorumunun hak ve özgürlüklerin genişletilmesi lehine olamayabileceği tarihsel tecrübelerle sabittir. Diğer bir ifadeyle Anayasa hükümlerinin özgürlükçü yorumu temel norm duvarına çarpabilmektedir. Aslında temel normu ayakta tutmak uğruna pozitif anayasa hükümlerinin ihlaline göz yumulması dahi karşılaşılmayan bir durum değildir.

AİHM ile Anayasa Mahkemesi arasındaki bazı yaklaşım farklılıklarının temelinde de temel normların farklı olması yatmaktadır. Avrupa düzeninin benimsediği temel norm ile Türkiye Cumhuriyeti'nin hukuk sistemine egemen olan temel norm farklıdır. Avrupa uzun süren kanlı savaşların yaşattığı acı tecrübelerin ardından kendi iç barışını sağlamayı büyük ölçüde başarabilmiştir. Avrupa, ötekinin ontolojik varlığının inkârı üzerine kurulan bir sistemin barışı tesis etmeyeceğini öğrenebilmiş ve yerel halklar bazında da kalsa çoğulcu bir yapı kurabilmiştir. Çoğulculuk Avrupa toplumu fikrinin temel yapı taşını oluşturmuş, devletlerin idari yapısı bu temel üzerinde inşa edilmiştir.

27 Beka kaygısının Anayasa Mahkemesinin Anayasa hükümlerinin yorumuna etkisine ilişkin olarak fikir vermesi açısından bkz. Heper, Y. (2015). *Beka Kaygısı: Devletin Ülkesi ve Milletiyle Bölünmez Bütünlüğü*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.

Buna karşılık Türkiye'de Osmanlı'nın son dönemlerindeki toprak kayıplarının yarattığı travmatik etkinin şekillendirdiği beka kaygıları, toplumda kültürel çoğulculuğu içselleştiren bir bilincin oluşmasını engellemiş ve ötekinin varlığını bir zenginlik olarak görmek yerine tehdit olarak algılayan kültürel kod oluşmasına sebebiyet vermiştir. Osmanlı'nın yıkılış sürecinin yol açtığı travmaların gölgesinde serpilen toplumsal bilinç sadece devletin yapısında değil toplumun her alanında tekçiliğin kutsanmasına dayanmıştır. Toplumun siyasi bir birlik olarak varlığını sürdürmesini tekçiliğin egemen kılınmasına bağlı gören bu toplumsal bilinç, tabiatıyla devletin siyasal yapısının dilsel, dinsel, etnik farklılıkların mümkün olduğunca törpülenmesi esası üzerine oturtulmasını zorunlu görmektedir.

Günümüzde yürürlükte bulunan 1982 Anayasası'nın yapımı sürecinde bu toplumsal bilincin etkili olduğu izahtan varestedir. Dolayısıyla 1982 Anayasası'nın kurduğu hukuk düzeninin temel normunun göbeğinde de tekçilik yer almaktadır. 1982 Anayasası'nda sonradan çok sayıda değişiklik yapılmış olsa da bu değişikliklerin tümü tali kurucu iktidar tarafından, yine 1982 Anayasa'nın öngördüğü usul çerçevesinde yapılmıştır. Kelsen, önceki anayasanın öngördüğü usule uygun olarak yapılan anayasa değişikliğinden sonra oluşan anayasa normunun da geçerliliğini aslında önceki anayasadan aldığını belirtmektedir[28]. Bu anayasa değişiklikleri nihai olarak devrim veya önceki anayasanın ihlali ya da yeni bir devletin kurulması yollarıyla yapılan ilk anayasaya dayanmaktadır[29]. Dolayısıyla spesifik bir anayasal sistemin öngördüğü usule uygun olarak yapılan anayasa değişikleri sonucu üretilen anayasa normları da geçerliliklerini hakikatte ilk anayasanın temel normundan almaktadır. Hâl böyle olunca 1982 Anayasası'nda sonradan yapılan değişiklikler de 1982 Anayasası'yla oluşturulan hukuk sisteminin temel normuna dayanmaktadır.

Kelsen'in teorisi gözetildiğinde bir anayasanın temel normu ancak yeni bir kurucu iktidarın söz konusu anayasaya bağlı kalmaksızın yeni bir anayasa yapmasıyla değişebilir. Türkiye'de kendisini 1982 Anayasası'nın oluşturduğu anayasa değişiklik usulüne bağlı kalmadan çoğulcu temellere dayanan yeni bir anayasa yapma gücüne kavuşacak sivil bir kurucular meclisinin varlığını gerekli gören bir toplumsal iklim var olmadığı gibi bunun yakın gelecekte oluşabileceğine dair en ufak işaret mevcut değildir. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesinin Anayasa hükümlerine ilişkin yorumlarının 1982 Anayasası'nın kurduğu hukuk sisteminin dayandığı temel normun sınırları içinde kalmaya devam edeceği anlaşılmaktadır.

28 Kelsen, H. (2005). s. 200.
29 a.g.e. s. 200.

SONUÇ YERİNE

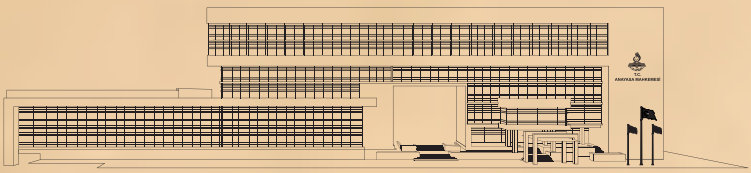
Anayasa, bir toplumun millet hâline geldiğinin hukuki beyanıdır. Anayasa, toplumu millet olarak bir arada tutan harç işlevi görür. Bu harcın toplumun tüm kesimlerinin kültürel değerlerinin harmanlanmasından oluşan çimento, kum ve suyla karıldığı varsayımsal olarak da olsa kabul edilmeli ve Anayasa hükümleri bu varsayımdan hareketle yorumlanmalıdır. Anayasa hükümlerinin bu fiktif durum göz önünde bulundurularak yorumlanmasını temin eden bir sistemin kurulabilmesi hâlinde toplumun barış içinde yaşaması ve siyasi birliğin uzun ömürlü olması garanti edilebilecektir. Anayasa'nın çoğunluk ve onun temsilcileri tarafından yorumlanmasının toplumsal barışın tesisinde yetersiz kalacağı açıktır. Anayasa'nın temel harcının tüm toplumun menfaatlerinin harmanlanmasından oluştuğu varsayımının Anayasa yorumlarına yansıtılabilmesinin, bu bağlamda azınlığın hak ve özgürlüklerinin garanti altına alınabilmesinin en güvenceli yolu Anayasa'nın tarafsız ve bağımsız bir mahkeme -Anayasa Mahkemesi- tarafından yorumlanmasıdır.

Anayasa Mahkemesinin toplumun harcı niteliğinde olan Anayasa'yı koruyabilmesi için nihai ve belirleyici yorum yetkisini haiz olması gerektiği açıktır. Kuşkusuz Anayasa'nın farklı otoriteler tarafından yorumlanması kaçınılmazdır. Hatta Anayasa'nın diğer kamu otoritelerince -özellikle mahkemelerce- gözetilmesi ve yorumlanması bir zorunluluktur. Ancak diğer kamu otoritelerinin ve mahkemelerin yorumlarının Anayasa Mahkemesininkinden farklı olması hâlinde Anayasa Mahkemesinin yorumunun belirleyici olarak muamele görmesi gerekir. Aksi takdirde Anayasa Mahkemesinin kurulmasının bir anlamı kalmayacaktır.

Eksikleri olsa da 1982 Anayasası'nın Anayasa Mahkemesinin Anayasa'ya ilişkin yorumunu belirleyici kılan bir sistem kurduğunu söylemek mümkündür. Bu bağlamda diğer yüksek mahkemelerin Anayasa yorumlarının Anayasa Mahkemesininkiyle eşit olduğu düşüncesinin anayasal temelden yoksun olduğunun altı çizilmelidir. Kuşkusuz diğer yüksek mahkemelerin kendi görev alanlarına ilişkin olarak nihai ve belirleyici yorum yetkisi bulunmaktadır. Ancak Anayasa hükümleri söz konusu olduğunda nihai ve belirleyici yorum yetkisi Anayasa Mahkemesine aittir.

Anayasa Mahkemesinin ihlal kararları mahkemeleri bağladığı gibi ihlal kararlarında anayasal hükümlere ilişkin olarak yapılan yorumlar da nihai ve belirleyici yorum niteliğindedir. Bu yorumlar belirleyici olma özelliğini Anayasa'dan ve nihai olarak da temel normdan almaktadır. Anayasa Mahkemesinin yorumlarının geçerli olup olmadığının başka bir makam tarafından denetimden geçirilmesi anayasal olarak mümkün değildir.

Anayasa Mahkemesinin Anayasa yorumunun belirleyici olmasının, anayasal sistemin işlemesi ve anayasal disiplinin sağlanması bakımından önemi tartışma konusu dahi edilemeyecek kadar açıktır. Anayasal disiplinin sağlanması *Anayasa yorumu* konusunda hiyerarşik olarak en üst konumda bulunan Anayasa Mahkemesinin yorumunun belirleyici olmasına bağlıdır. Kuşkusuz Anayasa Mahkemesinin kendi kararlarının uygulatacak ve Anayasa yorumlarını etkili kılacak bir kolluk gücü bulunmamaktadır. Esasen buna gerek de yoktur. Demokratik bir hukuk devletinde Anayasa Mahkemesi kararlarına uyulması gerektiği için uyulur. Anayasa Mahkemesi kararlarını uygulamakla yükümlü bulunan kamu otoritelerinin bu kararlara uyması devletin saygınlığıyla ilgili bir meseledir. Anayasa Mahkemesi kararlarına uyulması hukuk devletinin olmanın bir ölçüsüdür. Anayasa Mahkemesi kararlarına uyulamayabileceğinin düşünülebildiği bir ülkede hukuk devletinin ilkesinin ayakta kalması ve anayasal disiplinin sağlanması imkânsızdır.



İncek Şehit Savcı Mehmet Selim Kiraz Bulvarı No: 4
06805 Çankaya / ANKARA
Tel : 0 312 463 73 00 • Faks : 0 312 463 74 00
E-posta : bilgi@anayasa.gov.tr
Twitter : @AYMBASKANLIGI
www.anayasa.gov.tr

ISBN: 978-625-6318-00-7 (2.c)
TK: 978-625-98741-8-0 (Tk)